

K E N D E L S E

Vojens Taxi og Servicetrafik ApS
(selv)

mod

Midttrafik, Sydtrafik og Fynbus
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 186-334202 af 23. september 2016 udbød Midttrafik, Sydtrafik og Fynbus (herefter Sydtrafik) som offentligt udbud efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) kontrakt om variabel kørsel med garantiperiode (garantivogne) udført med fast leverandør. Kørselsordningen benævnes FG5-FlexGaranti. Kontrakten blev udbudt som en toårig rammeaftale med mulighed for forlængelse på op til to år.

Sydtrafik havde ved tilbudsfristens udløb den 28. oktober 2016 blandt andet modtaget tilbud fra Vojens Taxi og Servicetrafik ApS (herefter VTS), Tea Struer, Bolderslev Taxa og Minibusser samt Vidå Taxi.

Den 8. november 2016 meddelte Sydtrafik sin tildelingsbeslutning, der blandt andet indebar, at klageren fik tildelt vognene/ruterne 4018, 4034 og 4058, men at andre tilbudsgivere fik tildelt vognene/ruterne 4011, 4030 og 4057.

Den 4. april 2017 indgav VTS klage til Klagenævnet for Udbud over Sydtrafik. Klagen har været behandlet skriftligt.

VTs har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Sydtrafik har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at tildele forkerte vognløb til følgende 3 leverandører,

- vognløb 4011 ved Esbjerg Sygehus, som er tildelt Tea Struer, jf. side 4 i tildelingslisten,
- vognløb 4030 ved Aabenraa Sygehus, som er tildelt Bolderslev Taxi, jf. side 1 i tildelingslisten og
- vognløb 4057 ved H.C. Ørstedesvej 6 i Haderslev, som er tildelt Vidå Taxi, jf. side 5 i tildelingslisten,

idet beslutningen om tildelingen af kontrakten (vognløbene) er åbenbart forkert, idet i alle 3 tilfælde drejer der sig om, at vognløb, der har garantiperiode, der også omfatter weekenden, og hvor der er valgt en dyrere leverandør, og hvor VTS i stedet er tildelt vognløb uden weekendgaranti.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Sydtrafiks beslutning af 8. november 2016 om at tildele følgende vognløb

- vognløb 4011 ved Esbjerg Sygehus, som er tildelt Tea Struer, jf. side 4 i tildelingslisten
- vognløb 4030 ved Aabenraa Sygehus, som er tildelt Bolderslev Taxi, jf. side 1 i tildelingslisten
- vognløb 4057 ved H.C. Ørstedesvej 6 i Haderslev, som er tildelt Vidå Taxi, jf. side 5 i tildelingslisten

og pålægge Sydtrafik at tildele disse vognløb til VTS, idet tilbuddene herfra er prisbilligere, mod at VTS skal afgive tilbuddene 4018 i Esbjerg, 4034 i Aabenraa og 4058 i Haderslev.

VTs har endvidere nedlagt påstand om erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af dette spørgsmål til efter afgørelsen af den materielle klagesag.

Sydtrafik har påstået afvisning af klagen, subsidiært delvis afvisning af klagen for så vidt angår de led i påstand 2, hvorefter klagenævnet anmodes om at pålægge Sydtrafik at tildele visse vognløb til VTS. Sydtrafik har subsidiært endvidere nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbuddet omfattede kørselsordningerne siddende patientbefordring for Region Syddanmark og Region Midtjylland, individuel handicapkørsel for svært bevægelseshæmmede for kommunerne, kommunal visiteret kørsel og åben kørsel for kommunerne. Der blev udbudt i alt 276 garantivogne.

Af udbudsbetingelserne fremgik oplysning om numre på garantivogne, vogntyper på de enkelte kørsler, garantiperiode samt rådighedsperiode på hverdage og weekender og angivelse af, i hvilke områder vognene skulle køre.

Om de omtvistede kørsler (4011, 4030 og 4057 samt 4018, 4034 og 4058) fremgik blandt andet:

»

Garanti vogn nr.	Hjemsted	Vogn-type	Garanti-periode hverdage	Rådigheds-periode hverdage	Garanti-periode weekend	Rådigheds-periode weekend	Garanti-periode helligdage	Rådigheds-periode helligdage	Tvungen flydende pause 30 minutter mellem
4011	Esbjerg Sygehus ...	6	07.30-15.30	07-16	10-17	9-18	10-17	9-18	11-13
4030	Aabenraa Sygehus ...	6	08.30-16.30	08-17	10-17	09-18	10-17	09-18	12-14
4057	H.C. Ørstedvej i ... Haderslev	6	07.30-15.30	07-16	09-18	09-18	10-17	09-18	11-13
4018	Esbjerg Syge-	6	08.30-16.30	08-17					12-14

	hus								
4034	Aaben raa Syge- hus	6	08.30- 16.30	08-17					12-14
4058	H.C. Ør- stedvej i ... Hader- slev	6	07.30- 15.30	07-16					11-13

”

Af udbudsmaterialets udbudsbetingelser pkt. 2 ”Den udbudte kørsel” fremgik blandt andet:

”Den udbudte kørsel omfatter kørsel med garantiperiode (garantivogne) og udføres af de faste entreprenører, der tildeles kørsel blandt de indkomne tilbud.

...

Uanset om der tildeles kørsel til garantivognen eller ej, er entreprenøren garanteret betaling for et fast antal timer pr. dag i et nærmere defineret tidsrum (garantiperioden)”.

Om betalingen fremgik af kontraktudkastet, der var en del af udbudsbetingelserne:

”§ 26.

Stk. 1

Der afregnes for hele garantiperioden minus pause med den indbudte driftstimepris. Kørsel i rådighedsperioden, afregnes med samme driftstimepris som i garantiperioden.”

I udbudsbetingelsernes pkt. 11.1 ”Udfyldelse af tilbud” stod der:

” ...

Tilbudspris skal afgives som én driftstimepris.

Den tilbudte driftstimepris skal omfatte *samtlig*e ydelser som tilbudsgiveren skal levere - f.eks. reservevogne, administration, telefonvagt, omkostninger til trappemaskiner, transportstol og andre tekniske hjælpemidler samt kommunikationsudstyr m.m.

...”

Ved afgivelse af tilbud skulle tilbudsgiverne efter udbudsbetingelsernes pkt. 14 anføre, ”hvor mange af de tilbudte vogne tilbudsgiverne havde mulighed for at vedstå”. Der var i den forbindelse anført:

” ...

Eksempel:

Hvis tilbudsgiver byder på 20 garantivogne, men kun har mulighed for at vedstå 10 af sine tilbud, skal dette noteres. Såfremt felterne efterlades tomme, vil udbyder antage, at tilbudsgiver kan vedstå alle sine tilbud.

Det er vigtigt, at tilbudsgiver grundigt overvejer, hvor mange vogne tilbudsgiver har mulighed for at vedstå, da dette har stor betydning for udbyders arbejde i forbindelse med tildeling af garantivognene.

...”

I udbudsbetingelsernes pkt. 15 ”Tildeling” stod der:

” ...

Der kan bydes på en eller flere garantivogne, og en tilbudsgiver kan tildeles rammeaftale på en eller flere garantivogne. Der vil ikke blive indgået flere rammeaftaler på den enkelte garantivogn.

...

Blandt de konditionsmæssige tilbudsgivere vil de økonomisk mest fordelagtige tilbud blive identificeret på grundlag af tildelingskriteriet ”pris” i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 82.

Der vil blive tildelt rammeaftaler til de tilbudsgivere, der har afgivet laveste driftstimerpriser på den enkelte garantivogn.

I tilfælde af at der måtte være to eller flere tilbud, som har samme laveste pris på den enkelte garantivogn, findes vinderen ved lodtrækning.

Såfremt en tilbudsgiver står til at vinde flere garantivogne, end tilbudsgiver kan vedstå, tildeles de(n) garantivogn(e), hvor der er størst difference til næstlaveste tilbud. For de garantivogne, som tilbudsgiver ikke kan vedstå sig, vil udbyder søge at indgå aftale på basis af næstlaveste, konditionsmæssige tilbud. Kan det næstlaveste tilbud heller ikke komme i betragtning, vil udbyder søge at indgå aftale på basis af det tredje laveste tilbud og så fremdeles.

...”

Ved fristen for tilbudsafgivelse afgav VTS tilbud på i alt 141 garantivogne af forskellige vogntyper, herunder 49 type 6 vogne. Ud af de 49 type 6 vogne vedstod VTS 15 vogne.

Af tilbuddene fremgik, at Tea Struer på vogn 4011 bød med en driftstimepris på 298 kr., hvor VTS bød med en driftstimepris på 289,90 kr.

Bolderslev Taxa bød med en driftstimepris på 294,00 kr. på rute 4030, hvor VTS bød med en driftstimepris på 283,90 kr..

Vidå Taxi bød med en driftstimepris på 285 kr. på rute 4057, hvor VTS bød med en driftstimepris på 276,90 kr.

På vognene 4018, 4034 og 4058, som VTS blev tildelt, bød VTS henholdsvis 274,9 kr., 283,9 kr. og 276,9 kr.

Den 8. november 2016 udsendte Sydtrafik underretningsmeddelelse til tilbudsgiverne. Af tildelingslisten fremgik, at VTS vedrørende vogntype 6 blev tildelt 15 garantivogne, blandt andre vognene 4018, 4034 og 4058.

I forbindelse med tilbudsevalueringen blev det konstateret, at VTS havde afgivet den billigste pris på flere vogne, end selskabet kunne vedstå. VTS var således blandt andet også billigst på type 6-vognene 4011, 4030 og 4057.

Kørslen på de øvrige vogne blev tildelt efter proceduren beskrevet i udbudsbetingelsernes pkt. 15. Dette indebar, at disse vogne blev tildelt andre selskaber med en højere driftstimepris.

VTS gjorde indsigelse mod tildelingsbeslutningen ved to mails af 11. november 2016. I indsigelserne hed det blandt andet:

”VTS har via etichs udbudeside med dialog fremsendt indsigelser om tildeling af af punkt 4057 og 4058, idet VTS har en billigere pris på 4057 og derfor skal gå forud i tildeling af dette punkt.

Garantiperioden er væsentlig længere og VTS har en pris der er 8,10 kr. billigere. Omregnet betyder det 259.000 i meromsætning pr. år for VTS Sydtrafiks besparelse vil ligge i omegnen af 28.000 pr. år.

VTS gør tilsvarende indsigelse i forhold til punkt 4030 og 4034, hvor VTS skal gå forud i forhold til punkt 4030, hvor VTS er 10,10 kr. pr time svarende til en meromsætning på 192.000 kr. pr. år.

Sydtrafiks besparelse ligger i omegnen af 31.000.

...

Vi har fundet en mere i Esbjerg, hvor VTS er tildelt 4018 til 274,90 (som reelt skulle have været 289,90) - men har krav på 4011, der er tildelt til 298 - også her tale vi om meget store forskelle i omsætning grundet garantitimetallet”.

Ved mail af 14. november 2016 fra Sydtrafik fastholdt Sydtrafik tildelingsbeslutningen.

Ved mail af 21. november 2016 gjorde VTS igen indsigelse over tildelingsbeslutningen og oplyste videre, at VTS agtede at anlægge en klagesag over udbuddet.

Sydtrafik svarede på denne henvendelse den 22. november 2016. I svaret hed det blandt andet:

”Kære Henning

Efter din henvendelse er tildelingen gennemgået, både rent 'teknisk' og af vores jurister med ekspertise inden for udbudsret. Vi mener fortsat at den beskrevne tildelingsprocedure er fulgt, og at der ikke er lavet en fejl i forhold til tildelingen, idet vi som udbyder, jf. udbudsmaterialet, har valgt at vurdere tilbuddene i forhold til tilbudte driftstimerpriser. Garantiperioderne indgår ikke i tilbudsevalueringen. Tildelingen fastholdes derfor.”

Sydtrafik har under klagesagen oplyst følgende om baggrunden for den valgte evalueringsmetode:

”...

