

Tildelingsbeslutningen er efterfølgende annulleret af AffaldPlus og klagen herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Remondis A/S
(advokat Lotte Hummelshøj og
advokat Sebastian Asbjørn Pedersen, København)

mod

I/S AffaldPlus
(advokat Niels Thestrup, København)

Klagenævnet har den 8. august 2022 modtaget en klage fra Remondis A/S (herefter ”Remondis”).

Remondis har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

I/S AffaldPlus (herefter ”AffaldPlus”) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har den 8. august 2022 meddelt Meldgaard Miljø A/S (herefter Meldgaard), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3. Meldgaard har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 7, svarskrift med bilag A – E og replik.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at I/S AffaldPlus har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1 og med § 160 og med § 53, stk. 3, idet I/S AffaldPlus med den valgte evalueringsmodel ikke på forhånd i udbudsmaterialet har fastlagt og beskrevet sin fremgangsmåde til at finde det konkret økonomisk mest fordelagtige tilbud, og idet I/S AffaldPlus på den måde har givet sig selv frit valg mellem flere sideordnede tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at I/S AffaldPlus har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1 og i strid med udbudslovens § 160, stk. 2, idet den valgte evalueringsmetode ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet, bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at I/S AffaldPlus har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1 og i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, idet I/S AffaldPlus ikke i evalueringsmetoden har beskrevet, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen af delkriterie 2 under underkriteriet, ”Kvalitet og service” og delkriterie 1 og 2 under underkriteriet, ”Miljø og arbejdsmiljø”.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at I/S AffaldPlus har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1 og i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, idet I/S AffaldPlus ikke har beskrevet en pointskala i relation til evalueringen af delkriterie 2 og 3 under underkriteriet, ”Kvalitet og service” og delkriterie 1 og 2 under underkriteriet, ”Miljø og arbejdsmiljø” i evalueringsmetoden.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at I/S AffaldPlus har handlet i strid med Udbudslovens § 171, stk. 4, idet I/S AffaldPlus' underretning om tildelingsbeslutning af 28. juli 2022 ikke angiver det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til Remondis A/S' afviste tilbud.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal annullere I/S AffaldPlus' tildelingsbeslutning af 28. juli 2022 vedr. tildeling af kontrakt om indsamling af husholdningsaffald udbudt ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 119-335764 af 17. juni 2022 til Meldgaard Miljø A/S.”

Andre oplysninger i sagen:

AffaldPlus udbød ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 119-335764 af 17. juni 2022, offentliggjort den 20. juni 2022, som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II kontrakt om indsamling af husholdningsaffald i henholdsvis Ringsted Kommune og Sorø Kommune.

Kontrakten er opdelt i delkontrakt 1, indsamling i Ringsted Kommune, og delkontrakt 2, indsamling i Sorø Kommune. Delkontrakterne løber ifølge udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.7 i 5 år med mulighed for forlængelse i op til yderligere 2 år. Ifølge udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.11 indeholder begge delkontrakter optioner.

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”3.3 Udbuddets form

Ordregiver ønsker at have mulighed for at udnytte den teknologiske udvikling mht. renovationsbilerne ved nærværende udbud.

Ud over den traditionelle løsning med anvendelse af diesel som drivmiddel skal tilbudsgiver således som obligatorisk option tilbyde en løsning, hvor der ved 25-40 % af tømningerne i hhv. Ringsted og Sorø Kommuner anvendes drivmiddel baseret på vedvarende energi (el, gas, brint). Tilbudsgiver skal derfor i tilbudsliste C og F angive en tillægsprocent, som angiver, hvor meget dyrere enhedsprisen vil være for de i tilbudslisterne A-B og D-E oplyste tømninger, såfremt ordregiver gør brug af denne option.

Ordregiver ønsker tillige, at der gives mulighed for at vælge 2-holdsdrift ved at tillade leverandøren at foretage indsamling i tidsrummet 5.00-19.00. Tilbudsgiver skal derfor i tilbudsliste C og F angive en fradrags-

procent for alle ydelser i tilfælde af 2-holdsdrift ved hhv. traditionel løsning med diesel som drivmiddel og optionen med drivmiddel baseret på vedvarende energi.

Når der er indgået kontrakt med den vindende tilbudsgiver, vil hhv. Ringsted og Sorø Kommune beslutte, om de vil gøre brug af optionerne, dvs. hhv. om de ønsker en løsning, hvor der ved 25-40 % af tømningerne anvendes drivmiddel baseret på vedvarende energi, og om de vil tillade leverandøren at foretage indsamling med 2-holdsdrift i tidsrummet 5.00-19.00. Der kan vælges forskellige løsninger for hver af de to kommuner/delkontrakter. De valgte løsninger vil fremgå af et bilag til den enkelte delkontrakt. I det omfang en eller begge kommuner vælger optionen baseret på vedvarende energi, vil beslutningen om, hvilke tømninger der skal foretages ved anvendelse af drivmiddel baseret på vedvarende energi, blive truffet af ordregiver på grundlag af forslag fra leverandøren i forbindelse med den endelige ruteplanlægning.

Ordregiver har i kontraktperioden mulighed for at til- og fravælge brug af HVO-diesel, således som nærmere beskrevet i kravspecifikationens afsnit 13.2.

...

8 Tilbuddets indhold

8.1 Tilbuddets indhold

Tilbuddet skal indeholde følgende:

- Bilag 2: Tilbudsliste

Bilag 2 skal fremsendes som regneark i Excel-format.

Indeholder tilbuddet ikke ovennævnte oplysninger, er ordregiver berettiget til at afvise tilbuddet

...

10 Tilbudsevaluering

...

10.1 Tildelingskriterium og underkriterier

Kontrakten vil blive tildelt den tilbudsgiver, der tilbyder det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Evalueringen vil ske ud fra følgende delkriterier:

- Pris 65 %
- Kvalitet og service 20 %
- Miljø og arbejdsmiljø 15 %

Pointtildelingen vil blive foretaget som følger:

Underkriteriet ”Pris”

Tilbuddet med den laveste pris tildeles det maksimale pointtal.

Ordregiver kan ikke på nuværende tidspunkt vurdere, hvorvidt ordregiver ønsker at gøre brug af 1) optionen med drivmiddel baseret på vedvarende energi og/eller 2) optionen med 2-holdsdrift, som nærmere beskrevet i afsnit 3.3, idet dette bl.a. vil bero på den med valg af de pågældende optioner forbundne økonomi.

Optionen med anvendelse af drivmiddel baseret på vedvarende energi indgår følgelig i evalueringen med en vægt, der tilnærmelsesvis afspejler den andel af tømningerne, som vil ske med vedvarende energi i tilfælde af, at ordregiver vælger at gøre brug af denne option.

Optionen med 2-holdsdrift indgår i evalueringen med samme vægt som den traditionelle løsning med 1-holdsdrift.

Ved beregningen af den laveste pris indgår optionerne sammenlagt med følgende vægt:

- | | |
|--|------|
| 1. Ingen option: Traditionelt drivmiddel (diesel) ved 1-holdsdrift | 35 % |
| 2. En option: Traditionelt drivmiddel (diesel) ved 2-holdsdrift | 35 % |
| 3. En option: Drivmiddel baseret på vedvarende energi ved 1-holdsdrift | 15 % |
| 4. To optioner: Drivmiddel baseret på vedvarende energi ved 2-holdsdrift | 15 % |

Øvrige tilbud tildeles point svarende til det maksimale antal point ganget med den relative andel, som den laveste pris udgør af den aktuelle pris. Pointtildelingen afrundes til nærmeste decimal.

Underkriteriet ”Kvalitet og service”

Point tildeles efter følgende kriterier:

Der indgår følgende forhold under dette punkt, og der kan scores op til 20 point.

1. Kvalitetssikringssystem (ISO, BS eller tilsvarende) – maksimalt 5 point
 - Certificeret system med indbygget kvalitetsforbedring = 5 point
 - Certificeret system = 3 point
 - Dokumenteret system = 2 point
 - Intet system = 0 point
2. Tilbudsgivers beskrivelse af kvaliteten af den tilbudte løsning, herunder krav til arbejdets ledelse, organisering mm. – maksimalt 10 point.
3. Tilbudsgivers servicekapacitet, herunder evnen til med kort varsel at indsætte reservemateriel ind – maksimalt 5 point

Underkriteriet ”Miljø og arbejdsmiljø”

Point tildeles efter følgende kriterier:

Der indgår følgende forhold under dette punkt, og der kan scores op til 15 point.

1. Tilbudsgivers beskrivelse af den tilbudte løsning for så vidt angår miljøforhold – maksimalt 5 point.
2. Tilbudsgivers beskrivelse af den tilbudte løsning for så vidt angår arbejdsmiljøforhold – maksimalt 5 point
3. Certificering vedr. miljø og arbejdsmiljø – maksimalt 5 point
 - Certificeret system = 5 point
 - Dokumenteret system = 2 point
 - Intet system = 0 point

...”

Under udbudsprocessen fremsendte Remondis følgende spørgsmål Q011 til AffaldPlus:

”Vi skal gøre ordregiver opmærksom på, at det er vores vurdering, at der med ordregivers tre ”optioner” vedr. drivmiddel og 2-holdsdrift reelt er tale om sideordnede tilbud og ikke ”optioner”. Der henvises i den forbindelse til udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 31, hvorefter sideordnede tilbud er ”Tilbud, hvor ordregiveren i udbudsmaterialet har fastsat, at der kan eller skal afgives flere tilbud på udførelsen af den udbudte opgave med forskellige udførelsesmetoder, materialer el.lign”

Der er vores synspunkt, at der med de angivne optioner reelt er tale om ”flere tilbud på udførelsen af den udbudte opgave med forskellige udførelsesmetoder, materialer el.lign”. Idet der i den forbindelse henvises til Klagenævnet for Udbuds praksis vedr. evalueringen af sideordnede tilbud, er det endvidere vores synspunkt, at den valgte evalueringsmodel ikke er lovlige. Se fx KLfU’s kendelse af 14/7/2021, DXC Technology Danmark A/S mod Dømsstolsstyrelsen v/Tinglysningsretten samt KLfU’s kendelse af 12/01/2022, Norsk Luftambulance AS mod Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden.

Der henvises i den forbindelse til, at der ved den valgte evalueringsmetode for ”pris” sker en sammenblanding af de fire tilbud, samt at der ingen visshed er for, at den angivne vægtning af de fire priser tilsikrer, at evalueringsmodellen afspejler det forventede indkøb på kontrakten.

Det bemærkes endvidere, at det er tvivlsomt, om der med evalueringsmetoden sikres, at ordregiver antager det økonomisk mest fordelagtige tilbud, når AffaldPlus ud fra den valgte evalueringsmodel i princippet ”frit” vil kunne vælge en langt dyrere løsning end samme løsning tilbudt af andre tilbudsgivere, fordi vægtningen vil kunne føre til, at et tilbud med en (langt) dyrere pris på én af løsningerne/”optionerne” end en eller flere af de andre tilbudsgivere har givet på samme løsning/”option, efter en sammenlægning med de andre priser samlet bliver det billigste tilbud, hvorefter ordregiver da ”frit” vil kunne vælge den dyre løsning på dette tilbud. Dette vil efter vores vurdering klart være i strid med principperne i udbudslovens § 2 om ligebehandling og gennemsigtighed.

Vi skal således opfordre ordregiver til at genoverveje fremgangsmåden for evalueringen.”

Spørgsmålet blev besvaret sådan:

”Vi finder ikke, at udbuddet og evalueringen er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Evalueringsmodellen er således klart beskrevet, og beregningen af den vægtede tilbudssum, som evalueringen af underkriteriet ”pris” foretages på grundlag af, er klart defineret. Det er her afgørende, at der udpeges en vinder inden kommunerne beslutter, om de vil gøre brug af optionerne. Og det er derfor heller ikke rigtigt, at vi som ordregiver frit kan vælge en langt dyrere løsning end samme løsning tilbudt af andre tilbudsgivere, således som spørgsmålet forudsætter.

Der er efter vores opfattelse ikke tale om sideordnede tilbud. Mindst 60 % af tømningerne vil under alle omstændigheder blive foretaget med traditionelle dieselmotorer, og det er således kun 25- 40 % af tømningerne, der

kan blive foretaget med alternative drivmidler, hvilket endog forudsætter begge kommuner tilvælger denne løsning. Ydermere har tilbudsgiver op til 12 måneder fra kontraktens start til at indfase brugen af alternative drivmidler.

Optionen på tømning med alternative drivmidler og vægtningen af denne afspejler, at der er et politisk ønske om at benytte de alternative drivmidler, men også stor usikkerhed om de praktiske og økonomiske implikationer af dette i to kommuner, hvor en stor del af tømningerne foretages på landruter.

Tilsvarende er optionen på 2-holdsdrift udtryk for et politisk ønske om at undersøge, hvor stor en besparelse, der kan opnås ved at tillade indsamling i tidsrummet 5-19. Heller ikke denne option er et valg mellem "A og B", som kendetegner sideordnede tilbud, men alene om at tillade udvidet indsamlingstid.

Teoretisk kan en tilbudsgiver muligvis vinde udbuddet på trods af en lidt højere pris end konkurrenterne på tømning med diesel, hvis den pågældende har en markant lavere pris på tømning med alternative drivmidler. Og rent teoretisk er det en mulighed, at kommunerne i den situation fravælger tømning med alternative drivmidler. Men det er netop rent teoretisk, da der i den situation er et stærkt incitament til at bruge optionen og i givet fald, er det kun til ulempe for ordregiver, hvis man ikke gør det.

De kendelser, hvortil der henvises i spørgsmålet, er efter vores opfattelse ikke sammenlignelige med nærværende udbud, idet bemærkes, at formålet med reglerne om sideordnede tilbud er at sikre, at ordregiver ikke frit kan kombinere forskellige løsninger med det resultat, at ordregiveren har et frit valg mellem tilbudsgiverne, hvilket som redegjort for indledningsvis ikke er tilfældet.

I klagenævnets kendelse af 12/01/2022 havde ordregiverne således ikke fastsat, hvordan de ville prioritere eller foretage evalueringen mellem fire sideordnede tilbud, medens ordregiver i kendelsen af 14/07/2021 havde ladet to forskellige softwareløsninger, som i intet tilfælde begge ville blive indkøbt, indgå i prisevalueringen på en måde, som bl.a. indebar, at drifts-, vedligehold- og supportvederlag fik en evalueringsteknisk vægt, som ikke afspejlede det faktiske indkøb."

Ved tilbudsfristens udløb den 20. juli 2022 havde AffaldPlus modtaget tilbud fra Urbaser A/S, Remondis og Meldgaard.

Den 28. juli 2022 meddelte AffaldPlus Remondis resultatet af evalueringen af de modtagne tilbud. Af meddelelsen om tildelingsbeslutningen fremgår:

”...

I henhold til udbudsbetingelsernes afsnit 10.1 tildeles opgaven det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet.

AffaldPlus agter derfor at indgå aftale med:

Meldgaard Miljø A/S, Askelunden 10, 6200 Aabenraa

Tilbudssummen for den valgte tilbudsgiver er 25.594.341,91 kr.

Til belysning af pointtildelingen vedhæftes følgende oversigt:

		Meld- gaard	Remon- dis	Urbaser
Pris 65 p		65,0	46,3	52,6
Kvalitet og service: 20 p				
Kvalitetssikringssystem (0,2,3,5 p)		5	5	5
Beskrivelse af kvalitet i løsning (0-10 p)		7	8	9
Beskrivelse af servicekvalitet i løsning (0-5 p)		4	4	5
Miljø og Arbejdsmiljø 15 p				
Miljø (0-5 p)		5	5	5
Arbejdsmiljø (0-5 p)		5	5	5
Certificering vedr. miljø og arbejdsmiljø (0,2,5 p)		5	5	5
TO- TAL		96,0	78,3	86,6

...”

Af et internt evalueringsnotat af 28. juli 2022 fremlagt under sagen fremgår bl.a.:

”...

2. Kvalitet og service

...

Meldgaard	Remondis	Urbaser
ISO 9001	ISO 9001	ISO 9001
5 point	5 point	5 point
Beskrivelse er generelt i orden, men der mangler eksempelvis en beskrivelse af den alternative løsning.	God beskrivelse, men efterlader indtryk af at det er en general besvarelse, som godt kunne være mere specifik på vores udbud.	God beskrivelse. Er ikke særlig specifik mht. placering af lokalitet
7 point	8 point	9 point
1 reservebil 5 afløser	2 reservebiler 6 afløser	1 reservebil 4 afløser
Reservebiler fra Fyn God beskrivelse af service mht. daglig kontakt	God beskrivelse af løsning	God beskrivelse af løsning
4 point	5 point	5 point

3. Miljø og arbejdsmiljø

...

Meldgaard	Remondis	Urbaser
Der er en god beskrivelse af hvorledes der arbejdes med miljøforhold.	Der er en god beskrivelse af hvorledes der arbejdes med miljøforhold.	Der er en god beskrivelse af hvorledes der arbejdes med miljøforhold.
5 point	5 point	5 point
Der er en god beskrivelse af hvorledes der arbejdes med arbejdsmiljøforhold.	Der er en god beskrivelse af hvorledes der arbejdes med arbejdsmiljøforhold.	Der er en god beskrivelse af hvorledes der arbejdes med arbejdsmiljøforhold.
5 point	5 point	5 point
14001 45001	14001 45001	14001 45001
5 point	5 point	5 point

Den totale pointtildeling for kvalitet/service og miljø/arbejdsmiljø ses nedenfor.

Meldgaard	Remondis	Urbaser
31 point	32 point	34 point

I forbindelse med en anmodning om aktindsigt fremsendte AffaldPlus den 5. august 2022 en mail til de 3 tilbudsgivere med oplysning om de evalueringstekniske priser. Det fremgår heraf, at der var afgivet følgende priser:

”

	Tilbudssum	Traditionel drift	Vedvarende energi	2-holds drift traditionel	2-holds drift Vedvarende
Meldgaard	25.594.341	8.932.799	3.952.697	8.756.148	3.952.697
Urbaser	31.641.772	11.198.710	4.942.769	10.754.044	4.746.249
Remondis	35.969.394	12.484.637	5.706.016	12.078.374	5.700.365

”

Parternes anbringende:

Ad ”fumus boni juris”

Remondis har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 6, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

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

AffaldPlus har herudover gjort gældende, at det forhold, at Remondis måtte få helt eller delvist medhold i sine påstande 3-5, ikke kan føre til, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Særligt vedrørende påstand 1 har Remondis gjort gældende, at ”optionerne” i realiteten udgør sideordnede tilbud.

Udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 31 definerer sideordnede tilbud som ”Tilbud, hvor ordregiveren i udbudsmaterialet har fastsat, at der kan eller skal afgives flere tilbud på udførelsen af den udbudte opgave med forskellige udførelsesmetoder, materialer el.lign.”

AffaldPlus har i udbudsbetingelserne, jf. pkt. 3.3 og 10.1, fastsat, at tilbudsgiverne skal afgive flere tilbud på udførelsen af den udbudte opgave, dels med forskellige typer af drivmidler, dels ved anvendelse af enten 1-holdsdrift eller 2-holdsdrift. Der er således tale om forskellige udførelsesmetoder, materialer el.lign., som beskrevet i udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 31. Der er tale om, at AffaldPlus skal vælge blot ét af tilbuddene på drivmidler og enten 1-holdsdrift eller 2-holdsdrift. Den valgte løsning vil herefter være gældende i hele kontraktperioden, idet kontrakten i intet tilfælde vil omfatte alle fire ”optioner”. ”Optionerne” er således reelt sideordnede tilbud omfattet af udbudslovens § 53, idet tilbudsgiverne skal afgive tilbud på alle fire af disse forskellige udførelsesløsninger, men kun én af udførelsesløsningerne for drivmidler og enten 1-holdsdrift eller 2-holdsdrift vil blive valgt og vil være gældende for aftaleforholdet.

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 53, stk. 3, at det er et krav, at ordregiver ved valget mellem de indkomne tilbud skal anvende den evalueringsmetode, som er offentliggjort i udbudsmaterialet, jf. § 160. Det er således et krav, at ordregivers metode for at vælge imellem de indkomne tilbud skal være gennemsigtig og overholde ligebehandlingsprincippet. Der henvises derfor til støtte for påstand 1 tillige til de anbringender, der anføres til støtte for påstand 2.

Af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens Vejledning om udbudsreglerne fra januar 2016, fremgår det i afsnit 7.4.6 om sideordnede tilbud bl.a.:

”Ordregiver kan således foretage en tilbudsevaluering for hver løsningsmulighed, der er bedt om sideordnet tilbud på. I denne tilbudsevaluering skal alle sideordnede tilbud på den specifikke løsning indgå. Herefter kan der foretages en sammenligning mellem de forskellige tilbud på de specifikke løsningsmetoder. Den fremgangsmåde for, hvordan man finder frem til det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tilbudsevalueringerne, skal være fastlagt på forhånd og fremgå af udbudsmaterialet. Dette kan fx bero på en angiven metode, fastsatte kriterier eller en prioritering af løsningsforslagene. Der kan fx være tale om en prioritering af, hvilke løsningsforslag ordregiver foretrækker under nogle givne forudsætninger, fx at løsningsforslag X, vil antages, hvis denne metode er mindre end X pct. dyrere end den metode, der er vurderet økonomisk mest fordelagtig på baggrund af tilbudsevalueringen. Denne fremgangsmåde skal være fastlagt på forhånd og fremgå af udbudsmaterialet.

Det afgørende er, at ordregiver ikke frit kan kombinere de forskellige løsninger med det resultat, at ordregiveren opnår et frit valg mellem tilbudsgiverne.”

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens Vejledning om udbudsreglerne indeholder videre i boks 7.4 på side 140 et eksempel på, hvordan metoden for valg af tilbud kan foretages.

Når AffaldPlus i afsnit 3.3. i udbudsbetingelserne angiver, at AffaldPlus efter kontraktindgåelse vil meddele tilbudsgiverne, hvilken løsning som vælges, uden på forhånd at offentliggøre og fastlægge, hvordan dette valg træffes, har AffaldPlus handlet i strid med udbudslovens § 53, stk. 3, jf. § 160. Metoden giver ikke ordregiver et frit valg imellem tilbudsgiverne, men med metoden har AffaldPlus givet sig selv et fuldstændigt frit valg i relation til, hvilket af de sideordnede tilbud fra den vindende tilbudsgiver som AffaldPlus ønsker at vælge. AffaldPlus vil dermed kunne ende med at vælge en løsning, hvor Meldgaards pris er meget højere end andre tilbudsgiveres pris, og hvor en individuel evaluering ville kunne føre til, at Meldgaards konkrete løsning ikke var det økonomisk mest fordelagtige, og hvormed Meldgaard således ikke ville have vundet udbuddet. Dette er anerkendt af AffaldPlus, jf. AffaldPlus' svar på spørgsmål Q011.

I relation til AffaldPlus' svar er det desuden misvisende, når det er angivet, at det skulle være ”teoretisk”, at en isoleret set ringere (dvs. ikke økonomisk mest fordelagtig) løsning kunne vælges af AffaldPlus. Dette udfald kunne sagtens forekomme, og Remondis gør gældende, at dette strider direkte mod formålet med § 160 og § 53, stk. 3, jf. forarbejderne.

Der er enighed i litteraturen om, at en fremgangsmåde, hvorefter ordregiver har frit valg imellem flere sideordnede tilbud, ikke er i overensstemmelse med udbudslovens § 53, stk. 3. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. december 2012, Stryker Danmark, filial af Stryker AB, mod Region Syddanmark kan efter ikrafttrædelsen af udbudsloven ikke anses for at være udtryk for gældende ret. Udbudsloven må i den sammenhæng, som også anført i Karnovs note til udbudslovens § 53, stk. 3, antages at indebære en ændring af retstilstanden. Tilsvarende fremgår af Jesper Fabricius' ”Offentlige Indkøb i Praksis”, 4. udgave fra 2017, side 374.

AffaldPlus har således ved at etablere en situation, hvor ordregiveren frit kan vælge mellem de fire ”optioner”, overtrådt udbudslovens § 53, stk. 3, udbudslovens § 160 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1.

Det forhold, at der sker en vægtning af de fire ”optioner” i forbindelse med evalueringen af underkriteriet ”Pris” bringer ikke metoden i overensstemmelse med udbudslovens § 53, stk. 3, § 160 og § 2, stk. 1, da denne vægtning i sig selv udgør en overtrædelse af udbudslovens § 160 og § 2, stk. 2, jf. i det hele det, der er anført ad påstand 2.

Særligt vedrørende påstand 2 har Remondis gjort gældende, at evalueringsmodellen ikke er i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium, og derfor ikke gennemsigtig eller i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2, stk. 1.

Evalueringsmodellen for pris, herunder den fastsatte vægtning af de fire ”optioner” afspejler ikke det forventede indkøb på kontrakten. Der er tale om, at AffaldPlus har taget prisen på de fire sideordnede tilbud, angivet en ikke videre underbygget vægtningsprocent, og på den baggrund lagt summen af de fire sideordnede (vægtede) tilbud sammen, i stedet for fx at vurdere priserne/tilbuddene hver for sig, og så angive, hvordan udvælgelsen af lønningerne skulle foretages. Dette er i strid med udbudslovens § 160, stk. 2, jf. § 2, jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. juli 2021, DXC Technology Danmark A/S mod Domstolsstyrelsen v/Tinglysningsretten.

AffaldPlus var i medfør af den valgte evalueringsmodel forpligtet til at give maksimumpoint til den billigste pris udregnet som summen af den vægtede priser for samtlige fire ”optioner”. Denne pris vægtede 65 % i evalueringen, hvormed prisen er helt afgørende for, hvem der vinder udbuddet. Det er derfor helt afgørende, at evalueringsmodellen for pris også rent faktisk sikrer, at det er den billigste pris, der modtager maksimumpoint. Dette er på ingen måde sikret ved den af AffaldPlus valgte evalueringsmodel, hvor priserne på samtlige fire ”optioner” blandes sammen ud fra en mere eller mindre vilkårlig vægtning. Der henvises i den forbindelse til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. november 2017, Vojens Taxi mod Midttrafik mfl.

Idet evalueringen ikke er egnet til at sikre, at Affaldplus tildelte kontrakten til det økonomisk mest fordelagtige tilbud identificeret på baggrund af tildelingskriteriet, bedste forhold mellem pris og kvalitet, herunder bl.a. idet evalueringsmetoden ikke sikrer, at det er den billigste pris, der modtager maksimumpoint, da er evalueringsmetoden ikke gennemsigtig eller i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2 og dermed heller ikke i overensstemmelse med udbudslovens § 160.

Særligt vedrørende påstand 1 og 2 har AffaldPlus gjort gældende, at det, som der er redegjort for ved besvarelsen af spørgsmål Q011, er korrekt, at muligheden for tilvalg af drivmiddel baseret på vedvarende energi betegnes som en option, idet der er tale om et tilvalg, der alene gælder for en andel af tømningerne, og idet en væsentlig del af tømningerne således fortsat vil ske med anvendelse af traditionelt drivmiddel. Tilsvarende er optionen med 2-holdsdrift alene en mulighed for den vindende tilbudsgiver for efter kommunernes nærmere beslutning at foretage tømninger inden for et udvidet tidsrum mod et prisfradrag, hvilket ikke ændrer selve indsamlingens karakter eller omfang.

Selv om klagenævnet måtte være af den opfattelse, at der rettelig er tale om sideordnede tilbud som nærmere defineret i udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 31, vil det ikke ændre lovligheden af den foretagne evaluering.

AffaldPlus har i forbindelse med udbuddet ønsket at få belyst, hvor meget dyrere det vil være at foretage en del af indsamlingen af husholdningsaffald med drivmiddel baseret på vedvarende energi, og hvilke besparelser der vil kunne opnås ved at tillade indsamling i tidsrummet 5-19 og dermed muliggøre 2-holdsdrift for den vindende tilbudsgiver.

I praksis vil det alene være muligt at foretage indsamlingen med drivmiddel baseret på vedvarende energi i byområderne, hvorfor optionen alene giver kommunerne mulighed for at vælge denne option for 25-40 % af indsamlingerne.

Kommunerne har ikke på forhånd forholdt sig til, hvor meget kommunerne hver især er indstillet på at betale ekstra for valg af optionen med drivmiddel baseret på vedvarende energi, endsiige hvor stor besparelse kommunerne skal kunne opnå for at tillade indsamling i et udvidet tidsrum med de gener, dette måtte kunne afstedkomme for borgerne.

Det grundlæggende spørgsmål er, om der har bestået en pligt for ordregiver til allerede i forbindelse med tilbudsevalueringen at forholde sig til ikke blot, hvem der er vindende tilbudsgiver, men også hvorvidt ordregiver vil stille krav om anvendelse af vedvarende energi på en del af indsamlingen, og om ordregiver vil tillade 2-holdsdrift.

AffaldPlus har i forhold hertil gjort gældende, at den anvendte evalueringsmodel overholder de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, og at AffaldPlus under iagttagelse af disse principper har været berettiget til at udpege den vindende tilbudsgiver og udskyde beslutningen om eventuelt tilvalg af de angivne optioner til efter kontraktindgåelsen.

Som det er nærmere beskrevet i udbudsbetingelsernes afsnit 10, indgår optionen med drivmiddel bestående af vedvarende energi i tilbudsevalueringen med i alt 30 %. Dette afspejler den andel af tømningerne, som vil ske med vedvarende energi i tilfælde af, at kommunerne vælger at gøre brug af denne option, medens optionen med 2-holdsdrift indgår i evalueringen med samme vægt som den traditionelle løsning med 1-holdsdrift.

Baseret på de indhentede tilbud vurderer AffaldPlus, at kommunerne vil vælge at gøre brug af optionen på anvendelse af drivmiddel baseret på vedvarende energi for en nærmere aftalt andel på 25-40 % af tømningerne mod et pristillæg på 3 %, medens kommunerne ikke kan antages at tillade udvidet indsamlingstid, idet den vindende tilbudsgiver ikke har tilbudt noget fradrag herfor.

Det er de ganske betydelige prisforskelle mellem de indhentede tilbud, der har været afgørende for identifikation af det vindende bud. Det havde i den forbindelse ikke gjort nogen forskel for udpegningen af den vindende tilbudsgiver, hvis AffaldPlus alene havde foretaget evalueringen på basis af den traditionelle løsning uden tilvalg af optioner, idet der kun er ganske små forskelle mellem de vægtede tilbudssummer og tilbudssummerne uden tilvalg af optioner.

Medens det ikke ville have gjort nogen nævneværdig forskel for selve evalueringen, om pointtildelingen var sket alene på basis af tilbudssummerne uden tilvalg af optioner, er det AffaldPlus' opfattelse, at det har været mest korrekt

at lade værdien af optionerne indgå i evalueringen, jf. princippet i udbudslovens § 30, hvorefter værdien af en kontrakt skal opgøres på grundlag af det samlede kontraktbeløb, herunder værdien af optioner.

Medens tilbudsprocessen har gjort det muligt for henholdsvis Ringsted kommune og Sorø Kommune at beslutte, om de vil gøre brug af optionerne, efter at den vindende tilbudsgiver er udpeget, identificerer evalueringsmodellen utvetydigt den vindende tilbudsgiver før valg af optioner.

Klagenævnet har haft lejlighed til at forholde sig til spørgsmålet om sideordnede tilbud i flere klagenævnsager, herunder ved kendelse af 12. januar 2022 Norsk Luftambulans AS og en række regioner vedrørende en landsdækkende akutlægehelikopterordning. Klagenævnet udtalte i relation hertil bl.a.:

”Det afgørende for ordregiverens beskrivelse af fremgangsmåden for valget mellem flere sideordnede tilbud er, at ordregiveren ikke efterlades en mulighed for frit at kunne kombinere de forskellige løsninger med det resultat, at ordregiveren reelt får et frit valg mellem tilbudsgiverne.”

Den evaluering, der konkret er foretaget, har ikke givet AffaldPlus mulighed for at ”kunne kombinere de forskellige løsninger med det resultat, at ordregiveren reelt får et frit valg mellem tilbudsgiverne”. Den vindende tilbudsgiver er klart og entydigt udpeget på grundlag af den foretagne evaluering, og er uafhængig af om kommunerne efterfølgende måtte vælge at gøre brug af optionen om tilvalg af drivmiddel baseret på vedvarende energi for en del tømningerne og/eller muligheden for at opnå en besparelse ved at gøre brug af optionen om at tillade tømning ved 2-holdsdrift.

At AffaldPlus som anført af Remondis ved den anvendte evalueringsmodel vil kunne ende med at vælge en ”option”, hvor den vindende tilbudsgivers pris er meget højere end andre tilbudsgiveres pris, og hvor en individuel evaluering af netop denne ”option” ville føre til, at den vindende tilbudsgivers tilbud ikke var det økonomisk mest fordelagtige, er en yderst hypotetisk situation, som antageligvis kun vil kunne forekomme, hvis en tilbudsgiver havde en væsentlig lavere tilbudssum end de øvrige tilbudsgivere uden tilvalg af optioner, men havde et væsentligt større tillæg for optionen med drivmiddel baseret på vedvarende energi end de øvrige tilbudsgivere og dermed en højere pris for denne option.

Imidlertid ville selve det højere tillæg for optionen med drivmiddel baseret på vedvarende energi antageligvis føre til, at kommunerne ville vælge den traditionelle løsning, hvilket således på ingen måde ville være til fordel for den vindende tilbudsgiver.

Tilsvarende vil en tilbudsgiver, som giver et større fradrag for optionen 2-holdsdrift end de øvrige tilbudsgivere, kunne opnå en mindre vægtet tilbuds-sum, men samtidig vil et sådant større fradrag øge sandsynligheden for, at kommunerne vil vælge denne option, hvilket således heller ikke ville være til fordel for den vindende tilbudsgiver.

Realiteten er, at der alene er marginale forskelle i tilbudsgivernes prissætning af optionerne, og at disse således ingen nævneværdig indflydelse har haft på evalueringen, og på ingen vis har haft betydning for udpegningen af den vindende tilbudsgiver.

Særligt vedrørende påstand 3 har Remondis gjort gældende, at den anvendte evalueringsmodel er i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, idet modellen i relation til delkriterie 2 til underkriteriet, ”Kvalitet og service” og i relation til delkriterie 1 og 2 til underkriteriet, ”Miljø og arbejdsmiljø” ikke angiver, hvad der tillægges vægt under delkriterierne.

Selvom det ikke længere fremgår direkte af ordlyden af § 160, fremgår det dog af forarbejderne til bestemmelsen, at en ordregiver skal beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. Det fremgår således af forarbejderne, at formålet med den foreslåede bestemmelse var at styrke den forudgående gennemsigtighed og at der vil være pligt til jf. gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 at beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.

Klagenævnsspraksis fra tiden efter lovændringen viser da også, at der fortsat er en pligt for ordregiver til at angive i udbudsmaterialet, hvad der tillægges positiv vægt mv. i evalueringen jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. december 2019, Iron Mountain A/S mod Lægemiddelstyrelsen.

AffaldPlus ikke har angivet, hvilke konkrete forhold der udgør egentlige ”konkurrencekrav”, og har dermed handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1.

Særligt vedrørende påstand 4 har Remondis navnlig gjort gældende, at AffaldPlus har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1 ved ikke at have angivet en pointskala til evaluering af tilbuddene i relation til delkriterie 2 og 3 under underkriteriet, ”Kvalitet og service” og delkriterie 1 og 2 under underkriteriet, ”Miljø og arbejdsmiljø”, men alene at have angivet et maksimalt pointtal, som tilbudsgivernes tilbud kan opnå på de forskellige delkriterier. Dermed har AffaldPlus givet sig selv fuldstændigt frie rammer i forhold til hvordan evalueringen skal udføres, herunder om der skal afgives hele pointtal, eller om der kan afgives point i decimaler, eller hvordan skalaen skal anvendes mv. Der henvises til, at der fx i relation til delkriterie 1 til underkriteriet, ”Kvalitet og service” og i relation til delkriterie 3 til underkriteriet ”Miljø og arbejdsmiljø” sker spring i skalaen, således at der kun kan afgives pointene 0, 2 eller 5, og der henvises endvidere til, at skalaerne tilsyneladende varierer på de forskellige delkriterier, idet der kan gives 10 point for delkriterie 2 under underkriteriet, ”Kvalitet og service” men kun 5 point for de andre delkriterier.

Dette – sammen med det anførte i relation til påstand 3 – har medvirket til at gøre evalueringsmetoden uigennemsigtig for tilbudsgiverne og give AffaldPlus et fuldstændig frit skøn i forhold til fordeling af point, som således kan tilrettelægges efter AffaldPlus’ frie valg efter tilbuddene er afgivet.

Særligt vedrørende påstand 3 og 4 har AffaldPlus gjort gældende, at evalueringen af delkriterie 2 og 3 under underkriteriet ”kvalitet og service” og delkriterie 1 og 2 under underkriteriet ”miljø og arbejdsmiljø” ikke har haft betydning for identifikation af den vindende tilbudsgiver, hvorved bemærkes, at Remondis tværtimod har opnået en højere pointtildeling ved vurderingen af disse delkriterier end den vindende tilbudsgiver. Selv hvis Remondis måtte få helt eller delvist medhold i påstand 3 og/eller 4, ville det ikke kunne føre til, at tildelingsbeslutningen skulle annulleres.

Særligt vedrørende påstand 5 har Remondis gjort gældende, at tildelingsbeslutningen ikke var ledsaget af en beskrivelse af det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til Remondis A/S’ afviste tilbud. Tildelingsbeslutningen indeholdt alene oplysning om, hvor mange point tilbudsgiverne var tildelt. Tildelingsbeslutningen indeholdt derfor ikke en fyldestgørende begrundelse, og udgør dermed en overtrædelse af udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2.

Særligt vedrørende påstand 5 er AffaldPlus ikke fremkommet med bemærkninger hertil, udover at eventuelt medhold i påstanden ikke kan føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

Særligt vedrørende påstand 6 har Remondis gjort gældende, at overtrædelserne ad påstand 1-5 er væsentlige og grove overtrædelser af udbudsreglerne, som har haft afgørende indflydelse på tildelingsbeslutningen, jf. især påstandene 1-4. Der skal derfor ske annullation af tildelingsbeslutningen af 28. juli 2022.

Hertil kommer, at de påviste overtrædelser af udbudsloven medfører, at udbudsmaterialet ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Særligt vedrørende påstand 6 har AffaldPlus gjort gældende, at der ikke er sket en overtrædelse af udbudsreglerne, der kan føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

Ad uopsættelighed

Remondis har gjort gældende, at overtrædelsen ad påstand 1-5 er af en sådan alvorlig karakter, at uopsættelighedsbetingelsen skal lempes, så betingelsen kan opfyldes alene ved at føre bevis for alvorlig skade.

Remondis har, som følge af de nedlagte påstande, ikke mulighed for at opnå erstatning i tilfælde af, at Klagenævnet for Udbud giver Remondis medhold i klagen. Betingelsen om uopsættelighed er således opfyldt, idet Remondis ikke kan varetage sine interesser ved erstatning.

AffaldPlus har gjort gældende, at der er truffet en lovlig tildelingsbeslutning på sagligt grundlag og under iagttagelse af de almindelige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Der er ikke udsigt til, at Remondis vil få medhold i en påstand om annullation, idet tildelingsbeslutningen er klar og entydig, og ingen anden tilbudsgiver kunne have været udpeget som vindende tilbudsgiver ud fra de opstillede tildelingskriterier. Der er derfor ikke forhold, der tilsiger, at Remondis vil lide uopsættelig skade, hvis ikke klagen tillægges opsættende virkning.

Ad interesseafvejning

Remondis har med henvisning til de samme grunde, som anført ad uopsætteligheden, gjort gældende, at Remondis' interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, vejer tungere end AffaldPlus' interesse i det modsatte.

Affaldplus har gjort gældende, at AffaldPlus har en betydelig interesse i at processen vedrørende kontrakttildeleling ikke forhales, hvorved bemærkes, at byrådene i de deltagende kommuner ifølge tidsplanen i udbudsbetingelsernes afsnit 10 skal tage stilling til valget af optioner i løbet af august/september 2022. En stillingtagen til optionen om anvendelse af køretøjer med drivmiddel baseret på vedvarende energi er kritisk for kontraktstart den 1. oktober 2023, idet den vindende tilbudsgiver ikke kan igangsætte anskaffelse af de nødvendige køretøjer, førend kommunerne har taget stilling hertil

Klagenævnet udtaler:

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

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Ad fumus boni juris

Ad påstand 1 og 2

En option er en mulighed for tilkøb af en ydelse, som udgangspunkt efter kontrakten er indgået, mens sideordnede tilbud er tilbud på en ydelse udført på forskellig måde eller med forskellige materialer.

Ifølge udbudsbetingelsernes punkt 3.3 var det obligatorisk for tilbudsgiverne at afgive tilbud både på en løsning med diesel som drivmiddel og en løsning hvor 25-40% af tømningerne skete med vedvarende energi som drivmiddel. Tilbuddet skulle afgives ved i tilbudslisten at angive en tillægsprocent for anvendelse af vedvarende energi. Tilbudsgiverne skulle desuden angive en fradragsprocent for alle ydelser i tilfælde af 2-holdsskift. En kombination af tilbuddene kunne herefter, som anført i udbudsbetingelsernes punkt 10.1, være:

- 1) Traditionel drivmiddel 1-holdsskift
- 2) Vedvarende energi på 25-40 % af tømningerne 1-holdsskift
- 3) Traditionel drivmiddel 2-holdsskift
- 4) Vedvarende energi på 25-40 % af tømningerne 2-holdsskift

Efter karakteren af ”optionerne” vil ingen af delkontrakterne omfatte alle 4 kombinationsmuligheder. Udnyttelse af muligheden for brug af vedvarende energi som drivmiddel udelukker således, at der samtidig på samme rute bruges traditionelt drivmiddel, ligesom udnyttelse af muligheden for 2-holdsskift udelukker, at der kun kan anvendes 1-holdsskift. Der er derfor ikke tale om tilkøb af en ydelse, men derimod om valg mellem forskellige ydelser. Klagenævnet lægger derfor på det foreløbigt foreliggende til grund, at der er tale om sideordnede tilbud omfattet af udbudslovens § 53.

Som fastslået i klagenævnets kendelse af 12. januar 2022, Norsk Luftambulans AS mod regionerne, er det ”afgørende for ordregiverens beskrivelse af fremgangsmåden for valget mellem flere sideordnede tilbud, at ordregiveren ikke efterlades en mulighed for frit at kunne kombinere de forskellige løsningsmuligheder med det resultat, at ordregiveren reelt får et frit valg mellem tilbudsgiverne.” Som det videre er anført i kendelsen, er en ”ordregiver derfor forpligtet til på forhånd i udbudsmaterialet at beskrive en evalueringsmetode for, hvordan sammenligningen mellem de forskellige tilbud med forskellige udførelsesmetoder mv. foretages. Derved sikres det – i overensstemmelse med bestemmelsens formål – at ordregiveren ikke kan anvende en metode, som beror på ordregiverens skøn, og at ordregiverens valg mellem flere sideordnede tilbud sker på en gennemsigtig måde for tilbudsgiverne, som også derved får mulighed for inden tilbudsfristens udløb at optimere deres sideordnede tilbud på relevante parametre.”

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 3.3., at valget af, om ”optionerne” vil blive udnyttet, sker efter kontraktindgåelsen, og at de valgte løsninger vil fremgå af et bilag til den enkelte delkontrakt. Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 10.1, at valget af, om optionerne udnyttes, ”vil bero på den med valg af de pågældende optioner forbundne økonomi”. De nærmere kriterierne for valget er ikke beskrevet. Valget beror dermed alene på ordregiverens skøn.

AffaldPlus har i overensstemmelse med det, der er beskrevet i udbudsbetingelserne, foretaget en evaluering af hver enkelt tilbudsgivers samlede tilbud, og ikke en evaluering af hvert enkelt sideordnet tilbud. Evalueringsmodellen er i konsekvens heraf udtryk for en sammenblanding af de reelt set fire tilbud, som tilbudsgiverne skulle afgive. Dermed afspejler evalueringsmodellen ikke det forventede indkøb på kontrakten, der i intet tilfælde ville omfatte alle fire situationer.

Evalueringsmodellen har derimod givet AffaldPlus mulighed for at kunne vælge et tilbud, som i forhold til den endelige løsning har en pris, der er væsentlig højere end andre tilbudsgiveres pris, og som derfor ikke afspejler den evaluerings tekniske værdi af tildelingskriteriet ”Pris”.

Der er herefter på det foreløbige foreliggende grundlag udsigt til, at påstand 1 og 2 vil blive taget til følge.

Ad påstand 3 og 4.

Delkriterie 1 og 2 til underkriteriet ”Miljø og arbejdsmiljø” er i udbudsbetingelsernes punkt 10.1 beskrevet således:

”Tilbudsgivers beskrivelse af den tilbudte løsning for så vidt angår miljøforhold – maksimalt 5 point.

Tilbudsgivers beskrivelse af den tilbudte løsning for så vidt angår arbejdsmiljøforhold – maksimalt 5 point.”

På det foreløbigt foreliggende grundlag ses kriterierne ikke beskrevet yderligere i udbudsmaterialet. Det fremgår således ikke, hvad AffaldPlus vil tillægge betydning ved evalueringen af disse to kriterier, og det er ikke på grundlag heraf muligt for tilbudsgiverne at danne sig et indtryk af, hvilke oplysninger og elementer i tilbuddene som vil blive vurderet i forhold til de enkelte delkriterier, og dermed heller ikke hvilke oplysninger og elementer der tillægges vægt ud over kvalitetssikringssystem og certificeringer, som alene indgik som en mindre del af underkriterierne.

I det interne evalueringsnotat af 28. juli 2022 fremgår vedrørende begge kriterier og i forhold til alle tilbudsgivere heller ikke, hvad AffaldPlus nærmere har tillagt betydning vedrørende disse to kriterier.

Der er herefter på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at påstand 3 i dette omfang vil blive taget til følge.

AffaldPlus har i udbudsbetingelsernes punkt 10.1 anført:

”Evalueringen vil ske ud fra følgende delkriterier:

- Pris 65 %
- Kvalitet og service 20 %
- Miljø og arbejdsmiljø 15 %

...”

Det fremgår videre, at laveste pris tildeles maksimale point. Det fremgår ikke, hvad maksimale point er. Det fremgår endeligt, at der på ”kvalitet og Service” kan tildeles maksimalt 20 point, mens der på ”Miljø og arbejdsmiljø” kan tildeles maksimalt 15 point.

Af meddelelsen om tildelingsbeslutningen fremgår, at der for pris er anvendt maksimale point på 65.

Af det interne evalueringsnotat fremgår, at de tildelte point ikke er vægtet i henhold til den vægtning, der er angivet i udbudsbetingelsernes punkt 10.1. Det synes i stedet at fremgå, at de anførte vægtningsprocenter har været anvendt som point.

Da den faktisk anvendte metode ved evalueringen dermed strider mod det, som er beskrevet i udbudsbetingelserne, har regionen foreløbigt vurderet handlet i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 og i strid med udbudslovens § 160, stk. 1.

Påstand 5

Under henvisning til det, der er anført under påstand 1-4, og da udbudsmaterialet således ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, er der på det grundlag, der foreløbigt foreligger, udsigt til, at påstanden om annullation vil blive taget til følge.

På denne baggrund er betingelsen om ”fumus boni juris” opfyldt.

Ad uopsættelighed

Efter karakteren af de påståede overtrædelser sammenholdt med de anbringender, der er anført til støtte herfor, finder klagenævnet, at der ikke foreligger sådanne særlige forhold, at der undtagelsesvis er grundlag for at lempe uopsættelighedsbetingelsen, jf. princippet i EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Van Breda Risk & Benefits mod Kommissionen.

I overensstemmelse med bl.a. klagenævnets faste praksis påhviler det herefter Remondis at godtgøre, at en beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning vil indebære, at Remondis vil lide en alvorlig, uoprettelig skade, såfremt klagenævnet i nævnets endelige afgørelse af sagen måtte tage klagen til følge.

På det foreløbigt foreliggende grundlag finder klagenævnet, at Remondis ikke har godtgjort, at en beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning vil indebære, at Remondis vil lide en alvorlig, uoprettelig skade. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at der ved alle udbud består en påregnelig kommerciel risiko for ikke at opnå kontrakten, og at der ikke er

oplysninger, der sandsynliggør, at Remondis' eventuelle tab som følge af den påståede overtrædelse ikke, hvis alle erstatningsbetingelser er opfyldt, vil kunne godtgøres ved en økonomisk erstatning.

På denne baggrund er betingelsen om uopsættelighed ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Katrine Kirkegaard Gade
overassistent