

K E N D E L S E

Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen, Ærøskøbing  
(selv)

mod

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik  
(advokat Sebastian Asbjørn Pedersen og advokat Lotte Hummelshøj, København)

Den 27. oktober 2020 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen. Denne kendelse vedrører den erstatningspåstand, som Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen (herefter "Øens Taxa") senere har nedlagt. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Øens Taxa har nedlagt følgende påstand:

Påstand 4

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik skal til Øens Taxa betale 3.579.618 kr.

Beløbet er i en opgørelse opstillet af trafikselskaberne sammensat således:

A.	Tabt indtjening som følge af ikke at have fået en FG6-kontrakt, som blev tildelt Vinderup Taxa. Perioden 1. marts 2019 til 28. februar 2021.	1.227.340 kr.
B.	Tabt indtjening på FV6-rammeaftalen som følge af, at kørsel er tildelt Vinderup Taxa	348.938 kr.
C.	Tabt indtjening ved ikke at kunne byde på og få en kontrakt under FG7-udbuddet	1.227.340 kr.

D.	Erstatning for egen forbrugt tid på sagen på i alt 190 timer	76.000 kr.
E.	Tab som følge af mistet goodwill.	700.000 kr.
	I alt	3.579.618 kr.

Trafikselskaberne har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

#### Sagens forløb:

Den 17. december 2020 afsagde klagenævnet følgende kendelse:

”Klagenævnet har den 27. oktober 2020 truffet afgørelse om overtrædelse af de regler, der er omfattet af lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 2, nr. 1.

Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen har den 2. november 2020 nedlagt påstand om erstatning.

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik (trafikselskaberne) har den 4. december 2020 meddelt Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen og klagenævnet, at klagenævnets kendelse af 27. oktober 2020 er indbragt for domstolene, dog kun over for Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen.

Trafikselskabernes påstande for byretten lyder:

#### ”Påstand 1

Øens Taxa v/ Paul Erik Düring Pedersen tilpligtes at anerkende, at FynBus, Sydtrafik og Midttrafik ikke har ændret et mindstekrav om pladskrav til kørestole for vogntyperne 5 og 6 i kontrakter om ”FG6 - FlexGaranti” i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5.

#### Påstand 2

Øens Taxa skal anerkende, at FynBus, Sydtrafik og Midttrafik ikke har foretaget direkte tildeling af kontrakter om ”FG6 - FlexGaranti” for så vidt angår kørsel med vogntype 5 og 6 fra den 16. august 2019 til den 31. oktober 2020, og derfor ikke skal pålægges en økonomisk sanktion på 7 mio. kr.”

Trafikselskaberne har samtidig anmodet om, at sagen slutes ved klagenævnet, og at Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen henvises til at gøre sit erstatningskrav gældende for domstolene.

Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen har den 9. december 2020 fastholdt klagen.

Klagenævnet har den 10. december 2020 besluttet ikke at tage anmodningen om, at klagesagen sluttes, til følge.

Trafikselskaberne har herefter den 10. december 2020 anmodet om, at klagenævnet omgør sin beslutning af samme dag. Trafikselskaberne har henvist til lov om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 2, og forarbejderne til denne bestemmelse samt Karnovs note hertil med henvisning til Økonomi- og Erhvervsministeriets høringsnotat af 6. januar 2010. Desuden har trafikselskaberne henvist til klagenævnets kendelse af 29. august 200[7], Sectra A/S mod Region Syddanmark, og til lovens § 8, stk. 1.

Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen har den 17. december 2020 gentaget sin anmodning om, at nævnet behandler erstatningsspørgsmålet.

#### Klagenævnet udtaler:

Lov om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 2, lyder:

”Har Klagenævnet for Udbud udskilt en del af en klage og truffet afgørelse om, hvorvidt de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2, nr. 1 og 2, er overtrådt, kan sagen dog i sin helhed indbringes for domstolene.”

Af forarbejderne til bestemmelsen (L 110, FT 2009-10) fremgår:

”Det foreslås i stk. 2, at hvor Klagenævnet har udskilt en del af en klage og truffet afgørelse om, hvorvidt der for denne del er sket en overtrædelse af de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2, kan sagen i sin helhed indbringes for domstolene. Klageren eller den indklagede ordregiver kan dog også vælge at afvente Klagenævnets afgørelser om de udsatte klagepunkter - fx spørgsmålet om erstatning - og herefter indbringe sagen i sin helhed for domstolene.

Bestemmelsen skal ses i lyset af Klagenævnets praksis. Det er normal procedure i Klagenævnet at opdele behandlingen af klager, hvor der er nedlagt påstand om erstatning i to dele, således at der under første del alene tages stilling til, om der er sket overtrædelse af udbudsreglerne. Når der ved første kendelse er konstateret overtrædelse af de pågældende regler, tages der under behandlingen af anden del stilling til erstatningsspørgsmålet. På den baggrund præciserer bestemmelsen, at sagen i sådanne tilfælde kan indbringes for domstolene i sin helhed, selvom Klagenævnet kun har afsagt kendelse i dele af klagen.

Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med den foreslåede § 8, stk. 1, der angiver, at fristen for indbringelse af Klagenævnets kendelse for domstolene først løber fra Klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet eller øvrige eventuelle udsatte klagepunkter.”

Lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 1, lyder:

”En afgørelse fra Klagenævnet for Udbud kan indbringes for domstolene, senest 8 uger efter at afgørelsen er meddelt parterne. Finder indbringelse ikke sted inden for denne frist, er afgørelsen endelig. Har Klagenævnet for Udbud udskilt spørgsmål om erstatning eller udsat enkelte klagepunkter til senere afgørelse, kan indbringelse for domstolene af afgørelsen om de i første omgang afgjorte klagepunkter dog ske, senest 8 uger efter at afgørelsen om erstatningsspørgsmålet eller de udsatte klagepunkter er meddelt parterne, eller 8 uger efter at Klagenævnet for Udbud har meddelt, at spørgsmålet om erstatning eller de udsatte klagepunkter ikke tages under behandling.”

Om baggrunden for bestemmelsens indførelse hedder det i bemærkningerne (L 110, FT 2009-10):

”Baggrunden for forslaget er at ændre den nuværende retstilstand, hvor den indklagede ordregiver og klageren tvinges til at tage stilling til, hvorvidt en afgørelse skal indbringes for domstolene, inden Klagenævnet har truffet afgørelse om erstatningsspørgsmålet. Dette er uhensigtsmæssigt, fordi det må antages, at spørgsmålet om erstatning har betydning for, om ordregiveren og klageren kan acceptere Klagenævnets afgørelse. Den nye bestemmelse sikrer dermed, at ordregiveren og klageren er bekendt med Klagenævnets afgørelse i alle aspekter i en sag, før der skal tages stilling til, om sagen skal indbringes for domstolene.

Hvis Klagenævnet fx i første del af sagen konstaterer overtrædelser af udbudsreglerne, men dernæst i anden del afgør, at overtrædelserne ikke har erstatningsretlige konsekvenser, kan det medføre, at ordregiveren ikke ønsker at indbringe afgørelsen om overtrædelserne til domstolene. Såfremt de erstatningsretlige konsekvenser af sagen ikke kendes, kan der derimod være et incitament for ordregiveren til at indbringe den materielle del af sagen alene for at minimere risikoen for at blive pålagt erstatning. Dermed vil der være risiko for, at der indbringes sager for domstolene, der kunne have været undgået.”

Spørgsmålet er herefter, om det forhold, at trafikelskaberne over for Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen har indbragt klagenævnets kendelse af 27. oktober 2020 for domstolene, afskærer klagenævnet fra at

tage Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersens erstatningskrav under påkendelse, sådan som det synes at fremgå af Karnovs note til lovens § 5, stk. 2.

For at følge Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersens protest mod, at sagen slutes, så erstatningskravet herefter eventuelt må inddrages under den verserende sag ved domstolene, taler retsafgiftsmæssige hensyn til virksomheden, som er uden advokatbistand. Det bemærkes i den forbindelse, at sagens værdi i stævningen er anført til værdien af den økonomiske sanktion, hvilket er uden sammenhæng med Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersens interesse i sagen. Desuden vil klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet kunne forventes at foreligge endog længe før domstolens afgørelse og således kunne indgå i parternes overvejelser om sagens videre forløb, jf. bemærkningerne til lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk.1.

Imod at fortsætte sagen taler trafikselskabernes velbegrundede henvisninger til klare procesøkonomiske hensyn, som må antages at være det afgørende hensyn bag de citerede bestemmelser i lov om Klagenævnet for Udbud.

På denne baggrund tager klagenævnet trafikselskabernes anmodning om, at erstatningssagen slutes ved klagenævnet, til følge.

Herefter bestemmes:

Erstatningssagen med j.nr. 20/12887 anlagt af Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen den 2. november 2020 mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik slutes.”

Retten i Svendborg afsagde dom den 12. maj 2022. Byretten nåede til samme resultat som klagenævnet.

Øens Taxa anmodede herefter på ny klagenævnet om at tage stilling til erstatningspåstanden. Trafikselskaberne protesterede mod, at erstatningssagen blev genoptaget.

Den 16. august 2022 afsagde klagenævnet følgende kendelse:

”Denne kendelse vedrører spørgsmålet om genoptagelse af klagenævnets sag mellem parterne, som blev sluttet ved kendelse af 17. december 2020, efter at FynBus, Sydtrafik og Midttrafik havde indbragt klagenævnets kendelse af 27. oktober 2020 for domstolene.

Kendelsen af 17. december 2020 har følgende ordlyd:

(citeret ovenfor i denne kendelse)

Retten i Svendborg afsagde dom i sagen den 12. maj 2022. Samme dag afsagde retten dom i den parallelle sag mellem trafikskaberne og Alsvognen I/S.

Ved begge domme nåede retten til samme resultat som klagenævnet, jf. klagenævnets kendelser af henholdsvis 19. maj 2020 (Alsvognen I/S) og 27. oktober 2020 (Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen). Ved disse kendelser var de omhandlede kontrakter blevet erklæret for uden virkning og trafikskaberne pålagt en økonomisk sanktion på 3 mio. kr., henholdsvis 7 mio. kr.

Sagerne blev behandlet samlet ved Retten i Svendborg. Det fremgår af begge domme, at de sagsøgte vognmandsfirmaer havde fri proces, og at såvel Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen som Alsvognen I/S nedlagde påstand om frifindelse. Dommene er ikke anket.

Trafikskaberne har fremlagt retsbøger af 5. maj og 20. oktober 2021 vedrørende sagernes behandling ved Retten i Svendborg.

I retsbogen for den 5. maj 2021 er om ”Udskillelse af erstatningskrav, jf. retsplejelovens § 253” anført:

”De sagsøgte [Alsvognen I/S, Betina Thomsen og Allan Peter Gamstrup Thomsen] har anmodet om, at deres selvstændige påstand om erstatning udskilles af procesbesparende hensyn, idet erstatning kun bliver relevant hvis de sagsøgte får medhold i deres frifindelsespåstand. Formålet med nedlæggelsen af den selvstændige påstand er fra sagsøgtes side, at sikre at sagsøgte ikke senere afskæres fra at gøre erstatningskrav gældende. Det gøres videre gældende, at erstatningspåstandene vil komplicere sagen, og at Klagenævnet for Udbud ikke har behandlet en erstatningspåstand fra Alsvognen.

Sagsøgerne protesterede herimod, idet det blandt andet gøres gældende, at der for en del vil være sammenfaldende bevisførelse for sagsøgers påstand og erstatningspåstandene.

Efter rettens tilkendegivelse om, at det er mest procesøkonomisk at behandle erstatningspåstandene sammen med sagen i øvrigt, accepterede parterne at erstatningspåstandene ikke udskilles.”

I samme retsbog er om ”Opgørelse af sagsøgtes erstatningskrav” anført, at sagsøgerne anmodede om, at de sagsøgte pålagdes at opgøre den størrelsesmæssige del af kravet om erstatning, og at de sagsøgte protesterede herimod.

Efter rettens tilkendegivelse accepterede parterne, at de sagsøgte ikke blev pålagt at opgøre erstatningskravet størrelsesmæssigt. ”

I retsbogen for den 20. oktober 2021 er anført:

”Alsvognen I/S, Betina Thomsen og Allan Peter Gramstrup Thomsen anmodede om, at erstatningspåstanden for udskydes til selvstændig behandling, idet parterne ikke har fri proces til erstatningspåstanden.

Trafikselskaberne protesterede.

**Retten** fandt ikke grundlag for at ændre sin beslutning fra retsmødet den 5. maj 2021 om ikke at udskyde erstatningskravet, idet der ikke er fremkommet nyt oplysninger i sagen.”

Den 16. juni 2022 modtog klagenævnet følgende mail fra Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen:

”Ovennævnte sag som Klagenævnet for Udbud afsagde kendelse i den 27. oktober 2020, til fordel for Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen, blev af Trafikselskaberne indbragt for domstolene, hvor der den 12. maj 2022, blev afsagt en kendelse som fuldstændig stadfæstede Klagenævnets kendelse.

I forlængelse af Klagenævnets kendelse, blev Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen, anmodet om at fremsende et beregnet erstatningskrav til Klagenævnets afgørelse. Dette skete også, men blev jo annulleret i forbindelse med Trafikselskabernes stævning til afgørelse ved domstolene.

Jeg skal derfor i den forbindelse spørge hvorvidt der er muligt at få Klagenævnet til at afgøre erstatningsspørgsmålet, da dette jo oprindeligt var tiltænkt.

I modsat fald står vi jo igen i en uholdbar situation, da virksomheden jo på grund af Trafikselskabernes handle måde er nærmest ikke eksisterende, og det derfor vil være stort set uoverskueligt rent økonomisk, at skulle føre en ny retssag mod Trafikselskaberne omkring erstatningskravet.

Så i realiteten kan situationen være at vi har vundet klokkeklart både ved Klagenævnet for Udbud og ved domstolene, og hvor Trafikselskaberne

er blevet idømt en bod på kr. 7 millioner samt alle sagsomkostninger i denne sag, som de betaler til statskassen, og os som har lidt tabet, sidder tilbage med en lang næse.

Derfor vores inderlige ønske om at få erstatningskravet afgjort ved Klagenævnet for Udbud, idet sagen jo i realiteten er tilbage ved Klagenævnets kendelse af 27. oktober 2020.”

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik har protesteret mod, at sagen genoptages, og har anført, at der ikke er hjemmel hertil. Trafikselskaberne har med henvisning til de forarbejder, som er citeret i klagenævnets kendelse af 17. december 2020, anført, at der dér er taget stilling til, at også selve spørgsmålet om erstatning er overgået til domstolsbehandling, og klagenævnets kompetence er således udtømt.

Trafikselskaberne har desuden henvist til Økonomi- og Erhvervsministeriets høringsnotat af 6. januar 2010, hvor Økonomi- og Erhvervsministeriet svarer på spørgsmålet om, hvorvidt erstatning kan ”afgøres af Klagenævnet, hvis domstolene kommer frem til kritik eller annullation af udbudet”. Hertil svarer Økonomi- og Erhvervsministeriet:

”Under hensyn til grundlovens § 63, hvorefter domstolene er berettigede til at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser, findes det hensigtsmæssigt, at domstolene skal afgøre en sag i sin helhed, som er indbragt efter en kendelse i Klagenævnet for Udbud.”

Endelig har trafikselskaberne henvist til, at sagen ved Retten i Svendborg blev akkumuleret med trafikselskabernes sag mod Alsvognen I/S vedrørende samme sagskompleks. Trafikselskaberne har anført, at ”Alsvognen I/S nedlagde selvstændig påstand om erstatning, idet retten havde afvist at udskyde erstatningskravet, jf. både retsbog af 5. maj 2021 og retsbog af 20. oktober 2021.”

Afslutningsvis har trafikselskaberne anført:

”Derfor er det reelt et udestående spørgsmål, om erstatningsspørgsmålet på nuværende tidspunkt allerede er afgjort med sagerne ved byretten.”

Klagenævnet udtaler:

Indledningsvis bemærkes, at Alsvognen I/S ifølge dommen i den sag, der blev behandlet ved Retten i Svendborg sammen med denne sag, ikke nedlagde endelig påstand om erstatning som anført af trafikselskaberne ovenfor, men alene om frifindelse. Hvis retten havde imødekommet den anmodning om at udskille erstatningskravet, som trafikselskaberne, som det fremgår af de nævnte to retsbøger, protesterede imod, ville Alsvognen I/S have kunnet indtale erstatningskrav på grundlag af rettens afgørelse



af spørgsmålet om erstatningsgrundlaget, sådan som sådanne spørgsmål sædvanligvis behandles i klagenævnsregi. En sådan fremgangsmåde har retten imidlertid efter trafikselskabernes protest herimod ikke valgt, og ved de to endelige domme er det nu alene - i overensstemmelse med de nedlagte påstande - fastslået, at FynBus, Sydtrafik og Midttrafik har overtrådt udbudsreglerne som beskrevet.

Som nævnt i klagenævnets kendelse af 17. december 2020 har klagenævnet måttet foretage en afvejning af de modstående hensyn, herunder retsavgifts-besparelser og hurtig sagsbehandling over for ”trafikselskabernes velbegrundede henvisninger til klare procesøkonomiske hensyn, som må antages at være det afgørende hensyn bag de citerede bestemmelser i lov om Klagenævnet for Udbud”.

En afgørende og kendelig forudsætning for at slutte sagen også for så vidt angår erstatningsdelen var således, at sagen som helhed fandt sin afslutning ved domstolene, jf. herved kommentaren i Karnov til lov om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 2, hvori bl.a. bemærkes:

”Hvorvidt det eller de udskudte spørgsmål (også) bliver en del af retssagen, må, som følge af forhandlingsprincippet, bero på, hvilke påstande parterne vælger at nedlægge – fx kan et erstatningsspørgsmål alene anses for indbragt for domstolene, hvis dette med sikkerhed er dækket af de nedlagte påstande.”

Forudsætningen om sagens behandling ved domstolene i sin helhed, som var afgørende for klagenævnets beslutning om at afslutte sagen, er imidlertid ikke blevet opfyldt, jf. de nedlagte påstande.

Det kan efter oplysningerne i sagen ikke lægges til grund, at Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen i forbindelse med byrettens behandling af sagen har frafaldet det erstatningskrav, som var indbragt for klagenævnet efter afsigelse af klagenævnets kendelse af 27. oktober 2020.

Efter en samlet vurdering af de konkrete omstændigheder finder klagenævnet således, at Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen ikke er afskåret fra i overensstemmelse med den almindelige ordning i lov om Klagenævnet for Udbud § 14 at rejse krav om erstatning for det tab, som virksomheden har lidt som følge af trafikselskabernes overtrædelse af de regler, der er nævnt i lovens § 1, stk. 2.

Klagenævnet tager derfor anmodningen om genoptagelse til følge.

Herefter bestemmes:

Erstatningssagen med j.nr. 20/12887 anlagt af Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen den 2. november 2020 mod FynBus, Sydtrafik og Midtrafik genoptages.”

Parterne har herefter nedlagt de påstande, der er beskrevet indledningsvis.

### Om dom afsagt af Retten i Svendborg den 12. maj 2022

Retten i Svendborgs dom er opbygget, således at klagenævnets kendelse af 27. oktober 2020 gengives i sin helhed umiddelbart efter parternes påstande. Herefter følger en gengivelse af de spørgsmål til vognstørrelser stillet under FV5-udbuddet, som trafikselskaberne har gentaget under skriftvekslingen i denne sag, og gengivelsen af en række forklaringer. Dernæst citeres først trafikselskabernes påstandsdokument (side 40-44) og dernæst det samlede påstandsdokument, som blev afgivet af Alsvognen I/S og Øens Taxa (side 40-68). Dommens præmisser lyder:

#### **”Rettens begrundelse og resultat**

##### *Vedrørende kravet om vognstørrelse*

Trafikselskaberne har udfærdiget udbudsbetingelserne for Flex garanti-kørsel, FG6, og har i den forbindelse fastsat et mindstekrav til biler af vogntype 5 og 6. Mindstekravene skal fortolkes i lyset af EU-rettens principper om gennemsigtighed og ligebehandling.

Af kravene til vogntype 5 og 6 fremgår det, at der skal være plads til kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde), og at ”[d]er skal være plads til mindst 2 kørestole”. Retten finder, at dette naturligt sprogligt må forstås således, at der skal være plads til 2 kørestole af maksimal størrelse, idet kravene i sammenhængen naturligt læses i forlængelse af hinanden.

Trafikselskabernes anbringende om, at der kun behøver at være plads til én kørestol af maksimal størrelse, og at Paul Erik Düring Pedersen var bekendt med dette, idet han kendte til spørgsmål og svar i forbindelse med udbud FV5, kan ikke føre til andet resultat, idet spørgsmål/svar fra FV5 ikke var en del af udbudsmaterialet ved FV6 og FG6, og idet udbudsmaterialet skal bedømmes særskilt for hvert udbud. Det skal hertil bemærkes, at nye bydere ikke forventes at være bekendt med spørgsmål/svar fra tidligere udbud.

##### *Vedrørende ændring af mindstekrav*

Efter skriftveksling af 16. august 2019 mellem Allan Thomasen og leder af kontrakt og jura, Helle Skjødt Jørgensen, FynBus, om, at trafiksselskaberne ikke kunne lukke samtlige vogne, som var for små til at køre med 2 store kørestole samtidig, sammenholdt med trafiksselskabernes mails af 22. august 2019 fra Helle Skjødt Jørgensen til Allan Thomsen samt mail 13. september 2019 fra direktør Carsten Hyldborg til Paul Erik Düring Pedersen, har trafiksselskaberne de facto frafaldet mindstekravet.

Ændringen af mindstekravet til vognstørrelsen er en væsentlig ændring af aftalens økonomiske balance til fordel for nogle potentielle tilbudsgivere i forbindelse med udbuddet på en måde som ikke er fastsat i de oprindelige tilbudsbetingelser.

Paul Erik Düring Pedersens frifindelsespåstand tages derfor til følge.”

#### Ad afvisningspåstanden:

Trafiksselskaberne anførte i mail af 22. september 2022 til klagenævnet bl.a.:

”Øens Taxa har d. 18. september 2022 fremsendt tre filer indeholdende forskellige bilag, som svar på klagenævnets opfordring til at fremsende klageskrift i sagen. På side 8 i den af Øens Taxa fremsendte fil benævnt, *Erstatningsberegning2\_merged2 (1)* er der et dokument, som angiver, at det er et klageskrift, og dette dokument indeholder en række ikke nærmere dokumenterede udsagn om, at Øens Taxa har lidt et tab i sagen, fordi virksomheden ikke fik tildelt kørsel under FG6, at Øens Taxa har lidt tab i FG7-udbuddet, som Øens Taxa ikke kunne byde på, at Øens Taxa har lidt tab i FV6-udbuddet, da omsætningen faldt med 61,56%, at Øens Taxa har brugt minimum 190 timer på sagerne, og at Øens Taxa har mistet enhver mulighed for at udvikle virksomheden, da hele goodwill værdien er væk. Dokumentet indeholder imidlertid ikke en sammenhængende og systematisk sagsfremstilling, der angiver, hvorfor erstatningsbetingelserne i dansk ret er opfyldte, eller i øvrigt henvisninger til og forklaringer af de fremsendte bilag, herunder hvorfor regnskaber for en helt anden virksomhed end Øens Taxa skulle dokumentere, at Øens Taxa har lidt et erstatningsberettiget tab som følge af de overtrædelser, som Klagenævnet for Udbud har konstateret i sin kendelse i sagen vedrørende Øens Taxa.

Det er således ikke muligt at identificere de anbringender, der angives til støtte for et erstatningskrav på DKK 3.579.618 endsige muligt overhovedet at forstå, hvorledes erstatningskravet opgøres, eller hvorfor Øens Taxa mener sig berettiget til erstatning for eget tidsforbrug i forbindelse med de førte sager, når Øens Taxa har fået tildelt sagsomkostninger, og

haft fri proces, eller hvorfor Øens Taxa skulle være berettiget til erstatning for tab i forbindelse med et efterfølgende udbud af garantikørsel, FG7-udbuddet, som Øens Taxa ikke har budt på.

Trafikselskaberne skal således hermed principalt påstå sagen afvist som uegnet til at danne grundlag for klagesagens behandling, jf. § 6, stk. 2 i klagenævnsloven.”

Øens Taxa anførte hertil, at virksomheden ikke var enig i, at der var uklarheder om forståelsen af kravet om erstatning, og fremkom med en række ”præciseringer”. Dertil føjede Øens Taxa vedrørende spørgsmålet om afvisning:

”Yderligere bemærkninger:

Trafikselskabernes advokat påstår sagen principalt afvist da denne ikke finder at materialet kan danne grundlag for klagesagens behandling. Han henviser til at materialet fremstår usammenhængende og rodet og ikke er systematisk.

Dette er vi dybt uenige i, da materialet ikke er særligt omfangsrigt og vi finder at man systematisk kan følge sagen med tilhørende bilag. I beregningerne af erstatningskravet er der talrige forudsætninger og bemærkninger til fremme af forståelsen og desuden fuld dokumentation for beregningerne i form af officielle årsrapporter og originale afregningsbilag fra Trafikselskaberne.

Tværtimod synes vi at skrivelsen fra Trafikselskabernes advokat, kan fremstå noget rodet og usammenhængende i sit udtryk.

Vi skal derfor anmode om at Klagenævnet for Udbud fortsætter med behandling af sagen.”

Klagenævnet besvarede den 29. september 2022 Trafikselskabernes anmodning således:

”Klagenævnet har modtaget Trafikselskabernes anmodning i svarskriftet og en efterfølgende mail om, at klagenævnet forlods tager stilling til Trafikselskabernes påstand om afvisning af det erstatningskrav, som Øens Taxa har rejst.

Klagenævnet meddeler herved, at afvisningspåstanden ikke vil blive taget til følge ved den kendelse, som klagenævnet vil afsige efter skriftvekslingens afslutning.

Erstatningskrav behandles på grundlag af dansk rets almindelige regler, herunder om ansvarsgrundlag, om årsagssammenhæng og om egen skyld. Erstatningssøgende skal desuden redegøre for tabsopgørelsen.

At klagenævnet af forskellige grunde muligvis ikke vil kunne tage krav eller dele af et krav til følge er ikke ensbetydende med, at erstatningskravet i sin helhed skal afvises.

Såfremt påstanden om afvisning opretholdes, vil kendelsen indeholde en mere udførlig redegørelse for parternes synspunkter og klagenævnets afgørelse også på dette punkt.”

Trafikselskaberne har herefter meddelt, at afvisningspåstanden blev opretholdt.

#### Klagenævnet udtaler:

Efter lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, kan en klage afvises, hvis den er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling.

Den uklarhed, som Trafikselskaberne mener at kunne påvise i det materiale, som Øens Taxa har fremsendt i forbindelse med erstatningssagen, har forbindelse med sammensætningen af/dokumentationen for en række poster i erstatningskravet.

Hvorvidt erstatningsgrundlaget – klagenævnets to kendelser, herom nærmere umiddelbart nedenfor – kan føre til, at Øens Taxa kan få helt eller delvist medhold i de rejste krav, afhænger som anført blandt andet af, om Øens Taxa kan bevise sit tab. Hvis det ikke er tilfældet, vil trafikselskaberne skulle frifindes for kravet.

At redegørelsen for kravet måtte være uklar, fører derimod ikke til, at erstatningssagen som helhed skal afvises.

Afvisningspåstanden tages derfor ikke til følge.

#### Parternes anbringender i øvrigt:

#### Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 27. oktober 2020 konstaterede klagenævnet, at trafikskaberne under udbuddet har overtrådt udbudsreglerne således:

”FynBus, Sydtrafik og Midttrafik har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 4, sammenholdt med stk. 5, ved at frafalde mindstekravet om pladskrav til vogntyperne 5 og 6 i kontrakt ”FG6 – Flexgaranti” om udførelse af kørselsydelse uden at gennemføre en ny udbudsprocedure i sin helhed, idet mindstekravet udgør et grundlæggende element.

Klagenævnet erklærer de kontrakter, der er indgået i medfør af ”FG6-Flexgaranti” for så vidt angår kørsel med vogntype 5 og 6 for uden virkning fra og med den 1. november 2020.

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik skal in solidum til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen betale en økonomisk sanktion på 7 mio. kr. Beløbet skal betales inden 8 uger fra afsigelsen af denne kendelse.”

Øens Taxa har gjort gældende, at trafikskaberne ved de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at trafikskaberne efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlige over for Øens Taxa, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud, men ikke fik tildelt kørsel.

Øens Taxa har nærmere anført, at sagen angår erstatningskrav i forlængelse af klagenævnets kendelser af 27. oktober 2020 vedrørende FG6 sagen og af 19. maj 2020 vedrørende FV6 sagen samt Retten i Svendborgs dom af 12. maj 2022.

Det grundlæggende spørgsmål i sager om erstatningsansvar er, hvorvidt der er begået fejl. I disse sager er fejlen klart påvist via afgørelserne, der alle er stort set enslydende og vidner om overtrædelse af EU-udbudsreglerne ved, at man har fraveget mindstekravet om pladskrav i vogntyperne 5 og 6 og derved har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i EU-udbudsreglerne. Overtrædelserne medførte, at Øens Taxa ikke fik tilbudt en kontrakt i FG6 (flexgaranti), hvilket man ville have fået, såfremt trafikskaberne ikke havde fraveget pladskravet og tilladt kørsel med ikke konditionsmæssige vogne. Herudover blev der efterfølgende konstateret et tab på kørsel i FV6 (flexvariabel).

Trafikselskaberne har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne ikke indebærer, at trafikselskaberne efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Øens Taxa.

Trafikselskaberne har nærmere anført, at klagenævnet i kendelserne af 19. maj 2020 og 27. oktober 2020 har fastslået, at mindstekravet om pladskrav til kørestole i udbudsbetingelserne for FV6- og FG6-udbuddet skal forstås således, at det var et krav, at der skulle kunne være plads til to store kørestole samtidigt. Trafikselskaberne er ikke enige i denne forståelse af mindstekravet, eller at trafikselskaberne ændrede mindstekravet, hvilket var baggrunden for, at trafikselskaberne valgte at indbringe kendelserne for Retten i Svendborg, der imidlertid stadfæstede klagenævnets resultat. Trafikselskaberne har herefter besluttet at tage dette til efterretning, da mindstekravet under alle omstændigheder er blevet præciseret i efterfølgende udbud (FG7 og FV7 og FG8 og FV8).

Det må imidlertid lægges til grund i denne erstatningssag, at mindstekravet om pladskrav til kørestole i FV6- og FG6-udbuddet skal forstås således, at det var et krav, at der skulle kunne være plads til to store kørestole samtidigt i type 5 og 6 vogne, og at trafikselskaberne begik en udbudsretlig overtrædelse ved at ændre dette krav under udbuddet, således som klagenævnet har fastslået i kendelserne af 19. maj 2020 og 27. oktober 2020.

#### Ad årsagssammenhæng

Øens Taxa har anført, at virksomheden ved offentliggørelsen af udbuddene i FG6 og FV6 havde tre vogne og tre bevillinger samt tre fastansatte chauffører foruden indehaveren selv. I dag består virksomheden i praksis ikke længere, da der ikke er nogen vogne tilbage, men kun tre bevillinger, som er fastholdt i håbet om en løsning på omtalte sager. Fra at være en lille sund virksomhed med udviklingspotentiale og en reel goodwill værdi er virksomheden nu på grund af trafikselskabernes ulovlige handle måde – jf. klagenævnets og Retten i Svendborgs afgørelser – en virksomhed, der i realiteten kun eksisterer på papiret og uden en reel værdi.

Over for trafikselskabernes påstande om manglende konditionsmæssig vogn og om, at Øens Taxa havde anskaffet vognen før udbuddet af FG6 og FV6, har Øens Taxa henvist til, at de samme påstande tidligere er blevet underkendt af både klagenævnet og Retten i Svendborg

Trafikselskabernes nye oplysning, at Øens Taxa blot var nummer 4 i konkurrencen om garantivognen på Ærø, har ikke været fremført tidligere og er ikke dokumenteret. Det er imidlertid også irrelevant, da de tidligere kendelser klart tilkendegiver, at trafikselskaberne ved deres fravigelse af udbudsmaterialet har hindret Øens Taxa m.fl. i at afgive tilbud på lige konkurrencevilkår.

Synspunktet om, at Øens Taxa ikke var indehaver af en konditionsmæssig vogn, er tidligere blevet underkendt af både klagenævnet og Retten i Svendborg. Ifølge udbudsbetingelserne skulle der være plads til 2 kørestole a 145 cm samt 2 gange 30 cm imellem og foran kørestolene, i alt 350 cm. Ifølge bilag F er Øens Taxa's vogn 350 cm. Trafikselskaberne fremkommer så pludselig med en ny teoretisk beregning, hvorefter der nu skal være en plads på 375 cm.

Trafikselskaberne har gjort gældende, at der ikke er årsagsforbindelse mellem trafikselskabernes handlemåde og de tab, som Øens Taxa har lidt.

Kontrakterne om garantikørsel og rammeaftalerne vedrørende flexvariabel har været udbudt kontinuerligt af trafikselskaberne over en årrække med ensartede krav og vilkår, blandt andet med henblik på at tilbudsgiverne skulle kunne anvende de samme vogne fra udbud til udbud og ikke skulle anskaffe nye vogne, når der kom et nyt udbud for at opfylde nye mindstekrav.

I de fire foregående udbud af FG-kørsel og FV-kørsel før det udbud, som den foreliggende sag vedrører, herunder under FV5- og FG5-udbuddet, var mindstekravet vedrørende pladskrav til kørestole således formuleret som mindstekravet i FV6- og FG6-udbuddet

Den vogn, som Øens Taxa fik tildelt en rammeaftale med under FV5 udbuddet, var af typen Mercedes Sprinter 316 CDI MPV standard AUT 2016 med registreringsnr. AL 99 140 og første registreringsdato den 3. oktober 2016.

Øens Taxa afgav også tilbud med denne vogn under FV6 og FG6 udbuddet, som er de udbud, denne erstatningssag vedrører.

Øens Taxa anskaffede således den vogn, Mercedes Sprinter 316 Standard, som Øens Taxa afgav tilbud med på FV6 og FG6, i forbindelse med FV5 udbuddet, dvs. i 2016. Det er dermed ikke korrekt, at Øens Taxa *anskaffede*



en vogn til brug for tilbudsgivningen på FV6 og FG6 udbuddet, som var dyrere i anskaffelse og drift med henblik på at opfylde et mindstekrav om plads til to store kørestole samtidigt, således som Øens Taxa påstod under sagerne for klagenævnet. Tværtimod anskaffede Øens Taxa sin Mercedes Sprinter 316 standard til brug for tilbudsgivningen på FV5 udbuddet, hvor det var klart for Øens Taxa, at mindstekravet ikke skulle fortolkes således, at vognen skulle kunne rumme to store kørestole af maksimal størrelse samtidigt.

Mindstekravets formulering blev ikke ændret i forbindelse med FV6 og FG6 udbuddene. Øens Taxa afgav ikke tilbud på FG5 udbuddet.

Øens Taxa afgav meget forskellige tilbudspriser på den samme vogn i henholdsvis FV5 og FV6, nemlig en markant dyrere tilbudspris på FV6 i forhold til FV5.

I forbindelse med FV5-udbuddet var Øens Taxa den eneste, der blev tildelt en rammeaftale med hjemsted på Ærø, men i FV6-udbuddet afgav Vinderup Taxi ApS også tilbud og fik tildelt en rammeaftale med hjemsted på Ærø.

Øens Taxa afgav også tilbud på FG6-udbuddet, men fik ikke tildelt en kontrakt, da Øens Taxa blev nr. 4 i konkurrencen, idet der således var tre andre tilbudsgivere, der tilbød en bedre pris end Øens Taxa. Øens Taxa bød med en driftstimepris på 349 kr., men garantivognen blev tildelt Vinderup Taxi ApS med en driftstimepris på 302,70 kr.

Desuden fører den fortolkning af mindstekravet om pladskrav til kørestole, der blev lagt til grund af klagenævnet i kendelserne, til, at vognen faktisk skulle have en indvendig længde på minimum 375 cm, jf. trafiksekskabernes ”Beskrivelse af metode for opmåling af nødvendige dimensioner på liftvogne under VG/FV6”, udarbejdet af funktionsleder i Flextrafik Jesper Krøyer Hansen, FynBus, og fremlagt under erstatningssagen.

Dermed ville Øens Taxa også af denne grund aldrig have fået tildelt og indgået en FV6-rammeaftale, henholdsvis en FG6-kontrakt, og dermed er der heller ikke lidt noget tab for Øens Taxa.

Endelig er FV6-rammeaftalerne og FG6-kontrakten blevet erklæret uden virkning, hvilket medfører, at der ikke er grundlag for erstatning til Øens Taxa for perioden, fra rammeaftalerne er erklæret for uden virkning.

Sammenfattende har trafikskaberne gjort gældende, at der ikke foreligger den fornødne årsagssammenhæng, idet Øens Taxas Mercedes Sprinter 316 CDI MPV-standard AUT 2016 ikke overholdt mindstekravet, som det er fastlagt af klagenævnet, idet der ikke i en vogn af denne type var eller er fornøden plads til at transportere to store kørestole med maksimale mål samtidigt, når begge kørestole skal fastspændes i henhold til lovgivningens krav herom. Øens Taxas vogn var derfor ukonditionsmæssig. Allerede af den grund skal det rejste erstatningskrav afvises.

Endvidere foreligger der ikke den fornødne årsagssammenhæng, idet Øens Taxas blev nr. 4 i konkurrencen på FG6-udbuddet, hvor det bemærkes, at det ikke kan afvises, at nr. 2 og nr. 3 i konkurrencen bød med konditionsmæssige biler.

Ad erstatningskravet:

**Post A.** Kravet om erstatning af tabt indtjening på 1.227.340 kr. som følge af ikke at have fået en FG6-kontrakt, som blev tildelt Vinderup Taxa ApS, dækkende perioden fra den 1. marts 2019 til den 28. februar 2021.

Øens Taxa har henvist til et budget for virksomheden for perioden 1/3 2019 -28/2 2020, der angiveligt er udarbejdet ud fra den realiserede kørsel for de to forudgående år foretaget af Ole's Taxa, da det er samme tur fra Ærø og til OUH, som udbuddet i FG6 omhandler. Kørslen foregik også i samme type vogn som Øens Taxa (Mercedes Sprinter 316). Den mistede bruttoindtægt er opgjort til 1.905.540 kr. Der er herefter korrigeret for en ændret timepris og fratrukket ikke nærmere specificerede variable omkostninger. Herefter er tabet for den pågældende kontraktperiode opgjort til 1.227.340 kr.

Trafikskaberne har henvist til, at trafikskaberne iværksatte en tilbudsindhentning (med ændrede krav til vognstørrelsen) vedrørende garantivognen på Ærø med ikrafttræden den 16. november 2020 og med udløb den 28. februar 2021, dvs. dækkende en del af den periode, som erstatningskravet efter post A vedrører.

Øens Taxa afgav tilbud med vognen Mercedes Sprinter 316 Standard, dvs. den samme vogn, som Øens Taxa havde tilbudt på FV5, FG6- og FV6-udbuddene og fik tildelt denne garantikontrakt med kontraktstart den 16. november 2020 og udløb af kontrakten den 28. februar 2021.

Trafikselskaberne har oplyst, at Øens Taxas samlede betaling for garantikørsel i perioden 1. november 2020 til 28. februar 2021 udgjorde 197.378,10 kr., hvilket beløb Øens Taxa ikke har fratrukket i sit opgjorte erstatningskrav.

Øens Taxa baserer derimod sin erstatningsopgørelse på den rådighedsperiode, som en anden vogn, nemlig Ole's Taxa, kørte garantikørsel for på Ærø i en anden periode, nemlig 2017 og 2018, og har på denne baggrund fremsat krav om en mistet bruttoindtægt på 1.905.540 kr. for perioden 1. marts 2019 – 28. februar 2021. Den samlede maksimale bruttoindtægt, som Øens Taxa kunne have opnået, hvis Øens Taxa i stedet for Vinderup Taxa ApS havde fået tildelt garantikørslen med hjemsted på Ærø, ville imidlertid have været på 1.591.323 kr. baseret på de antal minutter, som Vinderup Taxa ApS blev afregnet for i perioden 1. marts 2019 – 15. november 2020 med den timepris, som Øens Taxa afgav tilbud med på FG6.

**Post B.** Tabt indtjening på 348.938 kr. på FV6 kørsel, der blev tildelt Vinderup Taxa ApS.

Øens Taxa har gjort gældende, at virksomheden, hvis trafikselskaberne ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have kunnet realisere en fortjeneste på kørsel, der kan opgøres til 348.938 kr. Beløbet er beregnet med udgangspunkt i et omsætningstab for perioden fra den 1. juli 2019 til den 30. juni 2020 af kørselsnedgangen ”efter indsættelse af ulovlig vogn” svarende til et beløb på 539.145 kr. Herfra er trukket sparede lønomkostninger, brændstof og reparation/vedligeholdelse svarende til den procentvise nedgang af omsætningen.

Trafikselskaberne har gjort gældende, at det følger af Planetsystemet, at en vognmand, der har en aftale om variabel kørsel, ikke har nogen sikkerhed for, hvor meget kørsel den enkelte aftale generer, idet det afhænger af kundernes bestillinger, priserne, den geografiske placering af vognen, samt priser og placering for øvrige vogne, der konkurrerer om udførelse af kørslen.

Det er tilbudsgiver, der selv vælger hjemsted for vognen, så en tilbudsgiver med hjemsted på Ærø kan ikke være sikker på, at ikke også andre vognmænd vil vælge at byde med det samme hjemsted på en rammeaftale.

Under FV5 var Øens Taxa den eneste, der havde en vogn med hjemsted på Ærø. I forbindelse med tilbudsgivningen på FV6 afgav to andre tilbudsgivere, nemlig Alsvognen I/S og Vinderup Taxa ApS, også tilbud med vogne med hjemsted på Ærø.

Øens Taxa påstår erstatning for tabt fortjeneste på FV6-rammeaftalen for perioden fra den 1. juli 2019 til 30. juni 2020 med angivelse af en tabel med et antal minutter fordelt på måneder i perioden 1. juli 2018 til 30. juni 2019, mens den periode, hvor Øens Taxa potentielt kan have mistet indtægter fra variabel kørsel i til Vinderup Taxa ApS er perioden fra 1. juli 2019 til 30. juni 2020. Den faktiske tildelte FV-kørsel på FV6-rammeaftalerne på Ærø i perioden fra den 1. juli 2019 til den 30. juni 2020, dvs. i den korrekte periode, som denne erstatningspost dækker, viser, at Øens Taxa, Vinderup Taxi ApS og Alsvognen I/S kørte på FV6-rammeaftalerne. Øens Taxa kørte som underleverandør for Alsvognen I/S i samme periode i sammenlagt 10.040 minutter ud af Alsvognen I/S' 14.193 minutters kørsel. Øens Taxa er under FV6 blev afregnet for mere end dobbelt så meget kørsel med hjemsted på Ærø som Vinderup Taxa ApS.

**Post C.** Tab ved manglende mulighed for at kunne afgive tilbud under FG7-udbuddet.

Øens Taxa har gjort gældende, at sagerne ydermere har bevirket, at virksomheden i forbindelse med det nye udbud FG7 ikke havde økonomisk mulighed for at afgive tilbud, idet virksomheden end ikke kunne få et pengeinstitut til at stille en anfordringsgaranti på blot 10.000 kr. og langt mindre løfte finansieringen af en vogn. Beregningen af erstatningskravet for fratagelse af muligheden for at byde på FG7, er som beskrevet i forudsætningerne til post A.

Trafikselskaberne har gjort gældende, at der var reel konkurrence om FG-kontrakterne på Ærø. Det kan således ikke uden videre lægges til grund, at Øens Taxa ville have fået en kontrakt, selv hvis Øens Taxa kunne have fremvist en anfordringsgaranti på 10.000 kr. og afgivet tilbud på FG7-udbuddet, da der var mindst 3 andre tilbudsgivere, som potentielt kunne have deltaget i konkurrencen.

Dermed har Øens Taxa ikke løftet bevisbyrden for, at Øens Taxa ville have fået FG7-kontrakten, selv hvis Øens Taxa havde budt på kontrakten, og også af denne grund foreligger der ikke den fornødne årsagssammenhæng.

Det påståede tab er desuden ikke adækvat. Trafikselskaberne kunne på ingen måde have påregnet, at deres fortolkning af mindstekravet - hvorefter det ikke var et krav, at der skulle være plads til to kørestole af maksimal størrelse på samme tid, som trafikselskaberne i praksis havde fulgt løbende under tidligere udbud, jf. også de offentliggjorte svar under FV5-udbuddet - kunne føre til, at Øens Taxa ikke ville kunne skaffe en anfordringsgaranti på 10.000 kr. Øens Taxas pengenød kan aldrig være trafikselskabernes ansvar.

Øens Taxa har ikke har godtgjort at have overholdt sin tabsbegrænsningspligt. Øens Taxa har tilsyneladende haft en vogn med ledig kapacitet, som kunne have været anvendt til anden transport, hvormed Øens Taxa kunne have udnyttet den frigjorte kapacitet. Også af denne grund skal kravet afvises.

**Post D.** Erstatning for egen forbrugt tid på sagen 190 timer, i alt 76.000 kr.

Øens Taxa har gjort gældende at have krav på erstatning for det timeforbrug, der har været på sagen.

Trafikselskaberne har gjort gældende, at beløbet er anslået og i øvrigt ikke dokumenteret. Øens Taxa havde fri proces under sagen ved Retten i Svendborg. Kravet udgør en omgåelse af § 9, stk. 4, i bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud, hvorefter ”Klagenævnet kan bestemme, at den tabende part skal betale modparten et beløb til hel eller delvis dækning af dennes omkostninger ved klagesagen, jf. dog stk. 5 og 6.”

**Post E.** Erstatning for mistet goodwill 700.000 kr.

Øens Taxa har gjort gældende, at tab af udviklingsmuligheder og tab af goodwill på grund af trafikselskabernes handle måde er anslået til 700.000 kr. ud fra en realistisk vurdering af virksomhedens status på udbudstidspunktet og virksomhedens status d.d.

Trafikselskaberne har anført, at det ikke er angivet, hvorledes beløbet er beregnet.

Sammenfattende har trafikselskaberne om erstatningsopgørelsen gjort gældende, at en eventuel erstatning må udmåles på baggrund af de reelle antal kørte minutter, der blev afregnet over for Vinderup Taxa ApS i forhold til

FG6-kørsel, og ikke på baggrund af kørsel foretaget af tredjemand (Oles Taxa) på en anden kontrakt i en tidligere periode og med en anden vogn end Øens Taxas vogn, eller på baggrund af den variable kørsel, som Øens Taxa fik tildelt under en tidligere rammeaftale, da variabel kørsel har store variationer fra rammeaftale til rammeaftale.

På samme måde skal en eventuel erstatning i relation til FV6- kørsel ligeledes tage udgangspunkt i de reelle antal kørte minutter, der blev afregnet over for Vinderup Taxa ApS. En evt. erstatning skal tage udgangspunkt i de 19.016 kørte minutter, som faktisk blev afregnet over for Vinderup Taxa ApS, idet det er den kørsel, som Øens Taxa maksimalt kan have en mistet fortjeneste på. Disse minutter må dog skulle fordeles på en eller anden måde imellem Øens Taxa og Alsvognen I/S, hvilken fordelingsnøgle dog ikke med nogen grad af vished kan fastlægges. Øens Taxa var rent faktisk den vognmand, der kørte flest minutter under FV6-rammeaftalen med hjemsted på Ærø.

#### Sagsomkostninger

Trafikselskaberne har gjort gældende, at der i relation til klagenævnets udmåling af sagsomkostninger skal tages hensyn til, at Øens Taxa – på trods af klagenævnets opfordringer hertil – ikke har antaget advokatbistand. Dette har påført trafikselskaberne væsentlige merudgifter til at føre sagen, herunder som følge af behovet for at forholde sig til og behandle forhold og krav, som i medfør af helt grundlæggende juridiske og erstatningsretlige principper er irrelevante, og som således ikke ville have været gjort gældende, såfremt Øens Taxa havde antaget en advokat.

#### Klagenævnet udtaler:

##### Ad erstatningsgrundlaget:

Den 27. oktober 2022 afsagde klagenævnet som nævnt ovenfor kendelse i den sag mod trafikselskaberne, som Øens Taxa havde anlagt. Kendelsen vedrørte ”FG6 – Flexgaranti”- udbuddet og er opretholdt ved dom afsagt af Retten i Svendborg den 12. maj 2022.

Kendelsen havde følgende konklusion:

”Ad påstand 1

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 4, sammenholdt med stk. 5, ved at frafalde mindstekravet om pladskrav til vogntyperne 5 og 6 i kontrakt ”FG6 – Flexgaranti” om udførelse af kørselsydelser uden at gennemføre en ny udbudsprocedure i sin helhed, idet mindstekravet udgør et grundlæggende element.

Klagenævnet erklærer de kontrakter, der er indgået i medfør af ”FG6-Flexgaranti” for så vidt angår kørsel med vogntype 5 og 6 for uden virkning fra og med den 1. november 2020.

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik skal in solidum til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen betale en økonomisk sanktion på 7 mio. kr. Beløbet skal betales inden 8 uger fra afsigelsen af denne kendelse.

...”

Trafikselskaberne har herved handlet erstatningspådragende over for Øens Taxa, der som tilbudsgiver havde ansøgt om at blive tildelt den kontrakt om garantikørsel, som i stedet gik til Vinderup Taxa ApS, der - sådan som sagen er oplyst - gennemførte kørslen med en Fiat Ducato 33-vogn, uagtet Øens Taxa havde tilbudt kørsel med en vogntype, som opfyldte mindstekravet om plads til 2 kørestole a 145 cm samt 2 gange 30 cm imellem og foran kørestolene, jf. i det hele sagsfremstillingen i kendelsen af 27. oktober 2020.

Øens Taxa har fremsat sit erstatningskrav ikke alene med henvisning til klagenævnets kendelse af 27. oktober 2020, men tillige med henvisning til klagenævnets kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik, der vedrørte ”FV6-Flexvariabel” – udbuddet, og som ligeledes blev opretholdt ved dom afsagt af Retten i Svendborgs dom den 12. maj 2022.

Øens Taxa intervenerede i sagen til støtte for Alsvognen I/S. En sådan intervention ligestilles med biintervention i retsplejelovens forstand, jf. klagenævnets kendelse af 29. november 2013, Kinnarps A/S anmodning om intervention i sagen EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden, og kendelse af 17. august 2015, Team Opp mod Region Midtjylland. Da Øens Taxa således ikke var part i sagen, kan virksomheden ikke under en sag om erstatning i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 14, stk. 1, støtte ret på kendelsen af 19. maj 2020.

Ad årsagsforbindelse

Trafikselskaberne har gjort gældende, at kravet om årsagsforbindelse mellem den konstaterede overtrædelse af udbudsreglerne og det tab, som Øens Taxa har lidt, ikke er opfyldt.

For det første har trafikselskaberne anført, at den vogn, som Øens Taxa havde tilbudt i FG6-udbuddet - i lighed med den Fiat Ducato 33 fra Vinderup Taxa ApS, der blev anvendt til kørslen, jf. Alvognen I/S' indledende henvendelse til trafikselskaberne, gengivet i kendelsen af 27. oktober 2019 side 8, og Øens Taxas henvendelse af 3. september 2019, gengivet i kendelsen af 27. oktober 2019, side 9 - ikke var konditionsmæssig. Trafikselskaberne har henvist til, at vognen på grund af lovgivningskravet til fastspænding skulle have haft indre mål, som overstiger vognens faktiske mål på 350 cm med 25 cm. Synspunktet er udbygget ved fremsendelse af tekniske beregninger fra FynBus og henvisning til den opmåling af vogne, som trafikselskaberne gennemførte under anvendelse af disse beregninger efter klagenævnets kendelser.

Det er ubestridt, at kravet om plads til to store kørestole m.v. ikke kunne opfyldes med en Fiat Ducato 33. Den Mercedes Sprinter 316 Standard, som Øens Taxa havde tilbudt under FG6-udbuddet, og som var blevet tilbudt under de tidligere udbud, har derimod – indtil denne sag – af alle involverede i lighed med tilsvarende vogne været opfattet som egnet til at opfylde mindstekravet og har fungeret i overensstemmelse hermed. At alle kontrakter blev erklæret for uden virkning, er da heller ikke udtryk for, at klagenævnet anså alle vogne for at være ukonditionsmæssige, men derimod for, at mindstekravet blev frafaldet i alle kontrakter.

Trafikselskaberne valgte efterfølgende at fortolke såvel det mindstekrav, som blev frafaldet, som klagenævnets kendelser på en sådan måde, at også de fleste andre vogne - og altså ikke blot den nævnte Fiat Ducato - herunder Øens Taxas Mercedes Sprinter 316 Standard, ikke opfyldte mindstekravet. Mindstekravet er imidlertid formuleret med angivelse af præcise mål, og det fremgår ikke tilstrækkelig klart heraf, at det indebærer et tillægskrav om plads til fastspænding. Trafikselskaberne ville derfor ikke med henvisning til manglende overholdelse af mindstekravet have været berettiget til at afvise tilbudet fra Øens Taxa. Det tilbud på FG6-kørsel, som Øens Taxa havde afgivet, var således ikke ukonditionsmæssigt.

For det andet har trafikselskaberne gjort gældende, at synspunktet om, at den manglende overholdelse af mindstekravet var konkurrenceforvridende, må



forkastes, fordi Øens Taxa ikke havde anskaffet sin Mercedes netop til brug for FG6-udbuddet, men havde anvendt samme vogn under det tidligere FG5 udbud.

De beregninger, en tilbudsgiver har måttet foretage som grundlag for en tilbudsafgivelse i FG6-udbuddet, må imidlertid netop bygge på vognens anskaffelsespris og de driftsomkostninger, der er forbundet hermed, og er ikke uløseligt forbundet med, hvornår vognen måtte være anskaffet.

For det tredje har trafikskaberne gjort gældende, at kravet om årsagsforbindelse ikke er opfyldt, idet Øens Taxas blev nr. 4 i konkurrencen på FG6-udbuddet. Trafikskaberne har anført, at ”det ikke kan afvises, at nr. 2 og nr. 3 i konkurrencen bød med konditionsmæssige biler.”

Det klare udgangspunkt er, at det er den erstatningsøgende, der skal bevise, at der er den fornødne årsagsforbindelse. I dette tilfælde finder klagenævnet imidlertid, at det er mest nærliggende at lade trafikskaberne bære bevisbyrden for de manglende oplysninger om de to ”mellemliggende” tilbuds konditionsmæssighed, også ud fra den betragtning, at det må have stået trafikskaberne klart, at den manglende oplysning herom, som Trafikskaberne har rådighed over, kunne komme dem til skade.

På den baggrund er kravet om årsagsforbindelse opfyldt.

### Tabsopgørelsen

Post A.

Øens Taxa har krævet erstatning for perioden fra den 1. marts 2019 (kontraktstart) til den 28. februar 2021. Som anført af trafikskaberne må skæringsdatoen for en eventuel erstatning imidlertid være den 1. november 2020, hvor FG6-kontrakterne blev erklæret for uden virkning, og Øens Taxa efter tilbudsindhentning havde opnået kontrakt med trafikskaberne om garantikørsel frem til den 28. februar 2021.

Som ligeledes anført af trafikskaberne kan erstatningsberegningen ikke med rette basere sig på garantikørsel udført af Ole's Taxa i en anden periode og med et udgangspunkt i en derfra beregnet mistet bruttoindtægt på 1.905.540 kr. for perioden fra den 1. marts 2019 til den 28. februar 2021. Den samlede maksimale bruttoindtægt, som Øens Taxa kunne have opnået, hvis Øens Taxa i stedet for Vinderup Taxa ApS havde fået tildelt garantikørslen

med hjemsted på Ærø, ville efter trafikskabernes oplysning herom have været på 1.591.323 kr. baseret på de antal minutter, som Vinderup Taxa ApS blev afregnet for i perioden fra den 1. marts 2019 til den 15. november 2020 med den timepris, som Øens Taxa afgav tilbud med på FG6.

Øens Taxa har krævet en erstatning på 1.227.340 kr. og har således selv fradraget 678.200 kr. i sit udgangspunkt på 1.905.540 kr. i ikke nærmere specificerede variable omkostninger.

Da i det mindste samme fradrag må skulle gøres i det korrekte udgangspunkt for erstatningen, nemlig 1.591.323 kr., fastsætter klagenævnet herefter til dels skønsmæssigt erstatningen vedrørende FG6-kørslen i den anførte periode til 600.000 kr.

Post B.

Efter det, der er anført ad erstatningsgrundlaget, bortfalder kravet vedrørende FV6-kørsel.

Post C.

Trafikskaberne er ikke erstatningsansvarlige for Øens Taxas (mulige) tab ved ikke at have kunnet afgive tilbud under FG7-udbuddet. Et sådant tab opfylder ikke det erstatningsretlige krav om adækvans (påregnelighed), idet Øens Taxas generelle økonomiske formåen er trafikskaberne uvedkommende.

Post D.

Kravet om erstatning for egen forbrugt tid tages efter fast praksis ikke til følge.

Post E.

Kravet om erstatning for mistet good-will, der i det hele er udokumenteret, opfylder ikke kravene om adækvans og tages ikke til følge.

#### Sagsomkostninger

Øens Taxa har fået medhold i godt en sjettedel af det rejste krav, nemlig 600.000 kr., trods trafikskabernes modstand under det samlede forløb som beskrevet ovenfor.

På den baggrund finder klagenævnet, at hver part skal bære egne omkostninger.

Klagenævnet har herved også tillagt det betydning, at trafikskaberne ikke har vurderet ansvarsgrundlaget korrekt, hvorved skriftveksling herom ville have kunnet begrænses, og at skriftvekslingen ad post C, D og E har været yderst begrænset.

Herefter bestemmes:

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik skal in solidum til Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen betale 600.000 kr.

Beløbet skal betales inden 8 uger efter, at denne afgørelse er meddelt parterne.

Sagens omkostninger ophæves.

Indbringelse af denne kendelse for domstolene inden for søgsmålsfristen på 8 uger, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 1, har opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig