

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er således nævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Diehl Metering GmbH
(advokat Michael Duelund, Kolding)

mod

Novafos A/S
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Klagenævnet har den 11. november 2019 modtaget en klage fra Diehl Metering GmbH (Diehl), der har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Novafos A/S (Novafos) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift og replik med bilag 1 – 4 og svarskrift med bilag A – H5.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Novafos har handlet i strid med EU-udbudsrettens ligebehandlingsprincip ved at tildele kontrakten til Kamstrup A/S, uanset tilbuddet fra Kamstrup A/S ikke var konditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Novafos' beslutning af 31. oktober 2019 om at tildele den udbudte kontrakt til Kamstrup A/S.

Novafos har nedlagt påstand principalt om, at klagen afvises, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 084-202378 af 26. april 2019 udbød Novafos som udbud med forhandling med forudgående indkaldelse af tilbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt om levering og montage af fjernaflæste vandmålere med tilhørende hjemtagningssystem og datahjemtagning.

Fristen for at søge om prækvalifikation var i udbudsbekendtgørelsen fastsat til den 15. maj 2019, men blev ved supplerende bekendtgørelse nr. 2019/S 086-207978 af 30. april 2019 ændret til den 12. juni 2019.

Det fulde udbudsmateriale blev stillet til rådighed via EU-Supply på tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen.

Det fremgår af udbudsbeskrivelsen afsnit 3.8, at et af minimumskravene har følgende ordlyd:

”...

Der skal hvert døgn være kontakt med alle vandmålere i form af mindst et sæt hjemsendte data.

...”

Udbuddet omfatter 72.514 vandforbrugsmålere, som tilbudsgiveren skal installere. Kontraktens længde er 12 år.

Af udbudsbeskrivelsen fremgik det, at tildelingskriteriet ved udbuddet var ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” med følgende vægtede underkriterier:

Samlet økonomi	Samlet økonomi omfattende etableringsomkostninger, drifts- og hostingaftale og datahjemtagningsaftale	50 %
Performance	Garanteret aflæsningsperformance over minimumskravet	5 %
Leverancens kvalitet	Vurdering af kvalitet for vandmålere, kommunikationsnetværk og hjemtagningsystem. Herunder vurderes omfanget og typen data, eventuelt analyseværktøj samt integration til øvrige IT-systemer, m.v.	20 %
Innovative forhold	Vurdering af leverancens innovative forhold og fremtidssikring	10 %
Organisering	Vurdering af arbejdets organisering	5 %
Drifts- og hostingaftale samt datahjemtagningsaftale	Vurdering af den tilbudte drifts- og hostingaftale, den tilbudte datahjemtagningsaftale samt øvrig service	10 %

Novafos modtog inden ansøgningsfristens udløb tre ansøgninger om prækvalifikation fra: Kamstrup A/S, Diehl og Brdr. Dahl/Saint Gobain Distribution Denmark.

Novafos udvalgte de tre ansøgere til at deltage i forhandlingsproceduren og afgive tilbud. Dette blev meddelt ansøgerne den 18. juni 2019.

Fristen for afgivelse af indledende tilbud var i henhold til udbudsbeskrivelsens afsnit 3 fastsat til den 3. september 2019.

I udbudsbeskrivelsen var anført en række minimumskrav, herunder følgende:

”...

Aflæsningsperformance skal være minimum 97,0 %

Der skal hvert døgn være kontakt med alle vandmålere i form af mindst et sæt hjemsendte data

...”

Novafos gennemførte et informationsmøde for tilbudsgiverne den 27. juni 2019. Der blev udfærdiget et referat fra informationsmødet.

Der blev i tilbudsfasen stillet spørgsmål til udbudsmaterialet, som Novafos’ rådgiver besvarede på vegne af Novafos.

Der blev stillet forskellige spørgsmål, og der blev givet svar herpå, herunder følgende:

Spørgsmål 60660 stillet af Diehl den 29. juli 2019:

”På grund af det faktum, at dette bud er en nyhed på det danske (endda europæiske) marked med hensyn til data og dets netværksforpligtelser, har visse punkter i budet brug for en ekstra indsats for at blive afklaret. Da dette udbud anmoder om service på højt niveau og avanceret data-kommunikation.

Af disse grunde vil vi venligst bede Novafos om at forlænge tilbudsfristen med fire uger.”

Spørgsmålet blev den 30. juli 2019 besvaret således:

”Ønsket kan ikke imødekommes, og tilbudsfristen ændres ikke.”

Spørgsmål 62825 stillet af Diehl den 20. august 2019:

”I forbindelse med performancekrav på netværk, er der i udbudsmaterialet beskrevet en minimumsperformance på 97% på timeværdier, men et krav om at der modtages minimum en aflæsning per døgn for alle målere, hvilket må forstås som 100% performance på døgnværdier. Der blev på informationsmødet redegjort for fremgangsmåden for målere, som ikke modtages på grund af fejl, med mulighed for at overdrage dette til forsyningsselskabet.

Spørgsmål:

I en sådan løsning vil man jo i praksis ofte se målere, som ikke modtages i kortere perioder, f.eks. en lastbil parkeret over en målerbrønd, eller andre årsager som man i praksis ikke finder nogen forklaring på. Da udfald af kun en måler betyder, at man ikke opnår de 100% performance på døgn aflæsninger, men kravet på de 97% på timeværdier kan stadig opnås. Da løsningen indeholder 72.514 målere – 5% + 10%., er det jo overvejende sandsynligt, at der altid er mindst én måler som ikke hjemtages.

1) Er det meningen, at forsyningsselskabet vil køre ud til en installation, hver gang en sådan situation opstår? Hvis man ikke kan konstatere en direkte fejl i installationen, som kan forklare, at en måler ikke modtages, vil det så udløse en ”bod for manglende performance i driftsperioden”?

2) Når der opstår udfald på en måler, så kan totalleverandøren jo heller ikke nødvendigvis afgøre hvad problemer er. Er det så meningen at forsyningssselskabet melder tilbage, i hvert enkelt tilfælde hvad man betragter som årsagen og hvorvidt man mener at det udløser bod?

3) Skal ”bod for manglende performance” forstås at f.eks. 99,99% døgnperformance udløser en ”0,5%” bod, eller skal det forstås at en afvigelse skal være større end 0,5% før den udløses. Det vil sige at en døgnperformance på 99,50 til 100% accepteres, mens en performance på 99,49% giver bod?

4) Vi ønsker os en mere uddybende forklaring på, hvordan kravet omkring de 100% på døgnværdier skal fortolkes, f.eks. ved at opstille nogle flere eksempler.
...”

Spørgsmålet blev den 22. august 2019 besvaret således:

”Indledningsvis skal nævnes, at det er totalleverandørens ansvar at sikre performance, samt drift og vedligeholdelse af kommunikationsnetværket. Ifølge udbudsbeskrivelsens side 40, skal fremhæves, at Novafos ikke deltager i driften og vedligeholdelsen af netværket, men alene deltager på målerinstallationsniveau, dvs. stiller personale til rådighed for kontrol og vedligehold efter leverandørens anvisninger af vandmålere, lokal kommunikationsmodul og/eller lokal antenne tilknyttet den enkelte måler ved den enkelte kunde.

I øvrigt henvises til udbudsbeskrivelsens afsnit 11.

Ligeledes skal indledningsvis understreges, at der alene er bod i relation til den garanterede performance på timeværdier, hvor minimumskravet er 97,0 % performance hvert døgn, og alene omfattende målere, der ikke er overdraget til kontrol og vedligeholdelse af Novafos, jf. ovenstående.

Ad 1) Såfremt måleren er overdraget til Novafos, da Totalleverandøren vurderer at der er noget galt med måleren eller den lokale antenne/kommunikationsmodul, indgår denne måler ikke i performanceopgørelsen.

Novafos vurderer om de vil besøge måleren:

- såfremt de ikke gør det, holdes måleren ude af performanceopgørelsen.
- tager Novafos ud til måleren, og gennemfører Totalleverandørens anvisninger, men konstaterer at der ikke er noget galt med måleren eller den lokale antenne/kommunikationsmodul, tilbageføres måleren til Totalleverandøren, og den indgår igen i performanceopgørelsen.

Ad 2) Såfremt Novafos har besøgt en overdraget måler og gennemfører Totalleverandørens anvisninger, og dette ikke løser udfordringen, tilbageføres opgaven/målerens manglende kommunikation til Totalleverandøren, jf. ad 1.

Ad 3) Hvis den garanterede performance opgjort på timeværdier er 97,0 %, og der måles en performance 96,51% udløses ikke bod. Måles en performance på 96,50 % udløses bod, jf. afsnit 11.4.

Ad 4) Som nævnt i indledningen af dette svar er minimumskravet 97,0 % performance på timeværdier hvert døgn. Kravet ”skal der hvert døgn være kontakt med alle vandmålere i form af mindst et sæt hjemsendte timedata”, skal fortolkes, således at der skal modtages mindst én aflæsning pr. døgn, altså én timeaflæsning fra hver måler. Dette for at sikre, at der er kontakt til måleren. Kravet er ikke bodsbelagt.

For god ordens skyld skal opmærksomheden henledes på udbudsbeskrivelsens afsnit 3.10 underpunkt 4 samt afsnit 10.2, hvoraf fremgår ”Totalleverandøren skal i tilbuddet og i tilbudslisten oplyse hvilken performance han garanterer, og give en fyldestgørende beskrivelse af forudsætninger og betingelserne for opretholdelsen af garantien.”. Endelig skal opmærksomheden henledes på afsnit 4.2.5 vedrørende evaluering af tilbud.”

Spørgsmål 63453 stillet af Diehl den 25. august 2019:

”1) Er kravet i 10.2 ”kontakt med alle vandmålere i form af mindst et sæt transmitterede timedata dagligt” knyttet til 72.515 installerede vandmålere?

Hvis nej, antager vi, at det er knyttet til minimumskravet ”minimum 97% timeværdier for alle målere”?

2) Er kravet i 10.2 ”kontakt med alle vandmålere i form af mindst et sæt transmitterede timedata dagligt” knyttet til sanktioner, hvis det ikke er opfyldt?

3) Er kravet i 10.2 ”kontakt med alle vandmålere i form af mindst et sæt transmitterede timedata dagligt” knyttet til andre juridiske konsekvenser end sanktioner?”

Spørgsmålet blev den 27. august 2019 besvaret således:

”Ad 1 og 2) Spørgsmål 1 er ikke helt forstået, så i det følgende er som eksempel beskrevet hvorledes kravene er tænkt.

Der tages i eksemplet udgangspunkt i en garanteret performance på 97%.

Ved de daglige aflæsninger i driftssituationen forventes $72.515 \times 24 = 1.740.360$ timeaflæsninger (komplette datasæt). Ved en performance på 97% modtages således 1.688.149 timeaflæsninger, altså der mangler 52.211 timeværdier. Disse manglende timeværdier kan teoretisk stamme fra 52.211 vandmålere, som hver mangler 1 timeværdi, eller fra 2.175 vandmålere der slet ikke sender data. Det er den sidste situation der søges imødegået med kravet ”kontakt med alle vandmålere i form af mindst et sæt transmitterede timedata dagligt”.

Målere der slet ikke modtages data fra, indgår således i opgørelsen af performance sammen med målere der modtages 1 eller flere timeværdier fra. Er den opgjorte performance under den garanterede, udløses bod. For ikke at have ”dobbelt” bod på målere der slet ikke modtages data fra, er der ikke særskilt ekstra økonomisk sanktion/bod på disse.

Kravet er stillet for at rette fokus såvel i design- som driftsfasen på at det er vigtigt, at der modtages data fra alle vandmålere, vigtigere end der misses enkelte timeværdier fra vandmålere.

Ad 3) Der vil ikke være særskilt økonomisk sanktion. Og der vil ikke være yderligere juridiske konsekvenser end det der er indeholdt i kontrakten.”

Ved tilbudsfristens udløb den 3. september 2019 havde alene Kamstrup A/S afgivet tilbud.

Diehl fremsendte samme dag, som tilbudsfristen udløb, et brev til Novafos, hvori Diehl redegjorde for, hvorfor virksomheden ikke havde afgivet tilbud.

Af brevet fremgik blandt andet:

”Performancekrav: De 97 % timeværdier er et rimeligt krav, men ”de facto” 100,0 % krav om daglig aflæsning fordyrer hele projektet væsentligt (kontra eksempelvis 99,0 % eller 99,5 %). Gennem udbudsfasen var det vanskeligt for os at analysere de juridiske aspekter af performancekravet og dets afvigelser, selv om spørgsmålet blev stillet på EU Supply.

Vi stiller os naturligvis til rådighed for uddybende dialog omkring ovenstående punkter med mere og eventuelle fremtidige samarbejdsmuligheder.”

Novafos har efter modtagelsen af indledende tilbud gennemført tre forhandlingsmøder med Kamstrup A/S, ligesom der har været afholdt et præsentationsmøde, hvor Kamstrup A/S præsenterede en række IT-baserede analyseværktøjer.

Første forhandling foregik mandag den 9. september 2019, hvor Kamstrup præsenterede sit tilbud. Derudover var der fokus på målerne og montage heraf.

Andet forhandlingsmøde blev gennemført den 25. september 2019, hvor kommunikationsnetværk, drifts- og hostingaftalen samt datahjemtagningssaf-talen blev drøftet.

Endeligt er afholdt et tredje og sidste forhandlingsmøde den 3. oktober 2019, hvor kommercielle forhold og kontrakten blev drøftet.

Novafos har oplyst, at Kamstrup A/S' tilbud under forhandlingerne er blevet klarlagt, og en række forhold er blevet nærmere konkretiseret.

De sidste tilbudsoplysninger blev modtaget fra Kamstrup A/S den 25. oktober 2019.

Der er ikke som led i forhandlingerne foretaget ændringer af vilkår i udbudsmaterialet, der efter Novafos' vurdering kan betragtes som grundlæggende elementer, og det er Novafos' vurdering, at Kamstrup A/S' tilbud har været i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes minimumskrav.

Novafos har ud fra indholdet af Diehls klage foretaget en vurdering af, hvilke dokumenter der efter klagens indhold kunne være relevante med henblik på at vurdere Kamstrup A/S' opfyldelse af minimumskravet om "kontakt med alle vandmålere i form af mindst et sæt hjemsendte data" og har fremlagt disse. Det drejer sig om følgende dokumenter (med ekstraheringer):

- Kamstrups tilbudsliste – indledende bud af 3. september 2019
- Kamstrups tilbudsliste – endeligt bud af 25. oktober 2019
- Bilag 4 til Kamstrups indledende tilbud – Performance
- Bilag 15 til Kamstrups indledende tilbud – "Udbudsbeskrivelse med Kamstrup svar"

- Kamstrups ”Tilbudsbrev appendix 2: Dokumentoversigt”, der indeholder en samlet oversigt over Kamstrups indledende tilbud.

Diehl har efter klagens indgivelse og før replikkens indgivelse fået aktindsigt i Kamstrup A/S’ tilbud. Diehl har i forbindelse med replikkens indgivelse ikke fremlagt yderligere dokumenter.

Følgende fremgår af Kamstrup A/S’ tilbudsliste, der indgik i såvel det indledende som det endelige tilbud:

På tilbudslistens forside under overskriften ”Forbehold” er anført:

”Ingen forbehold ift. udbudsmateriale”

Endvidere indeholder tilbudslisten følgende:

”Undertegnede tilbudsgiver tilbyder ovennævnte og bekræfter samtidig, at der ikke i forhold til øvrige bilag er taget forbehold, der ikke er direkte omtalt i denne tilbudsliste.”

Af udbudsbeskrivelsen med Kamstrup A/S’ svar fremgår det efter oplysnin-gen af Novafos’ mindstekrav:

”KAMSTRUP SVAR

Kamstrup opfylder samtlige mindstekrav uden forbehold. For nærmere beskrivelse af krav til datahjemtagning henvises til besvarelse af afsnit 10 i indeværende dokument og Kamstrups bilag 3 – Kommunikations-netværk og datahjemtagning. Kamstrups udkast til drifts- og hostingaf-tale og Datahjemtegningsaftale fremgår af Kamstrups bilag 5 og under-bilag.”

Novafos tildelte den 31. oktober 2019 den udbudte kontrakt til Kamstrup A/S.

Diehl modtog underretning om tildelingen samme dag.

Af underretningen til Diehl fremgik det blandt andet:

”Tilbuddet fra Kamstrup A/S er blevet vurderet. Tilbuddet anses for kon-ditions-mæssigt og antageligt.”

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden

Novafos har gjort gældende, at klagesagen foruden annullationspåstanden alene angår en enkelt materiel påstand, der relaterer sig til et synspunkt fra Diehl om, at det vindende tilbud fra Kamstrup A/S ikke har været konditionsmæssigt.

Diehls påstand 1 indeholder ikke en beskrivelse af, hvad det er for specifikke elementer i Kamstrups tilbud, der indebærer, at dette ikke skulle være i overensstemmelse med minimumskravene i udbudsbetingelserne. Diehls sagsfremstilling indeholder heller ikke klare angivelser af, hvori ukonditionsmæssigheden i Kamstrups tilbud skulle bestå.

Diehls klage baserer sig således i det hele på udokumenterede antagelser om, at det ikke kan have været muligt for Kamstrup A/S at leve op til minimumskravene i udbuddet. Det bemærkes i den forbindelse, at Diehl ikke på tidspunktet for klagens indgivelse har haft adgang til Kamstrup A/S' tilbud og har derfor heller ikke kunnet identificere konkrete afvigelser mellem tilbuddet og udbuddets minimumskrav.

Klagen fordrer umiddelbart, at klagenævnet selv skal foretage en nærmere undersøgelse af tilbuddet fra Kamstrup A/S med henblik på at konstatere, at dette er i overensstemmelse med udbuddets minimumskrav. Dette er uforeneligt med det forhandlingsprincip, som processen ved klagenævnet er underlagt, herunder det faktum at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og heller ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende.

På det foreliggende grundlag gør Novafos derfor principalt gældende, at klagen skal afvises, da klagen er uegnet til at danne grundlag for sagens behandling jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, jf. § 10, stk. 1.

Diehl har til støtte for sin påstand, om at klagen ikke skal afvises, gjort gældende, at allerede fordi det i klageskriftet er specificeret, at det oplyste performancekrav i udbudsbeskrivelsens afsnit 3.8 i praksis ikke kan opfyldes –

og dermed ikke må være opfyldt af Kamstrup A/S – fordrer klagenævnets stillingtagen ikke en nærmere undersøgelse af tilbuddet fra Kamstrup A/S.

Ad påstand 1

Diehl har til støtte for sin påstand gjort gældende, at de opstillede minimumskrav er så restriktive, at de ikke kan opfyldes. Derfor afgav Diehl ikke tilbud.

Såfremt Novafos betragter Kamstrup A/S' tilbud som konditionsmæssigt, har Novafos foretaget grundlæggende ændringer i udbuddet, og det bør derfor annulleres.

Særligt to forhold gør, at Kamstrup A/S' tilbud nødvendigvis må være ukonditionsmæssigt.

Vedrørende minimumskravene til "Performance", hvorefter "der skal hvert døgn være kontakt med alle vandmålere i form af mindst et sæt hjemsendte data", har Diehl gjort gældende, at dette ikke kan opfyldes. Udbuddet omfatter 72.514 vandforbrugsmålere, som skal installeres, og kontraktens længde er 12 år. Målerne skal hver dag levere mindst et datasæt eller i alt 300.000.000 datasæt. Såfremt blot et datasæt mistes, overholdes minimumskravene ikke, og det kan ingen overholde. Derfor er Kamstrup A/S' tilbud ukonditionsmæssigt. Diehl har dertil bestridt, at det kan tillægges vægt, at der ikke idømmes bod ved manglende opfyldelse af minimumskravet om mindst en aflæsning pr. døgn fra hver måler. Det forhold, at manglende opfyldelse af minimumskravet ikke er bodsbelagt, medfører ikke at en manglende opfyldelse af minimumskravet dermed vil være konditionsmæssigt.

Ved gennemgang af det af Kamstrup A/S' tilbud vedrørende "Performance Redacted" har Diehl konstateret, at Kamstrup A/S har anført en række "forudsætninger", som Diehl gør gældende bør anses som forbehold, herunder er følgende skrevet i afsnit 1 – indledning: "Udover krav til performance skal der hvert døgn være kontakt med alle vandmålere i form af mindst et sæt hjemsendte timedata."

Diehl har endvidere anført, at det samme gør sig gældende under afsnit 3.1. "Telenet", hvor der er indsat et forbehold, som medfører, at tilbuddet ikke er konditionsmæssigt, idet følgende fremgår, at det "er en forudsætning for

Kamstrup A/S' tilbudte performance, at der er dækning til telekommunikation på de givne lokationer og at der ikke er udfald i dækningen". Dette er et forbehold vedrørende et grundlæggende krav om døgnkontakt, og tilbuddet er også af denne grund ukonditionsmæssigt.

Det forhold, at Kamstrup benævner forbehold som "Forudsætninger", kan i øvrigt efter Diehls opfattelse ikke føre til andet resultat.

Diehl har endeligt vedrørende teknologien gjort gældende, at det efter Diehls opfattelse og undersøgelser på globalt plan ikke er muligt at finde en gennemtestet teknologi, der kan opfylde det opstillede performancekrav.

Novafos har bestridt, at tilbuddet fra Kamstrup A/S var ukonditionsmæssigt og har gjort gældende, at virksomheden med bistand fra en erfaren og specialiseret udbudsrådgiver har gennemgået og evalueret tilbuddet fra Kamstrup A/S og på den baggrund har vurderet, at det endelige tilbud opfyldte alle minimumskrav og dermed var konditionsmæssigt.

Kamstrup A/S havde i tilbudslisten tydeligt angivet for såvel det indledende som det endelige tilbud, at der ikke var taget forbehold, og Kamstrup A/S havde endvidere i besvarelsen af udbudsbeskrivelsen anført, at "Kamstrup opfylder samtlige mindstekrav uden forbehold."

Diehl baserer udelukkende sit synspunkt, om at tilbuddet fra Kamstrup var ukonditionsmæssigt, på, at følgende minimumskrav ikke har været muligt for Kamstrup A/S at opfylde:

"Der skal hvert døgn være kontakt med alle vandmålere i form af mindst et sæt hjemsendte data."

Kamstrup A/S havde ikke i sit tilbud taget forbehold for dette minimumskrav, idet Kamstrup tværtimod havde gjort det helt tydeligt, at tilbuddet ikke indeholdt forbehold for nogen af de stillede minimumskrav.

Novafos har endvidere bestridt, at det anførte minimumskrav ikke i praksis er muligt at opfylde. Der er således tale om et proportionalt og gennemsigtigt minimumskrav, som det har ligget inden for Novafos' skønsmæssige rammer af fastsætte.

På baggrund af to konkrete spørgsmål fra Diehl (spørgsmål 62825 og 63453) tydeliggjorde Novafos i tilbudsfasen, hvordan det stillede minimumskrav skulle forstås. Der henvises således til de klare, uddybende svar herpå. Novafos har bemærket, at ingen af de øvrige tilbudsgivere stillede spørgsmål vedrørende forståelsen af minimumskravet i tilbudsfasen.

Novafos har tilføjet, at der på intet tidspunkt forud for tildelingen af kontrakten blev gjort indsigelse mod minimumskravet. I det brev, som Diehl sendte til Novafos den 3. september 2019, da tilbudsfristen udløb, begrundede Diehl heller ikke undladelsen af at afgive tilbud med, at det ikke blev anset for muligt at honorere minimumskravet. Det blev alene fremhævet, at minimumskravet ”fordyrer hele projektet væsentligt”.

Det fremstår således som et rent postulat, når Diehl på et udokumenteret grundlag gør gældende, at minimumskravet ikke i praksis kan opfyldes.

Dette skal i øvrigt ses i sammenhæng med, at Diehl i tilbudsfasen anmodede om forlængelse af tilbudsfristen med 4 uger, hvilket imidlertid ikke blev imødekommet af Novafos.

Novafos har ikke haft noget grundlag for at betvivle, at det konkrete minimumskrav kan opfyldes af Kamstrup, idet det i øvrigt skal fremhæves, at det i udbudsmaterialet og i forbindelse med spørgsmål/svar har været tydeliggjort, at kravet om kontakt med alle målere minimum en gang i døgnet alene omfatter målere, der ikke er overdraget til kontrol og vedligeholdelse af Novafos.

Det bemærkes i øvrigt, at det blev tydeligt fremhævet over for tilbudsgiverne, at manglende opfyldelse af minimumskravet ikke var bodsbehæftet, jf. svaret på spørgsmål 63453. Manglende opfyldelse af minimumskravet vil dog i sagens natur kunne sanktioneres som almindelig misligholdelse i henhold til kontrakten.

Sammenfattende gør Novafos gældende, at tilbuddet fra Kamstrup var konditionsmæssigt, og at der således ikke er grundlag for at give Diehl medhold i påstand 1. Påstanden baserer sig alene på udokumenterede antagelser fra Diehls side om indholdet af Kamstrups tilbud.

Ad påstand 2

Diehl har gjort gældende, at der efter det der er anført under påstand 1 er grundlag for at annullere Novafos' tildelingsbeslutning.

Novafos har gjort gældende, at der efter det der er anført under påstand 1 ikke er grundlag for at annullere Novafos' tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisningspåstanden

Ifølge Diehls påstand 1 skal Novafos have handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at have tildelt kontrakten til Kamstrup A/S, uanset tilbuddet fra Kamstrup A/S ikke var konditionsmæssigt. Af sagsfremstillingen og Diehls anbringender fremgår klart, at Diehl gør gældende, at Kamstrup A/S' tilbud ikke kan være konditionsmæssigt, fordi tilbudsbetingelserne ikke kan opfyldes af nogen tilbudsgiver. På denne baggrund er klagen egnet til at danne grundlag for sagens behandling, og klagenævnet afviser derfor ikke klagen i medfør af klagenævnslovens § 6, stk. 2.

Ad opsættende virkning

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.«

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (»*fumus boni juris*«). Hvis klagen umiddelbart synes håbløs, er betingelsen ikke opfyldt.

2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet, at Diehl overordnet gør gældende, at Kamstrup A/S' tilbud er ukonditionsmæssigt, idet det ikke er muligt at opfylde mindstekravene, idet der på verdensplan ikke findes en teknologisk løsning, der opfylder disse. Diehl har ikke gjort dette gældende under spørgerunden.

Det fremgår af Kamstrup A/S' tilbud, at virksomheden i sit tilbud ikke har taget forbehold overfor noget mindstekrav og har erklæret, at virksomheden opfylder samtlige mindstekrav uden forbehold. Løsningen, som Kamstrup A/S har tilbudt, opererer via telenettet, og virksomheden har anført i sit tilbud, at det er en forudsætning for virksomheden, at "der er dækning til telekommunikation på de givne lokationer, og at der ikke er udfald i dækningen". Denne forudsætning udgør ikke et forbehold overfor et grundlæggende element, idet det ikke kan anses for at være en del af tilbuddet, ligesom en forudsætning om eksempelvis, at der ikke er strømafbrydelse.

Idet Diehl således ikke har løftet sin bevisbyrde for, at det ikke er muligt at opfylde mindstekravene i tilbuddet, da det ikke er godtgjort, at Kamstrup A/S har taget forbehold overfor et grundlæggende element, og idet Kamstrup A/S har erklæret, at virksomhedens tilbud opfylder samtlige mindstekrav, er der på det foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstand 1 bliver taget til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig