

K E N D E L S E

VBT A/S
(advokat Niels Thestrup, København)

mod

Trafikselskabet Movia
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Intervenienter:

Bilcentralen ApS
(selv)

og

Frederikssund Handibusser A/S
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 070-165260 af 4. april 2019 udbød Trafikselskabet Movia (herefter Movia) som offentligt udbud flexrutekørsel i Nordsjælland.

Den 20. juni 2019 indgav VBT A/S (herefter VBT) klage til Klagenævnet for Udbud over Movia. VBT fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 10. juli 2019 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

VBT A/S har nedlagt følgende endelige påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Movia har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakter vedrørende enhedsnumrene 4, 6, 12, 13, 14, 44 og 45 til Bilcentralen ApS, desuagtet at tilbuddet fra Bilcentralen ApS ikke var konditionsmæssigt, da Bilcentralen ApS ikke på tidspunktet for afgivelse af tilbud opfyldte det i udbudsmaterialets afsnit 1.4.2 anførte egnethedskriterium, hvorefter Bilcentralen ApS skulle være i besiddelse af det nødvendige antal tilladelser til den kørsel, som Bilcentralen ApS afgav tilbud på.

Påstand 1A

Klagenævnet skal annullere Movias beslutning om at indgå kontrakt med Bilcentralen ApS og/eller den indgåede kontrakt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Movia har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakter vedrørende enhedsnumrene 5, 7 og 8 til Bilcentralen af 1931 v/Kjeld Pedersen, desuagtet at tilbuddet fra Bilcentralen af 1931 ikke var konditionsmæssigt, da Bilcentralen af 1931 ikke på tidspunktet for afgivelse af tilbud opfyldte det i udbudsmaterialets afsnit 1.4.2 anførte egnethedskriterium, hvorefter Bilcentralen af 1931 skulle være i besiddelse af det nødvendige antal tilladelser til den kørsel, som Bilcentralen af 1931 afgav tilbud på, og disse tilladelser skulle være gældende indtil kontraktperiodens udløb den 30. september 2023.

Påstand 2A

Klagenævnet skal annullere Movias beslutning om at indgå kontrakt med Bilcentralen af 1931 v/Kjeld Pedersen og/eller den indgåede kontrakt.

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Movia har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakter vedrørende enhedsnumrene 15, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24 og 25 til Frederikssund Handibusser A/S, desuagtet at tilbuddet fra Frederikssund Handibusser A/S ikke var konditionsmæssigt, da Frederikssund Handibusser A/S ikke på tidspunktet for afgivelse af tilbud opfyldte det i udbudsmaterialets afsnit 1.4.2 anførte egnethedskriterium, hvorefter Frederikssund Handibusser A/S skulle være i besiddelse af det nødvendige antal tilladelser til den kørsel, som Frederikssund Handibusser A/S afgav tilbud på.

Påstand 3A

Klagenævnet skal annullere Movias beslutning om at indgå kontrakt med Frederikssund Handibusser A/S og/eller den indgåede kontrakt.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Movia har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at annullere FR14 med den begrundelse, at det havde medført en for begrænset konkurrence, at en række tilbudsgivere ikke havde forstået udbudsmaterialets krav om nødvendige antal tilladelser.”

VBT A/S har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Trafikselskabet Movia har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 27. august 2019 meddelt Movias kontraktparter, Bilcentralen ApS, Bilcentralen af 1931 v/ Kjeld Pedersen og Frederikssund Handibusser A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Bilcentralen ApS og Frederikssund Handibusser A/S har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 12. september 2019 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Bilcentralen ApS og Frederikssund Handibusser A/S intervenserer i sagen til støtte for Movia.

Bilcentralen af 1931 v/Kjeld Pedersen har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 020-043540 af 25. januar 2019 udbød Movia som et offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt om FR14 - Flextrafik Rute (kørsel i Nordsjælland for Flexrute Movia). Kontrakten havde en samlet værdi på 259.350.000 kr. ekskl. moms og var delt op i 47 delaftaler. Tildelingskriteriet var ifølge udbudsbetingelserne ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne Pris 70% og Kvalitet 30%”. Efter tilbudsfristens udløb valgte Movia at annullere udbuddet på grund af en misforståelse vedrørende mindstekravet om antal tilladelser. Movia skrev den 3. april 2019 blandt andet således til tilbudsgiverne:

”Trafikselskabet Movia (”Movia”) har besluttet at annullere udbud af Flexrute (FR14) offentliggjort i EU-Tidende/TED-databasen den 29. januar 2019 ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 020-043540 for så vidt angår samtlige enheder.

Movia kan konstatere, at udbudsmaterialets krav til antallet af tilladelser ikke har været tilstrækkeligt præcist formuleret. En række tilbudsgivere har ikke forstået kravet som tilsigtet. Dette har medført en for begrænset konkurrence. Som følge heraf annulleres udbuddet.
 ...”

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 070-165260 af 4. april 2019 genudbød Movia Flextrafik Rute, denne gang ”FR15 – Udbud af Flexrute” (kørsel i Nordsjælland). Kontrakten var igen opdelt i 47 delaftaler.

Af udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 070-165260 fremgår blandt andet:

”II.1.4) Kort beskrivelse
 Udbud af kørsel i Nordsjælland for Flexrute, Movia
 II.1.5) Anslået samlet værdi
 Værdi eksklusive moms: 259 350 000.00 DKK
 II.1.6) Oplysninger om delkontrakter
 Kontrakten er opdelt i delkontrakter: ja
 Der kan afgives bud på alle delaftaler
 ...”

I udbudsbetingelserne står der blandt andet følgende:

”0 Indledning
 ...

Movia skal bl.a. varetage offentlig servicetrafik i form af almindelig rutekørsel samt individuel handicapkørsel for svært bevægelses-hæmmede.

Hertil kan Movia efter aftale med en kommune eller en region varetage opgaver vedrørende indkøb af trafik, som kommunen eller regionen skal varetage efter anden lovgivning.
 ...

Dette udbud omhandler kørselsordning D – specialkørsel af børn, unge og øvrige borgere (i det følgende kaldet brugere), til skoler, beskyttede værksteder, dagtilbud og lign. (i det følgende kaldt institutioner), hvor der foreligger et fast kørselsmønster.
 ...

1.4.2 Minimumskrav til egnethed

Tilbudsgiver skal være optaget i CVR-registret eller tilsvarende udenlandsk register.

Tilbudsgiver skal være i besiddelse af det nødvendige antal tilladelser til den kørsel, der afgives tilbud på. Herved forstås, at tilbudsgiver skal være i besiddelse af tilladelser til kørsel med et antal vogne mindst svarende til det antal vogne, som tilbudsgiveren angiver at ville anvende i kontraktbilag 5.

Uanset om tilbudsgiver har til hensigt at anvende samme vogn til at køre to eller flere enheder, skal tilbudsgiver være i besiddelse af tilladelser svarende til det samlede antal vogne, som opgjort i kontraktbilag 5.

For kørselskontorer eller bestillingskontorer er kravet opfyldt, hvis de tilsluttede vognmænd besidder de nødvendige tilladelser, jf. ovenstående, til erhvervmæssig personbefordring, og hvis der foreligger en tilladelse til at drive kørsels- eller bestillingskontor. Kørselskontorer og bestillingskontorer skal med tilbuddet fremsende støtteerklæring (udbudsbilag C) fra de tilsluttede vognmænd, som besidder tilladelse.

Tilladelse kan være I) gyldige tilladelser til erhvervmæssig personbefordring fra Trafik-, Bygge-, og Boligstyrelsen, som enten er udstedt i henhold til busloven (LBK nr. 1050 af 12/11/2012) eller i henhold til taxiloven (LOV nr. 1538 af 19/12/2017) eller II) tilladelser til erhvervmæssig personbefordring efter den tidligere gældende taxilov (LBK nr. 107 af 30/01/2013), som fortsat er gældende, eller III) en tilladelse til at drive kørselskontor, jf. lov nr. 1538 af 19/12/2017 § 5 (og/eller kommunal godkendelse som bestillingskontor).

Disse tilladelser skal være gældende på tidspunktet for afgivelse af tilbud.

Dokumentation for besiddelse af de nødvendige tilladelser skal fremsendes efter anmodning fra Movia, jf. afsnit 1.4.3 nedenfor.

Hvad angår tilladelser i kontraktperioden henvises til kontraktens § 1, stk. 4.

1.4.3 Dokumentation for egnethed

...

For så vidt angår dokumentation for tilladelser, jf. afsnit 1.4.2 ovenfor, vil Movia forud for tildeling undersøge, om tilbudsgiver er i besiddelse af det nødvendige antal tilladelser, ved at indtaste tilbudsgivers CVR-nummer på Færdselsstyrelsens hjemmeside under ”Find transportvirksomhed”. Hvis tilbudsgiver baserer sig på andre støttende enheder (økonomisk aktør, herunder koncernforbundne selskaber, mv.) i relation til antallet af tilladelser og dermed har indleveret støtteerklæring (udbudsbilag C), vil Movia undersøge, om den støttende enhed er i besiddelse af det nødvendige antal tilladelser, ved at indtaste den støttende enheds CVR-nummer på Færdselsstyrelsens hjemmeside under ”Find transportvirksomhed”.

Kørselskontorer og bestillingskontorer skal med tilbuddet fremsende støtteerklæring (udbudsbilag C) fra de tilsluttede vognmænd, som besidder tilladelse. For kørselskontorer og bestillingskontorer vil Movia forud for tildeling undersøge, om de tilknyttede vognmænd er i besiddelse af de nødvendige tilladelser, jf. afsnit 1.4.2 ovenfor, ved at indtaste CVR-nummeret for de tilknyttede vognmænd, som kørselskontoret eller bestillingskontoret baserer sig på i relation til egnethed, på Færdselsstyrelsens hjemmeside under ”Find transport-virksomhed”, jf. afsnit 1.4.2 ovenfor.

Herudover skal kørselskontorer og bestillingskontorer på Movias anmodning fremsende dokumentation for at være i besiddelse af tilladelse til at drive kørsels- eller bestillingskontor.

...

1.5 Afgivelse af tilbud

...

Udbudsmaterialets krav og vilkår er herefter ufravigelige, hvorfor tilbudsgiver skal sikre sig, at deres tilbud opfylder alle angivelser i udbudsmaterialet, herunder ændringer som fremgår af ”Spørgsmål og svar”, og at tilbuddet ikke indeholder forbehold.

...

Der kan ikke afgives tilbud på dele af en udbudsenhed. Tilbudsgiver kan ikke afgive alternative tilbud. Der kan ikke tages forbehold for at blive tildelt færre enheder, end der er afgivet tilbud på. Tilbudsgiver er således forpligtet til at kunne køre de ruter, som tilbudsgiver har afgivet tilbud på.

...

1.6 Evaluering af tilbud

Tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det økonomisk mest fordelagtige tilbud identificeres ved tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet med følgende underkriterier:

- Pris: 70%
- Kvalitet: 30%

...”

Af kontraktudkastet fremgår blandt andet:

”§ 1 Formål/Forudsætninger

...

Stk. 4

Alle tilladelser skal være gældende indtil kontraktperioden udløber, jf. kontraktens § 3, og Operatøren skal stedse leve op til alle lovgivningsmæssige krav og vilkår for så vidt angår de pågældende tilladelser.

...

§ 3 Kontraktperioden

Stk. 1

Kontrakten er gældende fra tidspunktet, hvor begge parter har underskrevet. Driftsstart er 1. oktober 2019 for alle enheder. For så vidt angår enhed 9, 23 og 29 er udløbsdatoen 30. september 2020. For så vidt angår de øvrige enheder er udløbsdatoen 30. september 2023.

...”

Af spørgsmål og svar fremgår blandt andet følgende:

”Svar ID	Spørgsmål	Svar
19-A 129	<p>Iflg. Kontraktbilag 5 liste over tilbudte vogne ...</p> <p>Tilbudsgiver skal være i besiddelse af det nødvendige antal tilladelser til den kørsel, der afgives tilbud på. Herved forstås, at størrelsen (A) – (B) i skemaet ovenfor skal være større end eller lig nul for at tilbuddet er konditionsmæssigt.</p> <p>Skal dette forstås som disponible tilladelser / vogne, således at disse ikke i forvejen bruges i andre udbud.</p> <p>Hvis ja, hvordan vil Movia i så fald sikre sig dette rent faktisk overholdes.</p>	<p>Udfyldelsen af kontraktbilag 5 skal forstås således, at antallet af tilbudte vogne skal være i overensstemmelse af antal gyldige tilladelser på tids-punktet for afgivelse af tilbud.</p>

...

19-A 131 Hvis en tilbudsgiver afgiver tilbud på enkelte enheder og samtidig på et kombinationstilbud hvordan tæller Movia så antallet af forbrugte tilladelser.

For afgivelse af enkelttilbud hhv. kombinations-tilbud på de samme enheder gælder, at der skal foreligge et antal gyldige tilladelser svarende til det antal vogne, man ønsker at benytte. Da der skal bydes på enkeltenheder i forbindelse med bud på kombinationsmuligheder, skal tilbudsgiver som minimum have det antal tilladelser til det maksimalt antal tilbudte vogne samlet set for enhederne. Det kræves ikke, at man har tilladelser til bud på både enkelttilbud og kombinationstilbud på samme enheder, men at man har gyldige tilladelser til det antal vogne, som budet maksimalt kan indeholde, uagtet om det er enkelt eller kombinationstilbuddet, der eventuelt bliver valgt.

...”

Af evalueringsrapporten af 12. juni 2019 fremgår blandt andet:

”2. Konditionsmæssighed og egnethed

...

2.3 Minimumskrav til egnethed

I henhold til udbudsbetingelsernes afsnit 1.4.2 skal tilbudsgiverne have tilladelse fra Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen til erhvervsmæssig personbefordring (vognmandstilladelse). Tilbudsgiver skal være i besiddelse af de nødvendige antal tilladelser til den kørsel, der afgives tilbud på.

Tilbudsgiverne skal være optaget i CVR-registret.

Alle tilbudsgivere opfylder ifølge de indleverede ESPD'er de fastsatte minimumskrav til egnethed.

...

2.5 Dokumentation

Ordregiver har efter den gennemførte evaluering og inden tildeling verificeret, at tilbuddene opfylder alle krav i udbudsbetingelserne.

Ordregiver har herudover indhentet dokumentation for egnethed i form af servicetilladelser samt det nødvendige antal kørselstilladelser fra alle de tilbudsgivere, som tildeles kørsel. Ordregiver har således indhentet dokumentation for, at tilbudsgivere, der tildeles kørsel, ikke er udelukket i henhold til udelukkelsesgrundene i udbudsbetingelsernes afsnit 1.4.1, samt opfylder minimumskravet til egnethed.

...

4. Vurdering af tilbudsgivernes tilbud

...

5. Konklusion

...

Øvrige tilbud har således opnået færre point ved evalueringen af underkriteriet ”pris”, jf. afsnit 4.1 ovenfor, og/eller færre point ved evalueringen af underkriteriet ”kvalitet”, jf. afsnit 4.2 ovenfor.

Dette indebærer, at:

- Bedre Bus Service ApS tildeles 1 enhed
- Bilcentralen ApS tildeles 7 enheder
- Bilcentralen af 1931 ApS tildeles 3 enheder
- DanTaxi 4x48 A/S tildeles 6 enheder
- Finns Handicapkørsel ApS tildeles 9 enheder
- Frederikssund Handibusser A/S tildeles 9 enheder
- HB Care A/S tildeles 4 enheder
- Meløse Bus v/ Vognmand Henning Sørensen tildeles 3 enheder
- Taxa 4x35 tildeles 2 enheder
- VBT A/S tildeles 3 enheder

...”

Retsgrundlaget

OST-tilladelsen blev indført ved lov nr. 633 af 14. juni 2011 om ændring af lov om taxikørsel m.v.

Af bemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 1, fremgår følgende:

”Det foreslås, at der i taxiloven indføres en ny tilladelsestype, ”tilladelse til offentlig servicetrafik” ud over de eksisterende typer: taxitilladelse, limousinetilladelse og tilladelse til sygetransport.

En tilladelse til offentlig servicetrafik vil alene give indehaveren ret til at udføre erhvervsmæssig personbefordring i forbindelse med kontrakt med et trafikskab om almindelig rutekørsel. Der kan dels være tale individuel handicapkørsel for svært bevægelseshæmmede, dels om den samordnede kørsel, dvs. de kørselsordninger, som kommuner og regioner er forpligtet til at lade udføre i henhold til anden lovgivning f.eks. befordring af visse folkeskoleelever, befordring af ældre til dagcenter og befordring af patienter til læge eller sygehus.

Der vil ikke på grundlag af den nye tilladelsestype kunne udføres andre former for erhvervsmæssig personbefordring.”

Den tidligere gældende taxilov (lovbekendtgørelse nr. 107 af 30. januar 2013 om taxikørsel mv.) § 1, stk. 1, lyder således:

”§ 1. Den, der udfører erhvervsmæssig personbefordring (taxikørsel, limousinekørsel, sygetransport og offentlig servicetrafik) med et dansk indregistreret motorkøretøj indrettet til befordring af højst 9 personer, føreren medregnet, skal have tilladelse hertil.”

Lov om trafikskaber § 5, stk. 1, nr. 1, og stk. 6 og § 19, stk. 1-3, lyder således:

”§ 5.

Et trafikskab varetager følgende opgaver inden for trafikskabets geografiske område:

1) Offentlig servicetrafik i form af almindelig rutekørsel,

...

Stk. 6. Trafikskabet kan efter aftale med en kommune eller en region varetage opgaver vedrørende trafik, som kommunen eller regionen skal varetage efter anden lovgivning.

...

§ 19.

Ved rutekørsel forstås regelmæssig befordring af personer med motorkøretøj i en bestemt trafikforbindelse, som finder sted over mindst 3 kørselsdage og mindst én gang om ugen, og hvor på- eller afstigning kan ske inden for forud fastsatte områder, jf. dog stk. 2. Der kan tillige tilbydes en ekstra ydelse, hvis kørslen er åben for alle uanset ønske om benyttelse af denne ekstra ydelse.

Stk. 2. Er ruten åben for alle, betegnes denne som ”almindelig rutekørsel”. Uanset stk. 1 forstås ved almindelig rutekørsel endvidere:

- 1) Individuel handicapkørsel, jf. § 11, og
- 2) Kørsel af passagerer for jernbanevirksomheder og luftfartsselskaber, der er ramt af trafikforstyrrelser.

Stk. 3. Befordres der kun bestemte kategorier af personer, betegnes kørslen som ”speciel rutekørsel”.

Af bemærkningerne til trafikselskabslovens § 19, stk. 1-3, fremgår blandt andet:

”Befordres der under kørslen kun bestemte kategorier af personer, foreligger der speciel rutekørsel, for hvilken kørsel der ikke gælder samme regler som for den almindelige rutekørsel, dvs. den kørsel, alle har adgang til at deltage i. Ved en bestemt kategori af personer forstås personer, der er kendetegnet ved at have et bestemt fælles formål med at blive befordret, fx at blive befordret enten til undervisningssted (skolekørsel), til arbejdsplads (arbejdstagerkørsel), til færge- eller lufthavn med henblik på videretransport herfra, til sygehus eller andet behandlingssted eller til kirke. Om passagererne skal befordres til en og samme skole, arbejdsplads m.v., er i denne henseende uden betydning, ligesom det også er ligegyldigt, om passagererne er de samme fra tur til tur.”

Af Transportministeriets Betænkning nr. 1542 fra Udvalg om erhvervsmæssig personbefordring i personbiler, oktober 2013, fremgår blandt andet:

”Tilladelse til offentlig servicetrafik giver ret til at udføre offentlig servicetrafik (almindelig rutekørsel) for et trafikselskab omfattet af lov om trafikselskaber. Den offentlige servicetrafik svarer til den såkaldte flextrafik, der omfatter a) trafikselskabernes kørsel for kommuner og regioner (den sociale kørsel), b) den individuelle handicapkørsel og c) åben kørsel (dvs. at kørslen er åben for alle borgere efter bestilling – en ”flexitur”). De tre former for kørsel koordineres af trafikselskaberne.”

VBT har den 6. august 2019 indhentet en udtalelse fra Færdselsstyrelsen vedrørende anvendelse af OST-tilladelser. Det fremgår blandt andet af udtalelsen:

”Det er således styrelsens opfattelse, at en OST-tilladelse ikke kan kombineres med speciel rutekørsel, da speciel rutekørsel ikke indgår som en del af trafikselskabernes ansvarsområde og en tilladelse til speciel rutekørsel alene kan udstedes til en virksomhed der har tilladelse til

erhvervsmæssig personbefordring i henhold til buskørselslovens § 1, stk. 1.”

Transport- og Boligministeriet har på baggrund af en henvendelse fra Movia udarbejdet et notat til trafikselskaberne om trafikselskabernes kørsel og tilladelsestyper. Følgende fremgår blandt andet af notatet:

”Trafikselskaber varetager offentlig servicetrafik i form af almindelig rutekørsel iht. § 5, stk. 1, nr. 1, i lov om trafikselskaber, individuel handicapkørsel, jf. § 5, stk. 1, nr. 4, og desuden kan trafikselskaber efter aftale med en kommune eller en region varetage opgaver vedrørende trafik, som kommunen eller regionen skal varetage efter anden lovgivning, jf. § 5, stk. 6.

Der er opstået tvivl om, hvilken form for tilladelse, kørselsopgaver, som et trafikselskab varetager for en kommune eller en region iht. § 5, stk. 6, kræver – med andre ord, hvilke tilladelsestyper, trafikselskaberne kan kræve af de operatører, der byder på kørslen.

Det er i den forbindelse afgørende om kørslen varetages i en bus eller i bil. Såfremt der køres i bus kræves en tilladelse til erhvervsmæssig personbefordring iht. busloven. Hvis der kørsel i bil kræves enten tilladelse til erhvervsmæssigpersonbefordring iht. lov om taxikørsel (gl. lov) i form af tilladelse til taxikørsel eller tilladelse til offentlig servicetrafik, eller tilladelse til erhvervsmæssig persontransport iht. taxiloven (ny taxilov). Det skal for en god ordens skyld bemærkes, at kørselskontorer også vil kunne byde på trafikselskabernes kørsel, da de tilknyttede vognmænd alle har en tilladelse iht. ny taxilov.

Den oprindelige intention i lov om trafikselskaber var, at trafikselskaberne kunne samordne al kørsel, som selskaberne varetager, dvs. både de opgaver som trafikselskaberne skal varetage og de opgaver som de kan varetage.
...”

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden

Movia har principalt gjort gældende, at der skal ske afvisning af VBT's påstande, idet klagenævnet ikke har kompetence til at træffe afgørelse om, hvorvidt den af Movia udbudte kørsel kan udføres på grundlag af OST-tilladelser i henhold til den tidligere gældende taxilov. Påstandene angår ikke en overtrædelse af de udbudsretlige regler som omhandlet i klagenævnslovens § 10, stk. 1.

Det følger desuden af klagenævnets faste praksis, at klagenævnet ikke er kompetent til at påse overholdelsen af anden lovgivning end den, der er nævnt i klagenævnslovens § 1, stk. 2 og 3, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 9. marts 2012, Delfin Vask A/S mod Gentofte Kommune.

VBT har gjort gældende, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbuds § 1, jf. § 1, stk. 2 og 3, har kompetence til at træffe afgørelse om, hvorvidt den udbudte kørsel kan udføres på grundlag af OST-tilladelser i henhold til den tidligere gældende taxilov. Der er intet usædvanligt i, at klagenævnet skal fortolke andre love som led i nævnets vurdering af, hvorvidt udbudsreglerne er overholdt. Som et enkelt blandt mange eksempler herpå kan henvises til klagenævnets kendelse af 9. maj 2011, Falck Danmark A/S mod Brand og Redning Djursland.

Ad påstand 1-3

VBT har gjort gældende, at OST-tilladelser udstedt efter den tidligere gældende taxilov ikke lovligt kan anvendes som grundlag for speciel rutekørsel og derved ikke kan tjene til at opfylde minimumskravet til egnethed, således som fastsat i udbudsbetingelsernes punkt 1.4.2. Tilbuddene fra Bilcentralen ApS, Bilcentralen af 1931 og Frederikssund Handibusser A/S opfyldte således ikke minimumskravet, og derfor burde tilbuddene have været afvist som værende ukonditionsmæssige.

OST-tilladelser efter den tidligere gældende taxilov kan alene benyttes til offentlig servicetrafik, jf. lov om trafikskaber § 5, stk. 1, nr. 1, hvorimod den ved FR15 udbudte kørsel udføres i medfør af lov om trafikskaber § 5, stk. 6. OST-tilladelser kan derfor ikke anvendes til denne type kørsel og kan således ikke indgå i beregningen af antal tilladelser. Da OST-tilladelser ikke kan anvendes til denne type kørsel, er tilbuddene fra Bilcentralen ApS, Bilcentralen af 1931 v/Kjeld Pedersen og Frederikssund Handibusser A/S ukonditionsmæssige på grund af manglende antal tilladelser til det antal vogne, der er budt med.

Efter den tidligere gældende taxilov kunne der opnås tilladelse til erhvervsmæssig personbefordring ved følgende 4 typer tilladelser:

- Tilladelse til taxikørsel
- Tilladelse til limousinekørsel

- Tilladelse til sygetransport
- Tilladelse til offentlig servicetrafik (OST-tilladelser)

Det følger endvidere af den tidligere bekendtgørelse nr. 405 af 8. maj 2012 om taxikørsel mv. § 1, stk. 4, at der ved offentlig servicetrafik forstås kørsel i forbindelse med kontrakt med et trafikselskab om almindelig rutekørsel, hvilket er i overensstemmelse med definitionen af speciel rutekørsel i lov om trafikselskaber § 19, stk. 3.

Udbuddet FR15 vedrører ikke almindelig rutekørsel, idet de udbudte ruter ikke er åbne for alle, men alene er befordring af bestemte personer, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 0. At der i udbudsbetingelsernes punkt 1.4.2 er henvist til tilladelser til erhvervsmæssig befordring i medfør af den pågældende lovbekendtgørelse ændrer ikke herved, idet det afgørende er, at OST-tilladelser ikke kan anvendes til speciel rutekørsel, som er udbudt.

Færdselsstyrelsen har ved udtalelsen af 6. august 2019 bekræftet VBT's opfattelse, hvorefter OST-tilladelser ikke kan anvendes til opfyldelse af udbudsbetingelsernes krav om, at tilbudsgiver skulle være i besiddelse af det "nødvendige antal tilladelser til den kørsel, der afgives tilbud på", idet den tilbudte kørsel udgør speciel rutekørsel. Den anførte definition i forarbejderne til trafikselskabslovens § 19, stk. 3, svarer præcist til den af Movia udbudte flexrute kørsel. Det er uden betydning, om passagererne skal befordres til en og samme skole, arbejdsplads m.v., ligesom det i sig selv må have formodningen imod sig, at en kørsel, der udbydes som "specialkørsel", i realiteten skulle være "almindelig rutekørsel" i medfør af trafikselskabslovens § 19, stk. 2, hvor kørslen er åben for alle.

Af større betydning er det, at der er tale om 47 forskellige udbudsenheder, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 2.1, som er udbudt enkeltvis, og som må vurderes enkeltvis.

Det fremgår af udbudsmaterialets kontraktbilag 3, at de enkelte udbudsenheder vedrører konkrete skoler eller institutioner, idet det om "kontraktspecifikke og serviceforhold" bl.a. er anført, at der ikke må være samkørsel med andre elever/borgere fra andre skoler/tilbud.

Det forhold, at der f.eks. for udbudsenhed 4 "Granbohus" er tilladt samkørsel med elever/borgere fra andre skoler/tilbud, der skal til Granbohus, ændrer ikke den udbudte kørsel fra at være "speciel rutekørsel" i medfør af

trafikselkabslovens § 19, stk. 3, til ”almindelig rutekørsel” i medfør af lovens § 19, stk. 2, idet der trods den tilladte begrænsede samkørsel ikke er tale om rutekørsel, som er åben for alle.

I Transport- og Boligministeriets notat citeres fra bemærkningerne til lov nr. 633 af 14. juni 2011 og betænkning nr. 1542 udgivet af Transportministeriet i 2013. Af begge citater fremgår, at tilladelse til offentlig servicetrafik alene giver ret til at udføre offentlig servicetrafik i form af almindelig rutekørsel for et trafikselkab omfattet af lov om trafikselkaber. Desuagtet anføres det i notatet, at det var intentionen, at tilladelser til offentlig servicetrafik kunne bruges til alle trafikselkabernes kørselsopgaver. Dette er i strid med § 1, stk. 4, i den tidligere gældende taxilov og med de kilder, der citeres.

Det er i den forbindelse vigtigt at sondre mellem flextrafik og flexrute. VBT er enig i, at OST-tilladelser kan anvendes til flextrafik, således som det fremgår af citatet fra betænkning nr. 1542 i Transport- og Boligministeriets notat. Flextrafik kan være befordring af patienter til læge eller sygehus. Dette er imidlertid ikke rutekørsel, men individuel befordring. Movias udbud omhandler derimod rutekørsel i form af flexruter, hvorfor det er sondringen i trafikselkabslovens § 19, stk. 3, som er afgørende for den retlige vurdering af, om OST-tilladelser kan finde anvendelse eller ej.

Movia har gjort gældende, at tilbuddene fra Bilcentralen af 1931 v/Kjeld Pedersen, Bilcentralen ApS og Frederikssund Handibusser A/S var konditionsmæssige, herunder at de tre tilbudsgivere på tidspunktet for tilbudsafgivelsen var i besiddelse af det nødvendige antal tilladelser til udførelse af kørslen, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 1.4.2.

OST-tilladelser kan anvendes til udførelsen af den udbudte flexrute-kørsel. Det var derfor korrekt og sagligt, at Movia i medfør af udbudsbetingelsernes pkt. 1.4.2 accepterede OST-tilladelser som grundlag for udførelse af kørslen.

Der kunne i henhold til den tidligere gældende taxilov opnås tilladelse til i) taxikørsel, ii) buskørsel, iii) limousinekørsel og sygetransport, og iv) offentlig servicetrafik (OST-tilladelse). Af disse er det Movias opfattelse, at tilladelser til taxikørsel, buskørsel og OST-tilladelser kan anvendes inden for flextrafik.

Det fremgår utvetydigt af lovforslaget til den tidligere gældende taxilov, at OST-tilladelser kan anvendes til kørsel, som kommuner og regioner er

forpligtet til at lade udføre i henhold til anden lovgivning, herunder f.eks. befordring af visse folkeskoleelever.

Den af Movia udbudte flexrute-kørsel udgør netop kørsel af børn, unge og øvrige borgere til skoler, beskyttede værksteder, dagtilbud og lign., som kommunen er forpligtet til at lade udføre i henhold til anden lovgivning, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 0.

Den 1. januar 2018 trådte den nye taxilov i kraft. Loven omfatter al erhvervsmæssig persontransport i bil, dvs. taxikørsel, limousinekørsel og kørsel for offentlige myndigheder. Med loven indføres, at der kun er én tilladelsestype til erhvervsmæssig persontransport. Eksisterende tilladelser herunder OST-tilladelser, der udløber i årene 2018-2020, kan hos Færdselsstyrelsen ombyttes til den nye tilladelsestype til erhvervsmæssig persontransport, og er den eneste tilladelsestype, hvorfor blandt andet OST-tilladelser ikke længere udstedes.

Af Betænkning nr. 1542 fremgår, at flexrute-kørsel kan udføres på grundlag af OST-tilladelser.

Transport- og Boligministeriet har i det notat, der er udarbejdet på baggrund af Movias henvendelse, fastslået, at lovgivers intention har været, at OST-tilladelser skulle kunne anvendes til den af Movia udbudte kørsel.

Af Færdselsstyrelsens udtalelse, som indhentet af VBT, fremgår det, at det er styrelsens opfattelse, at en OST-tilladelse ikke kan kombineres med speciel rutekørsel. Det lægges til grund, at der med ”speciel rutekørsel” i udtalelsen menes speciel rutekørsel i overensstemmelse med § 19, stk. 3, i lov om trafikskaber.

Den af Movia udbudte flexrute-kørsel udgør ikke speciel rutekørsel i henhold til trafikskabslovens § 19, stk. 3. Færdselsstyrelsens udtalelse er derfor ikke relevant i relation til spørgsmålet om, hvorvidt den udbudte kørsel kan udføres på grundlag af OST-tilladelser.

Definitionen af speciel rutekørsel fremgår af trafikskabslovens § 19, stk. 3, og forarbejderne til denne bestemmelse. Som det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 0, udgør den udbudte kørsel: ”... specialkørsel af børn, unge og øvrige borgere [...] til skoler, beskyttede værksteder, dagtilbud og lign. [...], hvor der foreligger et fast kørselsmønster”.

Betegnelsen ”specialkørsel” i udbudsbetingelserne er ikke at sammenligne med ”speciel rutekørsel” i trafikskabslovens forstand. Betegnelsen ”specialkørsel” er i øvrigt intern begrebsterminologi hos Movia.

Udbudsbetingelsernes pkt. 2.1 indeholder en liste over de udbudte udbudsenheder, herunder kørsel til en lang række forskellige skoler, specialbørnehaver, dagcentre og værksteder. Borgere, herunder børn og voksne, der transporteres til skole, dagtilbud, værksted eller lign., kan ikke anses for ”en bestemt kategori af personer” med ”et bestemt fælles formål”, jf. forarbejderne.

Speciel rutekørsel i trafikskabslovens forstand er f.eks. Region Sjællands patientbusser fra Nakskov/Slagelse til Rigshospitalet, Novo Nordisks medarbejderkørsel fra København til virksomhedens fabrik i Kalundborg og kørsel af børnehavebørn fra et opsamlingssted til skovbørnehave.

Den udbudte kørsel udgør således ikke kørsel med en bestemt kategori af personer med ét fælles formål, men derimod befordring af en flerhed af personer med forskellige formål, herunder befordring til skole, dagtilbud, værksted eller lign. Kørslen koordineres af den enkelte operatør, hvilket indebærer, at der i samme vogn kan befordres forskellige grupper af borgere.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at det for en række af de udbudte enheder er tilladt at etablere samkørsel. Udbuddet indeholder således ikke 47 enheder, der er udbudt enkeltvis, og som skal vurderes som sådan, men ét samlet udbud bestående af en række udbudsenheder.

Det fremgår utvetydigt af bemærkningerne til den tidligere gældende taxilov og af Betænkning nr. 1542, at hensigten med indførelsen af OST-tilladelser var, at disse skulle kunne anvendes til den omhandlede kørsel, herunder den kørsel, som Movia varetager på vegne af kommuner og regioner, jf. trafikskabslovens § 5, stk. 6.

Da der ikke er sket overtrædelse af udbudsreglerne, er der intet grundlag for at annullere tildelingsbeslutningerne. En overtrædelse skal konkret have haft betydning for tildelingen, og dermed udbuddets resultat, for at kunne føre til annullation af en tildelingsbeslutning, hvilket ikke er tilfældet.

VBT har udover det ad påstand 1-3 anførte yderligere gjort gældende vedrørende Bilcentralen af 1931 v/Kjeld Pedersen, at Movia har handlet i

strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakter til denne virksomhed, idet tilbuddet ikke var konditionsmæssigt, da det ikke opfyldte mindstekravet om, at tilladelserne skal være gældende, indtil kontraktperioden udløber, som fastsat i udbudsmaterialets punkt 1.4.2 og kontraktens § 1, stk. 4.

Minimumskravet efter udbudsmaterialets punkt 1.4.2 om, at en tilbudsgiver skal være i besiddelse af det nødvendige antal tilladelser til den kørsel, der afgives tilbud på, må forstås i overensstemmelse hermed. Kravet vedrører således ikke alene det kontraktuelle forhold mellem Movia og leverandøren.

Movia har bestridt, at det var et mindstekrav under udbuddet, at de samme tilladelser, som tilbudsgiverne var i besiddelse af på tidspunktet for tilbudsafgivelsen, skulle være gyldige i hele kontraktperioden.

Af kontraktens § 1, stk. 4, fremgår det, at ”Alle tilladelser skal være gældende indtil kontraktperioden udløber...”

Denne angivelse angår alene det kontraktuelle forhold mellem Movia og operatøren efter kontraktindgåelse og har ikke betydning under udbudsproceduren. Kravet indebærer desuden ikke, at de tilladelser, som tilbudsgiverne er i besiddelse af på tidspunktet for tilbudsafgivelsen, skal være gyldige i hele kontraktperioden. Kravet angår alene, at tilbudsgiverne i hele kontraktperioden skal være i besiddelse af et tilstrækkeligt antal gyldige tilladelser.

Tilladelserne, der udstedes af Færdselsstyrelsen, har en løbetid på 10 år fra udstedelsestidspunktet. Udstedelsestidspunktet varierer, hvorfor der vil kunne være tilbudsgivere, hvis tilladelser udløber undervejs i en kontraktperiode. Dette er helt sædvanligt, og såfremt operatørens forhold er i orden, udstedes ny tilladelse uden videre. Ved tilladelsernes eventuelle udløb er tilbudsgiverne således berettiget til at forny tilladelserne i kontraktens løbetid.

Ad påstand 4

VBT har gjort gældende, at Movia ikke var berettiget til at annullere udbuddet FR14, idet fem af tilbudsgiverne havde forstået minimumskravet til egnethed og opfyldte dette. Aflysningen var ikke begrundet i uklarheder i udbudsmaterialet, men derimod i den begrænsede konkurrence, som den

påståede uklarhed medførte. En eventuel uklarhed i de opstillede minimumskrav kunne således have været afhjulpet i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5, eller gennem besvarelse af spørgsmål under udbudsproceduren.

Højesteret har i dommen U2011.3129H (ISS mod Silkeborg Kommune) anført, at ordregivere som udgangspunkt er berettiget til at annullere et udbud, men at en annulation ikke må forfølge et formål, som er i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, eller som i øvrigt må anses for usagligt.

VBT har bestridt, at der er tale om en begrænset konkurrence, når der er 5 konditionsræssige bud, som tilfældet var i FR14. Af konkurrencestyrelsens vejledning til udbudslovens § 171 vedrørende aflysning af udbudsprocedurer fremgår, at det ikke vil være usagligt at aflyse en udbudsprocedure, dersom der kun er én egnet tilbudsgiver, eller dersom udbudsbetingelserne er uklare eller uigennemsigtige, jf. klagenævnets kendelse af 25. november 2009, A/S Jens Jensen og sønner m.fl. mod Viborg Kommune.

Movia har bestridt, at Movias annulation af FR14-udbuddet var usagligt.

Det kan ikke af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ”Vejledning om udbudsreglerne” sluttes modsætningsvist, at det vil være usagligt at annullere en udbudsprocedure, hvis ordregiver har modtaget fem konditionsræssige tilbud.

Det fremgår også af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, at det vil være sagligt for ordregiver at aflyse en udbudsprocedure, hvis udbudsbetingelserne er uklare eller uigennemsigtige, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. november 2009, A/S Jens Jensen og sønner mfl. mod Viborg Kommune.

Movia blev først opmærksom på uklarhederne i udbudsmaterialet ved gennemgangen af de modtagne tilbud. Uklarhederne kunne derfor ikke være afhjulpet ved anvendelse af udbudslovens § 159, stk. 5, eller via spørgsmål/svar under udbudsproceduren.

Intervenienterne Bilcentralen ApS og Frederikssund Handibusser A/S har fremsat anbringender til støtte for Movias påstande om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet har ikke kompetence til at annullere en kontrakt, jf. herved lov om Klagenævnet for Udbud § 13.

Klagenævnet afviser derfor andet led i påstand 1A, 2A og 3A.

Ad Movias' afvisningspåstand

Movia har udbudt flexrutekørsel i Nordsjælland i 47 delaftaler omhandlende specialkørsel af borgere til forskellige institutioner, hvortil der foreligger et fast kørselsmønster. Klagenævnet har, jf. klagenævnslovens § 1, kompetence til at tage stilling til, om udbudsretlige regler i udbudsloven m.v. og EU-retten er overholdt. Efter udbudsbetingelserne skal tilbudsgiverne være i besiddelse af forskellige angivne tilladelser med henblik på at foretage den omhandlede kørsel. Som klagen er formuleret, skal klagenævnet tage stilling til, om de af tilbudsgiverne afgivne tilbud opfylder de i udbudsmaterialet anførte egnedetskriterier. Prøvelsen heraf falder inden for klagenævnets kompetence. Påstandene afvises derfor ikke.

Ad påstand 1 - 3*OST-tilladelser*

Movia skal varetage offentlig servicetrafik i form af almindelig rutekørsel samt individuel handicapkørsel for svært bevægelseshæmmede og kan efter aftale med en kommune eller en region varetage opgaver vedrørende indkøb af trafik, som kommunen eller regionen skal varetage ifølge anden lovgivning.

Den udbudte opgave vedrørte kørsel af børn, unge og øvrige borgere til skoler, beskyttede værksteder, dagtilbud og lignende, hvor det på flere af enhederne var muligt med samkørsel med andre tilbud, elever og skoler. Det var muligt at afgive kombinationstilbud på nogle af de udbudte enheder.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne skulle være i besiddelse af det nødvendige antal tilladelser til den kørsel, tilbudsgiverne afgav tilbud på, og at disse tilladelser kunne være gyldige tilladelser til erhvervsmæssig personbefordring fra Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen, som enten er udstedt i henhold til busloven, lovebekendtgørelse nr. 1050 af 12.

november 2012, eller i henhold til taxiloven, lov nr. 1538 af 19. december 2017, eller tilladelser til erhvervsmæssig personbefordring efter den tidligere gældende taxilov, lovbekendtgørelse nr. 107 af 30. januar 2013, eller en tilladelse til at drive kørselskontor, jf. § 5 i lov nr. 1538 af 19. december 2017, og/eller kommunal godkendelse som bestillingskontor.

Det fremgår af bemærkningerne til § 19, stk. 3, i lov om trafikkselskaber, at der ved ”speciel rutekørsel” skal foreligge befordring af en bestemt kategori af personer, hvor kendetegnet er, at personerne skal have et bestemt fælles formål med at blive befordret, foruden selve transporten, og at der kun kræves tilladelse til speciel rutekørsel efter loven, hvis den udføres med bus. Erhvervsmæssig personbefordring i køretøjer indrettet til befordring af indtil 9 personer, chaufføren inklusiv, reguleres i øvrigt af taxiloven.

Det må således lægges til grund, at den udbudte opgave ikke vedrørte speciel rutekørsel, hvor der kun befordres en bestemt kategori af personer, der har et bestemt fælles formål. Klagenævnet har lagt vægt på, at udbuddet omhandlede forskellige kategorier af personer, der ikke har et bestemt fælles formål, og hvor der ved flere enheder var mulighed for samkørsel med andre.

Af bemærkningerne til den dagældende lov om taxikørsel § 1, nr. 1, fremgår blandt andet, at en tilladelse til offentlig servicetrafik alene vil give indehaveren ret til at udføre personbefordring i forbindelse med kontrakt med et trafikkselskab om almindelig rutekørsel, hvorunder der blandt andet kan være tale om kørselsordninger, som kommuner og regioner er forpligtet til at lade udføre i henhold til anden lovgivning, f.eks. befordring af visse folkeskoleelever, befordring af ældre til dagcenter og befordring af patienter til læge eller sygehus. Det er videre anført, at der på grundlag af indførelsen af de nye tilladelser ikke vil kunne udføres andre former for erhvervsmæssig personbefordring.

Det må herefter lægges til grund, at OST-tilladelser kan anvendes til den af Movia udbudte kørsel, idet den omfatter kørselsordninger til skoler, beskyttede værksteder, dagtilbud og lign., som en kommune eller region er forpligtet til at udføre i henhold til anden lovgivning.

Vedrørende kontrakterne tildelt til Bilcentralen af 1931 v/Kjeld Pedersen fremgår det som et punkt i kontraktbilaget, at alle kørselstilladelserne skal være gyldige indtil kontraktperioden udløber. Det fremgår ikke som et mindstekrav i udbudsmaterialet, at tilbudsgivernes kørselstilladelser på

tidspunktet for afgivelse af tilbud skal være gyldige i hele kontraktens løbetid. Det udelukker således ikke, at leverandøren i kontraktens løbetid fornyer sine tilladelser, således at kontraktens § 1, stk. 4, er opfyldt.

Det er derfor ikke i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, at Movia har tildelt kontrakter til Bilcentralen af 1931 v/Kjeld Pedersen uanset, at tilladelseerne ikke ved tilbudsafgivelsen var gældende i hele kontraktens løbetid.

Movia har således ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2, ved at tildele kontrakterne til Bilcentralen ApS, Bilcentralen af 1931 v/Kjeld Pedersen og Frederikssund Handibusser A/S.

Påstandene 1A - 3A

Der er herefter ikke grundlag for at tage annullationspåstandene til følge, i det omfang de ikke er afvist.

Ad påstand 4

Movia har begrundet annullationen af udbud af FR14 – Flextrafik Rute med, at kravet til antallet af tilladelser i udbudsmaterialet ikke har været tilstrækkeligt præcist formuleret, hvilket har medført en begrænset konkurrence. Movia har efterfølgende i genudbuddet, FR15, præciseret kravet.

Med den anførte begrundelse og den efterfølgende præcisering af kravet til tilladelser i genudbuddet har Movias beslutning om annullation af udbuddet FR14 - Flextrafik Rute ikke været i strid med principperne om ligebehandling eller på anden måde været usaglig.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Andet led i påstand 1A, 2A og 3A, hvorefter klagenævnet skal annullere kontrakterne, afvises.

I øvrigt tages klagen ikke til følge.

VBT A/S skal i sagsomkostninger til Movia betale 35.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens retighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent