

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Infoland B.V.
(advokat Rikke Lange Slavensky, København)

mod

Region Sjælland,
(advokat Anne Bergholt Sommer og advokat Christoffer Goul Kilinc Andersen, Aarhus)

Intervenient:
Fellowmind Denmark A/S
(selv)

Klagenævnet har den 14. august 2025 modtaget en klage fra Infoland B.V. (herefter ”Infoland”).

Infoland har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Region Sjælland har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-22, svarskrift med bilag A-G, replik og indlæg fra intervenienten.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder foruden påstanden om opsættende virkning følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. punktum og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved under udbuddet at have ændret flere kontraktvilkår og derved have foretaget ændringer af grundlæggende elementer.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 5 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at anmode Fellowmind Denmark A/S om indsendelse af Udbudsbilag 6 efter tilbudsfristens udløb.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Sjællands beslutning af 4. august 2025 om at tildele kontrakt om IT-løsning til kvalitets-, proces- og dokumentstyring til Fellowmind Denmark A/S.”

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

Klagenævnet har den 15. august 2025 meddelt den vindende tilbudsgiver, Fellowmind Denmark A/S (”Fellowmind”), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Fellowmind har den 27. august 2025 anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Klagenævnet har den 29. august 2025 meddelt tilladelse til, at Fellowmind intervenserer i sagen til støtte for Region Sjælland.

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 585807-2024 af 30. september 2024 genudbød Region Sjælland som udbud efter forhandling en kontrakt vedrørende en

it-løsning til kvalitets-, proces- og dokumentstyring. Kontrakten havde en anslået værdi på 30.000.000 kr. og en anslået varighed på 96 måneder. Tildelingskriterierne var bedste forhold mellem Pris og Kvalitet med henblik på at identificere det mest fordelagtige tilbud. Pris vægtede herved 20 %, Kvalitet vægtede 60 % og Leverancesikkerhed vægtede 20 %.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a.:

”2.1 Procedure

Titel: Kontrakt om it-løsning til kvalitets-, proces- og dokumentstyring
 Beskrivelse: I. Baggrund for udbuddet Ved nærværende udbud ønsker Region Sjælland at indgå en kontrakt om levering af et standard Quality Management system (QMS) (i det følgende omtalt som 'Løsningen'). Formålet med Løsningen er at understøtte regionens behov for at kvalitetssikre og håndtere politikker, retningslinjer og instrukser med henblik på at sikre patientbehandling af høj kvalitet ud fra et fælles sprog og en fælles høj standard.

...

Løsningen skal erstatte regionens nuværende QMS-løsning, der anvendes af alle regionsansatte.

...

Løsningen skal leveres som en Software-as-a-Service (SaaS), hvor Leverandøren forestår drift, vedligehold og 2. line support af Løsningen efter regionens ibrugtagning.”

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”1.3 Udbudsmaterialet

Udbudsmaterialet består af følgende to kategorier af dokumenter:

1. Materiale, der understøtter udbudsforretningen, jf. punkt 1.3.1.
2. Materiale, der indgår som en del af Kontrakten, jf. punkt 1.3.2.

Udbudsmaterialet er samlet set grundlaget for ansøgers ansøgning om prækvalifikation samt tilbudsgivers afgivelse af såvel indledende som (eventuelle) reviderede og/eller endelige tilbud og for gennemførelsen af forhandlingerne.

...

1.3.1 Materiale, der understøtter udbudsforretningen

...

Tilbudsgiver opfordres til at anvende nedenstående skema til at skabe et overblik over det materiale der understøtter udbudsforretningen for derved at sikre sig, at tilbuddet indeholder alle relevante bestanddele.

...

Dokument	Titel	Skal udfyldes og indleveres af tilbudsgiver ifm. afgivelse af anmodning om prækvalifikation	Skal udfyldes og indleveres af tilbudsgiver ifm. afgivelse af tilbud	Tilbudsgivers besvarelse indgår i tilbudsevalueringen
Udbudsbekendtgørelse	Udbudsbekendtgørelse	Nej	Nej	Nej
ESPD	ESPD	Ja	Nej	Nej
Udbudsbetingelser	Udbudsbetingelser	Nej	Nej	Nej
Udbudsbilag 1	Kommentarer til udbudsmateriale	Nej	Efter behov	Nej
Udbudsbilag 2	Tilbudsgivers løsningsdemonstration	Nej	Nej	Ja – løsningsdemonstrationen indgår som et understøttende element ved evalueringen af tilbudsbesvarelse af de til løsningsdemonstrationen knyttede krav i bilag 4
Udbudsbilag 3	Persondataunderretning	Nej	Ja	Nej
Udbudsbilag 4	Skabelon til tilbudsbrev, som tilbudsgiver kan benytte ved afgivelse af sit tilbud.	Nej	Efter behov	Nej
Udbudsbilag 5	Evaluerings teknisk pris	Nej	Ja	Ja
Udbudsbilag 6	Erklæring om løsningsdemonstration	Nej	Ja (i forbindelse med afgivelse af revideret/endeligt tilbud)	Nej

1.3.2 Materiale, der indgår som en del af Kontrakten

Følgende dokumenter udgør kontraktgrundlaget:

- Udkast til Kontrakt, som indeholder de juridiske bestemmelser, der regulerer forholdet mellem aftalepartnerne.
- Udkast til kontraktbilag 0-20, som indeholder detaljerede krav til de ydelser, der anskaffes, og som bliver en del af Kontrakten efter udbuddets afslutning.

...

Det er hensigten, at tilbudsgiver besvarer og udfylder de relevante dele af det materiale, der indgår i Kontrakten, jf. oversigten nedenfor, således at tilbuddet indeholder en komplet Kontrakt, som er klar til underskrift.

...

Tilbudsgiver opfordres til at anvende nedenstående skema til at skabe et overblik over det materiale, der indgår som en del af Kontrakten for derved at sikre sig, at tilbuddet indeholder alle relevante bestanddele.

Dokument	Titel	Skal udfyldes og indleveres af tilbudsgiver ifm. afgivelse af anmodning om prækvalifikation	Skal udfyldes og indleveres af tilbudsgiver som en del af tilbuddet	Tilbudsgivers besvarelse indgår i tilbudsevalueringen
Kontrakt	Kontrakt om it-løsning til kvalitets-, proces- og dokumentstyring	Nej	Nej	Nej
Bilag 0	Definitioner	Nej	Nej	Nej
Bilag 1	Tidsplan	Nej	Nej	Nej
Bilag 1.1	Leverandørens overordnede tidsplan for Projektet og detaljerede tidsplan for afklaringsfasen	Nej	Ja	Ja
Bilag 1.2	Leverandørens detaljerede tidsplaner	Nej	Nej	Nej
Bilag 2	Kravspecifikation	Nej	Nej	Nej
Bilag 2.1	Kundens IT-miljø	Nej	Nej	Nej
Bilag 2.2	Kundens Change Management	Nej	Nej	Nej
Bilag 2.3	Tekniske minimumskrav for statslige myndigheder 2024	Nej	Nej	Nej
Bilag 2.4	Integration mellem Løsningen og Kundens CMS	Nej	Nej	Nej
Bilag 2.5	Eksempler på Kundens anvendelse af tredjeparts AI-løsning	Nej	Nej	Nej
Bilag 3	Priser og betalingsplan	Nej	Nej	Nej
Bilag 4	Løsningsbeskrivelse	Nej	Ja	Ja
Bilag 5	Dokumentation	Nej	Nej	Nej
Bilag 5.1	IAD skabelon	Nej	Nej	Nej
Bilag 6	Kundens medvirken	Nej	Nej	Nej
Bilag 7	Abonnementsydelsen	Nej	Nej	Nej
Bilag 7.1	Leverandørens kontaktoplysninger for servicedesk og fejlrapportering	Nej	Ja	Nej
Bilag 8	Prøver	Nej	Nej	Nej
Bilag 9	Abonnements- og licensbetingelser	Nej	Ja	Nej
Bilag 9.1	Standard abonnements- og licensbetingelser	Nej	Ja	Nej

...

3.2 Afgivelse af indledende tilbud

Tilbudsgiver skal afgive ét indledende tilbud, hvor følgende bilag er udfyldt og færdiggjort af tilbudsgiver i overensstemmelse med vejledningsteksterne i de enkelte dokumenter:

- Udbudsbilag 3 Persondataunderretning
- Udbudsbilag 5 Evalueringssteknisk pris
- Bilag 1.1 Leverandørens overordnede tidsplan for Projektet og detaljerede tidsplan for afklaringsfasen
- Bilag 4 Løsningsbeskrivelse
- Bilag 7.1 Leverandørens kontaktoplysninger for servicedesk og fejlrapportering
- Bilag 9 Licensbetingelser, herunder bilag 9.1 Leverandørens standardlicensbetingelser
- Bilag 11.1 Leverandørens organisering og medlemmer i samarbejdsorganisationen
- Bilag 13 Optioner

Følgende dokumenter kan vedlægges det indledende tilbud:

- Udbudsbilag 1 Tilbudsgivers kommentarer til udbudsmaterialet, herunder angivelse af risiko- og/eller omkostningsfaktorer
- Udbudsbilag 4 - Skabelon til tilbuds-brev, som tilbudsgiver kan benytte ved afgivelse af sit tilbud

...

Tilbuddet behøver ikke at indeholde Kontrakten og de bilag til Kontrakten, som ikke skal udfyldes/færdiggøres af tilbudsgiver. Kontrakten og disse bilag anses for accepteret af tilbudsgiver.

Såfremt tilbudsgiverne identificerer forhold i udbudsmaterialet, som forekommer uhensigtsmæssige, herunder forhold, som vurderes at udgøre væsentlige risiko- eller omkostningsfaktorer eller er forretningsmæssigt uhensigtsmæssige, opfordres tilbudsgiverne til at angive dette i Udbudsbilag 1 Tilbudsgivers kommentarer til udbudsmaterialet, herunder angivelse af risiko- og/eller omkostningsfaktorer og indlevere det sammen med det indledende tilbud og eventuelle efterfølgende reviderede tilbud. Tilbudsgiverne bør begrunde i Udbudsbilag 1, hvorfor det/de pågældende forhold er identificeret som væsentlige risiko eller omkostningsfaktorer eller er forretningsmæssigt uhensigtsmæssige. Tilbudsgiver bedes tillige foreslå alternativer hertil.

Udbudsbilag 1 betragtes *ikke* som værende en del af tilbudsgivers tilbud, men derimod som tilbudsgivers oplæg til forhold, der ønskes drøftet under forhandlingerne. Ved en evaluering af tilbuddene med henblik på tildeling af Kontrakt indgår bilaget således ikke i bedømmelsen, og bilaget indgår heller ikke i den endelige Kontrakt.

...

3.3 Tilbudsgivers løsningsdemonstration

Ordregiver vil indkalde tilbudsgiver til en løsningsdemonstration efter afgivelsen af indledende tilbud og evt. efter afgivelsen af reviderede/endeligt tilbud, hvor tilbudsgiver skal demonstrere udvalgte dele af Løsningen.

Formålet med løsningsdemonstrationen er at supplere udvalgte dele af tilbudsgivers løsningsbeskrivelse, jf. bilag 4, med henblik på at sikre Løsningens opfyldelse af Ordregivers mindstekrav (MK) og forhandlingskrav (FK), og at demonstrere Løsningens opfyldelse af evalueringskrav (EK). Ved løsningsdemonstrationen kan tilbudsgiver derfor præsentere Kontrakt om it-løsning til kvalitets-, proces- og dokumentstyring sin Løsning nærmere, og tilbudsgiver må præcisere elementer, som er beskrevet i løsningsbeskrivelsen, jf. bilag 4, men tilbudsgiver må ikke demonstrere elementer i Løsningen, som ikke er beskrevet i løsningsbeskrivelsen, jf. bilag 4.

Tilbudsgiver skal i forbindelse med sin afgivelse af evt. reviderede/endeligt tilbud indlevere et udfyldt og underskrevet Udbudsbilag 6, hvori tilbudsgiver erklærer, om tilbudsgiver ønsker at gennemføre en supplerende løsningsdemonstration efter afgivelsen af det reviderede/endelige tilbud. Gennemførelsen af en supplerende løsningsdemonstration efter afgivelse af det reviderede/endelige tilbud skal alene gennemføres i nødvendigt omfang og skal følgelig alene omhandle en præsentation af de dele af den tilbudte Løsning, som er ændret i forhold til det tidligere afgivne tilbud. Erklæringen om en eventuel gennemførelse af en supplerende løsningsdemonstration er endeligt bindende for tilbudsgiver, og det er ikke muligt for tilbudsgiver at ændre sin erklæring efter afgivelsen af det reviderede/endelige tilbud (tilbudsgiver kan dog godt ved afgivelsen af et revideret tilbud erklære, at den ønsker at gennemføre en supplerende løsningsdemonstration, og ved afgivelsen af endeligt tilbud erklære, at den ikke ønsker at gennemføre en supplerende løsningsdemonstration).

Hvis tilbudsgiver ikke indleverer eller ikke underskriver et indleveret Udbudsbilag 6, vil Ordregiver lægge til grund, at tilbudsgiver ikke ønsker at gennemføre en supplerende løsningsdemonstration efter afgivelsen af det reviderede/endelige tilbud.

Delene af løsningsdemonstrationen, som vedrører evalueringskrav (EK), og som er nærmere angivet i Udbudsbilag 2, inddrages ved vurderingen af tilbud, jf. punkt 7.

...

3.4 Forhandlingsfasen

Efter modtagelse af de indledende tilbud afholder Ordregiver individuelle forhandlingsmøder med alle tilbudsgivere, der rettidigt har afleveret et indledende tilbud. Forhandlingerne gennemføres i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Ordregiver anmoder efter forhandlingerne tilbudsgiverne om at afgive reviderede eller endelige tilbud, jf. punkt 3.5.

...

3.4.1 Temaer og tidsplan for forhandlingsmøderne

Ordregiver har nedenfor oplistet de temaer, som Ordregiver forventer at ville drøfte med tilbudsgiverne:

- Tema 1: Løsningen, herunder:
 - Leverandørens løsning
 - Uddannelse
 - Dokumentation
 - Abonnementsydelsen
 - Servicemål
- Tema 2: Tidsplan, Prøver og samarbejdsorganisation, herunder Kundens medvirken
- Tema 3: Økonomi
- Tema 4: Juridiske og kontraktuelle forhold

...

3.4.4 Ændringer i udbudsmaterialet

På baggrund af forhandlingerne kan Ordregiver vælge, med respekt for ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at ændre indholdet af et evalueringskrav (EK) eller et forhandlingskrav (FK), eller gøre et for-

handlingskrav (FK) til et evalueringskrav (EK). Ændres et forhandlingskrav (FK) til et evalueringskrav (EK), vil kravet blive evalueret i overensstemmelse med kriterierne, jf. punkt 7. Ordregiver kan også frafalde evalueringskrav (EK) eller forhandlingskrav (FK) i løbet af forhandlingsfasen, og Ordregiver kan også tilføje nye evalueringskrav (EK) eller forhandlingskrav (FK) i løbet af forhandlingsfasen.

Ordregiver kan ikke ændre mindstekrav (MK) eller grundlæggende elementer i det oprindeligt udsendte udbudsmateriale. Præciseringer, rettelser af åbenlyse fejl og uhensigtsmæssigheder mv. kan dog altid foretages, forudsat at dette kan ske uden konkurrencefordrejning og uden forskelsbehandling af tilbudsgiverne.

...

3.5 Afgivelse af reviderede/endelige tilbud

...

Tilbudsgivernes reviderede eller endelige tilbud skal indeholde de samme dokumenter, som det indledende tilbud, jf. punkt 3.2 ovenfor. Dertil skal tilbudsgivers reviderede eller endelige tilbud indeholde en erklæring om løsningsdemonstration (Udbudsbilag 6).

...

4. Åbning og vurdering af tilbuddene

...

Ordregiver kan anvende fremgangsmåden i udbudslovens § 159, stk. 5. Uanset anvendelsen af ordet "skal" i udbudsmaterialet forbeholder Ordregiver sig endvidere retten til at indhente yderligere oplysninger inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5. Ordregiver har således ikke angivet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at tilbuddet afvises, jf. udbudslovens § 159, stk. 6. Ordregiver er imidlertid ikke forpligtet til at indhente yderligere oplysninger eller dokumentation fra tilbudsgiverne.

...

6. Kravmetodik og -besvarelse

Ordregivers krav i udbudsmaterialet er klassificeret i nedenstående 3 kategorier benævnt som mindstekrav (MK), forhandlingskrav (FK), og evalueringskrav (EK). Der henvises nærmere til punkt 3.2.3 vedrørende adgangen for tilbudsgiver til at tage forbehold over for krav i indledende

tilbud, til punkt 3.4.4 vedrørende Ordregivers adgang til at ændre krav under forhandlingsfasen og til punkt 3.5.2 vedrørende adgangen for tilbudsgiver til at tage forbehold over for krav i reviderede og endelige tilbud.

6.1 Mindstekrav (MK)

Ved mindstekrav (MK) forstås Ordregivers grundlæggende behov. Det er ufravigelige krav, som ikke kan ændres under udbudsprocessen, jf. dog punkt 3.4.4, 2. afsnit, og som skal være opfyldt. Mindstekrav (MK) indgår således ikke i tilbudsevalueringen. Det er i udbudsmaterialet angivet, hvilke krav, der er mindstekrav.

De anførte mindstekrav (MK) skal kun besvares af tilbudsgiver, hvis det følger af instruksen i de indledende og eventuelle supplerende vejledningstekster, som de fremgår af de enkelte bilag, jf. punkt 6.4. Tilbudsgiver bekræfter ved afgivelse af tilbud, at Kontraktens øvrige mindstekrav (MK) er opfyldt.

6.2 Forhandlingskrav (FK)

Ved forhandlingskrav (FK) forstås Ordregivers behov, som kan indgå i forhandlingerne med tilbudsgiver, og som i løbet af udbudsprocessen kan ændres til enten evalueringskrav (EK) eller mindstekrav (MK).

Alle forhandlingskrav (FK) skal, så længe de ikke måtte være blevet ændret til evalueringskrav (EK), være opfyldt.

Eksempel: Et krav, der pr. tidspunktet for afgivelse af indledende tilbud har status som forhandlingskrav (FK), skal opfyldes af tilbudsgiver, såfremt Ordregiver vælger at tildele Kontrakten på baggrund af de indledende tilbud. Vælger Ordregiver at indlede forhandlinger, kan der imidlertid forhandles om kravet, og Ordregiver kan på baggrund af en nærmere vurdering af det pågældende krav vælge at ændre det til et evalueringskrav (EK). Ved afgivelse af reviderede/endelige tilbud vil det pågældende krav ikke skulle opfyldes som forudsætning for, at der kan ske tildeling, men vil indgå i den kvalitative evaluering af tilbuddene.

Hvis et forhandlingskrav (FK) på baggrund af forhandlingerne måtte blive ændret til et evalueringskrav (EK), vil det i relation til det aktuelle krav blive angivet, hvilket under- eller delkriterium kravet vil indgå i.

Det er i udbudsmaterialet angivet, hvilke krav der er forhandlingskrav (FK).

De anførte forhandlingskrav (FK) skal kun besvares af tilbudsgiver, hvis det følger af instruks i de indledende og eventuelle supplerende vejledningstekster, som de fremgår af de enkelte bilag, jf. punkt 6.4. Tilbudsgiver bekræfter ved afgivelse af tilbud, at Kontraktens øvrige forhandlingskrav (FK) er opfyldt.

6.3 Evalueringskrav (EK)

Ved evalueringskrav (EK) forstås Ordregivers behov, som ikke nødvendigvis skal være opfyldt, men hvor graden af opfyldelsen vil indgå i evalueringen i overensstemmelse med punkt 7.

Det er i udbudsmaterialet angivet, hvilke krav, der er evalueringskrav (EK), og hvilket under eller delkriterium kravene relaterer sig til.

6.4 Krav og kravsbesvarelser i udbudsmaterialet

I hvert kontraktbilag er der indsat en indledende vejledningstekst, der angiver, om bilaget består af mindstekrav (MK), forhandlingskrav (FK) og/eller evalueringskrav (EK).

Tilbudsgiver skal besvare kravene i overensstemmelse med instruks i de indledende og eventuelle supplerende vejledningstekster, som de fremgår af de enkelte bilag.”

Af kontraktudkastet fremgår bl.a.:

”6 Levering

Leverandøren skal levere Leverancen i henhold til Leverancebeskrivelsen og bilag 1.

...

18 Sikkerhed og persondata

18.1 Sikkerhed

Leverandøren, dennes medarbejdere, underleverandører og disses medarbejdere skal implementere og overholde de krav til sikkerhed, der er angivet i Kontrakten, herunder særligt i Leverancebeskrivelsen og bilag 15, i forbindelse med Kontraktens opfyldelse.

...

18.2 Persondata

...

De nærmere krav til Leverandørens behandling af personhenførbare oplysninger fremgår af bilag 15.

18.3 Revision af data-, system- og informationssikkerhed

Leverandøren skal 1 (en) gang årligt og senest 4 (fire) uger efter aflægelse af årsrapport vederlagsfrit udlevere en revisionserklæring fra Leverandørens eksterne systemrevisor, som opfylder de til enhver tid gældende regler om Leverandørens data-, system- og informationssikkerhed (p.t. ISAE 3402, type 2 eller tilsvarende). Ved Leverandørens revision skal givne IT-sikkerhedsstandarder, ISO 27001 eller tilsvarende, samt Leverandørens øvrige fulgte standarder være af en sådan kvalitet, at Kundens revisorer kan lægge den til grund ved tilrettelæggelse af deres egen revision.

...

19 Leverandørens misligholdelse

...

19.4 Ophævelse

Kunden kan hæve hele eller dele af Kontrakten, såfremt der foreligger væsentlig misligholdelse.

...

Som væsentlig misligholdelse, der berettiger Kunden til at ophæve Kontrakten helt eller delvist i henhold til punkt 19.4, anses blandt andet følgende:

...

Hvis Leverandøren eller dennes eventuelle underleverandører ikke overholder Kundens væsentlige krav til IT-sikkerhed og personhenførbare oplysninger, jf. punkt 18 og bilag 15 eller gentagne gange tilsidesætter Kundens instruks og pligten til at afhjælpe eventuelle sikkerheds- eller persondataretlige brud.

...

24 Varighed

...

Kunden kan med et skriftligt varsel på 6 (seks) måneder til den første i en måned opsige Kontrakten, dog tidligst til udløb 3 (tre) år efter Overtagelsesdagen.”

Det fremgår af Udbudsbilag 1, Kommentarer til udbudsmaterialet, bl.a.:

”Såfremt tilbudsgiver identificerer forhold i udbudsmaterialet, som forekommer uhensigtsmæssige, herunder forhold som vurderes at udgøre væsentlige risiko- eller omkostningsfaktorer eller er forretningsmæssigt uhensigtsmæssige, opfordres tilbudsgiver til at anvende skemaet i Udbudsbilag 1 og indlevere det sammen med det indledende tilbud og eventuelle efterfølgende reviderede tilbud. Tilbudsgiver bedes prioritere de identificerede forhold, således at de væsentligste forhold nævnes først. Tilbudsgiver bør i skemaet begrunde, hvorfor det/de pågældende forhold er identificeret som væsentlige risiko- eller omkostningsfaktorer eller er forretningsmæssigt uhensigtsmæssige. Tilbudsgiver bedes tillige foreslå alternativer hertil.

...

Udbudsbilag 1 betragtes *ikke* som værende en del af tilbudsgivers tilbud, men derimod som tilbudsgivers oplæg til forhold, der ønskes drøftet under forhandlingerne. Ved en evaluering af tilbuddene med henblik på tildeling af Kontrakt indgår bilaget således ikke i bedømmelsen, og bilaget indgår heller ikke i den endelige Kontrakt.”

I Udbudsbilag 2, Tilbudsgivers løsningsdemonstrationer, er anført bl.a.:

”1 Overordnet beskrivelse af løsningsdemonstration

Som led i udbudsprocessen skal tilbudsgiver gennemføre en løsningsdemonstration efter afgivelsen af indledende tilbud og evt. en supplerende løsningsdemonstration efter afgivelsen af reviderede/endeligt tilbud.

Indholdet af løsningsdemonstrationen er nærmere beskrevet i dette Udbudsbilag 2.

Formålet med løsningsdemonstrationen er at supplere udvalgte dele af tilbudsgivers løsningsbeskrivelse, jf. bilag 4, med henblik på at sikre Løsningens opfyldelse af Ordregivers mindstekrav (MK) og forhandlingskrav (FK), og at demonstrere Løsningens opfyldelse af evalueringskrav (EK).

...

5 Krav omfattet af løsningsdemonstration

Ordregiver forbeholder sig ret til at få demonstreret opfyldelse af yderligere krav end de ovenfor anførte, hvis Ordregiver vurderer, at der er grundlag herfor, fx til brug for en effektiv kontrol af tilbudsgivers oplysninger mv., jf. udbudslovens § 159, stk. 3, eller for at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbudsgivers oplysninger mv., jf. udbudslovens § 159, stk. 5. Det er alene Ordregiver, der (under hensyntagen til principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet) vurderer, i hvilket omfang der er grundlag for sådanne eventuelle præciseringer mv.”

Udbudsbilag 6, Erklæring om løsningsdemonstration, indeholder et skema til brug for tilbudsgivers erklæring om, hvorvidt tilbudsgiver ønskede at gennemføre en løsningsdemonstration efter afgivelse af revideret eller endeligt tilbud. Det fremgår af skemaet bl.a., at hvis tilbudsgiver ikke ønskede at gennemføre en løsningsdemonstration efter afgivelse af tilbud, da bekræftede tilbudsgiver, at:

”... der ikke er sket ændringer i den tilbudte løsning, som har betydning for den tidligere gennemførte løsningsdemonstration, og at denne derfor kan lægges til grund for evaluering og vurdering af den tilbudte løsning.”

I underbilag 15A-D til kontrakten, Databehandlerinstruks, er under pkt. C.13, Den Dataansvarliges tilsyn med Databehandleren, sat kryds i feltet ”Databehandleren skal på aftalte fremsendelsesdato fremsende revisionserklæring, ledelserklæring eller tilsynsskema vedrørende Databehandlerens overholdelse af databeskyttelsesforordningen, databeskyttelsesbestemmelser i anden EU-ret eller medlemsstaternes nationale ret og Databehandleraftalen med tilhørende bilag.” Der er i samme bilag om erklæringstypen sat kryds ud for ”ISAE 3402”.

To leverandører, Infoland og Fellowmind, søgte inden ansøgningsfristens udløb om prækvalifikation og modtog den 18. november 2024 meddelelse om at være prækvalificerede. De indgav efterfølgende indledende tilbud.

Af referat fra et forhandlingsmøde afholdt den 28. februar 2025 mellem Infoland og Region Sjælland fremgår bl.a.:

”

Forhandlingspunkter Tema 4: Juridiske og kontraktuelle forhold				
Nr.	Dokument og punkt	Feedback baseret på evaluering af indledende tilbud	Skriftligt feedback / forhandlingspunkt	Referat fra mødet
1	Kontrakt og udbudsbilag 5	Ordregiver vil gerne drøfte med tilbudsgiver, hvorvidt en bindingsperiode på 2 år i stedet for 3 år (jf. kontraktens punkt 24, hvor udløb således ville være tidligst 2 år efter overtagelsesdagen) vil have en udslagsgivende påvirkning på den tilbudte pris.	Forhandlingspunkt	Tilbudsgiver oplyste, at de er fleksible i forhold til bindingsperioden, og at en ændring af denne fra de oprindeligt angivne 3 år til 2 år ikke vil have betydning for den tilbudte løsning eller pris.

”

Tilsvarende fremgår det af referat fra forhandlingsmøde afholdt mellem Fellowmind og Region Sjælland bl.a.:

”

Forhandlingspunkter Tema 4: Juridiske og kontraktuelle forhold				
Nr.	Dokument og punkt	Feedback baseret på evaluering af indledende tilbud	Skriftlig feedback / forhandlingspunkt	Referat fra mødet
1	Kontrakt og udbudsbilag 5	Ordregiver vil gerne drøfte med tilbudsgiver, hvorvidt en bindingsperiode på 2 år i stedet for 3 år (jf. kontraktens punkt 24, hvor udløb således ville være tidligst 2 år efter overtagelsesdagen) vil have en udslagsgivende påvirkning på den tilbudte pris.	Forhandlingspunkt	Tilbudsgiver oplyste, at de er fleksible i forhold til bindingsperioden, og at en ændring af denne fra de oprindeligt forudsatte 3 år til 2 år ikke vil have betydning for den tilbudte løsning eller pris.

”

Region Sjælland ændrede i forlængelse heraf opsigelsesperioden fra tre år til to år.

Infoland stillede i forbindelse med forberedelse af revideret tilbud bl.a. følgende spørgsmål, som Region Sjælland besvarede som angivet:

”

Nr.	Dato for spg.	Dokument/emne	Spørgsmål	Svar	Rettelse i udbudsmaterialet
...					
17	28.03. 2025	Kontrakt	Under vores forberedelse af det reviderede tilbud har vi identificeret et område, der kræver afklaring med hensyn til overholdelse af paragraf 18.3 i kontrakten. Denne klausul foreskriver, at vi skal levere en revisionsrapport i overensstemmelse med ISAE 3402 Type 2 (eller tilsvarende). Vi fortolkede bestemmelsen ”eller tilsvarende” som tilladende en vis fleksibilitet – idet vi antog, at vores eksisterende certificeringer (ISO 27001 og NEN7510) ville være tilstrækkelige. Vores hostingudbyder, Microsoft Azure, leverer både SOC 1 Type 2 og SOC 2 Type 2 revisionsrapporter, som udføres i overensstemmelse med ISAE 3402. Disse rapporter dækker administrationen af hostinginfrastrukturen – et kernelement i pålideligheden og tilgængeligheden af vores tjenester og en kritisk komponent i vores overordnede sikkerhedsramme. Vi mener, at disse SOC-rapporter sammen med vores ISO 27001- og NEN7510-certificeringer er tilstrækkelige til at opfylde kravene i paragraf 18.3 i mangel af vores egen ISAE 3402-revisionserklæring. Kan ordregiver venligst bekræfte, om vores fortolkning er korrekt? Tak for jeres opmærksomhed på denne sag.	Når en tilbudsgiver vælger at afgive tilbud med en løsning, som ikke direkte opfylder de stillede krav i udbudsmaterialet (herunder kontrakten), men udnytter muligheden for at tilbyde en tilsvarende løsning, som tilgodeser indholdet i kravene, er det tilbudsgiver, der bærer ansvaret for, at den tilbudte tilsvarende løsning tilgodeser de opstillede krav til løsningen. Det er således tilbudsgiver, der skal sikre, at den tilbudte tilsvarende løsning for opfyldelse af revisionskontrollen svarer til ISAE 3402 Type 2, som angivet i kontraktens pkt. 18.3. Det er ikke muligt for Ordregiver på det foreliggende grundlag at vurdere dette på nuværende tidspunkt, og ansvaret påhviler som anført ovenfor tilbudsgiver. Det er vigtigt at fremhæve, at revisionsrapporten skal forholde sig til den leverede løsning fra tilbudsgiver/leverandør overfor Region Sjælland.	Nej
...					

21	10.04. 2025	Kontrakten	Vi anmoder regionen om at vurdere om der er mulighed for at præcisere grundlaget for at levere revisorerklæring i henhold til kontraktens punkt 18.3 i forhold til ordlyden af "eller tilsvarende".	Kontraktens pkt. 18.3 har oprindeligt følgende ordlyd: <i>18.3. Revision af data-, system- og informationssikkerhed</i> <i>Leverandøren skal 1 (en) gang årligt og senest 4 (fire) uger efter aflæggelse af årsrapport vederlagsfrit udlevere en revisionserklæring fra Leverandørens eksterne systemrevisor, som opfylder de til enhver tid gældende regler om Leverandørens data-, system- og informationssikkerhed (p.t. ISAE 3402, Type 2 eller tilsvarende". Ved Leverandørens revision skal givne IT-sikkerhedsstandarder, ISO 27001 eller tilsvarende, samt Leverandørens øvrige fulgte standarder være af en sådan kvalitet, at Kundens revisorer kan lægge den til grund ved tilrettelæggelse af deres egen revision.</i> ... Endvidere fremgår det af bilag 15 A-D, Databehandlerinstruksen, at revisorerklæringen ISAE 3402, type 2 alene skal fremlægges: <i>Ved behandlingen af personoplysninger i overensstemmelse med databeskyttelsesforordningens artikel 6 eller hvis der mellem parterne aftales, at revisionserklæringen suppleres med andre auditaktiviteter.</i> Af denne ordlyd fremgår det, at leverandøren er forpligtet til i henhold til kontraktens pkt. 18.3 og databehandlerinstruksen at fremlægge den revisorerklæring, som er påkrævet efter reglerne for behandlingen af den type oplysninger, herunder personoplysninger som håndteres i løsningen. Som angivet i Region Sjællands bevarelse af spørgsmål 17, er det afgørende i forhold til fremlæggelse af revisorerklæringen, at leverandøren forholder sig til den leverede løsning og de oplysninger, der behandles i løsningen. På baggrund af de rejste spørgsmål kan Region Sjælland oplyse, at der et regionens vurdering, at der ikke umiddelbart vil blive behandlet følgende personoplysninger i Løsningen, hvorfor revisorerklæringen alene skal tage	Ja. Tilbudsfristen for det reviderede tilbud er udskudt til den 30. april 2025 Den vejledende tidsplan i udbudsbetingelser og udbudsbilag 2 er ændret. I kontrakten, udbudsbetingelserne og tidsplanen udgår indføjelser af ISAE 3402 type 2.
----	-------------	------------	--	---	---

Nr.	Dato for spg.	Dokument/emne	Spørgsmål	Svar	Rettelse i udbudsmaterialet
				højde for behandlingen af personoplysninger og ikke følsomme personoplysninger. På baggrund af ovenstående præciseres det dermed, at der i henhold til kontrakten og databehandleraftalen ikke vil være grundlag for at leverandøren skal fremlægge en revisorerklæring som ISAE 3402, type 2, men derimod blot en revisorerklæring for behandling af personoplysninger. Der er derfor i kontrakten, udbudsbetingelserne og tidsplanen foretaget præciseringer af ordlyden, idet indføjelser af ISAE 3402 type 2 udgår i dokumenterne. Det er tilbudsgivers ansvar og ansvaret for den kommende leverandør at sikre, at den indeholdte revisorerklæring i tilbuddet og den løbende erlagte revisorerklæring under kontraktens løbetid overholder de til enhver tid gældende regler for behandling af den type personoplysninger, der indgår i Løsningen. ... Det er Region Sjællands vurdering, at ovenstående præcisering kan have betydning for udarbejdelsen af de reviderede tilbud, herunder i forhold til indeholdelsen af ydelser relateret til levering af den foreskrevne revisorerklæring. På den baggrund har Region Sjælland valgt at ændre den vejledende tidsplan for udbudsprocessen i udbudsbetingelserne og udbudsbilag 2. Dette indebærer, at tilbudsfristen for afgivelse af det reviderede tilbud er udskudt til den 30. april 2025, og at der er uploadet reviderede dokumenter i form af udbudsbetingelser og udbudsbilag 2.	

”

Region Sjælland lod i overensstemmelse med besvarelsen af spørgsmål 21 angivelsen af ISAE 3402 type 2 udgå af kontraktudkastet og øvrige dele af udbudsmaterialet og udsatte fristen for indgivelse af reviderede tilbud til den 30. april 2025.

Region Sjælland modtog inden for den udskudte frist reviderede tilbud fra både Infoland og Fellowmind.

Af tilbuds brevet tilknyttet Fellowminds reviderede tilbud af 30. april 2025, fremgår bl.a.:

”1. TILBUDDETS ELEMENTER

Tilbuddet består af følgende elementer:

- Nærværende tilbuds brev.
- Udfyldte bilag:
 - Udbudsbilag 1 – Kommentarer til udbudsmaterialet [hvis tilbudsgiver har behov]
 - Udbudsbilag 3 – Persondataunderretning
 - Udbudsbilag 5 – Evaluerings teknisk pris
 - Udbudsbilag 6 – Erklæring om løsnings demonstration [ved afgivelse af revideret/endeligt tilbud]
 - Bilag 1.1 Leverandørens overordnede tidsplan for Projektet og detaljerede tidsplan for afklaringsfasen
 - Bilag 4 Løsnings beskrivelse
 - Bilag 7.1 Leverandørens kontakt-oplysninger for servicedesk og fejlrapportering
 - Bilag 9 Abonnements- og licensbetingelser, herunder bilag 9.1 Standard abonnements- og licensbetingelser
 - Bilag 11.1 Leverandørens organisering og medlemmer i samarbejdsorganisationen
 - Bilag 13 Optioner”

Udbudsbilag 6 var trods angivelsen i tilbuds brevet imidlertid ikke indeholdt i de tilbuds dokumenter, som Region Sjælland modtog fra Fellowmind. I stedet indeholdt tilbuddet Udbudsbilag 2, Tilbudsgivers løsnings demonstration, som ikke fremgår af Fellowminds opstilling af tilbuds dokumenter i tilbuds brevet.

Et skærmpoint fra det elektroniske udbudssystem viser, at Fellowmind indleverede Udbudsbilag 2 som svar på anmodningen om indsendelse af Udbudsbilag 6:

”

21 25- 15-04-2025 Udbudsbilag 6 Erklæring om løsningsdemonstration
0471 16:22:05

Udbudsbilag 2 Tilbudsgivers
løsningsdemonstration_19032025.DOCX
Udbudsbilag 2
Tilbudsgivers
løsningsdemonstration_19032025.DOCX

”

Region Sjælland anmodede samme dag, den 30. april 2025, Fellowmind om at indsende erklæringen i udbudsbilag 6 og modtog denne, hvori Fellowmind havde krydset af, at Fellowmind ønskede at gennemføre en løsningsdemonstration efter afgivelsen af det reviderede tilbud.

Af mail af 1. maj 2025 fra Fellowmind til Region Sjælland fremgår, at følgende funktionalitets- og kravområder var omfattet af løsningsdemonstrationen:

” ...

1. Understøttelse af Workflow for Dokument med særlig fokus på lokale forskelle (præsentation af optimeret workflow)
2. Understøttelse af Workflow for Information (præsentation af nyt informationsmodul samt konkrete eksempler på Leverandørens information)
3. Oprettelse af Dokumentsamling på Brugerniveau (præsentation af ny ”tagging” feature, der medleveres)
4. Rapporteringsadgang (Tilføjet Løsningen)”

Det følger af evalueringsnotat af 4. juni 2025, at Region Sjælland vurderede, at Infolands reviderede tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi tilbuddet indeholdt forbehold vedrørende tidsplanen. Da det reviderede tilbud fra Fellowmind således var det eneste konditionsmæssige tilbud, blev der ikke foretaget en formel tilbudsevaluering. Regionen foretog dog en overordnet tilbudsevaluering, som viser følgende:

”

Samlet resultat					
Tilbudsgiver	Underkriterium	Point	Vægt	Vægtet score	Resultat (samlet vægtet score)
Fellowmind Denmark A/S	Pris	9,59	20%	1,92	8,28
	Kvalitet	7,68	60%	4,61	
	Leverancesikkerhed	8,75	20%	1,75	
Infoland BV	Pris	10,00	20%	2,00	7,64
	Kvalitet	7,56	60%	4,54	
	Leverancesikkerhed	5,50	20%	1,10	

”

Region Sjælland meddelte den 4. august 2025 Infoland, at virksomhedens tilbud var fundet ukonditionsmæssigt, og at regionen havde til hensigt at tildele kontrakten til Fellowmind.

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Infoland har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Region Sjælland har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Infoland gjort gældende, at det er ubestridt, at Region Sjælland under udbudsprocessen foretog ændringer af kontraktens pkt. 18.3 og databehandleraftalen med bilag vedrørende behandling af sikkerhed og persondata og af kontraktens pkt. 24 vedrørende opsigelsesperiode. Der er tale om ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, som ikke kan foretages under udbudsprocessen uden fornyet udbud, og regionen har derved handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Region Sjælland har i udbudsbetingelsernes afsnit 3.2 angivet, at kontakten og dennes bilag ved tilbudsafgivelse skal anses for accepteret af tilbudsgiver, hvilket i praksis betyder, at tilbudsgiver ikke kan tage forbehold herfor. Dette kan ligeledes udledes af regionens definition af kravmetodik og -besvarelse i udbudsbetingelsernes afsnit 6, hvoraf fremgår, at kontraktbilag og/eller afsnit i kontraktvilkår, der ikke falder ind under definitionerne ”Mindstekrav”, ”Forhandlingskrav” eller ”Evalueringskrav”, skal anses for at være kontraktvilkår, der skal opfyldes og accepteres af tilbudsgiver.

Som regionen har defineret og beskrevet kontrakten i udbudsmaterialet, er konsekvensen af manglende efterlevelse af kontraktens bestemmelser eller tilbud med manglende overensstemmelse med kontraktens bestemmelser, at

der er taget forbehold, og at tilbuddet derfor skal afvises som ukonditionsmæssigt. Kontraktvilkårene får dermed som minimum status af at være grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

At Region Sjælland vurderede, at tilbudsgiverne ikke kan tage forbehold over for krav i udbudsmaterialet, der er at anse for kontraktvilkår, fremgår også af, at regionen afviste Infolands tilbud, fordi Infoland tog forbehold over for kontraktvilkår i kontraktbilag 1.1 vedrørende tidsplanen.

Når kontraktvilkår skal accepteres af tilbudsgiverne, og afvigelser fra kontraktvilkår også i realiteten behandles som forbehold, der ikke kan kapitaliseres, fordi forbeholdet vedrører et grundlæggende element i udbudsmaterialet, kan Region Sjælland heller ikke ubetinget foretage ændringer i kontrakten og de i bilagene angivne kontraktvilkår.

Den omstændighed, at Region Sjælland i udbudsbetingelsernes afsnit 3.4.1, Temaer og tidsplan for forhandlingsmøderne, har angivet, at et af de temaer, som kan drøftes med tilbudsgiverne under et forhandlingsmøde, er juridiske og kontraktuelle forhold, indebærer ikke, at hele kontrakten er til forhandling og mulig at ændre og dermed ikke udgør et grundlæggende element. At et forhold kan drøftes på et evalueringsmøde under et udbud med forhandling, er ikke ensbetydende med, at det er muligt for regionen at ændre på de forhold, der drøftes. Det er således også muligt for tilbudsgiverne at komme med bemærkninger til de stillede tekniske mindstekrav, hvis tilbudsgiverne identificerer et af kravene som uhensigtsmæssigt, herunder hvis det udgør en væsentlig risiko- eller omkostningsfaktor. Sådanne identificerede uhensigtsmæssige forhold og krav kan dog stadig kun ændres, hvis ændringen holder sig inden for de udbudsretlige rammer i udbudslovens § 66, stk. 5, 2. punktum, og udbudslovens § 2.

Region Sjælland har desuden forbeholdt sig ret til at tildele kontrakten på baggrund af det indledende tilbud. Tildeling på baggrund af det indledende tilbud kræver dog, at indledende tilbud er konditionsmæssige, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 3.2.3. Et konditionsmæssigt indledende tilbud kræver, at alle grundlæggende elementer i udbudsmaterialets kontraktudkast er accepteret, da det ellers vil blive vurderet som et forbehold. Kontrakten må derfor som udgangspunkt anses for at være et grundlæggende element i udbudsmaterialet.

Den første af de af Region Sjælland foretagne ændringer af udbudsmaterialet angår kontraktens pkt. 18.3 og databehandleraftalen med bilag.

Region Sjælland har med ændringen foretaget en ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, som ikke kunne foretages uden et nyt udbud. Bevisbyrden for, at en ændring ikke udgør en ændring af et grundlæggende element, påhviler regionen, og denne bevisbyrde er ikke løftet.

Kravet i kontraktens pkt. 18.3 lyder, at leverandøren skal levere en revisionserklæring ”som opfylder de til enhver tid gældende regler om Leverandørens data-, system, og informationssikkerhed (p.t. ISAE 3402, type 2 eller tilsvarende).”

Det kan ikke udledes af ordlyden af pkt. 18.3, at det alene er et eksempel på den revisionserklæring, der skal leveres af leverandøren under kontrakten. Tværtimod er angivelsen udtryk for netop kravet til det niveau, som revisionserklæringen skal leve op til.

Region Sjællands afkrydsninger i databehandleraftalens bilag C understøtter også, at leverandøren skal levere revisionserklæringer af denne standard.

At kontraktens pkt. 18.3 og databehandleraftalen med bilag er grundlæggende elementer i udbuddet understøttes af kontraktens pkt. 19.4, hvor Region Sjælland har anført, at manglende efterlevelse af pkt. 18.3 og databehandleraftalen vil blive anset for væsentlig misligholdelse, der berettiger regionen til at ophæve kontrakten helt eller delvist.

Da Infoland ikke kunne efterleve opfyldelsen af selve ISAE 3402, type 2, erklæringen, stillede Infoland spørgsmål 17 og 21 til Region Sjælland om forståelsen af ”eller tilsvarende” for at sikre, at Infoland kunne efterleve kontraktkravet.

I sit svar fastholdt regionen formuleringen af pkt. 18.3, men fjernede kravet om, at revisionserklæringen skulle være ISAE 3402, type 2, med den begrundelse, at regionen nu vurderede, at de typer af oplysninger, som leverandøren skal behandle i it-løsningen, ikke er følsomme personoplysninger, men alene personoplysninger. Dette skete, selv om der ikke var spurgt ind til, hvilken type data eller personfølsomme oplysninger der skulle behandles.

Tværtimod følger det af erklæringskravet, at Region Sjælland forud for udsendelsen af det oprindelige udbudsmateriale, må have forholdt til sig dette, siden kravet er indføjet i både kontraktens pkt. 18.3, i aktiviteterne i Tabel 2 i kontraktbilag 1, Tidsplan og i bilagene til den medsendte databehandleraftale, som alle understøtter, at leverandøren skal levere revisionserklæringer i form af ISAE 3402, type 2. Region Sjælland har foretaget markedsundersøgelser og andet udbud forud for udbuddet omfattet af denne klagesag, ligesom regionen har haft faglig bistand til at udarbejde de tekniske krav til den udbudte løsning. Regionen må være den nærmeste til på forhånd at vurdere, hvilke krav, herunder krav til behandling af personoplysninger, der skal stilles til løsningen.

Det fremgår heller ikke af Regions Sjællands svar, at angivelsen af ISAE 3402, type 2, er udtryk for et eksempel. Af regionens svar følger derimod, at regionen opfattede kontrakten som krav, der skal være opfyldt, for at et tilbud er konditionsmæssigt. At det er Infoland, der har stillet spørgsmål til kontraktens pkt. 18.3, fratager ikke Region Sjælland ansvaret for at overholde udbudsloven.

Ændringen betyder reelt, at Region Sjælland stiller mindre strenge krav til leverandørens håndtering af data end oprindeligt krævet, idet leverandøren nu blot skal levere en mindre omfattende revisorerklæring for behandling af personoplysninger. Derudover er der tilføjet nye oplysninger i forhold til, hvilken type data der skal behandles i it-løsningen.

Det er ikke sædvanligt for den type it-løsninger, som er omfattet af udbuddet, at der behandles følsomme personoplysninger. Kravet til revisorerklæringen ISAE 3402, type 2, er derfor atypisk i markedet, og dermed ikke et krav, som umiddelbart opfyldes i denne type SaaS-løsninger.

Niveauet for databehandlingen er et væsentligt parameter for leverandører, der overvejer at deltage i udbud af it-løsninger. Dette gælder særligt, når der som i dette udbud efterspørges en SaaS-løsning, hvor leverandørerne sjældent kan eller vil afvige deres sædvanlige vilkår.

Det er derfor overvejende sandsynligt, at netop dette krav til it-løsningens håndtering af personoplysninger versus følsomme personoplysninger kan have været afgørende for potentielle ansøgers mulighed og lyst til at ansøge

om prækvalifikation i dette udbud og kan have fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Ændringen har konkret betydet, at Infoland kunne efterleve kontraktens vilkår, og har således gjort det muligt for én markedsaktør at afgive tilbud.

Region Sjælland har ikke løftet bevisbyrden for, at ændringen ikke kunne påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren og ikke har fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Den anden ændring angår kontraktens pkt. 24, som blev ændret, således at Region Sjællands bindingsperiode blev sat ned fra tre år til to år. Også denne ændring udgør en ændring af et grundlæggende element.

Bindingsperioder for kunden er af afgørende betydning for både leverandørernes interesse i et udbud, men også i forhold til prissætningen af leverandørens ydelser. Om leverandøren er garanteret en kontrakt i tre år eller to år, kan have afgørende betydning for leverandørens mulighed for at byde på opgaven.

Ændringen kan således have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Særligt vedrørende påstand 1 har Region Sjælland gjort gældende, at regionen ikke har foretaget ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet i strid med udbudslovens § 66. stk. 5, 2. pkt., og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i § 2.

Det følger af udbudslovens § 134, stk. 1, at en ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmaterialet, når ændringerne offentliggøres på passende vis, meddelelse herom sker under overholdelse af tidsfristerne for supplerende oplysninger, og ændringerne ikke udgør ændringer af grundlæggende elementer, jf. § 24, nr. 37.

Twisten angår alene, om de foretagne ændringer af udbudsmaterialet udgør en ændring af grundlæggende elementer, således som defineret i § 24, nr. 37. ”Grundlæggende elementer” er herefter eksempelvis mindstekrav, krav til egnethed eller den anvendte evalueringsmodel, der formodningsvis vil have en direkte betydning for, hvem der er i stand til at deltage i udbudsproceduren, og/eller er egnet til at fordreje konkurrencen imellem tilbudsgiverne.

Det er sædvanligt, at der undervejs i et udbud og i særdeleshed under et udbud med forhandling foretages præciseringer eller justeringer af vilkårene i kontraktudkastet inden tidspunktet for tilbudsafgivelse, når dette ikke eksplicit er udelukket i henhold til udbudsbetingelserne eller vil være i strid med ligebehandlingsprincippet. Dette understøttes også af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbudsreglerne, afsnit 5.4.2.4.

Udbudsbetingelserne indeholder ikke nogen begrænsning i forhold til, hvad der kan forhandles om, og/eller hvilke dele af udbudsmaterialet der kan være genstand for ændringer. Den eneste begrænsning er, at ændringer naturligvis ikke kan angå mindstekrav eller grundlæggende elementer i udbuddet.

Kontraktudkastet har ikke karakter af mindstekrav, og det fremgår tværtimod forudsætningsvis klart af udbudsmaterialet, at de kontraktuelle krav og forhold i kontraktudkastet og kontraktbilagene kan være genstand for forhandlinger og efter omstændighederne også ændringer og præciseringer.

Den omstændighed, at de kontraktuelle krav i kontraktvilkårene vil blive anset for accepteret ved tilbudsafgivelsen, og at der som udgangspunkt ikke kan tages forbehold over for kontraktvilkårene, gør ikke de kontraktuelle krav og kontraktvilkårene til mindstekrav eller grundlæggende elementer i sin helhed. Dette vil kræve, at Region Sjælland havde defineret hele kontraktudkastet som mindstekrav eller forhandlingskrav i udbudsbetingelserne, hvilket regionen netop ikke har gjort.

Det er helt sædvanligt at bestemme, at tilbudsgiver qua sin tilbudsafgivelse accepterer de foreskrevne kontraktvilkår og udbudsgrundlaget i øvrigt, og at der ikke bør tages forbehold over for dette. Hvis der tages forbehold, vil konsekvensen heraf afhænge af, om der er tale om forbehold over for mindstekrav eller øvrige krav/forhold, jf. herved også udbudsbetingelsernes afsnit 3.5.2. Essensen af denne bestemmelse er, at tilbud med forbehold over for mindstekrav vil blive afvist som ukonditionsmæssige, mens Region Sjælland i forhold til øvrige forbehold kan vælge at kapitalisere forbehold, hvis en sådan kapitalisering undtagelsesvis måtte være mulig.

Det er sædvanligt, at der ved tilbudsafgivelsen som udgangspunkt ikke kan tages forbehold over for nogen del af udbudsmaterialet, hvilket bl.a. beror på,

at tilbudsgiverne skal afgive tilbud på samme grundlag. Dette forhold indebærer i sagens natur ikke, at alle dele af udbudsmaterialet dermed er ”grundlæggende elementer”, hvilket i øvrigt også vil gøre den påtænkte fleksibilitet i udbudsformen udbud med forhandling illusorisk. Det siger med andre ord intet om, hvilke ændringer der kan foretages undervejs i udbuddet forud for tilbudsafgivelsen.

Indklagedes afvisning af tilbuddet fra Infoland som ukonditionsmæssigt er helt i overensstemmelse hermed, og afvisningen understøtter således på ingen måde, at kontrakten og bilag kategoriseret som ”kontraktvilkår” udgør ”grundlæggende elementer”. Infolands tilbud opfylder således ikke krav til tidsplanen, og der er ikke nogen mulighed for at kapitalisere en manglende opfyldelse af denne karakter.

Det fremgår også klart af udbudsbetingelsernes afsnit 6.1, at det er eksplicit anført i udbudsmaterialet, hvis et krav har karakter af mindstekrav, hvilket kontraktvilkårene ikke har.

Såfremt Infolands opfattelse af kontraktudkast som udgørende mindstekrav i deres helhed lægges til grund, vil det indebære, at der aldrig kan foretages ændringer af kontraktudkast under udbud, herunder ved udbud med forhandling, eller af kontraktvilkår efter kontraktens indgåelse, idet dette så vil udgøre en ændring af grundlæggende element. Dette vil stride mod både fast praksis fra klagenævnet og mod de fastsatte regler i udbudsloven om adgang til at foretage ændringer ved indgåede kontrakter, hvis der i øvrigt er behørigt grundlag herfor.

Det må afgøres konkret i forhold til det enkelte forhold, om der er tale om ændring af et grundlæggende element, dvs. konkret om de pågældende kontraktvilkår må antages at have haft betydning for, hvem der har deltaget i udbuddet eller afgivet tilbud, eller for konkurrencen mellem de bydende.

Det må have formodningen klart imod sig, at kontraktuelle krav/kontraktvilkår i udbudsmaterialet for det foreliggende udbud har haft betydningen for, hvem der kunne deltage i udbuddet, idet i) der er tale om et udbud med forhandling, hvor det generelt set er sædvanligt, at der er fri adgang til at forhandle om alt andet end mindstekrav, og idet ii) Region Sjælland konkret ikke har begrænset, hvad der kan forhandles om, men tværtimod lagt op til,

at kontraktuelle forhold i bred forstand ville være et tema for forhandlingerne.

Dermed blev det netop understreget over for tilbudsgiverne, at der kunne være grundlag for ikke kun at drøfte kontraktvilkårene, men at disse også kunne gøres til genstand for forhandling og dermed en ændring under udbudssagens forløb. Regionens fremhævelse i udbudsmaterialet af, at ”juridiske og kontraktuelle forhold” ville være genstand for forhandling, kan kun meningsfuldt forstås således, at der i udgangspunktet ville være adgang til at forhandle om og potentielt ændre på kontraktvilkårene. Dette alene med forbehold for, hvis det pågældende vilkår måtte udgøre et grundlæggende element, jf. herved eksplicit udbudsbetingelsernes afsnit 3.4.4.

Denne forståelse understreges kun yderligere af, at tilbudsgiverne blev opfordret til at adressere eventuelle uhensigtsmæssige forhold i bl.a. kontraktvilkårene i Udbudsbilag 1, herunder risiko- og/eller omkostningsfaktorer, og ”foreslå alternativer hertil” som ”oplæg til forhold, der ønskes drøftet under forhandlingerne”, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 3.2.

Disse angivelser i udbudsmaterialet ville være misvisende og i strid med en situation, hvor kontraktudkastet og øvrige kontraktvilkår skulle have karakter af grundlæggende elementer/mindstekrav, og hvor der som følge heraf ikke er mulighed for at ændre på de pågældende forhold. Dette ville altså i givet fald være i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Det savner mening, når Infoland til støtte for sit synspunkt om, at alle kontraktvilkår var grundlæggende elementer, fremsætter den perspektivering, at det også var ”muligt for tilbudsgiverne at komme med bemærkninger til de stillede tekniske mindstekrav til løsningen, hvis tilbudsgiverne identificerede et af kravene som uhensigtsmæssig”. Det fremgår ikke af udbudsbetingelsernes afsnit 3.4.1 eller af Udbudsbilag A, at tekniske mindstekrav ville være genstand for forhandling. Region Sjælland har ikke lagt op til en drøftelse af, om de tekniske mindstekrav var uhensigtsmæssige eller udgjorde cost-drivers. Modsat kan de kontraktuelle vilkår og forhandlingskravene ”indgå i forhandlingerne” og potentielt blive ændret undervejs i udbudsprocessen, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 6.2.

For mindstekravenes vedkommende følger det også direkte af udbudslovens § 66, stk. 2, at der ikke kan forhandles om mindstekrav under et udbud med

forhandling. Med ”forhandles” menes, at der ikke kan forhandles om selve kravenes indhold, idet mindstekrav ikke kan ændres under udbuddet, jf. også udbudslovens § 66, stk. 5. Udbudslovens formulering bekræfter således, at når ”kontraktuelle forhold” var et forhandlingstema, var det netop udtryk for, at selve indholdet af kontraktvilkårene kunne være genstand for forhandling og potentielt efterfølgende ændringer (så længe der ikke var tale om grundlæggende elementer). En eventuel drøftelse af mindstekrav under forhandlingerne ville altså ikke angå, om de er uhensigtsmæssige eller udgør omkostningsfaktorer, endsize om de bør ændres, men alene en sikring af, at tilbudsgiver opfylder mindstekravene.

Det må således lægges til grund for sagens afgørelse, at kontraktudkastet i henhold til udbudsbetingelsernes ordlyd og udbudsmaterialet i øvrigt ikke (i sin helhed) har karakter af grundlæggende elementer.

Dette gælder også præciseringen angående de opstillede krav om, at leverandøren skal overholde de til enhver tid gældende regler om data-, system- og informationssikkerhed i henhold til kontraktudkastets pkt. 18.3 og ændringen af bindingsperioden fra tre til to år i kontraktudkastets pkt. 24.

Region Sjælland foretog ikke en ændring, men en præcisering af kontraktudkastets pkt. 18.3 ved at fjerne eksemplificeringen af ”ISAE 3402, type 2 eller tilsvarende” i det oplistede krav til revisionserklæring og foretage konsekvensrettelser øvrige steder i udbudsmaterialet i overensstemmelse hermed. Uanset om der måtte være tale om en ændring eller præcisering, har dette ikke kunnet påvirke antallet af potentielle tilbudsgivere eller forrykket konkurrencen blandt de deltagende virksomheder.

Kontraktvilkåret angår en forpligtelse for leverandøren til at overholde ”de til enhver tid gældende regler om Leverandørens data-, system- og informationssikkerhed”. Det egentlige indhold af kontraktvilkåret er således ikke en forpligtelse til at have netop en ISAE 3402, type-certificering, men at systemet skal være compliant i forhold til gældende regler for behandling af personoplysninger og data i øvrigt.

Region Sjælland har allerede i den oprindelige formulering i parentes i kontraktens pkt. 18.3 tilføjet ”eller tilsvarende” efter ”ISAE 3402, type 2”. Det ligger dermed allerede i den oprindelige formulering, at der er tale om en eksemplificering med angivelse af ISAE 3402, type 2, og at også en anden

erklæring afgivet i henhold til anden standard mv. ville være tilstrækkelig, når den blot sikrede opfyldelse af den omhandlede kontraktuelle forpligtelse om opfyldelse af ”de til enhver tid gældende regler om Leverandørens data-, system- og informationssikkerhed”.

Præciseringen var foranlediget af Infolands egne spørgsmål vedrørende forpligtelsen, så der heller ikke hos Infoland kunne være nogen tvivl om kravets egentlige indhold.

En normalt påpasselig og rimelig oplyst tilbudsgiver inden for levering af QMS-systemer bør være i stand til at vurdere, hvorvidt og hvorledes vedkommende er i stand til at overholde gældende regler om data-, system- og informationssikkerhed. Det kunne Infoland for så vidt også selv, idet Infoland netop konkluderede at kunne leve op til forpligtelsen, også som den oprindeligt var formuleret. Det er derfor faktisk forkert, når Infoland gør gældende, at præciseringen konkret har betydet, at Infoland kunne efterleve kontraktens vilkår, idet det fremgår af Infolands spørgsmål til Region Sjælland, at ”Vi mener, at disse SOC-rapporter sammen med vores ISO 27001- og NEN7510-certificeringer er tilstrækkelige til at opfylde kravene i paragraf 18.3 i mangel af vores egen ISAE 3402-revisionserklæring.”

Det er heller ikke korrekt, når Infoland påstår, at den omhandlede præcisering indebærer, at Region Sjælland stiller mindre strenge krav til Leverandørens håndtering af data end oprindeligt krævet. Den kontraktuelle forpligtelse var den samme både før og efter præciseringen.

Der er intet, som understøtter, at præciseringen kan have påvirket andre potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet. Det må desuden have formodningen imod sig, fordi der er tale om et udbud med forhandling, hvor der er adgang til at forhandle om kontraktvilkårene, og fordi der alene er tale om en præcisering. Infoland har således ikke på nogen måde sandsynliggjort, at ændringen, som alene må anses for en præcisering af vilkåret, i sig selv har kunnet påvirke feltet af potentielle tilbudsgivere. Region Sjælland har tværtimod dokumenteret og sandsynliggjort, at præciseringen ikke kan antages at have haft nogen betydning for feltet af ansøgere eller tilbudsgivere, eftersom der alene er tale om en præcisering, og denne angår et kontraktvilkår, som ikke indgår i evalueringen. Forholdet havde heller ingen betydning for konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Det er sædvanligt, at de nærmere detaljer for databehandlingen i et system som det omhandlede først fastlægges endeligt i forbindelse med kontraktindgåelsen. Dette har Region Sjælland også i dette udbud lagt op til, jf. udkastet til databehandlerinstruks, hvor en række oplysninger vil skulle udfyldes, herunder pkt. A.4 om ”typer af personoplysninger”. Dette har ikke været genstand for ændringer undervejs i udbudsprocessen.

Region Sjælland foretog for det andet en justering af kontraktens pkt. 24, således at tidspunktet for, hvornår regionen tidligst vil kunne bringe kontrakten til ophør, blev ændret fra tre til to år.

Ændringen var genstand for drøftelse under forhandlingerne mellem Region Sjælland og henholdsvis Infoland og Fellowmind, hvor begge tilbudsgivere oplyste, at de var fleksible i forhold til bindingsperioden, og at ændringen ikke ville have betydning for den tilbudte løsning eller pris. Det må derfor lægges til grund, at ændringen ikke havde betydning for, hvem der var interesseret i at deltage i udbuddet, idet det i den forbindelse i øvrigt bemærkes, at kontraktvilkårene var potentielle forhandlingsemner, og at forholdet ikke har fordrejet konkurrencen mellem de bydende.

Der er om noget tale om en ændring af kontraktvilkåret til ugunst for tilbudsgiverne, og der er derfor ingen potentielle tilbudsgivere, som har undladt at deltage i udbuddet på grund af den treårige bindingsperiode, der ville have deltaget, hvis bindingsperioden fra starten havde været et år kortere.

Særligt vedrørende påstand 2 har Infoland gjort gældende, at Region Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 5, og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at anmode Fellowmind om indsendelse af Udbudsbilag 6 efter tilbudsfristens udløb.

Fellowmind havde ved afgivelse af endeligt tilbud ikke medsendt udfyldt Udbudsbilag 6, selv om det fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 3.3, at bilaget skal udfyldes, er endeligt bindende, og at tilbudsgiver i tilfælde af, at Udbudsbilag 6 ikke blev indleveret, vil lægge til grund, at tilbudsgiver ikke ønskede at gennemføre en supplerende løsningsdemonstration.

Ved Region Sjællands anmodning om supplerende oplysninger i form af fremsendelse af Udbudsbilag 6 har Fellowmind fået adgang til at forbedre sit ukonditionsmæssige tilbud efter tilbudsfristen, hvilket er i strid med de

grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. herved Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. april 2020, Eksponent mod Gentofte kommune.

Region Sjælland har ikke angivet, at Udbudsbilag 2 skal indleveres som en del af indledende eller revideret tilbud, jf. udbudsbetingelsernes punkt 3.2. Det er derfor svært at komme frem til, at Fellowmind med indsendelsen af Udbudsbilag 2 har lavet en åbenlys fejl, der kan rettes efter tilbudsfristens udløb, og at indsendelsen måtte forstås således, at Fellowmind ønskede en supplerende løsningsdemonstration.

Region Sjælland har tydeligt beskrevet i udbudsbetingelserne, hvad konsekvensen af ikke at indsende Udbudsbilag 6 ville være, nemlig at tilbudsgiver ikke ønskede at gennemføre en supplerende løsningsdemonstration. Regionen har fastsat rammerne for tilbuddets formelle indhold og skal også følge de rammer, der er fastlagt.

Den supplerende løsningsdemonstration indgår i Region Sjællands evaluering af de reviderede tilbud, og Fellowmind har dermed fået adgang til at forbedre sit indsendte tilbud efter tilbudsfristens udløb.

Det er tilbudsgivernes ansvar at indlevere tilbud, der lever op til de stillede krav, og Region Sjælland skulle have afvist Fellowminds tilbud som ukonditionsmæssigt.

Ved at tillade Fellowmind at indsende Udbudsbilag 6 efter tilbudsfristens udløb har Region Sjælland handlet imod de mindstekrav til tilbudsafgivelse, som regionen selv har opstillet i udbudsbetingelserne og har dermed givet Fellowmind en konkurrencemæssig fordel. Situationen kan sammenlignes med, at Region Sjælland har givet Fellowmind adgang til at fremsætte et nyt tilbud efter tilbudsfristens udløb, hvor tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Udbudslovens § 159, stk. 5, finder ikke anvendelse i dette tilfælde, da bestemmelsen alene hjemler adgang til, at oplysninger i et tilbud kan berigtiges, suppleres eller præciseres. Er oplysningerne slet ikke givet, er det ikke muligt at berigtige, supplere eller præcisere. Bestemmelsen kan dermed ikke anvendes til at indhente helt nye oplysninger, som ikke er indeholdt i det oprindelige tilbud, og som er afgørende for, om et tilbud er konditionsmæssigt.

Hvis det lægges til grund, at indhentelse af Udbudsbilag 6 var inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5, gøres det gældende, at Region Sjælland stadig var afskåret fra dette efter udbudslovens § 159, stk. 6, idet udbudsbetingelserne angav, at erklæringen var bindende for tilbudsgiveren og ikke efterfølgende kunne ændres af tilbudsgiveren. Afgivelse af erklæringen var altså afgørende for regionen og må derfor anses for at være et grundlæggende element i udbudsmaterialet, som regionen i udbudsbetingelserne havde afskåret sig fra muligheden for at reparere.

Særligt vedrørende påstand 2 har Region Sjælland gjort gældende, at regionen under de konkrete omstændigheder var berettiget til at indhente Udbudsbilag 6 fra Fellowmind i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5.

Det fremgår entydigt og umiddelbart af Fellowminds tilbud, som forelå inden for tilbudsfristen, at Fellowmind ønskede at afvikle en supplerende løsningsdemonstration, og Udbudsbilag 6 var således en del af Fellowminds reviderede tilbud. Ved en fejl havde Fellowmind vedlagt Udbudsbilag 2, som udgør selve beskrivelsen af løsningsdemonstrationen, ved sin besvarelse og forsøg på at indlevere Udbudsbilag 6.

Det gøres principalt gældende, at Region Sjælland under de foreliggende særlige omstændigheder var berettiget til at lægge til grund, i) at det var en åbenbar fejl, at Fellowmind havde indgivet Udbudsbilag 2 i stedet for Udbudsbilag 6, ii) at det fremgår umiddelbart af Fellowminds tilbud og herunder indleveringen af Udbudsbilag 2 med beskrivelsen af rammerne for løsningsdemonstrationen, at Fellowmind ønskede en løsningsdemonstration, og iii) at indhentelse af Udbudsbilag 6 fra Fellowmind dermed blot var en formel bekræftelse på det, der allerede fremgår af Fellowminds tilbud.

Det ville savne mening, at Fellowmind med sit tilbud skulle medsende en beskrivelse af indholdet af løsningsdemonstrationen ved Udbudsbilag 2, hvis ikke det netop beroede på, at Fellowmind ønskede en sådan supplerende løsningsdemonstration. Dertil kommer, at det fremgår af Fellowminds tilbuds-brev, at var Fellowminds intention, at Udbudsbilag 6 skulle have været vedlagt som en del af tilbuddet.

Fellowmind afgav dermed på ingen måde et nyt tilbud eller ændrede på det indgivne tilbud, jf. udbudslovens § 159, stk. 5, jf. også Region Sjællands begrundelse for indhentelsen af dokumentet som refereret i evalueringsnotatet.

Region Sjælland kunne derfor under overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed anmode Fellowmind om at eftersende Udbudsbilag 6 som en formel bekræftelse.

Region Sjælland var under alle omstændigheder berettiget til at anmode om at få eftersendt Udbudsbilag 6, idet der er tale om et procedurerelateret dokument, som i sig selv er uden betydning for tilbuddet og tilbudsevalueringen. Udbudsbilag 6 er ikke et dokument, der i sig selv har nogen betydning for tilbudsevalueringen, og Fellowmind har ikke opnået nogen konkurrencemæssig fordel ved at have fået mulighed for at eftersende dokumentet. Der er derimod tale om, at Region Sjælland søgte en uklarhed afklaret eller at udbedre en formel fejl, og/eller at der var tale om et bagatelagtigt forhold, som regionen bør være berettiget til at have søgt udbedret.

Det forhold, at udbudsbetingelserne angiver, at konsekvensen af manglende vedlæggelse af Udbudsbilag 6 ville være, at ordregiver ville lægge til grund, at tilbudsgiveren ikke ønskede demonstrationen, kan ikke udgøre eller forstås som en udbudsretlig begrænsning af Region Sjællands muligheder for at gennemføre en formel berigtigelse i medfør af bestemmelsen, jf. også udbudslovens § 159, stk. 6. Det må derimod forstås som en formulering, der alene berettigede regionen til at tillægge det manglende bilag denne virkning. Der må desuden lægges vægt på, at alle påkrævede oplysninger fremgår af Fellowminds tilbud, og at der ikke blev givet mulighed for Fellowmind til at ændre sit tilbud ved berigtigelsen.

Klagenævnet har endvidere i flere sager tilladt ordregiver at indhente et manglende dokument selv i tilfælde, hvor fraværet af dokumentet – modsat den foreliggende sag – kunne føre til en afvisning af ansøgningen/tilbuddet.

Indhentelsen var ikke udelukket i medfør af udbudslovens § 159, stk. 6, da Region Sjælland i udbudsmaterialet ikke har angivet, at manglende indlevering af Udbudsbilag 6 ville føre til, at tilbuddet fra Fellowmind skulle afvises. Tværtimod fremgår det af udbudsbetingelsernes afsnit 4 eksplicit, at regionen ikke har angivet, at en konkret mangel eller fejl vil føre til afvisning i medfør af § 159, stk. 6. Det fremgår også af udbudsbetingelsernes afsnit 2.5 og 3.3, at manglende indsendelse af Udbudsbilag 6 som udgangspunkt ville have den virkning, at regionen ville ”lægge til grund, at tilbudsgiver ikke ønsker at

gennemføre en supplerende løsningsdemonstration efter afgivelsen af det reviderede/endelige tilbud”. Virkningen var således under alle omstændigheder ikke, at tilbuddet skulle afvises.

Berigtigelsen og gennemførelsen af den supplerende løsningsdemonstration havde ikke nogen materiel betydning for tildelingsbeslutningen og kontrakt-tildelingen til Fellowmind. Ved den gennemførte løsningsdemonstration blev der udelukkende forelagt en præsentation af Fellowminds opfyldelse af fire konkrete evalueringskrav, der udgør en helt marginal del af den tilbudte løsning. Den supplerende løsningsdemonstration indebar således alene en belysning af Fellowminds kvalitative opfyldelse af disse evalueringskrav, som Region Sjælland kunne inddrage under den kvalitative bedømmelse af Fellowminds tilbud, og kunne højst have en marginal betydning for den kvalitative tilbudsevaluering. En kvalitativ tilbudsevaluering, som end ikke blev gennemført, fordi Fellowmind var den eneste konditions-mæssige tilbudsgiver.

Det er ikke tale om, at Fellowmind har fået adgang til at forbedre sit tilbud efter tilbudsfristens udløb ved løsningsdemonstrationen. Det fremgår direkte af udbudsbetingelsernes afsnit 3.3, at ”tilbudsgiver må ikke demonstrere elementer i Løsningen, som ikke er beskrevet i løsningsbeskrivelsen”, og at relevante dele af løsningen derimod blot skulle ”præsenteres” og eventuelt ”præciseres” under demonstrationen.

Eftersom tilbuddet fra Infoland ubestridt var ukonditions-mæssigt, og eftersom der ikke ved gennemførelsen af løsningsdemonstrationen var forhold, som havde betydning for konditions-mæssigheds-vurderingen af Fellowminds tilbud, har Region Sjællands inddragelse af Udbudsbilag 6 og gennemførelsen af løsningsdemonstrationen under alle omstændigheder konkret hverken indebåret en konkurrenceforvridning eller tilsidesættelse af ligebehandlings-princippet.

Hertil kommer, at konsekvensen af manglende indgivelse af Udbudsbilag 6 højst kunne være, at tilbudsgiver ikke kunne afholde den supplerende løsningsdemonstration, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 3.3. Virkningen var således under alle omstændigheder ikke, at tilbuddet skulle afvises som ukonditions-mæssigt, hvilket da også ville være i åbenbar modstrid med proportionalitetsprincippet, jf. herved udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 3 har Infoland gjort gældende, at de under påstand 1 og 2 anførte overtrædelser af udbudsreglerne er af en sådan karakter, at Region Sjællands tildelingsbeslutning af 4. august 2025 skal annulleres.

Særligt vedrørende påstand 3 har Region Sjælland gjort gældende, at der af de grunde, der er anført vedrørende påstand 1 og 2, ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Selv hvis klagenævnet måtte finde, at Region Sjælland har begået en overtrædelse af udbudsreglerne, foreligger der ikke en sådan kvalificeret overtrædelse, der har haft betydning for beslutningen om tildeling af kontrakt, og/eller hvilke tilbudsgivere der endeligt deltog i udbudsprocessen.

Infoland har slet ikke fremsat anbringender til støtte for, hvorfor de pågældende overtrædelser skulle være af en sådan karakter, at de bør føre til annullation af tildelingsbeslutningen. Det må allerede af den grund afvises, at en eventuel overtrædelse i givet fald har haft nogen betydning for tildelingsbeslutningen, og påstanden må allerede af den grund afvises.

Dette gør sig også gældende, hvis Region Sjællands indhentelse af Udbudsbilag 6 fra Fellowmind anses for at være sket i strid med udbudsreglerne, da overtrædelserne konkret har været uden betydning for beslutningen om at tildele kontrakten til Fellowmind. Udbudsbilag 6 var alene et proceduredokument, og der var således ikke tale om, at Fellowminds tilbud manglede noget. Fellowminds rettidigt indgivne reviderede tilbud var tværtimod fuldt konditionsmæssigt. Konsekvensen af en eventuel konstatering af, at regionen ikke burde have indhentet Udbudsbilag 6, kan højst være, at regionen ikke burde have gennemført løsningsdemonstrationen. Det kan uden videre lægges til grund, at denne ingen betydning har haft for vurderingen af konditionsmæssigheden af Fellowminds tilbud, idet demonstrationen alene angik nogle få evalueringskrav.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender ad de to betingelser gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1

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

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

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

I forarbejderne til bestemmelsen (lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2005, de specielle bemærkninger til § 24) er anført bl.a.:

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

Af forarbejderne til udbudslovens § 2 (lovforslag nr. 19. af 7. oktober 2005, de specielle bemærkninger til § 2) fremgår bl.a.:

”Mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have. Som følge heraf vil ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure.

Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke

fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere. I proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse vil en ændring af mindstekrav altid udgøre en ændring af grundlæggende elementer.”

Udbudsmaterialet indeholder et udkast til kontrakt med tilhørende underbilag.

Det følger af udbudsbetingelsernes afsnit 6, at det i udbudsmaterialet eksplicit er angivet, hvad der udgør mindstekrav, og en sådan eksplicit angivelse fremgår ikke af udbudsmaterialet vedrørende kontraktudkastet med bilag. Den omstændighed, at det af udbudsbetingelsernes afsnit 3.2 fremgår, at ”Kontrakten og disse bilag anses for accepteret af tilbudsgiver”, kan ikke medføre, at kontraktudkastet med bilag har karakter af mindstekrav, ligesom dette heller ikke i øvrigt kan udledes af formuleringen af udbudsmaterialet.

Ordregiver er således ikke afskåret fra at foretage ændringer i vilkårene i kontraktudkastet eller bilagene hertil, medmindre dette udgør en ændring af et grundlæggende element, jf. herved udbudsbetingelsernes afsnit 3.3.4 om ændringer i udbudsmaterialet.

Ad kravet vedrørende revisionserklæring

Det fremgår af det oprindelige kontraktudkasts pkt. 18.3, at tilbudsgiveren skulle udlevere en revisionserklæring, ”som opfylder de til enhver tid gældende regler om Leverandørens data-, system- og informationssikkerhed (p.t. ISAE 3402, type 2 eller tilsvarende).” Tilsvarende fremgår en række andre steder i udbudsmaterialet, herunder databehandlerinstruksen i Underbilag 15A-D til kontrakten.

Region Sjælland lod på baggrund af et spørgsmål fra Infoland eksemplificeringen af ISAE 2402, type 2, udgå.

Klagenævnet finder, at denne fjernelse af eksemplificeringen ikke kan anses for at udgøre en ændring af et grundlæggende element, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Klagenævnet har herved lagt vægt på navnlig, at det angivne efter ordlyden netop alene må forstås som et eksempel på typen af revisionserklæring, og at det centrale i vilkåret om, at leverandøren skal overholde de gældende regler om data-, system- og informationssikkerhed, forblev uændret.

På det foreløbigt foreliggende grundlag er der således ikke grundlag for at anse Region Sjælland for at have handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., eller ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i § 2.

Ad kravet vedrørende opsigelsesperiode

I det oprindelige kontraktudkasts pkt. 24 er fastsat, at ”Kunden kan med et skriftligt varsel på 6 (seks) måneder til den første i en måned opsige Kontrakten, dog tidligst til udløb 3 (tre) år efter Overtagelsesdagen”.

Region Sjælland ændrede dette vilkår, således at bindingsperioden blev nedsat fra tre til to år.

Klagenævnet lægger efter en samlet vurdering, herunder af ændringens karakter og referaterne af Region Sjællands forhandlinger med de to tilbudsgivere, Infoland og Fellowmind, hvoraf fremgår, at begge tilbudsgivere oplyste, at ændringen hverken ville have betydning for den tilbudte løsning eller pris, til grund, at ændringen ikke kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere. Ændringen udgør således ikke en ændring af et grundlæggende element.

På det foreløbigt foreliggende grundlag er der således ikke grundlag for at anse Region Sjælland for at have handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., eller ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i § 2.

Der er på den anførte baggrund ikke udsigt til, at påstand 1 tages til følge.

Ad påstand 2

Det følger af udbudslovens § 159, stk. 5, at en ordregiver under overholdelse af principperne i § 2 kan anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har

indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

Bestemmelsen er en kodificering af bl.a. EU-Domstolens retspraksis, herunder dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S.

Af forarbejderne til bestemmelsen (lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2025, de specielle bemærkninger til § 159) fremgår bl.a.:

”Denne bestemmelse regulerer den situation, hvor de relevante oplysninger eller den dokumentation, som en ansøger eller tilbudsgiver indsender i sin ansøgning eller sit tilbud, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede. Dokumentationen kan være specifikke dokumenter, der skal dokumentere specifikke forhold. Hvis en ansøgning eller et tilbud, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, kan ordregiveren i henhold til bestemmelsen anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende de relevante oplysninger og/eller den relevante dokumentation inden for en passende frist. Dog kan sådan en anmodning alene fremsættes ved overholdelse af principperne i § 2, herunder i særdeleshed ligebehandlingsprincippet. Dette betyder eksempelvis, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke må opnå en fordel i viden eller tid ved at få mulighed for at indsende relevante oplysninger og dokumentation efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

Anmodning om relevante oplysninger og dokumentation kan fremsættes efter udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen.

...

En anmodning om relevante oplysninger og dokumentation skal rettes mod alle virksomheder i samme situation i samme udbud. Anmodningen skal angå alle de punkter i ansøgningen eller tilbuddet, der skal suppleres, præciseres eller fuldstændiggøres. Endvidere må anmodningen ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Endelig skal ordregiveren behandle ansøgere og tilbudsgivere ens og rimeligt.

...

Det vil være en konkret vurdering, om nye oplysninger medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Det vil eksempelvis ikke betragtes som en fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren efter anmodning, indsender relevante oplysninger, hvis det objektivt kan konstateres, at de relevante oplysninger forelå på tidspunktet for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. Det er ikke et krav, at selve dokumentet forelå på tidspunktet forud for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, men det skal objektivt konstateres og dokumenteres, at oplysningerne forelå, og at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke har opnået nogen konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne til ordregiveren efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

Det vil være fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ordregiveren anmoder en ansøger eller tilbudsgiver om at sende nye oplysninger, der kan give ansøgeren eller tilbudsgiveren en konkurrencemæssig fordel.”

Det fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 3.3, at ordregiver vil indkalde tilbudsgiver til en løsningsdemonstration efter afgivelsen af indledende og evt. reviderede/endeligt tilbud med henblik på at supplere udvalgte dele af tilbudsgivers løsningsbeskrivelse for at sikre opfyldelse af mindstekrav og forhandlingskrav og demonstrere opfyldelse af evalueringskrav. I forbindelse med afgivelse af evt. reviderede/endeligt tilbud skal tilbudsgiver derfor indlevere udfyldt og underskrevet Udbudsbilag 6, hvori tilbudsgiver erklærer, om tilbudsgiver ønsker at gennemføre en supplerende løsningsdemonstration. Det er endvidere angivet, at hvis tilbudsgiver ikke indleverer Udbudsbilag 6, vil ordregiver lægge til grund, at tilbudsgiver ikke ønsker at gennemføre en supplerende løsningsdemonstration.

Fellowmind indgav et revideret tilbud inden den meddelte frist. I det tilknyttede tilbuds-brev fra Fellowmind er angivet, at Udbudsbilag 6, Erklæring om Løsningsdemonstration, var udfyldt, men Fellowmind indgav i det elektroniske udbudssystem i stedet Udbudsbilag 2, Tilbudsgivers løsningsdemonstration, som svar på anmodningen om indsendelse af Udbudsbilag 6.

Region Sjælland anmodede Fellowmind om at indsende Udbudsbilag 6, hvilket Fellowmind umiddelbart herefter gjorde. I Udbudsbilag 6 er krydset af, at Fellowmind ønskede at gennemføre en supplerende løsningsdemonstration, og en sådan blev herefter afholdt.

Det følger af udbudslovens § 159, stk. 5, sammenholdt med forarbejderne til bestemmelsen, at en ordregiver kan anmode en tilbudsgiver om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, der fuldstændiggør ansøgningen eller tilbuddet, efter tilbudsfristens udløb, hvis det objektivt kan konstateres, at de relevante oplysninger forelå på tidspunktet for tilbudsfristens udløb, og dette ikke strider mod principperne i udbudslovens § 2, herunder i særdeleshed ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet finder, at det må anses for en ekspeditions-mæssig fejl fra Fellowminds side, at Udbudsbilag 2 blev indsendt i stedet for Udbudsbilag 6, og at indsendelsen objektivt konstaterbart ikke indeholdt nye oplysninger, idet det fremgår af det materiale, som blev indsendt inden for fristen, at Fellowmind ønskede at afholde en supplerende løsningsdemonstration. Indsendelsen indebar dermed ikke en sådan indholds-mæssig og væsentlig ændring af det oprindelige reviderede tilbud, at der forelå et nyt tilbud, ligesom Fellowmind ikke opnåede en konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysninger efter fristens udløb.

Fellowmind har derfor som udgangspunkt mulighed for at berigtige det reviderede tilbud, efter Region Sjælland har anmodet Fellowmind herom, medmindre dette er i strid med udbudslovens § 159, stk. 6.

Det følger af udbudslovens § 159, stk. 6, at ordregiveren uanset stk. 5 skal afvise en ansøgning eller et tilbud, såfremt det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og den pågældende ansøgning eller tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel.

Bestemmelsen er en kodificering af EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S.

Af forarbejderne til bestemmelsen (jf. lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2025, de specielle bemærkninger til § 159) fremgår bl.a.:

”Ordregiveren kan ikke anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, hvis ordregiveren udtrykkeligt i udbudsmaterialet har krævet fremsendelse af den manglende op-

lysning eller det manglende dokument og angivet, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers vil blive afvist. Det påhviler således ordregiveren at overholde de regler, som denne selv har fastsat.

Brugen af stk. 5 vil ikke være udelukket, hvis ordregiveren alene har anført, at en oplysning eller et dokument skal afleveres, men uden at det fremgår, at overtrædelse vil medføre afvisning.

Hvis ordregiver har fastsat kravet om indsendelse af specifik dokumentation som et mindstekrav, kan stk. 5 ikke benyttes til at indhente den manglende dokumentation eller supplere eller fuldstændiggøre den indsendte dokumentation, hvis det fremgår af udbudsmaterialet eller i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning.”

Da det ikke fremgår af udbudsmaterialet, at tilbuddet afvises i tilfælde af manglende indsendelse af Udbudsbilag 6, finder udbudslovens § 159, stk. 6, ikke anvendelse.

Region Sjælland var derfor berettiget til at indhente de manglende oplysninger i Udbudsbilag 6.

Der er herefter på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstand 2 tages til følge.

Ad påstand 3

Da der på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at påstand 1 og 2 vil blive taget til følge, er der heller ikke udsigt til, at påstand 3 om annullation vil blive taget til følge.

Efter det anførte er betingelse nr. 1 ikke opfyldt, og klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Lise Troelsen