

## Tilbudsgiver er ansvarlig for uklarheder i sit tilbud

Af Majse Jarlov og Rasmus Horskjær Nielsen, Advokatfirmaet Bender von Haller Dragsted

*Klagenævnet for Udbud har i kendelse af 19. december 2011 i sagen Geodata Danmark v/ GIS Danmark I/S mod Esbjerg Kommune konstateret, at det er tilbudsgiveres risiko, såfremt der er uklarheder i det afgivne tilbud.*

### Faktum

Esbjerg Kommune (herefter benævnt "*indklagede*") iværksatte i februar 2011 en annoncering efter tilbudslovens afsnit II vedrørende køb og vedligeholdelse af en internetbaseret WebGIS løsning til lagring og bearbejdning af geografiske kort og data.

Ved tilbudsfristens udløb havde indklagede modtaget 3 tilbud, herunder et tilbud fra Geodata Danmark (herefter benævnt "*klageren*").

Som en del af tilbudsafgivelsen skulle tilbudsgiverne ud for hvert enkelt minimumskrav og "behovskrav" forstået som de krav, der konkurreres på opfyldelsen af besvare følgende skema, idet kode refererer til kravets opfyldelsesgrad:

|  | Tilbudsgivers besvarelse | Eksempel på løsning | Kode |
|--|--------------------------|---------------------|------|
|  |                          |                     |      |

I skemaet skulle tilbudsgiverne således for det første redegøre for, hvilke elementer deres tilbudte it-system kan opfylde, samt hvilke elementer der ikke kan opfyldes. For det andet skulle tilbudsgiverne angive en af følgende koder, som refererede til den tilbudte kravopfyldelsesgrad:

|   |                                                                                          |
|---|------------------------------------------------------------------------------------------|
| 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 var afgørende for indklagede, at det tilbudte it-system var i stand til at samarbejde med indklagedes eksisterende IT-infrastruktur, herunder GIS-plattformen ArcDE/ArcGIS-server version 9.3.1. Annonceringsmaterialet indeholdt derfor bl.a. et minimumskrav, hvorefter "*det tilbudte system skal kunne sameksistere med ovenstående (red. GIS-plattformen ArcDE/ArcGIS-server version 9.3.1)*". Klager havde i sit tilbud besvaret dette krav med kode nr. 1, svarende til, at den tilbudte løsning levede op til minimumskravet.

Klageren havde imidlertid ved sin besvarelse af et andet minimumskrav anført "*NetGIS er udviklet til at understøtte ArcGIS konceptet og er baseret på anvendelse af ArcGIS Server version 10.*" Endvidere havde klageren i forbindelse med beskrivelsen af et behovskrav anført: "*ArcGIS kan fra version 10.1 udstille WMTS.*"

Tilbuddet fra klager indeholdt derfor en uoverensstemmelse mellem den oplyste kode og beskrivelsen af den tilbudte løsning, idet klager på den ene side havde anført kode 1 svarende til en

hel opfyldelse af minimumskravet om sameksistens med indklagedes eksisterende systemer og på den anden side i sin beskrivelse af den tilbudte NetGIS løsning flere steder havde forudsat, at indklagede anvendte en ArcGIS server version 10 og derimod ikke den version 9.3.1., som var oplyst af indklagede i annonceringsmaterialet. Indklagede afviste derfor klagers tilbud som ukonditionsmæssigt med den begrundelse, at minimumskravet om sameksistens med indklagedes eksisterende systemer ikke var opfyldt.

Klageren indbragte efterfølgende en klage til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at indklagede havde afvist klagers tilbud som ukonditionsmæssigt med urette, idet klagerens tilbud ikke forudsatte en opgradering af indklagedes ArcDE/ArcGIS-server til version 10.

### Klagenævnet

I kendelsen konkluderer Klagenævnet: *"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."*

Som følge af ovennævnte tog Klagenævnet ikke den nedlagte påstand om indklagedes uberettigede afvisning af klagers tilbud til følge.

### Kommentarer

Klagenævnet konkluderer, at klager ved på den ene side at besvare et minimumskrav med kode 1 svarende til helt opfyldt og på den anden side at henvise til en nyere serverversion i beskrivelsen af det tilbudte har skabt en berettiget tvivl hos indklagede om, hvorvidt den tilbudte løsning rent faktisk opfylder minimumskravet om sameksistens med indklagedes eksisterende systemer som krævet.

Klagenævnet konstaterer derfor i tråd med nyere klagenævnspraksis, at tilbudsgiveren bærer risikoen for uklarheder i det afgivne tilbud, hvorfor indklagede var berettiget til at afvise klagers tilbud på dette grundlag. Klagenævnet har bl.a. i kendelse af 20. januar 2011, Vognmandsforretningen Ordrupgaard af 2009 SMBA mod Vejdirektoratet udtalt: *"Klageren bærer risikoen for uklarheder i tilbuddenes formulering."* Da det i sagens natur alene er tilbudsgiveren, som har den fulde indsigt i den tilbudte løsning, er det også tilbudsgiverens ansvar at sikre, at tilbuddet indeholder en tilstrækkelig præcis beskrivelse af den tilbudte løsning.

Klagenævnet forholder sig ikke eksplicit til klagers anbringende om, at indklagede forud for en afvisning af klagers tilbud som ukonditionsmæssigt burde have søgt denne uklarhed be- eller afkræftet ved at tage kontakt til klager. Dette skyldes muligvis, at ordregivere ikke generelt er forpligtet til at afklare eventuelle uklarheder i en tilbudsgivers tilbud. Det følger af Retten i første instans' dom af 10. december 2009 i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen præmis 56, at en sådan forpligtelse dog kan opstå, såfremt indhentelse af supplerende oplysninger indebærer, at tvetydigheder i et tilbud sandsynligvis kan forklares på en enkel måde og derved nemt fjernes. Ordregiverens har et vidt skøn i vurderingen af, hvilke uklarheder der kan forklares på en enkel måde, og dermed om der skal indhentes supplerende oplysninger. I den konkrete sag finder Klagenævnet ikke anledning til at vurdere nærmere, hvorvidt indklagede havde en pligt til at udrede uklarhederne men konstaterer, at indklagede som følge af uklarhederne var berettiget til at erklære klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet konkluderer derfor samlet set, at indklagede var berettiget til at afvise klagers tilbud som ukonditionsmæssigt, og at indklagede ikke var forpligtet til at indhente supplerende oplysninger til afdækning af denne uklarhed. Hvorvidt indklagede også var forpligtet til at afvise klagers tilbud, tager kendelsen derimod ikke stilling til, hvilket skyldes de faktiske omstændigheder i sagen.