

K E N D E L S E

Otis A/S
(selv)

mod

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S
(advokat Malene Roose Bagh, advokat Annemette Thorgaard og
advokat Sofie Dreyer Mikkelsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 200-627891 af 17. oktober 2023 udbød Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S ("SKI") som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om ydelser og produkter inden for servicering, reparation og kontrol af elevatorer. Rammeaftalen var opdelt i seks delaftaler efter den geografiske placering af kunden (delaftale 1-4) og kundesegment (delaftale 5-6). Tilbudsgiverne kunne afgive tilbud på en, flere eller alle delaftaler, men delaftalerne var eneleverandøraftaler, og der blev derfor kun tildelt kontrakt til én økonomisk aktør pr. delaftale. Tildelingskriteriet var "Pris".

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 16. november 2023 havde 16 virksomheder afgivet tilbud på de seks delaftaler. Der blev afgivet tilbud af bl.a. Otis A/S ("Otis"), TK Elevator Denmark A/S ("TKE"), Nordelektro A/S ("Nordelektro") og SJEC Danmark A/S ("SJEC"). Otis og TKE var de eneste, der afgav tilbud på alle delaftaler.

Den 2. februar 2024 besluttede SKI at indgå kontrakt med følgende virksomheder:

- delaftale 1: Nordelektro

- delaftale 2: TKE
- delaftale 3: SJEC
- delaftale 4: TKE
- delaftale 5: TKE
- delaftale 6: TKE

Den 9. februar 2024 indgav Otis klage til Klagenævnet for Udbud over SKI.

Otis har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakterne til henholdsvis TKE, Nordelektro og SJEC, idet beslutningen om tildelingen af kontrakterne var åbenbart forkert som følge af konstateret fejl i offentliggørelse af skriftlige spørgsmål, ved at SKI ikke besvarede spørgsmål i anonymiseret form, som udbudsbetingelsernes punkt 11.1 foreskriver.

Otis har herefter anført, at annullation af tildelingsbeslutningen ”bør overvejes”, da det kan have været konkurrenceforvridende. Klagenævnet har forstået dette som en påstand om annullation:

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere SKIs beslutning af 2. februar 2024 om at tildele kontrakterne til TKE, Nordelektro og SJEC.

SKI har i forhold til påstand 1 erkendt, at det stillede spørgsmål 54 under udbudsprocessen ikke blev anonymiseret inden offentliggørelsen. SKI har påstået, at påstand 2 ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 13. februar 2024 meddelt SKIs kontraktparter, TKE, Nordelektro og SJEC, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Ingen af virksomhederne har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen.

Klagenævnet modtog klagen i standstill-perioden, men klagenævnet har valgt ikke at tage stilling til spørgsmålet om opsættende virkning og i stedet afgøre

klagesagen i realiteten inden fristen på 30 dage i lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 3, jf. stk. 2.

Klagesagen er behandlet uden sagkyndig, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 6.

Sagens nærmere omstændigheder

Rammeaftalen blev udbudt for at erstatte en eksisterende rammeaftale 50.75 fra 2020. Delaftale 1 på den eksisterende rammeaftale udløber den 30. april 2024, delaftale 2 den 31. maj 2024, delaftale 3 den 30. april 2024 og delaftale 4 den 7. april 2024. Delaftale 5 og 6 i den udbudte rammeaftale er nye i forhold til den eksisterende.

Otis er eksisterende leverandør på delaftale 1-3, mens TKE er leverandør på delaftale 4.

De seks udbudte delaftaler er beskrevet således:

- Delaftale 1: Region Nordjylland, Midtjylland og Syddanmark
- Delaftale 2: Region Sjælland og Ishøj, Høje-Taastrup og Frederikssund Kommune
- Delaftale 3: Region Hovedstaden ekskl. Frederiksberg, København, Ishøj, Høje-Taastrup og Frederikssund Kommune
- Delaftale 4: København og Frederiksberg Kommune
- Delaftale 5: Staten, landsdækkende
- Delaftale 6: Øvrige kunder, landsdækkende

Af udbudsbetingelserne fremgår:

”...

8 Tildelingskriterier og evaluering

Tilbuddene vil blive evalueret efter tildelingskriteriet ”Pris” med følgende underkriterier og vægtning:

<i>Tildelingskriterium</i>	<i>Vægt</i>
Pris	100 %

8.1 Evaluering af Pris

Evalueringen af ”Pris” vil ske ved udregning af en scenariepris, som angivet i trinene nedenfor i punkt 8.1.1.

...

11 Supplerende oplysninger

11.1 Skriftlige spørgsmål

Tilbudsgiver har mulighed for at få supplerende oplysninger om udbudsmaterialet ved fremsættelse af skriftlige spørgsmål i forbindelse med tilbudsafgivelse.

I spørgsmål bedes tilbudsgiver klart angive, hvilke elementer i udbudsmaterialet, der spørges til. Såfremt tilbudsgiver vurderer, at et element er uhensigtsmæssigt bedes dette begrundet samt angivet med forslag til konkrete suppleringer. Spørgsmål bør skrives i anonymiseret form.

...

Skriftlige spørgsmål og besvarelser heraf vil skriftligt i anonymiseret form løbende blive meddelt via udbudssiden i ETHICS, og suppleringerne vil herefter udgøre en del af udbudsmaterialet.

...

Spørgsmål, der stilles senere end 10 kalenderdage før tilbudsfristens udløb, kan forventes besvaret, i det omfang besvarelse kan afgives senest på den 7. kalenderdag før datoen for tilbudsfristen.

Spørgsmål, der stilles senere end den 7. kalenderdag før datoen for tilbudsfristen, kan ikke forventes besvaret.

...”

SKI har oplyst, at der blev stillet i alt 54 spørgsmål under udbuddet, hvoraf Otis stillede de 50. Det spørgsmål, som er relevant for klagesagen, er spørgsmål 54:

”Vedrørende svar 51 - Såfremt kravet fastholdes om de givne responstider og krav for ikke brofaste øer, ser Otis sig nødsaget til genoverveje vores deltagelse i det igangværende udbud, da det ikke anses som realistisk at kunne indfri fastholdte krav for ikke-brofaste øer. Da omfanget ikke kendes grundet det ligeledes ukomplette og mangelfulde anlægsmateriale, ses ingen anden mulighed end at kraftigt overveje vores deltagelse, da bodsrisikoen er uundgåelig, da vi ikke vil kunne overholde vores kontraktuelle forpligtigelser.”

SKI svarede:

”SKI er ikke enig i denne udlægning, hvorfor der fastholdes.”

Spørgsmålet blev offentliggjort i sin helhed uden anonymisering af Otis’ navn.

Som følge af SKIs besvarelse stillede Otis et yderligere spørgsmål (spørgsmål 55), som SKI ikke offentliggjorde, fordi det kom på dagen, hvor tilbudsfristen udløb:

”Svar 54 - SKI bedes venligst forholde sig til hvorfor man i dette svar har brudt sig mod gældende Udbudsbetingelser pkt 11.1 og passussen ”Skriftlige spørgsmål og besvarelser heraf vil skriftligt i anonymiseret form løbende blive meddelt via udbudssiden i ETHICS”, da I ikke har anonymiseret os og medsendt vores firmanavn i spørgsmålet.”

SKI modtog som nævnt 16 tilbud på de seks delaftaler, herunder 6 fra Otis, 6 fra TKE, 1 fra Nordelektro, 1 fra SJEC og 2 fra Jysk Elevatorservice. Tilbuddene fra Jysk Elevatorservice var ikke konditionsmæssige og blev derfor ikke taget i betragtning.

SKI underrettede tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen den 2. februar 2024. Af underretningen til Otis fremgår:

”...

Ingen af jeres tilbud på delaftale 1-6 udgjorde tilbuddene med den laveste ”scenariepris”.

Af nedenstående tabel fremgår de tildelte leverandører samt deres tilbudte ”scenariepris” pr. delaftale.

Delaftale nr.	Otis	TKE	SJEC	Nordelektro
Delaftale 1: Region Nordjylland, Midtjylland og Syddanmark	96.550.939,20			64.397.460,00
Delaftale 2: Region Sjælland samt Ishøj, Høje-Taastrup og Frederikssund Kommune	96.550.939,20	87.538.419,00		
Delaftale 3: Region Hovedstaden ekskl. Frederiksberg, København, Ishøj, Høje-Taastrup og Frederikssund Kommune	96.550.939,20		73.938.506,50	
Delaftale 4: København og Frederiksberg Kommune	96.550.939,20	69.798.701,50		
Delaftale 5: Staten, landsdækkende	98.317.339,20	88.489.031,50		
Delaftale 6: Øvrige kunder, landsdækkende	96.550.939,20	79.236.694,00		

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Otis har gjort gældende, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have anonymiseret Otis' navn, da SKI offentliggjorde spørgsmål 54 med sin besvarelse. Dette var en overtrædelse af udbudsbetingelsernes punkt 11.1.

SKI har erkendt, at spørgsmål 54 ved en fejl ikke blev anonymiseret inden offentliggørelsen som foreskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 11.1. Dette har imidlertid ikke haft nogen konkret betydning for forløbet af udbuddet, herunder udbuddets udfald.

Ad påstand 2

Otis har gjort gældende, at det bør overvejes at annullere tildelingsbeslutningen som følge af den manglende anonymisering, da det kan have været konkurrenceforvridende.

SKI har gjort gældende, at den manglende anonymisering af Otis' navn i forbindelse med offentliggørelsen af spørgsmål 54 ikke har fordrejet konkurrencen til skade for Otis, at den manglende anonymisering således ikke har haft betydning for udbudsprocessen eller udbuddets udfald, at Otis ikke har godtgjort, at den manglende anonymisering havde betydning for udbuddet og udbuddets udfald, og at den manglende anonymisering af denne grund og på

baggrund af den foreliggende klagenævnspraksis ikke kan føre til annullation af SKIs tildelingsbeslutning.

Det følger af praksis fra klagenævnet, at annullation af en ordregivers tildelingsbeslutning forudsætter, at den konstaterede overtrædelse af udbudsreglerne har haft betydning for forløbet af udbuddet. Omvendt kan mindre og formelle fejl, der ikke konkret har haft eller kan have haft betydning for udbuddets udfald, ikke føre til annullation af ordregiverens tildelingsbeslutning.

SKI havde i udbudsbetingelsernes punkt 11.1 anført, at skriftlige spørgsmål og besvarelser heraf løbende ville blive offentliggjort via udbudssiden i ETHICS i anonymiseret form. Det er en beklagelig formalitetsfejl, at SKI overså Otis' navn i spørgsmål 54 og derfor ikke fik anonymiseret spørgsmålet inden offentliggørelsen af spørgsmålet og dertilhørende svar. SKI havde netop i udbudsbetingelserne opfordret tilbudsgiverne til at skrive deres spørgsmål i anonymiseret form for at undgå sådanne fejl.

Den manglende anonymisering var imidlertid ubetydelig i forhold til udbuddets gennemførelse og i forhold til selve tildelingen. Derfor valgte SKI ikke at foretage sig yderligere, da SKI på dagen for tilbudsfristens udløb blev bekendt med, at SKI ikke havde anonymiseret Otis' navn i forbindelse med offentliggørelsen af spørgsmål 54. SKI vurderede således, at der var tale om en formalitet, der ikke var af væsentlig betydning for udbudsprocessen.

Otis har da heller ikke sandsynliggjort, endsige godtgjort, hvordan den manglende anonymisering af spørgsmål 54 har haft betydning for udbuddets udfald, herunder hvordan den manglende anonymisering skulle have fordrejet konkurrencen til skade for Otis. En sådan fordrejning af konkurrencen synes da heller ikke at kunne være konsekvensen af den manglende anonymisering af spørgsmålet. Selv hvis spørgsmålet var blevet korrekt anonymiseret, ville de øvrige tilbudsgivere alligevel være blevet gjort bekendt med, at en potentiel tilbudsgiver agtede at genoverveje sin deltagelse i udbuddet af en eller flere delaftaler.

Tilbudsgiverne har ikke været vidende om, hvor mange konkurrerende tilbudsgivere de var oppe imod, selv om én enkelt potentiel tilbudsgiver måtte afholde sig fra at afgive tilbud på en eller flere delaftaler. Det er også af den grund urealistisk, at de øvrige tilbudsgivere på baggrund af det offentliggjorte spørgsmål 54 skulle kunne udlede noget kvalificeret om Otis' deltagelse i

udbuddet eller prissætning i øvrigt og indrette deres tilbud i tillid hertil. Intet i sagen understøtter, at den manglende anonymisering har haft betydning for udbuddets udfald, herunder at konkurrencen skulle være blevet fordrejet til skade for Otis. Det påhviler Otis at godtgøre, at indsigt i oplysningen om, at Otis agtede at genoverveje sin deltagelse i udbuddet, selv om virksomheden rent faktisk afgav tilbud på alle seks delaftaler, har fordrejet konkurrencen til skade for Otis. Dette har Otis ikke godtgjort.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

SKI har erkendt, at Otis' spørgsmål 54 ikke blev anonymiseret, inden SKI offentliggjorde spørgsmål og svar. De øvrige tilbudsgivere kunne dermed se, at spørgsmålet blev stillet af Otis, og dette var i strid med udbudsbetingelsernes punkt 11.1. SKI har derfor overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, og klagenævnet tager i dette omfang påstanden til følge.

Efter påstanden skal klagenævnet konstatere, at SKI har overtrådt udbudslovens § 2 "ved at tildele kontrakterne til henholdsvis TKE, Nordelektro og SJEC, idet beslutningen om tildelingen af kontrakten var åbenbart forkert som følge af konstateret fejl i offentliggørelse af skriftlige spørgsmål...". Otis har ikke gjort anbringender gældende til støtte for denne del af påstanden, og da Otis ikke har godtgjort, at beslutningen om at tildele kontrakterne til TKE, Nordelektro og SJEC var åbenbart forkert som følge den manglende anonymisering, tager klagenævnet ikke denne del af påstanden til følge.

Ad påstand 2

Otis har ikke godtgjort, hvordan den manglende anonymisering af Otis' navn ved offentliggørelsen af spørgsmål 54 har fordrejet konkurrencen til skade for virksomheden, eller hvordan den manglende anonymisering i øvrigt har haft betydning for udbuddet og resultatet af tilbudsevalueringen.

Som følge heraf og efter karakteren af SKIs overtrædelse har Otis ikke godtgjort, at overtrædelsen har haft konkret og væsentlig betydning for udbuddets forløb og udfald.

Klagenævnet tager herefter ikke annullationspåstanden til følge.

Herefter bestemmes

Ad påstand 1

SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at besvare spørgsmål i anonymiseret form, som udbudsbetingelser punkt 11.1 foreskriver.

Den øvrige del af påstand 1 og påstand 2 tages ikke til følge.

Otis A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 5.000 kr. i sagsomkostninger til Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Randi Uhrenholt Johnsen
Kontorfunktionær