

REFERAT – LUKKET DAGSORDEN

FYNBUS BESTYRELSESMØDE – VIRTUELT MØDE

5. november 2020 kl. 16.00

FynBus

J.nr.: 202010-33407

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- og Flexchef Ingrid Dissing
Økonomi- og IT-chef Mads Frederik Skjoldborg Medelbye
Produkt- og Markedschef Jan Gudmann Hansen
Kommunikationschef Martin Bødker Krogh

INDHOLD

Sag til orientering:..... 3

1. Resultat af klagesag mod FynBus, Midttrafik og Sydtrafik om 6. udbud af FlexGaranti samt klage til Folketingets Ombudsmand over 7. udbud af FlexGaranti..... 3

SAG TIL ORIENTERING:

1. RESULTAT AF KLAGESAG MOD FYNBUS, MIDTTRAFIK OG SYDTRAFIK OM 6. UDBUD AF FLEXGARANTI SAMT KLAGE TIL FOLKETINGETS OMBUDSMAND OVER 7. UDBUD AF FLEXGARANTI

Resumé:

Trafikselskaberne FynBus, Sydtrafik og Midttrafik har den 27. oktober 2020 tabt en ny sag i Klagenævnet for Udbud. Sagen, der omhandler manglende overholdelse af vognkrav efter 6. udbud af FlexGaranti, er en udløber af den klagesag, som FynBus, Sydtrafik og Midttrafik tabte efter 6. udbud af FlexVariabel. I den nye kendelse erklærer Klagenævnet kontrakter om FlexGaranti for uden virkning (ulovlige), og Trafikselskaberne idømmes samtidig en økonomisk sanktion på 7 mio. kr.

Herudover orienteres bestyrelsen om en klage sendt til Folketingets Ombudsmand over Trafikselskabernes netop gennemførte 7. udbud af FlexGaranti. Klagen til Ombudsmanden er indsendt af to regionsmedlemmer i Region Syddanmark.

Sagsfremstilling:

Administrationen orienterede den 19. juni 2020 bestyrelsen om en ny sag i Klagenævnet for Udbud (Klagenævnet) anlagt mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik (Trafikselskaberne). Den nye klagesag har direkte relation til den første klagesag om udbuddet af FlexVariabel 6 (FG6), som bestyrelsen blev orienteret om den 19. juni 2020.

Begge klagesager vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Trafikselskaberne i løbet af aftaleperioden har ændret et teknisk krav i udbuddet, og om denne ændring i så fald har karakter af »et grundlæggende element«, hvilket i så fald vil være ulovligt.

Klagenævnets første kendelse omhandlende FV6

Efter rammeaftalernes indgåelse i FV6 gjorde selskabet Alsvognen I/S Trafikselskaberne opmærksom på, at flere selskaber med vogntyperne 5 og 6 efter Alsvognens opfattelse ikke opfyldte et bestemt kravet om at kunne køre med to store kørestole samtidig. Der henvises til følgende bestemmelse:

”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.”

Trafikselskaberne har ikke, heller ikke i tidligere tilsvarende udbud, ønsket, at der skulle være plads til to store kørestole samtidig og har derfor heller ikke tillagt formuleringen den betydning.

Trafikselskaberne oplyste, at man ville justere indstillingerne i det system, der løbende tildeler kørsel, således at der fremadrettet kun vil blive tildelt kørsel med én stor kørestol eller to almindelige kørestole til biler, der ikke kunne køre med to store kørestole samtidigt. Kun 3 ud af 202 biler kunne køre med to store kørestole samtidigt. Hermed vurderede Trafikselskaberne, at kravene i aftalerne blev overholdt.

Alsvognen anlagde herefter en sag ved Klagenævnet. Klagenævnet gav Alsvognen ret i, at formuleringen skulle forstås således, at der skal være plads til to store kørestole samtidig. I kendelsen af 19. maj 2020 slog Klagenævnet fast, at Trafikselskaberne med sin formulering havde frafaldet et ellers ufravigeligt krav om, at vogntyperne 5 og 6 skal have plads til to kørestole af maksimal størrelse samtidigt. Klagenævnet fastslog også, at kravet om kørestole var formuleret som et »grundlæggende element« i udbuddet.

Da Trafikselskaberne dermed havde frafaldet et ufravigeligt krav, erklærede Klagenævnet de indgåede rammeaftaler for uden virkning (ulovlige) og pålagde dermed Trafikselskaberne at bringe aftalerne til ophør.

Trafikselskaberne ophævede umiddelbart efter kendelsen rammeaftalerne og gennemførte et nyt udbud – FlexVariabel 7 (FV7), hvor bestemmelsen om kørestole blev tilrettet efter hensigten.

Trafikselskaberne vurderede samtidigt, at kontrakter om FlexGaranti (FG7) også skulle genudbydes, idet kravene til kørestole er identiske i FV6 og FG6. I stedet for at risikere en ny klagesag blev kontrakterne, med undtagelse af tre kontrakter, hvor vognkravet om kørestole var overholdt, opsagt, og et genudbud blev gennemført med opstart pr. 1. november 2020 (FG7). Ophævelserne og genudbuddet skete efter ekstern juridisk rådgivning.

Klagenævnets anden kendelse om FG6

Efter den første klagesag var afgjort, og genudbud af garantivognskontrakterne var sat i gang, anlagde en anden leverandør, Øens Taxa (Ærø), i august 2020 en ny klagesag mod Trafikselskaberne omhandlende samme problematik om kørestole i vogntyperne 5 og 6. Hvor den første klage omhandlede rammeaftaler om FV6, handler anden klage om kontrakter i FG6.

I sin nye kendelse af 27. oktober 2020 vurderer Klagenævnet, at Trafikselskaberne, da man frafaldt vognkravet i FV6, samtidig frafaldt vognkravet i FG6. Dermed får kendelsen fra den første klagesag om FV6 direkte indflydelse i denne klagesag om FG6.

Yderligere vurderer Klagenævnet, at fordi Trafikselskaberne har frafaldt kravet i kontrakterne om FG6, har Trafikselskaberne ikke har været berettiget til efterfølgende at ophæve de samme kontrakter. Begrundelsen er, at man ikke kan frafalde et krav for derefter at ophæve kontrakten med den begrundelse, at leverandøren ikke har overholdt det frafaldne krav.

Trafikselskaberne havde, ifølge Klagenævnet, reelt accepteret, at der ikke var plads til to store kørestole samtidigt. Det betyder, ifølge Klagenævnet, at kontrakter om FG6 er blev ophævet med urette. Dette modsat rammeaftalerne om FV6, idet disse rammeaftaler er ophævet efter pålæg fra Klagenævnet.

Herefter erklærer Klagenævnet alle kontrakter om vogntype 5 og 6 indgået efter udbuddet af FG6 for »uden virkning« (ulovlige) fra den 1. november 2020. Endeligt er Trafikselskaberne blevet idømt en økonomisk sanktion på 7 mio. kr.

Klagenævnets fulde kendelse fremgår af bilag 1.1.

Trafikselskabernes vurdering af kendelsen

Trafikselskaberne er overordnet uenig med begge kendelser fra Klagenævnet. Specielt er Trafikselskaberne grundlæggende uenige i den tolkning af bestemmelsen om samtidig plads til to kørestole af maksimal størrelse, som Klagenævnet anlægger. Dermed mener Trafikselskaberne heller ikke, at vognkravene er frafaldet efter kontraktens ikrafttrædelse.

Trafikselskaberne udbyder kontrakter om Flextrafik for en periode på to år. Dermed har vognmændene mulighed for at benytte de samme vogne over flere kontraktperioder. Hvis trafikselskaberne havde krævet, at der i vogne af type 5 og 6 skulle være plads til to store kørestole samtidigt, ville dette medføre, at branchen skulle udskifte cirka 320 biler. Dette var ikke Trafikselskabernes ønske. Tværtimod var 6. udbud af flextrafik en videreførelse af den hidtidige praksis.

Det skal bemærkes, at langt hovedparten af de omfattede selskaber i praksis har kørt med vogne, der har overholdt kravene til kørestole efter Trafikselskabernes hensigt. Samtidigt er der i udbudsprocesserne ikke stillet spørgsmål til kravet om kørestole i vogntyperne 5 og 6.

Trafikselskaberne vurderer nu sine muligheder for at indbringe Klagenævnets kendelse for domstolene. Dette skal i så fald være med henblik på en hel eller delvis omstødelse af Klagenævnets kendelse, subsidiært en reduktion af den økonomiske sanktion, som Trafikselskaberne er blevet pålagt.

Af hensyn til sagernes samlede kompleksitet og procesrisikoen har Trafikselskaberne bedt to eksterne, juridiske rådgivere vurdere Trafikselskaberne muligheder for en domstolsprøvelse af den seneste kendelse – herunder også de risici, som forskellige scenarier medfører.

Risici for erstatningssager fra tilbudsgivere

Den seneste kendelse medfører risici for erstatningskrav fra en lang række selskaber.

Kendelsen åbner op for, at vognmænd i FG6 kan have tabt en kontrakt om kørsel med en type 5- eller 6-vogn til en billigere vognmand, og hvor det nu viser sig, at den vindende vognmand har udført kørsel med en vogn, som ikke overholdte kravene. Dette kan være tilfældet for både Alsvognen og Øens Taxa, der anlagde sagerne mod Trafikselskaberne. Dette vil dog kræve, at den klagende vognmand kan dokumentere, at vognmanden ville udføre kørsel med en vogn, der kunne leve op til kontraktens vognkrav.

Videre åbner kendelsen muligvis op for erstatningskrav fra vognmænd, der har fået ophævet kontrakter om FlexGaranti.

Dette gælder alle vognmænd, der, jf. Klagenævnet, med urette har fået ophævet kontrakter, idet Trafikselskaberne frafaldt kravet om to store kørestole samtidigt. Dette selvom selskabernes vogne, jf. Klagenævnets kendelse, ikke overholdt kravet til to store kørestole samtidigt.

Dette gælder også indehaverne af de tre FG6-kontrakter, som i første omgang ikke blev ophævet, idet selskabernes vogne opfyldte kravet til kørestole. Med Klagenævnets seneste kendelse blev også disse kontrakter erklæret for uden virkning (ulovlige), og disse er dermed ligeledes pålagt at blive bragt til ophør.

Klage til Folketingets Ombudsmand

To regionsrådsmedlemmer i Region Syddanmark, Karsten Fogde (SF) og Carsten Sørensen (DF), har ultimo oktober 2020 klaget til Folketingets Ombudsmand over Trafikselskabernes netop gennemførte 7. udbud af FlexGaranti. Klagen fremgår af bilag 1.2. Klagen er sendt til Ombudsmanden uden først at være forelagt Trafikselskaberne.

Regionsrådsmedlemmerne mener, at Trafikselskaberne ikke må acceptere tilbud fra de vognmænd, som tidligere i år har fået ophævet kontrakter i FG6. Regionsrådsmedlemmerne mener, at de omfattede vognmænd burde have oplyst om kontraktophævelserne i ESPD-dokumentet i forbindelse med deres tilbudsafgivelse. ESPD-dokumentet er et obligatorisk egen-erklæring, der skal anvendes i forbindelse med EU-udbud, som viser, om en tilbudsgiver opfylder en række kriterier med hensyn til udelukkelse, egnethed og udvælgelse.

Det er korrekt, at en ordregiver under nogle omstændigheder kan udelukke selskaber, som indenfor de seneste to år har fået ophævet kontrakter som følge af en *væsentlig* misligholdelse. Det er også korrekt, at Trafikselskaberne i FG7 har tildelt kontrakter til selskaber, som tidligere i år fik ophævet kontrakter, da selskaberne kørte med vogne, der ikke levede op til kravene om kørestole, således som de blev forstået af Klagenævnet.

Trafikselskaberne har endnu ikke modtaget en henvendelse fra Folketingets Ombudsmand angående klagen. På baggrund af regionsrådsmedlemmernes klage til Folketingets Ombudsmand har Trafikselskaberne dog nu bedt en ekstern part foretage en nærmere juridisk vurdering af spørgsmålet.

Økonomisk sanktion

Klagenævnet har – på samme måde som klagesagen om FV6 – dømt Trafikselskaberne til at betale en økonomisk sanktion til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Hvor den første sanktion blev på 3 mio. kr., har Klagenævnet i indeværende sag pålagt Trafikselskaberne en sanktion på 7 mio. kr.

Sanktionen er udregnet som 5 % af kontraktens samlede værdi i den omfattede periode. Beløbet er herefter, formodentligt, rundet ned til 7 mio. kr., således at den samlede sanktion for de to klagesager tilsammen udgør 10 mio. kr., hvilket er Klagenævnets vejledende maksimum.

Vurdering af evt. anke

Trafikselskaberne har bedt to eksterne advokater vurdere, om sagen skal ankes. Advokaterne har fremsendt hver deres vurdering af muligheden for at vinde en evt. ankesag. Advokaternes vurdering fremgår af hhv. bilag 1.3 og 1.4.

Trafikselskaberne vil efterfølgende nærmere drøfte mulighederne for anke med begge advokater.

Indstilling:

Direktøren indstiller, at bestyrelsen

- tager orienteringen til efterretning.

Vedtagelse:

Bestyrelsen fastslog, at den har en forpligtelse til at sikre, at der sker en nærmere udredning og ansvarsplacering samt en nødvendig opfølgning.

Administrationen skal udarbejde redegørelse omfattende:

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

Redegørelsen skal behandles på bestyrelsesmødet den 11. december 2020 som en lukket sag.

Bilag:

- | | |
|-----------|--|
| Bilag 1.1 | <i>Kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 27.10.2020</i> |
| Bilag 1.2 | <i>Klage til Folketingets Ombudsmand</i> |
| Bilag 1.3 | <i>Vurdering af konsekvenser af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27.10.2020, Focus Advokater</i> |
| Bilag 1.4 | <i>Vurdering af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2020, Bech-Bruun</i> |

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

Klagenævnet for Udbud
(Kirsten Thorup, Jan Eske Schmidt)

J.nr.: 20/08711
27. oktober 2020

K E N D E L S E

Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen, Ærøskøbing

mod

FynBus, Sydtrafik & Midttrafik
(advokat Hans Henrik Banke, Odense)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 120-274651 af 22. juni 2018 udbød FynBus, Sydtrafik & Midttrafik (herefter trafikskaberne) som offentligt udbud efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) udførsel af kørsel ("FG6 – Flexgaranti") omfattende bl.a. siddende patientbefordring, individuel handicapkørsel og kommunal visiteret kørsel i Region Midtjylland og Region Syddanmark.

Det anføres i udbudsbekendtgørelsen, at kørslen udbydes som et antal delkontrakter med en varighed på 24 måneder med "option på forlængelse...på uændrede vilkår i op til 2 år. Forlængelse kan ske flere gange på uændrede vilkår." Kontrakternes værdi er ikke angivet. Endvidere er anført, at der er tale om "variabel kørsel med garantiperiode (garantivogne), der bliver udført med fast leverandør. Entreprenør er garanteret betaling for et fast antal timer pr. dag i et nærmere defineret tidsrum."

Udbuddet af "FG6-Flexgaranti" skete parallelt med trafikskaberens udbud af "FV6-FlexVariabel". Der var i det væsentligste tale om et ensartet udbudsmateriale i de to udbud med ensartede krav til vognenes indretning. Den væsentligste forskel var, at vognmændene i FG6 udbuddet blev garanteret en vis

kørsel, mens det ikke var tilfældet i FV6 udbuddet. Tallene angiver, at der er tale om det 6. udbud i en række.

Klagenævnet afsagde den 19. maj 2020 kendelse i en klagesag indbragt af Alsvognen I/S mod trafikkselskaberne vedrørende udbuddet af ”FV6-FlexVariabel”.

Den 4. august 2020 indgav Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen (herafter Øens Taxa) vedrørende udbuddet af ”FG6-Flexgaranti” klage til Klagenævnet for Udbud over trafikkselskaberne. Klagen har været behandlet skriftligt.

Øens Taxa har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at trafikkselskaberne har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigthedsprincippet 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.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere trafikkselskabernes beslutning om at tildele kontrakter til leverandører, der ikke opfylder vognkravene til vogn-type 5 og 6.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal erklære de indgåede kontrakter for uden virkning i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 1 nr. 1, og ligeledes pålægge trafikkselskaberne en alternativ sanktion i medfør af klagenævnslovens § 18, stk. 2, sammenholdt med stk. 3.

Øens Taxa har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Påstandene svarer med en enkelt ændring i påstand 2 til de påstande 1-3, som var nedlagt af Alsvognen I/S under sagen vedrørende FV6 udbuddet.

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

Klagenævnet har den 25. august 2020 meddelt trafikselskabernes kontraktparter, det vil sige de virksomheder, herunder Vinderup Taxi ApS, med hvilke trafikselskaberne har indgået kontrakt omfattende kørsel med vogntyperne 5 og 6, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Klagenævnet har modtaget meddelelse fra én af kontraktagerne, VTS, Vojens Taxi og Servicetrafik ApS, som den 31. august 2020 har meddelt, at virksomheden ikke ønsker at intervenere i sagen, dels fordi der er "tale om et afgrænset forhold til Ærø", dels fordi "Trafikselskaberne netop har haft genudbud af FG6 og FV6, og foretaget nye tildelinger på baggrund af den oprindelige klagesag."

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelsernes punkt 2 er anført følgende:

"2 Den udbudte kørsel

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

Udbyder koordinerer i størst mulig omfang kørslen på tværs af kørselsordninger ved hjælp af IT-systemet Planet. Bestillingerne lægges ind i Planetsystemet, der automatisk planlægger kørslen og udsender køreordre til de tilbudsgivere/vogne, der skal udføre kørslen.

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). Udbyder vil via Planetsystemet sikre, at vognen kommer til at køre så meget som muligt i garantiperioden.

Se Bilag A for en oversigt over udbudte vogne i FG6 - FlexGaranti.

2.1 Aftaleperioden

Alle kontrakter er 2-årige og gældende frem til den 28. februar 2021.

2.1.1 Option på aftaleforlængelse

Der er option på forlængelse af kontrakter på op til to år. Forlængelse kan ske flere gange på uændrede vilkår.

2.2 Kørselsordninger

Udbuddet omfatter kørsel i følgende kørselsordninger:

- Siddende patientbefordring for Region Midtjylland og Region Syddanmark
- Den individuelle handicapkørsel for kommunerne
- Kommunal visiteret kørsel, f.eks. kørsel til læge, genoptræning, dagcentre, transport af folkeskoleelever og specialkørsel
- Åben kørsel for kommunerne, dvs. Flextur og Flexbus/teletaxikørsel i Midttrafik og Sydtrafiks område, samt telekørsel på Fyn.

Den individuelle handicapkørsel udføres for alle kommuner.

...

Kørslen foretages i Region Syddanmark og Region Midtjylland, og der kan forekomme kørsel til det øvrige Danmark samt Tyskland og Sverige.

...

Nærmere beskrivelse af de enkelte kørselsordninger følger herunder:

2.2.1 Den siddende patientbefordring

...

2.2.2 Den individuelle handicapkørsel (handicapkørselsordningen)

...

2.2.3 Kommunal visiteret kørsel

...

2.2.3.1 Specialkørsel (*Kun for vogne med kontrakt/hjemsted hos FynBus*)

...

2.2.4 Åben kørsel (Flextur, Flexbus, teletaxi, telekørsel m v.)

..."

Af udbudsbetingelsernes punkt 13 fremgår bl.a.:

”13 Tildeling

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

Kravene til de enkelte garantivogne, såsom tidspunkt for rådighed står beskrevet i bilag A.

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

Tildelingspris beregnes som driftstimepris x antal garanti-/rådighedstimer i den periode, som kontrakten potentielt kan løbe over, dvs. 4 år inkl. option for forlængelse. Det samlede antal timer pr. garantivogn fremgår af Bilag A. Tildelingsprisen er derfor udtryk for den maksimalt opnåelige indtægt på den givne garantivogn, hvis såvel rådighedstimer og kontraktforlængelse bliver fuldt udnyttet.

Der vil blive tildelt kontrakt til den tilbudsgiver, der har afgivet den samlede laveste tildelingspris 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.

...

13.1 Underretning om tildeling

Efter udløbet af tilbudsfristen,... ,vil udbyder via Ethics sende underretning om tildeling til alle tilbudsgivere.

Underretningen vil indeholde følgende oplysninger om de vindende tilbud:

- Garantivogn nummer
- Tilbudsgiver
- Tilbudt timepris
- Antal udbudte timer
- Tildelingspris

Inden kontrakten kan indgås endeligt, skal kravene i afsnit 15.1 om obligatoriske oplysninger inden indgåelse af kontrakt være indfriet.

Samme oplysninger vil kunne offentliggøres til pressen.”

Som trafikelskaberne har anført, var det formentligt i vidt omfang de samme vogne, der blev tilbudt og anvendt til at køre FV6 kørsel og FG6 kørsel, og mindstekravene til vognenes indretning var identiske under de to udbud. Af § 22, stk. 1, stk. 3 og stk. 4, i kontrakten under FG6 udbuddet fremgår således i lighed med, hvad der var fastsat under FV6 udbuddet:

”§ 22 Vogntyper
Stk. 1

Kravene til vogntyperne er minimumskrav. Disse minimumskrav skal opfyldes af alle vogne af de pågældende typer i hele aftaleperioden, inkl. ved eventuelt udnyttelse af optionen på forlængelse.

Enhver garantivogn skal til vognkontrol hos udbyder inden opstart.

...

Stk. 3 - Vogntype 5

For vogntype 5 skal enhver fastspænding af kørestol/passagerer altid opfylde lovgivningens krav, herunder at kørestole og el-scootere fastspændes med 4-punkts strop- eller sele- bespænding fastgjort til vognbunden. Der skal være mindst fire skinner i gulvet til fastspænding af kørestole. Derudover skal alle kunder og ledsagere inkl. kørestolsbrugere fastspændes med 3-punkts sikkerhedssele. Der skal være vandret justeringsmulighed for 3-punktsele i loftet.

I vognene skal findes en seleforlængelser på minimum 60 cm.

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. Såvel sæder som kørestole skal placeres fremadrettet.

Liftpladen skal have en størrelse på minimum 135 cm x 85 cm (længde x bredde). Liftens flader skal være skridsikre i både våd og tør tilstand. Der skal være automatisk afkørselsstop på liften. Døråbningen, hvor liften er monteret, skal have en størrelse på minimum 170 cm x 85 cm (højde x bredde). Afstanden mellem loft og gulv skal være mindst 180 cm.

Liften skal have en typegodkendt bæreevne på minimum 500 kg.

På indvendig side af sidedøren skal der på begge sider være lodrette håndtag eller -holdestænger til hjælp ved ind- og udstigning.

Alle vogne af denne type skal medbringe transportstol. Kunder må *ikke* befordres siddende i en transportstol. Transportstolen er kun beregnet til transport af kunden til og fra vognen. Transportstol skal være udstyret med fodstøtte, som skal kunne benyttes af gangbesværede personer. Stolen skal kunne bære en personvægt på minimum 140 kg.

Der må ikke indsættes busser (M2 og M3).

Særligt for vogne med hjemsted på Ærø (FynBus område)

Der skal være plads til mindst seks siddepladser til passagerer og to kørestole.

Stk. 4 - Vogntype 6

Vogntypen skal opfylde samme krav som til type 5. Derudover skal vognen være udstyret med en trappemaskine med automatisk driftsbremse, der opfylder kravene i Arbejdstilsynets bekendtgørelse om indretning af tekniske hjælpemidler. Trappemaskinen skal være indrettet til at kunne betjene manuelle kørestole med maksimal længde på 120 cm og hjulbredde fra 37 til 63 cm samt en vægtkapacitet på minimum 150 kg inklusiv både bruger og kørestol.

Transportstol skal kunne anvendes på trappemaskine.

Kørestolskunder skal, hvor der er mere end et trin, transporteres i en trappemaskine.

Kunden skal ved transport med trappemaskine være fastspændt til kørestolen, hvorfor der skal være en sele til rådighed til formålet.

Trappemaskinen skal kunne anvendes på trapper med trindybde ned til og med 11 cm og trindhøjder på op til og med 20 cm. Trappemaskinen skal med påmonteret kørestol kunne dreje 180 grader på repos med en udvendig radius på ned til 120 cm.

Der skal, i vognen, forefindes et ekstra driftsbatteri til trappemaskinen, som akut skal kunne udskiftes med batteriet, der sidder i trappemaskinen, hvis dette løber tør for strøm.

Udbyder påtager sig ikke at transportere elektriske kørestole på trapper. Desuden er nogle kunder med andre ganghjulshjælpemidler ikke i stand til at passere trapper med chaufførstøtte. Der skal i stedet tilbydes transportstol og trappemaskine.”

Øens Taxa, der har hjemsted på Ærø, og som dagligt udførte kørsel mellem Ærø og Odense Universitets Hospital, afgav den 16. august 2018 tilbud på garantivogn nr. 2688. Det fremgår af tilbuddet, at det omfattede 1 garantivogn af ”Type 5+6”. Den tilbudte driftstimepris var 349 kr.

Øens Taxa fik den 14. september 2018 meddelelse om, hvilke virksomheder der var tildelt kontrakt. Det fremgår af en vedhæftet liste, at Vinderup Taxi ApS for garantivogn nr. 2688 havde tilbudt en driftstimepris på 302,70 kr. Øens Taxa opnåede således ikke kontrakt på kørsel med garantivogn nr. 2688, men konstaterede efter kontraktstart den 1. marts 2019, at Vinderup

Taxi ApS foretog kørslen i en vogn, der ikke opfyldte minimumskravene til vogntype 5.

Øens Taxa havde tillige afgivet tilbud under det udbud, der vedrørte ”FV6-Flexvariabel”, og havde her opnået kontrakt.

Som det fremgår af klagenævnets kendelse af 19. maj 2020, havde klageren i sagen vedrørende FV6 udbuddet, Alsvognen I/S, ved e-mail af 26. juli 2019 rettet henvendelse til trafikselskaberne således:

”Efter nu små 4 måneder under FG6/FV6 kan vi desværre konstatere at der stadigvæk benyttes liftvogne af typen Fiat Ducato 33 (MAXI) L2H2 til kørsel som vogntype 5 og 6. dette gælder både standard og MAXI modellerne.

Dette undrer mig, da der i udbudsmaterialet og rammeaftalen §19 stk. 1 samt §20 (FV6) og §21 stk. 1 samt §22 (FG6) klart fremgår, at der skal være plads til 2 kørestole af 145x80cm; +30cm mellem kørestolene; samt 5 fremadrettede sæder, som alle skal kunne benyttes samtidigt. I alt 7 personer.

[...]

Trafikselskaberne besvarede den 22. august 2019 mailen således:

”[...] kravene til maksimal kørestolsstørrelse, som skal kunne befordres, og antallet af kørestolspladser ikke er direkte sammenkoblede, hvilket er understøttet af trafikselskabernes praksis. Det kan derfor ikke konkluderes, at der skal være plads til to kørestole af den maksimale størrelse på samme tid.

...

Som tidligere skrevet har Trafikselskaberne valgt at justere vognkapacitetsindstillingerne, så der i de biler, der ikke kan opfylde målene, kun kan komme én stor kørestol eller to almindelige med, og dermed overholdes kravene i aftalerne.

Trafikselskaberne agter ikke at ophæve kontrakter med vognmænd på denne baggrund og har på nuværende tidspunkt ikke yderligere at tilføje.”

Som det fremgår af kendelsen af 19. maj 2020, blev justeringen ikke meldt ud til kontrakthaverne.

Da Øens Taxa kunne konstatere, at virksomhedens variable kørsel var faldet med omkring 80 %, rettede Øens Taxa den 3. september 2019 henvendelse til trafikskaberne således:

”Jeg vil hermed som vognmand og tilbudsgiver på FG6, gerne anmelde vogn 2688 fra Vinderup Taxi ApS, og anmode om en vognkontrol, da jeg finder at vognen måske ikke overholder minimumskravene i henhold til rammeaftalen med Fynbus.

Årsagen er at jeg med kørsel af flexkunder gang på gang har oplevet at kunderne klager over manglende plads når der er kørestole med (ved to kørestole er det helt uholdbart fortæller kunderne) – ingen håndtag/stæn-ger ved ind og udstigning og ingen ordentlig fastspænding i gulvet.

Disse ting er nævnt specifikt i rammeaftalen som minimumskrav, og såfremt disse vogne ikke opfylder kravene, er det direkte konkurrencefor-vidende når andre vognmænd har investeret i væsentlig dyrere materiel for at opfylde kravene.

...”

FynBus besvarede henvendelsen den 13. september 2019. Det er Øens Taxas opfattelse, at besvarelsen og den efterfølgende korrespondance vedrører såvel FV6 som FG6 udbuddet. Det er trafikskaberne opfattelse, at den alene omfatter FV6 udbuddet. Svaret af 13. september 2019 lød:

”FynBus modtog den 5. september 2019 tre henvendelser fra dig. Du får her en samlet tilbagemelding på dine henvendelser.

...

Du har herudover gjort opmærksom på, at du anser vogn 2460 for ikke at overholde kravene i udbudsmaterialet i forhold til pladsen i bilen.

Trafikskaberne ... er tidligere blevet gjort opmærksom på problemstillingen om manglende plads, og har i den forbindelse konstateret, at der kan være et problem med plads, hvis nogle biler har to store kørestole med samtidig.

Trafikskaberne har på baggrund af den forsyningsmæssige forpligtigelse ikke mulighed for at lukke samtlige vogne, der er for små til at køre med to store kørestole samtidig, da det ville betyde, at hovedparten af kørslen med vogntype 5 og 6 må indstilles.

Trafikselskaberne har derfor valgt i stedet, at justere vognkapacitetsindstillingerne, så der i de biler, der ikke er store nok, kun kan komme én stor kørestol med eller to almindelige. De enkelte vogne, som opfylder pladskravene vil stadig kunne køre med to store kørestole.

Trafikselskaberne vil snarest muligt lave en generel udmelding, hvor den ændrede procedure beskrives.

...”

Den 17. september 2019 skrev Øens Taxa til Fynbus:

”...

Svaret på det næste punkt vedr. vognkravene, er jo direkte skræmmende, da jeg jo så kan forstå det sådan, at Trafikselskaberne fuldstændig ser bort fra deres egne minimumskrav som vognmændene har givet tilbud efter, da de åbenbart vil forsøge at lovliggøre disse forhold, fordi der er for mange vogne der ikke overholder kravene.

Dette svarer jo til at såfremt der er nok vognmænd der bliver enige om ikke at overholde gældende overenskomster, så må Trafikselskaberne jo bare acceptere dette.

Dette er jo totalt utilstedeligt og i strid med konkurrencereglerne, da vi alle har budt efter de samme regler, men da der åbenbart er for mange der ikke kan overholde disse regler, skal det bare lovliggøres. Jeg vil bare sige at havde jeg vidst at jeg kunne nøjes med en vogn til kr. 250.000 i stedet for en vogn til kr. 500.000, havde mit bud jo nok været noget lavere, så jeg er givetvis gået glip af kørslen med garantibilen på Ærø, så det holder jo slet ikke. Trafikselskaberne kan i bund og grund jo bare forlange at vognmændene overholder kravene, selvfølgelig med en fornuftig tidsfrist for dette på f. eks. 1-3 måneder.

Der er da nok andre større og mindre overtrædelser hvor vognmændene bliver pålagt bod og bliver pålagt at overholde betingelserne, men det er så åbenbart ikke når det er nogle meget væsentlige forhold som dette.

Jeg ved ikke hvad compensationen for Trafikselskabernes overtrædelse af egne regler skal være, men det vil da givetvis være anselige beløb vi taler om, såfremt der skal være lidt rimelighed i tingene.

Jeg har simpelthen heller ikke fantasi til at forestille mig at hverken Regionerne eller Konkurrencestyrelsen vil acceptere dette, da det jo er dybt konkurrenceforvridende overfor de vognmænd der overholder reglerne...”

Fynbus’ direktør, Carsten Hyldborg Jensen, besvarede henvendelsen således:

”Som opfølgning på vores telefonsamtale, er det undersøgt om du skulle have et erstatningskrav mod FynBus i forhold til de stillede vognkrav.

Ved de seneste udbud af flexkørsel, der blev offentliggjort henholdsvis den 13. august 2018, har FynBus stillet nye krav til muligheden for plads til kørestole i bilen, hvilket har medført at en del biler ikke overholder kravene.

FynBus er opmærksom på problematikken, men har som tidligere oplyst vurderet, at det på baggrund af den forsyningsmæssig forpligtigelse ikke er muligt at lukke samtlige vogne, der er for små til at køre med to store kørestole samtidig, da det ville betyde, at hovedparten af kørslen med vogntype 5 og 6 må indstilles.

Trafikselskaberne har derfor valgt i stedet, at justere vognkapacitetsindstillingerne, så der i de biler, der ikke er store nok, kun kan komme én stor kørestol med eller to almindelige. De enkelte vogne, som opfylder pladskravene vil stadig kunne køre med to store kørestole.

Det køretøj som Øens Taxa har tilknyttet det variable bud med hjemsted på Ærø har registreringsnummer: AL 99.140

På Skats hjemmeside fremgår, at køretøjet er registreret 3. oktober 2016 samt at den sidste ændring er foretaget samme dato. Bilen har derfor været indregistreret til Øens Taxa siden 3. oktober 2016.

Eftersom udbuddet af FV6 blev offentliggjort den 13. august 2018, er bilen ikke købt med henblik på at opfylde kravene i det seneste udbud. Bilen er købt i 2016, hvilket har været midtvejs i kontraktperioden FV4. Der var ikke stillet krav af denne karakter i dette udbud.

På den baggrund er det vurderet, at du ikke har et krav på erstatning fra FynBus.

Til orientering kan det oplyses, din bil - en Mercedes Sprinter 316 CDI Standard, har maksimalt internt mål på 3.365 mm. For at leve op til de krav, der er stillet i FV6, burde vognen have et internt mål på minimum 4.300 mm.

FynBus vurderer på den baggrund, at din bil, i lighed med mange andre biler, ikke lever op til de stillede krav i FV6.

Derudover nævnte du, at du finder det urimeligt at Vinderup Taxi kører variabel kørsel for Ærø Kommune samtidig med at selskabet har kontrakten om kommunalt garanteret taxikørsel.

FynBus er helt enig i at det ikke er tilladt at medtage flere passagerer på samme tur, som henholdsvis taxikunde og kunde i flextrafik. Det har Fyn-Bus gjort Vinderup Taxi opmærksom på.

....”

Den 19. maj 2020 afsagde Klagenævnet for Udbud som anført ovenfor kendelse i sagen Alsvognen I/S mod FynBus, Midttrafik & Sydtrafik, som vedrørte FV6 udbuddet. Som det fremgår af kendelsen, var bl.a. Øens Taxa indtrådt i sagen som intervenient til støtte for Alsvognen I/S. Øens Taxas indlæg i sagen havde følgende ordlyd:

”Undertegnede Øens Taxa v/Paul Erik Düring Pedersen, Tværvej 6, 5970 Ærøskøbing, skal hermed understøtte Alsvognens påstand, idet jeg har oplevet nøjagtigt det samme, og oven i købet både med en garantivogn og en variabel vogn.

Garantivognen fik jeg ikke tildelt, da jeg var en anelse dyrere end det vindende bud, men kunne så efterfølgende konstatere at kørslen bliver udført i en vogn der ikke overholder vognkravene i udbuddet, fordi det er en vogn der kun koster det halve i indkøb og er væsentligt billigere i drift.

Havde jeg vidst at disse vogne ville blive godkendt, havde mit bud jo været helt anderledes.

Dette betyder en mistet omsætning på ca. kr. 800.000 pr. år.

Med hensyn til den variable vogn, er det samme problemstilling som Alsvognen har, nemlig at vi på grund af vores højere pris får tildelt væsentligt færre ture, men vores pris er jo netop afgivet med tanke på at vi skal bruge dyrere biler der opfylder vognkravene i udbuddet.

Jeg har selvfølgelig også klaget over dette voldsomme brud fra Fynbus side, men har også bare fået at vide at de ville fastholde fravigelsen af vognkravene i udbuddet, selvom det i meget væsentligt omfang ændrer udbuddet.

Jeg er bare i den uheldige situation, at jeg netop p.g.a. at jeg ikke fik tildelt en garantivogn og har mistet omkring 80% af min tidligere variable kørsel, ikke har økonomiske muligheder for at føre en sag ved domstolene.”

Præmisserne i klagenævnets kendelse af 19. maj 2020 lyder:

”Rammeaftalens krav til vogntyper er mindstekrav, således også kravet om, at vogne af vogntype 5 og 6 skal være ”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.”

Som udtrykkeligt anført i brevet af 20. november 2019 besluttede trafikselskaberne i august 2019 at frafalde kravet om, at ”der skal være plads til to store kørestole” i vogntyperne 5 og 6 efter gennem korrespondance med Alsvognen at være blevet gjort opmærksom på problemerne med og konsekvenserne af kravets manglende opfyldelse. Trafikselskaberne tildelte herefter løbende kørselsopgaver – og havde efter det oplyste, jf. oplysningerne om håndteringen i Planetsystemet, også før kravet direkte blev frafaldet, i et vist omfang løbende tildelt kørselsopgaver – med vogntyperne 5 og 6 til leverandører, som ikke opfyldte mindstekravet.

Som sagen er oplyst, vil overholdelse af mindstekravet have medført mer-omkostninger ved anskaffelse og drift af vognene, og tilbud på vogne, som overholder mindstekravet, herunder Alsvognens, må derfor antages at have været mindre konkurrencedygtige ved tildeling af ture i Planetsystemet i forhold til tilbud på vogne, som ikke overholder mindstekravet. Dette støttes i høj grad tillige af indlæggene fra de to virksomheder, som er indtrådt i sagen til støtte for Alsvognen, og som i øvrigt også efter det oplyste tidligere uden resultat har rettet henvendelse til trafikselskaberne. Desuden må mindstekravet anses for egnet til at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud, og der er ikke grundlag for at fastslå, at dette på trods heraf ikke var tilfældet. Der er således tale om en væsentlig ændring, der dels ”indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren”, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stykke 4, litra a, dels ”ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for”, jf. artikel 89, stk. 4, litra b. Sådanne ændringer kan ikke finde sted uden nyt udbud, jf. artikel 89, stk. 5.

Da trafikselskaberne ikke har udbudt VT5 og VT6 kørslerne på ny, er de kørsler, der er tildelt efter frafaldet af mindstekravet, tildelt direkte i strid med udbudsreglerne.

Trafikselskaberne har ud fra forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, om værdien af tilladte ændringer argumenteret med, at selskaberne må ”antages at kunne have tildelt de pågældende ture med to store

kørestole som direkte tildelinger uden at have ændret kontrakterne”. Dette er imidlertid efter klagenævnets opfattelse udtryk for en misforståelse. Det er således *alle* rammeaftaler om kørsler med VT5 og VT6, som er ændret i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet, og *alle* tildelinger af kørsler under disse rammeaftaler er herefter sket som direkte tildelinger. At mindstekravet – i betragtning af det oplyste om behovet for kørsler med to store kørestole – muligt er uhensigtsmæssigt eller unødvendigt ændrer ikke på, at kravet har skullet overholdes af alle tilbudsgiverne, jf. herved også præmis 40 i EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, Manova A/S, hvorefter det ”påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat.”

Endelig kan trafikkselskabernes synspunkt om, at ændringen ville kunne rummes af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c, ikke over for det, der er anført ovenfor, føre til et andet resultat.

Trafikkselskaberne har således ved at frafalde mindstekravet om pladskrav til vogn typerne 5 og 6 uden at iværksætte nyt udbud fortaget en væsentlig ændring af rammeaftalen i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5.

At trafikkselskaberne – i strid med det, selskaberne havde angivet i e-mailet af 16. august 2019 – alene udtrykkeligt har orienteret den kontrakt-part, nemlig Alsvognen, som vedholdende satte spørgsmålstejn ved de løbende kørselstildelinger, og ikke de øvrige kontraktindehavere, endsige de intervenerende virksomheder og øvrige indehavere af kontrakt med vogne, der opfylder mindstekravene, om ændringen i den rammeaftale, som kørselstildelingerne hvilede på, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstand 1 tages derfor til følge.

Påstand 3

Den oprindelige rammeaftale er udtrykkeligt ændret i august 2019 på en måde, der efter det, som klagenævnet har fastslået vedrørende påstand 1, ikke kunne ske uden fornyet udbud, og de fortsatte kørselstildelinger gennem Planetsystemet er som fastslået alle direkte tildelinger.

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, at kontrakter, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal erklæres for uden virkning, hvis ordregiveren i strid med EU-udbudsreglerne har indgået kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. dog § 4. Der er tale om en lovbundet sanktion, som følger direkte af kontroldirektivet, og som i givet fald skal pålægges også uden,

at der er nedlagt påstand herom. Trafikselskabernes henvisning til lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., er derfor uden betydning.

Trafikselskaberne har ikke offentliggjort en bekendtgørelse i overensstemmelse med lov om Klagenævnet for Udbud § 4 om den foretagne ændring, der indebærer direkte tildeling, og den ændrede rammeaftale angående kørsler med vogntype 5 og 6 skal derfor erklæres for uden virkning.

Efter lovens § 17, stk. 3, kan en kontrakt, der skal erklæres for uden virkning efter § 17, stk. 1, opretholdes, hvis væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning. Trafikselskaberne har ikke anført hensyn til støtte herfor, men har til støtte for, at en interesseafvejning i forbindelse med stillingtagen til anmodningen om opsættende virkning skulle falde ud til fordel for trafikselskaberne, anført, at der ikke i den foreliggende sag er grundlag for at fravige betragtningen om, at der gælder tungtvejende samfundsmæssige hensyn på forsyningsvirksomhedsområdet. De 13 biler, som opfylder mindstekravet, vil ikke på nogen måde kunne opfylde det samlede behov i Region Midt og i Region Syddanmark for transport af kørestolsbrugere. De pågældende brugere vil i vidt omfang blive afskåret fra at blive kørt til behandling i sundhedssektoren og til sociale arrangementer. Det vil for brugerne medføre ændrede og mere komplekse sygdomsbilleder på grund af udskydelsen af planlagte procedurer og en yderlig forværring for de brugere, hvis behandling på grund af den nuværende coronakrise allerede er udsat.

Klagenævnet finder imidlertid, at disse hensyn ikke i tilstrækkelig grad giver grundlag for ikke at erklære rammeaftalen for uden virkning.

Den ændrede kontrakt skal efter lovens § 18, stk. 1, erklæres for uden virkning for fremtiden. Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt rammeaftalen skal erklæres for uden virkning, har klagenævnet lagt vægt på hensynet til trafikselskabernes mulighed for at tilrettelægge og gennemføre nyt udbud, hvorved de hensyn, som er beskrevet ovenfor, findes tilstrækkeligt varetaget. Den ændrede rammeaftale om kørsel med vogntype 5 og 6 erklæres herefter for uden virkning fra og med den 1. august 2020.

Efter lovens § 18, stk. 2, nr. 3, skal der herefter fastsættes en alternativ sanktion. Under hensyn til overtrædelsens karakter og til, hvor stor en del af den ændrede rammeaftale der opretholdes, fastsættes den økonomiske sanktion til 3 mio. kr., jf. forarbejderne til lovens § 19, stk. 1-3. Klagenævnet har taget udgangspunkt i den anslåede værdi af den del af den ændrede rammeaftale, som tillades opretholdt, dvs. fra den 16. august 2019 til den 1. august 2020, set i forhold til værdien af aftalen i dens

ordinære løbetid (uden optioner) frem til den 1. marts 2021, og de oplyste omsætningstal. Klagenævnet har herefter – under hensyn til trafikskaberens oplysning om aktivitets-nedgang under coronakrisen – nedrundet beløbet.

Beløbet skal betales til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, jf. § 19, stk. 4.

Påstand 2

Da rammeaftaler angående kørsel med vogntype 5 og 6 erklæres for uden virkning, er der ikke anledning til at tage stilling til påstand 2.”

Den 28. maj 2020 skrev Øens Taxa på ny til FynBus således:

”I forlængelse af kendelsen som Klagenævnet for Udbud er kommet med i forbindelse med udbuddet FV6, forventer jeg hermed at få tildelt garantivognen 2688, som jo på et fejlagtigt grundlag er tildelt Vinderup Taxi ApS.

Jeg skal blot vide om det er noget det foregår automatisk og i mindelighed, eller om dette også skal over Klagenævnet for Udbud, da det jo er de samme forhold der gør sig gældende her som under FV6.

Her har Fynbus blot en mulighed for at få rettet op på tingene i mindelighed.”

Den 11. juni 2020 rykkede Øens Taxa for svar på henvendelsen.

”Jeg er ked af at rykke for svar angående mine tidligere skrivelser, men nu er der gået 14 dage uden svar, og jeg er derfor nødsaget til eksempelvis at få et svar på mit krav om tildeling af garantivognen på Ærø, eller om der kommer, en for mig acceptabel løsning, eller om jeg er nødsaget til at sende sagen videre til [Klagenævnet] for Udbud.

Jeg er godt nok orienteret om at [klagenævnet] er i stand til meget hurtigt at kunne komme med en afgørelse, da det jo i princippet er nøjagtigt de samme forhold der gør sig gældende som ved afgørelsen omkring det variable udbud.

...

Der ønskes også svar på om Fynbus har et udspil omkring mit erstatningskrav efter kendelsen fra [klagenævnet], da jeg i lighed med Alsvognen I/S kan dokumentere at min vogn overholder kravene som angivet i ud-

buddet. Dette gælder f. eks. både 2 store kørestole i forlængelse af hinanden som jeg jo jævnligt har haft. Eksempelvis en stor el-kørestol samtidig med en kørestol med ”strakt ben”.

Jeg har også mange gange haft to kørestole ved siden af hinanden eller forskudt, og uden problemer. Jeg kan også opmåle længden til 352 cm.

Denne vogntype (Sprinter 316, har jo også igennem flere år været godkendt som særdeles velegnet p.g.a størrelsen, indstigning, højde, komfort m.v.

Som sagt ønsker jeg oplyst om Fynbus kommer med et udspil, eller om jeg selv skal fremkomme med et erstatningskrav.

Endvidere ønskes svar på hvornår man forventer at komme med en orientering til vognmændene omkring kendelsen fra [Klagenævnet] for Udbud, og hvilke konsekvenser det vil få når alle kontrakter bortfalder 1. august.”

Den 14. juni 2020 besvarede Fynbus henvendelsen således:

”...

Ad brev 3

FynBus forventer, at kunne give dig svar dit spørgsmål vedr. garantivogn 2688 i løbet af den næste uge.

Ad brev 4:

Trafikselskaberne, Midttrafik, Sydtrafik og FynBus, har besluttet at kendelsen vedr. de variable rammeaftaler ikke skal ankes. Som konsekvens heraf, skal alle rammeaftaler om FV6, der omfatter vogntype 5 og 6 genudbydes. Dette er meddelt alle vognmænd den 12. juni 2020.”

Den 15. juni 2020 skrev Øens Taxa til FynBus således:

”Ad brev 3:

Tak for svaret, som var lige ved at komme for sent, da materialet lå klar til afsendelse til [Klagenævnet] for Udbud, og med orientering om dette til både de to andre Trafikselskaber samt samtlige Regionsrådsmedlemmer.

Det glæder mig at Fynbus ser på en fornuftig løsning, men husk på at den eneste måde at mine chauffører får deres arbejde igen, er ved min retmæssige tildeling af vogn 2688. Kompensation for tiden fra den 1. marts 19 og indtil dato, må vi så indlede en dialog om senere.

Ad brev 4.
Svaret er OK.

Som forespurgt i min rykker fra den 11/6-20, ønsker jeg stadig svar på hvorvidt Fynbus vil fremkomme med et oplæg omkring erstatning på tab angående mistet omsætning på den variable vogn, eller om jeg skal fremkomme med et krav.”

Den 23. juni 2020 rykkede Øens Taxa for svar.

Samme dag skrev FynBus således til Øens Taxa:

”...

Ad brev 3:

Besked til vognmænd, der har kontrakter om garantikørsel med vogn-type 5 og 6, om konsekvenser af Klagenævnet for Udbuds kendelse, forventes at udgå i dag.

Ad brev 4:

I forhold til evt. erstatning, bedes du først dokumentere at den vogn, der er registreret i udbudsportalen, er *"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."*, jf. kontraktens § § 20 stk. 4 og 5.

Dokumentation skal ske ved fremsendelse af:

- kopi af originale fabriksangivelser af maximale indvendige mål for den konkrete vogn/model, der anvendes til den variable kørsel
- kopi af registreringsattest samt
- kopi af købs- eller leasingdokument hvor model (længde) på den pågældende vogn fremgår

FynBus vil efter modtagelse af dokumentationen, tage stilling til evt. erstatning.”

Ligeledes den 23. juni 2020 skrev FynBus til de vognmænd, med hvem trafikelskaberne havde indgået FG6 kontrakt om kørsel med vogne af type 5 og 6, således:

”...

Trafikselskaberne Sydtrafik, Midttrafik og FynBus offentliggjorde i august 2018 rammeaftaler vedr. variabel kørsel, FV6, med ikrafttræden 1. marts 2019.

For vogntype 5 og 6 var det et krav i rammeaftalens § 20, stk. 4 og 5, at de skulle være "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."

En vognmand klagede i april 2020 til Klagenævnet for Udbud (Klagenævnet) med påstand om, at Trafikselskaberne havde overtrådt udbudsreglerne ved at ændre i et mindstekrav til vogntype 5 og 6 vogne. I kendelse af 19. maj 2020 slår Klagenævnet for Udbud fast, at Trafikselskaberne i rammeaftaler om variabel kørsel har frafaldet et ellers ufravigeligt krav om samtidig plads til to kørestole af den maksimale størrelse i vogntype 5 og 6.

Klagenævnet for Udbud pålagde derefter trafikselskaberne at ophæve alle rammeaftaler, der omfatter vogntype 5 og 6, i FV6, med virkning fra 1. august 2020. Dette blev meddelt alle relevante vognmænd den 12. juni 2020. Variabel kørsel med vogntype 5 og 6 blev udbudt den 14. juni 2020.

Da Klagenævnet for Udbud nu har fastslået, hvilket krav til kørestole, der gælder for vogntyperne 5 og 6, får kendelsen også betydning for indgåede kontrakter om garantikørsel.

Trafikselskaberne vil på den baggrund nærmere undersøge hvilke vogne, der lever op til det stillede mindstekrav til vogntype 5 og 6. Du/I bedes derfor dokumentere at den vogn, der er registreret i udbudsportalen, er "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."

Dokumentation skal ske ved fremsendelse af:

- kopi af originale fabriksangivelser af maximale indvendige mål for den konkrete vogn/model, der anvendes til garantikørsel,
- kopi af registreringsattest samt
- kopi af købs- eller leasingdokument, hvor model (længde) på den pågældende vogn fremgår

Dokumentation skal være Midttrafik/Sydtrafik/FynBus i hænde senest onsdag den 8. juli 2020 kl. 12.00 ved fremsendelse til supervisor@fynbus.dk.

Hvis vognen ikke overholder de stillede mindstekrav, er det muligt at udskifte den nuværende vogn med en vogn, der lever op til mindstekravene. Vognen skal kunne anvendes til kørslen senest den 31. oktober 2020.

Dokumentation skal ske ved fremsendelse af:

- kopi af originale fabriksangivelser af maximale indvendige mål for den konkrete vogn/model, der anvendes til garantikørsel,
- kopi af registreringsattest
- kopi af købs- eller leasingdokument, hvor model (længde) på den pågældende vogn fremgår

Dokumentation for, at vognen lever op til mindstekravet, at den vil være til rådighed for kørsel senest den 31. oktober 2020 samt oplysning om, hvornår vognen vil være til rådighed, skal være trafikselskaberne i hænde senest onsdag den 8. juli 2020 kl. 12.00 ved fremsendelse til supervisor@fynbus.dk.

Trafikselskaberne skal præcisere, at kommende udbud ikke vil indeholde det mindstekrav til vogntype 5 og 6, som denne sag omfatter.

Hvis der ikke fremsendes dokumentation for vogne, der lever op til mindstekravet, som beskrevet ovenfor, senest den 8. juli 2020 kl. 12.00, må det forventes, at kontrakten vil blive ophævet med ophør den 1. november 2020. Sidste driftsdag vil således være den 31. oktober 2020. Der vil efterfølgende blive fremsendt særskilt mail om dette.

Garantikørsel med vogntype 5 og 6 vogne, for perioden 1. november 2020 - 28. februar 2023, vil blive udbudt kort efter den 8. juli 2020.

Udbuddet vil tillige omfatte garantikørsel for perioden 1. marts 2021 - 28. februar 2023.

Trafikselskaberne beklager denne sag og de gener, det medfører for jer.
..."

Efter det, der er oplyst i svarskriftet, gennemførte trafikselskaberne en undersøgelse, der bl.a. indebar en kontrol af 202 stk. FG6 vogne og resulterede i, at kun 3 af disse blev godkendt, herunder én betinget.

Den 25. juni 2020 skrev FynBus således til Øens Taxa:

”...

Som oplyst i mail af 23. juni 2020, er alle vognmænd med kontrakter om garantikørsel, vogntype 5 og 6, nu orienteret om konsekvenserne af Klagenævnet for Udbuds kendelse.

Til din orientering er processen denne:

- Vognmanden skal dokumentere, at den vogn, der er registreret i udbudsportalen, lever op til de krav til længde m.m., der fremgår af kontrakten.
Når dette er dokumenteret, vil kontrakten fortsætte frem til 29. februar 2021.
- Vognmanden kan vælge at skifte til en vogn, der lever op til de krav, der fremgår af kontrakten. Derefter vil kontrakten fortsætte frem til 29. februar 2021.
- Alle øvrige kontrakter om vogntype 5 og 6 ophæves.
- Der gennemføres et udbud for vogntype 5 og 6 med kontraktstart 1. november 2020, for de vogne der blev ophævet.

Til orientering vil udbuddet tillige omfatte al' garantikørsel for perioden 1. marts 2021- 28. februar 2023.

På den baggrund må vi meddele, at du ikke vil blive tildelt garantivognen 2688.

Jeg håber du hermed fået svar på alle dine spørgsmål. Ellers er du velkommen til at kontakte FynBus igen.”

Ligeledes den 25. juni 2020 modtog Øens Taxa følgende meddelelse fra FynBus:

”Ja, du er meget velkommen til at byde på genudbuddet.

Til din orientering, er vognmænd der i dag har kontrakt om garantikørsel med en vogntype 5 eller 6, orienteret om, at nuværende krav til længde m.m., ikke vil blive stillet i det kommende udbud.”

Trafikselskaberne ophævede herefter den 13. juli 2020 efter det, der er oplyst i svarskriftet, kontrakterne vedrørende kørsel med vogne, som ikke opfyldte mindstekravet, eksempelvis således:

”Ophævelse af kontrakt om FG6 – FlexGaranti

Trafikselskaberne Midttrafik, Sydtrafik og FynBus har nu afsluttet kontrol af alle vogne af vogntype 5 og 6 med henblik på overholdelse af kravet om, at vognene skal være "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."

På baggrund af fremsendt dokumentation samt vognkontrol kan trafikselskaberne ikke godkende følgende af dine vogne af vogntype 5 og 6:

- Vognløb 2606
- Vognløb 2609
- Vognløb 2610
- Vognløb 2617
- Vognløb 2628
- Vognløb 2630
- Vognløb 2677
- Vognløb 2678
- Vognløb 2679

Idet dine vogne ikke opfylder pladskravet, ophæves din kontrakt, jf. kontraktens § 31, pr. 31. oktober 2020.

Trafikselskaberne skal præcisere, at kommende udbud ikke vil indeholde det mindstekrav til vogntype 5 og 6,

..."

Til brug for klagenævnets henvendelser til kontraktagerne med oplysning om muligheden for intervention, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5, fremsendte trafikselskaberne en liste over de vognmænd, med hvem der var indgået FG6 kontrakter. Det fremgår af listen, at Munkebo Taxi og Vinderup Taxi ApS var blevet tildelt kontrakter i såvel området for FynBus som områderne for Midttrafik og Sydtrafik. På klagenævnets forespørgsel oplyste trafikselskaberne, at 3 kontrakter med Munkebo Taxi og Vinderup Taxi ApS vedrørende VT5 og VT6 kørsel ikke er ophævet, og at dette skyldes, at bilerne på disse kontrakter opfylder kravene til VT5 og VT6. På yderligere forespørgsel oplyste trafikselskaberne, der samtidig på opfordring fremsendte Vinderup Taxi ApS' tilbud, den 28. september 2020 således:

..."

Hvor mange vogne af type 5 eller 6 har Munkebo Taxi og Vinderup Taxi ApS tilbudt? Opfyldte alle disse vogne mindstekravene?

Svar:

Munkebo Taxi havde kontrakt på 79 vogne. 14 stk. vogntype 5 og 65 stk. vogntype 6.

Heraf blev kun to godkendt til at fortsætte til kontraktslut den 28. februar 2021.

Vinderup Taxi havde kontrakt på 13 vogne. 4 stk. vogntype 5 og 9 stk. vogntype 6.

Heraf er en betinget godkendt til at forsætte til kontraktslut den 28. februar 2021.

...”

På klagenævnets forespørgsel oplyste trafikskaberne den 29. september 2020 herefter:

”Den betingede godkendelse relaterer sig til en vogn og ikke til et tilbud. Den betingede godkendte vogn var den vogn, der knyttede sig til vognløb 2688 og dermed til det tilbud, der blev fremsendt til klagenævnet den 28.9.2020.

At godkendelse var betinget betød, at den økonomiske aktør ville udskifte den mangelfulde vogn med en, der overholdt kravene og med opretholdelse af betingelsen indtil godkendelse af den nye vogn i en vognkontrol.”

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 138-340569 af 16. juli 2020 iværksatte trafikskaberne et nyt udbud, FG7, af en række delkontrakter om garanti-kørsel. Tilbudsfristen i dette udbud er den 24. august 2020 med forventet kontraktstart den 1. november 2020.

Trafikskaberne har den 11. september 2020 oplyst følgende om den anslåede værdi af den samlede garantikørsel (ørebeløbene udeladt her):

	Midttrafik	Sydtrafik	FynBus
Omsætning type 5 og 6 vogne i perioden 01.03.2019 - 10.09.2020	83.642.035	72.641.644	60.676.164
Forventet omsætning for type 5 og 6 vogne i perioden 11.09.2020 - 28.02.2021	24.504.103	19.789.884	15.323.236
Total	108.146.139	92.431.529	75.999.400

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Øens Taxa har gjort gældende, at trafikskaberne ved at frafalde mindstekravet om pladskrav til vogntyperne 5 og 6 uden at gennemføre et fornyet udbud i sin helhed har foretaget en væsentlig ændring af kontrakten i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt direktivets artikel 89, stk. 4, sammenholdt med stk. 5.

Kontraktens krav til vogntyper er mindstekrav, jf. kontraktens § 22, stk. 1.

Som tilkendegivet af trafikskaberne i svaret af 13. september 2019 valgte trafikskaberne at frafalde kravet, om ”at der skal være plads til to store kørestole” i forhold til vogntyperne 5 og 6. Trafikskaberne indgik derfor kontrakter om kørselsopgaver med vogntyperne 5 og 6 med leverandører, som ikke opfyldte mindstekravet. Frafaldet af mindstekravet i forhold til kontrakterne udgør en væsentlig ændring, idet ændringen forrykker grundlaget for konkurrencen og kontraktens økonomiske balance.

Trafikskaberne har – ved at frafalde mindstekravet – fået adgang til at indgå kontrakter med og tildele kontrakter til leverandører, som ikke opfyldte mindstekravet, og som derfor ikke kunne indgå kontrakterne, hvis ikke ændringen var sket.

Det betyder også, at Øens Taxa, som opfyldte mindstekravet, og som stod til at få tildelt en kontrakt på en garantivogn, ikke fik tildelt denne. For at leve op til mindstekravet indeholdt Øens Taxas tilbud nemlig en vogn, der både i indkøb og drift er væsentligt dyrere. Dette medførte, at Øens Taxas tilbudspriser var højere end tilbuddet fra den leverandør, der fik kontrakten.

Herudover betyder det også, at såfremt mindstekravet ikke var indgået i det oprindelige udbudsgrundlag for FG6, havde andre leverandører, som ikke opfyldte mindstekravet, tillige haft mulighed for at byde på opgaven.

Ved at foretage ændringer efter udbuddet har trafikskaberne således udelukket leverandører fra at deltage.

Herudover kan det konstateres, at trafikskaberne tidligt i aftaleperioden konstaterede, at mange af de øvrige leverandører ikke kunne overholde mindstekravet. Ved at frafalde mindstekravet tilgodeså trafikskaberne – i strid med de udbudsretlige principper – således de leverandører, der ikke opfyldte mindstekravet.

Trafikskaberne kunne allerede ved kontraktperiodens start have bortset fra de vogne, der ikke opfyldte mindstekravet, og evt. have givet de pågældende vognmænd mulighed for at udskifte deres vogne med vogne, der opfyldte mindstekravet. Men trafikskaberne valgte i stedet at frafalde mindstekravet.

Frafaldet af mindstekravet medførte en ændring af aftalens balance til fordel for de leverandører, der ikke levede op til mindstekravet.

Leverandørerne kunne herefter levere deres ydelser uden at investere i større og dyrere vogne, der opfyldte mindstekravet, hvorved disse leverandører opnår en væsentlig økonomisk fordel, som den oprindelige kontrakt ikke gav mulighed for.

Over for trafikskabernes synspunkt om, at der ikke har været nogen dialog med vognmændene i FG6 om lempelse af vognkrav, har Øens Taxa gjort gældende, at virksomheden netop den 3. september 2019 anmeldte Vinderup Taxi ApS, som kørte variabel flexkørsel på Ærø (vognløb 2460) samt garantivognen med vognløb 2688. Anmeldelsen angik udtrykkeligt den manglende overholdelse af minimumskravene til vogntype 5, og Øens Taxa anmodede om vognkontrol. FynBus' svar af 13. september 2019 er angiveligt et samlet svar på tre henvendelser af [5]. september 2019, nemlig anmeldelsen af garantivognen 2688, anmeldelsen af den variable vogn 2460 og anmeldelse om overtrædelse af arbejdsklausulen begået af Vinderup Taxi ApS, idet den sidste problemstilling ikke indgår i denne sag.

Fynsbus' direktør svarede herefter samlet under ét for de to anmeldelser vedrørende FV6 og FG6, da han jo så også åbenbart anser problemstillingen for den samme, hvilket er rimeligt nok, da vognkravene er de samme under begge udbud. Svaret kan ikke tolkes anderledes, end at det gælder både FV6 og FG6.

I svaret anfører FynBus' direktør, at trafikskaberne har valgt i stedet at justere vognkapacitetsindstillingerne, så der i de biler, der ikke er store nok, kun kan komme én stor kørestol med eller to almindelige. Det anføres også, at trafikskaberne snarest vil lave en generel udmelding, hvor den ændrede procedure beskrives.

Såfremt der ikke er en dialog om at lempe kravene til vognindretning, betyder det jo så også, at trafikskaberne accepterer, at de fleste vogne ikke opfylder kravene i udbudsmaterialet, og en accept af dette er det samme som en lempelse i praksis.

Trafikskaberne har gjort gældende, at man ikke har frafaldet krav, og at der ikke er sket nogen ændring af FG6 kontrakten. I FV6 sagen havde trafikskaberne over for enkelte vognmænd - så vidt ses 2 - ud af flere hundrede vognmænd (kontraktparter) oplyst, at man frafaldt de pågældende vognkrav om plads til to store kørestole. Man kan ikke af klagenævnets kendelse af 19. maj 2020 se, hvorledes klagenævnet når frem til, at denne ensidige meddelelse til en enkelt vognmand medførte en tilsvarende aftaleretlig virkning for de resterende flere hundrede vognmænd (kontraktparter) i FV6 sagen. Efter trafikskabernes opfattelse er klagenævnets præmisser uforenelige med den grundlæggende aftaleret.

Uanset om klagenævnets præmisser måtte være aftaleretligt bæredygtige eller ej, er der ikke noget grundlag for at anvende dem eller lignende betragtninger i denne sag, da trafikskaberne ikke har frafaldt dimensionskravene til vognene i FG6 sagen.

Trafikskaberne har fastholdt dimensionskravene over for FG6 vognmændene, hvilket for hovedparten af disse førte til ophævelse af de enkelte FG6 kontrakter. Der ikke har været nogen dialog med FG6 vognmændene om lempelse af dimensionskravene, og Øens Taxa har desuden ikke kontrakt på en garantivogn, men er i den sammenhæng en udenforstående tredjemand. Trafikskabernes svar af 13. september 2019 vedrører ikke garantibilen 2688, men den variable bil 2460, hvilket udtrykkeligt fremgår af bilaget, jf. *"...at du anser vogn 2460 for ikke at overholde kravene ..."*.

Trafikskaberne har derfor i første række gjort gældende, at der ikke er sket nogen ændring af FG6 kontrakten, allerede fordi trafikskaberne ikke i denne sag har frafaldt krav.

I anden række har trafikskaberne gjort gældende, at trafikskaberne ikke ensidigt kan ændre FG6 kontrakterne, dette uanset klagenævnets præmisser i FV6 sagen. Måtte klagenævnet finde, at der foreligger en meddelelse til en eller flere FG6 vognmænd om lempelse af krav, har trafikskaberne gjort gældende, at dette ikke er tilstrækkeligt til at bringe en ændret aftale i stand og dermed ændre aftalen. Der er således ikke derved sket en ændring af FG6 kontrakten (rammeaftalen). Efter dansk aftaleret kræver indgåelse af aftaler, herunder ændringer af aftaler, grundlæggende dels udveksling af tilbud og accept, dels at dette sker mellem de enkelte aftalparter. Løfter er kun bindende for løftegiver og kan kun accepteres af løftemodtager. Ingen af disse grundlæggende aftaleretlige krav er opfyldt i denne sag.

Trafikskaberne har henvist til, at samme grundlæggende aftaleretlige krav også gælder inden for EU-udbudsretten, jf. EU-Domstolens dom af 14. maj 2020 i sag C-263/19, T-Systems Magyarország, præmis 72.

Ad påstand 2

Øens Taxa har med henvisning til det, der er anført ad påstand 1, gjort gældende, at trafikskabernes væsentlige ændring af kontrakten medfører, at de tildelte kontrakter efter frafaldet af mindstekravet har karakter af nye offentlige kontrakter, som skal udbydes efter udbudsreglerne, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4, sammenholdt med stk. 5.

Trafikskaberne har ikke gennemført et nyt udbud og agter kun at gennemføre et delvist udbud, hvorfor de kørsler, som er blevet tildelt efter frafaldet af mindstekravet, er sket i strid med udbudsreglerne.

Trafikskabernes beslutninger om tildeling af de pågældende kontrakter kan derfor ikke lovligt opretholdes.

Over for trafikskabernes synspunkt om, at man ikke har frafaldet krav, og at der ikke er sket nogen ændring af FG6 kontrakten, har Øens Taxa gjort gældende, at svaret af 13. september 2019 viser, at mindstekravet blev frafaldet og FG6 kontrakterne dermed ændret, jf. i det hele forløbet med FV6 kontrakterne.

Trafikskaberne har ved deres accept af overtrædelserne af vognkravene i perioden fra kontraktstart den 1. marts 2019 til trafikskabernes brev til

vognmændene den 23. juni 2020 frafaldet kravene til vogntype 5 og 6 og dermed ændret væsentligt i kontrakterne. Brevet tilgik først vognmændene den 23. juni 2020, selvom trafikskaberne havde været vidende om overtrædelserne ved kontraktstart, da alle vogne skal godkendes inden kontraktstart, og på trods af Øens Taxas anmeldelse den 3. september 2019.

Dette betyder i praksis, at de fleste vogne kommer til at køre fra kontraktstart den 1. marts 2019 og minimum indtil den 1. november 2020, hvilket vil sige 19 måneder ud af en kontraktperiode på 24 måneder.

Herudover har trafikskaberne givet mulighed for, at såfremt vognmændene kan dokumentere, at de [nu] opfylder vognkravene, kan de køre helt frem til kontraktens normale ophør den 1. marts 2021.

På trods af anmodning om aktindsigt både fra Øens Taxa og en anden vognmand har det imidlertid ikke været muligt at få forelagt dokumentation for den godkendte dokumentation af vognene, ej heller at få forelagt dokumentation for, hvilke vognløb der er godkendt til at fortsætte frem til kontraktudløb 1. marts 2021.

Øens Taxa har alene kunnet få oplyst, at det kun er Munkebo Taxi samt Vinderup Taxi ApS, der har kontrakt på at fortsætte frem til 1. marts 2021. Disse to vognmænd dækker ca. halvdelen af alle de oprindelige kontrakter. Dette betyder så, at det i praksis ikke får nogen betydning, at trafikskaberne har accepteret overtrædelser af vognkravene, da det på grund af trafikskaberne manglende reaktion derfor betyder, at ca. halvdelen af vognene kommer til at køre i 19 måneder og resten i alle 24 måneder.

Trafikskaberne har været vidende om den manglende opfyldelse af dimensionskravene fra kontraktstart, da alle vogne skal godkendes inden kontraktstart.

Trafikskaberne bestrider ganske vist, at man skulle have opdaget den manglende opfyldelse af dimensionskravene ved vognkontrollerne, da vognkontrol ikke omfatter en opmåling af bilerne, men udelukkende en kontrol af overholdelse af service på bilen, funktionsduelig lift, skiltning på bilen, herunder tilladelses- og cvr. nummer, brandslukningsudstyr, renholdelse af vogn, krav til chaufføren med hensyn til uniformering og lignende.

Det må imidlertid være trafikkselskabernes ansvar at uddanne og instruere sine kontrollanter, således at alle detaljer i henhold til udbudsmaterialet og kontrakterne er kontrollørerne bekendt.

Kort efter Øens Taxas anmodning om vognkontrol den 3. september 2019 af vognløb 2460 (Flexvariabel) og vognløb 2688 (Flexgaranti) blev der afholdt en vognkontrol på Ærø, hvor vognene blev opmålt, herunder Øens Taxas vognløb 2135 (Flexvariabel), som er samme vogn, som tilbuddet under FG6 udbuddet omfatter. Trafikkselskaberne har aldrig meddelt noget om resultatet af denne vognkontrol, så Øens Taxa forudsatte, at virksomhedens vogn i hvert fald var godkendt. Det bemærkes, at Øens Taxas vogn er af samme dimensioner som de to vogne, trafikkselskaberne har godkendt fra Munkebo Taxi.

Trafikkselskaberne har ved deres handling påført Øens Taxa og andre vognmænd unødvendigt store tab ved ikke at agere i tide enten ved kontraktstart, eller da man bliver gjort opmærksom på forholdene.

Trafikkselskaberne har gjort gældende, at fristen for at klage over en forkert tildeling er overskredet, jf. klagenævnslovens § 7 stk. 2. Desuden bestrider trafikkselskaberne, at Øens Taxas vogn opfylder dimensionskravene og afviser, at bilag 9 udgør nogen dokumentation herfor.

Ifølge trafikkselskabernes registreringer er der i øvrigt tale om to forskellige vogne i vognløb 2460, som blev vundet af Vinderup Taxa ApS under FV6 udbuddet, og vognløb 2688, som blev vundet af Vinderup Taxi ApS under FG6 udbuddet. Dette fremgår af ”Kvalitets Kontrolskema”, der for vognløb 2460 dateret 27. september 2019 vedrører en vogn med registreringsnummeret AP 98 045 og for vognløb 2688 dateret den 4. oktober 2019 vedrører en vogn med registreringsnummeret AM 38 980.

Trafikkselskabernes vognkontrol sigter mod sikkerhedsmæssige forhold m.m. Trafikkselskaberne har som ordregiver ingen stående pligt til at undersøge, om tilbudsgiverens ydelser lever op til kravspecifikationerne i udbudsmaterialet. Man har under kontraktens løbetid ikke en vidererækkende undersøgelsespligt end den, der påhviler en ordregiver i forbindelse med tilbudsevalueringen. Trafikkselskaberne bestrider således, at man skulle have opdaget den manglende opfyldelse af dimensionskravene ved vognkontrol, da vognkontrol ikke omfatter en opmåling af bilerne, men en kontrol af overholdelse af

service på bilen, funktionsduelig lift, skiltning på bilen, herunder tilladelses- og cvr. nummer, brandslukningsudstyr, renholdelse af vogn, krav til chaufføren med hensyn til kørekort, uniformering og lignende.

Ad påstand 3

Øens Taxa har med henvisning til det, der er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at trafikskaberne ikke har anvendt fremgangsmåden i klagenævnenslovens § 4, jf. lovens § 17, stk. 1, nr. 1.

De indgåede kontrakter skal derfor erklæres for uden virkning i medfør af klagenævnenslovens § 17, stk. 1, nr. 1. Klagenævnet skal i tillæg hertil, såfremt klagenævnet finder grundlag herfor, pålægge trafikskaberne en alternativ sanktion i medfør af klagenævnenslovens §18, stk. 2, sammenholdt med stk. 3.

Øens Taxa har som baggrund for påstanden om en alternativ sanktion understreget, at trafikskaberne ikke har villet vedkende sig et erstatningsansvar over for de berørte vognmænd, og at virksomheden frygter, at problemerne fortsat vil bestå, hvilket bevirker, at flere små berørte vognmænd reelt er lukningstruet i en ekstrem grad.

Trafikskaberne har til støtte for, at påstanden ikke skal tages til følge, henvist til det, der er gjort gældende ovenfor, men har ikke på nogen måde yderligere uddybet sine synspunkter.

Klagenævnet udtaler:

Påstand 1

Denne sag er parallel med den sag, der omhandlede trafikskabernes næsten samtidige udbud af FV6 kørsel, og som gav anledning til klagenævnets kendelse af 19. maj 2020. Som anført af trafikskaberne var udbudsbetingelserne næsten ens, og de enkelte vognmænd tilbød og anvendte de samme vogne i begge udbud. Mindstekravene til vogne af type 5 og 6, som begge sager handler om, var identiske i begge udbud. Mindstekravet indeholdt et krav til vognstørrelse.

Øens Taxa indgav den 4. august 2020 klage til klagenævnet over FG6 udbuddet vedrørende vogne af typen 5 og 6. Efter karakteren af påstand 1 og 3 er fristen i lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 2, ikke til hinder for, at klagenævnet behandler klagen.

Trafikselskabernes aftaleretlige betragtninger om tilbud og accept af tilbud finder ikke anvendelse på en situation, hvor en ordregiver efter at have afholdt EU-udbud konstaterer, at et fastsat mindstekrav i en række indgåede kontrakter med løbende kørseltildelinger via Planetsystemet ikke overholdes af en eller flere leverandører, og derefter vælger at se bort fra kravet. Som beskrevet i kendelsen af 19. maj 2020 indebærer en sådan adfærd et brud på ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, såvel i forhold til de leverandører, hvis vogne overholdt de fastsatte krav, og hvis tilbud derfor blev mindre konkurrencedygtige, som til kredsen af mulige tilbudsgivere, som måtte have undladt at afgive tilbud på grund af det fastsatte krav. Da ændringen er væsentlig, er artikel 89, stk. 4, sammenholdt med stk. 5, som fastslået i kendelsen af 19. maj 2020 også overtrådt. I kendelsen anføres herom:

”...Der er således tale om en væsentlig ændring, der dels ”indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren”, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stykke 4, litra a, dels ”ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for”, jf. artikel 89, stk. 4, litra b.

Sådanne ændringer kan ikke finde sted uden nyt udbud, jf. artikel 89, stk. 5.

Da trafikselskaberne ikke har udbudt VT5 og VT6 kørslerne på ny, er de kørsler, der er tildelt efter frafaldet af mindstekravet, tildelt direkte i strid med udbudsreglerne”

Trafikselskaberne har ganske vist for det første gjort gældende, at man slet ikke under FG6 udbuddet – som det skete ved FV6 udbuddet – har frafaldet mindstekravet til størrelse vedrørende vogntype 5 og 6.

Under hensyn til den nære sammenhæng mellem de to udbud kan dette synspunkt ikke tiltrædes. Det ligger fast, at mindstekravet til vogntype 5 og 6 under FG6 udbuddet var identisk med det mindstekrav, der udtrykkeligt blev frafaldet under FV6 udbuddet. Som trafikselskaberne har oplyst, var det i vidt

omfang også de samme vogne, som blev tilbudt under de to udbud. Alsvognen I/S gjorde da også tydeligt opmærksom på, at den manglende overholdelse af mindstekravet vedrørte begge udbud, og svarene fra trafikskaberne til Alsvognen I/S og til Øens Taxa var, som det fremgår ovenfor, næsten identiske. Trafikskaberne var således også inden, at Alsvognen I/S den 2. april 2020 anlagde klagesag vedrørende FV6 udbuddet, fuldt ud bekendt med, at en lang række vogne omfattet af begge udbud ikke opfyldte mindstekravet. Trafikskaberne accepterede imidlertid fortsat konsekvent modtagelsen af de ikke konditionsmæssige ydelser også under FG6 udbuddet, idet kørslerne i begge udbud uden hensyn til den mulige manglende overholdelse af mindstekravet fortsat blev tildelt via Planetsystemet. Mindstekravet blev således hverken håndhævet under FV6 udbuddet eller under FG6 udbuddet. At trafikskaberne ikke orienterede kontraktshaverne om, at man havde valgt at se bort fra mindstekravet, er som også anført i kendelsen af 19. maj 2020 i den sammenhæng uden betydning.

Trafikskaberne har for det andet gjort gældende, at selskaberne efter modtagelsen af klagenævnets kendelse har foretaget nærmere undersøgelse og draget de kontraktretlige følger af denne undersøgelse ved at opsigte en række kontrakter og foranstalte det omtalte FG7 udbud.

Klagenævnet bemærker hertil, at trafikskaberne efter klagenævnets kendelse af 19. maj 2020 ganske vist som beskrevet ovenfor tog skridt til at lovliggøre FG6 udbuddet. Først på dette tidspunkt blev der efter det oplyste således foretaget en opmåling af de vogne af type 5 og 6, som der under begge udbud var indgået kontrakter om kørsel med, til trods for, at trafikskaberne også som beskrevet allerede under FV6 sagen, endda muligvis før, udtrykkeligt var gjort bekendt med pladsproblemerne i forhold til mindstekravet. Det viste sig - på den beskrevne baggrund helt forventeligt - i forbindelse med opmålingen, at alene 3 ud af 202 vogne under FG6 udbuddet opfyldte mindstekravet, heraf en vogn ”betinget”. Trafikskaberne har på forespørgsel oplyst, at dette indebar, at Vinderup Taxi ApS, som var indehaver af den ”betinget” godkendte vogn, fortsat havde kontrakt på vognløb 2688 frem til den 28. februar 2021.

Som anført i kendelsen af 19. maj 2020 har tildelingerne, efter at kravet var frafaldet, haft karakter af direkte tildeling. Det ændrer ikke herved, at trafikskaberne efter kendelsen den 13. juli 2020 med virkning fra den 31. okto-

ber 2020 opsagde en række af de kontrakter, som vedrørte kørsel med vogn-type 5 og 6, og den 16. juli 2020 iværksatte nyt udbud – FG7 – med kontraktstart den 1. november 2020, hvor mindstekravet ikke blev gentaget. Denne manøvre fratager ikke de løbende tildelinger den beskrevne karakter af direkte tildeling.

Trafikselskaberne foranstaltede således ikke det nye udbud, da man senest i august 2019 direkte frafaldt mindstekravet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og 89, stk. 4, og kravet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 5, hvorefter en ændring som sket ikke kan finde sted uden nyt udbud, kan ikke forstås således, at det langt senere FG7 udbud så at sige ophæver trafikselskabernes tidligere overtrædelser af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Klagenævnet tager derfor påstand 1 til følge.

Påstand 3

Trafikselskaberne har efter afsigelsen af kendelsen den 19. maj 2020 opsagt kontrakterne med de vogne, der ikke opfyldte mindstekravene, til udløb den 1. november 2020 (dog to kontrakter vedrørende vogne, der efter trafikselskabernes oplysning opfyldte mindstekravet, og ikke kontrakten vedrørende garantivognløb 2688, der blev opsagt ”betinget”). Trafikselskabernes anbringender må forstås således, at der herefter ikke er hjemmel til tillige at fastslå, at de indgåede kontrakter som påstået er uden virkning.

Klagenævnet tager derfor indledningsvis stilling til, om det herefter allerede på grund af ophævelsen af hovedparten af kontrakterne er udelukket at fastslå, at kontrakterne er uden virkning.

Uanset, at der er ligheder mellem retsvirkningerne af, at en kontrakt ophæves fra et bestemt tidspunkt, og retsvirkningen af, at en kontrakt erklæres for uden virkning, muligvis endda fra samme tidspunkt, er der afgørende retlige forskelle, som bevirker, at der ikke er noget til hinder for, at klagenævnet, dersom betingelserne herfor er opfyldt, erklærer kontrakterne, herunder kontrakter, som ordregiveren har ophævet, for uden virkning som påstået, jf. også herved klagenavnets kendelse af 26. maj 2016, Boston Scientific Nordic AB mod Region Nordjylland.

Det er i den forbindelse væsentligt, at frafaldet af mindstekravet som anført i kendelsen af 19. maj 2020 vedrører *alle* aftalerne om kørsel med vogne af type 5 eller 6, i princippet også kontrakter, der vedrører vogne, som viste sig at opfylde mindstekravet. Det anføres således i kendelsen:

”Trafikselskaberne har ud fra forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, om værdien af tilladte ændringer argumenteret med, at selskaberne må ”antages at kunne have tildelt de pågældende ture med to store kørestole som direkte tildelinger uden at have ændret kontrakterne”. Dette er imidlertid efter klagenævnets opfattelse udtryk for en misforståelse. Det er således *alle* rammeaftaler om kørsler med VT5 og VT6, som er ændret i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet, og *alle* tildelinger af kørsler under disse rammeaftaler er herefter sket som direkte tildelinger. At mindstekravet – i betragtning af det oplyste om behovet for kørsler med to store kørestole – muligt er uhensigtsmæssigt eller unødvendigt ændrer ikke på, at kravet har skullet overholdes af alle tilbudsgiverne, jf. herved også præmis 40 i EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, Manova A/S, hvorefter det ”påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat.”

Den foretagne ændring rammer derfor alle de kørseltildelinger, som er sket i Planetsystemet efter ændringen, også tildelinger i medfør af de to ikke ophævede kontrakter og den kontrakt, som er ophævet ”betinget”.

Kontraktophævelserne kan således ikke i sig selv føre til, at påstanden ikke tages til følge.

De fortsatte kørseltildelinger gennem Planetsystemet er som fastslået alle direkte tildelinger. Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, at kontrakter, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal erklæres for uden virkning, hvis ordregiveren i strid med EU-udbudsreglerne har indgået kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. dog § 4.

Trafikselskaberne har ikke offentliggjort en bekendtgørelse i overensstemmelse med lov om Klagenævnet for Udbud § 4 om den foretagne ændring, der indebærer direkte tildeling, og de ændrede kontrakter om kørsler med vogntype 5 og 6 skal derfor erklæres for uden virkning.

De ændrede kontrakter skal efter lovens § 18, stk. 1, erklæres for uden virkning for fremtiden. Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt kontrakterne

skal erklæres for uden virkning, har klagenævnet lagt vægt på de beskrevne faktiske forhold og på, at kontrakterne allerede for en stor dels vedkommen er ophævet, ligesom der er iværksat nyt udbud med oplyst kontraktstart den 1. november 2020. Kontrakterne om kørsel med vogntype 5 og 6 erklæres herefter for uden virkning fra og med den 1. november 2020.

Efter lovens § 18, stk. 2, nr. 3, skal der herefter fastsættes en alternativ sanktion. Under hensyn til overtrædelsens karakter og til, hvor stor en del af kontrakterne der opretholdes, fastsættes den økonomiske sanktion til 7 mio. kr., jf. forarbejderne til lovens § 19, stk. 1-3. Klagenævnet har taget udgangspunkt i den anslåede værdi af den del af de ændrede kontrakter, som tillades opretholdt, idet perioden som i sagen mellem Alsvognen I/S og trafikskaberne beregnes fra den 16. august 2019, og idet kontrakterne som anført opretholdes til og med den 31. oktober 2020, set i forhold til værdien af aftalen i dens ordinære løbetid (uden optioner) frem til den 1. marts 2021, og de oplyste omsætningstal. Klagenævnet har nedrundet beløbet.

Beløbet skal betales til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, jf. § 19, stk. 4.

Påstand 2

Da rammeaftaler angående kørsel med vogntype 5 og 6 erklæres for uden virkning, er der ikke anledning til at tage stilling til påstand 2.

Herefter bestemmes:

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.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig

Vejle d. 23.10.2020

Til Folketingets ombudsmand,

Denne klage drejer sig om tildeling af kørselskontrakter under Flextrafiks udbud FG 7 (Flex garanti udbud nr. 7). Fællesudbud for Fynbus, Sydtrafik og Midttrafik (trafikselskaberne), med virkning fra 1.11.2020 og 1.3. 2021.

Klagen omhandler tildeling af kontrakter uden hensyntagen til ikke korrekt udfyldte ESPD formularer.

ESPD står for European Single Procurement Document, på dansk det fælles europæiske udbudsdokument, og er en egenerklæring som virksomheder afgiver, når de deltager i offentlige udbud. EU-Kommissionen havde frem til maj 2019 en elektronisk ESPD-service, hvor tilbudsgivere kunne udfylde ESPD'et. I Danmark udfylder tilbudsgivere nu ESPD'et som en integreret del af afgivelsen af ansøgninger eller tilbud i de udbudssystemer, der anvendes, i forbindelse med offentlige udbud.

<https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/espd/>

Flekstrafiks udbud FG 7 § 10 stk. 2:

”Herudover skal tilbudsgiver i ESPD’ens del III C angive, om tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137 nr. 1-6, der vedrører tilsidesættelse af forpligtigelser indenfor det miljø-, social- eller arbejdsretlige område, er erklæret konkurs, er insolvens, har indgået karteller, har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, har misligholdt offentlige kontrakter eller forsøgt at påvirke udbydes beslutninger. Hvis tilbudsgiver er omfattet af disse, vil tilbudsgiver blive udelukket, dog sker der ikke udelukkelse, hvis der fremlægges tilstrækkelig dokumentation for, at tilbudsgiveren er pålidelig.” <https://www.ethics.dk/ethics/eo#/c0f5379a-a04a-418b-86ec-adfeb2b59822/publicMaterial>

Konkret er problematikken at tilbudsgiver (flere) ikke har tilkendegivet misligholdelse af offentlige kontrakter under FG 6 hvor Trafikselskaberne ovennævnt, på baggrund af afgørelse i klagenævnet for udbud i kendelse af 26.5.2020 har fået annulleret FV 6 (Flex variabel udbud nr. 6), og tillige blevet pålagt en bod fra Konkurrencestyrelsen på 3Mio.kr for konkurrenceforvridning.

Trafikselskaberne har derefter af egen drift annulleret FG 6 for de entreprenører der ikke overholdt betingelserne i udbuddet under FG 6. 99% af kontrakterne blev ophævet for vogntyperne 5 og 6.

Vores påstand er at de entreprenører der har fået annulleret kontrakter under FG 6 ikke har påført dette i deres indgivelse af ESPD i forbindelse med afgivelse af tilbud under både FG og FV 7 til trafikselskaberne. Vi besidder beviser for vores klage f.s.v. FG 7 og har den hypotese at det samme gør sig gældende for FV 7 hvor tildelingen ikke er afsluttet.

ESPD udfyldes og indgives under strafansvar.

(Undertegnede erklærer udtrykkeligt, at de oplysninger, der er anført i del II-V ovenfor, er nøjagtige og korrekte, og at de er blevet afgivet i fuldt kendskab til konsekvenserne af at afgive urigtige oplysninger.)
ESPD Afsnit 6 afsluttende erklæring pag. 31.

Trafikselskaberne er en offentlig myndighed og har derfor skærpet indberetningspligt.

Til dokumentation vedhæftes en godkendt men fejlbehæftet ESPD der har medført en kontrakt under FG 7. Se side 13, næstsidste afsnit.

Ophævelse eller en lignende sanktion

Har den økonomiske aktør væsentligt misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, en tidligere kontrakt med en ordregivende enhed eller en tidligere koncessionskontrakt, hvor misligholdelsen har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller en lignende sanktion?

Deres svar?

Ja

Nej



SafeNcare ApS -
begr..pdf

Tilsvarende er der ikke korrekt udfyldte ESPD'er fra 12 andre entreprenører som tilsvarende ovennævnte har fået tildelt kørselstilladelser på baggrund af forkerte oplysninger i dokumentet.

Vi afventer ombudsmandens stillingtagen.

Venlig hilsen

Carsten Sørensen og Karsten Fogde

Regionsrådsmedlemmer i Region Syddanmark

Aarhus November 2020

Sagsnr. 056992-0035 tbr/meth/dla
Dok.nr. 24391350.1

UDKAST 4. november 2020

Vurdering af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2020

1. Indledning

Bech-Bruun er blevet bedt om at vurdere Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2020, herunder hvilket grundlag der kan være for at indbringe afgørelsen for domstolene.

2. Vurdering af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2020

2.1 Manglende håndhævelse af minimumskrav

Det er på det foreliggende grundlag vores vurdering, at den manglende håndhævelse af minimumskravet til de tilbudte vognes dimensioner udgør en væsentlig ændring af de indgåede kontrakter på FG-kørslen, på tilsvarende måde som det blev vurderet at udgøre en væsentlig ændring af FV-kørslen. Også for så vidt angår FG-kørslen vil frafaldet af kravet således indebære, at vognmændene kan opfylde kontraktens krav med vogne, der i anskaffelsen (og muligvis også driften) er billigere end de vogne, der krævedes for opfyldelse af kontraktens mindstekrav.

Vi deler således også Klagenævnet for Udbuds vurdering af, at trafikselskaberne ikke berettiget kan fremsætte synspunktet om, at mindstekravet til vognstørrelsen ikke skulle være frafaldet også på FG-kontrakterne. Hændelsesforløbet viser således klart, at trafikselskaberne allerede i august 2019 var bekendt med, at en stor del af vognene på både FV- og FG-kørslen ikke levede op til kravet, og at trafikselskaberne på dette tidspunkt traf beslutning om ikke at håndhæve dette krav.

Det forhold, at ændringen af mindstekravet til vognstørrelsen ikke har været kommunikeret direkte til alle leverandørerne, men alene har bestået i en stiltiende accept/manglende håndhævelse af kravet, ændrer efter vores vurdering heller ikke på, at der rent udbudsretligt er sket en ændring af kontrakten. I forhold til den udbudsretlige vurdering af kontraktændringer er det således ikke en forudsætning, at der foretages en formel kontraktændring med accept og godkendelse. Der henvises i den forbindelse til vores vurdering af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2020, hvoraf følgende (som gør sig gældende også for den nuværende sag) fremgår:

”Vi er ikke uenige i, at der rent aftaleretligt kræves en gensidig accept, for at en aftale kan anses for indgået/ændret, men dette er imidlertid irrelevant for den udbudsretlige vurdering af, om der er foretaget en kontraktændring.

Klagenævnet for Udbud har ikke forholdt sig til de rent aftaleretlige forhold (hvilket klagenævnet som udgangspunkt heller ikke har kompetence til) men derimod alene vurderet, om der rent udbudsretligt er foretaget en ændring af et grundlæggende element i de indgåede rammeaftaler, og i den forbindelse fundet, at frafaldet/justeringen af dimensioneringskravet udgjorde en sådan væsentlig ændring. Det afgørende for denne udbudsretlige vurdering kan udelukkende være, om vilkårene i den indgåede kontrakt de facto er fraveget i forhold til det, der er udbudt, i det det bemærkes at en sådan de facto fravigelse også kan ske ved at trafikskaberne undlader at håndhæve mindstekravet. Den formelle aftale om, at mindstekravet er justeret, er umiddelbart irrelevant for den udbudsretlige vurdering.

Det siger således sig selv, at en aftalepart ikke vil protestere mod, at en ordregiver undlader at håndhæve et mindstekrav, i det omfang en sådan undladelse af at håndhæve mindstekravet er til fordel for den pågældende aftalepart. Hvis den formelle aftaleindgåelse blev tillagt betydning ved vurderingen af, om der udbudsretligt er tale om en væsentlig ændring af en kontrakt, ville dette derfor indebære, at parterne kunne omgå forbuddet mod at foretage væsentlige ændringer af udbudte kontrakter ved blot at undlade at indgå en formel aftale om ændringen. Dette ville være klart i strid med effektivitetsprincippet.

Det er dermed også vores vurdering, at den manglende håndhævelse af kontraktens krav til de tilbudte vognes dimensioner er tilstrækkelig til, at der rent udbudsretligt er tale om en ændring omfattet af uden virkning-sanktionen – også i forhold til de aftaleparter, der ikke udtrykkeligt er orienteret herom. Også på dette punkt er det således vores vurdering, at Klagenævnet for Udbuds kendelse er korrekt.”

Uanset at den udbudsretlige vurdering af kontraktændringen/den manglende håndhævelse af mindstekravet er, at kontrakten er ændret væsentlig, hvilket dermed ikke kunne ske uden fornyet udbud, er det dog klart, at det rent *aftaleretlige* forhold til den enkelte leverandør samtidig må håndteres. Den omstændighed, at en kontrakt udbudsretligt erklæres for uden virkning, indebærer således ikke automatisk, at kontrakten aftaleretligt er ugyldig eller kan opsiges. Trafikskaberens erstatningsansvar som følge af ophævelsen af kontrakterne må derfor også afgøres efter dansk rets almindelige regler herom.

I forhold til spørgsmålet om trafikskaberens potentielle erstatningsansvar ved ophævelse af de indgåede kontrakter om følge af uden virkning-sanktionen, kan tilsvarende henvises til vores vurdering af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2020, der indeholder følgende konklusioner:

Erstatningskrav fra kontraktparter, som ikke opfylder dimensioneringskravet

”I forhold til de kontraktparter, der de facto ikke har opfyldt rammeaftalens krav til vognens dimensioner, men som samtidig ikke er orienteret om trafikskaberens frafald af dette krav, kan der som udgangspunkt ikke rent aftaleretligt siges at foreligge en kontraktændring. I forhold til disse aftaleparter er der udelukkende tale om, at trafikskaberne har undladt at håndhæve alle rammeaftalens krav og således ikke har gjort sine misligholdelsesbeføjelser gældende i den anledning.

Disse kontraktparter kan ved trafikskaberens førtidige opsigelse af kontrakten ret beset rette et krav på mistet dækningsbidrag for den resterende aftaleperiode mod trafikskaberne. Heroverfor kan trafikskaberne dog gøre gældende, at kontraktparterne har misligholdt rammeaftalerne ved

ikke at levere vogne, der levede op til kontraktens krav. Uanset at rammeaftalens formelle betingelser for ophævelse af kontrakten i en sådan situation ikke vil være opfyldt, er det derfor vores vurdering, at kontraktparterne i denne situation formentlig ikke kan komme igennem med et erstatningskrav for kontraktpartens mistede fortjeneste som følge af en førtidig opsigelse af kontrakten. Det ville således stride mod almindelige rimelighedsbetragtninger, hvis kontraktparternes misligholdelse, som trafikskaberne har afstået fra at påtale, senere skulle give kontraktparterne ret til erstatning.”

Kontraktparter som opfylder dimensioneringskravet

”I forhold til de kontraktparter, der har opfyldt rammeaftalens krav, kan trafikskaberne ikke påberåbe sig en misligholdelse som grundlag for ophævelse af kontrakterne. Disse kontraktparter vil derfor have mulighed for at gøre et erstatningskrav gældende for den mistede fortjeneste i den resterende (ordinære) aftaleperiode. Under en rammeaftale som den udbudte er det imidlertid, som også anført af Focus Advokater, vanskeligt for kontraktparterne at godtgøre et tab, herunder størrelse af et sådant tab, hvorfor tabet må forventes fastlagt skønsmæssigt.”

Som det fremgår af det ovenstående, er det vores vurdering, at Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2020 er korrekt.

Vi deler således heller ikke Focus Advokaters vurdering af, at Klagenævnet for Udbud har fortolket udbudsretten *”på en måde, som fortrænger dansk kontraktsret”*. Klagenævnet for Udbud har anvendt udbudsreglerne korrekt, herunder den lovfæstede pligt til at erklære visse kontrakter for uden virkning. De aftaleretlige konsekvenser heraf hverken kan eller har Klagenævnet for Udbud derimod forholdt sig til, og disse må således også afgøres i henhold til de almindelige obligationsretlige regler.

Sammenfattende er det derfor – under forudsætning af, at domstolene måtte dele Klagenævnet for Udbuds fortolkning af kravet om, at der skal kunne placeres to kørestole – også vores vurdering, at vi ikke anser det for sandsynligt, at Klagenævnet for Udbuds kendelse vil blive ændret i forbindelse med en domstolsprøvelse.

2.2 Fortolkning af minimumskrav

Vores vurdering af, at den manglende håndhævelse af minimumskravene til de tilbudte vognes dimensionering udgør en væsentlig ændring af de indgåede kontrakter på FG-kørslen, jf. ovenfor punkt 2.1, er baseret på en forudsætning om, at frafald/justering af kravet om, at der skal kunne placeres to kørestole (med de maksimale mål) i samme vogn, er udtryk for en væsentlig ændring af rammeaftalen, hvorfor ændringen ikke kan gennemføres uden fornyet udbud.

I vores vurdering af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2020 udtalte vi følgende vedrørende fortolkningen af mindstekravet til dimensioner:

”Kravene til de forskellige vogntyper er klart beskrevet i rammeaftalens § 20. Det fremgår heraf udtrykkeligt, at kravene til vogntyperne er minimumskrav, og at kravene skal opfyldes for alle vognene.

For så vidt angår vogntyperne 5 og 6, der indeholder samme krav til dimensioner, fremgår det, at:

”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.”

Det fremgår ikke eksplicit, hvorvidt de to kørestole ved transport af 2 kørestole begge skal kunne være med maksimale mål. Synspunkt om, at kravet alene dækker over to ”almindelige” kørestole, er således ikke fremført i strid med ordlyden af mindstekravet. Trafikselskaberne har imidlertid, straks de blev gjort opmærksomme på det potentielle problem i relation til fortolkning af kravet, ageret ud fra en forudsætning om, at kravet omfattede to kørestole med maksimale mål, jf. også det nedenfor anførte. Et efterfølgende argument om, at kravet udelukkende omfatter to ”almindelige kørestole”, fremstår derfor som en efterrationalisering.

Det er desuden vores vurdering, at det er mest naturligt at fortolke, det opstillede mindstekrav om plads til mindst to kørestole, således, at det gælder et krav om, at der skal være plads til to kørestole med de angivne maksimale mål. Første punktum i kravet er således et krav om, at vognen generelt skal være ”indrettet til at transportere kørestole med en maksimal størrelse” (vores fremhævelse), hvorfor andet punktum i kravet om transport af flere kørestole, mest naturligt må fortolkes som omfattende kørestole af samme størrelse. Denne fortolkning understøttes desuden af, at kørestole med andre mål slet ikke omtales i kravet. Vi deler derfor klagenævnets vurdering af, at trafikselskabernes synspunkt om, at kravet alene angår 2 ”almindelige” kørestole, er uholdbart.”

Det er med henvisning til vurderingen i vores notat af 5. juni 2020 fortsat - baseret på en ordlydsfortolkning af kravet - vores vurdering, at det opstillede mindstekrav om plads til mindst to kørestole mest naturligt må forstås således, at det er et krav, at der skal være plads til to kørestole med de angivne maksimale mål.

I forhold til vores vurdering af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2020 er der dog fremkommet den nye oplysning, at kun 3 ud af 202 vogne på FG-kørslen lever op til et sådan krav om, at der skal være plads til to kørestole med de angivne maksimale mål. Dette indikerer, at tilbudsgiverne har haft en anden forståelse af kravet, end den forståelse, der følger af Klagenævnet for Udbud (og vores umiddelbare) forståelse af kravet.

I forbindelse med en eventuel prøvelse af sagen vil der med henvisning til den forståelse, hovedparten af tilbudsgiverne tilsyneladende har haft af kravet, kunne anføres, at en sådan uklarhed af kravet efter uklarhedsprincippet må komme trafikselskaberne til skade med den konsekvens, at trafikselskaberne ikke lovligt overfor de leverandører, der har haft en anden forståelse af kravet, kan håndhæve Klagenævnet for Udbuds fortolkning af kravet. Kan man i forbindelse med en domstolssag komme igennem med et sådant synspunkt, må konsekvensen heraf også være, at den manglende håndhævelse af minimumskravet til de tilbudte vognes dimensioner ikke udgør en væsentlig ændring af de indgåede kontrakter på FG-kørslen.

Konsekvenserne af et sådant uklart krav vil endelig være, at udbuddet ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig kontrakttildelem.

De udbudsretlige konsekvenser af et uklart udbudsgrundlag, som ikke kan danne grundlag for en lovlig kontrakttildelem, er dog ikke, at kontrakten kan/skal erklæres for uden virkning.

2.3 Klagenævnets beregning af bod

Den økonomiske sanktion i henhold til håndhævelseslovens § 19 og forarbejderne hertil fastsættes som 5% af værdien af den del af kontrakten, der opretholdes, beregnet ud fra de intervaller, der er oplyst i forarbejderne til loven.

Baseret på oplysningerne i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2020, side 23, udgør værdien af FG-kørslen over den 2-årige kontraktperiode ca. 276,5 mio. kr.

Den kontrakt, der rammes af uden virkning sanktionen, er udelukkende den ændrede kontrakt, dvs. den kontrakt, der blev etableret ved trafikskabernes meddelelse til Alsvognen om frafaldet af kravet til vogndimensioneringen den 26. august 2019. Denne aftale har således ikke en samlet løbetid på 2 år, men alene en løbetid på ca. 18,5 måned. Perioden, hvor aftalerne opretholdes (16.8.2019-31.10.2020), på ca. 14,5 måned kommer derved til at udgøre 78% af den samlede kontrakt. Det indebærer, at den økonomiske kompensation skal beregnes som 80% af rammeaftalens anslåede værdi i perioden 16.8.2019-28.2.2021.

Efter en sådan beregning, vil boden kunne beregnes til ca. 8,5 mio. kr.

Den pålagte bod er dermed mindre, end den bod, der principielt vil kunne beregnes efter klagenævnenslovens § 19.

Måtte domstolene med en prøvelse af Klagenævnet for Udbuds afgørelse imidlertid komme frem til, at den opretholdte del af kontrakten udgør mindre end 75% af den samlede kontrakt, vil den økonomiske kompensation i stedet skulle beregnes af 60% af kontraktens anslåede værdi, svarende til en økonomisk kompensation på 6,4 mio. kr.

3. Indbringelse af Klagenævnets kendelse for domstolene

Som det fremgår af vurderingen ovenfor i punkt 2, er det vores vurdering, at Klagenævnet for Udbuds kendelse er en streng, men også korrekt afgørelse.

Denne vurdering af, at Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2020 er en korrekt kendelse, er dog behæftet med en vis usikkerhed, og der er derfor også argumenter, som vil kunne prøves ved en domstolsprøvelse af sagen, og som efter omstændighederne vil kunne føre til enten en ændring af kendelsen eller en nedsættelse af boden.

Disse argumenter er følgende:

- Fortolkningen af kravet om, at der skal kunne placeres to kørestole (med de maksimale mål) i samme vogn.

Som anført ovenfor i punkt 2.2 tilsiger det forhold, at kun 3 ud af 202 vogne opfylder mindstekravet, således om dette fortolkes af Klagenævnet for Udbud, at tilbudsgiverne har haft en anden forståelse af mindstekravet, og dermed at mindstekravet er uklart.

Såfremt trafikskaberne får medhold i et sådant synspunkt under en domstolsprøvelse, vil synspunktet efter omstændighederne kunne føre til, at Klagenævnet for Udbuds afgørelse om, at erklære kontrakten for uden virkning, omgøres.

En sådan afgørelse vil i givet fald skulle baseres på et synspunkt om, at trafikskaberne i medfør af uklarhedsprincippet er forhindret i at håndhæve Klagenævnet for Udbuds fortolkning af kravet om, at der skal kunne placeres to kørestole (med de maksimale mål) i samme vogn overfor leverandørerne med den konsekvens, at den manglende håndhævelse ikke kan anses for en væsentlig ændring af rammeaftalen.

Omvendt vil der dog også være risiko for, at domstolene opretholder kendelsen, uanset et sådant synspunkt, idet domstolene i givet fald vil kunne tillægge det vægt, at trafikskaberne selv i korrespondancen har præsenteret fortolkningen af mindstekravet som en "justering" henholdsvis et "frafald af kravet". Dette vil således kunne fortolkes således, at trafikskaberne oprindeligt har fortolket kravet på samme vis som Klagenævnet for Udbud, og derfor – uanset om en sådan ændring kan sanktioneres overfor tilbudsgiverne – i udbudsretlig forstand har foretaget en ændring af kravet.

- Trafikskabernes manglende håndhævelse af mindstekravet kan karakteriseres som en udbudsretlig lovlig ændring, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c, eller som en lovlig direkte tildeling i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra d.

Afgørende for, om trafikskaberne kan få medhold i et sådant synspunkt, er, at domstolene kommer frem til, at trafikskaberne ikke skulle kunne forudse, at mindstekravet til vognenes dimensionering skal fortolkes således, at der skal kunne placeres to kørestole (med de maksimale mål) i samme vogn.

Udfordringen er i den forbindelse, at trafikskaberne ud fra uklarhedsprincippet er nærmest til at bære risikoen for, at trafikskabernes krav har været uklare.

Desuden er det en forudsætning for, at trafikskaberne får medhold i et sådant synspunkt, at det ikke umiddelbart er muligt at opfylde kontrakten med den nu fastlagte forståelse af kravet.

Synspunktet om, at en ændring af kravet har været nødvendig, synes dog at være bekræftet dels af de vurderinger, som trafikskaberne foretog efter modtagelsen af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2020, dels af de betragtninger, trafikskaberne gjorde i forbindelse med besvarelsen af henvendelsen fra Alsvognen.

Af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2020, side 9, fremgår således følgende uddrag af FynBus' besvarelse af Øens Taxas henvendelse af 23. september 2019:

"...

Trafikskaberne har på baggrund af den forsyningsmæssige forpligtigelse ikke mulighed for at lukke samtlige vogne, der er for små til at køre med to store kørestole samtidig, da det ville betyde, at hovedparten af kørslen med vogntype 5 og 6 må indstilles."

- Muligheden for at få nedsat boden

En forudsætning for, at trafikskaberne i forbindelse med en domstolsprøvelse kan få nedsat den af Klagenævnet for Udbud pålagte bod, er, at domstolene skal vurdere, at det er mindre end 75% af kontrakten, der opretholdes.

Et sådant synspunkt skal derfor baseres på en forudsætning om, at opretholdelsen af kontrakterne efter modtagelsen af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2020 kan begrundes enten i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 9, stk. 1, litra d eller anses som en direkte tildeling i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra d.

Der kunne således i denne forbindelse have været argumenteret for, at trafikskaberne på dette tidspunkt befandt sig i en sådan uforudseelig situation, at de var berettiget til at indgå en ændringsaftale i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c eller alternativt at indgå en ny kontrakt uden udbud i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra d. Anvendelsen af denne fremgangsmåde – sammen med offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse – kunne således have afkortet den periode, hvor den ulovlige kontrakt er tilladt opretholdt med ca. 4 måneder.

Det er dog i denne henseende en væsentlig udfordring, at trafikskaberne ikke de facto har benyttet sig af mulighederne for at foretage kontraktændringer/indgå nye kontrakter uden udbud i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89 eller artikel 50. Det er derfor også behæftet med en betydelig usikkerhed, om domstolene vil lade et sådant synspunkt indgå i sin udmåling af boden.

Aarhus, den 4. november 2020

Tina Braad

Mette Høgh