

K E N D E L S E

Arriva Danmark A/S
(advokat Esben Kjær, København)

mod

Hovedstadsområdets Trafikselskab
(advokat Jens Munk Plum, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 3. juni 1999 udbød indklagede, Hovedstadsområdets Trafikselskab, som offentlig udbud efter direktiv 93/38 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) tre forskellige tjenesteydelser, nemlig almindelig rutekørsel, servicebuskørsel og telebuskørsel inden for området Frederiksborg Amt, Roskilde Amt og Københavns Amt samt Frederiksberg Kommune og Københavns Kommune. Indklagede har betegnet det pågældende udbud som »9. udbud«. Den udbudte almindelige rutekørsel, der omfattede ca. 15 % af indklagedes almindelige rutekørsel svarende til ca. 60.000 vogntimer pr. år fordelt på 163 driftsbusser med 3-6 årige kontrakter, var opdelt i 10 udbudsenheder omfattende mellem 5 og 38 busser.

Tildelingskriteriet var i udbudsbekendtgørelsen anført således: »Kriteriet for vurdering af tilbuddene vil være det økonomisk mest fordelagtige tilbud, vurderet på basis af pris og kvalitet, af busmateriel, miljøfaktorer, modregningssats, tidligere performance (kørselskvalitet og servicegrad) samt organisation og ressourcer. Kriterierne er ikke oplistet i prioriteret rækkefølge«.

Det fastsatte tildelingskriterium er ordret gentaget i udbudsbetingelserne af 9. juni 1999.

I udbudsbetingelserne af 9. juni 1999 er anført følgende om de 10 udbudsenheder:

»9. udbud er opdelt i 10 udbudsenheder. Der kan afgives tilbud på enkelte enheder eller kombinationer af disse. Kombinerede tilbud må højst bestå af 3 enheder. Ved afgivelse af kombinerede tilbud kan det være hensigtsmæssigt også at afgive tilbud på den enkelte udbudsenheder, der indgår i kombinationen. Der kan ikke afgives kombinerede tilbud, hvor udbudsenhed 1, 7 eller 7a indgår. Der kan heller ikke bydes på dele af en udbudsenhed, ligesom der ikke kan afgives tilbud på udbudsenheder, som indebærer forbehold om, at andre udbudsenheder vindes.

Udbudsenhed 2 omfatter linie 11, hvor der kan afgives tilbud baseret på busser, der er op til 13,7 m.

Udbudsenhed 6 omfatter blandt andre linie 184, hvor der i dag kører 2 stk. 18 m busser (tidligere Duobusser). Disse busser overdrages til den valgte entreprenør. Betingelserne for overdragelsen er beskrevet i bilag 4.

Udbudsenhed 7 omfatter linierne 97N, 250S og 300S, hvor der skal afgives tilbud baseret på S-dobbeltdækkerbusser. Udbudsenhed 7a omfatter linierne 97N og 250S, hvor der skal afgives tilbud baseret på 18 m S-busser.

På øvrige udbudsenheder skal afgives tilbud baseret på 12 m busser. Udbudsenhederne omfatter nedenstående vogntimeantal, som på udbudstidspunktet er placeret på de anførte linier:

.....

7. Ca 171.400 vogntimer pr år på linierne 97N, 250S og 300S mellem Køge og København, Kastrup og Buddinge samt mellem Kokkedal og Hundige.

7a. Ca 78.900 vogntimer pr år på linierne 97N og 250S mellem Køge og København og mellem Kastrup og Buddinge.

.....

Tilbud baseret på anden ruteføring eller andre afgangstider, køretider eller intervaller accepteres ikke. Derimod kan gives alternative tilbud på busmateriellet fx nye busser, renoverede busser, brugte busser eller kombinationer heraf, jf bilag 4.

Det skal af hvert tilbud præcist fremgå, hvilket busmateriel der indgår i de enkelte udbudsenheder.

.....

HT kan ved vurderingen af hvilket/hvilke tilbud, der er det/de økonomisk mest fordelagtige, foretage denne vurdering i forhold til de enkelte udbudsenheder, grupper af udbudsenheder eller det samlede antal udbudsenheder under ét. HT kan i den forbindelse frit vælge, om man vil acceptere et tilbud med dieseldrevne busser, paralleltilbud med gasdrevne busser eller paralleltilbud med busser, der anvender en afprøvet, energibesparende teknologi.

.....

HT forbeholder sig ret til at annullere licitationen helt eller delvist og foretage nyt udbud af hele eller dele af kørslen.«

På tidspunktet for sidste frist for indgivelse af tilbud den 31. august 1999 havde 9 tilbudsgivere afgivet i alt ca. 300 tilbud. Vedrørende udbudsenhed 7 og 7 a, som denne sag vedrører, var der af 3 tilbudsgivere afgivet 20 tilbud :

	Udbudsenhed 7	Udbudsenhed 7 a
1. Arriva Danmark A/S	8 tilbud	2 tilbud
2. City-Trafik A/S	4 tilbud	1 tilbud
3. Linjebus A/S	4 tilbud	1 tilbud

Hovedstadsområdets Trafikselskab besluttede den 8. oktober 1999 vedrørende udbudsenhed 7 a at anmode alle 9 tilbudsgivere om at afgive supplerende tilbud på linie 250 S med 13,7 meter busser, og den 8. oktober 1999 skrev selskabet således til Arriva Danmark A/S:

»Efter modtagelse og åbning af tilbud i forbindelse med HTs 9. udbud af almindelig rutekørsel, er HT blevet opmærksom på, at det – af hensyn til en samlet økonomisk vurdering og et forbedret beslutningsgrundlag – ville være hensigtsmæssigt, at der afgives supplerende tilbud på udbudsenhed 7a (linie 250S) med 13,7 meter busser.

I den anledning rettede jeg – den 7. oktober 1999 – telefonisk henvendelse til Johnny Hansen, hvor jeg orienterede om, at HT har udskudt beslutningen om valg af tilbud på udbudsenhederne 7 eller 7a med henblik på afgivelse af supplerende tilbud.

For god ordens skyld skal jeg skriftligt opfordre til:

- at tilbudsgiverne ved 9. udbud afgiver et supplerende tilbud på udbudsenhed 7a (linie 250S) med 19 stk 13,7 meter S-busser.
- og skriftligt bekræfte,
- at tilbudsgiverne ved 9. udbud er indforstået med en tilbudsfrist på godt 2 uger at regne fra den 11. oktober 1999. Det vil sige, at eventuelle tilbud skal være HT i hænde senest onsdag den 27. oktober 1999 kl 12.00. Tilbud bedes mærket: »9. udbud – supplerende tilbud« og stiles til HTs Kontraktsafdeling, Gl Køge Landevej 3, 2500 Valby.

- at tilbud vil blive åbnet den 27.10. 1999 kl 13.00
- at udbudsbetingelserne, 9. udbud – Almindelig rutekørsel af 9. juni 1999 – i øvrigt er gældende i enhver henseende.«

Da Arriva Danmark A/S gjorde Hovedstadsområdets Trafikselskab opmærksom på, at selskabets anmodning til tilbudsgiverne om at afgive supplerende tilbud var i strid med EU-udbudsreglernes princip om ligebehandling og forbud mod forhandling, besluttede selskabet den 13. oktober 1999 dels at annullere beslutningen om at anmode tilbudsgiverne om at afgive supplerende tilbud vedrørende udbudsenhed 7 a, dels at annullere udbudet vedrørende udbudsenhed 1, 7 og 7 a, og endelig at medtage de linier, som udgjorde de 3 udbudsenheder – herunder linie 250 S (og 97 N) og linie 300 S – under et senere udbud. Selskabets beslutning om at annullere udbudet vedrørende udbudsenhed 7 og 7 a, blev meddelt de 9 tilbudsgivere ved en skrivelse af 13. oktober 1999 af følgende indhold:

»HTs 9. udbud af almindelig rutekørsel mv

Vedlagt fremsendes til orientering pressemeddelelse med resultatet af HTs 9. udbud af almindelig rutekørsel mv.

Opmærksomheden henledes på bestyrelsens beslutning om at foretage genudbud af kørslen på linierne 4E, 19X, 27E og 29 (udbudsenhed 1), linierne 250S og 300S (udbudsenhederne 7 og 7a) samt servicebuskørslen i kommunerne: Frederiksberg, Helsingør, Høje Taastrup, Roskilde og Greve.

Som følge af beslutningen om genudbud tilbagekalder vi herved HTs brev af 8.10.1999 om supplerende tilbud på linie 250S med 13,7 meter busser.«

Ved udbudsbekendtgørelse af 10. november 1999 udbød Hovedstadsområdets Trafikselskab som offentligt udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet 2 tjenesteydelser, bl.a. udbudsenhed 13 (linie 250 S og 97 N). Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 14. december 1999 havde 3 tilbudsgivere afgivet tilbud på udbudsenhed 13, bl.a. Arriva Danmark A/S. Den 6. januar 2000 besluttede Hovedstadsområdets Trafikselskab at indgå kontrakt om udbudsenhed 13 med City Trafik A/S.

Den 20. december 1999 indgav klageren, Arriva Danmark A/S, klage til Klagenævnet over indklagede, Hovedstadsområdets Trafikselskab. Klagen har været behandlet på et møde den 4. april 2000.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at annullere udbudet af 3. juni 1999 for så vidt angår udbudsenhed 7 og 7 a, idet annulationen ikke var sagligt begrundet.

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

Ad udbudet af 3. juni 1999.

Den pressemeddelelse, som indklagede henviste til i sin skrivelse af 13. oktober 1999 til de 3 tilbudsgivere, indeholder følgende om annulationen af udbudet:

»3 udbudsenheder kommer i genudbud

HT annullerer licitationen på linierne 4E, 19X, 27E, 29 og linierne 250S og 300S med dobbeltdækkerbusser/ledbusser samt servicebuslinierne i kommunerne Frederiksberg, Helsingør, Høje Taastrup, Roskilde og Greve. HT vil hurtigst muligt foretage genudbud med blandt andet en ændret kravsspecifikation til busmateriellet og en anden opdeling i udbudsenheder.«

Ad udbudet af 10. november 1999.

Ved udbudsbekendtgørelse af 10. november 1999 udbød indklagede som offentligt udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet 2 tjenesteydelser, nemlig almindelig rutekørsel og servicebuskørsel. Indklagede har betegnet dette udbud som »9. udbud – genudbud – af almindelig rutekørsel og servicebuskørsel.« Den udbudte almindelige rutekørsel, der udgør ca. 6 % af indklagedes almindelige rutekørsel svarende til ca. 233.100 vogntimer pr. år fordelt på 65 busser og med 3-årige eller 6-årige kontrakter, var opdelt i 4 udbudsenheder på mellem 11 og 19 busser.

I udbudsbetingelserne af 11. november 1999 er anført følgende:

»Genudbudet er opdelt i 4 udbudsenheder. Der kan afgives tilbud på de enkelte enheder. Der kan dog afgives kombinerede tilbud, hvor kombinationerne består af enten udbudsenhederne 11/12 eller 13/14. Ved afgivelse af kombinerede tilbud skal der dog samtidig afgives enkelttilbud på de udbudsenheder, som indgår i kombinationen. Der kan ikke bydes på dele af en udbudsenhed, ligesom der ikke kan afgives tilbud på udbudsenheder, som indebærer forbehold om, at andre udbudsenheder vinder.

På udbudsenhederne 11 og 12 skal afgives tilbud baseret på 12 m busser.

På udbudsenhederne 13 og 14 kan – udover tilbud udelukkende baseret på dobbeltdækker S-busser – parallelt afgives tilbud baseret på 13,7 m S-busser og/eller 18 m S-busser.

Udbudsenhederne omfatter nedenstående vogntimeantal, som på udbudstidspunktet er placeret på de anførte linier:

.....

13. Ca 78.900 vogntimer pr år på linierne 97N og 250S mellem Køge og København og mellem Kastrup og Buddinge.

14. Ca 92.500 vogntimer pr år på linie 300S mellem Kokkedal og Hundige.

.....

For at vælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud tager HT således hensyn til både tilbudsprisen og opfyldelsen af HTs ønsker til kvalitet. Der er udarbejdet en model herfor – en værdianalysemodel – som er beskrevet i bilag 2.

HT kan ved vurderingen af hvilket/hvilke tilbud, der er det/de økonomisk mest fordelagtige, foretage denne vurdering i forhold til de enkelte udbudsenheder, grupper af udbudsenheder eller det samlede antal udbudsenheder under ét. HT kan på udbudsenhederne 13 og 14 frit vælge, om man vil acceptere et tilbud med dobbeltdækkerbusser, paralleltildbud med 13, 7 m S-busser og/eller 18 m S-busser.

.....

Kørslen træder i kraft den 2.7.2000 (linie 300S dog planskiftet i forår/sommer 2001).«

Udbudsbetingelserne – herunder tildelingskriteriet – svarede i øvrigt til udbudsbetingelserne ved udbudet af 3. juni 1999.

På tidspunktet for sidst frist for afgivelse af tilbud den 14. december 1999 var der fra 3 tilbudsgivere modtaget 43 tilbud vedrørende udbudsenhed 13 og 14.

Sammenligning af priserne pr. vogntime ved de 2 udbud.

Udbud	Ud- buds- enhed	Bus- linie	Udstyr	Arriva	City- Trafik	Linie- bus	Com- bus
9.	7	250S +300S	dobbelt dækkerbus	434	449	468	
9.	7a	250S	18 m led- bus	455	483	479	
9. gen- udbud	13	250S	13,7 m bus	423	415		427
9. gen- udbud	14	300S	13,7 m bus	405	419		414

Parternes anbringender.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har haft nogen saglig begrundelse for at annullere udbudet af 3. juni 1999 for så vidt angår udbudsenhed 7 og udbudsenhed 7 a.

Klageren har nærmere anført, at det med de krav, der var til busmateriellet i de to udbud var usandsynligt, at der under det andet udbud ville fremkomme tilbud med lavere priser fra nye tilbudsgivere, og det nye udbud har derfor primært eller alene haft til hensigt at fremskaffe lavere tilbud ved at få de samme tilbudsgivere til – nu de var bekendt med de tilbud, der var afgivet under det første tilbud - under det andet udbud at afgive nye og lavere tilbud. Realiteten bag annulationen af det første udbud og gennemførelsen af det andet udbud var således alene et ønske om øget priskonkurrence, og et sådant formål er ikke en lovlig begrundelse for at annullere udbudet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har haft en saglig begrundelse for at annullere udbudet af 3. juni 1999 for så vidt angår udbudsenhed 7 og udbudsenhed 7 a. Indklagede har nærmere henvist til, at annulationen var begrundet i følgende forhold, som indebærer, at indklagede havde en saglig begrundelse til at annullere udbudet vedrørende disse udbudsenheder og derfor var berettiget til at annullere udbudet vedrørende disse udbudsenheder.

a. Opdelingen i udbudsenheder og de udbudte bustyper.

Indklagede havde i nogen tid forud for 9. udbud overvejet indsættelse af dobbeltdækkerbusser, som dels har en større passagerkapacitet end 12 m

busserne, dels har flere siddepladser end 18 m ledbusserne. På baggrund af disse fordele ved dobbeltdækkerbusserne besluttede indklagede i forbindelse med 9. udbud at indhente tilbud på dobbeltdækkerbusser. Udbudsenhed 7 blev sammensat af linie 250 S (og 97 N) og linie 300 S, således at der på disse ruter skulle indsættes i alt 38 dobbeltdækkerbusser med henholdsvis 19 busser til kontraktstart maj 2000 (linie 250 S og 97 N) og 19 busser til kontraktstart maj 2001 (linie 300 S). Denne udbudsenhed blev sammensat med det store antal dobbeltdækkerbusser for at sikre tilbudsgiverne forrentning af businvesteringerne og af eventuelle investeringer i værkstedsbygninger m.v. , og udbudsenheden blev sammensat med forskudt kontraktstart for at give tilbudsgiverne mulighed for at sikre levering af dobbeltdækkerbusserne. Endelig gav udbudsenheden mulighed for at afgive tilbud både på 6-årige kontrakter med busovertagelsespligt ved kontraktsophør og på 8-årige kontrakter uden busovertagelsespligt ved kontraktsophør.

Udbudsenhed 7 a blev fastsat med henblik på den situation, at de modtagne tilbud på udbudsenhed 7, der alene omfattede dobbeltdækkerbusser, ikke kunne anses for tilfredsstillende. Udbudsenhed 7 a blev udformet således, at der vedrørende denne udbudsenhed alene skulle afgives tilbud på linie 250 S (og 97 N) med 18 m ledbusser, som er den type der i dag primært anvendes på disse linier, og med kontraktstart maj 2000. Såfremt det blev besluttet på grundlag af tilbud afgivet vedrørende udbudsenhed 7 a at indgå kontrakt alene vedrørende linie 250 S (og 97 N), skulle linie 300 S udbydes det følgende år.

Efter gennemgang af tilbudene konstaterede indklagede, at den nye type 13,7 m bus, som var med i udbudsenhed 2 (linie 11), på grund af sin kapacitet muligvis kunne være et alternativ til dobbeltdækkerbusserne og til 18 m busserne både på linie 250 S og på linie 300 S. Indklagede konstaterede endvidere, at vogntimepriserne på dobbeltdækkerbusser lå noget over de priser, som indklagede havde forventet. Det var således indklagedes konklusion, at forløbet af udbudet af 3. juni 1999 havde vist, at udbudet for så vidt angår udbudsenhed 7 og udbudsenhed 7 a (ruterne 250 S og 300 S) var blevet gennemført på en meget uhensigtsmæssig måde.

På denne baggrund besluttede indklagede, at der, inden der blev taget stilling til valg af bustype på rute 250 S og 300 S, skulle indhentes tilbud på flere bustyper, og dette kunne kun ske, hvis udbudet af 3. juni 1999 blev annulleret for så vidt angår udbudsenhed 7 og udbudsenhed 7 a.

Ved udbudet af 10. november 1999 (udbudsenhed 13 og 14) blev der indhøjet tilbud vedrørende linie 250 S og linie 300 S således:

1. Dobbeltdækkerbusser alene,
 2. 13,7 m busser alene,
 3. 18 m busser alene og
 4. en kombination af 13,7 m busser og 18 m busser,
- og der kunne endvidere afgives tilbud omfattende både linie 250 S (med de 4 anførte alternativer) og linie 300 S (med de 4 anførte alternativer).

b. Ændringer i kontraktperiodens længde.

Muligheden i udbudet af 3. juni 1999 for at afgive tilbud med kontraktperioder på 8 år uden pligt for indklagede til at overtage busserne blev ikke medtaget i udbudet af 10. november 1999, dels fordi denne mulighed efter det første udbud syntes at være uden betydning for tilbudene, dels af hensyn til tilbudsgiverne.

c. Ændringer i kravspecifikationerne for busserne.

Med henblik på i det nye udbud at opnå flere relevante tilbud fjernede indklagede i udbudet af 10. november 1999 en række af de krav til indretning af busserne, som var indeholdt i udbudsbetingelserne i det første udbud. Det drejer sig om følgende:

- Kravet om klap-/skydevinduer på S-busser,
- Kravet om publikumsradio i S-busser,
- Kravet om spot og luftdyser på nederste dæk i dobbeltdækkere,
- Ændret sædearrangement (flere pladser) på dobbeltdækkere,
- Mulighed for udvendig reklameplads på dobbeltdækkere.

Klageren har vedrørende indklagedes 3 punkter anført følgende:

Ad a. Opdelingen i udbudsenheder og de udbudte bustyper.

Den omstændighed, at indklagede, efter at udbudet var iværksat, blev klar over, at selskabet gerne ville have mulighed for forsøgsvis at indsætte dobbeltdækkerbusser på en enkelt S-buslinie og samtidig mulighed for at indsætte nye 13,7 m busser på en anden S-buslinie, giver ikke indklagede ret til at annullere det iværksatte udbud, og det samme gælder den omstændighed, at indklagede, efter at udbudet var iværksat, fortrød sin beslutning om at undersøge muligheden for at få både linie 250 S og 300 S betjent med enten dobbeltdækkerbusser eller med 18 m ledbusser og i stedet ønskede prisen for betjening af begge buslinier med 13,7 m busser oplyst.

Ad b. Ændringen af kontraktperiodens længde.

Denne ændring er uden betydning for vurderingen af, om indklagede var berettiget til at annullere udbudet.

Ad c. Ændringer i kravsspecifikationerne for busserne.

De ændringer i kravsspecifikationerne, som indklagede har henvist til, er af så bagatelagtig karakter, at de ikke har påvirket de tilbud, der blev afgivet under det nye udbud, og de er uden betydning for vurderingen af, om indklagede var berettiget til at annullere udbudet.

Klagenævnet udtaler:

Den meddelelse om annulation af udbudet for så vidt angår udbudsenhed 13 og udbudsenhed 13 a, som indklagede sendte til de 9 tilbudsgivere den 13. oktober 1999, indeholder ikke en begrundelse for beslutningen, og heller ikke den pressemeddelelse, som var vedlagt skrivelserne af 13. oktober 1999, indeholder en fyldestgørende begrundelse for beslutningen. Indklagede har ved ikke i skrivelserne af 13. oktober 1999 til tilbudsgiverne at give en fyldestgørende begrundelse for beslutningen om annulationen handlet i strid med EU-udbudsreglerne.

Indklagede har såvel i Udbudsbetingelserne af 9. juni 1999 som i Udbudsbetingelserne af 11. november 1999 anført følgende: »HT forbeholder sig ret til at annullere licitationen helt eller delvis og foretage nyt udbud af hele eller dele af kørselen«. Efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet kan Hovedstadsområdets Trafikselskab kun lovligt annullere et udbud eller en del af et udbud, hvis selskabet har en saglig grund hertil. Den anførte passus, som kan forstås således, at Hovedstadsområdets Trafikselskab anser sig for at være berettiget til at annullere et udbud eller en del af et udbud, uanset om selskabet har en saglig begrundelse herfor eller ej, er derfor misvisende. Indklagede har således handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at formulere den pågældende bestemmelse i udbudsbetingelserne som sket.

De grunde for beslutningen om at annullere udbudet af 3. juni 1999 for så vidt angår udbudsenhed 7 og udbudsenhed 7a, som indklagede har henvist til vedrørende opdelingen i udbudsenheder og vedrørende de udbudte busstyper, indeholder efter Klagenævnets vurdering en saglig begrundelse for indklagedes beslutning om at annullere udbudet vedrørende linie 250 S og

300 S med henblik på at gennemføre et nyt udbud vedrørende disse linier, som det skete ved udbudet af 10. november 1999. Klagenævnet tager derfor ikke klagen til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede, Hovedstadsområdets Trafikselskab, har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved i sin skrivelse af 13. oktober 1999 til tilbudsgiverne ikke at give en fyldestgørende begrundelse for beslutningen om at annullere udbudet for så vidt angår udbudsenhed 13 og 13a.

Indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved i udbudsbetingelserne at anføre: »HT forbeholder sig ret til at annullere licitationen helt eller delvis...«.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig