

REFERAT – LUKKET DAGSORDEN

FYNBUS BESTYRELSESMØDE

11. december 2020 kl. 10.00

FynBus – VIRTUELT MØDE

J.nr.: 202011-33891

Deltagere:

Formand Morten Andersen, Nordfyn
Næstformand Poul Andersen, Region Syddanmark
Bo Libergren, Region Syddanmark
Flemming Madsen, Svendborg
Kristian Nielsen, Faaborg-Midtfyn
Jesper Hempler, Kerteminde
Jan Ole Jakobsen, Langeland
Albert Pedersen, Nyborg
Regitze Tilma, Middelfart
Leif Rothe Rasmussen, Assens
Anders W. Berthelsen, Odense

Administration:

Direktør Carsten Hyldborg Jensen
Kontrakt-, Drift- og Flexchef Ingrid Dissing
Økonomi- og IT-chef Mads Frederik Skjoldborg Medelbye
Plan- og Markedschef Jan Gudmann Hansen

INDHOLD

Sager til orientering:..... 3

1. Redegørelse vedr. klagesag fra Klagenævnet for Udbud 3

SAGER TIL ORIENTERING:

1. REDEGØRELSE VEDR. KLAGESAG FRA KLAGENÆVNET FOR UDBUD

Resumé:

På et lukket bestyrelsesmøde den 5. november 2020 blev der orienteret om resultatet af en klagesag mod FynBus, Midttrafik og Sydtrafik om 6. udbud af flexgaranti samt om en klage til Folketingets Ombudsmand over 7. udbud af flexgaranti.

Bestyrelsen besluttede, at der skal gives en nærmere redegørelse for sagerne, herunder en ansvarsplacering, samt at bestyrelsen skal gives et grundlag for at kunne følge op på sagerne. Administrationen har på den baggrund udarbejdet nedenstående redegørelse til bestyrelsen.

Sagsfremstilling:

På det virtuelle bestyrelsesmøde den 5. november 2020 fastslog bestyrelsen på en lukket dagsorden, at administrationen skulle udarbejde en redegørelse over klagesagerne fra Klagenævnet for Udbud vedr. 6. udbud af flexgaranti.

Redegørelsen skulle omfatte:

- a) Hvordan og hvorfor blev der foretaget en ændring i minimumskravene?
- b) Er der sket en ændret tildeling af opgaver?
- c) Hvordan skal boden fordeles mellem kommuner og regioner?
- d) Hvordan sikres, at noget tilsvarende ikke sker igen?
- e) Redegørelse for bestyrelsens involvering og ansvar.

Administrationens redegørelse vedr. ovennævnte spørgsmål fra bestyrelsen følger herunder.

Ad a) Hvordan og hvorfor blev der foretaget en ændring i minimumskravene?

Bestemmelsen i udbudsmaterialet vedr. minimumskravet lyder således:

"Vognen skal være forsynet med motordrevet lift, og indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). Der skal være plads til mindst to kørestole samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer. Når kørestolen er placeret i vognen, skal der være mindst 30 cm plads foran kørestolen."

FynBus, Midttrafik og Sydtrafik (herefter trafikskaberne) har siden 1. udbud i 2012 anvendt den samme formulering vedr. pladskrav i vogntype 5 og 6.

Kravet indebærer, at en kørestol maksimalt må være 145 cm lang. Kravet indebærer ligeledes, at der skal være plads til mindst to kørestole.

Branchen og trafikskaberne har tidligere haft en fælles forståelse af kravene, hvorudfra det har været opfattelsen, at kravets første led ikke medfører, at kravets andet led skal forstås således, at der skal være plads til to kørestole af den maksimale størrelse. Kravets to led er adskilte og har hidtil været forstået således af både branchen og trafikskaberne.

I 5. udbud blev der i udbudsprocessen stillet spørgsmål til forståelsen af kravet, hvor trafikskaberne svar fulgte den tidligere praksis og fælles forståelse om, at der ikke skulle være plads til to kørestole af den

maksimal størrelse samtidigt. Den fælles forståelse var herefter igen således, at der i vogntype 5 og 6 skulle være plads til to kørestole, og at den ene af de kørestole maksimalt måtte være 145 cm lang.

Det har ikke i 6. udbud eller i tidligere tilsvarende udbud været trafikselskabernes ønske, at der skulle være plads til to store kørestole samtidigt, og trafikselskaberne har derfor heller ikke tillagt formuleringen den betydning. I 6. udbud blev det tilføjet, at der skal være 30 cm luft foran en kørestol placeret i en liftvogn.

I 6. udbud rejste Alsvognen krav om at få overdraget kørsel under henvisning til, at der ifølge kravet skal være plads til to kørestole af den maksimale størrelse samtidigt, og at kun hans bil kunne leve op til dette krav. Trafikselskaberne var ikke enige i Alsvognens fortolkning og forsøgte at forklare og præcisere. Trafikselskabernes forklaring blev af Klagenævnet for Udbud fortolket som en "ændring af mindstekravene", og samtidigt blev det af Klagenævnet for Udbud afgjort, at trafikselskaberne havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet.

Trafikselskaberne er ikke enige med Klagenævnet for Udbud i, at der er sket en ændring af mindstekravene. Trafikselskaberne mener, at den samme praksis, der har været anvendt siden 2012, er blevet anvendt under klagesagen og i det nye udbud. De biler, der benyttes, har ikke ændret sig.

I Klagenævnet for Udbuds afgørelse er det blandt andet ikke taget i betragtning, at formuleringen af kravet har været den samme siden 2012, og at branchen og trafikselskaberne i al den tid har haft en fælles forståelse af kravet, som er forskellig fra den forståelse, Klagenævnet for Udbud har lagt til grund for afgørelsen. Klagenævnet for Udbud anlægger i stedet en anden fortolkning med henvisning til, at det er "en naturlig måde" at læse kravets formulering på, at der skal være plads til to store kørestole samtidigt.

Trafikselskabernes tidligere svar til Alsvognen var et forsøg på en præcisering. Klagenævnet for Udbud lægger formuleringer fra dette svar til grund for deres kendelse om, at trafikselskaberne bevidst og aktivt har tilsidesat egne regler og dermed ændret mindstekravene.

Trafikselskaberne er uenige heri.

På baggrund af Klagenævnet for Udbuds fortolkning er mindstekravene blevet omformuleret i det 7. udbud.

Ad b) Er der sket en ændret tildeling af opgaver?

Der er ikke sket ændring i tildelingen af opgaver. Alle vognmænd har haft den kontrakt, som de oprindeligt blev tildelt i FG6 og FV6, fra 1. marts 2019 frem til 1. august 2020 for FV6 – og frem 1. november 2020 for FG6. Efter disse datoer trådte nye kontrakter i kraft, efter at der var gennemført nye udbud.

På tidspunktet for tildelingen af kontrakterne havde Klagenævnet for Udbud endnu ikke givet sin fortolkning af mindstekravet. Alsvognens ønske var, at der skulle ske en omfordeling, hvilket trafikselskaberne ikke ville imødekomme, da man ikke var enige i en anden fortolkning af kravet end den, der har eksisteret i siden 2012.

Ad c) Hvordan skal boden fordeles mellem kommuner og regioner?

Det foreslås, at boden deles ligeligt mellem de tre trafikselskaber. Samtidigt fordeles advokatudgifter og eventuelle erstatninger ligeligt. Dette er et forslag fra Midttrafik, som er det største af trafikselskaberne, men som til gengæld ikke har nogle (kendte) erstatningsager.

Eksempelvis vil en fordeling efter denne model betyde, at en bod på 10 mio. kr. fordeles således:

- Regionerne betaler ca. 3-4 mio. kr., med 1,5-2 mio. kr. hver.
- De 41 kommuner betaler ca. 6-7 mio. kr. med 140.000-170.000 kr. hver i gennemsnit.

Hvis det enkelte trafikselskab ønsker det, kan kommunernes udgift fordeles efter antallet af flexture.

Ad d) Hvordan sikres, at noget tilsvarende ikke sker igen?

FynBus er seks gange tidligere blevet indklaget for Klagenævnet for Udbud:

- 1) 2013: Odense Taxa mod trafikselskaberne – Garantiudbud:
Sagen omhandlede en afklaring af, hvorvidt trafikselskaberne havde brugt det forkerte direktiv i forbindelse med udbuddet. Det havde trafikselskaberne ikke og fik medhold.
- 2) 2015: Tide Bus mod FynBus – Buskørsel i Odense
Sagen omhandlede, hvorvidt FynBus havde godtaget busser, der ikke levede op til kravene, der var beskrevet i udbudsmaterialet.
Klagenævnet vurderede, at FynBus havde handlet korrekt og fik medhold.
I forlængelse af sagen blev det besluttet, at FynBus i videst mulige omfang benytter funktionskrav og ikke mindstekrav.
Herudover blev det, efter brug af advokatbistand, sikret, at det er muligt at udskifte busser i løbet af kontraktperioden, således at der kan skiftes til ny teknologi i kontraktperioden.
- 3) 2017: VTS Vojens Taxi og Servicetrafik ApS mod trafikselskaberne – Garantiudbud
Sagen omhandlede, hvorvidt visse garantibiler i Sydtrafiks område skulle have været tildelt til VTS. Trafikselskaberne fik medhold i, at bilerne ikke skulle tildeles til VTS. Dog annullerede Klagenævnet tildeling af de tre garantibiler, da tildelingsmetoden ikke vurderedes god nok.
I forlængelse af sagen har trafikselskaberne tilrettet tildelingsmetoden, således at den lever op til reglerne.
- 4) 2018: VTS Vojens Taxi og Servicetrafik ApS mod trafikselskaberne – Garantiudbud
Sagen var en udløber af sag nr. 3, da VTS ville have erstatning.
VTS fik ikke erstatning.
- 5) 2020: Alsvognen mod trafikselskaberne – Variabelt udbud
- 6) 2020: Øens Taxa mod trafikselskaberne – Garantiudbud

De to seneste sager, 5 og 6, drejer sig om fortolkning af mindstekrav. Trafikselskaberne tabte sagerne. I forlængelse af disse to sager vil der fremover ikke blive stillet mindstekrav, som ikke er fyldestgørende beskrevet. Hvor det er muligt, fjernes mindstekrav i udbudsmaterialet.

Klagesager fra vognmænd vil, som udgangspunkt, fremover altid blive forelagt en ekstern advokat.

Ad e) Redegørelse for bestyrelsens involvering og ansvar

Bestyrelsen har ikke været involveret i beslutninger, endside haft kendskab til sagernes indhold, før bestyrelsen blev orienteret om, at der var indgivet en klage. Bestyrelsen har ikke haft handlemuligheder i forhold til sagernes afvikling. Det vurderes derfor ikke, at bestyrelsen har et personligt erstatningsansvar.

Med hensyn til placering af et eventuelt administrativt ansvar lægger direktøren følgende til grund:

Der er ikke tale om en aktiv handling fra trafikselskabernes side, som har ledt frem til Klagenævnet for Udbuds afgørelse om, at "mindstekravene er tilsidesat". Tværtimod har trafikselskaberne benyttet en praksis, som har været kendt siden 2012 på tværs af seks udbudsrunder.

Der er begået en administrativ fejl i form af en uhensigtsmæssig formulering i de to mails og det ene brev, som Klagenævnet for Udbud har baseret sin afgørelse på. Til gengæld var der også formuleringer i korrespondancen, som klart redegjorde for, at der ikke var krav om, at der skulle være plads til to store kørestole samtidigt.

På den baggrund vil trafikselskaberne i nødvendigt omfang benytte advokatbistand i klager, der vedrører mindstekrav eller andre udbudsretslige aspekter, hvor der er en risiko for klagenævnsager.

Indstilling:

Direktøren indstiller, at bestyrelsen

- tager orienteringen til efterretning.

Vedtagelse:

Orienteringen taget til efterretning.

Godkendt elektronisk

Formand
Morten Andersen

Næstformand
Poul Andersen

Bestyrelsesmedlem
Bo Libergren

Bestyrelsesmedlem
Flemming Madsen

Bestyrelsesmedlem
Kristian Nielsen

Bestyrelsesmedlem
Jesper Hempler

Bestyrelsesmedlem
Jan Ole Jakobsen

Bestyrelsesmedlem
Albert Pedersen

Bestyrelsesmedlem
Regitze Tilma

Bestyrelsesmedlem
Leif Rothe Rasmussen

Bestyrelsesmedlem
Anders W. Berthelsen

Direktør
Carsten Hyldborg Jensen