

K E N D E L S E

om
sagsomkostninger i sagen

DitoBus Servicetrafik A/S
(advokat Thomas Thorup Larsen og
advokat Cecilie Hald Andersen, København)

mod

Køge Kommune
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Klagesagens forløb, omfang og udfald:

Køge Kommune udbød i henhold til udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S-089908 af 15. marts 2016 som offentligt udbud i henhold til udbudsdirektivet 7 delaftaler om visiteret kørsel. Tildelingskriteriet var fastsat til den ”økonomisk mest fordelagtige pris” med nærmere angivelse af beregningen af den relevante km-pris. Den samlede værdi af delaftalerne var i udbudsbekendtgørelsen anslået til 17,73 mio. kr.

Den 26. maj 2016 meddelte Køge Kommune, at kommunen havde besluttet at tildele delaftale 1 til Egons Turist- og Minibusser A/S og delaftalerne 2, 4 og 5 til VBT A/S.

DitoBus Servicetrafik A/S (DitoBus) indgav herefter den 6. juni 2016 en klage til Klagenævnet for Udbud over Køge Kommune. Det fremgår af klagen, at DitoBus nedlagde påstand om, at klagenævnet dels skulle konstatere, at kommunen havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og

gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, dels skulle annullere udbuddet.

Klagenævnet meddelte ved brev af 7. juni 2016 Køge Kommune, at klagen var indgivet i standstill-perioden, og at kommunen derfor ikke måtte indgå kontrakt, før klagenævnet havde taget stilling til, om klagen skulle tillægges opsættende virkning, jf. klagenævnslovens § 12, stk. 2, og at klagenævnet senest ville træffe afgørelse herom den 6. juli 2016.

Ved svarskrift af 14. juni 2016 nedlagde Køge Kommune påstand om, at klagen ikke skulle tages til følge. Endvidere protesterede kommunen mod at klagen blev tillagt opsættende virkning.

Ved e-mail af 15. juli 2016 anmodede Køge Kommune om, at klagenævnet hurtigt traf afgørelse om opsættende virkning, blandt andet under henvisning til, at kontraktopstart ikke som forudsat ville være muligt pr. 1. august 2016, da der er en væsentlig minimums mobiliseringsperiode for ikrafttræden af de 7 udbudte delaftaler, at den nuværende kontrakt udløber den 31. juli 2016, at DitoBus efter kommunens opfattelse kunne have interesse i, at den udbudte kontrakt ikke påbegyndtes pr. 1. august 2016, og at DitoBus ikke havde nedlagt påstand om opsættende virkning.

Den 17. juni 2016 varslede DitoBus' advokat, at selskabet ønskede at fremkomme med et yderligere processkrift i sagen, og at det herunder ville komme med sine bemærkninger til spørgsmålet om opsættende virkning.

Den 24. juni 2016 modtog klagenævnet DitoBus' replik/ supplerende klageskrift. Heraf fremgik blandt andet, at selskabet præciserede sin materielle påstand og nedlagde en ny påstand om, at den anvendte evalueringsmodel var uigennemsigtig. Endvidere nedlagdes påstand om annulation af kommunens tildelingsbeslutning vedrørende delaftalerne 1,2, 4 og 5. Samtidig hermed anmodede DitoBus om, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning.

Ved e-mail af 27. juni 2016 meddelte Køge Kommune, at kommunen ikke agtede at indgive yderligere processkrifter i sagen.

Ved e-mail af 1. juli 2016 meddelte kommunen, at den samme dag havde afsendt en meddelelse til EU-Tidende om annullation af udbuddet. Om baggrunden for annullationen hedder det heri blandt andet:

”I forbindelse med en nærmere gennemgang af udbudsgrundlaget for Køge Kommunes offentlige EU-udbud på levering af befordring ... og de indkomne tilbud, er Køge Kommune blevet opmærksomme på, at den i udbudsmaterialet beskrevne og ved evalueringen fulgte fremgangsmåde for kombinationstilbud, ikke sikrer kommunen den samlede set økonomisk mest fordelagtige løsning for befordringsopgaven, uanset at den valgte fremgangsmåde er lovlig. Køge Kommune har derfor besluttet at annullere udbuddet med henblik på at foretage genudbud.”

Klagenævnet meddelte ved e-mail af 5. juli 2016 parterne, at der herefter ikke var grundlag for at tage stilling til spørgsmålet om opsættende virkning, og at der derfor ikke ville blive afsagt delkendelse herom inden for den tidligere meddelte frist.

Ved e-mail af 7. juli 2016 meddelte DitoBus, at selskabet tilbagekaldte sin klage. Selskabet anmodede samtidig klagenævnet om at bestemme, at Køge Kommune skulle betale selskabet sagens omkostninger for klagenævnet.

Parternes anbringender vedrørende spørgsmålet om sagsomkostninger:

Køge Kommune protestede ved e-mail af 8. juli 2016 mod, at DitoBus skulle tilkendes sagsomkostninger. I e-mailen hedder det herom blandt andet:

”Årsagen til at Køge Kommune 1. juli 2016 valgte at foretage annullation af udbuddet var, at Køge Kommune ved en nærmere gennemgang af udbudsgrundlaget og de indkomne tilbud blev opmærksom på, at den i udbudsmaterialet beskrevne og ved evalueringen fulgte fremgangsmåde for kombinationstilbud, der sikrede den laveste pris på hver delaftale isoleret set, medførte en samlet pris for kommunen på de 7 delaftaler, der var noget højere, end hvis man havde foretaget en totaløkonomisk (samlet) vurdering af priserne på de 7 delaftaler.

Annullationen ændrer ikke på, at den i udbudsmaterialet beskrevne og ved evalueringen fulgte metode (med evaluering af delaftalerne hver for sig) var klart beskrevet og i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Metoden var derimod ikke kommercielt hensigtsmæssig for kommunen. At fastsætte en model, der er kommercielt uhensigtsmæssig er ikke overtrædelse af udbudsreglerne. Men en kommercielt uhensigtsmæssig model er af andre årsager ikke gangbar

for kommunen og fuldt ud tilstrækkeligt til at kunne berettige en annullation med henblik på genudbud.

Begrundelsen for annullationen fremgår af meddelelsen til de bydende, som var vedhæftet min orientering til klagenævnet af 1. juli 2016. Meddelelsen til de bydende genfremsendes, vedhæftet denne e-mail.

Det er således ikke korrekt, at annullationen skyldes klagers indgivelse af klage, således som klagers advokat ved e-mail af 7. juli har anført.”

DitoBus har ved e-mail af samme dag blandt andet anført følgende:

”Det fremgår af bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 4, at Klagenævnet for Udbud kan pålægge indklagede at betale de sagsomkostninger, klageren har haft i forbindelse med klagesagen, såfremt ”...indklagede har annulleret et udbud efter klagens modtagelse, og inden der foreligger en afgørelse fra Klagenævnet for Udbud.” Der er ikke tilknyttet yderligere betingelser til dette.

Begrundelsen for indklagedes annullation vedrører et af tvistpunkterne i klagen. I den forbindelse skal det bemærkes, at indklagede har foretaget en tildeling af kontrakt med brug af denne model uanset at det allerede på dette tidspunkt måtte være klart for indklagede, at den anvendte model ikke var den bedst ”kommercielt hensigtsmæssige” for indklagede. Efter klagens anlæg har indklagede vurderet, at modellen ikke var hensigtsmæssig, hvorfor det må være klart, at annullationen skal tilskrives den nedlagte klage og dermed har nødvendiggjort klageskriftet og de hermed forbundne omkostninger for klager.”

Klagenævnets resultat og begrundelse:

Efter § 9, stk. 4, i bekendtgørelsen om Klagenævnet for Udbud kan nævnet bestemme, at den tabende part skal betale modparten et beløb til hel eller delvis dækning af dennes omkostninger ved klagesagen.

Hvis en ordregiver efter, at der er indgivet en klage til klagenævnet med påstand om annullation af en tildelingsbeslutning og/eller hele udbuddet, vælger at annullere udbuddet eller tilbagekalde sin tildelingsbeslutning, inden klagenævnet har truffet afgørelse i sagen, må ordregiveren efter § 9, stk. 4, i klagenævnsbekendtgørelsen i almindelighed anses for at have tabt sagen ved klagenævnet. Det gælder, uanset om tilbagekaldelsen eller annullationen angives at være begrundet i andre forhold end det, som klagesagen angik.

Baggrunden herfor er, at klageren ved tilbagekaldelsen/annullationen stilles, som om ordregiveren har taget bekræftende til genmæle over for klagesagens centrale påstand.

Da Køge Kommune har annulleret udbuddet, anser klagenævnet på den baggrund Køge Kommune for den tabende part i klagesagen.

Efter sagens udfald, forløb og omfang, herunder, at sagen er afsluttet under sagens forberedelse, skal Køge Kommune betale DitoBus 6.000 kr. i sagsomkostninger for klagenævnet.

Herefter bestemmes:

Køge Kommune skal til DitoBus Servicetrafik A/S betale 6.000 kr. i sagsomkostninger for Klagenævnet for Udbud.

Beløbet, der forrentes efter bestemmelsen i rentelovens § 8 a, skal betales inden 14 dage fra modtagelsen af denne afgørelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig