

K E N D E L S E

Informi GIS A/S
(advokat Vagn Blindkilde, København)

mod

Kulturarvsstyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Tom Holsøe)

Ved udbudsbekendtgørelse af 7. november 2007 udbød Kulturarvsstyrelsen 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) en kontrakt vedrørende systemudvikling af et nyt webbase-ret it-system til registrering og formidling af fortidsminder.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 14. december 2007 havde 12 virksomheder anmodet om prækvalifikation.

Den 8. januar 2008 besluttede indklagede at prækvalificere 5 virksomheder, heriblandt Informi GIS A/S.

Udbudsbetingelserne, herunder kravspecifikationen, kontrakt og bilag til kontrakt, blev udsendt samme dato, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 18. februar 2008 havde 4 af de 5 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud, heriblandt Informi GIS A/S.

Den 20. februar 2008 besluttede Kulturarvsstyrelsen ikke at tage tilbudet fra Informi GIS A/S i betragtning. Beslutningen blev meddelt virksomheden ved brev af samme dato. Informi GIS A/S protesterede ved e-mail af 21. februar 2008. Ved brev af 5. marts 2008 fastholdt Kulturarvsstyrelsen sin beslutning.

Ved klageskrift modtaget den 17. marts 2008 indgav klageren, Informi GIS A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Kulturarvsstyrelsen. 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 12. april 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, uagtet klagerens tilbud opfyldte alle de fastsatte mindstekrav.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 20. februar 2008 om at afvise klagerens tilbud.

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.

I udbudsbekendtgørelsen af 7. november 2007 er fastsat, at alternative tilbud vil blive taget i betragtning.

Tildelingskriteriet er fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne kvalitet (35 %), vedligeholdelse (15 %), tidsplan (10 %), pris (25 %) og projektorganisation – samarbejdsorganisation (15 %).

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

» 7. Mindstekrav og forbehold

Tilbudsgiver skal respektere følgende mindstekrav:

- Tilbudsgiver skal i sit tilbud eksplicit angive, at tilbudsgiver ved

tilbudsafgivelsen har taget hensyn til de gældende forpligtelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt, jf. pkt. 13 (Pligtmæssige oplysninger).

- De i bilag 2 (kravspecifikationen) angivne mindstekrav.
- At der ikke kan tages forbehold over for kontrakt og bilag, bortset fra følgende bestemmelser:
 - Kontraktens pkt. 4 (Udtrædelsesadgang)
 - Kontraktens pkt. 5 (Ændringer)
 - Kontraktens pkt. 7 (Levering)
 - Kontraktens pkt. 9 (Kundens deltagelse)
 - Kontraktens pkt. 12 (Afprøvning)
 - Kontraktens pkt.13 (Vedligeholdelse)
 - Kontraktens pkt. 15 (Garanti)
 - Kontraktens pkt. 16 (Leverandørens misligholdelse)
 - Kontraktens pkt. 17 (Kundens forhold)
 - Kontraktens pkt. 18 (Erstatning)
 - Kontraktens pkt. 22 (Rettigheder til programmel og dokumentation)
 - Kontraktens pkt. 23 (Tredjemands rettigheder)
 - Kontraktens pkt. 25 (Samarbejdsorganisation)
 - Kontraktens pkt. 27 (Benyttelse af underleverandører)
 - Bilag 1 (Tidsplan)
 - Bilag 2 (Kravspecifikation, inkl. løsningsbeskrivelse) – dog ikke mindstekrav.)
 - Bilag 9 (Licensbetingelser)
 - Bilag 10 (Servicemål)
 - Bilag 11 (Samarbejdsorganisation).

Såfremt mindstekravene ikke er opfyldt, anses tilbudet for ukonditionsmæssigt. Mindstekravene er krav nr. 1, 6, 67 og 110.

...

Der kan alene tages forbehold for de af kontraktens punkter, der er nævnt ovenfor.«

I udbudsbetingelserne er i afsnittet »8. Alternative tilbud« anført, at tilbudsgiverne er berettigede til at afgive alternative tilbud. Det tilføjes, at alternative tilbud skal opfylde samtlige mindstekrav.

Af et referat fra et informationsmøde den 23. januar 2008 med deltagelse af indklagede og de 5 prækvalificerede virksomheder fremgår:

»Spørgsmål:

Hvorfor har Kulturarvsstyrelsen foretaget så store ændringer i standard K01 kontrakten og dermed begrænset mulighederne for samarbejde og gjort det svært at tage forbehold for f.eks. svartiderne?

Svar:

Kontrakten er baseret på K01, og vilkårene fra standardkontrakten er kun ændret i meget begrænset omfang. For så vidt angår Kontraktens pkt. 22 (Rettigheder til programmel og dokumentation) samt pkt. 23 (Tredjemands rettigheder), er der tale om bestemmelser, der stammer fra den nye standardkontrakt K02. I henhold til udbudsbetingelserne kan der tages forbehold for bl.a. kontraktens pkt. 22 og 23 og forbehold kan i øvrigt tages ud fra det anførte i udbudsbetingelsernes pkt. 7.«

Det udkast til kontrakt, der var en del af udbudsbetingelserne, indeholder som pkt. 30, »Fortolkning og forrang«, følgende bestemmelse:

»Henvisninger til kontrakten eller til en bestemmelse heri omfatter også de til kontrakten hørende bilag. Bestemmelser i kontrakten har forrang frem for bestemmelser i bilag, hvorfor bestemmelser indeholdt i bilag, som strider mod kontraktens bestemmelser, ikke tillægges retsvirkning.

Henvisning til kontrakten eller til bestemmelser heri omfatter også de tilhørende bilag.

Ved eventuel uoverensstemmelse mellem kontrakten og dens bilag skal følgende indbyrdes rangordning anvendes:

1. Kontrakten
2. Bilag 2 kravspecifikationen
3. Bilag 2b (Leverandørens løsningsbeskrivelse)
4. Bilag 4 (Specifikation af udstyr...)
5. Øvrige bilag

Bestemmelser indeholdt i tillæg til kontrakten opnår rangorden som de bestemmelser, tillægget erstatter eller supplerer.«

Klagerens tilbud var udformet på grundlag af »K01 Standardkontrakt for kortvarigt IT-projekt« og således ikke det kontraktudkast, der var en del af udbudsbetingelserne. Punkt 30, »Fortolkning«, lyder her:

-

»Bestemmelser i udbudsmaterialet, i leverandørens tilbud, i forudgående korrespondance eller lignende, der ikke er gentaget i denne kontrakt, kan ikke efterfølgende påberåbes som fortolkningsgrundlag.«

Indklagedes brev af 20. februar 2008 til klageren har følgende ordlyd:

»...

Jeres tilbud er baseret på et kontraktkoncept, der svarer til standardkontrakten K01, hvilket bliver anset som om, at I fremsætter forbehold til de bestemmelser, hvor jeres tilbud varierer fra det udbudte kontraktkoncept.

I udbudsbetingelsernes pkt. 7 er det angivet i hvilket omfang, der kunne tages forbehold, og det er herunder specifikt nævnt hvilke bestemmelser i kontrakten, der kunne tages forbehold over for. Det var således et mindstekrav, at forbehold alene tages over for de bestemmelser, som fremgår af udbudsbetingelserne.

I jeres tilbud tager I forbehold over for kontraktens pkt. 30 om Fortolkning og forrang, idet I har foreslået en hel anden ordlyd. Jeres forslag til ændring af bestemmelsen anses for at have en materiel betydning for Kulturarvsstyrelsens retsstilling og kan således ikke anses for at overholde udbudsbetingelsernes mindstekrav.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det følger af udbudsbetingelsernes punkt 7 » Mindstekrav og forbehold«, at alene krav 1, 6, 67 og 110 er mindstekrav. Disse krav har klageren opfyldt. Såfremt samtlige de krav, som er anført i udbudsbetingelsernes punkt 7, har karakter af mindstekrav og derfor skal opfyldes, ville det ikke være muligt at afgive et reelt alternativt tilbud, idet et sådant alternativt tilbud i så fald skulle opfylde de samme betingelser som et tilbud efter udbudsbetingelserne. Udbudsbetingelsernes punkt. 7 er uklart formuleret.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud indeholdt forbehold over for kontraktens pkt. 30, der var fastsat som mindstekrav. Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 7, at der ikke kan tages forbehold over for andre kontraktbestemmelser end dem, der er opregnet i punkt. 7. Der er ikke grundlag for at antage, at de alene er de 4 mindstekrav i kravspecifikationen, der er opfyldes. Udbudsbetingelserne gav mulighed for en række andre afvigelser fra kontraktbestemmelserne, og der var en reel mulighed for at afgive alternative tilbud. Udbudsbetingelsernes punkt 7 er klart og utvetydigt formuleret.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at der er grundlag for et annullere indklagedes beslutning om at afvise klagerens tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er et sådant grundlag.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Af udbudsbetingelsernes punkt 8 om »Alternative tilbud« fremgår, at alternative tilbud skal opfylde »samtlige mindstekrav«.

Udbudsbetingelsernes punkt 7 handler såvel om »Mindstekrav« som om »Forbehold« og indledes med bemærkningen »Tilbudsgiver skal respektere følgende mindstekrav...« som gengivet ovenfor. Der redegøres herefter *bl.a.* for, hvilke af kravspecifikationens krav der er mindstekrav, nemlig nr. 1, 6, 67 og 110. Klagerens tilbud opfylder ubestridt disse krav.

Af punkt 7 fremgår ligeledes klart, at tilbudsgiverne på en række punkter kan tage forbehold, og – modsætningsvis – fremgår det ligeledes klart, på hvilke punkter tilbudsgiverne ikke kan tage forbehold. Dette gælder selvsagt for tilbud efter udbudsbetingelserne, men må efter sammenhængen ligeledes gælde for de alternative tilbud, der afgives med overholdelse af kravspecifikationens nr. 1, 6, 67 og 110.

Punkt 30 i klagerens tilbud afviger fra punkt 30 i det udkast til kontrakt, der var en del af udbudsbetingelserne. Da der efter udbudsbetingelsernes punkt 7 ikke kunne tages forbehold på dette punkt, har indklagede været forpligtet til at afvise klagerens tilbud.

Påstanden tages derfor ikke til følge

Ad påstand 2

Det følger af det anførte, at påstanden ikke tages 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