

K E N D E L S E

Geodata Danmark
v/ GIS Danmark I/S
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Esbjerg Kommune
(advokat Majse Jarlov, København)

Esbjerg Kommune (indklagede) iværksatte i februar 2011 indhentning af tilbud på køb og vedligeholdelse af en WebGIS løsning, som er en internet-baseret software til at lagre og bearbejde geografiske kort og data. Der er tale om indkøb af tjenesteydelser, som er omfattet af tilbudslovens afsnit II, og i overensstemmelse med lovens § 15 a, stk. 1, nr. 1, jf. § 15 c, blev der i forbindelse med tilbudsindhentningen den 10. februar 2011 offentliggjort en annonce på indklagedes hjemmeside. EU-udbudsdirektiverne finder ikke anvendelse på den pågældende kontrakt. Indklagede har ikke offentliggjort et EU-udbud i De Europæiske Fællesskabers Tidende.

Ved tilbudsfristens udløb havde indklagede modtaget 3 tilbud, herunder fra en fælleskommunal virksomhedsgruppe, Geodata Danmark (klageren), der består af Geodatacentret I/S som moderselskab og GIS Danmark A/S.

I brev af 27. maj 2011 meddelte indklagede, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt, og derfor ikke var taget i betragtning, fordi et minimumskrav vedrørende indklagedes software ikke var opfyldt. Indklagede fastholdt afvisningen i brev af 6. juni 2011.

Indklagede har den 24. juni 2011 indgået kontrakt med en anden tilbudsgiver.

Den 18. juli 2011 indleverede klageren klage til Klagenævnet for Udbud. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende

Påstand:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at have undladt at tage klagerens tilbud i betragtning.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens omstændigheder

Af udbudsbetingelserne fremgår, at indklagede ønskede at anskaffe en færdig udviklet software, der var testet og i drift hos andre myndigheder m.m., og som så vidt muligt kunne læse og skrive data direkte fra kommunens eksisterende ESRI platform og følge løbende opgraderinger af dette. Løsningen skulle være den primære platform for kommunens sagsbehandlere og øvrige medarbejdere i arbejdet med geografisk baserede oplysninger og skulle give borgerne adgang via internettet til de geodata, som indklagede er i besiddelse af. Løsningen skulle integreres med indklagedes eksisterende IT-infrastruktur, herunder den eksisterende GIS-platform, ArcDE/ArcGIS-server.

Tildelingskriteriet var »det økonomisk med fordelagtige tilbud« med underkriterierne 1) behovsopfyldelse, 2) økonomi og 3) servicemål, der skulle vægte henholdsvis 50 %, 40 % og 10 %.

Tilbud skulle afgives bl.a. ved tilbagesendelse af udbudsbetingelsernes kravspecifikation, hvor tilbudsgiveren vedrørende samtlige krav (»minimumskrav« og »behovskrav«, der var konkurrenceparametre) skulle besvare følgende skema:

»...

	Tilbudsgivers besvarelse	Eksempel på løsning	Kode

...«

Om besvarelsen af skemaet anføres det i udbudsbetingelserne:

»Det forventes at svarformen ... ikke blot er et ”Ja” eller ”Nej”. Der skal redegøres i detaljer for hvilke elementer, der kan opfyldes og hvilke der ikke kan. Det skal angives i hvilket omfang tilbudsgivers løsning afviger fra det krævede.

Som supplement til disse konkrete svar bedes tilbudsgiver i kolonnen kode ud for hver krav/behov anføre en af følgende koder:

1:	Er indeholdt i det tilbudte system
2:	Kræver tilretning, men omkostninger hertil er indeholdt i den tilbudte leverance ...
3:	Kræver kundespecifik tilretning af program, og er ikke indeholdt i den tilbudte leverance. ...
4:	Kan ikke løses og er derfor ikke tilbudt.

...«

Det er oplyst, at indklagede på tidspunktet for udbuddet havde truffet beslutning om en såkaldt »frozen zone«, der gik ud på, at der under WebGIS-implementeringen ikke skulle foretages andre større opgraderinger af GIS-systemet.

Det fremgår af klagerens tilbud, at Geodata Danmark er en fælles kommunal virksomhedsgruppe, der består af Geodatacentret I/S – som moderselskab - og GIS Danmark A/S. Tilbuddet er afgivet i regi af GIS Danmark A/S. Tilbuddet omfatter leverance af Geodata Danmark's standard WebGIS-løsning: NetGIS med tilhørende serviceydelser. NetGIS, som i marts 2011 blev frigivet i version 3, er »udviklet som en applikation »oven på« ArcGIS platformen, og kan således læse og skrive direkte i Esbjerg Kommunes geodatabase via ArcGIS Server.«

I kravspecifikationens afsnit 2.1. er anført en række »succeskriterier«, herunder:

»...

b) Data kun skal indberettes én gang og derefter genbruges overalt i det tilbudte systems moduler.

...

- i) Systemet skaber ikke bindinger i forhold til, at Esbjerg Kommune kan følge den løbende opgradering af ESRI platformen.«

I klagerens tilbud er disse minimumskrav besvaret således:

»...

	Tilbudsgivers besvarelse	Eksempel på løsning	Kode
b)	Løsningen er udviklet som en applikation "ovenpå" ArcGIS platformen, som anvendes i Esbjerg Kommune, og sikrer dermed, at data er tilgængelige gennem de standardmetoder, som anvendes i ArcGIS Server. Løsningen forudsætter således <u>ikke</u> anskaffelse, installation eller drift af andre typer GIS-servere, databaser eller servere end dem, som Esbjerg Kommune allerede råder over. ...	Se ovenfor [hvor 11 kommuner er nævnt]	1
i)	NetGIS er udviklet til at understøtte ArcGIS konceptet og er baseret på anvendelse af ArcGIS Server version 10. ...		1

...«

Kravspecifikationens afsnit 3.4.2. omhandler serverplatform, og der er en redegørelse for indklagedes servere, dedikeret til GIS. Det er anført som et minimumskrav, at »a) det tilbudte system skal kunne sameksistere med ovenstående«. Klageren har redegjort herfor således:

»...

	Tilbudsgivers besvarelse	Eksempel på løsning	Kode
a)	NetGIS er opbygget med en serverdel og klienter, som trækker på serveren. ...	Løsningen indebærer, at web klienterne kan konfigureres ...	1

...«

I afsnit 3.7.3. opstilles der i kravspecifikationen krav til Web-services, herunder som punkt d) en behovsopfyldelse: »Web map Tile Service (WMTS)«. Klageren besvarede dette krav således:

»...

	Tilbudsgivers besvarelse	Eksempel på løsning	Kode
d)	NetGIS kan anvende WMTS som klient, herunder også den danske tile-standard, som udstilles i Kortforsyningen. ArcGIS kan fra version 10.1 udstille WMTS. Man kan i dag anvende tile-caching fra ArcGIS Server vha. en dertil beregnet REST-snitflade, som er fuldt integreret i NetGIS.	NetGIS kan konfigureres til at anvende enten den danske tile-standard eller WebMercator (Google Maps/Bing Maps, ArcGIS Online	1

...«

I overensstemmelse med udbudsbetingelserne (afsnit 2.1.8.) indkaldte indklagede tilbudsgiverne til en gennemgang og præsentation af det afgivne tilbud samt en demonstration. Klageren har fremlagt sin powerpoint-præsentation, som klageren havde udarbejdet til brug for præsentationen. Det fremgår af disse, at klagerens system understøtter ArcGIS Server- og geodatabasekonceptet, og (slide 10) at demonstrationen udføres på en ArcGIS server 9.3.1. På en slide om »NetGIS og tile-cachin« er i et punkt anført »ArcGIS Server 9.3.1 og 10.0« og af en sammenfattende slide fremgår, at NetGIS er »baseret på ArcGis Server og geodatabase konceptet.«

Indklagede har i svarskriftet oplyst følgende om forløbet af præsentationen:

»Under præsentationen og i modsætning til de øvrige tilbudsgivere redegjorde klager for mange tekniske detaljer, idet klager bl.a. gennemgik de forbedrede teknologier, som var omfattet af ArcGIS version 10. Klager skitserede endvidere deres udviklingsplan for Netgis. Klager oplyste i den forbindelse, ... at en efterlevelse af indklagedes krav ville nødvendiggøre en yderligere udvikling af NetGIS. Denne udvikling er bl.a. afspejlet i klagers tidsplan ... I forlængelse af oplysningen om disse nødvendige udviklingsarbejder spurgte indklagede direkte klager, om udviklingsarbejderne som var indeholdt i den tilbudte løsning krævede

en opgradering til version 10, hvilket klager bekræftede. Tilbudspræsentationen indeholder i slide 10 en oplysning om, at demonstrationerne udføres på ArcGIS server 9.3.1. Denne oplysning er alene udtryk for, at den version af NetGIS som klager var i stand til at demonstrere understøttede denne software. Den løsning som klager tilbød forudsatte derimod omfattende udviklingsarbejder for at imødekomme indklagedes krav, og det er gennemførelse af disse udviklingsarbejder, som nødvendiggør den anførte opgradering til version 10.

...«

Det er oplyst, at der ikke foreligger mødereferat eller optagelser fra præsentationsmødet. Der er ikke enighed om det passerede, og klageren har (alene) bekræftet, at klageren anbefalede indklagede at opgradere til version 10, men fremsatte alene dette som en mulighed, og ikke som en betingelse for anvendelse af klagers løsning.

I indklagedes afslagsbrev af 27. maj 2011 anføres det:

»...

Vi må desværre meddele, at jeres tilbud ikke var konditionsmæssigt. Ved præsentationen den 5. maj blev vi opmærksom på, at den tilbudte løsning kræver en opgradering af Esbjerg Kommunes ArcGIS Servere til version 10. På baggrund af dette må Esbjerg Kommune anse den tilbudte løsning for værende ukonditionsmæssig, idet vi henviser til Bilag 2 Kravspecifikation afsnit 3.4.2 Serverplatform pkt. a "Det tilbudte system skal kunne sameksistere med ovenstående.«

Esbjerg Kommune har frozen zone på opgradering af GIS servere i forbindelse med annoncering om implementering af webGIS. ... «

Klagerens advokat bestred i brev af 31. maj 2011 rigtigheden af indklagedes begrundelse og anførte, at

»...der ikke [er] krav om anvendelse af ArGIS Server 10 for anvendelse af NetGIS. Det fremgår af min klients tilbuds bilag 2, krav 3.4.2 pkt. "a", at min klient uden forbehold har bekræftet, at min klients løsning kan sameksistere med kommunens eksisterende IT-løsning.

Min klient har således, som det fremgår af tilbuddet, ingen forbehold for Esbjerg Kommunens nuværende driftsplatform. Dette understøttes endvidere af, at ARcGIS Server 9, som nævnt i tilbuddet anvendes som driftsplatform af en række NetGIS-brugere, ligesom ArcGIS Server 9, som det fremgik af uddelte kopier af PowerPoint præsentation, var grundlag for demonstrationen på møde den 5. maj 2011.

Forholdet er, at NetGIS også kan anvendes med ArcGIS Server 10. Anvendelse af seneste version af ArcGIS Server er ikke en forudsætning, men en mulighed. ...«

Indklagede fastholdt i brev af 6. juni 2011, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt og henviste til klagerens besvarelse af tilbudsbetingelsernes punkt 2.1. i) og tilføjede:

»Geodata Danmark har besvaret med 1. Men da det fremgår at løsningen baserer sig på ArcGIS Server 10, kan der ikke svares med 1. ...«

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud var konditionsmæssigt. Kodeangivelserne i tilbuddet må indgå ved evalueringen af tilbuddene på lige fod med den verbaliserede beskrivelse, når andet ikke er angivet i udbudsmaterialet. Uklarheder i udbudsmaterialet må fortolkes til fordel for tilbudsgiverne, og det er indklagede, der har bevisbyrden for, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt. Klageren har i tilbuddet bekræftet, at det tilbudte system kan sameksistere med indklagedes IT-løsning. At klageren har anført, at det tilbudte system (også) kan anvendes med ArcGIS Server version 10, kan ikke tages til indtægt for, at klagerens system ikke kan anvendes med version 9.3.1, tværtimod: NetGIS kan også anvendes med ArcGIS Server version 10. Klageren har ved anvendelsen af kode 1 bekræftet, at minimumskravet var opfyldt. Klageren har udtrykkeligt anført, at NetGIS ikke forudsætter opgradering eller anden ændring af indklagedes IT-løsning. Klageren har gentaget sit synspunkt på præsentationsmødet. Det er korrekt, at klageren har anbefalet indklagede en opgradering til version 10, med det var kun anført som en mulighed, ikke som en forudsætning for at klagerens tilbud kunne anvendes. Indklagede burde have truffet foranstaltninger til at få af- eller bekræftet sin opfattelse, f.eks. ved at stille et afklarende spørgsmål, som udbudsbetingelserne gav mulighed for. Det er en ny begrundelse for afvisningen, som må bero på en efterrationalisering, når indklagede henviser til klagerens besvarelse af kravspecifikationens punkt 3.7.3.d). NetGIS kan anvende WMTS, og derfor er kode 1 anført, men besvarelsen er suppleret med, at ArcGIS kan udstille til WMTS fra version 10, idet ældre versioner af ArcGIS Servere ikke understøtter udstilling til WMTS. Det var således indklagedes egen server, der udgjorde begrænsningen.

I klagerens tidsplan er oplistet 5 krav, der kræver tilpasning eller udvikling, og som udgør mindre tilretninger af NetGIS, men som ikke forudsætter en opgradering af indklagedes serverversion.

Indklagede har gjort gældende, at udbudsmaterialet ikke har været uklart. Angivelsen af en kode for kravopfyldelsesgrad udgør et supplement til beskrivelsen og understreger, at det afgørende for indklagede ikke har været, om et givent krav kan opfyldes, men hvordan en tilbudsgiver i givet fald vil være i stand til at imødekomme de opstillede krav. Det var et mindstekrav, at den tilbudte løsning kunne integreres med indklagedes eksisterende IT-infrastruktur, herunder GIS-plattformen ArcDE/ArcGIS-server version 9.3.1. Klageren har ved besvarelsen af punkt 2.1. i) klart angivet, at den tilbudte løsning var baseret på anvendelse af ArcGIS version 10, og dermed, at dette mindstekrav ikke var opfyldt. Også i besvarelsen af kravspecifikationens 3.7.3. d) har klageren tilkendegivet, at den tilbudte løsning forudsætter en opgradering til version 10. Indklagede har derfor både været berettiget og forpligtet til at afvise klagerens tilbud. Under tilbudspræsentationen og demonstrationen bekræftede klageren, at den tilbudte web-løsning indebar en række udviklingsarbejder, som forudsatte en opgradering til version 10. Indklagede har med tilbuddets ordlyd ført bevis for, at klagerens tilbud ikke opfylder mindstekravet. Det fastholdes, at klageren under præsentationen gav udtryk for, at tilbuddet forudsatte en versionsopgradering. Klagerens tilbud indeholder en række kravbesvarelser, som indbyrdes ikke er i overensstemmelse med hinanden. Det er klageren, der må bære risikoen for en eventuel uklarhed om mindstekravenes opfyldelse. En tilbudsgiver må sikre, at tilbuddet fremstår klart, tydeligt og sammenhængende. Der er ikke tale om en ny begrundelse, når indklagede i svarskriftet har henvist til klagerens besvarelse af punkt 3.7.3. d), men en (yderligere) understregning af, at denne besvarelse understøtter begrundelsen om, at klagerens tilbud forudsætter en opgradering. Indklagede er ikke forpligtet til at foretage en teknisk afklaring, såfremt indholdet af et tilbud er uklart. Det vil stride imod ligebehandlingsprincippet, hvis indklagede eftergav mindstekravet om serverversionen og indebære, at der ikke vil være identitet mellem udbud og tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Indklagede har i udbudsbetingelserne fastsat mindstekrav, herunder at det tilbudte system skal kunne sameksistere med den it-løsning, som indklagede havde til rådighed på udbudstidspunktet, og som der er redegjort nærmere for i kravspecifikationens punkt 3.4.2., hvor versionsnummeret fremgår. Indklagede, der i sit tilbud har anvendt koden 1, har dermed bekræftet, at »er indeholdt i det tilbudte system«. I den verbaliserede beskrivelse er der imidlertid intet anført herom. I klagerens besvarelse af kravspecifikationens punkt 2.1. b) om genbrug af data anføres det, at klagerens løsning ikke forudsætter anskaffelse, installation eller drift af andre typer af GIS-servere end dem, indklagede allerede råder over. Klageren har imidlertid i besvarelsen af punkt 2.1. i), hvor det som et minimumskrav kræves, at det tilbudte system ikke må skabe bindinger i forhold til indklagedes løbende opgradering af ESRI platformen, anført, at klagerens system (NetGIS) er baseret på anvendelse af ArcGIS version 10.

Uanset at klageren ved kodeanvendelsen har tilkendegivet, at alle minimumskrav er opfyldt, har klageren ved den verbaliserende beskrivelse af, hvorledes mindstekravene opfyldes, skabt en sådan usikkerhed, om klagerens løsning opfyldte minimumskravet om at kunne anvendes sammen med indklagedes GIS-servere i den aktuelle version, at indklagede har været berettiget til at anse klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig