

K E N D E L S E

DKK Plastics ApS
(cand.merc.jur. Mette Søgaard-Andersen Typp, Fredensborg)

mod

AffaldPlus I/S
(advokat Niels Thestrup, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 188-489395 af 23. september 2021, offentliggjort den 28. september 2021, udbød AffaldPlus I/S (herefter AffaldPlus) som offentligt EU-udbud efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt om tjenesteydelser i forbindelse med behandling og afsætning af husstandsindsamlet plast. Kontrakten var 2-årig med en angivet startdato den 1. januar 2022 og med mulighed for forlængelse 2 gange 1 år. Udbuddet havde en anslået værdi på 24 mio. kr. Tildelingskriteriet var det økonomiske mest fordelagtige tilbud baseret på pris.

AffaldPlus modtog tre tilbud, blandt andet fra DKK Plastics ApS (herefter DKK Plastics). Den 3. december 2021 meddelte AffaldPlus, at kontrakten ville blive tildelt Damifo Vojens A/S (herefter Damifo).

Den 12. august 2022 indgav DKK Plastics klage til Klagenævnet for Udbud over AffaldPlus. Klagen har været behandlet skriftligt.

DKK Plastics har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at AffaldPlus har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og

§ 178, ved at undlade at håndhæve kontrakten og hertil hørende mindstekrav for den udbudte ydelse, hvorved AffaldPlus har ændret et grundlæggende element i kontrakten, uden at gennemføre en ny udbudsprocedure.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal erklære kontrakten mellem AffaldPlus og Damifo for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal pålægge AffaldPlus en økonomisk sanktion for den del af kontrakten mellem AffaldPlus og Damifo, der på tidspunktet for kendelsens afsigelse allerede er gennemført, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 19, stk. 2, nr. 3.

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

Klagenævnet har den 15. august 2022 meddelt AffaldPlus' kontraktpart, Damifo, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Damifo har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

AffaldPlus er et kommunalt fællesskab i medfør af kommunestyrelseslovens § 60 og har bl.a. til opgave at forestå indsamling af genanvendeligt husholdningsaffald i interessentkommunerne.

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a. følgende:

”3.3. Modtageanlæg

...

Hvis modtageanlæg/behandlingsanlæg er beliggende udenfor Danmark, skal entreprenøren sørge for at søge om tilladelse til grænseoverskridende transport jf. transportforordningen, alternativt optage AffaldPlus som producent på en eksisterende godkendelse.

Såfremt de nødvendige tilladelser ikke foreligger pr. 1. januar 2022 vil kontrakten først træde i kraft når de er på plads. AffaldPlus vil maksimalt acceptere en udsættelse til 1. april 2022 for kontraktstart.

...

3.7. Misligholdelse

AffaldPlus har ret til at ophæve kontrakten, hvis vilkårene for arbejdets udførelse væsentlig misligholdes. Hvis kontrakten ophæves, er AffaldPlus berettiget til at overdrage arbejdet til anden side.

Som væsentlig misligholdelse betragtes bl.a. at entreprenøren ikke kan modtage affald kontinuert eller fremviser mangel på opfyldelse af kontraktlige forpligtigelser, herunder tilsidesættelse af afgivne skriftlige advarsler samt ikke sorterer eller genanvender fraktionerne efter gældende regler.

...

3.9. Voldgift

Enhver tvist om forståelse af kontrakten, eller i anledning af det af aftalen omfattede arbejde, afgøres endeligt ved voldgift i henhold til "Regler for behandling af sager ved Det Danske Voldgiftsinstitut".

...

3.11. Dokumentation for forbehandling og afsætning

Materialerne skal behandles som beskrevet jf., betingelserne i nærværende udbudsmateriale samt i overensstemmelse med modtageanlæggets gældende miljøgodkendelse.

Kvaliteten af indberetningen af affaldsfraktioner der genanvendes, skal være baseret på til enhver tid egnede beregnings- og målepunkter i forhold til gældende Dansk og international lovgivning.

Som dokumentation for behandlingen af affaldet skal der hvert måned fremsendes en massebalance til AffaldPlus. Massebalancen skal være baseret på batchkørsler, og som minimum indeholde:

- Indvejede mængder.
- Udvejede mængder til hhv. genanvendelse, forbrænding, mv.
- Oplysninger om hvilke anlæg, som har modtaget de udvejede mængder samt oplysninger om, hvordan disse anlæg behandler materialerne.
- Det skal for hver anlæg oplyses den reelle genanvendelse defineret som mængden af sorteret affald, som uden yderligere forberedende foranstaltninger bringes ind i den oparbejdningsproces, hvor affaldet konkret omdannes til produkter, materialer eller stoffer.

- Der skal for hvert anlæg oplyses hvor meget som frasorteres, og hvad der sker med hver af de frasorterede fraktioner.
- Restanalyser, som viser indholdet af targetmaterialer.
- Alle nævnte data skal kunne dokumenteres.

Massebalancen skal fremsendes senest den 15. i den følgende måned til AffaldPlus.

Første gang massebalancen skal fremsendes er for januar måned 2022 og fremsendelse skal ske senest den 15. februar 2022.

3.12. Ændringer i ydelsen

Affaldsmængderne angivet i tilbudslisten er baseret på forventede mængder for 2022, og er alene et estimat, som ikke er bindende for ordregiver. Kontraktthaver skal derfor tåle såvel mindre som større mængder i aftaleperioden.

Entreprenøren skal inden for de afgangne enhedspriser acceptere en variation i forhold til de samlede årlige mængder på +/- 25% i 2022 og 2023.

Såfremt mængden ændres ud over de ovenstående rammer, eller fraktionsopdelingen ændres, optages der forhandling om ændring af den pågældende kontrakt. Sådanne ændringer kan indebære så store ændringer af kontrakten, at det udløser udbudspligt for AffaldPlus, hvorved AffaldPlus kan hæve kontrakten med 3 måneders varsel. I så fald har entreprenøren intet krav mod AffaldPlus, selvom udbud finder sted før kontraktperiodens udløb.

...

4. Beskrivelse af opgave

Opgaven omfatter forbehandling, mekanisk sortering og afsætning af den husstandsindsamlede plastfraktion inkl. Mad- og drikkevarekartoner, i alt ca. 3000 tons pr. år.

...

4.2 Entreprenørens ydelse

Entreprenørens ydelse omfatter:

- Modtagelse og indvejning af affaldsfraktionen.
- Oparbejdning og sortering af affaldsfraktionen således at den kan genanvendes efter gældende regler.
- Afsætning af genanvendelige materialer.
- Indberetning af data til den nationale database samt til AffaldPlus
- Udarbejdelse af massebalance med opgørelse af den reelle genanvendelse

Plast/metalaffaldet skal behandles på et anlæg med henblik på at sikre en høj reel genanvendelse. Hvis det usorterede affald afsættes til en samarbejdspartner med henblik på sortering til genanvendelse, påhviler det kontrakt-haver at sikre den aftalte reelle genanvendelse og dokumentation heraf.

Ydelsen består af modtagelse og indvejning, oparbejdning og sortering af fraktionen således at de udsorterede materialer kan genanvendes efter gældende regler.

Sorteringen skal ske på et anlæg inden for EU/EØS og de udsorterede fraktioner skal ligeledes afsættes til genanvendelse inden for EU/EØS. Restfraktionen skal nyttiggøres i EU/EØS.

Behandlingen af restfraktionen skal ske under hensyn til affaldshierakiet

- 1) genbrug og genanvendelse;
- 2) forbrænding med energiudnyttelse;
- 3) deponering

4.2.1 Krav til dokumentation for genanvendelse

Tilbudsgiver skal dokumentere at behandlingsanlæg er miljøgodkendt til modtagelse og behandling af affaldet. Såfremt leverandøren skifter behandlingsanlæg, skal tilbudsgiver oplyse navn på nyt behandlingsanlæg og tilsendes behandlingsanlæggets miljøgodkendelse eller lignende udenlandsk godkendelse. Dette skal ske mindst 1 måned før første levering til det nye anlæg.

Leverandøren skal dokumentere, at affaldet afleveres på et anlæg (som oplyst i tilbuddet), der kan forberede affaldet med henblik på genbrug eller genanvendelse.

Leverandøren skal endvidere dokumentere, hvor meget af affaldet, der reelt bliver genanvendt. Dette sker ved at udfylde massebalancen hver måned, senest den 15. efter udgangen af en måned skal tilsendes ordregiver.

Pr. 1. januar 2022 skal der følgende krav til reel genanvendelse overholdes (Ekskl. fejlsorteringer):

- minimum 60 % af det indsamlede plastaffald”

I underretningen af 3. december 2021 om tildelingen meddelte AffaldPlus, at kontrakten blev tildelt Damifo, hvis tilbudssum var 5.499.000 kr. DKK Plastics' tilbud lød på 5.925.000 kr.

Efter udløb af standstill-perioden indgik AffaldPlus den 15. december 2021 kontrakt med Damifo.

DKK Plastics anmodede den 21. juni 2022 AffaldPlus om aktindsigt i dokumenter i relation til tilbuddet fra Damifo således:

”...

Der ønskes aktindsigt i dokumentation for beregning af krav til reel genanvendelse samt beregningsmetoder jf. 4.2.1 "Krav til dokumentation for genanvendelse".

Der ønskes aktindsigt i dokumentationen for beregningerne af samtlige massebalancer for perioden 1/1-2022 og frem til d.d.

Kan AffaldPlus oplyse hvorvidt der har været ændringer i beregningsmetoder i perioden 1/1-2022 frem til d.d. og i så fald hvilke?

...

Der ønskes aktindsigt i de månedlige Massebalancer som nævnes i udbudsmaterialet 3. SÆRLIGE BETINGELSER afsnit 3.11 "Dokumentation for forbehandling og afsætning".

Der ønskes aktindsigt i samtlige massebalancer for perioden 1/1-2022 og frem til d.d. Dvs. fem massebalancer den 15/2, 15/3, 15/4, 15/5 og 15/6-2022.

Der ønskes endvidere aktindsigt i oplagrede mængder af ikke sorteret/behandlet materialer fra AffaldPlus leveret til tilbudsgiver i samme periode.”

Den 30. juni 2022 besvarede AffaldPlus anmodningen således:

”...

AffaldPlus skal til spørgsmålet om massebalancer oplyse følgende:

AffaldPlus har til dato ikke modtaget nogle mas[s]ebalancer, idet Damifo først nu er begyndt at processere det afleverede mængde. Fra kontraktstart og frem til dato for anmodningen er der leveret i alt 1598 tons.

AffaldPlus skal supplerende oplyse, at vi ikke finder massebalancer er omfattet af kravet om aktindsigt. Vi skal i stedet i den forbindelse henvise til vores hjemmeside, hvor vi sammenfatter essensen af disse med henblik på offentliggørelse. Den senest offentliggjorte version er således DKK-plastics fra 4.kvtl. 2021 på basis af EGN-tal.”

DKK Plastics anmodede den 3. august 2022 om aktindsigt i følgende:

”Vi vil gerne søge aktindsigt i den månedlige massebalance for juni måned som skulle være leveret i juli og gerne hvis I har modtaget massebalance for juli måned.

- Er de modtaget af Affaldplus?
- Og i så fald hvad viser de?
- Hvor meget og i hvilken kvalitet er blevet oparbejdet?

Derudover vil vi gerne have aktindsigt i den korrespondance, som Affaldplus har haft med Damifo omkring de allerede leverende nu oplagrede mængder af ikke sorteret/behandlet husholdningsaffald.

Vil de allerede leverede mængder bliver oparbejdet og vil det forventes at der opnås minimum 60% reel genanvendelse?

Har der i øvrigt været svigt eller afvigelser af kvaliteten af nogle af de leverede mængder? I så fald vil vi gerne søge aktindsigt i om det aftalte af det videre forløb.”

Den 16. august 2022 besvarede AffaldPlus anmodningen således:

”...

AffaldPlus skal til spørgsmålet om massebalancer oplyse følgende:

AffaldPlus har til dato modtaget en massebalance for juni måned, som vedlægges denne mail.

AffaldPlus er i dialog med Damifo om udformningen af skema til massebalance, hvorfor den fremsendte oversigt skal ses som et 1. udkast.

AffaldPlus finder, at de øvrige rejste spørgsmål vedrørende den daglige drift ikke er omfattet af reglerne om aktindsigt, der alene giver ret til at blive gjort bekendt med dokumenter, der indgår i offentlige myndigheders administrative sagsbehandling, men ikke ret til at stille og få besvaret spørgsmål.

...”

Den 25. august 2022 svarede DKK Plastics bl.a. følgende:

”Det fremgår at der er sorteret 65,4 tons i juni måned. Af dem er 1,8 tons (EBS) og 32,6 tons (forbrænding) i alt 34,4 tons, det udgør 53% som altså er sendt til energiudnyttelse.

Dvs. at kun 47% af det husholdningsindsamlede plastaffald inklusive metaller og MDK sendes til videre forarbejdning med henblik på oparbejdning til ikke-affald (jf. affaldshierarkiet). Med processtab i step 2 in mente, på mellem 15,5% - 40% for plastfraktionerne vil den reelle genanvendelsesandel af plastaffald udgøre ca. 30%. Kravet i afsnit 4.2.1 i udbudsmaterialet fra jeres udbud og Lovkravet er minimum 60%.

DKK har oparbejdet husholdningsindsamlet plastaffald siden 2014 og der er erfaringsmæssigt 35-40% mix plastics i de husholdningsindsamlede affaldsfraktioner, det omfatter også AffaldPlus fraktion, som vi har flere års erfaring i at oparbejde. (jf. tidligere fremsendte månedsrapporter fra DKK til AffaldPlus). Det er ikke muligt at opnå minimum 60% reel genanvendelse uden væsentligt bedre forsortering og oparbejdelse af mixplastic. Emballager for fødevarer er typisk fremstillet af plastlaminater, altså mixplastic som kan og bør oparbejdes for at kunne opnå lovkrav på minimum 60% reel genanvendelse. I bør derfor indstille leverancer og undlade samlet set at sende mere end 65% til energiudnyttelse. (42,9 ton ud af 65,4 ton).

Som vi havde forventet, og som vi ligeledes har anført i vores klageskrift, der er fremsendt til Klagenævnet for Udbud den 12. august 2022, kan vi af ovenstående konstatere, at Damifo Vojens A/S ikke lever op til kontraktens krav om at der pr. 1. januar 2022 er krav til reel genanvendelse på minimum 60 % af det indsamlede plastaffald.

DKK Plastics ApS vil opfordre AffaldPlus til at anvende kontraktens misligholdelses beføjelser og opsigelse kontrakten med Damifo Vojens A/S. ...”

Efter opfordring fra DKK Plastics har AffaldPlus den 27. september 2022 informeret om, at der tillige blev afholdt driftsmøde den 28. marts 2022, at Damifo har anskaffet en yderligere NIR-station, og at Damifo alene har fremsendt fakturaer på behandlet affald.

Af referatet fra mødet den 28. marts 2022 fremgår:

”...

Ad. 1) Status på leveringer.

Enighed om at leveringerne kører i god gænge. AffaldPlus er fleksible overfor andre leveringsrytmer, hvis blot materialer haves. AffaldPlus modtages normalt plast til balning tirsdag og torsdag.

Ad. 2) Status for behandling – plan fremover.

Jesper og Adrian tilkendegav, at nye linje forventes idriftsat i løbet af april, enten lige før eller lige efter påske. Damifo har været ramt af en række leveringsproblemer.

Når linjen er i drift, vil det ophobede mellemlager på i størrelsesordenen 750-800 ton blive søgt nedbragt hurtigst muligt, og plasten vil herefter blive behandlet i den takt, den kommer. Der må sondres mellem situationen ved nedbringelse af lager og situationen i f.m. den efterfølgende normaldrift hvad angår rapportering (se pkt. 4) og fakturering (se punkt 7).

Ad. 3) Besigtigelse af nyt sorteringsanlæg.

Hallen besigtigedes, og Jesper og Adrian forklarede, hvorledes den nye linje vil blive indpasset, og hvordan der vil blive sikret batchskørsler.

Ad. 4) Skema til dokumentation for genanvendelse.

Jesper forklarede, hvordan der månedsvis vil blive rapporteret om sortering den pågældende måned i enkeltfraktioner (altid batch-vis for Affald-Plus-mængder), ligesom månedsrapporterne også vil indeholde data vedr. tabsrater på anlæg nedstrøms.

For visse anlæg vil der her kunne rapporteres på AffaldPlus-batchses, og for andre alene med generelle tabsrater. Det vil fremgå tydeligt af nedstrøms-rapporteringerne, hvilke data der er batch-relaterede, og hvilke der er baseret på gennemsnitlige tabsrater. Den samlede genanvendelsesprocent (reel genanvendelse) vil blive beregnet i hver månedsopgørelse, men grundet periodisering (de enkelte batchs behandles først efterfølgende måned eller senere på nedstrøms anlæg), vil genanvendelsesprocenten blive beregnet på basis af senest rapporterede tabsrater på nedstrømsanlæg.

I fasen med nedbringelse af lager vil afrapporteringen blot følge de månedlige faktureringer, og nedstrømstabene vil i starten være baseret på generelle tabsrater.

Der var enighed om at betragte de første rapporteringer som indkøringsresultater, indtil Damifo melder ud, at resultaterne afspejler normal-drift, og at AffaldPlus ikke videregiver resultaterne fra testfasen andet end til internt brug.

Ad. 5) EBS (hvad gør vi på sigt)

Jesper forklarede, at Damifo er meget opmærksom på, at der skal findes genanvendelsesmuligheder for en andel af EBS'en, hvis de 60 % genanvendelse skal opnås. Damifo indgår p.t. i tre forskellige samarbejdsrelationer herom, og er også åben overfor eventuelle input fra AffaldPlus.

Foreslog fælles-seance, hvor vi sorterer på såvel rejekt (se pkt. 6) som EBS og brainstormer på mulighederne.

Henrik mindede om, at AffaldPlus også er med på sidelinjen i et DTU-projekt om konvertering af plast til olie, hvor der på et tidspunkt kan blive brug for en prøve på EBS, hvilket Jesper bekræftede, at Damifo gerne stiller til rådighed.

Ad. 6) Rejekt analyse

Jesper forklarede, at Damifo vil udtage stikprøver af rejktet (det, der sendes til forbrænding) og analysere på, hvad det består af, herunder vurdere muligheden for evt. optimering af udsorteringen af *target*-materialer, der fejlagtigt havner i rejktet, samt vurdere, om der kan være genanvendelsesmuligheder for nogen af de andre fraktioner i rejktet, og i givet fald, om de vil være mulige at udsortere m.h.p. genanvendelse. Jesper inviterede som nævnt under pkt. 5 AffaldPlus til at være med ved en af disse sorteringer og herunder til at deltage i drøftelserne af, hvilke muligheder, der kunne tænkes at være for eventuel genanvendelse.

Ad. 7) Fakturering (nyt punkt)

Tina fremlagde modeller for fakturering, og der var enighed om, at så længe der er tale om nedbringelse af lager, afsendes blot månedlige fakturaer over de faktisk behandlede mængder, uanset hvornår de måtte være indvejet.

Når vi kommer i normal-drift, er Helle interesseret i at kunne se de ordrenumre, vi har tildelt de enkelte forsendelser, på fakturaen (for at kunne holde styr på sit bogholderi). Faktura udstedes månedsvis på basis af vægten ved udvejning af fraktionen den pågældende måned fra AffaldPlus' brovægt. Vi aftaler nærmere, når vi når til normal drift.

Ad. 8) Evt.

På rundturen hilste vi på Ruth i indvejningen, som var enig i, at forsendelserne forløber upåklageligt, og som var glad for, at der er enighed parterne imellem om at ændre på forsendelsesmønstret om ønsket (hvis ellers AffaldPlus har noget at oversende).

Damifo indbyder til besigtigelse af anlægget, når det er indkørt, og inviterer til fælles-seance med sortering på EBS og rejekt.”

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden

AffaldPlus har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at klagensævnet ikke har kompetence til at behandle klager, der vedrører spørgsmål om

overholdelse af kontrakter, jf. klagenævnets kendelser af 22. juni 2011, Eco-lab A/S mod Region Sjælland, af 13. februar 2006, Haubjerg Interiør A/S mod Vejle Amt, og af 16. marts 2017, Holbech Lys mod DSB.

DKK Plastics har gjort gældende, at klagen ikke handler om, at klagenævnet skal konstatere, at kontrakten mellem AffaldPlus og Damifo er misligholdt, men derimod om det forhold, at AffaldPlus ved ikke at håndhæve den udbudte kontrakt har ændret kontraktens indhold og vilkår i en så væsentlig grad, at den burde have været genudbudt.

Klagenævnet kan tage stilling til ændringer af eksisterende kontrakter, idet dette reguleres af udbudsreglerne, jf. udbudslovens §§ 178-184. Det følger heraf, at klagenævnet ligeledes kan tage stilling til, om manglende håndhævelse af en kontrakt, hvor leverandøren misligholder kontrakten, er tilstrækkeligt til, at kontrakten må anses for at være så forandret, at den skulle have været i fornyet udbud.

Ad påstand 1

DKK Plastics har gjort gældende, at AffaldPlus har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og § 178 ved at undlade at håndhæve kontrakten og de hertil hørende mindstekrav for den udbudte ydelse, hvorved AffaldPlus har ændret et grundlæggende element i kontrakten uden at gennemføre en ny udbudsprocedure. Ændringen forrykker såvel grundlaget for konkurrencen som kontraktens økonomiske balance.

Det er et krav, at de materialer, der er omfattet af kontrakten, skal behandles som beskrevet i udbudsmaterialet, samt at der hver måned skal fremsendes dokumentation for behandling af affaldet. Af udbudsbetingelserne pkt. 3.11. fremgår, at dokumentationen skulle indeholde en massebalance, baseret på batchkørsler. Af samme pkt. følger, at massebalancen skulle fremsendes senest den 15. i den følgende måned til AffaldPlus, første gang for januar måned 2022, hvor fremsendelse skulle ske senest den 15. februar 2022. Dette må forstås sådan, at det var et mindstekrav, at sortering af affald skulle påbegyndes allerede ved kontraktens start den 1. januar 2022. Kravene til dokumentation for genanvendelse er beskrevet i udbudsbetingelsernes pkt. 4.2.1, hvor formuleringen er udtryk for et minimumskrav til aflevering af massebalancer.

AffaldPlus' væsentlige ændring af kontrakten medfører, at den tildelte kontrakt, efter frafaldet af mindstekravene, har karakter af en ny kontrakt, som skal udbydes efter udbudsreglerne. AffaldPlus har imidlertid ikke gennemført et nyt udbud, hvorfor der derfor er tale om en ulovlig direkte tildeling.

Damifo har ikke udarbejdet rapporter, som dokumenterer behandling af materialerne, eller behandlet noget materiale overhovedet i kontraktens første 5 måneder. Ved ikke at håndhæve kontrakten har AffaldPlus foretaget grundlæggende ændringer af kontrakten, som derfor skulle have været genudbudt. Kontrakten må i sin helhed betragtes som en ulovlig direkte tildeling, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, da der allerede er faktureret for det affald, som AffaldPlus har leveret til Damifo, uagtet at dette ikke er behandlet.

Af udbudsbetingelserne pkt. 3.12. fremgår, at ændringer kun kan accepteres op til +/- 25 %, idet der ellers kan være tale om så grundlæggende ændringer, at AffaldPlus er nødsaget til at foretage genudbud. AffaldPlus har således været opmærksom på, at man ikke kan ændre en indgået kontrakt ubegrænset. Begrænsningerne gælder ikke alene ændringer, der pålægger leverandøren en større byrde eller en mindre indtjening, men gælder ligeledes, og endda i endnu højere grad, lettelse af de byrder, der er pålagt leverandøren, og som samtidig er defineret som mindstekrav, idet disse er krav, der ikke kan fraviges.

Det fremgår desuden af udbudsbetingelserne afsnit 3.3. at AffaldPlus ville acceptere en udsættelse af kontraktstarten til 1. april 2022, men kun hvis affaldet skulle sendes til udlandet, og en godkendelse af dette først kunne være klar senere end kontraktstart. Denne absolutte grænse for forsinkelser må ligeledes være gældende i andre, mindre ekstraordinære tilfælde af forsinkelse.

AffaldPlus valgte indledningsvis at acceptere, at der ikke skete sortering i en lang periode, og herefter at der skete manuel sortering, dette betyder at sorteringen sker på en måde, der ikke lever op til lovens krav om, at minimum 60 % af det indsamlede plastaffald anvendes til reel genanvendelse (eksklusive fejlsorteringer). Der er derfor tale om et krav, der helt ubetinget skal overholdes, hvilket også fremgår af både udbudsbetingelserne og kontrakten.

I udbudsloven §§ 178 – 183 er det præciseret, i hvilke konkrete situationer en ændring med sikkerhed har indflydelse på udbudsprocedurens udfald, og som det derfor ikke er tilladt at gennemføre, uden en ny udbudsprocedure. En ændring anses altid for at være en ændring af grundlæggende elementer, når ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte, eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1. Bestemmelsen er udtryk for, at ændringer, der forrykker grundlaget for konkurrencen under det forudgående udbud, altid er grundlæggende.

Frafald af kravene til plastsortering og dokumentation i form af rapporter med massebalancer har ændret grundlæggende elementer, idet der er tale om et mindstekrav til plastsortering og rapporter, som ovenikøbet er kernen af kontraktens genstand. Der er derfor tale om en ulovlig ændring af et grundlæggende element, som kræver et nyt udbud.

Såfremt mindstekravet om behandling og dokumentation ikke havde været et vilkår i det oprindelige udbudsgrundlag for kontrakten, havde andre leverandører, som ikke opfyldte mindstekravet, også haft mulighed for at byde på opgaven. Dette kunne være andre leverandører, der ikke ved kontraktens start havde et fungerende oparbejdningsanlæg. Ved at foretage ændringen efter udbuddet har AffaldPlus således handlet på en måde, der har kunnet udelukke leverandører fra at deltage i udbuddet. Herudover kan det have haft en væsentlig indflydelse på prissætningen, hvilket var det eneste tildelingskriterium, hvorved AffaldPlus' handlinger ligeledes har kunnet forrykke konkurrencen væsentligt.

For at leve op til de omhandlede mindstekrav om opstart af behandling og dokumentation indeholdt DKK Plastics' tilbud en forudsætning om, at sortering af plastaffaldet skulle foregå på et allerede etableret og funktionsdygtigt anlæg, et anlæg, der i etablering og drift er forbundet med store omkostninger. Dette har medført, at DKK Plastics' tilbudspriser ligeledes var højere end Damifos priser.

AffaldPlus har helt fra begyndelsen af aftaleperioden kunnet konstatere, at Damifo ikke overholdt mindstekravet, og oplyser da også selv: ”Der er således ikke afleveret de krævede massebalancer, idet der ikke har været sorteret affald”.

Det er normalt i branchen, at der faktureres for hele beløbet ved modtagelsen af affaldet, hvilket skyldes, at det er ved modtagelsen af affaldet, at mængden ved indvejning opgøres. Damifo har derfor faktureret for modtagelsen og behandlingen af affaldet, uden at levere andet end transport og opbevaring, hvilket er i strid med kontraktens krav. Den udbudte ydelse, som udgøres af selve sorteringen og genanvendelsen, er derimod ikke leveret. Dermed har frafaldet af mindstekravet medført, at Damifo har opnået en økonomisk fordel, som den oprindelige kontrakt ikke gav mulighed for.

DKK Plastics har henvist til praksis fra klagenævnet, hvorefter ordregivere har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og § 178 ved at ændre et grundlæggende element i kontrakter, jf. f.eks. kendelse af 8. februar 2022, Atea A/S mod Udenrigsministeriet, og kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik. En sådan ændring kan ikke finde sted uden et nyt udbud. DKK Plastics har tillige henvist til kendelse fra KOFA af 30. juni 2015, Reno-Norden mod Eidsvoll Kommune, og til EU-Domstolens dom af 7. september 2016 i sag C-549/14, Finn Frogne mod Rigspolitiet.

AffaldPlus har gjort gældende, at AffaldPlus ikke har undladt at håndhæve den indgåede kontrakt med Damifo, herunder særligt, at AffaldPlus ikke har frafaldet krav til plastsortering og rapporter med massebalancer, og at AffaldPlus ikke har undladt at håndhæve mindstekravene i kontrakten. AffaldPlus har således ikke ændret grundlæggende elementer i kontrakten.

Dersom klagenævnet skulle forholde sig til kontraktmæssige spørgsmål om overholdelse af kontrakter indgået mellem en offentlig myndighed og en virksomhed, ville det bl.a. indebære stillingtagen til en række faktuelle postulater såsom dem, der fremgår af brev af 25. august 2022 fra DKK Plastics. DKK Plastics er af den opfattelse, at den foretagne plastbehandling ikke opfylder lovens krav, og at DKK Plastics vil være bedre egnet til at løse opgaven. AffaldPlus er som offentlig myndighed ansvarlig for, at behandlingen af det indsamlede plast sker i overensstemmelse med lovens krav, hvilket der også er stillet krav om i udbudsbetingelserne afsnit 4.2.1. Det ligger blot ikke inden for klagenævnets kompetence at påse, at dette sker.

Det er ikke usædvanligt, at der kan være udfordringer, herunder forsinkelser, i forbindelse med opstart af nye kontrakter, hvilket der også har været ved kontrakten med Damifo.

AffaldPlus holder løbende driftsmøder med Damifo med henblik på at adressere driftssituationen. Damifo har i forbindelse hermed givet udtryk for, at en ny plastlinje, som skulle have været i drift i foråret, er blevet forsinket som følge af forsinkede leveringer af dele af anlægget, hvilket særligt har været begrundet i, at verdensmarkederne for elektroniske komponenter har været presset som følge af Covid-19 og krigen i Ukraine. Damifo er påbegyndt sorteringen ultimo juni 2022; dog foregår en del af sorteringen fortsat manuelt, da der mangler levering og opsætning af den sidste NIR-enhed til mad- og drikkekartoner. Denne forventes taget i drift inden udgangen af august 2022.

Den opståede forsinkelse har indebåret en vis lageropbygning, men Damifo modtager ikke betaling for affald, der ikke er behandlet. Damifo har afhentet affald fra AffaldPlus' genbrugsterminal uden at modtage betaling for hverken transport eller behandling, idet betaling først vil ske, når affaldet er behandlet.

AffaldPlus har ansvar for forbehandling, mekanisk sortering og afsætning af ca. 3.000 tons husholdningsaffald inklusive mad- og drikkekartoner og har pligt til at påse, at dette sker i overensstemmelse med miljølovgivningens krav. AffaldPlus kan selvsagt ikke fratage krav om, at Damifo leverer kontraktens hovedydelse.

AffaldPlus er imidlertid som kontraktpart nærmest til at vurdere, hvilke misligholdelsesbeføjelser der skal bringes i anvendelse, hvorved bemærkes, at tvistigheder mellem AffaldPlus og Damifo, herunder tvistigheder om "det af aftalen omfattede arbejde", skal afklares ved voldgift. Såfremt klagenævnet havde kompetence til at forholde sig til kontraktlige spørgsmål, herunder spørgsmål om, hvorvidt en kontrakt var misligholdt, og hvilke misligholdelsesbeføjelser ordregiver skal gøre gældende som følge af sådan misligholdelse, ville dette indebære, at klagenævnet de facto skulle forholde sig til spørgsmål, som mellem kontraktens parter er henlagt til afgørelse ved voldgift. Klagenævnet skulle i så fald også forholde sig til sådanne spørgsmål uden at inddrage den ene af kontraktens parter, i dette tilfælde Damifo.

Terminologisk er mindstekrav krav, som en ordregiver opstiller for, at et tilbud er konditionsmæssigt, som eksempel mindstekravet til tilbudsgivernes økonomiske formåen. Det er derimod intetsteds i udbudsmaterialet anført, at f.eks. indsendelse af massebalancer er mindstekrav.

Klagenævnets kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik, er ikke sammenlignelig med denne sag. AffaldPlus har ikke besluttet at frafalde mindstekrav.

Det forhold, at en kontrakt i en midlertidig periode ikke måtte have været opfyldt, er et kontraktretligt og ikke et udbudsretligt spørgsmål, og anvendelse af reglerne om ændring af grundlæggende elementer i en aftale forudsætter, at der er indgået aftale om sådanne ændringer, hvilket ikke er tilfældet.

AffaldPlus ville være berettiget til at foretage ændringer i kontrakten med Damifo, hvis alternativet var ophævelse, jf. dommen i Finn Frogne-sagen, men AffaldPlus havde ikke foretaget eller aftalt sådanne ændringer og havde ikke nogen intention herom. Tværtimod arbejdede AffaldPlus for, at kontrakten skulle opfyldes efter sit indhold.

Ad påstand 2

DKK Plastics har gjort gældende, at klagenævnet på baggrund af den udbudsretlige overtrædelse, der er påvist ad påstand 1, skal erklære kontrakten mellem AffaldPlus og Damifo for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1. Aftalen skal på baggrund af den manglende håndhævelse betragtes som indgået uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse og erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer.

AffaldPlus skulle have ophævet kontrakten, da vilkårene for arbejdets udførelse er væsentligt misligholdt, jf. særlige betingelser i kontrakten afsnit 3.7 om væsentlige misligholdelse. En ulovlig indgået kontrakt skal erklæres for uden virkning, jf. klagenævnets kendelser af 13. juli 2021, Vikarlæger.dk A/S mod Region Sjælland, af 6. januar 2021, Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S, og af 15. april 2021, Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen mod Region Hovedstaden og Region Midtjylland.

DKK Plastics bekendt har Damifo kun få NIR-stationer (2-4 stk.). Med det nuværende anlæg og den manglende erfaring er det usandsynligt, at der vil sker en sortering på Damifos anlæg, som vil være i overensstemmelse med kontraktens krav og bestemmelser samt vil opfylde lovkravet om minimum 60 % reel genanvendelse.

Det er dokumenteret, at AffaldPlus indtil nu ikke har håndhævet Damifos manglende overholdelse af mindstekravet, hvilket er en klar ændring af grundlæggende elementer, som kræver en ny udbudsprocedure. Den manglende fremadrettede håndhævelse af kontrakten vil derfor også udgøre en ulovlig direkte tildeling. Kontrakten skal derfor erklæres for uden virkning, og ordregiver skal pålægges en økonomisk sanktion.

AffaldPlus har gjort gældende, at det ligger uden for klagenævnets kompetence at forholde sig til, hvorvidt Damifos anlæg kan opnå en genanvendelsesgrad på 60 %, idet dette er et kontraktmæssigt forhold.

Kontrakten er indgået efter offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. DKK Plastics ønsker reelt set klagenævnets stillingtagen til, hvorvidt den indgåede kontrakt er misligholdt, samt hvorvidt der som følge af den pågældende misligholdelse har påhvilet AffaldPlus en pligt til at ophæve kontrakten, hvilket falder uden for klagenævnets kompetence.

Den klagenævnspraksis, som DKK Plastics påberåber sig i relation til påstand 2 om, at kontrakten mellem AffaldPlus og Damifo skal erklæres uden virkning, er uden betydning for sagen, idet der i de pågældende sager – i modsætning til denne sag – er tale om kontrakter indgået uden offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse.

Ad påstand 3

DKK Plastics har gjort gældende, at AffaldPlus skal idømmes en økonomisk sanktion, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 19, stk. 2, nr. 3, for den del af kontrakten om behandling og afsætning af plast, der allerede er faktureret.

AffaldPlus har ikke udtalt sig om denne påstand.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstanden om afvisning

Påstand 1 angår overtrædelse af udbudslovens § 2 og § 178, og påstand 2 og 3 omhandler de udbudsretlige følger, dersom påstand 1 tages til følge.

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, at klagenævnet træffer afgørelse om, hvorvidt der er sket overtrædelse af udbudsloven.

Påstanden om afvisning tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 1

Det gennemførte udbud omhandler en løbende kontrakt om forbehandling, mekanisk sortering og afsætning af ca. 3.000 ton husstandsindsamlet plastaf-fald årligt med henblik på genbrug.

Det er DKK Plastics' hovedsynspunkt, at AffaldPlus ikke har håndhævet den indgåede kontrakt med Damifo og derved i realiteten har ændret fastsatte mindstekrav i udbudsbetingelserne, således at kontrakten må sidestilles med kontrakter, som er indgået direkte uden udbud.

AffaldPlus har imidlertid fastholdt, at interessentskabet ikke har frafaldet krav eller i øvrigt ændret grundlæggende betingelser i kontrakten, og har hen-vist til, at spørgsmålet om en eventuel misligholdelse vil skulle afgøres ved voldgift.

Som anført i klagenævnets kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, regulerer udbudsretten ikke parternes retsstilling i relation til kontraktretlige spørgsmål. Dette gælder også spørgsmålet om misligholdelsesbeføjelser, herunder spørgsmålet om hævebeføjelse og et dertil knyttet hæveopgør. Disse spørgsmål reguleres derimod dels af almindelige obligati-onsretlige regler, dvs. aftaleretten og kontraktretten, dels af selve den indgåede kontrakt.

Reglerne om, at en kontrakt kan erklæres for uden virkning, finder alene anvendelse i relation til udbudspligtige kontrakter, som er indgået i strid med standstill-reglerne, eller i den periode hvor en klage har opsættende virkning, eller er indgået uden udbud. Efter praksis finder reglerne også anvendelse på kontrakter, som er ændret i strid med udbudsreglerne på en sådan måde, at det må sidestilles med direkte tildeling uden udbud. Reglerne ændrer ikke i øvrigt på balancen mellem udbudsretten og de øvrige retsområder, som regulerer parternes retsstilling i relation til kontraktretlige spørgsmål.

Klagenævnet lægger til grund, at kontrakten mellem AffaldPlus og Damifo blev indledt den 1. januar 2022 som fastsat. Det fremgår blandt andet af referatet fra mødet mellem parterne den 28. marts 2022, at der – erkendt af Damifo – havde været indkørvanskeligheder med en vis lagerophobning til følge. Det kan imidlertid ikke lægges til grund, at AffaldPlus i den forbindelse har frafaldet krav, som fremgår af udbudsbetingelserne, eller i øvrigt har ændret på grundlæggende vilkår for kontrakten. AffaldPlus har oplyst, at der alene er sket og fremover også kun vil ske betaling ved dokumentation for forarbejdede mængder, og der afholdes som dokumenteret løbende opfølgingsmøder mellem AffaldPlus og Damifo.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2 og 3

Det følger af det, der er anført ad påstand 1, at påstandene ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

DKK Plastics ApS skal i sagsomkostninger til AffaldPlus I/S betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Louise Dissing Jensen
fuldmægtig