

Klagenævnet for Udbud
(Katja Høegh, Jan Eske Schmidt)

J.nr.: 18/06965
24. april 2019

K E N D E L S E

Sagemcom Energy & Telecom SAS
(advokat Thomas Ryhl, København)

mod

Vores Elnet A/S
(advokat Povl Nick Bronstein
og advokat Anders Nørgaard Jensen,
begge København)

Indholdsfortegnelse

1. KLAGEN OG PARTERNES PÅSTANDE	3
2. SAGENS NÆRMERE OMSTÆNDIGHEDER.....	6
2.1 OPLYSNINGER OM DET UDBUDTE OG DEN HİDTİDİGE AFTALE	6
2.2 UDBUDSMATERIALET	7
2.3 PRÆKVALIFIKATION, TILDELING OG FORLØBET HEREFTER	10
2.4 VOELS UDDYBNING UNDER DENNE SAG AF BEGRUNDELSEN FOR DEN DIREKTE TILDELING	15
2.5 YDERLİGERE OPLYSNINGER OM KONTAKT MELLEM VOEL OG LANDIS+GYR OM TREDJEPARTSADGANG	24
2.6 VOELS SVAR PÅ SPØRGSMÅL FRA KLAGENÆVNET OM İNDHENTEDE TEKNI- SKE VURDERINGER MV.	26
2.7 OPLYSNINGER FRA SAGEMCOM OM İNTEGRATIONSMULİGHEDER OG FOR- LØBET	27
2.8 İNDKØB UDEN UDBUD HOS LANDIS+GYR İ 2018 OG 2019.....	30
3. PARTERNES ANBRİNGENDER.....	39
AD PÅSTAND 1 OG 2 (OG TİLLİGE PÅSTAND 5 OG 6).....	39
AD PÅSTAND 3 OG 4.....	48
AD PÅSTAND 5 OG 6.....	58
4. RETSGRUNDLAGET	61
5. KLAGENÆVNET UDTALER.....	64
5.1 AD PÅSTAND 1 OG 2.....	64
5.2 OVERORDNET OM PÅSTAND 3-6.....	65
5.3 OMFANGET AF İNDKØB UDEN UDBUD	67
5.4 LOVLİGHED AF DIREKTE TILDELING İ MEDFØR AF FORSYNINGSVIRKSOMHEDSDIREKTİVETS ARTIKEL 50, LİTRA E	68
5.5 LOVLİGHED AF DIREKTE TILDELING İ MEDFØR AF FORSYNINGSVIRKSOMHEDSDIREKTİVETS ARTIKEL 50, LİTRA D.....	74
5.6 SÆRLİGT AD PÅSTAND 6 OM UDEN VİRKNİNG.....	75
5.7 ANNULLATION AF UDBUDET	76
5.8 SAGSOMKOSTNİNGER.....	77

1. Klagen og parternes påstande

Vores Elnet A/S (dengang Energi Fyn Net A/S) udbød ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 144-297811 af 27. juli 2017 som udbud med forhandling efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en to-årig rammeaftale om levering af 3G-elmålere. Der var option på fornyelse i 3 x 1 år. Der er ikke oplyst værdi i udbudsbekendtgørelsen.

Blandt andet Sagemcom Energy & Telecom SAS ("Sagemcom") og Landis+Gyr Oy blev prækvalificeret og afgav ligesom en yderligere virksomhed tilbud inden for tilbudsfristens udløb den 11. september 2017.

Den 23. november 2017 meddelte Vores Elnet A/S ("VOEL"), at tilbuddet fra Sagemcom var vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at VOEL ville indgå kontrakt med Sagemcom efter udløbet af standstill-fristen den 3. december 2017.

Der var herefter korrespondance om udformning af kontrakt, og der blev opnået enighed om et kontraktudkast.

Ved mail af 21. februar 2018 meddelte VOEL Sagemcom, at der var opstået uforudsete omstændigheder, og den 27. februar 2018 meddelte VOEL, at selskabet som følge af "costs connected with software integration of the electrical meters offered by Sagemcom", jf. et "cost overview" fra "Energi Fyn's current provider of software for electrical meters, Landis+Gyr A/S" overvejede at annullere udbuddet og foreløbigt suspenderede udbuddet (og kontraktindgåelse).

Ved bekendtgørelse nr. 2018/S 095-217282 offentliggjort den 19. maj 2018 annullerede VOEL udbuddet.

Ved frivillig forudgående bekendtgørelse nr. 2018/S 153-351976 af 7. august 2018 meddelte VOEL, at selskabet havde til hensigt at tildele en rammeaftale på levering af 3G elmålere uden forudgående offentliggørelse af en indkaldelse af tilbud til sin hidtidige leverandør Landis+Gyr Oy.

Der blev ikke indgivet klage indenfor standstill-fristen på 10 dage.

Den 7. september 2018 indgav Sagemcom klage til Klagenævnet for Udbud over VOEL vedrørende den påtænkte kontrakt med Landis+Gyr Oy.

VOEL har under klagesagens behandling oplyst, at der ikke er indgået kontrakt, og har i sin duplik af 17. december 2018 meddelt, at VOEL har truffet beslutning om ikke at indgå den kontrakt, som ovennævnte bekendtgørelse angår med Landis+Gyr Oy.

VOEL har på opfordring fra Sagemcom i svarskrift af 12. oktober 2018 oprindeligt oplyst, at selskabet i løbet af 2018 har købt i alt 9.288 elmålere til en værdi af 5.897.880 kr. ekskl. moms hos Landis+Gyr Oy ved direkte tildelelse. Der er efterfølgende givet anderledes oplysninger om omfanget af indkøbet. Det er senest af VOEL oplyst, at der i løbet af 2018 og frem til udgangen af januar 2019 er indkøbt 12.816 stk. elmålere til en samlet værdi af 7.852.464 kr. ekskl. moms.

VOEL har gjort gældende, at selvom disse indkøb ikke er omfattet af den nu opgivne rammeaftale, som den frivillige bekendtgørelse angik, har VOEL været berettiget til at foretage de pågældende indkøb uden udbud af de grunde, som fremgår af den frivillige bekendtgørelse. VOEL har herudover gjort gældende, at de pågældende indkøb kunne ske uden udbud, fordi der er tale om ”nødindkøb”.

VOELs oplysning om indkøb uden forudgående udbud har medført yderligere påstande 5 og 6 fra Sagemcom angående disse indkøb.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Sagemcom har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Vores Elnet A/S har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 44 ved at tildele en rammeaftale om levering af 3G-elmålere til Landis+Gyr Oy efter proceduren med udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e), uanset at betingelserne for anvendelse af denne procedure ikke var opfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Vores Elnet A/S' beslutning om at tildele en rammeaftale om levering af 3G-elmålere til Landis+Gyr Oy (offentliggjort ved profylaksebekendtgørelse nr. 2018/S 153-351976 i EU-Tidende den 10. august 2018).

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Vores Elnet A/S har handlet usagligt og i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at aflyse det udbud af en rammeaftale vedrørende levering af 3G-elmålere, som blev iværksat ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 144-297811 i EU-Tidende den 29. juli 2017.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Vores Elnet A/S' beslutning om at aflyse udbuddet af en rammeaftale vedrørende levering af 3G-elmålere (offentliggjort ved aflysningsbekendtgørelse nr. 2018/S 095-217282 i EU-Tidende den 19. maj 2018).

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Vores Elnet A/S har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 44 ved at foretage direkte indkøb af elmålere og tilknyttede produkter og reservedele hos Landis+Gyr Oy i 2018 og 2019 uden afholdelse af et udbud.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal erklære aftalen om fortsat levering af elmålere og tilknyttede produkter og reservedele, som Vores Elnet A/S de facto har indgået med Landis+Gyr Oy, for uden virkning for fremtidige leverancer i medfør af § 17, stk. 1, nr. 1, og § 18, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud og udstede påbud om, at aftalen skal bringes til ophør i medfør af § 18, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Sagemcom har taget forbehold om senere at nedlægge påstand om erstatning.

VOEL har nedlagt påstand om, at Sagemcoms påstande ikke tages til følge, og har vedrørende påstand 6 subsidiært påstået, at aftalen skal opretholdes i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 3.

Klagenævnet har den 12. september 2018 og den 29. november 2018 meddelt Landis+Gyr Oy ("Landis+Gyr"), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. klagenævnsløven § 6, stk. 3 og stk. 5.

Landis+Gyr har ikke besvaret klagenævnets henvendelser.

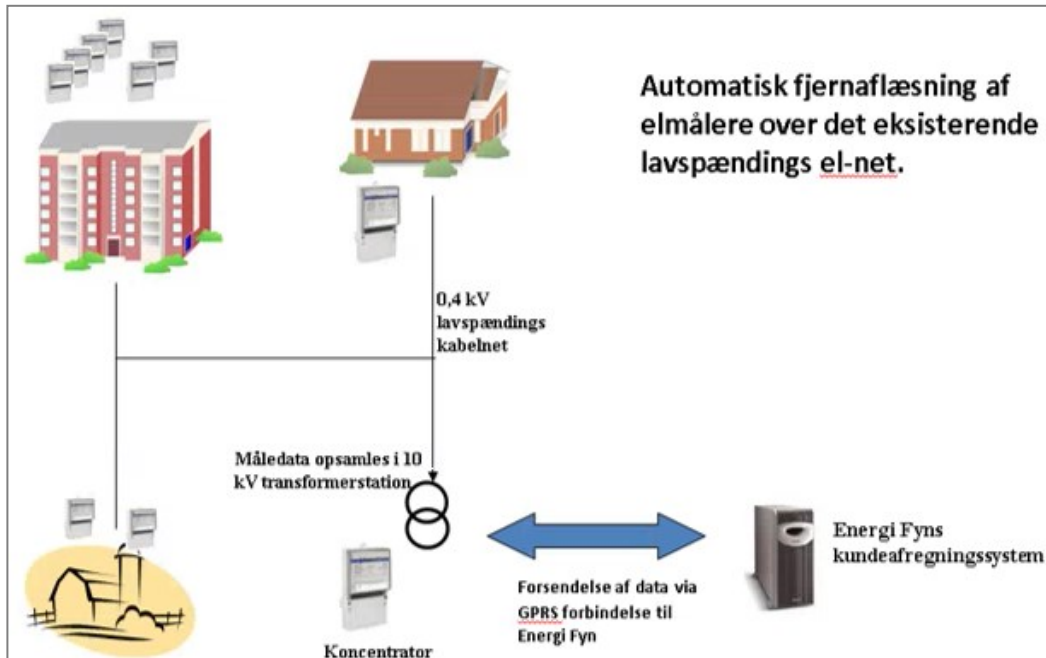
2. Sagens nærmere omstændigheder

VOEL udbød ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 144-297811 af 27. juli 2017 som udbud med forhandling efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en to-årig rammeaftale om levering af 3G-elmålere. Der var option på fornyelse i 3 x 1 år.

2.1 Oplysninger om det udbudte og den hidtidige aftale

3G-elmålere er efter det oplyste såkaldt "smarte" elmålere, der fungerer som små computere, der trådløst kan kommunikere med og aflæses i elskabets (VOELs) it-softwaressystem, Head End Systems (HES) og behandlingsdatasystem, Meta Data Management Systems (MDMS), som er et system, som kontrollerer data og videresender disse til afregningsformål og til præsentation for kunder. VOELs HES- og MDMS-system er leveret af Landis+Gyr, som også er VOELs hidtidige leverandør af elmålere og koncentratorer, jf. en rammeaftale indgået efter EU-udbud med ikrafttræden den 1. januar 2015. Ifølge pkt. 20 gjaldt aftalen frem til den 31. december 2016, men kunne med 3 måneders skriftligt varsel til leverandøren til udgangen af en aftaleperiode forlænges med 1 år, dog maksimalt således, at løbetiden blev på i alt 4 år. Efter anmodning fra klagenævnet er der fremlagt et tillæg til rammeaftalen underskrevet den 27. september og 4. oktober 2016, hvorved aftalen er forlænget til den 31. december 2017.

Kommunikationen mellem elmålerne og HES sker endvidere via en såkaldt datakoncentrator (benævnt "DC"). DC'en opsamler data fra en række elmålere og sender dem videre til HES via mobilnettet. VOEL har illustreret processerne i dette diagram:



2.2 Udbudsmaterialet

I udbudsbetingelserne stod der blandt andet:

“1.1 Services put out to tender

Energi Fyn hereby invites tenders for a framework agreement relating to electrical meters.

At Energi Fyn we are approximately 300 employees, and we supply 3/4 of the island Fynen with electricity. We are the 6. biggest energy distribution company in Denmark.

We have a little more than 200.000 meters which we manage with 2 different Head End Systems (HES):

1. L+G (LON and PLAN)
2. Kamstrup (Radio)

To manage these HES [Data] we have two MDM (Meta Data Management according to the two different HES:

1. Gridstream AIM
2. VisionAir

...

We have decided a new strategy, and to meet this we put out this tender to purchase meters which comply with G3-PLC Alliance specifications as well as IDIS1DLM.

...

The framework agreement is valid for a period of 2 years with the option to extend by another 3 periods of 12 months.

...

The yearly consumption during the framework agreement period, is estimated to approx.. 20.000 meters per year.

...

6.1.1 Budget

Prices must be entered on the enclosed tender list and the price elements defined in it must be completed. The prices must be submitted excluding VAT, but including all other costs, duties and expenses associated with the procurement.

...

To ensure comparability across the tenders received, the Contracting Entity may assign a capital value to aspects that could mean the tenders received are not comparable, then calculate the technical tender sum as the final evaluation that “Budget” will be based on.”

Af en beskrivelse af VOELs eksisterende ”Main setup for Energi Fyn meter reading and management system”, som indgik i udbudsmaterialet, fremgik:

“Frontend, related components and setup of the entire MDM are based upon newest available version of Gridstream AIM from Landis+Gyr AG.

All related databases are located in an environment of two Oracle Database Appliance X6-2L of which the one are in production with three Oracle Enterprise Edition activated and the other are in Disaster Recovery mode with one Oracle Enterprise Edition activated. Databases for both Frontends and MDM are Oracle 12c Release 1.

The numbers of meters in operation at Energi Fyn:

Residential Meters, (LON communicating and ramping down):

Manufacture	Model/type	Communication	Status	Number
Landis&Gyr	E120Lt	LON	In operation and ramping down	24,000
Landis&Gyr	E120LiME	LON	In operation and ramping down	80,000
Kamstrup	382	Radio	In operation and ramping down	?
...

Commercial and Industrial Meters:

Manufacture	Model/type	Communication	Status	Number
Landis&Gyr	E600	GPRS/GSM Data	In operation and ramping down	2,100
Landis&Gyr	E700	GPRS/GSM Data	In operation and ramping down	160
Landis&Gyr	E650	GPRS	In operation and ramping up	3,500
Kamstrup	351	GPRS/GSM Data	In operation and ramping down	?
Kamstrup	VisionAir? 351	GPRS/GSM Data	In operation and ramping down	?

The numbers of Concentrators at Energi Fyn:

Manufacture	Model/type	Communication	Status	Number
Landis&Gyr	EMPC100	LON <-> GPRS	In operation and ramping down	2,800
Landis&Gyr	DC450	PLAN <-> GPRS	In operation and ramping up	550
Landis&Gyr	DC450 G3	PLAN G3 <-> GPRS	In operation and ramping up	3
Kamstrup	?	Radio <-> GPRS	In operation and ramping down	?
Kamstrup	VisionAir ?	Radio <-> GPRS	In operation and ramping down	?

“

Af kravspecifikationen fremgik blandt andet:

”1. Introduction

Energi Fyn wishes to buy electricity meters that comply with the G3-PLC Alliance specifications and, at the same time, support or comply with IDIS_{2DLM}. General requirements

Demand 1.1 Electricity meters must comply with the G3-PLC Alliance specifications.

Demand 1.2 Electricity meters must support functions as described in **IDIS_{2DLM}**

Demand 1.3 The tender must include specifications and dimensions of all units.

...

Demand 1.13 The electricity meters must support low-level security (LLS) features defined by DLMS/COSEM.

...

Option 1.1 Installation

Strong weighting will be given to whether the electricity meters tendered can be adapted to Danish conditions of installation, e.g. Danish meters can be delivered mounted with either cables (see Appendix 1 for specifications) or pins.

...

Option 1.3 Concentrators

The Tenderer's concentrators or Landis+Gyr concentrators. Stronger weighting will be given if the electricity meters tendered can be read and managed via other suppliers' concentrators. Please specifically state whether the electricity meters can download via Landis+Gyr DC450 concentrators; other brands may, however, also be relevant.

The tenderer may offer its own concentrators as an option.

A list of supported functions and services when using the Tenderer's own concentrators or, alternatively, concentrators by Landis+Gyr, or other brands, must be provided.

Option 1.4 Front-end functions

Strong weighting will be given if the electricity meters can be read and managed via Landis+Gyr Frontends. The means by which the electricity meters can be read and managed must be specified.

Reading and managing refers primarily to firmware updates, changes of parameters, reading of values, readout of actions and alarms, and disconnection and connection of the breaker.

If it is not possible to offer electricity meters that can be read and managed via Landis+Gyr Frontends, then under this option an alternative front-end solution must be offered, and a list of functions and services supported by the proposed solution must be submitted, including integration with Landis+Gyr MDM.”

2.3 Prækvalifikation, tildeling og forløbet herefter

Blandt andet Sagemcom og Landis+Gyr blev prækvalificeret og afgav ligesom en yderligere virksomhed tilbud inden for tilbudsfristens udløb den 11. september 2017.

I tilbuddet bekræftede Sagemcom, at selskabets elmålere ville overholde krav 1.1. krav 1.2. og krav 1.3. Sagemcom anførte herved om krav 1.2:

“Sagemcom has a strong focus on having a fully interoperable solution. For this matter, our solutions are entirely designed based on open standard protocols. Moreover, Sagemcom 13th October 2017 has become one of the next members of the IDIS association. Indeed all tests for package 2 (Conformance + FIT) have already been successfully passed at DNV-GL for both Meters (single phase S210 and three phase T210) with Extensions D and M. Certificate in the form of document named: “171009 2E2.0 IDIS 0032_Certificate IDIS Association.pdf” is attached to this technical offer.

Sagemcom oplyste desuden i tilbuddet om "Option 1.3" og "Option 1.4" i kravspecifikationen:

"1.3 Option 1.3 - Concentrators

The Tenderer's concentrators or Landis+Gyr concentrators. Stronger weighting will be given if the electricity meters tendered can be read and managed via other supplier's concentrators. Please specifically state whether the electricity meter can download via Landis+Gyr DC 450 concentrators; other brands may, however, also be relevant.

The tenderer may offer its own concentrators as an option. A list of supported functions and services when using the Tenderer's own concentrators or, alternatively, concentrators by Landis+Gyr, or other brands, must be provided.

Answer from Tenderer: Compliant

Sagemcom has a strong focus on using open standards, allowing its solutions to be fully interoperable with those of other vendors. Our T210 Meter Platform is certified IDIS2DM (and will be certified IDIS2DLM by end of 2017), G3-PLC (+FCC) and DLMS security suite 0, 1 and ready for suite 2.

Our meters are therefore compatible and interoperable with any Data Concentrator based on these same standards, including Landis+Gyr DC450 concentrators.

Alternatively, Sagemcom is also able to offer its own data concentrator, which is compatible with other meter vendors (tested and approved by customers). Sagemcom is also able to provide all necessary support to integrate other meters from other vendors into our DC. More information about our DC's functionalities can be found in the appendix document "XP6000 - Technical data sheet".

1.4 Option 1.4 - Front-end functions

Strong Strong weighting will be given if the electricity meters can be read and managed via Landis+Gyr Frontends. The means by which the electricity meters can be read and managed must be specified. Reading and managing refers primarily to firmware updates, changes of parameters, reading of values, readout of actions and alarms, and disconnection and connection of the breaker. If it is not possible to offer electricity meters that can be read and managed via Landis+Gyr Frontends, then under this option an alternative front-end solution must be offered, and

a list of functions and services supported by the proposed solution must be submitted, including integration with Landis+Gyr MDM.

Answer from Tenderer: Compliant

Landis & Gyr front end is interoperable with third-party devices based on IDIS standards (<https://www.landisgyr.eu/product/gridstream-hes/>). Our meters comply with these standards, and can therefore be read and managed by L&G front ends.

Alternatively, Sagemcom is able to offer its own Siconia HES, which is agnostic to the communication technology (compatible with PLC, Cellular, RF meters). SICO-NIATM is based on:

- Service-Oriented Architecture (SOA) concept applied for future-proof;
- Open Source oriented;
- Virtual Image principles and Modular approach for scalability purposes;
- Unified interface for data management;
- Services agnostics to telecom infrastructure;
- Clear separation between data and technical management flows
- Facilities to integrate new telecom technologies
 - Security for telecom infrastructure fully integrated to simplify integration

More information about our Head End System's functionalities can be found in the appendix document "Siconia".

Den 23. november 2017 meddelte VOEL, at tilbuddet fra Sagemcom var vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at VOEL ville indgå kontrakt med Sagemcom efter udløbet af standstill-fristen den 3. december 2017.

VOEL og Sagemcom korresponderede i tiden herefter og frem til den 9. februar 2018 om udformningen af den endelige kontrakt og nåede til enighed om et kontraktudkast.

Ved mail af 21. februar 2018 meddelte VOEL, at det havde vist sig nødvendigt at afklare visse uforudsete omstændigheder inden kontraktunderskrivelsen. I et brev af 27. februar 2018 fra VOEL blev dette uddybet som følger:

“ ...

The unforeseen event relates to the costs connected with software integration of the electrical meters offered by Sagemcom.

Energi Fyn's current provider of software for electrical meters, Landis+Gyr A/S ('L+G'), have recently sent a cost overview, which significantly exceeds the estimated costs previously given by L+G.

Energi Fyn have been informed that these costs entail the following price points:

- (a) Project management
- (b) Development of a driver to handle integration with the electrical meters; the development cost is non-recurring, however a recurring annual support fee of 17 % is demanded by L+G for the operation of the driver.
- (c) Support and license fees.

The economic issue primarily concerns price point (b) above.

....

Due to the above Energi Fyn are considering their options.

One option is to cancel the Tender.

Another option is to put the Tender on hold, while Energi Fyn further clarifies the matter and tries to identify solutions. I have during our telephone correspondence noted Sagemcom's readiness to assist Energy Fyn in this respect; this is greatly appreciated by Energi Fyn.

At this stage, Energi Fyn prefers to put the Tender on hold with the hope that a viable solution is found and that the Tender can be concluded with the signing of the framework agreement.”

Ved bekendtgørelse nr. 2018/S 095-217282 offentliggjort den 19. maj 2018 annullerede VOEL udbuddet med følgende begrundelse:

”The cancellation is due to the fact that the technical requirements set out in the tender documents have proved to be inexpedient, as these requirements presuppose that a tested technical solution for interoperability between electricity meters and software has been developed.

Energi Fyn Net A/S have through further examinations determined that such a technical solution has not yet been developed, and that the development entails significant operational and technical risks. These fur-

ther examinations could unfortunately not have been carried out earlier in the tender procedure.”

VOEL meddelte herefter ved frivillig forudgående bekendtgørelse nr. 2018/S 153-351976 af 7. august 2018, at VOEL agtede at indgå en rammeaftale om levering af elmålere direkte med sin hidtidige leverandør Landis+Gyr uden forudgående udbudsbekendtgørelse. I bekendtgørelsen er der givet følgende begrundelse for at tildele kontrakten direkte:

”Vores Elnet A/S (tidligere Energi Fyn Net A/S) har til hensigt at tildele en rammeaftale på levering af 3G elmålere uden forudgående offentliggørelse af en indkaldelse af tilbud i Den Europæiske Unions Tidende (TED).

I henhold til FVD artikel 50, litra e), har Vores Elnet A/S derfor til hensigt at tildele en rammeaftale til vor oprindelige leverandør Landis+Gyr Oy af følgende årsager:

(a) Rammeaftalen med vor hidtidige leverandør udløb d. 31.12.2017. Derfor offentliggjorde vi i juli 2017 en TED-bekendtgørelse - nr. 2017/S 145-300459 - med henblik på at konkurrenceudsætte området. Efter prækvalifikationen måtte vi desværre konstatere, at det tilbudte (undtagen tilbuddet fra Landis+Gyr OY) ville føre til teknisk uforenelighed samt uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder i forbindelse med drift og vedligeholdelse, af følgende årsager:

- I forbindelse med planlægning af SAT-test stod det klart, at for at få data fra en 3.-parts-leverandør hjemtaget, ville det nødvendiggøre implementering af ny 3.parts-driver til HES'en/koncentratorerne samt ny firmware/konfiguration mm. Et alternativ til ny driver mm. kunne være en ny HES til nye målere, men dette vil betyde endnu et IT system, og ville ligeledes medføre uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder og usikkerhedsfaktorer i forbindelse med drift og vedligeholdelse,

- Leveringstiden for en af disse løsninger vil - hvis de pt. findes - overstige den periode som Vores Elnet A/S kan tillade sig at afstå fra at levere de pågældende målere i vort forsynings-Område.

(b) Vores Elnet A/S har således via udbudsprocessen jf. pkt. a. grundigt afsøgt markedet for alternativer.

(c) Rammeaftalen vil blive indgået med vor oprindelige leverandør: Landis+Gyr Oy.

(d) Rammeaftalen vil blive indgået for leverancer som er identiske med de leverancer der blev leveret på den nu udløbne aftale. Der er således adskillige vægtige argumenter for, at et leverandørskifte vil påføre Vores Elnet A/S de ovenfor omtalte uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder, og som i negativ retning vil kunne påvirke Vores Elnet A/S's samfundsmæssige forpligtigelse til at levere og montere elmålere.”

Af en mailkorrespondance fra august 2018 mellem Landis+Gyr og VOEL fremgår blandt andet, at VOEL fremsendte kontrakt med ”de aftalte ændringer” til Landis+Gyr den 8. august 2018, og at VOEL den 22. august 2018 meddelte, at man syntes, at det var en ”meget dårlig idé”, hvis Landis+Gyr udsendte en pressemeddelelse om aftalen, idet ”Der ... vel ikke [er] nogen grund til at sætte en rød klud op for tyrene (de øvrige bydende.” (fremlagt på klagenævnets foranledning, jf. VOELs nedennævnte besvarelse af 14. februar 2019).

VOEL har i en mail til Landis+Gyr af 5. december 2018 som svar på spørgsmål fra Landis+Gyr om ikke at have modtaget indkøbsordre svaret:

” ...

Det er helt bevidst, at vi ikke har fremsendt IO [indkøbsordrer] på vores forecast.: Vi bliver nødt til at revurdere 2019 fuldstændig.

Vi er i en prekær situation, som gør det umuligt for os at handle, som vi gerne vil ...”

2.4 VOELs uddybning under denne sag af begrundelsen for den direkte tildeling

VOEL har i svarskriftet oplyst, at VOEL indledte arbejdet med en udbudsstrategi i 2016. Potentielle IT-løsninger til håndtering af målerdata og strategi for fremtidig målerpark blev i den forbindelse gennemgået. Det var hensigten med udbuddet, at elmålerne skulle kunne integreres op imod VOELs Landis+Gyr IT-softwaressystem, uanset elmålerens fabrikat.

Den udbudte aftale forudsatte, at der skulle etableres en teknisk snitflade mellem elmålerne og ovennævnte DC, så de 2 enheder kunne kommunikere med hinanden.

VOEL valgte på grundlag af interne workshops, at elmålerne skulle overholde såkaldte "åbne standarder" for kommunikation mellem elmålerne og de IT-systemer, som skulle håndtere målerdata.

For at implementere denne strategi blev de tekniske krav til udbuddet baseret på de åbne kommunikationsstandarder på området for kommunikation med elmålerne (forkortet PLC (Power Line Communication)) G3-PLC Alliance ("G3") og IDIS2 DLM, således at VOEL fremadrettet kunne udskifte

elmålere som ”plug ’n play”, dvs. uden særtilpasning af elmålerne til DC’en.

Ifølge VOEL var det ved iværksættelsen af udbuddet selskabets forventning, at det tekniske grundlag, der var nødvendigt for at sikre den ønskede plug ’n play løsning, var til stede i markedet.

Først efter at selskabet havde vurderet Sagemcoms tilbud som det økonomisk mest fordelagtige, kunne VOEL sammen med Sagemcom foretage ”en teknisk afklaring” af elmålerne fra Sagemcom.

Det var endvidere ifølge VOEL først på det tidspunkt, hvor det var kendt, hvilken leverandør man ville få af elmålerne, at der kunne foretages ”en nærmere teknisk afklaring med Landis+Gyr af HES og DC’erne, i forhold til hvorledes integration af Elmålerne skulle ske”. Under denne dialog viste det sig ifølge VOEL, at uanset at udbuddet var baseret på åbne kommunikationsstandarder, skulle der ifølge Landis+Gyr udvikles en såkaldt ”driver”, for at Sagemcoms elmålere kunne kommunikere med DC’en fra Landis+Gyr. Det skyldes, at der i HES og DC’en er foretaget specifikke særtilpasninger til VOEL. Disse særtilpasninger nødvendiggjorde en tilpasning af DC’en, så den kunne kommunikere med elmålerne fra Sagemcom.

Landis+Gyr fremsendte i april 2018 et tilbud på udvikling af driveren, hvoraf blandt andet fremgik, at driveren tidligst kunne leveres i 2. kvartal 2019, og at det i øvrigt var usikkert, om det overhovedet var muligt at udvikle en teknisk pålidelig driver. Desuden var det en forudsætning, at VOEL opgraderede sin HES og DC til en softwareversion, som Landis+Gyr endnu ikke havde færdigudviklet.

Disse forhold indebar, at de forudsætninger, som udbuddet var baseret på, dermed ikke længere var til stede.

Efterfølgende blev det også konstateret, at der – uanset udviklingen af driveren – ville være store tekniske usikkerheder forbundet med anvendelsen af driveren i praksis. Eksempelvis ville enhver opdatering af elmålerne resultere i et modsvarende behov for løbende opdatering af driveren med de tekniske usikkerheder, der er forbundet hermed.

En alternativ måde at sikre integration mellem elmålerne og DC'en via driveren ville være at investere i en ny HES fra Sagemcom. Herved ville kommunikation mellem elmåler og HES blive sikret, men dette ville så give tilsvarende udfordringer som beskrevet i relation til kommunikationen mellem elmålerne og DC'en, da der ville skulle etableres en driver, for at Sagemcoms HES kunne kommunikere med MDM-systemet fra Landis+Gyr.

VOEL så sig derfor nødsaget til at aflyse udbuddet.

VOEL har til støtte for nødvendigheden af at aflyse udbuddet og indgå kontrakt med Landis+Gyr uden udbud fremlagt et internt notat af 15. juni 2018 benævnt "Præ profylakse" om de nævnte komplikationer. Heraf fremgår blandt andet:

"Det vigtigste kriterie til nye målere omhandlede "åbne standarder" for kommunikation til Datakoncentrator og hjemtagelsessystemer. Vi forudsatte mulighed for at indsætte nye målere i eksisterende kommunikationslandskab, så måldata kunne hjemtages med eksisterende IT-systemer, kaldet HES (Head End System).

En af forudsætningerne for, at dette kunne lade sig gøre var, at der var mulighed for 3. parts adgang til vores nuværende IT-system leveret af Landis+Gyr (L+G).

Vi forhandlede om pris og konditioner for 3. parts adgang med L+G op til udbudsprocessen gik i gang, men det lykkedes ikke at få en underskrevet aftale med L+G inden udbudsproces blev startet op. Primo oktober 2017 lykkedes det os, at få en pris på 3. parts adgang med samme konditioner som i vores eksisterende aftale med L+G (softwaresupportaftale).

Efter tildeling af vindende byder i målerudbuddet, fremsætter L+G revideret krav/ pris på 3. parts adgang, som viser sig eksorbitant højere end først opgivet.

På baggrund af de nye oplysninger gik vi i dialog med L+G om regulært tilbud på 3. partsadgangen, idet det viste sig at være en langt mere kompleks opgave end først fremsat af L+G. Henvisning til tilbud i linket herunder.

...

Det lykkedes ikke af få andet end en indikation af, hvad det skulle koste at levere en driver til håndtering af kommunikationen med 3. parts målere. Der var et stort usikkerhedsmoment forbundet med prisen, idet projektkostningerne ikke var faste, og ved fremtidige ændringer af 3.

parts målere i form af opgraderinger eller andre ændringer i 3. parts målerne, startede et nyt driverudviklingsprojekt op.

Internt arbejdede vi med at analysere konsekvenserne af de nye krav fra L+G, herunder hvad vi kunne gøre udenom L+G IT-systemer.

Vi udbad os derfor uddybende specifikationer fra Sagemcom (vindende tilbudsgiver) om indholdet af de tilbudte optioner på datakoncentrator og HES løsning. Da vi fik uddybningerne af optionerne viste det sig til vores overraskelse at det kun var mellem måler og DC at IDIS standarden var gældende. Den videre kommunikation var ikke standardiseret, eller i hvert fald ikke via IDIS, sagt med andre ord, var/er den standard (IDIS) vi havde udbudt endnu ikke fuldt udviklet og standardiseret.

Dette forhold udfordrede yderligere vores forudsætninger og krav i udbudsbetingelserne.

Hvis vi vælger en løsning med SC DC og HES, skal vi vælge om vi vil sende data fra SC-HES til enten L+G MDM eller direkte til Sonwin. Begge dele kræver integrationsudvikling af interface mellem systemerne.

Vi ønsker naturligvis at konkurrenceudsætte området, men opsummeret har udbudsprocessen vist, at den ønskede tekniske løsning ikke har kunnet tilbydes af markedet. Derudover har nuværende leverandørs monopollignende status på vores måler set-up vist sig at være uforholdsmæssigt omkostningstung.

L&G's monopollignende status på den konkrete sag er naturligvis uønsket, men for at komme ud over denne situation, kræves udvikling af en alternativ løsning i forbindelse med målerudskiftning/fejlrretning. Denne udviklingsproces er nu igangsat.

Summarum:

Den aktuelle situation er således, at den tilbudte tekniske løsning ikke kan gennemføres uden betydelige meromkostninger - se herunder.

I henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet 2014/25/EU af 26. februar 2014:

- Artikel 50, afsnit c)
 - Merinvestering på et ukendt beløb over 1,5 mio DKK
 - Ansættelse af yderligere 1 FTE i MDI team til administration af yderligere et hjemtagelsessystem

- Teknisk løsning opfylder ikke de i udbudsmaterialet specificerede krav til fleksibilitet (åben standard)
- Artikel 50, afsnit d)
 - På baggrund af de erfaringer vi har draget af udbudsprocessen, er vi nu nødsaget til at revurdere vores samlede måledatastrategi, og på baggrund af denne udarbejde en ny målerudskiftningsstrategi. Dette arbejde skal danne basis for et nyt udbud af målerindkøb.
 - Vi er stadig forpligtede til at levere måledata til Datahub kontinuerligt, og for at opfylde dette krav er vi nødsaget til, at udskifte defekte målere, og udskifte et større antal målere, for at sikre en høj hjemtagelsesprocent, og undgå i sidste instans inddragelse af forsyningsbevilling.

Oprindelig indstilling til Daglig ledelse i Energi Fyn:

Med henvisning til indstilling/ scenarie beskrivelse af den 14. marts 2018 har vi undersøgt adskillige mulige scenarier i den forgangne periode. Efter modtagelsen af revideret pris og tidsplan fra L+G på 3. parts adgang, valgte vi at undersøge, hvad det ville koste at investere i en HES (Head End System) samt Datakoncentrator fra Sagemcom. Tilbud modtaget fra Sagemcom 3/5-2018.

Efter yderligere vurderinger af mulige tekniske løsninger, står vi tilbage med en indstilling, der lyder:

Det indstilles til beslutning: **Udbudsprocessen annulleres.**

Primær årsag: Vi tror ikke på at den tekniske løsning er den rigtige for Energi Fyn Net, hverken på kort eller på lidt længere sigt. Vi vil ikke kunne komme i mål med en Sagemcom løsning uden store meromkostninger både på investerings- og på driftssiden. Denne indstilling til trods for hvad besparelsesopgørelsen viser - se bilag 5.

Oprindelig årsag til udbud var:

1. Eksisterende rammeaftale med L+G udløb oktober 2017 (efter anmodning om forlængelse)
2. Vi har udbudspligt, da vores indkøb af målere overstiger tærskelværdi (vi køber for ca 20 mio kr målere om året - tærskelværdi 3,2 mio)
 - Det skal dog anføres, at vi siden udløb af rammeaftale, har købt for mellem 5 og 8 mio kroner målere.

Hele forløbet omkring målerudbuddet har været en uskøn affære, hvor vi tog et forkert valg i forbindelse med konditionerne for udbuddet. Undervejs er vi heldigvis blevet klogere på, at trods vores præmis omkring "åbne standarder", har det vist sig, at markedet knap var så langt som vi forudsatte. Den viden vil vi udnytte i det videre arbejde med nyt revideret udbud.

Konsekvenser ved annullering af udbudsproces

På kort sigt:

Advokat Povl Bronstein, Publicure beskriver, at køb af malere stadig er udbudspligtigt, og han vil fraråde, at vi tager dialog med L+G om forlængelse af rammeaftale eller forhandling om pris. Dette vil opfattes som tildeling af målerleverance til anden end vindende byder.

Såfremt vi fortsætter med serieudskiftning af malere samt nyopsætninger anbefaler vi, at afvente reaktionen fra Sagemcom på annulleringen af udbudsprocessen. Herefter tager vi kontakt til L+G for at få en ny rammeaftale underskrevet - uden aftagepligt, og kun gældende for 1 år med mulighed for forlængelse.

Herefter udarbejdes/ udsendes en profylakse, hvor vi beskriver de manglende muligheder for at udbyde målerindkøbene, og at vi forlænger rammeaftalen med L+G indtil nyt udbud er på plads.

Den udløbne rammeaftale, som vi principielt stadig benytter os af, indeholder foruden de udbudte P2MP malere også transformermålere, punkt til punkt malere samt diverse hjælpematerialer.

Ud over denne rammeaftale, har vi en "softwaresupportaftale" som dækker samtlige IT-løsninger til L+G hjemtagelses- og databehandlingsystemer.

På lidt længere sigt: (som angivet på bilag 3)

1. Udarbejdelse af ny strategi
2. Udarbejdelse af nyt udbud

Omkostninger

...

Historik for pris på 3. partsadgang til L+G software:

Oktober 2017: (Oprindelig betingelser/ priser (afgivet efter utallige rykkere hen over sommeren.)

1. Engangslicens for 3. parts måler = 0,- dog 66,- hvis antal malere > 174.000 stk
2. Årlig licens = 0,8 kr/ MP/ år

Februar 2018: (Revideret pris)

1. Engangslicens for 3. parts måler = 0,- dog 66,- hvis antal malere > 174.000 stk

2. Årlig licens > 127.500,- / år svarende til 127,5 kr/ måler fordelt over levetiden på 20 år og ved udskiftning af 20.000 målere / år
3. Udviklingsomkostning til 3. parts driver = 750.000,-

April 2018: (revideret pris igen)

1. Engangslicens for 3. parts måler = 72,- uanset antal målere
2. Årlig licens ca 288.000,- / år svarende til 288 kr/ måler fordelt over levetiden på 20 år og ved udskiftning af 20.000 målere / år
3. Udviklingsomkostning til 3. parts driver = 1.440.000,-

...

Fordele og ulemper ved Stop/ annuller udbudsprocessen og fortsæt med serieudskiftning med L+G målere.

Fordele:

1. Indtægtsrammereduktion minimeres
 - a. Kalkulation af effekt på reguleringsregnskabet viste, at vi vil få en permanent reduktion i indtægtsrammen på 400.000,-/ år såfremt vi udskyder serieudskiftning, men indhenter i løbet af indværende periode (inden 2022)
 - b. Samme kalkulation viste, at såfremt vi ikke indhentede serieudskiftningen før næste periode, ville det have en permanent reduktion på 1.600.000,-/ år
2. Medarbejdere i Anlæg & Service sikres arbejde
3. Ingen omkostninger til driverudvikling (3. partsadgang)
4. Hjemtagelsesprocenten forbedres

Ulemper:

1. Økonomisk meget dårlig løsning - besparelse på 5.472.500,- mistes
 - a. Se omkostningsberegning på bilag 1
2. Vi er stadig stavnsbundet til L+G
3. Risiko for sagsanlæg fra Sagemcom
4. Kendte leveranceproblemer fra L+G fortsætter
5. Vi skal gennem ny udbudsproces

Tidsplan:

1. Revidering af MD-strategi: start nu og frem til Q4 2018
2. Udbud af målere: Q2-Q3 2019
3. Udbud af ressourcer til målerekift (sammen med A&S) Q2-Q3-Q4 2019
4. Indkøb af nye målere: Q4 2019

Alternativ beslutning: Fortsæt udbudsprocessen og indgå kontrakt med Sagemcom.

Fordele:

1. Besparelse på 5.472.500,- høstes
 - a. Se omkostningsberegning på bilag 1
2. Vejen mod uafhængighed af målerleverandør banet grundet nye målere med standardkommunikation.
 - a. Standardkommunikation dog kun mellem måler og Datakoncentrator - øvrig kommunikation ikke standardiseret via IDIS.
3. Tilbud fra Sagemcom modtaget på DC samt HES løsning
 - a. Datalevering enten til Sonwin eller til L+G MDM - sidstnævnte estimeret til ca 750.000 kr og førstnævnte estimeret til ca 120.000 kr
4. Ingen risiko for retsligt efterspil med Sagemcom
5. Ingen behov for ny udbudsproces
6. Hjemtagelsesprocenten forbedres

Ulemper:

1. Omkostning til driverudvikling på ca 1.440.000 kr
 - a. Yderligere projektomkostninger på 652.500 kr
 - b. Prisen ligger stadig ikke fast, og opgraderinger af måler/ software er ikke inkluderet
2. Alternativt omkostning til SC HES og DC løsning - se bilag 3
 - a. Engangsomkostning for HES = 819.508 dkk
3. Forudsætter udskiftning af en meget stor andel målere på meget kort tid - alternativt får vi endnu en "Kamstrup-løsning" hvor vi skal håndtere en lille population af målere med særskilt driftsystem til en stor driftsomkostning pr enhed. Samtidig udfordres vi på, at nye versioner af målere kommer på markedet hele tiden. Denne løsning kræver allokering af projektlederressourcer.
4. Målerskift bliver en manuel proces - meget tidskrævende og giver øgede driftsomkostninger.
5. Ressourcer skal anvendes til SAT og implementering

Tidsplan:

1. Udarbejde revideret MD-strategi: start Q4 2018 til ultimo 2018
2. Udbud af "output fra MD-strategi" Q2-Q3 2019
3. Udbud af ressourcer til målerskift (sammen med A&S) Q2-3-4 2019"

Til støtte for, at det var nødvendigt at udvikle en driver for at integrere Sagemcoms målere med Landis+Gyrs DC'er, har VOEL yderligere henvist til en intern mail af 17. december 2018 fra en person i VOEL til en anden per-

son i VOEL med emneangivelsen ”Opfølgning på Sagemcom’s udsagn”, hvori det hedder:

”Opsummering af dele af Workshop den 13. februar 2018.

Under Workshop'en (som skulle være første møde forud for egentlig SAT-test) den 13. februar 2018, gjorde Marciej Klikowski fra Sagemcom det meget klart, at Sagemcom's elmåler benytter "Compression-mode" (= fast-definerede pakker indeholdende en eller flere data-profiler og som ikke efterfølgende kan ændres) til kommunikation af profildata imellem elmåleren og Data Concentrator (DC) og at elmålere og DC'er fra Landis+Gyr benytter "selective-mode" (= ikke fast-definerede pakker, men aflæsning af valgfrie data-profiler styret gennem DC, og som derfor efterfølgende kan ændres fra HES).

Årsagen til brug af "compression" skal findes i, at data derved fylder lidt mindre.

Endvidere forklarede Marciej Klikowski, at Sagemcom's elmåler skubber data til DC'en og at elmålere fra Landis+Gyr ikke skubber data, men bliver aflæst af DC'en.

I forlængelse af den deraf afledte diskussion, præciserede Marciej Klikowski, at det ikke var en mulighed at ændre Sagemcom's elmåler til at benytte "selective-mode", magen til Landis+Gyr elmålerne og at der grundet de to forskellige "aflæsningsmetoder" var der behov for en ændring i Data Concentrator (fra Landis+Gyr) før elmålere fra Sagemcom ville kunne aflæses af HES gennem DC'er fra Landis+Gyr.

Qua at vi i vores udbud gik efter elmålere som var "Plug and Play" op imod vores eksisterende DC'ere og mod vores eksisterende HES, havde vi meget gerne ses at elmålerne fra Sagemcom havde været mulige at installere uden brug af en ellers unødvendig nyudviklet driver fra Landis+Gyr.

Alt i alt, var vores opfattelse efter workshoppen, at der desværre fortsat var et nødvendigt behov for, at få udviklet en "Driver" til Landis+Gyr's DC'ere før elmålere fra Sagemcom ville kunne aflevere data til Vores Elnet's eksisterende HES.”

VOEL har oplyst, at selskabet har indledt arbejdet med at forberede et genudbud af elmålerne og aktuelt afholder en markedsdialog med relevante markedsaktører, heriblandt Sagemcom.

VOEL har endvidere oplyst, at selskabet forventer, at genudbud vil ske ultimo 2018 med tildeling i 2. kvartal 2019 og leveringsstart ultimo 2019.

VOEL har i et processkrift af 20. marts 2019 anført, at Sagemcom ikke opfyldte IDIS-kravene (krav 1.2) på tilbudstidspunktet, hvilket VOEL dog anerkender ikke i sig selv gjorde tilbuddet ukonditions-mæssigt, da det var nok, at kravet var opfyldt ved kontraktstart. VOEL har imidlertid yderligere anført, at Sagemcom fortsat ikke opfylder krav 1.2 og har i processkriftet indsat et optryk fra hjemmesiden for IDIS Association som dokumentation herfor.

Efter at Sagemcom, jf. nedenfor afsnit 2.7, har fremlagt dokumentation for certificering, har VOEL ved mails af 8. og 10. april 2019 fremkommet med de yderligere synspunkter om manglende overholdelse af IDIS-krav. Disse synspunkter er gengivet nedenfor i afsnit 3 under VOELs anbringender om påstand 3 og 4.

2.5 Yderligere oplysninger om kontakt mellem VOEL og Landis+Gyr om tredjepartsadgang

VOEL har på klagenævnets anmodning om at fremsende det tilbud, som selskabet forud for udbuddet modtog fra Landis+Gyr på tredjepartsadgang, der omtales i det interne notat 15. juni 2018, fremlagt en mailkorrespondance, som begynder med en mail af 27. oktober 2017 fra Landis+Gyr til VOEL. Af mailen, som har emnefeltet ”Redegørelse for integration af 3 parts HES til Gridstream AIM via IEC til Energi Fyns platform” fremgår blandt andet:

”Det er temmelig usikkert, og jeg synes baseret på nedenstående, vi måske har mere brug for erfaring med dette fra vores side.

Men se på nedenstående, men det jeg synes du skal se det som en forhåndsorientering fra vores side, og håber det giver jer et indblik i opgaven.

Jeg foreslår vi herefter laver et skype kald, så vi kan definere det bedre, det er temmelig løst pt. og dette er meget overordnet.

Som forudsætninger for nedenstående skal vi hermed oplyse følgende forudsætninger: Vores integration er baseret på IEC61896-2 version 2 herefter kaldet IEC

...

Det er estimeret at der kræves 4-5 måneders udvikling til fuldt at understøtte alle "use cases" som må forventes jf. vores kendskab til Energi Fyns processer.

Omkostninger til dette er anslået til maks. 750.000 DKK
Hertil projektledelse, dokumentation, kommunikation med aktører i projektet anslået til 2 - 3 måneder anslået til 150.000 DKK."

På klagenævnets foranledning er der yderligere fremlagt en mail af 5. februar 2018 fra VOEL til Landis+Gyr, hvori det hedder blandt andet:

"På nuværende tidspunkt i processen finder jeg det fuldstændig uacceptabelt, at du nu kommer med et helt nyt udspil i forhold til prisen for 3. parts adgang."

Endvidere fremgår følgende af mail af 19. marts 2018 fra VOEL til Landis+Gyr (fremlagt på klagenævnets foranledning, jf. VOELs nedennævnte besvarelse af 14. februar 2019):

"Et afklarende/opklarende spørgsmål omkring vores konfiguration i E450 G3 måleren.

Vi har længe kigget på den her IDIS standard og vi vil meget gerne læne os så meget op af den som overhovedet muligt. Derfor er vi nødt til at kigge på vores nuværende konfiguration og undersøge om vi egentlig understøtter IDIS2DLM på de produkter vi får leveret i dag.

Vi er opmærksom på at E450 G3 måleren kan rigtig mange gode ting som ikke nødvendigvis er en del af IDIS2DLM standarden. Det er derfor vigtigt at understrege, at vi kun spørger ind til hvilke parametre i vores nuværende konfiguration på E450 G3 måleren der eventuelt afviger IDIS.

Hvis vi sammenligner vores konfiguration med IDIS2DLM standarden:

- På hvilke parametre overholder vi IDIS 100% ?
- Er der parametre hvor vi benytter IDIS optioner ?
- Er der punkter hvor vi IKKE overholder IDIS 100% ?"

Der hedder endvidere i mail 26. marts 2018 fra Landis+Gyr til VOEL (fremlagt på klagenævnets foranledning, jf. VOELs nedennævnte besvarelse af 14. februar 2019):

”Undskyld den lange tilbagemelding; vi har lavet nogle under estimerer på tidligere udvikling hvilket har gjort vores folk gerne ville tjekke alt 2-3 gange.

Jeg har nu fået et estimat – det skal dog gøres mere konkret. Måske det vil være en god i det at tage et kald eller et møde (enten før eller efter påske). I korte træk er estimatet:

- Udvikling af elmåler driver: ...
- Årlig service: ... (... % per år)
- Ekstra licens for Sagem elmåler i AIM: Landis+Gyr fee + ...%
- Andre omkostninger er ikke inkluderet (AIM upgrade, projekt omkostninger, etc).

Som jeg siger skal dette gøres mere konkret men det er i korte træk estimatet fra Finland. Jeg vil gerne drøfte muligheden for analytics samt diskutere hvordan vi kommer videre herfra og specielt hvad vi har brug for fra Sagemcom.”

2.6 VOELs svar på spørgsmål fra klagenævnet om indhentede tekniske vurderinger mv.

VOEL har i duplik af 17. december 2018 besvaret spørgsmål fra klagenævnet blandt andet som følger:

Klagenævnets anmodning:

”Oplysning om, hvorvidt VOEL har indhentet en teknisk vurdering fra en eller flere af [L+G] uafhængig(e) sagkyndig(e) af spørgsmålet om integration mellem Klagers elmålere og de af [L+G] leverede systemer, herunder af de forslag til integration, som Klager er fremkommet med i klageskriftet/replikken, og som Klager har oplyst at have oplyst VOEL om på forskellige workshops? I givet fald bedes en sådan/sådanne tekniske(e) vurdering(er) fremlagt.”

Svar:

”VOEL har rådført sig hos forskellige leverandører af tilsvarende systemer.

Det fremstod tidligt klart i disse drøftelser, at VOEL – med afsæt i de daværende antagelser om de tekniske forudsætninger – måtte forlade sig på L+G's viden al den stund, at L+G havde udviklet systemerne. Dette modsvarer også den generelle tilbagemelding fra branchen, som VOEL modtog om kompatibilitetsproblematikken.

Det bemærkes i den sammenhæng, at der ikke VOEL bekendt eksisterer sagkyndige, som rådgiver uafhængigt af markedsaktørerne.

Klagenævnets anmodning:

”Oplysning om, hvorvidt VOEL hos andre elselskaber, interesseorganisationer eller andre interessenter på området har indhentet oplysning om de pågældendes erfaringer med integrationsspørgsmål- og problemer, som dem VOEL har beskrevet? Såfremt sådanne oplysninger foreligger på skrift, bedes de fremlagt.”

Svar:

”Der er VOEL bekendt ikke andre elselskaber eller interesseorganisationer i Danmark, som har erfaring med at kombinere HES med forskellige målerfabrikater.”

2.7 Oplysninger fra Sagemcom om integrationsmuligheder og forløbet

Sagemcom har anført, at en række af de oplysninger, som VOEL har givet, er urigtige.

Sagemcom har herved oplyst, at selskabet både under de forhandlingsmøder, som blev afholdt inden tildelingen, i sit endelige tilbud, jf. afsnit 6 heri om ”interoperability”, og under de tekniske workshops, som blev afholdt efter tildelingen, nøje har forklaret, at Sagemcom har erfaring med og den nødvendige ekspertise for at sikre integration (interoperabilitet) mellem elmålere og datakoncentratorer fra to forskellige leverandører. Sagemcom har endvidere forklaret, at integrationen kan gennemføres ved, at Sagemcom tilpasser softwaren i elmålerne, så den svarer til den kundespecifikke løsning, som Landis+Gyr har anvendt i data-koncentratorerne. Endelig har Sagemcom forklaret, at integrationen blot forudsætter, at Landis+Gyr stiller de oplysninger, som er samlet i Landis+Gyrs ”G3-PLC Companion Standard and Communication profile”, til rådighed for Sagemcom.

Som dokumentation herfor har Sagemcom ud over sit tilbud henvist til:

- En mail fra Sagemcom til VOEL af 9. februar 2018 med dagsorden til teknisk workshop, som var vedlagt Sagemcoms oplæg til den videre proces med at tilvejebringe en integrationsløsning.
- En mail fra Sagemcom til VOEL af 27. marts 2018 med svar på en række tekniske spørgsmål ved dokumentet "Requirements to guarantee interoperability".
- En mail fra Sagemcom til VOEL af 4. april 2018, hvori det blandt andet hedder:

"To sum up, Yes SAGEMCOM can produce meters based on the ID-IS Standard Data Model if Energi Fyn requires it, it is just a question of Data Model configuration.

As explained during our meeting, SAGEMCOM has undertaken interoperability discussions with other vendors many times before in France, Austria, Luxembourg, Poland and other countries. Please do not hesitate to look it up online, we can also provide you with contact details of all our client utilities if you wish to discuss with them. Interoperability is a process which we know, we understand and which SAGEMCOM always undertakes in a very open and transparent process with our clients and the other meter providers."

Sagemcom har endvidere oplyst, at selskabet aldrig hverken direkte eller via VOEL har modtaget den "G3-PLC Companion Standard and Communication profile", som er nødvendig for, at Sagemcom kan sikre integration (interoperabilitet) mellem sine elmålere og datakoncentratorer fra Landis+Gyr, selvom afsnit 4 i den udbudte kontrakt om "Site Acceptance Test" i forbindelse med opstart af rammeaftalen udtrykkeligt foreskriver, at VOEL "shall provide all the necessary support and material to the Supplier for the performance of the execution of the Framework Agreement scope of work."

Sagemcom har bestridt, at selskabets repræsentanter på workshoppen den 13. februar 2018 skulle have udtrykt sig, som det er refereret i den af VOEL fremlagte interne mail af 17. december 2018, og herunder at Sagemcom skulle have bekræftet nødvendigheden af driveren. Sagemcom har gjort opmærksom på dateringen af det angivelige referat, som er 10 måneder ef-

ter afholdelse af workshoppen, og efter at der blev afgivet replik i denne sag.

Om hvad der skete på workshoppen, har Sagemcom oplyst, at i IDIS2-standarden, som der er mindstekrav om at opfylde i kravspecifikationens pkt. 1.2, giver IDIS2-specifikationerne mulighed for, at profildata kan aflæses på to måder inden for den såkaldte "selective access-mode": "by range" eller "by entry". Sagemcoms elmålere anvender metoden "by range", som er obligatorisk ("mandatory") for IDIS2-standarden. VOEL oplyste under workshoppen, at Landis+Gyrs datakoncentratorer anvender metoden "by entry", som er valgfri ("optional") for IDIS2-standarden. Dette var nyt for Sagemcom. VOEL havde nemlig indtil da oplyst, at man kun stillede krav om opfyldelse af de obligatoriske krav og altså ikke stillede krav om de valgfrie funktioner ("optional"), som indgår i IDIS2-standarden. Stillet over for denne nye oplysning forklarede Sagemcom under workshoppen, at interoperabilitet inden for "selective access-mode" kan opnås på to måder. Landis+Gyr kan tilpasse sin datakoncentrator, så den er i overensstemmelse med IDIS2-standarens obligatoriske krav om "selective access: by range". Eller Sagemcom kan tilpasse sine elmålere, så de kun aflæser værdier udvalgt "by entry" og dermed svarer til den løsning, som er valgt af Landis+Gyr. Sagemcom har således på intet tidspunkt hævdet, at det skulle være nødvendigt at ændre Landis+Gyrs datakoncentratorer. Tværtimod forklarede Sagemcom, at Sagemcom ville være helt indstillet på at tilpasse sine elmålere til den af Landis+Gyr valgte løsning. En sådan tilpasning forudsætter imidlertid, at VOEL stiller Landis+Gyrs "communication profile" til rådighed for Sagemcom. Dette skete imidlertid aldrig, selv om det er et helt sædvanligt led i at tilvejebringe interoperabilitet, at datakoncentratorleverandøren stiller sin "communication profile" til rådighed for elmålerleverandøren. Sagemcom lagde dog på workshoppen op til, at man – med afsæt i Landis+Gyrs "communication profile" - skulle drøfte, hvilken af de to muligheder der ville være den nemmeste (tilpasning af datakoncentrator eller tilpasning af elmåler), og foreslog, at der blev afholdt et trepartsmøde med deltagelse af VOEL, Landis+Gyr og Sagemcom, hvor man også kunne drøfte den samlede løsning (HES – datakoncentrator – elmåler) og de forskellige integrationsmuligheder, som IDIS2-standarden giver. Sagemcom har gentaget sit forslag om afholdelse af et trepartsmøde adskillige gange, men VOEL har aldrig indkaldt til et sådant møde.

Sagemcom har endvidere henvist til en mail fra Sagemcom til Landis+Gyr af 21. februar 2018, hvori Landis+Gyr opfordres til at samarbejde om integration. Sagemcom har oplyst, at mailen ikke er blevet besvaret af Landis+Gyr og til en e-mail af 27. marts 2018 fra af VOEL til Sagemcom, der beskriver samarbejdsvanskeligheder med Landis+Gyr.

Endelig har Sagemcom henvist til et bilag, hvori Sagemcoms teknikere har besvaret en række tekniske spørgsmål, der tager udgangspunkt i oplysninger om (manglende) integrationsmuligheder/vanskeligheder, som VOEL er fremkommet med i sit svarskrift.

Senest har Sagemcom foranlediget af VOELs udsagn i processkrift af 20. marts 2019 om, at Sagemcom ikke opfyldte IDIS-kravene (krav 1.2) på det forudsatte kontrakttidspunkt og fortsat ikke gør det, blandt andet fremlagt IDIS2DM-certifikater af 13. oktober 2017 samt ”Conformance tests” og ”Final interoperability tests” dateret henholdsvis den 31. maj 2017 og 5. juli 2017 for målertyperne S210 og T210-D. Der er i den forbindelse fremlagt en yderligere teknisk redegørelse af 22. marts 2019 om Sagemcoms opfyldelse af IDIS-krav.

2.8 Indkøb uden udbud hos Landis+Gyr i 2018 og 2019

VOEL har på sin hjemmeside oplyst følgende den 6. september 2018:

”Elmålerudskiftning

Vores Elnet står over for en omfattende udskiftning af elmålere hos alle vores 200.000 kunder på Fyn.

15.000 udskiftninger i 2018

I løbet af 2018 kan mere end 15.000 kunder forvente at få besøg af en af vores montører, da vi er i gang med at udskifte og opgradere vores elmålersystem.”

I svarskriftet af 12. oktober 2018 har VOEL på opfordring fra Sagemcom om indkøb hos Landis+Gyr oplyst følgende:

”VOEL har et løbende behov for udskiftning af elmålere. Netselskaber er i den sammenhæng forpligtet til at anvende Elmålere, som er i stand til at indhente afregningsmåledata fra Elmålere hvert 15. minut eller med kortere intervaller, jf. § 4, stk. 1, nr. 1, i bekendtgørelse 1358 af 3.

december 2013 om fjernaflæste elmålere og måling af elektricitet i slutforbruget.

VOEL oplever målingshindrende fejl på op til 4.000 Elmålere årligt. Det er tvungende nødvendigt, at disse Elmålere udskiftes omgående.

VOEL har gennemsnitligt 2.500 nye "kunder" om året. Der er krav til netselskabet om, at sikre afregningsmåling af forbrug inden tilslutning til elnettet.

Sammenlagt frembyder ovenstående et maksimumsbehov på cirka 6.500 Elmålere om året, som VOEL er forpligtet til at opsætte eller udskifte. Dette behov skal dækkes af Rammeaftale 2 [rammeaftalen i profylaksebekendgørelsen] indtil et nyt udbud af gennemført....

Som følge af de forhold, som er beskrevet under punkt 2.1 - 2.5, har VOEL nærmere afdækket sine mulighed for at erhverve Elmålerne direkte fra L+G i den periode, hvor VO-EL afklarer de tekniske rammer og grundlaget for et genudbud af Elmålere ...

...

Det har som følge af lovkrav, jf. punkt 2.7, været nødvendigt for VOEL at indkøbe følgende elmålere i 2018:

ZMXI100-0224	1152 stk.
ZMXI100-0225	576 stk.
ZMXI100-0578	4824 stk.
ZMXI100-0579	2736 stk.

Den samlede omkostning for de anførte elmålere beløber sig til DKK 5.897.880 ekskl. moms.”

Klagenævnet har herefter stillet spørgsmål til VOEL om omfanget af de elmålere, som er og agtes indkøbt hos Landis+Gyr frem til udbuddet af en ny aftale, og herunder om sådanne indkøb helt eller delvist vil omfatte de nye elmålere, som blev nævnt på selskabets hjemmeside den 6. september 2018. VOEL har den 28. oktober 2018 svaret:

”De i svarskriftet oplyste mængder er stadig gældende, og er fortsat "nødkøb" indtil nyt udbud har resulteret i ny leverandøraftale. Det fremgår af Rammeaftale 2 [den aftale, som VOEL har offentliggjort at agte at indgå uden udbud] – som endnu ikke er indgået – hvilke målere, VOEL forventer at købe.”

VOEL oplyste samtidig, at selskabets hjemmeside alene indeholdt uforpligtende information og nu var blevet opdateret. Den 30. oktober 2018 var ovennævnte tekst herefter erstattet med en ny tekst, der handler om årsager til udskiftning af elmålere og om, hvordan det foregår rent praktisk.

Om de indkøb af elmålere, som VOEL, jf. det ovenfor oplyste, har foretaget fra 1. januar 2018 hos Landis+Gyr uden forudgående udbud, har VOEL i duplik af 17. december 2018 på følgende yderligere spørgsmål fra klagenævnet:

”Hvis aftalen ... [rammeaftalen med Landis+Gyr om elmålere og koncentratorer] ikke er forlænget, så den gælder i 2018, [anmodes der om] oplysning om hos hvem og på hvilket grundlag de indkøb af elmålere, som der oplyses om i svarskriftet ..., er foretaget, og herunder om indkøbene, som antaget af Klager i replikken, er foretaget hos [L+G] (inkl. dokumentation herfor).”

svaret følgende:

”Det følger af § 2, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1358 af 3. december 2013 om fjernaflæste elmålere og måling af elektricitet i slutforbruget, at

”[...] Netvirksomhederne skal sikre, at der inden den 31. december 2020 er idriftsat fjernaflæste elmålere hos alle slutbrugere ... [...]”

Denne retlige forpligtelse skal balanceres med overholdelsen af forsyningsudbudsreglerne.

Det er i den sammenhæng korrekt, at VOEL har foretaget nødindkøb af fjernaflæste målere i begyndelsen af 2018 hos L+G, jf. også besvarelsen af Klagerens provokation 2. Nødindkøbet omfatter udelukkende de indkøbte målere nedenfor (svarende til en værdi af DKK 5.897.880 ekskl. moms), og der er derfor heller ikke tale om en forlængelse af den rammeaftale om levering af 3G-elmålere, som udløb den 31. december 2017, uden afholdelse af et udbud.

VOEL agter ikke at indkøbe yderligere målere.”

På spørgsmål af 7. januar 2019 fra klagenævnet om, hvorvidt der mellem VOEL og Landis+Gyr har været skriftlig kommunikation om indgåelsen af den rammeaftale, som den frivillige forudgående bekendtgørelse af 7. august 2018 angår, eller om de i 2018 foretagne indkøb, har VOEL i proceskrift A af 21. januar 2019 svaret, at der ikke har været skriftlig kommuni-

kation herom ”foruden fremsendte indkøbsordrer”. På spørgsmål om, hvordan drøftelserne mellem VOEL og Landis+Gyr er foregået om indgåelsen af den rammeaftale, som den frivillige forudgående bekendtgørelse af 7. august 2018 angår, og om hvordan de i 2018 foretagne indkøb er foregået, hvis der ikke har været skriftlig kommunikation, har VOEL i samme processkrift svaret:

”Den kommunikation, der været imellem parterne med hensyn til rammeaftalen samt indkøb af elmålere, er foregået mundtligt.”

I processkrift A af 21. januar 2019 har VOEL endvidere anført følgende om omfanget af indkøbet i 2018 af elmålere uden udbud:

”Det skal hertil oplyses, at den opgørelse over indkøbte elmålere, som fremgår af duplikken, og som indeholder et samlet antal på 9.288 målere, fejlagtigt indeholder et antal målere, som alene er leveret i 2018.

Som anført i tidligere henvendelser til Klagenævnet, senest i e-mail af 30. november 2018, har VOEL løbende indhentet oplysninger blandt nuværende og tidligere medarbejdere med henblik på fyldestgørende at kunne besvare Klagenævnets supplerende spørgsmål.

VOEL har efter duplikkens indgivelse indhentet ordrebekræftelser fra L+G, hvoraf bestillingstidspunkt for de enkelte indkøb fremgår. Ordrebekræftelser for indkøb foretaget i perioden 20. oktober 2017 – 18. maj 2018 fremlægges som sagens Bilag K.

Det fremgår heraf, at indkøbet af en del af de målere, der er leveret i 2018, er foretaget i 2017 inden for rammerne af den dagældende rammeaftale om levering af 3G-elmålere, som udløb den 31. december 2017.

VOEL har således alene foretaget nødindkøb af i alt 6.912 målere.

...

VOEL har foretaget i alt 5 indkøb i 2018. Indkøbene fremgår af skemaet herunder.

Ordre-id	Ordredato	Varenummer	Antal
IOE005589	2018-01-25	ZMXI100-0225	576
		ZMXI100-0224	1.152
I			
OE005612	2018-02-14	ZMXI100-0578	864
IOE006158	2018-04-25	ZMXI100-0579	648

		ZMXI100-0578	1.368
IOE006159	2018-04-25	ZMXI100-0579 ZMXI100-0578	648 1.368
IOE006295	2018-05-18	ZMXI100-0579	288
I alt			6.912”

Klagenævnet anmodede tillige den 7. januar 2019 VOEL om at fremlægge al skriftlig kommunikation med og referater af møder med Landis+Gyr (som ikke allerede er fremlagt) i tiden, fra tildelingsbeslutningen blev meddelt den 23. november 2017, til den 31. december 2018. Efter at have modtaget dette materiale skrev klagenævnet den 4. februar 2019 som følger til VOEL:

”Klagenævnet har foretaget en overordnet gennemgang af det materiale, VOEL har indleveret som svar på klagenævnets anmodning 22 (ca. 2.000 sider + et antal yderligere mails).

”Klagenævnet har identificeret dokumenter, som synes at have betydning for sagen, og som Sagemcom derfor bør have indsigt i. Dokumenterne er vedhæftet i en separat mail.

VOEL anmodes om at fremlægge de pågældende dokumenter, som bilag i sagen senest den ...

VOEL anmodes endvidere om inden for samme frist at besvare nedenævnte spørgsmål:
...”

Sagemcom har ved klagenævnets afgørelse af 27. februar 2019 fået partsaktindsigt i oplysninger i de dokumenter, klagenævnet henviste til, dog undtaget priser på de enkelte varer og for tredjepartsadgang. Dokumenterne er i relevant omfang gengivet i denne sagsfremstilling.

VOEL har den 13. februar 2019 blandt andet svaret følgende (klagenævnets spørgsmål er tillige gengivet (nummerering i processkriftet delvist udeladt)):

”

Anmodning A

”Redegøre for, hvorvidt de indkøb, som synes omtalt i neden-

nævnte dokumenter, og som ikke synes at indgå i den opgørelse over indkøb foretaget uden udbud, som VOEL senest har foretaget i processkrift A, jf. også bilag K, er foretaget efter et forudgående udbud:

...

1.1 Ad mail nr. 04) (pin adapter plastic cover)

VOEL bemærker følgende:

”[...] De materiale indkøb disse mails omhandler, er reservedele til vores eksisterende målerpark, og derfor ikke omfattet af målerudbud 1. Reservedelene kan kun leveres af den leverandør, der har leveret måleren i første omgang.

Pin adapter plastic cover er et lovpligtigt dæksel til en tidligere generation af målere, som sikrer, at man ikke kan komme til at stikke fingrene ind til de strømførende dele. De indkøbes stadig som reservedel, idet vi fra tid til anden konstaterer, at de går i stykker. De kan gå i stykker, hvis en elinstallatør laver ændring i kundernes installationer, eller hvis vi er nødt til at udskifte en defekt måler. [...]”

1.2 Ad mail nr. 05 (Plan Repeater)

VOEL bemærker følgende:

”[...] Som angivet under 1.1 er der tale om en reservedel til eksisterende målerpark. En repeater, opsættes for at forstærke kommunikationsnetværket, hvor dette har vist sig for svagt. Under daglig drift af nettet opleves, at der ikke kan skabes kontakt til en enkelt eller flere måler, og en fejlretningsmulighed er, at opsætte en repeater. Den enkelte repeater er dedikeret til en bestemt type måler, og der kan ikke opsættes repeater af andet fabrikat. [...]”

1.3 Ad mail nr. 06 (Antenne)

VOEL bemærker følgende:

”[...] Der henvises til punkt 1.1.

Ved daglig drift observeres at kommunikation til måleren (kontakten) mistes. Vi skal genskabe kontakten til måleren, og dette kan foregå på flere forskellige måder. Vi kan flytte målerens tilknytning til datakoncentrator til en anden datakoncen-

trator i kommunikationsnetværket (årsagen kan for eksempel være, at elnet driftspersonalet har været nødt til at koble om i elnettet, hvorved kommunikation mellem måler og datakoncentrator/ hjemtagningssystem mistes). Vi kan forstærke signalet mellem målerne og datakoncentratorerne ved at opsætte en repeater (den repeterer og dermed forstærker signalet mellem måler og datakoncentrator). Vi kan desuden genskabe kommunikationen ved opsætning af en ny eller en ekstra antenne. [...]”

1.4 Ad mail nr. 07 (E40 bestillingsdato 6. juni 2018 med leveringsdato 5. november 2018)

VOEL bemærker følgende:

”[...] Denne indkøbsordre repræsenterer målere af typen E450 PLAN, som er en tidligere generation af målere, som vi stadig har ca 80.000 enheder af. Disse kan ikke umiddelbart erstattes af en anden type måler, idet kommunikationsstandard i datakoncentratoren, som er den enhed, der henter data fra måleren ikke kan kommunikere med andre enheder (heller ikke fra samme leverandør).

Vi er derfor nødt til at indkøbe et begrænset parti, for at holde denne del af målerparken kørende. En elmåler har en økonomisk afskrivningstid på 15 år, og en teknisk levetid på mellem 15 og 20 år. Frem til tidspunktet for forventet udskiftning af måleren, skal vi kunne udskifte defekte målere. Den teknologi vi anvender betinger, at vi skal udskifte en defekt måler i et givent område med en måler af samme type (fabrikat). Alternativt vil vi ikke kunne hjemtage data fra måleren. I vores nye målerudbud, har vi valgt en anden (og ny) teknologisk platform, som gør os i stand til at udskifte enkelte defekte målere uanset hvilken type der sidder i området i forvejen. På sigt vil dette dog ødelægge det eksisterende kommunikationsnetværk, hvis der er mange fejlbehæftede målere i et område, som skal udskiftes. [...]”

1.5 Ad mail nr. 08 (konfigurationer til ”de nye elmålere ... ”bekræftelsen af ordren” – 18. september 2018)

VOEL bemærker følgende:

”[...] Som angivet under de foregående svar, er der her tale om en speciel type måler i vores eksisterende målerpark. Denne type anvendes til store kunder, hvor der er krav om strømtransformer. De anvendes også udelukkende til repara-

tion af fejlbehæftede målere. Årsagen til benævnelsen "nye målere" er, at vi har været nødt til at få ændret en del af konfigurationen i måleren. Ved fejl i måleren, skal vi skifte den, men er forpligtet til at udskifte til en måler, som overholder nugældende krav. [...]"

1.6 Ad mail nr. 10 ... [rettelig bestilling af 15. maj 2018 af pins for poly phase meters og pin adapter – plastic vover]

VOEL bemærker følgende:

"[...] Denne ordre refererer til reservedelen PIN samt dæksler (dækslerne er nævnt under 1.1) PIN er det vi på dansk kalder "stikben". Målere kan enten monteres med stikben eller med ledning. Det er kundens installation, som afgør om måleren skal monteres med stikben eller med ledning. Det betyder omvendt, at, når installationer bygges om - for eksempel I forbindelse med reovering af etageejendomme - så kan bygherre ændre installationen fra ledning til stikben. Vi er derfor nødt til at skifte ledningerne på målerne ud med stikben. [...]"

1.7 Ad mail nr. 11 (PH Repeater)

VOEL bemærker følgende:

"[...] Gentagelse af svar I 1.2 og 1.3, idet dette repræsenterer antenner og repeater til daglig reparation (reservedele til eksisterende målerpark). [...]"

1.8 Ad mail nr. 12 (E40 with pins – 14. januar 2019)

VOEL bemærker følgende:

"[...] Det ser desværre ud til, at denne indkøbsordre ved en fejl ikke er kommet med i vores oversigt. [...] Jeg bad vores økonomiafdeling om, at lave udtræk af alle indkøbene i den angivne periode, men præcis denne var desværre ikke med. [...]. "

...

Anmodning D

"VOEL anmodes om at angive værdien af de indkøb af elmålere, som VOEL i Processkrift A har opgjort at have foretaget uden forudgående udbud. Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at ordrebekræftelserne i bilag K ikke indeholder priser – heller ik-

ke i den version, som klagenævnet har modtaget.”

Ordrebekræftelser fra L+G for indkøb af elmålere omfattet af rammeaftalen foretaget i perioden 20. oktober 2017 – 6. juni 2018 fremlægges som Bilag X. Bilag X sendes til Klager i ekstraheret form.

Det har ikke været muligt for VOEL at fremskaffe ordrebekræftelserne for indkøbene med ordre-id IOE006296 samt IOE006424 inden den af klagenævnet fastsatte svarfrist. Ordrebekræftelserne fremgår således ikke af Bilag X.

Indkøbene fremgår imidlertid af den samlede opgørelse under punkt 5.

Anmodning E

”I det omfang besvarelsen af anmodning A-C giver anledning hertil, anmodes VOEL om at fremkomme med en opdateret opgørelse frem til udgangen af januar 2019 over indkøb af elmålere, inkl. tilbehør hertil, som er foretaget uden forudgående udbud, efter udløbet af rammeaftalen om elmålere med Landis+Gyr. Opgørelsen skal omfatte antal indkøbte elmålere og eventuelt tilbehør hertil, og der skal oplyses en samlet værdi af det købte.”

Besvarelsen af Anmodning A giver anledning til at revidere den hidtidige opgørelse som følger (ændringer fremgår med rød [*nedenfor ændret til kursiv*]):

Ordre-id	Ordredato	Varenummer	Antal
IOE005589	2018-01-25	ZMXI100-0225	576
		ZMXI100-0224	1.152
IOE005612	2018-02-14	ZMXI100-0578	864
IOE006158	2018-04-25	ZMXI100-0579	648
		ZMXI100-0578	1.368
IOE006159	2018-04-25	ZMXI100-0579	648
		ZMXI100-0578	1.368
IOE006295	2018-05-18	ZMXI100-0579	288
<i>IOE006296</i>	<i>2018-05-18</i>	<i>ZMXI100-0578</i>	<i>1.584</i>
		<i>ZMXI100-0579</i>	<i>432</i>
<i>IOE006423</i>	<i>2018-06-01</i>	<i>ZMXI100-0578</i>	<i>1.584</i>
		<i>ZMXI100-0579</i>	<i>432</i>
<i>IOE006424</i>	<i>2018-06-06</i>	<i>ZMXI100-0579</i>	<i>432</i>

		ZMXI100-0578	1.440
I alt			12.816

Det bemærkes, at en del af ordren af 1. juni 2018 (ordre-id: IOE006423) blev aflyst. Det drejer sig om 144 elmålere med varennummer ZMXI100-0225. Denne del af ordren fremgår således ikke af ovenstående opgørelse.

Anmodning F

” VOEL anmodes endvidere om at fremlægge de notater, som der henvises til i mail nr. 03).. ”

Notat fra statusmøde den 1. maj 2018 fremlægges ...”

VOEL har i et efterfølgende svar af 20. februar 2019 oplyst, at den samlede værdi af de varer, som er opgjort i besvarelsen af anmodning D er 7.852.464 kr. ekskl. moms.

Det, jf. besvarelsen af anmodning F fremlagte, er et referat af ”Status meeting om support issues/contract Energi Fyn 1.5.2018” mellem VOEL (benævnt ”Energi Fyn”) og Landis+Gyr, hvoraf blandt andet fremgår:

(Under pkt. 2 ”Meters a. Good/bad and recommendations”)
 ”Energi Fyn are missing meters – E450 ...”

(Under pkt. 3 ”Merge of AMR”)
 “Things are going as planned 5.000 meters are missing”

(Under pkt. 6 “AOB”)
 “L+G will present new roadmap on software products on meeting 15. maj”

(Under “Below actions for next meeting”)
 “ ...
 4. Are L+G IDIS compliant and if not were the different from IDIS?”

3. Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2 (og tillige påstand 5 og 6)

Sagemcom har gjort gældende, at artikel 50, litra e, i forsyningsvirksomhedsdirektivet skal fortolkes indskrænkende, og at det er VOEL, der har bevisbyrden for, at bestemmelsens betingelser er opfyldt i det konkrete til-

fælde, jf. for så vidt angår den tilsvarende bestemmelse i artikel 31, stk. 2, litra b, i det tidligere udbudsdirektiv (direktiv 2004/18) klagenævnets kendelse af 7. august 2014, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland, og vedrørende den tilsvarende undtagelsesbestemmelse i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv (direktiv 93/38) præmis 33 i EU-Domstolens dom af 2. juni 2005 i sag C- 394/02, Kommissionen mod Grækenland.

VOEL har ikke løftet bevisbyrden for, at betingelserne for at foretage direkte tildeling af den omhandlede kontrakt er opfyldt.

VOEL har på de forskellige stadier i sagen givet tre forskellige forklaringer på, at den udbudte rammeaftale om levering af elmålere alligevel ikke kunne indgås med Sagemcom som den vindende tilbudsgiver, og at det i stedet er anset for nødvendigt at indgå en rammeaftale direkte med den tidligere leverandør af elmålere Landis+Gyr. Alle tre forklaringer tager udgangspunkt i, at det efter afholdelsen af udbuddet har vist sig nødvendigt at udvikle og implementere en løsning, der kan sikre integration mellem de nye elmålere fra Sagemcom og de eksisterende koncentratorer og Head End System fra Landis+Gyr.

Først henviste VOEL til de omkostninger, der ville være forbundet med at udvikle og implementere en integrationsløsning, jf. brevet af 27. februar 2017.

Dernæst henviste VOEL til de tekniske udfordringer ved at udvikle en integrationsløsning i bekendtgørelsen om annullation af udbudsproceduren.

Endelig har VOEL i profylaksebekendtgørelsen henvist til den leveringstid, der er forbundet med at udvikle en integrationsløsning. I profylaksebekendtgørelsen har VOEL desuden oplyst, at indkøb af et nyt Head End System til de nye målere ikke (længere) kan anses for at være en hensigtsmæssig løsning. Det skal sammenholdes med, at VOEL i det første udbud netop efterspurgte en option på levering af et nyt Head End System som alternativ til integration med det eksisterende Head End System. Sagemcom tilbød den efterspurgte option.

Ingen af de tre forklaringer, som VOEL har givet, kan begrunde direkte tildeling af en kontrakt.

VOEL har ikke løftet sin bevisbyrde for, at omkostningerne og de tekniske udfordringer ved at udvikle og implementere en integrationsløsning, som VOEL har henvist til, har karakter af ”teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse” som krævet efter undtagelsesbestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e.

Om *integrationsbehovet* kan følgende oplyses:

I et målersystem som det, der anvendes af VOEL, kommunikerer elmålerne med datakoncentratorerne, der igen kommunikerer med Head End System. Kommunikationen mellem elmåler og datakoncentrator sikres ved, at begge enheder opfylder bestemte specifikationer/standarder som f.eks. G3-PLC og IDIS.

IDIS-standarden er udviklet af Landis+Gyr i samarbejde med et konsortium af el-målerleverandører og er blevet en generel branchestandard. VOEL har i forbindelse med det afholdte udbud krævet, at de nye elmålere opfylder såvel G3-PLC som IDIS, jf. krav 1.1 og 1.2 i kravspecifikationen. Sagemcoms elmålere lever op til disse krav, jf. kravbesvarelsen fra Sagemcom.

IDIS-standarden er kendetegnet ved, at en ”fri” del af standarden (10 %) kan tilpasses af den enkelte leverandør.

Det er derfor almindeligt kendt og helt sædvanligt i branchen, at integration mellem to enheder fra forskellige leverandører kræver en vis ”fine tuning” og tilpasning af kommunikations-interfacet mellem de to enheder, selv om begge opfylder G3-PLC- og IDIS-standarderne.

Integration mellem Sagemcoms elmålere og Landis+Gyrs datakoncentratorer og Head End System kan tilvejebringes på 3-4 forskellige måder.

VOEL har i profylaksebekendtgørelsen anført, at det har vist sig nødvendigt at udvikle og implementere en ny tredjepartsdriver til Landis+Gyrs Head End System/datakoncentratorer, hvilket er en kompleks og tidskrævende løsning.

Sagemcom bestrider, at det skulle være nødvendigt at udvikle en ny tredjepartsdriver, eftersom der findes flere andre og bedre integrationsløsninger.

En enkel, problemfri og sikker integration mellem Sagemcoms elmålere og Landis+Gyrs datakoncentratorer/Head End System kan først og fremmest opnås ved, at Sagemcom direkte i selve elmålerne laver de tilpasninger, som er nødvendige for at opfylde de særlige specifikationer, som Landis+Gyr måtte have indarbejdet i den ”frie” del af IDIS-standarden.

Sagemcom har på en række tekniske workshops omhyggeligt forklaret VOEL fordelene ved og forudsætningerne for at lave denne integrationsløsning, som er helt sædvanlig og hyppigt anvendt i branchen.

Gennemførelsen af denne integrationsløsning indgik derfor også (uden yderligere beregning) som et helt naturligt led i den kontrakt, som Sagemcom oprindeligt fik tildelt af VOEL.

Også Landis+Gyr er udmærket bekendt med denne løsning, der er blevet anvendt med succes på en række projekter rundt om i verden, hvor Sagemcom og Landis+Gyr har samarbejdet om at sikre integration mellem deres forskellige enheder.

Klagenævnet har i sin e-mail af 15. oktober 2018 udtrykkeligt bedt VOEL forklare, hvorfor VOEL ikke har anset det for muligt at sikre integrationen ved, at Sagemcom direkte i selve elmålerne laver de tilpasninger, som er nødvendige for at opfylde de særlige specifikationer, som Landis+Gyr måtte have indarbejdet i den ”frie” del af IDIS-standarden. VOEL har i sin besvarelse af 28. oktober 2018 ikke adresseret dette spørgsmål med ét eneste ord.

Det, som VOEL har anført om, at der ikke findes andre integrationsløsninger end en ny tredjepartsdriver, og at det ikke er muligt at opnå integration ved at lave de nødvendige tilpasninger i selve elmålerne, er ganske enkelt ikke rigtigt, jf. herved det fremlagte bilag med tekniske forklaringer.

Det er således faktuel forkert, når VOEL hævder, at det er nødvendigt at udvikle en ny tredjepartsdriver. Det er sædvanlig praksis at sikre integration mellem elmålere og datakoncentratorer fra to forskellige leverandører ved at tilpasse softwaren i elmålerne, så den svarer til den ”companion standard” og ”communication profile”, der er anvendt i datakoncentratorerne (i det foreliggende tilfælde IDIS-standarden plus Landis+Gyrs eventuelle

kundespecifikke tilpasninger i den frie del af standarden). Sagemcom har betydelig erfaring med at opnå integration på denne måde og har – som anført både i Sagemcoms tilbud og i den efterfølgende skriftlige tekniske dialog – ovenikøbet samarbejdet også med Landis+Gyr om denne integrationsløsning på andre projekter rundt om i Europa. Sagemcom har beskrevet denne integrationsløsning for VOEL på møder og workshops afholdt såvel før som efter tildelingen af den udbudte rammeaftale til Sagemcom. Den pågældende integrationsløsning kræver blot, at VOEL forlanger af Landis+Gyr, at virksomheden på helt sædvanlig vis samarbejder om at sikre integration til Sagemcoms elmålere ved navnlig at stille sin ”G3-PLC Companion Standard and Communication profile” til rådighed for Sagemcom. Den pågældende integrationsløsning er ikke forbundet med nogen udviklingsomkostninger, (der skal således alene afholdes projektomkostninger til validering). Der foreligger derfor hverken en teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse, som kan begrunde direkte tildeling af en rammeaftale til Landis+Gyr i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e).

Hertil kommer, at en integrationsløsning med tilpasning i elmålerne under alle omstændigheder ikke er den eneste mulige. En anden løsning kunne være at integrere Sagemcoms datakoncentratorer i Landis+Gyrs Head End System. En sådan løsning var da også forudset i det oprindelige udbudsmateriale og indgik i Sagemcoms tilbud, jf. beskrivelsen af de af Sagemcom tilbudte optioner.

Det er muligt, at de udfordringer, som VOEL har konstateret, i realiteten handler om, at Landis+Gyr ikke har villet stille de særlige tekniske specifikationer og interfaces, som Landis+Gyr har indarbejdet i VOELs datakoncentratorer/Head End System, til rådighed for VOEL og Sagemcom.

Selv om situationen måtte være den, at VOEL ikke på forhånd har sikret sig adgang til de nødvendige specifikationer og interfaces fra Landis+Gyr, er dette dog ikke ensbetydende med, at der foreligger en ”teknisk uforenelighed” eller ”uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse”, som kan begrunde, at kontrakten tildeles direkte til Landis+Gyr.

Sagemcoms elmålere er netop teknisk set fuldt ud forenelige med datakoncentratorer og Head End System fra konkurrerende leverandører, idet der

blot skal foretages en helt sædvanlig tilpasning i elmålerne alt efter, hvilke særlige specifikationer den pågældende leverandør har indarbejdet i sine enheder. Problemet er således ikke ”teknisk uforenelighed”, men må i givet fald skyldes, at VOEL ikke har udvist fornøden omhu ved indgåelsen af den oprindelige kontrakt med Landis+Gyr.

Hertil kommer, at Landis+Gyrs eventuelle nægtelse af at udlevere tekniske specifikationer og interfaces ikke kan begrunde en direkte tildeling af kontrakten til Landis+Gyr, allerede fordi en sådan adfærd ville være i strid med konkurrencereglerne. Landis+Gyr indtager en dominerende stilling på markedet for Head End System og datakoncentratorer, der i den foreliggende sammenhæng må afgrænses geografisk til forsyningsområdet Fyn. En nægtelse af at udlevere de tekniske specifikationer og interfaces, som er nødvendige for, at konkurrerende leverandører af elmålere kan udvikle kompatible produkter, vil betyde, at Landis+Gyr udvider sin dominerende stilling på markedet for Head End System og datakoncentratorer til det afledte marked for elmålere, hvilket udgør et misbrug af en dominerende markedsstilling i strid med konkurrencelovens § 11 og EUF-traktatens artikel 102, jf. EU-rettens dom af 27. september 2007 i sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen.

Selv hvis det lægges til grund, at VOEL har haft ret i at antage, at det er nødvendigt at udvikle en ny tredjepartsdriver – hvilket bestrides – så er dette ikke tilstrækkeligt til at begrunde en direkte tildeling i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e.

VOELs interne notat af 15. juni 2018, dvs. efter aflysningen af udbudsprocessen, viser således, at VOEL – selv hvis det anses for nødvendigt at udvikle en ny tredjepartsdriver – i teknisk henseende stadig havde et reelt valg mellem at fortsætte udbudsprocessen og indgå kontrakt med Sagemcom og at annullere udbudsprocessen og fortsætte med at indkøbe målere fra Landis+Gyr. Notatet underbygger, at fravalget af den første mulighed ikke skyldtes teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssige tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse, men derimod de omkostninger, som et leverandørskifte ville påføre VOEL, fordi det ikke var lykkedes at indgå en bindende aftale om tredjepartsadgang med Landis+Gyr inden tildelingen af kontrakten til Sagemcom. Den manglende aftale om tredjepartsadgang betød som anført i notatet, at Landis+Gyr efter tildelingen af kontrakten til Sagemcom kunne udnytte sin ”monopol lignende status” til at fremsætte et

”revideret krav/pris på 3. parts adgang, som viser sig eksorbitant højere end først opgivet” (side 1 i notatet) med henblik på at blokere for indgåelsen af kontrakten med Sagemcom.

Sådanne omkostninger ved at skifte leverandør kan ikke begrunde en direkte tildeling af en rammeaftale til den eksisterende leverandør i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e. Det gælder så meget desto mere, når de pågældende omkostninger ved at skifte leverandør tydeligvis skyldes, at VOEL ikke rettidigt har udvist tilstrækkelig omhu og omtanke i sine kontraktforhandlinger med Landis+Gyr. Hertil kommer desuden, at omkostningerne ved at skifte leverandør tillige skyldes, at VOEL uden videre accepterer, at Landis+Gyr overtræder konkurrencereglerne ved at udnytte sin monopollignende position til at blokere for nye leverandørers adgang til markedet.

Hvad dernæst angår den *leveringstid*, som måtte være forbundet med udvikling og implementering af en integrationsløsning, bemærkes, at der ikke er tale om et forhold, der kan begrunde direkte tildeling af en kontrakt i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 50, litra e.

Forsyningsdirektivet hjemler ganske vist i *artikel 50, litra d*, mulighed for at foretage en direkte tildeling i hastetilfælde. Det er imidlertid åbenbart, at den forsinkelse med levering af nye elmålere, der er forbundet med at gennemføre et nyt udbud, hvorunder VOEL redegør for de konstaterede tekniske udfordringer og efterspørger en løsning, der sikrer integration af de nye elmålere i det eksisterende system, ikke kan begrunde en direkte tildeling. Der foreligger således hverken en uforudset begivenhed eller uopsættelighed af tvingende karakter. Forsinkelsen må i vidt omfang tilskrives VOEL selv, der netop konstaterede, at der var behov for at udvikle en særlig integrationsløsning allerede i februar måned, jf. mailen fra VOEL af 21. februar 2018 og brevet af 27. februar 2018. Der henvises herved til præmis 40 i EU-Domstolens dom af 2. juni 2005 i sag C-394/02, Kommissionen mod Grækenland.

Selv hvis VOEL måtte kunne påvise, at udviklingen af en integrationsløsning er forbundet med uforholdsmæssigt store omkostninger og uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder, vil dette ikke i sig selv være tilstrækkeligt til at opfylde betingelserne for at foretage en direkte tildeling i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e. Betingelsen

om, at der skal være tale om: ”supplerende leverancer fra den oprindelige leverandør ... til delvis fornyelse af varer eller installationer”, dvs. at der alene skal være tale om indkøb til delvis fornyelse, er således ikke opfyldt.

Efter det, som fremgår af VOELs hjemmeside, da Sagemcom besøgte siden den 6. september 2018, skal VOEL således udskifte elmålerne hos alle sine 200.000 kunder på Fyn, og heraf vil der alene i 2018 blive foretaget 15.000 udskiftninger. En rammeaftale, der skal dække hele VOELs behov for indkøb af elmålere i op til to år, og som indgås med henblik på ”en omfattende udskiftning af elmålere hos alle vores 200.000 kunder på Fyn”, har ikke karakter af et indkøb til ”delvis fornyelse”, jf. i denne retning også klagenævnets kendelse af 7. august 2014, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland.

VOEL har anført, at den tildelte rammeaftale alene er til delvis fornyelse. VOEL har desuden oplyst, at den skal dække et ”maksimumsbehov på cirka 6.500 elmålere om året”, som VOEL er forpligtet til at opsætte eller udskifte, og således kun vil blive brugt til ”nødindkøb”.

Samtidig har VOEL imidlertid i svarskriftet oplyst, at der allerede i årets første tre kvartaler – dvs. i perioden fra udløbet af den tidligere rammeaftale med Landis+Gyr den 31. december 2017 og til primo oktober 2018 – er indkøbt 9.288 elmålere, dvs. en halv gang mere end det oplyste maksimumsbehov for et helt år.

VOELs egne oplysninger dokumenterer dermed, at den tildelte rammeaftale ikke opfylder betingelsen om kun at være til delvis fornyelse i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e.

VOEL har gjort gældende, at selskabet kan tildele Landis+Gyr den planlagte rammeaftale i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e, idet et leverandørskifte vil gøre det nødvendigt for VOEL at erhverve elmålere, som på grund af en forskel i teknisk beskaffenhed vil medføre teknisk uforenelighed og dermed uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 50, litra e, svarer til udbudsdirektivets artikel 32, stk. 3, litra b, der er implementeret i dansk ret ved udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 2. Det fremgår af de specielle bemærkninger til ud-

budslovens § 81, at bestemmelsen er en videreførelse af gældende ret. Bestemmelsen giver mulighed for, at der kan være flere leverandører, der kan opfylde enhedens behov, men at et leverandørskifte kan medføre enten "teknisk uforenelighed" eller "uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse". Det fremgår implicit af bestemmelsen, at der allerede skal eksistere (eller have eksisteret) en aftale mellem den ordregivende enhed og en leverandør. Det fremgår således også af de specielle lovbemærkninger til udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 2, at bestemmelsen vedrører "... leverancer til supplerende af kontrakter, der er gennemført". Bestemmelsens krav om, at samme leverandør, som tidligere er anvendt, skal benyttes, er opfyldt i denne sag.

Artikel 50, litra e, har et bredere anvendelsesområde end bestemmelsen om enerettigheder, jf. at "uforholdsmæssige store vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse" kan retfærdiggøre anvendelse af bestemmelsen. En teknisk uforenelighed, der ganske vist kan overvindes, men som ud fra proportionalitetshensyn ikke står mål med de tekniske ulemper, der påføres den ordregivende enhed, vil således være tilstrækkeligt grundlag for, at kravet om "uforholdsmæssige vanskeligheder" kan være opfyldt.

Bestemmelsen forudsætter *ikke*, at de omstændigheder, der berettiger den ordregivende enhed til at anvende bestemmelsen, skal være uforudsete og uforudsigelige.

Det, som Sagemcom har anført om de tekniske forhold, bestrides. VOEL har således foretaget en meget grundig vurdering af grundlaget for at foretage direkte tildeling. Det fremgår af Landis+Gyrs drivertilbud, at der skal udvikles en driver for at sikre kommunikationen mellem Sagemcoms elmålere og VOELs DC fra Landis+Gyr, og at dette er et ufravigeligt krav. Dette behov for udvikling af en driver var ukendt for VOEL på udbudstidspunktet og blev først kendt, da Landis+Gyr fik oplyst, hvilke elmålere VOEL efter endt udbudsprocedure agtede at indkøbe.

Hvis Sagemcom måtte vælge at levere en kopi af en Landis+Gyrs måler, dvs. med samme konfiguration i den frie del af IDIS standarden, vil dette indebære, at enhver ændring eller justering af konfiguration fra Sagemcoms side skal ledsages af en modsvarende tilpasning af driveren fra Landis+Gyr. En sådan tilpasning vil indebære uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder for VOEL ved drift og vedligeholdelse.

Sagemcom har i øvrigt ikke på noget tidspunkt fremført dette som en farbar løsning, heller ikke i sit tilbud.

Den tekniske uforenelighed – med deraf følgende uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder for VOEL ved drift og vedligeholdelse – beror på de krav, som Landis+Gyr har fremsat til snitfladen mellem DC'en og elmåleren. Det er således ikke muligt for Sagemcom at løse problemet ved at foretage tekniske tilpasninger af de tilbudte elmålere.

Det er heller ikke en brugbar løsning at integrere Sagemcoms datakoncentratorer i Landis+Gyrs HES.

Forsøger man en sådan løsning, flyttes integrationspunktet blot et niveau op i "fødekæden" af dataflowet. Dette eliminerer ikke de tekniske vanskeligheder: Der vil således bestå en tilsvarende teknisk uforenelighed ved en sådan løsning som ved den i sagen omhandlede, hvor elmåleren skal kommunikere med DC'en.

Udnyttelsen af optionen i udbudsmaterialet om en sådan løsning ville således heller ikke løse den opståede tekniske uforenelighed.

Når VOEL ikke indkaldte til et trepartsmøde, som man ellers havde planlagt, var det, fordi der – på baggrund af de oplysninger, som VOEL havde fået fra Sagemcom under workshoppen den 13. februar 2018, jf. det fremlagte referat af 17. december 2018, samt fra Landis+Gyr om behov for en driver mv. – skyldtes det, at der ikke var tale om helt sædvanlige tilpasninger, men et større udviklingsprojekt.

Ad påstand 3 og 4

Sagemcom har gjort gældende, at begrundelsen for annullationen af det tidligere udbud i bekendtgørelsen om annullationen ikke er saglig.

For det første er begrundelsen faktisk forkert, eftersom udbudsmaterialet ikke forudsætter, at "a tested technical solution for interoperability between electricity meters and software has been developed", men derimod udtrykkeligt tager højde for situationen, hvor der ikke kan opnås integration mellem de tilbudte nye elmålere og det eksisterende software (datakoncentratorer).

rer og Head End System), ved, som et alternativ til integration, i kravspecifikationen at efterspørge en option på levering af nye datakoncentratorer og Head End System.

For det andet er begrundelsen faktisk forkert, eftersom der, jf. det som er anført ad påstand 1 og 2, findes flere gængse tekniske løsninger, der kan sikre integration mellem de nye elmålere og de eksisterende datakoncentratorer og Head End System.

For det tredje har det efterfølgende forløb godtgjort, at annullationen reelt forfulgte formål i strid med ligebehandlingsprincippet, eftersom VOEL ikke har genbudt kontrakten, men har foretaget en uretmæssig direkte tildeling af kontrakten til Landis+Gyr.

VOELs efterfølgende forklaringer om, at det ved iværksættelsen af udbuddet var VOELs forventning, at der ville kunne indkøbes nye elmålere, som – fordi de var baseret på åbne kommunikationsstandarder – uden videre kunne anvendes til udskiftning af elmålere som Plug and Play, om at VOEL derfor først efter tildelingen blev klar over, at det ville være nødvendigt at udvikle en integrationsløsning, og at den konkrete tekniske dialog med Landis+Gyr om integration ”i sagens natur” først kunne ske, når valget af endelige elmålere var kendt, er fremsat mod bedre vidende.

Udbudsmaterialet forudsætter således ikke – som hævdet af VOEL – at ”a tested technical solution for interoperability between electricity meter and software has been developed”. Krav 1.1 og 1.2 i kravspecifikationen fastsætter derimod som et mindstekrav, at de tilbudte elmålere skal anvende de åbne kommunikationsstandarder G3-PLC og IDIS2DLM. Der er endvidere i udbudsbetingelsernes punkt 6.1.1 taget højde for ”de omkostninger, som [VOEL] skulle betale til sin leverandør af HES og DC for udvikling af den integration, som var nødvendig for systemernes kommunikation med Elmålerne”. Option 1.3 og 1.4 i kravspecifikationen tager også udtrykkeligt højde for en situation, hvor det – selv om elmålerne opfylder kravet om åbne kommunikationsstandarder – måtte vise sig at være vanskeligt at opnå integration mellem elmålerne og datakoncentratorerne og derfor mere hensigtsmæssigt at gennemføre integrationen i et andet led af kæden mellem elmålere – datakoncentratorer – Head End System (HES) og Meta Data Management System (MDMS). Udbudsmaterialet tager således fuldt ud højde for de udfordringer og omkostninger, der altid vil være forbundet

med at sikre integration mellem elmålere og data-koncentratorer fra forskellige leverandører, uanset at de anvender åbne kommunikationsstandarder.

Udbudsmaterialet viser også, at VOEL på udbudstidspunktet var klar over, at en anvendelse af åbne kommunikationsstandarder ikke i sig selv er tilstrækkelig til at sikre Plug and Play-udskiftning af elmålere, og at det altid vil være nødvendigt at tage særlige skridt for at sikre integration, hvis der et sted i kæden mellem elmålere – datakoncentratorer – HES og MDMS er tale om produkter fra forskellige leverandører.

Sagemcom har bestridt det, som VOEL har anført i sit afsluttende proceskrift om, at de tilbudte elmålere ikke ved kontraktstart den 1. januar 2018 opfyldte krav 1.2 i kravspecifikationen, hvorefter ”Electricity meters must support functions as described in IDIS2DLM”. De to typer elmålere, som Sagemcom tilbød at levere til VOEL (T210 og S210), havde begge bestået alle de test, som var nødvendige for at blive IDIS2DM-certificeret, allerede den 31. juli 2017, dvs. inden fristen for afgivelse af det første forhandlings-tilbud den 11. september 2017. Begge elmålere opnåede officielt IDIS2DM-certificering den 13. oktober 2017 og dermed i god tid inden kontraktstart den 1. januar 2018. På den tidligere hjemmeside for ”IDIS Association” kunne rapporterne ”FIT” og ”CTR” for de to målere S210 og T210-D downloades. Den nuværende hjemmeside for ”IDIS Association”, som VOEL har henvist til, er endnu ikke opdateret på dette punkt. Det fremgår således alene af hjemmesiden, at Sagemcoms målere har IDIS label, men rapporterne af 31. maj 2017 og 5. juli 2017 er endnu ikke tilgængelige.

Den yderligere (konstruerede, misvisende og mangelfulde) fremstilling af de tekniske og faktiske omstændigheder og de yderligere anbringender, som VOEL har fremført i sin mail til klagenævnet af 8. april 2019 om påstået (forventelig) ukonditionsmæssighed ved kontraktstart bestrides.

Krav 1.2 i kravspecifikationen var ikke – som VOEL (nu) synes at mene – et krav om IDIS-certificering, men alene et krav om, at: “Electricity meters must support functions as described in IDIS2DLM”.

Det må anses for ubestrideligt, og ubestridt, at VOELs afløsning af udbuds-proceduren og direkte indkøb hos Landis+Gyr ikke – hverken direkte eller indirekte – var begrundet i, at tilbuddet fra Sagemcom ikke skulle være konditionsmæssigt. Tværtimod har VOEL helt indtil sit afsluttende proces-

skrift i sagen af 20. marts 2019 givet udtryk for, at de af Sagemcom tilbødte elmålere opfyldte kravspecifikationens krav 1.2, ligesom VOEL helt indtil sin e-mail af 8. april 2018 har anerkendt, at de af Sagemcom tilbødte elmålere opfyldte kravspecifikationens krav 1.13.

Det interne notat af 15. juni 2018 bekræfter, at VOEL på udbudstidspunktet var fuldt ud klar over, at anvendelsen af elmålere fra en anden leverandør end Landis+Gyr ville forudsætte, at parterne samarbejdede om at finde en integrationsløsning. Det fremgår også af notatet, at VOEL netop forhandlede med Landis+Gyr om betingelserne for at give andre leverandører af elmålere adgang til det eksisterende system, allerede inden udbudsprocessen blev igangsat.

VOEL har heller ikke iværksat et nyt udbud, som retter op på de påståede uhensigtsmæssigheder.

VOEL har tværtimod oplyst, at virksomheden først agtede at iværksætte et nyt udbud ved udgangen af 2018 med henblik på at kunne indkøbe elmålere fra en ny leverandør ved udgangen af 2019.

Eftersom den udbødte rammeaftale netop havde en løbetid på to år, svarer dette i realiteten til at indgå den udbødte rammeaftale med en anden virksomhed end den vindende tilbudsgiver for præcis den samme periode på to år.

VOELs adfærd udgør på denne baggrund en grov overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

Formentlig i et forsøg på at begrunde behovet for at udskyde et nyt udbud har VOEL – efter at Sagemcom har rejst nærværende sag – nu inviteret en række elmåler-leverandører til en dialog om ”market possibilities and future trends” med den forklaring, at ”Vores EI-net A/S is reviewing its strategy on electrical meters and meter data management”.

Dette skal ses i lyset af, at VOEL allerede i 2016 påbegyndte arbejdet med det nu aflyste udbud, der – som led i en ny strategi – efterspurgte elmålere, som anvender åbne kommunikationsstandarder, men som samtidig tog højde for, at det selv ved anvendelse af åbne kommunikationsstandarder er nødvendigt at tilvejebringe en særlig integrationsløsning mellem enheder

fra forskellige leverandører, jf. option 1.3 og 1.4 i kravspecifikationen og punkt 6.1.1 i udbudsbetingelserne. Drøftelserne på de afholdte forhandlingsmøder med tilbudsgivere drejede sig da især også om integrationen mellem de nye elmålere og det eksisterende system. Sagemcom indledte endvidere i forlængelse af tildelingsbeslutningen en teknisk dialog med VOEL om integrationen.

Det er på den baggrund uforståeligt, hvilke nye oplysninger VOEL forventer at komme i besiddelse af via den markedsdialog, som VOEL netop har lanceret. En ny markedsdialog kan således ikke ændre på, at det selv ved indkøb af elmålere baseret på åbne kommunikationsstandarder er nødvendigt med særlige tiltag for at sikre integration med et eksisterende system, som er leveret af en anden udbyder. De yderligere tekniske oplysninger, som VOEL skal bruge for at kunne påbegynde indkøb af elmålere fra en ny leverandør, kan ikke tilvejebringes gennem en generel markedsdialog, men skal tilvejebringes gennem et konkret projektsamarbejde mellem VOEL, Landis+Gyr og en ny leverandør af elmålere, der fokuserer på at sikre integration mellem de konkrete elmålere og de eksisterende datakoncentratorer.

Det angivelige ønske om en ny generel markedsdialog er således ikke en saglig begrundelse for at aflyse udbudsprocessen, allerede fordi VOEL ville komme langt hurtigere og nemmere i mål ved at igangsætte et konkret projektsamarbejde, som både Sagemcom og Landis+Gyr udmærket kender – og har gennemført med succes – på andre projekter rundt om i Europa.

Dette gælder så meget desto mere, når det nødvendige trepartssamarbejde ikke engang var sat i gang (ved udlevering til Sagemcom af alle oplysninger om de kundespecifikke tilpasninger, som Landis+Gyr har foretaget i sine datakoncentratorer), og så længe den af Sagemcom foreslåede integrationsløsning ikke engang var blevet afprøvet.

Det som, VOEL henviser til (i duplikken) om en ny langsigtet måledatastrategi, eventuelt på en helt anden platform, udgør ikke en saglig begrundelse for at aflyse et udbud af en kun to-årig rammeaftale, som var egnet til at opfylde VOELs aktuelle behov for løbende at indkøbe elmålere i perioden fra udløbet af den tidligere rammeaftale den 31. december 2017, og indtil der eventuelt kunne udarbejdes en ny måledatastrategi og iværksættes et nyt udbud til gennemførelsen heraf.

Under alle omstændigheder må der være en grænse for, hvor længe efter endeligt kontraktudløb en ordregiver kan blive ved med at indkøbe for meget store beløb hos sin eksisterende leverandør med den undskyldning, at et leverandørskift kræver yderligere teknisk afklaring. VOEL har klart overskredet denne grænse ved at aflyse udbudsprocessen fem måneder efter, at den tidligere rammeaftale var udløbet.

VOEL har gjort gældende, at såvel EU-domstolens praksis som dansk praksis fra klagenævnet og domstolene giver ordregivere vid adgang til at aflyse udbudsforretninger.

Det gøres gældende, at VOELs begrundelse for aflysning af udbuddet er i overensstemmelse med den foreliggende praksis.

En aflysning er således i overensstemmelse med udbudsreglerne, såfremt denne ikke forfølger et usagligt formål eller et formål i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, jf. blandt andet Højesterets dom i U2011.3129H. Uhensigtsmæssigheder i udbudsmaterialet er adskillige gange blevet accepteret som saglige begrundelser, jf. blandt andet EU-Domstolens dom i sag C-244/02, Kauppatalo Hansel, og klagenævnets kendelse af 14. januar 2005, Bakkely A/S mod Menighedsrådet i Ølstykke Sogn.

Det er således hævet over enhver tvivl, at en aflysning som følge af, at det tekniske grundlag, som et udbud er baseret på, viser sig at være anderledes, end en ordregiver måtte have forudsat på udbudstidspunktet, er saglig. Og dette er netop årsagen til VOELs aflysning af udbuddet.

VOEL havde baseret udbuddet på en forudsætning om teknisk forenelighed med sine eksisterende systemer, som viste sig ikke at holde stik, jf. det anførte ad påstand 1 og 2.

Der er dog ikke materielt sammenfald mellem på den ene side annullationen af udbuddet og på den anden side den efterfølgende – tilbagekaldte – beslutning om at tildele Landis+Gyr en rammeaftale i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e. Begrundelsen er således den, som fremgår af bekendtgørelsen om annulation af udbuddet, hvorefter ”the technical requirements set out in the tender documents have proved to be inexpedient, as these requirements presuppose that a tested technical solution

for interoperability between electricity meters and software has been developed.”

VOEL har – som det fremgår af det interne notat – under hele forløbet forhandlet med Landis+Gyr om betingelserne for at facilitere andre leverandørers adgang til det eksisterende system. Dette viste sig dog at være uoverskueligt omkostningsfuldt, hvorfor der netop med udbuddet blev søgt en Plug and Play-løsning.

Det var i udbudsmaterialet forudsat, at ”a tested technical solution for interoperability between electricity meter and software has been developed”. VOEL havde herved som tidligere forklaret, da udbuddet blev iværksat, en forventning om, at det tekniske grundlag for at sikre den ønskede Plug and Play-løsning var til stede i markedet, jf. Option 1.1 Installation i kravspecifikationen, hvorefter ”Strong weighting will be given to whether the electricity meters tendered can be adapted to Danish conditions of installation, e.g. Danish meters can be delivered mounted with either cables (see Appendix 1 for specifications) or pins”. Forudsætningen om en Plug and Play-løsning fremgår også af option 1.3 og 1.4.

Det blev først efter tildelingsbeslutningen klart for VOEL, at den ønskede Plug and Play-løsning efter VOELs opfattelse ikke var mulig. Aflysningen skete således som følge af, at det tekniske grundlag, som udbuddet var baseret på, viste sig at være anderledes, end VOEL på udbudstidspunktet havde forudsat. Integrationen forudsatte således en række konkrete integrationsarbejder, som ikke fremgik af Sagemcoms tilbud, og som var behæftet med en række væsentlige, driftsmæssige og tekniske risici, og Sagemcom fremkom ikke med konkrete forslag. Det bestrides, at der i udbudsmaterialet, herunder blandt andet i optionerne 1.3 og 1.4, var taget højde for udfordringerne og omkostningerne med at sikre integration mellem elmålere og data-koncentratorer. Det var således ikke udelukket, at en tilbudt løsning efterfølgende kunne vise sig uhensigtsmæssig.

VOEL har, jf. ovenfor pkt. 2.4, endvidere i sit afsluttende processkrift af 20. marts 2019 og mails af 8 og 10. april 2019 anført, at de af Sagemcom tilbudte målere ved kontraktstart ikke var og endnu ikke er konforme med IDIS, mens det modsatte er tilfældet for målerne fra Landis+Gyr.

VOEL har til støtte herfor den 20. marts 2019 henvist til hjemmesiden for IDIS Association, og oplyst, at "Fit Test Report" og CTR Test Report" kan downloades vedrørende målere fra Landis+Gyr, men ikke er tilgængelige for Sagemcoms målere, S210 og T210-D. Der er heller ikke i øvrigt fra Sagemcom fremlagt dokumentation for reelt gennemført integration mellem Sagemcoms elmålere og Landis+Gyrs DC/HES.

Det kan hverken anses for stridende mod det udbudsretlige ligebehandlingsprincip eller på anden vis udtryk for forfølgelse af usaglige formål, at VOEL har aflyst udbuddet som følge af manglende afklaring om mulighederne for den ønskede tekniske løsning i udbudsmaterialet.

Det bestrides, at årsagen til annullationen er vanskeligheder i forbindelse med kontraktforhandlinger med Landis+Gyr.

Korrespondancen med Landis+Gyr viser netop, at løsning af kompatibilitetsproblemet krævede tilpasning af Landis+Gyr datakoncentratorer og udvikling af en driver, hvilket ikke var den forudsatte og ønskede Plug and Play-løsning.

Det, som fremgår af det interne notat om uforudsete omkostninger ved et leverandørskifte, er ikke den begrundelse, som ligger til grund for aflysningen af udbuddet, men notatet viser, at det var en forudsætning i udbuddet, at det var muligt at indsætte nye målere i eksisterende kommunikationslandskab, så måledata kunne hjemtages med eksisterende IT-systemer, at den ønskede tekniske løsning viste sig ikke at være tilgængelig, og at aftaleindgåelse derfor var forbundet med stor usikkerhed som følge af uhensigtsmæssighederne i udbudsmaterialet. Annullationen er således sket i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Årsagen til annullationen er heller ikke, som hævdet af Sagemcom, et (for-nyet) ønske om ny langsigtet måledatastrategi. Men selvom ønsket om en ny markedsundersøgelse ikke er aflysningsgrundlaget i sig selv, underbygger den, at der i det aflyste udbud var konkrete uhensigtsmæssigheder i udbudsmaterialet, som skal håndteres med rettidig omhyggelighed, før genudbuddet iværksættes. En ny markedsdialog vil kunne føre til en ny strategi for henholdsvis måledatahåndtering og målerudskiftning. Der er eksempelvis meget, der peger i retning af, at VOEL må gå bort fra den i det aflyste udbud krævede teknologi og over på en helt anden platform.

Endelig er årsagen til annullationen ikke, som påstået af Sagemcom, et allerede dækket indkøbsbehov. To års sædvanligt forbrug er således 40.000 målere, og ikke de 6.912 [*tallet er efterfølgende forhøjet, jf. VOELs seneste besvarelser*] målere, VOEL har købt i 2018. Dette indkøb dækker et absolut nødbehov til dækning af lovmæssige krav for 2019 og udskiftning af fejlbehæftede målere. I øvrigt bemærkes, at prisen ville have været lavere, hvis der var blevet indgået den rammeaftale, som profylaksebekendtgørelsen angår.

VOEL har med indkøbene i 2018 hverken opnået en tilfredsstillende eller gunstig dækning af sit indkøbsbehov.

VOEL har netop også – med udsigt til et nært forestående genudbud og for at begrænse behovet for målerindkøb til kun at omfatte udskiftning af fejlbehæftede målere og lovgivningsmæssige udskiftninger – indstillet samtlige unødvendige aktiviteter samt afskediget overtallige medarbejdere.

De i 2018 foretagne indkøb har således alene haft karakter af nødindkøb og er udelukkende foretaget for, at VOEL har kunnet leve op til sine retlige forpligtelser, som disse fremgår af § 2, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 75 af 25. januar 2019 (tidligere bekendtgørelse nr. 1358 af 3. december 2013) om fjernaflæste elmålere og måling af elektricitet i slutforbruget.

Nødindkøbene kan på ingen måde kompensere for det planlagte udbud, der snarest muligt forventes genudbudt, og udgør ikke begrundelsen for aflysningen af udbuddet.

Det savner mening, at VOEL skulle have gennemført et omfattende og komplekst udbud med den bagtanke at fortsætte indkøb hos Landis+Gyr.

Efter at Sagemcom i anledning af det, som VOEL anførte i sit afsluttende processkrift af 20. marts 2019 har fremlagt dokumentation for IDIS-certificering og samtidig indgivet en teknisk redegørelse af 22. marts 2019 for opfyldelse af IDIS-krav, har VOEL i en mail af 8. april 2019 gjort gældende, at det i redegørelsen om opfyldelse af IDIS-krav er anført:

“Sagemcom promised also, that meters that will be delivered to [VOEL] (in tender scope only three phase meters with G3-PLC communication)

will be IDIS 2DLM certified. No specific dates were given at that time, but the goal was to achieve that milestone before deliveries, in order to secure customer to have the product fully compliant with given specifications”.

VOEL har herom gjort gældende, at det heraf kan udledes, at IDIS-certificering blot var en ”målsætning” for Sagemcom, og at IDIS-certificering af de tilbudte målere under alle omstændigheder ikke kunne forventes før tidspunktet for første levering (og således efter kontraktstart).

I øvrigt er beskrivelsen af 22. marts 2019 ikke relevant, for de målere, som der her refereres til (”S210 with cellular” og ”T-210-D with cellular”, begge med ”2G – GPRS communication”) og som ifølge Sagemcom opnået IDIS-certificering, opfylder ikke udbudsmaterialets krav 1.3, fordi målerne ikke kommunikerer via elnettet (G3-PLC). Sagemcom havde derimod ikke end ikke den 26. marts 2019 opnået IDIS-certificering for de målertyper (G3 PLC), som var omfattet af udbuddet. Det fremgår i den sammenhæng af redegørelsen af 22. marts 2019:

”Sagemcom promised also, that meters that will be delivered to [VOEL] (in tender scope only three phase meters with G3-PLC communication) will be IDIS 2DLM certified. No specific dates were given at that time, but the goal was to achieve that milestone before deliveries, in order to secure customer to have the product fully compliant with given specifications.”

Sagemcoms redegørelse for indarbejdelse af kundespecifikke tilpasninger i den ”frie del” af IDIS-standarden er irrelevant. Det centrale er, at Sagemcom kategorisk har opgivet at indarbejde funktioner efter VOELs anvisninger for derved at kunne opnå interoperabilitet mellem elmålerne og Landis+Gyrs datakoncentratorer til trods for, at dette indgår som en forudsætning i udbudsmaterialet, jf. krav 1.13 i kravspecifikationen om, at målerne ”must support low-level security (LLS) features defined by DLMS/-COSEM.”

Sagemcom har i den første tekniske redegørelse, som er afgivet under sagen tilkendegivet, at de tilbudte målere ikke ville opfylde krav 1.13. Det fremgår således af redegørelsen:

”Yes, SAGEMCOM could provide [VOEL] with Prototype Meters without HLS (High Level Security).

However as mentioned previously, it requires developing specific prototype meters with no security or a lower level of security (LLS). This requires new software versions of the products. It means product, software development and validation costs which will have no other use than this specific product testing... The SAGEMCOM management is finding it hard to engage such investments when we see no Market return on investment perspective for it.

As explained during our meeting, the T210 Three Phase Meters which were provided to you for the tests have embedded HLS-5 (High Level Security) and DLMS suite 0 or 1. We provided these meters as it is the standard product configuration which is requested nowadays by our clients.

Furthermore, as HLS is now becoming standard across the Smart Metering Industry, we find it surprising that Landis & Gyr is not able to supply HLS easily for this test as they must be offering it on other smart metering projects.”

Det citerede må udlægges sådan, at Sagemcom ikke opfyldte krav 1.13, og at Sagemcom heller ikke havde til hensigt at sikre, at de tilbudte målere ville opfylde krav 1.13.

Dette viser, at Sagemcoms elmålere ikke levede op til udbudsmaterialets krav for så vidt angår specifikationer, som var fundamentale for interoperabiliteten.

VOEL har afslutningsvis i en mail af 10. april 2019, anført at ”de anførte uregelmæssigheder mellem [Sagemcoms] tilbud og den efterfølgende tekniske afklaring demonstrerer netop realiteten i den fremførte aflysningsbegrundelse”, og at Sagemcom ikke har løftet bevisbyrden for, at VOELs aflysningsbegrundelse ikke var lovmedholdelig.

Ad påstand 5 og 6

Sagemcom har gjort gældende, at det må lægges til grund, at VOEL i januar 2018 de facto har indgået en (udtrykkelig eller stiltiende) aftale med Landis+Gyr om indkøb af elmålere samt en række tilknyttede produkter og reservedele uden forudgående udbud. Sagemcom har herved henvist til oplysningerne fra VOEL om indkøb i 2018 og frem til udgangen af januar 2019 og om, at den rammeaftale, som profylaksebekendtgørelsen omtaler,

endnu ikke var indgået, da indkøbene fandt sted (og ikke vil blive indgået). Sagemcom har endvidere henvist til det anførte i det interne notat om: ”Den udløbne rammeaftale, som vi principielt stadig benytter os af ...”. Mailkorrespondancen mellem VOEL og Landis+Gyr må forstås sådan, at parterne indgik skriftlig aftale den 26. juni 2018.

Denne nye aftale eller forlængelse af den tidligere rammeaftale er omfattet af udbudspligt efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Aftalen er imidlertid indgået uden offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse i henhold til § 4 i klagenævnsløven. Den skal derfor erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer i medfør af lovens § 17, stk. 1, nr. 1, og § 18, stk. 1.

VOELs indkøb af elmålere fra Landis+Gyr i 2018 og 2019 opfylder, jf. det anførte til støtte for påstand 1 og 2, ikke betingelserne for undtagelsesvis at foretage direkte tildeling i artikel 50, litra e, i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

VOELs indkøb af elmålere fra Landis+Gyr i 2018 og 2019 kan heller ikke kvalificeres som et ”nødindkøb”, allerede fordi det pågældende indkøb dækker to års forbrug af elmålere og er foretaget, uden at VOEL har igangsat en saglig og grundig proces med deltagelse af alle parter med henblik på at undersøge, hvilke muligheder der er for at sikre integration mellem Sagemcoms elmålere og VOELs eksisterende system.

Den offentliggjorte profylaksebekendtgørelse om en aftale, som aldrig er indgået, er uden betydning. Aftalen skal derfor – uanset profylaksebekendtgørelsen - erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer, jf. § 4, stk. 1, nr. 3, i klagenævnsløven.

At VOEL ikke har været i god tro om, at aftalen kunne indgås uden udbud, fremgår af det interne notat af 15. juni 2018, hvor det anføres:

”Advokat Povl Bronstein, Publicure beskriver, at køb af målere stadig er udbudspligtigt, og han vil fraråde, at vi tager dialog med L+G om forlængelse af rammeaftale eller forhandling om pris. Dette vil opfattes som tildeling af målerleverance til anden end vindende byder.”

Af samme notat fremgår også, at VOEL forudser en reaktion fra Sagemcom på aflysningen af udbudsprocessen og kalkulerer med risikoen for sagsanlæg fra Sagemcom.

Der må være en grænse for, hvor meget og hvor længe VOEL kan blive ved med at trække processen i langdrag for at undgå et leverandørskift. Klagenævnet bør markere, at denne grænse er nået, ved at erklære de facta-aftalen om forlængelse af den udløbne rammeaftale med Landis+Gyr for uden virkning for fremtidige leverancer.

For det tilfælde, at den direkte tildeling til Landis+Gyr erklæres ulovlig, og aflysningen af udbudsprocessen annulleres, kan Sagemcom oplyse, at Sagemcom – forudsat VOEL og Landis+Gyr loyalt deltager i et projektsamarbejde med Sagemcom om integration – vil kunne levere elmålere, der kan integreres med det eksisterende system, allerede inden for få måneder.

VOEL har i første række gjort gældende, at selskabets indkøb af elmålere fra Landis+Gyr i 2018 og 2019, jf. det anførte til støtte for påstand 1 og 2, opfylder betingelserne for at foretage direkte tildeling i artikel 50, litra e, i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Voel har i anden række gjort gældende, at indkøbet af elmålere hos Landis+Gyr i 2018 og 2019 har været nødvendig for at opfylde § 2, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 75 af 25. januar 2019 (tidligere bekendtgørelse nr. 1358 af 3. december 2013) om fjernaflæste elmålere og måling af elektricitet i slutforbruget, jf. herved klagenævnets praksis om nødindkøb i blandt andet kendelse af 5. oktober 2018, Næstved Sprog- og Integrationscenter mod Næstved Kommune.

Det skyldes alene tekniske vanskeligheder i VOELS økonomisystem og en reduktion i medarbejderstaben, der skyldes denne sag, at VOEL uforvarende er kommet til at afgive modstridende oplysninger om sit elmålerindkøb.

Formålet med nødindkøbet er at have en nødreserve (årligt ca. 6.500 målere) til brug for nye bygninger eller erstatning af defekte målere. Fra 1. januar 2018 – 8. marts 2019 udgjorde trækket i alt 7.689 målere fordelt med i 2018 2.627 nye målere og 3.949 udskiftede og i 2019 626 nye målere og 487 udskiftede. Der forventes behov for 5.387 yderligere målere i 2019.

At der har været tale om nødindkøb, understreges af VOELs mail til Landis+Gyr af 5. december 2018.

VOEL har aldrig underskrevet den kontrakt med Landis+Gyr, som profylaksebekendtgørelsen angik. VOEL har heller ikke handlet, som om det var tilfældet.

VOEL har subsidiært gjort gældende, at den mundtlige indkøbsaftale med Landis+Gyr, uanset om den måtte blive anset for ulovlig direkte tildeling, skal opretholdes i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 3. Det følger af de specielle bemærkninger til bestemmelsen, at ”almenhedens interesser” blandt andet omfatter tilfælde, hvor ordregiveren skal opfylde sin forsyningsforpligtelse, herunder hvor et forsyningselskab ikke kan levere elektricitet, hvis kontrakten bringes til ophør.

Indkøbet af elmålere er fundamental for netop leveringen af elektricitet, jf. § 2 i bekendtgørelse 75 af 25. januar 2019 om fjernaflæste elmålere og måling af elektricitet i slutforbruget, hvorefter VOEL forpligtes til at sikre, at der inden den 31. december 2020 er idriftsat fjernaflæste elmålere hos alle slutbrugere.

Indkøbet er i øvrigt, som det mindre i det mere, foretaget med hjemmel i samme undtagelsesregel, som dannede grundlag for VOELs beslutning om at tildele en rammeaftale til Landis+Gyr i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e, uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. det anførte om påstand 1 og 2.

4. Retsgrundlaget

Ifølge forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra d og e, kan der anvendes udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud:

”...

d) i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begebenheder, som den ordregivende enhed ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling med forudgående indkaldelse af tilbud. De omstændigheder, der påberåbes som de tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives den ordregivende enhed.

e) ved indkøbskontrakter med henblik på supplerende leverance fra den oprindelige leverandør enten til delvis fornyelse af varer eller installationer eller til udvidelse af eksisterende varer eller af bestående installationer, hvis et leverandørskifte ville gøre det nødvendigt for den ordregivende enhed at erhverve varer, som på grund af en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse”

Af præamblen til forsyningsvirksomhedsdirektivet fremgår blandt andet:

” 61) På grund af de negative konsekvenser for konkurrencen bør udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud kun anvendes under helt ekstraordinære omstændigheder. Denne undtagelse bør begrænses til tilfælde, hvor offentliggørelse enten ikke er mulig af tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende enhed ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives denne, eller ...

...
114) De ordregivende enheder kan komme i den situation, at der bliver behov for yderligere varer eller tjenesteydelser. I sådanne tilfælde kan en ændring af den oprindelige kontrakt uden en ny udbudsprocedure være berettiget, navnlig hvis de nye leverancer enten gør det ud for en delvis erstatning eller en udvidelse af eksisterende tjenesteydelser, varer eller anlæg, hvis et leverandørskifte ville gøre det nødvendigt for den ordregivende enhed at anskaffe varer, bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som på grund af en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse.”

Artikel 50, stk. 1, litra d, svarer til undtagelsesbestemmelsen i artikel 32, stk. 2, litra c, i udbudsdirektivet (2014/24/EU), som er gennemført i dansk ret ved udbudslovens § 80, stk. 5.

Artikel 50, stk. 1, litra e, svarer til undtagelsesbestemmelsen i artikel 32, stk. 3, litra b i udbudsdirektivet, som er gennemført i dansk ret ved udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 2.

Tilsvarende undtagelser var fastsat i det tidligere gældende forsyningsvirksomhedsdirektiv, henholdsvis udbudsdirektiv, og før det i indkøbs-, tjenesteydelses- og bygge- og anlægsdirektiverne helt tilbage fra 1970'erne.

Om den til artikel 50, stk. 1, litra d, svarende undtagelse i tidligere direktiver har EU-Domstolen i en række domme, jf. blandt andet sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, slået fast, at denne undtagelse skal fortolkes indskrænkende, og at ordregiveren har bevisbyrden for, at undtagelsen finder anvendelse. Ordregiven skal herved påvise, at der foreligger 1) en uforudseelig begivenhed, 2) en uopsættelighed af tvingende karakter der ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder, og endelig 3) en årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende uopsættelighed. Såfremt en af disse betingelser ikke er opfyldt, er en anvendelse af fremgangsmåden med udbud efter forhandling uden offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser ikke berettiget. Domstolen fandt i den pågældende sag, at det ikke var uforudsigeligt, at en planmyndighed gav afslag på uddybning af floden Ems. Domstolen har på tilsvarende måde anset behov for bygning af et lavinedige, udbygning af et universitet og opstemningsbassiner for vandløb for forudsigelige behov, som ikke kunne begrunde brug af undtagelsesbestemmelsen i sag C-107/92, Kommissionen mod Italien, sag C-24/91, Kommissionen mod Spanien, og C-382/02, Kommissionen mod Italien.

EU-Domstolen har om den til artikel 50, stk. 1, litra e, svarende bestemmelse i det dagældende indkøbsdirektiv 93/36 artikel 6, stk. 3, litra e, udtalt følgende i sag C-337/05, Kommissionen mod Italien (om indkøb af helikoptere ved udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse):

”56 Som det fremgår af 12. betragtning til direktiv 93/36, bør fremgangsmåden med udbud efter forhandling betragtes som en undtagelse, og den kan derfor kun anvendes i et begrænset antal tilfælde. På denne baggrund bemærkes, at direktivets artikel 6, stk. 2 og 3, udtømmende opregner de tilfælde, hvor fremgangsmåden med udbud efter forhandling kan anvendes ... (jf. i denne retning, for så vidt angår direktiv 77/62, dom af 17.11.1993, sag C-71/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5923, præmis 10; for så vidt angår direktiv 93/36, Teckaldommen, præmis 43, og dommen af 13.1.2005 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 47).

57 Ifølge Domstolens praksis må fravigelser fra de regler, som skal sikre, at de rettigheder, som er fastsat i traktaten, bliver virksomme inden for området for offentlige kontrakter, fortolkes indskrænkende (dom af 18.5.1995, sag C-57/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1249, præmis 23, af 28.3.1996, sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I s. 1949,

præmis 13, og af 2.5.2005, sag C-394/02, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4713, præmis 33). Medlemsstaterne kan derfor ikke uden at fratage direktiv 93/36 sin effektive virkning bestemme, at fremgangsmåden med udbud efter forhandling kan finde anvendelse i andre tilfælde end dem, som er fastsat i dette direktiv, eller opstille nye betingelser i de tilfælde, som udtrykkeligt er nævnt i det pågældende direktiv, med den virkning, at adgangen til at anvende den nævnte fremgangsmåde bliver udvidet (jf. i denne retning dommen af 13.1.2005 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 48).

- 58 Det skal endvidere bemærkes, at bevisbyrden påhviler den part, som påberåber sig, at de ekstraordinære omstændigheder, der berettiger en undtagelse, rent faktisk foreligger (jf. dom af 10.3.1987, sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1039, præmis 14, og dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 33).”

5. Klagenævnet udtaler

5.1 Ad påstand 1 og 2

VOEL har – efter at Sagemcom havde anlagt denne klagesag, og efter indledningsvis i svarskriftet at have gjort gældende at være berettiget til at indgå rammeaftale om levering af 3G elmålere med sin hidtidige leverandør Landis+Gyr ved direkte tildeling, jf. profylaksebekendtgørelsen af 7. august 2018, i duplik af 17. december 2018 meddelt, at VOEL har opgivet at indgå denne rammeaftale. Klagenævnet finder, at der henset til VOELs udtrykkelige oplysning om ikke at have indgået kontrakt, ikke er fornødent grundlag for at antage, at kontrakten blev indgået.

Meddelelsen i duplikken må forstås sådan, at VOEL selv har annulleret beslutningen om direkte tildeling af den annoncerede rammeaftale til Landis+Gyr.

Klagenævnet behandler nedenfor ad påstand 5-6 spørgsmålet om, hvorvidt VOEL af de grunde, som er nævnt i bekendtgørelsen af 7. august 2018, har været berettiget til at foretage den de facto direkte tildeling til Landis+Gyr, der er sket ved de indkøb, som er foretaget efter udløbet af den tidligere gældende rammeaftale med Landis+Gyr om levering af elmålere og koncentratorer mv.

Sagemcom har på den baggrund ikke længere retlig interesse i påstand 1 og 2, som derfor afvises.

5.2 Overordnet om påstand 3-6

Klagenævnet lægger til grund, at VOEL efter udløbet af rammeaftalen med Landis+Gyr den 31. december 2017 i henhold til en mundtlig aftale med Landis+Gyr, som klagenævnet må forstå er indgået i begyndelsen af 2018, har foretaget indkøb af elmålere og tilbehør og reservedele hertil. VOEL har ikke bestridt, at disse indkøb er foretaget uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og at indkøbet overstiger tærskelværdien i forsyningsvirksomhedsdirektivet. VOEL har ikke gjort gældende, at disse indkøb er omfattet af den profylaksebekendtgørelse, som blev offentliggjort den 7. august 2018, som da også er offentliggjort efter indgåelsen af den mundtlige aftale og i øvrigt også efter, at en væsentlig del af indkøbene var foretaget. Profylaksebekendtgørelsen angik desuden en aldrig indgået rammeaftale med, som klagenævnet forstår det, andre vilkår end dem, hvorpå VOEL har foretaget indkøbene hos Landis+Gyr. De indkøb, som VOEL har foretaget fra den 1. januar 2018, er således ikke omfattet af profylaksebekendtgørelsen af 7. august 2018.

I bekendtgørelsen af afløsning af udbuddet, som blev offentliggjort den 19. maj 2018, begrundede VOEL annullationen som følger:

”The cancellation is due to the fact that the technical requirements set out in the tender documents have proved to be inexpedient, as these requirements presuppose that a tested technical solution for interoperability between electricity meters and software has been developed. Energi Fyn Net A/S have through further examinations determined that such a technical solution has not yet been developed, and that the development entails significant operational and technical risks. These further examinations could unfortunately not have been carried out earlier in the tender procedure.”

I den frivillige forudgående bekendtgørelse af 7. august 2018 begrundede VOEL den annoncerede beslutning om at indgå en rammeaftale om levering af elmålere direkte med sin hidtidige leverandør Landis+Gyr uden forudgående udbudsbekendtgørelse som følger:

”(a) Rammeaftalen med vor hidtidige leverandør udløb d. 31.12.2017. Derfor offentliggjorde vi i juli 2017 en TED-bekendtgørelse - nr. 2017/S 145-300459 - med henblik på at konkurrenceudsætte området. Efter prækvalifikationen måtte vi desværre konstatere, at det tilbudte (undtagen tilbuddet fra Landis+Gyr OY) ville føre til teknisk uforenelighed samt uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder i forbindelse med drift og vedligeholdelse, af følgende årsager:

- I forbindelse med planlægning af SAT-test stod det klart, at for at få data fra en 3.-parts-leverandør hjemtaget, ville det nødvendiggøre implementering af ny 3.parts-driver til HES'en/koncentratorerne samt ny firmware/konfiguration mm. Et alternativ til ny driver mm. kunne være en ny HES til nye målere, men dette vil betyde endnu et IT system, og ville ligeledes medføre uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder og usikkerhedsfaktorer i forbindelse med drift og vedligeholdelse,

- Leveringstiden for en af disse løsninger vil - hvis de pt. findes - overstige den periode som Vores Elnet A/S kan tillade sig at afstå fra at levere de pågældende målere i vort forsynings-Område.

(b) Vores Elnet A/S har således via udbudsprocessen jf. pkt. a. grundigt afsøgt markedet for alternativer.

(c) Rammeaftalen vil blive indgået med vor oprindelige leverandør: Landis+Gyr Oy.

(d) Rammeaftalen vil blive indgået for leverancer som er identiske med de leverancer der blev leveret på den nu udløbne aftale. Der er således adskillige vægtige argumenter for, at et leverandørskifte vil påføre Vores Elnet A/S de ovenfor omtalte uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder, og som i negativ retning vil kunne påvirke Vores Elnet A/S's samfundsmæssige forpligtigelse til at levere og montere elmålere.”

Klagenævnet forstår VOELs anbringender sådan, at det reelt er samme forhold, nemlig uforudsete tekniske integrationsproblemer, der først blev opdaget efter, at Sagemcom var udpeget som vinder af udbuddet, som påberåbes til støtte for annullationen og til støtte for, at den skete direkte tildeling er lovlig efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e. Klagenævnet forstår herudover VOELs anbringende om ”nødindkøb” som et anbringende om, at den direkte tildeling tillige er hjemlet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra d. Senest har VOEL yderligere begrundet annullationen med, at Sagemcom ikke ville have kunnet levere en kontraktmæssig ydelse ved kontraktstart.

Klagenævnet bemærker, at ordregivere efter fast praksis fra EU-Domstolen og tilsvarende dansk domstols- og klagenævnspraksis ikke har kontrahe-

ringspligt, og at rammerne for, hvornår der kan ske aflysning af et udbud, er særdeles vide.

At en ordregiver lovligt kan aflyse et udbud, indebærer imidlertid ikke, at ordregiveren dermed har adgang til at tildele en kontrakt om det udbudte til en hidtidig – eller eventuel anden – leverandør uden udbud.

Ordregiveren har således også i tilfælde af en i sig selv lovlig annullation bevisbyrden for, at betingelserne i den eller de påberåbte undtagelsesbestemmelser i udbudsreglerne er opfyldt. VOEL har således bevisbyrden herfor.

De af VOEL påberåbte bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e, og artikel 50, litra d, skal endvidere fortolkes indskrænkende, jf. herved blandt andet EU-Domstolens domme i sag C-337/05, Kommissionen mod Italien, og C-318/94, Kommissionen mod Tyskland.

5.3 Omfanget af indkøb uden udbud

Efter det fremlagte tillæg til den tidligere rammeaftale mellem Landis+Gyr og VOEL om køb af elmålere og koncentratorer lægger klagenævnet som nævnt til grund, at denne aftale udløb den 31. december 2017. Klagenævnet går således ud fra, at det beror på en fejl, at det af det interne notat af 15. juni 2018 fremgår, at denne aftale udløb ”oktober 2017 (efter anmodning om forlængelse)”.

VOEL har givet indbyrdes modstridende og uklare oplysninger om omfanget af det, som er indkøbt direkte hos Landis+Gyr, som gør det vanskeligt at fæstne lid til VOELs oplysninger. Af det interne notat af 15. juni 2018 fremgår således, at der på daværende tidspunkt den 15. juni 2018 ”siden udløb af rammeaftale [er] købt for mellem 5 og 8 mio. kr. målere”. I svarskriftet af 12. oktober 2018 oplyses det, at selskabet i løbet af 2018 har købt i alt 9.288 elmålere til en værdi af 5.897.880 kr. ekskl. moms hos Landis+Gyr. Denne oplysning fragås imidlertid i processkrift A af 21. januar 2019, hvor omfanget i stedet oplyses at være 6.912 stk. til en ikke oplyst værdi. VOEL har på klagenævnets yderligere spørgsmål den 13. februar 2019 nu oplyst at have indkøbt 12.816 stk. elmålere inkl. tilbehør fra udløbet af rammeaftalen med Landis+Gyr og frem til udgangen af januar 2019 og har den 20. februar 2019 oplyst den samlede værdi til 7.852.464 kr. ekskl. moms. I den på-

gældende opgørelse er ikke medtaget den ordre ”E40 with pins – 14. januar 2019”, om hvilken VOEL i sin besvarelse af 13. februar 2019 af klagenævnets anmodning om bemærkninger til blandt andet denne ordre har anført:

”Det ser desværre ud til, at denne indkøbsordre ved en fejl ikke er kommet med i vores oversigt. [...] Jeg bad vores økonomiafdeling om, at lave udtræk af alle indkøbene i den angivne periode, men præcis denne var desværre ikke med.”

Efter det anførte må også denne ordre, som angår 1.584 stk. E450 G3, ZMXi3 10 C Q U1 L1 D3.21 S4 with wires, 432 stk. af samme product with pins og 144 stk. E450 PLAN ZMXi 3 10 P U1 L1 D0.21.S2 with pins til en uoplyst værdi, anses for at angå elmålere, som er indkøbt uden udbud.

Det må herefter lægges til grund, at VOEL mindst har indkøbt det, som senest er opgjort af selskabet den 13. februar 2019 nemlig 12.816 stk. elmålere inkl. tilbehør fra udløbet af rammeaftalen med Landis+Gyr og frem til udgangen af januar 2019 til en samlet værdi af 7.852.464 kr. ekskl. moms. Dertil skal lægges de nævnte 2.160 stk. i ordren af 14. januar 2019, hvis værdi ikke er oplyst.

Hertil kommer et ikke nærmere opgjort indkøb af, hvad der efter det af VOEL den 13. februar 2019 oplyste er tilbehør og reservedele til Landis+Gyr elmålerne (dæksler, stikben, antenner mv.). Det er ikke oplyst, i hvilket omfang disse indkøb er reservedele og tilbehør til elmålere, som er købt, mens rammeaftalen med Landis+Gyr var i kraft, dvs. før den 1. januar 2018, og i hvilket omfang der er tale om tilbehør til elmålere, som er købt uden udbud i tiden fra den 1. januar 2018.

5.4 Lovlighed af direkte tildeling i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e

Brug af undtagelsesbestemmelsen i artikel 50, litra e, forudsætter, jf. klagenævnets kendelse af 19. september 2012, Fresenius Medical Care A/S mod Region Hovedstaden, at der er tale om teknisk umulighed eller store tekniske vanskeligheder.

Parterne er uenige om, hvorvidt der foreligger de af VOEL påberåbte tekniske uhensigtsmæssigheder, og om hvilke forudsætninger om integration

mellem den nye leverandørs elmålere og Landis+Gyrs koncentratorer og Head End System, der lå til grund for udbuddet.

VOEL har herved særligt anført, at VOEL forudsatte, at man ville kunne opnå en Plug and Play-løsning.

Af kravspecifikationen fremgik om krav og ønsker til denne integration:

”1. Introduction

Energi Fyn wishes to buy electricity meters that comply with the G3-PLC Alliance specifications and, at the same time, support or comply with IDIS_{2DLM}. General requirements

Demand 1.1 Electricity meters must comply with the G3-PLC Alliance specifications.

Demand 1.2 Electricity meters must support functions as described in **IDIS_{2DLM}**

...

Option 1.3 Concentrators

The Tenderer’s concentrators or Landis+Gyr concentrators. Stronger weighting will be given if the electricity meters tendered can be read and managed via other suppliers’ concentrators. Please specifically state whether the electricity meters can download via Landis+Gyr DC450 concentrators; other brands may, however, also be relevant.

The tenderer may offer its own concentrators as an option.

A list of supported functions and services when using the Tenderer’s own concentrators or, alternatively, concentrators by Landis+Gyr, or other brands, must be provided.

Option 1.4 Front-end functions

Strong weighting will be given if the electricity meters can be read and managed via Landis+Gyr Frontends. The means by which the electricity meters can be read and managed must be specified.

Reading and managing refers primarily to firmware updates, changes of parameters, reading of values, readout of actions and alarms, and disconnection and connection of the breaker.

If it is not possible to offer electricity meters that can be read and managed via Landis+Gyr Frontends, then under this option an alternative front-end solution must be offered, and a list of functions and services supported by the proposed solution must be submitted, including integration with Landis+Gyr MDM.”

Det er alene pkt. 1.1 og 1.2 i kravspecifikationen, som er formuleret som obligatoriske krav. ”Option 1.3” og ”Option 1.4” er derimod optioner, hvorefter mulighed for integration med Landis+Gyrs koncentratorer og Front Ends (Head End System) ville blive tillagt væsentlig positiv betydning, men hvor en sådan integration ikke var anført som et absolut krav. Det fremgår endvidere ikke, at VOEL forudsatte, endstige krævede, at der skulle være tale om en integrationsløsning, som ikke kræver nogen form for tilpasning, før de to systemer er fuldt integrerede (en Plug and Play-løsning). ”Option 1.1”, som VOEL også har henvist til som udtryk for forudsætningen om en Plug and Play-løsning, angår installation og et ønske om tilpasning til danske forhold, så der kan ske levering med enten kabler eller stifter. ”Option 1.1” ses således ikke at have noget at gøre med integration med Landis+Gyrs koncentratorer og Head End System.

Efter det, som VOEL har oplyst om sine forudgående markedsundersøgelser, og det, som fremgår af VOELs interne notat af 15. juni 2018, er det ikke godtgjort, at VOEL kunne have en forventning om fra en anden tilbudsgiver end Landis+Gyr at modtage tilbud på en Plug and Play-løsning, som ikke krævede nogen som helst tilpasning til Landis+Gyrs systemer. Det fremgår tværtimod af det interne notat:

”Vi forhandlede om pris og konditioner for 3. parts adgang med L+G op til udbudsprocessen gik i gang, men det lykkedes ikke at få en underskrevet aftale med L+G inden udbudsproces blev startet op. Primo oktober 2017 lykkedes det os, at få en pris på 3. parts adgang med samme konditioner som i vores eksisterende aftale med L+G (softwaresupportaftale).”

Da udbuddet blev iværksat, må det efter det anførte have stået VOEL klart, at der skulle ske en vis tilpasning mellem den valgte leverandørs elmålere og Landis+Gyrs systemer, og også, at det ville kræve et samarbejde med og en betaling til Landis+Gyr. Af det interne notat og korrespondancen mellem VOEL og Landis+Gyr kan samtidig udledes, at VOEL havde en forudsætning om, at selskabet ville kunne opnå en nødvendig adgang for en anden tilbudsgiver til Landis+Gyrs systemer (tredjepartsadgang) til den pris og de vilkår, man primo oktober 2017 havde opnået hos Landis+Gyr.

I Sagemcoms tilbud blev det bekræftet, at de obligatoriske krav 1.1 og 1.2 i kravspecifikationen var/ville blive opfyldt. Sagemcom har for klagenævnet fremlagt IDIS2DM-certifikater af 13. oktober 2017 samt ”Conformance

tests” og ”Final interoperability tests” dateret henholdsvis den 31. maj 2017 og 5. juli 2017 for de to tilbudte målertyper S210 og T210-D.

Endvidere angav Sagemcom at opfylde kravene (ønskerne) i ”Option 1.3” og ”Option 1.4”. Sagemcom oplyste herved om ”Option 1.3”, at Sagemcom også kunne tilbyde sin egen datakoncentrator, som var kompatibel med andre leverandørers elmålere, hvilket var testet og godkendt af selskabets kunder. Om ”Option 1.4” oplyste Sagemcom, at selskabets elmålere var kompatible med Landis+Gyrs HES, og at Sagemcom også selv kunne tilbyde at levere Head End System (HES), som var kompatibel med andre elmålere.

VOEL anså tilbuddet for konditionsmæssigt og vurderede det som det økonomisk mest fordelagtige.

Af det fremlagte materiale fremgår, at VOEL den 5. februar 2018 gjorde indsigelse over for Landis+Gyr over, at Landis+Gyr ”nu kommer med et helt nyt udspil i forhold til prisen for 3. parts adgang”, hvor prisen ”var forhøjet i forhold til de rene licensafgifter fra efteråret 2017 ...”.

Af det fremlagte materiale fremgår endvidere, at VOEL i april 2018 modtog et tilbud fra Landis+Gyr, hvor prisen var yderligere forhøjet, så der nu var engangslicens pr. tredjepartsmåler på 72 kr., uanset antal målere, en årlig licens på ca. 288.000 kr. og en udviklingsomkostning til en driver på 1.440.000 kr. Herudover meddelte Landis+Gyr i april 2018, at driveren tidligst kunne leveres i 2. kvartal 2019, ligesom selskabet såede tvivl om, hvorvidt det var muligt at udvikle en teknisk pålidelig driver. Desuden oplyste Landis+Gyr nu, at det var en forudsætning, at VOEL opgraderede sine koncentratorer og Head End System til en softwareversion, som Landis+Gyr endnu ikke havde færdigudviklet.

I VOELs interne notat af 15. juni 2018 er det blandt andet anført, at Landis+Gyr, da VOEL havde truffet beslutning om at tildele kontrakten til Sagemcom, fremsatte ”revideret krav/ pris på 3. parts adgang, som viser sig eksorbitant højere end først opgivet”, og at Landis+Gyr havde en ”monopol-lignende status”.

Der er ikke af VOEL fremlagt anden dokumentation for det hævdede integrationsproblem og omfanget heraf end de oplysninger, som VOEL har fået

fra sin hidtidige leverandør Landis+Gyr. Landis+Gyr ses først at være fremkommet med oplysningerne om de omfattende og bekostelige tiltag i form af udvikling af en driver mv., efter at Sagemcom var udpeget som vinder af udbuddet. Landis+Gyr, som er konkurrent til Sagemcom, og som netop havde tabt det afholdte udbud, kan ikke anses for en uvildig part. Tværtimod må Landis+Gyr anses for at have betydelig interesse i at få integrationen af Sagemcoms elmålere med Landis+Gyrs systemer til at fremstå så kompliceret som muligt. Dette burde have stået klart for VOEL.

VOEL har på klagenævnets forespørgsel oplyst, at selskabet ikke har søgt at undersøge rigtigheden af de oplysninger, som selskabet fik fra Landis+Gyr ved at indhente en teknisk vurdering fra en eller flere af Landis+Gyr uafhængig(e) sagkyndig(e) af spørgsmålet om integration mellem Sagemcoms elmålere og de af Landis+Gyr leverede systemer. VOEL har også oplyst ikke at have indhentet oplysning om erfaringer med integrationsspørgsmål og problemer, som dem VOEL har beskrevet, fra andre elselskaber, interesseorganisationer eller andre interessenter på området.

VOEL er ikke fremkommet med nogen dokumentation for og har ikke sandsynliggjort det, som selskabet har anført, om umulighed af at indhente uvildig sagkyndig teknisk bistand og om, at der ”VOEL bekendt” ikke er ”andre elselskaber eller interesseorganisationer i Danmark, som har erfaring med at kombinere HES med forskellige målerfabrikater”.

VOEL ses heller ikke at have søgt at afprøve rigtigheden af de oplysninger, som VOEL fik fra Landis+Gyr om behov for udvikling af en driver mv., ved at forelægge dem for Sagemcom, holde et eller flere møder med både Sagemcom og Landis+Gyr el.lign. Der er i den forbindelse ikke på nogen måde godtgjort, at Sagemcom – som hævdede af VOEL – under workshoppen den 13. februar 2018 bekræftede det af Landis+Gyr oplyste om integrationsproblemer og behov for en tredjepartsdriver.

Det interne notat af 15. juni 2018 må endvidere forstås sådan, at det, uanset om udvikling af en driver som hævdede af Landis+Gyr var nødvendig, under alle omstændigheder for VOEL var en reel mulighed at fastholde valget af Sagemcom som leverandør. Dette ville ifølge notatet ganske vist have udløst betragtelige udgifter til Landis+Gyrs bistand til den ifølge Landis+Gyr fornødne omfattende integrationsindsats, men det ville samtidig have en be-

sparelse på 5.472.500 kr. til følge og den fordel, at ”Vejen mod uafhængighed var banet”.

Under disse omstændigheder finder klagenævnet, at VOEL ikke har løftet bevisbyrden for, at et leverandørskifte fra Landis+Gyr til Sagemcom ”ville gøre det nødvendigt for [VOEL] at erhverve varer, som på grund af en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse”. Betingelserne for direkte tildeling i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e, var derfor ikke opfyldt for så vidt angår det skete indkøb fra udløbet af rammeaftalen med Landis+Gyr den 31. december 2017 og frem til udgangen af januar 2019 af minimum 12.816 stk. elmålere til en værdi af 7.852.464 kr. ekskl. moms og 2.160 stk. til en ikke oplyst værdi.

Klagenævnet finder dog, at det ikke nærmere opgjorte indkøb af tilbehør og reservedele til Landis+Gyr elmålerne (dæksler, stikben, antenner mv.) må anses for omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e. Dette gælder dog kun, for så vidt som der er tale om reservedele til elmålere, som er indkøbt, mens rammeaftalen med Landis+Gyr var i kraft, dvs. før den 1. januar 2018.

I øvrigt bemærkes, at indkøbets omfang, uanset om VOEL havde godtgjort teknisk umulighed eller store tekniske vanskeligheder, i sig selv gør det tvivlsomt, om indkøbene kan anses for ”supplerende leverancer”. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e, ville desuden først kunne hjemle en direkte tildeling fra det tidspunkt, hvor det stod klart for VOEL, at der var et integrationsproblem. Efter det, som VOEL selv har gjort gældende, har VOEL tidligst opdaget, at der var et sådant problem under workshoppen med Sagemcom den 13. februar 2018.

I det omfang VOELs senest fremsatte anbringender ad påstand 3 og 4 om Sagemcoms ifølge VOEL manglende opfyldelse af kravspecifikationens pkt. 1.2, 1.3 og 1.13 medfører, at annullationen af udbuddet var sagligt begrundet, tillige skal anses for fremsat til støtte for lovligheden efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e, af den direkte tildeling, finder klagenævnet det ikke godtgjort, at Sagemcom ikke kunne og ville opfylde de pågældende krav. VOEL ses i øvrigt ikke på noget tidspunkt under forhandlingsforløbet med Sagemcom eller i forbindelse med annullationen af udbuddet at have rejst tvivl om Sagemcoms vilje og evne til at opfylde de

kontraktmæssige krav, som Sagemcom i sit tilbud havde anført at ville respektere – og som VOEL ved tilbudsvurderingen havde anset for opfyldt. Den omstændighed, at det efterfølgende viser sig, at den tilbudsgiver, som har vundet et udbud, ikke kan opfylde kravene i udbudsbetingelserne, er under alle omstændigheder ikke en fornøden begrundelse for en direkte tildeling til en anden leverandør.

5.5 Lovlighed af direkte tildeling i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra d

VOEL har som nævnt tillige påberåbt sig forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra d. VOEL har til støtte herfor henvist til de retlige forpligtelser, som disse fremgår af § 2, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 75 af 25. januar 2019 (tidligere bekendtgørelse nr. 1358 af 3. december 2013) om fjernaflæste elmålere og måling af elektricitet i slutforbruget.

Klagenævnet bemærker, at de forpligtelser, som VOEL har i henhold til de pågældende bekendtgørelser, ikke synes at adskille sig fra de forpligtelser, som offentlige myndigheder og forsyningsvirksomheder på en række andre områder har til at stille bestemte ydelser til rådighed for borgerne. Den omstændighed, at VOEL har en lovbestemt pligt til at levere og udskifte elmålere hos sine kunder, kan således ikke i sig selv anses for en ”tvingende grund” som anført i artikel 50, litra d.

Det kan endvidere ikke anses for uforudsigeligt for VOEL, at rammeaftalen med Landis+Gyr udløb den 31. december 2017, og at der derfor betids inden skulle afholdes EU-udbud med henblik på at dække behovet for elmålere efter dette tidspunkt. Det er endvidere ikke godtgjort, at der i øvrigt er opstået sådanne ekstraordinære omstændigheder, at forhandling med og tildeling af ordre til Landis+Gyr uden forudgående indkaldelse af tilbud har været berettiget efter artikel 50, litra d. Der henvises herved til det tidligere anførte om manglende opfyldelse af betingelserne for at anvende undtagelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra e.

Betingelserne for at undlade udbud i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra d, var dermed heller ikke opfyldt.

Påstand 5 tages herefter til følge som nedenfor bestemt.

5.6 Særligt ad påstand 6 om uden virkning

Det følger af klagenævnens lovens § 17, stk. 1, nr. 1, at en aftale, der er omfattet af udbudslovens afsnit II eller III eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal erklæres for uden virkning, hvis en ordregiver i strid med udbudsloven eller EU-udbudsreglerne har indgået kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende.

Den mundtlige aftale, som VOEL og Landis+Gyr har indgået i begyndelsen af 2018 om fortsat leverance af elmålere med tilbehør og reservedele, er tildelt uden konkurrenceudsættelse, og der er ikke offentliggjort en profylaksebekendtgørelse, jf. klagenævnens lovens § 4. Som allerede nævnt har VOEL således ikke ved den profylaksebekendtgørelse, der blev offentliggjort den 7. august 2018, og som angik en aldrig indgået ny skriftlig rammeaftale mellem VOEL og Landis+Gyr, sikret sig mod, at den mundtlige aftale, som VOEL og Landis+Gyr indgik i begyndelsen af 2018, erklæres for uden virkning.

Der er ikke efter det, som VOEL har gjort gældende, grundlag for at antage, at væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at den mundtlige aftale fortsat har virkning, jf. klagenævnens lovens § 17, stk. 3, som subsidiært påstået af VOEL. Klagenævnet bemærker herved, at VOELs påstand og anbringender herom indebærer, at VOEL på ubestemt tid skulle kunne fortsætte med at indkøbe elmålere mv. hos Landis+Gyr uden udbud.

Klagenævnet finder derfor, at den mundtlige aftale fra begyndelsen af 2018 mellem VOEL og Landis+Gyr om leverance af elmålere med tilbehør og reservedele skal erklæres for uden virkning, dog sådan at indkøb af tilbehør og reservedele til de elmålere, som Vores Elnet A/S har købt hos Landis+Gyr Oy før den 1. januar 2018, ikke erklæres for uden virkning.

Aftalen skal efter lovens § 18, stk. 1, erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer i kontrakten. Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt aftalerne skal erklæres for uden virkning, har klagenævnet navnlig lagt vægt på overtrædelsens karakter og omfang og det samlede forløb. Aftalen erklæres herefter for uden virkning fra og med den 24. juni 2019.

Efter klagenævnens lovens § 18, stk. 2, nr. 3, skulle der herefter fastsættes en alternativ sanktion, hvis VOEL havde været omfattet af lovens § 19, stk. 1.

Da VOEL imidlertid ikke er omfattet af lovens § 19, stk. 1, skal klagenævnet i medfør af lovens § 18, stk. 3, i stedet indgive politianmeldelse. Anmeldelsen indgives ved fremsendelse af denne kendelse dags dato. Klagenævnet henviser om omfanget og værdien af det ulovligt indkøbte til afsnit 5.3 ovenfor, hvortil skal lægges værdien af det, som indkøbes frem til den 24. juni 2019.

5.7 Annullation af udbuddet

VOEL begrundede som nævnt annullationen af udbuddet i bekendtgørelsen om afløsning af udbuddet af 18. maj 2018 med: ”the technical requirements set out in the tender documents have proved to be inexpedient, as these requirements presuppose that a tested technical solution for interoperability between electricity meters and software has been developed”, og med at “such a technical solution has not yet been developed, and that the development entails significant operational and technical risks. These further examinations could unfortunately not have been carried out earlier in the tender procedure”.

VOEL har i såvel bekendtgørelsen om annullation af udbuddet som under klagesagen *alene* begrundet annullationen med de nævnte tekniske integrationsproblemer.

Af de grunde, som er anført ovenfor om manglende opfyldelse af betingelserne for direkte tildeling i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, littera e, er det ikke godtgjort, at der foreligger det af VOEL påberåbte uforudsete og uforudsigelige integrationsproblem.

VOEL har i sit afsluttende processkrift af 20. marts 2019 og i yderligere mails af 8. og 10. april 2019 som et helt nyt synspunkt gjort gældende, at Sagemcoms ikke opfyldte eller i hvert fald ikke rettidigt ville have kunnet opfylde kravspecifikationens pkt. 1.2, 1.3 og 1.13. Dette medfører ifølge VOEL, at annullationen af udbuddet var sagligt begrundet.

Som allerede nævnt finder klagenævnet det ikke godtgjort, at Sagemcom ikke kunne og ville opfylde de pågældende krav.

Der er i øvrigt heller intet, som understøtter, at begrundelsen for at annullere udbuddet var den først nu af VOEL anførte forventning om, at Sagemcom ikke kunne og ville opfylde udbudsbetingelserne.

Herefter og da de påberåbte tekniske integrationsproblemer af de tidligere anførte grunde ikke kan anses for at udgøre et reelt og sagligt grundlag for beslutningen om at annullere udbuddet, tages påstand 3 og 4 til følge.

5.8 Sagsomkostninger

Sagemcom har i al væsentlighed fået medhold i de nedlagte påstande. At påstand 1 og 2 er afvist, skyldes udelukkende, at VOEL selv annullerede beslutningen om at tildele den rammeaftale, som profylaksebekendtgørelsen angik. VOEL må herved de facto anses for at have taget bekræftende til genmæle for så vidt angår disse to påstande. Klagen har angået komplicerede tekniske forhold, og klagesagen har haft et usædvanligt langvarigt forløb med betydelig skriftveksling, hvilket altovervejende må tilskrives VOEL. Henset hertil og til karakteren af de overtrædelser, som VOEL har begået, fastsættes de sagsomkostninger, som VOEL skal betale til Sagemcom, til 75.000 kr.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 3

Vores Elnet A/S har handlet usagligt og i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at aflyse det udbud af en rammeaftale vedrørende levering af 3G-elmålere, som blev iværksat ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 144-297811 i EU-Tidende den 29. juli 2017.

Ad påstand 4

Vores Elnet A/S' beslutning om at aflyse udbuddet af en rammeaftale vedrørende levering af 3G-elmålere (offentliggjort ved aflysningsbekendtgørelse nr. 2018/S 095-217282 i EU-Tidende den 19. maj 2018) annulleres.

Ad påstand 5

Vores Elnet A/S har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 44 ved i begyndelsen af 2018 de facto at indgå en mundtlig aftale om levering af elmålere med Landis+Gyr Oy i 2018 og 2019 uden afholdelse af

et udbud, dog sådan at indkøb fra den 1. januar 2018 af tilbehør og reservedele til elmålere, som Vores Elnet A/S har købt hos Landis+Gyr Oy før den 1. januar 2018, ikke er sket i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 44.

Ad påstand 6

Den mundtlige aftale fra begyndelsen af 2018, som Vores Elnet A/S de facto har indgået med Landis+Gyr Oy om levering af elmålere i 2018 og 2019, erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer med virkning fra den 24. juni 2019, dog erklæres indkøb af tilbehør og reservedele til de elmålere, som Vores Elnet A/S har købt hos Landis+Gyr Oy før den 1. januar 2018, ikke for uden virkning.

Vores Elnet A/S politianmeldes med henblik på fastsættelse af en sanktion.

Vores Elnet A/S skal i sagsomkostninger til Sagemcom Energy & Telecom SAS betale 75.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Påstand 1 og 2 afvises.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig