

Dansk Scanning A/S
(selv)

mod

Helsingør Kommune
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 131-217701 af 7. juli 2011 udbød indklagede, Helsingør Kommune, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om scanning og drift af kommunens byggesagsarkiv.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 23. august 2011 havde indklagede modtaget tilbud fra Data Scanning A/S, Konvolut Danmark A/S, Recall A/S og klageren, Dansk Scanning A/S.

Ved brev af 12. september 2011 meddelte indklagede, at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med Data Scanning A/S. Samtidig oplyste indklagede, at indklagede anså klagerens tilbud for at være ukonditionsmæssigt, idet klagerens tilbud indeholdt et forbehold over for et grundlæggende element i udbudsbetingelserne.

Den 27. september 2011 indgav klageren en klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 9. november 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag og uden medvirken af sagkyndige medlemmer, jf. § 10, stk. 4 i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Helsingør Kommune har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet) ved at træffe beslutning om at tildele kontrakt om digitalisering af kommunens byggesagsarkiv til Data Scanning A/S.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Helsingør Kommunes beslutning om at tildele kontrakten til Data Scanning A/S, på baggrund af at Dansk Scanning A/S' tilbud af Helsingør Kommune blev afvist som værende ukonditionsmæssigt. Dansk Scanning A/S mener, at Helsingør Kommune har handlet i strid med indkøbsdirektivet, da det ikke i udbudsbekendtgørelsen og udbudsvilkårene tilstrækkelig er beskrevet, hvad de 800 hyldemeter dækker over og hvad en evt. overstigelig tilvækst af arkivet vil betyde.«

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnets afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning er begrundet således:

»...

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet, at det var et krav, at tilbudsgiverne skulle tilbyde en pris for hele kommunens byggesagsarkiv til anslået 800 hyldemeter, og at prisen ikke efterfølgende ville kunne reguleres, uanset om det måtte vise sig, at arkivet blev mindre eller større end 800 hyldemeter.

Klagerens pris omfatter udtrykkeligt alene de opmålte ca. 603 hyldemeter, og det er desuden uklart, hvorledes faktureringen af yderligere hyldemeter vil ske.

Klageren, der bærer ansvaret for tilbuddets formulering, har derved taget forbehold for udbudsbetingelserne. Da det ikke er muligt at prissætte forbeholdet, tiltrædes det, at indklagede har afvist klagerens tilbud som ikke konditionsmæssigt.

Betingelse nr. 1 er således ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.«

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår:

»...

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

...

Udbuddet gennemføres som et sideordnet udbud, hvor tilbudsgiverne skal afgive tilbud på.

Etablering af Det Digitale Arkiv på 1 år, således at Overtagelsesprøve 4 skal være bestået senest 12 kalendermåneder fra Kontraktens underskrift ("Projekt 1").

Etablering af Det Digitale Arkiv på 1 år, således at Overtagelsesprøve 4 skal være bestået senest 18 kalendermåneder fra kontraktens underskrift ("Projekt 2").

Tilbudsgiverne skal afgive tilbud på både Projekt 1 og Projekt 2. ...

...

II.2) ORDRENS MÆNGDE ELLER OMFANG

II.2.1) Samlet mængde eller omfang

800 meter hyldemeter byggesagsarkiv

...«

I udbudsbetingelserne står:

»...

1 Indledning

Helsingør Kommune ("Kommunen") har besluttet at få sager, herunder bygge- og miløsager ("Byggesager") gjort tilgængelige i digital form, idet Kommunen ønsker at blive en digital kommune til gavn for borgerne. Scanningen af Det Fysiske Arkiv vil også være en styrkelse af byggesagsbehandlingen i Kommunen og vil kunne styrke indsatsen med den digitale kommuneplan og Kommunens GIS-system.

...

4 Udbudsmaterialet

Udbudsmaterialet består af følgende dokumenter:

- Udbudsbekendtgørelse fremsendt til offentliggørelse den 7. juli 2011
- Nærværende udbudsbetingelser med følgende bilag:
 - Bilag 1: Skabelon, tro- og love erklæring vedrørende ubetalt, forfalden gæld
 - Bilag 2: Skabelon, "Artikel 45-erklæring"
 - Bilag 3: Skabelon, økonomisk og finansiell kapacitet
- Kravspecifikation
- Kontraktudkast med bilagene 1 til 10.

...

6 Besigtigelse

Der er mulighed for at besigtige Det Fysiske Arkiv den 27. juli og den 28. juli 2011, begge dage mellem kl. 9.30 og 15.30 hos:

...

Der vil ikke blive besvaret spørgsmål i forbindelse med besigtigelsen.

...«

I kontraktudkastets afsnit 1 »Definitioner« står:

»...

1.1 I Kontrakten anvendes nedenstående definitioner:

...

"Det Fysiske Arkiv" Samtlige de Ejendomsmapper og Byggesager, som udgør Kommunens eksisterende, fysiske byggesagsarkiv på det tidspunkt, hvor Scanningsopgaven påbegyndes. Tilbudsgiverne skal for tilbudsafgivelsen forudsætte, at Det Fysiske Arkiv omfatter 800 Hyldemeter. De tilbudte priser korrigeres ikke, såfremt det faktiske antal Hyldemeter afviger fra det af Kommunen anslåede.

...

"Hyldemeter" En meter hylde med Byggesager og Ejendoms-sager, der indgår i Det fysiske Arkiv.

...

2. BAGGRUND OG FORMÅL

2.1 Kommunen har besluttet at få alle bygge- og miljøsager gjort tilgængelige i digital form, idet Kommunen ønsker at blive en digital kommune til gavn for borgerne. Scanningen af Det Fysiske Arkiv vil også være en styrkelse af sagsbehandlingen i Kommunen og vil kunne styrke indsatsen med den digitale kommuneplan og Kommunens GIS-system.

...«

I kontraktudkastets bilag 4 »Økonomi« står:

»...

[Tilbudsgiveren skal selv udfylde dette bilag, således at det indeholder en udtømmende specifikation af de enkelte elementer i Det Digitale Arkiv med tilhørende prissætning, der indgår i Etableringsvederlaget og Driftsvederlaget, idet det er et Krav, at denne beskrivelse mindst indeholder følgende:

...

1. Priselementer, der indgår i Etableringsvederlaget:

...

2. Priselementer, der indgår i Driftsvederlaget:

...

3. Timepriser (Option 1)

...

4. Overslag over ophørsassistenten

...]

Bemærk, at tilbudsgiverne skal udfylde dette bilag 4 to gange således at der med tilbuddet afleveres et bilag 4 for hvert projekt.«

Indklagedes besvarelse af en række skriftlige spørgsmål fra tilbudsgiverne blev udsendt den 11. august 2011. Ét spørgsmål vedrørte arkivets størrelse; spørgsmål 39 og svaret herpå lød:

»Spørgsmål 2:

Af kontrakten fremgår det, at tilbuddet skal baseres på en forudsætning om en samlet volumen på 800 hyldemeter. Vi fik ved besigtigelsen fremvist følgende fire lokationer:

- Et arkiv placeret på 2. sal
- Kælderrum 1, 2 og 3.

Der er en markant afvigelse mellem Helsingør Kommunes estimat på 800 hyldemeter og vores opmåling af ovennævnte lokaler. Kan i bekræfte, at de fire lokaler samt eventuelt verserende sager placeret ved medarbejdere udgør det samlede arkiv?

Svar:

De angivne lokationer, er i overensstemmelse med placeringen af arkivet.«

Klageren afgav tilbud på både projekt 1 og projekt 2 den 23. august 2011. I klagerens tilbud for både projekt 1 og projekt 2 (kontraktudkastets bilag 4 »Økonomi«) står:

»...

1. Preiselementer, der indgår i Etableringsvederlaget:

...

Det bemærkes, at prisen er for det foreviste og opmålte arkiv på 603 hyldemeter. Afviger størrelsen af byggesagsarkivet (eksempelvis fordi, at der tilføjes sager løbende under digitaliseringsprocessen) reguleres prisen tilsvarende. Opmåling vil ske umiddelbart inden projektet igangsættes.

Byggesagsarkivet er beskrevet i udbudsmaterialet samt opmålt af logistikansvarlig Peter Ahlers og teknisk chef Dion Solgaard onsdag, den 16. marts 2011.

Byggesagsarkivet er opmålt til i alt 603,27 standard hyldemetre, se tabel 1 nedenfor.

Arkivet vil sandsynligvis vokse med 3 % om året. Tilvæksten er ikke med i prisen, men faktureres separat.

...

En standard hyldemeter er den mængde byggesager, der er på en hylde med én meters bredde i et gennemsnitligt dansk byggesagsarkiv.

...«

Indklagede har i udtalelsen om spørgsmålet om opsættende virkning oplyst, at indklagede i forbindelse med en såkaldt »teknisk afklaring« anmodede klageren om at oplyse præcist, »hvor i Klagers tilbud oplysninger kan findes om, at Klager opfylder nedenstående krav i Kontraktens punkt 1.1« vedrørende »Det Fysiske Arkiv«. Klageren har besvaret spørgsmålet således:

»...

Den tilbudte pris er fast for det foreviste arkiv, og gælder for ALLE foreviste arkivdele, altså det samlede byggesagsarkiv hos Helsingør Kommune, der af Helsingør Kommune er anslået til at være 800 hylde-meter.

Vores tilbud gælder det foreviste arkiv uanset afvigelser i faktiske antal hyldemetre i forhold til det af Helsingør Kommune anslåede.

En eventuel tilvækst EFTER opgaven påbegyndes er af naturlige årsager ikke med i prisen. Se vores bilag:

02.01_Bilag 4_Oekonomi_Projekt_1.pdf

02.01_Bilag 4_Oekonomi_Projekt_2.pdf.«

Ved brev af 12. september 2011 meddelte indklagede, at Data Scanning A/S' tilbud var blevet vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvorfor indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med Data Scanning A/S. Det anføres om klagerens tilbud:

»...

Vi har på baggrund af Deres bilag 4 til tilbuddet samt Deres svar på den tekniske afklaring dateret den 8. september 2011 været nødsaget til at afvise Deres tilbud som ukonditionsmæssigt, da De har taget forbehold for et grundlæggende element i kontraktens punkt 1.1 side 3:

”Det Fysiske Arkiv” Samtlige de Ejendomsmapper og Byggesager, som udgør Kommunens eksisterende, fysiske byggesagsarkiv på det tidspunkt, hvor Scanningsopgaven påbegyndes. Tilbudsgiverne skal for tilbudsafgivelsen forudsætte, at Det Fysiske Arkiv omfatter 800 Hyldemeter. De tilbudte priser korrigeres ikke, såfremt det faktiske antal Hyldemeter afviger fra det af Kommunen anslåede.

De skriver i bilag 4:

”Det bemærkes, at prisen er for det foreviste og opmålte arkiv på 603 hyldemeter. Afviger størrelsen af byggesagsarkivet (eksempelvis fordi, at der tilføjes sager løbende under digitaliseringsprocessen) reguleres prisen tilsvarende. Opmåling vil ske umiddelbart inden projektet igangsættes.

Byggesagsarkivet er beskrevet i udbudsmaterialet samt opmålt af logistikansvarlig Peter Ahlers og teknisk chef Dion Solgaard onsdag, den 16. marts 2011.

Byggesagsarkivet er opmålt til i alt 603,27 standard hyldemetre, se tabel 1 nedenfor.

Arkivet vil sandsynligvis vokse med 3 % om året. Tilvæksten er ikke med i prisen, men faktureres separat.”

De skriver som svar på teknisk afklaring:

”Vores tilbud gælder det foreviste arkiv uanset afvigelser i faktiske antal hyldemetre i forhold til det af Helsingør Kommune anslåede.

En eventuel tilvækst EFTER opgaven påbegyndes er af naturlige årsager ikke med i prisen.”

Vi kan ikke kapitalisere Deres forbehold, da vi ikke ved, hvor meget ekstra vi kan risikere at blive faktureret, og derfor er tilbuddet ukonditionsmæssigt.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1 - 2

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra klageren var konditionsmæssigt og uden forbehold, idet tilbuddet dækkede det beskrevne og foreviste arkiv. Klageren har nærmere anført, at indklagede bærer risikoen for udbudsbetingelsernes udformning, herunder fejl i udbudsbetingelserne. I den forbindelse har klageren henvist til uoverensstemmelsen mellem det, der er angivet i udbudsbetingelserne om arkivets størrelse, og størrelsen på det foreviste arkiv i forbindelse med besigtigelsen. Som følge af et uklart formuleret udbud, herunder uklarhed om arkivets størrelse, har klageren været nødsaget til at præcisere sit tilbud ved at oplyse, at etableringsvederlaget i tilbuddet angår det beskrevne og foreviste byggesagsarkiv.

Klageren har endvidere gjort gældende, at indklagedes begrundelse for at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt er »usagligt, da det forudsætter en fremgangsmåde, der strider imod almindelig branchestandard og god forretningsskik«. I den forbindelse har klageren henvist til »SKIs retningslinjer«.

Indklagede har principalt gjort gældende, at indklagede har været berettiget og forpligtet til at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, idet klagerens tilbud indeholdt et forbehold over for et grundlæggende element i udbudsbetingelserne – »Det Fysiske Arkiv« omfatter 800 hyldemeter. Desuden har indklagede afvist, at udbudsbetingelserne var uklart formuleret og/eller behæftet med fejl.

Indklagede har subsidiært gjort gældende, at indklagede har været berettiget og forpligtet til afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, idet klagerens tilbud indeholdt et forbehold, som ikke kunne prissættes. I den forbindelse har indklagede henvist til, at der i klagerens tilbud (kontraktudkastets bilag 4) vedrørende etableringsvederlaget ikke er angivet en pris pr. ekstra hyldemeter eller angivet nogen øvre grænse for, hvor mange ekstra hylde-

meter, der kan faktureres for. Desuden har indklagede afvist, at udbudsbe-
tingelserne var uklart formuleret og/eller behæftet med fejl.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 - 2

Af de grunde, som klagenævnet har anført i sin delkendelse af 9. november
2011 om ikke at tage begæringen om at tillægge klagen opsættende virk-
ning til følge, tages påstandene ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig