

K E N D E L S E

AC-Trafik ved Anders Bødker Christiansen
(advokat Anette Ryde, København)

mod

Frederiksborg Amt
(advokat Merete Larsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 13. marts 2001 udbød Frederiksborg Amt som offentligt udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet), en tjenesteydelse bestående af dels siddende persontransport, dels siddende bruger- og elevtransport.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 2. april 2001, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 7. maj 2001 havde 8 virksomheder afgivet 17 tilbud. Den 11. juni 2001 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Vifa A/S under stiftelse om den samlede udbudte tjenesteydelse, og kontrakt blev herefter indgået den 29. juni 2001.

Den 19. juli 2001 indgav klageren, AC-Trafik ved Anders Bødker Christiansen, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Frederiksborg Amt. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse den 19. juli 2001 anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 1. august 2001 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet tillagde det ved sin afgørelse bl.a. betydning, at

klagen med anmodning om opsættende virkning først var modtaget i Klagenævnet ca. 5 uger efter, at klageren blev bekendt med indklagedes beslutning om at indgå kontrakt ved Vifa A/S under stiftelse. Klagen har været behandlet på et møde den 2. november 2001.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i forbindelse med angivelsen i udbudsbekendtgørelsen af, at der ved udbuddet anvendes tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, opregningen af de 6 fastsatte underkriterier og angivelsen af, at underkriterierne er anført i prioriteret rækkefølge, ikke tillige at have anført den procentvise vægtning af underkriterierne, der ville blive anvendt under udbudet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i forbindelse med angivelsen i udbudsbekendtgørelsen af, at der ved udbuddet anvendes tildelingskriteriet »det økonomiske mest fordelagtige bud«, opregningen af de 6 fastsatte underkriterier og angivelsen af, at underkriterierne er anført i prioriteret rækkefølge, ikke tillige at have anført den pointskala, der ville blive anvendt ved vurderingen af de enkelt underkriterier.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, at have fastsat

a. (1) »driftssikkerhed« og

b. (4) »erfaring med tilsvarende opgaver«,

uagtet disse underkriterier efter deres indhold vedrører de krav, som en tilbudsgiver skal opfylde, for at et tilbud fra tilbudsgiveren kan blive taget i betragtning.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat et uklart underkriterium, nemlig underkriteriet

(1) »driftsikkerhed«, der i realiteten vedrørte tilbudsgivernes økonomiske formåen, hvilket hverken fremgik af betegnelsen »driftsikkerhed«, af udbudsbekendtgørelsen eller af udbudsbetingelserne.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at tage tilbuddet fra tilbudsgiveren Vifa A/S under stiftelse i betragtning, uagtet dette tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelserne, idet Vifa A/S, da selskabet var under stiftelse, ikke i sit tilbud afgav og ikke kunne afgive fyldestgørende oplysninger om

- a. virksomhedens »soliditet« som blandt andet vedrørte virksomhedens regnskaber, herunder disponering af over-/underskud, og
- b. virksomhedens »organisation«, som bl.a. vedrørte virksomhedens omsætning.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved ved sin anvendelse af underkriteriet (1) »driftsikkerhed« ved bedømmelsen af tilbudet fra Vifa A/S under stiftelse at have lagt vægt på oplysninger om Vifa A/S' aktionærers finansielle og økonomiske formåen, uagtet aktionærerne ikke hæfter for Vifa A/S' forpligtelser.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 11. juni 2001 om at indgå kontrakt med Vifa A/S under stiftelse.

Påstand 8

Klagenævnet skal annullere indklagedes udbud af 13. marts 2001 af siddende persontransport og siddende bruger- og elevtransport.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 8 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Udbudsbekendtgørelsen af 13. marts 2001 indeholder bl.a. følgende:

- »2. Tjenesteydelsens kategori og beskrivelse,

Tjenesteydelsen består af siddende patientkørsel til og fra sygehuse og behandlingssteder, samt den siddende bruger- og elevtransport som består i kørsel af personer med fysisk eller psykisk nedsat funktionsevne til og fra amtets boformer, beskæftigelses-tilbud, specialskoler.

Den siddende patienttransport består af ca. 105.000 kørsler årligt fordelt på 6 sygehuse og flere mindre behandlingssteder.

Den siddende bruger- og elevtransport til ca. 40 børnehaver, skoler og institutioner består af ca. 300.000 kørsler årligt.

-
4. a) Forbeholdt en bestemt procession: Vognmanden skal have tilladelse til erhvervsmæssig personbefordring samt til speciel rutekørsel, såfremt der bydes på siddende bruger- og elevtransport.
-
5. Opdeling i afsnit: Der kan bydes på såvel hele som dele af kørselsopgaven. De nærmere betingelser herfor vil fremgå af udbudsmaterialet.
6. Alternative bud: Der kan bydes på såvel hele som dele af kørselsopgaven. De nærmere betingelser herfor vil fremgå af udbudsmaterialet.
-
7. Frist for udførelse eller tjenesteydelsens påbegyndelse eller effektivering, eller kontraktens varighed:
Kontrakterne forventes indgået med virkning fra 1.10.2001 for den siddende patienttransport og med virkning fra 1.8.2002 for kørslen af personer med fysisk og psykisk funktionsnedsættelse. Kontrakterne ophører den 1.10.2006.
-
14. Minimumskrav: Der stilles ingen særlige krav til selskabsform, men tilbudsgiveren skal oplyse om ejerforhold.
Det vil fremgå af udbudsmaterialet, hvilke oplysninger om økonomiske forhold og teknisk formåen amtet vil forlange oplyst. Endvidere skal tilbudsgiver afgive erklæring om ubetalt, forfalden gæld til offentlig myndighed.
-
16. Tildelingskriterier: Med henblik på at opnå de i udbudsmaterialet angivne fordele ved udbud af kørselsopgaven vil Frederiksborg Amt vælge det samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra følgende kriterier: (1) Driftssikkerhed, (2) økonomi, (3) serviceorientering, (4) erfaring med tilsvarende opgaver, (5) arbejdsmiljø samt (6) vognstandard. Kriterierne er nævnt i prioriteret rækkefølge.« (Nummereringen af underkriterierne er foretaget af Klagenævnet.)

Ad påstand 1 og 2

Indklagede har i et notat af 19. juni 2001 oplyst følgende:

»Frederiksborg Amts Økonomiudvalg besluttede den 12. marts 2001 at benytte tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud med nedennævnte evalueringskriterier i prioriteret rækkefølge. Dette fremgik af annonce og udbudsmaterialet.

Det blev ved vurderingen af tilbudene foretaget en vægtning i overensstemmelse med kriteriernes rækkefølge. Vægtningen var administrativt fastsat til følgende procentdele:

1.	Driftsikkerhed	40 %
2.	Økonomi/pris	30 %
3.	Serviceorientering	12 %
4.	Erfaring med tilsvarende opgaver	9 %
5.	Arbejdsmiljø.	6 %
6.	Vognstandard	3 %

.....

Ved gennemgangen af de enkelte tilbud blev der foretaget en vurdering af, i hvilket omfang tilbuddet opfyldte de stillede kriterier. Der blev givet point på en 0 – 5 skala, hvor 5 point blev givet for det absolut tilfredsstillende, og 0 point blev givet for det helt utilfredsstillende eller på grund af manglende oplysninger«.

Trine Larting, der hos indklagede har forestået udbudet, har forklaret, at indklagede ikke på forhånd havde regnet med, at der skulle udarbejdes en procentvis vægtning af underkriterierne eller fastsættes et pointsystem ved vurderingen af de enkelte underkriterier. På grund af det store antal tilbud og det forhold, at tilbudene på grund af deres udformning var vanskelige at vurdere, blev det imidlertid efterfølgende – d.v.s. efter den 7. maj 2002 – besluttet at fastsætte en procentvis vægtning af de enkelte underkriterier og at anvende et pointsystem ved vurderingen af tilbudene. Først efter, at indklagede have vurderet tilbudene og truffet beslutning om indgåelse af kontrakt, blev det overfor omverdenen oplyst, hvilken procentfordeling og hvilket pointsystem der havde været anvendt.

Ad påstand 3 og 4

I udbudsbetingelserne er bl.a. fastsat følgende:

»3. Bydere

Aftale om kørslen af den siddende personkørsel i Frederiksborg Amt kan indgås med såvel en enkelt person, som et selskab eller en anden juridisk person.

I tilbuddet skal indgå en beskrivelse af byderens virksomhed, herunder oplysninger om ejerskab, økonomi, soliditet og organisation. På forlangende skal byderens økonomiske baggrund dokumenteres jf. bilag 1. Disse oplysninger vil blive behandlet fortroligt«.

Indklagede har i et notat af 19. juni 2001 oplyst følgende:

»Ved vurderingen af, hvilke faktorer der har haft betydning for virksomhedernes opfyldelse af de enkelte kriterier, har de nedenfor anførte forhold været afgørende for pointgivningen.

Pointgivningen på driftssikkerhed, serviceorientering, erfaring, arbejdsmiljø, og vognstandard har primært taget udgangspunkt i det opfyldelsesniveau af kriteriet som opgaven krævede, og sekundært taget udgangspunkt i en sammenligning mellem virksomhederne. Eksempelvis har meget forskellige virksomheder det samme antal point i kategorien driftssikkerhed, selvom en virksomhed har en langt større egenkapital og omsætning end de øvrige. Udgangspunktet for pointgivningen har således været, om amtet kunne anse virksomheden for at være driftssikker i forhold til den udbudte opgave. En virksomhed kan dermed ligeledes være vurderet til en pointsats på en afgrænset del af opgaven og til anden pointsats på en anden del af opgaven.

På prisen har vægtningen været anderledes, idet alle forskelle har betydning. Det billigste tilbud har fået 5 point og de øvrige tilbud har fået point i forhold til det billigste tilbudspris.«

I notatet hedder det herefter om underkriteriet (1) »Driftssikkerhed«:

»Driftssikkerhed.

Følgende forhold har været afgørende for vurderingen af virksomhedens driftssikkerhed:

Soliditet:

- egenkapital
- aktiver i selskabet
- forholdet mellem egenkapital / aktiver samt lang- og kortfristet gæld
- virksomhedens alder

- udviklingen i regnskaberne, herunder disponering af over-/underskud

Det har været forskelligt fra virksomhed til virksomhed, hvilken dokumentation der har været anvendt ved vurderingen af soliditeten. For de store virksomheder med en betydelig omsætning og egenkapital, er virksomhedens oplysninger i tilbuddet lagt til grund for vurderingen. For de små og mellemstore virksomheder er regnskaberne blevet gransket, og der er i flere tilfælde blevet indhentet regnskabsoplysninger for 1999 og 2000.

Det bemærkes, at amtet har stillet krav om en sikkerhedsstillelse på 10 % af entreprisensummen.

Selskabsform:

- aktieselskab
- anpartsselskab
- forening
- enkelt ejet virksomhed

Det har ved vurderingen af driftssikkerhed i forhold til selskabsform været afgørende, hvorvidt aktiverne i selskabet er bundet til selskabet eller kan udtrækkes af virksomhedens ejere.

Aktieselskaber og anpartsselskaber er i denne forbindelse blevet tillagt størst driftssikkerhed, idet virksomhedens værdier ikke udtages i forbindelse med at en vognmand ønsker at trække sig ud af selskabet, og idet en vognmands personlige kreditor ikke kan gøre udlæg i selskabets aktiver.

Foreninger er ikke tillagt den samme driftssikkerhed som aktie- og anpartsselskaber, idet vognmændene frit, om end med et varsel, kan melde sig ud af foreningen og medtage en betydelig andel af foreningens egenkapital/aktiver.

Enkelt ejede firmaer må generelt tillige siges at være mindre driftssikre med aktie- eller anpartsselskaber. Der er langt større råderum for virksomhedens ejer og dennes personlige kreditorer kan gøre udlæg i virksomheden. Soliditeten afhænger således af virksomhedens regnskab samt ejerens personlige økonomiske forhold og må bero på en konkret vurdering af den samlede økonomi.

Organisation:

- Omsætning
- Organisation
- Anlægs- og ansættelsesbehov.

Der er lagt vægt på, at virksomheden har en størrelse og en organisation som sandsynliggør, at den vil kunne rumme den type opgave, som amtet udbyder. Ved vurderingen har det haft betydning, hvilket forøgelse af omsætningen amtets kørselsopgave ville indebære, samt hvor stort virksomhedens behov i givet fald ville være for at investere i nye biler samt ansætte nye medarbejdere.«

I notatet hedder det om underkriteriet (4) »Erfaring med tilsvarende opgaver«:

»Erfaring.

Følgende forhold har været afgørende for vurderingen af virksomhedens erfaring:

Såfremt en tilbudsgiver har dokumenteret betydelig erfaring med kørsel af amtslige patienter, brugere og elever er der givet 5 point. Det har ikke været en forudsætning, at der var tale om erfaring med patienter, brugere og elever fra Frederiksborg Amt, idet erfaring fra andre amter og kommuner har vægtet tilsvarende.

Såfremt en tilbudsgiver ikke har haft erfaring med kørsel af amtslige brugere og elever har tilbudsgiveren ikke kunnet opnå 5 point, da dette er en speciel kørselsopgave, og kørsel med andre grupper af borgere kan ikke ligestilles hermed.

Det har herudover haft betydning hvilket kørselsomfang med de relevante persongrupper, som virksomheden har angivet i tilbuddet. Pointgivningen er givet proportionalt, således at en beskedent erfaring eller mangelfulde oplysninger om kørselens omfang har givet relativt færre point«.

Indklagede har i en skrivelse af 30 april 2001 til tilbudsgiverne, hvor en række spørgsmål blev besvaret, anført følgende vedrørende »Arbejdsmiljø«:

»Arbejdsmiljø er ikke et tildelingskriterium, og indgår dermed ikke ved vurderingen heraf. Arbejdsmiljø er et basiskrav om, at vognmanden skal sørge for at chaufførerne har sådanne arbejdsforhold, at de er i stand til at løse opgaven på en tilfredsstillende måde. Amtet ønsker ikke at forholde sig til arbejdets tilrettelæggelse, jf. pkt. 6.

Amtet stiller ikke krav om medlemskab af specielle forbund«.

Indklagede har oplyst, at der ved udarbejdelsen af svaret i første punktum vedrørende »Arbejds miljø« er begået en fejl, idet »arbejds miljø« var et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Vifa A/S afgav 5 tilbud, 1 tilbudsgiver afgav 4 tilbud, 2 tilbudsgivere afgav 2 tilbud, mens de resterende 4 tilbudsgivere afgav 1 tilbud.

Ad påstand 5 og 6

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

»Vognmanden kan indgå aftale med underentreprenør på de betingelser som fremgår af bilag 1.

.....

Pkt. 2 Overdragelse af rettigheder – Underentreprenører. (I Bilag 1):

- Stk. 1 Entreprenøren er alene berettiget til at overdrage sine rettigheder i henhold til kontakten til sit pengeinstitut. Entreprenøren kan delvis benytte én eller flere underentreprenør(er) til løsning af opgaven. Såfremt entreprenøren ønsker at lade kontrakten udføre delvist ved underentreprenør, skal der skriftligt redegøres for, hvor stor en del af kontrakten, der påregnes udført ved hver enkelt underentreprenør. Frederiksborg Amt skal forhåndsgodkende enhver brug af underentreprenør. Brug af underentreprenør frigør ikke entreprenøren for nogen forpligtelse overfor Frederiksborg amt.
- Stk. 2 Entreprenøren skal sikre, at underentreprenøren ved udførelsen af kørselsopgaven har forpligtiget sig til at udføre opgaven efter de betingelser og krav, som entreprenøren har påtaget sig ved nærværende kontrakt og udbudsgrundlag.
- Stk. 3 Væsentlige ændringer i den indbyrdes fordeling af arbejdsmængde, efter kontraktsstart skal uopholdeligt skriftligt meddelelse Frederiksborg Amt, der skal godkende forholdet inden iværksættelsen heraf.
- Stk. 4 Frederiksborg Amt er berettiget til at nægte at godkende en ny underentreprenør eller at godkende en væsentlig ændring i den indbyrdes fordeling af arbejdsmængden, såfremt vægtige grunde taler herfor.«

Vifa A/S blev stiftet den 27. april 2001 med en aktiekapital på 550.000 kr. som var indbetalt med 50.000 kr. af hver af følgende 11 stiftere:

1. Frederikssund Mini- og Handibusser ved Morten Bang
2. Klamer A/S
3. Bilcentralen ved Helle Marianne Petersen og Bent Elo Petersen
4. Gilleleje-Græsted Minibus ved Bent Korndal
5. Bilcentralen af 1931 ved Kjeld Petersen
6. Kokkedal Busservice ved Ole Weibel
7. Prebens Minibusser ved Preben Bruhn Larsen
8. Finns Handicapkørsel ved Finn H. Frederiksen
9. Hundested Taxi ved Lis Inge Madsen
10. Stenløse Taxi ved Torsten Arne Pursved
11. Taxicentralen Nordkysten ved Ola Hansen

Selskabet blev registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 3. august 2001.

Vifa A/S under stiftelse anførte i sit tilbud følgende vedrørende »Virksomhedsbeskrivelse«:

»Firmaet og økonomien ad pkt. 3 + 21

Vifa A/S (Vognmændene i Frederiksborg Amt) er et aktieselskab stiftet den 27. april 2001 (se vedl. stiftelsesdokument) af 11 selvstændige vognmænd med det formål at forestå den af amtet udliciterede befordring af elever, brugere og patienter. Vifa A/S kan registreres i løbet af 2 uger hvis resultatet af udliciteringen falder ud til Vifa's fordel. Egenkapitalen er kr. 550.000. Hertil kommer garantien på op til kr. 4 mio. såfremt Vifa A/S vinder den fulde licitation. De enkelte aktionærer (vognmænd) har drevet virksomhed i mange år og kan fremvise velkonsoliderede forretninger, på trods en turbulent branche, hvorfor de kan supplere med soliditetsoplysninger på amtets forlangende.

Driftssikkerhed og arbejdsmiljø, ad. pkt 5.1 + 5.5

Vifa's vogne vil blive vedligeholdt i henhold til de foreskrevne intervaller. Konstant overvågning af økonomi og forurening vil v.h.a. udskrifter fra bilernes styrebokse foretaget af autoriseret Bosch-værksted. Alle biler, diesel såvel som benzindrevne er naturligvis forsynet med katalysatorer og kører på det rene mulige brændstof (ultralet miljødiesel og oktan 95 blyfri). Motorolien vil være af bedste fuldsyntetiske slags. Bilerne vil dagligt blive kontrolleret, bl.a. på baggrund af chaufførernes rapporter og de udfyldte mangellister. (Se bilag 1.a) I tilfælde af nedbrud vil Vifa A/S altid have reservekøretøjer klar til erstatning.

Vifa A/S vil opfylde alle krav til god persontransport ved at sikre en høj grad af uddannelser af chauffører samt løbende undersøgelser af arbejdsmiljø i samarbejde med sikkerhedsudvalget for at minimere stress, ryglidelser og andre for faget kendte risici. Firmaets ansatte tilbydes et godt arbejdsmiljø via velfungerende vogne og sikkerhed i ansættelsen. Vifa følger naturligvis gældende overenskomst. Efter indgåelse af evt. kontrakt vil Vifa hurtigst muligt tage kontakt med VBT m.h.p. at opnå et tæt samarbejde og for hurtigst muligt at organisere kørslen så effektivt som muligt.

Erfaring, ad pkt. 5.4

De enkelte vognmænd (aktionærer) i selskabet har i mange år (i gennemsnit 20!) udført ca. $\frac{3}{4}$ af den nu udbudte kørsel. Deraf følger en enorm erfaring med befordring af amtets klienter, herunder fysisk som psykisk handicappede børn og voksne samt andre klienter med en bred vifte af handicaps relaterede til amtets institutioner.

Serviceorientering, ad pkt. 5.3

Serviceniveauet prioriteres højt i Vifa. For en stor del af vores kunder og deres pårørende er det af yderste vigtighed at også transporten fungerer optimalt for at brugerne i deres måske i forvejen svære dagligdag. Dette opnås gennem nøje udvælgelse af chauffører samt løbende kontrol, bl.a. via stikprøveskemaer, (se bilag 1b) som udleveres til brugerne med påtrykt vogn- og chaufførnummer. Desuden holder vi jævnligt møde med institutioner og behandlingssteder. Vifa er naturligvis åben for forslag som kan bidrage til et endnu højere serviceniveau.«

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Klageren har i første række gjort gældende, at det følger af Tjenesteydelsesdirektivet, at en udbyder, når udbyderen i overensstemmelse med forskriften i artikel 36, stk. 2, har anført underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge altid tillige er forpligtet til enten i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne at anføre en procentvis vægtning af underkriterierne.

Klageren har i anden række gjort gældende, at det følger af Tjenesteydelsesdirektivet, at en udbyder, når udbyderen i overensstemmelse med forskriften i artikel 36, stk. 2, har anført underkriterierne til tildelingskriteriet

»det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge, når det ved et udbud er muligt at gøre det, tillige er forpligtet til enten i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne at anføre en procentvis vægtning af underkriterierne.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke efter Tjenesteydelsesdirektivet er nogen pligt for en udbyder til, når udbyderen i overensstemmelse med forskriften i artikel 36, stk. 2, har anført underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge, tillige at fastsætte en procentvis vægtning af underkriterierne. Dette gælder ikke alene tilfælde, hvor det ikke er muligt for en udbyder på forhånd at fastsætte en sådan procentvis vægtning, men også tilfælde, hvor det er muligt ved udarbejdelsen af udbudsbetingelserne eller måske allerede ved udarbejdelsen af udbudsbekendtgørelsen at fastsætte en sådan procentvis vægtning.

Ad påstand 2

Klageren har i første række gjort gældende, at det følger af Tjenesteydelsesdirektivet, at en udbyder, når udbyderen i overensstemmelse med forskriften i artikel 36, stk. 2, har anført underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge altid tillige er forpligtet til enten i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne at anføre en pointskala, som vil blive anvendt ved vurderingen af tilbudene i relation til de enkelte underkriterier.

Klageren har i anden række gjort gældende, at det følger af Tjenesteydelsesdirektivet, at en udbyder, når udbyderen i overensstemmelse med forskriften i artikel 36, stk. 2, har anført underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge, når det ved et udbud er muligt at gøre det, tillige er forpligtet til enten i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne at anføre en pointskala, som vil blive anvendt ved vurderingen af tilbudene i relation til de enkelte underkriterier.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke efter Tjenesteydelsesdirektivet er nogen pligt for en udbyder til, når udbyderen i overensstemmelse med forskriften i artikel 36, stk. 2, har anført underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge, tillige at fastsætte en pointskala til anvendelse ved vurderingen

af tilbudene i relation til de enkelte underkriterier. Dette gælder ikke alene tilfælde, hvor det ikke er muligt for en udbyder på forhånd at fastsætte en sådan pointskale, men også tilfælde, hvor det er muligt ved udarbejdelsen af udbudsbetingelserne eller måske allerede ved udarbejdelsen af udbudsbekendtgørelsen at fastsætte en sådan pointskala.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at underkriterierne (1) »Driftssikkerhed« og (4) »Erfaring med tilsvarende opgaver« er uegnede som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, og at de efter den udbudte tjenesteydelses beskaffenhed udelukkende kan anvendes som udvælgelseskriterier, idet de vedrører de krav, som en virksomhed skal opfylde, for at virksomhedens tilbud kan tages i betragtning, men ikke forhold vedrørende tilbudet, som kan inddrages ved anvendelsen af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Indklagede har gjort gældende, at underkriteriet (1) »Driftssikkerhed« er nødvendigt for indklagede i betragtning af det store antal kørsler og nødvendigheden af ikke at få driftstop i forbindelse med de udbudte kørsler, og at der ikke er sket nogen sammenblanding af udvælgelseskriteriet om tilbudsgivernes økonomiske forhold og underkriteriet »driftssikkerhed«. Indklagede har endvidere gjort gældende, at underkriteriet (4) »Erfaring med tilsvarende opgaver« var egnet til at sikre, at den tilbudsgiver, der skulle indgå kontrakt med, kunne gennemføre kørslerne tilfredsstillende.

Ad påstand 4

Klageren har for det tilfælde, at Klagenævnet antager, at underkriteriet »Driftssikkerhed« er anvendeligt som underkriterium, gjort gældende, at underkriteriet er så uklart, at indklagede ved anvendelsen af betegnelsen »Driftssikkerhed« har handlet i strid med EU-udbudsreglernes gennemsigtighedsprincip, idet tilbudsgiverne ikke har kunnet vide, at dette underkriterium, der var prioriteret som det vigtigste, i virkeligheden betød »tilbudsgiverens økonomiske soliditet og formåen«.

Indklagede har gjort gældende, at underkriteriet (1) »Driftssikkerhed« ikke er uklart, da det naturligt forstås som bl.a. omfattende også en tilbudsgivers økonomiske soliditet og formåen.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede var forpligtet til ikke at tage tilbudet fra Vifa A/S i betragtning, allerede fordi tilbudsgiveren ikke, da tilbudet blev afgivet, ved anmeldelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen var kommet til eksistens som juridisk person. Klageren har endvidere gjort gældende, at Vifa A/S under stiftelse ikke var stiftet på tidspunktet for indgivelse af tilbudet, da det udtrykkeligt af stiftelsesoverenskomsten fremgår, at stiftelsen var gjort betinget af, at selskabet fik en kontrakt med indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at amtet var forpligtet til at tage tilbudet fra Vifa A/S under stiftelse i betragtning, uanset at selskabet på tidspunktet for stiftelsen alene var under stiftelse. Det følger af EU-udbudsreglerne, at der ikke kan stilles bestemte krav til tilbudsgivernes juridiske form eller organisation, og indklagede ville have handlet i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip ved ikke at tage tilbudet fra Vifa A/ under stiftelse i betragtning.

Ad påstand 6

Klageren har for det tilfælde, at Klagenævnet antager, at indklagede, uanset at Vifa A/S på tidspunktet for indgivelsen af tilbud stadig var under stiftelse, var forpligtet til at tage tilbudet fra denne tilbudsgiver i betragtning, gjort gældende, at indklagede ikke har haft grundlag for vurdere denne tilbudsgiver på lige fod med andre tilbudsgivere, da denne tilbudsgiver som følge af, at tilbudsgiveren endnu ikke havde påbegyndt erhvervsvirksomhed, var afskåret fra at fremkomme med de krævede oplysninger om virksomhedens økonomi («Driftsikkerhed»), serviceorientering, erfaring med tilsvarende opgaver og vognstandard, og at indklagede derfor ved sin vurdering af tilbudet fra denne tilbudsgiver har handlet i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at det er en følge af det forhold, at amtet efter EU-udbudsreglerne var forpligtet til at tage tilbudet fra Vifa A/S under stiftelse i betragtning, at amtet ligeledes var forpligtet til at acceptere, at en række oplysninger fra denne tilbudsgiver havde en anden karakter end oplysninger fra tilbudsgivere, som allerede på tidspunktet for afgivelsen af til-

bud drev erhvervsvirksomhed med persontransport, og at indklagede således ikke har handlet i strid med EU-udbudsreglerne.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Der er hverken efter Tjenesteydelsesdirektivet eller efter de EU-udbudsretlige regler i øvrigt noget krav om, at en udbyder, som i overensstemmelse med artikel 36, stk. 2, har anført underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge, tillige skal fastsætte en procentvis vægtning af underkriterierne og give oplysning om denne procentvise vægtning enten i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 2

Der er hverken efter Tjenesteydelsesdirektivet eller efter de EU-udbudsretlige regler i øvrigt noget krav om, at en udbyder, som i overensstemmelse med artikel 36, stk. 2, har anført underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge, tillige skal fastsætte en pointskala, som vil blive anvendt ved vurderingen af tilbudene i relation til de enkelte underkriterier, og give oplysning om denne pointskala enten i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 3

Underkriteriet (1) »driftssikkerhed« i betydningen en tilbudsgivers økonomiske soliditet og dermed tilbudsgiverens økonomiske baggrund for at kunne opfylde kontrakten både ved kontraktperiodens start og under hele kontraktperiodens forløb er et udvælgelseskriterium, som indklagede har haft pligt til at anvende ved afgørelsen af, hvilke virksomheders tilbud der skulle tages i betragtning. Dette indebærer, at indklagede, forinden indklagede be-

sluttede, at et tilbud skulle tages i betragtning og dermed indgå i den samlede vurdering af alle de tilbud, der blev taget i betragtning, skal have konstateret, at den pågældende tilbudsgiver opfylder udvælgelseskriterierne, herunder kravet vedrørende økonomisk soliditet (»driftssikkerhed«).

Spørgsmålet er herefter, om tilbudsgiverens økonomiske soliditet også må indgå som underkriterium ved den efterfølgende vurdering af tilbudene. Efter den udbudte tjenesteydelses beskaffenhed og under hensyn til, at det under udbudet var muligt at afgive tilbud på dele af tjenesteydelsen – i praksis også mindre dele af tjenesteydelsen – har det ikke været i strid med EU-udbudsreglerne ved den efterfølgende vurdering af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« også at inddrage en vurdering af tilbudsgivernes økonomiske soliditet. Indklagede har således ikke handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at fastsætte underkriteriet (1) »driftssikkerhed« med den anførte betydning. Klagenævnet har ikke fundet anledning til at vurdere om indklagedes vægtning af dette underkriterium med 40 % har været saglig.

Efter den udbudte tjenesteydelses beskaffenhed er underkriteriet (4) »erfaring med tilsvarende opgaver« egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, og indklagede har derfor ikke handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at fastsætte dette underkriterium.

Ad påstand 4

Det fremgår af indklagedes notat af 19. juni 2001, at indklagede ved anvendelsen af underkriteriet (1) »driftssikkerhed« har lagt afgørende vægt på »virksomhedens« driftssikkerhed i betydningen »soliditet« og »selskabsform«, og at indklagede tillige har lagt vægt på »organisation« omfattende »omsætning«, »organisation« og »anlægs- og ansættelsesbehov«. Disse forhold kan ikke på en så klar måde, som det kræves efter EU-udbudsreglerne, sammenfattes under betegnelsen »driftssikkerhed«. Indklagede har således handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at anvende ordet »driftssikkerhed« som beskrivelse af det pågældende underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, da denne betegnelse ikke på tilstrækkelig tydelige måde gør det klart for virksomheder, som overvejer at afgive tilbud, hvad underkriteriet dækker.

Ad påstand 5

Den omstændighed, at tilbudsgiveren Vifa A/S under stiftelse på tidspunktet for afgivelsen af tilbudet alene var et selskab »under stiftelse«, udelukker ikke efter EU-udbudsreglerne, at tilbudet fra denne tilbudsgiver skal tages i betragtning på lige fod med tilbudene fra de øvrige tilbudsgivere, og dette gælder uanset det forhold, at stifternes beslutning om at stifte selskabet var betinget af, at selskabet under udbudet ville få en kontrakt. Det anførte indebærer endvidere, at en udbyder, når et selskab under stiftelse afgiver tilbud, efter EU-udbudsreglerne må acceptere, at denne tilbudsgivers dokumentation vedrørende virksomhedens »soliditet« og »organisation« har et andet indhold end den dokumentation vedrørende disse udvælgelseskriterier og underkriterier, som selskaber, der allerede driver virksomhed, kan tilvejebringe.

Efter en gennemgang af de oplysninger, som Vifa A/S under stiftelse fremsendte til indklagede som en del af tilbudet, opfyldte denne tilbudsgiver udbudsbetingelserne. Indklagede havde således ikke grundlag for at undlade at tage tilbudet fra Vifa A/S under stiftelse i betragtning. Klagenævnet tager derfor ikke påstand 5 til følge.

Ad påstand 6

Som grundlag for sin vurdering af Vifa A/S's økonomiske forhold, når selskabet efter registreringen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen havde fået retsevne og kunne optræde som kontraktspart, har indklagede alene haft oplysningerne om den indbetalte aktieselskabskapital på 550.000 kr. samt oplysninger om de 11 stiftere, herunder oplysninger om de 11 stifters økonomi. Da stifterne af selskabet Vifa A/S imidlertid efter registreringen af selskabet ikke hæfter for de forpligtelser, som Vifa A/S under stiftelse i henhold til en kontrakt med indklagede ville have overfor indklagede, har indklagede reelt ikke haft anden sikkerhed for Vifa A/S's opfyldelse af sine forpligtelser efter en eventuel kontrakt end aktiekapitalen og selskabets eventuelle øvrige regnskabsmæssige formue. Indklagede har ikke ved f.eks. at modtage skriftlige kautionserklæringer fra de 11 stiftere, hvorved de indestår for selskabets overholdelse af sine forpligtelser overfor indklagede, sikret sig mulighed for at få eventuelle krav mod selskabet dækket af stifterne, og indklagede har heller ikke modtaget skriftlige erklæringer fra de 11 stiftere, hvorved de 11 stiftere på forhånd påtager sig en juridisk binden-

de forpligtelse til at indgå kontrakt med Vifa A/S om kørsel – eventuelt kørsel i endnu ikke nærmere præciseret omfang.

Det følger af det anførte, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved ved bedømmelsen af Vifa A/S under stiftelse at have lagt vægt på aktionærernes (stifternes) økonomiske forhold på en måde, som ikke svarede til de juridiske realiteter vedrørende den pågældende tilbudsgiver. Påstand 6 tages derfor til følge.

Ad påstand 7

De overtrædelser, som Klagenævnet har konstateret vedrørende påstand 4 og påstand 6, giver ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Vifa A/S under stiftelse.

Ad påstand 8

Det følger af det, der er anført ad påstand 7, at Klagenævnet ikke tager denne påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat et uklart underkriterium, nemlig underkriteriet (1) »driftsikkerhed«.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved ved sin anvendelse af underkriteriet (1) »driftsikkerhed« ved bedømmelsen af tilbudet fra Vifa A/S under stiftelse at have lagt vægt på oplysninger om Vifa A/S' aktionærers finansielle og økonomiske formåen, uagtet aktionærerne ikke hæfter for Vifa A/S' forpligtelser.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 – 3, 5, 7 og 8.

Indklagede, Frederiksborg Amt, skal i sagsomkostninger til klageren. AC-Trafik ved Anders Bødker Christiansen, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig