

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Jens Fejø, Iver Pedersen)

J.nr. 98–61.866

3. juli 1998

K E N D E L S E

Nybus A/S,

Skørringe Turistbusser A/S,

Funchs Turisttrafik ved Erik Funch,

Kruse Rute– og Turistbiler A/S,

Jørn Juuls Busser ApS og

De Grønne Busser ved René Knudsen

(advokat Karen Dyekjær–Hansen, København)

mod

Storstrøms Trafikselskab

(advokat Morten Kofmann, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 1. august 1997 udbød indklagede, Storstrøms Trafikselskab, som offentligt udbud efter direktiv 93/38 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand– og energiforsyning samt transport og telekommunikation (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) tjenesteydelsen rutekørsel med bus i Storstrøms Amt. Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at udbudet skete med henblik på indgåelse af kontrakt for perioden 24. maj 1998 – 30. juni 2003 henholdsvis for perioden 1. juli 1998 – 30. juni 2003. I afsnittet »Mulighed for at give bud på en del af tjenesteydelsen« i udbudsbekendtgørelsen er det anført, at den udbudte

tjenesteydelse omfatter ca. halvdelen af den samlede buskørsel i Storstrøms Amt, at tjenesteydelsen kan udføres med 96 busser, samt at tjenesteydelsen er opdelt i 17 pakker omfattende fra 1 til 10 busser.

De udbudte pakker er i udbudsbetingelserne betegnet på følgende måde:

A-kontraktkørsel: Pakke nr. 501–514 (14 pakker)

Telebuskontraktkørsel: Pakke nr. 515, 516 og 517 (3 pakker).

Ved udløbet af fristen for modtagelse fra tilbud den 28. november 1997 var der modtaget 95 tilbud fra følgende 15 tilbudsgivere:

1. Bjørns Busser ved Dan Bjørn
2. Bus Danmark A/S
3. Bømler Bus ApS
4. Combust A/S
5. De Grønne Busser ved René Knudsen
6. Funchs Turisttrafik ved Erik Funch
7. Jørn Juuls Busser ApS
8. Kruse Rute- og Turistbiler A/S
9. Linjebuss A/S
10. Nybuss A/S
11. Ole Andersen
12. Per Jensen
13. Skørtinge Turistbusser A/S
14. Unibuss A/S
15. Østtrafik A/S

De 95 tilbud omfattede både tilbud på enkelte pakker og tilbud på kombinationer af pakker. Den 26. januar 1998 besluttede indklagede at indgå kontrakt med følgende tilbudsgivere:

9. Linjebuss A/S vedrørende pakke nr. 501–509 samt 511–514.
1. Bjørns Busser ved Dan Bjørn vedrørende pakke nr. 516.
12. Per Jensen vedrørende pakke nr. 517.

Indklagede besluttede samtidig at annullere udbudet vedrørende pakke nr. 510 og 515, og at gennemføre et nyt udbud vedrørende den kørsel, som disse pakker omfatter.

Efter at Per Jensen havde tilbagekaldt sit tilbud, besluttede indklagede i stedet at indgå kontrakt om pakke nr. 517 med 3. Bømler Bus ApS.

Den 2. marts 1998 indgav følgende 6 tilbudsgivere klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Storstrøms Trafikselskab:

- 10. Nybus A/S,
- 5. De Grønne Busser ved René Knudsen,
- 6. Funchs Turisttrafik ved Erik Funch,
- 7. Jørn Juuls Busser ApS,
- 8. Kruse Rute- og Turistbiler A/S og
- 13. Skørtinge Turistbusser A/S.

Linjebus A/S er med Klagenævnets tilladelse indtrådt i sagen til støtte for indklagede, Storstrøms Trafikselskab.

Ved klagens indgivelse anmodede klagerne om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., traf beslutning om, at klagen skal tillægges opsættende virkning. Den 18. marts 1998 besluttede Klagenævnet, at klagen ikke skal have opsættende virkning. Sagen har været behandlet på et møde den 18. juni 1998.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved i udbudsbetingelserne at have fastsat tildelingskriterier, der umuliggør at udfinde det økonomiske mest fordelagtige tilbud på en objektiv og gennemskelig måde, idet det i udbudsbetingelserne er bestemt, at der kan afgives tilbud på enkelte pakker og kombinationer heraf, at vurderingen af tilbudene kan foretages i forhold til enkelte pakker, kombinationer af pakker eller det samlede antal pakker under ét, samtidig med at det er bestemt, at udbyder på grundlag af tildelingskriterierne kan indgå aftale ved en kombination af de udbudte pakker, som udbyder finder økonomiske mest fordelagtige.

Påstand 2.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at annullere udbudet for så vidt angår pakke nr. 510 og pakke nr. 515, idet indklagede ikke havde nogen saglig grund til at foretage denne annulation.

Påstand 3.

(Påstand 3 er subsidier i forhold til påstand 2).

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved under de i påstand 1 nævnte omstændigheder i udbudsbetingelserne at have fastsat, at muligheden for at annullere udbudet delvist og foretage nyt udbud af dele af kørslen kunne tages i betragtning i forbindelse med vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at tage tilbudet fra Linjebus A/S i betragtning, uagtet tilbudet indeholdt forbehold om, at ikke alle de tilbudte busser kunne være klar til indsættelse i driften på tidspunktet for kontraktens ikrafttrædelse den 24. maj 1998, og at der derfor i en ikke nærmere defineret periode ville blive anvendt ukonditionsmæssigt materiel.

Påstand 5.

(Påstand 5 er subsidier i forhold til påstand 4).

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved ikke at prisfastsætte forbeholdet i tilbudet fra Linjebus A/S om, at ikke alle de tilbudte busser kunne være klar til indsættelse i driften på tidspunktet for kontraktens ikrafttrædelse den 24. maj 1998, og at der derfor i en ikke nærmere defineret periode ville blive anvendt ukonditionsmæssigt materiel.

Påstand 6.

(Påstand 6 er mere subsidier i forhold til påstand 4).

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at undlade i udbudsbetingelserne at anføre, at der vedrørende busforskrifterne, herunder bussernes alder, i en overgangsperiode accepteres fravigelser fra A-kontrakten.

Påstand 7.

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Linjebus A/S, Bjørns Busser ved Dan Bjørn og Bømler Bus ApS.

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

Ad påstand 1, 2 og 3.

Tildelingskriterierne er i udbudsbekendtgørelsen angivet således:

»Ordregivende myndighed tildeler kontakt til det økonomisk mest fordelagtige tilbud efter følgende kriterier, i ikke-prioriteret rækkefølge: Pris, kvalitet, serviceniveau, busstandard, reservekapacitet, fleksibilitet, erfaring med kollektiv trafik samt organisation, ledelse og overvågning af busdriften. Ordregivende myndighed forbeholder sig ret til at forkaste alle tilbud.«

Udbudsbetingelserne indeholder i afsnittet »Udbudsvilkår, A-kontraktkørsel« følgende bestemmelser:

»2. Den udbudte kørsel.

Der er givet en oversigt over den udbudte kørsel forrest i dette bind. Kørslen er inddelt i »pakker« (udbudsenheder).

Kørslen i de enkelt pakker er nærmere beskrevet i det særlige bilagsbind. Bilagsbindet indeholder bl.a. køreplaner, vognløbsplaner og en beregning af kørselsomfanget. Bilagsbindet indeholder ligeledes de nødvendige oplysninger om personaleforhold.

.....

4. Tilbuddets form.

.....

Der kan afgives tilbud på en enkelt pakke eller på kombinationer af pakker efter tilbudsgivers valg. Ved tilbud på enkeltpakker skal der udfyldes en blanket for hvert tilbud. Ved tilbud på kombinationer af pakker, kan der enten udfyldes en blanket for hver pakke eller en blanket for flere eller alle pakker samlet. Byderens forudsætninger for kombination af »pakker« skal anføres på de tilbudsblanketter, der omfatter eller indgår i et kombinationstilbud.

Der kan ligeledes afgives tilbud på kombinationer af A-kontraktkørsel og Telebuskontraktkørsel. I dette tilfælde udfyldes der af hensyn til kontraktindgåelsen en tilbudsblanket for hver af de 2 kontrakttyper.

Der kan ikke afgives tilbud på en del af en pakke.

På tilbudsblanketten angives såvel den samlede tilbudspris, som en specifikation af tilbudsprisen. Den samlede tilbudspris angives som betalingen pr. år og betalingen pr. køreplantime i gennemsnit. De specificerede priser angives som betalingen pr. køreplantime til dækning af chaufføromkostninger, betalingen pr. køreplantime til dækning af øvrige variable omkostninger og betalingen pr. busmåned pr. driftsbus (reservebusser ikke medregnet) til dækning af faste

omkostninger. De specificerede tilbudspriser refererer til betalingsmodellen i A-kontraktens § 19, og det er disse priser, der indføres i kontrakten og danner grundlag for den løbende afregning. Såvel felterne med den samlede tilbudspris som felterne med de specificerede priser skal udfyldes.

.....

19. Alternative tilbud.

Der kan afgives alternative tilbud baseret på:

- anden og bedre busbenyttelse end opstillet i kravene til busser
- mere rationel udnyttelse af busser og chauffører og/eller mindre forbrug af busser og chauffører

.....

22. Kriterier for valg af tilbud.

Udbuddet foretages i henhold til EU's Forsyningsvirksomhedsdirektiv 93/38 EØF

Der vil blive set bort fra urealistiske bud eller bud fra entreprenører, som ikke skønnes at kunne udføre opgaven.

Kriteriet for valg af tilbud vil være det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvor følgende faktorer vil indgå i vurderingen (ikke prioriteret rækkefølge):

- Pris
- Kvalitet
- Busstandard
- Reservekapacitet
- Serviceniveau, herunder mulighederne for kundehenvendelser
- Organisation, ledelse og driftsovervågning
- Erfaring m.h.t. kollektiv trafik
- Fleksibilitet
- Påpegning af yderligere rationaliseringer

STS kan ved vurdering af hvilke(t) tilbud, der er de(t) økonomisk mest fordelagtige, foretage denne vurdering i forhold til enkelte pakker, kombinationer af pakker eller det samlede antal pakker under ét.

STS vil foretage en helhedsvurdering af de indkomne tilbud og under hensyn til ovennævnte kriterier antage de tilbud, som STS finder økonomisk mest fordelagtige.

STS forbeholder sig ret til at indgå aftale på grundlag af de kombinationer af de udbudte pakker, som STS finder økonomisk mest fordelagtige.

STS forbeholder sig derudover ret til at annullere udbuddet helt eller delvist og foretage nyt udbud af hele eller dele af kørslen«.

Der blev som anført afgivet i alt 95 tilbud dels på enkelte pakker, dels på kombinationer af pakker. De 6 klagere afgav bl.a. tilbud på i alt 16 pakker, således at tilbudene imidlertid indeholdt forbehold om, at hvert enkelt af disse tilbud var betinget af, at en bestemt anden pakke blev tildelt en bestemt anden af de 6 tilbudsgivere. Det er oplyst, at indklagede på grund af disse indbyrdes forbehold vurderede disse 6 tilbudsgiveres tilbud vedrørende de 16 pakker som ét samlet tilbud.

Indklagede har oplyst, at indklagede efter en vurdering af tilbudene på grundlag af tildelingskriterierne opstillede følgende 4 alternative muligheder:

Kombination I 68.184.785 kr.

Kombination II 69.799.218 kr.

Kombination III 74.078.960 kr.

Kombination IV 74.231.846 kr.

Ad Kombination III og IV:

Disse kombinationer omfattede alle 17 pakker.

Ad Kombination I og II:

Kombination I omfattede alle pakkerne bortset fra pakke nr. 510 og pakke nr. 515, mens kombination II omfattede alle pakkerne bortset fra pakke nr. 510. Det ville derfor ved valg af en af disse kombinationer være nødvendigt at foretage et nyt udbud vedrørende pakke nr. 510 og nr. 515, henholdsvis vedrørende pakke nr. 510. Med henblik på den prismæssige sammenligning mellem kombination I og II på den ene side og kombination III og IV på den anden side blev der ved kombination I og II benyttet den lavest forekommende tilbudspris for pakke nr. 510 og pakke nr. 515, selvom de pågældende tilbud indeholdt forbehold, som gjorde, at de ikke kunne antages enkeltvis, men kun sammen med andre tilbud fra den 6 klagende tilbudsgivere.

Klagerne har vedrørende påstand 1 gjort gældende, at der ikke er noget til hinder for, at en udbudt tjenesteydelse kan deles op i flere enheder, således at tilbudsgiverne kan afgive tilbud på dele af tjenesteydelsen eller på hele tjenesteydelsen, og klagerne har ikke bestridt, at der ved udbud af en tjenesteydelse som den aktuelle er saglige grunde for at foretage en opdeling af tjenesteydelsen i pakker. Klagerne har imidlertid gjort gældende, at udbudet i så fald skal tilrettelægges, så det gennemføres på en transparent måde, og at dette ikke er tilfældet ved det aktuelle udbud. Eventuelt kunne der i udbudsbetingelserne have været fastsat begrænsninger med hensyn til, hvilke kombinationer af pakker der kunne afgives tilbud på, og der må – i hvert fald når sådanne begrænsninger ikke er fastsat – i udbudsbetingelserne anføres en metode, som gør det muligt at foretage en objektiv og kontrollerbar vægtning af de modtagne indbyrdes meget forskellige tilbud. Dette er ikke sket, og udbudet er allerede af denne grund gennemført i strid med EU-udbudsreglerne.

Klagerne har vedrørende påstand 2 yderligere gjort gældende, at der under alle omstændigheder er sket en tilsidesættelse af EU-udbudsreglerne ved indklagedes annullation af udbudet vedrørende pakke nr. 510 og nr. 515, da denne annullation ikke var sagligt begrundet. Dette følger af, at der var modtaget konditionsmæssige tilbud vedrørende samtlige 17 pakker, og at disse tilbud kunne kombineres på en hensigtsmæssig måde, så der kunne indgås kontrakter dækkende hele den udbudte kørsel. Der var således ikke nogen saglig grund til at lade 2 af pakkerne udbyde på ny. En sådan saglig grund kunne have foreligget, hvis de modtagne tilbud ikke hensigtsmæssigt havde kunnet kombineres, men i så fald skulle hele udbudet have været annulleret med henblik på gennemførelse af et helt nyt udbud.

Klagerne har vedrørende påstand 3 yderligere gjort gældende, at det, der er anført vedrørende påstand 1 og 2, i hvert fald fører til, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved som sket ved vurderingen af, hvilke tilbud der var de økonomisk mest fordelagtige, at have taget muligheden for en annullation af dele af udbudet i betragtning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 gjort gældende, at den valgte udbudsform med opdeling af tjenesteydelsen er lovlig, og at der ikke har foreligget nogen usikkerhed om indholdet af tildelingskriterierne eller om deres anvendelighed som grundlag for indklagedes vurdering af de modtagne tilbud. Indklagede har særligt henvist til betragtning 45 og 46 i præamblen til Forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvorefter der på dette område skal sikres smidige udbudsregler.

Indklagede har vedrørende påstand 2 yderligere gjort gældende, at det ikke i tildelingskriterierne er fastsat, at der ved tildelingen skal lægges vægt på, at der udvælges tilbud, som dækker samtlige udbudte pakker, og at indklagede ikke er forpligtet til at udvælge tilbud, som dækker samtlige udbudte pakker, hvis indklagede derved må foretage udvælgelsen i strid med tildelingskriterierne. Muligheden for, at der

efter indklagedes vurdering af tilbudene på grundlag tildelingskriterierne kunne opstå den situation, at enkelte pakker ikke var dækket af de udvalgte tilbud, kunne således komme til at foreligge, og den kom faktisk til at foreligge, da indklagede på grundlag af tildelingskriterierne nåede frem til, at kombination I var den økonomiske mest fordelagtige. På denne baggrund var indklagedes annullation af udbudet vedrørende pakke nr. 510 og nr. 515 sagligt begrundet.

Indklagede har vedrørende påstand 3 yderligere gjort gældende, at det sidste afsnit i punkt 22 i »Udbudsvilkår, A–kontraktkørsel«, hvorefter indklagede »forbeholder.... sig ret til« at annullere udbudet delvist og foretage nyt udbud af dele af kørslen, ikke er medtaget som en del af tildelingskriterierne, men er alene medtaget som en oplysning til tilbudsgiverne om, at denne situation på grund af udbudets opdeling af tjenesteydelsen i pakker, kunne opstå. Indklagede har ikke gjort gældende, at indklagede med denne formulering har kunnet udvide sine muligheder for at annullere udbudet vedrørende enkelte pakker – og indklagede har heller ikke ved medtagelsen af afsnittet tilsigtet dette. Indklagede har således ikke handlet i strid med EU–udbudsreglerne ved at medtage dette afsnit i udbudsbetingelserne.

Linjebuss A/S har tilsluttet sig og suppleret indklagedes synspunkter.

Ad påstand 4, 5 og 6.

Udbudsbetingelserne indeholder i afsnittet »Udbudsvilkår, A–kontraktkørsel« følgende bestemmelser:

»12. Krav til busserne.

De driftsbusser, der indsættes ved kontraktstart eller i kontraktperioden, skal opfylde de krav til bustyper og busstørrelse, der er angivet i oversigten over den udbudt kørsel forrest i dette bind, samt busforskrifterne i bilag 3 til A-kontrakten. Reservemateriellet skal have samme funktionalitet som de pågældende driftsbusser i de enkelte pakker.

Busserne (inkl. reservemateriel) skal være malet i STS's farver, efter anvisningerne i A-kontraktens bilag 3, pkt. 17 og 18, samt STS's designmanual, ved kontrakt start. Omkostninger hertil afholdes af entreprenøren.

STS kan i kontraktperioden, jf. A-kontraktens § 16, stk. 1 ændre kravene til bustyper i forbindelse med fremtidige busudskiftninger, ved skriftligt at meddele dette.

Busparken skal ligeledes opfylde det krav til maksimal gennemsnitsalder og maksimal alder, der er angivet under den enkelt pakke i oversigten. Kravet vedr.

gennemsnitsalder og maksimal alder, samt kravet til reservemateriel, vil blive indføjet i A-kontrakten § 16, stk. 1 og 2.

Særlige krav til busudskiftning er angivet under de enkelte pakker i oversigten.

.....

18. Forbehold.

Eventuelle forbehold over for udbudsmaterialet skal anføres på tilbudsblanketten.

Der accepteres ikke forbehold over for formuleringer i A-kontrakten, virkningerne af virksomhedsoverdragelsesloven, eller STS's videregivelse af nøgleoplysninger om tilbuddene.

Forbehold skal såvidt muligt prisfastsættes i tilbuddet.

.....

26. Sikkerhedsstillelse.

Dokumentation for køb af materiel til driftsstart 24. maj 1998 hhv. 01. juli 1998 skal foreligge senest 01. april 1998.«

Udbudsbetingelserne indeholder i afsnittet »A-kontrakt om buskørsel« følgende bestemmelse:

»§ 15

(Stk. 1)

Driftsbusser skal opfylde de busforeskrifter, der fremgår af bilag 3, dog således at foreskrifterne kan fraviges, hvor det er hensigtsmæssigt af økonomiske eller betjeningsmæssige grunde. Afvigelser fra forskrifterne skal aftales konkret med STS, og det er STS, der afgør, om afvigelser kan accepteres.

Stk. 2.

Driftsbusser skal opfylde de krav til bustype og -størrelse samt eventuelle særlige krav, der er angivet i udbudsmaterialet. STS kan løbende ændre kravene til bustype og -størrelse m.v. for fremtidige busudskiftninger. Ændrede krav meddeles entreprenøren skriftligt.

.....

§ 16

Gennemsnitsalderen og maksimalalderen for driftsbusserne må ikke overstige den i udbudsoversigten nævnte alder. Entreprenøren kan herudover frit vælge tidspunkt for udskiftning af en driftsbus. Anvendelse af driftsbus over hhv. 10 og 12 år forudsætter dog aftale med STS. Udskiftning af busser, der har modtaget særlig støtte, forudsætter en aftale med STS.«

I udbudsbetingelsernes afsnit »Udbudsvilkår, A–kontraktkørsel« er der vedrørende den udbudte »A–kontraktkørsel« ved hver af de 14 pakker anført »Max. gennemsnitsalder og max. alder for busser«. Den maximale gennemsnitsalder for busserne er ved alle 14 pakker angivet til 5 år, mens den maximale alder for busserne overvejende er angivet som 10 år, for enkelte pakker eller enkelte ruter i en pakke dog som 8 år. Vedrørende den udbudte »Telebuskontraktkørsel« omfattende 3 pakker er der ikke angivet sådanne krav. Bilag 3 til »A–kontrakt om buskørsel« indeholder en række detaljerede forskrifter vedrørende bussers indretning og udstyr.

De udfyldte tilbudsblanketter i tilbudet fra Linjebus A/S indeholdt i rubrikken »Evt. forbehold (herunder prisfastsættelse heraf)« ingen forbehold, men tilbudet fra Linjebus A/S indeholdt følgende i afsnit »3.1. Beskrivelse af det tilbudte materiel«:

»Dette tilbud, som i alt omfatter 10 tilbud på kombination af udbudsenheder, er hovedsagelig baseret på indsættelse af fabriksnyt busmateriel. De fabriksnye busser vil blive opbygget, således de til fulde indfrier de krav der er stillet af STS. I forbindelse med ordreafgivelse vil specifikationerne forinden blive drøftet med STS.

Der må dog forudses endog store vanskeligheder med at skaffe fabriksnyt materiel til den 24. maj 1998, idet busfabrikkerne allerede på nuværende tidspunkt har modtaget store ordrer til levering ligeledes den 24. maj 1998. Der må derfor tages generelt forbehold for at alle de tilbudte nye busser er klar til trafikstart i maj 98. Såfremt alle de tilbudte nye busser ikke kan leveres til tiden, vil Linjebus A/S leje brugt busmateriel i overgangsperioden, hvorfor det må forudses at ikke alle lejede brugte busser vil opfylde de stillede krav til materiellet.

Tilbuddene er baseret på følgende fordeling af nye og brugte busser:

.....

Hvilke brugte busser der bliver tale om, vil først kunne afklares når resultatet af udbudsforretningen er kendt, men tilbuddet er baseret på at det brugte materiel er fra januar måned 1993 eller nyere. I busudskiftningsprogrammet er således regnet med at brugte busser er fra januar 1993.«

Indklagede har oplyst, at Linjebus A/S pr. 24. maj 1998 havde indsat 11 nye busser, og at der pr. 18. juni 1998 er indsat 27 nye busser. Der vil herefter blive indsat 5–10 nye busser hver uge, og samtlige 73 nye busser forventes at være indsat den 18. september 1998.

Klagerne har vedrørende påstand 4, 5 og 6 gjort gældende, at det pågældende afsnit i Linjebus A/S' tilbud efter sit indhold er et forbehold over for udbudsbetingelserne, at dette forbehold ikke indgår i tilbudet på forskriftsmæssig måde, da det ikke er anført i tilbudsblankettens rubrik til forbehold, og at udbudsbetingelserne ikke giver mulighed for at tage forbehold over for formuleringer i A-kontrakten. Linjebus A/S' tilbud er derfor ukonditionsmæssigt, og indklagede har, da forbeholdet vedrører grundlæggende udbudsbetingelser, været såvel berettiget som forpligtet til ikke at tage tilbudet i betragtning. Forbeholdet er for det første et forbehold med hensyn til antallet af nye busser i en periode, og selvom der ikke i udbudsbetingelserne er fastsat krav om et bestemt antal nye busser, indebærer forbeholdet en begrænsning i den tilbudte tjenesteydelse, som ikke er uden betydning ved indklagedes vurdering af dette tilbud sammenholdt med de øvrige tilbud. Forbeholdet er for det andet et forbehold om, at nogle busser i en periode ikke opfylder udbudsbetingelserne og altså et forbehold vedrørende ufravigelige krav til busmateriellet. Indklagede har tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved trods forbeholdet at tage tilbudet i betragtning. Selvom det antages, at det pågældende afsnit i Linjebus A/S' tilbud ikke er et forbehold over for udbudsbetingelserne, medfører det dog, at der er en sådan tvivl om indholdet af Linjebus A/S' tilbud, og om dette tilbud er et realistisk tilbud, at indklagede var forpligtet til ikke at tage tilbudet i betragtning. En accept af sådanne bestemmelser i et tilbud indebærer, at udbudsproceduren mister sin transparens. Det indebærer endvidere en tilsidesættelse af lighedsgrundsætningen, hvis visse forhold vedrørende den udbudte tjenesteydelse accepteres som indforståede uden at fremgå af udbudsbetingelserne. Klagerne har specielt vedrørende påstand 5 gjort gældende, at indklagede har været forpligtet til at prissætte forbeholdet, men har undladt dette.

Indklagede har vedrørende påstand 4, 5 og 6 gjort gældende, at det pågældende afsnit i Linjebus A/S' tilbud ikke efter sit indhold er et forbehold over for udbudsbetingelserne, idet tilbudsgiveren ikke ved den anvendte formulering har begrænset de forpligtelser, som selskabet påtager sig, hvis der indgås kontrakt på grundlag af tilbudet. Linjebus A/S har alene gjort opmærksom på muligheden af, at det i en startperiode ikke vil være praktisk muligt for selskabet at anvende de tilbudte nye busser og som følge af anvendelsen af erstatningsbusser ikke vil være muligt i denne startperiode at overholde samtlige busforskrifter i udbudsbetingelserne. Indklagede har endvidere lagt vægt på, at der ikke ville blive tale om nogen væsentlig fravigelse fra den tilbudte tjenesteydelse, da det ville dreje sig om en kort periode sammenholdt med kontraktperioden på 5 år, på at der ikke i udbudsbetingelserne var krav om nye busser, samt på at fravigelsen skyldtes helt specielle forhold på busmarkedet, som tilbudsgiveren ikke var herre over. Indklagede har specielt vedrørende påstand 6 gjort gældende, at der ikke efter EU-

udbudsreglerne er en pligt til i udbudsbetingelser at medtage en oplysning som anført i påstand 6.

Linjebus A/S har tilsluttet sig og suppleret indklagedes synspunkter.

Forklaringer.

Direktør Otto Eliassen har forklaret, at han siden 1997 har været direktør i Nybus A/S. Han er bekendt med, at den anvendte udbudsform med opdeling af den udbudte buskørsel i en række pakker tidligere er anvendt ved EU-udbud af buskørsel her i landet, men det nye ved det aktuelle udbud er, at der skete en delvis annullation af udbudet. Klagerne havde reserveret levering af nye busser, således at de, hvis deres tilbud var blevet antaget, havde kunnet sætte de tilbudte nye busser ind straks fra kontraktstart. Efter hans opfattelse indebærer muligheden for at udskyde indsættelsen af nye busser i måneder en betydelig økonomisk fordel.

Direktør Vagn Aage Nielsen har forklaret, at Storstrøms Trafikselskab er et kommunalt fællesskab efter Kommunestyrelseslovens § 60 med Storstrøms Amt og de 24 primærkommuner som medlemmer. Han har været direktør i Storstrøms Trafikselskab siden 1. februar 1998, men han fulgte med i udbudsproceduren også inden sin tiltrædelse. Administrationen var opmærksom på afsnittet om de nye busser i Linjebus A/S' tilbud, og man var i øvrigt i branchen bekendt med, at der på grund af 3 andre samtidige større udbud af buskørsel ville kunne opstå problemer med at skaffe nye busser. På grund af bestyrelsens beslutninger om at udsætte sin afgørelse, blev bestyrelsens beslutning om valg af tilbudsgivere truffet efter de øvrige udbyderes beslutninger, og dette kan have forøget leveringsproblemerne for Linjebus A/S. Han er bekendt med, at driftsleder Tommy Rasmussen mundtlig orienterede bestyrelsen om, at der kunne opstå problemer med leveringen af de nye busser.

Driftsleder Tommy Rasmussen har forklaret, at han har været driftsleder i Storstrøms Trafikselskab siden 1995. Udbudsbetingelserne er udformet i overensstemmelse med den model, som Amtsrådsforeningen lavede i 1994, og han bekendt har denne model siden været anvendt ved udbud af buskørsel uden for Hovedstadsområdet. Han opfattede afsnittet i Linjebus A/S' tilbud ikke som et forbehold, men som en oplysning. Dette tilbud var det eneste, som havde denne oplysning, men det var i forvejen almindelig kendt i branchen, at der på grund af samtidige udbud af buskørsel bl.a. i Vestsjællands Amt, i Nordjyllands Amt og i Storstrøms Amt pr. 24. maj 1998 skulle bruges ca. 600 nye busser, og at der dermed ville opstå problemer med at få nye busser. Der blev ikke udfærdiget noget skriftligt til bestyrelsen om disse problemer, men han orienterede mundtligt bestyrelsen herom. Indklagede modtog ikke forespørgsel fra de andre tilbudsgivere, om selskabet ville acceptere anvendelse af andre busser i en overgangsperiode.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1.

Efter beskaffenheden af den tjenesteydelse, som det aktuelle udbud vedrører – rutekørsel med bus i Storstrøms Amt – har det været en hensigtsmæssig fremgangsmåde med henblik på at optimere konkurrencen at opdele den udbudte tjenesteydelse i pakker, at give tilbudsgiverne mulighed for efter eget valg at afgive tilbud på en enkelt pakke, på kombinationer af pakker og på alle pakkerne, samt at give tilbudsgiverne mulighed for efter eget valg at afgive et eller flere tilbud. Udbudsbetingelserne må i denne situation naturligvis udformes således, at udbyderen har mulighed for – på grundlag af de fastsatte tildelingskriterier – at foretage en selvstændig vurdering af alle de modtagne tilbud, hvad enten de alene omfatter en enkelt pakke, kombinationer af pakker eller samtlige pakker, og herefter mulighed for i overensstemmelse med resultatet af denne vurdering at indgå kontrakt på grundlag af de enkelte tilbud, hvad enten de omfatter en enkelt pakke, kombinationer af pakker eller samtlige pakker. Den fremgangsmåde med hensyn til afgivelse af tilbud, vurdering af tilbud og indgåelse af kontrakt, som indklagede har fastsat i udbudsbetingelserne, er således ikke i strid med EU-udbudsreglerne. Klagenævnet finder heller ikke, at de tildelingskriterier, som indklagede har fastsat, er uegnede som tildelingskriterier ved et udbud tilrettelagt på den anførte måde eller i øvrigt er i strid med EU-udbudsreglerne. Klagernes påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2.

Afgørende for, om indklagede har været berettiget til at annullere udbudet vedrørende pakke nr. 510 og pakke nr. 515, er, om indklagede har haft en saglig grund til den delvise annulation af udbudet. Klagenævnet lægger ved sin vurdering af indklagedes beslutning om delvis annulation af udbudet, dels vægt på at annulationen ikke omfatter en stor del af den udbudte tjenesteydelse, men alene en begrænset del af tjenesteydelsen bestående af 2 pakker, nemlig pakke nr. 510 omfattende 8 busser og pakke nr. 515 omfattende 6 busser, dels vægt på årsagen til, at der opstod behov for at foretage den delvise annulation. Behovet opstod, fordi indklagede blandt 4 særligt attraktive kombinationer vurderede kombination I som den økonomisk mest favorable. Klagenævnet har efter en gennemgang af indklagedes vurdering af de modtagne tilbud, som førte til denne afgørelse, ikke fundet grundlag for at antage, at indklagede ikke har foretaget en objektiv vurdering af tilbudene i overensstemmelse med de fastsatte tildelingskriterier. Indklagedes delvise annulation af udbudet har således været sagligt begrundet, og klagernes påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3.

Under et udbud tilrettelagt som det aktuelle kan den situation opstå, at udbyderen på grundlag af tildelingskriterierne vurderer, at et tilbud eller en kombination af tilbud, som ikke omfatter alle pakkerne, er den økonomiske mest fordelagtige løsning. Opstår denne situation, må udbyderen herefter yderligere vurdere, om dette resultat af vurderingen af tilbudene tillige udgør en saglig begrundelse for at annullere de dele af den udbudte kørsel, som ikke er omfattet af den økonomisk mest fordelagtige løsning. Denne efterfølgende vurdering af, om der efter EU-udbudsreglerne er en fornøden saglig grund til at annullere udbudet delvist, er ikke et led i den vurdering, som udbyderen skal foretage på grundlag af tildelingskriterierne. Vurderingen er derimod led i den efterfølgende stillingtagen til, om resultatet af vurderingen af tilbudene giver mulighed for at indgå kontrakt vedrørende en del af den udbudte kørsel og at annullere udbudet vedrørende resten af kørslen, eller om resultatet af vurderingen af tilbudene må føre til, at hele udbudet annulleres. Efter det oplyste har indklagede under det aktuelle udbud handlet i overensstemmelse med denne fremgangsmåde, og klagernes påstand 3 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4 og 5.

Linjebus A/S har ikke ved 2. afsnit i tilbudets afsnit »3.1. Beskrivelse af det tilbudte materiel« som tilbudsgiver overfor indklagede tilkendegivet, at selskabet – hvis selskabets tilbud bliver antaget – ikke vil være forpligtet til den 24. maj 1998 at indsætte de nye busser, som ifølge selskabets tilbud skulle indsættes ved kontraktstart. Formuleringen giver intet grundlag for en sådan fortolkning. Selskabet har ved det pågældende afsnit alene over for udbyderen tilkendegivet, at det på grund af helt konkrete forhold på markedet for nye busser ville være usikkert, om alle de nye busser, som selskabet skulle købe, hvis tilbudet blev valgt, ville kunne være leveret til selskabet til kontraktstart. Denne oplysning er givet på baggrund af det almindelige kendte forhold, at en tilbudsgiver i forbindelse med et tilbud som det aktuelle, ikke indgår aftale om køb af nye busser, før udbyderen har truffet beslutning om, at tilbudsgiveren skal have kontrakten. Selskabet har endvidere i afsnittet over for udbyderen tilkendegivet, at selskabet – hvis den forventede situation opstår – i en overgangsperiode vil indsætte brugte busser anskaffet til formålet, og at nogle af de krav, der efter udbudsbetingelserne stilles til busserne, ikke vil være opfyldt vedrørende disse busser. Det pågældende afsnit i Linjebus A/S' tilbud er således ikke et forbehold over for tilbuds-betingelserne, og indklagede har derfor ikke skullet tage stilling til det pågældende afsnit efter de regler, der efter EU-udbudsretten gælder om forbehold. Det følger heraf, at klagernes påstand 4 og 5 ikke tages til følge.

Påstand 6.

Det følger af det, der er anført under påstand 4 og 5, at en tilkendegivelse som den, der er anført i Linjebus A/S' tilbud, ikke er et forbehold over for udbudsbetingelserne. Klagens netværks vurdering af, om indklagede har handlet i strid med EU-

udbudsbetingelserne ved at undlade i udbudsbetingelserne at anføre, at der »i en overgangsperiode accepteres fravigelser fra A-kontakten vedrørende busforskrifter, herunder alder« skal derfor ikke ske med udgangspunkt i

Forsyningsvirksomhedsdirektivets regler om forbehold. Der kan imidlertid ikke på andet grundlag antages at være en pligt for en udbyder til i udbudsbetingelserne at anføre, at udbyderen vil acceptere, at der ved opfyldelsen af kontrakter kan forekomme praktiske problemer med en kontraktopfyldelse, specielt ikke når der som i det foreliggende tilfælde er tale om praktiske problemer, som er almindeligt kendte blandt professionelle tilbudsgivere og professionelle udbydere på det pågældende erhvervsområde. Klagernes påstand 6 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 7.

Det følger af det, der er anført under påstand 1–6, at klagernes påstand 7 ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede, Storstrøms Trafikselskab, skal ikke betale sagsomkostninger til klagerne.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.