

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt.
Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Huber SE
(selv)

mod

VandCenter Syd A/S
(selv)

Klagenævnet har den 28. oktober 2019 modtaget en klage fra Huber SE ("Huber").

Huber har ikke anmodet om, at klagen tillægges opsættende virkning. Klagenævnet er efter klagenævnslovens § 12, stk. 2, forpligtet til at overveje dette alligevel.

VandCenter Syd A/S ("VCS") har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 5 og svarskrift med bilag A - J.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Vandcenter-Syd har krænket princippet om ligebehandling og gennemsigthed, der er beskrevet i lov om offentlige indkøb, afsnit 2 (1) / direktivet om offentlige indkøb artikel 18, stk. 1, ved at tildele kontrakten til FSM Frankenberger GmbH & Co. KG på trods af, at tilbuddet fra FSM Frankenberger GmbH & Co. KG ikke var konditionsmæssigt, da det ikke opfyldte minimumskravene fra udbuddet som beskrevet i det følgende:

1. Designkrav for Ejby Mølle Renseanlæg
(Punkt 2.3 i vedlagte udbudskrav)
Tilbageholdelsesgraden (Capture rate) ved krævet kapacitet: Min. 70%
2. Elektrisk udstyr
(Punkt 2.4.1 i vedlagte udbudskrav)
Beskyttelsesklassen skal være som krævet for udstyrets placering; dog minimum IP65

Påstand 2

Klagenævnet [skal] annullere Vandcenter-Syds tildelingsbeslutning dateret 18.10.2019.”

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

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 102-248447 af 24. maj 2019 udbød VCS efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt om levering af indgangsskærme (spildevandsrensningssystemer) til Ejby Mølle spildevandsanlæg og som en option tillige Odense NV WWTP.

I udbudsbekendtgørelsen hedder det:

”...

II.2.4) Description of the procurement:

VandCenter Syd A/S has planned an upgrading of the mechanical and electrical equipment at the inlet structure of Ejby Mølle WWTP situated in the city of Odense in Denmark. This upgrade include main equipment comprising 5 inlet screens, 6 screenings conveyors, 2 screenings washer and compactors, 2 grit washers and 4 reception containers for screenings and grit. VandCenter Syd A/S also consider upgrading the inlet structure at the minor Odense NV WWTP. This upgrade include main equipment comprising 2 inlet screens, 2 screenings conveyors, 2 screen-

ings washer and compactors, 1 grit washers and 2 reception containers for screenings and grit. The upgrade for Odense NV WWTP is included in this project as an option. To identify and choose the best possible equipment for the upgrading of the inlet structure, VandCenter Syd A/S wish to tender and purchase all main equipment in a number of individual supply contract packages and have the equipment installed in a separate installation contract that also comprises design of the mechanical arrangements based on the particular equipment from the supply contracts. In addition to the mechanical supply contracts VandCenter Syd A/S also tender the electrical panels and the electrical installation work separately. Service agreements on the equipment for both Ejby Mølle WWTP and for Odense NV WWTP is included as options. For further information regarding the service agreements please see specification. This specific call for tender include the following:

- supply of 5 nos inlet screens and services, Ejby Mølle WWTP,
- option 1: service agreement on the inlet screens for a period of 5 years, Ejby Mølle WWTP,
- option 2: supply of 2 nos inlet screens and services, Odense NV WWTP,
- option 3: service agreement on the inlet screens for a period of 5 years, Odense NV WWTP.

For a description of the requirements for the supply for both Ejby Mølle WWTP and Odense NV WWTP, please see the specification and functional guarantee.

For a description of the terms and conditions of contract, please see NL92 incl. additions and deviations, together with the contract form.

II.2.5) Award criteria

Criteria below

Quality criterion - Name: Quality / Weighting: 30 %

Quality criterion - Name: Functionality / Weighting: 30 %

Quality criterion - Name: Service agreements / Weighting: 15 %

Price - Weighting: 25 %

...

II.2.9) Information about the limits on the number of candidates to be invited

Envisaged number of candidates: 5

Objective criteria for choosing the limited number of candidates:

The selection will be based on the technical and professional ability (references) of the applicant documented as stated in Section 2.2.1, Ad. 4, in the instruction to tenders.

The selection will be based on VandCenter Syds assessment of which of the applicants who have the most relevant references understood by VandCenter Syd as references, that are similar (both in size, type and

content) to the tendered contract as described in the procurement material. In particular, reference for handling of municipal wastewater will be preferred.

...”

Om evalueringen af tilbuddene er det i Instructions To Tenders fastsat:

”...

7.1.2 Sub-criterion "Quality" (weighted 30 %)

The "Quality" is evaluated solely on the specific requirements and guidelines described in the procurement material.

The evaluation will be based on the tenderers description and documentation of the following part-criteria:

› Part-criterion A: Type of stainless steel: Weighted 30%

...

› Part-criteria B: Thickness of stainless steel: Weighted 30%

...

› Part criterion C: Surface treatment and corrosion protection: Weighted 20%

...

› Part criterion D: Type of electrical components: Weighted 20%

› The following will be evaluated positive:

› Proven and thoroughly tested components in relation to the relevant media

...

7.2 Evaluation method

...

7.2.2 Sub-criteria "Quality" (weighted 30 %), "Functionality" (weighted 30 %) and "agreements" (weighted 15 %)

The degree of fulfillment regarding the sub-criteria "Quality", "Functionality" and "Service agreements" will be assessed on a scale from 0-8 point, where the points are an expression for the following assessment:

Fulfillment of the criterion	Points
Best possible compliance with the criterion	8
Excellent compliance with the criterion	7

Highly satisfying compliance with the criterion	6
Above average compliance with the criterion	5
Average/satisfying compliance with the criterion	4
Below average compliance with the criterion	3
Less satisfying compliance with the criterion	2
Poor/very little compliance with the criterion	1
Inadequate compliance with the criterion	0

An absolute assessment will be made.

Regarding the sub-criteria "Quality" and "Functionality" points will be given for each of the part-criteria, which will be multiplied with the weighting, as stated above, in connection with the relevant part-criterion. The weighted points for each of the part-criteria will then be summed.

...

I udbudsmaterialets "Supply of inlet screens - specification" er det vedrørende Ejby Mølle WWTP fastsat:

"2.3 Design requirements

...

The screens at Ejby Mølle WWTP shall comply with the following parameters:

...

Capture rate at required capacity: Min. 70 %

...

2.4 Electrical equipment

2.4.1 General

...

The degree of protection class shall be as required for the placement of the equipment; however minimum IP 65 where not otherwise stated.

..."

I tilbuddet fra FSM Frankenberger GmbH & Co. KG's ("Frankenberger") står der:

"1 Functional guarantee for inlet screens"

...

1.2 Guaranteed parameters, Ejby Mølle WWTP, Nos 1 and 2

Parameter	Required function/capacity	Guaranteed parameter (filled in by the bidder)
...		
Capture rate	70 %	Comply
...		

1.3 Guaranteed parameters, Ejby Mølle WWTP, Nos 3, 4 and 5

Parameter	Required function/capacity	Guaranteed parameter (filled in by the bidder)
...		
Capture rate	70 %	Comply
...		

1.4 Guaranteed parameters, Odense NV WWTP

Parameter	Required function/capacity	Guaranteed parameter (filled in by the bidder)
...		
Capture rate	70 %	Comply
...		

...
Project: Ejby Mølle Screens

...

No. 1 and 2

Multi rake bar screen Alpha-Beta

...

Bar spacing mm 6

...

Protection Class IP 55

...

No. 3, 4 and 5

Multi rake bar screen Alpha-Beta

...

Bar spacing mm 6

...

Protection Class IP 55

...

OPTION: PLANT ODENSE NV

Filterscreen Alpha-Beta

...

Protection Class IP 55

..."

Den 5. juli 2019 besluttede VCS at prækvalificere Huber, Frankenberger, Grønbech & Sønner A/S og Watergroup A/S.

Inden for tilbudsfristen den 28. august 2019 blev der indleverede tilbud af Huber, Frankenberger og Grønbech & Sønner A/S. Sidstnævnte tilbud blev fundet ukonditionsmæssigt.

I forbindelse med evalueringen udarbejdede VCS et evalueringsnotat, hvoraf blandt andet fremgår:

" 8.2 Evaluation based on the Sub-criterion "Quality"

...

8.2.4 Part criterion D: Type of electrical components

FSM Frankenberger GmbH & Co. KG states IP 55 and Ex protection II2G Ex e II T3 for electric motors. No manufacture is stated.

FSM Frankenberger GmbH & Co. KG is given 3 points for "Below average compliance with the criterion" for not stating manufacture of drive motors and other electrical components.

HUBER SE states Bauer or equal for gearmotors, which are proven and thoroughly tested components. The protection class is IP 65

HUBER SE is given 4 points for "Average/satisfying with the criterion" for offering gearmotors of recognised manufacture.

..."

Ved brev af 18. oktober 2019 til Huber meddelte VCS, at VCS havde besluttet at tildele kontrakten til Frankenberger.

I brevet hedder det blandt andet:

"Evaluation of the tenders

The tenders have been evaluated based on the description in section 4 and 7 in Instruction to Tenders.

The detailed evaluation of your tender together with the tender from FSM Frankenberger GmbH & Co. KG can be found below.

...

2 Assessment of the sub-criteria "Quality", weighted 30 %

...

Part-criteria D: Type of electrical components

Regarding the tender from Huber:

Huber SE states Bauer or equal for gearmotors, which are proven and thoroughly tested components. The protection class is IP 65.

Overall, the part-criterion "Type of electrical components" is assessed as average/satisfying compliance with the criterion, corresponding to 4 points.

Regarding the tender from FSM Frankenberger GmbH & Co. KG:

FSM Frankenberger GmbH & Co. KG states IP 55 and Ex protection IIG Ex e II T3 for electric motors. No manufacture is stated.

Overall, the part-criterion "Type of electrical components" is assessed as below average compliance with the criterion, corresponding to 3 points.

...

3 Assessment of the sub-criteria "Functionality", weighted 30 %

...

Part criterion C: Guaranteed capture rate

Regarding the tender from Huber SE:
Huber SE offers a capture rate of 75 %

Overall, the part-criterion "Guaranteed capture rate" is assessed as excellent compliance with the criterion, corresponding to 7 points.

Regarding the tender from FSM Frankenberger GmbH & Co. KG:

FMC Frankenberger GmbH & Co. KG comply with the required capture rate of 70 %.

Overall, the part-criterion "Guaranteed capture rate" is assessed as average/satisfying compliance with the criterion, corresponding to 4 points.

...

The overall assessment

Overall your tender and the tender from FSM Frankenberger GmbH & Co. KG has been given the following points:

	Huber SE	FSM Frankenberger GmbH Co. KG
"Price", weighted 25 %	1,05	2,00
"Quality", weighted 30 %	1,14	1,08
"Functionality", weighted 30 %	1,82	1,28
"Service agreements", weighted 15 %	0,60	0,90
Points in total	4,61	5,26

..."

Ved e-mail af 23. oktober 2019 til VCS rejste Huber tvivl om, hvorvidt de indløbsriste, som Frankenberger havde tilbudt, opfyldte kravet.

VCS besvarede henvendelsen den 25. oktober 2019 og anførte, at tilbuddet fra Frankenberger efter VCS' opfattelse overholdt kravene i udbudsmaterialet.

Efter at Huber havde indgivet klage til klagenævnet, fremsendte VCS ved brev af 29. oktober 2019 klagen til Frankenberger med anmodning om bemærkninger hertil.

Ved brev af 4. november 2019 til VCS redegjorde Frankenberger for den tilbudte løsning og bekræftede, at de tilbudte indløbsriste overholdt kravet til "capture rate" på minimum 70 %.

I brevet hedder det:

” ...

We have already submitted a confirmation in the first week of October 2019 for this case.

Our Multirake Bar Screen is a carefully engineered and proven machine with many, many satisfied customers all around the world. For many years we have successfully operated two Multirake bar screens with a length of 60 meters in a pumping station in St. Petersburg. Unfortunately tests with the offered bar distance and bar design have never been performed and also comparable test do not exist.

We offered the screen in Alpha Beta version with increased filter area and reduced speed through the bars. This leads to higher capture rates. In combination with an operation mode that ensures layers of screenings – which have the function as filter media – we reach a further enhancement of the capture rate. For this reason we are confident about the quality of our product and we can reach the 70%.

...”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Huber har ikke nedlagt påstand om opsættende virkning og har ikke gjort anbringender gældende til støtte herfor.

VCS har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

VCS har endvidere henvist til, at Huber til støtte for sin påstand har henvist til, at VCS har handlet i strid med "lov om offentlige indkøb, afsnit 2(1) /direktivet om offentlige indkøb artikel 18, stk. 1". Udbudsproceduren er gennemført i henhold til Direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) og allerede af den grund, er betingelsen om ”fumus boni juris” ikke opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Huber gjort gældende, at Frankenbergers tilbud var ukonditionsrættigt, da det ikke opfyldte mindstekravene.

Frankenberger havde tilbudt riste med 6 mm spaltevidde, som det ikke er teknisk muligt at opnå minimum 70 % tilbageholdelse af ristestof med. Til dokumentation herfor har Huber henvist til uddrag af "UKWIR Inlet

Screens Comparative Report", som ifølge Huber giver flere uafhængige testresultater for ristes tilbageholdelsesgrader samt certifikater for tilbageholdelsesgraden for lignende Huber-riste med 3 mm og 6 mm spaltevidde, der er testet på samme testanlæg.

Frankenberger havde desuden tilbudt "protection class" IP 55, hvilket ikke overholder minimumskravet på IP 65. Tilbuddet fra Frankenberger er dermed ukonditionsmæssigt og burde være afvist. På baggrund af minimumskravet har Huber måttet vælge og tilbyde udstyr, der overholder kravene i udbuddet, hvilket har medført en højere tilbudspris.

Særligt vedrørende påstand 1 har VCS gjort gældende, at Frankenberger i sit tilbud under "Functional Guarantee" har anført en "capture rate" på 70 %. Tilbuddet fra Frankenberger opfyldte derfor udbudsmaterialets krav om en "capture rate" på min. 70 %. Frankenberger har efter Hubers klage på VCS' forespørgsel ved brev af 4. november 2019 redegjorde for den tilbudte løsning og bekræftet, at de tilbudte indløbsriste overholder kravet til "capture rate" på min 70 %. VCS har på den baggrund ingen grund til at tro, at Frankenberger ikke vil kunne levere i overensstemmelse med tilbuddet.

Det er korrekt, at det fremgår af udbudsmaterialet i "Specification" afsnit 2.4.1, at "the degree of protection class shall be as required for the placement of the equipment; however minimum IP 65 where not otherwise stated." I tilbuddet fra Frankenberger i dokumentet "Offer Ejby Mølle" er "protection class" angivet til "IP 55".

I forbindelse med evalueringen af tilbuddene vurderede VCS dette som et forbehold, og det fremgår af evalueringsrapporten under evalueringen af underkriteriet "Quality" i afsnit 8.2.4 vedrørende delkriterie D, at Frankenberger opnåede karakteren 3, svarende til under middel. Forskellen på IP 55 og IP 65 er af betydning for kvaliteten af det tilbudte komponent og den manglende overholdelse af kravet til IP 65 er derfor tillagt negativ betydning ved evalueringen af tilbuddet fra Frankenberger. VCS har vurderet, at forskellen mellem IP 65 og IP 55 ikke har nævneværdig betydning for prisen, hvorfor forbeholdet ikke har haft indflydelse på evalueringen af underkriteriet "pris".

Særligt vedrørende påstand 2 har Huber gjort gældende, at der under henvisning til det under påstand 1 anførte er grundlag for at annullere VCS' tildelingsbeslutning.

Særligt vedrørende påstand 2 har VCS gjort gældende, at VCS under henvisning til det under påstand 1 anførte ikke har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet, og der er derfor ikke grundlag for at annullere VCS' beslutning om tildeling af kontrakten.

Ad uopsættelighed

Huber har ikke gjort særskilte anbringender gældende til støtte for, at der foreligger uopsættelighed.

VCS har gjort gældende, at betingelsen ikke er opfyldt, idet Huber har mulighed for at søge et eventuelt tab dækket under sagen eller ved en særskilt efterfølgende klagesag eller sagsanlæg.

Ad interesseafvejning

Huber har ikke gjort særskilte anbringender gældende til støtte for interesseafvejningen.

VCS har gjort gældende, at VCS er en forsyningsvirksomhed, og at formålet med renoveringen af rensningsanlægget er at sikre rensning af spildevand og dermed forhindre en negativ påvirkning af miljøet.

Hensynet til forsynings sikkerheden bør veje tungere end hensynet til Hubers interesse i forbindelse med sagen.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstillperioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen

skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet følgende:

Udbuddet er gennemført efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, og udbudslovens § 2 finder derfor ikke anvendelse, jf. bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet i dansk ret (implementeringsbekendtgørelsen).

Klagenævnet forstår på den baggrund Hubers påstand 1 således, at den vedrører overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Ved bedømmelsen af, om et tilbud er ukonditionsmæssigt som følge af, at et mindstekrav ikke er overholdt, er det afgørende tilbuddets indhold sam-

menholdt med udbudsbetingelsernes mindstekrav, således som disse objektivt må forstås.

I udbudsmaterialets ”Supply of inlet screens - specification” er det under pkt. 2.4.1 fastsat, at ”The degree of protection class shall be as required for the placement of the equipment; however minimum IP 65 where not otherwise stated.”

Sådan som kravet er formuleret med angivelse af ”shall be...however minimum IP 65 where not otherwise stated”, finder klagenævnet, at kravet, medmindre det konkret er fraveget, må anses for et mindstekrav.

I Frankenbergers tilbud er der i dokumentet vedrørende ”Offer Ejby Mølle” anført en ”protection class” på IP 55.

Tilbuddet opfyldte dermed ikke mindstekravet om en ”protection class” på IP 65. Tilbuddet fra Falkenberger var dermed ukonditionsmæssigt, og VCS var dermed forpligtet til at afvise dette.

Der er derfor på det grundlag, der foreløbigt foreligger, udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 1 og 2 til følge.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at Huber ikke har påberåbt sig, at det tab, som virksomheden vil lide ved ikke at få tildelt kontrakten, er uopretteligt og alvorligt, eller i øvrigt anført noget om, hvorfor uopsættelighedsbetingelsen må anses for opfyldt.

Selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at betingelsen om ”*fumus boni juris*” er opfyldt, finder klagenævnet, at Huber ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at overtrædelsen har en sådan særlig alvorlig karakter, at Huber ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at klageren vil lide en uoprettelig skade. På det foreløbigt foreliggende grundlag finder klagenævnet herefter, at Huber ikke har godtgjort, at en beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning vil indebære, at Huber vil lide en alvorlig, uoprettelig skade. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at der ikke er oplysninger, der sandsynliggør, at Hubers eventuelle tab som følge af den påståede overtrædelse ikke vil kunne godtgøres ved en økonomisk erstatning.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig