

K E N D E L S E

Landis+Gyr,
Filial af Landis+Gyr Oy, Finland
(advokat Pernille Nørkær, København)

mod

Andel Holding A/S
Nexel A/S
Cerius A/S
Radius Elnet A/S
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 207-592569 af 21. oktober 2022, offentliggjort den 26. oktober 2022, udbød Andel Holding A/S, Nexel A/S, Cerius A/S og Radius Elnet A/S (i det følgende samlet ”Andel”) som et fælles udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 47 en kontrakt om en Meter Data Management Solution (MDM Solution).

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation havde Andel modtaget 11 ansøgninger om prækvalifikation, herunder fra Landis+Gyr. Én ansøgning blev modtaget for sent, og der indgik derfor 10 ansøgninger i prækvalifikationsprocessen.

Den 16. december 2022 besluttede Andel at prækvalificere følgende virksomheder:

- IBM Danmark ApS
- KMD A/S
- Netcompany A/S
- Siemens AG

Den 5. januar 2023 indgav Landis+Gyr klage til Klagenævnet for Udbud over Andel. Landis+Gyr fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 6. februar 2023 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Landis+Gyr har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Andel har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved i forbindelse med prækvalifikationen at have inddraget nye og upåregnelige hensyn.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Andel har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved udvælgelsen af prækvalificerede ansøgere ved ikke at have udvalgt Landis+Gyr.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Andel har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved udvælgelsen af prækvalificerede ansøgere ved at have tilladt i hvert fald en ansøger at klargøre og uddybe sin ansøgning med henblik på at gøre ansøgningen konditionsmæssig uden samtidig at have tilbudt samme mulighed til de øvrige ansøgere.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Andels beslutning om prækvalifikation.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal udstede et påbud om Andels lovliggørelse af prækvalifikationsprocessen.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Den udbudte kontrakt, der har en varighed af 60 måneder med option på yderligere 3 x 12 måneder, har en anslået samlet værdi på 10,8 mio. euro.

Udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2022 indeholder bl.a. følgende:

”II.1.4) Kort beskrivelse

Andel is a Danish group with 1.800 employees which among others delivers power to businesses and private households in the geographical area Greater Copenhagen, Zealand, Lolland-Falster and Mon.

Andel has in 2020 acquired Radius from Ørsted A/S. After the merger, the Meter Data Management (MDM) platforms need replacement and joined into a new, common strategy. Andel envisions the new MDM Solution as a critical tool for Andel to be able to follow and drive the future metering and data collection in Denmark.

The power network is divided into 2 main separate networks developed and maintained by Cerius with 450.000 meters and Radius with 1.000.000 meters respectively.

Andel wishes to acquire a new and complete MDM Solution which will be integrated in Andel’s IT enterprise system landscape

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Andel expects that demands for metering data will increase in the coming years.

...

On this basis Andel wishes to acquire a new and complete MDM Solution which will be integrated in Andel’s IT enterprise system landscape.

The new and complete Meter Data Management (MDM) Solution consist of 1) Meter Data Management System (MDM System) and 2) Head End System.

The Head End System is an IT-system that controls the communication to all concentrators and meters, communicates the data to Meter Data

Management System, and is used to control firmware and configuration in meters. This Head End System shall cover 3.000 meters and will be a supplement to other existing Head End Systems. The Head End System shall be provided on a On-Premise basis.

The MDM System is a Meter Data Management System for Cerius (and optional Radius). The MDM System performs long term data storage and management for data collected from the Head End System. The data consists primarily of energy time series data, technical data and events. The MDM System will import the data, then validate, cleanse and process it before making it available for different purposes and systems. The MDM System is the key component between meters, distribution grid systems, the Danish DataHub and backend systems like SAP and GIS. The MDM System shall include management of several separate distribution networks. The MDM System shall be provided on a Software-as-a-Service (SaaS) basis or a similar service model where the supplier also delivers operation/hosting (see below for further).

The MDM Solution includes interfaces, security components etc. and shall ensure compliance to Danish legislation and development in standard data exchange with the Danish DataHub.

The MDM System must be a supplier centric model, i.e. force split between distribution grid and sales.

The MDM Solution shall be implemented, and migration of relevant data shall be delivered as a part of the MDM-project. The migration consists mainly of migrating meter data and formulas from older Cerius MDM System to the new MDM System.

The supplier shall deliver Continuous Services (support, maintenance and operation). Continuing Services for the MDM System includes support, maintenance and operation. Continuing Services for the Head End System includes support and maintenance, while the Head End System is operated by Andel or a third-party supplier.

Furthermore, the Supplier shall deliver further development under the Contract.

The main services of the contract are the following:

- a) Delivery of an MDM Solution that consist of Head End System and Meter Data Management System (MDM System).
- b) Implementation of the complete MDM Solution and migration services
- c) Continuous Services and further development

The tender includes an option regarding addition of the Radius distribution network to the MDM System with subsequently continuous services of the Radius network as well. In addition, Andel can order consultancy services under the Contract.

...

II.2.9) Oplysning om begrænsningen af antallet af ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage

Forventet antal ansøgere: 4.

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal ansøgere:

The limitation of candidates who will be requested to submit a tender will be based on an evaluation of which candidates have documented the most relevant references, see section III.1.3), of the main services covered by the contract, see the description in sections II.1.4) and II.2.4).

The evaluation of the most relevant deliveries will be based on the extent to which the references combined document experience with delivery of services, which are comparable with the main services covered by the contract.

...

III.1.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

...

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

As a minimum requirement, an equity is required of at least EURO 13 million in the most recent annual report/financial statement available.

...

As a minimum requirement, a total annual turnover of at least EURO 13 million is required in each of the three latest annual reports/financial statements available.

...

III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

The candidate must submit the ESPD with the following information:

A list of the 5 most significant comparable services, see sections II.1.4) and II.2.4), that the candidate has carried out in the last 3 years before the expiry of the application deadline.

...

Each reference is requested to include a brief description of the deliveries made. The description of the delivery should include a clear description of the services set out in sections II.1.4) and II.2.4) to which the delivery related and the candidate's role(s) in the performance of the delivery. The reference is furthermore requested to include the financial value of the

delivery (amount), the date of delivery and the name of the customer (recipient).

...

No more than 5 references may be stated, irrespective of whether the candidate is a single operator, whether the candidate relies on the technical capacities of other entities, or whether the candidate is a group of operators (e.g. a consortium).

If the candidate relies on the professional experience of other entities for the performance of specific parts of the services comprised by the contract, see section II.2.4), such services under the contract must be performed by the entity on which the candidate relies.

The ESPD serves as provisional documentation for the candidate's compliance with the selection criterion, see section II.2.9)

Before the award decision is made, the tenderer to whom the contracting entity intends to award the contract must submit documentation that the information stated in the ESPD is accurate.

No additional documentation of technical and professional capacity will be required from the candidate. However, the contracting entity reserves the right to contact the candidate or the customer stated in the reference for confirmation of the information stated in the reference, including the dates of the reference indicated.

...

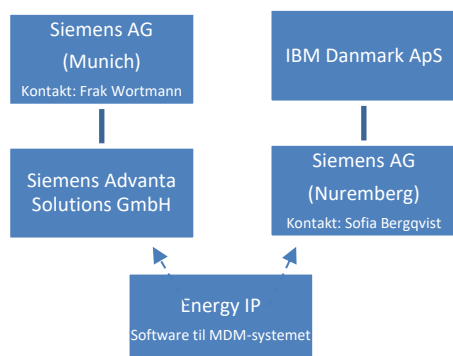
VI.3) Yderligere oplysninger

...

As regards section II.2.9) it should be noted that each candidate may only submit one application for prequalification.”

Af ansøgningen fra IBM Danmark ApS fremgår, at selskabets ansøgning er baseret på bl.a. Siemens AG vedrørende den tekniske og faglige kapacitet.

Efter det oplyste kan sammenhængen mellem tilbuddet fra Siemens AG og IBM Danmark ApS illustreres således, idet IBM Danmark ApS' MDM Solution er baseret på en licens fra Siemens AG til den krævede software ”Energy IP”:



Ved brev af 8. december 2022 rettede Andel henvendelse til to ansøgere: Siemens AG og IBM Danmark ApS. I henvendelsen står der bl.a.:

”According to the rules regulated in the Danish Public Procurement Act (udbudsloven), it is the contracting entity's responsibility to examine whether a tender is based on an illegal agreement whenever this is requested, even if the ground for exclusion in section 137(1)(3) of the Danish Public Procurement Act, cf. section 11(1) of the Implementation Order, has not been selected, cf. e.g., Order of the Procurement Review Board of 11 January 2021 (Peak Consulting A/S v. Skatteministeriet) (claim 1) and Judgment of the Court of Justice of the European Union of 17 May 2018 in case C-531/16 (Specializuotas transportas), para 33.

The contracting entity is obliged to reject an application or tender if the agreement should be in breach of the competition rules.

Therefore, Siemens AG is requested to submit an exposition of its application and cooperation with IBM Danmark, including an explanation of how it has been ensured that the prohibition of anticompetitive agreements under the competition rules has been handled.

Siemens AG is furthermore asked to explain that the cooperation with IBM Danmark does not violate the competition rules, including the cooperation with IBM Danmark and how it has been and will be ensured that the competition rules' provisions on anticompetitive agreements are complied with, including how to ensure that applications and any tenders from Siemens AG and IBM Danmark are independent.”

I orienteringsbrev af 16. december 2022 til Landis+Gyr om, hvem der var blevet prækvalificeret, står der bl.a.:

”“... ”

The assessment for each main service appears below.

a) Delivery of an MDM Solution that consists of Head End System and Meter Data Management System (MDM system)

It is assessed that Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland has documented relevant references to a satisfactory degree (5) based on the experience with the delivery of main service a), which is documented with Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland's references, where particularly references 1 and 4 documents the experience above.

It is assessed that Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland has documented relevant references to a little below satisfactory degree (4) based on the experience with the delivery of main service b), which is documented with Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland's references, where particularly reference 1 documents the experience above.

c) Continuous services and further development

It is assessed that Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland has documented relevant references to a little above satisfactory degree (6) based on the experience with the delivery of main service c), which is documented with Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland's references, where particularly references 1 and 2 documents the experience above.

Overall assessment

On the above basis it is assessed that Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland has achieved an overall score of 5 points based on the references of delivering the main services of the tender, which is documented with Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland's references.

It is to some degree weighted negatively in terms of the main services that the references provided only to a lesser degree or not at all documents relevance and not in further detail document what services have been delivered.”

I evalueringsrapporten står der om evalueringsprocessen bl.a.:

”3.5 The Contracting Entity's requests to supplement, clarify or complete the application in accordance with article 76, para. 4 of the Utilities Directive.

3.5.1 Siemens AG and IBM Danmark ApS

When reviewing the applications from Siemens AG and IBM Danmark ApS the Contracting Entity noticed that IBM Danmark ApS has applied for prequalification with Siemens AG as a supporting entity, relying on Siemens AG's technical and professional capacity. At the same time Sie-

mens AG has applied for prequalification individually without supporting entities. The Contracting Entity has further noticed that parts of three references provided by Siemens in the applications also to some extents have been included in the application from IBM Danmark where IBM Danmark is relying on Siemens AG.

On 8 December 2022 the Contracting Entity sent requests to both Siemens AG and IBM Danmark ApS for clarification.

...

Siemens AG and IBM Danmark ApS responded to the contracting entity's request for clarification on 15 December 2022 through individual expositions.

...

Both Siemens AG and IBM Danmark ApS's applications have subsequently been included in the prequalification evaluation, cf. below.

...

3.6 Evaluation of compliance with application requirements

...

The following applicants are found as potential non-compliant with the minimum requirements of the Contract Notice, however no final decision has been made, cf. below:

- Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland
- Nites Group

...

Minimum requirements regarding financial and economic capacity:

...

When reviewing the application from Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland the Contracting Entity noticed that the applicant has failed to provide information on the applicant's equity in the most recent annual reports/financial statements available, cf. section III.1.2 of the Contract Notice. Since the applicant's financial information is considered historical information, the Contracting Entity investigated the Danish company register (cvr.dk) and retrieved the applicant's annual accounts for the most recent audited financial year. Through this account the Contracting Entity was able to establish that the applicant met the minimum requirement of an equity of at least EUR 13 million in the most recent annual reports/financial statements available.

However, the Contracting Entity has in any case carried out an evaluation of the two applications, and the evaluation has shown that both Nites Group and Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland cannot be prequalified. For this reason, it has not been necessary for the Contracting Entity to make a final decision on whether the applications are to be considered non-compliant or not.

...

4. PREQUALIFICATION EVALUATION

Against the selection criteria set out in section II.2.9), the applicants are given the following overall evaluations:

- excellent relevance (10)
- extremely satisfactory relevance (9)
- very satisfactory relevance (8)
- above satisfactory relevance (7)
- little above satisfactory relevance (6)
- satisfactory relevance (5)
- little below satisfactory relevance (4)
- below satisfactory relevance (3)
- less than satisfactory relevance (2)
- not satisfactory relevance (1)

...

4.5 Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland

[samme beskrivelse som i orienteringsbrevet af 16. december 2022]

...

5. SUMMARY AND RECOMMENDATION

In summary, the applicants have been given the following evaluation:

Applicant	Evaluation
Atos Worldgrid	It is assessed that Atos Worldgrid has achieved an overall score of 6 based on the references of delivering the main services of the tender, which is documented with Atos Worldgrid's references.
IBM Danmark ApS	It is assessed that IBM Danmark ApS has achieved an overall score of 8,33 based on the references of delivering the main services of the tender, which is documented with IBM Danmark ApS's references.
K-Businesscom AG	It is assessed that K-Businesscom AG has achieved an overall score of 5,67 based on the references of delivering the main services of the tender, which is documented with K-Businesscom AG's references.
KMD A/S	It is assessed that KMD A/S has achieved an overall score of 8,33 based on the references of delivering the main services of the tender, which is documented with KMD A/S's references.

Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland	It is assessed that Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland has achieved an overall score of 5 based on the references of delivering the main services of the tender, which is documented with Landis+Gyr, filial af Landis+Gyr Oy, Finland's references.
Netcompany A/S	It is assessed that Netcompany A/S has achieved an overall score of 7,33 based on the references of delivering the main services of the tender, which is documented with Netcompany A/S's references.
Nites Group	It is assessed that Nites Group has achieved an overall score of 3 based on the references of delivering the main services of the tender, which is documented with Nites Group's references.
Siemens AG	It is assessed that Siemens AG has achieved an overall score of 8,33 based on the references of delivering the main services of the tender, which is documented with Siemens AG's references.
VISAVIS AG	It is assessed that VISAVIS AG has achieved an overall score of 3,67 based on the references of delivering the main services of the tender, which is documented with VISAVIS AG's references.
Wipro Limited	It is assessed that Wipro Limited has achieved an overall score of 1 based on the references of delivering the main services of the tender.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Landis+Gyr har navnlig gjort gældende, at ordlyden i udbudsbekendtgørelsen er klar og tydelig. Her kræves alene, at der indleveres en kort beskrivelse, og det er angivet, at den information, som indleveres i ESPD modulet, er tilstrækkelig. Det er dermed ikke gennemsigtigt og har været upåregneligt for Landis+Gyr, at Andel ville tillægge det vægt, at der blev modtaget mere end en kort beskrivelse af ydelserne, og at en kort beskrivelse, som var det, der

blev efterspurgt i udbudsbekendtgørelsen, ville blive tillagt negativ betydning. Dette særligt i betragtning af, at de fire referencer angivet af Landis+Gyr relaterede sig til ydelser identiske med dem, som prækvalifikationen omhandlede.

Det fremgår ikke af udbudsbekendtgørelsen, at flere detaljer ville blive vægтет positivt. Ansøgere, hvis ansøgninger indeholder en længere beskrivelse af de indleverede referencer, vil derfor have en konkurrencefordel i forhold til ansøgere, hvis ansøgning indeholder en kort beskrivelse.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at Andel senere i processen ville kunne anmode om indsendelse af yderligere dokumentation, såfremt dette var nødvendigt. Der var derfor intet, der kunne give ansøgerne indtryk af, at en mere omfattende beskrivelse var at fortrække.

Det var således uberettiget, at Andel tillagde det negativ betydning, at der ikke var angivet en mere detaljeret beskrevet reference eller vedlagt yderligere dokumentation til ansøgningsmaterialet fra Landis+Gyr.

Landis+Gyrs referencer svarede i form, detaljegrad og stil til, hvad der i andre prækvalifikationsprocesser indleveres og fuldt ud anerkendes, når der efterspørges en kort beskrivelse.

Det fremgår desuden ikke af orienteringen om prækvalifikationsbeslutningen, hvilken negativ betydning beskrivelsernes længde har haft, og hvorledes vurderingen herefter er blevet lavet.

I forhold til vurderingen af referencerne fra Landis+Gyr bemærkes desuden, at Andel allerede har et indgående kendskab til løsningen fra Landis+Gyr, idet Landis+Gyrs reference nr. 4 vedrører implementering af MDM og HES funktioner til Nexel A/S, som udgør en del af Andel-koncern. Det forekommer derfor både usagligt og uforståeligt, at der tildeles en score under middel på et produkt, som Andel er bekendt med og allerede benytter sig af.

Visse af de nu prækvalificerede ansøgere har langt mere begrænsede erfaringer med netop Electricity Meter Data Management Solutions, men har derimod erfaring i forhold til Gas and District Heating Meter Data Management Solutions.

Det forekommer endelig usædvanligt, at referencerne ikke undersøges eller bekræftes yderligere, førend man fravælger kvalificerede ansøgere.

Andel har navnlig gjort gældende, at tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udvælgelsen er sket i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Det fremgår klart af udbudsbekendtgørelsens afsnit III.1.3, at udvælgelsen ville ske på grundlag af, hvor relevante de enkelte referencer var i forhold til genstanden for udbuddet. Dette er et klart og utvetydigt udvælgelseskriterium.

Det fremgår klart af evalueringsrapportens afsnit 4.5, at Landis+Gyr opnåede bedømmelsen 5, hvilket svarer til "satisfactory relevance". Denne bedømmelse skyldes en samlet vurdering af referencerne, hvilket fremgår af både evalueringsrapporten og begrundelsen til Landis+Gyr. Det er blandt andet tillagt betydning, at Landis+Gyr i mindre grad har beskrevet, hvordan referencerne angående MDM-systemet er sammenlignelige med den udbudte opgave. Således har Landis+Gyr i ESPD'et Part IV, section C, primært anført, hvem opgaverne er udført for, men i mindre grad beskrevet relevansen af referencen i forhold til den udbudte opgave. Det er ansøgerens ansvar at sikre, at beskrivelsen af de indleverede referencer imødekommer udvælgelseskriteriet, herunder sikrer, at de relevante informationer fremgår af referencerne. Det er alene indholdet af referencerne, som er tillagt betydning i forbindelse med udvælgelsen. Dermed beror det på en misforståelse, når Landis+Gyr anfører, at længden af beskrivelsen af referencerne i sig selv er tillagt betydning.

At længden af beskrivelsen af referencerne ikke er tillagt selvstændig betydning ved udvælgelsen, ses yderligere, hvis der foretages en sammenligning af besvarelsen fra øvrige ansøgere sammenholdt med den evaluering, de hver især fik. Eksempelvis modtog Siemens AG (Munich) en bedre bedømmelse end Netcompany A/S, selvom Netcompany A/S havde en længere beskrivelse.

Det påhviler Landis+Gyr at godtgøre, at Andel har "inddraget nye og upåregnelige hensyn". Der er intet i klagen fra Landis+Gyr, der indikerer, at nye eller upåregnelige hensyn er tillagt betydning i udvælgelsen. Tværtimod er

der en klar sammenhæng mellem det, der fremgår af udbudsbekendtgørelsen, og den gennemførte udvælgelse.

Det følger af fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, at ordregivere har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere der opfylder udvælgelseskriteriet bedst. Et forudgående kendskab til Landis+Gyr kan ikke indgå i dette skøn, idet en sådan inddragelse vil være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Ansøgernes opfyldelse af udvælgelseskriteriet kan således alene bedømmes på indholdet af ansøgningerne.

At undersøge referencerne nærmere eller søge dem bekræftet yderligere, før en kvalificeret ansøger blev fravalgt, ville have karakter af en forhandling i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Såfremt Landis+Gyr efter ansøgningsfristens udløb fik adgang til at forbedre sin ansøgning, ville det således skabe en konkurrencemæssig fordel for Landis+Gyr. Det ville heller ikke være muligt at indhente sådanne oplysninger i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4, idet supplerende oplysninger alene kan indhentes, når det sker under ”fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed”, jf. praksis fra Klagenævnet for Udbud og fra EU-Domstolen.

Andel har således tilrettelagt og gennemført en udvælgelse i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Andel har ikke inddraget nye og upåregnelige hensyn eller på andre måder handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Som følge heraf skal påstand 1 fra Landis+Gyr ikke tages til følge.

Ad påstand 2

Landis+Gyr har gjort gældende, at det af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at ”each candidate may only submit one application for prequalification”. Af evalueringsrapporten og af brevet fra IBM Danmark ApS af 15. december 2022 fremgår imidlertid, at IBM Danmark ApS samarbejder med Siemens AG, og at IBM Danmark ApS’ løsning er afhængig af deltagelse fra Siemens AG. IBM Danmark ApS har således baseret sit tilbud på teknisk og professionel afhængighed af Siemens AG. IBM Danmark ApS var således fuldt og

udelukkende afhængig af Siemens AG's referencer inden for MDM Solution for at blive prækvalificeret. Dermed er Siemens AG i strid med udbudsbekendtgørelsens krav tilladt adgang til at deltage i mere end en ansøgning om prækvalifikation. Siemens AG er dermed tildelt en klar konkurrencemæssig fordel sammenlignet med øvrige ansøgere. Andel har ikke alene tilladt Siemens AG at deltage med to ansøgninger, men har også prækvalificeret begge ansøgninger. Dette er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Det anerkendes, at konkurrenter kan ansøge med samme software, og at det ikke er et krav, at alle ansøgere skal have deres eget proprietære software. Det virker imidlertid ikke sandsynligt, at ansøgningernes overlap kun er på den tilbudte software. Ansøgningerne fra henholdsvis Siemens AG og IBM Danmark ApS henviser til samme tre identiske referencer (Elektrilevi, Wiener Netze, ESB). De to ansøgninger har i det store hele anvendt samme tekst til beskrivelse af referencerne. Brugen af samme reference og henvisning til samme løsning, blot det ene præsenteret af Siemens AG og det andet via IBM Danmark ApS, giver ikke et samlet indtryk af, at der er en fuldstændig adskillelse imellem den del af Siemens AG, som står bag ansøgningen fra Siemens AG, og den del af Siemens AG, som står bag ansøgningen fra IBM Danmark ApS. Det forekommer også meget usikkert, om Siemens AG virkelig har to så højt specialiserede hold inden for MDM løsninger, som er uafhængige og adskilte teams, der hver især og isoleret set har tilstrækkeligt med knowhow til at deltage i deres respektive processer. Det er derfor nærliggende at tro, at der er et vist sammenfald og/eller overlap og/eller samarbejde imellem disse hold. Samlet skaber dette bekymring om uafhængigheden og lovligheden af de to ansøgninger ikke kun ud fra et konkurrenceretligt perspektiv, men også i forhold til overholdelse af grundlæggende udbudsretlige principper og vilkårene i udbudsbetingelserne. Henset til, at ansøgningerne ikke kan anses som værende indleveret uafhængigt, burde Andel have afvist at prækvalificere den ene ansøgning.

Andel har gjort gældende, at der er foretaget en saglig og objektiv udvælgelse på baggrund af de modtagne ansøgninger sammenholdt med udvælgelseskriteriet. Dermed er udvælgelsen foretaget i overensstemmelse med principperne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

IBM Danmark ApS og Siemens AG (Munich) har indleveret to separate og uafhængige ansøgninger.

Især inden for udbud af IT-kontrakter er det sædvanligt, at forskellige virksomheder i et vist omfang baserer sig på samme software-løsninger. Det skyldes, at der på en række områder i markedet alene er et begrænset antal software-løsninger. Derfor baserer mange IT-virksomheder sig på en række licenser til software-løsninger, eksempelvis Microsoft-licenser, når udbudte offentlige kontrakter skal gennemføres. MDM-udbuddet indeholder en række forskellige opgaver. Der skal ikke alene leveres et MDM-system, men der skal også leveres et head-end-system, et antal integrationer til andre systemer, migrering af store mængder data, omfattende test af hele MDM-løsningen, samt hosting, vedligehold og videreudvikling af MDM-systemet. Dermed indgår softwaren til MDM-systemet alene som en del af den samlede opgave.

Såfremt Andel krævede, at alle ansøgere i udbuddet skulle have deres egen software, ville det indskrænke konkurrencen markant. Sådant et usagligt krav ville medføre, at virksomheder uden deres egen software automatisk ville blive afvist fra udbuddet, hvilket vil være en usaglig indskrænkning af konkurrencen og dermed i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

En systematisk afvisning af ansøgere, der har en forbindelse til andre ansøgere, vil være i strid med fast praksis fra EU-Domstolen, jf. bl.a. C-376/08, Serrantoni Srl, præmis 40.

Den omstændighed, at flere ansøgere anvender samme software-løsning, kan ikke i sig selv udgøre et sikkert grundlag for at konstatere, at ansøgningerne fra IBM Danmark ApS og Siemens AG (Munich) ikke udgør to separate ansøgninger. Andel valgte at undersøge forholdet nærmere ved anmodning af 8. december 2022 til IBM Danmark ApS og Siemens AG og blev ved svarene herpå bekræftet i, at der er tale om to separate ansøgninger.

Desuden fremgår det af ESPD'erne for Siemens AG (Nuremberg) og Siemens AG (Munich), at der er tale om to forskellige afdelinger med to forskellige geografiske lokaliteter. Derudover er der heller ikke tale om samme kontaktperson. Dette skyldes, at det er forskellige egenskaber, som afdelingerne bidrager med.

På baggrund af tilbagemeldingerne fra IBM Danmark ApS og Siemens AG (Munich) fremgår det klart, at der er tale om to forskellige ansøgninger fra to

forskellige virksomheder. Andel har derfor ikke handlet i strid med udbudsbekendtgørelsens tilkendegivelse om, at hver virksomhed alene kan indsende én ansøgning.

Udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, er ikke tilvalgt i det aktuelle udbud. Når ordregivere i henhold til fast praksis fra Klagenævnet for Udbud er tillagt et skøn i forbindelse med vurderingen af, om der foreligger plausible indikationer for en konkurrencefordrejende aftale, vil Andel i endnu højere grad have en skønmæssig beføjelse i forhold til, om der foreligger klare beviser for en aktuel konkurrencefordrejning i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Der foreligger ingen beviser eller indikationer for, at der skulle være tale om koordinering mellem ansøgerne. Tværtimod har ansøgerne detaljeret redegjort for og påvist, at der ikke foreligger sådan en koordination. Som følge heraf har Andel ikke alene være berettiget, men også forpligtet til at inddrage ansøgningerne fra Siemens AG (Munich) og IBM Danmark ApS.

På baggrund af ovennævnte er der intet grundlag for at konstatere, at Andel har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at have prækvalificeret IBM Danmark ApS og Siemens AG (Munich). På denne baggrund skal påstand 2 fra Landis+Gyr ikke tages til følge.

Ad påstand 3

Landis+Gyr har gjort gældende, at Andel aktivt henvendte sig til IBM Danmark ApS den 8. december 2022 for at få bekræftelse på, at ansøgningen og samarbejdet med Siemens AG var i overensstemmelse med konkurrencelovens bestemmelser. Andels proaktive anmodning til IBM Danmark ApS om at bekræfte elementer af ansøgningen, herunder også at give IBM Danmark ApS en svarfrist på 1 uge udover den oprindelige ansøgningsfrist, er en klar overtrædelse af de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling, navnlig da Andel kunne have foretaget sin egen juridiske vurdering af lovligheden eller – og måske mere nærliggende – burde have afvist IBM Danmark ApS' ansøgning på grund af usikkerheden.

Andel har gjort gældende, at ingen ansøgere har fået adgang til at ændre deres ansøgning efter ansøgningsfristens udløb. Hverken IBM Danmark ApS eller Siemens AG (Munich) har fået adgang til at ændre deres ansøgninger, og en

ordregiver kan, i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4, ”anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen inden for en passende frist”.

Hverken tilbagemeldingen fra IBM Danmark ApS eller Siemens AG (Munich) ændrer ved indholdet af de indsendte ansøgninger. Det fremgår klart af tilbagemeldingerne, at de alene indeholder oplysninger om, hvordan Siemens AG og IBM Danmark ApS har sikret, at der afgives to separate ansøgninger.

Ad påstand 4 og 5

Landis+Gyr har ikke gjort særlige anbringender gældende ad disse to påstande.

Andel har gjort gældende, at Andel ikke har begået overtrædelser vedrørende de forhold, som er anført i påstand 1-3 fra Landis+Gyr. Som følge heraf er der ikke et grundlag for at tage påstand 4 og/eller 5 til følge.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet afsagde den 6. februar 2023 kendelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Af kendelsen fremgår bl.a.:

”Vedrørende betingelse nr. 1 (”fumus boni juris”) bemærker klagenævnet, at klagenævnets kompetence er fastlagt i § 10, stk. 1, 1. pkt., i lov om Klagenævnet for Udbud. Det er ikke klagenævnets kompetence at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overholdt. Klagenævnets vurdering af de nedlagte påstande sker således ikke på grundlag af konkurrencelovgivningen.

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., at klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af den pågældende. Klagenævnets vurdering af lovligheden af den gennemførte prækvalifikationsproces sker således på grundlag af, hvad parterne har påstået og gjort gældende.

Påstand 1 angår, om Andel i forbindelse med prækvalifikationen har inddraget hensyn, som ikke fremgår af udbudsmaterialet og ikke i øvrigt var påregnelige.

Landis+Gyr har navnlig anført, at Andel uberettiget har lagt selvstændig vægt på omfanget af den beskrivelse, ansøgerne har givet om deres referencer, og at dette ikke er i overensstemmelse med "a brief description".

Af udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.9 fremgår, at kriteriet for valg mellem flere egnede ansøgere er "the extent to which the references combined document experience with delivery of services, which are comparable with the main services covered by the contract". Om de referencer, der skal danne grundlag for vurderingen, fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3, at der skal være tale om de 5 mest "significant comparable services" set i forhold til udbudsbekendtgørelsens beskrivelse af kontrakten i punkt II.1.4 og II.2.4. Det fremgår, at referencerne skal indeholde "a brief description of the deliveries made. The description of the delivery should include a clear description of the services set out in sections II.1.4) and II.2.4)..."

Der er hverken i evalueringsrapportens beskrivelse af evalueringen af Landis+Gyrs ansøgning eller i meddelelsen til Landis+Gyr om resultatet af evalueringen indikationer af, at der selvstændigt er lagt vægt på længden og/eller omfanget af den beskrivelse, der er givet af referencerne.

Det, Landis+Gyr har anført om Andels forudgående kendskab til Landis+Gyrs system, kan ikke føre til et andet resultat, allerede fordi vurderingen i den konkrete sag skal foretages på grundlag af indholdet i den aktuelle ansøgning. På samme måde kan Landis+Gyrs oplysninger om, hvad der i andre prækvalifikationsprocesser indleveres og anerkendes i relation til beskrivelse af referencer, ikke føre til et andet resultat, allerede fordi vurderingen i den konkrete sag skal foretages på grundlag af det konkrete udbud.

Der er herefter på det grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Påstand 2 angår, om Andel har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at have prækvalificeret Landis+Gyr.

Landis+Gyrs anbringender til støtte for påstanden er navnlig, at Andel har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved i strid med udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3 at have tilladt Siemens AG at deltage med to ansøgnings.

Selv hvis der bortses fra ansøgningerne fra Siemens AG og IBM Danmark ApS, hvilket der på det foreløbigt foreliggende ikke er grundlag for, ville dette ikke føre til, at påstand 2 kunne tages til følge, allerede fordi

det af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at der alene ville blive prækvalificeret 4, og der ved evalueringen er 6 andre ansøgere, der har opnået en højere evaluering end Landis+Gyr.

Der er herefter på det grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Påstand 3 angår, om Andel ved sin henvendelse til IBM Danmark ApS og Siemens AG har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Andel har i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 78, stk. 2, valgt at begrænse antallet af ansøgere til 4 og har i den forbindelse, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3, valgt, at hver ansøger alene kan indlevere én ansøgning. Tilbuddene fra IBM Danmark ApS og Siemens AG hidrørte fra hver sin juridiske enhed, men således, at IBM Danmark ApS for dele af tilbuddet støttede sig på Siemens AG's faglige og tekniske formåen.

Andels henvendelse til IBM Danmark ApS og Siemens AG angik ikke, om virksomhederne opfyldte udvælgelseskriterier, men derimod, om der kunne være sket samordning af tilbud i strid med udbudslovens § 137, eller om der kunne være sket overtrædelse af konkurrenceretlige regler. Der foreligger ikke oplysninger om, at der var tilsvarende overvejelser vedrørende andre ansøgere.

Der er under disse omstændigheder ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

På baggrund af det anførte under klagenævnets stillingtagen til påstand 1-3, er der ikke udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge.

Som følge af klagenævnets udtalelse vedrørende påstand 1-3, tager klagenævnet ikke stilling til påstand 5.”

Landis+Gyr er efter kendelsen om opsættende virkning ikke kommet med yderligere indlæg i klagesagen og har således ikke anført yderligere til støtte for påstandene. Af de grunde, som er anført i delkendelsen, tager klagenævnet ikke påstandene til følge.

Sagsomkostningerne tilkendes Andel Holding A/S som repræsentant for alle fire selskaber under klagesagen.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

Landis+Gyr skal i sagsomkostninger til Andel betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Kontorelev