

K E N D E L S E

Blue Line/Herlufsholm Minibus ved Tim Olsen  
(selv)

mod

Storstrøms Trafikskab  
(advokat Jacob Ploug, Nykøbing Falster)

Ved udbudsbekendtgørelse af 23. august 2004 udbød Storstrøms Trafikskab som offentligt udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet) tjenesteydelsen »individuel handicapkørsel« i Storstrøms, Vestsjællands, Roskilde og Københavns amter samt i Københavns og Frederiksberg kommuner. Tilbud kunne afgives på kørsel i én, flere eller alle kommuner og på kørsel med almindelig vogn og/eller vogn med lift. Denne sag vedrører kørsel med lift i Næstved Kommune.

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 3. november 2004 havde Næstved Taxa og Blue Line ved Tim Olesen afgivet tilbud på kørsel med lift i Næstved Kommune.

Den 10. december 2004 besluttede Storstrøms Trafikskab at indgå kontrakt med såvel Blue Line ved Tim Olsen som Næstved Taxa, og kontrakter blev herefter indgået den 28. januar 2005.

Ved skrivelse af 29. januar 2005 meddelte Storstrøms Trafikskab Blue Line ved Tim Olsen, at trafikskabet på et bestyrelsesmøde den 29. januar

2005 havde besluttet at ændre »tildelingsrækkefølgen for kontrakt på kørsel med liftvogn i Næstved«, således at Næstved Taxa blev 1. leverandør og Blue Line ved Tim Olsen blev 2. leverandør.

Den 25. juli 2005 indgav klageren, Blue Line/Herlufsholm Minibus ved Tim Olsen, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Storstrøms Trafikselskab. Klagen har været behandlet på et møde den 21. oktober 2005.

Klageren, der er af den opfattelse, at indklagede burde have tildelt klageren kontrakt på de kørsler, der angår ture med en længde på over 25 km i tidsrummet 05.00 – 20.00 og med en længde på over 38 km i tidsrummet 20.00 – 05.00, har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, og artikel 36 samt de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at beslutte at tildele kontrakten om liftkørsel i Næstved Kommune til en 1. leverandør, der primært leverer tjenesteydelsen, og en 2. leverandør, der kun leverer, når 1. leverandørens kapacitet er opbrugt, uanset at denne tildelingsmetode ikke er fastsat i udbudsbetingelserne, idet det alene er fastsat, at der indgås kontrakt med 2 leverandører, og at tildelingen sker efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

#### Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, og artikel 36 samt de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved den 10. december 2005 i forbindelse med beslutningen om, hvilket tilbud på liftkørsel i Næstved Kommune der var det økonomisk mest fordelagtige, ved vurderingen af underkriteriet »pris« at være gået ud fra en gennemsnitlig længde på kørte ture på 30 km, uanset at dette ikke er fastsat i udbudsbetingelserne.

#### Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, og artikel 36 samt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip ved den 28. januar 2005 i forbindelse med en fornyet beslutning om, hvilket tilbud på liftkørsel i Næstved Kommune der var det økonomisk mest fordelagtige, ved vurderin-

gen af underkriteriet »pris« at være gået ud fra en gennemsnitlig længde på kørte ture på 20 km, uanset at dette ikke var fastsat i udbudsbetingelserne.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip ved i forbindelse med udbudet af individuel handicapkørsel i Næstved Kommune at have ændret bedømmelsen af underkriteriet »pris«, idet indklagede – da der var indgået kontrakter med såvel klageren som Næstved Taxa – efter en fornyet bedømmelse på grundlag af et andet anvendt kilometergennemsnit meddelte klageren, at tildelingsrækkefølgen var ændret, således at klageren var »2. leverandør«, mens Næstved Taxa var »1. leverandør«.

#### Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutninger af 10. december 2004 og 28. januar 2005 om tildeling af kontrakter på liftkørsel i Næstved Kommune til en »1. leverandør« og en »2. leverandør«, idet beslutningerne er truffet i strid med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, således som dette er fastsat i udbudsbetingelserne, da tilbudet fra klageren alene var det økonomisk mest fordelagtige for så vidt angår udførelse af ture med en længde på 25 km og derover i tidsrummet 05.00-20.00 og med en længde på 38 km og derover i tidsrummet 20.00-05.00, og tilbudet fra Næstved Taxa alene var det økonomisk mest fordelagtige for så vidt angår øvrige ture, og indklagede derfor burde have besluttet at indgå kontrakter i overensstemmelse hermed.

#### Påstand 6

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 254.048,06 kr. med tillæg af procesrente fra den 25. juli 2005.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 6 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 6, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 5.

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbekendtgørelsen af 23. august 2005 er bl.a. fastsat, at den omhandlede individuelle handicapkørsel skal udføres som almindelig rutekørsel. Der er tale om en rammeaftale, og det anføres, at der ikke er garanti for kørselsomfanget. Startdatoen anføres til den 1. februar 2005 og slutdatoen til 31. december 2006. Tildelingskriteriet er fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de i udbudsmaterialet anførte kriterier«.

Af udbudsvilkårene fremgår bl.a., at der skal afgives tilbud på en starttakst og en kilometertakst, og at starttaksten skal angives afhængigt af kørselstidspunktet, således at der sondres mellem kørsel mandag-fredag 05.00-20.00 og kørsel på øvrige tidspunkter. Det oplyses, at brugerne må benytte op til 104 ture årligt, og at ordningen kan benyttes alle ugens 7 dage.

Endvidere anføres i udbudsvilkårene:

»Der vil blive indgået aftale med et begrænset antal entreprenører. Antallet er betinget af, at der indenfor hver kommune skal sikres forsyningssikkerhed.«

I tilslutning hertil er oplyst, at der i Næstved Kommune forventes indgået aftale med 3 entreprenører med almindelig vogn og 2 entreprenører med liftvogn.

Om valg af tilbud hedder det i udbudsvilkårene:

» 11. Kriterier for valg af tilbud.

Blandt de indkomne tilbud vil STS foretage en udvælgelse af de kvalificerede tilbudsgivere. Denne udvælgelse vil ske på baggrund af følgende kriterier:

- Erfaring med transport af bevægelseshæmmede
- Organisation (ledelse - og driftsovervågning)
- Tilbudsgivernes soliditet

Herefter foretager STS en vurdering af de tilbud der er modtaget fra de udvalgte tilbudsgivere.

Blandt disse tilbud vil STS tildele kontrakt til de for STS økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Antallet af kontrakter, der forventes at blive indgået for hver enkelt

kommune, fremgår af skemaet i kapitel 3. Kriterier for tildeling af kontrakt er i prioriteret rækkefølge:

- Pris
- Vognstandard
- Serviceniveau.«

Næstved Taxa og klageren opnåede samme vurdering for så vidt angår underkriterierne »vognstandard« og »serviceniveau«.

I forbindelse med 3 spørgerunder har indklagede den 5. oktober 2004 besvaret en række spørgsmål bl.a. således:

» <u>Spørgsmål</u>	<u>Svar</u>
.....	.....
Kan følgende oplyses:	
a) Fordeling af kørte ture mellem lift- og almindelig vogn pr. kommune?	STS s umiddelbare skøn er 20% i liftvogn og 80% i almindelig vogn.
b) Kørte km. pr. kommune, hvis muligt fordelt pr. vogn-type?	Statistikken udviser et gennemsnit i Næstved, Vordingborg, Nykøbing F. og Nakskov på ca. 20 km. pr. tur og i landkommunerne på ca. 40 km. pr. tur
c) Oversigt over turenes gennemsnitlige fordeling hen over døgnet?	Se tabel senere i dette brev.
d) Antal ture i % der er lokale ture, hvor, amts- og kommunegrænser ikke overskrides?	På en hverdag er 94% af turene lokale, på en lørdag er 70% at turene lokale og på en søndag er 75% af turene lokale.
.....	.....
f) Hvornår vil den enkelte entreprenør modtage fordeling af turene?	For lokale ture er bestillingsfristen 2 timer, for ture ud af amtet 24 timer og for ture, hvor der indgår tog 72 timer.«

Den 22. oktober 2004 har indklagede besvaret en række spørgsmål bl.a. således:

» <u>Spørgsmål</u>	<u>Svar</u>
<p>.....</p> <p>Der kan bydes på én kommune. Betyder dette, at man skal befordre brugere bosiddende i den pågældende kommune, eller at man skal udføre kørsler med udgangspunkt i den pågældende kommune</p> <p>.....</p>	<p>.....</p> <p>Det er primært kørsler med udgangspunkt i den pågældende kommune</p> <p>.....</p>
<p>I det tilfælde man skal afhente en bruger udenfor egen kommune, afregnes der så fra kommunegrænsen, eller alene for de kilometre som brugeren rent faktisk befordres</p> <p>.....</p>	<p>Hvis vognmanden bliver bedt om at udføre kørsel med udgangspunkt i en kommune man ikke har kontrakt på, betaler STS kilometerpris fra kommune grænsen i den kommune, man har kontrakt på.</p> <p>.....</p>
<p>Vil det kunne forekomme, at der vælges flere tilbud fra samme kommune (område) uagtet hver at disse vil kunne løfte opgaven</p> <p>.....</p>	<p>Ja, det vil kunne forekomme.</p> <p>..... ««</p>

Den 10. december 2004 udsendte indklagede en mail til samtlige tilbudsgivere samt en pressemeddelelse, hvoraf fremgik, hvilke tilbudsgivere der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på kørsel i de enkelte kommuner. I pressemeddelelsen anføres bl.a.:

».....For at opnå tilstrækkelig forsyningssikkerhed i de enkelte kommuner, var der i udbudsmaterialet lagt op til et forventet antal entreprenører i den enkelte kommune for henholdsvis almindelig taxi og liftvogn.

.....«.

Pressemeddelelsen var vedlagt en oversigt »i prisprioriteret rækkefølge« over de tilbudsgivere, der ville få tildelt kontrakt på handicapkørsel i de enkelte kommuner. For Næstved Kommune er anført:

»1.Blue Line  
2.Næstved Taxa«.

Endelig var de tilbudte startgebyrer og kilometertakster oplyst for de enkelte tilbudsgivere.

Næstved Taxa og klageren havde tilbudt følgende priser:

» <u>Tilbudspriser Kl. 05-20</u>	<u>Start</u>	<u>Km Lift</u>
Næstved Taxa	30,00	13,75
Blue Line	48,00	13,00
	<u>Start</u>	<u>Km Lift</u>
Næstved Taxa	40,00	13,75
Blue Line	68,00	13,00«

På baggrund heraf har klageren i en oversigt benævnt »Det mest fordelagtige tilbud på kørsel med liftvogn i Næstved Kommune« opstillet følgende beregning:

».....

	Kørsel i tidsrummet 05.00-20.00			Kørsel i tidsrummet 20.00-05.00.	
Antal Kilometer	Næstved Taxa	Blue Line	Antal Kilometer	Næstved Taxa	Blue Line
20	305,0	308,0	30	452,5	458,0
21	318,8	321,0	31	466,3	471,0
22	332,5	334,0	32	480,0	484,0
23	346,3	347,0	33	493,8	497,0
24	360,0	360,0	34	507,5	510,0
<b>25</b>	<b>373,8</b>	<b>373,0</b>	35	521,3	523,0
26	387,5	386,0	36	535,0	536,0
27	401,3	399,0	37	548,8	549,0
28	415,0	412,0	<b>38</b>	<b>562,5</b>	<b>562,0</b>
29	428,8	425,0	39	576,3	575,0
30	442,5	438,0	40	590,0	588,0

..... .«

Ved skrivelse af 27. december 2004 meddelte indklagede i forlængelse af pressemeddelelsen klageren, at han ville få tilbudt kontrakt på handicapkørsel i Næstved kommune med liftvogn, og at indklagede inden 14 dage ville fremsende kontrakt til underskrift. Samme meddelelse blev sendt til Næstved Taxa.

Den 5. januar 2005 fremsendte indklagede herefter kontrakt til klageren til underskrift. Det fremgår ikke af kontakten, at klageren er »1.leverandør«.

Klageren underskrev kontakten den 11. januar 2005 og tilbagesendte den til indklagede med henblik på underskrift.

Enslydende kontrakt – bortset fra priserne på startgebyr og kilometertakst – blev samtidig fremsendt til Næstved Taxa. Det fremgår ikke af kontrakten, at Næstved Taxa skulle være »2. leverandør«.

Den 20. januar 2005 modtog indklagede følgende mail fra Konkurrencestyrelsen:

»Klage over udbud af individuel handicapbefordring i Storstrøms Amt  
Konkurrencestyrelsen har som oplyst i telefonsamtale d.d. med chefkonsulent Marianne K. Larsen den 19. januar 2005 modtaget en klage fra Dansk Taxi Råd vedrørende STS' anvendelse af en generel gennemsnitlig turlængde som grundlag for evalueringen ved udbud af individuel handicapbefordring i Storstrøms Amt. Klageren mener, at dette er i modstrid med oplysninger, som er givet under sprøgerunden under udbudet. Det blev her oplyst, at »statistikken udviser et gennemsnit i Næstved, Vordingborg, Nykøbing F. og Nakskov på ca. 20 km pr tur og i landkommunerne på ca. 40 km pr tur«.

Styrelsen skal anmode Storstrøms Trafikselskab om at fremsende kommentarer til klagepunktet senest 8 dage fra dato. Styrelsen modtager også gerne de relevante dele af udbudsmaterialet, herunder navnlig de afsnit som vedrører kriterier og vilkår for tildeling af kontrakten.

Konkurrencestyrelsen skal – ligeledes som drøftet i telefonen – anmode om, at STS stiller tildeling af kontrakten i bero, indtil styrelsen har haft lejlighed til at vurdere klagen.«

Indklagede besvarede den 21. januar 2005 henvendelsen således:

».....Svaret på det stillede spørgsmål er baseret på ture, kørt internt i kommunen, hvorimod kørsel efter kontrakt baserer sig på kørsel med udgangspunkt i den enkelte kommune og kan altså godt være både kortere eller længere end de før nævnte tal. STS har således ikke i sit svar givet udtryk for, at de angivne kilometre ville blive benyttet i selve evalueringsfasen.

Ved evalueringen af de indkomne tilbud, er der for at skabe en objektiv prissammenligning mellem alle tilbud, taget udgangspunkt i en gennemsnitstur på 30 kilometer (gennemsnitsturlængde for alle ture i hele amtet 2003) i tidsrummet kl. 05.00-20.00 (udgør ca. 85% af alle ture). Dette giver følgende prissammenligning på kørsel med liftvogn med udgangspunkt i Næstved Kommune:



Næstved Taxa = 442.50 kr. og Blue Line = 438.00 kr.

Derfor er tildelingen på kørsel med liftvogn med udgangspunkt i Næstved Kommune, sket således, at Blue Line tildeles kontrakt som »første leverandør« og Næstved Taxa tildeles kontrakt som »anden leverandør«. Disse begreber skal forstås således, at STS - af hensyn til forsyningssikkerheden i den enkelte kommune - har ønsket at indgå kontrakt med et bestemt antal leverandører i den enkelte kommune. Jævnfør oversigten i udbudsmaterialet, side 4, fremgår det, at det forventedes, at der ville blive indgået kontrakt med 2 leverandører vedrørende kørsel med liftvogn med udgangs punkt i Næstved Kommune, hvilket også er sket i tildelingen. Praksis vil være, at »første leverandøren« af STS kørselskontor vil blive tildelt de bestilte ture i den rækkefølge, de indgår til kørselskontoret, og når »første leverandørens« kapacitet er opbrugt, så sker der henvendelse til »anden leverandøren«.

Det er således STS's samlede opfattelse, at tildelingen af kontrakter er foregået på en objektiv måde.

STS imødeser Konkurrencestyrelsens vurdering snarest muligt, idet kontraktens startdato er 1. februar, og der afholdes STS bestyrelsesmøde den 28. januar 2005. ....«

Den 28. januar 2005 fremsendte indklagede kontrakten, der var underskrevet samme dag, til klageren og efter det oplyste ligeledes kontrakten med Næstved Taxa i underskrevet stand til denne.

Ligeledes den 28. januar 2005 sendte Konkurrencestyrelsen følgende mail til indklagede:

».....

Dette blot til bekræftelse af vores telefonsamtale.

Ud fra hele udbudsprocessen, inklusiv besvarelsen af spørgsmål om et gennemsnit på 20 kilometer i de store kommuner og 40 km. i de landkommunerne, vil det være bedst i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet, at der ved evalueringen af tilbudene vedr. Næstved anvendes et parameter på 20 kilometer.

.....«

Den 29. januar 2005 skrev indklagede således til Næstved Taxa og til klageren:

»Vedrørende fornyet evaluering af Deres tilbud på STS handicapkørsel.  
Dansk Taxi Råd har til Konkurrencestyrelsen indgivet en klage over evalueringen af de indkomne tilbud på STS handicapkørsel vedrørende tildelingsrækkefølgen af kontrakterne på kørsel med liftvogn i Næstved Kommune.

Klagen går ud på, at tilbudsgiverne under udbudsprocessen i forbindelse med spørgerunden har kunnet få det indtryk, at STS ville benytte de for Næstved Kommune oplyste gennemsnitskilometre på turene (20 km.) ved evalueringen af tilbudene. STS har imidlertid benyttet et gennemsnit for hele amtet (30 Km).

Konkurrencestyrelsen har meddelt, at dette har gjort selve udbudsprocessen uigennemsigtig for tilbudsgiverne, hvilket er i strid med gældende regler. Konkurrencestyrelsen har derfor kraftigt henstillet til STS at foretage en fornyet evaluering på baggrund af de i spørgerunden oplyste kilometertal.

STS's bestyrelse har på bestyrelsesmødet fredag den 28. januar 2005 behandlet Konkurrencestyrelsens henvendelse, og tager henstillingen til efterretning.

Dette betyder, at tildelingsrækkefølgen for kontrakt på kørsel med liftvogn i Næstved Kommune ændres i forhold til tidligere, beslutning af 10. december 2004, således, at Næstved Taxa bliver 1. leverandør og Blue Line bliver 2. leverandør.

STS skal beklage det skete.«

Den ændrede tildelingsrækkefølge gav ikke i øvrigt anledning til, at der blev indgået nye kontrakter med klageren eller Næstved Taxa.

Det er under mødet i Klagenævnet oplyst, at den ændrede metode til bedømmelse af underkriteriet »pris« i ingen af de andre kommuner, der var omfattet af udbudet, gav anledning til ændringer af tildelingen (hvor kun en entreprenør skulle vælges) eller af »tildelingsrækkefølgen« mellem de valgte (hvor flere skulle vælges).

Den 7. februar 2005 fremsendte Konkurrencestyrelsen en længere skrivelse til indklagede. Af skrivelsen fremgår bl.a.

».....

Det fremgår endvidere, at de i udbudsmaterialet i øvrigt nævnte underkriterier vedrørende vognstandard og serviceniveau er indgået i evaluering.

ringen, men at der ikke derved har kunnet konstateres forskelle i til budene.

Af udbudsmaterialet fremgår det endvidere, at STS – af hensyn til forsyningssikkerheden i den enkelte kommune – har ønsket at indgå kontrakt med et bestemt antal leverandører i den enkelte kommune, og at der for ventedes at ville blive indgået kontrakt med 2 leverandører vedrørende kørsel med liftvogn med udgangspunkt i Næstved Kommune.

De parallelle rammeaftaler for handicapkørslen, der herved tilsigtedes indgået, er i STS' brev af 21. januar 2005 til Konkurrencestyrelsen præciseret således, at »første leverandøren« af STS' kørselskontor vil blive tildelt de bestilte ture i den rækkefølge, de indgår til kørselskontoret, og at henvendelse, når »første leverandørens« kapacitet er opbrugt, sker til »anden leverandøren«.

Konkurrencestyrelsens har den 27. januar 2005 telefonisk og pr. mail til brug for en drøftelse af sagen i STS' bestyrelse udtalt som en foreløbig vurdering af sagen, at ud fra hele udbudsprocessen, inklusiv besvarelsen af spørgsmål om et gennemsnit på 20 kilometer i de store kommuner og 40 km. i landkommunerne, vil det være bedst i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet, at der ved evalueringen af tilbudene vedr. Næstved anvendes et parameter på 20 kilometer.

.....«

Ved skrivelse af 16. februar 2005 anmodede Danske Busvognmænd på vegne af klageren Konkurrencestyrelsen om en fornyet og uddybende stillingtagen til anvendelsen af tildelingskriterierne i forbindelse med udbudet.

Den 1. marts 2005 besvarede Konkurrencestyrelsen henvendelsen. Konkurrencestyrelsen oplyste, at styrelsen efter praksis ikke udtaler sig i konkrete sager, når der er skrevet kontrakt. Styrelsen fremkom dog »til vejledning« bl.a. med følgende bemærkninger:

».....

Storstrøms Trafikselskab tilkendegav i udbudsmaterialet, at man af hensyn til forsyningssikkerheden ville indgå aftale med to leverandører. Konkurrencestyrelsen skal i den forbindelse bemærke, at udbudsmaterialets henvisning til forsyningssikkerheden efter praksis forstås således, at der udpeges én leverandør som primær leverandør, mens den sekundære leverandør kun skal levere i tilfælde af, at den primære leverandør ikke har tilstrækkelig kapacitet.

.....«

Danske Busvognmænd anmodede den 26. maj 2005 Konkurrencestyrelsen om en uddybning af det tidligere svar og anførte bl.a.

».....

På vegne af Blue Line retter Danske Busvognmænd den 16. februar 2005 henvendelse til Konkurrencestyrelsen. Henvendelsen vedrører ikke spørgsmålet om 20 hhv. 30 kilometer som beregningsparameter skulle være bedst i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet. Konkurrencestyrelsen anmodes derimod om at vurdere den af STS beskrevne praksis med tildeling af alle kørselsopgaver til en 1. leverandør i forhold til gennemsigtighedsprincippet, idet denne praksis ikke fremgår af hverken udbudsmateriale eller spørgsmål og svar.

Konkurrencestyrelsen svarer den 1. marts 2005, (citater) »at udbudsmaterialets henvisning til forsyningssikkerhed efter praksis forstås således, at der udpeges én leverandør som primær leverandør, mens den sekundære leverandør kun skal levere i tilfælde af, at den primære leverandør ikke har tilstrækkelig kapacitet.« Danske Busvognmænd bliver telefonisk orienteret om, at den praksis, der henvises til er EU-Kommissionens og beskrevet på side 64 i Konkurrencestyrelsens publikation fra 1998 Udbudsregler – EU's udbudsdirektiver, vejledning.

Danske Busvognmænd mener af flere årsager ikke, at alene det faktum, at ordet »forsyningssikkerhed« er blevet nævnt i udbudsmaterialet og, at den af STS valgte tildelingsmetode (tilfældigvis) stemmer overens med en for tjenesteydelsesdirektivet fjern praksis, berettiger den af STS valgte tildeling af kørsel.

1. Den af STS valgte tildeling af kørslen er ikke beskrevet i udbudsmaterialet, spørgsmål eller svar eller de kontrakter, der i dag udgør grundlaget for udførelsen af liftkørsel i Næstved Kommune.
2. Det er i strid med de oplysninger, der gives i udbudsmateriale – »at der skal findes to leverandører af liftkørsel i Næstved Kommune« – og med de oplysninger der gives i spørgsmål/svar – »at flere tilbud i samme kommune vil kunne vælges uagtet, at hver af disse vil kunne løfte kørselsopgaven.«
3. Man kan ikke i meningsfyldt argumentere for, at den af STS valgte tildelingsmetode skulle være bedre til at sikre forsyningssikkerhed end en tildelingsmetode, hvor to entreprenører har kontrakt med STS og tildeles kørselsopgaver så de udføres på økonomisk mest fordelagtige måde.
4. Tildeling sker efter den af STS valgte metode ikke entydigt til det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet de længste ture udføres af Næstved Taxa til en højere pris.

5. Det er muligt, at foretage en tildeling af kontrakter samt tildeling af kørsel, der er i overensstemmelse med udbudsmaterialet, sammenhængende med tildelingen til det økonomisk mest fordelagtige tilbud samt gennemsigtig for alle parter.

.....«

Ved skrivelse af 8. juli 2005 meddelte Konkurrencestyrelsen, at den ikke fandt anledning til yderligere bemærkninger.

Direktør Tim Olsen har bl.a. forklaret, at han har kørt handicapkørsel i Næstved Kommune for indklagede siden 1996. I hele perioden før udbudet har hans firma og Næstved Taxa delt opgaverne jævnt. Han vidste fra udbudsbetingelserne, at der ville blive valgt 2 entreprenører, og da det blev oplyst, at han og Næstved Taxa havde vundet udbudet, gik han ud fra, at kørselsopgaverne nu skulle fordeles, så de hver kørte de ture, hvor de var billigst. Eventuelt kunne man også være fortsat med at deles som hidtil. Han fik først ved indklagedes skrivelse af 29. januar 2005 at vide, at man opererede med en »1. leverandør« og en »2. leverandør«. På det tidspunkt var der allerede indgået kontrakt. Man er som »2. leverandør« forpligtet til at køre på tidspunkter med spidsbelastninger, f.eks. jule- og nytårsaften, uden at kunne forvente kørsel på øvrige tidspunkter, og man er nødt til at indrette sin vognpark på det. Han har kun haft ganske få kørsler som »2. leverandør«. Næstved Taxa har nu forøget sin vognpark betragteligt.

Direktør Tommy Rasmussen har bl.a. forklaret, at han er direktør for STS. Det var vigtigt at sikre sig, at kunderne også kunne blive betjent i spidsbelastningssituationerne, det vil sige ved højtiderne, og derfor var det i nogle kommuner nødvendigt at indgå kontrakt med flere entreprenører. Før udbudet havde indklagede fordelt opgaverne ligeligt mellem Næstved Taxa og klageren. Da indklagede den 10. december 2004 besluttede at tildele handicapkørsel med liftvogn i Næstved Kommune til de omhandlede 2 firmaer, var meningen, at klageren skulle være »1. leverandør« og Næstved Taxa »2. leverandør«. Det fremgår ganske vist ikke direkte af udbudsbetingelserne, af referaterne fra bestyrelsesmødet eller af kontrakterne, med ligger i ordvalget i det notat, som dannede grundlag for beslutningen, og som er identisk med pressemeddelelsen af samme dag. Det anføres her, at der er tale om en »pris-prioriteret rækkefølge«, og det anføres ligeledes, at klageren er nr. 1 og Næstved Taxa nr. 2. Den valgte model indebærer, at »2. leverandør« navnlig skal stå parat på de tidspunkter, hvor der er spidsbelastning. Det ville være nemt at følge klagerens forslag til fordeling af turene. Man

kender jo turens længde på forhånd. Når landets andre trafikskaber har skullet indgå kontrakt med flere entreprenører i et område, har man fordelt opgaverne efter, hvem der var billigst for den enkelte tur.

Parterne har mundtligt og skriftligt redegjort for deres synspunkter.

### Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at der skulle indgås kontrakt med 2 entreprenører om handicapkørsel med liftvogn i Næstved Kommune, og tilbudsgiverne skulle anføre såvel startgebyr som kilometertakst på bestemte tidspunkter. Da tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige bud«, har det derfor været nærliggende for tilbudsgiverne at antage, at opgaverne ville blive fordelt mellem de 2 vindende efter, hvem der var billigst på den konkrete tur, sådan som det efter det oplyste også praktiseres i andre trafikskaber landet over. Det er ikke i udbudsbetingelserne fastsat, at der ville blive indgået kontrakt med en »1. leverandør« og en »2. leverandør«, der kun skulle levere, når den førstes kapacitet var opbrugt. Det er ganske vist anført, at antallet af entreprenører er betinget af hensynet til forsyningssikkerheden, men dette indebærer ikke nødvendigvis og uden anden tilkendegivelse herom, at den ene af de 2 valgte leverandører tildeles langt hovedparten af kørselsopgaverne, mens den anden blot skal stå til rådighed på tidspunkter med særlig spidsbelastning. Såfremt dette havde været klart for tilbudsgiverne, må det i øvrigt formodes, at tilbudsgiverne ville have differentieret de tilbudte priser efter, om man fik tildelt en kontrakt som »1. leverandør« eller blot en kontrakt som »2. leverandør«. Den omstændighed, at der er tale om rammeaftaler, og at det i udbudsbetingelserne er anført, at der ikke er garanti for kørselsomfanget, kan ikke føre til andet resultat.

Påstanden tages derfor til følge.

#### Ad påstand 4

Det fremgår af sagen, at indklagede på grundlag af et kilometergennemsnit foretog udvælgelse af de vindende tilbudsgivere i de kommuner, hvor der kun skulle vælges en enkelt entreprenør, og opstillede en rækkefølge, hvor der skulle vælges 2, og at resultatet heraf den 10. december 2004 blev meddelt alle tilbudsgiverne. Efter korrespondance med Konkurrencestyrelsen foretog indklagede – nu på baggrund af et andet kilometergennemsnit – på ny en vurdering. Dette resulterede ikke i ændringer af de tildelinger, som var meddelt tidligere, bortset fra tildelingen af kørsel med liftvogn i Næstved Kommune. Indklagede valgte herefter at beslutte at ændre den allerede meddelte tildelingsrækkefølge mellem klageren og Næstved Taxa, dette skønt der var indgået kontrakter.

Der har efter det beskrevne forløb således bestået en sådan uklarhed om udbudsbetingelserne, at ikke engang indklagede selv har kunnet gennemskue dem.

Påstanden tages derfor til følge.

#### Ad påstand 5

Som følge af det, der er anført ad påstand 1, tages påstanden til følge.

#### Herefter bestemmes:

##### Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, og artikel 36 samt de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at beslutte at tildele kontrakten om liftkørsel i Næstved Kommune til en 1. leverandør, der primært leverer tjenesteydelsen, og en 2. leverandør, der kun leverer, når 1. leverandørens kapacitet er opbrugt, uanset at denne tildelingsmetode ikke er fastsat i udbudsbetingelserne, idet det alene er fastsat, at der indgås kontrakt med 2 leverandører, og at tildelingen sker efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip ved i forbindelse med udbudet af individuel handicapørsel i Næstved Kommune at have ændret bedømmelsen af underkriteriet »pris«, idet indklagede – da der var indgået kontrakter med såvel klageren som Næstved Taxa - efter en fornyet bedømmelse på grundlag af et andet anvendt kilometergennemsnit meddelte klageren, at tildelingsrækkefølgen var ændret, således at klageren var »2. leverandør«, mens Næstved Taxa var »1. leverandør«.

Ad påstand 5

Indklagedes beslutninger af 10. december 2004 og 28. januar 2005 om tildeling af kontrakter på liftkørsel i Næstved Kommune til en »1. leverandør« og en »2. leverandør« annulleres, idet beslutningerne er truffet i strid med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, således som dette er fastsat i udbudsbetingelserne.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach  
kontorfuldmægtig