

K E N D E L S E

COWI A/S  
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

mod

Kort og Matrikelstyrelsen  
(Kammeradvokaten ved advokat Kurt Bardeleben)

Ved udbudsbekendtgørelse af 18. december 2006 udbød Kort og Matrikelstyrelsen som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) indkøbet af brugsretten til en digital højdemodel, bestående af en digital terrænmodel og en digital overflademodel, over Danmark - ekskl. Færøerne, Grønland og det tidligere Frederiksborg Amt.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 25. januar 2007 havde COWI A/S (klageren) og Blominfo A/S - Scankort A/S anmodet om prækvalifikation. Den 9. februar 2007 besluttede Kort og Matrikelstyrelsen (indklagede) at kvalificere klageren. Blominfo A/S - Scankort A/S blev ligeledes kvalificeret.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 9. februar 2007, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 29. marts 2007 havde klageren og Blominfo A/S - Scankort A/S afgivet tilbud.

Den 25. april 2007 meddelte indklagede, at man anså klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt, fordi indklagede opfattede tilbuddet som et alternativt tilbud. Samtidig meddelte indklagede, at agtede at indgå kontrakt med Blominfo A/S - Scankort A/S.

Den 3. maj 2007 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 9. maj 2007 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 23. november 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EF-traktatens principper om ligebehandling samt reglerne om ligebehandling i Udbudsdirektivet, ved i udbudsmaterialet at have opstillet en række betingelser, der begrænser de mulige tilbudsgivere til virksomheder, der allerede er aktive på det danske marked.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at have afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt og ved at have undladt at evaluere klagerens tilbud.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EF-traktatens principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt reglerne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivet ved i det i udbudsmaterialet indeholdte udkast til kontrakt at have opstillet uklare og uopnåelige krav til tidspunktet for levering.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EF-traktatens principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt reglerne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivet ved at udforme udbudsbetingelserne således, at potentielle ansøgere om prækvalifikation og de konkret inviterede tilbudsgivere kunne få det indtryk, at udbuddet angik udførelsen af en tjenesteydelse eller en til lejligheden tilvirket leverance, som kunne udføres eller produceres i tiden efter kontraktindgåelsen, når udbudsbetingelsernes udformning samtidig har gjort det fysisk umuligt at fo-

retage de for kontraktens opfyldelse nødvendige scanninger i perioden efter kontraktens tildeling.

#### Påstand 5

Klagenævnet skal pålægge indklagede at lovliggøre den afholdte udbudsforretning.

Klageren har forbeholdt sig senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Ved en digital højdemodel af et landområde forstås en beskrivelse ved hjælp af digitale højdedata, hvorved der opnås en fuldstændig tredimensionel beskrivelse af landet. Produktet kan anvendes bl.a. til projektering og anlægsarbejder, vurdering af oversvømmelse, miljøvurdering i landbrug, støjberegninger, beregning af sigteforhold til telesektoren, luftfart m.m.

De digitale højdedata, der anvendes i højdemodellen indsamles ved hjælp af laserskanning fra fly, der er udstyret med avanceret laserscanner, og avancerede gyroer. De anvendte flys position bestemmes til stadighed ved hjælp af GPS. Indsamling af højdedata (»datafangst«) kræver flyvning i en vis højde og med fuld sigtbarhed til jordoverfladen.

Når højdedata er blevet scannet, skal disse efterbehandles. Der indsamles meget store datamængder, en såkaldt »punktsky«. Disse datamængdemængder indeholder støj og fejlmålinger - f.eks. forårsaget af fugle, flagstænger, måling gennem drivhuse m.m. - der skal fjernes. Her udover søges objekter over terræn fjernet gennem en avanceret beregningsproces.

Det er oplyst, at klageren siden 1995 har lavet en række nationale kortprodukter i form af luftfotokort, og at klageren påbegyndte produktion af digitale højdedata den marts 2006. Klageren har beskrevet sin digitale højdemodel i en pressemeddelelse af 22. maj 2006. I pressemeddelelsen er bl.a. anført:

»...

DDH, Danmarks Digitale Højdemodel, som højdekortet kommer til at hedde, forventes at imødekomme en stor efterspørgsel i markedet blandt de mange aktører, der beskæftiger sig med landskabs- og geoanalyser. DDH tager nemlig bogstavelig talt højde for både terrænet og ikke

mindst de objekter i terrænet, som vi mennesker har placeret. Dermed får alle, der arbejder med kystbeskyttelse, katastrofe- og oversvømmelsesberedskab, afløb, miljø, skovbrug, landbrug og infrastruktur fremover adgang til et tredimensionelt kort, der giver et helt nyt billede af det danske landskabs udseende og reaktionsmønster ved voldsomme regnskyl og forhøjede vandstande. Desuden får eksempelvis televirk-somheder langt nemmere ved at regne på placeringen af telemaster i forhold til bygninger og andre naturlige forhindringer for signalernes udbredelse.

...

DDH fremstilles ved at overflyve hele landet med avanceret laserscanningsudstyr. Landskabet »sweepes« af en laserstråle, der foretager 70.000 målinger i sekundet med centimeters nøjagtighed. DDH består af en Digital Terrain Model (DTM), som beskriver »bar jord« og hvor alt oven på jordoverfladen er fjernet, og en Digital Surface Model (DSM), der indeholder data om eksempelvis huse, vegetation og andre objekter oven på overfladen af terrænet. Endelig udarbejdes en Digital Elevation Model (DEM), der i princippet er overflademodellen minus terrænmodellen. Desuden kan DDH kobles med COWIs landsdækkende mosaik af ortofotos, som kan »draperes« ned over højdemodellen, hvorved man opnår en fotorealistisk overflade. Datasættet kommer op på svimlende 17 milliarder punkter, og hvert punkt har derudover tre værdier, der knyttes til hhv. overflademodellen, terrænmodellen og elevationsmodellen, der beskriver signalintensiteten for fx telemaster.

...«

Den 26. maj 2006 meddelte Blominfo A/S og Scankort A/S i en pressemeddelelse, at de var gået sammen for at skabe et produkt med digitale højdedata. I pressemeddelelsen fra disse virksomheder er bl.a. anført følgende:

»...

Blominfo A/S og Scankort A/S er gået sammen om at etablere en landsdækkende digital terrænmodel af Danmark. Projektet er godt i gang - mere end 50 % er allerede dækket - og dataindsamlingen vil være afsluttet i 2006.

De digitale data indsamles ved hjælp af laserscannere, som er monteret i fly. Laserscanning er en metode til opbygning af en meget nøjagtig database, der beskriver højdeforholdene for et landskab. Databasen kaldes en digital terrænmodel, DTM.

...

Laserscanningen gennemføres ved at flyve over hele landet i ca. 1.000 meters højde og indsamle 100.000 positioner pr. sekund. Herefter bear-

bejdes data gennem en række avancerede beregningsprocesser, så der opnås en højdenøjagtighed på 10-15 cm. ...«

Forud for indklagedes beslutning om at iværksætte udbud om køb af en digital højdemodel, havde indklagede rettet henvendelse til rådgivningsfirmaet Deloitte, som bl.a. kortlagde det danske marked for højdedata og i den forbindelse gennemførte Deloitte interviews med klageren, og med Scan-kort A/S og Blominfo A/S.

Udbudsbekendtgørelsen af 18. december 2006 indeholder følgende:

»...

II.1.5) Kortfattet beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/ene:

...

Alle aktiviteter relateret til kvalitetssikring skal dokumenteres.

Ordregiver skal have adgang til punktsky til brug for kvalitetssikring - nærmere bestemmelser herom vil fremgå af udbudsmaterialet. Ordregiver kan benytte tredjeparter til generel kvalitetskontrol af leverancerne.

Brugsretten til højdemodellen giver de statslige myndigheder mulighed for at anvende modellen i myndighedernes opgavevaretagelse, herunder stille den til rådighed for tredjeparter til udførelse af disse opgaver.

Brugsretten giver Kort & Matrikelstyrelsen mulighed for at foretage ajourføring af højdemodellen til brug for rettighedshavernes opgavevaretagelse.

Desuden skal Kort & Matrikelstyrelsen have mulighed for at etablere ortofotos samt en terrænmodel med 10 m grid og 1 m højdekurver, som må videreformidles og anvendes uindskrænket, herunder sælges til tredjeparter.

Senest den 1.1.2016 opnår staten ubegrænset medejendomsret til den leverede højdemodel, herunder mulighed for salg og videreoverdragelse, til alle data, herunder punktsky dækkende hele Danmark. Leverandøren bibeholder ophavsretten til de leverede produkter og kan således frit sælge produkterne til myndigheder og private virksomheder, der ikke deltager i indkøbet af højdemodellen. Dette gælder også, efter at staten har opnået ubegrænset medejendomsret til højdemodellen og dens data senest den 1.1.2016. Herefter ophører alle betalingsforpligtelser i henhold til kontrakten.

Leverandøren kan vælge at inddele leveringen af højdemodellen i etaper. Leveringen skal dog som minimum følge nedenstående plan:

- Det tidligere Københavns Amt, Københavns og Frederiksberg kommuner, det tidligere Ringkjøbing Amt samt enkelte andre mindre delområder: Højdemodellen for disse områder kan leveres i tre etaper, senest 1.6, 1.7 og 1.8.2007. Den nærmere afgrænsning af hvilke områder, der skal leveres først, sker efter aftale.

- De øvrige dele af landet (undtagen det tidligere Frederiksborg Amt): Levering skal ske således, at mindst 50 pct. er leveret senest 1.1.2008, mens den resterende del er leveret senest 1.6.2008. Den nærmere afgrænsning af hvilke områder, der skal leveres først, sker efter aftale.  
...«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Endvidere var bestemt, at alternative bud ikke ville blive taget i betragtning.

I udbudsbetingelserne af 9. februar 2007 er om tildelingskriteriet »Det økonomisk mest fordelagtige tilbud« nærmere anført, at tildelingen af ordren sker efter en vurdering af følgende underkriterier:

- Kvaliteten af den tilbudte ydelse (40-50 %)
- Økonomi (35-45 %)
- Leveringstidspunkt (10-20 %)

Om underkriteriet »Leveringstidspunkt« anfører udbudsbetingelserne følgende:

» Ved vurderingen af kriteriet vil der blive lagt vægt på beskrivelsen i bilag 4 af tilbudsgivers plan for levering af højdemodellen, herunder:

- I. Levering af højdemodellen hurtigere end de i bilag 4, afsnit 2.1, anførte minimumskrav til levering.
- II. Levering af særlige områder som nævnt i bilag 4, afsnit 2.2, hurtigere end de i bilag 4, afsnit 2.1, anførte minimumskrav til levering.«

Udbudsmaterialet (kontrakten) indeholder endvidere følgende:

## »2. DEFINITIONER

...

Ved godkendelsesdag forstås den dag, hvor KMS [indklagede] i kvalitetskontrolperioden godkender en etape, jf. pkt. 7.

## 7. LEVERING

...

Levering af en etape anses for sket på godkendelsesdagen, når KMS skriftligt godkender etappen. KMS udsteder skriftlig godkendelse, når KMS har konstateret, at den etapevise levering af højdemodellen opfylder de krav, der er fastsat i bilag 1 og 2.

...«

Udbudsmaterialet har endvidere anført følgende (kontraktbilag):

### »5 Ordregivers kvalitetssikring

Ordregivers kvalitetssikring starter ved modtagelse af den første etapeleverance fra leverandøren. Der skelnes mellem leverancekontrol, som danner baggrund for ordregivers accept af den enkelte leverance og kvalitetskontrol, som danner baggrund for ordregivers endelige godkendelse af den enkelte leverance.

#### 5.1 Leverancekontrol

For hver etapeleverance udfører ordregiver en indledende stikprøvevis generel validering og kontrol af den enkelte etapes leverance jf. bilag 1, afsnit 4 og bilag 2, afsnit 6. Denne kontrol kaldes leverancekontrol.

Ordregiver forpligter sig til at have tilendebragt leverancekontrollen senest en måned efter datoen for modtagelse af leverancen. I perioder, hvor ordregiver må indhente yderligere oplysninger hos leverandøren og i perioder, hvor leverandøren udbedrer fejl og mangler, suspenderes fristen, således at denne tid ikke indgår i fristen på en måned. En leverance er accepteret, når følgende acceptkriterier er opfyldt.

- En oversigt over alle leverancer i etappen er til stede.
- Alle de til etapeleverancen hørende dokumenter og datafiler er til stede, jf. afsnit 4 samt bilag i afsnit 6.
- Data er leveret på det rette medie, jf. bilag i, afsnit 6.1.
- Leverancen har de rigtige formater, jf. bilag i, afsnit 6.2.
- Data kan indlæses.
- Data er korrekt navngivet, jf. bilag 1, afsnit 6.3.
- Data refererer til det rette geodætiske referencesystem, jf. bilag 1, afsnit 1.3.
- Rumlige koordinater er angivet med det rette antal decimaler, jf. bilag, afsnit 1.3.
- Data er troværdige.

#### 5.2 Ordregivers kvalitetskontrol

For hver etapeleverance udfører ordregiver en grundigere og mere fyldestgørende kontrol af hver enkelt leverance baseret på stikprøver samt

referencedata. Denne kontrolprocedure vil bl.a. inkludere sammenligninger med in-situ præcisionsbestemmelser af koten, på udvalgte lokaliteter. Ordregiver forpligter sig til at have tilendebragt kvalitetskontrollen for den enkelte etapeleverance senest 12 måneder efter ordregivers godkendelse af den pågældende etapeleverance. I perioder, hvor ordregiver må indhente yderligere oplysninger hos leverandøren og i perioder, hvor leverandøren udbedrer fejl og mangler, suspenderes fristen, således at denne tid ikke indgår i fristen på 12 mdr. En leverance er godkendt, når leverandøren har genleveret efter rettelse og udbedring af påpegede fejl og mangler, og når ordregivers kvalitetskontrol viser, at kravspecifikationen er overholdt.

...

## 2. Tidsplan

Dette bilag dækker perioden frem til udløbet af garantiperioden.

### 2.1. Minimumskrav til levering

Leverandøren kan vælge at inddele leveringen af højdemodellen i etaper.

Leveringen skal dog som minimum følge nedenstående plan:

| Seneste leveringstidspunkt                                                                                                                                                                                               | Områder                                                                                                        |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Mellem 1. juni 2007 og 1. august 2007.<br><br>Nærmere afgrænsning af hvilke områder, der leveres først, sker efter aftale med ordregiver.<br><br>Levering kan ske i tre etaper senest 1. juni, 1. juli og 1. august 2007 | Københavns Kommune<br>Frederiksberg Kommune<br>Det tidligere Københavns Amt<br>Det tidligere Ringkjøbing Amt   |
| 1. januar 2008                                                                                                                                                                                                           | Mindst 50 pct af den øvrige del af landet (undtagen det tidligere Frederiksborg Amt samt Færøerne og Grønland) |
| 1. juni 2008                                                                                                                                                                                                             | Den resterende del af landet (undtagen det tidligere Frederiksborg Amt samt Færøerne og Grønland)              |

...«

I klagerens tilbud er bl.a. anført følgende vedrørende den i udbuddet anførte tidsplan:

## »I Tidsplan for levering af højdemodel

### 1.1 Kommentarer til Bilag 4, afsnit 2.2

Der refereres til tidsplan bagerst i dette afsnit. Tidsplanen forudsætter at projektet startes op 1. april. Ved kontraktunderskrivelse senere end dette, vil tidsplanen skulle justeres til at reflektere det aktuelle starttidspunkt.

#### Opstart med test-produktion

Som beskrevet under samarbejde generelt i KK43 og KK44, planlægges der med en test-produktion af et prøveområde for at sikre at alle forhold omkring specifikation, produktions-metode og kvalitetssikring er afklaret i detaljer i samarbejde med KMS inden den egentlige produktion startes op.

Det pointeres at KMS's endelige godkendelse af disse resulterende procedurer og specifikationer er en forudsætning for produktionsstart, og det forventes at KMS sætter de nødvendige ressourcer af til at muliggøre dette indenfor den tidsramme, som afsættes til test-produktionsfasen. I det præsenterede forslag til tidsplan er der afsat i alt 3 måneder til denne fase, men dette er naturligvis til forhandling.

#### Særligt prioriterede områder

De to områder, som KMS har prioritet højt med hensyn til hurtig levering, er allerede laserscannet - og vil kunne leveres enten i forbindelse med kontraktunderskrivning eller umiddelbart efter i april måned. ...

#### Etape 1-3

Med denne form for opstart, som vi mener, er i både KMS's og COWI's interesse, er det ikke muligt samtidigt at levere færdige højdedata i henhold til KMS's specifikation allerede 1. juni, som krævet i udbudsmaterialet.

For imidlertid at imødekomme KMS's behov for at råde over højdedata på dette tidlige tidspunkt, vil vi tilbyde at levere højdedata produceret i henhold til COWI's DDH specifikationer indenfor de angivne tidsfrister for etape 1, 2 og 3. Herefter gen-editeres disse datasæt i henhold til KMS-specifikationen, og data leveres hhv. 1. september (etape 1 og 2 - Københavnsområdet) og 1. november (etape 3 - Ringkøbing amt).«

Direktør hos klageren Rasmus Ødum og vicedirektør hos indklagede Nicolaj Veje har afgivet forklaring under sagen.

Rasmus Ødum har forklaret bl.a., at fordi indsamlingen af data er så kompliceret betød de i udbuddet fastsatte tidsfrister, at man ikke havde mulighed for at levere til tiden, med mindre man allerede ved udbuddet var langt inde i processen. Han har ikke opfattet klagerens bemærkninger i tilbuddet om leverance i henhold til klagerens specifikationer som et forbehold, men et tilbud om at levere bedst muligt. Der kunne ikke ske levering i henhold til indklagedes specifikationer i den forstand, som indklagede har defineret begrebet »levering«, fordi dette tidspunkt ikke var fastlagt til et bestemt tidspunkt i udbudsmaterialet. Klageren tilbød at levere de data, der var samlet.

Nicolaj Veje har forklaret bl.a., at indklagede skulle levere højdedata til producenten i perioden 1. juni til 1. august. Kontrakt med Blominfo A/S og Scankort A/S blev indgået den 11. maj 2007. Meningen med reglerne om aflevering er, at indsamlede data afleveres til indklagede, der herefter har 13 måneder til endelig godkendelse. Ved aflevering af data skal indklagede indledningsvis tilkendegive, at man har accepteret, at der er sket levering af data. Derpå udføres en kvalitetskontrol. Levering er en samlet proces og udtryk for, at data er modtaget, og at endelig kontrol er udført. Levering sker imidlertid, når data afleveres, således at leverancekontrollen kan påbegyndes. Tidsfristerne i udbudsmaterialet er fastsat på baggrund af den information, som aktørerne på markedet fremkom med. Det blev fra disse tilkendegivet, at indsamlingsprocessen ville være afsluttet ved udgangen af 2006.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede vidste, at reelt kun to aktører, som begge var danske, på udbudstidspunktet kunne levere den udbudte ydelse, og at udbudsbetingelserne blev udformet således, at kun virksomheder, der allerede på kontrakttildelingstidspunktet havde indsamlet højdedata for arealerne omfattet af etape 1, havde mulighed for at opfylde den udbudte kontrakt. De fastsatte leveringsfrister fremstod således som faktisk nationalitetsdiskriminerende, idet de reelt begrænsede antallet af mulige tilbudsgivere til de aktører, der var etableret i Danmark, og som på tidspunktet for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen allerede havde påbegyndt indsamlingen af højdedata.

De fastsatte leveringsfrister var ikke begrundet i saglige forhold og udgør således en teknisk handelshindring eller en foranstaltning med tilsvarende virkning i strid med EF-traktatens artikel 28.

Indklagede har gjort gældende, at en ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at tilrettelægge sit udbud således, at aktører, der endnu ikke har forberedt sig på levering inden for det pågældende område, får mulighed for herfor. En ordregivende myndighed helt kan endog undlade udbud, hvis det ligger fast, at der kun er en konkret leverandør, der er i stand til at levere den pågældende vare eller tjenesteydelse, hvilket følger umiddelbart af udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra b. Ordregivende myndigheder således ikke forpligtet til hverken at skabe et marked eller at udviske de fordele, som visse markedsdeltagere selv kan have opnået.

#### Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at en garanteret efterlevelse af indklagedes tidsplan for levering ville forudsætte, at en tilbudsgiver skulle indlevere leverancen af etape I til indklagede ca. 9 måneder før den forventede tildeling af kontrakten, svarende til ca. 6 måneder før offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen.

Det fremgår således af det i udbudsmaterialet indeholdte udkast til kontrakt, at der skal ske »levering« af 1. etape senest den 1. august 2007, men »levering« sker efter udkastet til kontrakt først på »godkendelsesdagen«, dvs. når indklagede skriftligt godkender etapen. »Godkendelsesdagen« er efter udkastet til kontrakt den dag, hvor indklagede i »kvalitetskontrolperioden« godkender en etape, og indklagede er efter udkastet til kontrakt først forpligtet til at have tilendebragt »kvalitetskontrollen« for den enkelte etapeleverance 13 måneder efter datoen for modtagelsen af leverancen. Den forventede kontrakttildeling var primo april 2007, og kontrakten kunne således ikke forventes underskrevet før medio april 2007. Hertil kommer, at indklagede har kunnet udskyde den endelige godkendelse af en leverance, som er afgørende for, hvornår der efter kontrakten er sket levering, med op til i hvert fald 13 måneder fra det tidspunkt, hvor indklagede har modtaget leverancen.

Indklagedes udformning af udbudsmaterialet efterlod således ikke tilbudsgiverne mulighed for at garantere, at de ville leve op til indklagedes tidsplan for levering. Tilbudsgiverne har på denne baggrund ved afgivelsen af tilbud har været berettigede til at tage forbehold for leveringsplanen.

Indklagede har derfor ikke været berettiget til at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens anbringender er i alt væsentligt baseret på en »konstrueret misforståelse« af kontrakten. Indklagedes tidsplan har selvfølgelig ikke haft som forudsætning, at leverancen af etape I skulle leveres ca. 9 måneder før den forventede tildeling af kontrakten, end-sige 6 måneder før offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen. Det var da heller ikke denne »misforståelse« af den udbudte tidsplan, der var udgangs-punktet for klagerens forbehold over for tidsplanen.

Det faktum, at klageren i det afgivne tilbud tog et forbehold over for tidsplanen har betydet, at indklagede ikke blot var berettiget men forpligtet til at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, og det havde været i strid med udbudsdirektivet, hvis indklagede havde anerkendt tilbuddet som konditions-mæssigt og gennemført evaluering heraf.

### Ad påstand 3

Klageren har gjort det under påstand 2 anførte gældende og videre anført, at det i udbudsmaterialet indeholdte udkast til kontrakt således opstillede uklare og uopnåelige krav til tidspunktet for levering.

Indklagede har gjort det under påstand 2 gældende og videre anført, at klageren har end ikke sandsynliggjort, at udbudsmaterialet indeholdt uklare og uopnåelige krav til tidspunktet for levering. Derimod viser forløbet efter kontraktindgåelsen med Blominfo A/S og Scankort A/S, at det har været muligt at levere helt i overensstemmelse med den udbudte tidsplan.

### Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelserne var udformet således, at kun virksomheder, der allerede på kontrakttildelingstidspunktet havde indsamlet højdedata for arealerne omfattet af etape 1, havde mulighed for at

opfylde den udbudte kontrakt, og at indklagede generelt i udbudsmaterialet lagde op til, at indklagede ønskede at købe en ydelse, som skulle tilvirkes specifikt efter indklagedes specifikationer. Udbudsbetingelserne gav således med urette potentielle ansøgere om prækvalifikation og de prækvalificerede tilbudsgivere det indtryk, at udbuddet angik udførelsen af en tjenesteydelse eller en til lejligheden tilvirket leverance, som kunne produceres i tiden efter kontraktindgåelsen.

Indklagede har gjort gældende, at den ønskede ydelse i det væsentligste er en tjenesteydelse, men at den baserer sig på et produktionsapparat og visse forudsætninger, som naturligvis må være til stede for at kunne levere. Såvel klageren som andre aktører på markedet for digitale højdemodeller har længe været klar over, at indklagede havde planer om at indkøbe en digital højdemodel. Disse planer blev meldt ud allerede i sommeren 2006, og ikke mindst efter udbudsbekendtgørelsen burde det have stået klart for alle inden for branchen, hvad ydelsen nærmere gik ud på.

#### Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at det forhold at indklagedes kontrakt med Blominfo A/S og Scankort A/S, omfatter langt hovedparten af alle offentlige kunder og giver indklagede mulighed for at videresælge de af kontrakten omfattede ydelser til private, bevirker, at klageren fremover reelt afskæres fra det danske marked for digitale højdedata. Da EF-Domstolen ved sin dom af 18. juli 2007 i sagen sag C-503/04, Kommissionen mod Tyskland, har fastslået, at en medlemsstat i visse tilfælde er forpligtet til at ophæve aftaler indgået i strid med udbudsreglerne, bør Klagenævnet pålægge indklagede at ophæve kontrakten med BlomInfo A/S og Scankort A/S med henblik på lovliggørelse af den afholdte udbudsforretning.

Indklagede har gjort gældende, at ingen af klagerens anbringender kan føre til ophævelse af den indgåede kontrakt. Det forhold, at klageren havde betydelige økonomiske interesser i kontrakten, er ikke i sig selv noget anbringende til støtte for, at den allerede indgåede kontrakt skal annulleres. Klageren har ikke påvist endsige sandsynliggjort overtrædelse af udbudsreglerne, hvorfor der i sagens natur ikke er noget at lovliggøre.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Forud for sin beslutning om at udbyde indkøbet af en digital højdemodel orienterede indklagede sig i markedet for sådanne modeller. Det kan lægges til grund, at kravene til tidsfrister og levering i udbudsmaterialet blev opstillet på grundlag af denne orientering, der måtte give det indtryk, at de virksomheder, der producerede digitale højdemodeller af Danmark, ville være langt i arbejdet hermed ved udgangen af 2006.

De i udbuddet fastsatte betingelser for levering af højdemodellen må derfor anses for gjort under hensyn til en forventning om, at markedet for højdemodeller af Danmark ville kunne levere i overensstemmelse hermed og ikke for at udelukke udenlandske producenter. Da der ikke har påhvilet indklagede en pligt til forud for udbuddet eller i forbindelse hermed at sikre et marked af en vis størrelse, herunder at udenlandske producenter kunne komme ind på markedet, har indklagede ikke tilsidesat det EU-retlige ligebehandlingsprincip på den i påstanden beskrevne måde.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det påhviler en udbyder efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud at tage stilling til, om de enkelte tilbud indeholder forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og konstaterer udbyderen, at et tilbud indeholder et eller flere forbehold af denne karakter, er udbyderen forpligtet til at afvise det pågældende tilbud.

Klageren har i i sit tilbud anført, at det ikke vil være muligt at levere færdige højdedata i henhold til indklagedes specifikation allerede 1. juni 2007, som krævet i udbudsmaterialet. Herved har klageren taget forbehold for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og indklagede var ikke blot berettiget men også forpligtet til at afvise klagerens tilbud.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

### Ad påstand 3

I udbudsmaterialet anføres, at »levering af en etape anses for sket på godkendelsesdagen,« når indklagede skriftligt har godkendt etappen, og at en leverance er »godkendt«, når leverandøren har genleveret efter rettelse og udbedring af påpegede fejl og mangler, og når ordregivers kvalitetskontrol viser, at kravspecifikationen er overholdt. I udbudsmaterialet anføres videre, at første etape skulle leveres senest den 1. august 2007.

Indklagede har ifølge udbudsmaterialet en frist af 1 måned til at tilendebringe sin leverancekontrol og yderligere 12 måneder til kvalitetskontrol.

Såfremt indklagede med de anførte angivelser måtte have krævet, at aflevering af første etape skulle ske 13 måneder før sidste frist for endelig godkendelse den 1. august 2007, skulle aflevering af data være sket den 1. juli 2006, dvs. adskillige måneder før udbuddets afslutning og kontraktindgåelse.

En sådan forståelse af det i udbudsmaterialet anførte giver ingen mening, og det er åbenbart, at dette ikke har været tilsigtet med de valgte udtryk. En naturlig forståelse af de anvendte udtryk er derimod, at der er sket levering, når materiale afleveres til indklagede, der derpå har hhv. 1 og 12 måneder til en leverance- og kvalitetskontrol.

Indklagede har derfor ikke opstillet så uklare eller uopnåelige krav i udbudsmaterialet, at reglerne om ligebehandling og gennemsigtighed er overtrådt.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

### Ad påstand 4

Som anført ad påstand 1 må det lægges til grund, at kravene til tidsfrister og levering i udbudsmaterialet blev opstillet på grundlag af en orientering i markedet, der måtte give det indtryk, at de virksomheder, der producerede digitale højdemodeller af Danmark, ville være langt i arbejdet hermed ved udgangen af 2006.

Som anført ad påstand 4 er der ikke i udbudsmaterialet opstillet så uklare eller uopnåelige krav, at reglerne om ligebehandling og gennemsigtighed er overtrådt.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Da Klagenævnet ikke har konstateret en overtrædelse af udbudsreglerne, tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach  
kontorfuldmægtig