



RETEN I SVENDBORG DOM

afsagt den 12. maj 2022

Sag BS-14560/2021-SVE

Fynbus
(advokat Lotte Hummelshøj)

og

Midttrafik
(advokat Lotte Hummelshøj)

og

Sydtrafik
(advokat Lotte Hummelshøj)

mod

Alsvognen I/S
(advokat Anders Nørgaard Jensen og
advokat Povl Nick Bronstein)

og

Betina Thomsen
(advokat Anders Nørgaard Jensen og
advokat Povl Nick Bronstein)

og

Allan Peter Gramstrup Thomsen

(advokat Anders Nørgaard Jensen og
advokat Povl Nick Bronstein)

Denne afgørelse er truffet af dommer Anders Munch-Jensen, dommer Gert Holst Matthiesen og retsassessor Kim Ottesen.

Sagens baggrund og parternes påstande

Retten har modtaget sagen den 4. december 2020.

Sagen drejer sig om fortolkningen af et krav i Trafikselskabernes udbudsmateriale vedr. rammeaftaler om Flexvariabel-kørsel, og om hvorvidt Trafikselskaberne har ændret dette mindstekrav.

Fynbus, Sydtrafik og Midttrafik har nedlagt påstand om, at Alsvognen I/S, Betina Thomsen og Allan Peter Gramstrup Thomsen (herefter Alsvognen) tilpligtes at anerkende, at FynBus, Sydtrafik og Midttrafik (Trafikselskaberne) ikke har ændret et mindstekrav om pladskrav til kørestole for vogntyperne 5 og 6 i rammeaftaler om "FV6 - FlexVariabel" i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5, og dermed ikke foretaget direkte tildeling af kontrakter fra den 16. august 2019 til den 31. juli 2020.

Alsvognen I/S, Betina Thomsen og Allan Peter Gramstrup Thomsen har påstået frifindelse.

Alsvognen I/S, Betina Thomsen og Allan Peter Gramstrup Thomsen har fri proces.

Dommen indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a, stk. 3.

Oplysningerne i sagen

Det fremgår af sagen, at Trafikselskaberne den 13. maj 2018 udbød kørsel (FV6-Flexvariabel) omfattende bl.a. siddende patientbefordring, individuel handicapkørsel og kommunal visiteret kørsel i Region Midtjylland og Region Syddanmark.

Alsvognen indgik FV6 aftale om en vogn af vogntype 5 og en vogn af vogntype 6.

Alsvognen I/S, indbragte Trafikselskaberne for Klagenævnet for udbud, der den 19. maj 2020 afsagde kendelse.

Af Klagenævn for udbuds kendelse af 19. maj 2020 fremgår:

”

Klagenævnet har den 2. april 2020 modtaget en klage fra Alsvognen I/S (herefter Alsvognen).

...

Klagens indhold:

Alsvognen har nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at trafikskaberne har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5, ved at frafalde mindstekravet om pladskrav til vogn-typerne 5 og 6 i rammeaftale "FV6 – FlexVariabel" om udførelse af kørselsydelse uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, idet mindstekravet udgør et grundlæggende element.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere trafikskaberens beslutning om at tildele kontrakter til de virksomheder, der fremgår af trafikskaberens Bilag F, dog med undtagelse af kontrakter tildelt til Alsvognen.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal erklære de kontrakter, der er omfattet af påstand 2, for uden virkning i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, og ligeledes pålægge trafikskaberne en alternativ sanktion i medfør af klagenævnslovens § 18, stk. 2 sammenholdt med stk. 3.

Påstand 6 (subsidiær til påstand 1 til 3)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fynbus har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 69 ved på vegne af Syd-trafik og Midt-trafik at have truffet beslutning om tildeling af rammeaftale "FV6 – FlexVariabel" til 286 tilbudsgivere uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, som anfører disse trafikskaber som ordregivende myndigheder.

Påstand 7 (subsidiær til påstand 2)

Klagenævnet for Udbud skal annullere trafikskaberens beslutning om tildeling af rammeaftale "FV6 – FlexVariabel" om udførelse af kørselsydelse.

Trafikskaberne, der under skriftvekslingen har angivet hvert enkelt trafikskaber med CVR-nr., har påstået klagen afvist og har subsidiært nedlagt påstand om, at påstandene ikke tages til følge.

Alsvognen har herefter som påstand 5 nedlagt påstand om, at afvisningspåstanden ikke tages til følge.

Efter at klagenævnet den 1. maj 2020 modtog de nødvendige oplysninger i form af trafikelskabernes opgørelse i bilag F "Rammeaftaler med vogntype 5 og 6", har de 109 virksomheder, der ligesom Alsvognen har indgået kontrakter omfattende vogntype 5 og 6, fået meddelelse om, at de har mulighed for at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5. Vojens Taxi og Servicetrafik ApS (VTS) og Taxas Kundecenter har herefter afgivet processkrift til støtte for trafikelskaberne, og Jacks ved Jack M. Pedersen og Øens Taxa ved Poul Erik Düring Pedersen har afgivet proces-skrift til støtte for Alsvognen.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 155-357122 af 13. august 2018 udbød "FynBus, Midttrafik & Sydtrafik" som offentligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet et antal rammeaftaler ("FV-6 FlexVariabel") om udførelse "af Flextrafik, variabel kørsel, der bestilles fra gang til gang, i Region Midtjylland og Region Syddanmark. Kørslen omfatter flextur, flexbus/teletaxakørsel, telekørsel, siddende patientbefordring, individuel handicapkørsel og kommunal visiteret kørsel."

Det anføres i udbudsbekendtgørelsen, at kørslen udbydes som et antal rammeaftaler med en varighed på 24 måneder med "option på forlængelse...på uændrede vilkår i op til 2 år. Forlængelse kan ske flere gange på uændrede vilkår." Kontraktens værdi er ikke angivet.

"FynBus, Midttrafik & Sydtrafik" er i udbudsbekendtgørelsen angivet med CVR-nr. 29979944, svarende til FynBus' CVR-nr.

I udbudsbetingelsernes punkt 1 fremgår om "Udbyder":

"Udbud af FV6 – FlexVariabel i Region Midtjylland og Region Syddanmark udbydes i fællesskab af trafikelskaberne FynBus, Midttrafik og Sydtrafik.

Trafikelskaberne varetager offentlig servicetrafik i form af almindelig rutekørsel samt individuel handicapkørsel.

Hertil kan trafikelskaberne efter aftale med kommune eller region varetage opgaver vedrørende indkøb af kørsel, som kommune eller region skal varetage efter anden lovgivning.

Samlet vil FynBus, Midttrafik og Sydtrafik i dette udbudsmateriale blive benævnt som udbyder.

De rammeaftaler, som indgås på grundlag af dette udbud, vil blive indgået med det trafikskab i hvis område, de vindende tilbudsgiveres vogne har hjemsted. ”

Af udbudsbetingelsernes punkt 2 fremgår bl.a.:

”Den udbudte kørsel omfatter variabel kørsel, der bestilles fra gang til gang. Derudover omfatter den udbudte kørsel fast bestilt variabel kørsel, der er faste bestillinger af variabel kørsel for en længere periode. Ved variabel kørsel er der ingen garanti for kørselsomfanget. Kørsels-omfanget er afhængigt af bestillinger og kan således variere fra dag til dag. Kørselsvolumenet for den samlede variable kørsel forventes i aftaleperioden at blive ca. 800 mio. kr.”

Af udbudsbetingelsernes punkt 13 fremgår bl.a.:

”Der vil blive tildelt rammeaftale til det antal entreprenører, der sikrer, at det angivne antal vogne pr. vogntype bliver besat. Rammeaftale kan således indgås for alle tilbudte vogne eller for en delmængde af de tilbudte vogne.

...

Der tildeles rammeaftale på op til 3.500 vogne. Fordelingen på vogntyper fremgår nedenfor.

Vogne i alt	Type 2	Type 3	Type 5	Type 6
3500	2000	200	1000	300

Beskrivelse af de enkelte vogntyper fremgår af § 20.”

Af § 20, stk. 1, om vogntyper fremgår:

”Kravene til vogntyperne er minimumskrav. Disse minimumskrav skal opfyldes af alle vogne af de pågældende typer i hele aftaleperioden, inkl. ved eventuel udnyttelse af optionen på forlængelse.”

Af § 20, stk. 4, fremgår om vogntype 5 blandt andet følgende:

”For vogntype 5 skal enhver fastspænding af kørestol/passagerer altid opfylde lovgivningens krav, herunder at kørestole og el-scootere fastspændes med 4-punkts strop- eller sele- bspænding fastgjort til vognbunden. Der skal være mindst fire skinner i gulvet til fastspænding af kørestole. Derudover skal alle kunder og ledsagere inkl. kørestolsbrugere fastspændes med 3-punkts sikkerhedssele. Der skal være vandret justeringsmulighed for 3-punktssele i loftet.

I vognene skal findes en seleforlænger på minimum 60 cm.

Vognen skal være forsynet med motordrevet lift, og indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). Der skal være plads til mindst to kørestole samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer. Når kørestolen er placeret i vognen skal der være mindst 30 cm plads foran kørestolen. Såvel sæder som kørestole skal placeres fremadrettet.

Liftpladen skal have en størrelse på minimum 135 cm x 85 cm (længde x bredde). Liftens flader skal være skridsikre i både våd og tør tilstand. Der skal være automatisk afkørselsstop på liften. Døråbningen, hvor liften er monteret, skal have en størrelse på minimum 170 cm x 85 cm (højde x bredde). Afstanden mellem loft og gulv skal være mindst 180 cm.

Liften skal have en typegodkendt bæreevne på minimum 500 kg.

På indvendig side af sidedøren skal der på begge sider være lodrette håndtag eller -holdestænger til hjælp ved ind- og udstigning.

Alle vogne af denne type skal medbringe transportstol. Kunder må *ikke* befordres siddende i en transportstol. Transportstolen er kun beregnet til transport af kunden til og fra vognen. Transportstol skal være udstyret med en fodstøtte, som skal kunne benyttes af gangbesværede personer. Stolen skal kunne bære en personvægt på minimum 140 kg.

Særligt for vogne med hjemsted på Ærø (FynBus område)

Der skal være plads til mindst seks siddepladser til passagerer og to kørestole."

Af § 20, stk. 5, om vogntype 6 fremgår blandt andet følgende:

"Vognen skal opfylde samme krav som til type 5. Derudover skal vognen være udstyret med en trappemaskine med automatisk driftsbremse, der opfylder kravene i Arbejdstilsynets bekendtgørelse om indretning af tekniske hjælpemidler.

Trappemaskinen skal være indrettet til at kunne betjene manuelle kørestole med maksimal længde på 120 cm og hjulbredde fra 37 til 63 cm samt en vægtpacitet på minimum 150 kg inklusiv både bruger og kørestol. Transportstol skal kunne anvendes på trappemaskine.

Kørestolskunder skal, hvor der er mere end et trin, transporteres i en trappemaskine.

Kunden skal ved transport med trappemaskine være fastspændt til kørestolen, hvorfor der skal være en sele til rådighed til formålet.

Trappemaskinen skal kunne anvendes på trapper med trindybde ned til og med 11 cm og trindhøjder på op til og med 20 cm. Trappemaskinen skal med

påmonteret kørestol kunne dreje 180 grader på repos med en udvendig radius på ned til 120 cm.

Der skal, i vognen, forefindes et ekstra driftsbatteri til trappemaskinen, som akut skal kunne udskiftes med batteriet, der sidder i trappemaskinen, hvis dette løber tør for strøm.

..."

Det fremgår af bilag 1 til rammeaftalen, at kontrakter på kørselsydelse fordeles via IT-systemet PLANET således:

"Bestillingerne lægges ind i Planetsystemet, der automatisk planlægger kørslen og udsender køreordre til de tilbudsgivere/vogne, der skal udføre kørslen."

Planetsystemet fordeler herefter kontrakter på kørselsydelse, jf. følgende beskrivelse i klageskriftet:

"Der findes flere faktorer i Planetsystemet, som har indflydelse på, hvordan kørslen fordeles mellem vognene. Entreprenøren angiver ved afgivelse af tilbud en pris for vognen, som er opdelt i et opstartsbeløb og en timepris. Herudover angiver entreprenøren et hjemsted/byområde for vognen. Disse faktorer lægges ind i Planetsystemet. Det er altså entreprenøren, som bestemmer den geografiske placering af vognen, og som angiver prissætningen på vognen. Vognene betales fra og til hjemsted/byområde. Derfor har geografisk placering af vognen betydning ved fordelingen af kørsel.

Planetsystemet skelner ikke mellem vogngruppetilslutning og enkelt-vognstilslutning ved fordeling af kørsel.

Når alle vogne er lagt ind i Planetsystemet med priser og en geografisk placering, tildeler systemet de enkelte ture til den vogn, hvis tilbud er mest fordelagtigt til den konkrete tur ud fra følgende kriterier:

1. Kundens behov for vogntype (eks. skal der anvendes en liftvogn til en kørestolsbruger). Så længe vognen opfylder kundens behov til vogntypen, kan vognen få tildelt turen.
2. Pris på vogn(typen).
3. Geografisk placering af vogn(typen).

I den daglige drift indgår følgende faktorer ligeledes ved fordelingen af kørsel:

4. Privatrejser hvor vognen er "optaget til anden side" og booket ud af Planetsystemet i et bestemt tidsrum. Entreprenøren selv lægger privatrejser ind i Planetsystemet, som kan ændre vognens geografiske placering i

forhold det hjemsted/byområde, der er budt med. Dog jf. afsnit om privatejser ovenfor.

5. Øvrige ture i systemet som giver mulighed for, at en tur kan indgå i en kombination med andre ture.
6. Åbningstider på vognen, det vil sige, er vognen reelt disponibel i det tidsrum, hvor kørslen skal udføres
7. Kundens spildtid. Den tid, kunden bruger på omvejskørsel og andre kunders vente-/servicetid, indregnes i henhold til gældende serviceniveau.

I planlægningssystemet er prisangivelsen delt i to: en afregningspris, der er den nøjagtige timepris, som entreprenøren har budt med, og en plan-lægningspris, som anvendes til optimering af planlægningen og fordelingen af ture. Planlægningsprisen er den pris, som Planetsystemet planlægger turene ud fra. Planlægningsprisen er som udgangspunkt lig med den timepris, der er budt med, men prisen kan ændres med de faktorer, der er nævnt i punkterne nedenfor. Vognen afregnes fortsat til den budte timepris.”

Alsvognen afgav tilbud på 6 vogne, hvoraf én af vognene opfyldte kravene til vogntype 5 og én af vognene kravene til vogntype 6. Tilbuddet indeholdt følgende tilbudspriser:

<i>Vogntype</i>	<i>Timepris hverdage kl. 06-18</i>	<i>Timepris øvrige hverdage kl. 18- 24 samt weekend og helligdage kl. 06-24</i>	<i>Timepris Nat (alle dage) kl. 00-06</i>	<i>Pris pr. løft med trappemaskine</i>
2	299	319	700	
2	299	329	700	
2	309	349	700	
2	329	349	700	
5	319	329	700	
6	329	349	700	300

I alt 286 tilbudsgivere afgav tilbud på rammeaftalen.

Trafikselskaberne accepterede 266 af tilbuddene og indgik rammeaftale med tilbudsgiverne, herunder med Alsvognen. I alt er der efter det oplyste 110 rammeaftaler vedrørende VT5 og VT6 biler. Bekendtgørelse om de indgåede kontrakter blev offentliggjort den 25. januar 2019.

Alsvognen konstaterede efter rammeaftalens ikrafttræden den 1. marts 2019, at virksomheden ikke fik tildelt kontrakter på vogntyperne 5 og 6 i det forventede omfang, og at kontrakterne i stedet blev tildelt leverandører, hvis vogne ikke opfyldte kravene til vogntyperne.

Alsvognen rettede derfor ved e-mail af 26. juli 2019 henvendelse til trafikskaberne således:

”Efter nu små 4 måneder under FG6/FV6 kan vi desværre konstatere at der stadigvæk benyttes liftvogne af typen Fiat Ducato 33 (MAXI) L2H2 til kørsel som vogntype 5 og 6. dette gælder både standard og MAXI modellerne. Dette undrer mig, da der i udbudsmaterialet og rammeaftalen §19 stk. 1 samt §20 (FV6) og §21 stk. 1 samt §22 (FG6) klart fremgår, at der skal være plads til 2 kørestole af 145x80cm; +30cm mellem kørestolene; samt 5 fremadrettede sæder, som alle skal kunne benyttes samtidigt. I alt 7 personer.

...

Det er fysisk ikke muligt at anbringe 2 kørestole på samme tid i vognen, idet den maksimale gulvlængde kun er 270cm og bredden mellem hjul-kasserne kun er 125,5cm (standard) og 144,2cm (MAXI). Derved er det ikke muligt at placere kørestolene hverken i forlængelse af hinanden (dertil kræves $145+30+145+30=350\text{cm}$) og ej helle ved siden af hinanden (dertil kræves $80+80=160\text{cm}$).”

Ved e-mail af 16. august 2019 besvarede trafikskaberne henvendelsen således:

”Trafikskaberne har nu undersøgt sagen og kan konstatere, at problemet med den manglende plads opstår, hvis bilerne har to store kørestole med samtidig.

Herudover kan det konstateres, at problemet ikke kun omfatter typen Fiat Ducato 33 (MAXI). Problemet gælder også for andre mærker.

Trafikskaberne har på baggrund af den forsyningsmæssige forpligtelse ikke mulighed for at lukke samtlige vogne, der er for små til at køre med to store kørestole samtidig, da det ville betyde, at hovedparten af kørslen med vogntype 5 og 6 må indstilles.

Derfor har Trafikskaberne i stedet valgt, at justere vognkapacitetsindstillingerne, så der i de biler, der ikke er store nok, kun kan komme én stor kørestol med eller to almindelige.

De enkelte vogne, som opfylder pladskravene vil stadig kunne køre med to kørestole.

...

Trafikskaberne vil snarest lave en generel udmelding hvor den ændrede procedure beskrives.

...”

Alsvognen besvarede trafiksekskabernes e-mail ved e-mail af 19. august 2019 således:

" ...

De vognmænd der har indkøbt, og regnet timepris ud baseret på L3 biler [som opfylder kravene til vogntype 5 og 6], der er både er dyrere i indkøb samt i drift, de har budt ind med en højere timepris, og de vognmænd der kører L2 biler [som ikke opfylder kravene til vogntype 5 og 6], de kan køre til en lavere timepris. Kan det være rigtigt at vognmænd

der bryder rammeaftalen, skal stå som de store vindere, da de også får tildelt mere kørsel idet de kan køre til en lavere timepris?

..."

Trafiksekskaberne anførte herefter i e-mail til Alsvognen af 22. august 2019:

"[...] kravene til maksimal kørestolsstørrelse, som skal kunne befordres, og antallet af kørestolspladser ikke er direkte sammenkoblede, hvilket er understøttet af trafiksekskabernes praksis. Det kan derfor ikke konkluderes, at der skal være plads til to kørestole af den maksimale størrelse på samme tid.

...

Som tidligere skrevet har Trafiksekskaberne valgt at justere vognkapacitet-sindstillingerne, så der i de biler, der ikke kan opfylde målene, kun kan komme én stor kørestol eller to almindelige med, og dermed overholdes kravene i aftalerne.

Trafiksekskaberne agter ikke at ophæve kontrakter med vognmænd på denne baggrund og har på nuværende tidspunkt ikke yderligere at tilføje."

Den 7. november 2019 rettede Alsvognen henvendelse til trafiksekskaberne med anmodning om, at trafiksekskaberne fremadrettet fastholdt mindstekravene i forhold til trafiksekskabernes øvrige kontraktparter.

Trafiksekskaberne afviste Alsvognens anmodning ved brev af 20. november 2019, hvoraf bl.a. fremgår:

"[Alsvognen] rettede den 26. juli 2019 henvendelse til trafiksekskaberne vedrørende størrelsen på visse type 5 og 6 biler.

Trafiksekskaberne valgte efterfølgende i august 2019 at **frafalde kravet** om, at der skal være plads til to store kørestole i de biler, der ikke er store nok til at have to store kørestole.

...

[...] Det er dog ikke udtrykkeligt specificeret, at de to nævnte kørestolspladser på samme tid skal kunne rumme to kørestole med de maksimale mål [...]

På den baggrund specificerede trafikskaberne i august 2019, at det ikke er et krav, at der skal være plads til to store kørestole i alle type 5 og 6 biler, ligesom der på den baggrund ikke er belæg for at ophæve rammeaftalerne eller gennemføre fornyet udbud.”

Til belysning af værdien af kontrakterne og kørslen med VT5 og VT6 biler har trafikskaberne oplyst, at der i perioden 1. marts 2019 - 1. marts 2020 har været en samlet omsætning på VT5 og VT6 bilerne på 106.661.896 kr. Det svarer efter det oplyste til en årlig omsætning på gennemsnitligt 952.338 kr. for de 110 rammeaftaler vedrørende VT5 og VT6 biler. Beregnet over en kontraktperiode på 2 år plus option på yderligere 2 år er værdien på hver af disse rammeaftaler på 3.809.352 kr. (4 x 952.338 kr.). Da hver rammeaftale kan indeholde flere vogne, er omsætningen pr. bil lavere end dette beløb.

Trafikskaberne har nærmere om omsætningen i perioden fra den 1. marts 2019 til den 1. marts 2020 fordelt på vogntyper oplyst:

Vogntype	2	3	5	6	
Drift	232.058.896	3.821.834	83.122.040	23.539.856	DKR

Retsgrundlaget:

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89 har følgende ordlyd:

”Artikel 89

Ændring af kontrakter i deres løbetid

1. Kontrakter og rammeaftaler kan ændres uden en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med denne direktiv i følgende tilfælde:

a) hvis ændringerne, uanset deres pengemæssige værdi, er forudset i de oprindelige udbudsdokumenter i klare, præcise og entydige revisions-klausuler, hvilket kan omfatte klausuler om revision af priserne, eller revisionsmuligheder. Sådanne klausuler skal angive omfang og karakter af mulige ændringer eller muligheder samt de betingelser, hvorunder de kan anvendes. De omfatter ikke ændringer eller muligheder, der kan ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.

b) ...

c) når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

- i) behovet for ændring er opstået som følge af omstændigheder, som en omhyggelig ordregivende enhed ikke kunne forudse
- ii) ændringen ændrer ikke kontraktens overordnede karakter.

d) ...

e) såfremt ændringerne uanset deres værdi ikke er væsentlige som defineret i stk. 4.

...

2. Desuden kan kontrakterne, uden at det er nødvendigt at kontrollere, om betingelserne i stk. 4, litra a)-d), er opfyldt, også ændres uden en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv, når værdien af ændringen er lavere end følgende værdier:

i) tærsklerne i artikel 15 og

ii) 10 % af værdien af den oprindelige kontrakt for tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter og lavere end 15 % af værdien af den oprindelige kontrakt for bygge- og anlægskontrakter.

Ændringen må dog ikke berøre den overordnede kontrakts eller rammeaftales karakter. Hvis der foretages flere på hinanden følgende ændringer, vurderes værdien ud fra den samlede nettoværdi af de på hinanden følgende ændringer.

3. ...

4. En ændring af en kontrakt eller en rammeaftale i dens løbetid betragtes som at være væsentlig som defineret i stk. 1, litra e), hvis ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter bliver væsentligt forskellig fra den oprindelig indgåede. Med forbehold af stk. 1 og 2 betragtes en ændring under alle omstændigheder som at være væsentlig, hvis en eller flere af følgende betingelser er opfyldt:

a) ændringen indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren

b) ændringen ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for

c) ændringen udvider kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde betydeligt

d) ...

5. En ny udbudsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv er nødvendig for andre ændringer af bestemmelserne i en kontrakt eller rammeaftale om bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser i løbet af dens løbetid end dem, der er anført i stk. 1 og 2."

Parternes anbringender:

Ad påstanden om afvisning

Trafikselskaberne har gjort gældende, at Alsvognen ikke har retsevne. Af en udskrift af 20. april 2020 fra Erhvervsstyrelsen fremgår nemlig, at Als-vognen er registreret som et interessentskab med to ansvarlige deltagere, Bettina Thomsen og Allan Peter Gramstrup Thomsen. Videre fremgår det, at Allan Peter Gramstrup Thomsens ejerandel er 100 %. Da et interessentskab som minimum skal have to ejere for at være et interessentskab, er Als-vognen ikke et interessentskab og dermed ikke et selvstændigt retssubjekt, jf. fx. U.2008.2568H. At Alsvognen efter trafikelskaberne's afgivelse af svarskrift har foretaget en omregistrering i Erhvervsstyrelsen og nu er registreret således, at Alsvognen har to ejere, er ikke blot en berigtigelse af en tidligere fejl, hvor man kun registrerede sig med én ejer. Sagens omstændigheder viser, at de nu registrerede ejerandele på henholdsvis 1 % og 99 % har karakter af en nødløsning uden sammenhæng med sagens øvrige omstændigheder. Selvom Alsvognen oprindeligt var blevet registreret med to ejere, udgør Alsvognen desuagtet ikke et interessentskab. Dette støttes på den fremlagte interessentskabskontrakt, som afspejler et samarbejde/driftsfællesskab og ikke et interessentskab. Der er ikke ved aftaleindgåelsen etableret nogen formue, der er adskilt fra interessenternes formue, og dermed ikke de ideelle andele, der karakteriserer et interessentskab. Als-vognen er således en retlig nullitet, der ikke har nogen retsevne og dermed ikke kan optræde som part, herunder i klagesager for klagenævnet. Klagen skal derfor afvises. For fuldstændighedens skyld gør trafikelskaberne gældende, at den reelle ejer ikke indtræder i stedet for Alsvognen i interessentskabets positioner, når interessentskabet aldrig er kommet til gyldig eksistens, jf. princippet i selskabslovens § 41, stk. 4.

Subsidiært har trafikelskaberne gjort gældende, at klagen skal afvises, da Alsvognen ikke har den fornødne retlige interesse. Klagen er båret af, at mange biler af vogntype 5 og 6 (VT5 og VT6) ikke – i modsætning til Als-vognens egne VT5 og VT6 biler – opfylder dimensionskravene i kontrakten, at trafikelskaberne efterfølgende har lempet kravene og dermed foretaget en ændring, der kræver nyt udbud, og uden at gennemføre et sådant nyt udbud har foretaget direkte tildelinger til de indehavere af VT5 og VT6 biler, hvis biler ikke opfylder dimensionskravene, og at Alsvognen har mistet ture til de VT5 og VT6 biler, der ikke opfylder dimensionskravene.

De vogne, som Alsvognen har tilbudt, opfylder imidlertid heller ikke de dimensionskrav, som Alsvognen hævder skal være opfyldte. Hvis Alsvognen har ret i, at tilbud på VT5 og VT6 skulle være afvist, hvis de ikke opfyldte de anførte dimensionskrav, skulle Alsvognens tilbud på VT5 og VT6 også have været være afvist. På det grundlag er der ikke er noget ligebehandlingsprincip eller gennemsigthedsprincip, der er krænket i forhold til Alsvognen.

De to biler, Alsvognen har anmeldt til driftsledelsen hos trafikelskaberne, er bilerne med registreringsnumrene AY 58191 og BJ 22819, begge af mærket Ford Transit 2.0 TDCi Kombi FWD Auto 2017. Ingen af disse biler opfylder imidlertid ifølge fabriksmålene de anførte dimensionskrav på minimum 350 cm (2x (145 cm + 30 cm)), idet bilerne har en kabine/varerumslængde på 3.494 mm.

Med hensyn til kabinebredden er kravet for hver stor kørestol 80 cm. Ved to store kørestole ved siden af hinanden er kravet således 160 cm. Den pågældende vogn-type Ford Transit har en maksimum varerumsbredde på 178 cm. Men det er i praksis ikke muligt at placere kørestolene ved siden af hinanden, idet bilerne ikke er opbygget til dette, men til en placering i forlængelse af hinanden, hvilket hænger sammen med, at indlæsning af kørestole sker via en rampe eller lift fra bilens bagdør.

Trafikselskaberne har afslutningsvis anført:

”Ud fra dette er situationen, at [Alsvognen] har en interesse i, at klagen ikke tages til følge, idet det medfører at [Alsvognens] VT5 og VT6 biler kan tildeles ture. Af samme grund har [Alsvognen] ingen interesse i at klagen tages til følge og klagen skal derfor afvises efter klagenævnslovens § 6 stk. 1 nr. 1.”

Til støtte for at de subsidiære påstande 6 og 7 skal afvises, har trafikselskaberne ud over det, der er anført ovenfor, i det afsluttende processkrift af 11. maj 2020 gjort gældende, at disse påstande vedrører det udbud, der blev annonceret ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 155-357122 af 13. august 2018. Indgåelsen af rammeaftalerne på baggrund af denne udbudsbekendtgørelse skete den 21. december 2018, hvilket blev annonceret den 25. januar 2019. Klagen vedrørende disse rammeaftaler er tidligst indgivet den 2. april 2020 og måske først ved Alsvognens afsluttende processkrift af 5. maj 2020. Klagen vedrørende rammeaftalerne er dermed indgivet mere end 6 måneder efter meddelelsen af tildelingsbeslutningen og er dermed for sent indgivet, jf. klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 3. Alsvognens påstande 6 og 7 skal derfor afvises.

Alsvognen har til støtte for påstanden om, at klagen ikke skal afvises, gjort gældende, at Alsvognen er et registreret interessentskab. De ansvarlige deltagere, Bettina Thomsen og Allan Peter Gramstrup Thomsen, er ligeledes interessentskabets reelle ejere, som det fremgår af interessentskabskontrakten af 20. august 2018, og af udskrifterne fra Erhvervsstyrelsen såvel af 20. som af 21. april 2020, hvor begge interessenter er anført som ”Fuldt ansvarlige deltagere”. Alsvognen har efter modtagelsen af udskriften af 20. april 2020 foranlediget rettelse til den korrekte fordeling af ejerandelene, henholdsvis 1 % og 99 %. Det er da også dette interessentskab, som har afgivet tilbud og er blevet tildelt kontrakt i henhold til rammeaftalen. Af skatteoplysninger for Betina Thomsen for årene 2018 og 2019 fremgår ligeledes, at Betina Thomsen har været registreret (og beskattet) ejer af Alsvognen siden den 20. august 2018. For interessentskaber gælder ikke noget kapitalkrav, idet ejerne hæfter personligt, ubegrænset og solidarisk, jf. bekendtgørelse af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (lovbekendtgørelse nr. 559 af 19. maj 2010). Alsvognen er således et gyldigt etableret interessentskab, og klagen kan derfor ikke afvises med henvisning til, at Alsvognen ikke har retsevne.

Klagen kan heller ikke afvises med henvisning til, at Alsvognen ikke har retlig interesse i klagen, fordi Alsvognens VT5 og VT6 vogne er ukonditionsmæssige, og Alsvognens tilbud således skulle have været afvist.

Selv i det tilfælde, at Alsvognens vogne måtte være ukonditionsmæssige – hvilket bestrides – har Alsvognen en retlig interesse i at klage, jf. klage-nævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1. Det følger af klagenævnets praksis, at "retlig interesse" ikke bør fortolkes snævert. En tilbudsgiver har således også retlig interesse i at klage, selvom tilbudsgiverens eget tilbud ikke er konditionsmæssigt, jf. klagenævnets kendelse af 12. august 2003, Skanska Danmark A/S mod Vejle Kommune.

Imidlertid er Alsvognens VT5 og VT6 vogne konditionsmæssige.

Mindstekravet, som fremgår af rammeaftalens § 20, stk. 4 og stk. 5, indebærer, at vogne af typerne 5 og 6 skal være indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm. x 80 cm (længde x bredde), have mindst 30 cm plads foran kørestolen og have plads til mindst to kørestole samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer. Mindstekravet betyder således, at en vogn af vogntypen 5 eller 6 skal være minimum 350 cm lang eller 160 cm bred

Trafikselskaberne gør på grundlag af fabriksmål gældende, at Alsvognens vogne med registreringsnumrene AY 58191 og BJ 22819, begge af mærket Ford Transit 2.0 TDCi Kombi FWD Auto 2017, alene har en kabine/varerumslængde på 349,4 cm, og at vognene således ikke overholder mindstekravet.

Denne længdeangivelse følger af fabriksmålene for en Ford Transit 2.0 TDCi af modellen Van. Som trafikselskaberne selv angiver, er Alsvognens vogne imidlertid af modellen Kombi, hvis dimensioner ligeledes er fremlagt for klagenævnet.

Det fremgår heraf, at den maksimale indvendige længde måles frem til 2. eller 3. sæderække.

Alsvognens vogne har imidlertid ikke sæderækker og har ligeledes ikke en vare-rumsadskillelse som i modellen Van. Dette betyder, at vognene har plads til, at der kan placeres to kørestole i størrelsen 145 cm x 80 cm i forlængelse af hinanden med 30 cm plads foran hver kørestol. Alsvognen har underbygget dette ved fremlagte fotos.

Det fremgår af oversigten over fabriksmålene, at vognene har en maksimal vare-rumsbredde på 178,4 cm. Trafikselskaberne har anført, at "[...] det er i praksis ikke muligt at placere kørestolene ved siden af hinanden, idet bilerne ikke er opbygget til dette men til en placering i forlængelse af hinanden, hvilket hænger sammen med, at indlæsning af kørestole sker via en rampe eller lift fra bilens bagdør.", men Alsvognen bestrider, at der i vognene ikke kan placeres to kørestole ved siden af hinanden, idet der, som det fremgår, er en rampe op til vognens bagdør. Kørestolene kan køres ind herigennem og kan uden problemer placeres side om side.

Alsvognens vogne lever således op til mindstekravet, idet der kan placeres to kørestole i forlængelse af hinanden eller side om side. Alsvognens vogne er derfor også konditionsmæssige.

Ad påstand 1-3 og 6-7

Alsvognens anbringender:

Særligt vedrørende påstand 1 har Alsvognen gjort gældende, at trafikskaberens frafald af mindstekravet i forbindelse med indgåelsen af kontrakter under rammeaftalen udgør en væsentlig ændring, idet ændringen forrykker såvel grundlaget for konkurrencen som rammeaftalens økonomiske balance.

Trafikskaberne har – ved at frafalde mindstekravet – fået adgang til at indgå rammeaftalen med og tildele kontrakter under rammeaftalen til leverandører, som ikke opfyldte mindstekravet, og som derfor ikke kunne indgå kontrakterne, hvis ikke ændringen var sket. På samme tid betyder det, at Alsvognen – som opfyldte mindstekravet, og som stod til at få tildelt flere kontrakter under rammeaftalen – ikke får tildelt kørselsopgaverne. Hertil kommer, at såfremt mindstekravet ikke var indgået i det oprindelige ud-budsgrundlag for rammeaftalen, havde andre leverandører, som ikke opfyldte mindstekravet, også haft mulighed for at byde på opgaven. Ved at foretage ændringen efter udbuddet har trafikskaberne således udelukket leverandører fra at deltage heri.

For at leve op til mindstekravet indeholdt Alsvognens tilbud vogne, der både i indkøb og i drift er forbundet med større omkostninger. Det medførte, at Alsvognens tilbudspriser ligeledes var højere end tilsvarende leverandørers. Det er vigtigt at forstå, at trafikskaberne i begyndelsen af aftaleperioden konstaterede, at de øvrige leverandører ikke kunne overholde mindstekravet. Ved at frafalde mindstekravet tilgodeså trafikskaberne – i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed – således de leverandører, der ikke opfyldte mindstekravet. Frafaldet af mindstekravet medførte således en ændring af aftalens økonomiske balance til fordel for de leverandører, der ikke levede op til mindstekravet. Disse leverandører kunne herefter levere ydelser uden at investere i større og dyrere vogne, der opfylder mindstekravet, hvorved disse leverandører opnår en økonomisk fordel, som den oprindelige rammeaftale ikke gav mulighed for.

Alsvognen har bestridt, at ændringen lovligt kunne foretages i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c, og har anført, at bestemmelsen har karakter af en undtagelsesbestemmelse og derfor efter fast EU- og klagenævnsspraksis skal fortolkes restriktivt. Bestemmelsen svarer indholdsmæssigt til udbudslovens § 183, hvorefter en ændring af en kontrakt ikke anses som en ændring af et grundlæggende element i tilfælde, hvor i) behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver, og hvor ii) kontraktens overordnede karakter ikke ændres. Der gælder efter § 183 herudover en betingelse om, at værdien af ændringen ikke overstiger 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt.

Alsvognen har henvist til lovforarbejderne til § 183, hvorefter det med hensyn til betingelse i) er en forudsætning for anvendelse, at

”[...] ordregiveren ikke har kunnet forudse behovet for ændringen, hvilket indebærer, at den eller de begivenheder, der har medført behovet for at foretage ændringer ikke har kunnet forudses på trods af rimelig og påpasselig forberedelse af den oprindelige udbudsprocedure fra ordre-giveren. Ved vurdering heraf skal der tages højde for projektets tilgængelige ressourcer, karakteren af det pågældende udbud, praksis inden for den pågældende branche eller fagområde samt behovet for at skabe balance mellem forbruget af ressourcer til forberedelse af udbuddet og gevinsten ved at sende opgaven i udbud.”

Bestemmelsen skal desuden fortolkes i lyset af præambelbetragtning 109 til udbudsdirektivet, hvor der henvises til behovet for at kunne foretage ændringer som følge af ”eksterne omstændigheder”. Det er således et krav, at ændringsbehovet skyldes udefrakommende forhold og ikke f.eks. ordregiverens egne ændrede præferencer eller ønsker.

Frafaldet af mindstekravet er imidlertid ikke sket som følge af en ændring af eksterne omstændigheder. Trafikselskaberne har således ikke et ændret behov, og der er ikke indtrådt nye forhold, der nødvendiggør, at mindstekravet frafalder.

Trafikselskaberne har i svarskriftet anført, at selskaberne ”siden kontrakt-start ved en kombination af kapacitetsopsætning i Planet og bestillingsinstruks [har]sikret, at der ikke automatisk planlægges ture med to store kørestole samtidig i en bil”, og at ”Ændringen af kontrakterne vedrørende VT5 og VT6 har derfor ikke haft nogen målbar følge, hvilket må antages at skyldes, at der ikke har været noget behov for transport af to store kørestole samtidig i samme bil.”

Det har således fra start stået trafikselskaberne klart, at der ikke ville være et behov for kørsler med to store kørestole samtidigt. Der er derfor heller ikke tale om ændrede omstændigheder, men omstændigheder, der har været til stede fra kontraktstart, og som ikke har haft en målbar følge i forhold til de udbudte kørsler.

Frafaldet kan alene begrundes i, at trafikselskaberne ikke har været tilstrækkeligt omhyggelige med hensyn til udformningen af udbudsbetingelserne og de heri gældende mindstekrav, hvorfor betingelse i) i forsynings virksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c, ikke er opfyldt. Hertil kommer, at der i øvrigt er tale om en ændring, der ændrer kontraktens overordnede karakter. Betingelse ii) er derfor heller ikke opfyldt.

Endelig har Alsvognen bestridt, at frafaldet af mindstekravet lovligt har kunnet foretages i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2.

Det er således ifølge svarskriftet trafikselskabernes egen foreløbige vurdering, at ”[...] kun 13 (VT5 og VT6) biler ud af 300 (VT5 og VT6) biler opfylder kravene. De 13 biler giver ved optimal udnyttelse 26 kørestolspladser. Det er Trafikselskabernes vurde-

ring, at en så begrænset kapacitet ikke på nogen måde kan opfylde det samlede behov i Region Midt og i Region Syddanmark for transport af kørestolsbrugere og vil berøre omkring 2.000 ture dagligt på hverdage.”

Trafikselskaberne har med ændringen således muliggjort kontraktindgåelse med yderligere 287 vogne ($300 \div 13$), hvormed ændringen antages at have en værdi, der overskrider de ovenfor anførte værdier.

Der er heller ikke hjemmel til den direkte tildeling i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 10, som giver en ordregiver adgang til at tildele delkontrakter uden at anvende de procedurer, der er omhandlet i forsyningsvirksomhedsdirektivet, såfremt den anslåede værdi uden moms er under 80.000 EUR for varer eller tjenesteydelser.

Trafikselskabernes anbringende må bero på en misforståelse af Alsvognens påstand 1, der knytter sig til samtlige kørsler foretaget med vogntyperne 5 og 6, hvor leverandøren ikke har overholdt mindstekravet, og således ikke alene kørsler med to store kørestole. Der er derfor ikke tale om lovlige direkte tildelinger, der ligger under grænserne i artikel 16, stk. 10.

Særligt vedrørende påstand 2 har Alsvognen med henvisning til det, der er anført ad påstand 1, gjort gældende, at trafikselskabernes væsentlige ændring af rammeaftalen medfører, at de tildelte kontrakter efter frafaldet af mindstekravet har karakter af nye offentlige kontrakter, som skal udbydes efter udbudsreglerne, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5. Trafikselskaberne har imidlertid ikke gennemført et nyt udbud, hvorfor de kontrakter, som er blevet tildelt efter frafaldet af mindstekravet, er sket i strid med udbudsreglerne. Trafikselskabernes beslutninger om tildeling af de pågældende kontrakter kan derfor ikke lovligt opretholdes, og klagenævnet skal annullere trafikselskabernes beslutninger om tildeling af de pågældende kontrakter.

Særligt vedrørende påstand 3 har Alsvognen med henvisning til det, der er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at trafikselskaberne ikke har anvendt fremgangsmåden i klagenævnslovens § 4, jf. lovens § 17, stk. 1, nr. 1. De indgåede kontrakter skal derfor erklæres for uden virkning i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1. Klagenævnet skal i tillæg hertil, og såfremt klagenævnet finder grundlag herfor, pålægge trafikselskaberne en alternativ sanktion i medfør af klagenævnslovens § 18, stk. 2 sammenholdt med stk. 3.

Særligt vedrørende påstand 6 har Alsvognen gjort gældende, at en udbuds-bekendtgørelse ifølge forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 skal indeholde de oplysninger, der er fastsat i den relevante del af bilag XI til direktivet. I bilaget specificeres, at der i udbudsbekendtgørelsen skal angives følgende i forhold til den eller de ordregivende myndighed(er):

”Navn, ID-nummer (hvis omhandlet i den nationale lovgivning), adresse (herunder NUTS-kode), telefon- og telefaksnummer, e-mail- og internetadresse på den ordregivende enhed og på det kontor, hvortil der kan ret-

tes henvendelse for at få yderligere oplysninger, såfremt det ikke er den samme.”

Trafikselskaberne har i udbudsbekendtgørelsen under del I alene angivet CVR-nummer, adresse, NUTS-kode samt kontaktoplysninger for FynBus. Det er således alene FynBus, der er angivet som ordregivende myndighed, idet det ikke er muligt at identificere Midttrafik og Sydtrafik alene på baggrund af selskabernes navne.

Det fremgår ikke i øvrigt af udbudsbekendtgørelsen, at rammeaftalen tildeles for det enkelte trafikselskab. Alsvognen har derfor gjort gældende, at FynBus ikke er bemyndiget til at træffe beslutning om tildeling af rammeaftalen på vegne af de to øvrige trafikselskaber, fordi (i) det ikke fremgår, at FynBus har en sådan kompetence, og fordi (ii) de to trafikselskaber ikke i udbudsbekendtgørelsen er tilstrækkeligt identificerede.

Sydtrafik og Midttrafik har herudover ikke selv kunnet træffe beslutning om tildeling af rammeaftalen på baggrund af udbudsbekendtgørelsen, idet disse trafikselskaber ikke er angivet som ordregivende myndigheder og dermed ikke har kunnet afløfte deres udbudspligt med hjemmel i den udbudsbekendtgørelse, som FynBus har offentliggjort.

Formålet med en udbudsbekendtgørelse er at sikre, at alle interesserede leverandører har den samme mulighed for at få kendskab til og dermed også for at overveje, om udbuddets genstand har en sådan størrelse og karakter, at leverandøren er interesseret i at deltage i udbudsprocessen. Det er således væsentligt, at udbudsbekendtgørelsen indeholder alle oplysninger, der er nødvendige til brug for denne vurdering, at bekendtgørelsen er udformet på en gennemsigtig måde, og at bekendtgørelsen beskriver de faktiske forhold af betydning for vurderingen. På baggrund af udbudsbekendtgørelsen har det imidlertid ikke været gennemsigtigt for leverandørerne, at beslutning om tildeling af rammeaftalen ville blive truffet af FynBus på vegne af Sydtrafik og Midttrafik.

FynBus har som følge heraf handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 69, jf. herved også klagenævnets kendelse af 28. marts 2012, Merrild Coffee Systems ApS mod Region Sjælland, som omhandlede et udbud, hvor alene Region Sjælland var angivet som ordregivende myndighed, men hvor der også blev indgået rammeaftaler på vegne af Region Hovedstaden, Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Syddanmark.

Særligt vedrørende påstand 7 har Alsvognen med henvisning til det, der er anført ad påstand 6, gjort gældende, at trafikselskabernes beslutning om tildeling af rammeaftalen skal annulleres, da den udbudsretlige overtrædelse er væsentlig og har haft betydning for udfaldet af udbuddet.

Trafikselskabernes anbringender:

Vedrørende påstand 1 har trafikskaberne principalt gjort gældende, at der ikke er sket nogen ændring af kontrakter om kørsel med VT5 og VT6 biler, men alene en præcisering af, at der med to kørestole menes to almindelige kørestole.

Det erkendes, at trafikskaberens ordvalg i brevet af 20. november 2019 om at *"... fratagelse af kravet om, at der skal være plads til to store kørestole..."* isoleret set er en kraftig indikation på en ændring, men udtalelsen skal læses i sammenhæng med de følgende afsnit af brevet, hvor trafikskaberne påpeger: *"Det er dog ikke udtrykkeligt specificeret, at de to nævnte kørestolspladser på samme tid skal kunne rumme to kørestole med de maksimale mål..."* Henset til den sammenhæng, udtalelsen afgives i, har trafikskaberne således gjort gældende, at udtalelsen ikke rummer en ændring af kontrakten, men alene en præcisering.

Finder klagenævnet, at der er tale om en ændring, har trafikskaberne subsidiært gjort gældende, at et frafald af et mindstekrav ikke er at ligestille med en ændring af et grundlæggende element og ikke har nogen selvstændig, afgørende betydning ved vurderingen af, om kriteriet "ændring" eller "berøring" af kontraktens overordnede karakter er opfyldt, jf. forsynings-virksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c, og artikel 89, stk. 2. Trafikskaberne har desuden henvist til klagenævnets kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune.

Den foretagne ændring kunne med rette gennemføres såvel i henhold til artikel 89, stk. 1, litra c, som i henhold til artikel 89 stk. 2.

Behovet for ændring er for det første opstået som følge af omstændigheder, som trafikskaberne som en omhyggelig ordregivende enhed ikke kunne forudse, jf. artikel 89, stk. 1, litra c. Det grundlæggende problem er, at mange – og ved en nærmere kontrolmåling måske stort set alle – VT5 og VT6 biler ikke opfylder de dimensionskrav, som Alsvognen gør gældende skal være opfyldt.

Trafikskaberne har som omhyggelige ordregivere foretaget de undersøgelser, de burde, og har ikke haft en pligt til at undersøge og kontrolopmåle hver enkelt af de over 3.000 tilbudte biler i alle vogntyper. At en nærmere prøvelse nu viser, at VT5 og VT6 bilerne ikke fuldt ud opfylder dimensionskravene, kunne trafikskaberne ikke forudse, og trafikskaberne opfylder derfor kriteriet i artikel 89, stk. 1, litra c, i.

Ændringen har endvidere ikke medført en ændring af kontraktens overordnede karakter, jf. artikel 89, stk. 1, litra c, ii. Kontrakterne omfattende VT5 og VT6 bilerne vedrører siddende patientbefordring, handicapkørsel, kommunal visiteret kørsel og åben behovstyret kollektiv trafik (Flexitur m.m.). Kørestole kan forekomme i alle ordninger. Dette er kontraktens overordnede karakter, og den er ikke ændret ved fravigelse af de anførte dimensionskrav.

Alle ture planlægges af planlægningssystemet Planet. Dette system har opereret ud fra den programmering, at der ikke var og er dimensionsproblemer med de kontraherede VT5 og VT6 biler. I Planet er alle VT5 biler ens og alle VT6 biler

ens. Trafikselskaberne har siden kontraktstart ved en kombination af kapacitetsopsætning i Planet og bestillingsinstruks sikret, at der ikke automatisk planlægges ture med to store kørestole samtidig i en bil. To store kørestole samtidig forekommer derfor kun ved fejlbestillinger, eller evt. i særlige tilfælde af manuel planlægning. Der vil derfor ikke kunne findes en bestilling på to store kørestole i systemet.

Trafikselskaberne har derfor ikke – inden for den korte svarfrist – kunnet identificere nogen hændelser i kontraktperioden, hvor en VT5 eller VT6 bil har måtte afvise at medtage en kørestolsbruger med en stor kørestol som følge af, at der på den pågældende tur skulle medtages to store kørestole.

Det er trafikselskabernes konklusion, at Planetsystemet ikke hidtil har planlagt ture, som har indebåret en samtidig transport af to store kørestole. Når dette ikke er sket, er det et resultat af opsætningen af Planet og af, at sådanne behov ikke vurderes at have foreligget.

Ændringen af kontrakterne vedrørende VT5 og VT6 har derfor ikke haft nogen målbar følge, hvilket må antages at skyldes, at der ikke har været noget behov for transport af to store kørestole samtidig i samme bil.

Trafikselskaberne har desuden gjort gældende, at man har været berettiget til at foretage ændringen med hjemmel i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, idet kravene om, at værdien af ændringen ligger under den gældende tærskelværdi i direktivets artikel 15 og er lavere end 10 % af den oprindelige kontrakt, er opfyldt.

Under henvisning til, at trafikselskaberne ikke hidtil har kunnet identificere nogen hændelser, hvor dimensionsproblemet er kommet i spil, eller hvor der er bestilt en bil til samtidig transport af to store kørestole, må det lægges til grund, at ændringen ikke har nogen målbar indvirkning på værdien af den enkelte delaftale, der rummer kørsel med VT5 eller VT6, og slet ikke en værdi, der svarer til tærskelværdien eller 10 % af den pågældende kontrakt.

Trafikselskaberne har derfor været berettiget til i medfør af direktivets artikel 89, stk. 2, at ændre VT5 og VT6 kontrakterne som sket.

Da omfanget af kørsel med to store kørestole i samme bil samtidigt er meget begrænset, om overhovedet eksisterende, er der en stærk formodning for, at omfanget af en sådan kørsel ligger under grænserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 10, om lovlige direkte tildelinger. Kravet er her, at den enkelte direkte tildeling ikke må overstige 80.000 euro og ikke overstige 20 % af alle delkontrakternes værdi.

Trafikselskaberne må derfor antages at kunne have tildelt de pågældende ture med to store kørestole som direkte tildelinger uden at have ændret kontrakterne. Dette underbygger, at direkte tildelinger af VT5 og VT6 ture ikke har været i strid med udbudsreglerne.

Trafikselskaberne har i det afsluttende processkrift af 11. maj 2020 tillige anført, at der ikke er sket en ændring af rammeaftalerne med de vognmænd, der tilbyder VT5 og VT6 kørsel. Trafikselskabernes udmelding var alene en præcisering. I e-mailen af 16. august 2019 anførte trafikselskaberne, at man snarest ville lave en generel orientering, hvor den ændrede procedure blev beskrevet. En sådan generel orientering blev imidlertid ikke udsendt, og der er ikke tilgået de pågældende vognmænd nogen orientering om nogen ændring af dimensionskravene. De pågældende vognmænd, med undtagelse af Alsvognen, har derfor været uvidende om, at dimensionskravene har været til drøftelse. Vognmændene hørte angiveligt først herom, da man modtog klagenævnets skrivelse af 4. maj 2020 om muligheden for intervention.

En ændring af den oprindelige rammeaftale fordrer aftaleretligt, at parterne er enige om ændringen. Trafikselskaberne kan som ordregiver ikke uden hjemmel i rammeaftalen ændre denne ensidigt. Dette gælder, uanset ændringen ensidigt måtte være til fordel for vognmændene. Accepterede man, at en ordregiver ensidigt kunne ændre en rammeaftale ensidigt til fordel for de økonomiske aktører og herunder rammeaftalens grundlæggende element, ville man herved give ordregiver en ensidig adgang til at bringe rammeaftalen til ophør før udløb. Det ville nemlig være konsekvensen i de tilfælde, hvor den ændrede rammeaftale ville blive anset for værende en ny rammeaftale og derefter blive erklæret uden virkning.

I denne sag har justeringen/ændringen ikke været kommunikeret ud til andre end Alsvognen, og vognmændene har intet kendskab til justeringen/ændringen. De har derfor ej heller accepteret nogen ændring, og der foreligger dermed og allerede af den grund ingen ændring af rammeaftalen.

Trafikselskaberne har herved tilføjet, at de vognmænd, der har fået meddelelse om muligheden for intervention, derfor må undre sig over, at de, efter at der er indgået en rammeaftale, og efter at klagefristen vedrørende dennes indgåelse er udløbet, og uden at de har accepteret nogen ændring, nu konfronteres med en risiko for, at deres rammeaftale falder bort grundet trafikselskabernes efterfølgende ensidige, interne og ikke oplyste afkald på opfyldelse af visse dimensionskrav.

Vedrørende påstand 2 og 3 har trafikselskaberne gjort gældende, at begge påstande vedrører tildeling af kontrakter til de virksomheder, der er omfattet af bilag F.

Indledningsvis må det klarlægges, hvilke kontrakter påstand 2 og 3 retter sig mod. Af processkrifterne fremgår, at påstandene retter sig mod de kontrakter, der tildeles på grundlag af rammeaftalerne, og at kontrakter med Alsvognen er undtaget, hvilket ikke ville være muligt, hvis en ændring af rammeaftalerne skulle medføre, at de skulle erklæres uden virkning. Her ville Alsvognen også blive ramt. Påstandene retter sig således ikke mod rammeaftalerne.

Da Alsvognen ikke kan blive tilkendt mere end påstået, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, retter trafikskaberne anbringender sig derfor alene mod spørgsmålene om, hvorvidt der er grundlag for at annullere tildelingen af de kontrakter, der er tildelt løbende under rammeaftalerne, henholdsvis erklære dem for uden virkning eller fastsætte en alternativ sanktion.

Indledningsvis gør trafikskaberne gældende, at der ikke foreligger en overtrædelse af udbudsreglerne, der – herunder ud fra en væsentlighedsvurdering – kan begrunde en annullation, at kontrakterne erklæres uden virkning, eller at der fastsættes en alternativ sanktion, jf. det, der er anført ovenfor ad påstand 1.

Ændringen har alene medført, at der ikke vil blive bestilt kørsel med to store kørestole i samme bil samtidigt. Dette var også trafikskaberne praksis inden ændringen, og dermed har ændringen ingen målbar følge.

De kontrakter, der tildeles løbende under rammeaftalerne, tildeles automatisk af planlægningssystemet Planet til den bil, der på det pågældende tidspunkt bedst opfylder de kriterier, systemet tildeler efter. Disse faktorer er blandt flere, pris, vogntype, bilens geografiske placering mm. Kørslen udføres og kontrakten opfyldes inden for kort tid – minutter eller få timer – efter tildelingen.

Det anførte medfører i realiteten, at alle tildelte kontrakter er gennemførte.

Det synes under disse omstændigheder uden mening at annullere kontrakter, der er opfyldte og gennemførte. Det bemærkes, at udbudslovens § 185, stk. 2, ikke gælder på forsyningsområdet.

Sanktionen uden virkning kan kun ske for fremtidige leverancer, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 1, og kan derfor ikke ske for de tildelte kontrakter under rammeaftalerne, da alle disse kontrakter, bortset fra dem, der på ethvert tidspunkt måtte være tildelt inden for de seneste en til to timer, er opfyldte og gennemførte. Der foreligger således i realiteten ikke uopfyldte kontrakter, der kan erklæres uden virkning for fremtiden.

Vedrørende de subsidiære påstande 6 og 7 har trafikskaberne gjort gældende, at der ikke er sådanne mangler ved udbudsbekendtgørelsen, at trafikskaberne har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. De tre trafikskaber er entydigt identificeret. Det fremgår af, at der ikke findes andre myndigheder eller juridiske enheder med disse navne. Trafikskaberne er enige i, at gengivelsen af ordregiverne i udbudsbekendtgørelsen ikke er i overensstemmelse med pkt. A, nr. 1, i bilag XI til forsyningsvirksomhedsdirektivet, men der kan ikke hos nogen, herunder Alsvognen, have været reel tvivl om, at de tre trafikskaber var ordregivere. I udbudsbetingelsernes punkt 1 er de tre ordregivere alle oplyst. Trafikskaberne har endelig henvist til klagenævnets kendelse af 6. februar 2013, Droskeselskabet Odense Taxa a.m.b.a. mod Midttrafik, Fyn-Bus og Sydtrafik.

Efter omstændighederne må den ukomplette angivelse af supplerende oplysninger om trafikskaberne som ordregivere derfor anses for så bagatelagtigt, at det hverken kan føre til annullation eller andre sanktioner.

Klagenævnet udtaler:

Påstanden om afvisning af påstand 1-3

Der er ikke grundlag for at fastslå, at Alsvognen skulle være uden partsevne.

Alsvognen har som vognmandsforretning deltaget i udbuddet og har indgået rammeaftaler med trafikskaberne. Virksomheden har derfor retlig interesse i klagen, uanset om virksomhedens tilbud måtte være ukonditionsmæssigt, jf. lov om Klagenævnet for udbud § 6, stk. 1, nr. 1.

Klagenævnet behandler derfor klagen.

Påstand 1

Rammeaftalens krav til vogntyper er mindstekrav, således også kravet om, at vogne af vogntype 5 og 6 skal være *"indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). Der skal være plads til mindst to kørestole samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer. Når kørestolen er placeret i vognen skal der være mindst 30 cm plads foran kørestolen."*

Som udtrykkeligt anført i brevet af 20. november 2019 besluttede trafikskaberne i august 2019 at frafalde kravet om, at "der skal være plads til to store kørestole" i vogntyperne 5 og 6 efter gennem korrespondance med Alsvognen at være blevet gjort opmærksom på problemerne med og konsekvenserne af kravets manglende opfyldelse. Trafikskaberne tildelte herefter løbende kørselsopgaver – og havde efter det oplyste, jf. oplysningerne om håndteringen i Planetsystemet, også før kravet direkte blev frafaldet, i et vist omfang løbende tildelt kørselsopgaver – med vogntyperne 5 og 6 til leverandører, som ikke opfyldte mindstekravet.

Som sagen er oplyst, vil overholdelse af mindstekravet have medført meromkostninger ved anskaffelse og drift af vognene, og tilbud på vogne, som overholder mindstekravet, herunder Alsvognens, må derfor antages at have været mindre konkurrencedygtige ved tildeling af ture i Planetsystemet i forhold til tilbud på vogne, som ikke overholder mindstekravet. Dette støttes i høj grad tillige af indlæggene fra de to virksomheder, som er indtrådt i sagen til støtte for Alsvognen, og som i øvrigt også efter det oplyste tidligere uden resultat har rettet henvendelse til trafikskaberne. Desuden må mindstekravet anses for egnet til at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud, og der er ikke grundlag for at fastslå, at dette på trods heraf ikke var tilfældet. Der er således tale om en væsentlig ændring, der dels "indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere

deltagere i udbudsproceduren", jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stykke 4, litra a, dels "ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for", jf. artikel 89, stk. 4, litra b. Sådanne ændringer kan ikke finde sted uden nyt udbud, jf. artikel 89, stk. 5.

Da trafikselskaberne ikke har udbudt VT5 og VT6 kørslerne på ny, er de kørsler, der er tildelt efter frafaldet af mindstekravet, tildelt direkte i strid med udbudsreglerne.

Trafikselskaberne har ud fra forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, om værdien af tilladte ændringer argumenteret med, at selskaberne må "antages at kunne have tildelt de pågældende ture med to store kørestole som direkte tildelinger uden at have ændret kontrakterne". Dette er imidlertid efter klagenævnets opfattelse udtryk for en misforståelse. Det er således alle rammeaftaler om kørsler med VT5 og VT6, som er ændret i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet, og alle tildelinger af kørsler under disse rammeaftaler er herefter sket som direkte tildelinger. At mindstekravet – i betragtning af det oplyste om behovet for kørsler med to store kørestole – muligt er uhensigtsmæssigt eller unødvendigt ændrer ikke på, at kravet har skullet overholdes af alle tilbudsgiverne, jf. herved også præmis 40 i EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, Manova A/S, hvorefter det "påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat."

Endelig kan trafikselskabernes synspunkt om, at ændringen ville kunne rummes af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c, ikke over for det, der er anført ovenfor, føre til et andet resultat.

Trafikselskaberne har således ved at frafalde mindstekravet om pladskrav til vogntyperne 5 og 6 uden at iværksætte nyt udbud fortaget en væsentlig ændring af rammeaftalen i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5.

At trafikselskaberne – i strid med det, selskaberne havde angivet i e-mailen af 16. august 2019 – alene udtrykkeligt har orienteret den kontraktpart, nemlig Alsvoggen, som vedholdende satte spørgsmålstegn ved de løbende kørseltildelinger, og ikke de øvrige kontraktindehavere, endsige de intervenerende virksomheder og øvrige indehavere af kontrakt med vogne, der opfylder mindstekravene, om ændringen i den rammeaftale, som kørseltildelingerne hvilede på, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstand 1 tages derfor til følge.

Påstand 3

Den oprindelige rammeaftale er udtrykkeligt ændret i august 2019 på en måde, der efter det, som klagenævnet har fastslået vedrørende påstand 1, ikke kunne

ske uden fornyet udbud, og de fortsatte kørselstildelinger gennem Planetsystemet er som fastslået alle direkte tildelinger.

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, at kontrakter, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal erklæres for uden virkning, hvis ordregiveren i strid med EU-udbudsreglerne har indgået kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. dog § 4. Der er tale om en lovbundet sanktion, som følger direkte af kontroldirektivet, og som i givet fald skal pålægges også uden, at der er nedlagt påstand herom. Trafikselskabernes henvisning til lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., er derfor uden betydning.

Trafikselskaberne har ikke offentliggjort en bekendtgørelse i overensstemmelse med lov om Klagenævnet for Udbud § 4 om den foretagne ændring, der indebærer direkte tildeling, og den ændrede rammeaftale angående kørsler med vogntype 5 og 6 skal derfor erklæres for uden virkning.

Efter lovens § 17, stk. 3, kan en kontrakt, der skal erklæres for uden virkning efter § 17, stk. 1, opretholdes, hvis væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning. Trafikselskaberne har ikke anført hensyn til støtte herfor, men har til støtte for, at en interesseafvejning i forbindelse med stillingtagen til anmodningen om opsættende virkning skulle falde ud til fordel for trafikselskaberne, anført, at der ikke i den foreliggende sag er grundlag for at fravige betragtningen om, at der gælder tungtvejende samfundsmæssige hensyn på forsynings-virksomhedsområdet. De 13 biler, som opfylder mindstekravet, vil ikke på nogen måde kunne opfylde det samlede behov i Region Midt og i Region Syddanmark for transport af kørestolsbrugere. De pågældende brugere vil i vidt omfang blive afskåret fra at blive kørt til behandling i sundhedssektoren og til sociale arrangementer. Det vil for brugerne medføre ændrede og mere komplekse sygdomsbilleder på grund af udskydelsen af planlagte procedurer og en yderlig forværring for de brugere, hvis behandling på grund af den nuværende coronakrise allerede er udsat.

Klagenævnet finder imidlertid, at disse hensyn ikke i tilstrækkelig grad giver grundlag for ikke at erklære rammeaftalen for uden virkning.

Den ændrede kontrakt skal efter lovens § 18, stk. 1, erklæres for uden virkning for fremtiden. Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt rammeaftalen skal erklæres for uden virkning, har klagenævnet lagt vægt på hensynet til trafikselskabernes mulighed for at tilrettelægge og gennemføre nyt udbud, hvorved de hensyn, som er beskrevet ovenfor, findes tilstrækkeligt varetaget. Den ændrede rammeaftale om kørsel med vogntype 5 og 6 erklæres herefter for uden virkning fra og med den 1. august 2020.

Efter lovens § 18, stk. 2, nr. 3, skal der herefter fastsættes en alternativ sanktion. Under hensyn til overtrædelsens karakter og til, hvor stor en del af den ændrede rammeaftale der opretholdes, fastsættes den økonomiske sanktion til 3 mio. kr., jf. forarbejderne til lovens § 19, stk. 1-3. Klagenævnet har taget udgangspunkt i

den anslåede værdi af den del af den ændrede rammeaftale, som tillades opretholdt, dvs. fra den 16. august 2019 til den 1. august 2020, set i forhold til værdien af aftalen i dens ordinære løbetid (uden optioner) frem til den 1. marts 2021, og de oplyste omsætningstal. Klagenævnet har herefter – under hensyn til trafiksel-skabernes oplysning om aktivitets-nedgang under coronakrisen – nedrundet be-løbet.

Beløbet skal betales til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, jf. § 19, stk. 4.

Påstand 2

Da rammeaftaler angående kørsel med vogntype 5 og 6 erklæres for uden virk-ning, er der ikke anledning til at tage stilling til påstand 2.

Herefter bestemmes:

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik har handlet i strid med ligebehandlings-princip-pet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5, ved at fratage mindste-kravet om pladskrav til vogntyperne 5 og 6 i rammeaftale "FV6 – FlexVariabel" om udførelse af kørselsydelse uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, idet mindstekravet udgør et grundlæggende element.

Klagenævnet erklærer rammeaftale "FV6-FlexVariabel" for uden virkning fra og med den 1. august 2020 for så vidt angår kørsel med vogntype 5 og 6.

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik skal in solidum til Konkurrence- og Forbruger-styrelsen betale en økonomisk sanktion på 3 mio. kr. Beløbet skal betales inden 8 uger fra afsigelsen af denne kendelse.

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik skal ligeledes in solidum i sagsomkostninger be-tale 30.000 kr. til Alsvognen I/S. Beløbet skal betales inden 14 dage fra modtagel-sen af denne kendelse.

..."

Af udbuddet FG5, der lå før FG6, fremgår blandt andet:

"...

§ 22 Vogntyper [svarer til §20 i FV5]

Stk. 1

Kravene til vogntyperne er minimumskrav. Disse minimumskrav skal opfyldes af alle vogne af de pågældende typer i hele aftaleperioden, inkl. ved eventuel ud-nyttelse af optionen på forlængelse.

...

Stk. 4 - Vogntype 5

Vognen skal være forsynet med motordrevet lift, og indrettet til at kunne trans-portere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). Der skal være plads til mindst to kørestole samt mindst fem

siddepladser til øvrige passagerer. Såvel sæder som kørestole skal placeres fremadrettet.

..."

Der blev i forbindelse med udbuddet for FV5 stillet spørgsmål byderne og givet svar fra Trafikselskaberne, hvoraf blandt andet fremgår:

"...

Spørgsmål 2:

...

b) Kan man risikere at der er 2 af disse store kørestole på samme tur?

"Vognen skal være forsynet med motordrevet lift, og indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). Der skal være plads til mindst to kørestole samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer. Såvel sæder som kørestole skal placeres fremadrettet."

Svar:

b) Nej. Det er ikke et krav, at der skal være plads til to kørestole af den maksimale størrelse.

...

Spørgsmål 15

Ifølge svar på spørgsmål 2, behøver vi ikke kunne medtage 2 kørestole hvis den ene er en stor.

2 b) Nej. Det er ikke et krav, at der skal være plads til to kørestole af den maksimale størrelse.

Er det korrekt forstået?

Så hvis bare der er plads til 1 stor så er det godt nok? der er jo ikke krav om hvor store de må være hvis der skal 2 med?

Svar:

Nej, det er ikke korrekt.

Vogntype 5 skal have plads til mindst to kørestole, som beskrevet i § 20, stk. 4 i udbudsmaterialet. Svaret i spørgsmål 2 henviser til, at der ikke stilles krav om, at disse to kørestole skal være af den maksimale størrelse.

...

Spørgsmål 45

jeg kan stadig ikke ud fra svar på hverken spørgsmål 2 eller 15 se hvad der forventes / Skal kunne medtages af kørestole. Der kan evt godt medtages en kørestol af maksimal størrelse, hvilket så eventuelt kun efter lader plads til en meget lille kørestol. Vil det være godkendt? Der er så plads til 2 kørestole af normal stør-

relse. Men der er ikke plads til 2 kørestole hvis de eksempelvis er større end en standard kørestol. Er dette den rette fortolkning?

Er det ikke muligt at få opgivet nogle mindste mål på vognenes indvendige frie gulyplads til kørestole, på samme måde som med indvendig fri højde, højde og brede på dør åbning, lift plade osv?

Svar:

Hvis der er plads til to kørestole af normal størrelse, kan vognen godkendes.

Tvivlstilfælde afgøres af udbyder.

..."

Forklaringer

Carsten Hyldborg, Paul Düring Pedersen, Michael Aagaard, Ingrid Dissing, Henning Schrøder og Tom Riis Jensen og har afgivet forklaring.

Carsten Hyldborg har forklaret blandt andet, at han været direktør for Fyn Bus i 13 år. Mindstekravet, som det fremgår af § 20, stk. 4 i udbudsmaterialet, f.eks. Udbud af FV6 - FlexVariabel, skal efter Fyn Bus opfattelses forstås således, at der skal være plads til to kørestole, og at bilen skal være indrettet, så der er plads til én stor kørestol eller 2 kørestole af normal størrelse. Der var behov for at præcisere, at der skulle være plads til én stor kørestol, fordi den tager mere plads. De valgte at opdele formuleringen af kravet som sket, fordi der ikke skulle være plads til to kørestole med maksimal størrelse. Det har været sådan siden 2. udbud. Han har ikke kendskab til, at det skulle have givet anledning til tvivl. Han ved ikke, hvor Allan Thomsen har fået opfattelsen af, at der er givet dispensation fra mindstekravet under FV5 udbuddet. Han må have læst det som om, at der er givet dispensation på baggrund af spørgsmål/svar i forbindelse med 5. udbud. Mellem udbuddene ændrer de sjældent på betingelserne, og inden for et udbud ændrer de aldrig betingelserne. Det er de meget opmærksomme på.

Foreholdt Helle Skjødt Jørgensens mail af 16. august 2019 til Allan Thomsen forklarede han, at de kapacitetsindstillinger i Planetsystemet, der blev justeret var, at alene biler der havde en kapacitet på 2,4 kunne have to store kørestole med, mens andre biler blev sat til at have en kapacitet på 2,3 og dermed ikke kunne have to store kørestole med. Store kørestole kræver en kapacitet på 1,2 hver. Justeringen havde praktisk taget ingen betydning. Kun knap 0,2 % af alle køreture var med 2 store kørestole. Helles mail var præget af forvirringen som følge af Allan Thomsens henvendelse. De ændrede ikke ved mindstekravene. Det var de samme krav, der var gældende under hele udbudsperioden. I forbindelse med Corona ændrede de også kapacitetsparametrene for at nedbringe antallet af passagerer, der kunne medtages, men de ændrede ikke på kriterierne. Helle kunne ikke have ændret et mindstekrav på egen hånd. Det var hun også klar over. De havde ikke til hensigt, ønske om eller behov for at ændre mindstekravet. De indbragte ikke den første kendelse fra Klagenævnet for Udbud for

domstolene, blandt andet fordi de ikke ville sagsøge en anden offentlig myndighed, selvom de var uenige. De valgte at indbringe den anden kendelse, fordi de nu ville have spørgsmålet prøvet, blandt andet også på baggrund af den bod de blev pålagt.

Foreholdt sin mail af 13. september 2019 til Paul Erik Pedersen forklarede han, at det ikke var en overvejelse at lukke samtlige vogne, men mailen var en reaktion på de henvendelser, som de fik. Det var netop heller ikke nødvendigt, da det ikke var en del af mindstekravene, at der skulle kunne medtages to store kørestole. Der blev ikke udsendt en generel udmelding, som nævnt i mailen, da det blev vurderet, at det kun var relevant for meget få vognmænd.

Foreholdt sin mail af 4. oktober 2019 til Paul Erik Pedersen forklarede han, at det, han henviser til i mailen, er nogle diskussioner omkring de nævnte 30 cm. Det han mente var, at det ikke har betydning. Der var forvirring omkring, hvordan henvendelsen fra Allan Thomsen skulle håndteres, men ikke om forståelsen af mindstekravet, herunder at det ikke var et krav, at der skulle være plads til to store kørestole. Det blev ikke meldt ud tidligere men påpeges i Helles Skjødt Jørgensens anden mail og i Ingrid Dissings skrivelse.

Foreholdt sin mail af 13. september 2019 til Paul Erik Pedersen forklarede han, at han godt kan forstå, at der spørges ind til, hvorfor han skriver, at de vogne der opfylder pladskravene, fortsat kunne køre med to store kørestole. De burde fra starten have slået fast, hvordan mindstekravet skulle forstås, og at der ikke var tale om nye krav. Baggrunden for, at han skrev som han gjorde, var, at han ville beskrive de drastiske konsekvenser af at skulle fortolke mindstekravet, som at der skulle være plads til to store kørestole. De implikationer, der ville være forbundet med at tolke mindstekravene, som fortolket af Allan Thomsen, ville være, at flere biler ikke ville leve op til kravene. Som han husker det, var øvelsen at forklare Allan Thomsen, at det ikke kunne lade sig gøre, men de valgte at imødekomme Allan Thomsen, som havde en bil, der kunne medtage to store kørestole. De ændrede ikke på mindstekravene, men de har formuleret sig dumt. Det blev i Helle Skjødt Jørgensens mail af 22. august 2019 til Alsvognen klart meldt ud, hvilken forståelse trafiksekskaberne havde af mindstekravet. Dette blev også specificeret i Ingrid Dissings brev af 20. november 2019 til Alsvognens advokat. De meldte ud undervejs, hvorledes mindstekravet skulle forstås. De forsøgte ved hans mail af 4. oktober 2019 til Paul Erik Pedersen at tale til den sunde fornuft og oplyse, at det med baggrund i den forsyningsmæssige forpligtelse ikke var muligt at lukke samtlige vogne. Havde de konstateret, at der var vognmænd, der ikke overholdt deres fortolkning af mindstekravene, ville de håndhæve kravene. De var opmærksom på, at man ikke måtte ændre mindstekravene i aftaleperioden.

Paul Erik Düring Pedersen har forklaret blandt andet, at han har været taxa- og

flexvognmand siden 2015. Han havde den gang 4 ansatte, men har ikke længere vognmandsforretning. Han har stadig de fornødne bevillinger. Han afgav tilbud på FV5, men ikke FG5. Han afgav tilbud på både FG6 og FV6. Hvis man skal fortolke det pågældende mindstekrav, som at der skal være plads til at medtage to store kørestole, skal man som minimum anvende en bil som de havde. Det har betydning for omkostningsniveauet, hvilken størrelse bil man har. Den bil, som de havde, har et helt andet omkostningsniveau end en bil, der ikke kan medtage to store kørestole.

Foreholdt at der under FV5 var spørgsmål til, hvordan mindstekravet skulle forstås, forklarede han, at han bød ind på både FV5 og FV6 med den samme vogntype, fordi han havde overtaget kørsel og vognen, en Mercedes Sprinter, fra en vognmand på Ærø, der var gået konkurs. Da han så udbudsmaterialet for FV6 blev han derfor glad, fordi han så, at udbudsmaterialet var skærpet, således at kravene ikke kunne opfyldes med en Fiat Ducato. Havde han vidst, at mindstekravet blev fraveget, ville han i stedet for Sprinteren have anskaffet en Ducato. Han var overrasket over, at han ikke vandt udbuddet på FG6 på trods af, at han havde budt lavt, fordi han selv ville køre turen. Det betød, at han måtte afskedige medarbejdere. Der var ikke så meget kørsel tilbage. Han valgte at klage til FynBus ved brev af 3. september 2019, men det fik han ikke noget ud af. Han anmeldte Vinderup Taxa, som kørte i en Fiat Ducato. Det var på baggrund af, at han af passagerer havde fået at vide, at der var problemer med pladsen, når det var to kørestole med. I en Ducato kan man godt have to kørestole, men det kræver blandt andet, at man skal pille en hel del sæder ud. Han ved, at disse sæder blev lagt på andre sæder i bilen. Mindstekravet med 6 passagerer og to kørestole, som gjaldt på Ærø, kunne så ikke overholdes. Hvis han havde kunnet byde ind med en mindre bil på FG6 kontrakten, ville han have fået kontrakten, da han ville have kunnet byde billigere ind, fordi han som forklaret selv skulle køre. På Ærø var det relativt ofte, at der skulle medtages to store kørestole, som skulle med tilbage fra OUH. Det var hans opfattelse, at man ikke kunne se bort fra mindstekravet. Han var bekendt med, at man kunne pålægges bøder.

Foreholdt oversigten over godkendte tilbud efter FV6-FlexVariabel på ekstraktens side 765 forklarede han, at den driftstimepris han bød på nok var 499 kr. Han bød næsten 200 kr. højere ved FV6, fordi konkurrencesituationen var anderledes i forhold til FV5, og mindstekravene var blevet skærpet. Han var klar over, at der var stillet spørgsmål til mindstekravet ved FV5 og i den forbindelse dispenseret, men det blev der ikke ved FV6. Han var derfor ikke i tvivl om, hvad mindstekravet var i FV6. Der var angivet klare mål i udbudsmaterialet. Kravene til pladsen var skærpet ved, at det af udbudsmaterialet fremgik, at der skulle være 30 cm plads foran kørestolen, hvilket der aldrig har stået før, samt ved Ærø særreglen med, at der skulle kunne medtages 6 passagerer. Det er en ændring, at der ikke blev spurgt ind til forståelsen af kravet under udbudsrun-

den, som der gjorde ved FV5. Han nærlæste udbudsmaterialet grundigt, inden han afgav tilbud. Han ved ikke, hvorfor det ikke under § 20 i udbudsmaterialet fremgik, at der var ændringer i forhold til tidligere udbud. Han spurgte ikke ind til det, fordi han havde plads til to store kørestole. Han ville have en fordel, hvis der kom en bestilling på to store kørestole. Han investerede ikke i en mindre bil i forbindelse med sit bud på FV5, fordi han som forklaret havde overtaget en bil fra en konkursramt vognmand. Der er i FV7 udbudsmaterialet ikke samme formulering vedrørende antallet af kørestole som i FV5. Desuden blev kravet fraveget efterfølgende under FV5 udbuddet. At trafiksselskaberne valgte at justere vognkapacitetsindstillingerne betød, at de løb fra problemerne, i stedet for at give de vognmænd, der ikke opfyldte kravene påbud. De valgte at fravige mindstekravene. Selve justeringen er ikke en ændring af mindstekravene. Han har fortsat et erstatningskrav, som eventuelt vil blive fremsat senere.

Michael Aagaard har forklaret blandt andet, at han er afdelingschef i Sydtrafik, hvor han har ansvaret for driften af Flextrafik. Hans rolle i forbindelse med udbuddene var at udpege et medlem til den gruppe, der udarbejdede udbudsmaterialet. Han deltog dog i drøftelsen af de større ting. Langt de fleste krav går igen fra udbud til udbud. Større ændringer vil blive drøftet først i udbudsgruppen og herefter i de enkelte selskaber. En enkelt medarbejder har ikke kompetence til at ændre på vilkår i de enkelte tilbud. Det omhandlede mindstekrav, som det fremgår af § 20 i FV6 udbuddet, skal forstås sådan, at der er brug for to kørestolspladser. Nogle gange - sjældent - er der brug for plads til én større kørestol. Men der er tale om to uafhængige krav. Det var også sådan det blev praktiseret. Der er uhyre sjældent behov for transport af to store kørestole på samme tid. Han vil vurdere, at det vil være tilfældet i ca. 0,009 % af kørslerne. Kravet, som det er formuleret i det efterfølgende FV7 udbud og de andre forudgående udbud, skal forstås på samme måde som i FV6. Der er tale om to gensidigt uafhængige krav. De ønskede at fortsætte med de samme krav også efter FV6 udbuddet. Det ville have været dumt ikke at præcisere det. Det er ikke hans opfattelse, at der har været tvivl om kravene. Der var et spørgsmål i forbindelse med 5. udbud, hvor de præciserede kravet. Det er langt overvejende de samme vognmænd, der byder ind ved de forskellige udbud. Når man har budt ind, bliver vognene registreret i Planetsystemet med timepris, hjemsted og plads/kapacitet. Systemet tildeler den billigst mulige bil opgaven. Ekstraktens side 947 viser et skærmprent fra Planetsystemet for FV7, men det ville have set ud på samme måde ved FV6. Der anvendes et pointsystem. En almindelig kørestol fylder 1 point og en elkørestol fylder 1,2 point. Når der skal være plads til to elkørestole, kræver det 2,4 point. Da de foretog justeringen i august 2019 ændrede de på pointtildelingen til bilerne, således at de mindre biler blev tildelt 2,3 point, så de fik nedjusteret deres point. De kunne derfor ikke tildeles kørsel med to store kørestole. De store biler blev ikke nedjusteret. Inden ændringen ville en forespørgsel på transport af to kørestole være blevet håndteret manuelt af deres trafikstyring, og der ville blive fundet en anden bil.

Ved en vogntype som Fiat Ducato L2 ville der være plads til én stor eller to almindelige kørestole. Dette blev ikke ændret ved kravet om, at der skulle være 30 cm foran kørestolen. Ændringer i Planetsystemet foretages i deres trafikstyring. Man ville kunne fravige kravene i Planetsystemet, der fraviger udbudskravene, uden der kommer en fejlmeddelelse. Der kan foretages en driftsmæssig ændring i Planetsystemet, uden der ændres på kravene i forhold til udbudsmaterialet. Et eksempel er, at de under Corona ændrede pointantallet med hensyn til, hvor mange passagerer der kunne være i bilerne. De ændrede ikke samtidig kravene til, hvor mange siddepladser, der skulle være i de enkelte vogne. Den justering, der blev foretaget i Planetsystemet, var alene en ændring i kapaciteten. Der skulle fortsat være plads til 2 kørestole. Spørgsmålet i anledning af FV5 gav dem ikke anledning til at ændre udbudsmaterialet i forbindelse med FV6. Materialet fra FV5, herunder spørgsmål og svar, blev ikke medtaget ved udbuddet af FV6.

Ingrid Dissing har forklaret blandt andet, at hun har været ansat ved Fynbus siden 2007. Hun er kontrakt- og flexchef. Hun har ansvaret for Ledelsessekretariatet, for Kontrakt og Jura, for Drift og Kvalitet samt for et flexområde. Hun har derfor på overordnet plan været med i rækken af udbud. Hun var ikke med til at formulere de omhandlede mindstekrav. Hun kan ikke huske, om hun blev forelagt kravet og om, hvordan det skulle forstås, men hun ved, at der ikke var et behov for at stille krav om to store kørestole. Hun har ikke en forklaring på, hvorfor de to uafhængige krav er opstillet i forlængelse af hinanden og ikke mere adskilt. Det omhandlede mindstekrav er indrettet efter det behov, som trafikelskaberne har og skal forstås sådan, at der skal være plads til to kørestole eller plads til én stor kørestol. Der er tale om to uafhængige krav. Der blev spurgt ind til kravet i forbindelse med FV5. De har kørt med den samme tekst i alle udbuddene, og det var første gang, at der blev stillet spørgsmål til det, og de mente, at den tvivl, der måtte være, var blevet afklaret ved svaret på dette spørgsmål. Hun er ikke klar over, hvordan Allan Peter Gramstrup Thomsen har fået opfattelsen af, at der blev givet dispensation fra mindstekravet i forbindelse med FV5 udbuddet. De dispenserede ikke fra krav i udbudsmaterialet i forbindelse med 5. udbud. De ved, at de ikke må ændre på kravene. Hvis der var ændringer mellem de enkelte udbud, ville det stå under afsnittet om væsentlige ændringer. I sit brev af 20. november 2019 til Publicure oplyste hun, at der var tale om en justering og præciserede, at kravet med hensyn til kørestolene ikke var blevet ændret. Justeringen indebar alene, at det kun var de store biler, der kunne have to store kørestole med. De ville ikke ændre kravet med hensyn til kørestole, men hjælpe således, at det alene var de store biler, der blev tildelt ture med to store kørestole. De ville på den måde række en hånd ud. Hun anvendte formuleringen "frafalde kravet" for at bruge samme terminologi som i det brev, hun svarede på. De valgte at indbringe den anden kendelse fra klagenævnet blandt andet på grund af bodens størrelse.

Henning Schrøder har forklaret blandt andet, at han er ansat som administrationschef i VTS [Vojens Trafik Service] og står for afgivelse af tilbud i virksomheden. De har flere aftaler under FV6 og FV7, og de har været med siden 2013. Der har været tale om gentagne udbud med enslydende krav. Det er vigtigt for vognmændene, at der ikke sker ændringer i kravene fra udbud til udbud, for at de kan beholde deres biler. Det er normalt, at ændringer i vilkårene bliver fremhævet i udbudsmaterialet. Det er hans opfattelse, at væsentlige ændringer har været fremhævet.

Han er bekendt med mindstekravene i § 20. Kravene har været sådan siden 2013, og han læser det som, at der skal være plads til to almindelige kørestole. Det har aldrig skullet opfattes som, at der skal være plads til to store kørestole. De ville heller ikke have haft biler, der kunne opfylde et sådant krav. De skulle så have skiftet hele deres vognpark ud. De skal have tillid til, at de kan beholde deres vognpark i bilernes levetid, dvs. 8 år. Han kan ikke svare på, hvad de ville have gjort, hvis det var et krav, at der skulle kunne medtages to store kørestole. De havde nok budt ind med væsentligt færre biler. Det ville ikke have været muligt at få leveret de krævede biler rettidigt. Ca. 85 % af alle biler skulle have været skiftet ud. Han mener, at der blev stillet spørgsmål til mindstekravet i forbindelse med FV5. Det svar, der kom, gjorde, at man ikke kunne være i tvivl om, at der skulle være plads til to almindelige kørestole. Han har aldrig set, at der har været bestilt transport af to store kørestole samtidig. Han har ikke med den daglige drift at gøre, men han ville have hørt om det, hvis der havde været problemer.

Tom Riis Jensen har forklaret blandt andet, at han ejer Munkebo Taxa. Han afgiver jævnligt tilbud, hvilket han også gjorde ved FV6, FG6, FV7 og FG7. Der er tale om gentagende udbud med meget få ændringer. Det er vigtigt af hensyn til indkøb af driftsmateriel, at det er væsentlig de samme vilkår fra udbud til udbud. Ændringer i vilkår har været kommunikeret ud på en liste. Han kender kravet om plads i § 20. Han opfattede kravet sådan, at der skal være plads til to almindelige kørestole. I de forgangne udbud var der kun krav om én kørestol, hvis den var længere, f.eks. hvis det var en bruger med et brækket ben.

I forbindelse med FG5 eller FG 6 var et svar, at der skulle være plads til to almindelige kørestole. Det var heller ikke den almindelige opfattelse i branchen, at der skulle være plads til to store kørestole samtidig. Han ville ikke have kunnet anvende deres biler, hvis det havde været tilfældet, og han ville have opdaget det i udbuddet. Han ville have stået med 120 biler, der ikke kunne anvendes. De har aldrig fået bestilling på kørsel med to store kørestole samtidig. Det er ikke hans opfattelse, at der er sket ændringer i kravene i FG6 i forhold til de tidligere udbud. Når de afgiver tilbud, skimmer de generelt det hele igennem. Er der væsentlige ændringer, læser de det grundigt. Han hæftede sig ikke ved noget, da han gennemlæste udbudsmaterialet for FV6.

Parternes synspunkter

Trafikselskaberne har i deres påstandsdokument af 28. februar 2022 anført:

”

Til støtte for anerkendelsespåstandene gøres det gældende,

at mindstekravet i § 20 stk. 4 og 5 i udbudsmaterialet for FV6-rammeaftalerne (bilag 4, E514-E515) henholdsvis § 22 stk. 3 og 4 i udbudsmaterialet for FG6-kontrakterne (bilag 3, E464-E465) om pladskrav til kørestole i vogne af vogn-type 5 og 6 ikke skal fortolkes således, at det fastsætter, at der skal være plads til to store kørestole af maksimal størrelse samtidigt i vogne af vogntype 5 og 6, og

at Trafikselskaberne stedse har tilkendegivet denne forståelse af mindstekravet overfor tilbudsgiverne, herunder i korrespondancen med de sagsøgte, og at Trafikselskaberne også i deres praksis i forbindelse med alle de forudgående gentagne udbud af de samme aftaler og kontrakter har administreret efter denne fortolkning af mindstekravet, og

at de sagsøgte derfor var eller burde være bekendt med denne fortolkning af mindstekravet i forbindelse med afgivelse af deres tilbud på FV6-rammeaftalerne og FG6-kontrakterne,

idet FG6- og FV6-udbuddene var nummer 6 i rækken af enslydende gentagne udbud af to-årige kontrakter om samme ydelser og med samme ordregivere og samme krav, herunder mindstekravet i § 20 stk. 4 og 5 i udbudsmaterialet for FV6-rammeaftalerne (bilag 4, E514-E515) henholdsvis § 22 stk. 3 og 4 i udbudsmaterialet for FG6-kontrakterne (bilag 3, E464-E465), og

idet formålet hermed var og er at sikre, at de faste tilbudsgivere, som løbende byder på de gentagne udbud af to-årige kontrakter om de udbudte ydelser, kan byde med de samme vogne, idet tilbudsgiverne som minimum har en afskrivningsperiode på 8 år på de vogne, som de byder med, hvorfor væsentlige ændringer af mindstekravene til vognene fra udbud til udbud vil kunne medføre højere priser og ringere konkurrence, hvilket Trafikselskaberne er meget opmærksomme på ikke sker i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsbetingelserne ved hvert genudbud, og

idet de sagsøgte ubestridt begge afgav tilbud og fik tildelt kontrakter på FV5-udbuddet, hvor der i tilbudsfasen blev stillet flere spørgsmål til forståelsen af mindstekravet om pladskrav til kørestole forud for tilbudsafgivelsen, og hvor det klart blev svaret af Trafikselskaberne, at mindstekravet skulle forstås således, at det ikke var et krav, at der skulle være plads til to kørestole af den maksimale størrelse i de til-

budte vogne samtidigt, jf. svaret på spørgsmål 2, 15 og 45 i bilag 14 (E351, E352 og E355), og

idet begge de sagsøgte ubestridt afgav tilbud med de samme vogne på FV5-aftalen, som de bød med på FV6-aftalerne og for Øens Taxas vedkommende på FG6-kontrakterne, jf. bilag E (E862), bilag 6 (E945), bilag 7 (E944) og bilag 30 (E946), og

idet de sagsøgte således i forbindelse med investeringen i de vogne, de bød med på FV6-aftalerne og for Øens Taxas vedkommende på FG6-kontrakten, var bekendt med, at der ikke gjaldt et mindstekrav om, at der skulle være plads til to store kørestole i vognene samtidigt, og

idet de sagsøgte derfor ikke blev stillet ringere i konkurrencen ved tildelingen af kørsler i planetsystemet under FV6-udbuddet, fordi de til brug for tilbudsgivning under FV6-udbuddet havde investeret i store vogne, som havde plads til to store kørestole af maksimal størrelse samtidigt, for at opfylde et mindstekrav herom, således som Klagenævnet for Udbud lægger til grund i sin kendelse af 19. maj 2020 (bilag 22, E42-E72), og

idet der intet grundlag eller holdepunkt i sagen er for den opfattelse, som Alsvoغن har anført i sin e-mail til Trafikselskaberne af 26. juli 2019 (bilag 15, E767-E770) om, at mindstekravet om pladskrav til kørestole skulle fortolkes forskelligt i FV5-udbuddet og FV6-/FG6-udbuddene, uagtet, at det var enslydende formuleret i udbudsbetingelserne for FV5-udbuddet og FV6-/FG6-udbuddene,

da det også har formodningen imod sig, at Trafikselskaberne vilkårligt ville ændre et mindstekrav fra den ene udbud til det andet, som kunne have indflydelse på de vogne, som tilbudsgiverne kunne byde med, uden endda at fremhæve dette klart i udbudsbetingelserne, og

da det ikke fremgik af udbudsbetingelserne for FV6- og FG6-udbuddene, at mindstekravet i § 22 stk. 3 og 4 (bilag 4, E514-E515) henholdsvis § 22 stk. 3 og 4 (bilag 3, E464-E465) var ændret, jf. afsnit 3 i udbudsbetingelserne (bilag 3, E436-E437 og bilag 4, E486-E487), og

idet Trafikselskaberne også i FV7-udbuddet, jf. bilag C (E832-E834), har fastholdt, at det ikke er et krav, at der skal være plads til to store kørestole samtidigt, dog således, at formuleringen af bestemmelsen er ændret med henblik på tydeliggørelse af dette efter den foreliggende sag, og

idet ingen af disse forhold var inddraget i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2020 (bilag 22, E42-E72), og

at kravene til vogntyperne er fastsat ud fra hensynet om at sikre forsynings-sikkerheden, således at der er sikret rammeaftaler for vogne med kapacitet til alle behov, hvilket understøtter, at mindstekravet om pladskrav til kørestole i FV6- og FG6-udbuddene ikke skal fortolkes således, at det var et mindstekrav, at der skulle være plads til to store kørestole samtidigt,

idet der intet forsyningsmæssigt behov var for et sådant krav, i hvilken forbindelse, der henvises til, at der i perioden 1. marts 2019 til 31. oktober 2020 alene blev modtaget 306 bestillinger på kørsel med to kørestole af potentielt maksimal størrelse samtidigt ud af bestillinger på i alt 3.226.135 ture i perioden, hvilket svarer til 0,0095 % af bestillingerne,

at det ikke fremgår af ordlyden af mindstekravet, at der skal være plads til to kørestole af den maksimale størrelse på samme tid, og

at Trafikselskabernes justering af vognkapacitetsindstillingerne i planetsystemet, som blev meddelt til Alsvognen ved e-mail af 16. august 2019, (bilag 16, E771-E772), hvorefter mindre vogne af vogntype 5 og 6 blev justeret fra 2,4 kapacitetspoint til 2,3 kapacitetspoint, som illustreret i bilag 37 (E947), ikke under de foreliggende omstændigheder i sagen kan anses for at udgøre en ændring af aftalerne og kontrakterne, som omhandlet i art. 89, stk. 4 i forsyningsvirksomhedsdirektivet (2014/25/EU), jf. også præmis 34-37 i EU-Domstolens dom i sag C-454/06, Pressetext,

idet omstændighederne i sagen viser, at Trafikselskaberne hverken havde vilje til at ændre mindstekravet, eller de facto ændrede mindstekravet, og

idet Trafikselskaberne tværtimod stedse fastholdt i korrespondancen med de sagsøgte, at mindstekravet skulle forstås således, som Trafikselskaberne gennem alle de gentagne udbud havde fortolket og administreret kravet, jf. bl.a. mail af 22. august til Als-vognen (bilag 18, E774-E775), hvoraf fremgik "Det er desuden trafikselskabernes opfattelse, at kravene til maksimal kørestols-størrelse, som skal kunne befordres, og antallet af kørestols-pladser ikke er direkte sammenkoblede, hvilket er understøttet af trafikselskabernes praksis. Det kan derfor ikke konkluderes, at der skal være plads til to kørestole af den maksimale størrelse på samme tid.", og

idet denne justering ikke indebar en ændring af hverken rammeaftalerne med de sagsøgte eller med alle de andre 239 vognmænd, som havde fået tildelt rammeaftaler under FV6-udbuddet, eller i kontrakterne med alle de vognmænd, der havde fået tildelt FG6-kontrakter, og at dette ej heller er dokumenteret af de sagsøgte for hverken Klagenævnet for Udbud eller under den foreliggende sag, og

idet det derfor ikke er korrekt, som lagt til grund af Klagenævnet for Udbud i sin kendelse af 19. maj 2020 (bilag 22, E42-E72) og som gentaget i kendelsen af 27. oktober 2020 (bilag 23, E73-E108), at Trafikselskaberne med denne justering af planetsystemet ændrede FV6-rammeaftalerne og FG6-kontrakterne, og at der var tale om en ændring af et krav, som var egnet til at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud, og

idet Trafikselskaberne tværtimod i korrespondancen med de sagsøgte fastholdt den fortolkning af mindstekravet, som hele tiden havde været gældende under 6 enslydende gentagne udbud hvert 2. år og kendeligt for de bydende, herunder de sagsøgte, om, at der ikke gjaldt et mindstekrav om, at der skulle være plads til to store kørestole samtidigt, jf. bilag 14 (E351, E352 og E355, og

idet justeringen i planetsystemet, hvorefter de mindste vogne af vogntype 5 og 6 blev justeret fra at have 2.4 kapacitetspoint til 2.3 kapacitetspoint af Trafikselskaberne, (som illustreret i bilag 37, E947) ikke i praksis havde nogen betydning for tildelingen af kørsler, og dermed for de sagsøgte mulighed for at få tildelt kørsler, idet de mindste vogne tildelt rammeaftaler af vogntype 5 og 6 i forvejen ikke fik tildelt kørsler, hvor der var behov for at skulle medtage to store kørestole af maksimal størrelse samtidigt,

da disse mindre vogne før justeringen af kapacitets-pointene i planetsystemet blev frasorteret manuelt, hvis disse vogne undtagelsesvist skulle få tildelt en kørsel med et krav om plads til to store kørestole af maksimal størrelse samtidigt, og

at Trafikselskabernes anvendelse af ordet "frafalde" i brev af 20. november 2019 (bilag 21, E787) ikke kan eller skal fortolkes således, at Trafikselskaberne frafalder den fortolkning af mindstekravet, som de hele tiden har anført, er den korrekte, nemlig at der ikke var krav om, at der skal være plads til to store kørestole af maksimale mål i vogntype 5 og 6,

idet det ikke er Trafikselskaberne, der har introduceret ordet "frafalde" i sagen, men derimod de sagsøgte advokat i brev af 7. november 2019 (bilag 20, E784), og

idet Trafikselskaberne straks efter anvendelsen af ordet "frafalde" i brevet af 20. november 2019 (bilag 21, E787) videre angiver, hvordan mindstekravet faktisk skal forstås, idet Trafikselskaberne anfører (E788), at "det er dog ikke udtrykkeligt specificeret, at de to nævnte kørestolspladser på samme tid skal kunne rumme to kørestole med de maksimale mål", og videre i næste sætning "På denne baggrund specificerede trafikselskaberne i august 2019, at det ikke er et krav, at der skal være plads til to store kørestole i alle type 5 og 6 biler" og

idet anvendelsen af ordet "fracfalde" i Trafikselskabernes svarbrev af 20. november 2019 (bilag 21, E787-E790), således ikke i sig selv, løsrevet fra sin kontekst og under de konkrete omstændigheder i sagen godtgør, at Trafikselskaberne havde vilje til at ændre et mindstekrav som påstået af de sagsøgte, og lagt til grund af Klagenævnet for Udbud i sin kendelse af 19. maj 2020 (bilag 22), og

at Trafikselskaberne således ikke har foretaget en væsentlig ændring af FV6-rammeaftalerne samt FG6-kontrakterne, hvorfor der heller ikke er grundlag for at kende FV6-/FG6-aftalerne for uden virkning og i den forbindelse heller intet grundlag for at pålægge Trafikselskaberne en økonomisk sanktion, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 19,

at Trafikselskaberne såfremt Retten måtte komme frem til, at Trafikselskaberne har foretaget en ændring af FV6-rammeaftalerne og FG6-kontrakterne, subsidiært gør gældende, at der ikke er tale om en væsentlig ændring,

idet den påståede ændring ikke har haft konkret betydning for Alsvognen og Øens Taxa, da både Alsvognen og Øens Taxa uanset Mindstekravet havde budt med samme biler, og

idet ændringen ikke indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang, eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren, og

at mindstekravet i givet fald som minimum har været uklart, og at det er ordre-giver, der bærer risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet, og at sådanne uklarheder ikke kan fortolkes til skade for tilbudsgiverne i forbindelse med tildelingen af aftaler/kontrakter eller under kontraktopfølgningen, hvorfor Trafikselskaberne således ikke i forbindelse med indgåelse af kontrakterne/rammeaftalerne kunne have afvist tilbudsgiverne som ukonditions-mæssige, hvis de ikke afgav tilbud med liftvogne (type 5 og 6 vogne), der havde plads til to store kørestole samtidigt.

”

Alsvognen og Øens Taxa har i påstandsdokument af 28. februar 2022 anført:

”...

1 Indledning

Nærværende sag angår sagsøgernes udbud afaftalerne "FV6 –FlexVariabel" (herefter "FV6 Rammeaftalen") og "FG6 –FlexGaranti" (herefter "FG6 Kontrakten") om udførelse af kørselsydelser (herefter samlet "Aftalerne"), jf. sagsøgernes fremlagte Bilag 3 og Bilag 4, og lovmedholdelig-

heden af sagsøgernes beslutning om at foretage efterfølgende ændringer i Aftalerne.

Klagenævnet for Udbud (herefter "klagenævnet") har ved kendelser af 19. maj 2020 (Bilag 22) og 27. oktober 2020 (Bilag 23) fastslået, at sagsøgerne overtrådte artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 4, sammenholdt med stk. 5, i direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand-og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (herefter "forsyningsvirksomhedsdirektivet"), ved at fratage mindstekrav om pladskrav til vogntyperne 5 og 6 i Aftalerne uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, idet mindstekravet udgør et grundlæggende element.

Alsvognen og Øens Taxa er begge mindre transportvirksomheder, som beskæftiger henholdsvis 5 og 1 ansatte, beliggende henholdsvis i Sønderborg og på Ærø. Virksomhederne beskæftiger sig primært med turistkørsel og anden landpassagertransport for sagsøgerne.

Sagsøgerne er offentlige enheder, som varetager offentlig servicetrafik i form af almindelig rutekørsel samt individuel handicapkørsel på vegne af Region Syddanmark og Region Midtjylland og de underliggende kommuner.

I juni og august 2018 udbød sagsøgerne Aftalerne som offentlige udbud efterforsynings-virksomhedsdirektivets artikel 45. Alsvognen afgav tilbud på FV6 Rammeaftalen, mens Øens Taxa afgav tilbud på begge Aftaler med virkning fra den 1. marts 2019, jf. vedlagte oversigt over godkendte tilbud på FV6 Rammeaftalen (Bilag F).

På grundlag af disse udbud og de heri fastsatte betingelser indgik sagsøgerne FV6 Rammeaftalen med Alsvognen med virkning fra 1. marts 2019, jf. Bilag 11 og Bilag 12.

Øens Taxa og sagsøgerne indgik ligeledes FV6 Rammeaftalen, jf. Bilag 10. Øens Taxas tilbud på FG6 Kontrakten blev ikke antaget.

Sagsøgerne indgik sammenlagt 462 delaftaler under Aftalerne.

Tidligt i Aftalernes forløb konstaterede de sagsøgte, at de ikke fik tildelt kørsler som forventet.

Årsagen var, at flere leverandører ikke levede op til Aftalernes mindstekrav om pladskrav i vogntyperne 5 og 6 (herefter samlet benævnt "Mindstekravet"), og at sagsøgerne således foretog ulovlige direkte tildelinger af kontrakterne under Aftalerne.

Alsvognen orienterede herefter sagsøgerne om forholdet. Sagsøgernes besluttede på den baggrund ikke at håndhæve de af sagsøgerne selv fastsatte Mindstekrav.

Alsvognen besluttede på denne baggrund den 2. april 2020 at indgive klage over sagsøgernes direkte tildeling af kontrakter på FV6 Rammeaftalen. Ligeledes indgav Øens Taxa klage den 4. august 2020 om sagsøgernes direkte tildeling af kontrakter i relation til FG6 Kontrakten.

Klagenævnet konstaterede i henholdsvis kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen mod sagsøgerne (Bilag 22) og kendelse af 27. oktober 2020, Øens Taxa mod sagsøgerne (Bilag 23), at sagsøgerne i strid med udbudsreglerne havde foretaget en ændring af Aftalernes grundlæggende elementer uden at gennemføre et fornyet udbud. Klagenævnet gav i kendelserne Alsvognen og Øens Taxa fuldt medhold i de nedlagte påstande med undtagelse af påstand 2 om annullation, der ikke blev behandlet, idet Aftalerne blev erklæret for uden virkning.

Alsvognen og Øens Taxa gør fortsat gældende, at sagsøgerne foretog en ændring af et grundlæggende element i Aftalerne, og herved handlede i strid med udbudsreglerne og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

2 Klagenævnets kendelser af 19. maj 2020 og 27. oktober 2020

De sagsøgte overtrædelsespåstande under klagesagerne kan sammenfattes som følger:

"Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at [sagsøgerne] har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5, ved at frafalde mindstekravet om pladskrav til vogntyperne 5 og 6 i rammeaftale "FV6 –FlexVariabel" [og kontrakt "FG6 –Flexgaranti] om udførelse af kørselsydelse uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, idet mindstekravet udgør et grundlæggende element."

Klagenævnet indrømmede ved sine kendelser afhenholdsvis 19. maj 2020 (Bilag 22) og 27. oktober 2020 (Bilag 23) Alsvognen og Øens Taxa fuldt medhold i de nedlagte overtrædelsespåstande og lagde herved vægt på følgende:

- (i) Et tilbud, som overholdt Mindstekravet, måtte indregne meromkostninger ved anskaffelse og drift af vognene.
- (ii) Disse fordyrelser ville konkret indebære, at tilbuddene, som overholdt Mindstekravet, var mindre konkurrencedygtige ved tildeling af ture i Planetsystemet. Dette understøttes af de aktuelle til-

budsgiveres tilkendegivelser, herunder sagsøgte og intervenienterne (Vojens Taxi og Servicetrafik ApS samt Jacks).

- (iii) Mindstekravet var også egnet til generelt at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud, og der er ikke grundlag for at fastslå, at dette på trods heraf ikke var tilfældet.
- (iv) Ændringen af Mindstekravet indebar således en ændring af et grundlæggende element i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets art.89, stykke 4, litra a, og b, og havde virkning for både de aktuelle leverandører, som blev optaget –men forbigået –på Aftalerne, og de potentielle tilbudsgivere, som måtte have undladt at afgive tilbud på grund af Mindstekravet.
- (v) Det er irrelevant for vurderingen, at Mindstekravet efter sagsøgerens opfattelse er uhensigtsmæssigt eller unødvendigt: Mindstekravet har skullet overholdes af alle tilbudsgiverne, jf. herved også præmis 40 i EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova, hvorefter det

"[...] påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat."
- (vi) Der var ikke belæg for at anvende undtagelsesbestemmelserne om efterfølgende ændring af kontrakter uden udbud.
- (vii) Klagenævnet bemærker hertil, at sagsøgerne først efter klagenævnets kendelse af 19. maj 2020 foretog en opmåling af de vogne af type 5 og 6, som der under begge udbud var indgået kontrakter om kørsel med. Dette til trods for at sagsøgerne også som beskrevet allerede under klagesagen mellem Alsvoggen og sagsøgerne, endda muligvis før, udtrykkeligt var gjort bekendt med pladsproblemerne i forhold til Mindstekravet, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 19. maj 2020, s. 9 –10 (Bilag 22).
- (viii) *"Det viste sig –på den beskrevne baggrund helt forventeligt–i forbindelse med opmålingen, at alene 3 ud af 202 vogne under [udbuddet af FG6 Kontrakten] opfyldte [Mindstekravet], heraf en vogn "betinget".* *"[vores fremhævning], jf. klagenævnets kendelse af 27. oktober 2020 (Bilag 23).*
- (ix) Som anført i kendelsen af 19. maj 2020 har tildelingene, efter at kravet var frafaldet, haft karakter af direkte tildeling.
- (x) Det faktum, at sagsøgerne efter kendelsen af 19. maj 2020, den 13. juli 2020 med virkning fra den 31. oktober 2020 opsagde en række af de kontrakter, som vedrørte kørsel med vogntype 5 og 6, kan ikke ændre ved det ovenfor anførte. Ligesom de af sagsøgerne

gennemførte direkte tildelinger ikke kan afhjælpes ved at sagsøgerne den 16. juli 2020 iværksatte nyt udbud –FG7 –med kontraktstart den 1. november 2020, hvor Mindstekravet ikke blev gentaget.

- (xi) Denne manøvre fratager ikke de løbende tildelinger den beskrevne karakter af direkte til deling. Sagsøgerne foranstaltede således ikke det nye udbud, da man senest i august 2019 direkte frafaldt Mindstekravet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og 89, stk. 4, og kravet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 5, hvorefter en ændring som sket, ikke kan finde sted uden nyt udbud, og ikke kan forstås således, at det langt senere FG7 udbud så at sige ophæver sagsøger-nestidligere overtrædelser af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Klagenævnets konstatering af, at sagsøgerne havde handlet i strid med overtrædelsespåstandene, bevirkede,

- at alle indgåede kontrakter under Aftalerne erklæredes foruden virkning for fremtiden, klagenævnets alvorligste sanktion, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 1, jf. § 17, stk. 1, nr. 1,
- at Aftalerne hver især erklæredes for uden virkning, ligeledes i medfør af klagenævnslovens § 18, stk. 1, og
- at sagsøgerne for så vidt angår allerede modtagne ydelser ifaldt en alternativ sanktion, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 2, nr. 3 og § 19, stk. 1 –3, på i alt sammenlagt DKK 10.000.000, den højeste sanktion fastsat af klagenævnet for udbud.

3 Generelt om sagsøgernes standpunkter i retssagen

Sagsøgerne har under skriftvekslingen for byretten introduceret en række anbringender til støtte for sin anerkendelsespåstand, som ikke er fremført for klagenævnet.

Det bemærkes, at ingen af disse anbringender er foranlediget af nye oplysninger eller som følge af, at klagenævnet har misforstået de faktiske forhold, som disse er udlagt under klagesagen. Sagsøgernes modsatrettede opfattelse om, at

"[...] Klagenævnet for Udbud fejlagtigt havde lagt til grund, at [sagsøgerne] havde foretaget en ændring af mindstekravet til pladskrav til kørestole [...]",

jf. stævningernes punkt 2.3.19 og punkt 2.3.22, ændrer ikke herpå.

De nye anbringender ses således alene at hvile på sagsøgernes fornyede overvejelser af forhold, som allerede er belyst og behandlet ved klagenævnet, eller som i hvert fald også var til stede på tidspunktet for klagenævnets afgørelser.

Sagsøgernes anbringender kan kategoriseres i følgende hovedanbringender:

- (i) Mindstekravet omfattede efter sin ordlyd transport af én stor kørestol eller to almindelige kørestole samtidigt; transporten af to store kørestole samtidigt skal ifølge sagsøgerne ansues som udsondret fra Mindstekravet, og dette udsondrede krav er reelt det krav, som sagsøgerne har frafaldet.
- (ii) Frafaldet af Mindstekravet skal ifølge sagsøgerne blot forstås som en justering, og udgør således ikke en ændring af Aftalernes grundlæggende elementer.
- (iii) Tages sagsøgernes principale anbringender ikke til følge, gør sagsøgerne gældende, at Mindstekravet er uklart og derfor ikke kan håndhæves.

4 Efterfølgende ændringer i udbudspligtige aftaler

De generelle udbudsretlige principper er udmøntet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, 1. pkt.:

”Ordregivende enheder overholder principperne om ligebehandling og ikkeforskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.”

Principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet gælder som refleks-virkning for alle faser af et udbud og således helt frem til og under opfyldelsen af den udbudte kontrakt eller rammeaftale.

Principperne for efterfølgende ændringer i udbudspligtige aftaler er oprindeligt udmøntet i EU-Domstolens dom i sag C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (herefter ”Presstext”).

EU-Domstolen fastslår heri, at det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip tilsiger, at ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, udgør indgåelse af en ny aftale, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grund-

læggende elementer (præmis 34). EU-Domstolen nævner tre eksempler herpå, navnlig såfremt

- (i) den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget (præmis 35), eller
- (ii) den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfattetjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri (præmis 36), eller
- (iii) når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser (præmis 37).

Denne praksis er direkte kodificeret i artikel 89 i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Ønsker en ordregiver at foretage ændringer i en indgået kontrakt eller rammeaftale i dennes løbetid, er dette alene muligt i de tilfælde, der udtømmende opregnes i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1 og 2, og under overholdelse af principperne i artikel 36. Ved tilfælde, som falder uden for artikel 89, stk. 1 og 2, skal ordregiveren gennemføre en ny udbudsprocedure, idet der således er tale om en ny kontrakt eller rammeaftale, jf. artikel 89, stk. 5.

Det fremgår konkret af artikel 89, stk. 1, litra e, at en kontrakt eller rammeaftale kan ændres

"[...] såfremt ændringerne uanset deres værdi ikke er væsentlige som defineret i stk. 4."

En ændring af en kontrakt eller rammeaftale i dennes løbetid må således ikke være væsentlig. Det fremgår af artikel 89, stk. 4, at en ændring betragtes som væsentlig,

"[...] hvis ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter bliver væsentligt forskellig fra den oprindelig indgåede."

Bestemmelsen nævner, i overensstemmelse med Presstext, følgende eksempler på ændringer, der altid vil udløse fornyet udbudspligt:

"[...]"

- a) *ændringen indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at*

acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren

- b) *ændringen ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for*

[...]"

Bestemmelsen svarer til udbudslovens forbud i § 178 mod ændring af grundlæggende elementer i kontrakter eller rammeaftaler. De to eksempler på ændringer, der vil være væsentlige i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4, litra a og b, kan sidestilles med de eksempler på ændring af grundlæggende elementer, der fremgår af udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1 og 2.

Det fremgår af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 178, at stk. 2, nr. 1, indebærer, at

"[...] ændringer, der medfører, at andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte ville blive udvalgt, hvis de ændrede betingelser havde været gældende på tidspunktet for ansøgning eller ville have medført mulighed for at acceptere et andet tilbud end det, der oprindeligt blev accepteret eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsprocessen, vil være at anse som en ændring af grundlæggende elementer."

Videre fremgår det af stk. 2, nr. 2:

"[...] ændringer i aftalens balance til fordel for leverandøren vil være at anse som en ændring af grundlæggende elementer. Hermed menes balancen mellem ydelse og modydelse, og omfatter enhver ændring, der kan have økonomisk betydning, så som ændringer i fordelingen af risici eller ændringer, der medfører reduktion af leverandørens omkostninger uden tilsvarende reduktion i prisen på kontraktens ydelse. [...]"

Det fremgår videre af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2, stk. 1, at ligebehandlingsprincippet indebærer, at

"Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere."

[...]

Mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have. Som

følge heraf vil ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure."

Herudover opregnes en række eksempler på ændringer af grundlæggende elementer, hvis

"[...] minimumskrav til egnethed vedrørende den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres. Derudover vil ændringer af kontraktens genstand og krav til udførelsen af kontrakten kunne være ændringer af grundlæggende elementer."

Lovbemærkningerne er således en udmøntning af det klare udbudsretlige udgangspunkt, at ændringer af grundlæggende elementer ikke kan foretages uden fornyet udbudsprocedure.

Der er desuden righoldig udbudsretlig praksis til støtte for dette klare udgangspunkt. Hertil kommer, at der i overensstemmelse med fast udbudsretlig praksis ubestridt skal anlægges en restriktiv tilgang til ordregivers frafald af mindstekrav, idet frafald af mindstekrav som altovervejende hovedregel skal anses som en ændring af et grundlæggende element.

Det følger i forlængelse heraf, af fast udbudsretlig praksis, at ordregiver ikke kan fravige mindstekrav, idet ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet forpligter ordregiver til strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat for udbuddet.

I EU-Domstolens dom i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, (herefter "Manova"), blev det blandt andet slået fast, at så vidt ordregiver i udbudsbetingelserne udtrykkeligt kræver, at tilbudsgiverne opfylder en specifik betingelse – og herved ophører betingelsen til en forudsætning for deltagelse i udbuddet – skal tilbudsgivere udelukkes fra udbuddet, såfremt deres tilbud ikke lever op betingelsen.

Ordregiver er derved afskåret fra efterfølgende at anmode om, at en tilbudsgiver, der ikke opfylder et givet mindste krav, fremkommer med supplerende oplysninger – som var tilfældet i Manova – idet tilbudsgiveren i medfør af udbudsbetingelserne skulle være udelukket allerede som følge af, at mindstekravet ikke var opfyldt ved ansøgningsfristen (præmis 40).

Ligeledes i EU-Domstolens dom i sag C-496/99 P, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod CAS Succhi di Frutta SpA (herefter "Succhi di Frutta"), slog domstolen fast, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet var til hinder for, at ordregiver måtte ændre betalingsvil-

kår i en indgået kontrakt (præmis 112), idet det påhvilede ordregiver strengt at overholde de kriterier, den selv havde fastsat for udbuddet (præmis 115). EU-Domstolen udtalte i den forbindelse, at

"[...] i en situation som den foreliggende kunne den ordregivende myndighed ikke efter tildelingen af kontrakten og tilmed ved en beslutning, hvis indhold fraviger bestemmelser i tidligere vedtagne forordninger, foretage en ændring af en vigtig betingelse for licitationen som den, der vedrører betalingsvilkårene for de produkter, der skulle leveres." [vores fremhævning] (præmis 117).

I klagenævnets kendelse af 12. juli 2019, Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden, fandt klagenævnet i tråd med ovennævnte praksis, at en ordregiver ikke var berettiget til at lade et mindstekrav om automatisk børstning af madrasser udgå. Klagenævnet lagde til grund, at frafaldet af mindstekravet bevirkede, at kredsen af potentielle tilbudsgivere generelt blev udvidet. Ordregivers egen formodning om, at de øvrige tilbudsgivere ikke ville leve op til mindstekravet, ændrede ikke herpå. Klagenævnet udtalte ligeledes, at det påhvilede ordregiver at løfte bevisbyrden for, at mindstekravet ikke i overensstemmelse med det klare udbudsretlige udgangspunkt udgjorde en ændring af et grundlæggende element, og at denne bevisbyrde ikke var tilstrækkeligt løftet.

5 Mindstekravet om pladskrav

Det er ubestridt, at Aftalernes krav til vogntyper er mindstekrav, jf. FV6 Rammeaftalens § 20, stk. 1, og FG6 Kontraktens § 22, stk. 1 (Bilag 3 og Bilag 4), hvilket ligeledes omfatter Mindstekravet.

5.1 Sagsøgernes fortolkninger af Mindstekravet

Det gøres overordnet gældende, at sagsøgernes fortolkninger af Mindstekravet, som er nye set i forhold til klagenævnets kendelser (Bilag 22 og Bilag 23), er konstruktioner opfundet til lejligheden.

Det gøres ligeledes overordnet gældende, at Mindstekravet er entydigt, hvorfor introduktionen af fortolkningsbidrag til Mindstekravet er uforholdsmæssige, og at sagsøgernes fortolkningskilder ikke er forenelige med udbudsretten.

5.1.1 Sagsøgers oplæg til opdeling af Mindstekravet er kunstig

Mindstekravet er formuleret som følger (den med overstregning og fed markerede tekst udgør ændringen):

"Vognen skal være forsynet med motordrevet lift, og indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). Der skal være plads til ~~mindst to kørestole~~ samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer. Når kørestolen er placeret i vognen skal der være mindst 30 cm plads foran kørestolen."

Sagsøgerne gør gældende, at den kursiverede tekst i det citerede ovenfor ikke skal læses i sammenhæng med den efterfølgende sætning om, at der skal være plads til mindst to kørestole. Dette har ifølge sagsøgerne den virkning, at der ikke menes.

- mindst to kørestole
- med en maksimalstørrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde).

Det må afvises som åbenlyst ukorrekt, at Aftalerne ikke indeholder et Mindstekrav om, at der skal være plads til to store kørestole i vognene. Anbringendet er i øvrigt helt nyt set i forhold til sagsøgernes synspunkter under klagesagen, uanset at sagens faktiske omstændigheder er uforandrede.

Mindstekravet fastslår, at kørestolene har en maksimal størrelse på 145 cm x 80 cm. (længde x bredde).

Det fremgår i forlængelse heraf, at der mindst skal være plads til to kørestole. Ud fra en naturlig kontekstuel forståelse må det lægges til grund, at der menes de foranstående kørestole med en maksimal størrelse på 145 cm x 80 cm. Dette understreges endvidere af, at Mindstekravet specifikt omtaler kørestole i flertal, jf. blandt andet FV6 Rammeaftalens § 20, stk. 4:

*"Vognen skal være forsynet med motordrevet lift, og indrettet til at kunne transportere **kørestole** med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). "[vores fremhævnings]*

Dette understreges ligeledes i FG6 Kontraktens § 22, stk. 3 (Bilag 3), hvorefter

*"Særligt for vogne med hjemsted på Ærø (FynBus område) Der skal være plads til **mindst seks** siddepladser til passagerer og **to kørestole**. "[vores fremhævnings]*

Sagsøgerne gør endvidere gældende i stævningernes punkt 3.1.2, at Mindstekravet i medfør af henholdsvis FV6 Rammeaftalens § 20, stk. 4, og FG6 Kontraktens § 22, stk. 3, er delt op i to særskilte krav.

Det fremgår således af stævningernes punkt 3.1.2, at

"Som § 20, stk. 4 (bilag 3) [og § 22, stk. 3 (bilag 4)] er formuleret, er denne nemlig delt op i følgende to krav:

1. *Vogntyperne 5 og 6 skal kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde).*
2. *Vogntyperne 5 og 6 skal kunne transportere to kørestole."*

Der er imidlertid ingen holdepunkter for dette synspunkt i Aftalernes ordlyd, jf. Bilag 3 og Bilag 4.

Sagsøgernes postulat om, at

"Såfremt det var formålet, at vogntyperne 5 og 6 skulle kunne transportere to kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde), ville det ikke give mening at dele kravet op i to, da kravet i stedet meget let kunne formuleres i ét enkelt klart og tydeligt krav om, at "Vogntyperne 5 og 6 skal kunne transportere to kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde)." Denne formulering ville være oplagt, såfremt det var sådan kravet skal forstås, i stedet for to uafhængige sætninger, der hver for sig angiver to forskellige krav som gengivet ovenfor."

jf. stævningernes punkt 3.1.3, ændrer ej heller ved, at det intetsteds kan udledes, at der er tale om særskilte krav, som det foreslås af sagsøgerne. Tværtimod fremstår Mindste kravet i Aftalerne som samlet under § 20, stk. 4 (for så vidt angår FV6 Rammeaftalen), og § 22, stk. 3 (for så vidt angår FG6 Kontrakten), og under samme passus. For så vidt angår den første del af sagsøgernes opdeling af Mindstekravet, bemærkes, at formuleringen anvender "kørestole" i flertal, når der ifølge sagsøgernes forklaring kun stilles krav om én kørestol af maksimal størrelse for den førstedel.

Sagsøgernes forklaring på den påståede opdeling savner således også mening ud fra en naturlig læsning af Mindstekravet.

Sagsøgernes påståede opdeling af Mindstekravet er således faktisk forkert, hvilket nedennævnte udklip af Mindstekravets formulering i Aftalerne bevidner om. De to udklip viser, at Mindstekravet fremgår af én og samme passus, herunder at de to omtalte sætninger ikke – som sagsøgerne påstår – er opdelt i to særskilte krav. Mindstekravet – og dets indhold – må derfor i sagens natur opfattes samlet og indbyrdes forbundet.

Udklip af Mindstekravet i FV6 Rammeaftalens § 20, stk.4(Bilag 4):

Stk. 4 - Vogntype 5

For vogntype 5 skal enhver fastspænding af kørestol/passagerer altid opfylde lovgivningens krav, herunder at kørestole og el-scootere fastspændes med 4-punkts strop- eller sele- bespænding fastgjort til vognbunden. Der skal være mindst fire skinner i gulvet til fastspænding af kørestole. Derudover skal alle kunder og ledsagere inkl. kørestolsbrugere fastspændes med 3-punkts sikkerhedssele. Der skal være vandret justeringsmulighed for 3-punktssele i loftet. I vognene skal findes en seleforlænger på minimum 60 cm.

Vognen skal være forsynet med motordrevet lift, og indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). Der skal være plads til mindst to kørestole samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer. Når kørestolen er placeret i vognen skal der være mindst 30 cm plads foran kørestolen. Såvel sæder som kørestole skal placeres fremadrettet.

Liftpladen skal have en størrelse på minimum 135 cm x 85 cm (længde x bredde). Liftens flader skal være skridsikre i både våd og tør tilstand. Der skal være automatisk afkørselsstop på liften. Døråbningen, hvor liften er monteret, skal have en størrelse på minimum 170 cm x 85 cm (højde x bredde). Afstanden mellem loft og gulv skal være mindst 180 cm.

Udklip af Mindstekravet i FG6 Kontraktens § 22, stk. 3 (Bilag 3):

Stk. 3 - Vogntype 5

For vogntype 5 skal enhver fastspænding af kørestol/passagerer altid opfylde lovgivningens krav, herunder at kørestole og el-scootere fastspændes med 4-punkts strop- eller sele- bespænding fastgjort til vognbunden. Der skal være mindst fire skinner i gulvet til fastspænding af kørestole. Derudover skal alle kunder og ledsagere inkl. kørestolsbrugere fastspændes med 3-punkts sikkerhedssele. Der skal være vandret justeringsmulighed for 3-punktssele i loftet. I vognene skal findes en seleforlænger på minimum 60 cm.

Side 35 af 50

Trafikselskaberne FynBus, Midttrafik og Sydtrafik
Udbud af FG6 – FlexGaranti i Region Midtjylland og Region Syddanmark

Vognen skal være forsynet med motordrevet lift, og indrettet til at kunne transportere kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde). Der skal være plads til mindst to kørestole samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer. Når kørestolen er placeret i vognen skal der være mindst 30 cm plads foran kørestolen. Såvel sæder som kørestole skal placeres fremadrettet.

Liftpladen skal have en størrelse på minimum 135 cm x 85 cm (længde x bredde). Liftens flader skal være skridsikre i både våd og tør tilstand. Der skal være automatisk afkørselsstop på liften. Døråbningen, hvor liften er monteret, skal have en størrelse på minimum 170 cm x 85 cm (højde x bredde). Afstanden mellem loft og gulv skal være mindst 180 cm.

Det gøres på ovenstående grundlag gældende, at sagsøgernes til lejligheden konstruerede opdeling af Mindstekravet fremstår uden belæg i såvel Mindstekravets ordlyd som dets bagvedliggende formål.

5.1.2 Tilbudsgiverne kan ikke pålægges at kende historiske udbud

Sagsøgerne fremfører et synspunkt om, at Mindstekravet i væsentligt omfang skal fortolkes på grundlag af tidligere udbud, specifikt "spørgsmål/svar" i forbindelse med de tidligere gennemførte udbud af kontrakter om kørselsydelse "FV5 FlexVariabel" og "FG5 FlexGaranti" (herefter "FV5 og FG5 udbuddene").

Det må imidlertid afvises som åbenbart forkert, at sagsøgerne kan forudsætte, at tilbudsgiverne har kendskab til tidligere udbudsprocedurer sådan, at disse procedurer kan tillægges fortolkningsmæssig betydning for udbuddene af FV6 Rammeaftalen og FG6 Kontrakten.

Det skal i den forbindelse understreges, at FV5 og FG5 udbuddene blev afholdt i 2016, og derved år forud for iværksættelsen udbuddene af FV6 Rammeaftalen og FG6 Kontrakten.

FV5 og FG5 udbuddene er selvstændige udbud på samme vis, som tilfældet er for de til grund for FV6 Rammeaftalen og FG6 Kontrakten liggende udbudsprocedurer.

Ordregivere er endvidere i medfør af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet uberettiget til at lægge vægt på forhold, som ikke har været angivet i udbudsmaterialet, og som en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke har kunnet udlede af dette.

Gennemsigtighedsprincippet til siger i den forbindelse konkret, at udbuddets betingelser – herunder i særdeleshed mindstekrav – skal være så tilpas klare, at potentielle tilbudsgivere har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at anvenderessourcer på at udarbejde tilbud, herunder forstå, hvordan tilbuddet optimeres.

Det vil derfor være uforeneligt med de udbudsretlige principper at antage, at aktuelle og potentielle tilbudsgivere indregner oplysninger fra tidligere udbud – herunder sekundære oplysningskilder i form af besvarelser i spørgsmål og svar – som ikke fremgår af udbudsbekendtgørelser.

Lægges sagsøgernes underliggende synspunkt til grund, ville dette forudsætte, at tilbudsgivere – forud for deltagelsen i hvert nyt udbud – skulle sætte sig ind i materialet fra historiske udbudsprocedurer.

Det skal i forlængelse heraf understreges, at de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed omfatter *alle* potentielle og aktuelle tilbudsgivere i markedet – ikke blot Alsvognen og Øens Taxa.

Nye tilbudsgivere har ingen naturlig adgang til eller forudsætning for at orientere sig i dokumenter, som angår et af sagsøgernes tidligere udbud, og dette ville endvidere forekomme urimeligt byrdefuldt at pålægge potentielle tilbudsgivere, som ikke i forvejen er part i tilsvarende, forudgående kontrakter med sagsøgerne.

Det gøres samlet gældende, at sagsøgernes synspunkt om, at spørgsmål og svar i tidligere udbud skal tillægges afgørende betydning for fortolkningen af Mindstekravet, ikke finder støtte i udbudsretten, herunder at et sådant synspunkt ville indebære en tilsidesættelse af såvel ligebehandlings- som gennemsigtighedsprincippet.

Accepterer retten imidlertid sagsøgernes anbringender herom, vil det udgøre en praksis ændring i Danmark i åbenbar strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtigheds om vil være enestående i EU-regi.

5.1.3 Der er ikke holdepunkter for, at markedsaktørerne deler sagsøgernes fortolkning

Sagsøgerne gør gældende, at det må have stået *alle* tilbudsgivere klart, at Mindstekravet i udbuddene af FV6 Rameaftalen og FG6 Kontrakten skulle fortolkes på samme vis som un-derFV5 og FG5 udbuddene. Dette bestrides i det hele som udokumenteret.

Det skal i den forbindelse understreges, at sagsøgernes anbringender herom alene støtter sig på det faktum, at kun et fåtal af tilbudsgivere overholdt Mindstekravet, samt en erklæring afgivet af Vojens Taxi og Servicetrafik (Bilag 31), som var intervenient for sagsøgerne under klagesagen.

Tværtimod kan det konstateres –som også bekræftet af sagsøgerne –at sagsøgerne har været vidende om, at ikke alle markedets aktører fortolkede Mindstekravet som sagsøgerne. Der henvises i denne sammenhæng til sagsøgernes egne tilkendegivelser om, *at* der var 3 vogne ud af de 202 indgåede kontrakter på FG6 Kontrakten, der overholdt Mindstekravet, *at* der blev stillet spørgsmål til forståelsen af Mindstekravet under tidligere udbud, samt *at* sagsøgernes under klagesagen mod Alsvog-
nen foreløbigt vurderede, at 13 af de indgåede kontrakter på FV6 Rameaftalen opfyldte Mindstekravet.

Dette understøttes ligeledes ved sagsøgernes anbringende i punkt 3.7.1 - 3.7.2 af processkrift af 27. januar 2022, om, at

"De potentielle tilbudsgivere vil derfor netop indenfor dette kontraktområde med ganske få undtagelser også være de aktuelle tilbudsgivere – eksempelvis var 76 % af tilbudsgiverne på FV6-udbuddet også tilbudsgivere på FV5-udbuddet. "[vores fremhævning]

Dette indebærer tværtimod, at 24 % af de deltagende tilbudsgivere på FV6-udbuddet ikke deltog i det tidligere FV5-udbud –givet at sagsøgernes i øvrigt udokumenterede procentuelle udregning er korrekt. Alle-rede af denne årsag vil de 24 % "nytilkomne" tilbudsgivere havde været afskåret fra at kunne få samme oplysningsgrundlag, som de 76 % af tilbudsgiverne, som deltog under det tidligere udbud.

Sagsøgerne har herudover i en e-mail af 16. august 2019 (Bilag 16), erkendt at være vidende om manglende opfyldelse af Mindstekravet blandt de vogne, der fik tildelt kontrakter. Denne tilkendegivelse er meningsløs, hvis sagsøgerne mente, at Mindstekravet ikke skulle fortolkes

til at omfatte transport af to store kørestole samtidigt eller i øvrigt var uklart.

Tværtimod burde sagsøgerne have ændret Mindste kravet i forbindelse med udbuddene af Aftalerne, hvis sagsøgerne mente, at der var anledning hertil. Sagsøgernes undladelse heraf er i det hele sagsøgernes egen risiko.

Dette understøttes også af, at sagsøgerne nu i forbindelse med nye udbud af FV7-FlexVa-riabel og FG7-FlexGaranti har valgt at lade Mindste kravet udgå, jf. Bilag C og Bilag D.

Endelig gør sagsøgerne gældende, at Alsvognen var bekendt med sagsøgernes forståelse af Mindste kravet på baggrund af spørgsmål og svar i forbindelse med FV5 udbuddet. Dette bestrides.

Tværtimod fremgår det tydeligt af Alsvognens e-mail af 26. juli 2019 (Bilag 15), at Alsvognen har forstået Mindstekravet således, at

*"[...] der i udbudsmaterialet og rammeaftalen § 19, stk. 1 samt §20 (FV6) og §21 stk. 1 samt §22 (FG6) **klart fremgår, at der skal være plads til 2 kørestole af 145x80cm; + 30cm mellem kørestolene; samt 5 fremadrettede sæder, som alle skal kunne benyttes samtidigt.**"[vores fremhævning]*

5.1.4 Fortolkning af Mindstekravet er et ikke et kontraktretligt anliggende

Sagsøgerne anfører i processkrift af 27. januar 2022, at det er uden betydning om sagsøgernes fortolkningskilder er uforenelige med udbudsretten, idet selve fortolkningen af Mindstekravet ifølge sagsøgerne udgør et kontraktretligt –og ikke et udbudsretligt –spørgsmål.

Sagsøgerne underbygger deres synspunkt med henvisning til retsplejelovens § 344, stk. 1, angående fri bevisbedømmelse, samt aftaleretlig litteratur.

Synspunktet og underbygningen heraf fremstår uden nogen relevans for sagens materielle udbudsretlige spørgsmål og bestrides i det hele af de søgte under henvisning til følgende:

- (a) Det er Klagenævnet for Udbudskendelser (Bilag 22 og Bilag 23), der er indbragt i sagen, og sagen vedrører netop – og udelukkende – udbudsretlige spørgsmål.

Det bemærkes i den forbindelse, at klagenævnet alene har retlig kompetence til at pådømme udbudsretlige spørgsmål, hvorfor det må anses som juridisk forkert at antage, at spørgsmålet om fortolkning af Mindstekravet er kontraktretligt og ikke udbudsretligt.

- (b) Sagsøgernes påstande er nedlagt under direkte henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivet (som udgør et udbudsretligt regelsæt) samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet (som udgør udbudsretlige grundprincipper).

Hvis sagsøgerne reelt mente, at tvisten ikke var udbudsretlig burde sagsøgerne have ændret sine nedlagte påstande, og i øvrigt have anlagt sagen på et andet retligt grundlag.

- (c) Det vil være materielt forkert, såfremt den aftaleretlige litteratur, som sagsøgerne har citeret under punkt 3.5.7i processkrift af 27. januar 2022 tillægges betydning. Nærværende sag vedrører hverken en "fornyelse" eller "forlængelse" af "en løbende aftale på uændrede vilkår" og det vil være i strid med udbudsretten, hvis der var opstået en "sædvanlig praksis" mellem ordregiver og tidligere tilbudsgivere på lignende kontrakter.

Der er derimod tale om selvstændige udbudsprocesser i henhold gældende udbudsregler, hvorefter der skal kunne ske tildeling til enhver leverandør – ny eller eksisterende – som opfylder Mindstekravet i udbudsmateriet.

Det bemærkes herudover, at sagsøgernes synspunkter om kontraktretlige fortolkningsstandarder er helt nye i forhold til sagsøgernes tidligere processkrifter, uagtet at der ikke er tilkommet nyt faktum i sagen.

Hertil kommer, at sagsøgerne allerede i kendelsen af 27. oktober 2020 (Bilag 23) anvendte aftaleretlige betragtninger til støtte for deres påstand om, at der ikke var tale om en ændring af FG6 Kontrakten. Sagsøgernes betragtninger blev i det hele afvist af klagenævnet, som udtalte, at

"[sagsøgernes] aftaleretlige betragtninger om tilbud og accept af tilbud finder ikke anvendelse på en situation, hvor en ordregiver efter at have afholdt EU-udbud konstaterer, at et fastsat mindstekrav i en række indgåede kontrakter med løbende kørselstildelinger via Planetsystemet ikke overholdes af en eller flere leverandører, og derefter vælger at se bort fra kravet. Som beskrevet i kendelsen af 19. maj 2020 indebærer en sådan adfærd et brud på ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, såvel i forhold til de leverandører, hvis vogne overholdt de fastsatte krav, og hvis tilbud derfor blev mindre konkurrencedygtige, som til kredsen af mulige tilbudsgivere, som måtte have undladt at afgive tilbud på grund af det fastsatte krav. Da ændringen er væsentlig, er artikel 89, stk. 4, sammenholdt med stk. 5, som fastslået i kendelsen af 19. maj 2020 også overtrådt." [vores fremhævning].

De sagsøgte gør samlet gældende, at kontraktretlige fortolkningsstandarder ikke finder anvendelse på en situation, hvor ordregiver efter at have afholdt EU-udbud ændrer et mindstekrav.

5.2 Sagsøgerne frafaldt Mindstekravet

Det er ubestridt, at sagsøgerne i svarskrivelse af 20. november 2019 (Bilag 21) frafaldt, at *"der skal være plads til to store kørestole"* i forhold til vogntyperne 5 og 6. Det er ligeledes ubestridt, at sagsøgerne herefter indgik kontrakter om kørselsopgaver med vogntyperne 5 og 6 med leverandører, som ikke opfyldte Mindstekravet.

Sagsøgerne anfører i den forbindelse, at sagsøgernes ordvalg i skrivelsen af 20. november 2019 (Bilag 21) om at *"frafalde kravet"* udelukkende indebærer, at sagsøgerne har frafaldet den forkerte forståelse Mindstekravet.

Denne udlægning –som ikke blev fremført over for Alsvognen, Øens Taxa eller klagenævnet under klagesagen –er fornufts stridig og finder ikke støtte i sagsakterne.

Tværtimod har sagsøgerne i flere skrivelser erkendt at have foretaget en ændring af Mindstekravet, jf. blandt andet svarskrivelse af 20. november 2019 (Bilag 21), svarskrivelse af 13. september 2019 (Bilag G) og svarskrivelse af 4. oktober 2019 (Bilag I).

Det er endvidere faktisk forkert når sagsøger påstår, at en e-mail af 7. november 2019 fra Alsvognens advokat til sagsøgerne (Bilag 20) ikke indgik som grundlag for klagenævnets kendelse af 19. maj 2020 (Bilag 22), blot fordi den ikke er direkte citeret heri: Bilaget indgik som en del af sagsfremstillingen ved klagesagen og var endda fremlagt som bilag, jf. Alsvognens klageskrift af 2. april 2020.

Der er således ingen holdepunkter for sagsøgernes udlægning af ændringens materielle karakter.

Endelig afviser de sagsøgte, at sagsøgernes anbringende om, at det er Alsvognens advokat, der har introduceret ordet *"frafaldet"*, kan tillægges betydning i vurderingen af spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerne har frafaldet Mindstekravet.

5.2.1 Sagsøgernes vilje til at genforhandle

Sagsøgernes gør i sagsøgernes processkrift af 27. januar 2022 punkt 3.9, gældende, at sagsøgerne ikke har haft vilje til at foretage ændringen.

Dette synspunkt må overordnet bero på en retsvildfarelse, idet der henvises til fast udbuds-retlig praksis, hvori det statueres, at ordregivers ændring af et grundlæggende element de facto illustrerer ordregivers

vilje til at genforhandle. En ændring kan således være i strid med udbudsretten, selv om den ikke skyldes ordregiversbevidste vilje til at genforhandle.

Der henvises i den forbindelse til EU-Domstolens dom af 7. september 2016, sag C-549/14, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, hvor EU-Domstolen fastslog, at lige behandlingsprincippet er til hinder for, at der kan foretages ændringer i en offentlig kontrakt, uagtet at ændringerne ikke skyldes parternes reelle vilje til at genforhandle, men visse objektive udførelsesvanskeligheder. Disse udførelsesvanskeligheder må ifølge EU-Domstolen komme potentielle tilbudsgivere til gode, jf. dommens præmis 32.

Der henvises herudover i det hele til påstandsdokumentets punkt 4.

5.2.2 De efterfølgende omstændigheder ændrer ikke Mindstekravets grundlæggende karakter

Sagsøgernes synes endvidere at gøre gældende, at omfanget af efterfølgende bestillinger af vogne, som opfyldte Mindstekravet, er uvæsentligt. Det bemærkes i øvrigt, at sagsøgernes udregninger herom bestrides som udokumenteret.

Synspunktet må herudover bero på en retsvildfarelse. Som anført under punkt 4 fremgår det af såvel forsyningsvirksomhedsdirektivet som den underliggende praksis, at en ændrings væsentlighed må vurderes på grundlag af omstændighederne på udbudstidspunktet. Allerede af denne årsager sagsøgernes udlægning af omstændighederne efter udbuddene – uanset at de måtte være korrekte eller ej – irrelevante for pådømmelsen af sagens spørgsmål.

Hertil kommer, at sagsøgerne selv er nærmest til at vurdere nødvendigheden ved at ophøje krav til mindstekrav i forbindelse med et udbud, herunder bære risikoen for genudbud, hvis et mindstekrav viser sig uhensigtsmæssigt i det efterfølgende aftaleforløb.

Der henvises i den forbindelse også til klagenævnets udtalelse i kendelsen af 19. maj 2020 (Bilag 22),

”At mindstekravet –i betragtning af det oplyste om behovet for kørsler med to store kørestole –muligt er uhensigtsmæssigt eller unødvendigt ændrer ikke på, at kravet har skullet overholdes af alle tilbudsgiverne, jf. herved også præmis 40 i EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, Manova A/S, hvorefter det ”påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat.” [vores fremhævelse].

Det understreges herved, at det er sagen uvedkommende, om Mindstekravet efter sagsøgernes opfattelse havde praktisk betydning for kontraktens opfyldelse. Det afgørende er, om sagsøgerne overholdt de betingelser, som sagsøgerne selv opstillede, jf. blandt andet Manova (præmis 40) og Succhi di Frutta (præmis 117).

Endelig har sagsøgerne med sit processkrift af 27. januar 2022 punkt 3.1.4, fremlagt et skærmpoint af opsætningen i Planetsystemet. Det fremstår imidlertid uklart, hvilken relevans skærmpointet har for sagens spørgsmål. Det bemærkes i den forbindelse, at skærmpointet konkret henviser til FV7-udbuddet, og ikke FV6-udbuddet som sagsøgerne selv anfører i punkt 3.1.4 i processkrift af 27. januar 2022.

I de følgende underpunkter behandles sagsøgernes redegørelse for administration i Planet-systemet—det gøres dog overordnet gældende, at ingen af disse forhold har betydning for det ovenfor anførte.

5.2.2.1 *Ændringen kan ikke reduceres til en driftsmæssig justering*

Sagsøgerne gør i sin redegørelse for administration af Mindstekravet i Planetsystemet gældende, at sagsøgerne foretog en "justering" i Planet-systemet i august 2019.

Sagsøgernes brug af benævnelsen "justering" ændrer ikke på den kendsgerning, at sagsøgerne foretog en ændring af et grundlæggende element.

Dette støttes i øvrigt af klagenævnets sidestilling af "justering" og "ændring" i kendelsen af 19. maj 2020 (Bilag 22).

Det er desuden uden udbudsretlig betydning om, der er foretaget en "ændring" eller "justering", hvis blot denne er egnet til at forrykke grundlaget for udbuddet ved eksempelvis at kunne give andre aktuelle eller potentielle tilbudsgivere adgang til at deltage i udbuddet. Dette følger entydigt af udbudsretlig praksis på området fra både EU-domstolen, de danske domstole og klagenævnet.

Det bestrides endvidere, at ændringen i Planetsystemet som anført i sagsøgernes afsluttende processkrift punkt 2.2.1, alene var af driftsmæssig karakter.

Sagsøgernes redegørelse for administration i Planetsystemet vil ikke blive behandlet yderligere af de under punkt 5.2.2. anførte årsager.

5.2.2.2 *De sagsøgte prissætning som følge af øgede driftsomkostninger*

Sagsøgerne gør i replikken punkt 4.2.2 gældende, at årsagen til, at de sagsøgte ikke fik tildelt så mange kørsler i Planetsystemet under FV6 rammeaftalen som forventet, blandt andet skyldtes, at de begge havde budt med forhøjede priser i forhold til tidligere udbud.

Det lægges til grund som en helt naturlig driftsmæssig omstændighed, at erhvervsdrivende tilpasser sine priser i forhold til driftsomkostninger, mv.

For at leve op til Mindstekravet havde de sagsøgte indrettet sig med vogne, der både i indkøb og drift var forbundet med større omkostninger end sædvanlige vogne. Dette afspejlede sig i de tilbudte priser.

De større vogne blev indkøbt i henholdsvis 2016 og 2017, hvilket også påpeges af sagsøgerne i replikken, skrivelsen af 20. november 2019 (Bilag 21) og skrivelsen af 4. oktober 2019 (Bilag I). Indkøbet skete specifikt med henblik på opfyldelse af Mindstekravet i sagsøgernes hyppige udbud af FV og FG rammeaftaler og kontrakter.

Afskrivningsperioden ved nyligt indkøbte vogne er –som sagsøgerne i replikkens punkt 4.1.16 selv påpeger– betydeligt længere end Aftalernes 2-årige løbetid. Ligeledes gælder ved indkøb af større vogne, at der vil være større omkostninger forbundet med driften heraf. Der var derfor unægteligt ekstraomkostninger for de sagsøgte forbundet med indkøbet af vogne, der levede op til Mindstekravet.

Sagsøgernes modsatrettede anbringender i relation hertil fremstår uden belæg, og der henvises i den forbindelse til klagenævnets udtalelse i kendelsen af 19. maj 2020 (Bilag 22), om at

"[...] overholdelse af mindstekravet [vil] have medført meromkostninger ved anskaffelse og drift af vognene, og tilbud på vogne, som overholder mindstekravet, herunder Alsvognens, må derfor antages at have været mindre konkurrencedygtige ved tildeling af ture i Planetsystemet i forhold til tilbud på vogne, som ikke overholder mindstekravet." [vores fremhævelse].

De sagsøgte gør på den baggrund gældende, at de forhøjede priser var en direkte konsekvens af, at sagsøgerne havde valgt at ophøje pladskravene til mindstekrav. Sagsøgernes anbringender om, at de sagsøgte valg af vogne, er sagsøgerne uvedkommende kan derved ikke tages til følge.

5.2.2.3 Sagsøgernes manglende effektive kontrol

Sagsøgerne gør i replikken gældende, at sagsøgerne ikke har været pligtige til at undersøge og foretage kontrolopmålinger af de tilbudte vogne, idet sagsøgerne påstår ikke at have været i tvivl om, hvorvidt de tilbudte vogne opfyldte Mindstekravet.

Sagsøgernes anbringender herom afvises i det hele som irrelevante for sagens materielle spørgsmål, idet det dog bemærkes, at sagsøgernes un-

dersøgelserpligt indtrådte senest, da sagsøgerne første gang blev gjort opmærksom på, at størstedelen af de tilbudte vogne ikke levede op til Mindstekravet.

6 Mindstekravets grundlæggende karakter

De sagsøgte gør gældende, at sagsøgerne ved at frafalde Mindstekravet uden at gennemføre et fornyet udbud har foretaget en ændring af Aftalernes grundlæggende elementer i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5, jf. nærmere punkt 6.1 med under-punkterne 6.1.1–6.1.2, der hver for sig og tilsammen begrundes, at den foretagne ændring skal identificeres som grundlæggende.

6.1 Grundlæggende ændring af Aftalerne

Frafaldet af Mindstekravet i forbindelse med indgåelsen af kontrakter under Aftalerne udgør en ændring af Aftalernes grundlæggende elementer, idet ændringen forrykker i) grundlaget for konkurrencen og ii) Aftalernes økonomiske balance, jf. punkt 6.1.1 og punkt 6.1.2.

Dette blev ligeledes fastslået af klagenævnet i kendelsen af 19. maj 2020 (Bilag 22) og kendelsen af 27. oktober 2020 (Bilag 23), hvor klagenævnet udtaler, at

"[...] mindstekravet [må] anses for egnet til at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud, og der er ikke grundlag for at fastslå, at dette på trods heraf ikke var tilfældet. Der er således tale om en væsentlig ændring, der dels "indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren", jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stykke 4, litra a, dels "ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for", jf. artikel 89, stk. 4, litra b. Sådanne ændringer kan ikke finde sted uden nyt udbud, jf. artikel 89, stk. 5." [vores fremhævning].

6.1.1 Ad i) Grundlaget for konkurrencen

Sagsøgerne fik – ved at frafalde Mindstekravet – adgang til at indgå Aftalerne med og tildele kontrakter under Aftalerne til leverandører, som ikke opfyldte Mindstekravet, og som derfor ikke kunne indgå kontrakterne, hvis ikke ændringen var sket.

På samme tid betyder det, at de sagsøgte–som havde indrettet sig med vogne, der opfyldte Mindstekravet, og som stod til at få tildelt flere kontrakter under Aftalerne–ikke fik tildelt kørselsopgaverne som forventet, som følge af fordyrede tilbudspriser.

Disse fordyrelser indebar konkret, at tilbuddene, som overholdt Mindstekravet, herunder de sagsøgte, var mindre konkurrencedygtige ved tildeling af ture i Planetsystemet. Dette understøttes ligeledes af de aktuelle tilbudsgiveres tilkendegivelser i klagesagen af 19. maj 2020, herunder sagsøgte og intervenienterne (Vojens Taxi og Servicetrafik ApS, samt Jacks).

Hertil kommer, at såfremt Mindstekravet ikke havde indgået i det oprindelige udbuds-grundlag for Aftalerne, havde andre leverandører, som ikke opfyldte Mindstekravet, også haft mulighed for at byde på opgaven.

Mindstekravet er således – som også fastslået af klagenævnet – egnet til generelt at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud.

Ved at foretage ændringen efter udbuddet gennemførelse, har sagsøgerne således uberettiget udelukket leverandører fra at deltage heri.

Hertil kommer, at sagsøgernes overtrædelser er sket *efter* kontrakttilde-ling, og at overtrædelserne udelukkende beror på sagsøgernes forhold, som de sagsøgte ikke har haft nogen mulighed for at indrette sig på, før afgivelsen af tilbud.

6.1.2 Ad ii) Kontrakternes økonomiske balance

For at leve op til Mindstekravet indeholdt de sagsøgte tilbud vogne, dersom ligeledes anført under påstandsdokumentets punkt 5.2.2.2, både i indkøb og i drift var forbundet med større omkostninger. Det medførte, at de sagsøgte tilbudspriser ligeledes var højere end tilsvarende leverandørers.

Det lægges til grund, at sagsøgerne valgte at frafalde Mindstekravet efter at have konstateret, at størstedelen af de udvalgte leverandører ikke kunne leve op til Mindstekravet. Sagsøgerne tilgodeså herved –i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed – de leverandører, der ikke opfyldte Mindstekravet.

Frafaldet af Mindstekravet medførte en ændring af Aftalernes økonomiske balance til fordel for de leverandører, der ikke levede op til Mindstekravet.

Leverandørerne kunne herefter levere sine ydelser uden at investere i større og dyrere vogne, der opfylder Mindstekravet, hvorved disse leve-

randører opnår en økonomisk fordel, som de oprindelige Aftaler ikke gav mulighed for.

6.2 Sagsøgernes subsidiære anbringende om, at Mindstekravet er uklart

Sagsøgernes subsidiære anbringender i replikkens punkt 4.4.2 må forstås sådan, at sagsøgerne nu mener, at Mindstekravet var uklart formuleret, og derfor ikke kunne håndhæves.

Anbringendet er nyt og på påfaldende vis ikke tidligere fremført, herunder i forbindelse med klagesagen – uanset at sagens oplysninger er uforandrede.

Det bemærkes, at sagsøgernes adfærd og argumentation – i forbindelse med såvel fastsættelsen af Mindstekravet, ændringen under Aftalernes forløb, afvisningen af de sagsøgte indsigelser og under klagesagen ved klagenævnet for udbud – kun kan udlægges som en forfægtelse af det modsatte synspunkt.

Af de grunde, som også er fremført ovenfor, bestrides det, at Mindstekravet fremstod uklart.

7 **De sagsøgte opfyldelse af Mindstekravet**

Spørgsmålet om de sagsøgte opfyldelse af Mindstekravet er irrelevant for pådømmelsen af sagsøgernes anerkendelsespåstand.

De sagsøgte fastholder desuagtet, at de sagsøgte opfylder Mindstekravet. Forholdet vil blive adresseret nærmere i en eventuel retssag om erstatningsspørgsmålet.

Sagsøgernes anbringender om dette forbehold ses i øvrigt at kollidere med de af sagsøgernes anbringender, som relaterer sig til Mindstekravets forståelse, jf. punkt 5.

8 **Sammenfattende anbringender**

De sagsøgte anbringender, som anført underpunkt 0-7, kan sammenfattes som følger:

- (01) Retten skal stadfæste klagenævnets kendelser af 19. maj 2020 (Bilag 22) og 27. oktober 2020 (Bilag 23), idet kendelserne må anses som materielt korrekte, herunder særligt under hensyn til, at der ikke er fremkommet nyt relevant sagsfaktum siden klagenævnets pådømmelse af sagerne.

- (02) Mindstekravet omfatter efter sin ordlyd transport af to kørestole af maksimal størrelse samtidigt. Andet kan ikke udledes af Mindstekravets formulering i FV6 Rammeaftalen og FG6 Kontrakten.
- (03) Sagsøgerne har uomtvisteligt foretaget en ændring af et grundlæggende element i Aftalerne, jf. navnlig skrivelsen af den 20. november 2019 (Bilag 21), samt ved at ændre administrationen af Mindstekravet i Planetsystemet, således at der løbende skete ulovlige direkte til delinger til leverandører, der ikke opfyldte Mindstekravet.

Sagsøgernes anbringender om, at der alene er tale om et frafald af forståelsen af Mindstekravet, samt at Mindstekravet viste sig uden praktisk relevans, savner logisk mening og tilsidesætter i det hele de grundlæggende retlige rammer for ændringer af en indgået, udbudspligtig kontrakt.

- (04) Frafaldet af Mindstekravet udgør en ændring af Aftalernes grundlæggende elementer, idet de indfører betingelser, som kunne give adgang for andre potentielle tilbudsgivere, og i øvrigt forrykkede kontraktens økonomiske balance til fordel for de tilbudsgivere, som ikke opfyldte Mindstekravet.

”

Parterne har under hovedforhandlingen nærmere redegjort for deres opfattelse af sagen.

Rettens begrundelse og resultat

Vedrørende kravet om vognstørrelse

Trafikselskaberne har udfærdiget udbudsbetingelserne for Flex garantikørsel, FG6, og har i den forbindelse fastsat et mindstekrav til biler af vogntype 5 og 6. Mindstekravene skal fortolkes i lyset af EU-rettens principper om gennemsigtighed og ligebehandling.

Af kravene til vogntype 5 og 6 fremgår det, at der skal være plads til kørestole med en maksimal størrelse (inkl. bruger) på 145 cm x 80 cm (længde x bredde), og at "[d]er skal være plads til mindst 2 kørestole". Retten finder, at dette naturligt sprogligt må forstås således, at der skal være plads til 2 kørestole af maksimal størrelse, idet kravene i sammenhængen naturligt læses i forlængelse af hinanden.

Trafikselskabernes anbringende om, at der kun behøver at være plads til én kørestol af maksimal størrelse, og at Alsvognen var bekendt med dette, idet man kendte til spørgsmål og svar i forbindelse med udbud FV5, kan ikke føre til an-

det resultat, idet spørgsmål/svar fra FV5 ikke var en del af udbudsmaterialet ved FV6 og FG6, og idet udbudsmaterialet skal bedømmes særskilt for hvert udbud. Det skal hertil bemærkes, at nye bydere ikke forventes at være bekendt med spørgsmål/svar fra tidligere udbud.

Vedrørende ændring af mindstekrav

Efter skriftveksling af 16. august 2019 mellem Allan Thomasen og leder af kontrakt og jura, Helle Skjødt Jørgensen, FynBus, om, at trafikskaberne ikke kunne lukke samtlige vogne, som var for små til at køre med 2 store kørestole samtidig, sammenholdt med trafikskaberens mails af 22. august 2019 fra Helle Skjødt Jørgensen til Allan Thomsen samt mail 13. september 2019 fra direktør Carsten Hyldborg til Paul Erik Düring Pedersen, har trafikskaberne de facto frafaldet mindstekravet.

Ændringen af mindstekravet til vognstørrelsen er en væsentlig ændring af aftalens økonomiske balance til fordel for nogle potentielle tilbudsgivere i forbindelse med udbuddet på en måde som ikke er fastsat i de oprindelige tilbudsbetingelser.

Alsvognen I/S, Betina Thomsen og Allan Peter Gramstrup Thomsens frifindelsepåstand tages derfor til følge.

Sagsomkostninger

Efter sagens resultat skal trafikskaberne betale sagens omkostninger.

Retten bestemmer af FynBus, Sydtrafik og Midttrafik in solidum inden 14 dage skal betale 75.000 kr. i sagsomkostninger til Statskassen.

Retten har ved fastsættelsen af sagens omkostninger lagt vægt på, at sagen har en værdi på 3 millioner kroner, og at sagen er sambehandlet med sagen Trafikskaberne mod Paul Erik Düring Pedersen (BS-47764/2020-SVE).

THI KENDES FOR RET:

Alsvognen I/S, Betina Thomsen og Allan Peter Gramstrup Thomsen frifindes.

FynBus, Sydtrafik og Midttrafik in solidum til Statskassen betale sagsomkostninger med 75.000 kr.

Beløbene skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne bliver forrentet efter rentelovens § 8 a.



Vejledning

Retten har afsagt dom i sagen.

Hvis du er utilfreds med afgørelsen, kan du som udgangspunkt anke (klage over) dommen til landsretten. Hvis du kun er utilfreds med dommens afgørelse om sagsomkostninger, kan du kære (klage over) denne del af afgørelsen til landsretten.

Ikke alle afgørelser kan ankes eller kæres

Du kan kun anke dommen, hvis forskellen mellem byrettens dom og det resultat, du ønsker at opnå i landsretten, er over 20.000 kr. Hvis forskellen er mindre, skal du have tilladelse fra Procesbevillingsnævnet for at anke.

Landsretten kan afvise at behandle en ankesag, hvis landsretten vurderer, at der ikke er udsigt til, at sagen vil få et andet udfald i landsretten.

Du kan kun kære afgørelser om sagsomkostninger, hvis omkostningsbeløbet er fastsat til mere end 20.000 kr., eller hvis retten har bestemt, at ingen af parterne skal betale sagsomkostninger, og du kræver, at modparten skal betale mere end 20.000 kr. I andre situationer kan du kun kære omkostningsafgørelsen, hvis du får tilladelse fra Procesbevillingsnævnet.

Frister for at anke og kære

Fristen for at anke er **4 uger** fra dommens dato. Hvis du ikke kan anke uden en tilladelse fra Procesbevillingsnævnet, skal du indlevere en ansøgning til Procesbevillingsnævnet inden **4 uger**.

Fristen for at kære omkostningsafgørelsen er **2 uger** fra dommens dato. Hvis du ikke kan kære afgørelsen uden tilladelse fra Procesbevillingsnævnet, skal du indlevere en ansøgning til Procesbevillingsnævnet inden **2 uger**.

Sådan gør du, hvis du vil anke eller kære

Du kan anke dommen på minretssag.dk ved at trykke på knappen "Opret appel" og derefter vælge "Anke" og følge vejledningen. Hvis du vil kære omkostningsafgørelsen, skal du vælge "Kære" og følge vejledningen.

Hvis du søger om tilladelse til anke eller kære hos Procesbevillingsnævnet, skal du indlevere din ansøgning til Procesbevillingsnævnet. Du kan ikke indlevere

ansøgningen på [minretssag.dk](https://www.minretssag.dk).

Du kan læse mere på [domstol.dk](https://www.domstol.dk).

Publiceret til portalen d. 12-05-2022 kl. 13:02

Modtagere: Sagsøger Sydtrafik, Sagsøger Midttrafik, Advokat (L) Povl Nick
Bronstein, Sagsøger Fynbus, Advokat (L) Anders Nørgaard Jensen,
Sagsøgte Allan Peter Gramstrup Thomsen, Sagsøgte Betina Thomsen,
Advokat (L) Lotte Hummelshøj, Sagsøgte Alsvognen I/S