Indklagede har valgt at tildele rammeaftaler til de tilbudsgivere, der har afgivet laveste driftsmiddelpriser, dels idet evalueringsprisen på denne måde afspejlede de samlede totalomkostninger forbundet med anskaffelsen af de udbudte ydelser, dels som følge af, at det eksakte træk på rammeaftalerne i sagens natur ikke kendes på forhånd, og dels som følge af, at det ville være forbundet med et uforholdsmæssigt stort ressourcekrav, hvis der i forbindelse med evalueringen skulle tages hensyn til de forskellige garantiperioder, herunder idet de forskellige vogne har vidt forskellige garantiperioder. I relation til sidstnævnte forhold henvises til (...), at de forskellige garantiperioder er opdelt i ”Garantiperiode hverdage”, ”Garantiperiode weekend” og ”Garantiperiode helligdage”. Endvidere har de udbudte vogne forskellige rådighedsperioder ligeledes opdelt i ”Rådighedsperiode hverdage”, ”Rådighedsperiode weekend” og ”Rådighedsperiode helligdage”. Det bemærkes, at weekend og helligdagskørsel udgør ca. 9 % af den samlede kørsel omfattet af udbuddet,

dvs. priserne på ca. 91 % af den totale samlede kørsel er indgået i evalueringen.

...

Det er oplyst, at Sydtrafik har indgået aftale med Tea Struer om blandt andet garantivogn 4011, med Bolderslev Taxa og Minibusser om blandt andet garantivogn 4030 og med Vidå Taxi om blandt andet garantivogn 4057. VTS fik som nævnt tildelt blandt andet garantivognene 4018, 4034 og 4058, og det er oplyst, at kørslerne er påbegyndt.

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstandene

Sydtrafik har gjort gældende, at klagen skal afvises helt eller delvist, idet klagen er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, og § 10, stk. 2, jf. § 10, stk. 1. Sydtrafik har nærmere anført, at klageskriftet er uklart, herunder er det uklart, hvilke udbudsretlige regler VTS gør gældende, der er overtrådt. Trafikselskabet har herved henvist til klagenævnets kendelse af 25. januar 2017, Euro Group mod Roskilde Kommune. Dertil kommer, at klagen er udsigtsløs og også derfor skal afvises i sin helhed. VTS har fået tildelt alle de type 6-vogne, som selskabet kunne vedstå. Formålet med klagen er reelt, at klagenævnet skal omgøre en tildelingsbeslutning efter kontraktindgåelsen og tildele nogle andre type 6 vogne til VTS. Det forhold, at VTS muligvis ville have haft en større fortjeneste ved at have fået tildelt andre garantivogne end de type 6 vogne, selskabet fik tildelt, udgør ikke en overtrædelse af udbudsretlige regler. Sydtrafik har i anden række gjort gældende, at det følger af fast praksis fra klagenævnet, at klagenævnet ikke har kompetence til at pålægge en ordregiver at tildele kontrakt til en bestemt tilbudsgiver. Denne del af påstand 2 skal derfor afvises.

Ad påstand 1 og 2

VTS har gjort gældende, at tilbudsbedømmelsen er foretaget i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, og at der dermed er sket en forkert tildeling af garantivogne til VTS. Vognene 4011, 4030 og 4057, der har garantiperiode i hverdage og weekender, er tildelt leverandører, som har tilbudt en højere drifts-

timepris, og vognene 4018, 4034 og 4058, som VTS fik tildelt, er uden weekendgaranti. Sydtrafik har dermed for 3 vogne med flere garantitimer valgt et dyrere tilbud. Der er således ikke anvendt en beregningsmodel, der sikrede korrekt tildeling efter tildelingskriteriet. Når tildelingskriteriet er fastsat til ”pris”, er Sydtrafik efter ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet forpligtet til at anvende en model, der sikrer, at tildeling sker korrekt og efter kriteriet laveste pris. VTS bestrider ikke, at tildelingen er sket i overensstemmelse med den evalueringsmodel, der er anført i udbudsbetingelsernes pkt. 15. VTS’ opfattelse er således ikke, at VTS skulle have fået flere garantikørsler for vogntype 6 tildelt, men derimod at selskabet – hvis modellen havde taget hensyn til merudgifterne som følge af garantiperioden – skulle have været tildelt nogle andre garantikørsler end sket. Den fejlbehæftede tilbudsbedømmelse og efterfølgende tildelingsbeslutning har medført en omsætningsforringelse for VTS på minimum 1.332.000 kr. over en 2-årig kontraktperiode og en merudgift for Sydtrafik på minimum 63.500 kr.

VTS har over for Sydtrafiks anbringende om passivitet gjort gældende, at det ikke var et udtryk for passivitet, at selskabet først klagede i april 2017, da selskabet var afhængig af en positiv dispensation fra Sydtrafik på tids-terminen for at kunne fremvise dokumentation for garantibilerne. VTS ville ikke risikere en udelukkelse på dette grundlag grundet en klagesag.

Sydtrafik har gjort gældende, at tildelingen af de udbudte garantivogne er sket i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 efter metoden beskrevet i udbudsbetingelsernes pkt. 15. Tildelingskriteriet var ”Pris”, jf. udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 1, og evalueringsmetoden var fastlagt og offentliggjort på forhånd. Tilbudsgiverne havde derved mulighed for at kontrollere, at vurderingen skete i overensstemmelse med den offentliggjorte metode.

Laveste pris skulle findes på baggrund af de tilbudte driftstimepriser, idet prisen på denne måde afspejlede de samlede totalomkostninger forbundet med anskaffelsen af de udbudte ydelser, og da det eksakte træk på rammeaftalen ikke var kendt på forhånd. Garantiperioder indgik ikke i tilbudsevalueringen. Det ville være forbundet med et uforholdsmæssigt stort ressourcforbrug, hvis der i forbindelse med evalueringen skulle tages hensyn til de forskellige garantiperioder, idet de forskellige vogne havde vidt forskellige garantiperioder.

Der er ifølge praksis fra klagenævnet ikke krav om, at ethvert element i den samlede pris skal indgå i evalueringen af tildelingskriteriet ”pris”, så længe tilbudsgiverne bliver behandlet lige, og metoden følges konsekvent. Det er ubestridt, at den beskrevne evalueringsmetode blev fulgt konsekvent i forbindelse med tilbudsbedømmelsen.

Årsagen til, at VTS ikke blev tildelt vognene 4011, 4030 og 4057, var, at VTS havde afgivet de billigste driftstimepriser på flere type 6 vogne, end selskabet havde vedstået. VTS blev tildelt de 15 type 6 vogne, som selskabet havde vedstået ud fra de tilbudte driftstimepriser og proceduren i udbudsbetingelsernes pkt. 15. De øvrige vogne blev tildelt efter fremgangsmåden beskrevet i udbudsbetingelserne, hvorefter udbyderen ville søge at indgå aftale på basis af næstlaveste, tredje laveste eller så fremdeles konditionsmæssige tilbud.

VTS havde ved tilbudsafgivelsen et fuldt oplyst grundlag at træffe beslutning om, hvorvidt VTS ville byde på flere vogne, end selskabet kunne vedstå, og hvorvidt selskabet ville byde på vogne uden weekendgaranti. Det forhold, at VTS efterfølgende har konstateret, at selskabet ville have haft en større fortjeneste, hvis selskabet havde fået tildelt andre garantivogne, end de vogne selskabet fik tildelt, kan ikke føre til, at Sydtrafik har begået en overtrædelse af de udbudsretlige regler med den virkning, at indgåede rammeaftaler skal annulleres helt eller delvist.

Selv hvis klagenævnet måtte finde, at de påståede overtrædelser måtte være foretaget, vil de ikke kunne føre til annulation af tildelingsbeslutningen. Det må herved tillægges betydning, at VTS allerede i november 2016 fremsendte tilsvarende indsigelser til Sydtrafik, og VTS har således udvist betydelig passivitet ved først at indgive klagen længe efter, at kontrakterne er indgået, og kørslerne påbegyndt, uagtet, at der ikke er saglig begrundelse herfor, jf. klagenævnets kendelse af 21. december 2011, Ortos A/S mod Odense Kommune, og kendelse af 16. maj 2000, Dansk Transport og Logistik mod I/S Reno Syd.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisningspåstandene

VTs har under skriftvekslingen præciseret selskabets klage i påstand 1, således, at den angår overtrædelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36.

Herefter findes påstanden sammenholdt med de anbringender, som VTS har gjort gældende, herunder at overtrædelsen begrundes med, at tildelingen er sket i strid med det fastsatte tildelingskriterium, ”Pris”, ikke at have en sådan uklarhed, at den er uegnet til at danne grundlag for behandling af klagesagen.

Klagenævnet tager på den baggrund ikke Sydtrafiks principale afvisningspåstand til følge. Det, Sydtrafik i øvrigt har anført, kan ikke føre til et andet resultat.

VTs har i påstand 2 blandt andet nedlagt påstand om, at klagenævnet skal pålægge Sydtrafik at tildele selskabet vognene/ruterne 4011, 4030 og 4057 mod, at VTS afgiver vognene/ruterne 4018, 4034 og 4058.

Da klagenævnet efter lov om Klagenævnet for Udbud ikke har kompetence til at tildele kontrakten til en bestemt tilbudsgiver, afviser klagenævnet denne del af påstand 2.

Ad påstand 1

Af udbudsbetingelserne fremgik oplysninger om de 276 garantivogne, herunder oplysning om vogntype og hvorvidt vognene var omfattet af garantiperiode hverdag og garantiperiode weekend. Af det kontraktudkast, der var en del af udbudsbetingelserne, fremgik, at der ville blive afregnet for hele garantiperioden minus pause med den tilbudte driftstimepris, og at kørsel i rådighedsperioden også ville blive afregnet med samme driftstimepris som i garantiperioden. De anførte garantitimer var således udtryk for det mindste antal timer, som Sydtrafik ville kunne komme til at betale for pr. vogn/rute.

De udbudte rammeaftaler vedrørende garantivognene skulle efter udbudsbetingelsernes pkt. 15 som udgangspunkt hver for sig tildeles efter tildelingskriteriet ”pris”. Udbuddet svarer således ikke til et sortimentsudbud, hvor der sker samlet tildeling af en lang række ydelser/varer. Det må derfor kræves, at hver tildeling sker i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium, her ”pris”.

Det var i udbudsbetingelserne fastsat, at der ville blive ”tildelt rammeaftaler til de tilbudsgivere, der har afgivet laveste driftstimepriser på den enkelte garantivogn”. Det var i udbudsbetingelsernes pkt. 11.1 fastsat, at tilbudsprisen skulle angives som ”én driftstimepris”. Ved denne model blev der således ikke lagt vægt på størrelsen af den forventede betaling, men alene den tilbudte driftstimepris. Denne model førte imidlertid til, at Sydtrafik som udgangspunkt for hver enkelt vogn/rute valgte det billigste tilbud, hvilket er i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium, ”pris”. Dette gælder, uanset at der ikke ved den valgte evalueringsmodel blev lagt vægt på antallet af garantitimer for den enkelte vogn/rute samt eventuel forventet kørsel i rådighedsperioden, da spørgsmålet om, hvilket tilbud der var billigst i relation til den enkelte vogn/rute, ikke ville blive påvirket heraf.

Sydtrafik havde imidlertid i udbudsbetingelsernes pkt. 14 tilladt tilbudsgiverne at afgive tilbud på flere vogne/ruter, end de kunne vedstå. I den situation, hvor en tilbudsgiver havde afgivet det billigste tilbud på flere vogne/ruter, end den pågældende kunne vedstå, var det i den forbindelse fastsat, at ordren ville blive tildelt ”de(n) garantivogn(e), hvor der er størst difference til næstlaveste tilbud. For de garantivogne, som tilbudsgiver ikke kan vedstå sig, vil udbyder søge at indgå aftale på basis af næstlaveste, konditions-mæssige tilbud ... og så fremdeles.” Bestemmelsen må efter sammenhængen med det øvrige afsnit forstås således, at der med udtrykket ”størst difference til næstlaveste”, alene blev lagt vægt på differencen mellem de tilbudte driftstimepriser, således at der heller ikke i denne sammenhæng blev lagt vægt på antallet af garantitimer til de pågældende vogne/ruter.

En ordregiver er i medfør af gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet forpligtet til strengt at overholde de bestemmelser, ordregiveren har fastsat i udbudsbetingelserne. Ved valget af, hvilken af flere vogne/ruter som den billigste tilbudsgiver skulle have tildelt, kunne Sydtrafik således ikke lovligt have foretaget en tildeling under hensyn til det garanterede mindsteforbrug, som der var fastlagt for den pågældende rute. Som følge af denne bestemmelse i udbudsbetingelserne ville Sydtrafik – uanset om den faktisk foretagne tildeling også måtte være i strid med det fastsatte tildelingskriterium og dermed i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1 – ikke være berettiget til at fravige den evalueringsmodel, Sydtrafik havde

fastsat i udbudsbetingelserne ved at lægge vægt på antallet garantitimer, som var knyttet til den enkelte vogn/rute. Allerede derfor kan det ikke lægges til grund, at VTS, således som udbudsbetingelserne var udformet, skulle have været tildelt ruterne/vognene 4011, 4030 og 4057 som forudsat i påstand 2.

Spørgsmålet er herefter, om Sydtrafik – uanset at modellen var fastsat i udbudsbetingelserne – også var uberettiget til at anvende den fastsatte evalueringsmodel i de konkrete tilfælde, klagen angår. Såfremt dette er tilfældet, ville der således – som også påpeget af Sydtrafik – ikke lovligt kunne træffes tildelingsbeslutning vedrørende disse ruter/vogne på grundlag af udbudsbetingelserne

Om klagenævnets adgang til at prøve dette spørgsmål bemærkes, at det følger af § 14 i den ovennævnte bekendtgørelse om implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet, at bestemmelsen i udbudslovens ”§ 160 finder anvendelse, således at ordregivende enheder i udbudsmaterialet skal angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.” Det kan efter ordlyden af bestemmelsens sidste led (”således at ...”) give anledning til en vis tvivl, om det alene er bestemmelsen i § 160, stk. 1, der angår ordregivernes pligt til at angive kriterierne for tildeling mv., som finder tilsvarende anvendelse, og at det således ikke skal være tilfældet for prøvelsesbegrænsningen i § 160, stk. 2, eller om hele bestemmelsen skal finde tilsvarende anvendelse, således som det synes at fremgå af bestemmelsens indledning. Henset til sammenhængen mellem stk. 1 og stk. 2, må bestemmelsen imidlertid, forstås, således, at hele § 160, og dermed også § 160, stk. 2, finder anvendelse på forsyningsvirksomhedsdirektivets område. Som følge heraf kan klagenævnet ikke tilsidesætte evalueringsmodellen som sådan, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet. Den nævnte bestemmelse er således efter sin ordlyd og forarbejder ikke til hinder for, at klagenævnet kan tilsidesætte en konkret evaluering, såfremt den er foretaget i strid med de udbudsretlige regler. Det bemærkes herved, at en evaluering, der ikke er i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium, ikke er gennemsigtig eller i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

Ved vurderingen af, om Sydtrafik var uberettiget til at anvende den fastsatte evalueringsmodel i de konkrete tilfælde, klagen angår, er det uden betydning, om VTS’ omsætning/fortjeneste havde været større, hvis selskabet var

blevet tildelt andre ruter end sket, da tildelingskriteriet var fastsat til laveste pris.

Efter indholdet af den omtvistede del af evalueringsmodellen i udbudsbetingelsernes pkt. 15 blev der ved valget af, hvilke ruter den billigste tilbudsgiver skulle have, alene lagt vægt på størrelsen af forskellen på den tilbudte driftstimepris i forhold til næstbilligste tilbud. Hvis alle ruter havde haft lige mange garantitimer, ville modellen således have medført, at Sydtrafik havde valgt den rute, hvor besparelsen ved at vælge den billigste tilbudsgivers tilbud ville være størst, hvilket er i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium. Som anført af VTS havde alle vognene/ruterne imidlertid ikke lige mange garantitimer. Ved vurderingen af, hvilken af den billigste tilbudsgivers tilbud, som Sydtrafik samlet ville få den største besparelse ved at vælge, var der således mulighed for, at den situation kunne opstå, at en relativ stor difference i driftstimepris i relation til én vogn/rute ville blive oversteget af en relativt mindre difference i relation til en anden vogn/rute, såfremt den sidstnævnte vogn/rute ville blive anvendt i flere garantitimer end den første, herunder ved indregning af garantitimer for weekend- og helligdagskørsel. Det var dermed en risiko for, at den valgte evalueringsmodel ville kunne føre til, at tilbudsgiveren fik tildelt en vogn/rute, som samlet set ville være dyrere for Sydtrafik, end hvis der var blevet lagt vægt på omfanget af det garanterede mindsteforbrug, såfremt en tilbudsgiver – således som VTS gjorde – afgav tilbud på flere vogne/ruter, end tilbudsgiveren kunne vedstå.

Det er ubestridt, at VTS afgav billigste tilbud i relation til flere vogne/ruter, end VTS kunne vedstå, herunder vognene/ruterne 4018, 4034 og 4058 samt 4011, 4030 og 4057. Alle de omtvistede vogne/ruter omfattede 7,5 garantitimer på kørsel på hverdage. Den nævnte besparelse pr. driftstime set i forhold til næstbilligste tilbud på de tildelte ruter kom således Sydtrafik til gode 7,5 timer på alle hverdage. Vognene/ruterne 4011, 4030 og 4057 indeholdt imidlertid herudover 6,5 garantitimer for kørsel i weekender og på helligdage, idet dog rute 4057 havde et 8,5 garantitimer ved weekendkørsel. Det må lægges til grund, at det samlede antal garantitimer ved hverdagskørsel herved udgjorde langt den største del af det samlede antal af garantitimer for de enkelte ruter med weekend- og helligdagskørsel. Det er ubestridt, at tilbuddet fra VTS på ruterne 4011, 4030 og 4057 var lavere end tilbuddene fra henholdsvis Tea Struer, Bolderslev Taxa og Minibusser og

Vidå Taxi, hvis antallet af garantitimer, herunder garantitimer ved kørsel i weekender og helligdage, medregnes.

Tildelingen af ruterne 4018, 4034 og 4058 skete således i strid med det fastsatte tildelingskriterium ”pris”.

Da tildelingen af disse konkrete vogne/ruter er sket i strid med tildelingskriteriet, var tildelingen heraf – uanset at den fulgte den fastsatte evalueringsmodel – ikke i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Ad påstand 2

Efter karakteren af overtrædelsen, som klagenævnet har konstateret i relation til påstand 1, annullerer klagenævnet tildelingsbeslutningen for så vidt angår ruterne 4011, 4030 og 4057. Det forhold, at klagen inden for klagefristen på 6 måneder, jf. klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 3, først er indgivet ca. 5 måneder efter meddelelsen af tildelingsbeslutningen, kan ikke føre til et andet resultat.

Da VTS ikke under klagesagen har været repræsenteret ved advokat eller anden professionel ekstern repræsentant, er der ikke grundlag for at pålægge Sydtrafik at betale et beløb til godtgørelse af sagsomkostninger.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Sydtrafik har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved i strid med det fastsatte tildelingskriterium ”Pris” at tildele

- vognløb 4011 ved Esbjerg Sygehus, til Tea Struer,
- vognløb 4030 ved Aabenraa Sygehus til Bolderslev Taxi, og
- vognløb 4057 ved H.C. Ørstedesvej 6 i Haderslev til Vidå Taxi,

idet det drejer der sig om vognløb, der har garantiperiode, der også omfatter weekenden, og hvor der er valgt en dyrere leverandør.

Ad påstand 2

Sydtrafiks beslutning om tildeling af vognløb 4011 ved Esbjerg Sygehus, til Tea Struer, vognløb 4030 ved Aabenraa Sygehus til Bolderslev Taxi, og vognløb 4057 ved H.C. Ørstedesvej 6 i Haderslev til Vidå Taxi annulleres.

Klagegebyret tilbagebetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig