

Tildelingsbeslutningen er efterfølgende annulleret af Københavns Kommune og klagen herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Verdo Teknik A/S
(advokat Kristine Stage Mikkelsen, København)

mod

Københavns Kommune
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen og advokat Anders Jakobsen, Hellerup)

Klagenævnet har den 17. september 2021 modtaget en klage fra Verdo Teknik A/S.

Verdo Teknik A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Københavns Kommune 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 1-18), svarskrift (med bilag A-C), replik (med bilag 19) og duplik (med bilag D).

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at anvende en evalueringsmodel, som ikke afspejlede den kvalitative spredning, som var forventelig i de indkomne tilbud, hvorved de kvalitative kriterier i praksis ikke fik den vægtning, som var angivet i udbudsmaterialet.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at udligne den konkurrencefordel, som de eksisterende/tidligere leverandører havde, idet de øvrige tilbudsgivere var nødsaget til at anvende de eksisterende/tidligere leverandører som underleverandører.

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at ændre grundlæggende elementer under udbuddet, idet Københavns Kommune frafaldt et mindstekrav.

Påstand 4:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Københavns Kommunes beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til SWARCO.”

Københavns Kommune har nedlagt påstand om, at påstandene ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Den 24. februar 2021 udbød Københavns Kommune et begrænset udbud om drift og vedligeholdelse af ca. 400 trafiksignalanlæg samt ITS-udstyr, cykelbarometre og ”din fart-tavler” i Københavns Kommune.

Af kravspecifikationen fremgik bl.a. følgende:

"6.4 Vedligeholdelse af master

Leverandøren skal sørge for, at masterne fremstår pæne og vedligeholdte i hele Aftalens løbetid.

I forbindelse med malingen foretages om nødvendigt:

- Fjernelse af fremmedlegemer, såsom plakater, snore o.l.

- Nedtagning, flytning og opsætning af skilte mv.
- Tildækning af udstyr, kameraer, radar og andet omkringliggende samt evt. parkerede biler mv.

Ved overmaling af allerede malede master afrenses afskallede eller korroderede områder mekanisk til bart metal og fastsiddende maling.

Der males i grå RAL 7024 i glans 60 +/- 10, medmindre det øvrige vej-udstyr omkring krydset er malet i en anden farve. I det tilfælde skal der males i samme farve som resterende udstyr.

Master skal males minimum hvert 10 år og dokumenteres i Anlægsoversigten.

Som grundmaling skal anvendes en primer baseret på fed alkyd og urethanalkyd, pigmenteret med zinkfosfat. Grundmalingens farve skal afvige tydeligt fra slutmalingens farve. Leverandøren kan foreslå andre malingsystemer med tilsvarende eller bedre egenskaber til TMF godkendelse.

Som slutmaling anvendes en hurtigtørrende alkydemalje, der er kompatibel med eksisterende malingsystemer og med grundmalingen. Efter påføring af slutmaling skal masterne have en korrosionsbestandighed svarende til punkt C4 i ISO 12944. Leverandøren kan foreslå andre malingsystemer med tilsvarende eller bedre egenskaber til TMF godkendelse.

Mastenummer, antisticker og antigraffiti skal påføres, når malingen er tørret.

Leverandøren skal dokumentere udførelsen af behandlingen ved indberetning i Anlægs-oversigten."

Under udbudsprocessen blev der bl.a. stillet følgende spørgsmål til og modtaget følgende svar fra Københavns Kommune:

"#31 - Spørgsmål (anonymiseret)

Bilag 1, pkt. 6.4: Det er umuligt at vide med de aktuelle oplysninger, hvor mange master der skal males i byen. Skal leverandøren antage, at alle master males?

Svar (Christian Philip Jørgensen;KK, Mobilitet Klimatilpasning og Byvedligehold 23.04.2021 12:52)

Tilbudsgivere bedes se bort fra krav om maling af master i pkt. 6.4. Ene-ste krav er at beskadigede master pletmales, så de fremstår ensartede uden

skader. Efter maling informeres Driftmanager om mast(er) med manglende antigrafiti og antisticker. Han vil foranstalte påførelse af dette.”

Ved tildelingsbeslutning af 16. juni 2021 meddelte Københavns Kommune, at Verdo Teknik A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Den 1. juli 2021 meddelte Københavns Kommune, at kommunen havde annulleret udbuddet som følge af uhensigtsmæssigheder i udbudsmaterialet.

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 138-367298 af 15. juli 2021 udbød Københavns Kommune på ny kontrakten, nu som offentligt udbud. I udbudsmaterialet indgik bl.a. spørgsmål og svar fra det oprindelige udbud.

Af kravspecifikationen vedrørende det nye udbud fremgår bl.a. følgende:

”1 Indledning og formål

Dette bilag beskriver TMF [Teknik- og Miljøforvaltningen] krav til Leverandøren, så Aftalen kan opfyldes. Der er tale om mindstekrav, som skal accepteres uden forbehold fra Tilbudsgivers side, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 4. Tilbudsgiver accepterer ved at afgive tilbud på den udbudte opgave alle TMF's mindstekrav. Medmindre andet fremgår udtrykkeligt af Tilbudsgivers tilbud, anses alle mindstekrav således for opfyldte. *Tilbudsgiver opfordres dog til ikke tage forbehold, idet forbehold kan medføre afvisning af tilbuddet.*

...

6 Forebyggende vedligeholdelse

Leverandøren er ansvarlig for forebyggende vedligeholdelse. Forebyggende vedligeholdelse omfatter alle handlinger, der har til formål at sikre anlæggenes levetid og at undgå fejl og problemer som følge af forældelse, nedslidning og påvirkning fra vejrlig m.m. Forebyggende vedligeholdelse omfatter, uden at være begrænset hertil, nedenstående aktiviteter:

...

6.4 Vedligeholdelse af master

Leverandøren skal sørge for, at masterne fremstår som vedligeholdte i hele Aftalens løbetid.

I forbindelse med malingen foretages om nødvendigt:

- Fjernelse af fremmedlegemer, såsom plakater, snore o.l.
- Nedtagning, flytning og opsætning af skilte mv.
- Tildækning af udstyr, kameraer, radar og andet omkringliggende samt evt. parkerede biler mv.

Ved overmaling af allerede malede master afrenses afskallede eller korroderede områder mekanisk til bart metal og fastsiddende maling.

Der males i grå RAL 7024 i glans 60 +/- 10, medmindre det øvrige vej-udstyr omkring krydset er malet i en anden farve. I det tilfælde skal der males i samme farve som resterende udstyr.

Som grundmaling skal anvendes en primer baseret på fed alkyd og urethanalkyd, pigmenteret med zinkfosfat. Grundmalingens farve skal afvige tydeligt fra slutmalingens farve. Leverandøren kan foreslå andre malingsystemer med tilsvarende eller bedre egenskaber til TMF godkendelse.

Som slutmaling anvendes en hurtigtørrende alkydemalje, der er kompatibel med eksisterende malingsystemer og med grundmalingen. Efter påføring af slutmaling skal masterne have en korrosionsbestandighed svarende til punkt C4 i ISO 12944. Leverandøren kan foreslå andre malingsystemer med tilsvarende eller bedre egenskaber til TMF godkendelse.

Antisticker og antigraffiti skal påføres efter eventuel vedligeholdelse. Dette gennemføres under anden entreprise og iværksættes ved kontakt til Driftmanager.”

Under udbudsprocessen vedrørende det nye udbud blev der stillet en række spørgsmål til Københavns Kommune, herunder blev det ovenfor omtalte spørgsmål om maling af master stillet på ny. Af spørgsmål og svar fremgår bl.a. følgende:

”#5 –

Spørgsmål (Modtaget 28.07.2021 14:34)

Kan kommunen bekræfte, at spørgsmålene og svarene fra det foregående udbud (dokument “Spørgsmål og svar samt referat spørgemøde”) er relevante og bindende for det nuværende udbud?

Svar (Modtaget 02.08.2021 13:43)

TMF kan IKKE bekræfte, at spørgsmål/svar fra det foregående udbud er relevante og bindende for det aktuelle udbud, idet flere af spørgsmålene/svarene er uden relevans for gennemførelsen af det aktuelle udbud. Herudover har TMF har indarbejdet flere af svarene fra det foregående udbud i det aktuelle udbudsmateriale, se spørgsmål og svar markeret med gul i dokumentet ”Spørgsmål og svar samt referat fra

spørgemøde”. Spørgsmål/svar fra det foregående udbud er således alene vedlagt til orientering af leverandører/tilbudsgivere, der ikke deltog i det foregående udbud. Hvis tilbudsgiver mener, at der er præciseringer mv., der er relevante og mangler fra foregående udbud, opfordres tilbudsgiver til at stille spørgsmålet igen.

...

#19 –

Spørgsmål (Modtaget 03.08.2021 09:32)

Bilag 1, pkt. 6.4: Det er umuligt at vide med de aktuelle oplysninger, hvor mange master der skal males i byen. Skal leverandøren antage, at alle master males?

Svar (Modtaget 04.08.2021 08:30)

Tilbudsgivere bedes se bort fra krav om maling af master i pkt. 6.4. Eneste krav er at beskadigede master pletmales, så de fremstår ensartede uden skader. Efter maling informeres Driftmanager om mast(er) med manglende antigrafiti og antisticker. Han vil foranstalte påførelse af dette.”

Københavns Kommune modtog 5 konditionsmæssige tilbud.

Den 31. august 2021 meddelte Københavns Kommune, at kontrakten var blevet tildelt SWARCO Danmark A/S, og at standstill-perioden udløb den 10. september 2021. Efter henvendelse fra Verdo Teknik A/S blev standstill-fristen forlænget til udløb den 17. september 2021.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Verdo Teknik A/S har under henvisning til det, som er anført bl.a. ad påstand 3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Københavns Kommune har heroverfor gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 3 har Verdo Teknik A/S gjort gældende, at det er i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 at ændre grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, idet det følger af bemærkningerne til udbudslovens § 2, at en ordregiver "ikke kan foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet i løbet af en udbudsproces", og at en ændring af mindstekrav udgør en ændring af grundlæggende elementer.

Det er endvidere gjort gældende, at samtlige krav i kravspecifikationen, som indgik i udbudsmaterialet, udgjorde mindstekrav, og at kravet under pkt. 6.4 indebar, at master skulle males, så de fremstod som vedligeholdt i hele aftalens løbetid. Desuden gjaldt strenge krav til, hvilken grundmaling og slutmaling der skulle anvendes, ligesom leverandøren efterfølgende skulle påføre antigraffiti og antisticker. Med ændringen af pkt. 6.4, som Københavns Kommune foretog i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål 19, blev kravet lempet betydeligt, således at leverandøren alene skulle pletmale beskadigede master. Mindstekravet i bilagets pkt. 6.4 blev således frafaldet eller som minimum ændret væsentligt.

Ændringen havde konkret betydning for tilbudsgivernes prissætning. Der er betydelig forskel på at skulle grundmale, slutmale og påføre antigraffiti og antisticker og så blot at skulle pletmale. Ifølge anlægsoversigten (bilag 14) er der tale om ca. 4.700 master i Københavns Kommune. Udgifterne til den omfattende maling, afrensning af graffiti, fjernelse af klistermærker samt udkørsel og afdækning i forbindelse med malerarbejdet ville derfor udgøre en væsentlig omkostning for tilbudsgiverne. Endvidere var det vanskeligt for tilbudsgiverne at estimere omkostningen, idet masternes aktuelle stand ikke fremgik af udbudsmaterialet, og idet også omfanget af reparationer efter f.eks. mindre påkørsler og hærværk i løbet af kontraktperioden i sagens natur ikke var kendt på forhånd. Det oprindelige krav indebar således en betydelig risiko for tilbudsgiverne, som kan have afholdt andre potentielle tilbudsgivere fra at byde på opgaven.

Den væsentlige ændring af kravet mindskede risikoen markant og havde dermed stor betydning for tilbudsgivernes prissætning, ligesom det er sandsynligt, at potentielle leverandører, som afstod fra at deltage i udbuddet pga. den store risiko forbundet med det ukendte omfang af behovet for maling, kunne være interesserede i kontrakten med det nye og mindre byrdefulde mindstekrav. Det forhold, at der i begge udbudsrunder blev stillet spørgsmål til netop

dette krav, understreger i sig selv, at forholdet var helt afgørende for tilbudsgivernes beslutning om at deltage i udbuddet såvel som deres prissætning af tilbuddene.

Ændringen af mindstekravet var dermed egnet til at forrykke konkurrencen både mellem de deltagende tilbudsgivere, men også i forhold til potentielle tilbudsgiveres interesse, og der var således tale om en ændring af grundlæggende elementer i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 3 har Københavns Kommune gjort gældende, at kommunen ikke har ændret på udbudskravet under udbudsprocessen, idet der alene er tale om en præcisering af, at der ikke er en generel forpligtelse til løbende at male master, samt hvilke krav der gælder, hvis masterne skal males.

Det fremgår ikke af kravspecifikationen, at masterne skal males, så de fremstår som vedligeholdte i hele Aftalens løbetid. Af kravspecifikationens afsnit 6.4 fremgår alene, at leverandøren skal "sørge for, at masterne fremstår som vedligeholdte i hele Aftalens løbetid."

Under det oprindelige udbud blev der stillet præcis det samme spørgsmål som spørgsmål 19, og der blev i den forbindelse givet samme svar som i det nye udbud. Københavns Kommune valgte dog i forbindelse med det nye udbud at ændre udbudskravet, så det tydeligere fremgik, at der ikke var tale om en generel forpligtelse, bl.a. udgik kravet om, at master skulle males minimum hvert 10. år.

Københavns Kommunes besvarelse af spørgsmål 19 skal læses i den ovenfor beskrevne sammenhæng, idet Københavns Kommune med svaret ønskede at henlede tilbudsgivernes opmærksomhed på, at udbudskravet var blevet ændret mellem det oprindelige udbud og det nye udbud. Svaret kan imidlertid ikke meningsfuldt læses sådan, at kravet indebærer en ændring af det nye udbuds udbudskrav, ligesom der ikke er grundlag for at konstatere, at Københavns Kommune med svaret "frafaldt et mindstekrav".

Tilsvarende indebærer svaret alene en præcisering af udbudskravet om påførelse af antisticker og antigraffiti. Det er helt i overensstemmelse med kravet, når det under spørgsmål og svar præciseres, at påførelse af antigraffiti og antisticker ikke er del af vedligeholdelsen.

Selv hvis der skulle være tale om en ændring, er der tale om en ændring af et ikke-grundlæggende element. Det bemærkes i den sammenhæng, at det af indledningen til kravspecifikationen klart fremgår, at Københavns Kommune ikke havde sat lighedstegn mellem udbuddets terminologi "mindstekrav" og udbudsreglernes "grundlæggende elementer". Det forhold, at udbudskravet er betegnet som et "mindstekrav" indebærer således ikke automatisk, at kravet også skal betragtes som et grundlæggende element.

Dertil kommer, at "ændringen" ikke har påvirket antallet af deltagere i udbuddet eller fordrejet konkurrencen. På trods af at der var tale om et offentligt udbud, blev der således modtaget tilbud fra de samme fem tilbudsgivere som i det annullerede udbud. Hverken det pågældende udbudskrav eller den påståede ændring heraf har således været afgørende for afgivelsen af tilbud, ligesom den påståede ændring ikke har forrykket konkurrencen blandt de deltagende tilbudsgivere. Hvis der er tale om ændring, har den tilgodeset samtlige tilbudsgivere på samme måde, idet alle tilbudsgivere i relation til kravet om pletmaling af master har haft samme forudsætninger for afgivelse af tilbud.

I forlængelse af ovenstående bemærkes det, at der i praksis er tendens til i højere grad at acceptere ændringer, der øger konkurrencen som "ikke-grundlæggende", jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. juni 2017, GN Resound Danmark A/S mod Amgros I/S, og kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S. "Ændringen" i nærværende sag har alt andet lige øget konkurrencen, idet tilbudsgivernes forpligtelse mindskes.

Ad uopsættelighed

Verdo Teknik A/S har gjort gældende, at da der er tale om en klage over, at udbudsmaterialet har været af en sådan karakter, at det ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, vil det være umuligt for Verdo Teknik A/S at opnå fuld kompensation efter de erstatningsretlige regler, hvis kontrakten tildeles på grundlag af det gennemførte udbud.

En tildeling efter ændring af grundlæggende elementer svarer reelt til en direkte tildeling, jf. Klagenævnets udtalelse i kendelse af 4. oktober 2019, Vitronic mod Sund & Bælt Holding A/S.

Verdo Teknik A/S vil således ikke kunne opnå erstatning, og det gøres dermed gældende, at Københavns Kommunes overtrædelse af udbudsreglerne medfører en overhængende risiko for, at Verdo Teknik A/S vil lide et uopretteligt og alvorligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Københavns Kommune har gjort gældende, at opsættende virkning ikke er nødvendigt for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab hos Verdo Teknik A/S. Det er således ikke sandsynliggjort, at Verdo Teknik A/S risikerer at lide et alvorligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Der kan ikke, som anført af Verdo Teknik A/S, sættes lighedstegn mellem en ændring af et grundlæggende element under udbuddet og ændringen af kontrakten efter tildelingen. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. oktober 2019, Vitronic mod Sund & Bælt Holding A/S, vedrørte sidstnævnte situation. Det kan således ikke uden videre antages, at en ændring af et grundlæggende element under udbuddet, fx i forbindelse med spørgsmål og svar, ligeledes svarer til en direkte tildeling.

Ad interesseafvejning

Verdo Teknik A/S har gjort gældende, at Københavns Kommune ikke har dokumenteret nogen uopsættelig interesse i at indgå kontrakten forud for, at denne klagesag er afgjort. Endvidere bør hensynet til Verdo Teknik A/S i en situation som denne, hvor udbudsmaterialet slet ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, veje tungere end hensynet til Københavns Kommunes interesse i at kunne underskrive kontrakten.

Københavns Kommune har gjort gældende, at en interesseafvejning taler imod at tillægge klagen opsættende virkning og har i den forbindelse bemærket, at den nuværende kontrakt udløber den 31. december 2021, og at kommunen forstår, at den eksisterende leverandør lukker sine aktiviteter i Danmark. Det vil således være umuligt eller meget vanskeligt/dyrt at forlænge den eksisterende kontrakt. Hertil kommer, at der er en meget lang indkøringsperiode for nye leverandører.

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”)

Påstand 3 vedrører et spørgsmål om ændring af grundlæggende elementer i udbuddet.

Efter de foreliggende oplysninger, herunder kravspecifikationen til det oprindelige udbud og besvarelsen af spørgsmål 31 under den daværende udbudsproces, må det lægges til grund, at kravspecifikationens pkt. 6.4 allerede under det oprindelige udbud gav anledning til fortolkningstvivl blandt de mulige tilbudsgivere.

Det må endvidere lægges til grund, at Københavns Kommune i forbindelse med det nye udbud delvist ændrede indholdet af kravspecifikationens pkt. 6.4 bl.a. således, at det ikke længere fremgik, at masterne skulle fremstå pæne og herudover som minimum skulle males hvert 10. år. Det blev imidlertid ikke – som angivet i kommunens besvarelse af spørgsmål 31 under den oprindelige udbudsproces – tilføjet til kravspecifikationen, at vedligeholdelseskravet vedrørende maling af master alene indebar, at beskadigede master skulle pletmales, så de fremstod ensartede uden skader.

Under den nye udbudsproces tilkendegav Københavns Kommune på ny i forbindelse med besvarelsen af et spørgsmål (spørgsmål 19), at mulige tilbudsgivere skulle se bort fra krav om maling af master i pkt. 6.4, idet det eneste krav var, at beskadigede master skulle pletmales, så de fremstod ensartede uden skader.

Efter kravspecifikationens pkt. 6.4 sammenholdt med Københavns Kommunes besvarelse af spørgsmål 19, herunder kommunens tilkendegivelse af, at tilbudsgiverne skulle ”se bort fra krav om maling af master i pkt. 6.4”, finder klagenævnet, at Københavns Kommune under udbudsprocessen ikke alene har præciseret indholdet af kravspecifikationen, men foretaget en væsentlig ændring af denne.

Det fremgår udtrykkeligt af kravspecifikationens indledning, at de beskrevne krav udgør mindstekrav.

I lovbemærkningerne til udbudslovens § 2 hedder det bl.a.:

”I forbindelse med ændringer af udbudsmaterialet, sondres der i udbudsloven mellem uvæsentlige ændringer, væsentlige ændringer og ændringer af grundlæggende elementer.

Uvæsentlige ændringer i udbudsmaterialet er 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. Derudover kan uvæsentlige ændringer heller ikke have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Væsentlige ændringer i udbudsmaterialet skal forstås som ændringer, der medfører, at de økonomiske aktører skal bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, hvorfor det vil tage længere

tid at afgive en ansøgning eller et tilbud. Som følge heraf skal væsentlige ændringer i henhold til § 93, stk. 4, nr. 2, medføre, at fristen for modtagelse af ansøgning eller tilbud skal forlænges. Væsentlige ændringer kan eksempelvis være nye oplysninger til udbudsmaterialet.

Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

...

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 ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.”

Det påhviler Københavns Kommune at løfte bevisbyrden for, at ændringen af mindstekravet i pkt. 6.4 ikke i overensstemmelse med forarbejdernes klare udgangspunkt har karakter af en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure.

Københavns Kommune har oplyst bl.a., at der på trods af det nu offentlige udbud alene blev modtaget tilbud fra de samme fem tilbudsgivere som i det annullerede udbud, og at ændringen af kravspecifikationen under udbudsprocessen ikke har forrykket konkurrencen blandt de deltagende tilbudsgivere.

Klagenævnet finder, at det efter oplysningerne i sagen, herunder at udbuddet omfattede ca. 4.700 master i Københavns Kommune, må lægges til grund, at mindstekravet om vedligehold af master var egnet til at udelukke virksomheder fra at afgive tilbud. Det må endvidere lægges til grund, at ændringen af mindstekravet bevirkede, at kredsen af potentielle tilbudsgivere generelt blev udvidet. Det, som Københavns Kommune har anført, kan heroverfor ikke tillægges afgørende vægt.

Klagenævnet finder på denne baggrund foreløbigt vurderet, at Københavns Kommune ikke har løftet bevisbyrden for, at ændringen af mindstekravet ikke i overensstemmelse med udgangspunktet i udbudslovens forarbejder udgør en ændring af et grundlæggende element, der alene kan foretages i forbindelse med et nyt udbud. Der er herefter udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

Som følge heraf er der tillige på det foreløbige grundlag udsigt til, at påstand 4 om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 om fumus boni juris er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (uopsættelighed)

Da den omhandlede ændring foreløbigt vurderet ikke kunne foretages uden nyt udbud, er betingelse nr. 2 om uopsættelighed ligeledes opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 3 (interesseafvejning)

Klagenævnet finder, at en afvejning af parternes interesser på den anførte baggrund fører til, at klagen bør tillægges opsættende virkning.

Betingelserne for opsættende virkning er derfor opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at Københavns Kommune ikke må underskrive kontrakt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning.

Jesper Jarnit

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig