

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt.
Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Ørslev Servicetrafik A/S
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Høje-Taastrup Kommune
(advokat Kurt Helles Bardeleben, København)

Høje-Taastrup Kommune udbød ved udbudsbekendtgørelse 2020/S 067-159482 som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale opdelt i 7 delaftaler om visiteret kørsel af mindre børn og skoleelever mv. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Ved brev af 25. maj 2020 meddelte Høje-Taastrup Kommune Nobina A/S, at selskabets tilbud var erklæret ukonditionsmæssigt. Der havde forud herfor været telefoniske drøftelser den 18.-19. maj 2020 mellem kommunen og Nobina A/S' datterselskab Ørslev Servicetrafik A/S' advokat om, hvorvidt tilbuddet skulle anses for indgivet af Ørslev Servicetrafik A/S ("Ørslev Servicetrafik").

Klagenævnet har den 4. juni 2020 modtaget en klage fra Ørslev Servicetrafik.

Ørslev Servicetrafik har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Høje-Taastrup Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 10, svarskrift med bilag A og B, replik med bilag 11 og duplik.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Høje-Taastrup Kommune har tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2, ved at afvise Ørslev Servicetraffiks tilbud som ukonditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Høje-Taastrup Kommunes tildelingsbeslutning af 25. maj 2020 for så vidt angår delaftalerne B, D og G.

Andre oplysninger i sagen:

Klagesagen angår delaftalerne B, D og G. Den anslåede værdi af disse delaftaler er henholdsvis 3.187.000 kr., 2.235.000 kr. og 500.000 kr., og varigheden er fastsat til fire år med mulighed for forlængelse i op til to år.

Udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.2 og III.1.3 indeholder blandt andet følgende mindstekrav til finansiel henholdsvis teknisk kapacitet:

”Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver i hvert af de 3 senest godkendte regnskabsår har haft:

- et positivt årsresultat efter skat, samt
- en positiv egenkapital.

Under fanen "Udvælgelseskriterier" i EU-Supply angives henholdsvis egenkapitalen og årsresultatet for de seneste 3 års godkendte regnskaber.

Tilbudsgiveren skal dokumentere opfyldelsen af kravet ved at fremlægge godkendt årsregnskab inklusive balancer fra de seneste 3 regnskabsår, eller lignende dokumentation. Dokumentationen uploades i EU-Supply.

...

Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver kan oplyse mindst 1 reference for leverancer af tilsvarende karakter som under rammeaftalen under fanen "Udvælgelseskriterier" i EU-Supply angives referencerne. Referencelisten skal indeholde følgende:

- 1) En beskrivelse af aftalen og de udførte opgaver i forbindelse med aftalen
- 2) Rammeaftalens værdi i DKK
- 3) Kundenavn, inkl. kontaktperson og telefonnummer på denne
- 4) Dokumentation for tilbudsgiverens tilladelse efter taxiloven eller busloven."

Mindstekravene er gentaget i udbudsbetingelsernes pkt. 4.3 og 4.4.

I udbudsbetingelserne hedder det endvidere blandt andet:

"2.2 Adgang til udbudsmaterialet

Udbuddet gennemføres elektronisk via www.EU-Supply.dk. Udbudsmaterialet og samtlige efterfølgende supplerende oplysninger, herunder eventuelle rettelsesblade og spørgsmål/svar, vil være tilgængelige i EU-Supply.

Spørgsmål omkring funktionaliteten i systemet sendes til EU-Supply via mailadressen: dksupport@eu-supply.com ved telefonisk henvendelse til (+45) 70 20 80 14.

...

3 AFGIVELSE AF TILBUD

3.1 Tilbuddets indhold

Tilbuddet skal indeholde følgende udfyldte dokumenter/oplysninger:

- Online version af ESPD i EU-Supply

- Rammeaftalebilag 1 Ydelsesbeskrivelse
- Rammeaftalebilag 2 Tilbudsliste
- Dokumentation for tilbudsgiverens tilladelse efter taxiloven eller busloven

3.2 Formkrav

...

I det omfang Tilbudsgiver vælger at fremsende andre dokumenter (herunder bilag) som del af sit tilbud, er Kommunen afskåret fra at tillægge disse dokumenter betydning under tilbudsevalueringen.

Herudover skal Tilbudsgiver som nævnt i punkt 4.2. afgive oplysninger i EU-Supply til brug for opfyldelsen af udelukkelsesgrunde og mindstekrav til egnethed. Dette sker under henholdsvis fanebladene "Udelukkelsesgrunde" og "Udvælgelseskriterier".

...

3.4 Vedståelse

Tilbudsgiver er forpligtet til at vedstå sit tilbud indtil endelig aftale er underskrevet, 6 måneder at regne fra tilbudsfristens udløb.

...

5.3 Tildeling

Tilbudsgiverne kan afgive et kombinationstilbud på delaftalerne B, D og G, og der er mulighed for at tilbyde en kombinationsrabat for en samlet tildeling af disse delaftaler. Derudover er der ikke tilladt at betinge tildeling af en delaftale af tildeling af andre delaftaler.”

Tilbudschefen hos Nobina A/S oprettede og indleverede gennem sin brugerprofil på EU-Supply ESPD'er for både Nobina A/S og Ørslev Servicetrafik. Tilbudschefen udfyldte endvidere tilbudsliste for delaftaler B, D og G og uploadede befordringstilladelse for Ørslev Servicetrafik. Ørslev Servicetrafik har anført, at tilbudschefen generelt anvender den pågældende brugerprofil til at afgive tilbud på Nobina A/S' egne vegne og på vegne Nobina A/S' datterselskaber.

I ESPD'et for Ørslev Servicetrafik står der blandt andet:

»

Del II: Oplysninger om den økonomiske aktør

A: Oplysninger om den økonomiske aktør

Officielt navn: Ørslev Servicetrafik A/S	E-mail: nielspeter.nielsen@nobina.dk
Gade/vej og nummer: Københavnsvej 347	Telefon: 24400045
Postnummer: 4760	Kontaktperson eller -personer: Niels Peter Nielsen
By: Vordingborg	CVR nummer: 17729381
Land: Danmark	Hvis vat nr. Ikke fundet:
Anfør gerne evt. internetadresse (websted):	Er den økonomiske aktør en mikrovirksomhed, en lille eller en mellemstor virksomhed? <input checked="" type="checkbox"/> Ja <input type="checkbox"/> Nej

. . .

B: Oplysninger om den økonomiske aktørs repræsentanter

Angiv navne og adresser på den eller de personer, der måtte være beføjede til at repræsentere den økonomiske aktør i forbindelse med denne udbudsprocedure:

Fornavn: Niels Peter	Gade/vej og nummer: Moseager
Efternavn: Nielsen	Postnummer: 2640
Fødselsdato: 09-08-1965	By: Hedehusene
Fødested: Gentofte	Land: Danmark
E-mail: nielspeter.nielsen@nobina.dk	Stilling/Handler i egenskab af: Adm Direktør
Telefon: 24400045	

Om nødvendigt angives nærmere oplysninger om repræsentationen (form, omfang, formål osv.):

C: Oplysninger om udnyttelse af andre enheders kapacitet

Den økonomiske aktør stoler på kapaciteten

Baserer den økonomiske aktør sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne i del IV og de kriterier og regler, der eventuelt er fastsat, jf. del V nedenfor?

Har tilbudsgiveren svaret? Ja Nej

Udfyld et særskilt ESPD med de oplysninger, der anmodes om i afsnit A og B i denne del og del III for hver af de pågældende enheder, som er behørigt udfyldt og underskrevet af de pågældende enheder.

Bemærk, at dette også bør omfatte teknikere eller tekniske organer, der ikke direkte hører til i den økonomiske aktørs virksomhed, især dem, der er ansvarlige for kvalitetskontrollen, og, hvis det drejer sig om offentlige bygge- og anlægskontrakter, de teknikere eller tekniske organer, som den økonomiske aktør kan disponere over til udførelsen af arbejdet.

For så vidt som det er relevant for den eller de specifikke kapaciteter, som den økonomiske aktør baserer sig på, angives oplysningerne i del IV og V for hver af de pågældende enheder.

. . .

B: Økonomisk og finansiell formåen

I artikel 58, stk. 3, i direktiv 2014/24/EU fastsættes følgende udvælgelseskriterier

Finansielle nøgletal

For så vidt angår de finansielle nøgletal (såsom forholdet mellem aktiver og passiver), der er anført i den relevante meddelelse, i udbudsdokumenterne eller i ESPD, erklærer den økonomiske aktør, at de faktiske værdier for de nøgletal, der anmodes om, er som følger:

Nøgletal:	Beskrivelse:
6.729.754,00	Egenkapital 2015/2016
5.659.178,00	Egenkapital 2016/2017
3.471.321,00	Egenkapital 2017/2018

»

I ESPD'et fra Nobina A/S står der blandt andet følgende:

»

Del II: Oplysninger om den økonomiske aktør

A: Oplysninger om den økonomiske aktør

Officielt navn: Nobina A/S

E-mail: nielspeter.nielsen@nobina.dk

Gade/vej og nummer: Fabriksparken 22

Telefon:

Postnummer: 2600

Kontaktperson eller -personer: Niels Peter Nielsen

By: Glostrup

CVR nummer: 29513376

Land: Danmark

Hvis vat nr. Ikke fundet:

Anfør gerne evt. internetadresse (websted):

Er den økonomiske aktør en mikrovirksomhed, en lille eller en mellemstor virksomhed? Ja Nej

. . .

B: Oplysninger om den økonomiske aktørs repræsentanter

Angiv navne og adresser på den eller de personer, der måtte være beføjede til at repræsentere den økonomiske aktør i forbindelse med denne udbudsprocedure:

Fornavn: Niels Peter

Gade/vej og nummer: Moseager

Efternavn: Nielsen

Postnummer: 2640

Fødselsdato: 09-08-1965

By: Hedehusene

Fødested: Gentofte

Land: Danmark

E-mail: nielspeter.nielsen@nobina.dk

Stilling/Handler i egenskab af: Adm Direktør

Telefon: 24400045

Om nødvendigt angives nærmere oplysninger om repræsentationen (form, omfang, formål osv.):

C: Oplysninger om udnyttelse af andre enheders kapacitet

Den økonomiske aktør stoler på kapaciteten

Baserer den økonomiske aktør sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne i del IV og de kriterier og regler, der eventuelt er fastsat, jf. del V nedenfor?

Har tilbudsgiveren svaret? Ja Nej

. . .

B: Økonomisk og finansiell formåen

I artikel 58, stk. 3, i direktiv 2014/24/EU fastsættes følgende udvælgelseskriterier

Finansielle nøgletal

For så vidt angår de finansielle nøgletal (såsom forholdet mellem aktiver og passiver), der er anført i den relevante meddelelse, i udbudsdokumenterne eller i ESPD, erklærer den økonomiske aktør, at de faktiske værdier for de nøgletal, der anmodes om, er som følger:

Nøgletal:	Beskrivelse:
16.316.000,00	Resultat 2018/2019
23.235.000,00	Resultat 2017/2018
6.734.000,00	Resultat 2016/2017

Er disse oplysninger gratis tilgængelige for myndighederne fra en EU-medlemsstats database? Ja Nej

»

De indleverede tilbudslistes for delaftale B, D og G indeholder alle følgende overskrift:

”

Udbud 234975: - Tilbud af Nobina A/S

Delkontrakt: 234975: - Delaftale 2 Befordrii ▼

Denne prisliste blev sendt af tilbudsgiveren.

☛ Pris for denne prisliste er fuldtændigt fastlagt

”

På EU-Supplys liste over tilbudsgivere på udbuddet figurerede Nobina A/S som tilbudsgiver, hvorimod Ørslev Servicetrafik ikke fremgik af oversigten. Overskrifterne og angivelsen af Nobina A/S som tilbudsgiver er efter det oplyste om EU-Supply øjensynlig en automatisk konsekvens af, at tilbudschefens brugerprofil er tilknyttet dette selskab.

Tilbudsfristen udløb den 11. maj 2020. Den 12. maj 2020 sendte Høje-Taastrup Kommune via EU-Supply følgende spørgsmål:

”Til Nobina

I jeres ESPD har I afgivet oplysninger om, at I ikke benytter jeg af andres økonomiske kapacitet eller underleverandører. I vedhæfter 2 ESPD'er hvor det ene er for Ørslev. I jeres eget ESPD har I angivet positiv årsregnskab hvilket er et mindstekrav og I Ørslev har I angivet en positiv egenkapital.

Vil I redegøre for, hvorfor der er fremsendt 2 ESPD'er, når der ikke er angivet i Jeres ESPD, at I baserer jer på andre leverandører?”

Hertil svarede tilbudschefen ved Nobina:

”...

Vi giver tilbud på dette udbud som Ørslev Servicetrafik A/S, som er vores afdeling for servicetrafik. I ESPD for Ørslev, som dermed er den økonomiske aktør, har vi svaret JA til at vi benytter andres kapacitet:

C: Oplysninger om udnytte/se af andre enheders kapacitet

Den økonomiske aktør stoler på kapaciteten

Baserer den økonomiske aktør sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne i del IV og de kriterier og regler, der eventuelt er fastsat, jf. del V nedenfor?

Har tilbudsgiveren svaret? Ja Nej

Udfyld et særskilt ESPD med de oplysninger, der anmodes om i afsnit A og B i denne del og del III for hver af de pågældende enheder, som er behørigt udfyldt og underskrevet af de pågældende enheder.

Derfor har vi udfyldt et ESPD for Nobina A/S, fordi vi benytter deres resultat for at leve op til kravene om positivt resultat.

Håber det svarer på spørgsmålet og er korrekt fremgangsmåde.
...”

Den 18. maj 2020 orienterede kommunen pr. telefon Nobina A/S/Ørslev Servicetrafik om, at tilbuddet ville blive afvist som ukonditionsmæssigt. Ørslev Servicetrafiks advokat rettede telefonisk henvendelse til kommunen den 19. maj 2020 og gjorde indsigelse mod den eventuelle afvisning af tilbuddet.

Ved brev af 25. maj 2020, som var tilstillet Nobina A/S, meddelte Høje-Taastrup Kommune, at det modtagne tilbud var erklæret ukonditionsmæssigt. I brevet hedder det:

”...

Hensigtserklæring

Høje-Taastrup Kommune underretter hermed om sin hensigt at tildele kontrakten i udbuddet af en rammeaftale om visiteret kørsel for visiteret borgere i kommunen, jf. punkt 3. Underretningen sker i henhold til udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3 og stk. 3.

Kommunen har desværre erklæret Nobina A/S ukonditionsmæssig, hvorfor Nobina A/S ikke indgår i den endelige evaluering.

Jf. udbudsbetingelserne pkt. 4.3 økonomisk og finansiel formåen har Nobina A/S ikke en positiv egenkapital og årsresultat de sidste 3 år. Nobina A/S har ikke i ESPD'et Del II A svaret, at Tilbudsgiver deltager i udbudsproceduren sammen med andre. Nobina A/S har endvidere heller ikke angivet at I baserer Jer på andre enheders kapacitet.

Nobina A/S har i tilbuddet medsendt ESPD for Ørslev samt vognmandstilladelse for Ørslev. Ørslev har ikke budt ind, hvormed der mangler en vognmandstilladelse for Nobina A/S. Hverken Nobina A/S eller Ørslev har i Jeres ESPD opgivet både årsresultat og egenkapital. Ørslev har angivet, at de basere sig på Nobina's kapacitet. Kommunen har derfor pligt til at se bort fra tilbuddet.

Uanset at tilbudsgivers selskabskonstruktion, og advokat Thorkild Høgs opfordring til at lade tilbudsgiver berigtige ESPD, så er Nobina og Ørslev to separate juridiske enheder, og en simpel ændring i ESPD kan ikke redde situationen. Man har som tilbudsgiver lavet en fejl som ikke kan ændres. Udbudsreglerne tillader ikke en udskiftning af tilbudsgiver.

Resultatet af evalueringen

Tilbuddene er evalueret efter den i Udbudsbetingelsernes punkt 5.3 oplyste tildelingsmodel.

Delaftale	Tilbudsgiver	Tilbudspris
A	VBT	Kr. 3.500,00
B	HB-Care	Kr. 106.080,75
C	Sengeløse Multibusser	Kr. 6.504,00
D	HB-Care	Kr. 47.520,00
E	DitoBus Excursions Københavns Bustrafik Sengeløse Multibusser	Kr. 393.125,00 Kr. 467.500,00 Kr. 318.750,00
F	DitoBus Servicetrafik	Kr. 43.000,00
G	HB-Care	Kr. 22.086,00

...”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Ørslev Servicetrafik har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Høje-Taastrup Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Ad påstand 1

Ørslev Servicetrafik har gjort gældende, at Høje-Taastrup Kommune kun kan afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt, hvis tilbuddet strider mod ufravigelige udbudsvilkår eller i øvrigt er afgivet i strid med udbudsreglerne. Tilbuddet fra Ørslev Servicetrafik stred imidlertid ikke mod ufravigelige udbudsvilkår og var ikke afgivet i strid med udbudsreglerne. Høje-Taastrup Kommune kan endvidere ikke afvise et tilbud med henvisning til uklarhed i tilbuddet, hvis kommunen inden tildelingsbeslutningen har fået denne mulige uklarhed afklaret ved en henvendelse til tilbudsgiveren.

Tilbuddet var ikke afgivet af Nobina A/S, hvilket kommunen vidste på tidspunktet for tildelingsbeslutningen. For det første fremgik det af de indleverede ESPD'er, at Ørslev Servicetrafik var tilbudsgiver, og Nobina A/S var støttevirksomhed. Ørslev Servicetrafik havde ved afkrydsning i ESPD'ets pkt. II.C bekræftet, at virksomheden baserede sig på andre enheders kapacitet. En sådan afkrydsning giver kun mening for en virksomhed, der afgiver tilbud. Der var ikke foretaget tilsvarende afkrydsning i ESPD'et for Nobina A/S. Der kunne således ikke i sammenhængen være tvivl om, at Nobina A/S (kun) var støttevirksomhed.

Det ændrer ikke herved, at der står "Udbud 234975 - Tilbud af Nobina A/S" på de udskrifter fra EU-Supply, som Høje-Taastrup Kommune har fremlagt. Udskrifterne er formentlig systemgenereret i EU-Supply og viser, hvilken økonomisk aktør der har uploadet tilbuddet. Det bestrides, at disse systemgenererede udskrifter i sig selv entydigt er vidnesbyrd om, hvem der er tilbudsgiver. Hvis man fulgte denne logik, ville ordregivere i en situation, hvor tilbudsgiver var et konsortium, være berettiget og forpligtet til udelukkende at lægge vægt på, hvem der havde uploadet tilbuddet (og anse denne økonomiske aktør, og kun denne, som tilbudsgiver), uanset om de uploadede dokumenter tydeligt måtte vise, at der var tale om et tilbud afgivet af et konsortium.

Tilbudsgiverne indtaster endvidere priser mv. i et brugerinterface, hvor der ikke er felter, hvor brugerne kan indtaste oplysninger om tilbudsgiverens identitet. Det er med andre ord ikke en del af indtastningsprocessen i EU-Supply, at der skal indtastes navn på tilbudsgiveren.

Ifølge udbudsmaterialet skulle der indleveres "dokumentation for tilbudsgiverens tilladelse efter taxiloven eller busloven". Det indleverede tilbud indeholdt ESPD og tilladelse for Ørslev Servicetrafik, hvorved fremgik, at denne virksomhed var tilbudsgiver. Det fremgik således uden rimelig tvivl af selve tilbuddet, at Ørslev Servicetrafik var tilbudsgiver.

Inden tildelingsbeslutningen rettede kommunen henvendelse til Ørslev Servicetrafik både skriftligt og telefonisk og fik derved bekræftet, at denne virksomhed var tilbudsgiver. En ordregiver kan ikke frit vælge, om man vil tage supplerende oplysninger i betragtning, når ordregiver indhenter dem fra en tilbudsgiver efter tilbudsfristen. Princippet om, at uklarheder i tilbud må

komme tilbudsgiver til skade, kan ikke fastholdes, når en ordregiver har foretaget lovlig afklaring af de pågældende uklarheder. Ordregiver skal således inddrage de herved indkomne oplysninger i sin videre beslutning, medmindre dette vil være i strid med udbudsreglerne. Hvis man antog, at ordregiver frit kunne vælge, om ordregiver ønskede at inddrage præciserende oplysninger af en karakter, som lovligt kan tages i betragtning, ville ordregiver have opnået frit valg mellem tildeling til flere tilbudsgivere, hvilket i sig selv er på kant med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

I det konkrete tilfælde har Ørslev Servicetrafik ikke indleveret ny dokumentation eller på anden måde oplyst om forhold, der ikke i forvejen kunne udledes af det indleverede tilbud. Virksomheden har blot ved parternes korrespondance bragt kommunen ud af den vildfarelse, at tilbuddet var afgivet af Nobina A/S. Efter den foretagne afklaring kunne Høje-Taastrup Kommune kontraktuelt fastholde tilbuddet over for Ørslev Servicetrafik.

Det eneste forhold, der reelt tilsiger, at Nobina A/S skulle anses for tilbudsgiver, er den omstændighed, at tilbuddet er uploadet under anvendelse af en brugerprofil på EU-Supply tilknyttet Nobina A/S. Det fremgår imidlertid ikke noget sted i udbudsmaterialet, at det er et ufravigeligt krav, at tilbud skal uploades ved brug af tilbudsgiverens egen brugerprofil.

Det er ikke muligt for en person at oprette flere brugerprofiler på EU-Supply tilknyttet samme mailadresse. Tilbudschefen i Nobina A/S kunne således ikke oprette en brugerprofil tilknyttet Ørslev Servicetrafik, idet tilbudschefens mailadresse i forvejen var en del af hendes brugerprofil tilknyttet Nobina.

Kommune bærer selv medansvar for, at der eventuelt kunne opstå tvivl om identifikationen af tilbudsgivere, idet den anvendte formular for rabatgivning ikke rummede mulighed for at identificere tilbudsgiver, og idet kommunen udtrykkeligt afskar indlevering af yderligere dokumenter, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 3.2, herunder f.eks. et underskrevet tilbuds-brev. En fremgangsmåde med indlevering af underskrevet tilbuds-brev anvendes ofte i udbud netop for at sikre tilbudsgivers identitet og kontrollere tilbuddets bindende karakter.

Det fremgår af de indleverede ESPD'er, at Ørslev Servicetrafik baserer sig på Nobina A/S' kapacitet. Ørslev Servicetrafik opfylder selv mindstekravet

til positiv egenkapital de seneste 3 år, mens Nobina opfylder mindstekravet til positivt resultat de seneste 3 år. Tilsammen opfylder virksomhederne dermed mindstekravene til økonomisk og finansiell formåen.

Høje-Taastrup Kommune har gjort gældende, at det af EU-Supply fremgår, at Nobina A/S var tilbudsgiver. Navnet Nobina A/S fremgår således af de uploadede tilbudslistes og af EU-Supplys oversigt over tilbudsgivere ved udbuddet. Ved vurderingen af de indkomne tilbud lagde kommunen derfor til grund, at Nobina A/S var tilbudsgiver.

Det ændrer ikke herved, at kommunen den 12. maj 2020 efter modtagelsen af tilbuddet forsøgte at få afklaret hensigten med at uploade Ørslev Servicetrafiks ESPD, og dette forsøg på afklaring kan ikke føre til, at Ørslev Servicetrafik derved opnåede et retskrav på at blive anset for tilbudsgiver.

Det tilbud, som Nobina A/S uploadede på EU-Supply, består af en tilbudsliste for henholdsvis delaftale B, D og G, Ørslev Servicetrafiks tilladelse til international personbefordring, samt ESPD for henholdsvis Nobina A/S og Ørslev Servicetrafik. Det fremgår ikke af Nobina A/S' ESPD, at denne virksomhed baserer sig på anden økonomisk aktør for at opfylde mindstekravene, ligesom der ikke er uploadet en støtteerklæring.

I sit ESPD har Nobina A/S angivet resultaterne af de tre sidst offentliggjorte regnskabsår, der alle er positive. Nobina A/S' ESPD redegør dog ikke for virksomhedens egenkapital, der ligeledes er et mindstekrav. Da Nobina A/S ikke har angivet at basere sig på en anden økonomisk aktør for at opfylde mindstekravet – hverken ved støtteerklæring eller i ESPD'et – kan det lægges til grund, at Nobina A/S ikke opfylder det fastsatte mindstekrav om økonomisk og finansiell formåen.

Den uploadede tilladelse til personbefordring tilhører ikke Nobina A/S, ligesom Nobina A/S heller ikke har angivet referencer i sit ESPD, som det var krævet. Da Nobina A/S ikke har baseret sig på Ørslev Servicetrafik, kan dens befordringstilladelse eller referencer ikke indgå i evalueringen af tilbuddet. Nobina A/S har derfor ikke opfyldt mindstekravet vedrørende teknisk og faglig formåen.

Det er ikke et krav efter § 159, stk. 5, at ordregiveren ”reparerer” på et tilbud, men alene en mulighed. Vælger ordregiveren at benytte sig af muligheden,

skal dette ske under hensyntagen til principperne i udbudslovens § 2 om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. At Høje-Taastrup Kommune imidlertid fravælger denne mulighed, er selvfølgelig ikke et brud på disse principper. Da Nobina A/S' tilbud ikke overholder de mindstekrav, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne, var kommunen forpligtet til at afvise Nobina A/S' tilbud, jf. udbudslovens § 159, stk. 6, idet kommunen ellers vil handle imod principperne i udbudslovens § 2.

Da det i øvrigt ikke fremgår noget sted i det indleverede materiale, at det var Ørslev Servicetrafik og ikke Nobina A/S, der var den reelle tilbudsgiver, som afgav tilbud på de omhandlede kørselskontrakter, var kommunen ikke forpligtet til at betragte tilbuddet som afgivet af Ørslev Servicetrafik.

Ved afgivelse af tilbud skal det være uden for enhver rimelig tvivl, hvilken juridisk person der har afgivet tilbuddet. Manglende klarhed om, hvem der er den reelle tilbudsgiver, må komme tilbudsgiver til skade.

Det ligger i udbudsregimets natur, at de tilbud, som afgives, er forpligtende, og at ordregiver skal kunne holde en tilbudsgiver op på et tilbud. Det gælder også i denne sag, hvor tilbudsgiverne skulle vedstå deres tilbud i 6 måneder.

I denne sag er der imidlertid ikke afgivet et tilbud fra Ørslev Servicetrafik, som Høje-Taastrup Kommune kunne have håndhævet obligationsretligt. Derfor har Ørslev Servicetrafik heller ikke noget retskrav på at blive behandlet som tilbudsgiver på lige fod med de øvrige 19 tilbudsgivere, som har afgivet forpligtende tilbud.

Ad påstand 2

Ørslev Servicetrafik har gjort gældende, at fejlen i udbudsforløbet er så væsentlig, at tildelingsbeslutningen for så vidt angår delaftale B, D og G skal annulleres.

Høje-Taastrup Kommune har ikke anført særskilte bemærkninger om påstand 2. Klagenævnet har dog forstået kommunens anbringender således, at det gøres gældende, at påstanden om annullation ikke skal tages til følge.

Ad uopsættelighed

Ørslev Servicetrafik har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed skal lempes som følge af overtrædelsens alvorlige karakter, jf. kendelse af 23. april 2015 i sagen C-35/15 P(R), Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen, og blandt andet klagenævnets kendelse af 26. juni 2017, Eltel Networks A/S mod Region Syddanmark, og kendelse af 12. juli 2019, Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden.

Den overtrædelse, som er beskrevet i påstand 1, er tilstrækkelig til, at tildelingsbeslutningen skal annulleres. Klagenævnet skal derfor allerede på baggrund af det anførte under ”fumus boni juris” tillægge klagen opsættende virkning uden at stille særlige krav til uopsættelighed.

Høje-Taastrup Kommune har gjort gældende, at kravet om uopsættelighed ikke er opfyldt, idet opsættende virkning ikke er nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for Ørslev Servicetrafik.

Ad interesseafvejning

Ørslev Servicetrafik har gjort gældende, at kommunen ikke lider skade ved fastsættelse af opsættende virkning, subsidiært at kommunen kan afværge sådan skade ved af egen drift at gennemføre fornyet udbud og/eller at foretage tidsbegrænset forlængelse af eksisterende kontrakter, så længe klagesagen er verserende.

Høje-Taastrup Kommune har gjort gældende, at en afvejning af Ørslev Servicetrafiks interesser i forhold til kommunens behov for at komme i gang med kørsel efter de nye kontrakter bør føre til, at klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som

er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*):

I udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne var det fastsat som finansielt mindstekrav, at tilbudsgiverne i hvert af de 3 senest godkendte regnskabsår havde haft et positivt årsresultat efter skat og en positiv egenkapital. Det var angivet, hvilken dokumentation tilbuddene skulle indeholde i relation til mindstekravet.

Ørslev Servicetrafik er et helejet datterselskab af Nobina A/S. Tilbudschefen hos Nobina A/S har en EU-Supply brugerprofil, som tilbudschefen efter det oplyste anvender til at afgive tilbud på Nobina A/S' egne vegne og på vegne selskabets datterselskaber, herunder Ørslev Servicetrafik. Ved tilbudschefens indgivelse af tilbud var hensigten efter det oplyste, at Ørslev Servicetrafik

skulle være tilbudsgiver og Nobina A/S støttevirksomhed i relation til mindstekravet om positiv årsresultat, jf. udbudslovens § 144, stk. 1.

I det ESPD, som blev indgivet for Ørslev Servicetrafik, var der markeret Ja ud for spørgsmålet ”Baserer den økonomiske aktør sig på andre enheders kapacitet...?”. Det var ikke anført, hvilken virksomhed Ørslev Servicetrafik baserede sig på. I Nobina A/S’ ESPD var der markeret Nej ud for samme spørgsmål. Begge ESPD’er, udfyldte tilbudslistes for delaftale B, D og G og en befordringstilladelse for Ørslev Servicetrafik blev uploadet under Nobina A/S’ brugerprofil.

I EU-Supply fremgik det af tilbudslisterne for delaftale B, D og G, at der var tale om et ”Tilbud af Nobina A/S”, og at prislisten ”blev sendt af tilbudsgiveren”. Nobina A/S figurerede endvidere på listen over tilbudsgivere. Det fremgik ikke af Nobina A/S’ ESPD, at denne virksomhed alene var finansiel støttevirksomhed, og der var ikke på anden vis angivet, at tilbudsgiveren var Ørslev Servicetrafik og ikke Nobina A/S. Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at ESPD’ets del II, afsnit B, indeholder et punkt ”Om nødvendigt angives nærmere oplysninger om repræsentationen (form, omfang, formål osv.)”, og at det enten her eller andet steds i det uploadede tilbud må have været muligt at oplyse om identiteten af tilbudsgiveren, og at Nobina A/S alene var den, der rent praktisk uploadede tilbuddet.

Som tilbuddet fremstod i EU-Supply for kommunen, stod Nobina A/S som tilbudsgiver, idet indleveringen af ESPD og befordringstilladelse for Ørslev Servicetrafik uden samtidig angivelse af brug af støttevirksomhed i Nobina A/S’ ESPD og uden indlevering af befordringstilladelse for Nobina A/S samtidig skabte en usikkerhed om hensigten hermed og om, hvorvidt der var fejl i Nobina A/S’ tilbud.

At det ikke stod kommunen klart, at meningen var, at Ørslev Servicetrafik skulle være tilbudsgiver, må efter en foreløbig vurdering anses for at bero på den måde, hvorpå Ørslev Servicetrafik og Nobina A/S havde organiseret indleveringen af tilbud. Tilbudsgivere bærer selv ansvaret for fejl og uklarheder i deres tilbud, og uanset om Nobina A/S blev angivet som tilbudsgiver som følge af systemgenererede oplysninger, finder klagenævnet på det foreliggende grundlag, at kommunen berettiget anså Nobina A/S som tilbudsgiver.

Den omstændighed, at kommunen rettede henvendelse til Nobina A/S med henblik på en afklaring og herved fik oplyst, at Nobina A/S og Ørslev Servicetrafik anså tilbuddet for indgivet af Ørslev Servicetrafik, medfører på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke, at kommunen var forpligtet til at anse tilbuddet for indgivet af dette selskab og ikke af Nobina A/S.

Nobina A/S opfyldte ikke de fastsatte mindstekrav til økonomisk og finansiell samt teknisk kapacitet, og Høje-Taastrup Kommune var derfor forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Der er herefter ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge, og dermed heller ikke til, at tildelingsbeslutningen vil blive annulleret.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
specialkonsulent