

Klagenævnet for Udbud

(N. Feilberg Jørgensen, Trine H. Garde, Kaj Kjærsgaard)

J.nr.: 2009-0019670

25. november 2009

K E N D E L S E

1. A/S Jens Jensen og sønner
2. Ans Bussen ApS
3. Engesvang Turistfart I/S
4. Mortens Busser
v/ Morten Frostholt Christensen
(advokat Janus Skak Olufsen, Viborg)

mod

Viborg Kommune
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse af 24. april 2009 udbød Viborg Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet), kommunale kørselsordninger omhandlende lukkede skolebusruter, speciel skolebuskørsel og variabel kørsel i Viborg Kommune.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 24. april 2009, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 4. juni 2009 havde indklagede modtaget 33 tilbud på lukkede skolebusruter, 17 tilbud vedrørende speciel skolebuskørsel, heraf 12 tilbud vedrørende Rosenvængets Skole, 5 tilbud vedrørende andre skoler og 14 tilbud vedrørende variabel kørsel.

Den 7. juli 2009 indgav klagerne, 1. A/S Jens Jensen og Sønner, 2. Ans Bussen ApS, 3. Engesvang Turistfart I/S og 4. Mortens Busser v/ Morten Frostholt Christensen, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Viborg Kommune. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klagerne har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 3. juli 2009 om at annullere udbuddet vedrørende kommunale kørselsordninger i henhold til udbudsbekendtgørelse af 24. april 2009.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 3. juli 2009 om at annullere udbuddet vedrørende kommunale kørselsordninger for så vidt angår den lukkede skolebuskørsel ad faste ruter og for så vidt angår speciel skolebuskørsel.

Klagerne har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Udbudsbekendtgørelsen af 24. april 2009 indeholder følgende beskrivelse af kontrakten:

» Den udbudte kørsel omhandler:

- lukkede skolebusruter
- speciel skolekørsel
- variabel kørsel

De lukkede skolebusruter omfatter kørsel med bus efter en køreplan og udføres med almindelige busser. Kørslen udbydes i 13 pakker og har en samlet volumen på ca. 17.500 køreplanstimer om året. Speciel skolekørsel udføres med mindre vogntyper (1-5) og omfatter kørsel af specialklasse elever. Kørslen udbydes for Rosenvængets skole som faste ruter (41 stk.) og for de 9 øvrige skoler og børnehaver i kommunen som elevlister. Sidstnævnte omhandler således også planlægning af ruter.

Variabel kørsel dækker over ad-hoc kørsler og der tilbydes kontrakt til alle bydere, der opfylder udbudsbetingelserne.

.....

Alternative tilbud accepteres ikke.

.....«

Af udbudsbetingelserne af 24. april 2009 fremgår:

»1.2 Den udbudte kørsel

Den udbudte kørsel omhandler følgende kørselsordninger i Viborg Kommune:

- lukkede skolebusruter.....
- speciel skolebuskørsel.....
- variabel kørsel.

.....

1.2.1 Lukkede skolebusruter

De lukkede skolebusruter omfatter lukket kørsel med bus efter en køreplan. Kørslen udføres med almindelige busser.

.....

1.2.2 Speciel skolekørsel

Speciel skolekørsel er kørsel af mindre grupper elever med psykiske og fysiske funktionsnedsættelser og eventuelle adfærdsmæssige problemer. Kørslen udføres med vogntyperne

.....

1.2.3 Variabel kørsel

Variabel kørsel dækker over ad hoc-kørsler, såsom kortvarig sygetransport af elever med brækkede ben eller lignende eller midlertidig transport af elever fra specialskole i forbindelse med aflastning.

.....

1.3 Kontraktløbetid

Kontraktløbetiden for de lukkede skolebusruter, speciel skolekørsel og den variable kørsel er fra den 1. august 2009 til og med den 31. juli 2014. Viborg Kommune har mulighed for at forlænge kontrakten med op til 2 år

.....

1.5 Tilbuddets form

.....

Der kan afgives tilbud på dele eller hele kørslen samlet.

.....

1.7 Kriterier for valg af tilbud

.....

Lukkede skolebusruter og speciel skolekørsel

For kørsel på kontrakt om lukkede skolebusruter og speciel skolekørsel, vil tilbud blive valgt på grundlag af følgende kriterium:

laveste pris

.....

Variabel kørsel

For kørsel på kontrakt om variabel kørsel vil der blive indgået kontrakt med alle tilbudsgivere, der opfylder betingelserne beskrevet i dette udbudsmateriale.

.....

1.10 Krav til køretøjer

For kørslen under kontrakt med de lukkede skolebusruter anvendes almindelige rutebusser eller minibusser, der er nærmere specificeret i kapitel 6.

For speciel skolebuskørsel og variabel kørsel kan der bydes med fem forskellige vogntyper:

- Type 1: Sedan
- Type 2: Stationcar
- Type 3: Stor taxi
- Type 5: Høj vogn med lift

1.16 Alternative tilbud

Der accepteres ikke alternative bud.

.....

6.1 Lukkede skolebusruter

Skolekørsel svømmekørsel og anden fagkørsel samt ungdomsskolekørsel udbydes som køreplanlagt kørsel. Det vil sige, at al kørsel er beskrevet gennem køreplaner med angivelse af afgangstider og -sted samt ankomsttider og -sted.

.....

Kørslen udbydes i følgende pakker:

.....«

Herefter beskrives 14 forskellige pakker (13 skoler samt svømme- og fagkørsel).

»6.2 Speciel skolekørsel

Speciel skolekørsel udbydes efter to kontrakter – en for Rosenvængets Skole og en for de øvrige skoler/institutioner med speciel skolekørsel.

Speciel skolekørsel er elever/børn, der af den ene eller anden grund ikke kan benytte almindelig kollektiv trafik eller de lukkede skolebusser til transport. Nogle af eleverne er enten fysisk eller psykisk handicappede eller har forskellige adfærdsmæssige problemer og har måske forskellige hjælpemidler, der skal medtages under transporten. Andre er 100 % selvhjulpne.

.....«

For så vidt angår Rosenvængets Skole blev der udbudt 44 delkontrakter, mens der for de øvrige skoler blev udbudt 10 delkontrakter.

Det var yderligere fastsat i udbudsbetingelserne:

»6.3 Variabel kørsel

Variabel kørsel er ad hoc-ture for kortere eller længere perioder. Der kan f.eks. være skoleelever, der har brækket et ben eller lignende og derfor skal transporteres til og fra skole i en periode.

6.4 Køretøjstyper

For de lukkede skolebusruter skal der bydes med følgende bustyper:

- almindelig bus er en alm. 12-meter bus med en samlet kapacitet på minimum 60 passagerer
- minibuser med en samlet kapacitet på minimum 19 passagerer

For de øvrige kørsler skal der bydes med en eller flere af følgende vogntyper:

.....«

Herefter følger en beskrivelse af kravene til Sedan, Stationcar, Stor taxi og Høj liftvogn.

Af rettelsesblad 1 af 27. maj 2009 fremgår blandt andet:

»Busmateriel

Grundet mange divergerende oplysninger, er det ikke muligt for Viborg Kommune at afgøre om det oplyste antal busser eller størrelserne på disse er helt korrekte.

Det betyder, at antallet af busser og størrelser fastholdes som angivet i udbudsmaterialet, dog korrigeret grundet rettelserne beskrevet ovenfor. Derimod åbnes der for muligheden for at afgive alternative bud alene baseret på busstørrelse og antal. Der kan således bydes på de enkelte pakker eller en kombination af pakker med et andet antal busser, men som er af en anden størrelse end angivet i pakkerne. Alternative bud alene baseret på et antal busser accepteres ikke.

.....

Alternative tilbud skal afgives på de nye skemaer i den reviderede tilbudsblanket.

.....

Tilbud på flere pakker

Såfremt det ønskes at afgive specielpris eller kombinationsbud, hvis der opnås kontrakt om flere pakker/elevlister mv, kan det enten gøres ved at:

- i bemærkningsfeltet i tilbudshæftet at anføre en %-rabat (eksempelvis:»der gives 10% rabat på den samlede tilbudspris, hvis der opnås kontrakt på både pakke 3,4 og 6«)

udfylde særskilte tilbudshæfter, med tydelig bemærkning om, at der er tale om et kombinationsbud og hvilke pakker/elevlister, det drejer sig om.

.....

5 Revideret tilbudshæfte

Der er vedlagt et revideret tilbudshæfte, som tilbud skal afgives på.

.....«

Med tilbudshæftet følger tilbudsliste vedrørende »alternativ tilbud 1, 2 og 3«, der skal anvendes »til at afgive alternativ tilbud på en eller flere pakker med andre busstørrelser end de i udbudsmaterialet oplyste.....«.

Vedrørende lukkede skolebusruter omfattende 18 pakker fremkom 12 tilbud og 2 kombinationstilbud. Der fremkom 6 »alternative tilbud – accepterede tilbud (dvs. der er vurderet muligt at gennemføre kørslen med de angivne busser)«. Der fremkom 6 alternative tilbud, som ikke blev vurderet, og 5 alternative tilbud, der blev afvist fordi busmateriellet i de enkelte tilbud ikke er vurderet tilstrækkeligt til at kunne gennemføre kørslen.

Vedrørende speciel kørsel, Rosenvængets Skole, fremkom 6 tilbud på enkeltruter og 6 kombinationstilbud omfattende i alt 72 forskellige kørsler. Vedrørende speciel kørsel, andre skoler fremkom 5 tilbud omfattende 10 forskellige kørsler.

Vedrørende variabel kørsel fremkom 14 tilbud fordelt på de 5 forskellige vogntyper.

Tildelingskriteriet var for så vidt angår lukkede skolebusruter og speciel skolebuskørsel fastsat til »laveste pris«, mens det for variabel kørsel var fastsat, at »der vil blive indgået kontrakt med alle tilbudsgivere, der opfylder betingelserne beskrevet i dette udbudsmateriale«.

Den 17. juni 2009 sendte indklagedes rådgiver tilbudsgiverne »en oversigt over, hvem der har vundet udbuddet dels en liste over samtlige tilbud og tilbudspriser«. Ved indklagedes evaluering anførtes om 6 tilbud: »De følgende alternative tilbud er ikke vurderet fordi tilbuddene prismæssigt er højere end tilbud på enkeltpakker og derfor alene af den grund ikke interessante at vurdere yderligere. Tilbuddene vil derfor ikke komme i betragtning.« Om 5 andre tilbud anføres: »De følgende alternative tilbud er alle afvist idet busmateriellet i de enkelte tilbud ikke er vurderet tilstrækkeligt til

at kunne gennemføre kørslen«. Indklagede besluttede at tildele Arriva samtlige 44 delkontrakter på speciel skolebuskørsel vedrørende Rosenvængets Skole, selv om Arriva ikke på samtlige delkontrakter bedømt hver for sig var lavestbydende. Arriva var lavestbydende, såfremt kontrakterne blev bedømt samlet.

Af et referat fra indklagedes Børne- og Ungdomsudvalgsmøde for den 2. juli 2009 fremgår blandt andet:

»Udvalget blev orienteret om de forventede samlede udgifter på området, herunder også at der har været mulighed for alternative tilbud.

.....

Der er indkommet klager.

.....

En del af klagerne går på vurderingen af alternative tilbud, som der på baggrund af et spørgemøde med vognmændene, blev åbnet mulighed for at afgive. Klagere kan ikke acceptere begrundelsen for afvisningen

.....

Cowi har været antaget til at gennemføre og rådgive i forbindelse med afholdelse af EU-udbudsforretningen på skolebuskørsel m.m. Firmaet har medvirket ved hele forløbet herunder afholdelse af spørgemøde og beslutningen om at give mulighed for at afgive alternative tilbud samt vurderingen af de indkomne tilbud.

I sidste fase er Cowi blevet bedt om at vurdere, hvilke beslutninger der skulle træffes som følge af de indkomne klager

.....

Efter en grundig gennemgang af de modtagne klager, har de til udbuddet antagne rådgivere (COWI), konstateret, at udbudsmaterialet er i strid med princippet om gennemsigtighed, hvorfor det klart anbefales, at der gennemføres en ny udbudsforretning

.....«

Den 3. juli 2009 meddelte indklagedes rådgiver tilbudsgiverne:

».....

at det samlede udbud af de kommunale kørselsordninger er annulleret.

Begrundelsen for annulleringen er, at de afgivne tilbud har vist, at beskrivelsen af den udbudte kørsel ikke har været fyldestgørende.

Beslutningen er endvidere taget som følge af forskellige klager, der er indgivet i forbindelse med offentliggørelsen og evalueringen af de indkomne tilbud.

.....«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klagerne har gjort gældende, at indklagede ikke har haft sagligt grundlag for at annullere udbuddet.

Klagerne har nærmere anført, at kravene for annullering af udbuddet er skærpet, når resultatet af udbuddet er offentliggjort forud for annulleringen. De vindende tilbudsgivere vil lide et betydeligt retstab, såfremt udbuddet skal gentages med fuld offentlighed om de allerede afgivne tilbud. Dertil kommer, at indklagedes ensidige annullering af udbuddet er egnet til at give indklagede en uretmæssig fordel ved det fornyede udbud. Det forhold, at en række tilbudsgivere fremkom med indsigelser vedrørende udbuddet er ikke i sig selv tilstrækkeligt bevis for, at kravet om gennemsigtighed ikke var opfyldt, og at der dermed forelå den fornødne saglige begrundelse for at annullere udbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at udbudsforretningen blev annulleret med en saglig begrundelse, idet udbudsvilkårene ikke opfyldte kravet om gennemsigtighed.

Indklagede har nærmere anført, at det var nødvendigt at annullere udbudsforretningen med henblik på fornyet udbud, idet det ikke var muligt lovligt at indgå kontrakter på grundlag af det iværksatte udbud. Idet det ikke var angivet i rettelsesblad 1, hvilke krav tilbudsgivere skulle opfylde, hvis de afgav tilbud med en anden busbestykning end den foreskrevne, opstod der tvivl om, hvilke krav de bydende skulle opfylde. Endelig konstaterede indklagede vedrørende samme rettelsesblad, at der ganske vist var åbnet mulighed for afgivelse af samlede bud på flere delkontrakter, men det var ikke angivet, hvorledes tilbudsbedømmelsen i så fald skulle gennemføres, og det måtte derfor lægges til grund, at ordretildeling forudsatte laveste pris på hver enkelt delkontrakt.

Ad påstand 2

Klageren har principalt gjort gældende, at de manglende saglige grunde gælder for annullering af udbuddet i sin helhed, og subsidiært gjort gældende, at der i hvert fald ikke er saglige grunde for annullering af udbuddet

vedrørende den lukkede buskørsel med faste ruter samt speciel skolebuskørsel. En eventuel annullering af udbuddet burde have været begrænset til speciel skolebuskørsel vedrørende en bestemt skole, idet der vedrørende denne kørsel muligt var rejst en berettiget tvivl om, hvorledes tilbuddene ville blive evalueret, hvilket klageren i øvrigt har bestridt.

Indklagede har gjort gældende, at det som følge af uklarheder i udbudsbetingelserne vedrørende kravene til busmateriel ikke var muligt at foretage lovlige tildelingsbeslutninger vedrørende de lukkede ruter, og at det som følge af uklarheder vedrørende samlede tilbud på flere delkontrakter heller ikke var muligt at foretage lovlige tildelingsbeslutninger vedrørende speciel skolebuskørsel. Det var herefter nødvendigt at annullere hele udbudsforretningen, idet det ikke ville tjene noget fornuftigt formål at gennemføre udbudsforretningen alene for så vidt angår den variable kørsel.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Efter udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne var det fastsat, at kriteriet for kontraktstildeling var »laveste pris«, samt at alternative tilbud ikke ville blive accepteret. Det var endvidere fastsat, at tilbudsgiverne for så vidt angår lukkede skolebusruter og speciel skolebuskørsel kunne afgive tilbud på enkelte pakker, mens der for den variable kørsel ville blive indgået kontrakt med alle tilbudsgivere, der opfyldt betingelserne beskrevet i udbudsbetingelserne. Idet det i rettelsesblad 1 var anført, tilbudsgiverne kunne afgive alternative tilbud alene baseret på busstørrelse og antal, og idet det ikke var fastsat, hvorledes evaluering af de indkomne tilbud skulle finde sted, var indklagede berettiget til, også selvom der kunne have været indgået kontrakt vedrørende den variable kørsel, at annullere udbuddet i sin helhed. Påstand 1 og 2 tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klagerne.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

N. Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig