

Klagenævnet for Udbud

(Morten Juul Nielsen, Dorthe Kristensen Balshøj)

J.nr.: 25/03181

17. december 2025

K E N D E L S E

KONE A/S

(advokat Nick Bronstein, København)

mod

DSB

(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 26183-2025 af 13. januar 2025 udbød DSB som udbud med forhandling med forudgående indkaldelse af tilbud efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en landsdækkende rammeaftale om teknisk vedligehold af elevatorer, rulletrapper og handicap-lifte.

KONE A/S havde ikke indgivet ansøgning om prækvalifikation, da fristen herfor udløb den 13. februar 2025.

Den 4. april 2025 indgav KONE klage til Klagenævnet for Udbud over DSB.

Udbuddet var på daværende tidspunkt ikke afsluttet.

DSB modtog kun tilbud fra TK Elevator Denmark A/S (herefter ”TK Elevator”), og den 24. juni 2025 besluttede DSB at indgå kontrakt med TK Elevator. Kontrakt blev herefter indgået den 30. juni 2025.

Klagenævnet har ved kendelse af 14. juli 2025 truffet afgørelse om, at klagen ikke afvises.

KONE har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har handlet i strid med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 samt udbudslovens § 160 ved at anvende en sekundær evalueringsmodel for pris, (a) der er i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, og/eller (b) hvor parametrene i evalueringsmodellen afhænger af de indkomne tilbud på en måde, der beror på DSB's vurdering efter åbning af tilbuddene.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har handlet i strid med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at anvende en evalueringsmodel for kvalitet, der indebærer, at DSB evaluerer på tilbudsgivernes evne til at opfylde allerede fastsatte krav i kravspecifikationen.

Påstand 3 a

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 og artikel 69 ved ikke at have angivet fastsatte egnethedskrav til teknisk og faglig formåen i udbudsbekendtgørelsen, men alene i det øvrige udbudsmateriale.

Påstand 3 b

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at have foretaget en ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet efter udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere DSB's beslutning om at tildele TK Elevator den udbudte rammeaftale, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 5

Klagenævnet skal erklære rammeaftalen mellem DSB og TK Elevator for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1.

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

Klagenævnet har den 26. august 2025 meddelt DSB's kontraktpart, TK Elevator, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

TK Elevator har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen bl.a.:

"2.1 Procedure

Titel: Udbud på Service og Vedligehold af DSB's elevatorer, rulletrapper og lifte

Beskrivelse: Formålet med dette udbud er at etablere en landsdækkende rammeaftale på teknisk vedligehold af elevatorer, rulletrapper og handicaplifte. Aftalen vedrører drift og vedligehold af elevatorer, rulletrapper og handicaplifte samt udførelse af projekter herunder også levering af materialer og reservedele. ...

Udbudsprocedure: Udbud med forhandling/indkaldelse af tilbud med forudgående offentliggørelse

...

2.1.3. Værdi

Anslået værdi eksklusiv moms: 659 000 000,00 DKK

Rammeaftalens maksimumværdi: 712 000 000,00 DKK

...

5.1.9. Udvalgelseskriterier

Kriterium:

Type: Økonomisk og finansiell formåen

Navn: Ansøgerens samlede årlige omsætning i de tre (3) seneste tilgængelige regnskabsår
Beskrivelse: Som minimumskrav kræves en samlede årlig omsætning på mindst DKK 150 mio. beregnet som et gennemsnit over de tre (3) seneste tilgængelige regnskabsår. ...

Anvendelse af dette kriterium: Anvendt.

Kriterium:

Type: Økonomisk og finansiell formåen

Navn: Ansøgerens soliditetsgrad i de tre (3) seneste tilgængelige regnskabsår
Beskrivelse: Som minimumskrav kræves en Soliditetsgrad på

mindst 20% beregnet som et gennemsnit over de tre (3) seneste tilgængelige regnskabsår. ...

Anvendelse af dette kriterium: Anvendt.

Kriterium:

Type: Økonomisk og finansiell formåen

Navn: Ansøgerens EBIT-margin i de tre (3) seneste tilgængelige regnskabsår

Beskrivelse: Som minimumskrav kræves en EBIT-margin på mindst 2% beregnet som et gennemsnit over de tre (3) seneste tilgængelige regnskabsår. ...

Anvendelse af dette kriterium: Anvendt.

Kriterium:

Type: Egnethed til at udøve det pågældende erhverv

Navn: For så vidt angår tjenesteydelseskontrakter: særlig autorisation er nødvendig

Beskrivelse: Er det nødvendigt med en særlig autorisation for at kunne udføre den pågældende tjenesteydelse i den økonomiske aktørs etableringsland?

Anvendelse af dette kriterium: Ikke anvendt

Kriterium:

Type: Teknisk og faglig formåen

Navn: For så vidt angår tjenesteydelseskontrakter: udførelse af tjenesteydelser af den anførte type

Beskrivelse: Kriterier for udvælgelse blandt de egnede ansøgere: Såfremt der er flere end 3 ansøgere, der opfylder minimumskravene til økonomisk og finansiell formåen, vil DSB udvælge op til 3 ansøgere på baggrund af ansøgernes referencer. Såfremt DSB ikke modtager tre eller flere ansøgninger, der lever op til minimumskravene for egnethed, vil det antal ansøgere, som lever op til minimumskravene for egnethed, blive prækvalificeret uden yderligere udvælgelse. ...”

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”2. UDBUDSMATERIALET

...

Såfremt tilbudsgiverne identificerer forhold i udbudsmaterialet, som forekommer uhensigtsmæssige, herunder forhold som vurderes at udgøre væsentlige risiko- eller omkostningsfaktorer eller er forretningsmæssigt uhensigtsmæssige, opfordres tilbudsgiverne til at anvende skemaet i Bilag D og indlevere det sammen med det indledende tilbud og eventuelle

efterfølgende indledende tilbud. Tilbudsgiverne bør i skemaet begrunde, hvorfor det/de pågældende forhold er identificeret som væsentlige risiko- eller omkostningsfaktorer eller er forretningsmæssigt uhensigtsmæssige. Tilbudsgiverne bedes tillige foreslå alternativer hertil.

Eventuelle ændringer af udbudsmaterialet vil blive meddelt til alle tilbudsgivere, der deltager i udbuddet, via det elektroniske udbudssystem.

...

7. VURDERING AF TILBUD

Vurderingen af de endelige tilbud foretages som beskrevet i Bilag A.”

I bilag A til udbudsmaterialet (”Tilbudsevalueringen”) er anført bl.a.:

”1. TILDELINGSKRITERIET

Tildelingskriteriet er bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Ordregiver vil i den forbindelse lægge følgende underkriterier til grund:

1) Vurdering af underkriteriet **Pris (50 %)**

bedømt på grundlag af den samlede evalueringstekniske pris.

Evalueringen af underkriteriet ”Pris” vil blive bedømt på grundlag af den evalueringstekniske pris. Der afgives én (1) evalueringsteknisk pris.

Den evalueringstekniske pris beregnes ud fra tilbudspriser, der er volumenafhængige. Den evalueringstekniske pris er således et udtryk for DSB’s bedste estimat af opgavevolumen for de enkelte ydelser multipliceret med tilbudsgivers angivne enhedspriser i B01.D – Tilbudsliste.

Fanen P1 – Implementering i B01- tilbudslisten er på forhånd fastsat til 500.000 DKR ekskl. Moms. Denne post indgår derfor ikke i den evalueringstekniske pris.

Den anslåede opgavevolumen er baseret på et estimat af forventningen til den fremtidige opgavevolumen. Opgavevolumen er således ikke et udtryk for eller løfte om den fulde fremtidige omsætning, men udgør alene udbuddets økonomiske konkurrencegrundlag.

Tilbudsgiver skal udfylde og fremsende vedlagte bilag B01.D - Tilbudsliste, i henhold til retningslinjerne i bilaget.

Alle priser skal angives i danske kroner ekskl. moms (men inkl. evt. øvrige afgifter).

2) Vurdering af underkriteriet **Kvalitet (50 %)**

Bedømt på grundlag af følgende delkriterier:

Delkriterie 1: Bemanding og Opgaveløsning (Vægtning 70%)

Evalueringen af delkriteriet er baseret på tilbudsgivers besvarelse af ”Service beskrivelse” jf. bilag A01., afsnit 2.

- A01 – Evalueringskrav

Delkriterie 2: Implementering (Vægtning 30%)

Evalueringen af delkriteriet er baseret på tilbudsgivers besvarelse af ”Opgaveløsning” jf. bilag A01., afsnit 3.

- A01 – Evalueringskrav

Procentsatserne angiver de enkelte underkriteriers vægt i tilbudsevalueringen. Delkriterierne under hvert underkriterie vægter med den angivne vægt.

2. EVALUERINGSMETODE – POINTMODEL MED ØKONOMISK RAMME

2.1 Introduktion

Med henblik på at vurdere hvilket tilbud der har det bedste forhold mellem pris og kvalitet, benytter ordregiver en pointmodel med økonomisk ramme.

Pointmodellen baserer sig på en sammenstilling af det samlede vægtede antal point, som tilbuddene har opnået i henhold til underkriterierne ”Pris” og ”Kvalitet”.

Det tilbud, der har opnået det højeste antal point, anses for at have tilbudt det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Pointmodellen er beskrevet nærmere i de følgende afsnit.

2.2 Point for det økonomiske underkriterie

Med hensyn til det økonomiske underkriterie "Pris" vil hvert tilbud blive tildelt point i henhold til en økonomisk ramme. Vurderingen vil blive foretaget på baggrund af en evalueringsteknisk pris, som opgøres som anført i punkt 1.

Den økonomisk ramme udgør laveste pris + 50%.

Det konditionsmæssige tilbud med den laveste evalueringstekniske pris tildeles det højeste antal point på pointskalaen (maksimumpoint).

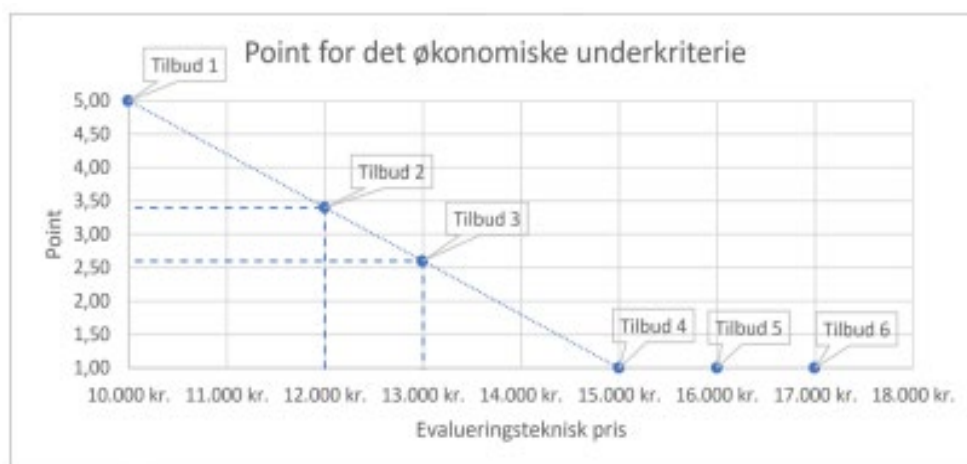
Tilbud med en evalueringsteknisk pris, der præcis svarer til summen af laveste pris og den økonomiske ramme eller overstiger denne sum, tildeles det mindste antal point på pointskalaen (minimumpoint).

Tilbud med en evalueringsteknisk pris, der ligger inden for den økonomiske ramme, tildeles point ved lineær interpolation:

$$\text{Point ved lineær interpolation} = \text{Maksimumpoint} - \left(\frac{(\text{maksimumpoint} - \text{minimumpoint})}{\text{hældningsgrad}} \right) \cdot \frac{(\text{tilbuddets pris} - \text{laveste pris})}{\text{laveste pris}}$$

I formelen er *tilbuddets pris* udtryk for den evalueringstekniske pris på det pågældende tilbud, der ved brug af formelen tildeles point ved lineær interpolation, *laveste pris* er udtryk for den evalueringstekniske pris på det konditionsmæssige tilbud med den laveste pris, og *hældningsgrad* er udtryk for det tillæg til laveste pris, som den økonomiske ramme er baseret på.

Nedenstående graf illustrerer, hvordan ordregiver tildeler point i henhold til pointmodellen med økonomisk ramme.

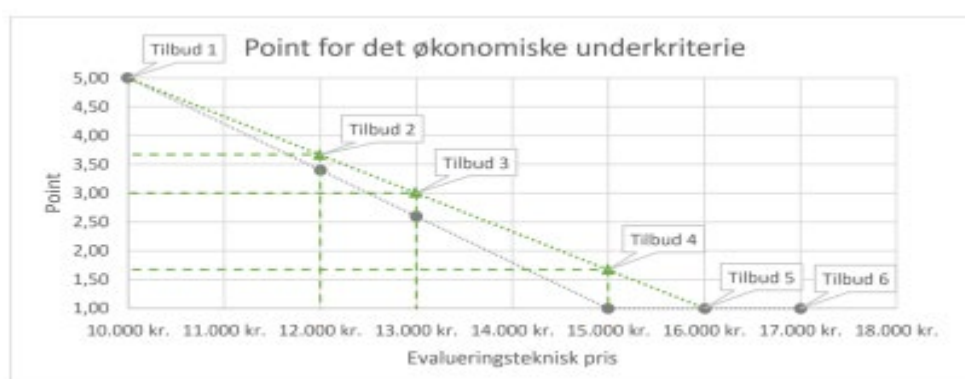


I eksemplet udgør den økonomiske ramme 15.000 kr. (laveste pris + 50 % = 10.000 kr. + 5.000 kr.).

2.2.1 Korrektionsmodel

Hvis ét eller flere tilbud ligger uden for den økonomiske ramme, og det tilbud, der samlet står til at opnå det højeste totale antal point for pris og kvalitet, er blandt disse, så udvides den økonomiske ramme til og med prisen på det pågældende tilbud. Herefter foretages der en fornyet tilde-
ling af point i henhold til den nye økonomiske ramme.

Nedenstående graf illustrerer, hvordan ordregiver foretager en fornyet til-
deling af point, når denne korrektionsmodel finder anvendelse.



I eksemplet er den økonomiske ramme blevet udvidet, idet Tilbud 5 ligger uden for den økonomiske ramme og står til at opnå det højeste totale antal point for pris og kvalitet. Korrektionen bevirker, at den økonomiske ramme (i eksemplet laveste pris + 50 %) udvides til og med prisen på Tilbud 5. Den økonomiske ramme udgør herefter 16.000 kr., hvilket svarer til en hædningsgrad på 60 %.

2.3 Point for det kvalitative underkriterie

Med hensyn til de kvalitative kriterier vil hvert tilbud blive tildelt point i henhold til en kvalitativ bedømmelse.

Den kvalitative bedømmelse vil blive foretaget for hvert delkriterie, der hører under det kvalitative underkriterie. Den kvalitative bedømmelse vil blive foretaget i overensstemmelse med evalueringsgrundlaget, der knytter sig til det pågældende delkriterie, jf. punkt 1.

Den kvalitative bedømmelse vil basere sig på følgende sproglige skala:

- Fremragende (10 point)
- Særdeles tilfredsstillende (9 point)
- Meget tilfredsstillende (8 point)
- Over tilfredsstillende (7 point)
- Lidt over tilfredsstillende (6 point)

- Tilfredsstillende (5 point)
- Lidt under tilfredsstillende (4 point)
- Under tilfredsstillende (3 point)
- Mindre tilfredsstillende (2 point)
- Ikke tilfredsstillende (1 point)

Sammen med den kvalitative bedømmelse vil ordregiver tildele det antal point, der svarer til bedømmelsen på den sproglige skala. Der tildeles hele point, og der gives således ikke point med decimaltal.

Det antal point, som tildeles i henhold til et delkriterie, indgår sammen med vægtningen af delkriteriet i beregningen af det samlede antal point for det kvalitative underkriterie, som delkriteriet hører under.

Den samlede antal point for det kvalitative underkriterie beregnes ved hjælp af følgende formel:

$$\text{Point for underkriterie} = \frac{\left(\frac{\text{Point for delkriterie 1} \times}{\text{Vægt af delkriterie 1}} \right) + \left(\frac{\text{Point for delkriterie 2} \times}{\text{Vægt af delkriterie 2}} \right)}{\text{Summen af vægtene for delkriterierne}}$$

På underkriterie-niveau kan det samlede antal point udgøre et decimaltal. Dette decimaltal afrundes ikke ved identifikationen af det tilbud, som har det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

2.4 Identifikation af tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet

Afslutningsvis udregnes det samlede antal point for hvert tilbud.

Det samlede antal point udgør summen af det vægtede antal point for hvert underkriterie og beregnes ved hjælp af følgende formel:

$$\text{Samlet antal point} = \left(\frac{\text{Point for underkriterie 1} \times}{\text{Vægt af underkriterie 1}} \right) + \left(\frac{\text{Point for underkriterie 2} \times}{\text{Vægt af underkriterie 2}} \right)$$

Det samlede antal point afrundes ikke.

Det tilbud, der har opnået det højeste samlede antal point, anses for at have tilbudt det bedste forhold mellem pris og kvalitet.”

Af bilag B01 til udbudsmaterialet (”Hovedbilag”) fremgår:

”...

3.2.1. Serviceniveauer

Leverandøren er forpligtet til at reagere på og afhjælpe Funktionsudfald og andre Ikke-planlagte opgaver, der visiteres til Leverandøren fra DSB's Servicecenter.

Leverandøren skal reagere, afhjælpe og udføre opgaverne i henhold til responstiderne for det enkelte anlæg jf. nedenstående.

Alle anlæg og opgaver tilhører en kritikalitetskategori (K0-K9).

For hver kategori (K0-K9) er der varierende responstider og åbningstider. Responstid skal forstås som tiden fra Leverandørens modtagelse af opgavebestillingen til det tidspunkt, hvor Leverandøren ankommer på opgavelokaliteten. Der gøres særligt opmærksom på, at kritikalitet K0 kun anvendes i forbindelse med fastsiddende personer i elevatorer, uanset det pågældende anlægs kritikalitet.

Disse kategorier er angivet i nedenstående tabel:

Kritikalitet	Enhed	K0	K1	K2	K3	K4	K5	K6	K7	K8	K9
Responstid (ankomst)	Timer*	0,5	2	7	1,5	3,5	7	12	16	56	80
Vurdering af projektomfang	Timer*	n/a	8	8	8	8	8	8	8	8	8
Tilbudsafgivning (store projekter)	Hverdage	n/a	10	10	10	10	10	10	10	10	10
Udførelsestid (små projekter)	Hverdage	n/a	10	10	10	10	10	10	10	10	10
Udførelsestid (store projekter)	Hverdage	n/a	jf. aftalt tidsplan i godkendt projektbeskrivelse								
Åbningstid hverdage	Klokkeslæt	00-24	00-24	00-24	07-21	07-21	07-21	07-21	07-15	07-15	07-15
Åbningstid weekend/helligdage	Klokkeslæt	00-24	00-24	00-24	08-15	08-15	08-15	08-15	08-15	08-15	Lukket

...

Af bilag A1 til udbudsmaterialet ("Evalueringskrav") fremgår:

...

2. Bemanding og opgaveløsning

Tilbudsgiver bedes i deres besvarelse for nærværende evalueringskrav udfylde afsnit 2.3.

Besvarelsen skal baseres på afsnit 2.1. og 2.2., og ved Tilbudsgiverens besvarelse vil DSB i evalueringen lægge vægt på de elementer og forhold, som fremgår af afsnit 2.2.

2.1 Bemanding og opgaveløsning

Tilbudsgiver bedes beskrive den allokerede bemanding samt kompetencer i henhold til levering af Ydelserne omfattet af Bilag B01 - Hovedbilag samt bilag B01.E – Projekter.

Herudover bedes Tilbudsgiver beskrive, hvorledes opetider og responstider kan efterleves i hele landet på tværs af de enkelte anlægstyper omfattet af bilag B01 – Hovedbilag samt Bilag B01.U1 – B01.U15.

2.2. Positiv vægtning

Det vægtes positivt, at Tilbudsgiver kan demonstrere at bemanningen har de fornødne kompetencer og ressourcer til at efterleve kravene i ovennævnte bilag. Ligeledes at vægter det positivt at beskrivelsen er detaljeret.

Det vægtes positivt, at Tilbudsgiver kan demonstrere en plan for at sikre en høj opetid på DSB's anlæg, herunder minimering af funktionsudfald. Det vægtes dertil positivt at tilbudsgiver kan demonstrere en detaljeret og realistisk plan for efterlevelse af responstider.

...

Af bilag B01.B til udbudsmaterialet ("Jernbanesikkerhed") fremgår bl.a.:

"1. Generelt

Ydelser, omfattet af den nærværende aftale, leveres på lokaliteter, som er omfattet af regler for Jernbanesikkerhed (JBS).

Leverandøren skal derfor til enhver tid sikre, at alle JBS-relaterede ydelser leveres i fuld overensstemmelse med den til enhver tid gældende lovgivning, samt under alle relevante forskrifter og regler.

Leverandøren skal som udgangspunkt levere ydelser med Jernbanesikkerhedsmæssigt indhold indenfor Banedanmarks ydelseskategori 1: "Jernbanesikkerhedsmæssige ydelser (JBS-ydelser)".

Leverandøren skal derudover efterleve krav i den til enhver tid gældende version af "DS21001 Ledelsessystem for Jernbanesikkerhed - Infrastrukturarbejde – Krav" (DS21001). Leverandøren skal til enhver tid efterleve DSB's sikkerhedsledelsessystem.

Der kræves DS21001-certifikat for den del af leverandørens organisation eller den underleverandør, som leverer JBS-ydelser.

DSB auditerer som udgangspunkt leverandører årligt.

...

2. Leverandørens medarbejdere og organisation

Alle personer, der leverer JBS-ydelser under den nærværende kontrakt, skal opfylde de til enhver tid gældende kompetencekrav, der stilles af en infrastrukturforvalter til den givne funktion som personen udfører, herunder leve op til kravene til uddannelse, certificeringer, licenser, samt

helbredsgodkendelser, som er i den gældende version af DS21001. Kravene skal være opfyldt ved opgavens igangsættelse samt i hele kontraktens løbetid.

Ved udførelse af alle opgaver på områder, omfattet af regler for Jernbanesikkerhed, skal Leverandøren og dennes personale til enhver tid overholde reglerne for ophold, færdsel og arbejde i sporet, herunder de trafikale regler (SR, ORF, ORS) samt have bestået kurset ”Pas på, på banen”.
...

Udbudsmaterialet omfatter bl.a. 15 underbilag med tekniske kravspecifikationer, bilag B01.U1-15, der berører en række konkrete elementer i den udbudte leverance. På tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsmaterialet havde pkt. 6 og 7 i de pågældende bilag følgende ordlyd:

”6. Grundlag

Følgende kriterier skal opfyldes ved levering af elevatorer og elementer til elevatorer:

Prækvalifikationstest

- Reservedele: Der skal garanteres support og levering af gængse reservedele i en periode på 15 år efter levering. Reservedele skal kunne leveres inden for 24 timer for at sikre minimal nedetid.

Erfaring med Jernbanesikkerhed

- Dokumentation: Tilbudsgiver skal dokumentere tidligere erfaring med sikkerhedsarbejde inden for jernbanesektoren, inklusive deltagelse i sikkerhedsprojekter, risikovurderinger og implementering af sikkerhedsforanstaltninger.
- Årlig sikkerhedsinstruks: Der skal afholdes en årlig sikkerhedsinstruks for alle medarbejdere involveret i jernbaneprojekter.
- Sikkerhedsrepræsentant (SR): En sikkerhedsrepræsentant skal udpeges for at overvåge og sikre, at alle sikkerhedsforanstaltninger overholdes, og fungere som kontaktpunkt for sikkerhedsrelaterede spørgsmål.

Yderligere ansvar:

- Leverandør har ansvar for at indhente myndighedsgodkendelser.
- Leverandør skal stå inde for at ydelsen passer ind i det eksisterende system.
- Leverandøren skal sikre sig at kravene for at komponenterne står ved jernbaner jf. [nærmere anførte DS/EN-standarder].

7. Love, regler og standarder

Overordnet for alle områder af elevatoren gælder Maskindirektivet (2006/42/EF), og heraf afledte standarder listet herunder.

...

Den 30. januar 2025 stillede KONE følgende spørgsmål til DSB:

”Tilbudsgiver har nogle spørgsmål omkring prækvalifikation.

1. Hvor i udbudsmaterialet fremgår det, hvilke krav der skal opfyldes for at blive prækvalificeret til at afgive et indledende tilbud og deltage i forhandlingsfasen? Vi kan ikke finde denne information i udbudsbetingelserne.

2. Hvor mange års omsætning skal oplyses?

3. Hvad er minimums kravet for antal Referencer?”

Hertil svarede DSB:

”1. Det fremgår af Udbudsbekendtgørelsen, afsnit om Udvælgelseskriterier

2. Det fremgår af Udbudsbekendtgørelsen, afsnit om Udvælgelseskriterier

3. Der er ikke minimumskrav for referencer, men ordregiver vil alene tage 3 referencer i betragtning til brug for udvælgelsen”

I mail af 17. februar 2025 meddelte KONE DSB, at virksomheden som følge af sygdom hos nøglepersoner havde overset fristen for ansøgning om prækvalifikation.

Af brev af 7. marts 2025 fra KONE til DSB fremgår bl.a.:

”KONE har identificeret en række forhold, som efter KONEs opfattelse hver for sig og tilsammen medfører, at udbuddet ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Forholdene er beskrevet nedenfor under punkt 1 – 3.

KONE har stor interesse i et samarbejde med DSB om den udbudte rammeaftale og anerkender det store arbejde, der tydeligvis er lagt i tilblivelsen af udbudsmaterialet. KONE har på denne baggrund besluttet at gøre DSB opmærksom på de identificerede forhold med henblik på at **DSB kan annullere udbuddet og genudbyde rammeaftalen på nye vilkår, som kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.**

...

3 Egnethedskrav ikke beskrevet i udbudsbekendtgørelsen

Vi har noteret os, at DSB har anført følgende krav til tilbudsgivernes egnethed i kravspecifikationerne i bilag B01.U1 – B01.U15:

”Tilbudsgiver skal dokumentere tidligere erfaring med sikkerhedsarbejde inden for jernbanesektoren, inklusive deltagelse i sikkerhedsprojekter, risikovurderinger og implementering af sikkerhedsforanstaltninger.”

Egnethedskravet er imidlertid ikke anført i udbudsbekendtgørelsen.

Det følger af fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, at egnethedskrav, der ikke er angivet i udbudsbekendtgørelsen, indebærer annullation af ordregivers tildelingsbeslutning, jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2024, *Cura Pleje ApS mod Frederiksberg Kommune*, og kendelse af 24. juli 2018, *Albertslund Tømrer og Snedker A/S*.

Vi noterer os i øvrigt, at egnethedskravet ikke falder ind under den udtømmende liste over dokumentation, som ordregivere kan kræve fremlagt som bevis på ansøgers eller tilbudsgivers tekniske og faglige formåen i udbudslovens § 155. DSB kan derfor end ikke stille det pågældende egnethedskrav til ansøgernes tekniske og faglige formåen.”

Af DSB's svar i mail af 19. marts 2025 fremgår bl.a.:

”DSB vil indledningsvis takke for dit brev af 7. marts 2025 på vegne af KONE A/S, som desværre ikke afleverende en ansøgning om prækvalifikation indenfor fristen. Vi har nøje gennemgået brevet, dine observationpunkter og gennemgået udbudsmaterialet på denne baggrund, men vi er ikke enige i de tre punkter, hvilket vi kort vil uddybe i det følgende.

...

Egnethedskrav

DSB er enige i, at der i kravspecifikationerne i bilagene B01.U1 - B01.U15 er anvendt sprogbrugen ”tidligere erfaring” omkring nogle af de krav, der angår udførelsen af ydelser under kontrakten. Der er dog ikke tale om, at det er egnethedskrav eller at det i øvrigt er et forhold, som angår tilbudsgivernes ”udbudsretlige egnethed”. Grundlæggende er der blot tale om en ”uheldig sprogbrug” i det tekniske materiale, som DSB for en god ordens skyld vil berigtige.

Når man læser kravspecifikationerne i deres helhed - herunder afsnit 6 (Grundlag) - så fremstår det helt tydeligt, at der er tale om kravene til ydelsen. Helt lavpraktisk regulerer afsnittet, at de udførende medarbejdere skal kunne håndtere de lidt særlige forhold, som gælder, når man arbejder tæt på jernbanetrafik. Både dette afsnit 6 og det efterfølgende afsnit 7 (Love, regler og standarder) - knytter sig således til grundlaget

for ydelsernes udførelse. Det er naturligvis ærgerligt, at sprogbrugen her ikke har været præcis, men det gør ikke forholdet til et udbudsretligt problem, og derfor er vi ikke enige i dit tredje observationspunkt.

DSB's påtænkte handlinger

DSB takker endnu engang for dit brev og KONE A/S' interesse. DSB's gennemgang af udbudsmaterialet har foranlediget, at der vil blive foretaget enkelte præciseringer i udbudsmaterialet."

DSB ændrede herefter pkt. 6 i bilag B01.U1-15, således at overskriften "Erfarings med Jernbanesikkerhed" blev ændret til "Jernbanesikkerhed" og første bulletpunkt herunder herefter havde følgende ordlyd:

"...

- Leverandøren skal overholde regler for sikkerhedsarbejde inden for jernbanesektoren inklusive deltagelse i sikkerhedsprojekter, risikovurderinger og implementering af sikkerhedsforanstaltninger.

..."

Som anført modtog DSB kun tilbud fra TK Elevator, som DSB den 24. juni 2025 besluttede at indgå kontrakt med. Kontrakten blev indgået den 30. juni 2025.

DSB nedlagde i svarskriftet påstand om afvisning, idet KONE efter DSB's opfattelse ikke havde den fornødne retlige interesse i klagenævnets behandling. Efter i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2, at have besluttet foreløbigt at begrænse skriftvekslingen til spørgsmålet herom, traf klagenævnet ved kendelse af 14. juli 2025 afgørelse om, at klagen ikke afvises.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

KONE har gjort gældende, at en ordregiver i medfør af udbudslovens § 160, stk. 1, i udbudsmaterialet skal fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen, og at parametre, der afhænger af de indkomne tilbud, skal være entydigt fastlagt og beskrevet på forhånd. Parametrene i evalueringsmodellen må endvidere ikke afhænge af ordregiverens valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.

I medfør § 15 i bekendtgørelse nr. 1078 af 29. juni 2022 (implementeringsbekendtgørelsen) finder udbudslovens § 160 også anvendelse ved udbud gennemført i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Den blotte offentliggørelse af en ulovlig evalueringsmodel indebærer en overtrædelse af § 160, uanset om modellen bringes i spil. Det er som følge heraf uden betydning, at korrektionsmodellen ikke har været anvendt.

DSB har i relation til prisevalueringen anvendt en toleddet evalueringsmodel i form af en ordinær model og en sekundær model. Sidstnævnte benævner DSB ”korrektionsmodellen”.

Korrektionsmodellen aktiveres, hvis det tilbud, der i første omgang står til at vinde, har en pris, der overstiger den fastsatte hældningsgrad på 50 % (”den økonomiske ramme”). Korrektionsmodellen indebærer en justering af hældningsgraden med tilbagevirkende kraft, derved at den økonomiske ramme udvides til at omfatte det tilbud, der ellers står til at vinde. I dette tilfælde skal der foretages en fornyet tildeling af point for underkriteriet ”Pris” i henhold til den nye økonomiske ramme.

Denne justering giver dog ikke det dyrere tilbud, der står til at vinde, ekstra point, da prisen for dette tilbud i stedet bliver den nye øvre grænse for den økonomiske ramme. Dette tilbud opnår således (fortsat) nul point for ”Pris”. Det er derimod alene tilbud med en lavere evalueringsteknisk pris, der opnår flere point ved brug af korrektionsmodellen. Som følge heraf kan et tilbud, der ellers ville have vundet, tabe udelukkende på grund af denne justering, der foretages efter, at evalueringen er gennemført, til trods for at ingen af tilbuddene har ændret sig.

Korrektionsmodellen tager heller ikke, som ellers hævdet af DSB, den fulde økonomiske spredning i tilbuddene i betragtning, idet den økonomiske ramme kun udvides til og med det oprindeligt vindende tilbud. Der kan således fortsat være tilbud, der ligger uden for den økonomiske ramme.

Korrektionsmodellen indebærer en efterfølgende ændring af evalueringsgrundlaget, der alene aktiveres, fordi en bestemt tilbudsgiver står til at vinde med et tilbud, der overstiger den økonomiske ramme for evalueringen (laveste pris + 50 %), og med den virkning, at alle andre tilbud inden for den økonomiske ramme, men ikke det oprindeligt vindende, opnår flere point.

Tilbuddene evalueres dermed på uigennemsigtig vis og ikke efter ensartede betingelser, hvilket udgør en klar overtrædelse af de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Korrektionsmodellen anvendes reelt til at forskyde den oprindelige vægtning af pris og kvalitet bagudrettet og alene til fordel for visse tilbudsgivere, hvilket er uforeneligt med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt formålet med udbudslovens § 160 om at sikre en entydig og forudsigelig pointtildeling.

Korrektionsmodellen er endvidere koblet op på den kvalitative evaluering af tilbuddene, derved at modellen kun aktiveres, hvis et tilbud, der overstiger den økonomiske ramme, samlet set opnår den højeste pointscore. Evalueringen af ”Pris” afhænger herved af de indkomne tilbud på en måde, der beror på DSB’s vurdering efter åbningen af tilbuddene i strid med udbudslovens § 160.

Det bestrides ikke, at DSB ikke direkte har mulighed for egenrådigt at fastsætte en vilkårlig hædningskoefficient. DSB har derimod mulighed for med sin kvalitative evaluering egenrådigt at bestemme, om korrektionsmodellen skal bringes i spil, derved at der kan opnås en anden vinder end den oprindeligt vindende tilbudsgiver i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling. Dermed har DSB indirekte – via sin kvalitative evaluering – mulighed for at fastsætte en vilkårlig hædningskoefficient. Den væsentligste forskel mellem korrektionsmodellen og en (lovmedholdelig) fleksibel hædningsprocent er, at korrektionsmodellens justering af hædningsgraden sker efter evalueringen af tilbuddene og er baseret på det faktiske resultat af den gennemførte evaluering.

DSB har gjort gældende, at der alene er modtaget ét tilbud, og allerede fordi korrektionsmodellen således ikke har været anvendt i udbudsprocessen – og derfor hverken har fået eller har haft indflydelse på, hvordan rammeaftalen konkret er blevet tildelt – kan den ikke en udgøre en udbudsretlig overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 og/eller udbudslovens § 160.

Korrektionsmodellen og indholdet af denne er i øvrigt klart fastlagt og beskrevet i udbudsmaterialet. DSB har ikke med korrektionsmodellen overtrådt udbudslovens § 160, stk. 1, eller udbudsrettens generelle principper om gen-

nemsigtighed og ligebehandling, idet modellens anvendelse og indhold er beskrevet i udbudsmaterialet. Tilbuddene evalueres på gennemsnitlig vis, da det fremgår klart og entydigt af udbudsmaterialet, hvornår korrektionsmodellen finder anvendelse og konsekvenserne, således at der er fuld gennemsnitlighed herom.

Udbudslovens § 160 indebærer, at ordregiver har ret til at lade en hædningskoefficient afhænge af de indkomne tilbud, så længe den valgte fremgangsmåde ikke medfører, at ordregiveren har et frit valg for tilrettelæggelsen af parameteret efter åbning af tilbuddene, hvilket har støtte i de specifikke bemærkninger til bestemmelsen.

DSB har ikke under udbuddet haft rum for selv at fastsætte parametre eller hædningsgraden efter tilbuddenes modtagelse, idet begge fuldt ud beror på spændet i økonomien i de modtagne tilbud, og alene hvis spændet oversteg den økonomiske ramme, ville den sekundære korrektionsmodel komme i anvendelse.

Hertil kommer, at evalueringen af tilbuddene i det konkrete udbud gennemføres i en proces, hvor der er klar adskillelse mellem den kvalitative evaluering og den økonomiske evaluering. Den økonomiske evaluering sker således alene i DSB Indkøb, mens den kvalitative evaluering sker i DSB Ejendomme. DSB's evalueringsproces sker således efter en "to-kuvert-model", hvor der ikke kan ske en påvirkning mellem evalueringen af de forskellige underkriterier. Samtidigt kan DSB ikke selv fastsætte den sekundære hædningskoefficient. Ingen dele af den sekundære evalueringsmodel – og heller ikke den primære – giver DSB et frit valg.

Efter klagenævnets kendelse af 31. januar 2024, Jensen Denmark A/S mod Region Sjælland, kan der, hvis der foreligger valgfrihed, og hvor ordregiver egenhændigt kan beslutte, om den ene eller anden model eller det ene eller andet parameter måtte gælde, være tale om en tilsidesættelse af udbudslovens § 160 og/eller de udbudsretlige principper. Dette er ikke situationen i forhold til DSB's korrektionsmodel, da både hædningsgraden i og overgangen til modellen bestemmes ud fra objektive forhold, hvilket konkret både kan konstateres og efterprøves. DSB har således ikke efter åbning af tilbuddene egenrådigt haft mulighed for at fastsætte en vilkårlig hædningskoefficient eller mulighed for at beslutte, om korrektionsmodellen skal finde anvendelse i stedet for den primære. Anvendelsen af korrektionsmodellen er knyttet til det

objektive forhold, at det umiddelbart bedste tilbud skal ligge uden for den økonomiske ramme.

Korrektionsmodellen er desuden egnet til at sikre, at der fortsat er en effektiv konkurrence ved at tage en større økonomisk – og muligvis den fulde økonomiske – spredning i betragtning under de beskrevne forudsætninger og forud for tildelingen. Formålet med korrektionsmodellen er således at sikre, at pris-konkurrencen er effektiv, derved at der vil kunne ske en korrektion af modellens økonomiske evaluering i det ene tilfælde, hvor det – umiddelbart – bedst evaluerede tilbud som led i evalueringen af det økonomiske underkriterium ligger uden for den af DSB fastlagte økonomiske ramme. Denne korrektion vil i givet fald angå et tilbud, der prismæssigt ikke er det laveste, men som dog er lavere end det umiddelbart bedst evaluerede tilbud. Herefter foretages der en fornyet tildeling af point i henhold til den nye økonomiske ramme og potentielt også det totale antal point, hvis korrektionen fører til ændringer i point hos en tilbudsgiver på det økonomiske underkriterium.

Ad påstand 2

KONE har gjort gældende, at det følger af fast praksis fra klagenævnet, at ordregivere ikke må evaluere på opfyldelsen af krav, medmindre formuleringen af kravet giver mulighed for meropfyldelse.

DSB har i sit udbudsmateriale fastsat entydige krav til responstider. Samtidig har DSB i evalueringsgrundlaget angivet, at DSB ved evalueringen vil lægge vægt på, at "... tilbudsgiver kan demonstrere en detaljeret og realistisk plan for efterlevelse af responstider."

Tilbudsgiverne skal, uanset den beskrevne plan for efterlevelse, leve op til de responstider, der er angivet i kravspecifikationen, herunder også i den efterfølgende aftaleperiode.

Klagenævnet har i kendelse af 13. marts 2019, N.T. Falke A/S mod Styrelsen for Undervisning og Kvalitet, fastslået, at krav ikke må indgå i evalueringen. I sagen tillod klagenævnet dog, at en redegørelse kunne evalueres, da den gav indsigt i en reel kvalitetsforskel i opgaveløsningen. I den pågældende sag kunne mindstekravet opfyldes på flere måder, og tilbudsgiverne kunne vælge forskellige strategier. Evalueringen vurderede faktiske metodeforskelle og ikke blot en beskrivelse af et løfte om at overholde et krav.

I den foreliggende sag er responstiderne fast definerede, og evalueringen måler ikke en reel forskel i løsningen, men belønner blot en beskrivelse af en bindende forpligtelse. Tilbudsgiverne er allerede forpligtede til at overholde de samme responstider, og evalueringen fokuserer på, hvor detaljeret en plan er formuleret, men lægger ikke vægt på, hvilken løsning der bedst sikrer responstiderne. Der er ingen klar sammenhæng mellem en mere detaljeret beskrivelse og en reel forskel i evnen til at opfylde kravene.

Efter klagens netts kendelse af 18. august 2015, Babysam A/S mod Jysk Fællesindkøb ved Viborg Kommune, kan ordregivere kun være berettiget til at evaluere på kravopfyldelse, hvis: "... der ikke [er] tale om entydige mindstekrav og/eller tale om, at det er muligt at opfylde kravene på flere eller mange måder, som funktionelt eller med hensyn til faglig kvalitet adskiller sig klart fra hinanden."

DSB's krav til responstider er ikke formuleret på en måde, der giver mulighed for meropfyldelse. Kravet giver heller ikke mulighed for, at det kan opfyldes på forskellige måder, der i sig selv kunne være udtryk for en bedre eller dårligere kvalitet.

DSB's evalueringsmodel indebærer, at tilbudsgivere ikke vurderes på en kvalitetsforskel i den tilbudte løsning, men på deres beskrivelse af, hvordan de vil overholde et krav, som de under alle omstændigheder er forpligtet til at opfylde. Tilbudsgivernes "gode" eller "dårlige" plan for efterlevelsen af responstider ændrer ikke på, at kravene til responstider består.

Evalueringen indebærer derfor en dobbeltbedømmelse af et krav i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, idet den lader metoden for at overholde et krav indgå i evalueringen, uagtet at tilbudsgiverne allerede er forpligtede til at overholde kravet.

DSB har gjort gældende, at DSB's delkriterium angår den måde det sikres, at et krav overholdes, og ikke om kravet overholdes.

For det første har udformningen og evalueringen af delkriteriet "Bemanding og opgaveløsning" ikke konkret haft nogen betydning for eller påvirkning af udbuddet, hvorfor det ikke kan udgøre en overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36. Alene én tilbudsgiver – TK Elevator – har afgivet

tilbud, og derfor er ingen tilbud blevet evalueret dårligere eller bedre end andre tilbud.

For det andet har DSB ikke tilsidesat sine udbudsretlige forpligtelser ved udformningen af det kvalitative delkriterium. Delkriteriet angår slet ikke, om en tilbudsgiver opfylder det eller de krav, DSB har fastlagt til f.eks. leveringstider, men derimod hvordan en tilbudsgiver tilgår – f.eks. metodisk – opfyldelsen af kravet.

Der er ikke efter udbudslovens § 160, stk. 1, krav om, at ordregiveren skal give en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af kvalitative under- og eventuelle delkriterier. Det følger naturligvis af det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, at der ved tilbudsevalueringen alene kan lægges vægt på det, der er beskrevet i udbudsmaterialet, herunder det, som en almindelig oplyst påpasselig tilbudsgiver kan udlede heraf.

DSB har i udbudsmaterialets bilag A1 beskrevet, hvad der indgår i delkriteriet ”Bemanding og opgaveløsning”. Det kan konstateres direkte, at tilbuddet skal beskrive ”Hvorledes opetider og responstider kan efterleves” – og altså ikke om de kan opfyldes – ligesom det kan konstateres, at evalueringen angår den plan, som tilbudsgiveren udarbejder for at sikre opetiden og minimerer funktionsudfaldene. Det indebærer hverken, at en tilbudsgiver kan foreslå andre opetider eller ikke skal overholde DSB’s opetider. Det er derudover ikke usædvanligt, at en ordregiver konkurrenceudsætter måden, hvorpå en tilbudsgiver opfylder fastsatte krav. Også derfor er der ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Det kvalitative underkriterium – ”Bemanding og opgaveløsning” – har i sit indhold samlet set til formål at konkurrenceudsætte tilbudsgivernes løsningsforslag, herunder hvordan de vil levere ydelserne til DSB under rammeaftalen. Heri indgår en helhedsbedømmelse af bemandingsforhold, af planer for løsningen og robustheden heri.

En kvalitativ evaluering af den plan, som tilbudsgiverne udarbejder for at sikre opetiden og minimerer funktionsudfaldene, er ikke en evaluering af, om tilbudsgiveren kan opfylde kravene til responstiderne, og DSB’s evalueringsmodel er ikke udformet på en sådan måde, at tilbudsgiverne vurderes på, om kravet til responstider og opetider er opfyldt i den tilbudte løsning.

Tilbudsgiverne skal opfylde kravet om responstider og kan ikke meropfylde dette krav.

I klagenævnets kendelse af 18. august 2015, BabySam A/S mod Jysk Fællesindkøb ved Viborg Kommune, fandt klagenævnet, at nogle fastsatte mindstekrav ikke havde en sådan entydighed, at det udelukkede, at disse også kunne opfyldes på forskellige måder, der i sig selv kunne være udtryk for en bedre eller dårligere kvalitet. I den konkrete sammenhæng kunne ordregiver lovligt evaluere tilbuddene i forhold til, hvordan de fastsatte mindstekrav kvalitetsmæssigt var opfyldt, hvilket dermed kunne indgå ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Kvalitet”. Når man kan evaluere på, hvordan et mindstekrav er opfyldt, må man i endnu højere grad kunne evaluere på, hvordan et krav er opfyldt.

Ordregiver har inden for udbudsreglerne vide rammer for udformning af sit udbudsmateriale, herunder elementer i de kvalitative evalueringskriterier, ligesom en ordregiver har et vidt skøn i forhold til sin evaluering af sådanne kriterier. DSB har således udformet dele af de kvalitative evalueringskriterier, der fokuserede på og kan rumme tilbudsgivernes løsningsforslag i forhold til udførelse og udførelsesmetoder. En rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver kan udlede dette direkte af udbudsmaterialets beskrivelser og af konteksten i øvrigt.

Ad påstand 3 a

KONE har gjort gældende, at udbudsbekendtgørelser efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 skal indeholde de oplysninger, der er fastsat i den relevante del af direktivets bilag XI.

For udbud med forhandling følger det af bilag XI til forsyningsvirksomhedsdirektivet, del C, pkt. 14, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde oplysning om bl.a. de minimumskrav af økonomisk og teknisk art, som den økonomiske aktør skal opfylde.

Det er i den sammenhæng ubestridt, at DSB ikke har medtaget egnethedskrav – og det medfølgende dokumentationskrav – som fremgår af pkt. 6 i bilag B01.U1-15, i udbudsbekendtgørelsen.

Kravet kan kun forstås som et egnethedskrav.

Der står for det første eksplicit ”Tilbudsgiver” i kravet og ikke ”Leverandøren”, som der i øvrigt står i rammeaftalen og kravspecifikationerne. Dette understreger, at kravet vedrører udbudsprocessen og ikke er formuleret som et krav, der skal opfyldes af leverandøren i forbindelse med rammeaftalens udførelse.

For det andet fremgår det, at tilbudsgiver skal ”dokumentere tidligere erfaring med sikkerhedsarbejde inden for jernbanesektoren”. Kravet vedrører altså tilbudsgiverens tidligere erfaringer og ikke krav, der for fremtiden skal opfyldes ved rammeaftalens udførelse.

For det tredje var kravet oprindeligt placeret under overskriften ”Erfaring med Jernbanesikkerhed”, hvilket understreger, at kravet vedrører tilbudsgivernes tidligere erfaring og dermed egnethed til at udføre opgaven.

Det pågældende krav relaterer sig efter sin ordlyd og indhold udelukkende til tilbudsgivernes erfaringer og kan således ikke forstås eller fortolkes som andet end et egnethedskrav i den forstand, der er udtrykt i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 58, stk. 4.

Den omstændighed, at kravet er placeret under overskriften ”Grundlag” er uden betydning.

Det er ligeledes uden betydning, at der indledningsvis i kravspecifikationernes pkt. 6 står: ”Følgende kriterier skal opfyldes ved levering af elevatorer og elementer til elevatorer”, da det er indholdet af kravet, der er afgørende. Hertil bemærkes, at det i sagens natur ikke er muligt at opfylde et erfaringskrav for fremtiden, og kravet kan derfor hverken naturligt eller i nogen konstrueret kontekst læses som et kontraktkrav, men alene som et egnethedskrav.

DSB's efterfølgende, væsentlige ændring af kravet understreger, at det oprindeligt var formuleret som et egnethedskrav. Den ændrede formulering af kravet har intet med den oprindelige formulering at gøre, idet det oprindelige krav angav, at ”Tilbudsgiver skal dokumentere tidligere erfaring med...”, hvorimod det ændrede krav angiver, at ”Leverandøren skal overholde regler for...”. Kravet er således ændret fra at vedrøre tilbudsgiverens tidligere erfaringer til at vedrøre leverandørens opfyldelse af rammeaftalen og dermed fremtidige forhold.

Denne nye formulering kan helt oplagt ikke læses ud af det oprindelige krav, og den nye formulering ville åbenbart ikke have været mulig at håndhæve for DSB, hvis den oprindelige formulering var blevet fastholdt. Det er derfor ikke korrekt, at der blot har været tale om ”uheldigt sprogbrug”.

Derimod understreger det faktum, at DSB ved – som en direkte konsekvens af KONE’s henvendelse den 7. marts 2025 – at ændre kravets overordnede og grundlæggende karakter har erkendt, at DSB i strid med udbudsreglerne havde indført et egnethedskrav i kravspecifikationerne.

Hvis den nye formulering var den oprindelige hensigt med kravet, burde kravet heller ikke være indsat i pkt. 6 om ”Grundlag”, men derimod i pkt. 7 om ”Love, regler og standarder”.

Det er uden betydning, at det ikke konkret har haft indflydelse på, hvilke aktører DSB har prækvalificeret, da det følger direkte af bilag XI til forsyningsvirksomhedsdirektivet, del C, pkt. 14, jf. direktivets artikel 69, at egnethedskrav skal anføres i udbudsbekendtgørelsen.

DSB har gjort gældende, at kravet vedrørende iagttagelse af jernbanesikkerhed angår udførelsen og ikke er et egnethedskrav. Udførelseskravet er heller ikke blevet anvendt som et egnethedskrav i forbindelse med udvælgelsen og kan således ikke have haft indflydelse på, hvilke aktører som kunne blive prækvalificeret, ligesom der heller ikke i ansøgningerne er modtaget materiale, som kunne understøtte, at aktører skulle have anset udførelseskravet som et egnethedskrav. Kravet er derfor heller ikke egnet til at forrykke konkurrencen imellem tilbudsgiverne, ligesom kravet ikke kunne have påvirket den potentielle konkurrence.

Påstand 3 a beror på et sprogbrug i de tekniske kravspecifikationer, der måske nok kan være uheldigt, men der er oplagt ikke tale om egnethedskrav. I stedet er der tale om et krav til sikkerhed som led i udførelsen af rammeaftalens ydelser hos DSB’s kontraktpart.

DSB bestrider ikke, at det fremgår af bilag XI til forsyningsvirksomhedsdirektivet, del C, pkt. 14, at udbudsbekendtgørelsen ved et udbud med forhandling skal indeholde oplysninger om bl.a. de minimumskrav af økonomisk og teknisk art, som den økonomiske aktør skal opfylde. DSB er både bekendt

hermed og anfører eventuelle egnethedskrav her, såfremt der måtte gælde sådanne for et konkret udbud. Det gælder også i dette udbud.

DSB bestrider til gengæld, at formuleringer i bagvedliggende ydelsesbeskrivelser gør, at disse pr. definition, indholdsmæssigt eller i øvrigt er et egnethedskrav og dermed også, at der skulle have været anført noget herom i udbudsbekendtgørelsen.

DSB har i udbudsbekendtgørelsen alene fastlagt økonomiske egnethedskrav angående ansøgernes omsætning, soliditetsgrad og EBIT-margin, men der er ikke fastlagt tekniske egnethedskrav. Det kan således allerede af udbudsbekendtgørelsen konstateres, at der ikke er egnethedskrav rettet mod teknisk kapacitet. Dette blev også oplyst under prækvalifikationen, da KONE stillede spørgsmål til, hvilke krav der skulle opfyldes for at blive prækvalificeret.

Pkt. 6 er for det første placeret i de tekniske kravspecifikationer om udførelsen af rammeaftalens ydelser og for det andet angivet med overskriften ”Grundlag”, der hænger sammen med pkt. 7 om ”Love, regler og standarder”. For det tredje er det oplagt, at pkt. 6 indholdsmæssigt vedrører udførelseskrav med fokus på arbejdssikkerheden, der er et særligt element, når der arbejdes tæt på jernbaneaktiviteter, og dermed hvordan tjenesteydelserne leveres konkret under samarbejdet og ikke, om en leverandør er egnet til at levere vedligeholdelsestjenester.

Kravet hænger nøje sammen med bilag B01.B til udbudsmaterialet (”Jernbanesikkerhed”), ligesom det er knyttet til krav om årlige sikkerhedsinstrukser og -repræsentanter.

Det er således klart, at dette krav ikke vedrører et spørgsmål om, hvorvidt leverandøren som virksomhed har en given erfaring, viden eller kvalifikation fra tidligere for at kunne være egnet under udbuddet, men i stedet vedrører krav til, hvordan ydelserne udføres og leveres under samarbejdet og kontrakt-opfyldelse.

Dette bekræftes yderligere af, at kravet netop er placeret i kravspecifikationen, der oplister de krav, der angår udførelsen af ydelserne under rammeaftalen. Herudover fremgår følgende allerede helt indledende i pkt. 6 i kravspecifikationen, hvor det omtvistede krav er placeret: ”Følgende kriterier skal

opfyldes ved levering af elevatorer og elementer til elevatorer". Der er således klart tale om noget "fremadrettet".

Der er i et udbudsretligt lys muligvis nok tale om et uheldigt sprogbrug, og derfor har DSB også under udbuddet præciseret ordlyden i kravspecifikationerne. De rene sprogforhold gør dog ikke, at en tekst indholdsmæssigt bliver til noget, som det ikke er, eller at teksten skulle have været placeret et sted, hvor den ikke hører hjemme.

Herudover kan det rent sprogligt bemærkes, at DSB i udbudsbekendtgørelsen har anvendt begrebet "Ansøger" ved angivelsen af egnethedskravene, og at DSB, hvis formålet med kravet havde været at fastsætte et egnethedskrav, naturligvis havde anvendt samme betegnelse ved kravets udformning. DSB bestrider derfor, at kravets betegnelse af DSB's kontraktpart som "Tilbudsgiver" og ikke "Leverandør" ændrer på kravets indhold eller på kravets karakter.

Kravet var derfor udformet for – og formålet fra DSB's side har været – at fremhæve, at de udførende medarbejdere skal have de tilstrækkelige kvalifikationer til at udføre arbejde på f.eks. banegårde og banelegemet mv. Kravet fremgår således af kravspecifikationernes pkt. 6 for at angive, at leverandøren og leverandørens medarbejdere skal overholde de til enhver tid gældende regler for sikkerhedsarbejde inden for jernbanesektoren inklusive deltagelse i sikkerhedsprojekter og kurser samt have tilstrækkelige sprogkunderskaber i dansk, der er nødvendige for at opholde sig og arbejde ved banelegemet. Ved at deltage i og overholde disse forhold sikres således tilstrækkelige kvalifikationer til at øge og sikre arbejdssikkerheden ved udførelse af ydelserne. Der er således alene tale om et krav, der specificerer, hvordan tjenesteydelserne konkret skal udføres af en kommende leverandør under rammeaftalen. Det er et krav om erfaring med og kvalifikationer i forhold til sikkerhed som led i udførelsen af rammeaftalens ydelser hos DSB's kontraktpart, der rettelig netop skal være anført i kravspecifikationerne.

Ad påstand 3 b

KONE har gjort gældende, at ordregivere ikke i løbet af en udbudsproces må foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, jf. bl.a. EU-Domstolens domme af 3. maj 2012 i sag C-368/10, Kommissionen mod

Nederlandene, og af 5. april 2017 i sag C-298/15, Borta. Forbuddet udspringer af de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed og gælder derfor, uanset om der er tale om et udbud omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Som anført under påstand 3 a har DSB ændret et oprindeligt formuleret egnethedskrav til ansøgernes tekniske og faglige formåen til nu at vedrøre et krav til rammeaftalens udførelse.

DSB's ændring bevirker, at kravet har ændret sin overordnede karakter fra at være et egnethedskrav – der vedrørte tilbudsgiverens tidligere erfaringer – til nu at være et kontraktuelt krav, der vedrører leverandørens opfyldelse af fremtidige forhold.

Egnethedskrav skal uden videre anses som mindstekrav under en udbudsprocedure, jf. bilag XI til forsyningsvirksomhedsdirektivet, del C, pkt. 14, jf. direktivet artikel 69, og principperne i udbudslovens § 140, stk. 2. Mindstekrav udgør som det altovervejende udgangspunkt grundlæggende elementer, der ikke kan ændres uden en fornyet udbudsprocedure.

Det er i denne sammenhæng uden betydning, at DSB ikke med ansøgningerne modtog materiale, som kunne understøtte, at aktører skulle have anset kravet som et egnethedskrav, da kravet netop ikke var anført i udbudsbekendtgørelsen.

Selv hvis kravet ikke skal anses for et egnethedskrav, ville kravet utvivlsomt have påvirket kredsen af deltagere i udbuddet, da ændringen bevirker, at tilbudsgiverne ikke længere behøver at dokumentere tidligere erfaring med sikkerhedsarbejde inden for jernbanesektoren. Ændringen, hvormed kravet til tilbudsgivernes tidligere erfaring fjernes, er derfor så væsentlig, at ændringen konkret kunne have tiltrukket mulige ansøgere, som i fraværet af ændringen ikke ville have været i stand til at opfylde kravet.

Kravet udgør derfor utvivlsomt et grundlæggende element i udbudsmaterialet, der i medfør af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke kan ændres undervejs i udbudsprocessen.

DSB har gjort gældende, at der ikke er ændret et egnethedskrav eller foretaget ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Som anført under påstand 3 a var kravet om dokumentation for erfaring med jernbanesikkerhed i pkt. 6 i bilag B01.U1-15 ikke et egnethedskrav, og derfor kan ændringen heller ikke være en ændring af et grundlæggende element.

Herudover er udbudslovens § 140, stk. 2, hvorefter ordregiveren skal fastsætte egnethedskravene som minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen, en dansk national ”særregel”. Denne bestemmelse fremgår ikke af udbudsdirektivet, da det af udbudsdirektivet alene fremgår, at krav til deltagelse kan være udtrykt som minimumskrav. I øvrigt finder udbudslovens § 140, stk. 2, ikke anvendelse ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Den sproglige præcisering af udførelseskravet udgør ikke en ændring af grundlæggende elementer, og der er heller ikke i øvrigt tale om ændring i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

KONE har på ingen måde påvist eller dokumenteret, at de gennemførte ændringer konkret har fordrejet konkurrencen imellem tilbudsgiverne eller i øvrigt kunne have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet. Ændringen af ordlyden tjente alene til at gennemføre en sproglig præcisering, der skulle afhjælpe et uheldigt sprogbrug i et udførelseskrav i udbudsmaterialet, uden at der i øvrigt var tale om en indholdsmæssig ændring. Ændringerne har hverken haft konkret indflydelse på, hvilke aktører som kunne blive prækvalificeret og dermed deltage i udbuddet. Kravet har ikke påvirket den potentielle konkurrence, idet ingen potentielle ansøgere har afholdt sig fra at ansøge om prækvalifikation, uagtet at kravet fremgik i de tekniske kravspecifikationer. Ændringen har derfor ikke påvirket kredsen af deltagere i udbuddet.

Udbud med forhandling er generelt kendetegnet ved, at parterne som følge af forhandlingsprocessen har vide muligheder for at foretage ændringer og optimere henholdsvis deres tilbud og udbudsmaterialet. Ændring af et udbudsmateriale – herunder også et aftaleudkast med dertilhørende bilag – er således lovligt og helt legitimt inden for de grundlæggende rammer i ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Det fremgik således også af udbudsbetingelsernes pkt. 2, at der kunne foretages ændringer i udbudsmaterialet, som i så fald ville blive meddelt til alle tilbudsgivere via det elektroniske udbudssystem. Så meget desto mere havde DSB derfor – i overensstemmelse

med udbudsreglerne – vide rammer for at præcisere sprogbruget i udbudsmaterialet på baggrund af KONE's henvendelse.

Det beror på en konkret vurdering, om et bestemt forhold udgør et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Det har formodningen mod sig, at et simpelt udførelseskrav i en kravspecifikation udgør et grundlæggende element.

Ad påstand 4

KONE har gjort gældende, at overtrædelserne i påstand 1-3 b hver for sig og tilsammen udgør væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne. Overtrædelserne vedrører evalueringsmodellen og egnethedskrav, hvilket notorisk indgår som grundlæggende elementer af et udbud.

Særligt i relation til påstand 3 b fører ændringer af grundlæggende elementer i et udbud efter fast klagenævnspraksis til annulation af ordregivers tildelingsbeslutning

Overtrædelserne bevirker derfor hver for sig og tilsammen, at udbuddet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Det må derfor nødvendigvis føre til annulation af DSB's tildelingsbeslutning.

DSB har gjort gældende, at eftersom der ikke er grundlag for at tage påstand 1-3 b til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstand 4 til følge.

Selv hvis KONE måtte få medhold i én eller flere af de materielle påstande, følger det af fast klagenævnspraksis, at en påstand om annulation af en tildelingsbeslutning forudsætter, at der efter en konkret væsentlighedsvurdering konstateres at være sket en grov tilsidesættelse af udbudsreglerne.

Som led i den konkrete væsentlighedsvurdering skal det indgå, om ordregivers overtrædelse af udbudsreglerne har haft konkret indflydelse på indholdet af den tildelingsbeslutning, som ønskes annulleret, førend tildelingsbeslutningen kan annulleres. Overtrædelsen af udbudsreglerne skal således have haft konkret betydning for tildelingen. Uanset at en ordregiver har overtrådt materielle udbudsregler, kan en konkret vurdering således stadig føre til, at tildelingsbeslutningen ikke annulleres.

Der indkom i denne sag alene ét tilbud under udbuddet, hvorfor den sekundære evalueringsmodel, der er omhandlet i påstand 1, ikke fandt anvendelse. Den har derfor konkret ikke haft betydning for indholdet af den tildelingsbeslutning, som ønskes annulleret.

Udformningen og evalueringen af delkriteriet ”Bemanding og opgaveløsning”, der er omhandlet i påstand 2, har af samme grund heller ikke konkret haft nogen betydning for eller påvirket udbuddet.

Udførelseskravet, der er omhandlet i påstand 3 a, er ikke blevet anvendt som et egnethedskrav i forbindelse med udvælgelsen og har således ikke haft indflydelse på, hvilke aktører der kunne prækvalificeres. Kravet har ikke påvirket den potentielle konkurrence, idet ingen potentielle ansøgere har afholdt sig fra at ansøge om prækvalifikation, uagtet at kravet fremgik af de tekniske kravspecifikationer. Ingen potentielle tilbudsgivere har leveret input, der kunne indikere, at disse opfattede kravet som et egnethedskrav.

KONE har heller ikke påvist, at DSB's efterfølgende ændring af udførelseskravet, der er omhandlet i påstand 3 b, har fordrejet konkurrencen imellem tilbudsgiverne eller i øvrigt kunne have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet.

Ad påstand 5

KONE har overordnet gjort gældende, at DSB som anført ad påstand 3 b under udbudsprocessen har foretaget en grundlæggende ændring af udbudsmaterialet. Sådanne ændringer kræver, at der gennemføres en fornyet udbudsproces. DSB har i denne sag derfor foretaget en direkte tildeling af rammeaftalen til TK Elevator uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Rammeaftalen mellem DSB og TK Elevator skal derfor erklæres for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1.

DSB har overordnet gjort gældende, at der ikke er sket ændringer af grundlæggende elementer under udbudsprocessen. Selv hvis der var sket ændringer af grundlæggende elementer, finder lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, ikke anvendelse, idet rammeaftalen ikke er indgået uden en forudgående udbudsbekendtgørelse. Der er hverken i forarbejderne eller i praksis støtte for, at en ændring af et grundlæggende element under udbuddet eller

udbudsprocessen kan sidestilles med en direkte tildeling. "Uden virkning" er desuden en sanktion, der kun bør finde anvendelse i særlige tilfælde, hvilket i alle tilfælde ikke foreligger i denne sag.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Tildelingskriteriet er bedste forhold mellem "Pris" og "Kvalitet", hvor "Pris" vægter 50 % og "Kvalitet" vægter 50 %.

Underkriteriet "Pris" evalueres i henhold til pkt. 2 i bilag A til udbudsmaterialet efter en lineær pointmodel (laveste pris + 50 %), dog således at hvis ét eller flere tilbud ligger højere end laveste pris + 50 %, og det tilbud, der samlet står til at opnå det højeste totale antal point for "Pris" og "Kvalitet", er blandt disse, udvides den økonomiske ramme til og med prisen på det pågældende tilbud. Herefter foretages en fornyet tildeling af point i henhold til den nye økonomiske ramme.

Det følger af udbudslovens § 160, stk. 1, som i medfør af § 15 i bekendtgørelse nr. 1078 af 29. juni 2022 finder anvendelse ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, at en ordregiver i udbudsmaterialet skal fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen, og at parametre, der afhænger af de indkomne tilbud, skal være entydigt fastlagt og beskrevet på forhånd. Parametrene i evalueringsmodellen må endvidere ikke afhænge af ordregiverens valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.

Udbudslovens § 160, stk. 1, blev nyaffattet ved lov nr. 204 af 5. marts 2019. I forarbejderne hertil hedder det bl.a. (lovforslag nr. L 125 af 12. december 2018, de specielle bemærkninger til § 1, nr. 3):

"Med § 160, stk. 1, foreslås der indført en pligt til at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet, herunder hvordan parametrene fastlægges.

Formålet med den foreslåede bestemmelse er at styrke den forudgående gennemsigtighed, herunder tilbudsgiveres mulighed for at optimere tilbud. Samtidig understøttes hensynet til ligebehandling af tilbudsgiverne. ...

Med § 160, stk. 1, 2. pkt. forslås, at parametrene, der er beskrevet i udbudsmaterialet, ikke kan afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.

Beskrivelsen af evalueringsmodellen medfører i forhold til evalueringen af de økonomiske kriterier, at det efter gennemførelsen af udbuddet og på baggrund af de indkomne priser er muligt at konstatere om evalueringsmodellen er anvendt præcis som beskrevet i udbudsmaterialet. Ordregiver kan ikke anvende dele af en evalueringsmodel, der ikke har været beskrevet i udbudsmaterialet. Omvendt kan parametre i en evalueringsmodel afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd i udbudsmaterialet, hvordan det vil ske. Parametrene kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene. Dette udelukker eksempelvis en beskrivelse i udbudsmaterialet, der indebærer, at ordregiver vurderer, eksempelvis under hensyntagen til visse kriterier, hvordan et parameter i en evalueringsmodel endeligt udformes efter åbning af tilbud. Parametrenes i evalueringsmodellen skal bero på en objektiv konstatering.

Med parametre forstås eksempelvis hældningsgraden. Hvis ordregiver vælger at lade eksempelvis hældningsgraden i en pointmodel med lineær interpolation være afhængig af de indkomne tilbud, skal det entydigt fastlægges og beskrives på forhånd i udbudsmaterialet, hvordan den endelige hældningsgrad afhænger af de indkomne tilbud. Det kan eksempelvis ske ved at beskrive, at den laveste pris vil modtage det maksimale point, priser der er 50 pct. højere får 0 point, og at der laves en lineær interpolation mellem disse to punkter. Denne evalueringsmodel vil herefter danne grundlag for de point, som de enkelte tilbudsgivere modtager. Parametrene kan eksempelvis også afhænge af de indkomne tilbud i en prismodel, hvor pristillægget for dårlig opfyldelse af de kvalitative kriterier for tildeling baseres på den gennemsnitlige tilbudspris i de indkomne tilbud, så længe sammenhængen præcist beskrives i udbudsmaterialet.

...

Det er alene selve evalueringsmodellens afhængighed af de indkomne tilbud, der ikke må bero på ordregivers valg eller vurdering. Derimod kan tilbudsgivernes opfyldelse af eksempelvis de kvalitetsmæssige kriterier, der indgår i evalueringsmodellen, bero på ordregivers vurdering og skøn.”

Den primære lineære evalueringsmodel for underkriteriet ”Pris” er entydigt fastlagt og beskrevet i udbudsmaterialet, og beregningen af point er ikke afhængig af ordregiverens valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.

Anvendelsen af korrektionsmodellen, og dermed fastlæggelsen af hædningskoefficienten, afhænger derimod af ordregiverens vurdering af kvaliteten af de tilbudte løsninger efter åbningen af tilbuddene. Ordregiverens vurdering af underkriteriet ”Kvalitet” kan i så fald blive bestemmende for tildelingen af point for underkriteriet ”Pris”.

Korrektionsmodellen er derfor i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Påstanden angår, om DSB i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 har fastlagt en evalueringsmodel, der indebærer, at DSB skal evaluere på tilbudsgivernes evne til at opfylde krav til responstider, der allerede fremgår af kravsspecifikationen i udbudsmaterialet.

Der fremgår af pkt. 3.2.1 i bilag B01 til udbudsmaterialet et krav om, at leverandøren under udførelsen af kontrakten forpligter sig til at: ”... reagere på og afhjælpe Funktionsudfald og andre Ikke-planlagte opgaver, der visiteres til Leverandøren fra DSB’s Servicecenter” inden for en række nærmere anførte responstider.

For så vidt angår den kvalitative evaluering fremgår det af pkt. 2 i bilag A1 til udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne bl.a. bedes: ”... beskrive den allokerede bemanning samt kompetencer i henhold til levering af Ydelserne omfattet af Bilag B01 - Hovedbilag ... [og] hvorledes opptider og responstider kan efterleves i hele landet på tværs af de enkelte anlægstyper omfattet af bilag B01 – Hovedbilag...” Det fremgår videre, at det vægtes positivt: ”... at Tilbudsgiver kan demonstrere at bemanningen har de fornødne kompetencer og ressourcer til at efterleve kravene i ovennævnte bilag ... [og] at beskrivelsen er detaljeret.” Det fremgår yderligere bl.a., at det vægtes positivt ”... at tilbudsgiver kan demonstrere en detaljeret og realistisk plan for efterlevelse af responstider.”

Udbudsmaterialet indeholder ikke nærmere krav til eller oplysninger om, hvordan kravet om pågældende responstider skal opfyldes, herunder f.eks. hvilken organisation eller infrastruktur der skal understøtte opfyldelsen. Kravet til responstider kan således opfyldes på forskellige måder, der i sig selv kan være udtryk for en forskelligartet kvalitet i tilbuddene.

Herefter, og da evalueringsmodellen ikke i øvrigt indebærer, at DSB ved den kvalitative evaluering skal eller kan inddrage, om kravet til responstider er opfyldt, finder klagenævnet, at DSB lovligt kunne fastlægge en evalueringsmodel, hvorefter det indgår ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Kvalitet”, i hvilket omfang tilbudsgiverne kan demonstrere en detaljeret og realistisk plan for efterlevelse af responstider.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3 a

Påstanden angår, om DSB på tidspunktet for offentliggørelsen af udbuddet og med det krav om erfaring med jernbanesikkerhed, der fremgik af pkt. 6 i underbilagene B01.U1-15 med tekniske kravspecifikationer, havde opstillet et egnethedskrav til teknisk og faglig formåen, der i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69, jf. bilag XI, del C, pkt. 14, ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen.

På tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen var det i pkt. 6 i underbilagene B01.U1-15 med tekniske kravspecifikationer anført som et krav bl.a.:

”Følgende kriterier skal opfyldes ved levering af elevatorer og elementer til elevatorer:

...

Erfaring med Jernbanesikkerhed

- Dokumentation: Tilbudsgiver skal dokumentere tidligere erfaring med sikkerhedsarbejde inden for jernbanesektoren, inklusive deltagelse i sikkerhedsprojekter, risikovurderinger og implementering af sikkerhedsforanstaltninger.”

Kravet i pkt. 6 var fastsat i kravspecifikationen, og det var anført som et ”kriterie”, der skulle være opfyldt ”ved levering”. Kravet skal ses i sammenhæng

med de øvrige krav i udbudsmaterialet til leverandørens løbende opfyldelse af forskellige sikkerhedskrav, herunder som fremgår af bilag B01.B om jernbanesikkerhed, og klagenævnet finder på den baggrund, at det kan lægges til grund, at kravet knytter sig til den løbende opfyldelse af kontrakten.

Det er i udbudsbekendtgørelsen ikke angivet som et krav til ansøgernes egnethed, at de har erfaring med jernbanesikkerhed. Der er i udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.9 derimod formuleret en række andre udvælgelseskriterier, herunder krav til omsætning, soliditetsgrad og EBIT-margin (økonomisk og finansiell formåen) og referencer (teknisk og faglig formåen). DSB har under prækvalifikationsdelen af udbuddet i sit svar på spørgsmål fra KONE bekræftet, at egnethedskravene fremgår af afsnittet om udvælgelseskriterier i udbudsbekendtgørelsen. Det kan heller ikke af udbudsmaterialet i øvrigt udledes, at DSB ville eller kunne anvende kravet i pkt. 6 i forbindelse med sin bedømmelse af ansøgernes egnethed.

Klagenævnet finder, at kravet for den rimeligt oplyste og almindeligt påpasselige tilbudsgiver måtte forstås som et krav om, at leverandøren i forbindelse med den løbende opfyldelse af kontrakten og med henblik på at sikre iagttagelsen af de øvrige krav vedrørende jernbanesikkerhed skal dokumentere sin erfaring med sikkerhedsarbejde inden for jernbanesektoren, og ikke som et krav om, at leverandøren skulle dokumentere, at leverandøren havde forudgående erfaring med jernbanesikkerhed.

Kravet i pkt. 6 har derfor ikke været eller i øvrigt haft virkning som et minimumskrav til egnethed.

På den baggrund finder klagenævnet, at DSB ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 eller artikel 69 ved at fastsætte egnethedskrav til teknisk og faglig formåen i udbudsmaterialet, der ikke fremgår udbudsbekendtgørelsen.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3 b

Påstanden angår, om DSB i overensstemmelse med sin tilkendegivelse i mail af 19. marts 2025 – og dermed efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen – foretog en ændring i pkt. 6 underbilagene B01.U1-15, der var en ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet og i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36.

Der er ovenfor under påstand 3 a redegjort for den omtvistede del af pkt. 6 i underbilagene B01.U1-15 og klagenævnets vurdering af det oprindelige krav om dokumentation for erfaring med sikkerhedsarbejde inden for jernbanesektoren, herunder at det ikke har været eller i øvrigt haft virkning som et minimumskrav til egnethed.

Efter KONE's kritik blev den omtvistede del af pkt. 6 ændret, så den fik følgende ordlyd:

”Følgende kriterier skal opfyldes ved levering af elevatorer og elementer til elevatorer:

...

Jernbanesikkerhed

- Leverandøren skal overholde regler for sikkerhedsarbejde inden for jernbanesektoren inklusive deltagelse i sikkerhedsprojekter, risikovurderinger og implementering af sikkerhedsforanstaltninger.”

Klagenævnet har under påstand 3 a udtalt, at kravet i pkt. 6, som det oprindeligt var formuleret, for den rimeligt oplyste og almindeligt påpasselige tilbudsgiver måtte forstås som et krav om, at leverandøren i forbindelse med den løbende opfyldelse af kontrakten og med henblik på at sikre iagttagelsen af de øvrige krav vedrørende jernbanesikkerhed skulle dokumentere sin erfaring med sikkerhedsarbejde inden for jernbanesektoren.

Ved ændringen er kravet om dokumentation udgået. Klagenævnet finder, at ændringen derudover ikke har haft betydning for kravets indhold og dermed leverandørens forpligtelser.

Klagenævnet finder på den baggrund, at der ikke er grundlag for at antage, at ændringen kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Herefter, og da det ikke i øvrigt er bestridt, at DSB kunne foretage ændringen i pkt. 6, er der ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Ad påstand 4

Klagenævnet har under påstand 1 fastslået, at korrektionsmodellen, der indgår i den samlede evalueringsmodel for underkriteriet ”Pris”, er i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36.

Korrektionsmodellen har efter det oplyste ikke været anvendt i forbindelse med tilbudsevalueringen eller haft betydning for denne. Der foreligger heller ikke oplysninger om, at korrektionsmodellen eller evalueringsmodellen for underkriteriet ”Pris” i øvrigt har påvirket deltagelsen i udbuddet. Klagenævnet lægger i den forbindelse til grund, at det skyldes egne forhold, at KONE ikke ansøgte om prækvalifikation.

Efter en konkret væsentlighedsvurdering har overtrædelsen i påstand 1 derfor ikke haft en sådan betydning for DSB’s tildelingsbeslutning, at der er grundlag for at annullere beslutningen.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Under henvisning til det, som er anført under påstand 3 b, er der ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Herefter bestemmes

Ad påstand 1

DSB har handlet i strid med de principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 samt udbudslovens § 160 ved at anvende en sekundær evalueringsmodel for pris, der er i strid med

gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, og hvor parametrene i evalueringsmodellen afhænger af de indkomne tilbud på en måde, der beror på DSB's vurdering efter åbning af tilbuddene.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2-5.

KONE skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til DSB.

Klagegebyret tilbagebetales.

Morten Juul Nielsen