

Udbuddet er efterfølgende annulleret af Nordjyllands Trafikselskab og klagen herefter tilbagekaldt. Delkendelsen er således klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Umove Vest A/S  
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Nordjyllands Trafikselskab  
(advokat Henning Biil, København)

Klagenævnet har den 22. marts 2022 modtaget en klage fra Umove Vest A/S (Umove).

Umove har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Nordjyllands Trafikselskab har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

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

## Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Nordjyllands Trafikselskab har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at fastsætte en evalueringsmodel for delkriteriet ”Arbejdsmiljø”, der usagligt tilgodeser operatører med eksisterende garageanlæg inden for det geografiske område, som kontrakten vedrører.

### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Nordjyllands Trafikselskabs tildelingsbeslutning af 15. marts 2022.

## Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 006-012843 af 5. januar 2022 udbød Nordjyllands Trafikselskab som begrænset udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en 10-årig kontrakt med mulighed for 6 års yderligere forlængelse vedrørende almindelig rutekørsel fordelt på 12 forskellige pakker omfattende én eller flere busruter. Den samlede mængde kørsel omfattede 93.036 årlige køretimer og 31 driftsbusser.

Kontrakten var oprindeligt blevet udbudt i efteråret 2021 som Nordjylland Trafikselskabs 28. udbud. Dette udbud blev annulleret og kontrakten genudbudt ved det omhandlede udbud (”NT 28.1”).

Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet med underkriterierne Pris (50 %), Kvalitet af drift (25 %), Miljø (15 %) og Kvalitet af Busmateriel (10 %).

I underkriteriet Kvalitet af drift indgik delkriterierne Tilbudt kvalitet i forhold til NT’s kunder (75 %) og Arbejdsmiljø (25%).

Denne sag drejer sig om delkriteriet Arbejdsmiljø. Det hedder herom i udbudsbetingelsernes pkt. 15:

”Vurderingen af arbejdsmiljøet vil blive baseret på, hvordan virksomhedens arbejdsmiljø er klassificeret af Arbejdstilsynet på de busanlæg og værksteder, der indgår i driften af den kørsel, der bydes på (anvendes der underleverandører skal disse anlæg/værksteder også være klassificerede).

Der lægges vægt på, at tilbudsgiveren – for de busanlæg som indgår i den aktuelle drift – er arbejdsmiljøklassificeret efter en af Arbejdstilsynets anerkendte modeller. Se anerkendte modeller på tilsynets hjemmeside.

Arbejdsmiljøet vil blive vurderet efter følgende kriterier:

<b>Arbejds- miljø</b>	<b>Opfyldelse af kriteriet</b>
100 point	Kronesmiley for alle anlæg
90 point	Grøn smiley på alle anlæg og i gang med certificering til kronesmiley men ikke opnået det endnu
80 point	100 % af anlæggene har opnået grøn smiley
70 point	51% til 99 % af anlæggene har opnået grøn smiley
50 point	0% til 50 % af anlæggene har opnået grøn smiley
0	Et eller flere anlæg har fået rød smiley

Tilbudsgiver som har opnået grøn smiley på alle anlæg og som kan dokumentere at de er i proces med at opnå kronesmiley tildeles 90 point. Certificeringsprocessen skal være igangsat før offentliggørelse af udbudsmaterialet dog tidligst den 1. juli 2021.

Såfremt tilbudsgivers virksomhed ikke har haft besøg af arbejdstilsynet inden for de sidste år, men kan erklære på tro og love, at virksomheden lever op til følgende krav:

- at virksomheden ikke overtræder arbejdsmiljøreglerne, og
- at virksomheden ikke har et udestående med Arbejdstilsynet,

vil tilbudsgiver blive tildelt karakteren 70. Tro- og loveerklæring udfyldes via udbudsportalen. Kan dokumentation for angivne certificeringer eller smileyordninger ikke forelægges ved kontraktindgåelsen, forbeholder NT sig ret til at annullere tildelingsbeslutningen, revidere pointgivningen og træffe en ny tildelingsbeslutning.

Den score som tilbudsgiver opnår, vil blive anvendt ved vurderingen af alle pakker.”

I forbindelse med udbuddets spørgsmål/svar-runde stillede Umove følgende spørgsmål:

”Det fremgår af udbudsbetingelserne, at NT anvender tilbudsgivers arbejdsmiljøstatus (smileys) for de garageanlæg som indgår i tilbudsgivers juridiske enhed. Dette baseres på oplysninger fra Arbejdstilsynets oversigt. Såfremt man ikke allerede har drift i den bydende juridiske enhed, tildeles man 50% af de maksimale point, der indgår i opgørelsen. Vi kan konstatere at Arbejdstilsynets opgørelser ikke nødvendigvis er opdaterede, afhængige af omfanget af ført tilsyn, og hermed sjældent er retvisende. Vi kan endvidere oplyse at de forskellige trafikskaber ikke tillægger smiley-ordningen for arbejdsmiljø samme betydning som NT ved vurdering af tilbud og at der derfor også på tværs af trafikskaberne vil være forskel på den opmærksomhed som operatøren har på smiley-ordningen uden for NT’s område. Således synes risikoen for forskelsbehandling ved vurdering af tilbud på baggrund af smileyordningen at være betydelig. Samtidigt er det ikke vores umiddelbare opfattelse at NT kan anvende operatørens præstationer hos andre trafikskaber som grundlag for evaluering af tilbud, men kun de præstationer som operatøren stiller NT i udsigt i det aktuelle tilbud. Det er vores opfattelse at NT har tilrettet praksis for så vidt angår tilbuddets kvalitets evaluering, men ikke for arbejdsmiljøindsatsen. Vil NT ændre på dette således, at det er operatørens løfte om arbejdsmiljøindsats, certificering, smiley etc. for den udbudte opgave som afgør evalueringen af det afgivne tilbud?”

Nordjyllands Trafikskab gav den 2. februar 2022 følgende svar:

”Det er korrekt, at NT anvender Arbejdstilsynets oversigt ved vurdering af arbejdsmiljøstatus. Arbejdstilsynet er en uvildig og objektiv instans, hvorfor NT finder det hensigtsmæssigt at anvende disse oversigter frem for subjektive vurderinger fra tilbudsgiver selv eller deres kunder. Såfremt tilbudsgiver ikke finder oversigten opdateret, da har en virksomhed altid mulighed for at anmode Arbejdstilsynet om at foretage et tilsyn. De enkelte trafikskaber afgør selv, hvilke kriterier og vilkår, der skal anvendes og være gældende i deres udbud. Sammensætningen i udbuddene på tværs af trafikskaber er heller ikke identiske, ligesom der er forskelle i vilkårene. At trafikskaberne vægter forskellige kriterier, kan ikke tages som et udtryk for forskelsbehandling, idet der er tale om uafhængige forretninger.”

Den 21. januar 2022 prækvalificerede Nordjylland Trafikskab fire tilbudsgivere, Umove, Keolis Danmark A/S (Keolis), Ditobus Linjetrafik A/S (Ditobus) og Herning Turist.

Ved tilbudsfristens udløb den 24. februar 2022 havde Nordjyllands Trafikselskab modtaget tilbud fra Umove, Keolis og Ditobus. Alle tre tilbudsgivere udførte i forvejen kørsel for trafikskabet.

#### Trafikselskabet Nordjyllands oplysninger om evalueringen af tilbuddene i relation til delkriteriet Arbejdsmiljø til underkriteriet Kvalitet af drift

Tilbudsgiverne havde udfyldt ”Beskrivelse af byders virksomhed”, hvor de oplysninger, som var relevante for delkriteriet Arbejdsmiljø, fremgår af afsnittene ”Garage” og ”Arbejdsmiljø og miljø”. Herudover havde tilbudsgiverne i varierende omfang vedlagt bilag vedrørende arbejdsmiljø.

I forbindelse med evalueringen konstaterede trafikskabet, at ingen af tilbudsgiverne tydeligt havde redegjort for, hvilken arbejdsmiljøstatus de busanlæg og værksteder havde, som i henhold til beskrivelsen skulle indgå i driften af den tilbudte kørsel.

Arbejdsmiljøstatus kan dokumenteres af Arbejdstilsynet for hver enkelt driftsenhed ved hjælp af disse enheders såkaldte P-numre, som er en underinddeling af en virksomheds CVR-nummer. Nordjyllands Trafikselskab anmodede derfor ved en teknisk afklaring, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4, tilbudsgiverne om at oplyse P-numre for de busanlæg og værksteder, som ifølge tilbuddene skulle indgå i driften, samt foreliggende dokumentation for certificering.

På baggrund af disse svar rettede trafikskabet henvendelse til Arbejdstilsynet og fik verificeret anlæggenes status. Evalueringen blev på grundlag heraf foretaget således:

Umove angav at ville anvende otte anlæg til driften, hvoraf syv først ville blive etableret i tilfælde af, at Umove vandt udbuddet. Det ottende anlæg var et eksisterende anlæg, men det havde ikke nogen arbejdsmiljøcertificering. Umove vedlagde en tro- og loveerklæring om, at alle anlæggene ville opnå en kronesmiley, men erklæringen kunne ikke udløse ekstra point efter kriteriet ”Arbejdsmiljø”. Nordjyllands Trafikselskab tildelte på den baggrund 50 point til Umove svarende til, at ingen af anlæggene havde opnået en grøn smiley.

Keolis angav at ville anvende 21 forskellige lokaliteter til kørslen. I besvarelsen af Nordjyllands Trafikselskabs spørgsmål var dette blevet ændret til syv, hvoraf fem var eksisterende og certificerede anlæg, medens to skulle nyetableres, Keolis erklærede, at de sidstnævnte anlæg så hurtigt som muligt ville blive certificeret. Trafikselskabet fandt ikke at kunne lægge de ændrede oplysninger til grund, men lagde i stedet de 21 forskellige lokaliteter til grund, ligesom løftet om certificering ikke blev tillagt betydning. Af de 21 anlæg var 15 eksisterende anlæg certificeret med kronesmiley, medens de resterende seks skulle nyetableres. På dette grundlag blev Keolis tildelt 70 point svarende til, at mellem 50 og 100 % af anlæggene havde opnået en grøn smiley.

Ditobus angav at ville anvende ti anlæg, hvoraf tre eksisterende anlæg havde kronesmiley, medens de syv øvrige anlæg først ville blive nyetableret, hvis Ditobus vandt udbuddet. Også Ditobus ville certificere de nye anlæg snarest, hvilket Nordjylland Trafikselskab ikke lagde vægt på. På dette grundlag blev Ditobus tildelt 50 point svarende til, at mellem 0 og 50 % af anlæggene havde opnået en grøn smiley.

Tilbuddene blev i relation til underkriteriet Kvalitet af drift med delkriterierne Tilbudt kvalitet i forhold til NT's kunder og Arbejdsmiljø herefter vurderet således:

Tilbudsgiver	Tilbudt kvalitet i forhold til NT's kunder (uvægtet)	Tilbudt kvalitet i forhold til NT's kunder (vægtet)	Arbejdsmiljø (uvægtet)	Arbejdsmiljø (vægtet)	I alt (vægtet)
Keolis	77,5	58,1	70	17,5	75,6
Umove	77,5	58,1	50	12,5	70,6

### Den samlede evaluering

Af evalueringsrapport af 15. marts 2022 fra Nordjyllands Trafikselskab fremgik, at de tre indkomne tilbud var konditionsmæssige, og at kontrakten ville blive tildelt Keolis, der havde opnået den højeste samlede score på 92,5 point. Umove blev samlet tildelt 91,75 point.

	Pris	Drift	Materiel	Miljø	Samlet	Tilbudspris
Umove	100	70,6	91	100	91,75	69.939.546
Keolis	99,0	75,6	91	100	92,50	70.296.381
Ditobus	88,2	70,6	97	97	86	74.136.050

Det er på denne baggrund Umoves opfattelse, at delkriteriet Arbejdsmiljø har været afgørende for udbuddets udfald.

#### Parternes anbringender:

##### Ad ”fumus boni juris”

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

Nordjyllands Trafikselskab 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 Umove gjort gældende, at den fastsatte evalueringsmodel for så vidt angår delkriteriet Arbejdsmiljø er i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, da delkriteriet evalueres på baggrund af, hvilken arbejdsmiljøcertificering der på tilbudstidspunktet foreligger på de garageanlæg, der vil blive anvendt ved opfyldelse af kontrakten.

Modellen tilgodeser således operatører, der allerede på tilbudstidspunktet har eksisterende garageanlæg inden for det geografiske område, som kontrakten vedrører (dvs. i praksis den hidtidige operatør eller andre operatører med stærk tilstedeværelse i Nordjylland), og udelukker andre operatører fra at opnå de maksimale point for delkriteriet.

Efter det, der er oplyst i udbudsbetingelserne pkt. 15, kan en ny operatør uden eksisterende garageanlæg inden for det geografiske område, som kontrakten vedrører, reelt kun opnå én bedømmelse, nemlig 50 point, svarende til at 0-50 % af de eksisterende garageanlæg har opnået ”grøn smiley” certificering. Resten af skalaen vil ikke kunne finde anvendelse, hverken den højere eller lavere ende.

En operatør, der delvist kan opfylde kontrakten med eksisterende garageanlæg, vil kunne få point fra 0-70, afhængigt af om over eller under 50 % af garageanlæggene har opnået ”grøn smiley” – hvilket fører til en score på 50-70 point – og hvorvidt nogle af garageanlæggene har opnået ”rød smiley”,

hvilket vil føre til, at der tildeles 0 point, uanset hvilken certificering de øvrige garageanlæg har.

Kun operatører, der fuldt ud kan opfylde kontrakten ved brug af eksisterende garageanlæg, vil kunne opnå point fra 0-100 og dermed få fordel af den fulde pointskala, da det er en forudsætning for at få 80 point eller over, at alle anlæg som minimum har opnået ”grøn smiley”. Den/de operatører, der allerede har de fornødne garageanlæg og certificeringer inden for det relevante geografiske område, tilgodeses således efter den fastsatte evalueringsmodel, da det i praksis kun vil være disse operatører, der er i stand til at opfylde de krav, der udløser 80-100 point.

Den fastsatte evalueringsmodel tilgodeser således de operatører, der kan opfylde kontrakten ved brug af eksisterende garageanlæg inden for det relevante geografiske område (Nordjylland), og medfører, at 3 forskellige udsnit af det samlede pointspænd finder anvendelse for operatører afhængigt af, hvor mange eksisterende anlæg virksomheden har i Nordjylland.

En operatør, der ikke har eksisterende garageanlæg i Nordjylland, kunne i princippet forsøge at etablere disse i perioden mellem offentliggørelsen af udbudsmaterialet den 10. januar 2022 og tilbudsfristen den 24. februar 2022 samt at opnå grøn smiley eller kronesmiley. Muligheden er dog i praksis illusorisk; dels fordi der ikke vil være den fornødne tid, dels fordi en tilbudsgiver selvsagt aldrig vil foretage sådanne investeringer på et tidspunkt, hvor kontrakten endnu ikke er tildelt.

Herudover indebærer modellen usaglig forskelsbehandling mellem forskellige operatører med eksisterende anlæg, der begge inden tilbudsfristen er påbegyndt en proces med henblik på certificering for at opnå kronesmiley. Det fremgår således af evalueringsmodellen, at en tilbudsgiver alene kan opnå 90 point, hvis tilbudsgiveren har grøn smiley på alle anlæg og kan dokumentere, at der inden offentliggørelsen af udbudsmateriale er igangsat en certificeringsproces med henblik på at opnå kronesmiley. To tilbudsgivere, der begge har iværksat en certificeringsproces med henblik på at opnå kronesmiley, men hvor den ene har iværksat processen dagen før offentliggørelsen af udbudsmaterialet, og den anden har iværksat processen dagen efter offentliggørelsen, behandles således forskelligt. Det er udtryk for fuldstændig arbitrær forskelsbehandling.



Modellen indebærer endvidere en usaglig forskelsbehandling mellem tilbudsgivere, der på tilbudstidspunktet råder over garageanlæg til anvendelse i driften, der har opnået grøn smiley eller kronesmiley, og tilbudsgivere (som Umove), der indestår for, at certificering til kronesmiley vil være gennemført på tidspunktet for kontraktens udførelse. Der er ingen saglig grund til at forskelsbehandle mellem sådanne to tilbudsgivere, idet det afgørende må være, at de arbejdsmiljømæssige forhold er i orden under kontraktens opfyldelse.

Endelig indebærer evalueringsmodellen for delkriteriet Arbejdsmiljø også, at der er risiko for, at der lægges vægt på forhold, der er uden betydning for kontraktens opfyldelse, og at modellen således er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. En tilbudsgiver kan således eksempelvis opnå 100 point, hvis blot de anvendte garageanlæg alle har opnået kronesmiley. Det er imidlertid uden betydning, hvad de pågældende garageanlæg hidtil har været anvendt til. Hvis eksempelvis de eksisterende garageanlæg har været anvendt til kørsel af minibusser, flex-kørsel eller lignende (eller for den sags skyld en helt anden aktivitet), vil tilbudsgiveren kunne opnå maksimalt pointantal (100 point), hvis blot tilbudsgiveren har opnået kronesmiley for de pågældende anlæg, uanset om aktiviteten på anlægget er relevant for den udbudte kontrakt.

Evalueringsmodellen er derved også udtryk for en sammenblanding af egnethedsvurdering og evaluering, idet modellen i praksis kan indebære, at der lægges vægt på arbejdsmiljømæssige forhold i forbindelse med opfyldelse af tidligere kontrakter om kørsel, snarere end de arbejdsmiljømæssige forhold, der vil gøre sig gældende under den udbudte kontrakt.

Da evalueringsmodellen indebærer nærliggende risiko for, at hidtidige operatører opnår en konkurrencefordel i forbindelse med genudbud, har det påhvilet Nordjyllands Trafikselskab at udvise særlig omhu med henblik på at sikre, at evalueringsmodellen ikke i praksis udelukkede øvrige operatører fra at opnå samme bedømmelse som hidtidige operatører, og at evalueringsmodellen i øvrigt var proportional. Trafikselskabet ses imidlertid ikke at have foretaget sig noget nærmere med henblik på at sikre ligebehandling og proportionalitet, herunder ved at sikre, at også nye operatører i praksis kunne opnå maksimal score under evalueringen.

Kriterier, der indebærer, at lokal tilstedeværelse tillægges betydning, har særlig risiko for at virke diskriminerende over for tilbudsgivere, der ikke er til

stede i lokalområdet, jf. hertil klagenævnets kendelse af 3. november 2021, Meldgaard Miljø A/S mod Rebild Kommune. Der kan kun anvendes sådanne kriterier, hvis det konkret er sagligt og velbegrunder. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag.

Eksisterende operatører kan have uundgåelige konkurrencefordele eksempelvis ved, at de ikke skal afholde investeringer i nye anlæg, eller at de har et forudgående indblik i de reelle omkostninger ved at udføre en genudbudt opgave. Sådanne uundgåelige fordele kan efter deres karakter ikke eller kun vanskeligt udlignes i et udbud. Dette er en artsforskellig situation fra denne sag, hvor Nordjyllands Trafikselskab – blandt flere mulige evalueringsmodeller – har valgt en evalueringsmodel for delkriteriet Arbejds miljø, hvor det er umuligt for andre tilbudsgivere end operatører med nødvendige anlæg i det område, hvor driften udføres, at opnå maksimal score. Sådanne operatører, herunder eksempelvis udenlandske operatører, der måtte ønske at etablere sig med busdrift i Nordjylland, kan kun opnå 50 point – hverken mere eller mindre. Operatører med de nødvendige anlæg i det område, hvor driften udføres, kan opnå mellem 0-100 point.

Spørgsmålet er alene, om Nordjyllands Trafikselskab ved sit valg af evalueringsmodel har taget de fornødne skridt for at undgå, at operatører med lokal tilstedeværelse har en utilbørlig konkurrencefordel.

Det har Nordjyllands Trafikselskab ikke gjort. Trafikselskabet kunne således uden videre have valgt en anden evalueringsmodel, f.eks. således at der ved evalueringen blev lagt vægt på, hvilket arbejdsmiljø/hvilken arbejdsmiljøcertificering operatører indestod for ville være gældende i kontraktperioden – og eventuelt fastsatte kontraktmæssige sanktioner ved manglende opfyldelse af forpligtelsen.

I stedet har Nordjyllands Trafikselskab paradoksalt nok valgt en model, hvor trafikselskabet lagde vægt på arbejdsmiljøstatus på tilbudstidspunkt, men hvor der ikke er fastsat nogen, eller i hvert fald ikke nogen klar, kontraktmæssig forpligtelse til at sikre, at denne arbejdsmiljøstatus også ville blive opretholdt i kontraktperioden. En operatør, der – som Umove – var klar til at indestå for, at alle anlæg ville være arbejdsmiljøcertificeret (med ”kronesmiljø”) i kontraktperioden, stilles således ringere end en operatør, der på tilbudstidspunktet havde en given certificering, men eventuelt mister den i kontraktperioden. Modellen savner – også set i sammenhæng med de manglende

klare kontraktmæssige forpligtelser til at opretholde et bestemt arbejdsmiljø i kontraktens løbetid – mening.

Nordjyllands Trafikselskab har således forsømt at tage fornødne skridt til at undgå, at operatører med forudgående lokal tilstedeværelse i de områder, hvor driften skulle udføres, ville have en utilbørlig konkurrencefordel under udbuddet.

Særligt vedrørende påstand 1 har Nordjyllands Trafikselskab gjort gældende, at delkriteriet Arbejdsmiljø var lovligt og har været anvendt i mange år, herunder i udbud som Umove har deltaget i og i nogle tilfælde vundet. Der er endvidere tale om et delkriterium med en beskeden samlet vægt på 6,25 % (25 % af 25 %) i den samlede evaluering. Evalueringsmodellen er saglig og i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

Det er helt fast praksis, at ligebehandlingsprincippet ikke fører til, at den hidtidige operatør er udelukket fra at afgive tilbud på opgaven på ny. Udbudsvilkårene stiller ikke krav om, at tilbudsgiveren skal etablere busanlæg og værksteder bestemte steder i lokalområdet. Der stilles alene – som minimumsbetingelse – krav om, at der skal oprettes en lokal driftsledelse i regionen, som Nordjyllands Trafikselskab kan henvende sig til, hvis tilbudsgiveren udfører kørsel med mere end otte busser.

Men det følger selvsagt af forholdets natur, at buskørsel i et givet geografisk område i praksis kræver, at der etableres sådanne anlæg i området. Dette vil uvilkårligt give fordele for den operatør, der hidtil har udført kørslen, og for andre operatører, der i forvejen udfører anden kørsel i området, i forhold til nye operatører. Sådanne fordele kan Nordjyllands Trafikselskab ikke udligne, men heller ikke her følger det af ligebehandlingsprincippet, at de operatører, som har sådanne ikke udlignelige fordele, er udelukket fra at deltage i genudbuddet.

Selv hvis det ikke fulgte af forholdets natur, ville Nordjyllands Trafikselskab uden at komme i konflikt med ligebehandlingsprincippet kunne stille krav om tilbudsgiverens tilstedeværelse i lokalområdet, jf. herved den nævnte kendelse af 3. november 2021.

Nordjyllands Trafikselskab har ikke specifikt stillet krav til den lokale tilstedeværelse, men har i delkriteriet Arbejdsmiljø stillet krav til de busanlæg og

garager, der vil blive anvendt til den tilbudte kørsel, som i sagens natur vil blive etableret lokalt i nærheden af busruterne.

Det er ikke i sig selv i strid med ligebehandlingsprincippet, at Nordjyllands Trafikselskab stiller krav til arbejdsmiljøet på de busanlæg og værksteder, der skal anvendes til kørslen.

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at Nordjyllands Trafikselskab i muligt omfang skal sørge for, at kravet ikke lægger uproportionale hindringer i vejen for nye operatører. Denne forpligtelse har trafikselskabet levet op til, og delkriteriet er på den baggrund lovligt.

For det første har Nordjyllands Trafikselskab valgt ikke at lade krav til en vis arbejdsmiljøstandard være et mindstekrav, idet dette netop ville kunne udelukke ikke etablerede operatører på forhånd. Der er derimod tale om et evalueringskrav.

For det andet har Nordjyllands Trafikselskab valgt at give delkriteriet en beskeden vægt i den samlede evaluering, nemlig 6,25 %. Nye operatører, som ikke har eller ikke kan sikre sig en høj grad af arbejdsmiljøcertificering, har således mulighed for at kompensere for dette ved at gøre sig mere konkurrencedygtige på andre kriterier, ikke mindst prisen som i sig selv vægtede 50 %.

For det tredje har Nordjyllands Trafikselskab endelig indrettet pointgivningen af delkriteriet således, at en ny operatør ikke får en uproportionel hård bedømmelse for ikke at have arbejdsmiljøcertificering. Ingen certificering af nogen værksteder overhovedet udløser således ikke 0 point, men 50 ud af 100 point. En operatør, som ikke har nogen certificerede værksteder, stilles således ikke dårligere end den, der har certificering på halvdelen af sine værksteder. Det ville ligeledes udløse 50 point. I nogle tilfælde er den nye operatør endda bedre stillet end den eksisterende, nemlig hvis den eksisterende operatør har fået en negativ arbejdsmiljøvurdering, en rød smiley.

Nordjyllands Trafikselskab har således gjort tilstrækkelige tiltag til, at evalueringsmodellen ikke lægger uproportionale hindringer i vejen for nye operatører.

Dersom evalueringskriteriet nødvendigvis skulle give mulighed for nye operatører for at opnå maksimal score på kriteriet, ville det indebære, at Nordjyllands Trafikselskab skulle ligestille en operatør, der igennem mange år har brugt ressourcer på og har opnået den højeste arbejdsmiljøcertificering, med operatører, der intet har foretaget sig i så henseende. Dette ville indebære en urimelig forskelsbehandling af den førstnævnte operatør, som netop ville være i strid med ligebehandlingsprincippet.

Evalueringsmodellen indebærer ikke risiko for, at der lægges vægt på forhold, der er uden betydning for kontraktens opfyldelse. Over for Umoves synspunkt om, at tilbudte, certificerede garageanlæg kan være anvendt til anden kørsel end buskørsel, bestrider trafikselskabet, at en arbejdsmiljøcertificering kan opretholdes, hvis virksomheden overgår til anden anvendelse.

Umove havde som den eneste af tilbudsgiverne udført dele af den udbudte kørsel før. Herudover har Umove udført og udfører anden kørsel for Nordjyllands Trafikselskab. Det samme gælder i varierende omfang for Keolis og for Ditobus.

Gennemgangen af tilbudsgivernes ”Beskrivelse af byders virksomhed” viser endvidere, at alle tre tilbudsgivere havde valgt den samme taktik for udbuddet, hvorefter man tilbød en blanding af eksisterende anlæg og anlæg, der først ville blive etableret, hvis tilbudsgiveren vandt udbuddet.

Umove tilbød et eksisterende og syv nye anlæg, Keolis 15 eksisterende og seks nye anlæg, og Ditobus tre eksisterende og syv nye anlæg. Alle eksisterende anlæg hos Keolis og Ditobus var arbejdsmiljøcertificeret, medens Umoves anlæg ikke var.

Selv hvis evalueringen af delkriteriet alene var foretaget efter status for de tilbudte, eksisterende anlæg, ville Umoves tilbud således fortsat stå dårligere end de øvrige tilbud. Kriteriet har således ikke konkret forskelsbehandlet Umove. Umove var dels ikke en ny tilbudsgiver, men havde eksisterende anlæg, dels var Umoves eksisterende anlæg ringere arbejdsmiljøcertificeret end de øvrige certificerede anlæg.

Sagen er efter Nordjyllands Trafikselskabs opfattelse således den enkle, at Umove i sin tilbudsstrategi bevidst satsede på, at manglen på arbejdsmiljøcertificering ville kunne opvejes af den lavere pris, som Umove tilbød.

Umove må qua omfanget af kørsel for trafikskabet have haft flere eksisterende anlæg, som Umove kunne have ladet indgå i tilbuddet, men dette har Umove bevidst fravalgt.

Umoves tilbud er således ikke blevet fravalgt på grund af forskelsbehandling, men fordi Umoves tilbudsstrategi ikke lykkedes.

En kronesmiley opnås – i modsætning til grøn, gul og rød smiley – ikke ved kontrolbesøg fra Arbejdstilsynet, men ved at virksomheden lader sig certificere af et anerkendt certificeringsorgan og meddeler Arbejdstilsynet dette. Det var bl.a. af hensyn til at sikre sig, at oplysningerne i tilbuddet var helt opdaterede, at trafikskabet ved evalueringen valgte at kontrollere tilbudsgivernes oplysninger hos Arbejdstilsynet.

At Umove blev stillet ringere ved evalueringen af delkriteriet Arbejdsmiljø ved at optimere tilbuddet og tage nye garageanlæg i brug, førte så til gengæld til, at Umove scorede meget højt på alle øvrige under- og delkriterier. At optimering af et kriterium kan føre til en dårligere vurdering af et andet kriterium, er velkendt. F.eks. giver en høj pris en dårligere score end en lavere pris, men til gengæld en bedre – og dermed højere scoret – kvalitet. Det er ikke i sig selv ulovligt.

Det vindende tilbud, herunder beskrivelse af byders vilkår, indgår som en del af kontraktgrundlaget, jf. kontraktens § 1. Opretholdelse af den tilbudte arbejdsmiljøcertificering er således en kontraktmæssig forpligtelse, som trafikskabet i tilfælde af manglende overholdelse kan iværksætte misligholdelsesbeføjelser overfor, jf. §§ 27ff.

Nordjyllands Trafikskab lægger imidlertid mere vægt på den arbejdsmiljøstatus, som tilbudsgiverne konkret kan dokumentere at have opnået, fremfor at iværksætte sanktioner over for en vindende tilbudsgiver, som ikke lever op til sine løfter. Al erfaring viser, at en efterfølgende håndhævelse af et krav kun meget vanskeligt lader sig gennemføre. Det giver en ringere kvalitet af den udførte kørsel og et dårligt samarbejds miljø mellem trafikskabet og den operatør, som skal køre ruterne de næste 10 år.

Særligt vedrørende påstand 2 har Umove gjort gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres på grund af overtrædelsen.

Særligt vedrørende påstand 2 har Nordjyllands Trafikselskab gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullerer tildelingsbeslutningen.

#### Ad uopsættelighed

Umove har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed skal lempes som følge af overtrædelsens alvorlige karakter, jf. EU-Domstolens kendelse af 23. april 2015 i sag C-35/15 P(R), Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen.

Tilsvarende følger af klagenævnets praksis, jf. blandt andet kendelser af 26. juni 2017, Eltel Networks A/S mod Region Syddanmark, og af 12. juli 2019, Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden.

Klagenævnet skal derfor allerede på baggrund af det anførte tillægge klagen opsættende virkning uden at stille særlige krav til uopsættelighed.

Nordjyllands Trafikselskab har gjort gældende, at betingelsen om, at opsættende virkning er nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for Umove, ikke er opfyldt.

Umove har ikke anført, at Umove vil lide et tab, endsige et alvorligt tab. Det er da heller ikke tilfældet, idet Umove i givet fald vil kunne indtale et erstatningskrav.

Umove hævder alene, at der skulle være grundlag for at lempe betingelsen på grund af overtrædelsens grovhed. Nordjyllands Trafikselskab bestrider, at der foreligger en overtrædelse af en sådan karakter, selv hvis klagenævnet måtte finde de påberåbte overtrædelser sandsynliggjort.

#### Ad interesseafvejning

Umove har gjort gældende, at en interesseafvejning må falde ud til Umoves fordel, uanset at kontrakten vedrører forsyningsvirksomhedsdirektivet. Der vil ikke opstå forsyningsproblemer selv i det tilfælde, hvor Nordjyllands Trafikselskab må genudbyde kontrakten, idet trafikselskabet vil kunne forlænge eksisterende kontrakter, så busdriften ikke bringes i fare.

Nordjyllands Trafikselskab har gjort gældende, at interesseafvejningen bør klart falde ud til trafiksekskabets fordel.

Delkriteriet har været anvendt i adskillige udbud gennem mange år, som Umove har deltaget i, uden at dette har givet Umove anledning til at gøre indsigelse mod delkriteriet. Det kan på den baggrund ikke siges at have nogen hastende karakter.

Kørslen i dette udbud skal påbegyndes i august 2022. Som det fremgår af tidsplanen for udbuddet, tager udbudsprocessen fra offentliggørelse af udbudsmateriale til indgåelse af kontrakt efter udløb af standstill-periode ca. tre måneder. Regnes der fra klagenævnets afgørelsesfrist den 21. april 2022 vil udbuddet næppe kunne gennemføres inden 1. august 2022 i praksis, og den vindende operatør vil ikke levnes nogen tid til opstart, herunder navnlig etablering af værksteder.

Nordjyllands Trafikselskab har ikke nogen kontraktlig mulighed for at forlænge de eksisterende kontrakter.

På denne baggrund må trafiksekskabets interesser vægte højere end Umoves.

#### Klagenævnet udtaler:

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

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

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



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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet, at Umove ikke har anført noget til støtte for, at evalueringsmodellen, der var fuldt ud oplyst i udbudsmaterialet, skulle stride mod gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Klagen vedrører således alene spørgsmålet om, hvorvidt Nordjyllands Trafikselskab har overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at fastsætte en evalueringsmodel for delkriteriet Arbejdsmiljø, der "usagligt tilgodeser operatører med eksisterende garageanlæg inden for det geografiske område, som kontrakten vedrører."

Den fastsatte model giver alene mulighed for opnåelse af topscoren på 100 point for de tilbudsgivere, hvis tilbudte anlæg allerede ved tilbudsafgivelsen har opnået såvel en "grøn smiley" som en "kronesmiley". Det er i udbudsbetingelserne beskrevet således:

"Arbejdsmiljøet vil blive vurderet efter følgende kriterier:

Arbejds- miljø	Opfyldelse af kriteriet
100 point	Kronesmiley for alle anlæg

90 point	Grøn smiley på alle anlæg og i gang med certificering til kronesmiley men ikke opnået det endnu
80 point	100 % af anlæggene har opnået grøn smiley
70 point	51% til 99 % af anlæggene har opnået grøn smiley
50 point	0% til 50 % af anlæggene har opnået grøn smiley
0	Et eller flere anlæg har fået rød smiley

Tilbudsgiver som har opnået grøn smiley på alle anlæg og som kan dokumentere at de er i proces med at opnå kronesmiley tildeles 90 point. Certificeringsprocessen skal være igangsat før offentliggørelse af udbudsmaterialet dog tidligst den 1. juli 2021.”

Umoves synspunkt er, at evalueringsmodellen for delkriteriet Arbejdsmiljø strider mod ligebehandlingsprincippet, fordi det lægger vægt på graden af arbejds miljøcertificering allerede på tidspunktet for tilbudsafgivelsen af de anlæg, der vil blive anvendt til kørslen, og derved tilgodeser eksisterende operatører, navnlig den hidtidige operatør eller andre med stærk tilstedeværelse i trafik selskabets område. Så vidt ses bestrider Umov e ikke, at opfyldelse af kontrakten vil kræve et vist antal garageanlæg i området, og at kravet om anlæg derfor ikke i sig selv kan anses for usagligt og uden forbindelse med kontraktens genstand.

En ordregiver bestemmer selv inden for rammerne af de udbudsretlige regler, hvorledes udbuddet skal tilrettelægges. Trafik selskabet Nordjylland har valgt at lade arbejds miljøvurderingen af de enkelte tilbud være bundet op på Arbejdstilsynets smiley-ordning, hvilket ikke i sig selv udgør et udbudsretligt problem.

Krav om, at tilbudsgiverne skal være i besiddelse af visse certifikater o.l. vil imidlertid oftest være formuleret således, at kravet skal være opfyldt ved kontraktstart. Herved undgås, at de tilbudsgivere, der ikke har vundet kontrakten, påføres unødvendige udgifter.

Nordjyllands Trafik selskab har erkendt, at evalueringsmodellen alene giver virksomheder, som er etableret i området, mulighed for at opnå mere end 50 point ved evalueringen af tilbuddene i relation til delkriteriet Arbejds miljø, men har gjort gældende, at ”dersom evalueringskriteriet nødvendigvis skulle

give mulighed for nye operatører for at opnå maksimal score på kriteriet, ville det indebære, at Nordjyllands Trafikselskab skulle ligestille en operatør, der igennem mange år har brugt ressourcer på og har opnået den højeste arbejds-miljøcertificering, med operatører, der intet har foretaget sig i så henseende. Dette ville indebære en urimelig forskelsbehandling af den førstnævnte ope-ratør, som netop ville være i strid med ligebehandlingsprincippet.”

Dette synspunkt kan ikke tiltrædes. Det er ganske vist korrekt, at ligebehand-lingsprincippet ikke indebærer, at et udbud skal tilrettelægges således, at en-hver tilbudsgiver skal kunne opfylde ethvert krav. Ligebehandlingsprincippet indebærer derimod, at ingen tilbudsgiver på forhånd på grund af den valgte evalueringsmodel skal være udelukket fra at kunne afgive tilbud, som vil kunne tillægges maksimumpoint.

Efter klagenævnets foreløbige vurdering er der derfor udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge i det angivne omfang. Dermed er der ligeledes på det foreløbige grundlag udsigt til, at påstanden om annullation af tildelingsbe-slutningen vil blive taget til følge.

Betingelsen om ”*fumus boni juris*” er derfor opfyldt.

Det, som trafikelskabet i øvrigt har anført, herunder at delkriteriet Arbejds-miljø alene vægter 6,25 % i den samlede evaluering, kan ikke føre til et andet resultat.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at Umoves påstand om annulla-tion vil blive taget til følge, og betingelsen om ”*fumus boni juris*” dermed er opfyldt, finder klagenævnet, at Umove ikke efter de oplysninger, som fore-ligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”*fumus boni juris*”, at selskabet ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at det vil lide en uoprettelig skade.

Umove har ikke godtgjort, at et eventuelt retstab ved, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, ikke vil kunne udlignes ved erstatning. Det bemærkes herved, at Umove har taget forbehold for at nedlægge erstatningspåstande.

Betingelsen om *uopsættelighed* 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.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig