

Klagenævnet for Udbud

(A.F. Wehner, Suzanne Helsteen, Jens Fejø)

96-26.771

12. december 1996

K E N D E L S E

Entreprenørforeningens Miljøsektion

(selv)

mod

I/S Sønderborg Kraftvarmeværk

(Advokat Lene Damkjær Thorsen)

Under denne, med klageskrift af 15. februar 1996 modtaget i Klagenævnet den 19. februar 1996 indbragte sag har klageren, Entreprenørforeningens Miljøsektion nedlagt påstand om, at indklagede, I/S Sønderborg Kraftvarmeværk tilpligtes at udbyde nedennævnte opgave i udbud i overensstemmelse med EU Forsyningsvirksomhedsdirektivet (Direktiv 93/38/EØF artikel 15), samt at en mellem indklagede og en lokal vognmand indgået aftale vedrørende opgaven ophæves.

Sagens omstændigheder er følgende:

Omkring den 30. januar 1996 erfarede klageren, at indklagede havde indgået aftale med en lokal vognmand om bortkørsel af slagger fra kraftvarmeværket, og at der skulle være tale om bortkørsel af en årlig mængde slagger på 15.000 tons over en 4-årig periode. Prisen på bortkørsel skulle være ca. 100 kr. pr. ton.

Indklagede har oplyst, at opgaven i 1995, efter at indklagede havde rådført sig med sin rådgiver om nødvendigheden af EU-udbud, blev udbudt, men ikke i EU-udbud, idet det skønnedes, at tærskelværdien ikke ville blive overskredet. Indklagede havde senest den 1. maj 1995 med en lokal vognmand indgået aftale om bortkørsel og bortskaffelse af slagger fra det gamle forbrændingsanlæg i Sønderborg til en pris af 12 kr. pr. ton slagge. Indklagede har ikke meddelt nærmere oplysninger om omfanget af de kontraherede ydelser.

Indklagede, der var bekendt med, at Fynsværket var i gang med et lignende udbud, rettede telefonisk henvendelse dertil for at få prisoplysninger. Fynsværket ville ikke oplyse priserne, men gav udtryk for, at priserne ville være på ca. 40 kr. pr. ton slagge. Det blev ikke oplyst, at der kunne være usikkerhed om denne pris. Indklagede blev ikke bekendt med, hvilke priser, der reelt var opnået. Indklagedes rådgiver blev af indklagede orienteret om førnævnte prisoplysning, hvorefter rådgiveren den 25. september 1995 tilskrev indklagede således:

»Sønderborg Kraftvarmeværk, slaggebortkørsel

Ved forespørgsel i Erhvervsministeriet, Konkurrencesekretariatet, Birthe Petersen, oplyses, at udlicitering af slaggebortkørsel henhører under forsyningsdirektivet, artikel 14, stk. 1 a). Her angives, at krav til udlicitering i EU gælder, såfremt kontraktbeløbet i hele kontraktperioden er større end 400.000 ECU excl. moms, dvs 3,2 mio kr.

Jeg har forstået dig således, at beløbet hos jer er af størrelsesorden:

16.000 t pr år á 40 kr pr t i 4 år er 2,6 mio kr (5 år er 3,199 mio kr !)
Konklution, ingen EU licitation.«

I det af indklagede i oktober 1995 udsendte udbud er opgaven bl.a. beskrevet således:

»GENEREL ORIENTERING

.....

2 Entreprisen omfatter:

Sønderborg Kraftvarmeværk udbyder bortkørsel og bortskaffelse af slagge fra kraftvarmeanlægget på Vestermark 16, 6400 Sønderborg, i en 4 års periode fra 1. januar 1996 til 30. december 1999. Den årlige slagge mængde er ca. 15000 tons.

3 Udbudsform:

Sønderborg Kraftvarmeværk ønsker at indgå i forhandling med en eller flere af de bydende.

.....

BESKRIVELSER OG BETINGELSER:

1 Slaggetyper.

1.1 Der er tale om rå, befugtet, usorteret slagge fra affaldsforbrænding, der skal afhentes.

.....

1.3 Rå slaggedefinition.

Det er slagge, som den forekommer fra affaldsanlæg i Danmark og opfylder kravene i slaggebekendtgørelserne.

2 Afhentning af slagge.

.....

2.2Det påhviler entreprenøren at sikre sig, at der under transporten ikke tabes materiale eller der opstår støvgener, om nødvendigt skal ladet overdækkes under kørslen.

2.3 Afhentning af slagge skal foregå på hverdage mellem kl 7⁰⁰ og 17⁰⁰ efter aftale med driftslederen. Afhentningen af slagge planlægges således, at der i hele påfyldningsperioden er kapacitet til at deponere slaggerne i de opstillede containere/-sættevogne. Der skal i planlægningen af slaggeafhentningen medtages, at der kun sker fyldning af containere/sættevogne i tidsrummet kl 7⁰⁰ og 13⁰⁰. Det må påregnes, at tømning i forbindelse med søn- og helligdag kan finde sted.

2.4 Der skal på opstilles et passende antal containere/sættevogne på de på vedlagte tegning markerede pladser i forhold til produktionen af slagge. Sønderborg Kraftvarmeværk har lager til ca. 200 tons slagge, hvilket vil sige at tømning i weekenden ikke er nødvendig under normale omstændigheder.

2.5 Det må påregnes, at der skal foretages afhentning alle hverdage i takt med produktionen.

.....

3 ENTREPRENØRENS OPLÆGSPLADS.

3.1 Entreprenøren skal have godkendt slaggeoplagspladsen i henhold til dansk lovgivning.

.....

3.2 Oplagspladsen skal være opdelt i felter af maksimalt 5.000 tons, og følgende skal kunne eftervises og dokumenteres:

- Fra hvilket affaldsanlæg slaggen er leveret
- Angivelse af periode i hvilken den er produceret
- Ved genbrug af slagge skal det registreres til hvilket projekt, det er blevet leveret.

3.3 Sønderborg Kraftvarmeværk ønsker forholdende under punkt 3.2 løbende registeret og skriftligt meddelt. Det kan aftales mellem parterne, at registrerede data leveres på EDB-diskette.

.....

4 Genanvendelse af slaggen.

4.1 Slaggen må først videresælges og/eller bearbejdes, når amtet har accepteret de registrerede analyseværdier, nævnt under punkt 4.3. Det påhviler entreprenøren at fremskaffe amtets godkendelser.

.....

4.3 Ansvar for at slaggen overholder miljøkrav i forbindelse med genbrug påhviler entreprenøren. Eventuelle miljøgodkendelser eller materiale specifikationer i forbindelse med videresalg til 3. part påhviler entreprenøren at fremskaffe.

.....

5 Godkendelse af slaggehåndteringen.

.....

5.2 Entreprenøren overtager det miljømæssige ansvar for slaggen, fra den er læsset i containere/sættevogne ved Sønderborg Kraftvarmeværk, og til den er genanvendt eller slutdeponeret.

.....

6 Kontrakt forhold.

6.1 Kontrakt periode

Kontraktperioden er 4 år, startende fra 1. januar 1996 løbende indtil 30 december 1999. I halvåret regnet fra 1. januar 1995 til 1. juli 1996 kan der ikke regnes med fuld slaggemængde.

6.2 Kontrakten kan ikke opsiges af nogen af parterne, med mindre der er tale om misligholdelse.

.....

8 Sikkerhedsstillelse

8.1 Sikkerhedsstillelsen udgør 15 % af kontraktsummen, ekskl. moms, for den 4 årige periode, hvor aftalen er gældende.

8.2 Beregning af sikkerhedsstillelsen:

Formel:

$$S_t = 0,15 \cdot 4 \cdot T_s \cdot P_{so} \text{ (kr.)}$$

S_t = Entreprenørens sikkerhedsstillelse ved indgåelse af kontrakt.

T_s = Årlig total slaggemængde fra Sønderborg Kraftvarmeværk, T_s fastsættes her til 15.000 tons/år

P_{so} = Pris til entreprenøren for afhentning af slagge fra Sønderborg Kraftvarmeværk pr

1. januar 1996, angivet i kr./tons ekskl. moms.

.....

14 Alternativ pris.

Slagge entreprenøren skal angive en pris for frakørsel af slagge til Skodsbøl deponeringsanlæg. Enhedsprisen skal alene indeholde udgiften til transporten af slaggen fra Sønderborg Kraftvarmeværk og til Skodsbøl deponeringsanlæg.

Den alternative pris finder kun anvendelse i til fælde af, at Sønderborg Kraftvarmeværk skønner at slaggen ikke kan opfylde de under 3.3 nævnte forhold.«

Indklagede modtog tre tilbud. Samtlige tilbudsgivere tilbød at udføre entreprisen for ca. kr. 100 pr. ton slagge.

Efter sket bedømmelse af de indkomne tilbud indgik indklagede den 22. december 1995 aftale med en af tilbudsgiverne. Af kontrakten, der trådte i kraft den 1. februar 1996, fremgår bl.a:

»2. Pris:

- Tilbudsprisen forhøjes med kr. 11,25 pr. tons, skriver elleve $\frac{25}{100}$ pr. tons, som følge af de skærpede krav til genanvendelsen. Kontraktprisen bliver herefter kr. 109,75 pr. tons, skriver eet hundredeogni $\frac{75}{100}$ pr. tons.

.....

4. Sikkerhedsstillelse:

- Entreprenøren stiller en garanti som svarer til 15 % af den samlede entripresum, som er 58.750 tons á 109,75 kr./ton = 6.447.812,50 kr. dvs. garantisummen er 15 % á 6.447.812,50 kr. = **kr. 967.172,-**, der foreligger ved kontraktunderskrivelsen.«

Det er efterfølgende oplyst, at den af Fynsværket opnåede pris oversteg kr. 100 pr. ton slagge.

Klageren har til støtte for de nedlagte påstande nærmere anført:

».....

Sønderborg Kraftvarmeværk er en ordregiver omfattet af Rådets Direktiv 93/38/EØF's artikel 2.

I medfør af direktivets bilag XVI A er bortkørsel af slagge en prioriteret tjenesteydelse, der enten falder i kategori 2 CPC-numrene 712, 7512, 87604, eller kategori 16 affaldsbortskaffelse CPC-nummer 94.

CPC-nummer 71239 dækker over følgende ydelser:

"Anden godstransport

Landtransport undtagen med tog af gods, ikke andesteds nævnt."

CPC-nummer 94 dækker over følgende ydelse:

"9402 94020 **Renovationsvæsen**

Indsamling og bortskaffelse af affald. Indsamling af affald fra husholdninger eller industri- eller handelsforetagender, transport og bortskaffelse ved forbrænding eller andre midler. Tjenester i forbindelse med affaldsreduktion er også omfattet.

Omfatter ikke: Handel med affaldsprodukter eller skrot, der henføres til undergruppe 62118 (Handel på honorar- eller kontraktbasis med varer i.a.n.) og 62278 (Engroshandel med affaldsprodukter til genanvendelse).

Forskning og eksperimentel udvikling vedrørende miljøspørgsmål, der henføres til afdeling 85.

Det offentliges administrative tjenester, der henføres til undergruppe 91123 (Administrative tjenester vedrørende landbrug, skovbrug, fiskeri og jagt) og 91132 (Administrative tjenester vedrørende brændsel og energi)."

Sønderborg Kraftvarmeværk er derfor forpligtet til at udbyde ovennævnte ydelse, jf. direktivets artikel 15, såfremt den anslåede værdi af tjenesteydelsen overstiger tærskelværdien som anført i direktivets artikel 14.

Tærskelværdien for den her omhandlede ydelse er i medfør af artikel 14, stk. 1, litra a, 400.000 ECU – svarende til kr. 3.096.000,00.

Da aftalen efter det oplyste drejer sig om en tjenesteydelse uden angivelse af en samlet pris, idet prisen fastsættes ved et kronebeløb på bortkørt ton slagge over 4 år, er direktivets artikel 14, stk. 5, gældende.

Da det til foreningen er oplyst, at en anslået bortkørselspris er ca. kr. 100,00/t, er aftalens anslåede værdi i medfør af artikel 14, stk. 5:

kr. 100,00/t x 15.000 t x 4 år = kr. 6.000.000,00

eller ca. det dobbelte af tærskelværdien, der kræver udbud.

.....«

Indklagede har til støtte for frifindelsespåstanden nærmere anført, at indklagede forud for udbuddet af bortkørsel og bortskaffelse af slagge har foretaget et reelt og seriøst skøn over kontraktens forventede værdi, idet det bemærkes, at det ikke har været muligt for indklagede at tilvejebringe yderligere oplysninger om den forventede pris, og at indklagede derfor ikke kan tilpligtes at annullere den indgåede kontrakt og pålægges at udbyde opgaven i overensstemmelse med Forsyningsvirksomhedsdirektivets regler.

Klagenævnet skal udtale:

Efter § 5 i Lov om Klagenævnet for Udbud, jf. lovbekendtgørelse nr. 1166 af 20. december 1995, kan nævnet afvise en sag eller afgøre den i realiteten, herunder annullere ulovlige beslutninger, midlertidig afbryde en udbudsprocedure eller pålægge ordregiveren at lovliggøre

udbudsforretningen. Der er ikke tillagt nævnet selvstændig kompetence til at ophæve allerede indgåede aftaler, hvorfor nævnet ikke kan påkende den af klageren i så henseende nedlagte påstand.

Den af indklagede udbudte opgave er af et sådant omfang både i henseende til kvantitet og i henseende til økonomisk omfang, at indklagede på langt sikrere grundlag end sket burde have afklaret spørgsmålet om, hvorvidt opgaven skulle udbydes i EU-udbud eller ej.

Nævnet finder, at indklagede på et helt utilstrækkeligt grundlag har undladt at udbyde opgaven, der, da tærskelværdien langt er overskredet, er omfattet af Rådets direktiv 93/38/EØF.

Under hensyn til denne alvorlige procedurefejl pålægger nævnet indklagede i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 1, at lovliggøre udbudsforretningen. Klagerens derom nedlagte påstand tages til følge som nedenfor bestemt, hvorfor

bestemmes:

Indklagede, Sønderborg Kraftvarmeværk, skal i overensstemmelse med EU-Forsyningsvirksomhedsdirektivets regler udbyde den af denne sag omfattede opgave i EU-udbud.

I sagsomkostninger for nævnet skal indklagede til klageren, Entreprenørforeningens Miljøsektion, betale 10.000 kr.

Det gebyr, som Entreprenørforeningens Miljøsektion har betalt til Klagenævnet, tilbagebetales.