

K E N D E L S E

BioVækst A/S
(advokat Mia Anne Gantzhorn, København)

mod

Københavns Kommune, Teknik og Miljøforvaltningen
(advokat Christina Heiberg-Grevy, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 071-168933 af 7. april 2020, offentliggjort den 9. april 2020, udbød Københavns Kommune som offentligt udbud efter udbudsloven en tjenesteydelseskontrakt om behandling af bioaffald fra kommunen og afsætning/disponering af slutprodukter (biogas og digestat) og restprodukter (rejekt fra forbehandling m.v.), der stammer fra det behandlede bioaffald. Tildelingskriteriet til det ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” er ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” med underkriterierne:

- Pris: Vægter 60 %
- Miljø: Vægter 40 % (delkriterier vægtes ligeligt):
 - Indhold af synlige urenheder
 - Efterbehandling af rejekt
 - Metantab fra biogasanlæg
 - Anvendelse af den producerede biogas
 - Det/de anvendte biogasanlægs status ift. økologi.

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 11. maj 2020 havde bl.a. BioVækst A/S (herefter BioVækst) og HCS A/S Spedition & Transport afgivet

tilbud. Den 9. juni 2020 besluttede Københavns Kommune at afvise tilbuddet fra BioVækst og at tildele kontrakten til HCS A/S Spedition & Transport.

Den 19. juni 2020 indgav BioVækst klage til Klagenævnet for Udbud over Københavns Kommune. BioVækst fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 22. juni 2020 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

BioVækst har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 40, stk. 4, ved at fastsætte et teknisk mindstekrav om, at leverandøren forpligter sig til at anvende et eller flere biogasanlæg, der er tilsluttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab eller eventuel en anden lignende ordning, når det angivne måleprogram ikke er vedlagt udbudsmaterialet og ikke er offentligt tilgængeligt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at afvise tilbuddet fra BioVækst som ukonditionsmæssigt, da Københavns Kommune uden hold i virkeligheden eller det fremsendte tilbud har lagt til grund, at BioVækst selv – og ikke et eksternt målefirma – foretager kvantificering af metantabet.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Københavns Kommunes beslutning af 9. juni 2020 om at tildele kontrakten til HCS A/S Spedition & Transport.

BioVækst har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Klagenævnet har den 22. juni 2020 meddelt Københavns Kommunes kontraktpart, HCS A/S Transport & Spedition, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

HCS A/S Transport & Spedition har ikke besvaret klagenævnets henvendelse

Sagens nærmere omstændigheder

Den udbudte kontrakt er i udbudsbekendtgørelsen beskrevet således:

”I henhold til Københavns Kommunes bioaffaldsordning indsamles der bioaffald fra såvel etageboliger som haveboliger i Kommunen. Bioaffald omfatter rå og tilberedt vegetabilsk og animalsk madaffald, kaffegrums, afskårne blomster og lignende fra private husstande.

Mængden af bioaffald forventes at være på ca. 14 000 tons/år.

Leverandøren skal levere følgende ydelser til Københavns Kommune i relation til bioaffaldsfraktionen:

- Forbehandling af bioaffaldet med henblik på forberedelse af affaldet til bioforgasning
- Transport af forbehandlet bioaffald fra forbehandlingsanlæg til biogasanlæg
- Transport og genanvendelse / nyttiggørelse af rejekt fra forbehandlingen af bioaffaldet
- Bioforgasning af det forbehandlede bioaffald
- Afsætning af den producerede biogas
- Afsætning af digestat fra biogasprocessen.

Indtægterne fra afsætning / disponering af slutprodukter tilfalder leverandøren.

...”

Københavns Kommune har oplyst, at kommunen indsamler bioaffald fra både villaer og etageboliger med henblik på at producere biogas og gødning. Produktionen sker ved en bioforgasning på et biogasanlæg, og biogassen anvendes f.eks. til produktion af el og varme. Den afgassede biomasse (også kaldet digestat) afsættes som gødning/jordforbedringsmiddel til landbruget.

Biogas er en blanding af primært metan og kuldioxid. Metantab fra biogasanlæg reducerer klimafordelen ved afgasning af bioaffald og medfører lugtgener, da gassen indeholder svovlbrinte. Københavns Kommune stillede ved udbuddet et krav om, at tilbudsgivernes biogasanlæg er tilsluttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab eller en lignende ord-

ning med det formål at reducere metantabet fra det/de biogasanlæg, der behandler bioaffald fra Københavns Kommune. Af udbudsbetingelserne fremgår:

”...

11.2.3 Metantab fra biogasanlæg

Det/de anvendte biogasanlæg skal overholde mindstekravene i Bilag 1, pkt. 4.2.1 (tilsluttet måleprogram for metantab).

Ved vurdering af delkriteriet ”metantab” vil der blive lagt vægt på det lavest mulige tab af metan fra det/de anvendte biogasanlæg.

Tilbudsgiver skal vedlægge sit tilbud et udfyldt Bilag 11 med oplysninger om det tab af metan fra det/de anvendte biogasanlæg som tilbudsgiver forpligter sig til at overholde i hele kontraktperioden.

...”

Af Ydelsesbeskrivelse om behandling af bioaffald (udbudsbetingelsernes bilag 1) fremgår:

”...

4.2 Bioforgasning af bioaffald

...

4.2.1 Biogasanlægget

Leverandøren skal til hver en tid på forlangende fra Københavns Kommune kunne dokumentere, at det/de anvendte biogasanlæg er godkendt af de kompetente myndigheder til at modtage og behandle forbehandlet bioaffald.

Leverandøren forpligter sig til at bioforgasse det leverede bioaffald med henblik på at opnå en så høj biogasproduktion som muligt. Det forudsættes, at biogassens energiindhold nyttiggøres. Der må således ikke ske systematisk afbrænding af gassen uden energiudnyttelse.

Leverandøren forpligter sig til at anvende et/flere biogasanlæg, der er tilsluttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab eller eventuelt anden lignende ordning.

...”

Københavns Kommune har oplyst, at Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram blev etableret i 2016 efter gennemførelsen af et pilotprojekt i samarbejde mellem Brancheforeningen for Biogas og Energistyrelsen. Målet

med det frivillige måleprogram er at reducere metantabet fra biogasanlæg til under 1% af biogasproduktionen i 2020.

BioVækst har om sin virksomhed bl.a. oplyst, at BioVækst fungerer både som en produktionsvirksomhed, der dagligt behandler affald fra sjællandske kommuner, og som demonstrationsanlæg for den danskudviklede Aikan-teknologi. Teknologien indebærer, at et ton organisk dagrenovation resulterer i cirka 80 kubikmeter biogas (70+ pct. metan) og 350 kg stabiliseret gødningskompost.

I forhold til udbudsbetingelsernes mindstekrav om, at biogasanlæg skal være tilsluttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab eller eventuelt anden lignende ordning, har BioVækst anført følgende i sit tilbud:

”...

2.4 Deltagelse i frivilligt måleprogram for metantab

BioVækst har valgt ikke deltage i det frivillige måleprogram fra Biogasbranchen, da de kritiske kontrolpunkter på BioVækst er noget anderledes end for et gyllebaseret vådbiogasanlæg, ligesom vi anvender en grundigere gennemgang af anlægget end der er lagt op til, i det frivillige måleprogram.

Vi foretager løbende egenkontrol med eget gasmåleudstyr på kritiske punkter flere gange om måneden, og en komplet gennemgang og minimum hver 3. måned.

Vores kontrolpunkter er:

1. Uforbrændt metan fra gasmotor (kontinuert måling)
2. Gasmembraner på reaktortanke, samt alle sikkerhedsventiler og gennemføringer
3. Gasrørføring inklusive vandudskillere
4. Procesmoduler inklusive porte
5. Biofiltre
6. Eftermodningsboks (her er ikke biogasproduktion, men det kontrolleres, at aktiv beluftning sørger for aerob proces)

Ved konstatering af lækage udbedres disse umiddelbart.

...

2.8 Metantab

Uforbrændt metan fra motor måles kontinuert og udgør fra 0,1 til 0,3 % af den forbrugte gas. Der forekommer normalt ikke andre tab, med mindre der er opstået lækage. Fra vores løbende egenkontroller og analyser af anlægget, vurderes og beregnes det, at det samlede tab på årsbasis maksimalt udgør 0,4% af den samlede producerede gas.

Se desuden bilag:

Bilag 11: Metantab

...

Sammen med tilbuddet indleverede BioVækst følgende støtteerklæring:

”Vedr.: Erklæring om brug af Aikan A/S’ mandskab

Medarbejderne i Aikan A/S er driftsansvarlige for Biovækst A/S’ anlæg i Svinninge.

For god ordens skyld skal Aikan A/S hermed bekræfte, at virksomheden stiller sine medarbejdere til rådighed for Biovækst A/S i hele kontraktperioden med Københavns Kommune.

...”

Københavns Kommune underrettede den 9. juni 2020 BioVækst om, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor blev afvist. Af underretningen fremgår:

”...

Afvisningen af tilbuddet er baseret på følgende:

Forbehold overfor tekniske mindstekrav

Ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 11.2.3 skal det/de anvendte biogasanlæg overholde mindstekravet i Udbudsmaterialets Bilag 1, pkt. 4.2.1, der forudsætter, at ”Leverandøren forpligter sig til at anvende et/flere biogasanlæg, der er tilsluttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab eller eventuelt anden lignende ordning.”

Et centralt element i det måleprogram, Foreningen Biogasbranchen har etableret, er en forpligtelse til at kvantificere anlæggets metantab. Denne kvantificering skal med jævne mellemrum foretages af et eksternt målefirma.

...

Det fremgår af beskrivelsen af Bio Vækst A/S' egenkontrolordning, at det således er Bio Vækst A/S selv – og ikke et eksternt målefirma – der foretager kvantificeringen af metantabet.

Københavns Kommune har på baggrund af ovenstående vurderet, at Bio Vækst A/S' oplysninger om manglende tilslutning til Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram eller en anden lignende ordning må anses som et forbehold overfor et teknisk mindstekrav. Kommunen har derfor både ret og pligt til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt. Tilbuddet fra Bio Vækst A/S er således blevet afvist i sin helhed og er ikke indgået i den videre evaluering.

Til orientering kan oplyses, at resultatet af evalueringen er, at HCS A/S Spedition & Transport har afgivet tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet på den udbudte opgave. Københavns Kommune har derfor besluttet at tildele opgaven til HCS A/S Spedition & Transport.
...”

BioVækst har under klagesagen henvist til et faktaark fra Energistyrelse med titlen: ”Pas på metantab fra biogasanlæg”. BioVækst har alene fremlagt faktaarkets side 1, men Københavns Kommune har fremlagt hele faktaarket (2 sider). Af faktaarkets side 2 fremgår:

”...

Frivilligt program til reduktion af metantab fra biogas

Brancheforeningen for Biogas etablerer nu en frivillig ordning for måling af metantab. Hvis man som biogasanlægs ejer tilmelder sig programmet, minimerer man tab på eget anlæg samtidig med, at man bidrager til en systematisk indsats for at optimere og dokumentere biogasproduktionens klimaregnskab.

Programmet skal

- hjælpe anlægsejere med at minimere metantab, og dermed forbedre anlæggets økonomi
- optimere biogasproduktionens klimafordele
- dokumentere branchens indsats på området
- etablere bedre datagrundlag vedrørende faktisk tab
- give branchen større troværdighed i spørgsmål om metantab fra biogasproduktion

Programmet består af

- Egenkontrol, hvor driftspersonale undersøger anlægget for kilder til metantab. Dette skal gøres minimum hver anden måned. Planen

for egenkontrollen udarbejdes i et samarbejde mellem biogasanlægget og en ekstern konsulent.

- Kvantificering, hvor metantabet fra anlægget måles af et eksternt målefirma ca. hvert andet år.
- Resultatet af kvantificeringen indberettes til et sekretariat og offentliggøres i anonymiseret form.

Omkostninger

- Deltagerne deles om omkostninger til sekretariat og betaler selv for målinger på eget anlæg. Omkostningerne forventes at blive 20 – 30.000 kr. om året afhængigt af anlægsstørrelse.

...”

Københavns Kommune har under klagesagen fremlagt en række artikler og orienteringer fra både Energistyrelsen og Biogasbranchen om bl.a. det frivillige måleprogram for metantab.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

BioVækst har gjort gældende, at Københavns Kommunes udbudsmateriale er udarbejdet på en sådan måde, at det stiller visse tilbudsgivere, herunder BioVækst, dårligere i konkurrencen sammenlignet med de tilbudsgivere, som er tilsluttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab. Københavns Kommune har på denne baggrund handlet i strid med udbudslovens § 40, stk. 4, og med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

Københavns Kommune har stillet krav om, at den vindende tilbudsgiver anvender biogasanlæg, som er tilsluttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab eller eventuelt en anden lignende ordning. Kommunen beskriver ikke i ydelsesbeskrivelsen eller i det øvrige udbudsmateriale, hvad Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab indebærer, eller hvilke dele af måleprogrammet kommunen anser for særligt relevante eller centrale. Tilbudsgiverne efterlades med et mindstekrav, som – medmindre man er tilsluttet Foreningen Biogasbranchens måleprogram – kræver en lang række centrale oplysninger for, at tilbudsgiverne kan vurdere, om mindstekravet er opfyldt. Mindstekravet er dog ikke belyst i udbudsmaterialet, og Københavns Kommune giver ingen vejledning til, hvor de relevante oplysninger kan fremskaffes.

Foreningen Biogasbranchen har ikke publiceret det frivillige måleprogram på foreningens hjemmeside www.biogasbranchen.dk. Det kræver medlemskab hos Foreningen Biogasbranchen og yderligere betaling for at deltage i det frivillige måleprogram, og derfor har foreningen formentlig en økonomisk interesse i, at måleprogrammet kun tilgås af de medlemmer, der har tilsluttet sig ordningen.

Ved en søgning på internettet er det ikke muligt at fremskaffe Foreningen Biogasbranches frivillige måleprogram for metantab. Det er muligt at fremskaffe en rapport fra juni 2016 med titlen ”Pilotprojekt til et frivilligt måleprogram for metanudledning fra biogas- og opgraderingsanlæg”, et faktaark ”Pas på metantab fra biogasanlæg” fra Energistyrelsens hjemmeside og derudover en række artikler om projektet. Selvom Foreningen Biogasbranches frivillige måleprogram for metantab beskrives i det omtalte materiale, er de tilbudsgivere, der ikke er tilsluttet måleprogrammet, efterladt i uvished om måleprogrammets indhold, sammensætning og struktur. Det offentliggjorte materiale, hvori måleprogrammet omtales, er ikke så tilstrækkeligt klart og tydeligt i forhold til programmets egentlige indhold anno 2020, at en tilbudsgiver kan sammenligne et andet måleprogram med programmet.

Det er herefter reelt set kun de særligt indviede og de virksomheder, som er medlemmer af Foreningen Biogasbranchen, og som betaler for ordningen, der har kendskab til indholdet af måleprogrammet. Når Københavns Kommune i udbudsmaterialet kræver, at den vindende tilbudsgiver/leverandør forpligter sig til at anvende biogasanlæg, der er tilsluttet Foreningen Biogasbranches frivillige måleprogram for metantab eller eventuelt en anden lignende ordning, er muligheden for at anvende en anden lignende ordning yderst begrænset, da det ikke er muligt at gøre sig bekendt med indholdet af Foreningen Biogasbranches frivillige måleprogram for metantab. Det efterlader tilbudsgiverne i to grupper, hvor den ene gruppe kender måleprogrammet, mens den anden gruppe ikke kender programmet, som er altafgørende for tilbudsafgivelsen. De tilbudsgivere, som ikke er tilsluttet Foreningen Biogasbranches frivillige måleprogram for metantab, har således ikke samme mulighed for at opfylde betingelsen om tilslutning til et frivilligt måleprogram, da disse tilbudsgivere ikke kan sammenligne deres eget måleprogram med det angivne fra Foreningen Biogasbranchens.

Det følger af gennemsigtighedsprincippet, at tekniske specifikationer klart og tydeligt skal beskrive, hvad der kræves af tilbudsgiverne, hvilke egenskaber de tilbudte løsninger skal indeholde, og hvilke egenskaber der kan danne grundlag for konkurrencen. I henhold til udbudslovens § 40, stk. 4, skal de tekniske specifikationer give tilbudsgiverne lige adgang til udbuddet og må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence.

Når en ordregiver henviser til en standard eller lignende, må det som minimum være påkrævet, at ordregiveren har sikret, at alle tilbudsgivere har lige mulighed for at gøre sig bekendt med indholdet af standarden uden større besvær eller anstrengelser. Det følger af udbudslovens § 40, stk. 1, at en ordregiver skal anføre de tekniske specifikationer som defineret i bilag VII til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud. Det fremgår heraf, at tekniske specifikationer, som er udtrykt i internationale, europæiske eller nationale standarder, skal være offentligt tilgængelige.

Hvis en standard ikke er offentligt tilgængelig, må tilbudsgiveren kunne forvente, at ordregiveren enten sikrer, at standarden indgår som en del af udbudsmaterialet, eller fremhæver, hvilke væsentlige og centrale elementer ordregiveren tillægger særlig vægt ved vurderingen af de indkomne tilbud. Med henvisningen til Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab favoriserer Københavns Kommune de tilbudsgivere, som er tilsluttet måleprogrammet, og det er i strid med ligebehandlingsprincippet.

Københavns Kommune har ikke under klagesagen fremlagt Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab. Hvis måleprogrammet var offentligt tilgængeligt, må det antages, at kommunen ville fremlægge måleprogrammet for netop derigennem at løfte bevisbyrden for, at måleprogrammet er offentligt tilgængeligt, som påkrævet efter udbudslovens § 40, stk. 1, og tilhørende bilag VII til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud.

BioVækst bestrider ikke, at man i branchen har et overordnet kendskab til Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab. Det er dette overordnet kendskab, som BioVækst har taget udgangspunkt i, da tilbuddet blev udarbejdet. Der er ikke i branchen kendskab til måleprogrammet på et sådant detaljeringsniveau, at betingelserne for tilmelding og krav for

anvendelse kan beskrives konkret. Det er udelukkende betalende medlemmer af ordningen, som har det fulde og detaljerede kendskab. Det begrænsede kendskab, som branchen måtte have til måleprogrammet, er ikke tilstrækkeligt til at fjerne den usikkerhed, som de tilbudsgivere, der ikke er tilmeldt måleprogrammet, er efterladt med.

Aikan A/S, som er søsterselskab til BioVækst, er medlem af Foreningen Biogasbranchen, men er ikke tilknyttet Foreningens Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab. Det forhold, at Aikan A/S har afgivet en støtteerklæring til BioVækst, medfører således ikke, at BioVækst herigennem har større kendskab til måleprogrammet. Dette har i øvrigt ingen betydning for Københavns Kommunes forpligtelse til at offentliggøre Foreningens Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab i forbindelse med udbuddet.

Det forhold, at andre ordregivere i forbindelse med afholdelse af andre udbud på tilsvarende vis har henvist til Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab, medfører ikke, at den manglende offentliggørelse af måleprogrammet er i overensstemmelse med udbudsloven. Københavns Kommune kan således ikke fralægge sig sit ansvar for offentliggørelse af et tilstrækkeligt udbudsmateriale med henvisning til, hvad andre ordregivere tidligere har gjort.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med udbudslovens § 40, stk. 4, eller med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at fastsætte et teknisk mindstekrav, der forudsætter, at leverandøren forpligter sig til at anvende et eller flere biogasanlæg, der er tilsluttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab eller eventuel anden lignende ordning.

Det er alment kendt i branchen, hvad Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab går ud på, og kendskab til indholdet af det frivillige måleprogram er således ikke kun for de særligt indviede og de virksomheder, der er medlemmer af Foreningen Biogasbranchen.

Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab har eksisteret siden 2016, og det er relativt let at finde materiale på nettet om det frivillige måleprogram og heraf udlede, at ordningen i store træk indebærer

1) etablering af egenkontrolprogram med indarbejdning af rutiner til forebyggelse af udslip, 2) lækagesøgning til identifikation af kilder til metantab, og 3) kvantificering/måling af metantab udført af et eksternt målefirma.

BioVækst har henvist til materiale om det frivillige måleprogram, som er tilgængeligt på nettet, herunder faktaarket ”Pas på metantab fra biogasanlæg” fra Energistyrelsens hjemmeside. Faktaarket beskriver indholdet af programmet, herunder kvantificeringen af metantabet udført af et eksternt målefirma. Arket er dateret juni 2016 og er udarbejdet af Energistyrelsens Biogas Taskforce, Brancheforeningen for Biogas og Dansk Gasteknisk Center, og Energistyrelsen linker desuden til dette faktaark i en pressemeddelelse i september 2016, hvor Energistyrelsen orienterer om måleprogrammet.

I tillæg hertil findes der adskillige artikler mv. på internettet, som omtaler og beskriver det frivillige måleprogram, herunder en beskrivelse af måleprogrammet i fagbladet GASenergi nr. 3 fra september 2019, som er tilgængelig på Dansk Gas Forenings hjemmeside.

Energistyrelsen har iværksat et tilsvarende måleprogram i september 2019, som løber til udgangen af 2020, og styrelsen har udsendt en pressemeddelelse om programmet den 30. september 2019. Der er henvist til dette måleprogram nederst på kontraktudkastets Bilag 11.

Der findes således adskillige offentligt tilgængelige beskrivelser af Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram og dets hovedelementer, herunder beskrivelser af kravet til eksterne målinger af metantabet. For virksomheder, der er beskæftiget inden for branchen, er kendskabet til indholdet af det frivillige måleprogram velkendt, og det er ikke korrekt, at det er umuligt at gøre sig bekendt med indholdet af måleprogrammet, og at muligheden for at anvende en lignende ordning dermed skulle være yderst begrænset.

Kravet om tilslutning til Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab eller lignende ordning har desuden været anvendt i tidligere udbud, herunder i ARGO I/S' udbud af forbehandling og bioforgasning af Kildesorteret Organisk Dagrenovation (KOD) (2020/S 028-064978) samt Veforsbrændingens udbud af behandling af Kildesorteret Organisk Dagrenovation (KOD) (2019/S 243-597784), uden at dette tilsyneladende har givet anledning til tvivl om indholdet af det frivillige måleprogram.

Hvis BioVækst eller andre tilbudsgivere var i tvivl om indholdet af det frivillige måleprogram, må det formodes, at der var stillet spørgsmål til det nærmere indhold heraf, herunder til kravene til en lignende ordning. Dette har ikke været tilfældet. For BioVæksts vedkommende fremgår det tilmed af BioVæksts tilbud, at BioVækst er bekendt med det frivillige måleprogram og indholdet heraf, idet BioVækst i sit tilbud skriver følgende:

”2.4 Deltagelse i frivilligt måleprogram for metantab

BioVækst har valgt ikke deltage i det frivillige måleprogram fra Biogasbranchen, da de kritiske kontrolpunkter på Biovækst er noget anderledes end for et gyllebaseret vådbiogasanlæg, ligesom vi anvender en grundigere gennemgang af anlægget end der er lagt op til, i det frivillige måleprogram.”

BioVæksts tilbud var desuden vedlagt en støtteerklæring fra søsterselskabet Aikan A/S, som er medlem af Foreningen Biogasbranchen.

Da indholdet af Foreningen Biogasbranchens frivillige måleordning for metantab er velkendt i branchen og er offentligt tilgængeligt, har Københavns Kommune ikke med kravet om tilslutning hertil eller til en lignende ordning favoriseret de tilbudsgivere, som er tilsluttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab. Der foreligger på den baggrund ikke en overtrædelse af udbudslovens § 40, stk. 4, eller af principperne i udbudslovens § 2 om ligebehandling og gennemsigtighed.

Foreningen Biogasbranchen udsendte i forbindelse med udarbejdelsen af det frivillige måleprogram en orientering om indholdet af måleprogrammet til alle biogasanlæg i september 2016 sammen med den rapport, der var blevet udarbejdet efter gennemførelsen af pilotprojektet i samarbejde med Energistyrelsen. Energistyrelsen udsendte desuden en lignende orientering til alle biogasanlæg i september 2019 om indholdet af og mulighederne for tilmelding til det lignende måleprogram, som Energistyrelsen iværksatte i 2019 i samarbejde med Foreningen Biogasbranchen. Samtlige biogasanlæg, herunder BioVækst, er således blevet orienteret direkte om indholdet af både Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram og Energistyrelsens frivillige måleprogram.

Det frivillige måleprogram er ikke et detaljeret og kompliceret program, men et program, hvis indhold er meget enkelt og klart fremgår af materiale, der er

offentligt tilgængeligt på bl.a. Energistyrelsens hjemmeside, herunder Energistyrelsens faktaark. Det er således ikke afgørende, i hvilken form måleprogrammet er offentliggjort. Afgørende er, at der er tale om et måleprogram, der er velkendt i branchen, og at programmets indhold er offentligt tilgængeligt, hvilket er tilfældet.

Ad påstand 2

BioVækst har gjort gældende, at Københavns Kommunes beslutning om at afvise tilbuddet fra BioVækst strider mod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

BioVæksts måleprogram består af en egenkontrol (hver måned), og en kvantificering af metantabet foretaget af et eksternt målefirma (hvert andet år). Selv om BioVækst ikke har haft adgang til Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab, har BioVækst som en service forsøgt at beskrive de elementer, der overordnet set indgår i BioVækst eget måleprogram. BioVækst har i beskrivelsen valgt at fokusere på egenkontrol, da dette område er det bærende element for frivillige måleprogrammer.

BioVækst har ikke kendskab til Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab i detaljer, men det er BioVækst forståelse, at måleprogrammet tilrettelægges individuelt for hvert anlæg afhængigt af anlæggets opsætning, funktion m.m. På baggrund af drøftelser med kollegaer i branchen – som er tilknyttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram – er det BioVæksts klare vurdering, at BioVæksts måleprogram er både grundigere, hyppigere og mere omfangsrigt end Foreningen Biogasbranchens måleprogram.

BioVækst har valgt ikke at deltage i Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab, fordi dette måleprogram primært er målrettet andre typer anlæg (opgraderingsanlæg og anlæg, der baserer sig på husdyrsgødning eller spildevandsslam), end det, BioVækst anvender. BioVæksts anlæg består af en patenteret flerfaset kombineret hydrolyse, udrådning, kompostering og efterkompostering og anvender i øvrigt en batch-proces, hvor konkret affald kan spores frem til det færdige kompostprodukt, i modsætning til biogasanlæg, som er baseret på flydende fraktioner. Derfor er processerne i an-

lægget og de tilhørende målepunkter anderledes end på de anlæg, som Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram som udgangspunkt henvender sig til.

BioVæksts tilbud opfylder Københavns Kommunes krav, fordi BioVækst tilkendegiver, at virksomheden anvender et andet lignende måleprogram end Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram. Københavns Kommune begrundede afvisningen af BioVæksts tilbud med, at BioVækst selv – og ikke et eksternt målefirma – foretager kvantificeringen af metantabet. Dette er ikke korrekt, og det fremgår ikke af BioVæksts beskrivelse af måleprogrammet. BioVækst har ikke beskrevet, at BioVækst selv foretager kvantificeringen af metantab, men har alene beskrevet den egenkontrol, som BioVækst foretager. Selve kvantificeringen af metantab er ikke omtalt i beskrivelsen. BioVækst får udført kvantificering af et eksternt målefirma, og det betyder, at Københavns Kommune lægger forhold til grund for afvisningen, som ikke har hold i virkeligheden, og som ikke er beskrevet af BioVækst i tilbuddet.

Københavns Kommune er ikke forpligtet til at stille opklarende spørgsmål til tilbuddet, men situationen taget i betragtning kunne opklarende spørgsmål potentielt have afhjulpet den ulighed, der er opstået mellem de tilbudsgivere, der har anlæg, som er tilsluttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram, og de tilbudsgivere, der ikke har sådanne anlæg. Et opklarende spørgsmål om BioVæksts måleprogram kunne have imødegået denne ulighed og dermed have stillet BioVækst i en situation, som var sammenlignelig med de tilbudsgivere, som har anlæg, der er tilsluttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab.

Københavns Kommune har ikke i udbudsmaterialet fremhævet, at det var et centralt element i Foreningen Biogasbranchens måleprogram, at anlæggets metantab kvantificeres af et eksternt målefirma med jævne mellemrum. Hvis det var sket, ville BioVækst i sit tilbud have påpeget, at kvantificeringen sker ved et eksternt målefirma. Det primære indhold af et måleprogram – det gælder både Foreningen Biogasbranchens og BioVæksts eget program – er den løbende kontrol med anlæggene, som udføres af virksomhederne. Det er denne egenkontrol, som for BioVæksts vedkommende adskiller sig fra Foreningen Biogasbranchens måleprogram, og som BioVækst derfor har beskrevet i overordnede termer.

Københavns Kommune ikke har sikret tilbudsgiverne lige adgang til måleprogrammet og har samtidig ikke fremhævet, at den del af måleprogrammet, som angår kvantificering, var central for kommunen. Kommunen har derfor inddraget forhold, som ligger uden for beskrivelsen i udbudsmaterialet, når kommunen lader spørgsmålet om kvantificering af et eksternt målefirma indgå i vurderingen af, om BioVækst tilbud er konditionsmæssigt. Kommunen fejllæser også BioVæksts tilbud ved at lægge sine egne antagelser til grund for afvisningen.

Københavns Kommune har ikke i udbudsmaterialet krævet dokumentation for eksternt kontrol.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunens afvisning af BioVæksts tilbud ikke er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

BioVækst har anført, at målingerne af metantabet på BioVæksts biogasanlæg foretages af et eksternt firma og således ikke af BioVækst selv, som Københavns Kommune har lagt til grund ved sin afvisning af tilbuddet. Kommunen har dog lagt beskrivelsen i BioVæksts tilbud til grund for afvisningen. Beskrivelsen efterlader det klare indtryk, at det er BioVækst selv, der foretager kvantificeringen af metantabet, idet der henvises til ”eget måleudstyr”, ligesom det er på baggrund af ”vores løbende egenkontroller og analyser af anlægget”, at det ”vurderes og beregnes”, hvor stort metantabet er. BioVækst henviser ikke til kontrolmålinger foretaget af eksterne målefirmaer.

BioVækst har heller ikke – i modsætning til de øvrige tilbudsgivere – vedlagt dokumentation for metantabet i form af eksterne målinger, og Københavns Kommune havde derfor ikke mulighed for med udgangspunkt i en sådan dokumentation at lægge til grund, at kvantificeringen af metantabet trods tilbuddets formuleringer foretages af et eksternt firma. BioVækst havde alene vedlagt sit tilbud et udfyldt Bilag 11, hvoraf det fremgår, at BioVækst forpligter sig til at overholde et maksimalt metantab på 0,4 % af produceret metan på BioVæksts biogasanlæg.

Københavns Kommune vurderede, om kommunen indenfor rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5, kunne stille et opklarende spørgsmål om, hvorvidt BioVækst anvender et eksternt firma til at kvantificere metantabet, men kommunen vurderede, at dette ville være forbundet med en risiko for at overtræde

forhandlingsforbuddet og ligebehandlingsprincippet, da dette kunne blive opfattet som et forsøg på at få BioVækst til at frafalde et grundlæggende forbehold. Det indgik i denne vurdering, at de ovenfor citerede formuleringer i BioVæksts tilbud efterlod et klart indtryk af, at der var tale om egne og ikke eksterne målinger.

BioVæksts tilbud skabte tvivl om, hvorvidt BioVæksts tilbud levede op til kravet om tilslutning til Foreningen Biogasbranchens frivillige måleordning for metantab eller en tilsvarende ordning, herunder kravet om eksterne målinger af metantabet. BioVækst bærer som tilbudsgiver risikoen for sådanne uklarheder i tilbuddet, og Københavns Kommune havde derfor ret til og også pligt til at afvise BioVæksts tilbud som ukonditionsmæssigt.

BioVækst oplyser i sit tilbud, at BioVækst ikke deltager i Foreningen Biogasbranchens måleprogram, uden samtidig at oplyse, om BioVækst deltager i en anden lignende ordning, eller på hvilken måde BioVækst opfylder kravet. Beskrivelserne i tilbuddet efterlader dermed usikkerhed om, hvorvidt kravet om tilslutning til en lignende ordning som Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram er opfyldt.

Ad påstand 3

BioVækst har ikke anført noget til støtte for annullationspåstanden.

Københavns Kommune har gjort gældende, at der efter det, som er anført ad påstand 1 og 2, ikke er grundlag for at annullere Københavns Kommunes tildelingsbeslutning af 9. juni 2020.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter udbudslovens § 40, stk. 1, skal en ordregiver anføre de tekniske specifikationer som defineret i punkt 1 i bilag VII til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud. Punkt 1 i bilag VII i udbudsdirektivet indeholder følgende definition af ”tekniske specifikationer” i forhold til bl.a. tjenesteydelseskontrakter (punkt 1 b):

”... en specifikation i et dokument, som fastlægger krævede egenskaber ved et produkt eller en tjenesteydelse, som f.eks. kvalitetsniveau, miljø- og klimapræstation, udformning til alle behov (herunder adgang for handicappede), overensstemmelsesvurdering, funktionsdygtighed, brugen af produktet, sikkerhed, dimensioner, herunder forskrifter, der vedrører handelsbetegnelse og terminologi for produktet, symboler, prøvning og prøvningsmetoder, emballering, mærkning og etikettering, brugsvejledning, produktionsprocesser og -metoder på et hvilket som helst tidspunkt i indkøbets eller tjenesteydelsens levetid samt procedurer for overensstemmelsesvurdering ...”

I § 40, stk. 4, er anført, at de tekniske specifikationer skal give økonomiske aktører lige adgang til udbuddet og ikke må bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence.

Københavns Kommune fastsatte ved udbuddet et mindstekrav om, at ”Leverandøren forpligter sig til at anvende et/flere biogasanlæg, der er tilsluttet Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab eller eventuelt anden lignende ordning”.

Det er ubestridt, at udbudsmaterialet ikke indeholder en nærmere beskrivelse af Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram, og der er ikke i materialet en henvisning til, hvor de tilbudsgivere, der ikke er medlemmer af foreningen, kan gøre sig bekendt med måleprogrammet. Efter de foreliggende oplysninger om omtalen af det frivillige måleprogram for metantab i biogasbranchen og af Energistyrelsen lægger klagenævnet dog til grund, at indholdet af måleprogrammet generelt er kendt i branchen.

At BioVækst også har været bekendt med måleprogrammet støttes af indholdet af BioVæksts tilbud, hvor det bl.a. er anført:

”BioVækst har valgt ikke deltage i det frivillige måleprogram fra Biogasbranchen, da de kritiske kontrolpunkter på BioVækst er noget anderledes end for et gyllebaseret vådbiogasanlæg, ligesom vi anvender en grundigere gennemgang af anlægget end der er lagt op til, i det frivillige måleprogram.”

BioVækst har under klagesagen i øvrigt fremlagt den første side af Energistyrelsens faktaark: ”Pas på metantab fra biogasanlæg”. Det må anses for åbenbart, at BioVækst har været bekendt med hele faktaarket, som på side 2 indeholder en nærmere beskrivelse af, hvad programmet består af.

Klagenævnet finder det herefter ubetænkeligt at lægge til grund, at også BioVækst har været bekendt med Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab. Københavns Kommune har derfor ikke handlet i strid med udbudslovens § 2 eller § 40, stk. 4.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Efter Energistyrelsens faktaark med titlen: ”Pas på metantab fra biogasanlæg”, består Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab af følgende:

”...

- Egenkontrol, hvor driftspersonale undersøger anlægget for kilder til metantab. Dette skal gøres minimum hver anden måned. Planen for egenkontrollen udarbejdes i et samarbejde mellem biogasanlægget og en ekstern konsulent.
- Kvantificering, hvor metantabet fra anlægget måles af et eksternt målefirma ca. hvert andet år.
- Resultatet af kvantificeringen indberettes til et sekretariat og offentliggøres i anonymiseret form.

...”

BioVækst har i tilbuddet beskrevet sit måleprogram for metantab således:

”...

Vi foretager løbende egenkontrol med eget gasmåleudstyr på kritiske punkter flere gange om måneden, og en komplet gennemgang og minimum hver 3. måned.

Vores kontrolpunkter er:

...

... Fra vores løbende egenkontroller og analyser af anlægget, vurderes og beregnes det, at det samlede tab på årsbasis maksimalt udgør 0,4% af den samlede producerede gas.

...”

Kontrolpunkterne er beskrevet i seks punkter. Ingen af punkterne indeholder beskrivelse af en ekstern kontrol, og BioVækst har ikke i øvrigt beskrevet, at der foretages kontrolmålinger af eksterne målefirmaer.

BioVæksts beskrivelse af virksomhedens måleprogram for metantab indeholder ikke en omtale af ekstern kontrol, og Københavns Kommune har ikke med BioVæksts beskrivelse i øvrigt haft mulighed for at konstatere, at BioVæksts måleprogram har karakter af en ”lignende ordning” som Foreningen Biogasbranchens frivillige måleprogram for metantab. Da BioVækst som tilbudsgiver bærer risikoen for eventuelle uklarheder i tilbuddet, og da Københavns Kommune ikke har været forpligtet til at anmode BioVækst om at præcisere tilbuddet, har Københavns Kommune ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at afvise BioVæksts tilbud som ukonditionsmæssigt, fordi det ikke opfyldte det fastsatte mindstekrav.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 3

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 og 2 til følge, er der ikke grundlag for at annullere Københavns Kommunes tildelingsbeslutning.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

BioVækst A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 25.000 kr. i sagsomkostninger til Københavns Kommune, Teknik og Miljøforvaltningen.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig