

K E N D E L S E

HB Care A/S
(advokat Andreas Christensen og advokat Sidsel Marcussen, Hellerup)

mod

Esbjerg Kommune
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Intervenient:
Esbjerg Taxa Busser A/S
(advokat Jakob Guldborg Rasmussen, Odense)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 123-350234 af 24. juni 2022, offentliggjort den 29. juni 2022, udbød Esbjerg Kommune som offentligt udbud efter udbudsloven en 4-årig rammeaftale med en enkelt aktør vedrørende ”specialkørsel, læge- og speciallægekørsel samt genoptræningskørsel”. Rammeaftalen er opdelt i delaftale 1, specialkørsel, og delaftale 2, læge, speciallæge- og genoptræningskørsel. Klagen angår begge delaftaler.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 29. august 2022 havde HB Care A/S (”HB Care”) og Esbjerg Taxa Busser A/S (”Esbjerg Taxa Busser”) afgivet tilbud. Den 20. september 2022 meddelte Esbjerg Kommune, at kommunen havde besluttet at indgå kontrakt med Esbjerg Taxa Busser, og kontrakt blev herefter indgået den 5. oktober 2022.

Den 22. december 2022 indgav HB Care klage til Klagenævnet for Udbud over Esbjerg Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

HB Care har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Esbjerg Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved under udbuddet at have ændret på mindstekrav og derved at have foretaget ændring af grundlæggende elementer.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Esbjerg Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakt om levering af læge-, speciallæge-, genoptrænings- og specialkørsel til Esbjerg Taxa Busser, uanset at tilbuddet fra Esbjerg Taxa Busser ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte udbudsmaterialets mindstekrav til henholdsvis maksimal transporttid og indregning af tid til af- og påsætning af borgere.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Esbjerg Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have udbudt et uklart udbudsgrundlag, som ikke var egnet til at danne grundlag for tildeling af de udbudte rammeaftaler.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Esbjerg Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have anvendt en evalueringsmetode, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere Esbjerg Kommunes beslutning af 20. september 2022 om at tildele kontrakt vedrørende levering af læge-, speciallæge-, genoptrænings- og specialkørsel til kommunen til Esbjerg Taxa Busser.

HB Care har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Klagenævnet har den 23. december 2022 meddelt Esbjerg Kommunes kontraktpart, Esbjerg Taxa Busser, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Esbjerg Taxa Busser har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 23. januar 2023 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Esbjerg Taxa Busser intervenserer i sagen til støtte for Esbjerg Kommune.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen af 24. juni 2022 fremgår, at rammeaftalen har forventet kontraktstart den 1. maj 2023, og at aftalen har en anslået samlet værdi på 52 mio. kr. fordelt med 44 mio. kr. på delaftale 1 og 8 mio. kr. på delaftale 2. Udbudsbekendtgørelsen indeholder bl.a. følgende:

”II.1.4) Kort beskrivelse:

Esbjerg Kommune udbyder følgende tre kørselsområder:

- Specialkørsel
- Læge- og speciallægekørsel
- Genoptræningskørsel

...

II.2.1) Betegnelse:

Delaftale 1, Specialkørsel

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Udbuddet vedrører indkøb af specialkørsel til samtlige ordregivers enheder og institutioner. Tilbudsgiver skal stå for at planlægge og udføre kørslen på den for ordregiver mest optimale måde, dvs. der skal ske samkørsel hvor dette kan optimere.

Udbuddet omfatter befordring af borgere i alderen fra 0 år og opefter, som ikke er i stand til at anvende offentlige befordringsmidler. Borgerne har en betydelig varig nedsat funktionsevne og kan have følgehåndicap som f.eks. lammelser, epilepsi, blindhed, autisme og døvhed. Desuden har flere borgere en impulsstyret og udadreagerende adfærd. Befordringen stiller store krav til tilbudsgiver, og ikke mindst til samarbejdet mellem tilbudsgiver og ordregiver.

Ordregiver udbyder befordring af borgere fra dennes bopæl eller aflastningsadresse til aktivitetstilbud, skole og lign. Kørslen omfatter desuden kørsel til aktiviteter andre steder end på dagtilbuddene/skolen f.eks. kørsel til svømning, fysioterapi, fritidsordning og praktikker arrangeret af undervisningsstedet. Der er tale om rutekørsel.

Der skal påregnes kørsel alle årets hverdage, men kun såfremt der er borgere, som skal befordres. Den daglige kørsel er mindre i skoleferierne og i dagtilbuddenes jule- og sommerferie. Kørslen kan evt. helt bortfalde i ferieperioden.

...

II.2.1) Betegnelse:

Delaftale 2, Læge-, speciallæge- og genoptræningskørsel

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Esbjerg Kommune yder kørsel til egen læge eller nærmeste speciallæge, når borgeren ikke kan transportere sig selv – pga. dårligt helbred, jf. Sundhedslovens § 170.

Kørslen foregår som hovedregel i tidsrummet 8.00-16.00 på hverdage hele året, men andre tidspunkter kan i få tilfælde forekomme. Aftalen indeholder også kørsel til lægevagt, hvorfor der er behov for, borgerne altid kan komme igennem til leverandøren og bestille en kørsel, ligesom kørslen skal kunne foregå på alle tider af døgnet, alle ugens dage. Der er meget få kørsler til lægevagt.

Derudover befordrer Esbjerg Kommune borgere til genoptræning jf. Sundhedslovens § 140.

Opgaven består i transport af patienter til Genoptræning Esbjerg, Sundhedscenter Højvang, Genoptræning i Ribe, Genoptræning i Bramming og borgerens nærmeste ældrecenter – og hjem igen. Kørsel til specialiseret genoptræning (uden for bygrænsen) er ikke en del af aftalen, men det er kørsel til specialiseret genoptræning til Sydvestjysk Sygehus.

Leverandøren skal stå for at planlægge og udføre kørslen på den for ordregiver mest fordelagtige måde.”

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet pris.

I udbudsbetingelserne af juni 2022 er anført bl.a. følgende:

”3 Udbuddets omfang

3.1 Ydelserne

Udbuddet vedrører indkøb af læge-, speciallæge-, genoptrænings- og specialkørsel til samtlige ordregivers enheder og institutioner. Tilbudsgiver skal stå for at planlægge og udføre kørslen på den for ordregiver mest optimale måde, dvs. der skal ske samkørsel hvor dette kan optimere. Der kan dog ikke ske samkørsel mellem den faste kørsel (specialkørsel) og den mere ad hoc (læge-, speciallæge- samt genoptræningskørsel).

...

For nærmere beskrivelse af de udbudte ydelser, herunder de mindstekrav ydelserne skal opfylde, henvises til kravspecifikationen (bilag 2) og tilbudslisten (bilag 3), samt eventuelle rettelselser og besvarelse af spørgsmål.

...

3.4 Kørelister, oplysninger om kørsler

Sammen med udbudsmaterialet, vil der være vedlagt kørelister. Kørelisterne er lavet ud fra to almindelige uger i 2022 (en lige og en ulige) og indeholder adresser, der skal køres fra og til, oplysninger om særlige forhold og hjælpemidler, og møde- samt afhentningstidspunkt.

Dette oplyses for at sikre, at alle interesserede tilbudsgivere har mulighed for at koordinere kørslerne til brug for tilbudsafgivelse.

...

7 Tildelingskriterium og underkriterier

Aftalen vil blive tildelt den tilbudsgiver, der tilbyder det økonomisk mest fordelagtige tilbud, på grundlag af tildelingskriteriet pris.

Alle forhold i udbudsmaterialet skal være indregnet i tilbuddet.

Tilbudsgiver skal oplyses en km-pris pr. besatte km. og en beregning af hvor mange km. tilbudsgiver skal bruge til at udføre kørslen i den første af de to uger på kørelisterne. Det skal oplyses i tilbudslisten.

Prisen der evalueres, er den sum, tilbudsgiver kan tilbyde kørsel af de borgere, der oplyses i den første uge af kørelisterne. Tilbudsgiver skal til hver en tid kunne redegøre for det kørte antal km. og at det tidsmæssigt kan lade sig gøre samt opfylde alle krav i kravspecifikationen. Dokumentation herfor skal vedlægges tilbuddet. Det er tilbudsgivers ansvar at alle krav opfyldes og at der er tidsmæssigt højde for dette i tilbuddet

8 Afgivelse af tilbud

Tilbudsfrist

Tilbuddet skal uploades i udbudssystemet inden den i tidsplanen angivne tilbudsfrist.

Tilbudsbesvarelse skal ske via udbudssystemet. Afgivelse af tilbud er ensbetydende med accept af udbudsbetingelser og aftalevilkår.

...

11 Tildelingskriterium og underkriterier

Tilbud vurderes på baggrund af tildelingskriteriet økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på pris, jf. pkt. 7. På denne baggrund træffes beslutning om tildeling af aftale.

Efter tilbudsfristens udløb, evalueres de rettidigt modtagne tilbud på følgende punkter:

Den laveste pris på de to delaftaler identificeres. Hvor tilbudsgiver har tilbudt en kombinationspris, vil denne indregnes. Kombinationsprisen vil

udelukkende tages i betragtning, hvor samme tilbudsgiver dermed vil have afgivet den laveste pris på begge delaftaler samlet set.

Delaftale 1 (specialkørsel) ganges med 0,8, mens delaftale 2 (læge-, speciallæge- og genoptræningskørsel) ganges med 0,2.

Eksempel

	<i>Tilbud 1</i>	<i>Tilbud 2</i>	<i>Tilbud 3</i>
<i>Sum: pris * km (del 1)</i>	1047	1254	500
<i>Sum: komb-pris* km (del 1)</i>	982	1001	
<i>Sum: pris * km (del 2)</i>	1407	1000	
<i>Sum: komb-pris* km (del 2)</i>	1207	872	

**De blå priser er laveste pris på hver delaftale*

<i>Tilbud 1 (komb)</i>	<i>Tilbud 2 (komb)</i>	<i>Tilbud 2 og 3 (laveste)</i>
$982*0,8+1207*0,2=$ 1027	$1001*0,8+872*0,2=$ 957,2	$500*0,8+1000*0,2=$ 600

I dette eksempel ville kombinationspriserne ikke blive aktuelle, da den samlet set laveste pris for ordregiver er at tildele aftalerne til to forskellige tilbudsgivere, selvom delaftale 2 kunne være billigere med en kombinationspris.

Hvis ordregiver annullerer udbuddet vedrørende én af delaftalerne, men ønsker at fastholde den anden, vil evaluering ske uden inddragelse af kombinationsprisen.

Ordregiver vurderer udelukkende tilbuddene på baggrund af de oplysninger, der fremgår af det fremsendte tilbud inkl. bilag. Ordregiver vil foretage stikprøvekontrol af køretiderne for at sikre, at det oplyste km-antal også er realistisk. Hvis ordregiver vurderer, det er nødvendigt for en ligebehandlende proces, er ordregiver berettiget til at tage et møde med tilbudsgiver i evalueringsperioden, hvor tilbudsgiver skal godtgøre at den beregnede kørsel kan leve op til ordregivers krav.”

I udbudsmaterialets ”Bilag 2 – Kravspecifikation” er anført bl.a. følgende:

”Herunder fremgår de krav, ordregiver har til leverandøren i forbindelse med aftalen. Alle krav skal opfyldes i hele aftaleperioden, og er indeholdt i den på tilbudslisten afgivne pris.

I. Generelt

...

- Leverandøren er ansvarlig for kørslens planmæssige gennemførelse under hensyntagen til, at planlægningen foregår på den for ordregiver mest fordelagtige måde

...

II. Transporttid

- Transporttiden ved samkørsel hver vej for den enkelte borger må ikke overstige 1 time. Dette kan fraviges, hvis borgeren bor 20 km (dvs. korteste afstand er længere end 20 km) eller længere fra tilbuddet. Da må transporttiden højst være:
 - 21-30 km fra tilbuddet: Højst 1 time og 10 minutters transporttid
 - 31-40 km fra tilbuddet: Højst 1 time og 15 minutters transporttid
 - 41-50 km fra tilbuddet: Højst 1 time og 20 minutters transporttid
 - Over 50 km fra tilbuddet: Højst 1 time og 30 minutters transporttid
- Det forudsættes, at kørslen tilrettelægges under hensyntagen til, at borgere med kort afstand til institutionen, har den korteste transporttid
- Den mest optimale rute skal altid vælges (ud fra både km- og tidsmæssige hensyn)

II.a Særligt genoptrænings- samt lægekørsel:

- Leverandøren skal sikre, at borgeren tidligst sættes af ved destination 30 min. før aftalt konsultationstid dog tidligst til åbningstid
- Leverandøren skal sikre, at borgeren hentes senest 45 min. efter afslutningstidspunkt og senest til lukketid

III. Krav til kørslens udførsel

- Kørsel skal udføres med faste chauffører på de enkelte ruter. Denne faste chauffør er vigtig af hensyn til borgerens tryghed under kørslen. Der skal benyttes faste afløsere ved sygdom, ferie, frihed til uddannelse m.v.
 - Med faste chauffører menes, at det er en fast chauffør, der kører rute A om morgenen og enten den samme eller en anden fast chauffør, der kører rute A hjem igen. Borgeren kan på denne måde altid vide, hvem han/ hun skal køre med
- ...
- Leverandøren vil af ordregiver blive gjort bekendt med de enkelte borgers særlige behov i forbindelse med kørslen, f.eks. om der er behov

for ledsager under transporten eller om en borger skal køre solo. Solokørsel kan faktureres til den dobbelte pris

...

- Der skal så vidt muligt arrangeres samkørsel – både indenfor det enkelte område og områderne imellem

...

- Alle involverede parter skal respektere de oplyste tidspunkter i forbindelse med den daglige kørsel. Leverandøren er ansvarlig for kørselens planmæssige gennemførelse, medmindre udefrakommende begivenheder af en art, leverandøren ikke kan afværge eller afhjælpe, hindrer dette

IV. Bestilling af kørsel

- Inden aftalestart fremsendes kørelister over hvilke borgere der skal køres, og på hvilke tidspunkter
- Ordregiver oplyser om borgerens mødetider og afhentningstider. Ved mødetid menes tidspunktet hvor borgeren skal være klar til den daglige undervisning/aktivitet, mens der ved afhentningstidspunkt menes det tidspunkt, hvor borgeren er færdig med sin undervisning/ aktivitet, er iklædt overtøj og klar til at køre. Nogle borgere har behov for hjælp til at komme til og fra køretøjet, og dette må der påregnes tid til

...

V. Krav til chaufførerne

...

- Chaufføren skal udføre de nødvendige hjælpefunktioner i forbindelse med borgerens ind- og udstigning af køretøjerne, og efter aftale følge borgerne til og fra tilbuddet og hjem (indenfor døren hvis behov)
- Chaufføren må ikke fortsætte kørslen, før vedkommende har sikret sig, at borgerne er godt modtaget og ligeledes afleveret

...

- Der kan være tale om kørestolsbrugere, der skal hjælpes med alt, eller borgere, som skal have megen hjælp til at gå. Mange bliver usikre ved ind- og udstigning. Det er chaufførens opgave at hjælpe borgeren med dette. En del af borgerne har ikke noget verbalt sprog

...

- Chaufføren skal, såfremt det er nødvendigt, ledsage alle gangbesværede borgere m/u kørestole, krykker mv. til/fra hjemmet/institutions entrédør/udgang til lægens venteværelse
- Chaufføren skal være behjælpelig med borgerens hjælpemidler
- Chaufføren skal hjælpe borgeren til vognen, ind og ud af vognen samt hjælpe borgeren op/ned af trapper – om nødvendigt med trappekravler

...”

I udbudsmaterialets udkast til rammeaftale er anført bl.a. følgende:

”2.1 Aftalens grundlag

Denne aftale er indgået på baggrund af ordregiverens udbud af læge-, speciallæge-, genoptrænings- og specialkørsel.

Aftalegrundlaget består af følgende dokumenter:

1. Denne aftale
2. Bilag 1 – spørgsmål, svar, supplerende oplysninger og ændringer til udbudsmaterialet
3. Bilag 2 – kravspecifikation
4. Bilag 3 – tilbudsliste
5. Bilag 4 – støtteerklæring
6. Udbudsbetingelser
7. Leverandørens tilbud af [indsæt dato]

Hvis der er uoverensstemmelse mellem aftalen og bilagene, går aftalen forud for bilagene. Hvis der er uoverensstemmelse mellem bilagene, går det førstnævnte forud for et senere nævnt bilag.

...

4 Aftalens omfang

Udbuddet vedrører indkøb af læge-, speciallæge-, genoptrænings- og specialkørsel til samtlige ordregivers enheder og institutioner. Tilbudsgiver skal stå for at planlægge og udføre kørslen på den for ordregiver mest optimale måde, dvs. der skal ske samkørsel hvor dette kan optimere. Der kan dog ikke ske samkørsel mellem den faste kørsel (specialkørsel) og den mere ad hoc (læge-, speciallæge- samt genoptræningskørsel).

...

For nærmere beskrivelse af de udbudte ydelser, herunder de mindstekrav ydelserne skal opfylde, henvises til kravspecifikationen (bilag 2) og tilbudslisten (bilag 3), samt eventuelle rettelser og besvarelse af spørgsmål.

...

7 Kvalitet

De af aftalen omfattede tjenesteydelser skal overholde alle gældende direktiver, love, bekendtgørelser, andre myndighedskrav samt branchenormer både på tidspunktet for indgåelse af aftalen samt i aftalens løbetid.

Tjenesteydelserne skal overholde kravspecifikationen og være i overensstemmelse med leverandørens tilbud i hele aftalens løbetid.

...

8

8.1 Pris

...

Der afregnes efter en pris pr. besatte km. Dvs. ordregiver betaler samme pris uanset hvor mange borgere, der er i køretøjet, men er altid forpligtet til at planlægge og udføre kørslen på den for ordregiver mest optimale måde.

...

Som udgangspunkt beregnes turen via GoogleMaps, medmindre tilbudsgiver kan påvise, at denne vej ikke kan køres eksempelvis pga. vejarbejde.”

Der blev under udbuddet stillet en række spørgsmål til Esbjerg Kommune. I Q & A dokumentet herom står der bl.a. følgende:

”

3	Side 7. Tildelingskriterium. Ruteprogram til beregning af kilometer i forbindelse med tilbuds-beregning. Ved beregning af kilometer til tilbudsgivning, er det vigtigt alle bydere benytter det samme grundlag for ruteplanlægningen, så alle bydere beregner ruterne længde på samme måde. Vi vil foreslå Google maps anvendes som reference, ligesom udbyder også anfører skal bruges til kontrol af afregninger. Vil udbyder præcisere, at alle bydere skal benytte Google maps som reference?	Ja, Google Maps skal anvendes, da det også stemmer overens med det redskab, der efter aftaleindgåelse vil blive faktureret efter.
...		
8	Side 15 pkt. 7. Dokumentation skal vedlægges tilbuddet – Hvad menes der – hvilken dokumentation, og hvordan skal det vedlægges?	Dokumentation for hvordan tilbudsgiver er kommet frem til det antal km., som oplyses i tilbudslisten skal vedlægges tilbuddet
...		
10	Kravsspecifikation side 43 afsnit 3 punkt 1. Skal Læge og genoptræning, som er ad hoc kørsel, udføres med faste chauffører?	Nej. Det står pt. følgende: "Kørsel skal udføres med faste chauffører på de enkelte ruter." Dette ændres til "Kørsel på delaftale 1 skal udføres med faste chauffører på de enkelte ruter."
11	Kravsspecifikation side 43 afsnit 3	Der står pt. følgende:

	punkt 4. Hvad menes der med samkørsel mellem områderne?	"Der skal så vidt muligt arrangeres samkørsel – både indenfor det enkelte område og områderne imellem" Dette ændres til "Der skal så vidt muligt arrangeres samkørsel mellem borgere på delaftale 1, samt mellem borgere på delaftale 2"
...		
19	Hej Kan i bekræfte at det fra kommunes side kontrolleres at alle borgere planlægges i dokumentationen for den første uge, eftersom at dette er vigtigt for tilbudsprisen. ...	I forbindelse med tilbudsevalueringen vil ordregiver selv planlægge og finde ud af hvor mange km. der skal køres. Det kombineres med stikprøver i de indkomne tilbud. Tilbudsgiver er ansvarlig for, at de oplyste km. lever op til kravspecifikationen. ...

”

Ved underretningsbrev af 20. september 2022 modtog HB Care meddelelse om, at Esbjerg Kommune havde besluttet at tildele begge delaftaler til Esbjerg Taxa Busser. Underretningsbrevet var vedlagt kommunens evalueringsrapport. Heri er anført bl.a. følgende:

”6.2 Dokumentation for ruteplanlægning

Ordregiver har gennemgået dokumentation for ruteplanlægning ved stikprøvekontrol for at sikre, at de afgivne tilbud lever op til både de stillede krav til køretider samt at opgørelsen af km. er korrekt.

7 Samlet evaluering

I henhold til udbudsbetingelserne, har ordregiver til hensigt at indgå rammeaftale på delaftale 1 og delaftale 2 med den eller de leverandører, som samlet set har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, baseret på tildelingskriteriet pris jf. udbudsbetingelserne.

...

9 Tildelingsbeslutning

Ordregiver har på baggrund af ovenstående til hensigt at indgå rammeaftale på både delaftale 1 og delaftale 2 med:

- Esbjerg Taxa Busser A/S

Denne tilbudsgiver har ikke kun afgivet den samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra kombinationen af priser og antal km., men også både laveste pris pr. km. samt laveste antal km./mest optimale rute.”

Der var i perioden herefter korrespondance mellem Esbjerg Kommune og HB Care i anledning af en række indsigelser fra HB Care, som alle blev afvist af kommunen.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

HB Care har gjort gældende, at Esbjerg Kommune med besvarelsen af spørgsmål 10 og spørgsmål 11 ændrede to af udbudsbetingelsernes mindstekrav og derved foretog ændringer af grundlæggende elementer i udbuddet, som ikke kunne foretages uden et nyt udbud.

Ændringerne ved besvarelsen af spørgsmål 10 og 11 er ændringer af grundlæggende elementer, fordi det ikke kan udelukkes, at ændringerne kunne have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgiverne, og fordi ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt udgør ændring af grundlæggende elementer, jf. lovbetragtningerne til udbudslovens § 2.

Udbudsbetingelserne må forstås sådan, at kravspecifikationen i sin helhed bestod af mindstekrav. Der var ikke i kravspecifikationen eller andre steder i udbudsbetingelserne en definition af forskellige typer af krav, ligesom der ikke i kravspecifikationen var krav, som eksplicit var defineret som mindstekrav. Derfor må henvisningen til kravspecifikationen for den nærmere beskrivelse af de udbudte ydelser ”herunder mindstekrav ydelserne skal opfylde” nødvendigvis læses sådan, at kravspecifikationen udelukkende bestod af én type krav, nemlig mindstekrav. Dette støttes yderligere af, at det indledningsvis af kravspecifikationen fremgik, at kravspecifikationen indeholdt de krav, som ordregiver havde til leverandøren i forbindelse med aftalen, og at ”Alle krav skal opfyldes i hele aftaleperioden, og er indeholdt i den på tilbudslisten angivne pris.”

Selv hvis klagenævnet måtte nå frem til, at kravene ikke udgjorde mindstekrav, er der alligevel tale om ændring af grundlæggende elementer i strid med udbudslovens § 2. Det skyldes, at kommunen med besvarelsen af spørgsmål 10 og 11 foretog væsentlige lempelser i forhold til de enkelte kravs rækkevidde for de udbudte delaftaler og derved ændrede grundlæggende i det oprindelige udbudsgrundlag.

Vedrørende spørgsmål 10 omfattede det oprindelige mindstekrav efter sin formulering et generelt krav om tilknytning af faste chauffører, mens det efter ændringen alene omfattede kørsler under delaftale 1, specialkørsel.

Vedrørende spørgsmål 11 omfattede det oprindelige mindstekrav efter sin formulering samkørsel mellem borgere inden for det enkelte område og områderne imellem og måtte derfor forstås som et krav om samkørsel af borgere omfattende alle områder dækket af henholdsvis delaftale 1 og delaftale 2. Efter ændringen skulle der alene arrangeres samkørsel mellem borgerne inden for den enkelte delaftales område.

”Grundlæggende elementer” defineres i udbudslovens § 24, nr. 37, som en ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, hvis ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt. De ændringer, der konkret er foretaget, kan have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, ligesom det ikke kan udelukkes, at lempelsen af mindstekravet konkret kan have haft betydning for tilbudsgivernes tilbudsafgivning og prissætning.

Kommunen har som ordregiver bevisbyrden for, at en ændring af et mindstekrav ikke udgør en ændring af et grundlæggende element. Der skal meget til at løfte denne bevisbyrde, jf. blandt andet Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. oktober 2021, Verdo Teknik A/S mod Københavns Kommune.

Det kan ikke lægges til grund, at alle relevante virksomheder, der havde registreret deres deltagelse i udbuddet og havde downloadet udbudsbetingelserne, afgav tilbud, og at det således er udtryk for en ren hypotetisk antagelse, når HB Care anfører, at kravet i sin oprindelige form kan have afholdt potentielle tilbudsgivere fra at byde. Kommunen gennemførte udbuddet via udbudssystemet Ethics, hvor potentiel tilbudsgiver kan hente og læse en ordregivers udbudsmateriale uden at tilmelde sig udbuddet, og uden at ordregiver

kan se, at den pågældende virksomhed har hentet og læst udbudsbetingelserne. Kommunen kan derfor ikke lægge til grund, at de virksomheder, som har tilmeldt sig udbuddet, også er de eneste, der har læst udbudsbetingelserne og i øvrigt har vist interesse for udbuddet. Dette understreges af, at HB Care positivt ved, at en medarbejder fra et andet kørselselskab under udbudsprocessen loggede sig ind på udbuddet og læste udbudsbetingelserne, uden at dette har været registreret af kommunen.

Esbjerg Kommune har gjort gældende, at kommunens besvarelse af spørgsmål 10 og 11 i tilbudsfasen ikke resulterede i en materiel ændring af de krav, som fulgte af det oprindelige udbudsmateriale. Der blev med besvarelsen af spørgsmålene 10 og 11 alene foretaget præciseringer af en række formuleringer i udbudsmaterialet med henblik på at skabe fuldstændig gennemsigtighed omkring kravene.

HB Care's synspunkter om, at alle udbuddets krav var mindstekrav, hvilket bestrides, samt spørgsmålet omkring bevisbyrde er irrelevante i forhold til klagenævnets vurdering af påstand 1, da HB Care's synspunkter i det hele er baseret på en forudsætning om, at der blev foretaget reelle materielle ændringer af krav i udbudsmaterialet under udbuddet, hvilket ikke var tilfældet.

En formulering om, at "For nærmere beskrivelse af de udbudte ydelser, herunder de mindstekrav ydelserne skal opfylde, henvises til kravspecifikationen (bilag 2) og tilbudslisten (bilag 3), samt eventuelle rettelser og besvarelse af spørgsmål" kan ikke føre til den konklusion, at samtlige krav i kravspecifikationen har været mindstekrav ved udbuddet. Det har i alle tilfælde været en konkret vurdering, om de enkelte krav i kravspecifikationen var mindstekrav. Dette støttes bl.a. af klagenævnets kendelse af 22. november 2022, Sahva A/S mod Fællesudbud Sjælland v/Solrød Kommune.

Særligt vedrørende ændringen ved spørgsmål 10 fremgik det af den oprindelige formulering, at kravet angik "de enkelte ruter", og dermed alene delaftale 1, idet alene delaftale 1 omhandler rutekørsel.

Som udbudsmaterialet var udformet og i lyset af de udleverede kørelister må det for alle tilbudsgivere have stået klart, at de to delaftaler adskilte sig ved, at delaftale 1 omfattede specialkørsel i form af fast rutekørsel med borgere, der efter et fast mønster skulle transporteres fra bopæl til institution, mens

delaftale 2 omfattede ad hoc kørsel i form af læge-, speciallæge- samt genoptræningskørsel. Det må derfor også have stået alle tilbudsgivere klart, at kravet om faste chauffører alene var rettet mod delaftale 1, da et krav om faste chauffører på delaftale 2 ville være meningsløst i lyset af, at der ikke på denne delaftale er tale om fast rutekørsel, men ad hoc kørsel med en borgergruppe, der er forskellig fra dag til dag og fra uge til uge.

Det følger af klagenævnets kendelse af 11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland, påstand 1, at hvor der på tilsvarende måde som i den aktuelle klagesag er tale om, at der alene er sket en præcisering af kravene i udbudsmaterialet, er det den klagende virksomhed, som har bevisbyrden for, at der er sket en ændring af grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

HB Care har ikke på nogen måde sandsynliggjort, at de præciseringer, der blev foretaget af udbudsmaterialet ved besvarelsen af spørgsmål 10 og 11, påvirkede feltet af potentielle tilbudsgivere eller i øvrigt forrykkede konkurrencen blandt de deltagende virksomheder ved udbuddet.

Det er i den forbindelse uden betydning, om de krav, som besvarelsen af spørgsmål 10 og 11 relaterede sig til, havde karakter af mindstekrav eller ej, idet der netop alene var tale om en præcisering og ikke en reel materiel ændring af kravene.

Det kan i øvrigt også lægges til grund, at kommunens svar på spørgsmål 10 og 11 ikke påvirkede andre aktørers interesse i at deltage i udbuddet, idet der alene er tale om, at fire aktører tilmeldte sig udbuddet i udbudssystemet og downloadede udbudsmaterialet.

Ad påstand 2

HB Care har gjort gældende, at Esbjerg Taxa Bussers tilbud var ukonditions-mæssigt, fordi flere af de tilbudte ruter ikke levede op til de maksimale køretider pr. borger, som kommunen havde angivet, og fordi Esbjerg Taxa Busser ikke havde beregnet sit tilbud på en måde, så det tidsmæssigt kunne lade sig gøre at opfylde alle krav i kravspecifikationen som foreskrevet i udbudsbetingelserne. Esbjerg Taxa Busser havde således ikke kalkuleret med et tilstrækkeligt antal kilometer for at kunne leve op til samtlige krav i udbudsbetingelserne, herunder kravet om, at man som tilbudsgiver skal forvente, at alle borgere skal bruge tid på at stige af og på. Derimod baserede Esbjerg

Taxa Busser sit tilbud på et urealistisk tidsforbrug uden borgernes ind- og udstigning, og dette var udslagsgivende for, at Esbjerg Taxa Busser fik tildelt kontrakten. Esbjerg Taxa Busser kunne nemlig dermed planlægge at benytte færre køretøjer og dermed også at indregne færre antal kørte kilometer, hvilket resulterede i en lavere, men altså urealistisk, tilbudspris.

Kommunen burde have konstateret dette i forbindelse med evalueringen af tilbuddet fra Esbjerg Taxa Busser og burde derfor have afvist tilbuddet som ukonditionsmæssigt. HB Care lægger i den forbindelse til grund, at kommunen, som beskrevet i svaret til spørgsmål 19, forud for tilbudsevalueringen selv har foretaget en planlægning af ruterne, som tog højde for rutens start- og slutpunkter, stop undervejs, samt den fornødne tid til ind- og udstigning af borgere, og at kommunen har sammenholdt denne planlægning med stikprøvekontroller fra det vindende tilbud.

Det udsnit af tilbuddet fra Esbjerg Taxa Busser, som HB Care har fået aktindsigt i, viser, at Esbjerg Taxa Busser generelt – i strid med udbudsbetingelserne – ikke har indkalkuleret tid til borgernes ind- og udstigning.

Det bestrides ikke, at det er køretider for de enkelte borgere, der ikke må overstige den maksimale transporttid, men ser man på de ruter fra Esbjerg Taxa Bussers tilbud, som HB Care har fået indsigt i, fremgår det, at Esbjerg Taxa Busser på flere af ruterne ikke kan overholde den maksimale transporttid, hvis der samtidig skal indregnes nødvendig tid til ind- og udstigning og bistand til visse borgere undervejs.

HB Care har lagt Google Maps til grund ved beregningen af køretiderne i Esbjerg Taxa Bussers tilbud. Den beregnede køretid er dermed fra punkt til punkt uden indregning af tid til planlagte stop undervejs.

En beregning af ruten fra Hillerupvej i Ribe viser således, at den samlede køretid fra start til slut er 71 minutter og dermed over den maksimale køretid på 70 minutter. Dette er uden, at der i køretiden er indregnet tid til påstigning af yderligere borgere på de 5 stop, som var indlagt i ruten undervejs. Selv hvis det alene var et minut, er tidsoverskridelsen for stor og har betydelige konsekvenser, idet det udløser, at en yderligere bus skal sættes i drift med store økonomiske konsekvenser til følge. Det skævvrider således konkurrencen, hvis man ikke skal overholde de anførte minutkrav.

En beregning af ruten fra Jacobs Sørensens Vej i Esbjerg viser en køretid på 52 minutter, hvilket umiddelbart er under den maksimale køretid på 60 minutter. Til gengæld tager beregningen i Google Maps ikke højde for, at der på ruten skal samles 14 borgere op undervejs, hvoraf 2 af dem er kørestolsbrugere. Havde Esbjerg Taxa Busser som foreskrevet i udbudsbetingelserne taget højde for dette, ville den maksimale transporttid utvivlsomt også på denne rute have været overskredet.

Esbjerg Kommune har gjort gældende, at tilbuddet fra Esbjerg Taxa Busser ikke har været ukonditionsmæssigt.

Der har således ikke i tilbuddet fra Esbjerg Taxa Busser været nogen direkte angivelser af eller nogen indikationer af, at Esbjerg Taxa Busser ikke vil være i stand til at opfylde de krav, der er stillet i kravspecifikationen i relation til maksimal transporttid og indregning af tid til af- og påsætning af borgere.

Ved bedømmelsen af, om et tilbud er ukonditionsmæssigt som følge af, at et specifikt krav i udbudsbetingelserne ikke er overholdt, er tilbuddets indhold sammenholdt med udbudsbetingelsernes krav afgørende, sådan som disse krav objektivt må forstås, jf. bl.a. klagens netts kendelser af 25. februar 2021, SUEZ Water A/S mod Danish Oil Pipe A/S, og af 23. juni 2017, MultiLine A/S mod Furesø Kommune. Alene hvis det er åbenbart, at oplysninger fra en tilbudsgiver er forkerte, kan der påhvile ordregiver en forpligtelse til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i et tilbud nærmere.

De elementer i Esbjerg Taxa Bussers kørselslister, som ligger til grund for HB Cares påstand 2, var ikke elementer, som kommunen havde en forpligtelse til at påse i forbindelse med evalueringen af tilbuddene. Kommunen havde ganske vist under udbudsbetingelsernes punkt 11 anført, at der ville blive foretaget ”stikprøvekontrol af køretiderne for at sikre, at det oplyste km-antal også er realistisk”, men kommunen havde ikke påtaget sig en forpligtelse til at foretage en gennemgang og kontrol af samtlige køretider i de mange ugentlige ruter, der lå til grund for tilbudsgivernes oplyste kilometerberegning.

Den stikprøvekontrol, som kommunen konkret foretog af de kørelister, som Esbjerg Taxa Busser havde fremsendt sammen med tilbuddet, resulterede

ikke i konstateringer af, at Esbjerg Taxa Busser ikke havde iagttaget udbudsmaterialets krav til kørsels tilrettelæggelse, eller at det oplyste kilometerantal i øvrigt kunne anses for urealistisk.

Kommunen kunne således på tilsvarende måde som i relation til tilbuddet fra HB Care lægge til grund, at tilbuddet fra Esbjerg Taxa Busser var konditionsmæssigt og dermed kunne indgå i tilbudsevalueringen.

Allerede derfor, er der ikke grundlag for at give HB Care medhold i den nedlagte påstand 2.

HB Care har anført, at ruten startende på Hillerupvej i Ribe har en samlet transporttid på 71 minutter. HB Care overser imidlertid, at kravet i relation til transporttid var rettet mod den enkelte borgers transporttid og ikke den samlede rutes transporttid. Den samlede køretid for ruten startende på Hillerupvej i Ribe har således inden for rammerne af kravspecifikationen kunnet været mere end 70 minutter, så længe den enkelte borger ikke har haft en transporttid på mere end 70 minutter. Den ruteberegning, som HB Care har angivet i bilag 10, er desuden fejlagtigt baseret på en forudsætning om, at der sker afsætning på Exnersgade, før der køres til Danmarksgade. Anvendes Google Maps som indikator for køretiden på ruten, fremkommer en køretid for de borgere, der afhentes på Hillerupvej og skal afsættes på Danmarksgade, på 64 minutter. For borgeren, der afhentes på adressen Roustvej i Bramming og kører til slutdestinationen på Exnersgade, vises en køretid på 37 minutter.

Esbjerg Taxa Busser havde samtidig i sine køreliste for ruten angivet en køretid, der var i fuld overensstemmelse med kravspecifikationens krav til transporttid.

Der har således heller ikke på den baggrund været grundlag for at afvise tilbuddet fra Esbjerg Taxa Busser.

Ruten var desuden ikke en af de ruter, som indgik i kommunens stikprøvekontrol vedrørende Esbjerg Taxa Bussers tilbud.

Der var ikke i udbudsmaterialet stillet krav om, at tilbudsgiverne ved deres ruteplanlægning skulle indregne et specifikt tidsforbrug til servicering af borgere i forbindelse med af- og påsætning, ligesom det heller ikke fremgik af

udbudsmaterialets kørelister, hvilke konkrete borgere der kunne have behov for hjælp i forbindelse med af- og påsætning. Kommunen har på den baggrund heller ikke i forbindelse med evalueringen af tilbuddene kunnet håndhæve over for tilbudsgiverne, at de skulle have afsat et specifikt tidsforbrug til ”service” i forbindelse med af- og påsætning.

Esbjerg Taxa Busser havde ikke taget nogen form for forbehold over for vilkårene i udbudsmaterialets kravspecifikation, og der var i forbindelse med kommunens stikprøvekontrol intet i Esbjerg Taxa Bussers dokumentation for kilometerberegningen, der indikerede, at Esbjerg Taxa Busser ikke havde til hensigt at iagttage vilkårene i kravspecifikationen i relation til maksimale transporttider og bistand til borgere i forbindelse med af- og påsætning.

Som anført i interventionsindlægget – i overensstemmelse med hvad der tidligere er oplyst af kommunen – har Esbjerg Taxa Busser efter fremsættelsen af HB Cares indsigelser (efter aftaleindgåelsen) efterprøvet de tre ruter, som der oprindeligt var rettet indsigelse imod, og konstateret, at ruterne kan serviceres på den angivne tid.

Den planlægning og kilometerberegning, som kommunen henviste til ved bevarelsen af spørgsmål 19, bestod i, at kommunen fik konsulentvirksomheden OpGo ApS til at bistå med at foretage en kørselsplanlægning ved hjælp af et af virksomheden udarbejdet elektronisk kørselsplanlægningsværktøj, som ved den konkrete kørselsplanlægning kunne tage højde for de udbudsvilkår, som var gældende for tilbudsgiverne ved udbuddet.

De kilometerberegninger, som indgik i de to tilbudsgiveres tilbud ved udbuddet, lå ikke overraskende begge et pænt stykke over OpGo ApS’ kilometerberegning for delaftale 1, mens tilbudsgivernes kilometerberegninger for delaftale 2 kun lå et mindre stykke over OpGo ApS’ kilometerberegning.

Med OpGo ApS’ kilometerberegning som pejlemærke og i lyset af den foretagne stikprøvekontrol i Esbjerg Taxa Bussers dokumentation for kilometerberegningen, havde kommunen intet grundlag for at konkludere, at tilbuddet fra Esbjerg Taxa Busser ikke var udformet i overensstemmelse med de krav, der var fastsat i udbudsmaterialet.

Ad påstand 3

HB Care har gjort gældende, at udbudsbetingelserne har været uklare, idet det ikke fremgår med tilstrækkelig klarhed af udbudsbetingelserne, (1) hvilke krav som havde karakter af mindstekrav, og hvilke krav som ikke havde karakter af mindstekrav, (2) hvilke krav der knyttede sig til hvilke delaftaler, og (3) hvilket beregningsgrundlag tilbudsgiverne skulle lægge til grund for beregningen af ruteplanlægningen.

Ad pkt. 1

Udbudsbetingelserne indeholdt ikke en beskrivelse eller definition af, hvilke typer af krav udbudsbetingelserne indeholdt, eller at der var forskellige typer af krav.

Esbjerg Kommune synes at forudsætte, at det ville bero på en konkret vurdering, om et krav i kravspecifikationen skulle betragtes som et mindstekrav eller ikke. En sådan betragtning er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet det så tilsyneladende er op til kommunens forgodtbefindende at vurdere, hvilke egenskaber de enkelte krav har, mens den enkelte tilbudsgiver ikke har haft kendskab til dette ved afgivelsen af sit tilbud.

Ingen krav var i udbudsbetingelserne eksplicit angivet som mindstekrav. Fordi udbudsbetingelserne ikke indeholdt en beskrivelse af, at udbudsbetingelserne omfattede forskellige typer af krav, og fordi udbudsbetingelserne alene omtalte ”mindstekrav” og ikke andre typer af krav, havde HB Care ikke anledning til at tro andet, end at alle krav i udbudsbetingelserne var mindstekrav.

At der i en klagesag som den verserende kan opstå tvivl om, hvorvidt et eller flere krav har karakter af mindstekrav eller ej, illustrerer i sig selv, at udbudsbetingelserne på det punkt har været uklare.

Ad pkt. 2

Ud over uklarheden vedrørende kravenes beskaffenhed indeholdt udbudsbetingelserne også en uklarhed i forhold til, hvilke krav der knyttede sig til de enkelte delaftaler.

Kravspecifikationen var kun i to tilfælde opdelt efter delaftaler. Det fremgik ikke af kravspecifikationen, at visse krav i øvrigt specifikt knyttede sig til delaftale 1 og visse til delaftale 2.

Esbjerg Kommune synes at lægge til grund, at det må have stået klart for tilbudsgiverne, at der var krav i kravspecifikationen, som kun relaterede sig til den ene af de to delaftaler. Kommunen henviser således under påstand 1 til, at kravet om faste chauffører helt åbenlyst knyttede sig til delaftale 1, Specialkørsel, fordi det "ville være meningsløst", at det skulle knytte sig til delaftale 2, Læge-, speciallæge- og genoptræningskørsel. En sådan opdeling af kravene kan dog på ingen måde læses ud af udbudsbetingelserne.

Tværtimod indgik kravet om faste chauffører under kravspecifikationens afsnit III, "Krav til kørsels udførelse", som indeholdt 18 forskellige krav, og hvor det ikke under et eneste af de 18 krav fremgik, at det alene relaterede sig til den ene af delaftalerne. En almindelig påpasselig tilbudsgiver ville således ikke have haft anledning til at læse kravspecifikationen på anden måde, end at hvor der ikke var angivet andet, måtte kravene forstås som gældende for begge delaftaler.

At det ikke, som anført af kommunen, stod alle tilbudsgivere klart, hvordan kravet skulle forstås, understreges af, at Esbjerg Taxa Busser rent faktisk stillede spørgsmål til begge de omhandlede krav og deres rækkevidde i forhold til de to delaftaler.

Ad pkt. 3

Endelig indeholdt Esbjerg Kommunes udbudsbetingelser en betydelig uklarhed i forhold til det beregningsgrundlag, som lå til grund for tilbudsgivernes ruteplanlægning.

Det var således vilkårligt, hvor meget tid den enkelte tilbudsgiver kunne vælge at lægge til som tid til servicering af borgere med brug for hjælp hertil, idet der ikke var angivet en fælles ramme for tidsberegningen, ligesom det ikke for alle køreruter var angivet, hvilke konkrete borgere der havde brug for hjælp.

Det var reelt op til den enkelte tilbudsgiver at skønne, hvor mange og hvilke borgere der potentielt kunne have brug for hjælp, hvilket reelt medførte, at tilbuddene ikke var sammenlignelige, fordi de enkelte tilbudsgivere, som udbudsbetingelserne var udformet, kunne lægge forskellige forudsætninger til grund, hvilket det under påstand 2 anførte om beregningen af køretid også klart illustrerer. Der var endvidere alene tale om en evalueringsteknisk pris,

der ingen sammenhæng har med, hvad kommunen i henhold til kontrakten skal betale. Det er derfor omkostningsfrit for tilbudsgivere at være ”kreative” med tilbudsgivningen ved fx at indregne en urealistisk lav køretid. Den tilbudsgiver, der er indstillet på at udvise størst ”kreativitet” i forbindelse med tilbudsafgivelsen, vinder således udbuddet.

Det skal i den forbindelse fremhæves, at udbuddet vedrører kørsel, hvor få minutter afgør, om leverandøren kan udføre kørslen med et bestemt antal busser, eller om antallet af busser skal øges. Det er derfor ikke uden betydning, om det fx tager 70 eller 71 minutter at køre en bestemt rute.

Det følger af klagenævnets faste praksis, at ordregiver bærer risikoen for eventuelle uklarheder og fortolkningstvivl i udbudsbetingelserne.

Esbjerg Kommunes udbudsmateriale har indeholdt uklarheder af en sådan karakter, at de såvel samlet som hver for sig førte til, at udbudsbetingelserne var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2, og dermed var uegnede til at danne grundlag for tildeling af kontrakten.

Esbjerg Kommune har gjort gældende, at de synspunkter, HB Care har anført i relation til påstand 3, har karakter af rene efterrationaliseringer, og at det ikke er forhold, der har haft betydning for HB Care’s eller andre aktørers tilbudsafgivning ved udbuddet.

Ad pkt. 1

Under udbudsbetingelsernes afsnit 9.4 havde Esbjerg Kommune indsat den generelle udbudsretlige forbeholdsdoktrin.

I lyset af denne helt sædvanlige angivelse i udbudsbetingelserne har det for alle tilbudsgivere ved udbuddet stået klart, at alle krav i udbudsmaterialet skulle lægges til grund for tilbudsafgivningen, og at enhver form for forbehold over for udbudsmaterialets krav indebærer en risiko for, at tilbuddet ville blive afvist som ukonditionsmæssigt.

Ingen tilbudsgivere har således kunnet spekulere i, om et krav var defineret eksplicit som et mindstekrav, eller om det blot var et almindeligt krav. I begge tilfælde ville manglende iagttagelse af kravet indebære en betydelig risiko for, at tilbuddet ville blive afvist som ukonditionsmæssigt.

Tilbudsgiverne har således på et oplyst og ensartet grundlag lagt udbudsmaterialets krav til grund for tilbudsafgivningen, og ligebehandlingsprincippet er til fulde blevet iagttaget i forbindelse med udbuddet.

Havde der været tilbudsgivere, der havde taget forbehold over for krav i udbudsmaterialet, ville disse forbehold være blevet håndteret af kommunen i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 9.4. Der var imidlertid ingen af de to tilbudsgivere, der tog forbehold for udbudsmaterialets krav i forbindelse med tilbudsafgivningen.

Det faktum, at kommunen under den helt indledende og overordnede beskrivelse af de udbudte ydelsers omfang i udbudsbetingelsernes punkt 3.1 havde indsat en tekstpassus, der omtaler mindstekrav, kan ikke lede til den konklusion, at samtlige krav i kravspecifikationen, tilbudslisten samt rettelser og besvarelse af spørgsmål har haft karakter af deciderede mindstekrav ved udbuddet.

At kommunen intet sted i kravspecifikationen eller i tilbudslisten havde anført eksplicitte mindstekrav eller i det hele taget anvendt begrebet mindstekrav kan ikke føre til den konklusion, at udbudsmaterialet derved har været udformet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Det har i lyset af udbudsmaterialets udformning, herunder udbudsbetingelsernes punkt 9.4 vedrørende forbehold, stået klart for enhver tilbudsgiver, at alle krav i udbudsmaterialet som udgangspunkt skulle opfyldes, hvilket alle tilbudsgivere også lagde til grund ved tilbudsafgivningen, idet der ikke blev taget nogen form for forbehold.

Det, som kommunen har anført ad påstand 1, gøres også gældende til støtte for, at der ikke skal gives HB Care medhold i påstand 3.

Ad pkt. 2

Det bestrides, at der har været reel usikkerhed om, hvilke krav i kravspecifikationen, der knyttede sig til hvilke delaftaler.

Udbudsmaterialet indeholdt en fuldstændig klar beskrivelse og objektiv adskillelse af de to delaftaler. Delaftale 1 omfattede rutekørsel i form af specialkørsel til kommunens enheder og institutioner. Delaftale 2 omfattede ad hoc kørsel i form af læge-, speciallæge- og genoptræningskørsel.

Der var således tale om to forskellige typer kørsel, og tilbudsgiverne, der i sagens natur er professionelle aktører og er vant til at håndtere de forskellige typer kørsel, havde dermed ingen problemer med at kortlægge, hvilke krav i kravspecifikationen der var relevante for begge delaftaler, og hvilke der kun var relevante for enten delaftale 1 eller delaftale 2.

Når et krav specifikt omtaler kørsel af borgere til skole, har det for alle tilbudsgivere stået klart, at kravet alene er relevant for delaftale 1, idet kørsel af borgere til skole er en ydelse, der er omfattet af delaftale 1.

Når et krav vedrører ”Krav til materiel og udstyr”, har det stået entydigt klart for tilbudsgiverne, at kravet er relevant for begge delaftaler. Tilsvarende har det eksempelvis også stået fuldstændig klart for tilbudsgiverne, at de første 8 bullets angivet under afsnit VII, ”Ændringer af ruter”, alene er relevante for delaftale 1, da alle punkterne eksplicit forholder sig til mulighederne for at ændre i den faste rutekørsel (specialkørslen). Samtidig er det eksplicit fremhævet under 9. bullet, at det angivne krav relaterer sig til ”læge-, speciallæge- samt genoptræningskørsel” og dermed alene delaftale 2.

Det eneste konkrete punkt i kravspecifikationen, som HB Care har fremhævet som grundlag for synspunktet om, at det har været uklart, hvilke krav i kravspecifikationen der knyttede sig til de enkelte delaftaler, er krav om faste chauffører på de enkelte ruter. Dette blev som bekendt præciseret af kommunen i tilbudsfasen som led i spørgsmål/svar.

Det gøres på den baggrund sammenfattende gældende, at der ikke for en almindelig oplyst tilbudsgiver har været nogen tvivl om, hvilke delaftaler eller hvilken konkret delaftale de enkelte krav i kravspecifikationen relaterede sig til.

Ad pkt. 3

Der var fastlagt et ensartet beregningsgrundlag for tilbudsgivernes ruteplanlægning. Det er helt sædvanligt, at der i forbindelse med denne type udbud af specialkørsel og ad hoc-kørsel konkurreres blandt tilbudsgiverne på, hvem

der er i stand til at foretage den mest optimale kørsels-/ruteplanlægning baseret på et historisk kørselsbehov.

Kommunen kunne lovligt have valgt blot at lade tilbudsgiverne konkurrere på en tilbudt kilometerpris. Det ville have gjort udbuddets gennemførelse markant lettere for såvel kommunen som tilbudsgiverne, men det ville omvendt også have bevirket, at den kørselsplanlægning, som indgår som et væsentligt element i leverandørens ydelser under delaftalerne, slet ikke ville indgå i tildelingsgrundlaget. Det ville kunne få den konsekvens, at delaftalerne blev tildelt en tilbudsgiver, der isoleret set havde afgivet tilbud med laveste kilometerpris, men som ikke havde evnerne til at foretage en optimal kørselsplanlægning.

Beregningsgrundlaget i forbindelse med tilbudsgivernes ruteplanlægning har ikke været uklart.

Under udbudsbetingelsernes punkt 7 var det fremhævet, at tilbudsgiverne som led i tilbudsafgivningen skulle foretage en beregning af, hvor mange kilometer tilbudsgiverne skulle bruge til at udføre kørslen i den første af de to uger på kørelisterne. Det var samtidig angivet, at tilbudsgiverne til hver en tid skulle kunne redegøre for det beregnede antal kilometer, og for ”at det tidsmæssigt kan lade sig gøre samt opfylde alle krav i kravspecifikationen”. Yderligere var det fremhævet, at der skulle fremlægges dokumentation for beregningen, hvilket i praksis betød, at tilbudsgiverne skulle fremlægge detaljerede kørelister, der viste, hvordan man havde foretaget den konkrete kørselsplanlægning af de borgere, hvis kørselsbehov var beskrevet i udbudsmaterialets kørelister, hvori indgik detaljerede oplysninger om de enkelte borgers kørselsbehov på alle de dage, der skulle omfattes af kørselsplanlægningen.

Ydermere var det eksplicit fremhævet under udbudsbetingelsernes punkt 11, at kommunen ville foretage stikprøvekontrol af tilbudsgivernes køretider for at sikre, at det oplyste kilometerantal var realistisk, ligesom kommunen havde forbeholdt sig muligheden for at tage et møde med tilbudsgiverne i evalueringsperioden med henblik på tilbudsgivernes redegørelse for, at den beregnede kørsel ville kunne leve op til kommunens krav.

Kommunen havde dermed sikret sig imod, at der var tilbudsgivere, der ville foretage en kørselsplanlægning og dermed en samlet kilometerberegning, der

reelt ikke ville kunne realiseres i overensstemmelse med kravene i kravspecifikationen.

Der har ikke i henhold til gennemsigtighedsprincippet bestået en forpligtelse for kommunen til i udbudsmaterialet at fastlægge et specifikt og ensartet tidsforbrug forbundet med den enkelte borgeres ind- og udstigning af køretøjet. Det har således efter kommunens opfattelse helt åbenlyst ligget inden for rammerne af kommunens skønsmæssige beføjelser til selv fastlægge strukturen for udbudsprocessen at overlade det til tilbudsgiverne selv at vurdere og fastlægge den fornødne tid til servicering af borgerne i forbindelse med ind- og udstigning. Det skal i den forbindelse fremhæves, at tilbudsgiverne, der begge er professionelle aktører inden for kørselsområdet, har haft væsentlige bedre forudsætninger for at fastlægge et realistisk tidsforbrug til borgernes ind- og udstigning, end kommunen har haft grundlag for. Det er således i sagens natur tilbudsgiverne og ikke kommunen, der har den praktiske erfaring med at sikre den ind- og udstigning, der standardmæssigt foretages i forbindelse med kørselsopgaver som de udbudte.

Det kan i øvrigt lægges til grund, at det vindende tilbud fra Esbjerg Taxa Buser var udformet i fuld overensstemmelse med kravene i kravspecifikationen, og at Esbjerg Taxa Bussers ved udformningen af kørelisterne havde taget højde for den tid, der nødvendigvis vil indgå ved borgernes ind- og udstigning, herunder også de få borgere, der anvender kørestol som hjælpemiddel. Esbjerg Taxa Busser har oplyst, at virksomheden anvendte ca. 100 timer på koordinering, beregning og justering af ruter i forbindelse med tilbudsafgivningen. Der er således ingen indikationer af, at udbuddets tilrettelæggelse har resulteret i, at de udbudte delaftaler er blev tildelt en tilbudsgiver, der har omgået kravene i udbudsmaterialet.

Sammenfattende gøres det således gældende, at beregningsgrundlaget for tilbudsgivernes kørsels-/ruteplanlægning har været fastlagt og beskrevet på helt traditionel vis i udbudsmaterialet, og at beregningsgrundlaget ikke har givet tilbudsgiverne mulighed for at omgå kravene i kravspecifikationen i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Ad påstand 4

HB Care har gjort gældende, at den evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsbetingelserne, var uegnet til at danne grundlag for en lovlig tildeling

af kontrakten, fordi den indeholdt et betydeligt element af skøn fra tilbudsgivernes side, som medførte, at evalueringsmetoden dermed var uigennemsigtig for tilbudsgiverne og egnet til at forrykke konkurrencen imellem dem.

Den fastsatte evalueringsmetode var desuden uegnet til at danne grundlag for en lovlig tildeling af kontrakten, fordi den ikke var repræsentativ for det forventede indkøb, men alene var udtryk for en evalueringsteknisk pris, som lå meget langt fra den pris, som den vindende tilbudsgiver efterfølgende ville kunne forvente at få betaling for.

Evalueringsmetoden baserede sig således på tilbudsgivernes egne angivelser af dels pris pr. kørte kilometer, dels antal kørte kilometer. Derimod indeholdt beskrivelsen af evalueringsmetoden ikke en ramme for, hvordan Esbjerg Kommune ville indregne den nødvendige tid til afsætning af borgere undervejs på ruten, hvorfor det reelt var overladt til den enkelte tilbudsgiver at vurdere, hvordan dette element prismæssigt skulle give sig udslag i tilbuddet i form af angivelsen af antal kørte kilometer. Der var altså en væsentlig beregningsfaktor, som ikke fremgik af evalueringsmetoden, som den var beskrevet i udbudsbetingelserne. Evalueringsmetoden indeholdt dermed et væsentligt element af skøn, fordi de enkelte tilbudsgivere dermed kunne indlægge forskellige forudsætninger ved afgivelsen af tilbud, hvilket reelt kunne medføre, at tilbuddene ikke var sammenlignelige, jf. også det, der er anført under påstand 3 vedrørende uklarheden og vilkårligheden i udbudsbetingelserne i forbindelse med tilbudsgivernes prissætning.

Det bestrides ikke, at Esbjerg Kommune i udbudsmaterialet har beskrevet evalueringsmetoden, herunder hvordan de evalueringstekniske tilbudssummer ville blive fastlagt, og hvordan den enkelte delaftale ville blive tildelt tilbudsgiveren med den laveste pris.

Det bestrides heller ikke, at man som ordregiver kan vedlægge historiske kørselsdata i udbudsmaterialet til brug for tilbudsgivernes tilbudsregninger.

Rammerne for denne beregning, herunder indregningen af ”den nødvendige tid til afsætning af borgere undervejs på ruten”, fremgik imidlertid ikke af udbudsmaterialet. Dermed var det reelt på en uigennemsigtig måde overladt til den enkelte tilbudsgiver vilkårligt at vurdere, hvor meget dette element skulle give sig udslag i tilbuddet i form af angivne antal kørte kilometer. Da antal kørte kilometer havde direkte indflydelse på den evalueringstekniske

tilbudssum, kunne man som tilbudsgiver reelt spekulere i at fastsætte antal kørte kilometer lavt.

Den fastsatte evalueringsmetode var dermed uegnet til at danne grundlag for en lovlig tildeling af kontrakten, fordi den indeholdt et betydeligt element af skøn fra tilbudsgivernes side, som medførte, at evalueringsmetoden dermed var uigennemsigtig for tilbudsgiverne og egnet til at forrykke konkurrencen imellem dem i strid med udbudslovens § 2.

Esbjerg Kommune har gjort gældende, at kommunens evalueringsmodel var fastlagt og beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med kravet i udbudslovens § 160, stk. 1. Det følger herefter af udbudslovens § 160, stk. 2, at evalueringsmodellen ikke kan tilsidesættes af klage- og retsinstanser, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet. Da evalueringsmodellen har været fastlagt i fuld overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, skal HB Care allerede af den grund ikke have medhold i påstand 4.

Det bestrides, at den evalueringsmodel, som kommunen anvendte ved udbuddet, og som var udførligt beskrevet i udbudsbetingelserne under punkt 7 og 11, indeholdt noget form for skøn fra kommunens side.

Det var således på et objektivt grundlag beskrevet, hvordan de evalueringstekniske tilbudssummer ville blive fastlagt, og det var ligeledes fastlagt, at den enkelte delaftale ville blive tildelt tilbudsgiveren med den laveste pris. Endvidere var det under udbudsbetingelsernes punkt 11 beskrevet på et objektivt grundlag, hvordan kommunen ville håndtere eventuelle kombinationsrabatter.

Der har således ikke været nogen former for ”ubekendte” forbundet med kommunens evalueringsmodel og følgelig heller ikke været overladt kommunen noget ”skøn” ved den praktiske anvendelse af evalueringsmodellen.

At det indgik som led i tilbudsevalueringen, og dermed også indgik i fastlæggelsen af de evalueringstekniske priser, at tilbudsgiverne hver især skulle beregne et kilometerforbrug på baggrund af vilkårene i udbudsmaterialet, kan på ingen måde føre til den konklusion, at evalueringsmodellen har indeholdt et ”betydeligt element af skøn”.

Det bestrides, at evalueringsmodellen ikke er ”repræsentativ for det forventede indkøb, men alene var udtryk en evalueringsteknisk pris, som lå meget langt fra den pris, som man vindende tilbudsgiver efterfølgende ville kunne forvente at få betaling for.” Som fremhævet i anbringenderne til påstand 3 indgår det som et væsentligt element i de udbudte delaftaler, at leverandøren skal foretage kørselsplanlægningen i forbindelse med udførelsen af kørselsydelserne. Af samme grund har det været af afgørende betydning for kommunen at lade netop kørselsplanlægningen indgå som et væsentligt element ved fastlæggelsen af de evalueringstekniske priser, der skulle danne grundlag for tildelingen.

Det har i sagens natur ikke været praktisk muligt for kommunen at efterspørge en fast pris fra tilbudsgiverne ved udbuddet, da det borgersegment, der er omfattet af den udbudte kørsel, ændrer sig løbende.

Frem for blot alene at efterspørge og tildele delaftalerne på baggrund af kilometerpriser – uden at inddrage nogen form for kørselsplanlægning – valgte kommunen på helt sædvanlig vis for denne type udbud at lade tilbudsgiverne konkurrere på kørselsplanlægningen i en hel uge, hvilket efter kommunens opfattelse helt åbenlyst kan anses for at være repræsentativt for det forventede senere indkøb.

Kørselsplanlægningen i form af den samlede kilometerberegning indgik som tidligere fremhævet i sammenhæng med den tilbudte kilometerpris ved fastlæggelsen af den enkelte tilbudsgivers evalueringstekniske tilbudssum.

Den model for fastlæggelsen af de evalueringstekniske tilbudssummer, der var udførligt beskrevet i udbudsmaterialet, har således været fuldt repræsentativ i forhold til de priser, som kommunen vil skulle betale i de senere aftaleforhold, jf. også det, der er anført under påstand 3.

Det faktum, at kommunen på et oplyst og sagligt grundlag havde overladt det til tilbudsgiverne selv at indlægge den tilstrækkelige tid til borgernes ind- og udstigning inden for rammerne af kravene i kravspecifikationen, har således ikke haft den konsekvens, at evalueringsmetoden ved udbuddet har været uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Kommunen havde da også truffet forholdsregler og beskrevet i udbudsmaterialet, hvordan kommunen ville sikre, at tilbudsgiverne udførte deres kilometerberegning på et sagligt grundlag og under hensyntagen til kravene i kravspecifikationen.

Det er ikke retvisende, når HB Care forsøger at tegne et billede af et udbud, hvor kommunen ikke havde beskrevet rammerne for den kørselsplanlægning, der indgik som en del af tilbudsafgivningen.

Kommunen havde som en del af udbudsmaterialet fremlagt detaljerede kørelister med alle borgeres start- og slutadresser. Kommunen havde derudover gjort det klart for tilbudsgiverne under udbudsbetingelsernes punkt 7, at kørselsplanlægningen skulle ske under iagttagelse af alle krav i kravspecifikationen, ligesom kommunen under udbudsbetingelsernes punkt 11 havde anført, at der ville blive foretaget stikprøvekontrol af køretiderne, samt forbeholdt sig muligheden for at gennemføre møde med tilbudsgiverne med henblik på, at tilbudsgiverne kunne redegøre nærmere for opfyldelsen af de stillede krav.

Kommunen havde således fastlagt en række foranstaltninger med henblik på at sikre, at tilbudsgivernes kørselsplanlægning blev retvisende og realistisk og dermed kunne indgå som et sagligt og egnet element i kommunens evalueringsmodel. I lyset af disse foranstaltninger har der utvivlsomt ikke været grundlag for sådanne usaglige strategiske spekulationer, som HB Care har beskrevet.

Ad påstand 5

HB Care har med henvisning til det, der er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at tildelingsbeslutningen er behæftet med sådanne retlige mangler, at den skal annulleres.

Udbudsbetingelserne kunne således som følge af de ændringer, der er påpeget under påstand 1, ikke danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Videre levede tilbuddet fra Esbjerg Taxa Busser ikke op til kravene i udbudsmaterialet, og virksomheden kunne derfor ikke lovligt tildeles kontrakten.

Esbjerg Kommune har med henvisning til det, der er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at påstandene hverken isoleret eller samlet set kan bevirke, at der skal ske annullation af tildelingsbeslutningerne vedrørende delaftale 1 og/eller delaftale 2.

Det skal hertil fremhæves, at Esbjerg Taxa Busser havde tilbudt såvel den laveste kilometerpris som angivet det laveste kilometerforbrug i relation til både delaftale 1 og delaftale 2.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Det beror på en konkret vurdering, om en given ændring af udbudsbetingelserne ligger inden for rammerne af de udbudsretlige regler, eller om der er tale om en ændring af de grundlæggende betingelser for udbuddet, der indebærer, at ordregiveren har været forpligtet til at annullere udbuddet og efter omstændighederne foranstalte nyt udbud.

Ved kommunens svar på spørgsmål 10 blev et krav til kørslens udførelse ændret fra

”Kørslen skal udføres med faste chauffører på de enkelte ruter”

til

”Kørsel på delaftale 1 skal udføres med faste chauffører på de enkelte ruter”

Rutekørsel er nævnt i udbudsbekendtgørelsens beskrivelse af delaftale 1, men ikke i beskrivelsen af delaftale 2.

Ved kommunens svar på spørgsmål 11 blev et krav til kørslens udførelse ændret fra

”Der skal så vidt muligt arrangeres samkørsel – både indenfor det enkelte område og områderne imellem”

til

”Der skal så vidt muligt arrangeres samkørsel mellem borgere på delaftale 1, samt mellem borgere på delaftale 2”

Det fremgår af det udkast til rammeaftale, der var en del af udbudsmaterialet, at der ikke skal ske samkørsel ”mellem den faste kørsel (specialkørsel) og den mere ad hoc (læge-, speciallæge- samt genoptræningskørsel)”

HB Care har ikke er sandsynliggjort, at ændringerne, som alene indebære præciseringer af forhold, som havde støtte i udbudsmaterialet, i sig selv har kunnet påvirke feltet af potentielle tilbudsgivere. Det er endvidere ikke sandsynliggjort, at ændringen i strid med udbudslovens § 2 har forrykket konkurrencen blandt de deltagende.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Undersøgelsespligten efter udbudslovens § 164, stk. 2, træder kun i kraft, hvis der er tvivl om oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet. En ordregiver har dermed som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud.

Esbjerg Kommune havde i udbudsbetingelsernes punkt 11 forpligtet sig til at foretage en stikprøvekontrol af køretiderne for at sikre, at det oplyste kilometertal var realistisk.

Esbjerg Kommune har redegjort for, hvordan denne stikprøvekontrol er foretaget, og har for klagenævnet fremlagt en fuld udskrift heraf.

Der er ikke i de eksempler, som HB Care har anført vedrørende Esbjerg Taxa Bussers kørselskalkulationer, grundlag for at fastslå, at Esbjerg Taxa Busser ikke har kalkuleret i overensstemmelse med kravene til kørslen.

Der er heller ikke i øvrigt oplysninger, der giver grundlag for at fastslå, at tilbuddet fra Esbjerg Taxa Busser var ukonditions-mæssigt.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Ad uklarheder i kravenes type

Udbudsloven indeholder ikke bestemmelser om, at krav til den udbudte ydelse skal defineres i udbudsmaterialet som krav, mindstekrav, konkurrencekrav e.l.

Om et krav defineres som krav, mindstekrav eller konkurrencekrav er ikke afgørende for, hvordan en manglende opfyldelse af kravet skal håndteres, idet dette kan bero på såvel angivelserne i udbudsmaterialet i øvrigt som på kravets betydning for potentielle og aktuelle tilbudsgivere.

At det ikke udtrykkeligt er angivet, hvilken type krav der er tale om, gør derfor ikke i sig selv udbudsbetingelserne uklare.

Det er ikke gjort gældende, at kravenes materielle indhold var uklart.

Ad uklarheder om kravenes tilknytning til de enkelte delaftaler

HB Care har hertil henvist til de eksempler, der er anført ad påstand 1.

Som anført ad påstand 1 er kravene berettiget præciseret ved spørgsmål 10 og 11. Der har allerede derfor ikke været uklarhed i udbuddet herom.

HB Care har ikke præciseret, for hvilke af de øvrige krav der var uklarhed om, hvilken delaftale de vedrørte.

Der blev under udbuddet afgivet to tilbud, og ingen af tilbuddene blev erklæret ukonditionsræssige. Der er dermed ikke indikationer af, at en almindelig påpasselig tilbudsgiver ikke har været i stand til at fastslå, hvilke krav der hørte til hvilken aftale.

Ad uklarhed om beregningsgrundlaget

HB Care har hertil henvist til, at der ikke var angivet en fælles ramme for tidsberegningen, idet det ikke fremgik, hvilke borgere der havde behov for hjælp, og hvor meget tid der skulle lægges til med henblik på servicering af borgerne.

Der henvises for så vidt angår tid til servicering til det, der er anført ad påstand 4.

På de dele af kørselslisterne, der skulle danne grundlag for kørselsplanlægningen, fremgår det af listen for delaftale 1, hvem der havde behov for hjælpemidler (kørestol m.v.), mens tilsvarende ikke fremgik af kørelisten for delaftale 2.

At der ikke for delaftale 2 er angivet passagerer med særligt behov, gør ikke beregningsgrundlaget uklart.

Påstand 3 tages ikke til følge.

Ad påstand 4

En evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet, kan ikke tilside-sættes, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.

Det er ubestridt, at evalueringsmetoden, herunder hvordan de evaluerings-tekniske tilbudssummer ville blive fastlagt, var beskrevet i udbudsmaterialet.

Den valgte metode bygger på, at tilbudsgiverne skal foretage en kørselsplan-lægning for nærmere fastlagt kørsel, som er repræsentativ for en nærmere angiven periode.

HB Care har anført, at kørselsplanlægningen ikke vil være repræsentativ, da rammen for evalueringsmetoden ikke var fastlagt i tilstrækkeligt omfang.

Af udbudsbetingelsernes punkt 7 fremgik herom, at tilbudsgiverne som led i tilbudsafgivningen skulle foretage en beregning af, hvor mange kilometer til-budsgiverne skulle bruge til at udføre kørslen i den første af de to uger på kørelisterne. Det var samtidig angivet, at tilbudsgiverne til hver en tid skulle kunne redegøre for det beregnede antal kilometer, og for ”at det tidsmæssigt kan lade sig gøre samt opfylde alle krav i kravspecifikationen”. Yderligere fremgik det, at der skulle fremlægges dokumentation for beregningen, hvil- ket i praksis betød, at tilbudsgiverne skulle fremlægge detaljerede kørelister, der viste, hvordan man havde foretaget den konkrete kørselsplanlægning af de borgere, hvis kørselsbehov var beskrevet i udbudsmaterialets kørelister, hvori indgik detaljerede oplysninger om de enkelte borgeres kørselsbehov på alle de dage, der skulle omfattes af kørselsplanlægningen.

Under udbudsbetingelsernes punkt 11 var det eksplicit anført, at kommunen ville foretage stikprøvekontrol af tilbudsgivernes køretider for at sikre, at det oplyste kilometerantal var realistisk, ligesom kommunen havde forbeholdt sig muligheden for at tage et møde med tilbudsgiverne i evalueringsperioden med henblik på tilbudsgivernes redegørelse for, at den beregnede kørsel ville kunne leve op til kommunens krav.

Kommunen havde dermed sikret sig imod, at der var tilbudsgivere, der ville foretage en kørselsplanlægning og dermed en samlet kilometerberegning, der reelt ikke ville kunne realiseres i overensstemmelse med kravene i kravspecifikationen.

Et led i tilbudsgivernes beregning var, at der skulle indregnes ”den nødvendige tid” til den servicering af passagererne, som var et krav ifølge udbudsbetingelserne.

Hvad ”nødvendig tid” er, beror på tilbudsgivernes erfaring og skøn. Ethvert tilbud vil i et eller andet omfang indebære et skøn fra den enkelte tilbudsgiver, herunder om, hvordan den udbudte ydelse bedst kan leveres.

At kommunen har overladt det til tilbudsgiverne selv at vurdere og fastlægge den fornødne tid til servicering af borgerne i forbindelse med ind- og udstigning gør ikke, at tilbuddene dermed ikke er sammenlignelige.

På den baggrund og da evalueringsmodellen ubestridt er beskrevet i overensstemmelse med udbudslovens § 160, stk. 1, tages påstand 4 ikke til følge.

Ad påstand 5

Efter udfaldet af påstand 1-4 tages påstand 5 ikke til følge.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

HB Care A/S skal i sagsomkostninger til Esbjerg Kommune betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens retlighed bekræftes.

Katrine Kirkegaard Gade
overassistent