

# Klagenævnet for Udbud

(Ane Røddik Christensen, Kurt Helles Bardeleben)

J.nr.: 23/03579

30. november 2023

## K E N D E L S E

Assemble A/S

(selv)

mod

Hørsholm Kommune

(advokat Anja Piening, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 243-701111 af 12. december 2022, offentliggjort den 16. december 2022, udbød Hørsholm Kommune som udbud med forhandling efter udbudslovens § 61 en kontrakt om levering af pladsanvisningsløsning.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 11. januar 2023 havde Assemble A/S (herefter ”Assemble”) og KMD A/S (herefter ”KMD”) anmodet om prækvalifikation. Den 12. januar 2023 besluttede Hørsholm Kommune at prækvalificere Assemble og KMD.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 6. februar 2023 havde begge de prækvalificerede virksomheder afgivet indledende tilbud. På baggrund af disse blev der den 21. februar 2023 afholdt forhandlingsmøder med begge tilbudsgivere.

Det reviderede udbudsmateriale blev offentliggjort den 23. februar 2023, og ved tilbudsfristens udløb havde både Assemble og KMD afgivet tilbud.

Hørsholm Kommune besluttede den 3. marts 2023 at indgå kontrakt med KMD, og kontrakt blev indgået den 14. marts 2023. Den 15. marts 2023 udsendte Hørsholm Kommune bekendtgørelse nr. 2023/S 056-166472 om indgået kontrakt.

Ved klageskrift af 27. marts 2023 indgav Assemble klage over Hørsholm Kommune til Klagenævnet for Udbud.

Assemble har i processkrift 1 af 9. august 2023 endeligt nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Hørsholm Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., samt ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved under udbuddet at have ændret på mindstekrav og derved at have foretaget ændring af grundlæggende elementer.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Hørsholm Kommune har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved at kræve en service, der skal kunne anvende en specifik infrastruktur (FKI) eller tilsvarende men samtidig ikke at have oplyst nærmere, hvad kravene til en "tilsvarende" infrastruktur skal være, herunder hvilke tekniske krav det skal omhandle.

#### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Hørsholm Kommune har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2 ved at kræve, at servicen skal kunne anvende CPR-data fra FKI eller den autoritative kilde men samtidig ikke at have oplyst nærmere, hvad der menes med en autoritativ kilde eller nærmere belyst kravene til en autoritativ kilde.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal annullere Hørsholm Kommunes beslutning af 3. marts 2023 om at tildele kontrakt om levering af et dagtilbudssystem til KMD A/S.

Klagenævnet har forstået Hørsholm Kommunes processkrift A af 23. august 2023 således, at der endeligt principalt nedlægges påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 29. marts 2023 meddelt Hørsholm Kommunes kontraktpart, KMD, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

KMD har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

#### Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbetingelsernes pkt. 4.2. fremgår følgende om den forventede udbudsproces:

”

1. Prækvalifikation
2. Tilbudsgiver afgiver indledende tilbud
3. Ordregiver evaluerer indledende tilbud
4. Ordregiver forhandler med tilbudsgiver om tilpasning af udbudsmateriale samt giver feedback på forhandlingstilbuddets styrker og svagheder
5. Ordregiver tilpasser udbudsmaterialet på baggrund af forhandlingerne og udsender revideret udbudsmateriale
6. Tilbudsgivere afgiver endeligt tilbud
7. Brugertest
8. Ordregiver evaluerer endelige tilbud
9. Ordregiver tildeler kontrakt”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 7.2 fremgår bl.a. følgende:

”Ordregiver vil desuden påpege, hvis det indledende tilbud indeholder forhold eller mangler, der indebærer, at det må anses for ukonditions-mæssigt.

Derefter skal tilbudsgiver give en tilbagemelding på udbudsmaterialet i forhold til, om der er krav i materialet, der er unødvendigt strenge, eller krav der er unødvendige og fordyrende for anskaffelsen. ...”

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 8, at tilbudsgiverne efter forhandlingerne og tilbagemeldingerne skulle udarbejde et endeligt tilbud.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 6 fremgår bl.a. følgende:

### ”6.1. Tildelingskriterium

Kontrakten tildeles den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet”...

### 6.5. Evalueringsmetode pris (20 %)

...

Targetprisen fastsættes til 12 mio kr. Targetprisen er et udtryk for Ordregivers anslåede evalueringstekniske pris.

Såfremt en tilbudsgiver tilbyder en evalueringsteknisk pris, der ikke kan indeholdes i spændet på targetpris +/- 20%, vil tilbuddet blive betragtet som ukonditionsmæssigt...”

Af den oprindelige kravspecifikation fremgår bl.a.:

”Samtlige krav indeholdt i kravspecifikationen er ufravigelige, og dermed defineret som mindstekrav

...

142. Stamdata på borgere: Servicen skal kunne anvende CPR data fra FKI

143. Økonomi via ”Økonomi” i rammearkitekturen-snitfladerne: Servicen skal kunne anvende følgende snitflader på FKI:

- Indkomstoplysninger
- Afregninger
- Udbetalinger
- Posterings ”

I tilbudsfasen vedrørende det indledende tilbud indkom der den 20. januar 2023 tre spørgsmål, som blev besvaret af Hørsholm Kommune den 26. januar 2023:

### ”[Spørgsmål]

Krav: 142

Kan ordregiver acceptere at CPR-data på borgere hentes fra anden autoritativ kilde og i løbet af kontraktperioden vil blive omlagt til FKI?”

### [Svar]

For at Ordregiver kan tage stilling til spørgsmålet, bedes Tilbudsgiver præcisere spørgsmålet yderligere med følgende oplysninger:

1. Hvorfra/fra hvilket autoritativ kilde henter spørgeren CPR-data på borgere i dag?
2. Hvornår forventer spørgeren at omlægge til FKI?

### **[Spørgsmål]**

Krav 143:

Kan ordregiver acceptere at økonomi-data hentes og afleveres via snitflader i dag og i løbet af kontraktperioden vil blive omlagt til FKI?

### **[Svar]**

For at Ordregiver kan tage stilling til spørgsmålet, bedes Tilbudsgiver præcisere spørgsmålet yderligere med følgende oplysninger:

1. Hvorfra/fra hvilke snitflader henter og afleverer spørgeren økonomidata i dag?
2. Hvornår forventer spørgeren at omlægge til FKI?

### **[Spørgsmål]**

Krav 144:

Leverandøren deltager i KOMBITs onboardingforløb på sags- og dokumentindeks sammen med en række kommunale repræsentanter. Kan ordregiver acceptere kravene fra dette forløb som udtømmende for kundens krav til en fagløsning?

### **[Svar]**

Ordregiver accepterer kravene fra dette forløb som udtømmende for opfyldelse af kravet til en fagløsning.”

Assemble og KMD indgav indledende tilbud den 6. februar 2023. Assemble havde afgivet et konditionsmæssigt tilbud med en tilbudspris på 11.996.000 kr. KMD havde afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud, idet den samlede tilbudspris på 7.590.636 kr. lå uden for den accepterede afvigelse på 20 pct. fra targetprisen. Endvidere havde KMD en række emner til drøftelse samt en række forbehold til udbudsmaterialet.

Den 21. februar 2023 blev der afholdt forhandlingsmøder med begge tilbudsgivere. Det fremgår af referaterne fra forhandlingsmøderne, at bl.a. priserne blev drøftet på møderne, og at Assemble blev oplyst, at virksomhedens tilbud

lå ”næsten direkte” på targetprisen, mens KMD blev oplyst, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt, idet prisen lå væsentligt under den accepterede mindstepris på 9.600.000 kr.

I forlængelse af forhandlingsmøderne blev der foretaget ændringer i følgende dokumenter:

- Udbudsbetingelser
- Udkast til kontrakt
- Kravsspecifikation
- Implementeringsplan, uddannelsesplan og testplan
- Databehandleraftale

Ændringerne til kravsspecifikationen vedrørte krav nr. 142 og 143, der fik følgende ordlyd i den reviderede kravsspecifikation:

”142. Stamdata på borgere: Servicen skal kunne anvende CPR data fra FKI eller den autoritative kilde.

143. Økonomi via ”Økonomi” i rammearkitekturen-snitfladerne: Servicen skal kunne anvende følgende snitflader på FKI eller tilsvarende:

- Indkomstoplysninger
- Afregninger
- Udbetalinger
- Posterings”

Det reviderede udbudsmateriale blev offentliggjort den 23. februar 2023 i udbudssystemet. Der var fastsat frist for endeligt tilbud den 3. marts 2023. Der indkom ikke yderligere spørgsmål i perioden mellem udsendelsen af det reviderede udbudsmateriale den 23. februar 2023 og tilbudsfristen den 3. marts 2023.

Ved tilbudsfristens udløb havde Hørsholm Kommune som nævnt modtaget tilbud fra KMD og Assemble.

Ved en gennemgang af tilbuddene blev det konstateret, at KMD's tilbud var konditionsmæssigt, idet prisen nu var reguleret til 9.601.000 kr., mens Assembles tilbud nu var ukonditionsmæssigt, idet tilbudsprisen var ændret til 7.415.000 kr., hvilket dermed var lavere end den accepterede afvigelse på 20 pct.

Den 3. marts 2023 fremsendte Hørsholm Kommune tildelingsskrivelse til KMD og afslagsskrivelse til Assemble.

Kontrakten med KMD blev indgået den 14. marts 2023.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Assemble har gjort gældende, at Hørsholm Kommune ved ændringerne i mindstekrav nr. 142 og nr. 143 har foretaget ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, som ikke har kunnet foretages uden et nyt udbud.

Ændringerne af mindstekrav nr. 142 og nr. 143 er ændringer af grundlæggende elementer, fordi det ikke kan udelukkes, at ændringerne kunne have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgiverne, og fordi ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt udgør en ændring af grundlæggende elementer, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 2.

Det fremgår af udbudsmaterialet, at alle kravene i kravspecifikationen er ufravigelige og dermed defineret som mindstekrav.

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

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

Ændringen gør det muligt at anvende ældre og anden teknologi. Ændringen er væsentlig, idet KMD fik mulighed for at afgive konditionsmæssigt tilbud. På samme måde ville det have givet andre potentielle leverandører mulighed for at afgive tilbud ved at bruge den gamle teknologi, som heller ikke er specificeret.

Hørsholm Kommune har gjort gældende, at der ikke er tale om ændringer af mindstekrav i det reviderede udbudsmateriale, men derimod alene præciseringer af mindstekrav nr. 142 og nr. 143, som i deres natur må betragtes som uvæsentlige.

For så vidt angår krav nr. 142 blev kravet således præciseret fra formuleringen ”Stamdata på borgere: Servicen skal kunne anvende CPR data fra FKI” til formuleringen ”Stamdata på borgere: Servicen skal kunne anvende CPR data fra FKI eller den autoritative kilde.” Tilføjes ”eller den autoritative kilde” markerer blot, at den autoritative kilde af CPR-oplysninger, altså CPR-registreret, også kan tjene som datakilde; ikke at det er et krav, at den autoritative kilde anvendes.

For så vidt angår krav nr. 143 er der alene tilføjet et velkendt og almindeligt anvendt udbudsretligt begreb i form af ”eller tilsvarende” til kravet. Ændringen havde alene til formål at undgå en anfægtelse af kravet som værende ”låst” i en bestemt, men i øvrigt ikke videre kvalificeret infrastruktur, hvilket potentielt kunne begrænse konkurrencen. Det ville derudover ikke være proportionalt med formålet med kravet, som handler om opfyldelse af de givne funktionaliteter, at ”låse” løsningsforslag til én bestemt infrastruktur, når kommunen i forbindelse med afviklingen af forhandlingsmøderne blev opmærksom på, at kravet kunne opfyldes med en infrastruktur ”tilsvarende” FKI.

Det grundlæggende i kravet er, at de snitflader, som den tilbudte service anvender, er klart defineret som ”Indkomstoplysninger”, ”Afregninger”, ”Udbetalinger” og ”Posterings”. Der er ikke tale om, at der er udtaget eller tilføjet snitflader, men der er alene åbnet mulighed for at anvende en alternativ infrastruktur end FKI, så længe infrastrukturen kan anvendes af servicen til at levere de efterspurgte snitflader. Indholdet i kravet er således stadig det samme.



Ingen af ændringerne har altså medført, at Assemble, eller for den sags skyld andre tilbudsgivere, er begrænsede i eller frataget muligheden for at tilbyde samme løsning som i første tilbudsrunde, hvis begge krav skal opfyldes. Det betyder heller ikke, at Assemble diskrimineres eller udsættes for manglende ligebehandling, idet omformuleringen af kravet gælder for samtlige tilbudsgivere i tilbudsgiverfeltet.

Præciseringerne af mindstekravene er endvidere sagligt begrundede, og der er ikke tale om ændringer af grundlæggende elementer. Dette understøttes af, at der fra begyndelsen af udbuddet alene har været to potentielle tilbudsgivere, som har hentet udbudsmaterialet: KMD og Assemble. Det er derfor helt udokumenteret, at ændringerne kan have haft betydning for potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet.

Præciseringen af de to krav har ikke haft betydning for KMD's prissætning i den forstand, at den tilbudte pris blev mere konkurrencedygtig. KMD indleverede i første omgang et tilbud, som prismæssigt var ukonditionsmæssigt, fordi prisen var lavere end targetprisen minus 20 pct. Efter offentliggørelsen af det reviderede udbudsmateriale havde KMD hævet prisen med mere end 20 pct. Samtidig havde Assemble sænket sin pris med mere end 33 pct. Det er således alene Assemble, der har gjort sin pris mere konkurrencedygtig efter offentliggørelsen af det reviderede udbudsmateriale på trods af, at den tilbudte tekniske løsning ikke havde ændret sig. Der er således ikke grundlag for at antage, at det har været de to tilføjelser til krav nr. 142 og nr. 143, der har haft indflydelse på de tilbudte priser, men selv hvis det var tilfældet, ville det ikke medføre, at præciseringerne skal betragtes som ændringer af grundlæggende elementer.

KMD's løsning er ikke baseret på gammel teknologi. KMD's tekniske løsning var således den samme som før ændringen og er af kommunens fagfolk ikke vurderet til at være forældet.

Klagenævnet har i sin praksis anerkendt, at det er tilladt for en ordregiver at præcisere mindstekrav, så længe præciseringen ikke udgør en egentlig ændring, jf. f.eks. kendelse af 13. marts 2020, B. Braun Medical A/S mod Region Nordjylland.

Det er således påvist, at Hørsholm Kommune ikke har ændret mindstekrav i det reviderede udbudsmateriale på en måde, der udgør en ændring af grundlæggende elementer, og dermed heller ikke har foretaget ændringer af udbudsmaterialet i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., eller ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

### Ad påstand 2

Assemble har gjort gældende, at et forhold kun kan anføres som mindstekrav til den udbudte ydelse, hvis det er klart for tilbudsgiverne, hvordan de skal oplyse eller dokumentere, om mindstekravet er opfyldt.

Mindstekravet beskriver ikke nærmere, efter hvilke krav det skal bedømmes, og hvilke forhold eller tekniske specifikationer servicen skal indeholde og dokumentere, for at servicen er "tilsvarende". Det er et krav efter udbudsloven, at alle mindstekrav er klart definerede i udbudsmaterialet, herunder skal det også være klart defineret, hvad der er "tilsvarende", og hvordan kravet for opfyldelse heraf skal dokumenteres af tilbudsgiverne. På grund af den manglende beskrivelse har det derfor ikke været muligt for en tilbudsgiver at vurdere, hvordan man kunne tilbyde en "tilsvarende", konditionsæssig løsning.

Det faktum, at Hørsholm Kommune ved sin besvarelse af spørgsmål nr. 143 stiller spørgsmål til, hvilken snitflade der så vil blive brugt, viser, at der kan være flere snitflader, og at det har været uklart selv for kommunen, hvilke snitflader det kunne være.

Ud fra udbudsmaterialet har det ikke været klart for tilbudsgiverne, hvordan og hvilket indhold servicen skulle indeholde for at være "tilsvarende", herunder idet det ikke var beskrevet, hvilken form for dokumentation tilbudsgiverne skulle indsende, for at en "tilsvarende" løsning ville kunne blive godkendt. Hørsholm Kommune bærer som ordregiver risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet.

Hørsholm Kommune har gjort gældende, at det i udbudsmaterialet er klart beskrevet, hvilken type løsning kommunen efterspurgte. Før præciseringen var det også entydigt beskrevet, hvilke snitflader på FKI som den tilbudte service skulle kunne anvende. At der senere blev tilføjet et "eller tilsvarende" til krav nr. 143, har ikke haft nogen betydning for det grundlæggende element

i kravet. Det grundlæggende i kravet var således fortsat, at de beskrevne snitflader skulle kunne anvendes af den tilbudte service. I den sammenhæng skal det bemærkes, at ”eller tilsvarende” er et velkendt udbudsretligt begreb, som ikke nødvendigvis skal følges op af en uddybning. Derimod skal ordregiver vurdere, om en tilbudt løsning lever op til de stillede krav eller tilsvarende.

De to tilbudsgivere havde allerede fra begyndelsen vist en fuldkommen forståelse af, hvad det stillede krav indebar. Dette kunne ikke ændres af, at der senere blev tilføjet et ”eller tilsvarende” til kravet, og det må lægges til grund, at leverandører af digitale services, der har snitflader op imod FKI, har tilstrækkelig teknisk indsigt til at vide og forstå, hvad en ”tilsvarende” infrastruktur betyder. Præciseringen af kravet medførte ikke, at FKI ikke kunne anvendes, men blot at der var mulighed for at tilbyde flere forskellige løsninger med en anden og tilsvarende infrastruktur.

At dette stod klart for begge tilbudsgivere, og i øvrigt ikke gav anledning til de store forståelsesmæssige eller tekniske udfordringer, bekræftes også af, at begge tilbudsgiveres tilbudte løsninger levede op til de præciserede krav, og at tilbuddene indeholdt forskellige, men fuldt konditions-mæssige løsninger. Der er således ikke grundlag for at antage, at der har hersket tvivl om, hvad betydningen af kravet har været.

Dette understøttes yderligere af, at Assemble på dette punkt fra begyndelsen havde tilbudt en teknisk konditions-mæssig løsning. Dette tyder således snarere på, at Assemble i realiteten ikke har været i tvivl om, hvilke krav der blev stillet til den tekniske løsning. Assemble stillede da heller ikke spørgsmål hertil.

### Ad påstand 3

Assemble har gjort gældende, at et forhold kun kan anføres som mindstekrav til den udbudte ydelse, hvis det er klart for tilbudsgiverne, hvordan de skal oplyse eller dokumentere, om mindstekravet er opfyldt.

KMD har tidligere benyttet KMD P-Data til at hente oplysninger fra Det Centrale Personregister (CPR). Ifølge KMD's faktureringsprincip i markedet opkræver KMD pr. opslag i CPR, hvilket Assemble har erfaret i forbindelse med, at tidligere KMD-kunder har skiftet til Assembles løsning. Der fremgår

ingen mulighed for at tage højde for denne ekstraopkrævning i prisberegningen.

Ud fra udbudsmaterialet har det derfor ikke været klart for tilbudsgiverne, hvilket indhold servicen skulle have for at være "en autoritativ kilde", herunder at det ikke var beskrevet, hvilken form for dokumentation tilbudsgiver skulle indsende, for at en "autoritativ kilde" ville kunne blive godkendt. Hørsholm Kommune bærer som ordregiver risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet.

Hørsholm Kommune har gjort gældende, at "en autoritativ kilde" er et begreb, som i almindelighed ikke bør kunne give anledning til misforståelse eller fortolkningstvív. Dette gør sig i særdeleshed gældende for leverandører af løsninger med snitflader til FKI, idet FKI netop indhenter CPR-data fra den autoritative kilde. Teksten "eller den autoritative kilde" er således tilføjet i krav nr. 142 med det ene formål at stille tilbudsgiverne frit for at anvende den ene eller den anden kilde.

Assemble har tilbudt et IT-system, der via integration med FKI henter CPR-data, og dermed må det også antages, at Assemble er helt bevidst om, hvad den autoritative kilde til CPR-data er. En åbning af muligheden for direkte brug af den autoritative kilde, som leverer de autoritative grunddata, som tilbudsgiverne skulle bruge til opfyldelse af kravet, kan således næppe defineres som en ændring af så væsentlig karakter, at den skal betragtes som ændring af et grundlæggende element, da det grundlæggende i mindstekravet netop er den funktionalitet, der skal opfyldes.

Hvordan KMD tidligere har faktureret den slags opslag, er uvedkommende for denne sag, idet det klart fremgår af tilbudslisten og kontraktens punkt 15.1., at de tilbudte priser er udtømmende, og at leverandøren således ikke kan kræve yderligere betaling for sine ydelser.

#### Ad påstand 4

Assemble har gjort gældende, at udbudsmaterialet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, da udbudsmaterialet har indeholdt meget uklare mindstekrav, og det ikke har været beskrevet, hvordan og med hvilket indhold mindstekravene skulle opfyldes og dokumenteres, og eftersom der er foretaget ændring af grundlæggende elementer.

Hørsholm Kommune har henvist til de samme anbringender, som er gjort gældende i forhold til påstand 1-3.

### Klagenævnet udtaler

#### Ad afvisningspåstanden

Hørsholm Kommune har anført, at påstand 1-3, som er nedlagt af Assemble ved processkrift 1 af 9. august 2023, reelt er en ny klage, som er indgivet efter udløbet af klagefristen, hvorfor påstandene bør afvises.

Den omstændighed, at Assemble under klagesagen har ændret formuleringen af sine påstande og nedlagt nye påstande, kan efter karakteren og indholdet af påstandene ikke begrunde, at klagen afvises.

#### Ad påstand 1

Spørgsmålet er herefter, om Hørsholm Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., ved at have ændret formuleringen af krav nr. 142 og krav nr. 143 i den reviderede kravspecifikation.

Det følger af udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., at ordregiver ikke må foretage ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindeligt udsendte udbudsmateriale.

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

Efter udbudslovens § 24, nr. 37, er en ændring af et grundlæggende element en ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.

I forarbejderne til bestemmelsen er anført bl.a.:

”Med bestemmelsens nr. 37 defineres begrebet ”ændring af grundlæggende elementer” som en ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere. En ændring kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i udbudsproceduren, hvis den ville have givet andre ansøgere end de oprindelige udvalgte mulighed for at deltage, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere til udbudsproceduren, f.eks. hvis ændringen bevirker, at en kontrakts karakter er væsentlig forskellig fra den, der oprindeligt blev fastlagt i udbudsmaterialet. En ændring fordrejer f.eks. konkurrencen, hvis den er en følge af, at ordregiver udnytter sin viden om de indkomne tilbud og ansøgninger til at give visse ansøgere eller tilbudsgivere en fordel, som ikke er sagligt begrundet.”

Af forarbejderne til udbudslovens § 2 fremgår bl.a.:

”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.

Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere. I proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse vil en ændring af mindstekrav altid udgøre en ændring af grundlæggende elementer.”

Det fremgår af udbudsmaterialet, at krav nr. 142 og krav nr. 143 i udbudsbetingelserne er betegnet mindstekrav. Det er ubestridt, at formuleringen af de pågældende mindstekrav blev ændret efter afholdelse af forhandlingsmøderne og inden fristen for afgivelse af endelige tilbud.

Bevisbyrden for, at ændringerne ikke kunne påvirke potentielle tilbudsgivers deltagelse i udbudsproceduren og ikke fordreje konkurrencen mellem tilbudsgiverne, påhviler Hørsholm Kommune, jf. herved Klagenævnets kendelse af 15. oktober 2021, Verdo Teknik A/S mod Københavns Kommune.

Klagenævnet bemærker, at de ændrede formuleringer af krav nr. 142 og krav nr. 143 sprogligt set udvider muligheden for at opfylde kravene.

Efter en samlet vurdering af sagens omstændigheder, herunder udbuddets og ændringernes karakter, sammenholdt med det, der er anført i forarbejderne til udbudslovens § 2, finder klagenævnet, at Hørsholm Kommune ikke har løftet bevisbyrden for, at ændringerne ikke var egnede til at påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbudsprocessen og ikke har godtgjort, at ændringerne, som skete på foranledning af KMD, ikke var egnede til at fordreje konkurrencen mellem Assemble og KMD.

Klagenævnet finder herefter, at Hørsholm Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., og princippet om ligebehandling i udbudslovens § 2 ved at have foretaget ændringer af grundlæggende elementer som sket.

Assembles påstand 1 tages herefter til følge.

#### Ad påstand 2-3

Henset til det anførte vedrørende påstand 1 finder klagenævnet ikke anledning til at tage stilling til påstand 2-3.

#### Påstand 4

På grundlag af de overtrædelser, der er konstateret i forbindelse med påstand 1, tages påstanden til følge.

#### Herefter bestemmes

Hørsholm Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., og princippet om ligebehandling i udbudslovens § 2 ved at have ændret formuleringen af krav nr. 142 og krav nr. 143 i den reviderede kravspecifikation.

Hørsholm Kommunes beslutning af 3. marts 2023 om at tildele kontrakt til KMD A/S annulleres.

Klagegebyret tilbagebetales.

Ane Røddik Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig