

K E N D E L S E

HydroCharting ApS
(selv)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Nikolaj Lysebjerg Hansen og advokat Niels Karl Heilskov Rytter,
København)

Intervenient:
EIVA A/S
(selv)

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter ”FMI”) iværksatte den 17. februar 2021 indhentning af tilbud på anskaffelse af software til oprensning af sonardata (hydrografiske data). Anskaffelsen blev annonceret på hjemmesiden www.udbud.dk.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 5. marts 2021 havde FMI modtaget tilbud fra virksomhederne HydroCharting ApS (herefter ”HydroCharting”) og EIVA A/S (herefter ”EIVA”). Den 26. marts 2021 meddelte FMI til HydroCharting, at FMI havde vurderet, at tilbuddet fra HydroCharting var ukonditionsmæssigt. Det fremgår af sagens oplysninger, at FMI har tildelt kontrakten til EIVA.

Den 5. april 2021 indgav HydroCharting klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Klagen har været behandlet skriftligt.

HydroCharting har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise HydroChartings tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere FMI's beslutning af 26. marts 2021 om at tildele den udbudte kontrakt til EIVA.

FMI har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 5. maj 2021 meddelt EIVA, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

EIVA har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 17. maj 2021 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at EIVA intervenserer i sagen til støtte for FMI.

Sagens nærmere omstændigheder

Den 17. februar 2021 annoncerede FMI en anskaffelse af 18 licenser af software til oprensning af sonardata (hydrografiske data) på www.udbud.dk. Der var tale om en enkeltanskaffelse af software til en anslået samlet værdi på 700.000 kr. Softwaren skulle bruges til søopmåling og udarbejdelse af søkort, som udføres af Geodatastyrelsen med bistand fra Forsvaret, herunder ved anvendelse af Forsvarets skibe og udstyr.

Af annonceringen på www.udbud.dk fremgår bl.a., at der var tale om et udbud under tærskelværdierne, at der var tale om udbud af ”varer og tjenesteydelser med klar grænseoverskridende interesse”, og at tildelingskriteriet var laveste pris.

Anskaffelsen er nærmere beskrevet i kravspecifikationen, hvoraf fremgår bl.a.:

”1 Krav

1.1 Beskrivelse af anskaffelsen

FMI ønsker at anskaffe software til rensning af sonardata optaget af Søopmålingen. Softwaren skal erstatte den software FMI i dag anvender til oprensning af sonar data. Den eksisterende software ”VISE” er udviklet af, en nu pensioneret medarbejder, dette betyder at det ikke længere er muligt for FMI, at vedligeholde softwaren.

Den software som FMI efterspørger, skal passe ind i det eksisterende arbejdsflow. Det vil sige, at det skal kunne læse og skrive data fra NaviEdit.

Det nuværende workflow består simpelt fortalt af opsamling af data i NaviScan (SBD-filer) dernæst editeres sensordata (position, SVP, roll, pitch, heave og vandstand) i NaviEdit (SQL-database med NaviEdit tabelstruktur) til sidst gennemføres der en visuel inspektion og rensning af data. Det er den sidste del af processen, hvor FMI ønsker et ny stykke software, som på en effektiv og smidig måde kan arbejde videre fra NaviEdit og assistere brugeren i den visuelle inspektion samt rensning af data.

FMI arbejder altid med den nyeste version af NaviScan og NaviEdit

FMI ønsker at anskaffe 18 licenser.”

I kravspecifikationen er det anført som et mindstekrav, at softwaren ved integration med NaviEdit:

”Skal kunne læse og skrive data direkte til og fra NaviEdit. Dvs. åbne filer og tilbageføre rettelser når data er rensset.”

Den 5. marts 2021 afgav HydroCharting tilbud.

Den 15. marts 2021 skrev FMI til HydroCharting, at FMI ikke af det fremsendte tilbud kunne se, at det tilbudte levede op til mindstekravet, og anmodede HydroCharting om senest den 22. marts 2021 at fremsende fyldestgørende dokumentation for, at det tilbudte opfyldte de stillede krav.

Ved brev af 21. marts 2021 redegjorde HydroCharting for tilbuddet. Af brevet fremgår bl.a.:

”FMI har ved skrivelse (ref.c.) forlangt dokumentation for, at det tilbudte produkt kan læse og skrive direkte til og fra softwaren NaviEdit fra det private firma Eiva A/S.

Eiva A/S har afvist at give QPS bv. adgang til de interne NaviEdit data-formater, hvorfor vi har valgt at anvende FAU formatet, der er det officielle danske hydrografiske dataudvekslingsformat. Dette format har den fordel, at der er velafprøvet som udvekslingsformat med NaviEdit softwaren. FAU anvendes af Geodatastyrelsen som dataformat mellem programmet VISE og NaviEdit. FAU er også i anvendelse hos det svenske Sjöfartsverket og hos det svenske private firma MMT AB for dataudveksling mellem Qimera og NaviEdit med nøjagtigt samme formål og krav som det ved Ref.a. skitserede. Den tilbudt løsning lever således fuldt op til de ved ref.a. punkt 1, 5 og 6 stillede krav til formater for input og output.

...

HydroCharting ApS præsenterer ved ref.e. en grafisk dokumentation for kapaciteten og en foreslået generel processeringsmetodik. Såfremt der er ønske om yderligere dokumentation, vil HydroCharting ApS foreslå, at der arrangeres en præsentation af den foreslåede løsning (evt. via Teams) på et aftalt passende tidspunkt.

...”

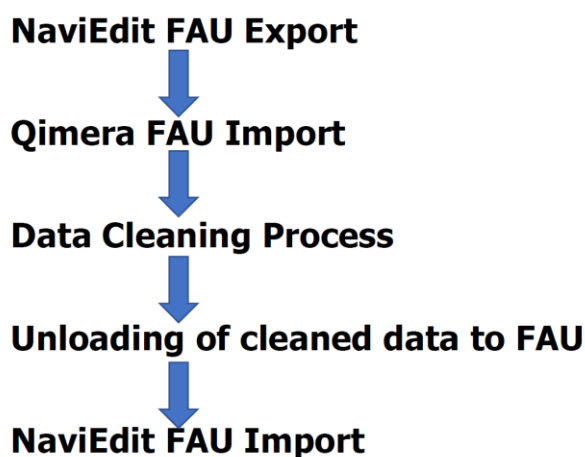
Af den grafiske dokumentation, som HydroCharting henviser til i brevet som ref.e., fremgår bl.a.:

”FAU Data Cleaning Process

As the softwarehouse QPS BV has been denied access to Eiva data and software formats a workflow testing procedure is proposed. We are leaning on known exchange procedures and formats as previously developed by Danish Hydrographic Authorities – that is the existing software VISE and the specified FAU format.

After interviewing personnel at the Danish Hydrographic Office, The Swedish Hydrographic Office and the Swedish company MMT we have concluded that the selected procedure is fully capable and compliant with the specified requirements. Both the Swedish Hydrographic Office and MMT are using the proposed workflow in similar data and software configurations.

The Suggested Future Workflow:



...”

Den 26. marts 2021 meddelte FMI til HydroCharting, at FMI havde vurderet, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Af afslagsbrevet fremgår bl.a.:

”I kravspecifikationen, i afsnit 1 (beskrivelsen af anskaffelsen) står beskrevet, at softwaren skal kunne læse og skrive data fra NaviEdit.

...

FMI betragter ikke dette SKAL krav som værende opfyldt, da den tilbudte software ikke arbejder direkte sammen med NaviEdit, men kun indirekte gennem FAU formatet. At skulle arbejde gennem FAU formatet giver ekstra arbejde i FMI’s workflow, hvilket øger sandsynligheden for at FMI begår fejl i processen.

Da det pågældende krav er et SKAL-krav er FMI forpligtet til at afvise tilbuddet, idet det hermed er ukonditionsmæssigt.”

EIVA har under klagesagsbehandlingen oplyst, at der ikke er en aftale mellem QPS og EIVA omkring deling af dataformater mellem NaviEdit og QPS’ produkter, og at der ikke har været rettet henvendelse til EIVA herom de seneste 5 år. EIVA har ifølge eget udsagn lavet aftaler med firmaer, der kan sidestilles med QPS.

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden

FMI har gjort gældende, at anskaffelsen ikke har klar grænseoverskridende interesse og derfor er omfattet af udbudslovens afsnit V, jf. udbudslovens § 11. Klagenævnet har derfor ikke kompetence til at behandle klagen, jf. klagenævnslovens § 1, stk. 4.

Formålet med at annoncere anskaffelsen på www.ubud.dk var at skabe konkurrence om kontrakten og hermed at sikre, at anskaffelsen blev gennemført på markedsmæssige vilkår, jf. udbudslovens § 193, stk. 1, nr. 3. Annonceringsnotitsen blev udfyldt som en ren ekspeditionssag af en kollega til den person i FMI, som var ansvarlig for anskaffelsen. Spørgsmålet om ”klar grænseoverskridende interesse” blev ikke drøftet mellem de to personer, og annonceringen var således ikke udtryk for FMI’s vurdering af dette spørgsmål. Den omstændighed, at FMI i annonceringsnotitsen markerede, at der var tale om en kontrakt med klar grænseoverskridende interesse, medfører ikke, at den annoncerede kontrakt dermed havde klar grænseoverskridende interesse, jf. udbudslovens § 191, stk. 1. Dette afhænger af en konkret vurdering af, hvorvidt kontrakten kan siges at måtte have haft interesse for aktører beliggende i andre medlemsstater end Danmark, hvilket bl.a. skal vurderes ud fra kontraktens genstand, værdi m.v.

Den pågældende kontrakt har en værdi, som ligger væsentligt under tærskelværdien i udbudslovens § 6, stk. 1, nr. 2, der er fastsat efter, hvornår kontrakter i udgangspunktet må forventes at have interesse for det indre marked i EU og således bør udbydes, jf. bl.a. EU-Domstolens dom i sag C-318/15 og generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i sag C-195/04, Kommissionen mod Finland, afsnit 94. Hertil kommer, at kontrakten er udarbejdet på dansk, hvilket i sig selv må tale imod, at udenlandske aktører ville være interesseret i den. FMI modtog også kun tilbud fra danske virksomheder, og FMI har ikke i øvrigt modtaget henvendelser, herunder spørgsmål til annonceringen, fra udenlandske økonomiske aktører.

Der foreligger således ikke faktuelle omstændigheder ved den pågældende kontrakt, der indikerer, at kontrakten har klar grænseoverskridende interesse.

HydroCharting har gjort gældende, at udbuddet er grænseoverskridende, da der er tale om en internationalt anvendt softwaretype – såvel NaviEdit fra EIVA som Qimera fra QPS BV. Det må forventes, at softwaren efterfølgende vil blive forhandlet globalt.

HydroCharting har desuden anført, at formuleringen ”For at opnå så konkurrencedygtige vilkår som muligt besluttede FMI dog at konkurrenceudsætte anskaffelsen offentligt, ... ” indikerer, at der var tale om et reelt udbud.

Det største kundegrundlag for EIVA må være uden for Danmark og i softwareversioner på andre sprog end dansk, hvorfor produktet har ”klar grænseoverskridende interesse”. Det fremgik desuden ikke af udbudsmaterialet, at softwaren skulle være begrænset alene til anvendelse af FMI.

Ad påstand 1

HydroCharting har gjort gældende, at HydroChartings tilbudte software Qimera v. QPS BV kan skrive til filer i formatet FAU, der kan udlæses og indlæses af softwaren NaviEdit fra firmaet EIVA.

Qimera kan via filer i FAU-formatet problemfrit læse og skrive direkte til og fra NaviEdit, herunder har den alle funktioner til fjernelse af ”støj” i data og kan netop ”åbne filer og tilbageføre rettelser når data er renset.” Der er således ikke tale om en manuel proces, ud over den proces, der i forvejen anvendes ved udtræk af data fra NaviEdit-formatet. Der er herved ikke manuel håndtering af data, der er anderledes end ved håndteringen af data direkte fra NaviEdit, og som kan resultere i yderligere menneskelige fejl.

FAU-formatet er defineret af de danske myndigheder, og der er adskillige års positive erfaringer med ind- og udlæsning af dette format fra software produceret af EIVA. HydroCharting og producenten QPS BV har desuden erfaring med at foretage sammenkobling af software med direkte mulighed for opdatering af rettelser. For at muliggøre dette er kendskabet til NaviEdits format og netværksprotokol en nødvendighed.

Ved afvisning af adgang til EIVA formater er det HydroCharting opfattelse, at der ikke reelt er tale om et udbud, men snarere en målrettet tildeling af økonomiske midler til den private virksomhed EIVA eller en af EIVA privilegeret virksomhed.

FMI har gjort gældende, at FMI var berettiget til at afvise HydroChartings tilbud, da dette ikke opfyldte mindstekrav i annonceringsmaterialet.

Ifølge krav nr. 1 skulle det tilbudte software ”kunne læse og skrive data direkte til og fra NaviEdit. Dvs. åbne filer og tilbageføre rettelser når data er rensset.” Der er tale om et sagligt, tydeligt og klart beskrevet krav, der ikke kunne efterlade tvivl om betydningen heraf.

HydroChartings tilbudte software kan gennemføre en oprensning af data i NaviEdit, men dette kræver, at data fra NaviEdit manuelt skal eksporteres til HydroChartings software i et andet format end det format, NaviEdit bruger, ligesom det manuelt skal importeres tilbage til NaviEdit igen efter endt oprensning. Dette udgør således en indirekte behandling, hvor brugerne af de to programmer manuelt vil skulle lagre data i flere formater og versioner, og der vil således ikke være tale om, at data læses og skrives direkte mellem NaviEdit og HydroChartings software.

FMI ønsker ikke, at brugerne af det pågældende software skal arbejde med den metode, ”der i forvejen anvendes”. Hensigten med annonceringen var netop at anskaffe et stykke software, der kan læse og skrive data direkte til og fra NaviEdit, så brugerne kan opnå et bedre workflow end hidtil.

Tilbuddet var derfor ikke konditionsmæssigt, og FMI var berettiget til at afvise det.

HydroCharting synes reelt ikke at anfægte, at virksomhedens tilbudte software ikke fuldt ud opfylder de mindstekrav, der er stillet i annonceringsmaterialet. HydroChartings anbringender synes således snarere at gå på, at kravene er uhensigtsmæssige. Kravet bunder i, at der skal være direkte interaktion mellem NaviEdit og det efterspurgte software, et operativt krav om et effektivt workflow med så lav risiko for fejl som muligt. Det annoncerede software skal bruges i et workflow, hvor der typisk behandles 500 – 1.000 filer pr. behandling, og i den sammenhæng begås der erfaringsmæssigt mange manuelle fejl, hvis data skal trækkes ud af NaviEdit i et andet format, da der bl.a. er risiko for, at filer gemmes ”forkert”/i flere versioner, og at de rigtige filer ikke føres tilbage i NaviEdit korrekt efter endt rensning.

Disse fejl vil kunne undgås, hvis det software, der skal gennemføre rensningen, er direkte integreret med NaviEdit, da rensningen således kan foretages direkte i NaviEdit. Kravet er således foranlediget af slutbrugernes ønsker til softwaren, og det bestrides i den sammenhæng, at kravet skulle være uhen-

sigtsmæssigt, herunder at den manuelle håndtering af data, der kan introducere fejl ved brug af HydroChartings software, ikke skulle være anderledes end de menneskelige fejl, der kan forekomme ved håndteringen af data direkte i NaviEdit.

Ad påstand 2

HydroCharting har ikke anført særskilte anbringelser til støtte for påstanden om annullation af FMI's tildelingsbeslutning.

FMI har gjort gældende, at FMI ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og at der således ikke foreligger noget grundlag for at annullere FMI's tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisningspåstanden

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 1. pkt., jf. § 1, stk. 2, nr. 1, og stk. 4, at klagenævnet har kompetence til at træffe afgørelse om, hvorvidt der er sket en overtrædelse af udbudsloven eller regler udstedt i medfør af udbudsloven, undtagen overtrædelse af udbudslovens §§ 1 og 193.

Den udbudte kontrakt er ikke omfattet af udbudslovens afsnit II eller III, og det afgørende for klagenævnets kompetence til at behandle klagen er herefter, om kontrakten har klar grænseoverskridende interesse, og dermed er omfattet af udbudslovens afsnit IV, jf. udbudslovens § 191, stk. 1.

Af forarbejderne til udbudslovens § 191, jf. de specielle bemærkninger i lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, fremgår, at en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, hvis en ordregiver vurderer, at en virksomhed i en anden medlemsstat kan være interesseret i at byde på en kontrakt. Den grænseoverskridende interesse vedrører således alene, om en virksomhed i en anden medlemsstat kan have interesse i kontrakten, og ikke om kontrakten kan have interesse for en udenlandsk virksomhed, der allerede driver virksomhed i Danmark. Det beror på ordregiverens konkrete vurdering, om en kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse. Ved vurderingen skal der lægges vægt på kontraktens genstand, kontraktens anslåede værdi, forholdene i den

pågældende branche, herunder markedets størrelse, struktur og handelspraksis samt det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres. Andre relevante elementer kan også have betydning og bør inddrages i den konkrete vurdering.

Af forarbejderne fremgår endvidere bl.a., at kontraktens genstand har betydning for, om kontrakten vurderes at have klar grænseoverskridende interesse. Hvis det er en forudsætning for udførelsen af kontrakten, at den vindende tilbudsgiver har viden om særlige danske regler, der regulerer udførelsen af specifikke tjenesteydelser, kan det pege i retning af, at kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse. Endvidere har kontraktens anslåede værdi stor betydning for, om den vurderes at have grænseoverskridende interesse. En kontrakts meget begrænsede økonomiske værdi vil pege i retning af, at kontrakten ikke har klar grænseoverskridende interesse. Det skyldes, at eksempelvis transportomkostninger kan komme til at veje så tungt for udenlandske virksomheder, at kontrakten ikke længere har interesse. Omvendt vil en kontrakts høje værdi pege i retning af, at en kontrakt har en grænseoverskridende interesse. For at kunne konstatere om kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, kan der dog ikke udelukkende tages udgangspunkt i, at kontraktens værdi ikke overstiger en vis tærskel. Der skal altid ske en vurdering af alle omstændigheder i hver sag. Selv om en kontrakt har en meget begrænset økonomisk værdi, vil det således stadig være nødvendigt at se værdien i sammenhæng med andre forhold såsom kontraktens genstand, brancheforholdene m.v., for at kunne konstatere, om kontrakten har klar grænseoverskridende interesse. Det geografiske sted, hvor kontrakten vedrørende en tjenesteydelse skal udføres, har også betydning for, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. Hvis der er tale om ydelser, der ikke nødvendigvis skal udføres i Danmark, vil dette tale for, at kontrakten har klar grænseoverskridende interesse i vurderingen heraf.

Den udbudte kontrakt vedrører udviklingen af et softwareprogram til brug for oprensning af sonardata. Kontrakten har en anslået samlet værdi på 700.000 kr. Der er ikke oplyst nærmere om, at udviklingsarbejdet skal foregå i Danmark eller i øvrigt kræver særligt kendskab til danske forhold.

FMI har i forbindelse med annonceringen af udbuddet på www.udbud.dk anført, at der var tale om udbud af ”varer og tjenesteydelser med klar grænseoverskridende interesse”. FMI har gjort gældende, at dette ikke var udtryk

for FMI's vurdering af, om kontrakten havde klar grænseoverskridende interesse, men har ikke i øvrigt fremlagt et notat eller lignende hvor FMI's vurdering af, om kontrakten har klar grænseoverskridende interesse fremgår.

Efter en samlet vurdering og navnlig henset til, at kontrakten vedrører udvikling af et softwareprogram til oprensning af sonardata, finder klagenævnet – uanset kontraktens lave værdi og det forhold, at FMI ikke modtog tilbud eller henvendelser fra udenlandske virksomheder – at den udbudte kontrakt frembyder en klar grænseoverskridende interesse, og at den dermed er omfattet af udbudslovens afsnit IV.

Påstanden om afvisning tages således ikke til følge.

Ad påstand 1

Det fremgår af kravspecifikationen som et mindstekrav, at den tilbudte software skulle kunne læse og skrive direkte til og fra NaviEdit, dvs. den skulle kunne åbne filer og tilbageføre rettelser, når data var rensset. Kravet var ifølge FMI begrundet i, at FMI havde erfaret, at der blev begået mange manuelle fejl, hvis data skulle trækkes ud af NaviEdit i et andet format, da der bl.a. var risiko for, at filer blev gemt forkert/i flere versioner, og at de rigtige filer ikke blev føret tilbage i NaviEdit korrekt efter endt rensning.

HydroCharting har tilbudt softwareprogrammet Qimera Clean med dataudvekslingsformatet FAU. Efter det oplyste må det lægges til grund, at den tilbudte software ikke direkte kan læse og skrive til og fra NaviEdit, men skal eksportere data fra NaviEdit-formatet over i FAU-formatet for at rense disse data og derefter importere dem tilbage i NaviEdit.

HydroChartings tilbud opfyldte dermed ikke mindstekravet om, at den tilbudte software skulle kunne læse og skrive direkte til og fra NaviEdit, og FMI var derfor berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Påstand 1 tages på denne baggrund ikke til følge.

Idet påstand 1 ikke tages til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstand 2 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

HydroCharting ApS skal i sagsomkostninger til FMI betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent