

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Erik Hammer, Ole Bajda Nielsen)

J.nr.: 2007-0011765

21. august 2007

K E N D E L S E

Centralforeningen af Taxiforeninger i Danmark
(advokat Suzanne T. Estrup, København)

mod

Midttrafik
(advokat Henning Biil, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 30. november 2006 udbød Midttrafik som offentlig udbud efter direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) en tjenesteydelse, der i udbudsbetingelserne betegnes således: »Den udbudte kørsel omfatter variabel kørsel, der bestilles fra gang til gang«. Udbudet betegnes som »Midttrafiks 1. Udbud af koordineret kollektiv trafik i det tidligere Århus Amt og sydlige del af det tidligere Viborg Amt – 1. udbud 2007«.

Udbudsbetingelserne indeholder følgende generelle beskrivelse af den udbudte tjenesteydelse:

»Den udbudte kørsel omfatter variabel kørsel, der bestilles fra gang til gang. Tillige forventes indgået aftaler om kørsel med rådighedsvogne stationeret på specifikke adresser i bl.a. Århus, Randers, Viborg, Skive, Silkeborg, og Skanderborg. Kørslen planlægges ved hjælp af kørselskoordineringssystemet »Planet«. Det skal oplyses at Midttrafik også administrer koordineret trafik med andre systemer, som ikke er omfattet af dette udbud. Midttrafik er kontraktpart for variabel kørsel. Herunder for fast bestilt variabel kørsel, der er faste bestillinger af variabel kørsel for en længere periode.

Midttur koordinerer i størst mulig omfang kørslen på tværs af de forskellige kørselsordninger.

Midttur-kørslen er en generel kørselsordning, der som udgangspunkt er åben for alle. Ved koordineringen af kørslerne kan grupper af handicappede, patienter og andre, fritages for samkørsel med andre passagerer, såfremt der er særlige forhold der taler herfor.

Kørslen koordineres løbende ved hjælp af edb-systemet Planet. Bestillingerne lægges ind i Planet, der automatisk planlægger kørslen og udsender kørselsordre til de vognmænd/vogne, der skal udføre kørslen. Anvendelse af Planetsystemet er nærmere beskrevet i bilag A.«

Den 9. februar 2007 indgav klageren, Centralforeningen af Taxiforeninger i Danmark, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Midttrafik. Klagen har været behandlet på et møde den 15. august 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 45 ved ikke at afvise tilbudet fra Skive Taxa, uagtet dette tilbud ikke blev modtaget hos indklagede inden udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 22. januar 2007 kl. 12.00, idet det først blev modtaget hos indklagede den 22. januar 2007 ca. kl. 12.15.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved den 27. februar 2007 at beslutte at indgå kontrakt med Skive Taxa om variabel kørsel uden garanti for kørselsomfanget (kontrakt A, vogntype 1 og 2) uden forinden at gennemføre EU-udbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med bekendtgørelse nr. 927 af 16. september 2004 § 6 b, stk. 1, jf. § 6 a, stk. 1, ved den 27. februar 2007 at have underskrevet kontrakt med Skive Taxa, uagtet at indklagede først den 27. februar 2007 havde fremsendt meddelelse til til-

budsgiverne om, hvilken afgørelse der var truffet med hensyn til indgåelse af kontrakt.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har oplyst, at den udbudte kørsel er almindelig rutekørsel i henhold til busloven, og at udbudet derfor er gennemført efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Indklagede har oplyst, at der 2 steder i udbudsbetingelserne i stedet for til Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved en fejl er henvist til det nu ophævede Tjenesteydelsesdirektiv.

I udbudsbetingelserne, der er uoverskuelige, uklare og usystematiske, er anført følgende om »Variabel kørsel uden garanti for kørselsomfanget«:

»Variabel kørsel uden garanti for kørselsomfanget. Det forventes indgået aftale med alle, der ønsker en aftale med Midttrafik på de angivne betingelser, og omfattende det antal vogne, der ønskes indgået aftale for. Der er således ikke en øvre grænse for det samlede antal vogne, der vil blive indgået aftale for, og antallet vil ikke være afhængigt af tilbudspri-
serne. Kontraktperiode: 1-3-2007 til 31-12-2007 med mulighed for forlængelse i op til 12 måneder

.....

Alle vogne, der indgås aftale med vil blive lagt ind i Planetsystemet med et hjemsted, som vognmanden selv fastlægger i tilbuddet. For taxier skal hjemstedet være i overensstemmelse med taxibevillingen. Grupper af vogne, der udfører kørsel under aftaleform A og som er tilsluttet en taxibestillingscentral, vil blive indlagt som en vogngruppe, med hjemsted defineret som byområdet.

.....

Variabel kørsel (Aftaleform A) fordeles på vogne af Planetsystemet. Grundprincippet er, at den vogn, der giver den mindste udgift for Midt-
tur, vælges til at udføre kørslen. Planetsystemet holder samtidig styr på, at en vogn kun bliver valgt, hvis den opfylder de fysiske krav, d.v.s. at der er ledige pladser i vognen af den påkrævede type, at den er forsynet med lift, hvis det er påkrævet, o.s.v. Valget sker således blandt vogne, der er egnet til at udføre kørslen, og på grundlag af en sammenvejning af timepris for kørsel og ventetid, geografisk placering af hjemstedet og, hvis det er vogne, der er ude at køre i forvejen, udgifterne ved at køre vognen frem i stedet for at starte en ny vogn op.

Der stilles ikke garanti for et bestemt kørselsomfang for den variable kørsel.«

I udbudsbetingelserne er »Fast kørsel i kontraktperioden« beskrevet således:

»Der udbydes ikke fast kørsel i Midttrafiks 1. udbud. Aftale med vognmænd om udførsel af faste kørselsopgaver, vil ske som »fast variabel kørsel« på grundlag af tilbud på variabel kørsel.

Som eksempler kan nævnes:

- Skolekørsel i Kommuner.
- Visse patientgrupper
- Faste rådighedsvogne

Aftale med en vognmand om »fast variabel kørsel« kørsel vil blive indgået på den måde, at man vil udvælge de vognmænd, der opfylder kravene til vogne og chauffører, herunder har afgivet tilbud med den nødvendige antal vogne. Blandt disse vil den vognmand, der medfører den laveste kørselsudgift for Midttur ud fra tilbudspriserne, få tilbudt opgaven først. Hvis vedkommende siger nej, vil vognmanden, der medfører den næstlaveste pris få tilbudt opgaven osv. Aftale vil blive indgået den første, der siger ja, i den nævnte rækkefølge.«

I udbudsbetingelserne er »Rådighedsvogne« beskrevet således:

»For at sikre tilstrækkelig vogncapacitet vil Midttrafik indgå aftaler om kørsel med rådighedsvogne. Rådighedsvogne (fortrinsvis vogntype 1, 2 og 5) skal stå til rådighed for variabel kørsel i forud fastsatte tidsrum, fx kl. 7-12 og kl. 13-16, mandag til fredag.

Der forventes indgået aftaler om rådighedsvogne stationeret på specifikke adresser i bl.a. Århus, Randers, Viborg, Skive, Silkeborg, og Skanderborg.

Aftaler om rådighedsvognkørsel vil blive indgået på baggrund af tilbud på variabel kørsel.

.....

Udenfor rådighedstidsrummene kan vognene udføre variabel kørsel, på samme vilkår som under aftaleform A.«

I udbudsbetingelserne er under overskriften »Kontraktsløbetid og fremtidige udbud« bl.a. anført følgende:

»Kontrakterne for kørselsform A starter pr. 1. marts 2007 og løber frem til 31. december 2007.

.....

Der vil ikke blive udbudt kørsel eller indgået yderligere aftaler med nuværende eller nye vognmænd under denne aftaleform i kontraktperioden, med mindre der kommer til at mangle vogne af en bestemt type i et område.«

I udbudsbetingelserne er der ikke fastsat »et tildelingskriterium«, idet der i stedet er anført følgende:

»For kørsel under aftaleform A vil der blive indgået kontrakt med alle tilbudsgivere, der opfylder kriterierne under pkt. 6 [nemlig om udvælgelseskriterierne], og som har afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsvilkårene«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 22. januar 2007 kl. 12.00 havde 76 tilbudsgivere afgivet tilbud, og da alle 76 tilbud opfyldte udbudsbetingelserne, besluttede indklagede den 26. januar 2007 at indgå kontrakt med de 76 tilbudsgivere.

Indklagede fremsendte den 27. februar 2007 følgende skrivelse til de 76 tilbudsgivere vedlagt kontrakt underskrevet af indklagede:

»Vi har med stor interesse og en vis forventning gennemgået alle tilbuddene på Midttrafiks 1. udbud af koordineret kørsel. Vi er glade for de mange tilbud der for os viser at I som vognmænd går seriøst ind i opgaven med at udføre koordineret kørsel for vores kunder, nemlig kommuner og Region Midtjylland.

Efter at have gennemgået tilbuddene står vi dog tilbage med et reelt problem med kapaciteten i Ny Skive Kommune og i særlig grad i den del der før var Skive Kommune. Det er især type 1 og 2 biler der er mangel på. Når vi kigger på de indkomne tilbud og sammenligner med hvad der var af tilbud på VAFT's 2 udbud af koordineret kørsel, så er der sket et dramatisk fald i antallet af netop disse typer biler. Efter den siddende patientbefordring blev en del af VAFTtur er det ikke sjældent vi har problemer med at skaffe de nødvendige biler af disse typer i f.eks. Skive by.

Med ovenstående in mente har vi gransket vores muligheder. Der er for os ikke nogen tvivl om at vi med det udbudte antal biler af type 1 og 2, ikke kan løse vores opgaver på tilfredsstillende vis for vore kunder, altså Skive Kommune og Region Midtjylland og de borgere der skal køres f.eks. på sygehuset, på familiebesøg eller til genoptræning. Derfor ser vi os nødsaget til at tage det forbehold der står på side 13 i Midttrafiks 1.

Udbud af koordineret kollektiv trafik i brug, nemlig: ”Der vil ikke blive udbudt kørsel eller indgået yderligere aftaler med nuværende eller nye vognmænd i kontraktperioden, med mindre der kommer til at mangle vogne af en bestemt type i et område”.

Derfor har vi lavet en aftale med Skive taxa om at benytte deres type 1 og 2 biler. Timeprisen er:

Hverdage 06.00-18.00, dog lørdage 06.00-14.00 = 269,00

Hverdage 18.00-06.00, dog lørdage 14.00-24.00 = 269,00

Søn og helligdage 00.00-24.00 = Ventetid, 269,00 – Køretid, 289,00.

Aftalen løber fra 1. marts 2007 til 31. december, altså samme periode som de øvrige kontrakter.

Da intentionen med denne yderligere kontraktindgåelse er at løse et kapacitetsproblem i den ”gamle” Skive Kommune vil ovennævnte priser blive tillagt en ”planlægningsstraf” på 20%, dvs. timeprisen forøges med 20% ved planlægningen. Det gør vi for at forhindre en unfair konkurrence med de omkringliggende vognmænd.

Det er afslutningsvist vigtigt for os at understrege at denne yderligere kontraktindgåelse absolut er en undtagelse. Der er dog også tale en ekstraordinær situation hvor vi som ansvarlig for kørslen har måtte tage et valg mellem dette og så at gå tilbage til vores kunder og sige at vi ikke kan udføre kørslen. Det er vores klare overbevisning at I som entreprenører bedre kan leve med denne yderligere kontraktsindgåelse end at den samlede mængde kørsel til fordeling vil blive reduceret kraftigt. Dette skal i øvrigt ses både i det nutidige perspektiv men også med henblik på at kunne øge mængden af kørslen i fremtiden.«

Ad påstand 1

Som anført udløb fristen for afgivelse af tilbud den 22. januar 2007 kl. 12.00. Samme dag kl. 12.15 afleverede Skive Taxa et tilbud, ligesom Kristian Sørensens Busser afgav et tilbud næste dag den 23. januar 2007. Indklagede afviste disse 2 tilbud, da de ikke var modtaget hos indklagede inden fristens udløb.

Ad påstand 2 og 3

Efter at udbudet var gennemført og beslutning om indgåelse af de 76 kontrakter den 26. januar 2007 var truffet, gav det anledning til overvejelse hos

indklagede, om der ved indgåelse af de 76 kontrakter ville være tilstrækkelig dækning af behovet for små vogne (type 1 og 2) i den gamle Skive Kommune, herunder navnlig Skive by, idet ingen af de 76 kontraktsparter havde hjemsted i Skive by. Det ville ganske vist være muligt for indklagede at dække kørslen med de andre kontraktsparter vedrørende rammeaftalen, som havde hjemsted uden for Skive by, til en højere pris, men der ville ikke være tilstrækkeligt med vogne til at dække behovet for vogne i situationer med akutte kørsler, såsom kørsel med akutte patienter til sygehus, eller kørsel af prøver, blod, personale eller lignende fra sygehus til sygehus, hvor det er vigtigt, at transporten bliver gennemført hurtigt.

På denne baggrund besluttede indklagede den 27. februar 2007 at indgå en yderligere aftale med andre end de tilbudsgivere, der rettidigt havde afgivet tilbud, om den udbudte tjenesteydelse, således som det er beskrevet i Udbudsbetingelsernes afsnit »Kontraktsløbetid og fremtidige udbud«. Indklagede indgik herefter samme dag en mundtlig aftale med Skive Taxa om, at Skive Taxa skulle deltage i kørslen efter Planetsystemet med Skive by som hjemsted, dog med den modifikation af timeprisen i forbindelse med planlægningen og koordineringen af kørslen blev forhøjet med 20 %. Denne forhøjelse bevirker, at Skive Taxa uanset sin tilmelding til Planetsystemet reelt ikke har mulighed for at få tildelt kørslen uden for Skive Kommune. Der blev senere indgået skriftlig kontrakt af dette indhold med Skive Taxa.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har indgået kontrakten med Skive Taxa om variabel kørsel uden garanti for kørselsomfanget (kontrakt A, vogntype 1 og 2) på grundlag af det EU-udbud, der blev iværksat ved udbudsbekendtgørelsen af 30. november 2006, at tilbudet fra Skive Taxa under dette udbud ikke blev modtaget hos indklagede, inden for den frist for afgivelse af tilbud den 22. januar 2007 kl. 12.00, der var fastsat i udbudsbetingelserne, idet tilbudet fra denne tilbudsgiver først blev modtaget hos indklagede den 22. januar 2007 kl. 12.15, og at indklagede derfor var forpligtet til at afvise tilbudet fra denne tilbudsgiver.

Indklagede har gjort gældende, at aftalen med Skive Taxa om variabel kørsel uden garanti for kørselsomfanget (kontrakt A, vogntype 1 og 2) ikke er indgået på grundlag af EU-udbudet iværksat ved udbudsbekendtgørelsen af 30. november 2006, men er indgået uden et forudgående EU-udbud, og at den anførte frist derfor er uden betydning for det senere tilbud fra Skive Taxa, som indklagede har indgået kontrakten med Skive Taxa på grundlag af.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede – hvis kontrakten med Skive Taxa ikke blev indgået på grundlag af EU-udbudet iværksat ved udbudsbekendtgørelse af 30. november 2006 – skulle være indgået på grundlag af et andet og senere EU udbud, at indklagede har indgået kontrakten, uden at det er sket på grundlag af et sådant yderligere udbud, og at indklagede derfor har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Klageren har herved yderligere henvist til EU-udbudsreglerne om supplerende ydelser.

Indklagede har gjort gældende, at kontrakten med Skive Taxa er indgået uden, at der forud var gennemført noget EU-udbud, og at dette var lovligt – og altså ikke i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet – fordi den økonomiske værdi af kontrakten om den pågældende kørsel ikke overskred tærskelværdien, idet den var anslået til 120.000 kr. for hele kontraktsperioden.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede først ved skrivelsen af 27. februar 2007 underrettede klageren om, at indklagede ville indgå kontrakt med Skive Taxa om den pågældende tjenesteydelse, at indklagede efter bekendtgørelsens § 6 b, stk. 1, herefter tidligst kunne underskrive kontrakt med Skive Taxa 10 dage senere – nemlig den 9. marts 2007, at indklagede imidlertid underskrev aftalen med Skive Taxa den 27. februar 2007, og at indklagede således har handlet i strid med § 6 b, stk. 1. Klageren har yderligere gjort gældende, at den omstændighed, at indklagede på sin hjemmeside den 9. februar 2007 indlagde oplysning om, at indklagede den 26. januar 2007 havde besluttet at indgå kontrakt med de 76 tilbudsgivere, ikke kan erstatte den meddelelse til hver enkelt tilbudsgiver, som kræves efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Indklagede har i første række gjort gældende, at bestemmelserne i § 6 a og § 6 b i bekendtgørelse nr. 927 af 16. september 2004, som blev indføjet ved bekendtgørelse nr. 588 af 12. juni 2006 om ændring af denne bekendtgørelse, kun finder anvendelse på EU udbud gennemført efter Udbudsdirektivet, at disse bestemmelser derfor ikke finder anvendelse på kontrakten med Skive Taxa indgået den 27. februar 2007, der blev indgået uden gennemførelse af et EU-udbud, og at indklagede som følge heraf ikke har handlet i strid med den anførte bestemmelse i § 6 b, stk. 1. Indklagede har i anden række gjort gældende, at indklagede ved den 9. februar 2007 på sin hjemmeside at indlægge oplysning om, at indklagede den 26. januar 2007 havde besluttet at indgå kontrakt med de 76 tilbudsgivere, rettidigt har opfyldt pligten til at orientere tilbudsgiverne, i hvert fald når det tages i betragtning, at indklagede på et orienteringsmøde forud for udbudet, hvor den helt overvejende del af de aktuelle tilbudsgivere var til stede, havde orienteret de mødende om, at underretning vil blive givet på denne måde.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Den mundtlige aftale, som indklagede den 27. februar 2007 indgik med Skive Taxa, blev ikke indgået i forbindelse med udbudet iværksat ved udbudsbekendtgørelsen af 30. november 2006, men blev indgået på et tidspunkt, efter at dette udbud var afsluttet. Dette indebærer, at kontrakten med Skive Taxa ikke er indgået på grundlag af det tilbud, som Skive Taxa afgav under EU-udbudet, men er indgået på grundlag af indklagedes senere telefoniske kontakt med Skive Taxa, da der viste sig behov for at indgå en yderligere kontrakt med virksomheder med Skive by som hjemsted. Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Indklagede havde forud for indgåelsen af den senere selvstændige kontrakt med Skive Taxa anslået, at den økonomiske værdi af denne kontrakt lå langt under tærskelværdien, hvilket indebærer at indklagede kunne indgå denne kontrakt uden at skulle gennemføre EU-udbud, jf. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 6. Efter det oplyste har indklagede kor-

rekt anslået den økonomiske værdi af kontrakten til at ligge langt under tærskelværdien. Indklagede kunne således indgå kontrakten med Skive Taxa uden at gennemføre EU-udbud, og da den valgte fremgangsmåde heller ikke i øvrigt er i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet, tager Klagenævnet ikke påstanden til følge.

Klagenævnet bemærker i øvrigt, at det for Klagenævnets afgørelse er uden betydning, om indklagedes indgåelse den 27. februar 2007 af den efterfølgende kontrakt med Skive Taxa er i strid med udbudsbetingelserne for udbudet iværksat ved udbudsbekendtgørelsen af 30. november 2006. Antages det, at den pågældende bestemmelse i udbudsbetingelserne også indgår som et led i kontrakterne mellem indklagede og de 76 kontraktsparter, kan der muligvis foreligge en overtrædelse af et sådant kontraktsvilkår. Klageren er imidlertid ikke klageberettiget vedrørende tvister om indgåede kontrakter. Endvidere er Klagenævnet ikke kompetent vedrørende tvister om indgåede kontrakter. Klagenævnet har derfor ikke taget disse synspunkter i betragtning.

Ad påstand 3

Kontrakten mellem indklagede og Skive Taxa er som anført ad påstand 2 lovligt indgået uden gennemførelse af EU-udbud. Hertil kommer, at et eventuelt udbud, hvis der skulle have været gennemført EU-udbud, skulle have været gennemført efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet. § 6 a og § 6 b i bekendtgørelse nr. 927 af 16. september 2004 finder kun anvendelse ved gennemførelsen af EU-udbud og kun ved EU-udbud, der gennemføres efter Udbudsdirektivet, men ikke ved EU-udbud, der gennemføres efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anette Ring
overassistent