

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets
endelige afgørelse

K E N D E L S E

Tønder Taxi ApS
(selv)

mod

Tønder Kommune
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Intervenient:
Vojens Taxi Service ApS
(selv)

Klagenævnet for Udbud har den 5. februar 2024 modtaget en klage fra Tønder Taxi ApS (herefter "Tønder Taxi").

Klagen er indgivet i standstill-perioden.

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

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift og replik med bilag 1-12 og svarskrift og duplik med bilag A-C.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tønder Kommune har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, Udbudslovens § 2 ved at opgive urigtige oplysninger i udbudsmaterialet.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Tønder Kommunes beslutning af 26/1-2024 om at tildeling af de udbudte kontrakter.”

Tønder Kommune har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1:

a) Den del af påstanden, der vedrører delaftale 2:
Tønder Kommune erkender overtrædelsen

b) Den del af påstanden, der vedrører delaftale 5:
Tages ikke til følge

Påstand 2:

a) Den del af påstanden, der vedrører delaftale 2:
Afvisning

b) Den del af påstanden, der vedrører delaftale 5:
Tages ikke til følge”

Klagen må forstås sådan, at Tønder Taxi nedlægger påstand om, at Tønder Kommune har overtrådt gennemsigtighedsprincippet vedrørende delaftale 2 og delaftale 5, og at overtrædelsen bevirker, at tildelingsbeslutningen vedrørende de 18 delaftaler omfattet af udbuddet skal annulleres.

Klagenævnet har den 12. februar 2024 meddelt Vojens Taxi Service A/S (herefter ”Vojens Taxi Service”) og HB-CARE A/S (herefter ”HB-CARE”), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Vojens Taxi Service har den 12. februar 2024 anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen, hvilken tilladelse blev meddelt ved klagenævnets brev af

23. februar 2023. Vojens Taxi Service har ikke udtalt sig i anledning af, om klagen skal tillægges opsættende virkning.

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. S 225/2023 af 21. november 2023, offentliggjort den 22. november 2023, udbød Tønder Kommune som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II 18 delaftaler om levering af lukket buskørsel og personbefordring.

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

”2.1. Procedure

Titel: Personbefordring i Tønder Kommune

Beskrivelse: Udbuddet vedrører indkøb og levering af lukket skolekørsel, svømmekørsel, aflastning, dagcenterkørsel samt øvrigt visiteret kørsel. Udbuddet er samlet opdelt i 18 delaftaler, og der kan afgives tilbud på én, flere eller alle delaftaler.

...

Type af procedure: Åben

...

5.1.10. Tildelingskriterier

Kriterium:

Type: Pris

Navn: Pris

Beskrivelse: Fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 9

Vægtning (procentdel, præcis): 60

Kriterium:

Type: Kvalitet

Navn: kvalitet

Beskrivelse: Fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 9

Vægtning (procentdel, præcis): 20

Kriterium:

Type: Kvalitet

Navn: Bæredygtighed

Beskrivelse: Fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 9

Vægtning (procentdel, præcis): 20

...

5.1.12. Udbudsvilkår

...

Frist for modtagelse af tilbud: 22/12/2023 12:00:00”

I udbudsbetingelserne står der bl.a.:

”3.2 Delaftaler

...

Delaftale 2:

Tønder Grundskole, Tønder Overbygningsskole, Tønder10, Filial Dige-skolen, Løgumgårde, Nordre Børnehave, STU Tønder, Tønder Ungdomsskole Estimeret omsætning pr år, på baggrund af historisk forbrug: 1.650.000,- kr.

...

Delaftale 5:

Skærbæk Districsskole, Børnehaven Nyskoven Estimeret omsætning pr år, på baggrund af historisk forbrug: 1.350.000,- kr.

...

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

Brugere, kørselsbehov og den forventede omsætning for hver delkontrakt er udregnet på baggrund af tidligere aktivitet/ forbrug og forventede aktivitets-/ forbrugsændringer med de forudsætninger, der kendes på udbudstidspunktet. Den forventede omsætning er således ikke bindende for ordregiver. Tilsvarende gælder for mængder angivet i tilbudslisten.

...

3.3. Kontraktens løbetid

Den udbudte kontrakt har en løbetid på 4 år. Kontrakten kan forlænges i op til 2 x 12 måneder. Opsigelsesvilkår fremgår af kontraktens pkt. 3.

...

9.2 Priser

Zone-priser (delaftale: 1-5 og 11-18) hvor alle brugere indplaceret i en zone, som afhænger af afstand mellem brugerens afhentningssted og destination. Brugerernes zoneinddeling fremgår af bilag 2.2 kørselsdata på dagcenterkørsel og 2.1 kørselsdata på skole, institutions kørsel. Oplyst afstand mellem afhentningssted og destination er målt ud fra Kraks ruteplaner – korteste vej

Ordregiver gør opmærksom på at oplysningerne i kørselsdata – bilag 2.1 og bilag 2.2 – er øjebliksbilleder, og vil ændres undervejs i kontraktperioden –, specielt i forbindelse med opstart til et nyt skoleår. Dette skal tilbudsgiver kunne acceptere.”

I kravspecifikationen står der bl.a.:

”...

Nr.	Ændringer i kørselsbehovet
56	Tilbudsgiver skal acceptere, at der i kontraktperioden kan forekomme både midlertidige samt permanente ændringer/tilpasninger i forhold til den planlagte kørsel. Ændringerne/tilpasningerne kan være i såvel opadgående som i nedadgående retning
57	Tilbudsgiver skal acceptere, at hvis en ændring resulterer i, at tilbudsgiver ikke har kapacitet til at befordre alle passagerer i henhold til de opstillede krav, og tilbudsgiver ikke ønsker at benytte sig af en underleverandør, kan tilbudsgiver meddele dette til Ordregiver, og Ordregiver har herefter ret til at flytte passageren til en anden delaftale, eller fremmed vognmand. Vælger Ordregiver at flytte passageren til en anden delaftale, kan Ordregiver til enhver tid flytte passageren tilbage til den korrekte delaftale, men er ikke forpligtet hertil på noget tidspunkt
58	Tilbudsgiver skal acceptere, at der ikke vil blive ydet økonomisk kompensation for ændringer/tilpasninger, der medfører at kørselsbehovet falder. Hvis ændringer/tilpasninger medfører stigning i kørselsbehovet skal Tilbudsgiver påtage sig at løse behovet, undtaget jf. pkt. 57, som vil blive honoreret i henhold til Tilbudsgivers tilbudte zonepris.

...”

I tilbudslisterne, der indgik i udbudsmaterialet, står der bl.a.:

”Zone-kørsel - Delaftale 1 til 5:

Tilbudsgiver skal pr. ønsket delaftale - ved samkørsel samt solokørsel oplyse - afgive en pris pr. passager pr. tur på zonerne 1 til 5. Den oplyste pris er for kørsel pr. passager i den pågældende zone.

Derudover skal der i forbindelse med aflastning oplyses en kilometerpris.

...

For hver delaftaler 1 til 5 er der oplyst hvor mange brugere der skal transporteres pr uge på de forskellige zoner, iht. kørselsdata som er oplyst i bilag 2.1”

Og endvidere vedrørende delaftale 5:

”...

Delaftale 5 - Skærbæk Distriktsskole, Børnehaven Nyskoven				Vægtning jf. udbudsbetingelsernes pkt. 9.1		Evalueringstekniske delpriser	
Passagerpris - samkørsel:							
Tilbudsgiver skal udfylde de brune felter	Tilbudspris dkr. ekskl. moms	Antal personer pr. zone pr. uge	Pris i alt pr. zone for delaftale 1				
Pris pr. passager pr. tur i Zone 1		2	- kr.				
Pris pr. passager pr. tur i Zone 2		10	- kr.				
Pris pr. passager pr. tur i Zone 3		20	- kr.				
Pris pr. passager pr. tur i Zone 4		150	- kr.				
Pris pr. passager pr. tur i Zone 5		20	- kr.				
Pris i alt for delaftale 1 - samkørsel			- kr.	70 %		- kr.	
Passagerpris - solokørsel:							
Tilbudsgiver skal udfylde de brune felter	Tilbudspris dkr. ekskl. moms	Beregnes for 1 person	Pris i alt pr. zone for delaftale 1				
Pris pr. passager pr. tur i Zone 1		2	- kr.				
Pris pr. passager pr. tur i Zone 2		2	- kr.				
Pris pr. passager pr. tur i Zone 3		5	- kr.				
Pris pr. passager pr. tur i Zone 4		28	- kr.				
Pris pr. passager pr. tur i Zone 5		2	- kr.				
Pris i alt for delaftale 1 - solokørsel			- kr.	25 %		- kr.	
Tillægsydelser:							
Tilbudsgiver skal udfylde de brune felter	Tilbudspris dkr. ekskl. moms	Antal tillægsydelser pr. zone pr. uge	Pris i alt pr. zone for delaftale 1				
Medtagelse af Kørestol pr. tur		1	- kr.				
Medtagelse af Rollator pr. tur		1	- kr.				
Pris i alt for delaftale 1 - tillægsydelser			- kr.	5 %		- kr.	
Evalueringsteknisk pris:						- kr.	

...”

I listen med kørselsdata for delaftale 5 indgik 24 individuelle kørselsadresser.

Tønder Taxi varetog for skoleåret 2022/2023 kørslen på delaftale 2 og 5. Som led heri indberettede Tønder Taxi kørselsdata til Tønder Kommune efter hver endt måned. Kørselsdata blev indberettet særskilt for hver delaftale.

Efter en henvendelse i tilbudsfasen fra Tønder Taxi reviderede Tønder Kommune listen med kørselsdata for delaftale 2 ved ændringsbekendtgørelse nr. S 247/2023 af 22. december 2023. Ved ændringsbekendtgørelsen forlængedes endvidere tilbudsfristen fra den 22. december 2023 til den 10. januar 2024.

For så vidt angår delaftale 5 modtog Tønder Kommune ved tilbudsfristens udløb tilbud fra Tønder Taxi, Vojens Taxi Service ApS og HB-Care A/S. Resultatet af evalueringen var følgende:

” ...

Delaftale 5						
Vognmand	Point zonepris:	Point Aflastning	Samlet prispoint	Samlet kvalitetspoint	Prispoint + kvalitetspoint samlet	Leve- randørvalg
Vojens Taxa	4,86	0,54	5,400	2,66	8,060	x
Tønder Taxa	4,09	0,41	4,499	2,44	6,939	
HB Care	3,49	0,38	3,872	3,1	6,972	

...”

Efter indgivelse af klagen har Tønder Kommune den 20. februar 2024 annulleret tildelingsbeslutningen og udbuddet for så vidt angår delaftale 2. Tønder Kommune har begrundet annullationen med, at kommunen i forbindelse med sin fornyede gennemgang af udbudsmaterialet i forbindelse med klagesagen konstaterede væsentlige uoverensstemmelser mellem tilbudslistens estimerede zonekørsler og den reviderede liste med kørselsdata vedrørende delaftale 2.

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Tønder Taxi har ikke fremsat en særskilt anmodning om, at klagen skal tillægges opsættende virkning, og har ikke gjort noget gældende til støtte herfor.

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

Særligt vedrørende påstand 1 har Tønder Taxi gjort gældende, at når det kørselsdata, der indgik i udbudsmaterialet, sammenlignes med det korrekte/aktuelle kørselsdata, stemmer det ikke overens.

Der kan ikke for skoleåret 2022/2023 gives et øjebliksbillede, som passer til det korrekte kørselsdata. Det gælder både for delaftale 2 og delaftale 5. Antallet af adresser passer ikke, og nogle af adresserne er ikke med. Der er medtaget otte fiktive adresser på delaftale 2, som der ikke er kørt til i skoleåret 2022/2023. Der er endvidere medtaget én fiktiv adresse på delaftale 5, som der ikke er kørt til i skoleåret 2022/2023.

Klagenævnet skal derfor konstatere, at Tønder Kommune har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at give urigtige oplysninger i udbudsmaterialet.

Særligt vedrørende påstand 1 har Tønder Kommune erkendt den overtrædelse af udbudsreglerne, som følger af påstand 1 i relation til delaftale 2.

I relation til delaftale 5 bestrider Tønder Kommune ikke, at der ikke er blevet kørt til den ene adresse i skoleåret 2022-2023, som Tønder Taxi påpeger. Det forhold, at den pågældende adresse indgår i listen med kørselsdata for delaftale 5, uagtet at der ikke er blevet kørt fra og til adressen i skoleåret 2022-2023, kan imidlertid ikke betragtes som en urigtig oplysning i udbudsmaterialet. Den pågældende adresse er blevet tilføjet til den gældende delaftale 5 i august 2023. Der er således tale om, at der aktuelt køres fra og til adressen på den gældende delaftale 5.

Det har ikke været urigtigt eller uigennemsigtigt at angive adressen i listen over kørselsdata for delaftale 5. Der henvises i den forbindelse til udbudsbetingelsernes punkt 3.2. Det er således inden for rammerne af angivelserne i udbudsbetingelserne, at Tønder Kommune på listen med kørselsdata for delaftale 5 har anført en konkret adresse, som først er blevet tilknyttet til den gældende delaftale 5 efter skoleåret 2022/2023, og som der aktuelt køres fra og til. Der er alene tale om en enkelt ud af de adresser, som er oplyst i listen med kørselsdata for den pågældende distriktsskole, der ikke har været kørt til i skoleåret 2022-2023.

Alle tilbudsgivere har fået præsenteret de samme oplysninger om kørselsdata for delaftale 5 og afgivet tilbud på samme grundlag. Tilbudsgiverne har ikke skullet give en samlet fast pris på kørslen på delaftale 5, men alene enhedspriser for kørsel fra de enkelte zoner 1-5 på baggrund af det til enhver tid forekommende kørselsbehov.

Det var i udbudsbetingelserne og kravspecifikationen gjort klart, at der ville ske ændringer i kørselsdata/elevgrundlaget for de enkelte delaftaler, herunder i forbindelse med skolestart. Derfor har tilbudsgiverne ikke i forbindelse med fastlæggelsen af deres enhedspriser i forhold til de enkelte zonekørsler kunnet forvente, at de lister med kørselsdata, som indgår i udbudsmaterialet, ville forblive uændrede i aftaleperioden.

Det har således ikke haft karakter af en urigtig oplysning i udbudsmaterialet, at Tønder Kommune anførte den pågældende adresse i listen over kørselsdata for delaftale 5.

Subsidiært har Tønder Kommune gjort gældende, at den urigtige oplysning ikke i selv indebærer, at der er sket en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet.

For at der kan være tale om en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet, skal der foreligge en situation, hvor en urigtig oplysning i udbudsmaterialet har påvirket konkurrencesituationen ved udbuddet. Tønder Taxi har ikke løftet bevisbyrden for, at den enkeltstående adresse ud af 24 adresser i listen over kørselsdata for delaftale 5 har påvirket de enhedspriser/zonepriser, som tilbudsgiverne skulle afgive i relation til delaftale 5.

Det har formodningen imod sig, at den enkeltstående adresse har haft betydning for prissætningen af enhedspriserne/zonepriserne, henset til at tilbudsgiverne kunne forvente ikke-uvæsentlige ændringer af kørselsdata/elevgrundlaget i aftaleperioden.

Den enkeltstående adresse har ingen betydning haft i forhold til anvendelsen af evalueringsmodellen i relation til priskriteriet ved udbuddet. Tilbudsgivernes priser på de enkelte zonekørsler er blevet holdt op imod de oplyste estimerede antal zonekørsler i tilbudslisten. Der har således været fuld gennemsigtighed om grundlaget for evalueringen af tilbudspriserne i relation til zonekørslerne.

Sluttelig har Tønder Kommune anført, at der ikke hersker tvivl om, at udbuddet var opdelt i individuelle delaftaler, og at det er en sædvanlig fremgangsmåde. Der er ikke grundlag for, at kommunen skulle have annulleret udbuddet af de 18 delaftaler, da det stod klart, at der ikke var sammenhæng mellem zonekørslerne angivet i tilbudslisten og kørselsdata for delaftale 2. Tønder Kommune var berettiget til kun at annullere udbuddet af delaftale 2. At der potentielt kan være en eller flere tilbudsgivere, der ved et udbud af en kontrakt kan have en konkurrencemæssig fordel ved i forvejen at have andre kontrakter, er en sædvanlig kommerciel risikofaktor, som kan opstå uafhængigt af, om der foreligger en situation, hvor en enkeltstående delaftale genudbydes efter annulation af udbuddet af den pågældende delaftale.

Særligt vedrørende påstand 2 har Tønder Taxi gjort gældende, at Tønder Kommune har givet urigtige oplysninger i udbudsmaterialet, som har påvirket konkurrenceforholdene og muligvis forhindret retfærdig konkurrence blandt tilbudsgiverne i strid med gennemsigtighedsprincippet og de grundlæggende principper for offentlige udbud.

Efter oplysningen om, at udbuddet af delaftale 2 er annulleret, har Tønder Taxi videre gjort gældende, at hvis man lader en enkelt delaftale gå om, vil det være stærkt konkurrenceforvridende. De virksomheder, som har vundet de andre delaftaler, kan ”koble” den genudbudte kørsel til de delaftaler, virksomhederne har vundet, og dermed tilbyde en meget lavere pris. Det vil derfor stride imod ligebehandlingsprincippet kun at lade en enkelt delaftale gå om, hvorfor hele udbuddet på 18 delaftaler skal gå om.

Særligt vedrørende påstand 2 har Tønder Kommune i relation til delaftale 2 gjort gældende, at kommunen har tilbagekaldt tildelingsbeslutningen og samtidig annulleret udbuddet af delaftale 2. Der er herefter ikke grundlag for, at klagenævnet behandler Tønder Taxis påstand 2 for så vidt angår delaftale 2.

Der er endvidere i henhold til klagenævnets praksis ikke grundlag for, at klagen vedrørende delaftale 2 tillægges opsættende virkning. Som følge af annullationen af udbuddet af delaftalen vil der ikke kunne indgås kontrakt på baggrund af udbuddet, og der foreligger derfor ikke sådanne særlige omstændigheder, der kan begrunde, at klagen vedrørende delaftale 2 tillægges opsættende virkning.

I relation til delaftale 5 har Tønder Kommune under henvisning til de anbringender, der er anført i relation til påstand 1, gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Selv hvis klagenævnet måtte give Tønder Taxi medhold i påstand 1, har forholdet ikke påvirket tildelingen af delaftale 5. Ud fra en konkret væsentlighedsvurdering er der derfor ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Tønder Taxi har ikke fremført et konkret argument for, at den hævdede urigtige kørselsadresse skulle have haft betydning for tildelingen af delaftale 5.

Tønder Taxi har blot anført, at de ”urigtige oplysninger har påvirket konkurrenceforholdene og har muligvis forhindret retfærdig konkurrence blandt tilbudsgiverne.”

Den hævdede urigtige kørselsadresse har været oplyst for alle tilbudsgivere i udbudsmaterialet. Oplysningen har således ikke medvirket til, at en eller flere tilbudsgivere har haft en konkurrencefordel ved udbuddet.

Det følger af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne skulle forvente, at der ville ske ændringer af de oplyste kørselsdata i kontraktperioden, herunder i forbindelse med et nyt skoleår. Ingen tilbudsgivere har således ved deres pris-sætning kunnet lægge vægt alene på det indeholdte kørselsdata i udbudsmaterialet for skoleåret 2022-2023. Tilbudsgiverne har været nødsaget til at tage højde for de ændringer, der utvivlsomt ville ske i forhold til kørselsdata for netop dette skoleår. Af denne grund har en potentiel enkeltstående urigtig kørselsadresse heller ikke kunnet påvirke de enhedspriser/zonepriser, som tilbudsgiverne skulle oplyse i tilbudslisten.

Vojens Taxi Service, som delaftale 5 er tildelt til, opnåede et væsentligt højere samlet vægtet pointtal ved evalueringen af tilbuddene end de to øvrige tilbudsgivere på delaftalen, herunder Tønder Taxi, hvis tilbud opnåede det laveste samlede vægtede pointtal. Også på den baggrund har den hævdede urigtige kørselsadresse ikke haft betydning for resultatet af udbuddet vedrørende delaftale 5.

På baggrund af det ovenstående er der ikke grundlag for at tillægge klagen vedrørende delaftale 5 fortsat opsættende virkning.

Endelig har Tønder Kommune anført, at der i klageskriftet alene blev påpeget fejl i relation til udbudsmaterialet for delaftale 2 og delaftale 5 og ikke noget i relation til de øvrige 16 delaftaler. Det er derfor alene i relation til disse delaftaler, at klagen har opsættende virkning, og klagenævnets afgørelse om opsættende virkning skal alene relatere sig til delaftale 2 og 5.

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

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelse 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

Vedrørende delaftale 2 har Tønder Kommune erkendt at have overtrådt genemsigtighedsprincippet. Tønder Kommune har herefter annulleret udbuddet af delaftale 2 og tilbagekaldt beslutningen om tildeling af denne delaftale.

Da Tønder Kommune har annulleret udbudsproceduren vedrørende delaftale 2, er der allerede som følge heraf ikke grundlag for at tillægge klagen opsættende virkning for så vidt angår delaftale 2.

Vedrørende delaftale 5 fremgår det af udbudsbetingelsernes pkt. 3.2, at ”[b]rugere, kørselsbehov og den forventede omsætning for hver delkontrakt er udregnet på baggrund af tidligere aktivitet/ forbrug og forventede aktivitets-/ forbrugsændringer med de forudsætninger, der kendes på udbudstidspunktet”.

Tønder Kommune har ikke bestridt, at listen med kørselsdata for delaftale 5, som fremgik af udbudsmaterialet, indeholdt en adresse, som ikke blev kørt til i skoleåret 2022-2023.

For så vidt angår spørgsmålet, om dette forhold indebærer en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet, bemærker klagenævnet følgende:

Ifølge udbudslovens § 2 skal ordregivere overholde gennemsigtighedsprincippet ved offentlige udbud i henhold til lovens afsnit II-IV.

I de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2, jf. lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015, anføres bl.a. følgende om gennemsigtighedsprincippet:

”I forhold til gennemsigtighedsprincippet har EU-Domstolen har på baggrund af lighedsprincippet udviklet dette princip, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH. Kravet om gennemsigtighed skal efter EU-Domstolens retspraksis gøre det muligt at fastslå, om ligebehandlingsprincippet er overholdt, jf. EU-Domstolens dom af 18. juni 2002 i sag C-92/00, Hospital Ingenieure.

Gennemsigtighedsprincippet medfører for det første, at der skal være offentlighed og åbenhed omkring selve udbuddet, så de økonomiske aktører får mulighed for at tilkendegive deres interesse i at levere den udbudte indkøb til ordregiveren. Herved forhindres også, at ordregiveren foretager indkøb fra leverandører, som ordregiveren på forhånd måtte have en særlig præference for.

Gennemsigtighedsprincippet betyder for det andet, at ordregiveren på forhånd i udbudsmaterialet skal beskrive kontraktens genstand og processen for udbuddet. Herefter skal ordregiveren handle i overensstemmelse med og inden for rammerne af beskrivelsen i udbudsmaterialet.

Ordregiveren skal som følge heraf bl.a. sikre, at alle relevante oplysninger om den udbudte kontrakt er tilgængelige for de økonomiske aktører, og at tildelingen af kontrakten sker på en gennemsigtig måde, der sætter tilbudsgiveren i stand til at vurdere, om ordregiveren overholder de processer, kriterier og metoder, der er opstillet for tildelingen af kontrakten.”

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 9.2, at ”oplysningerne i kørselsdata ... er øjebliksbilleder, og vil ændres undervejs i kontraktperioden ... Dette skal tilbudsgiver kunne acceptere.” Tilsvarende fremgår det af krav 56 i kravspecifikationen, at ”[t]ilbudsgiver skal acceptere, at der i kontraktperioden kan forekomme både midlertidige samt permanente ændringer/tilpasninger i forhold til den planlagte kørsel. Ændringerne/tilpasningerne kan være i såvel opadgående som i nedadgående retning”. Det fremgår således af udbudsmaterialet, at der vil kunne ske justeringer i kørselslisterne efter kørselsbehovet.

Henset hertil og til sagens øvrige oplysninger finder klagenævnet, at kontraktens genstand ikke er mangelfuldt beskrevet, ved at der indgår en adresse i kørselslisten for delaftale 5, som ikke blev kørt til i skoleåret 2022-2023. Det er endvidere ikke påvist, at inklusionen af den pågældende adresse har påvirket konkurrenceforholdene ved udbuddet.

På det foreløbige grundlag, der foreligger, findes det således ikke godtgjort, at Tønder Kommune har overtrådt gennemsigtighedsprincippet for så vidt angår delaftale 5. Der er herefter ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge i forhold til denne delaftale.

Ad påstand 2

Som følge af det anførte under påstand 1 er der ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

I det omfang, at Tønder Taxi herudover har anført, at samtlige delaftaler skal annulleres som følge af, at de tilbudsgivere, der har vundet de øvrige delaftaler, vil kunne tilbyde en lavere pris ved genudbuddet af delaftale 2, er dette synspunkt ikke omfattet af de nedlagte påstande og kan allerede af den grund ikke føre til, at klagen tillægges opsættende virkning.

Betingelse nr. 1 er herefter 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.

William Lindsay-Poulsen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anja Vibe Visby Bunch
Kontorelev