Ændringer af udbudsmaterialet ved udbud med forhandling

Kan ordregiver påvirke adgangen til ændringer?

Changes to the procurement documents for the competitive procedure with negotiation

Can the contracting authority affect access to changes?

Syddansk Universitet

Specialet er udarbejdet af:

Freja Moos Wagner (19/12/1999)

Studieretning: Cand.jur.

Vejleder: Jesper Bøggild Christiansen

Antal anslag: 139.441

Abstract

In a procurement regulated by the EU procurement directives, the contracting authority can choose between different procurement procedures depending on the complexity of the procurement. This thesis is based on the procurement procedure competitive procedure with negotiation.

When the procurement documents have been published and the procurement has been launched, the situation often arises that the contracting authority needs to change the procurement documents. This thesis demonstrates that the contracting authority cannot freely change the procurement documents. The contracting authority may not change essential elements. It is a change of essential elements if the change affects the competitive field or distorts competition between candidates or tenderers. In particular for the competitive procedure with negotiation, it is determined that changing the minimum requirements and the award criteria always constitutes a change of essential elements.

Based on this limited access to changing the procurement documents, this thesis examines whether the contracting authority can, by means of its own statements, influence which parts can potentially be changed. After an analysis of the practice of the Danish Complaints Board for Public Procurement, this thesis shows that the contracting authority's statements in the procurement documents are included as an interpretative element in the Complaints Board's assessment of the changes. The Complaints Board's assessment includes whether the contracting authority has stated in the procurement documents that some requirements can be negotiated and changed during the procurement process in order to be determined later in the process. This thesis finds that these requirements can affect access to changes, since according to the Complaints Board, it would be presumed against it that the changes are changes to essential elements if the contracting authority has stated that they could be changed. However, this is associated with uncertainty and the Complaints Board is still assessing the changes, which is why the contracting authority cannot be sure that the requirements can be freely changed. In addition, this thesis shows that other statements from the contracting authority also form an interpretative element for the Complaints Board. Among other things, the assessment

includes which formulations the contracting authority has used, e.g. "shall", which indicate that it is a requirement.

This thesis concludes that the contracting authority can to a certain extent influence which parts can be changed by means of its own statements in the procurement documents. Thus, the Complaints Board does not only make an objective assessment of changes to the requirements based on whether they have affected the competitive field or distorted competition.

Indholdsfortegnelse

1. Introduktion ... 6
1.1. Problemformulering ... 7
1.2. Afgrænsning ... 7
2. Metode ... 9
2.1. Den anvendte metode ... 9
2.2. De anvendte retskilder ... 9
2.2.1. De grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed ... 9
2.2.2. EU's udbudsdirektiv og dets præambelbetragtninger ... 10
2.2.3. Udbudsloven og dens forarbejder ... 10
2.2.4. Retspraksis fra den Europæiske Unions Domstol ... 11
2.2.5. Praksis fra Klagenævnet for Udbud ... 11
2.2.6. Juridisk litteratur ... 12
2.2.7. Vejledninger ... 12
3. Disposition ... 13
4. Ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ... 14
4.1. Ligebehandlingsprincippet ... 14
4.2. Gennemsigtighedsprincippet ... 15
4.3. Delkonklusion ... 15
5. Generelt om ændringer af udbudsmaterialet ... 16
5.1. Det retlige grundlag ... 17
5.1.1. Uvæsentlige ændringer ... 17
5.1.2. Væsentlige ændringer ... 17
5.1.3. Ændringer af grundlæggende elementer ... 18
5.2. Praksis fra Klagenævnet for Udbud ... 20
5.3. Retspraksis fra EU-domstolen ... 23
5.4. Delkonklusion ... 26
6. Ændringer af udbudsmaterialet under udbud med forhandling ... 28
6.1. Udbudsproceduren udbud med forhandling ... 28
6.1.1. Udbudsmaterialet ... 30
6.2. Ændringer af udbudsmaterialet under udbud med forhandling ... 31
6.2.1. Ansøgningsfasen vs. forhandlingsfasen ... 37
6.3. Delkonklusion ... 38
7. Ordregivers potentielle påvirkning af ændringsadgangen ... 40
7.1. Anvendelse af kravmetodik ... 40
7.1.1. Klagenævnet om anvendelsen af kravmetodik ... 41

7.1.2. Påvirker kravmetodikken adgangen til ændringer? 44
7.2. Øvrige subjektive tilkendegivelser 59
7.3. Delkonklusion 62
8. Konklusion 65
9. Litteraturliste 68

1. Introduktion

Når det offentlige skal foretage indkøb er det reguleret af EU's udbudsdirektiver.[1] Afhængig af anskaffelsens art er det forskelligt, hvilket udbudsdirektiv, der skal anvendes. Dette speciale tager afsæt i lovbekendtgørelse nr. 10 af 6. januar 2023 (herefter *udbudsloven*), der implementer Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (herefter *udbudsdirektivet*). Efter udbudsloven skal det offentlige udbyde anskaffelser, når de overstiger en nærmere bestemt tærskelværdi.[2] Ved anskaffelsen kan der anvendes en række forskellige procedurer, der overordnet kan inddeles i to kategorier: de standardiserede procedurer og de fleksible procedurer.[3] Det er anskaffelsens kompleksitet, som afgør hvilken udbudsprocedure, der skal anvendes. De standardiserede procedurer kan altid frit anvendes modsat de fleksible procedurer, der kræver at en række betingelser er opfyldt.[4]

Udbuddet igangsættes ved offentliggørelsen af et udbudsmateriale, der sætter potentielle tilbudsgivere i stand til at vurdere deres muligheder for at byde på opgaven.[5] I udbudsmaterialet har ordregiver blandt andet opstillet betingelserne for udbuddet, samt angivet hvilke krav til udbuddets anskaffelse, som tilbudsgiverne skal opfylde.

Når udbudsmaterialet er offentliggjort, opstår ofte situationen, at ordregiver har behov for at ændre i udbudsmaterialet. Dette kan f.eks. skyldes, at ordregiver efterfølgende har bemærket fejl i udbudsmaterialet og/eller ordregiver er blevet klogere på anskaffelsen f.eks. som følge af spørgsmål fra potentielle tilbudsgivere. Ordregiver kan imidlertid ikke frit ændre disse fejl, da de udbudsretlige principper ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet sætter begrænsninger for, hvad ordregiver kan ændre efter offentliggørelsen af udbudsmaterialet. Disse begrænsninger indebærer, at grundlæggende elementer i udbudsmaterialet ikke må ændres. Begrænsningerne gælder uanset hvilken udbudsprocedure ordregiver har valgt.[6] Særligt for udbudsproceduren udbud med

[1] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 (herefter udbudsdirektivet), Direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 (herefter forsyningsvirksomhedsdirektivet), Direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 og Direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014.
[2] Lovbekendtgørelse nr. 10 af 6. januar 2023 (herefter udbudsloven), §§ 6-8.
[3] Hamer, Carina Risvig, *Udbudsret*, 2. udgave, Djøf Forlag, 2021 (herefter Hamer, 2021), s. 414 og 419.
[4] Ibid., s. 414.
[5] Ibid., s. 370.
[6] Ibid., s. 402.

forhandling, der er en af de fleksible procedurer, følger det af lovbemærkningerne, at mindstekrav altid vil udgøre grundlæggende elementer og dermed ikke kan ændres.[7] Dette er en skærpelse af reglerne for ændringer af udbudsmaterialet.

På baggrund af denne snævre adgang til at foretage ændringer af udbudsmaterialet forsøger flere ordregivere i praksis at udvide rummet for, hvilke dele af udbudsmaterialet, der kan ændres i løbet af udbudsprocessen. Dette for at undgå alternativet, hvor ordregiver er nødsaget til at aflyse udbuddet og gennemføre en ny udbudsprocedure, hvilket er omkostningstungt for ordregiver. Rummet for ændringer udvides ved hjælp af egne tilkendegivelser og rubriceringer af krav i udbudsmaterialet, hvor der f.eks. anvendes en kravmetodik ved udbud med forhandling, der opdeler udbudsmaterialets krav i hhv. mindstekrav, forhandlingskrav og evalueringskrav. Spørgsmålet er imidlertid om denne praksis påvirker adgangen til at foretage ændringer under udbudsproceduren udbud med forhandling. Denne problemstilling undersøger dette speciale.

1.1. Problemformulering

I forlængelse af ovenstående introduktion undersøger dette speciale følgende:

I hvilket omfang kan ordregiver foretage ændringer af udbudsmaterialet under udbud med forhandling, og kan ordregiver påvirke hvilke dele, der potentielt kan foretages ændringer af?

1.2. Afgrænsning

Specialet tager afsæt i udbudsloven, som implementerer udbudsdirektivet i Danmark. Udbudsdirektivet vil i denne sammenhæng blive anvendt som fortolkningsbidrag. De øvrige udbudsdirektiver vil ikke blive inddraget nærmere. Praksis, der vedrører forsyningsvirksomhedsdirektivet, vil dog blive anvendt som fortolkningsbidrag. Det er fundet relevant, da forsyningsvirksomhedsdirektivet også regulerer udbud med forhandling. Adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet afgøres ligeledes på baggrund af de udbudsretlige principper, der tilsvarende findes i udbudsloven.

Specialet er afgrænset til udbudsproceduren udbud med forhandling, hvorfor problemformuleringen ikke søges besvaret i forhold til de standardiserede procedurer, offentligt- og begrænset udbud, samt de øvrige fleksible procedurer, konkurrencepræget

[7] Lovforslag L 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015 (herefter LFF nr. 19), s. 57.

dialog, innovationspartnerskaber og projektkonkurrencer. Det skyldes, at fundamentet for disse procedurer adskiller sig fra udbud med forhandling. For eksempel forudsætter konkurrencepræget dialog ikke at ordregiver har færdiggjort udbudsmaterialet fra udbudsprocessens start, men det færdiggøres derimod via dialog med deltagerne, da formålet med udbudsproceduren netop er at fastlægge, hvorledes ordregivers behov bedst kan opfyldes.[8] Innovationspartnerskaber er derimod karakteriseret ved, at på baggrund af proceduren skal der etableres et samarbejde mellem ordregiver og en økonomisk aktør om udvikling af for eksempel en vare, som ikke allerede er tilgængeligt på markedet.[9] Der vil imidlertid blive inddraget kendelser afsagt efter andre procedurer end udbud med forhandling, da reglerne for at foretage ændringer af udbudsmaterialet i et vist omfang er de samme for alle udbudsprocedurerne.

Endvidere er specialet afgrænset til udbud med forhandling, hvor der fra indkøbets start er en hjemmel hertil i udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1. Adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet ved udbud med forhandling, der er overgået fra et offentligt eller begrænset udbud, jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2 og § 80, stk. 1, vil således ikke blive behandlet. Det samme gælder for udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter udbudslovens §§ 80-83.

Den udbudsretlige regulering af ændringer af udbudsmaterialet forløber fra offentliggørelsen af udbudsmaterialet til efter kontraktindgåelse. Dette speciale er afgrænset til at omhandle ændringer efter offentliggørelse af udbudsmaterialet og frem til endelig tilbudsafgivelse.

Afslutningsvis skal det bemærkes, at kendelserne og EU-dommene, der inddrages løbende i specialet, indeholder flere påstande, men det alene er påstande, der er fundet relevante i forhold til at besvare problemformuleringen, der er blevet behandlet.

Der vil ligeledes løbende i specialet være afgrænsninger i relation til de enkelte afsnit.

[8] Fabricius, Jesper: *Offentlige indkøb i praksis*, 5. udgave, Karnov Group, 2024 (herefter Fabricius, 2024), s. 236.
[9] Ibid., s. 246.

2. Metode

2.1. Den anvendte metode

For at besvare specialets problemformulering, skal der foretages en undersøgelse af gældende ret. Dette gøres ved brug af den retsdogmatiske metode, også kaldt den juridiske metode. Denne har til formål at beskrive samt analysere retstilstanden for et givent område, for at klarlægge gældende ret, *de lege lata*.[10] Hertil benyttes og analyseres retskilder,[11] som beskrives nærmere i nedenstående afsnit, herunder ligeledes de retskildemæssige overvejelser.

I specialet er der benyttet en præciserende fortolkning, hvor det, udover ordlyden fra de inddraget bestemmelser i udbudsloven, fastlægges, hvad meningen med bestemmelserne er.[12] Dette fastlægges blandt andet ved inddragelse af forarbejderne til udbudsloven, samt udbudsdirektivet, da udbudsloven implementerer udbudsdirektivet.

2.2. De anvendte retskilder

2.2.1. De grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed

Der er tre udbudsretlige hovedprincipper: principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. I udbudsreglerne er principperne hjemlet i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1 og udbudslovens § 2, stk. 1. Principperne er udledt af den primære EU-regulering i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) og finder derfor både anvendelse inden og uden for udbudsreglernes anvendelsesområde.[13] Principperne har derved en høj retskildeværdi, når de udgør en del af den primære EU-regulering. Det følger ligeledes af udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1, at tildeling af offentlige kontrakter skal ske i overensstemmelse med principperne i TEUF.

I specialet inddrages ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, da de er med til at udgøre rammerne for, hvornår der kan foretages ændringer i løbet af udbudsprocessen.[14]

---

[10] Blume, Peter: *Retssystemet og juridisk metode*, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020 (herefter Blume, 2020), s. 32 og 175.
[11] Ibid., s. 178.
[12] Ibid., s. 298.
[13] Poulsen, Sune Troels, m.fl., *EU Udbudsretten*, 4. udgave, Djøf Forlag, 2022, (Herefter Poulsen m.fl., 2022), s. 56.
[14] Hamer, 2021, s. 402.

En nærmere gennemgang af principperne følger i kapitel fire og principperne vil løbende inddrages i specialets analyser.

2.2.2. EU's udbudsdirektiv og dets præambelbetragtninger

EU's udbudsdirektiv er en del af den sekundære regulering i EU-retten. Udbudsdirektivet er bindende for medlemsstaterne i EU, men det er op til medlemsstaterne, hvordan direktivet skal gennemføres, jf. TEUF art. 288.[15] I Danmark er udbudsdirektivet gennemført ved udbudsloven. I den sammenhæng gælder der et princip om EU-konform fortolkning, hvorefter lovreglens mening skal være mest muligt i overensstemmelse med EU-retten,[16] og udbudsloven skal derfor fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet samt praksis fra EU-domstolen.[17] På den baggrund vil der i specialet blive inddraget bestemmelser fra udbudsdirektivet, hvor ordlyden af bestemmelserne i udbudsloven ikke er helt identisk hermed, med det formål at bidrage til forståelsen af bestemmelserne i udbudsloven.

Til udbudsdirektivet er der knyttet en præambel, der indeholder en lang række af betragtninger. En præambel er kendetegnet ved at angive den pågældende retsakts overordnede hensyn, samt bidrage til forståelsen af de enkelte artikler.[18] Præambelbetragtningerne inddrages ligeledes i specialet som fortolkningsbidrag. Præambelbetragtninger er ikke retskilder, der kan støttes selvstændig ret på, men de kan indgå i fortolkningen som et vejledende moment.[19] De vil således inddrages som et vejledende fortolkningsbidrag, hvorved meningen bag udbudsdirektivets bestemmelser og derved ligeledes udbudslovens bestemmelser fastlægges.

2.2.3. Udbudsloven og dens forarbejder

Specialet tager udgangspunkt i udbudsloven, og den udgør således en væsentlig retskilde i besvarelsen af problemformuleringen. I praksis anses love for at være den mest fremtrædende retskilde i dansk ret.[20] Udbudsloven er en implementering af

[15] Blume, 2020, s. 276.
[16] Ibid., s. 293.
[17] Poulsen m.fl., 2022, s. 77-78.
[18] Blume, 2020, s. 277.
[19] Hamer, 2021, s. 43-44.
[20] Blume, 2020, s. 204.

udbudsdirektivet, hvilket betyder, at den skal fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet, herunder EU-domstolens fortolkning.[21]

Udbudslovens bestemmelser kan imidlertid ikke alene give et fyldestgørende svar, hvorfor lovforarbejderne til udbudsloven også inddrages. Lovforarbejder er ikke en selvstændig retskilde, da de er tilknyttet en bestemt lov, men de bidrager til en forståelse af lovreglerne ved at forklare meningen med dem, hvorfor de anvendes som fortolkningsbidrag i specialet.[22]

2.2.4. Retspraksis fra den Europæiske Unions Domstol

Den Europæiske Unions Domstol (herefter *EU-domstolen*) har i en række afgørelser taget stilling til spørgsmålet om ændringer af udbudsmaterialet undervejs i udbudsprocessen. I specialet analyseres nogle af disse afgørelser for at belyse de generelle regler for ændringer af udbudsmaterialer, da udbudsdirektivet ikke direkte regulerer adgangen til ændringer. Afgørelser fra EU-domstolen tillægges en høj retskildeværdi, idet afgørelserne er bindende for medlemsstaterne og de har forrang for dansk ret.[23]

2.2.5. Praksis fra Klagenævnet for Udbud

I specialet er der ligeledes inddraget kendelser fra Klagenævnet for Udbud (herefter *Klagenævnet*), som yder et væsentlig bidrag til besvarelsen af problemformuleringen. Klagenævnet træffer administrative afgørelser, som kan indbringes for domstolene, hvorfor de ikke kan tillægges samme retskildeværdi som domstolsafgørelser.[24] Imidlertid er Klagenævnet den primære retshåndhævende instans i Danmark, hvorfor Klagenævnets kendelser generelt kan tillægges høj retskildeværdi.[25] Det er kun få udbudssager domstolene afgør.[26] Endvidere tillægger praktikere ofte Klagenævnets kendelser stor betydning. Det er dog væsentligt at være opmærksom på, at retskildeværdien kan svinge, særligt i de kendelser, hvor Klagenævnet tager konkret stilling til parternes påstande og sagens oplysninger.[27] Det skal ligeledes fremhæves, at Klagenævnet i dele af den juridiske litteratur kritiseres for at være for fleksible, idet deres kendelser i visse tilfælde

[21] Lovforslag L 19, s. 38 og Hamer, 2021, s. 46.
[22] Blume, 2020, s. 189.
[23] Ibid., s. 278 og Poulsen m.fl., 2022, s. 56.
[24] Blume, 2020, s. 247-248.
[25] Poulsen m.fl., 2022, s. 57.
[26] Treumer, Steen, (red.) m.fl., *Udbudsretten*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2019 (herefter Treumer, 2019), s. 24.
[27] Hamer, 2021, s. 55.

anses for at være i strid med EU's udbudsregler.[28] Specialet forholder sig derfor kritisk til kendelserne og vil vurdere, om de er i overensstemmelse med udbudsreglerne.

2.2.6. Juridisk litteratur

Som et bidrag til at besvare problemformuleringen og understøtte specialets analyser, er der inddraget juridisk litteratur. Det er omdiskuteret, hvorvidt juridisk litteratur er en retskilde, da den ikke er autoritativt fastsat, men på trods af juridisk litteratur ikke kan tillægges den samme retskildeværdi som for eksempel regler eller afgørelser, bidrager de til klarlæggelsen af gældende ret og kan således understøtte specialet.[29]

2.2.7. Vejledninger

I specialet vil vejledningen *Udbudsloven, Vejledning om udbudsreglerne* fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen[30] ligeledes blive inddraget. Vejledningen er ikke bindende, hvorfor den ikke kan tillægges en høj retskildemæssig værdi, men den kan alligevel yde et bidrag til besvarelsen af problemformuleringen, da den hidrører fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som har betydelig indsigt i udbudsreglerne.[31] Ligeledes har vejledninger generelt til formål at sikre ensartethed i praksis ved at give råd og information om, hvordan eksempelvis en lov skal anvendes.[32]

---

[28] Treumer m.fl., 2019, s. 26-27.
[29] Blume, 2020, s. 190-191.
[30] Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (2024): "*Udbudsloven, Vejledning om udbudsreglerne*", udgivet december 2024 (herefter vejledning om udbudsreglerne, 2024).
[31] Poulsen m.fl., 2022, s. 58.
[32] Blume, 2020, s. 224.

3. Disposition

Den følgende del af specialet er struktureret i fem kapitler.

Kapitel fire gennemgår de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed for at tydeliggøre de bagvedliggende hensyn for at gennemføre ændringer, da principperne udgør de overordnede rammer for, hvornår der kan foretages ændringer i løbet af udbudsprocessen.

I kapitel fem afklares de generelle regler for at foretage ændringer af udbudsmaterialet undervejs i udbudsprocessen. Dette med henblik på i kapitel seks at vurdere, hvorvidt de generelle regler for ændringer af udbudsmaterialet også gælder ved udbudsproceduren udbud med forhandling eller om udgangspunktet er fraveget. Kapitel seks vil således besvare første del af problemformuleringen: *I hvilket omfang kan ordregiver foretage ændringer af udbudsmaterialet?* Indledningsvis i kapitel seks vil der også være en introduktion til udbudsproceduren udbud med forhandling, herunder kravene til udformning af udbudsmaterialet.

Efterfulgt heraf vil det i kapitel syv analyseres om ordregiver kan påvirke adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet, eller om Klagenævnet alene foretager en objektiv vurdering af ændringerne i overensstemmelse med specialets kapitel fem og seks. Kapitlet besvarer således anden del af problemformuleringen: *Kan ordregiver påvirke hvilke dele, der potentielt kan foretages ændringer til?* Spørgsmålet bliver besvaret gennem en analyse af praksis fra Klagenævnet.

Kapitel otte indeholder en konklusion på specialets problemformulering.

4. Ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet

De udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed er de mest omtalte principper i relation til ændringer af udbudsmaterialet og er med til at udgøre rammerne for, hvornår der kan foretages ændringer i løbet af udbudsprocessen.[33] I dette kapitel vil der følge en gennemgang af principperne for at tydeliggøre de bagvedliggende hensyn for at gennemføre ændringer.

4.1. Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet følger af udbudsdirektivet artikel 18, stk. 1, som er udledt af principperne i TEUF,[34] og af udbudslovens § 2, stk. 1. Princippet går ud på, at det som er lige, skal behandles lige, og tilsvarende skal det ulige behandles ulige. Der påhviler således en pligt for ordregiver efter ligebehandlingsprincippet at påse, at ansøgere eller tilbudsgivere ikke forskelsbehandles.[35] Imidlertid må der dog godt forekomme forskelsbehandling, såfremt det sagligt kan begrundes. Kravet om saglighed er et generelt krav til ordregivers håndtering af udbud og skal blandt andet iagttages ved beslutninger ordregiver måtte træffe i relation til udbuddet.[36] Ligebehandlingsprincippet omfatter enhver forskelsbehandling af de økonomiske aktører ved gennemførelsen af en offentlig anskaffelse og er således ikke kun begrænset til et forbud mod diskrimination på grundlag af nationalitet, som er tilfældet ved ligebehandlingsprincippet i TEUF.[37]

Særligt i relation til dette speciale er det vigtigt at bemærke, at ligebehandlingsprincippet gælder under alle faser af udbudsprocessen.[38] Det skal derfor også iagttages ved udformningen af udbudsmaterialet samt i de tilfælde, hvor ordregiver måtte ændre i udbudsmaterialet under udbudsprocessen. Ligeledes er det vigtigt at have for øje, at ligebehandlingsprincippet ikke kun pålægger ordregiver forpligtelser over for økonomiske aktører, der deltager i udbudsprocessen, men også overfor potentielle økonomiske aktører, der kunne have deltaget, men valgte ikke at gøre det.[39]

---

[33] Hamer, 2021, s. 402.
[34] Fabricius, 2024, s. 42 og udbudsdirektivet præambelbetragtning nr. 1.
[35] Fabricius, 2024, s. 46.
[36] LFF nr. 19, s. 57-58.
[37] Poulsen m.fl., 2022, s. 62.
[38] LFF nr. 19, s. 58.
[39] Ibid., s. 57 og Fabricius, 2024, s. 47.

4.2. Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet følger ligeledes af udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1 og udbudslovens § 2, stk. 1, og er nært forbundet med ligebehandlingsprincippet. Efter gennemsigtighedsprincippet skal det være muligt at fastslå, om ligebehandlingsprincippet er overholdt. På den baggrund skal der sikres offentlighed og åbenhed omkring udbuddet, samt ordregiver skal beskrive kontraktens genstand og processen for udbuddet i udbudsmaterialet.[40] Sidstnævnte indebærer blandt andet, at udbuddets genstand og tildelingskriterierne defineres klart og tilstrækkeligt præcist fra udbuddets begyndelse og forbliver stabile.[41] Dette vil begrænse ordregivers adgang til at foretage ændringer af udbudsmaterialet undervejs i udbudsprocessen. At ordregiver skal beskrive processen for udbuddet inden udbudsprocessens start medfører, at ordregiver skal overholde de rammer og regler, som denne selv har fastsat i udbudsmaterialet.[42]

På baggrund af gennemsigtighedsprincippet kan de økonomiske aktører således holde øje med at ordregiver dels udbyder udbudspligtige indkøb, dels handler i overensstemmelse med rammerne, der er fastsat i udbudsmaterialet. Ligeledes sikrer det, at økonomiske aktører kan vurdere, om de vil deltage i udbuddet og derved tilkendegive deres interesse.[43]

4.3. Delkonklusion

Efter gennemgangen af principperne kan det udledes, at ved ændring af udbudsmaterialet undervejs i udbudsprocessen skal ordregiveren iagttage principperne. Efter ligebehandlingsprincippet skal ordregiver sikre en ligebehandling af både potentielle og aktuelle økonomiske aktører ved ikke at lave en usaglig forskelsbehandling. Denne forpligtelse skal iagttages ved alle faser af udbudsprocessen og for at sikre ordregiver overholder forpligtelsen er det en forudsætning med gennemsigtighed. Efter gennemsigtighedsprincippet skal ordregiver fra udbudsprocessens start have beskrevet processen for udbuddet og kontraktens genstand. Disse forhold vanskeliggør at ordregiver senere kan ændre i udbudsmaterialet.

---

[40] LFF nr. 19, s. 58.
[41] EU-Domstolens dom af 10. maj 2012, C-368/10 Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene (herefter *Max Havelaar*), præmis 56.
[42] Fabricius, 2024, s. 50. Se ligeledes EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S (herefter *Manova*), præmis 40.
[43] LFF nr. 19, s. 58.

5. Generelt om ændringer af udbudsmaterialet

Ordregivers adgang til at foretage ændringer af udbudsmaterialet er ikke direkte reguleret i udbudsdirektivet, på nær nogle enkelte bestemmelser om forlængelse af tidsfrister ved ændringer, jf. udbudsdirektivet artikel 47, stk. 3, litra b og 53, stk. 2. Disse bestemmelser kommer ligeledes til udtryk i udbudsloven i § 93, stk. 4, litra b og § 134, stk. 2-3. Derudover har udbudsloven heller ikke yderligere reguleret ændringer af udbudsmaterialet, dog indtil for nylig, hvor der kom en ændring af § 134 i 2022.[44]

Ved ændringen af § 134 blev der tilføjet et nyt stykke til bestemmelsen og det følger nu af stk. 1: "*En ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmateriale, når følgende krav er overholdt:*

1) *Ændringerne offentliggøres på passende vis.*
2) *Meddelelse om ændringer sker under overholdelse af tidsfristerne for supplerende oplysninger, jf. stk. 2 og 3.*
3) *Ændringerne udgør ikke ændringer af grundlæggende elementer, jf. § 24, nr. 37.*"

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen følger det, at ændringen af § 134 ikke er udtryk for en ændring af gældende ret, men at ændringen sker på baggrund af et ønske om at tydeliggøre i udbudsloven, hvornår ordregiver må foretage ændringer af udbudsmaterialet.[45] For at få en bedre forståelse for § 134 og klarlægge rækkevidden af ordregivers ændringsmuligheder, vil der i det følgende foretages en gennemgang af gældende ret ved ændringer af udbudsmaterialet, som var og er fortsat gældende ved indførelsen af § 134 i udbudsloven.

Først vil der være en gennemgang af det retlige grundlag, som kan udledes af udbudsdirektivet og udbudsloven samt tilhørende præambelbetragtninger og lovbemærkninger. Dernæst analyseres en række udvalgte kendelser fra Klagenævnet og domme afsagt af EU-domstolen med henblik på at vurdere, hvilken tilgang, der har været og er til ændringer af udbudsmaterialet.

[44] Lov nr. 884 "Lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren" vedtaget den 21.juni 2022, (herefter L nr. 884) § 1, nr. 16.
[45] Lovforslag L 199 "Forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter" (herefter LFF nr. 199) fremsat i Folketinget den 10. maj 2022, s. 25.

5.1. Det retlige grundlag

Da udbudsdirektivet og udbudsloven ikke direkte har reguleret ændringer af udbudsmaterialet, har ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i stedet dannet rammerne for, hvornår der kan foretages ændringer af udbudsmaterialet.[46] I følge lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, som hjemler principperne, skal der sondres mellem tre typer af ændringer: uvæsentlige ændringer, væsentlige ændringer og ændringer af grundlæggende elementer.[47] I det følgende vil der være en gennemgang af disse tre typer, herunder i hvilket omfang de må benyttes.

5.1.1. Uvæsentlige ændringer

Ved uvæsentlige ændringer forstås:

"*[…] mindre justeringer og tilpasninger, der ikke påvirker den tid, som en økonomisk aktør skal bruge på at forstå og udarbejde en ansøgning eller et tilbud […][samt] ikke have påvirket potentielle ansøgeres eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere*".[48]

(mine tilføjelser i parentes)

På baggrund af de uvæsentlige ændringers karakter vil en ordregiver godt kunne foretage dem uden at være forpligtet til at forlænge fristen for ansøgning eller modtagelse af tilbud.[49] En uvæsentlig ændring kunne for eksempel være afklaring af misforståelser i udbudsmaterialet eller oplysninger om, hvor tilbud skal indleveres.[50]

5.1.2. Væsentlige ændringer

Ifølge lovbemærkningerne til udbudslovens § 2 anses væsentlige ændringer for at være ændringer, der kræver, at de økonomiske aktører har brug for yderligere tid til sætte sig ind i og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet.[51] Samme forståelse følger af udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 81 og lovbemærkningerne til udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2, der implementer udbudsdirektivets artikel 47, stk. 3, litra b.[52] Bestemmelserne regulerer, at ordregiver kan foretage væsentlige ændringer af udbudsmaterialet mod at forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud.

---

[46] Hamer, 2021, s. 402.
[47] LFF nr. 19, s. 58.
[48] Ibid.
[49] Ibid., s. 123.
[50] Hamer, 2021, s. 403.
[51] LFF nr. 19, s. 57.
[52] Ibid., s. 123.

Dette er af hensyn til ansøgerne eller tilbudsgiverne, hvormed det sikres, at de har tilstrækkelig med tid til at udarbejde en antagelig ansøgning eller tilbud.[53] I en nærmere forståelse af, hvad der udgør væsentlige ændringer, nævner præambelbetragtning nr. 81 i sin præcisering af væsentlige ændringer, at dette navnlig vil være ændringer af de tekniske specifikationer, og lovbemærkningerne til udbudslovens § 93 nævner, at nye oplysninger til udbudsmaterialet kan være væsentlige ændringer.[54]

Det er således i overensstemmelse med den retlige regulering i udbudsdirektivet og udbudsloven samt ligebehandlingsprincippet at foretage væsentlige ændringer mod at tidsfristerne forlænges. Ændringerne må imidlertid ikke være så omfattende, at de ville have ændret feltet af deltagere i udbudsprocessen,[55] eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgerne eller tilbudsgiverne.[56] Det vil i stedet udgøre en ændring af grundlæggende elementer og dermed ikke være tilladt efter ligebehandlingsprincippet.

5.1.3. Ændringer af grundlæggende elementer

Ligebehandlingsprincippet tillader ikke ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet i løbet af en udbudsproces.[57] Ifølge udbudslovens § 24, nr. 37, er en ændring af grundlæggende elementer følgende:

"*En ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgeres 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.*"

Der vil således være tale om en ændring af grundlæggende elementer i to situationer, enten ved at ændringen har påvirket konkurrencefeltet eller ændringen har medført en fordrejning af konkurrencen. Eksempel på en ændring, der har påvirket konkurrencefeltet, er en ændring, der medfører, at karakteren af kontrakten er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt, der blev offentliggjort i udbudsmaterialet.[58] En ændring af udbudsmaterialet vil derimod fordreje konkurrencen, hvis ændringen giver visse ansøgere

[53] Ibid.
[54] Ibid.
[55] Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 81.
[56] LFF nr. 19, s. 123.
[57] Ibid., s. 57.
[58] Ibid., s. 78 og udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 81.

eller tilbudsgivere en fordel, som ikke er sagligt begrundet.[59] Kan ordregiver således redegøre for at ændringerne skyldes saglige krav, er det tilladt at ændre udbudsmaterialet, så det bedst tilgodeser ordregivers behov, på trods af at nogen ansøgere eller tilbudsgivere vil have lettere ved at opfylde ordregivers behov. Et sagligt krav kan for eksempel være at ordregiver kan opnå en væsentlig lavere pris.[60]

Det er ikke nærmere defineret, hvilke bestanddele af udbudsmaterialet der er grundlæggende elementer, men ud fra ovenstående kan det udledes, at grundlæggende elementer er elementer, som er bestemmende for konkurrencen og en ændring heraf vil derfor påvirke konkurrencen. Lovbemærkningerne til udbudslovens § 2 kommer med eksempler på, hvilke ændringer af udbudsmaterialet, som kan udgøre en ændring af grundlæggende elementer. For eksempel vil det være tilfældet ved en ændring af tildelingskriterierne, da de og deres vægtning skal forblive stabile under hele udbudsprocessen. Ligeledes vil ændring af minimumskrav til egnethed, kontraktens genstand og krav til udførelsen af kontrakten kunne udgøre ændringer af grundlæggende elementer. Endvidere vil en ændring, der medfører en betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde også være omfattet. En ændring vil være en tilføjelse, fjernelse eller at rækkevidden på andre måder ændres.[61]

Som følge af karakteren af mindstekrav vil en ændring af mindstekrav, ifølge lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, som det klare udgangspunkt også skulle karakteriseres som ændring af grundlæggende elementer. Mindstekrav er defineret i lovbemærkningerne til udbudslovens § 2:

> ”*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*”.[62]

Mindstekrav er således centrale krav til ordregiverens anskaffelse eller kontraktens udførelse. Det bestyrkes, at der er tale om et mindstekrav, hvis kravet relaterer sig til fysiske, funktionelle eller juridiske forhold og/eller ordregiveren har givet udtryk for, at alle tilbuddene skal overholde kravet. Konsekvensen af, at et tilbud ikke lever op til et

[59] Ibid., s. 78.
[60] Ibid., s. 106.
[61] Ibid., s. 57.
[62] Ibid.

mindstekrav, er, at tilbuddet er ukonditionsmæssig og dermed afvises. Et eksempel på mindstekrav kan være at ordregiveren stiller krav til en bestemt størrelse, farve mv.[63]

Det er imidlertid ikke udelukket at foretage ændring af mindstekrav. Hvis ændringen ikke påvirker konkurrencefeltet eller fordrejer konkurrencen, er ligebehandlingsprincippet ikke til hinder for ændring af mindstekrav.[64] Det er således ikke udelukket fra udbudsprocessens start at ændre mindstekrav, men der skal i stedet foretages en konkret vurdering.

Opsummerende kan det udledes, at som følge af ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 og § 24, nr. 37, kan ordregiver ikke foretage en ændring af grundlæggende elementer. Hvad der udgør en ændring af grundlæggende elementer beror på en konkret vurdering og man må vurdere, hvorvidt konkurrencefeltet påvirkes eller konkurrencen fordrejes som følge af ændringen. Kan udbuddet ikke gennemføres uden at foretage ændringerne, må ordregiver i stedet annullere og genudbyde udbuddet.[65]

5.2. Praksis fra Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet har ligeledes taget stilling til ordregivers adgang til at ændre i udbudsmaterialet. Det var blandt andet tilfældet i kendelsen af 12. juli 2019, *Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden*, som vedrørte et offentlig udbud efter udbudslovens afsnit II om levering af senge-tunnelvaskere og madrasdesinfektor.[66] I sagen tog Klagenævnet stilling til, hvorvidt ordregiver havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have fraveget to mindstekrav og derved foretaget ændring af grundlæggende elementer.[67]

Klagenævnet henviste indledningsvis til udbudslovens § 24, nr. 37 og lovbemærkningerne til udbudslovens § 2 om uvæsentlige og væsentlige ændringer samt ændringer af grundlæggende elementer, herunder at ændringer af mindstekrav som det klare udgangspunkt er ændringer af grundlæggende elementer. I den forbindelse bemærkede Klagenævnet, at det påhviler ordregiver at bevise, at ændringerne af mindstekravene ikke udgør en ændring af grundlæggende elementer.[68] Der er således tale

[63] Hamer, 2021, s. 398-399.
[64] LFF nr. 19, s. 57.
[65] Hamer, 2021, s. 409.
[66] Kendelse af 12. juli 2019, Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden, s. 3.
[67] Ibid., s. 2-3, påstand 4.
[68] Ibid., s. 34-35.

om en omvendt bevisbyrde. Herefter udtalte Klagenævnet sig om sagens omstændigheder. På baggrund af et spørgsmål fra en leverandør havde ordregiver fraveget to mindstekrav, hvorefter der ikke længere blev stillet krav om automatisk afbørstning af madrasser. Klager påstod, at det var en fordrejning af konkurrencen, idet den vindende leverandør havde gjort ordregiver opmærksom på, at de ikke kunne leve op til kravene og derefter blev kravene fraveget. Det gav den vindende tilbudsgiver en uberettiget konkurrencefordel.[69] Ordregiver anførte derimod, at der hverken forelå en påvirkning af konkurrencefeltet eller en fordrejning af konkurrencen. Der var alene to potentielle tilbudsgivere, og de øvrige leverandører, som havde set udbudsmaterialet, havde ikke automatisk senge-tunnelvaskere i deres produktsortiment, hvorfor de ikke kunne være potentielle tilbudsgivere. Ligeledes var konkurrencen heller ikke fordrejet som følge af ændringerne, men tværtimod sikrede ændringerne at begge potentielle leverandører kunne byde, og ikke kun klager, som var den eneste, der kunne leve op til mindstekravene inden de blev fraveget.[70] Klagenævnet vurderede ordregivers anbringender, men fandt ikke, at ordregiver havde løftet bevisbyrden for, at ændringerne af mindstekravene ikke udgjorde en ændring af grundlæggende element. Ændringerne var derfor ikke tilladt.[71]

Ligeledes er der kendelsen af 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*, hvor Klagenævnet også tog stilling til adgangen at foretage ændringer af udbudsmaterialet. Sagen vedrørte et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II, og den udbudte genstand var en rammeaftale vedrørende computere og it-tilbehør.[72] Under udbudsprocessen ændrede ordregiveren flere krav, som klager påstod var ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.[73] Klagenævnet behandlede alle ændringerne enkeltvis, og ligesom ved forrige kendelse, inddrog Klagenævnet lovbemærkningerne til udbudslovens § 2 om sondringen mellem uvæsentlige, væsentlige og grundlæggende ændringer i udbudsmaterialet.[74] Derudover henviste Klagenævnet til

[69] Ibid., s. 24.
[70] Ibid., s. 26-27.
[71] Ibid., s. 37.
[72] Kendelse af 11. maj 2023, Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, s. 4.
[73] Ibid., s. 5-6, påstand 2-7.
[74] Ibid., s. 100-101.

udbudslovens § 134, stk. 1, og udtalte, at den alene var udtryk for en kodificering af gældende ret.[75]

På baggrund af kendelserne kan det udledes, at Klagenævnet vurderer ordregivers adgang til at ændre i udbudsmaterialet i overensstemmelse med det retlige grundlag, som blev gennemgået i forrige afsnit. Der skal sondres mellem uvæsentlige, væsentlige ændringer og ændringer af grundlæggende elementer, hvor sidstnævnte er udelukket at foretage. Endvidere kan det udledes, at det påhviler ordregiveren at bevise, at ændringerne i udbudsmaterialet ikke udgør en ændring af grundlæggende elementer. Det samme udtalte Klagenævnet i kendelserne af 15. oktober 2021, *Verdo Teknik A/S mod Københavns Kommune*[76] og 30. november 2023, *Assemble A/S mod Hørsholm Kommune*[77].

I overensstemmelse med lovbemærkningerne er der også i praksis fra Klagenævnet skabt en klar formodning for, at ændring af mindstekrav som udgangspunkt er ændring af grundlæggende elementer. Det er dog ikke udelukket at mindstekrav kan ændres, hvis ændringen efter en konkret vurdering ikke må anses som en ændring af grundlæggende elementer, jf. kendelsen af 11. juli 2017, *Inventarland ApS mod Region Sjælland*. Kendelsen vedrørte et offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II om levering af rullebure.[78] Ordregiver havde under udbudsprocessen udsendt et rettelsesblad, hvor af det fremgik, at siderne på rulleburene skulle være boltet sammen. De oprindelige udbudsbetingelser indeholdt alene oplysning om, at rulleburet skulle have tre faste sider, men ikke hvordan det skulle opfyldes.[79] Klagenævnet udtalte, at det var ikke en ændring af grundlæggende elementer, da ændringen alene bestod i en præcisering af, hvilken fastgørelsesmetode tilbudsgiverne skulle anvende og det har ikke kunnet påvirket feltet af potentielle tilbudsgivere eller fordrejet konkurrencen.[80] Ordregiver kan således godt i et vist omfang ændre mindstekrav, i hvert fald præcisere dem, uden at det er en ændring af grundlæggende elementer.

[75] Ibid., s. 97.
[76] Kendelse af 15. oktober 2021, Verdo Teknik A/S mod Københavns Kommune, s. 13.
[77] Kendelse af 30. november 2023, Assemble A/S mod Hørsholm Kommune, s. 14.
[78] Kendelse af 11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland, s. 1.
[79] Ibid., 4.
[80] Ibid., s. 11.

5.3. Retspraksis fra EU-domstolen

EU-domstolen har ligeledes i en række sager taget stilling til spørgsmålet om ændringer af udbudsmaterialet. En af de sager er EU-domstolens dom af 10. maj 2012, C- 368/10 *Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene* (Herefter *Max Havelaar*). Sagen vedrørte et offentligt udbud af levering og vedligeholdelse af kaffeautomater,[81] hvor sagen var anlagt af Europa-Kommissionen mod Holland med påstand om et traktatbrud på baggrund af overtrædelse af Direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 (herefter 2004-udbudsdirektivet).[82] I sagen udtalte EU-domstolen blandt andet om adgangen til at ændre i udbudsbetingelserne. Ved offentliggørelsen af udbudsmaterialet havde ordregiveren i udbudsbetingelserne stillet krav om, at kaffe og te anvendt i maskinerne skulle være fra mærkerne MAX HAVELAAR og EKO. Ligeledes var det et ønske, at øvrige ingredienser udover kaffe og te var fra mærkerne MAX HAVELAAR og EKO.[83] Det blev under udbudsprocessen ændret af ordregiver til, at "*identiske eller sammenlignelige mærker*" ville også blive godtaget.[84]

Under henvisning til 2004-udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, der regulerede supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne, udtalte EU-domstolen, at ordregivers præciseringer af kravene ikke kunne rummes inden for bestemmelsen.[85]

"*Selv om […] de supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne og de supplerende dokumenter, der er omhandlet i denne bestemmelse* [artikel 39, stk. 2], *kan kaste lys over visse punkter eller give visse oplysninger, <u>kan de ikke, end ikke ved rettelser, ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelserne for udbuddet</u>, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, således som disse betingelser er blevet formuleret i udbudsbetingelserne, og <u>som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure</u>*".[86] (Mine overstregninger og tilføjelser i parentes)

[81] Max Havelaar, præmis 14 og 15.
[82] Ibid., præmis 1.
[83] Ibid., præmis 29-30.
[84] Ibid., præmis 31.
[85] Ibid., præmis 54.
[86] Ibid., præmis 55.

Ordregivers præciseringer af kravene var derved en ændring af de grundlæggende betingelser for udbuddet, hvilket ikke kunne omfattes som supplerende oplysninger efter artikel 39, stk. 2 i 2004-udbudsdirektivet. Bestemmelsen er med få sproglige ændringer videreført i artikel 53, stk. 2 i det nuværende udbudsdirektiv, hvorfor EU-domstolens udtalelser også må kunne lægges til grund efter det nuværende udbudsdirektiv og udbudsloven, hvor artikel 53, stk. 2 er implementeret i § 134 i udbudsloven, stk. 2 og 3.[87]

På baggrund af udtalelsen fra EU-domstolen kan det udledes, at det ikke er tilladt at ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, hvor det eksemplificeres at ændring af de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne er omfattet heraf. Det er af hensyn til interesserede økonomiske aktører, som ud fra de oprindelige udbudsbetingelser har vurderet, om de ville deltage i udbuddet eller afstå herfra. Ligeledes er det en følge af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvor det kræves, at udbuddets genstand samt tildelingskriterierne defineres klart fra begyndelsen.[88]

At det ikke er tilladt at ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet er senere blevet modificeret i EU-domstolens dom af 5. april 2017, Sag C-298/15, *UAB "Borta" mod VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija.* (Herefter *Borta*). Sagen vedrørte et udbud af en bygge- og anlægskontrakt om renovering af havnekajerne, som var foretaget efter forsyningsvirksomhedsdirektivet 2004/17 af 31. marts 2004, men det fandt imidlertid ikke anvendelse i sagen, da kontraktværdien var under tærskelværdien.[89] Udbuddet havde dog klar grænseoverskridende interesse,[90] hvorfor sagen i stedet blev behandlet efter TEUF's grundlæggende regler og generelle principper, herunder principperne om ikke-diskrimination, ligebehandling og gennemsigtighed.[91]

I sagen var det forelagt et præjudicielt spørgsmål fra Litauens øverste domstol, som blandt andet omhandlede, hvorvidt ordregiveren kunne ændre i kravene til den faglige formåen. Ved offentliggørelsen af udbudsmaterialet fremgik det af udbudsbetingelserne, at i tilfælde af et fælles bud fra flere tilbudsgivere, skulle kravene til faglige formåen opfyldes

[87] Indført ved udbudslovens § 134, stk. 1 og stk. 2 og senere ændret ved L nr. 884, § 1, nr. 16 og 17. Se ligeledes LFF nr. 19, s. 144.
[88] Max Havelaar, præmis 56.
[89] EU-Domstolens dom af 5. april 2017, Sag C-298/15, UAB "Borta" mod VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (herefter *Borta*), præmis 23 og 30.
[90] Ibid., præmis 45.
[91] Ibid., præmis 43 og 67.

enten af alle tilbudsgiverne samlet set eller af en af dem.[92] Dette blev ændret under udbudsprocessen til, at ved et fælles bud fra flere tilbudsgivere skulle tilbudsgiverne bidrage proportionalt til opfyldelsen af kravene om faglig formåen set i forhold til, hvor meget de skulle bidrage til kontraktens opfyldelse.[93]

Under henvisning til EU-domspraksis, herunder Max Havelaar, udtalte EU-domstolen:

> ”*den ordregivende enhed under udbudsproceduren i princippet ikke kan ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en afgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlende udbudsprocedure*”.[94] (min understregning).

Modsat Max Havelaar, der indeholdt lignede udtalelse,[95] tilføjede EU-domstolen i denne sag ordene ”*i princippet*”. Efter Max Havelaar var det ikke muligt at ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, men ved at EU-domstolen tilføjer ordene ”*i princippet*”, åbnes der op for, at der alligevel godt kan foretages ændringer. Dette understøttes af, at EU-domstolen i sagen udtalte, at ikke enhver ændring af udbudsbetingelserne er forbudt. Hvis der er behov for en simpel præcisering eller korrigere åbenlyse indholdsmæssige fejl, skal ordregiver undtagelsesvis have mulighed for at korrigere eller supplere oplysningerne i udbudsbetingelserne. Endvidere kan ordregiveren under overholdelsen af principperne om ikke-forskelsbehandling, ligebehandling og gennemsigtighed være berettiget til at foretage visse ændringer af udbudsbetingelserne.[96] Herefter udtalte EU-domstolen, at tre betingelser skal være opfyldt, før der er adgang til at foretage ændringer af udbudsbetingelser:

1) Ændringerne må ”*[…] ikke være så væsentlige, at de ville have kunnet tiltrække mulige tilbudsgivere, som i fraværet af disse ændringer ikke ville have været i stand til at fremsætte et tilbud*”.

[92] Ibid., præmis 18.
[93] Ibid., præmis 19.
[94] Ibid., præmis 70.
[95] Max Havelaar, præmis 55.
[96] Borta, præmis 71-73.

2) ”*[…] disse ændringer offentliggøres på passende vis, således at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kan få kendskab dertil under de samme omstændigheder og på samme tidspunkt*”.
3) ”*[…] dels disse ændringer foretages inden tilbudsgivernes afgivelse af tilbud, dels, at fristen for afgivelsen af disse tilbud forlænges, når disse ændringer er af væsentlig karakter […]*”.[97] (mine understregninger)

Der er således ved Borta-dommen åbnet op for en mere fleksibel tilgang end ved Max Havelaar, hvor udbudsbetingelserne ikke kunne ændres. I stedet skal der foretages en konkret vurdering i forhold om ændringen påvirker mulige tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, samt at ændringen blev offentliggjort på passende vis inden udløbet af tilbudsfristen, som ligeledes blev forlænget, hvis ændringens karakter krævede det.

Sammenholdt med det retlige grundlag, jf. afsnit 5.1.2, er præmisserne i Borta mere forenelig med det retlige grundlag end Max Havelaar. Max Havelaar blev afgjort i 2012, men dens præmisser vedrørende ændringer af grundlæggende betingelser har hverken fundet vej til udbudsdirektivet eller udbudsloven, da det ikke er udelukket herefter at ændre i udbudsbetingelserne. Det skal derimod afgøres efter en konkret vurdering om ændringerne var tilladt, og her lægges der vægt på, om ændringerne har påvirket konkurrencen om kontrakten. Det samme var udfaldet i Borta, dog med få forskelle. Borta vurderer ændringernes påvirkning af konkurrencen ud fra om ændringerne har kunne påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet. Efter udbudsloven skal ændringerne både vurderes ift. potentielle ansøgere og tilbudsgivere. Ligeledes er der også et hensyn til om ændringerne fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.[98]

5.4. Delkonklusion

Formålet med dette kapitel var at afklare de generelle regler for at foretage ændringer af udbudsmaterialet undervejs i udbudsprocessen. Som nævnt indledningsvis blev adgangen hertil indført i udbudslovens § 134, stk. 1 i 2022. Bestemmelsen er imidlertid udtryk for gældende ret, som var og er fortsat gældende efter indførelsen af § 134, stk. 1, hvorfor dette kapitel indebar en gennemgang af gældende ret. På baggrund af gennemgangen kan

[97] Ibid., præmis 74-76.
[98] Udbudslovens § 24, nr. 37 og LFF nr. 19, s. 57.

det konkluderes, at der skal sondres mellem tre typer af ændringer: uvæsentlige ændringer, væsentlige ændringer og ændringer af grundlæggende elementer. Uvæsentlige ændringer kan frit foretages, da de hverken påvirker konkurrencefeltet eller fordrejer konkurrencen. Det samme gør sig gældende for væsentlige ændringer, men modsat de uvæsentlige ændringer, er de af en sådan karakter, at ansøgerne eller tilbudsgiverne skal bruge længere tid på at udarbejde deres ansøgning eller tilbud, hvorfor tilbudsfristen skal forlænges, når ordregiver foretager væsentlige ændringer. Det er derimod ikke tilladt at foretage ændringer af grundlæggende elementer. Det vil i stedet kræve, at ordregiver annullerer udbuddet og genudbyder. Det er en ændring af grundlæggende element, når det påvirker potentielle ansøgeres eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller fordrejer konkurrencen mellem ansøgerne eller tilbudsgiverne, jf. udbudslovens § 24, nr. 37. Det understøttes ligeledes af praksis fra Klagenævnet og EU-domstolens udtalelse i Borta-sagen, hvorefter der skal anlægges en konkret vurdering af, hvorvidt ændringen har påvirket konkurrencen.

Den gennemgået gældende ret kommer til udtryk i udbudslovens § 134, stk. 1, ved at tre betingelser skal være opfyldt før det er tilladt at foretage ændringer af udbudsmaterialet. Det første krav indebærer, at ændringerne offentliggøres på passende vis. Det er i overensstemmelse med anden betingelse, som blev udledt af Borta, hvor det ligeledes fulgte at ændringerne skulle offentliggøres på passende vis. Det andet krav fastsætter, at ændringerne skal overholde tidsfristerne i udbudslovens § 134, stk. 2 og 3, hvilket ligeledes er udtryk for gældende ret, da bestemmelser var gældende før den nye stk. 1 i § 134. Slutteligt er det et krav, at ændringerne ikke udgør ændringer af grundlæggende elementer, jf. udbudslovens § 24, nr. 37, hvilket ligeledes er i overensstemmelse med gældende ret.

6. Ændringer af udbudsmaterialet under udbud med forhandling

Med udgangspunkt i det forrige kapitel vil dette kapitel afklare, i hvilket omfang ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmaterialet under udbudsproceduren udbud med forhandling.

Indledningsvis vil der være en introduktion til udbud med forhandling, herunder kravene til udformning af udbudsmaterialet. Der forudsættes alene et kendskab til reglerne i deres hovedtræk.

6.1. Udbudsproceduren udbud med forhandling

Ved udbud med forhandling får ordregiver mulighed for at forhandle med tilbudsgiverne om deres indledende tilbud og eventuelle efterfølgende tilbud, på nær deres endelige tilbud, jf. udbudslovens § 66, stk. 1, første led. Ordregiver har således mulighed for at give feedback til tilbudsgiverne om deres tilbud, samt modtage tilbud i flere faser. Med dette vil ordregiver kunne øge chancen for at modtage bedre tilbud og derved opnå f.eks. en lavere pris eller en bedre kvalitet.[99] Det er i modsætning til standardprocedurerne, hvor der ikke i samme omfang kan føres en dialog mellem ordregiver og de økonomiske aktører som følge af et forhandlingsforbud.[100] Dertil kan ordregiver gennem forhandlingerne også blive klogere på udbudsmaterialet, hvilket kan give anledning til ændringer.[101]

Med vedtagelsen af det nye udbudsdirektiv i 2014 og udbudsloven er adgangen til at anvende udbud med forhandling blevet udvidet.[102] Efter 2004-udbudsdirektivet var udbud med forhandling en absolut undtagelse, som kun kunne anvendes i særlige tilfælde.[103] Det er ikke længere tilfældet, men det betyder ikke at udbud med forhandling frit kan anvendes. Modsat de standardiserede procedurer, som altid kan anvendes frit, kræver anvendelsen af udbud med forhandling at en række betingelser er opfyldt, jf. udbudslovens § 61, stk. 1.[104] Henset til specialets fokus vil der ikke følge en nærmere redegørelse heraf, men overordnet om adgangen til udbud med forhandling kan det

[99] Poulsen m.fl., 2022, s. 156.
[100] Fabricius, 2024, s. 64.
[101] Treumer m.fl., 2019, s. 157.
[102] Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 42 og LFF nr. 19, s. 101.
[103] Fabricius, 2024, s. 209.
[104] Hamer, 2021, s. 414.

nævnes, at efter praksis fra Klagenævnet har ordregiver bevisbyrden for, at betingelserne for at anvende udbud med forhandling er opfyldt, og disse betingelser skal fortolkes indskrænkende, jf. kendelsen af 7. marts 2022, *Albertslund Tømrer og Snedker A/S m.fl. mod Albertslund Kommune*, hvor Klagenævnet udtalte, at betingelserne i udbudslovens § 61, stk. 1, skal fortolkes indskrænkende, da udbud med forhandling udgør en undtagelsesmulighed til de standardiserede procedurer. I vurderingen af, om udbud med forhandling kan anvendes, skal det indgå, at "*forhandlingsudbud ikke kan anvendes, medmindre et udbud uden forhandling med sandsynlighed ikke kunne føre til et tilfredsstillende resultat*".[105] (mine overstregninger) Derudover kan udbud med forhandling, i overensstemmelse med udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 43, ikke anvendes i forbindelse med standardtjenesteydelser eller -varer, der kan leveres af flere aktører på markedet.[106] I den konkrete sag fandt Klagenævnet, at ordregiveren ikke havde løftet bevisbyrden for at udbud med forhandling kunne anvendes, blandt andet fordi kommunen havde anført i udbudsmaterialet, at ydelserne angik "*almindeligt forekommende*" arbejder.[107] Det skal bemærkes, at afgørelsen blev afsagt med dissens (tre mod én)[108] og derudover blev den indbragt for domstolen, hvor afgørelsen blev omgjort, da klageren tog bekræftende til genmæle overfor ordregivers påstande. Selve dommen har således ikke en stor præjudikatsværdi.[109] Derudover hersker der flere steder i den juridiske litteratur en opfattelse af, at betingelserne for anvendelsen af udbud med forhandling ikke skal fortolkes indskrænkende.[110] Med henblik på dette specialets fokus vil dette dog ikke blive behandlet yderligere.

Proceduren ved udbud med forhandling er nærmere beskrevet i udbudslovens §§ 62-66. Overordnet kan det udledes, at udbud med forhandling består af tre faser. Den første fase er *ansøgningsfasen*, hvor der udvælges minimum tre ansøgere, der opfordres til at afgive indledende tilbud, jf. udbudslovens § 64, stk. 1. Ved afgivelsen af de indledende tilbud begynder *forhandlingsfasen*, hvor ordregiver fører individuelle forhandlinger med alle

[105] Kendelse af 7. marts 2022, Albertslund Tømrer og Snedker A/S m.fl. mod Albertslund Kommune, s. 56.
[106] Ibid., s. 56.
[107] Ibid., s. 57-58.
[108] Ibid., s. 60.
[109] Fabricius, 2024, s. 212.
[110] Se blandt andet Fabricius, 2024, s. 212, Treumer m.fl., 2019, s. 142-143 og Hamer, Carina Risvig, m.fl., Into the Northen Light in memory of Steen Treumer, 1. Udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2022, s. 150-151.

tilbudsgivere, medmindre ordregiver i udbudsbekendtgørelsen har tilkendegivet, at ordregiver forbeholder sig retten til at tildele på grundlag af det indledende tilbud, jf. udbudslovens § 62, stk. 2, nr. 1, og ordregiver gør brug af denne mulighed, jf. udbudslovens § 66, stk. 1. Forhandlingerne kan forløbe over flere faser, jf. udbudslovens § 66, stk. 3, og når forhandlingerne er færdige, opfordres alle tilbudsgiverne til at afgive deres endeligt tilbud, jf. udbudslovens § 66, stk. 6. Ved modtagelsen af de endelige tilbud er forhandlingsfasen afsluttet og ordregiveren går videre med evalueringen af tilbuddene og tildeler til det økonomisk mest fordelagtige tilbud efter en af følgende tildelingskriterier pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. udbudslovens § 162, stk. 1, jf. § 66, stk. 7. Denne fase kaldes *tilbudsfasen*.[111] Det er ansøgnings- og forhandlingsfasen, som er relevant i de efterfølgende afsnit, da specialet er afgrænset til udbudsprocessens start ved offentliggørelsen af udbudsmaterialet til modtagelsen af de endelige tilbud.

6.1.1. Udbudsmaterialet

Udbud med forhandling igangsættes ved at ordregiver offentliggør en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudslovens § 62, stk. 1, og samtidig hermed offentliggøres også det øvrige udbudsmateriale, jf. udbudslovens § 63, stk. 3, jf. § 132. Det var ikke et krav efter 2004-udbudsdirektivet, at hele udbudsmaterialet skulle offentliggøres fra udbudsprocessens start. Ordregiver kunne i stedet nøjes med kun at offentliggøre udbudsbekendtgørelsen, jf. 2004-udbudsdirektivet artikel 36. Denne ændring i udbudsloven påvirker ordregiverens adgang til at ændre senere i udbudsmaterialet, da ændringerne ikke længere kun skal vurderes i forhold til de udvalgte ansøgere, som havde adgang til udbudsmaterialet, men også skal vurderes i forhold til potentielle ansøgere og hvorvidt ændringen har påvirket deres interesse i at ansøge om deltagelse.[112]

I forhold til udformningen af udbudsmaterialet ved udbud med forhandling stiller udbudslovens § 62, stk. 3, krav om, at ordregiver skal fastsætte udbuddets genstand, mindstekrav og tildelingskriterierne i udbudsmaterialet. § 62, stk. 3, implementerer udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, 2. afsnit, hvor det med en anden ordlyd og mere detaljeret følger, at ordregiver skal fastsætte ”*udbuddets genstand ved at give en beskrivelse af deres behov og […] karakteristika, […]”* samt tildelingskriterierne.

[111] Treumer m.fl., 2019, s. 104-105.
[112] Fabricius, 2024, s. 675.

Ligeledes skal det fastsættes "*hvilke af beskrivelsens elementer der definerer de minimumskrav, som skal opfyldes i alle tilbud*". Hertil tilføjes det i udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, 3. afsnit:

"*Oplysningerne skal være tilstrækkelig præcise til, at de økonomiske aktører kan identificere udbuddets karakter og omfang og beslutte, hvorvidt de vil ansøge om at deltage i proceduren*".

Det er således ikke alt fra artikel 29, stk. 1, 2. og 3. afsnit, som er skrevet direkte ind i ordlyden af § 62, stk. 3, men hertil kan det bemærkes, at selvom det ikke direkte følger af § 62, stk. 3, at ordregiveren skal beskrive det ønskede indkøb tilstrækkeligt præcis, skal det gøres i henhold til gennemsigtighedsprincippet, jf. afsnit 4.2. Det bemærkes ligeledes i lovbemærkningerne til § 62, stk. 3.[113] På den baggrund kan det udledes, at ordregiver fra start skal have taget stilling til udbuddets genstand, hvilket indebærer en tilstrækkelig præcis beskrivelse. Ligeledes skal mindstekravene og tildelingskriterierne være fastlagt fra start. Disse krav til udbudsmaterialets udformning vil ligesom kravet om offentliggørelse af hele udbudsmaterialet fra udbudsprocessens start have en indvirkning på ordregivers mulighed for at foretage ændringer af udbudsmaterialet. Nærmere herom følger i næste afsnit.

6.2. Ændringer af udbudsmaterialet under udbud med forhandling

Ved udbud med forhandling er det ikke udelukket at der foretages ændringer i udbudsmaterialet. Det fremgår eksplicit af udbudslovens § 66, stk. 5, 1. pkt., at der skal ske orientering til alle tilbudsgivere, hvis der som følge af forhandlingerne ændres i udbudsmaterialet. Endvidere fremgår det af lovbemærkningerne til § 66, at "*Ordregiveren har mulighed for at tilpasse udbudsmaterialet på baggrund af forhandlingerne med den enkelte deltager. Det er op til ordregiveren at beslutte, hvilke dele af udbudsmaterialet, der eventuelt skal tilpasses*".[114] Der er således adgang til at foretage ændringer, men relevant er at afklare, i hvilket omfang ordregiver kan foretage ændringer, herunder om ændringerne skal foretages i overensstemmelse med de generelle regler, som blev udledt i kapitel fem, eller om de er fraveget ved udbud med forhandling.

[113] LFF nr. 19, s. 103.
[114] Ibid., s. 106.

Det følger af udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., at grundlæggende elementer i det oprindelig udsendte udbudsmateriale ikke må ændres ved udbud med forhandling. En ændring af grundlæggende elementer skal forstås som defineret i udbudslovens § 24, nr. 37.[115] Det er i overensstemmelse med de generelle regler udledt i kapitel fem, hvor det heller ikke er tilladt at ændre grundlæggende elementer, jf. udbudslovens § 134, stk. 1, nr. 3, jf. § 24, nr. 37. Endvidere følger det af udbudslovens § 66, stk. 2, 2. pkt., at der kan ikke forhandles om grundlæggende elementer, hvor det eksemplificeres at mindstekrav og tildelingskriterierne er grundlæggende elementer. Stk. 2, 2. pkt., skal læses i sammenhæng med stk. 5, 2. pkt., og på den baggrund skal både mindstekrav og tildelingskriterierne anses for at være grundlæggende elementer både ved spørgsmålet om hvad der kan forhandles og hvad der kan ændres.

For så vidt angår *mindstekrav* adskiller reglerne om ændringer ved udbud med forhandling sig fra de generelle regler. Her fulgte det, at det var alene udgangspunktet, at ændring af et mindstekrav var en ændring af grundlæggende element, jf. afsnit 5.1.2.3. At det forholder sig anderledes ved udbud med forhandling understøttes af lovbemærkningerne til § 2, hvoraf det følger "*I proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse vil en ændring af mindstekrav altid udgøre en ændring af grundlæggende elementer*".[116] Ligeledes følger det af lovbemærkningerne til udbudslovens § 66, stk. 2, at forhandlingerne ikke må medføre ændringer af mindstekravene.[117] Det vil således fra udbudsprocessens start være udelukket at ændre i mindstekravene. Denne udledning bliver imidlertid udfordret af Klagenævnet i kendelsen af 30. november 2023, *Assemble A/S mod Hørsholm Kommune* (herefter *Assemble-kendelsen*).

Kendelsen vedrører et udbud af kontrakt om levering af pladsanvisningsløsning, der var gennemført som udbud med forhandling efter udbudslovens § 61.[118] Klagen gik blandt andet på, at ordregiver havde handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have ændret to mindstekrav efter

[115] Ibid.
[116] Ibid., s. 57.
[117] Ibid., s. 105.
[118] Kendelse af 30. november 2023, Assemble A/S mod Hørsholm Kommune (Herefter *Assemble-kendelsen*), s. 1.

forhandlingsmøderne.[119] Klager gjorde gældende, at ordregiver havde foretaget ændringer af grundlæggende elementer og henviste til udgangspunktet i lovbemærkningerne om at ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt udgør ændring af grundlæggende elementer, samt at ordregiver ikke havde løftet bevisbyrden for at ændringerne var tilladte.[120] Det bemærkes, at klager ikke, i overensstemmelse med ovenstående, gjorde gældende, at ændring af mindstekrav altid udgør grundlæggende ændringer ved udbud med forhandling og det derfor på den baggrund ikke var tilladt at ændre mindstekravene.

I afgørelsen udtalte Klagenævnet indledningsvis om de generelle regler for ændringer af udbudsmaterialet, herunder at det beror på en konkret vurdering, hvorvidt en ændring er en ændring af de grundlæggende betingelser. Hertil henviste Klagenævnet blandt andet til lovbemærkningerne til § 2 om, at ligebehandlingsprincippet ikke udelukker enhver ændring af mindstekrav, men ved udbud med forhandling vil en ændring af mindstekrav dog altid udgøre en ændring af grundlæggende elementer. Til trods herfor efterprøvede Klagenævnet ændringerne på sædvanlige vis og udtalte, at det påhvilede ordregiver at bevise, at ændringerne ikke kunne påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren eller fordreje konkurrencen mellem tilbudsgiverne.[121] I den konkrete sag fandt Klagenævnet, at ordregiver ikke havde løftet bevisbyrden, hvorfor ændringerne af mindstekravene var ændringer af grundlæggende elementer.[122]

Eftersom Klagenævnet vælger at behandle ændringerne efter en konkret vurdering af, om de har påvirket konkurrencen, kan det udledes af kendelsen, at Klagenævnet formodentlig ikke er enig i lovbemærkningernes betragtning om, at en ændring af mindstekrav altid vil udgøre en ændring af grundlæggende elementer ved udbud med forhandling. Ligeledes læser Klagenævnet ikke udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt. i sammenhæng med stk. 2, 2. pkt., hvor det i afsnittet inden gennemgangen af kendelsen blev fremført, at mindstekrav skal både anses for at være grundlæggende element ved spørgsmålet om, hvad der kan forhandles og hvad der kan ændres.

[119] Ibid., s. 2, påstand 1 og s. 6.
[120] Ibid., s. 7.
[121] Ibid., s. 14.
[122] Ibid., s. 15.

Denne udledning af Klagenævnets afgørelse virker umiddelbart ikke til at være forenelig med udbudsloven. Udover den ovenstående behandling af bestemmelserne kan det ligeledes anføres, at udbudslovens § 66, stk. 2, 2. pkt. og stk. 5, 2. pkt. skal læses i sammenhæng med udbudslovens § 62, stk. 3, hvorefter blandt andet mindstekrav skal være fastsat i udbudsmaterialet fra start, jf. behandlingen i afsnit 6.1.2. § 62, stk. 3 implementerer udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, 2. afsnit.[123] Bestemmelserne skal ses i lyset af præambelbetragtning nr. 45, hvor det følger:

> ”*Udbud med forhandling bør ledsages af tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger, der sikrer overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Navnlig bør de ordregivende myndigheder på forhånd angive de minimumskrav, der karakteriserer udbuddets art, og som ikke bør ændres under forhandlingerne*”.[124]

På baggrund heraf må det alt andet lige betyde, at mindstekrav ikke er til forhandling og kan ligeledes heller ikke ændres. I den juridiske litteratur antages det endvidere, at mindstekrav ikke kan ændres ved udbud med forhandling[125] og i vejledningen fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om udbudsreglerne fremgår det også, at mindstekrav ikke kan ændres ved udbud med forhandling med henvisning til udbudslovens § 66, stk. 2.[126]

Efter det anførte er det vurderingen, at Klagenævnets afgørelse i Assemble-kendelsen ikke er i overensstemmelse med udbudsloven, da Klagenævnet vurderer adgangen til at foretage ændringer af mindstekrav efter en konkret vurdering. Det skal dog bemærkes, at på trods heraf, skal der meget til før Klagenævnet vil vurdere, at det er tilladt at ændre et mindstekrav. I den konkrete sag havde ordregiver ændret to mindstekrav. Det var tilføjet, at der udover CPR data fra FKI også kunne anvendes CPR data fra den autoritative kilde, og ved det andet mindstekrav blev ”*tilsvarende*” tilføjet, således der ikke længere var krav om kun at anvende FKI.[127] Klager gjorde blandt andet gældende, at disse ændringer medførte, at den vindende tilbudsgivers tilbud var konditionsmæssigt. Ordregiver anførte, at der ikke var tale om ændringer af mindstekrav, men derimod alene præciseringer, hvor

[123] LFF nr. 19, s. 102.
[124] Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 45.
[125] Treumer, Steen, (red.) m.fl., *Udbudsloven*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2016 (herefter Treumer m.fl., 2016), s. 225 og 226, Hamer, 2021, s. 406 og 434 og Fabricius, 2024, s. 234.
[126] Vejledning om udbudsreglerne, 2024, s. 65-66.
[127] Assemble-kendelsen, s. 6.

indholdet af bestemmelserne fortsat var det samme. Dertil havde der kun været to potentielle tilbudsgivere, som havde hentet udbudsmaterialet - de to tilbudsgivere, som også afgav tilbud - og derfor havde ændringerne ikke haft betydning for potentielle tilbudsgiveres deltagelse. Ligeledes havde præciseringen heller ikke haft betydning for den vindende tilbudsgivers afgivelse af tilbud, idet prissætningen blev dyrere efter ændringerne end det første tilbud.[128] Klagenævnet kom frem til, at ændringerne udvidede mulighederne for at opfylde kravene og at ordregiver ikke havde løftet bevisbyrden for, at ændringerne ikke var ændring af grundlæggende elementer.[129] Ændring af mindstekravene var således ikke tilladt.

Opsummerende for adgangen til at ændre mindstekrav ved udbud med forhandling kan det udledes, at efter det retlige grundlag er det ikke tilladt at ændre mindstekrav ved udbud med forhandling, jf. udbudslovens § 66, stk. 2, 2. pkt. og stk. 5, 2. pkt. samt lovbemærkningerne. Det er en stramning af ændringsadgangen set i forhold til de generelle regler udledt i kapitel fem. Klagenævnet ser imidlertid anderledes på det. I stedet for at udelukke at mindstekrav kan ændres, foretager Klagenævnet en konkret vurdering af, hvorvidt ændringerne udgjorde ændring af grundlæggende elementer i overensstemmelse med de generelle regler. Det bliver således en konkret vurdering af ændringen af mindstekravet og hvorvidt den påvirkede konkurrencen. Det vurderes imidlertid ikke at være i overensstemmelse med udbudsloven.

For så vidt angår ændring af *tildelingskriterierne*, er det i overensstemmelse med de generelle regler om ændringer af udbudsmaterialet, at disse heller ikke kan ændres ved udbud med forhandling, jf. udbudslovens § 66, stk. 2, 2. pkt. og stk. 5, 2. pkt. samt ovenstående. I afsnit 5.1.2.3 blev det udledt, at lovbemærkningerne betragter ændring af tildelingskriterierne som en ændring af grundlæggende element af hensyn til, at de skal forblive stabile under hele udbudsproceduren. Det samme hensyn følger af præambelbetragtning nr. 45, hvor det ligeledes anføres, at dette er til for at sikre ligebehandling af alle økonomiske aktører.[130] Det er imidlertid ikke afklaret i lovbemærkningerne, hvad det nærmere omfang af forbuddet er. På baggrund af

[128] Ibid., s. 8-9.
[129] Ibid., s. 15.
[130] Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 45.

tildelingskriterierne konkurrerer tilbudsgiverne om tildelingen af kontrakten.[131] Har ordregiver valgt tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 3, skal der også fastsættes kvalitative underkriterier om tilbuddets kvalitetsmæssige indhold, jf. udbudslovens § 162, stk. 3. Hertil kan ordregiver vælge at supplere underkriterierne med delkriterier, som er specifikke kriterier, der angår, hvordan de indkomne tilbud vil blive vurderet på de enkelte underkriterier.[132] Det fremgår ikke af lovbemærkningerne om forbuddet mod at ændre tildelingskriterierne alene angår tildelingskriterierne eller om det ligeledes gælder under- og delkriterier. Jesper Fabricius anfører, at det ikke vil være udelukket at under- og delkriterier kan præciseres med supplerende oplysninger.[133] I tråd hermed er kendelsen af 11. november 2020, *NIRAS A/S mod Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen*. Kendelsen vedrørte et udbud af bygherrerådgivning, der var gennemført som udbud med forhandling efter udbudsloven.[134] Udbuddet skulle tildeles efter tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet.[135] Under udbudsprocessen havde ordregiver ændret i delkriterierne til underkriteriet organisation, bemanding og proces, samt tilføjet et ekstra delkriterie.[136] Klagenævnet udtalte, at ændringerne og tilføjelser var af et mindre omfang og kunne rummes indenfor underkriteriet og de var derfor tilladt at foretage. Ligeledes blev det tillagt vægt, at ændringerne og tilføjelserne var blevet varslet på forhandlingsmøder.[137] På den baggrund kan det udledes, at forbuddet mod at ændre i tildelingskriterierne under udbud med forhandling ikke hindrer at under- og delkriterier rettes og suppleres, i hvert fald i et mindre omfang.

For *øvrige ændringer af udbudsmaterialet*, der ikke udgør ændring af grundlæggende elementer, kan de som udgangspunkt godt foretages. Det kan modsætningsvis udledes af udbudslovens § 66, stk. 2, 2. pkt. og stk. 5, 2. pkt., der som nævnt udelukker, at der kan forhandles om eller ændres i de grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Det understøttes desuden af lovbemærkningerne til udbudslovens § 66, stk. 2, hvor det

[131] Ølykke, Grith Skovgaard, m.fl., EU's udbudsregler – i dansk kontekst, 3. udgave, Djøf Forlag, 2022, (herefter Ølykke, 2022) s. 741.
[132] LFF nr. 15, s. 186.
[133] Fabricius, 2024, s. 681.
[134] Kendelse af 11. november 2020, NIRAS A/S mod Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen, s. 1.
[135] Ibid., s. 4.
[136] Ibid., s. 5-7 og 16.
[137] Ibid., s. 60-61.

bemærkes, at bestemmelsen er en negativ afgrænsning af de elementer, som der kan forhandles om.[138] Ændringerne skal imidlertid være i overensstemmelse med de generelle regler, jf. kapitel fem, før de kan foretages, hvorefter der skal sondres om hvorvidt ændringen er uvæsentlig eller væsentlig. Er ændringen væsentlig, skal ordregiver samtidig med ændringen også forlænge fristen for ansøgning eller tilbud, jf. afsnit 5.1.2.2.

6.2.1. Ansøgningsfasen vs. forhandlingsfasen

På baggrund af forrige afsnit blev det udledt, at ved udbud med forhandling er det udelukket at ændre i mindstekrav under udbudsprocessen, jf. udbudslovens § 66, stk. 2, 2. pkt. og stk. 5, 2. pkt. Ordlyden af udbudslovens § 66 angår imidlertid kun forhandlingsfasen: "*Foretages der som følge af forhandlingerne ændringer i udbudsmaterialet […]*". Spørgsmålet er, om § 66 også gælder under ansøgningsfasen, eller om det derimod er de generelle regler, jf. dette speciales kapitel fem, der gælder, hvorefter mindstekrav efter en konkret vurdering godt kan ændres.

Det følger ikke af lovbemærkningerne til udbudslovens § 66, hvorvidt forbuddet mod at ændre grundlæggende elementer, herunder mindstekrav, også gælder i ansøgningsfasen, men når ordregiver har valgt udbudsproceduren udbud med forhandling fra start, kan det anføres at § 66 også bør gælde ansøgningsfasen. Det vil være en omgåelse af § 66, hvis mindstekrav kan ændres i ansøgningsfasen. Ligeledes vil det stride imod udbudslovens § 62, stk. 3, der netop kræver at mindstekravene er fastlagt fra start, jf. argumentationen fra forrige afsnit. Endvidere bør mindstekrav ikke kunne ændres under ansøgningsfasen af hensyn til de økonomiske aktører. Det kan ikke forventes af de økonomiske aktører, at de løbende sætter sig ind i ændringer, der eventuelt måtte blive foretaget. Når et udbud offentliggøres, laver potentielle ansøgere på baggrund af udbudsbekendtgørelsen, og eventuelt også det øvrige udbudsmateriale, en indledende screening af, om de ønsker at foretage en nærmere vurdering af, om de skal afgive tilbud. Det har Klagenævnet tidligere lagt vægt på.[139] Det understreger vigtigheden af, hvorfor man heller ikke i ansøgningsfasen frit må ændre i udbudsmaterialet. Når udbudsmaterialet først er offentliggjort, vil der ved enhver efterfølgende ændring være en risiko for, at ændringen påvirker en potentiel ansøgers deltagelse i udbuddet. Det er således det samme hensyn,

[138] LFF nr. 19, s. 105.
[139] Kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark, s. 29.

man varetager ved vurderingen af ændringer både i ansøgnings- og forhandlingsfasen. Dette hensyn bekræftes derudover også af Klagenævnet, som tidligere har udtalt, at udstedelse af en ændringsbekendtgørelse, hvor ordregiver gør alle aktuelle og potentielle interesserede opmærksom på ændringen, ikke vil påvirke vurderingen af, hvorvidt en ændring under spørgsmål/svar var en ændring af grundlæggende element.[140]

På baggrund af det anførte kan det udledes, at § 66 også gælder ansøgningsfasen, hvorfor ordregiver ikke må ændre i mindstekravene i ansøgningsfasen. Om Klagenævnet imidlertid vil være enig i disse betragtninger er ikke sikkert, særligt Assemble-kendelsen taget i betragtning. Klagenævnet vil formentlig i tråd med deres udtalelse i Assemble-kendelsen vurdere adgangen til at ændre mindstekravene i ansøgningsfasen efter de generelle regler, jf. kapitel fem, ligesom ved forhandlingsfasen, selvom det ikke er i overensstemmelse med udbudsloven, jf. forrige afsnit.

6.3. Delkonklusion

Formålet med kapitlet var at afklare, i hvilket omfang ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmaterialet under udbud med forhandling. På baggrund af gennemgangen kan det konkluderes, at der kan foretages ændringer af udbudsmaterialet ved udbud med forhandling og langt hen ad vejen følges de generelle regler, som blev udledt i kapitel fem. Ordregiver kan således foretage ændringer af udbudsmaterialet, så længe det ikke udgør en ændring af grundlæggende elementer. Det fremgår ligeledes eksplicit af udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., der regulerer udbud med forhandling. I vurderingen af, om en ændring udgør en ændring af grundlæggende elementer, indgår det, hvorvidt ændringen har påvirket potentielle ansøgeres eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået oprindeligt af udbudsmaterialet.

Reglerne for udbud med forhandling adskiller sig imidlertid fra de generelle regler ved at en ændring af mindstekrav altid er en ændring af et grundlæggende element ved udbud med forhandling. Det kan udledes af udbudslovens § 66, stk. 2, 2. pkt., der eksemplificer at mindstekrav og tildelingskriterierne er grundlæggende elementer ved udbud med forhandling. Ligeledes følger det af lovbemærkningerne. Det gælder både under ansøgnings- og forhandlingsfasen. Det er en skærpelse af de generelle regler, hvorefter

[140] Kendelse af 10. januar 2024, Powercare A/S mod Region Hovedstaden, s. 16.

det alene er udgangspunktet en ændring af mindstekrav udgør ændring af grundlæggende element. Praksis fra Klagenævnet viser imidlertid, at Klagenævnet ikke følger denne skærpelse af reglerne, men vurderer i stedet adgangen til at ændre mindstekrav efter en konkret vurdering. Denne praksis er ikke i overensstemmelse med udbudsloven. På trods heraf viser praksis, at der skal meget til før Klagenævnet vil tillade en ændring af mindstekrav, hvorfor Klagenævnet ikke frit tillader ordregiver at ændre mindstekrav.

Ved udbud med forhandling er det ligeledes en ændring af grundlæggende element, hvis tildelingskriterierne ændres. Det er i overensstemmelse med de generelle regler om ændring af udbudsmaterialet, da ligebehandlingsprincippet hindrer at de kan ændres, da de skal forblive stabile under hele udbudsproceduren. I forhold til under- og delkriterierne til tildelingskriterierne kan det udledes af praksis, at forbuddet mod at ændre tildelingskriterierne ikke er til hinder for at de kan rettes og suppleres i et mindre omfang.

For øvrige ændringer af udbudsmaterialet kan det konkluderes, at de kan ændres så længe de ikke udgør ændring af grundlæggende elementer. Der skal imidlertid sondres i mellem om ændringen er væsentlig eller uvæsentlig, hvor førstnævnte kræver, at fristen for ansøgning eller tilbud forlænges, når ændringen foretages. En ændring vil være væsentlig, når den af et sådant omfang, at de økonomiske aktører har brug for yderligere tid til at sætte sig ind i og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet.

7. Ordregivers potentielle påvirkning af ændringsadgangen

Som det blev udledt i de forrige kapitler, kan ordregiver ikke foretage ændringer af grundlæggende elementer. Yderligere er det ved udbud med forhandling ikke muligt at ændre mindstekrav og kriterierne for tildeling, da de ifølge den retlige regulering er grundlæggende elementer. På baggrund af denne snævre adgang til at foretage ændringer af udbudsmaterialet forsøger flere ordregivere i praksis at udvide rummet for, hvad der kan ændres i løbet af udbudsprocessen. Dette ved hjælp af egne tilkendegivelser og rubriceringer af krav i udbudsmaterialet. Spørgsmålet er imidlertid om denne praksis kan påvirke adgangen til at foretage ændringer, eller foretager Klagenævnet alene en objektiv vurdering af ændringerne i overensstemmelse med dette speciales kapitel fem og seks. Det vil blive behandlet i dette kapitel.

Det første afsnit vil analysere anvendelsen af kravmetodik i udbudsmaterialet, herunder hvorvidt det er foreneligt med udbudsloven, samt om det kan påvirke adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet. Dernæst analyseres om der er øvrige tilkendegivelser fra ordregiver, som indgår i Klagenævnets vurdering af ændringerne og derved påvirker adgangen til at foretage ændringer. Slutteligt konkluderes, om hvorvidt Klagenævnet alene foretager en objektiv vurdering eller om tilkendegivelser, rubriceringer mv. fra ordregiver indgår som fortolkningselement.

7.1. Anvendelse af kravmetodik

En af de ting, der ses i praksis, hvor ordregiver prøver at påvirke, hvad der kan foretages ændringer til, er anvendelse af en kravmetodik. Når denne kravmetodik benyttes tilkendegiver ordregiver i udbudsmaterialet, at nogle krav ligger fast fra start, og nogle krav kan forhandles om og ændres undervejs i udbudsprocessen, og de dermed først ligger fast ved afslutningen af forhandlingsfasen. Kravene, der ligger fast fra start, er mindstekrav. For de andre krav er det forskelligt, hvad de bliver benævnt. Det kan for eksempel være forhandlingskrav, standardkrav eller bare krav. I det følgende anvendes betegnelsen forhandlingskrav. For både mindstekrav og forhandlingskrav gælder det, at de skal opfyldes i det endelige tilbud for at tilbuddet bliver taget i betragtning. Derudover er der også en tredje kategori af krav, der ligesom forhandlingskrav kan ændres undervejs, men i modsætning til mindstekrav og forhandlingskrav skal tilbuddene ikke opfylde dem. Derimod indgår tilbudsgivernes opfyldelse af kravene i ordregivers kvalitative evaluering af tilbudsgivernes tilbud. Tilbudsgiverne konkurrerer således på opfyldelsen af kravene.

Denne kategori af krav betegnes ofte evalueringskrav, ønsker eller konkurrence-parametre.[141]

I det følgende analyseres, hvad Klagenævnet generelt mener om anvendelsen af kravmetodik, og med afsæt heri vil det i det efterfølgende afsnit analyseres, hvorvidt kravmetodikken er forenelig med udbudsloven og dertil om det kan påvirke adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet.

7.1.1. Klagenævnet om anvendelsen af kravmetodik

I en nyere kendelse af 16. februar 2023, *Microsoft Danmark ApS mod Ørsted Services A/S* (herefter *Microsoft-kendelsen*) tog Klagenævnet stilling til anvendelsen af kravmetodik i udbudsmaterialet. Udbuddet i sagen vedrørte anskaffelse af Public Cloud Services, der var gennemført som udbud med forhandling efter forsynings-virksomhedsdirektivet. En af påstandene i sagen gik på, hvorvidt det var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, at ordregiver havde anvendt en uklar kravmetodik i udbudsmaterialet.[142] I udbudsmaterialet var der anvendt en kravmetodik, hvor der hhv. var en opdeling af udbudsmaterialets krav i ”*Minimum Requirement (MR)*”, ”*Standard Requirement (SR)*”, ”*Prioritised Evaluation Criteria*” og ”*Basic Evaluation Criteria*”. Det var identificeret i udbudsmaterialet, hvilken kravtype eller kriterie det pågældende krav var. Dertil fulgte det, at forbehold over for mindstekrav eller grundlæggende elementer i det endelige tilbud ville medføre at tilbuddet afvises.[143] Endvidere blev det præciseret under spørgsmål/svar, at ændringer af standardkrav kan gennemføres under udbudsprocessen, hvis det ikke udgør ændring af grundlæggende elementer.[144] Klager påstod opdelingen var ugennemsigtig og uegnet, da det ikke stod klart, hvori forskellen mellem kravtyperne Minimum Requirement og Standard Requirement bestod. Begge kravtyper skulle være opfyldt af tilbudsgiverne i det endelige tilbud og ingen af kravene ville indgå i tilbudsevalueringen. Kravene måtte således være identiske, og ligeledes måtte begge kravtyper være mindstekrav eller i hvert fald grundlæggende elementer, da begge skulle være opfyldt i det endelige tilbud. Klager gjorde derved gældende, at ”*[…] ”SR”-kravene*

[141] Fabricius, 2024, s. 425-426 og Treumer m.fl., 2016, s. 228-229. Se ligeledes blandt andet kendelse af 16. februar 2023, Microsoft Danmark ApS mod Ørsted Services A/S (herefter *Microsoft-kendelsen*), s. 11
[142] Microsoft-kendelsen, s. 3, påstand 4.
[143] Ibid., s. 11-13 og s. 19.
[144] Ibid., s. 29.

reelt var camouflerede mindstekrav, som Ørsted dog ønskede at forhandle om og ændre under udbudsprocessen".[145]

I afgørelsen udtalte Klagenævnet, at det fulgte klart af udbudsmaterialet, at Minimum Requirement ikke kunne forhandles, og tilbud med forbehold over for Minimum Requirement i det endelige tilbud var ikke tilladt og ville blive afvist. Standard Requirement kunne derimod godt forhandles, dog med den begrænsning, at ændringer ikke var tilladt, hvis ændringerne udgjorde ændringer af grundlæggende elementer. Forbehold over for Standard Requirement var tilladt i det omfang, at forbeholdet ikke udgjorde et forbehold for grundlæggende elementer. Klagenævnet tog derfor ikke påstanden om at kravmetodikken er ugennemsigtig og uegnet til følge, men fandt derimod, at kravmetodikken var klart beskrevet i udbudsmaterialet.[146]

Af kendelsen kan det udledes, at Klagenævnet accepterer anvendelsen af kravmetodik, hvis den er gennemsigtig ved at være tydeligt beskrevet i udbudsmaterialet. Der er derfor intet til hinder for at have en differentiering mellem mindstekrav og en anden type krav, som f.eks. standardkrav eller forhandlingskrav, selvom de begge er karakteriseret ved at skal være opfyldt i de endelige tilbud. Klager fik derved ikke medhold i deres anbringende om, at Standard Requirement var "*camouflerede mindstekrav*".[147] Det skal imidlertid bemærkes, at udbuddet var gennemført efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvor udbud med forhandling ikke er underlagt den helt samme regulering som ved udbudsloven. I udbudsloven følger det af § 66, stk. 2, 2. pkt., at der ikke må forhandles om grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterierne for tildeling, samt grundlæggende elementer ikke kan ændres, jf. § 66, stk. 5, 2. pkt. De samme bestemmelser følger ikke af forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvor udbud med forhandling er reguleret i artikel 47. Adgangen til at ændre i udbudsmaterialet følger derimod af de generelle regler udledt af ligebehandlings- og gennemsigtigheds-principperne, hvorefter der skal foretages en konkret vurdering af, om ændringen påvirkede konkurrencen.[148] Derfor kan udfaldet af kendelsen ikke direkte overføres til udbud med forhandling efter udbudsloven. Der er et andet hensyn at varetage i forhold til

[145] Ibid., s. 68.
[146] Ibid., s. 92-93.
[147] Ibid., s. 68.
[148] Ibid., s. 87.

mindstekrav, når det anses for at være et grundlæggende element ved udbud med forhandling efter udbudsloven.

Klagenævnet har endnu ikke konkret taget stilling til anvendelsen af kravmetodik, som beskrevet indledningsvis i afsnit 7.1, ved udbud med forhandling efter udbudsloven. Klagenævnet har dog i kendelsen af 2. juni 2023, *HB Care A/S mod Esbjerg Kommune*, der omhandlende et offentligt udbud efter udbudsloven, selv refereret til kravmetodikkens kravtyper uden at det i øvrigt fulgte af klageskriftet. Kravene i udbudsmaterialet var ikke defineret ved forskellige typer af krav, herunder mindstekrav, og det var blandt andet det klagen gik på.[149] Indledningsvis udtalte Klagenævnet: "*Udbudsloven indeholder ikke bestemmelser om, at krav til den udbudte ydelse skal defineres i udbudsmaterialet som krav, mindstekrav, konkurrencekrav e.l.*"[150] Klagenævnets henvisning til de forskellige kravtyper kendt fra kravmetodikken skete uden det i øvrigt fulgte af klageskriftet, hvilket er til støtte for, at Klagenævnet ligeledes accepterer brugen af kravmetodik efter udbudsloven. I hvert fald må det gælde for standardprocedurerne, da kendelsen vedrørte et offentligt udbud.

I kendelsen af 8. maj 2024, *DI-Teknik A/S mod Region Syddanmark* tog Klagenævnet stilling til et udbud, som var gennemført som udbud med forhandling efter udbudsloven og hvor ordregiver havde anvendt kravmetodik. Kravmetodikken bestod imidlertid ikke af en opdeling af tre kravtyper, men derimod kun to. Der var k-krav, som skulle opfyldes, og konkurrerbare krav, som var udtryk for ønsker om en bestemt egenskab eller et bestemt vilkår, hvor tilbudsgivernes opfyldelse af kravene ville indgå i tilbudsevalueringen.[151] Det var således ikke nærmere angivet, hvad der var mindstekrav, og blandt andet på den baggrund påstod klager, at ordregiver havde udbudt en uklar kravspecifikation med uklar kravmetodik.[152] Om kravmetodikken udtalte Klagenævnet, at "*Det fremgår udtrykkeligt af udbudsbetingelsernes punkt 9, at k-krav er krav, der skal opfyldes, og at […] [konkurrerbare krav] er krav, der konkurreres på*". (mine tilføjelser i parentes) Ligeledes bemærkede Klagenævnet, at det ikke i sig selv gør udbudsmaterialet uklart, at ordregiver

[149] Kendelse af 2. juni 2023, HB Care A/S mod Esbjerg Kommune (herefter *HB Care-kendelsen*), s. 2, påstand 3 og s. 20.
[150] Ibid., s. 33.
[151] Kendelse af 8. maj 2024, DI-Teknik A/S mod Region Syddanmark, s. 4.
[152] Ibid., s. 2, påstand 3.

ikke har udpeget specifikke krav som mindstekrav.[153] I tråd med Microsoft-kendelsen accepterer Klagenævnet anvendelsen af kravmetodik, når den er tydeligt beskrevet i udbudsmaterialet og derved gennemsigtig. Selvom det omhandlede udbud i kendelsen alene havde en kravmetodik med to kravtyper, må det formodes, at Klagenævnet ligeledes vil acceptere en kravmetodik med flere kravtyper ved udbud med forhandling efter udbudsloven, så længe den er tydeligt beskrevet i udbudsmaterialet.

7.1.2. Påvirker kravmetodikken adgangen til ændringer?

På baggrund af ovenstående kan det udledes, at Klagenævnet formodentlig vil tillade anvendelsen af kravmetodik ved udbud med forhandling efter udbudsloven, men Klagenævnet har endnu ikke taget eksplicit stilling til det. Med afsæt heri og ved inddragelse af yderligere praksis fra Klagenævnet, analyseres, hvorvidt kravmetodikken er forenelig med udbudsloven og om den kan påvirke adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet, som blev udledt i kapitel seks. Det vil blive vurderet i forhold til hver af de tre kategorier, som blev præsenteret indledningsvis til afsnit 7.1.

7.1.2.1. Mindstekrav

Ved fastsættelsen af mindstekrav i udbudsmaterialet tilkendegiver ordregiver, at der er en række krav, som ligger fast fra udbudsprocessens start og derved ikke kan ændres. Denne tilkendegivelse er i overensstemmelse med den retlige regulering, som blev udledt i afsnit 6.2, hvorefter det ved udbud med forhandling er udelukket at ændre mindstekrav. Ligeledes er det også en naturlig følge af ligebehandlings- og gennemsigtigheds-principperne, at ordregiver skal overholde de betingelser, som denne selv har fastsat. Uanset om mindstekravene konkret ville udgøre et grundlæggende element eller ej, vil det være udelukket at ændre dem, når ordregiver har sagt at de ikke kan ændres. At ordregiver skal overholde de rammer, som de selv har sat i udbudsmaterialet, følger af EU-domstolens dom af 10. oktober 2013, C-336/12 *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*. I sagen udtalte EU-Domstolen, at "*Det påhviler således den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat*".[154] Ordregiver kan således risikere at få den modsatte effekt med anvendelsen af kravmetodik ved at stille nogle mindstekrav, som måske efter en konkret vurdering

[153] Ibid., s. 33.
[154] Manova, præmis 40.

ikke ville være grundlæggende elementer. På den baggrund opfordrer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen:

"*[…] vigtigt, at ordregiver i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsmaterialet og fastsættelsen af mindstekrav nøje overvejer, hvilke mindstekrav ordregiver stiller, og om mindstekravene reelt er udtryk for krav, der er af afgørende betydning for ordregiver, eller de blot er udtryk for noget, der er ønskeligt eller vigtigt, da sådanne ikke bør angives som mindstekrav. Ordregiver bør ikke stille flere mindstekrav, end hvad der er strengt nødvendigt, da fleksibiliteten i proceduren og de muligheder, der ligger i forhandlingsfasen, ellers let kan blive undermineret*".[155] (mine understregninger)

Imidlertid har det vist sig, at Klagenævnet, på trods af ordregivers angivelser af mindstekrav, alligevel foretager en konkret vurdering af ændringerne af mindstekravene, jf. afsnit 6.2 og Assemble-kendelsen. Ved gennemgangen af kendelsen blev det anført, at kendelsen kan anses for værende udtryk for, at Klagenævnet ikke er enig i betragtningerne om at ændring af mindstekrav altid udgør en ændring af grundlæggende element ved udbud med forhandling. Endvidere kan det også i relation til kravmetodik anføres, at kendelsen også kan være udtryk for, at Klagenævnet ikke tager højde for ordregivers egne rubriceringer af kravene og tilkendegivelser i bedømmelsen af, hvorvidt det er tilladt at ændre et krav. I kendelsen prøvede Klagenævnet de omhandlende ændringer på sædvandelig vis på trods af, at ordregiver havde tilkendegivet at kravene var mindstekrav og udbuddet var gennemført som udbud med forhandling, hvor det netop er udelukket at foretage ændringer af mindstekrav, jf. afsnit 6.2.

Opsummerende kan det udledes, at ordregivers tilkendegivelser om, at en række krav er fastlagt fra start og ikke kan ændres, er i overensstemmelse med den retlige regulering udledt i kapitel seks. Det kan således ikke påvirke adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet, når ordregiver selv har tilkendegivet at mindstekrav ikke kan ændres. På trods af at mindstekrav ikke kan påvirke adgangen til at foretage ændringer, vil Klagenævnet formentlig behandle mindstekrav efter en konkret vurdering og dette er i så fald en ændring af adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet, jf. kapitel seks.

[155] Vejledning om udbudsreglerne, 2024, s. 66.

7.1.2.2. Forhandlingskrav

Den anden kategori af krav i kravmetodikken er *forhandlingskrav*, og kendetegnede ved disse krav er, at ordregiver tilkendegiver at dele af udbudsmaterialet ikke ligger fast og det er således muligt at forhandle om og ændre dem undervejs i udbudsprocessen, for at de til sidst ligger fast og de endelige tilbud skal opfylde dem. Hvordan det forholder sig med forhandlingskrav og adgangen til at ændre dem, har Klagenævnet taget stilling i et par kendelser. En af dem er kendelsen af 1. februar 2018, *ABB A/S mod Trafikselskabet Movia* (herefter *Movia-kendelsen*).

Kendelsen vedrørte et udbud af rammeaftale om ladeinfrastruktur, der blev gennemført som udbud med forhandling med forudgående indkaldelse af tilbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.[156] En af påstandene i sagen gik på, at det var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at ordregiver frafaldt et finansieringsvilkår, der udgjorde en ændring af grundlæggende element.[157] Finansieringsvilkåret var ikke eksplicit angivet som værende et forhandlingskrav, men det fulgte af udbudsmaterialet, at forhandlingerne kunne omfatte alle forhold i forhandlingstilbuddene, dog med undtagelse af mindstekrav og grundlæggende elementer.[158]

I forhold til forhandlingsadgangen udtalte Klagenævnet:

> ”*De forhold, som en ordregiver på forhånd tydeligt har oplyst kan være genstand for forhandling, kan som udgangspunkt ikke anses for at være grundlæggende elementer, som der ikke kan forhandles om, medmindre der er tale om mindstekrav*”.[159]

Herefter konstaterede Klagenævnet, at finansieringsvilkåret ikke var gjort til et mindstekrav, hvorfor det ikke var udelukket at forhandle i hvert fald vilkårets opfyldelsesmåde, rækkevidde og omfang.[160] Det har således formodningen imod sig, at et forhandlingskrav er et grundlæggende element, og ved at angive krav som forhandlingskrav, kan ordregiver derved med egne tilkendegivelser påvirke, hvilke forhold, der kan forhandles og ændres i udbudsprocessen. At ordregiver kan påvirke

[156] Kendelse af 1. februar 2018, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia, s. 1.
[157] Ibid., s. 3, påstand 1 og s. 20.
[158] Ibid., s. 6.
[159] Ibid., s. 34.
[160] Ibid.

adgangen til at ændre ses konkret i kendelsen ved, at Klagenævnet tillagde det vægt, at ordregiver under spørgsmål/svar havde tilkendegivet, at en eventuel begrænsning af vilkåret kunne være genstand for forhandling. Som følge heraf fandt Klagenævnet, at der alene kunne ske en reduktion af vilkåret, men det kunne ikke bortforhandles. På den baggrund og sammenholdt med at vilkåret var byrdefuldt for tilbudsgiverne, fandt Klagenævnet, at ændringen af finansieringsvilkåret var en ændring af grundlæggende element og at det var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.[161] På den baggrund kan det udledes, at ordregivers tilkendegivelser indgik i vurderingen af, hvad der kunne forhandles og dermed ændres.

Spørgsmålet er, om ordregiver også helt kunne bortforhandle finansieringsvilkåret, såfremt ordregiver havde skrevet det i udbudsmaterialet fra start, eller om Klagenævnet fortsat ikke ville tillade ændringen. I afgørelsen gik Klagenævnet ind i en konkret vurdering af, hvorvidt kravet var et grundlæggende element og om ændringen havde påvirket konkurrencen, på trods af forhandlingsadgangen var skrevet i udbudsmaterialet. Højst sandsynlig ville Klagenævnet også gå ind i en konkret vurdering, selvom det var skrevet at finansieringsvilkåret helt kunne bortforhandles. Eftersom Klagenævnet fandt, at finansieringsvilkåret var et økonomisk meget byrdefuldt for tilbudsgiverne, vil de formentlig finde, at det heller ikke kunne bortforhandles, uanset ordregiver havde forbeholdt sig retten til det. Vilkåret afholdt i hvert fald klager fra selv at søge om prækvalifikation. Omvendt kan det anføres, at hvis der havde været den fornødne gennemsigtighed fra start, så ville klager måske havde taget chancen og søgt om deltagelse i udbuddet velvidende om at vilkåret kunne bortforhandles. Det kan ikke vides, om ordregivers tilkendegivelser ville kunne påvirke til en bortforhandling af vilkåret, men på baggrund af kendelsen kan det i hvert fald udledes, at Klagenævnet går ind i en konkret vurdering af ændringen og ordregivers tilkendegivelser udgør i hvert fald et fortolkningselement og kan derved til en vis grad påvirke adgangen til at foretage ændringer.

Klagenævnet tog ligeledes stilling til adgangen at ændre forhandlingskrav i *Microsoft-kendelsen*, der blev gennemgået i afsnit 7.1.1. I kendelsen nedlagde klager yderligere påstand om, at ordregiver havde foretaget ændringer af grundlæggende elementer ved at

[161] Ibid., s. 34-36.

ændre på standardkrav. Hertil gjorde klager gældende, at forbuddet mod at ændre i grundlæggende elementer ikke kan tilsidesættes ved, at ordregiver kategoriserer en række krav som standardkrav og tilkendegiver at de kan tilpasses og forhandles.[162]

Klagenævnet udtalte indledningsvis:

"*Et udbud med forhandling er kendetegnet ved, at parterne som følge af forhandlingsprocessen har mulighed for at foretage ændringer og optimere henholdsvis deres tilbud og udbudsmaterialet*".[163]

Ligeledes udtalte Klagenævnet, at det fremgik klart af udbudsmaterialet, at standardkrav kunne forhandles og ændres, men kun i det omfang en ændring heraf ikke udgjorde en ændring af grundlæggende elementer, jf. ligeledes bemærkningerne herover.[164] Dertil udtalte Klagenævnet:

"*Det er som udgangspunkt inden for de udbudsretlige rammer at forhandle om og foretage ændringer af forhold, der på forhånd er markeret som forhold, der kan være til forhandling*".[165]

Endvidere udtalte Klagenævnet, at om hvorvidt en given ændring ligger inden for udbudsretlige rammer, beror på en konkret vurdering.[166] På den baggrund kan det udledes, at ved udbud med forhandling skal der være et vist rum for forhandlinger og tilpasninger af udbudsmaterialet, og der er derfor som udgangspunkt også adgang til at ændre forhold, der på forhånd er markeret som forhandlingskrav. Dog vil Klagenævnet ligesom ved Movia-Kendelsen foretage en konkret vurdering af forhandlingskravene og vurdere, om ændringen udgør en ændring af grundlæggende elementer. Ordregiver kan således ikke sikre sig imod, at krav ikke udgør grundlæggende elementer ved at tilkendegive at kravene er forhandlingskrav, men forholdet indgår som et fortolkningselement. Ligeledes går Klagenævnet heller ikke ind i en vurdering af, hvorvidt kravene reelt er mindstekrav, hvorfor ordregiver som udgangspunkt kan sikre sig mod at ændringen af kravene er helt udelukket fra udbudsprocessens start, ved ikke at definere kravene som mindstekrav. For som tidligere behandlet i afsnit 6.2 er ændringer

[162] Microsoft-kendelsen, s. 3, påstand 3 og s. 52.
[163] Ibid., s. 87.
[164] Ibid.
[165] Ibid.
[166] Ibid.

af mindstekrav efter den retlige regulering udelukket ved udbud med forhandling. Imidlertid vedrører Microsoft-kendelsen udbud foretaget efter forsynings-virksomhedsdirektivet, som det blev bemærket i forrige afsnit. Det samme gør sig gældende for Movia-kendelsen, hvorfor de samme bemærkninger skal tages i betragtning. Ligeledes skal det bemærkes, at udbuddet i Microsoft-kendelsen var sket gennem en kvalifikationsordning. Klagenævnet tillagde i den forbindelse vægt, at kontraktudkastet ikke var blevet sendt til deltagerne i kvalifikationsordningen i forbindelse med indhentning af ansøgninger om prækvalifikation.[167] Dele af udbudsmaterialet var således først blevet offentliggjort efter ansøgningsfasen og derved skal der ikke tages det samme hensyn til potentielle ansøgere i vurderingen af grundlæggende ændringer. Det er i modsætning til udbud med forhandling efter udbudsloven, hvor udbudsmaterialet som nævnt skal offentliggøres samtidig med udbudsbekendtgørelsen. Klagenævnets udtalelser kan således ikke direkte overføres til udbud med forhandling efter udbudsloven. Der mangler fortsat en stillingtagen fra Klagenævnet om adgangen til at anvende forhandlingskrav ved udbud med forhandling efter udbudsloven. Der har imidlertid været kendelser, hvor udbuddet var gennemført som udbud med forhandling og ordregiver havde anvendt forhandlingskrav, men Klagenævnet tog ikke konkret stilling til kravmetodikken. Det er f.eks. tilfældet i kendelsen af 23. maj 2022, *Fugato A/S mod Bornholms Regionskommune og Bornholms Affaldsbehandling*, jf. næste afsnit, hvor den gennemgås.

Sammenholder man karakteren af forhandlingskrav med den retlige regulering af udbud med forhandling efter udbudsloven, kan der argumenteres for, at det ikke er foreneligt med udbudsloven at anvende forhandlingskrav. Som behandlet i afsnit 5.1.2.3 er mindstekrav centrale krav til ordregiverens anskaffelse eller kontraktens udførelse og de fastsætter de karakteristika, som alle tilbud skal opfylde eller have. Opfylder tilbudsgiverne ikke mindstekravene, vil deres tilbud ikke kunne blive taget i betragtning. Det må ikke give anledning til tvivl, hvordan et mindstekrav skal opfyldes, hvorfor de skal være klare og præcise.[168] Forhandlingskrav er krav, hvor ordregiver har tilkendegivet, at de kan forhandles og ændres undervejs i udbudsprocessen, og først til sidst i forhandlingsfasen, inden afgivelsen af endelige tilbud, ligger de fast og alle

[167] Ibid., s. 87.
[168] Hamer, 2021, s. 398-399.

endelige tilbud skal overholde dem for at blive taget i betragtning. Når der stilles samme krav om at både mindstekrav og forhandlingskrav skal være opfyldt i det endelige tilbud, er spørgsmålet, om der reelt er en forskel, og om forhandlingskrav i realiteten bare er mindstekrav. Dette anbringende blev blandt andet fremført af klager i Microsoft-kendelsen. Når ordregiver kræver både mindstekrav og forhandlingskrav skal opfyldes, må det være nogle centrale krav, hvis imødekommelse og overholdelse er afgørende for ordregiver.[169] Hvis forhandlingskrav ligeledes er udtryk for centrale krav til ordregiverens anskaffelse eller kontraktens udførelse som mindstekrav, kan der argumenteres for, at forhandlingskrav er mindstekrav og derfor bør behandles sådan i relation til adgangen at foretage ændringer. Endvidere kan det anføres i tråd med Peter Dann Jørgensen og Thomas Larsen, at det er en omgåelse af udbudslovens § 62, stk. 3, hvorefter ordregiver fra udbudsprocessens start skal have identificeret sine mindstekrav, og det må formentlig forstås sådan, at det er alle mindstekrav, som skal være identificeret.[170] Det er ikke tilfældet, når forhandlingskrav senere i udbudsprocessen får karakter af mindstekrav. Derudover kan det også anføres, at det heller ikke er i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet, når ikke alle mindstekrav er kendt på forhånd. Som behandlet i afsnit 6.1.1 følger det af udbudsdirektivet artikel 29, stk. 1, 3. afsnit, at "*Oplysningerne skal være tilstrækkelig præcise til, at de økonomiske aktører kan identificere udbuddets karakter og omfang og beslutte, hvorvidt de vil ansøge om at deltage i proceduren*". Potentielle ansøgere kan ikke vurdere, hvorvidt de vil deltage i udbuddet, når de ved ikke, hvad udfaldet af forhandlingskravene bliver. Hvis en potentiel ansøger ikke kan leve op til et eller flere forhandlingskrav og det viser sig senere, at det ikke bliver ændret i løbet af udbudsprocessen, har det været spild af tid og penge for ansøgeren at deltage.[171] Det går således imod Klagenævnets udtalelser, hvorefter kravmetodik var tilladt, hvis den er gennemsigtig ved at tydeligt beskrive metodikken i udbudsmaterialet, herunder om forskellen på mindstekrav og forhandlingskrav, jf. afsnit 7.1.1. Det er ikke gennemsigtigt, når potentielle ansøgere eller tilbudsgivere ikke ved, hvad der forventes af dem ved den endelige tilbudsafgivelse.

[169] Microsoft-kendelsen, s. 68.
[170] Treumer m.fl., 2019, s. 151.
[171] Ibid., s. 150-151.

Omvendt kan man argumentere for, at der netop bør være plads til et vis forhandlingsrum, hvorfor der også godt kan anvendes forhandlingskrav ved udbud med forhandling efter udbudsloven. Ordregiver skal ikke kun have mulighed for at forhandle om ønsker, evalueringskrav mv., hvor tilbudsgiverne ikke er forpligtet til at opfylde dem, men alene konkurrerer på, hvor godt de opfylder dem. Ordregiver skal ligeledes have mulighed for at forhandle om centrale krav til ordregiverens anskaffelse eller kontraktens udførelse. Anvendelsen af udbud med forhandling er netop forbeholdt de situationer, hvor ordregiver for eksempel ikke kan få imødekommet sit behov uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger, eller ordregiver "*kan ikke fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkelig præcist med henvisning til en standard […]*", jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1, litra a og d. En del af adgangen til udbud med forhandling er således kendetegnet ved, at ordregiver ikke har en tilpas færdig udarbejdet kravspecifikation som ved de standardiserede udbudsprocedurer, hvorfor ordregiver har brug for at forhandle om og ændre i kravspecifikationen undervejs i udbudsprocessen. På den baggrund bør der være et vis rum for, at man kan forhandle om udbudsmaterialet og først senere beslutte sig endeligt for, hvilke krav, som er afgørende for ordregiver at tilbuddene opfylder.

Ligeledes kan der findes støtte i den udbudsretlige forbeholdslære for at anvendelsen af forhandlingskrav er tilladt. Om forbeholdslæren kan det kort anføres, at hvis en tilbudsgivers tilbud afviger fra udbudsmaterialets krav, har tilbudsgiveren afgivet et tilbud, der indeholder forbehold. Ligesom ved reglerne om ændringer af udbudsmaterialet, sondres der mellem om forbeholdet vedrører et grundlæggende element eller ej. Vedrører forbeholdet et grundlæggende element, har ordregiveren pligt til at forkaste tilbuddet.[172] I vurderingen af, hvorvidt forbeholdet vedrører et grundlæggende element indgår det, om konkurrencen væsentlig fordrejes mellem tilbudsgiverne, hvis forbeholdet tillades.[173] I øvrige tilfælde er der udviklet en praksis om, at ordregiver kan tage tilbuddene i betragtning, men for at opfylde ligebehandlings-princippet, skal ordregiver prissætte forbehold objektivt og tilstrækkeligt sikkert. Derved sikres det, at tilbud indeholdende forbehold ikke opnår en fordel i forhold til de tilbud, der opfylder alle udbudsbetingelserne.[174] Ordregiver er imidlertid ikke forpligtet til at

[172] Hamer, 2021, s. 599-600.
[173] Kendelse af 24. juni 2022, Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S (herefter *Krüger-kendelsen*), s. 71.
[174] Ølykke, 2022, s. 739.

prissætte forbehold, men har mulighed for det. Dog ikke i de tilfælde, hvor ordregiver har bestemt i udbudsmaterialet at forbehold ikke tillades. Der skal ordregiver overholde egne betingelser og har derved pligt til at afvise tilbud med forbehold.[175] Ved udbud med forhandling er det tilladt for ordregiver at forhandle med tilbudsgivere, der har afgivet et tilbud med forbehold. Det samme gør sig gældende, hvis det er forbehold for mindstekrav, men forbeholdet skal være frafaldet i det endelige tilbud for at blive taget i betragtning. Det følger ikke direkte af udbudsloven, men af lovbemærkningerne til udbudslovens § 66, stk. 2.[176] Med afsæt i forbeholdslæren kan det således anføres, at når man har mulighed for at prissætte et forbehold over for et krav, men er ikke forpligtet til det og kan derfor også afvise et tilbud, må det betyde, at det er tilladt at have nogle krav, som ikke er mindstekrav og vedrører grundlæggende elementer. Omvendt vil kravene, der er taget forbehold over for, heller ikke være ønsker/evalueringskrav. Tilbudsgiverne vil nemlig ikke afvige i deres tilbud, hvis de konkurrerer om opfyldelsen af nogle ønsker. Hvis de afviger, scorer de blot dårligt i den kvalitative evaluering. Det kan på den baggrund udledes, at der eksisterer et rum for at have nogle krav i udbudsmaterialet, der hverken er mindstekrav eller evalueringskrav. Derfor har det ligeledes formodningen for sig, at Klagenævnet vil tillade forhandlingskrav. Til at understøtte denne formodning er kendelsen af 24. juni 2022, *Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S*.

I kendelsen tog Klagenævnet stilling til, hvorvidt ordregiver var forpligtet til at afvise den vindende tilbudsgivers tilbud, som følge af tilbuddet indeholdt afvigelser fra/forbehold over for udbudsmaterialet. Udbuddet var gennemført som udbud med forhandling efter udbudsloven og vedrørte udbud af en totalentreprisekontrakt om udvidelse af kapaciteten på et renseanlæg.[177] Klager gjorde gældende, at det vindende tilbud indeholdt forbehold over for grundlæggende elementer og/eller indeholdt forbehold over for krav, som ikke kunne kapitaliseres.[178] Ordregiver gjorde derimod gældende, at der var ikke tale om grundlæggende elementer, men derimod krav, hvis opfyldelse indgik i den kvalitative evaluering.[179] Klagenævnet fandt, at der var tale om krav, som skulle opfyldes, ellers ville tilbudsgiverne afvige fra udbudsmaterialet og dermed havde taget et forbehold. I deres

[175] Fabricius, 2024, s. 702.
[176] Ibid., s. 433 og LFF nr. 19, s. 105.
[177] Krüger-kendelsen, s. 1.
[178] Ibid., s. 2, påstand 1B og s. 66.
[179] Ibid., s. 66.

afgørelse blev det tillagt vægt, at det var ikke nærmere defineret i udbudsmaterialet, hvad der var grundlæggende elementer, eller om alle kravene alene var evalueringskrav. Ligeledes var det fastsat i udbudsbetingelserne, at tilbud, som indeholdt forbehold risikerede at blive afvist, og hvis de endelige tilbud indeholdt forbehold for grundlæggende elementer eller andre forbehold, som ikke kunne prissættes, ville ordregiver være forpligtet til at afvise. Endvidere tillagde Klagenævnet det vægt, at ordregiver havde fastsat i udbudsbetingelserne, at forinden evalueringen ville det blive vurderet, om tilbuddene var konditionsmæssige. Dette blev også understøttet af, at ordregiver under spørgsmål/svar havde svaret, at hvis den tilbudte løsning ikke lever op til udbudsmaterialets krav, er der tale om et forbehold. Slutteligt blev ordregivers formuleringer tillagt vægt. Ordregiver havde både anvendt formuleringer som "*skal*" og "*krav*" samt "*det ses gerne*". De to første formuleringer måtte forstås som egentlig krav, ifølge Klagenævnet, og den sidste formulering måtte forstås som ønsker.[180] Taget alle forholdene i betragtning fandt Klagenævnet:

> "*[…] udbudsmaterialet skal forstås således, at hvis et tilbud ikke opfyldte de dele af udbudsbeskrivelsens kapitel 3-7 med tilhørende bilag, der er formuleret som krav, ville det blive betragtet som et forbehold, der kunne føre til, at tilbuddet ikke blev taget i betragtning, eller at forbeholdet blev kapitaliseret, såfremt det kunne prissættes*".[181]

Herefter vurderede Klagenævnet enkeltvis de omstridte krav og fandt, at nogle af dem var grundlæggende krav, og at andre af kravene var krav, der ikke var grundlæggende, men hvor ordregiver havde pligt til at kapitalisere afvigelser fra kravet.[182]

På baggrund af kendelsen kan det udledes, at eftersom det er tilladt at tage forbehold over for krav, som skal opfyldes af tilbuddene, understøtter det formodningen, at det er tilladt at have nogle krav, der hverken er mindstekrav eller ønsker.

På baggrund af alle de anførte argumenter for og imod, at forhandlingskrav er i overensstemmelse med udbudsreglerne, er det vurderingen, at Klagenævnet ligeledes vil finde, at det er tilladt at anvende forhandlingskrav ved udbud med forhandling efter udbudsloven. Selvom mindstekrav og forhandlingskrav i sidste ende begge skal være

[180] Ibid., s. 68-70.
[181] Ibid., s. 70.
[182] Ibid., s. 71-92.

opfyldt, er der den fornødne gennemsigtighed, når ordregiver tilkendegiver på forhånd at nogle krav kan ændres. Ligeledes understøttes det af praksis om forbeholdslæren, hvorefter det kunne udledes, at der er et vis rum for krav, der hverken er mindstekrav eller ønsker. Derudover skal det også ses i sammenhæng med formålet med udbud med forhandling. Der bør netop være et vis forhandlingsrum, da ordregiver ikke fra start kan tilstrækkeligt beskrive udbuddets genstand.

Udover forhandlingskrav er tilladt, vil det også i en vis grad påvirke, hvad der kan ændres. Ordregivers tilkendegivelser indgår i hvert fald som et fortolkningselement, når Klagenævnet vurderer, om et element kan ændres. Men Klagenævnet vil dog stadig gå ind i en konkret vurdering af ændringen og om hvorvidt den har påvirket konkurrencefeltet eller fordrejet konkurrencen, jf. Microsoft og Movia kendelsen. Forhandlingskravenes påvirkning af ændringsadgangen svækkes imidlertid af Assemble-kendelsen, hvorefter Klagenævnet ikke fandt at mindstekrav fra start var et grundlæggende element i udbud med forhandling. Taget kendelsen i betragtning vil en opdeling mellem forhandlingskrav og mindstekrav ikke gøre en lige så stor forskel, da Klagenævnet i forhold til ændringer af begge kravtyper vil foretage en konkret vurdering af ændringerne og om hvorvidt de påvirkede konkurrencen. Men modsat mindstekrav, vil det indgå i Klagenævnets vurdering af forhandlingskravene om de kunne ændres, hvorvidt ordregiver havde tilkendegivet på forhånd, at de kunne forhandles og ændres, og ordregiver derved havde været gennemsigtig. Det samme kan ordregiver ikke gøre ved mindstekrav, da man ved at tilkendegive at nogle krav er mindstekrav, dermed udelukker muligheden for at ændre dem.

7.1.2.3. Evalueringskrav

Modsat forhandlingskrav har Klagenævnet haft anledning til at tage stilling til brugen af evalueringskrav ved udbud med forhandling efter udbudsloven. Klagenævnet accepterer anvendelsen af evalueringskrav og vurderer ligeledes, at de godt kan ændres, hvis de ikke efter en konkret vurdering udgør en ændring af grundlæggende element. For så vidt angår, at Klagenævnet accepterer anvendelsen af evalueringskrav, kan det udledes af kendelsen af 8. maj 2024, *DI-Teknik A/S mod Region Syddanmark*, der blev gennemgået i afsnit 7.1.1. I udbudsmaterialet var der fastsat en række konkurrerbare krav, som var udtryk for ønsker om en bestemt egenskab eller et bestemt vilkår, hvor tilbudsgivernes opfyldelse af kravene ville indgå i tilbudsevalueringen. Konkurrerbare krav er det samme som

evalueringskrav. I kendelsen udtalte Klagenævnet, at det udtrykkeligt fremgik af udbudsbetingelserne, hvad de forskellige krav indebar, og på den baggrund blev det udledt, at Klagenævnet accepterer anvendelsen af kravmetodik, herunder evalueringskrav.

Derudover tog Klagenævnet stilling til, hvorvidt evalueringskrav kan ændres, i kendelsen af 22. februar 2023, *Konsortiet HEMS Denmark mod Region Midtjylland m.fl.*, I kendelsen havde de fem regioner udbudt en kontrakt om fem helikoptere som led i driften af den landsdækkende akutlægehelikopterordning. Udbuddet blev gennemført som udbud med forhandling efter udbudsloven.[183] Kravspecifikationen i udbudsmaterialet var opdelt efter en kravmetodik, hvor der var tre kravtyper: ”*Minimum requirements (MR)*”, ”*Requirements*” og ”*Competitive Parameters (CP) (in Danish ”evalueringskrav”)*”. Om evalueringskravene var det anført, at de kunne forhandles og ændres, og det ville indgå i evalueringen, hvor godt tilbudsgiverne opfyldte kravene.[184] Under udbudsprocessen foretog ordregiver en række konkrete ændringer af de fastsatte evalueringskrav og lovligheden af disse ændringer var en af klagers påstande, hvor klager gjorde gældende, at det var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 66, stk. 2 og stk. 5, at have forhandlet om og ændret dem.[185] Klager argumenterede indledningsvis for, at der ikke skulle foretages en konkret vurdering af, hvorvidt ændringerne af evalueringskravene var udtryk for en ændring af grundlæggende elementer, da enhver ændring af kriterierne for tildeling er en ændring af grundlæggende elementer. Ex tuto gjorde klager gældende, at ændringerne under alle omstændigheder var ændringer af grundlæggende elementer.[186]

Klagenævnet udtalte med henvisning til udbudslovens § 66, stk. 5, at ordregiveren ikke må ændre i grundlæggende elementer under udbud med forhandling. Endvidere udtalte Klagenævnet:

[183] Kendelse af 22. februar 2023, Konsortiet Hems Denmark mod Region Midtjylland m.fl., s. 3.
[184] Ibid., s. 5.
[185] Ibid., s. 2, påstand 1.
[186] Ibid., s. 16.

”*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 […]*”.[187]

Herefter henviste Klagenævnet til kravspecifikationen, hvor det blev bemærket, at evalueringskrav indeholdt en mulighed for ordregiver at foretage ændringer i disse undervejs.[188] Efterfulgt heraf behandlede Klagenævnet de konkrete ændringer af evalueringskravene og vurderede, at ingen af de konkrete ændringer udgjorde en ændring af grundlæggende elementer. Klagenævnet lagde blandt andet vægt på, at ved det ene af evalueringskravene tilbød alle tilbudsgiverne den samme helikopter og dermed blev konkurrencen ikke fordrejet af, at ordregiver havde ændret kravet fra at indebære ”*recommended cruising speed*” til ”*maximum cruising speed*” og dertil at beregningen af cruising speed blev ændret. De øvrige ændringer af evalueringskrav var alene præciseringer og på nær et af evalueringskravene medførte det, at de ikke fik et andet indhold. Et evalueringskrav fik et andet indhold, men det havde ikke fordrejet konkurrencen, da ændringen blev foretaget på et tidspunkt, hvor feltet af konkrete tilbudsgivere var fastlagt, samt ingen af tilbudsgiverne havde en udviklingsafdeling i Danmark, hvilket var det ændringen vedrørte. Påstanden blev derfor ikke taget til følge, da ingen af ændringerne udgjorde ændring af grundlæggende elementer.[189]

På baggrund af kendelsen kan det udledes, at evalueringskrav godt kan ændres uden det udgør en ændring af kriterierne for tildeling, som klager ellers påstod i sagen. Der var dog i kendelsen alene tale om præciseringer, ligeledes blev det tillagt vægt, at for et af kravene kunne alle tilbudsgiverne fortsat opfylde kravet, på trods af det blev ændret, og dertil at ændringerne ikke medførte at kravene fik et andet indhold. På den baggrund kan det udledes, at ændringer i et mindre omfang er tilladt.

Klagenævnet har ligeledes taget stilling til ændring af evalueringskrav i kendelsen af 12. januar 2022, *Norsk Luftambulanse AS mod Region Nordjylland m.fl.* Her vurderede Klagenævnet ændringen af to konkurrenceparametre under udbud med forhandling efter udbudsloven ud fra en konkret vurdering af, om ændringerne var en ændring af

[187] Ibid., s. 32.
[188] Ibid., s. 33.
[189] Ibid., s. 34-36.

grundlæggende elementer, jf. udbudslovens § 66, stk. 5. Klagenævnet fandt ikke, at ændringerne udgjorde ændring af grundlæggende elementer, da konkurrenceparameteret ikke fik et andet indhold. Ordregiver havde ændret kravet om at reservehelikopteren skulle placeres på basen i Ringsted til at tilbudsgiverne selv måtte beslutte, hvor basen skulle være. Ligeledes blev idriftsættelsestiden ændret fra 1 time til 6 timer. Da tilbudsgiverne fortsat kunne bruge basen i Ringsted, udtalte Klagenævnet, at ændringen ikke indebar en yderligere forpligtelse for tilbudsgiverne. Ligeledes indebar ændringen ikke, at konkurrenceparameteret fik et andet indhold. Klagenævnet fandt derfor, at konkurrencen ikke var fordrejet som følge af ændringen. Det samme gjorde sig gældende for det andet konkurrenceparametre. Det blev ikke ændret af, at regionen frafald et krav om en TETRA-løsning. Det var derfor tilladt for ordregiver at foretage ændringer af konkurrenceparametrene.[190] Ligesom ved forrige kendelse tillægger Klagenævnet det vægt, at ændringerne ikke medførte at kravene fik et andet indhold.

På baggrund af kendelserne kan det udledes, at evalueringskravene godt kan ændres, i hvert fald i et mindre omfang. Det er i tråd med afsnit 6.2, hvor det blev gennemgået, hvorvidt under- og delkriterier til tildelingskriterierne kan ændres. Der blev det ligeledes udledt, at ændringer og tilføjelser i et mindre omfang var tilladt. Så selvom evalueringskravene vedrører tildelingen af tilbuddene, har de ikke en sådan tilknytning til tildelingskriterierne, at de ikke kan ændres undervejs i udbudsprocessen. På den baggrund vurderes evalueringskravene ikke at kunne påvirke adgangen til at foretage ændringer, da de ikke er direkte tilknyttet til tildelingskriterierne og derved underlagt forbuddet mod at blive ændret, jf. udbudslovens § 66, stk. 2, 2. pkt. og stk. 5, 2. pkt. Ændring af evalueringskravene vurderes derimod efter en konkret vurdering i overensstemmelse med de generelle regler for at ændre i udbudsmaterialet.

Som et ekstra lag til kravmetodikken er det i kendelsen af 23. maj 2022, *Fugato A/S mod Bornholms Regionskommune og Bornholms Affaldsbehandling* set, at ordregiver har skrevet i udbudsmaterialet, at ønsker kunne gøres til et forhandlingskrav og ligeledes kunne forhandlingskrav blive til ønsker. Om forbehold stod der i udbudsbetingelserne, at en manglende opfyldelse af ønsker ville ikke udgøre forbehold, men ville medføre en mindre positiv bedømmelse af underkriteriet kvalitet. Modsat ville en manglende

[190] Kendelse af 12. januar 2022, Norsk Luftambulanse AS mod Region Nordjylland m.fl., s. 86-89.

opfyldelse af forhandlingskrav udgøre et forbehold. Det samme ville gøre sig gældende, hvis et ønske blev ændret til et forhandlingskrav. Tilbud med forbehold vil kunne indgå i en eventuel forhandling med ordregiver, men ved tildelingen kan ordregiver vælge at se bort fra tilbud med forbehold. Ligeledes fulgte det, at ordregiver både kunne frafalde og tilføje nye ønsker og forhandlingskrav.[191] Ønsker er en anden betegnelse for evalueringskrav. Klagenævnet behandlede ikke konkret kravmetodikken i kendelsen. Det er derfor uvist, hvad Klagenævnet vil mene om denne del af kravmetodikken. Umiddelbart virker det meget vidtrækkende, når ordregiver både kan ændre ønsker til forhandlingskrav og omvendt, samt frafalde og tilføje nye ønsker og forhandlingskrav. På trods af ordregiver prøver at være gennemsigtig ved at beskrive de forskellige mulige udfald under udbudsprocessen, er det reelt ikke muligt for tilbudsgiverne at vide, hvad udfaldet bliver. Ligeledes kan tilbudsgiverne heller ikke vide, om de kommer til at tage et forbehold, da det afhænger af, om kravet er gjort til et forhandlings- eller evalueringskrav. Derudover sammenholdt med udfaldet af ovenstående kendelser om ændring af evalueringskrav vil det næppe heller være tilladt at ændre et evalueringskrav til et forhandlingskrav, da Klagenævnet tillagde det vægt, at ændringerne kun var af mindre omfang. I modsætning hertil kan det anføres, at hvis det er klart for ordregiver at alle tilbudsgivere kan opfylde et evalueringskrav, så ville det give mening at gøre det til et forhandlingskrav, da de alle vil opnå den samme score af evalueringskravet. Klagenævnet tillagde det også vægt i kendelsen *Konsortiet HEMS Denmark mod Region Midtjylland m.fl.*, at tilbudsgiverne tilbød den samme helikopter og derfor fordrejede ændringen ikke konkurrencen. Ligeledes kan det sikre en bedre konkurrence, hvis et forhandlingskrav gøres til et evalueringskrav, hvis ordregiver bliver opmærksom på, at tilbudsgiverne ikke kan opfylde kravet fuldt ud. I stedet kan de konkurrere om opfyldelsen og derved undgås det, at tilbudsgiverne tager et forbehold og risikerer at deres tilbud ikke tages i betragtning. På trods heraf er det fortsat vurderingen, at ordregiver skaber sig et for vidtrækkende forhandlingsrum, som giver ordregiver for meget fleksibilitet i forhold til, at frit kun ændre karakteren af kravene. Hvis ordregiver har svært ved at vurdere kravene til kontraktens genstand, bør udbuddet hellere gennemføres efter udbudsproceduren konkurrencepræget dialog. Den er kendetegnet ved, at ordregiver ikke

[191] Kendelse af 23. maj 2022, Fugato A/S mod Bornholms Regionskommune og Bornholms Affaldsbehandling, s. 7-8.

har færdiggjort udbudsmaterialet fra udbudsprocessens start, men det færdiggøres derimod via dialog med deltagerne, da formålet med udbudsproceduren er at fastlægge, hvorledes ordregivers behov bedst kan opfyldes.[192] Betingelserne for at anvende konkurrencepræget dialog er den samme som ved udbud med forhandling, hvorfor ordregiver frit kan vælge i mellem de to udbudsprocedurer, når betingelserne er opfyldt.[193]

7.2. Øvrige subjektive tilkendegivelser

I de tilfælde, hvor ordregiver ikke har anvendt en kravmetodik og klart tilkendegivet hvilken karakter kravene har, viser praksis fra Klagenævnet, at ordregivers tilkendegivelser i udbudsmaterialet også tillægges en vægt. Det fremgår blandt andet direkte af kendelsen af 2. juni 2023, *HB Care A/S mod Esbjerg Kommune*, der blev gennemgået i afsnit 7.1.1. I kendelsen blev det påstået, at ordregiver havde udbudt et uklart udbudsgrundlag, da det ikke fremgik med tilstrækkelig klarhed af udbudsbetingelserne, hvilke krav der var mindstekrav, og hvilke krav der ikke havde karakter af mindstekrav.[194] Om påstanden udtalte Klagenævnet, at det ikke gør udbudsbetingelserne uklare, at det ikke var udtrykkeligt angivet, hvilken type krav der var tale om. Vurderingen af en manglende opfyldelse af krav "*kan bero på såvel angivelserne i udbudsmaterialet i øvrigt som på kravets betydning for potentielle og aktuelle tilbudsgivere*".[195] Klagenævnet foretager således ikke alene en objektiv vurdering af kravene og dets betydning for konkurrencefeltet, men ordregivers tilkendegivelser i udbudsmaterialet indgår også i vurderingen. Er der imidlertid uklarheder i udbudsmaterialet viser praksis, at Klagenævnet er parat til at finde krav som mindstekrav, selvom ordregiver ikke havde betegnet det som sådan. Det var tilfældet i kendelsen af 8. april 2019, *Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb m.fl.* Et af de omhandlende krav i kendelsen var et krav til et blodsukkermåleapparat om, at det skulle være muligt at læse tallene i mørke.[196] Det var ikke angivet, hvorvidt det var et mindstekrav. Det var det heller ikke for de øvrige krav. Det fulgte alene indledningsvis til kravspecifikationen, at "*overholdelse af nedenstående mindstekrav er en selvfølge*".[197]

[192] Fabricius, 2024, s. 236.
[193] Udbudslovens § 61, stk. 1 og § 67, stk. 1.
[194] HB Care-kendelsen, s. 2, påstand 3 og s. 20.
[195] Ibid., s. 33.
[196] Kendelse af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb m.fl., s. 7.
[197] Ibid., s. 6.

Dette forhold samt at der havde været en forudgående uenighed om, hvorvidt kravet havde karakter af mindstekrav eller ej, blev tillagt vægt af Klagenævnet, som fandt, at kravspecifikationen ikke havde været tilstrækkeligt klart formulereret i relation til, hvilke krav der var mindstekrav. I kendelsen kom uklarheden således ordregiver til skade og kravet var et mindstekrav.[198] Det kan som ved forrige kendelse udledes, at Klagenævnet tillægger ordregiverens formuleringer i udbudsmaterialet vægt. I den pågældende kendelse skabte det en uklarhed, at ordregiver indledningsvis havde anført, at nedenstående mindstekrav skulle overholdes uden at det var nærmere anført, hvilke krav var mindstekrav. Derfor bør ordregiver også fra start tage stilling til, hvilken karakter de forskellige krav har, da ordregiver ellers kan risikere at uklarhed i udbudsmaterialet medfører, at kravene får en anden karakter end det var påtænkt. I den forbindelse anfører Jesper Fabricius også:

”*Hvis ordregiver har betegnet visse krav som mindstekrav og andre bindende krav ikke, er det selvsagt et stærkt argument for, at de krav, der ikke er betegnet som mindstekrav, ikke er grundlæggende krav*”.[199]

På den baggrund kan det formodes, at det vil hjælpe Klagenævnet med vurderingen af kravene, hvis ordregiver har angivet nogen krav som mindstekrav. Det vil således have formodningen imod sig, at de øvrige krav skulle være mindstekrav. Det er dog alene et udgangspunkt og Klagenævnet går også ofte ind i en konkret vurdering, og som det var tilfældet ved Mediq-kendelsen, finder de også at krav er mindstekrav uden at det var ordregivers hensigt.

Et andet konkret eksempel på, at ordregivers formuleringer kan påvirke, hvilken type krav der er tale om, er i kendelsen af 24. juni 2022, *Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S*, som blev gennemgået i forrige afsnit. I vurderingen af, hvorvidt de omstridte krav var udtryk for ønsker eller krav, blev det inddraget, hvilke formuleringer ordregiver havde anvendt. Formuleringer som ”skal” og ”krav” måtte forstås som egentlige krav, ifølge Klagenævnet, og omvendt måtte formuleringer som ”det ses gerne” være udtryk for ønsker.[200] Der indgik også øvrige forhold i vurderingen, jf. forrige afsnit, men et af

[198] Ibid., s. 42.
[199] Fabricius, 2024, s. 427.
[200] Krüger-kendelsen, s. 69.

elementerne var ordregivers formuleringer. Det er imidlertid ikke altid anvendelsen af en formulering såsom ”*skal*” medfører, at det pågældende krav må anses for at være et mindstekrav. I tidligere praksis har Klagenævnet udtalt i kendelsen af 15. december 2014, *BSN Medical AB mod Region Sjælland*: ”*[…] at ordet ”skal” ikke som andre steder i udbudsbetingelserne er fremhævet med fedt tekst, der må forstås som et krav, indklagede lagde særlig vægt på blev opfyldt*”.[201]

På baggrund af kendelserne kan det udledes, at ordregivers tilkendegivelser og angivelser i udbudsmaterialet indgår som et fortolkningselement i Klagenævnets vurdering af kravets karakter. Klagenævnet foretager ikke kun en objektiv vurdering af ændringerne set i forhold til, om de har påvirket konkurrencefeltet eller fordrejet konkurrencen.

[201] Kendelse af 15. december 2014, BSN Medical AB mod Region Sjælland, s. 13.

7.3. Delkonklusion

Formålet med kapitlet var at afklare, om ordregiver ved hjælp af egne tilkendegivelser kan påvirke hvilke dele, der potentielt kan foretages ændringer af, eller om Klagenævnet alene foretager en objektiv vurdering af ændringerne ud fra om de har påvirket konkurrencefeltet eller fordrejet konkurrencen. På baggrund af de forskellige analyser i kapitlet kan det konkluderes, at ordregivers tilkendegivelser indgår i en vis grad som et fortolkningselement i Klagenævnets vurdering af ændringerne. Det ses blandt andet i praksis, at ordregiver anvender en kravmetodik, hvor ordregiver tilkendegiver på forhånd, hvilke krav, der kan ændres og hvilke krav, der ligger fast fra start. Det er dette speciales vurdering, at Klagenævnet vil tillade anvendelsen af kravmetodik, da den er tydeligt beskrevet i udbudsmaterialet og derved gennemsigtig. Dens påvirkning af adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet afhænger imidlertid af, hvilken kravtype, der er tale om. For så vidt angår forhandlingskrav er det vurderingen, at de til en vis grad kan påvirke adgangen til at foretage ændringer. Praksis fra Klagenævnet viser, at det har formodningen imod sig, at forhandlingskrav skulle være grundlæggende elementer. Derudover bliver formodningen forstærket, hvis ordregiver ligeledes har angivet mindstekrav i udbudsmaterialet. For så vil det have formodningen imod sig, at de øvrige krav, herunder forhandlingskravene, skulle være mindstekrav og/eller grundlæggende elementer. Imidlertid kan ordregiver ikke være sikker på, at forhandlingskravene ikke udgør grundlæggende elementer, da Klagenævnet fortsat foretager en konkret vurdering af ændringerne, men forholdet indgår som et fortolkningselement. Forhandlingskrav er kendetegnet ved, at kravene kan ændres undervejs i udbudsprocessen for til sidst at lægge fast og alle tilbudsgiverne skal opfylde dem i deres i tilbud. På den baggrund kan det umiddelbart virke til, at det ikke er i overensstemmelse med udbudsloven at anvende forhandlingskrav, da konsekvensen af forhandlings- og mindstekrav i sidste ende er den samme: tilbudsgiverne skal opfylde kravene, ellers kan deres tilbud ikke tages i betragtning. Det er imidlertid ikke dette speciales vurdering, og det kan konkluderes, at der i den udbudsretlige praksis eksisterer et vis rum for krav, der hverken er mindste- eller evalueringskrav, hvorfor det er tilladt at anvende forhandlingskrav.

Den anden type krav, som ordregiver også tilkendegiver i udbudsmaterialet kan ændres undervejs i udbudsprocessen, er evalueringskrav. For disse krav er det dette speciales vurdering, at de ikke påvirker adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet.

Evalueringskravene har ikke en sådan tilknytning til tildelingskriterierne, at de er underlagt det samme forbud mod at blive ændret. Evalueringskravene ændres derimod i overensstemmelse med det generelle udgangspunkt, og på baggrund heraf kan evalueringskravene ændres, hvis ændringerne ikke udgør en ændring af grundlæggende elementer. Det kan heller ikke påvirke adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet, at ordregiver tilkendegiver i udbudsmaterialet at evalueringskrav undervejs i udbudsprocessen kan blive til forhandlingskrav eller omvendt. Dette forhold er efter dette speciales vurdering i strid med udbudsloven. Ordregiver har et for vidtrækkende forhandlingsrum og det er ikke gennemsigtigt for tilbudsgiverne, hvad udfaldet bliver. Ligeledes viser praksis om ændring af evalueringskrav, at der kun tillades ændringer i mindre omfang og det kan ikke rumme, at evalueringskravet helt ændrer karakter.

For den sidste kravtype mindstekrav er det vurderingen, at disse krav heller ikke kan påvirke adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet. Ordregiver tilkendegiver selv, at mindstekrav lægger fast fra udbudsprocessens start og vil ikke blive ændret, og på den baggrund prøver ordregiver ikke at påvirke adgangen til at ændre udbudsmaterialet. Praksis viser imidlertid, at Klagenævnet på trods heraf behandler ændringen af mindstekrav efter en konkret vurdering, og dette er i så fald en ændring af adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet.

I tilfælde hvor ordregiver ikke har klart tilkendegivet, hvilken kravtype de forskellige elementer i udbudsmaterialet er, viser praksis fra Klagenævnet, at andre tilkendegivelser fra ordregiver i udbudsmaterialet indgår i vurderingen af ændringerne. Det indgår blandt andet i vurderingen, hvilke formuleringer ordregiver har brugt, f.eks. ”skal”, der indikerer, at det er et krav, eller om ordregiver på anden måde har indikeret et element skulle være et mindstekrav. Klagenævnet lægger således ikke kun vægt på kravets betydning for potentielle og aktuelle ansøgere eller tilbudsgivere, men tillægger også angivelserne i udbudsmaterialet vægt, uanset om det er tilsigtet eller ej fra ordregiver.

Det kan således konkluderes, at ordregiver i en vis grad kan påvirke, hvilke dele der kan foretages ændringer af, da ordregivers tilkendegivelser i udbudsmaterialet indgår som et fortolkningselement i Klagenævnets bedømmelse af ændringerne. Klagenævnet foretager

således ikke alene en objektiv vurdering af kravene ud fra om de har påvirket konkurrencefeltet eller fordrejet konkurrencen.

8. Konklusion

Specialet havde til formål at undersøge i hvilket omfang ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmaterialet under udbud med forhandling, og om ordregiver kan påvirke hvilke dele, der potentielt kan foretages ændringer af.

I forhold til i hvilket omfang ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmaterialet under udbud med forhandling kan det konkluderes, at ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmaterialet, så længe det ikke udgør en ændring af grundlæggende elementer. I vurderingen af, om en ændring udgør en ændring af grundlæggende elementer, indgår det, hvorvidt ændringen har påvirket potentielle ansøgeres eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået oprindeligt af udbudsmaterialet. Ved udbud med forhandling vil ændring af mindstekrav og tildelingskriterierne altid udgøre en ændring af et grundlæggende element. At mindstekrav altid vil være et grundlæggende element er en er en skærpelse af de generelle regler om ændring af udbudsmaterialet. Praksis fra Klagenævnet viser imidlertid, at Klagenævnet ikke følger denne skærpelse af reglerne, men vurderer i stedet adgangen til at ændre mindstekrav efter en konkret vurdering. Denne praksis er ikke i overensstemmelse med udbudsloven. På trods heraf viser praksis, at der skal meget til før Klagenævnet vil tillade en ændring af mindstekrav, hvorfor Klagenævnet ikke frit tillader ordregiver at ændre mindstekrav. For så vidt angår forbuddet mod at ændre tildelingskriterierne er forbuddet ikke til hinder for, at under- og delkriterierne til tildelingskriterierne rettes og suppleres i et mindre omfang. For øvrige ændringer af udbudsmaterialet, der ikke udgør ændring af grundlæggende elementer, sondres der mellem om ændringen er væsentlig eller uvæsentlig, hvor førstnævnte kræver, at fristen for ansøgning eller tilbud forlænges, når ændringen foretages. En ændring vil være væsentlig, når den af et sådant omfang, at de økonomiske aktører har brug for yderligere tid til at sætte sig ind i og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet. Uvæsentlige ændringer kan ordregiver frit foretage.

Adgangen til at foretage ændringer ved udbud med forhandling er snæver, da ændringerne ikke må udgøre grundlæggende elementer og særligt for udbud med forhandling vil en ændring af mindstekrav og tildelingskriterierne altid være en ændring af grundlæggende elementer. På baggrund af denne snævre adgang er det undersøgt i specialet, om ordregiver ved hjælp af egne tilkendegivelser kan påvirke hvilke dele, der potentielt kan

foretages ændringer af, og det kan konkluderes, at ordregivers tilkendegivelser indgår i en vis grad som et fortolkningselement i Klagenævnets vurdering af ændringerne. Ved brug af en kravmetodik, hvor ordregiver tilkendegiver på forhånd i udbudsmaterialet, hvilke krav, der kan ændres og hvilke krav, der ligger fast fra start, kan det til en vis grad påvirke, hvad der kan foretages ændringer af. Det afhænger af, hvilken af kravtyperne, der er tale om. I klagenævnets vurdering af ændringerne vil det havde formodningen imod sig, at ændringerne er ændring af grundlæggende elementer, hvis ordregiver har tilkendegivet at det forhold, som er blevet ændret, er et forhandlingskrav. Formodningen bliver ligeledes forstærket af, hvis ordregiver har angivet mindstekrav i udbudsmaterialet. På den baggrund vil det have formodningen imod sig, at de øvrige krav, herunder forhandlingskravene, skulle være mindstekrav og/eller grundlæggende elementer. Anvendelsen af forhandlingskrav er imidlertid forbundet med en vis usikkerhed, da Klagenævnet fortsat foretager en konkret vurdering af ændringerne, hvorfor ordregiver ikke kan være sikker på, at forhandlingskravene ikke udgør grundlæggende elementer, men forholdet indgår som et fortolkningselement. De øvrige kravtyper, mindstekrav og evalueringskrav, påvirker derimod ikke adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet. Ved mindstekrav tilkendegiver ordregiver selv, at mindstekrav lægger fast fra udbudsprocessens start og vil ikke blive ændret, og på den baggrund prøver ordregiver ikke at påvirke adgangen til at ændre udbudsmaterialet. Praksis viser imidlertid, at Klagenævnet på trods heraf behandler ændringen af mindstekrav efter en konkret vurdering, og dette er i så fald en ændring af adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet. Evalueringskrav påvirker ligeledes heller ikke ændringsadgangen, da evalueringskravene har ikke en sådan tilknytning til tildelingskriterierne, at de er underlagt det samme forbud mod at blive ændret. Evalueringskravene ændres derimod i overensstemmelse med det generelle udgangspunkt, og på baggrund heraf kan evalueringskravene ændres, hvis ændringerne ikke udgør en ændring af grundlæggende elementer. Udover ordregiver tilkendegiver i udbudsmaterialet at en del af elementerne kan ændres ved brug af en kravmetodik, indgår øvrige angivelser i udbudsmaterialet også i Klagenævnets vurdering af ændringen og hvorvidt den var tilladt. Det indgår blandt andet i vurderingen, hvilke formuleringer ordregiver har brugt, f.eks. ”skal”, der indikerer, at det er et krav, eller om ordregiver på anden måde har indikeret et element skulle være et mindstekrav.

Det kan således konkluderes, at ordregiver i en vis grad kan påvirke, hvilke dele der kan foretages ændringer af, da ordregivers tilkendegivelser i udbudsmaterialet indgår som et fortolkningselement i Klagenævnets bedømmelse af ændringerne. Klagenævnet foretager således ikke alene en objektiv vurdering af ændringer af kravene ud fra om de har påvirket konkurrencefeltet eller fordrejet konkurrencen.

9. Litteraturliste

9.1. Lovgivning

9.1.1. Dansk lovgivning

L nr. 884: Lov nr. 884 af 21. juni 2022 Lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren

LFF nr. 19: Lovforslag L 19 fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015 Forslag til Udbudsloven

LFF nr. 199: Lovforslag L 199 fremsat i Folketinget den 10. maj 2022 Forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter

Udbudsloven: Lovbekendtgørelse nr. 10 af 6. januar 2023

9.1.2. EU-lovgivning

2004-Udbudsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Forsyningsvirksomhedsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

TEUF: Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

Udbudsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

9.2. Retspraksis

9.2.1. EU-domstolen

Dom af 10. maj 2012, C-368/10 Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene (Max Havelaar)

Dom af 10. oktober 2013, C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S (Manova)

Dom af 5. april 2017, Sag C-298/15, UAB "Borta" mod VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (Borta)

9.2.2. Kendelser fra Klagenævnet for Udbud

15. december 2014, BSN Medical AB mod Region Sjælland

11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland

1. februar 2018, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia (Movia-kendelsen)

8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/ Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune

12. juli 2019, Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden

11. november 2020, NIRAS A/S mod Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen

15. oktober 2021, Verdo Teknik A/S mod Københavns Kommune

9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark

12. januar 2022, Norsk Luftambulanse AS mod Region Nordjylland m.fl.

7. marts 2022, Albertslund Tømrer og Snedker A/S m.fl. mod Albertslund Kommune

23. maj 2022, Fugato A/S mod Bornholms Regionskommune og Bornholms Affaldsbehandling

24. juni 2022, Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S (Krüger-kendelsen)

16. februar 2023, Microsoft Danmark ApS mod Ørsted Services A/S (Microsoft-kendelsen)

22. februar 2023, Konsortiet Hems Denmark mod Region Midtjylland m.fl.

11. maj 2023, Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

2. juni 2023, HB Care A/S mod Esbjerg Kommune (HB Care-kendelsen)

30. november 2023, Assemble A/S mod Hørsholm Kommune (Assemble-kendelsen)

10. januar 2024, Powercare A/S mod Region Hovedstaden

8. maj 2024, DI-Teknik A/S mod Region Syddanmark

9.3. Juridisk litteratur

Blume, Peter, Retssystemet og Juridisk metode, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2020 (Blume, 2020)

Fabricius, Jesper, Offentlige indkøb, 5. udgave, Karnov Group, 2024 (Fabricius, 2024)
Hamer, Carina Risvig og Marta Andhov, Erik Bertelsen og Roberto Caranta, Into the Northen Light in memory of Steen Treumer, 1. Udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2022
Hamer, Carina Risvig, Udbudsret, 2. udgave, Djøf Forlag, 2021 (Hamer, 2021)
Poulsen, Sune Troels, og Michael Steinicke, Anders Birkelund Nielsen og Anne Bergholt Sommer, EU Udbudsretten, 4. udgave, Djøf Forlag, 2022 (Herefter Poulsen m.fl., 2022)
Treumer, Steen (red.), m.fl., Udbudsloven, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2016
Treumer, Steen (red.), m.fl., Udbudsretten, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2019 (Treumer, m.fl., 2019)
Ølykke, Grith Skovgaard, m.fl., EU's udbudsregler – i dansk kontekst, 3. udgave, Djøf Forlag, 2022 (Skovgaard m.fl., 2022)

9.4. Vejledninger

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen (2024): "Udbudsloven, Vejledning om udbudsreglerne", udgivet december 2024 (Vejledning om udbudsreglerne, 2024)