

K E N D E L S E

EnviDan A/S og
SUEZ Water A/S
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

mod

Assens Spildevand A/S
(advokat Louise Hilton Saggau, Hellerup)

Klagenævnet har den 23. juni 2017 modtaget en klage fra EnviDan A/S og SUEZ Water A/S (herefter EnviDan og Suez eller klagerne) over bekendtgørelse nr. 2017/S 111-223871, som er indrykket af Assens Spildevand A/S med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed. Det fremgår af bekendtgørelsen, at Assens Spildevand agter at indgå en OPI-aftale om etablering af et renseanlæg for behandling af spildevand i Assens Kommune til en samlet anslået værdi af 55 mio. kr.

EnviDan og Suez har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

På baggrund af klagen fastsatte klagenævnet frist for Assens Spildevand A/S (herefter Assens Spildevand) til at komme med en udtalelse om spørgsmålet om opsættende virkning.

Klagenævnet modtog herefter svarskrift fra Assens Rensning A/S (herefter Assens Rensning), som protesterede mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Af svarskriftet fremgår blandt andet følgende:

”På vegne af Assens Rensning ... har vi modtaget klage af 23. juni 2017 omhandlende indgåelsen af en OPI-aftale mellem Assens Rensning A/S og Krüger A/S...

Assens Forsyning A/S... er et 100% kommunalt ejet forsyningsselskab. Assens Forsyning A/S ejer fem selskaber: Assens Spildevand A/S, Assens Rensning A/S, Assens Service A/S, Assens Vandværk A/S og Assens Affald og Genbrug A/S.

For god ordens skyld bemærkes det, at Assens Rensning A/S (CVR-nr. 35 25 65 04) er rette part i sagen, og ikke Assens Spildevand A/S (CVR-nr. 32 14 12 77), som angivet i profylaksebekendtgørelsen. Det er ultimativt Assens Rensning A/S, som forventes at indgå kontrakt med Krüger A/S.”

Den 7. juli 2017 modtog klagenævnet replik fra EnviDan og Suez, hvoraf blandt andet fremgår følgende:

”Det i klageskriftet anførte fastholdes i sin helhed og det bemærkes, at Klager – i hvert fald for nuværende – har fastholdt Assens Spildevand A/S som Indklagede, idet det er dette selskab, der er annonceret som ordregiver i den offentliggjorte profylaksebekendtgørelse.”

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 26, svarskrift med bilag A – Q, replik med bilag 27-35 og duplik.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 22 ved at træffe beslutning om tildeling af kontrakten til Krüger uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet kontrakttildelingen ikke opfylder betingelserne efter udbudslovens § 22.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1):

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsloven og de grundlæggende principper om ligebehandling og gen-

nemsigtig ved ikke at udskille projekterings- og leverancedelene fra kontrakten med henblik på at gennemføre udbudsprocedure i overensstemmelse med udbudsloven for den del af kontrakten, der ikke vedrører forskning og udvikling, jf. udbudslovens § 22.

Påstand 3:

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Krüger A/S, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Andre oplysninger i sagen:

Som nævnt indrykkede Assens Spildevand bekendtgørelse nr. 2017/S 111-223871 med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed med oplysning om, at selskabet agtede at indgå en OPI-aftale om etablering af et renseanlæg for behandling af spildevand i Assens Kommune til en samlet anslået værdi af 55 mio. kr.

Assens Spildevands bekendtgørelse blev offentliggjort i EU-Tidende den 13. juni 2017 under følgende CPV-koder: 73100000 Forskning og eksperimentel udvikling, 73200000 Konsulentvirksomhed inden for forskning og udvikling og 73300000 Planlægning og udførelse af forskning og udvikling. Af bekendtgørelsen fremgår blandt andet:

”Assens Spildevand A/S (”Assens”) ønsker at etablere et renseanlæg for behandling af spildevand i Assens Kommune. Renseanlægget skal med afsæt i nye og fremtidssikrede ressource-optimale processer rense spildevandet fra oplandet i Assens Kommune, herunder industrispildevand og spildevand fra private husholdninger.

...

Der findes ikke i dag et renseanlæg på markedet, som kan opfylde Assens ønsker til et fremtidssikret renseanlæg, der samtidig kan bidrage til cirkulær økonomi med fokus på udnyttelse af alle ressourcer, herunder affald og andre restprodukter. Assens ønsker at drage nytte af eksisterende teknologier på markedet samt inddrage nye teknologier under udvikling for at fremtidssikre det nye renseanlæg. Det nye renseanlæg skal imødekomme de særlige forhold, der gælder for oplandet i Assens Kommune, for modtagelse af spildevand fra de lokale virksomheder, herunder modtagelse af pulpet-, kildesorteret organisk dagrenovation for øget energiproduktion, hvorfor disse forhold skal indgå i teknologiudviklingen.

Assens har vurderet, at det ikke er muligt at opstille en kravspecifikation vedrørende opførelsen af et nyt renseanlæg uden forinden at inddrage en eller flere private parter og gennemføre et udviklingsprojekt, hvor forskellige tekniske muligheder udvikles, opstilles og afprøves samt trinvis implementering af ny teknologi. Assens ønsker derfor at indgå en Offentlig Privat Innovationsaftale med Krüger A/S under hvilken der særligt skal ske forskning og udvikling af følgende forhold:

- Teknologi og proces til optimal udtag af primær biomasse (Biosorption og filtrering og samspil med de biologiske processer til næringsstoffjernelse).
- Proces til energiminimal kvælstoffjernelse fra rejeftvand fra rådnetrin og eventuelle delstrømme i hovedproces (anammox-processer).
- Proces til optimering af slamudråkning (sammensætning af biomasse, design og volumen af rådnetaanke, hydrolyse og afvanding af biomasse).
- Teknologi og proces til fjernelse af miljøfremmede stoffer (biologisk proces og kraftig oxidering).
- Sensorer/softwarensensorer til styringsinput (vandsammensætning — Industrispildevand og husspildevand for sig og i optimal blanding)
- Avanceret styring af afstrømning, start og stop af pumper og magasinering (og mulighed for at »designe« vandsammensætning) og alle processerne på renseanlægget for udnyttelse af kapacitet, energiforbrug/produktion og optimal rensning af vand.
- Smart Grid Styring af renseanlæg (Forecast af tilløbsflow, forecast af energipris, ind- og udkobling af energiforbrug).
- Sikring af interaktionen mellem sådanne nye teknologier og andre teknologier i anlægget.

Assens forventer et projekresultat i form af et innovativt og fremtids-sikret projekt til etablering af et renseanlæg, som kan rense spildevandet i Assens Kommunes opland.

...

Det er Assens opfattelse, at OPI-aftalen i sin helhed er undtaget fra udbudspligt i medfør af udbudslovens § 22 (tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling). OPI-aftalen omfatter levering af forsknings- og udviklingsydelser, herunder i form af ”anvendt forskning”, idet der under OPI-aftalen skal leveres originale arbejder udført med henblik på erhvervelse af ny viden, hvis primære sigte er opfyldelse af et bestemt praktisk formål (teknologi til rensning af spildevand). OPI-aftalen omfatter endvidere ”eksperimentel udvikling”, idet der skal udføres ydelser med det formål at fastlægge nye og/eller forbedrede ressource-optimale processer for rensning af spildevand, herunder udvikling af nye teknologier og processer for at minimere miljøbelastning samt fremtidssikre renseanlægget i forhold til gældende og kommende stramninger af mil-

jølovgivningen i EU. Krüger A/S bidrager til projektet med en vis egenfinansiering, således at tjenesteydelsen ikke i fuldt omfang betales af Assens. Dertil kommer, at det teknologiske udbytte af OPI-aftalen vil blive gjort offentligt tilgængeligt igennem formidling, artikler mv.”

Den 23. juni 2017 indgav EnviDan og Suez, som anført, klage til Klagenævnet for Udbud over Assens Spildevand. I klageskriftet har EnviDan og Suez blandt andet anført, at de ydelser, der fremgår af profylaksebekendtgørelsen, ikke udgør ”forskning og udvikling”. Det fremgår af blandt andet af projektets hjemmeside, at kontrakten tager udgangspunkt i kendte processer og løsninger, og at kontraktens hovedformål er at sikre rammerne for etablering af et nyt renseanlæg i Assens. Kontrakten består reelt af helt traditionelle rådgivnings- og leveranceydelse, der kan konkurrenceudsættes. Klagerne gjorde i april 2017 Assens Forsyning A/S opmærksom på, at kontrakten efter klagernes opfattelse ikke kunne indgås uden udbud.

Klagerne har fremlagt flere artikler og brochurer m.v. til dokumentation af, at der er en eller flere leverandører i Danmark og i udlandet, der ville kunne levere de ydelser og processer, der er beskrevet i profylaksebekendtgørelsen. I klageskriftet er om de enkelte ydelser og processer blandt andet anført følgende:

”1. Teknologi og proces til optimal udtag af primær biomasse (Biosorption og filtrering og samspil med de biologiske processer til næringsstoffjernelse)

Biosorptionsprocessen er en gammel og velafprøvet teknologi. Oprindeligt kommer teknologien fra Tyskland, hvor den blev lanceret af Böhnke i 1977 under betegnelsen ”AB-Verfahren”...

I Danmark er processen bl.a. anvendt i Thisted, hvor Krüger implementerede den på Thisted Renseanlæg i 1990. Ligeledes blev processen benyttet i fuld skala på renseanlæggene Odense Nordøst, Odense Nordvest samt Viby og Lundtofte renseanlæg – alle anlæg projekteret på sædvanligvis af Krüger. Biosorption er således en velkendt proces, der ofte benyttes i renseanlæg.

For så vidt angår udtag af primær biomasse ved filtrering, er dette også en velkendt teknik, idet bl.a. EnviDan har installeret og benytter mekaniske filtre til udtag af primær biomasse på Egå Renseanlæg... Krüger anvender selv forfiltrering i deres markedsføring og henviser til Stavanget Renseanlæg, hvor 20 filtre er opstillet for udtag af primær biomasse... Desuden har Krüger allerede gennemført test med Hydrotech skive-

filtre på Skagen Renseanlæg samt Lynetten ved København til udtag af primærslam i perioden 2013-2015...

Også i udlandet er forfiltrering allerede anvendt. Således har f.eks. det internationale firma WABAG implementeret projekter med forfiltrering på flere anlæg i Mellemeuropa. Teknologien er således både velkendt og velbeskrevet.

Samspillet med og mellem de biologiske processer til næringsstoffjernelse vil i forbindelse med sædvanlig projektering i øvrigt være indtænkt på anlæg af ovenstående typer, og et eksempel herpå er det renseanlæg, som EnviDan har projekteret i Egå ved Aarhus.

2. Proces til energiminimal kvælstoffjernelse fra rejeftvand fra rådnetrin og eventuelle delstrømme i hovedproces (anammox-processer)

Anvendelse af Anammox processen til energiminimal kvælstoffjernelse fra rejeftvand er velkendt og implementeret af Krüger på blandt andet Grindsted og Holbæk Renseanlæg... AnitaMox er Krügers varemærke for Anammox-processen med bæremedie. Også i Billund har Krüger for nyligt anvendt teknologien...

AnitaMox i hovedstrømmen er undersøgt i et pilotanlæg opstillet i Paris og afrapporteret i en artikel fra 10th International Conference on Bio-Film Reactors... Forsknings- og udviklingsarbejdet må formodes at være foretaget på pilotanlæggene i Paris, hvorefter der i Assens alene kan blive tale om implementering af resultaterne fra Paris.

Der findes desuden flere andre leverandører af anammoxprocesser, herunder Demon, Paques og SUEZ, ligesom EnviDan har været med til at implementere Paques anammoxproces hos Maabjerg Bioenergi. Anammoxprocesser er således en velkendt teknologi, der er set anvendt i en række danske renseanlæg, og som der på nuværende tidspunkt er foretaget omfattende forskning i.

3. Proces til optimering af slamudrådning (sammensætning af biomasse, design og volumen af rådnetaanke, hydrolyse og afvanding af biomasse)

Det fremgår ikke klart af profylaksebekendtgørelsen, hvilken ydelse, der konkret skal udføres under denne proces... Men stort set uanset indholdet vil en evt. innovationshøjde efter Klagers opfattelse være lav, da optimeringen af slamudrådningen under alle omstændigheder består af velkendte og afprøvede teknologier, uanset om det vedrører anaerob udrådning, hydrolyse, termisk hydrolyse eller afvanding...

4. Teknologi og proces til fjernelse af miljøfremmede stoffer (biologisk proces og kraftig oxidering)

Krüger har under MUDP projektet Mermiss, udviklet og testet Rense-teknologier til fjernelse af lægemiddelrester og sygdomsfremkaldende mikroorganismer i spildevand... Teknologien vil kunne genanvendes også til fjernelse af miljøfremmede stoffer uden for sygehussektoren. Selvom teknologien er ganske ny(ere), er den dog afprøvet, og anvendelse af teknologien udgør således ikke i sig selv forskning eller udviklingsydelser...

Det er samtidig velkendt, at et biologisk MBBR (biologisk processystem) muliggør en udvikling af specifikke bakteriestammer, som er i stand til at omsætte vanskelige nedbrydelige organiske forbindelser, ligesom det også er velkendt, at kemisk oxidation med eksempelvis ozon, brintperoxid og jern (Fentons Reagent) kan nedbryde komplekse organiske forbindelser. De nævnte processer er således kendte processer.

5. Sensorer/softwarensensorer til styringsinput (vandsammensætning — Industrispildevand og husspildevand for sig og i optimal blanding)

Mange større renseanlæg anvender allerede i dag teknikker til at sammensætte spildevandet optimalt via differentierede tilledninger og måling i procesanlægget. Dette er også gældende i Assens, hvor EnviDan på det nuværende Assens Renseanlæg har deltaget i et projekt, hvor spildevandet fra bryggeriet i Assens pumpes direkte til en buffertank på Assens Renseanlæg for optimal procesmæssig håndtering... EnviDan har også deltaget i et projekt vedr. styringen af bassinerne i oplandet til Assens Renseanlæg, vedr. optimering af tilløbsflow til renseanlægget. Det vil være helt naturligt at inddrage dette i projekteringsopgaven, og det forekommer derfor usandsynligt, at man under projektet vil foretage egentlig forskning heri fremfor at anvende allerede kendte teknikker.

6. Avanceret styring af afstrømning, start og stop af pumper og magasinering (og mulighed for at "designer" vandsammensætning) og alle processerne på renseanlægget for udnyttelse af kapacitet, energiforbrug/produktion og optimal rensning af vand

Der er her tale om at udnytte tilgængelig ekstra rørvolumen og bassiner til udligning af spildevandsflowet, således at det kan tilføres og behandles på tidspunkter, hvor der er ledig kapacitet eller evt. til lave(re) energipriser.

Konceptet kendes fra både Aalborg og Aarhus. Aarhus Vand styrer eksempelvis dele af deres spildevandssystem med regnradar og intelligent

administration af rør- og bassinvoluminer... Aalborg Spildevand har på Renseanlæg Øst etableret dynamiske primærtanke, hvor urensset spildevand kan opsamles og udlignes over døgnet, så belastningen af det biologiske rensesystem sker så jævnt som muligt samtidig med, at det kan behandles i lavlastperioder, hvor prisen for energi er lav... Ligeledes har Aalborg Spildevand etableret en meget stor gasbeholder, så gassen kan afbrændes i gasgeneratorer på tidspunkter, hvor der kan opnås den højeste pris for salg af elektricitet. Dette projekt har både EnviDan og Krüger deltaget i.

7. Smart Grid Styring af rensesanlæg (Forecast af tilløbsflow, forecast af energipris, ind- og udkobling af energiforbrug)

Krüger har tidligere deltaget i et EUDP projekt omkring udvikling af Smart Grid software til styring på Kolding Central Renseanlæg... Styringen optimerer automatisk elforbrug på anlægget, i forhold til variationen på elpriser, tilstrømning og afløbskvalitet, således at der fortrinsvis forbruges eksternt købt el, når elprisen er lav, for herved at reducere elforbruget i perioder, hvor elprisen er høj. Processen er således kendt fra et eksisterende og forholdsvist nyt projekt.

8. Sikring af interaktionen mellem sådanne nye teknologier og andre teknologier i anlægget.

Beskrivelsen af opgaven er meget generel... Ved etablering af alle nye anlæg, bliver der udarbejdet styringsbeskrivelser og programmeret en styring, således at de enkelte teknologier i anlægget fungerer i samspil. Styringen kan f.eks. ske i samspil med styringsprogrammer som Krügers STAR-styring, DHIs DIMS eller EnviDans EnviStyr. Alle disse styringssystemer eksisterer i forvejen.”

I klageskriftet oplyses yderligere, at Artogis allerede bidrager med et styringssystem under ”HEPWAT-projektet”, der gennemføres hos Assens Spildevand og er finansieret af offentlige MUDP-midler. Dette projekt har til formål at udvikle nye løsninger til rensning af spildevand på dele af Gummerup Renseanlæg. De nye spildevandsløsninger, der eventuelt udvikles i HEPWAT, dikterer design og funktionalitet i Assens Forsyning A/S’ kommende centrale rensesanlæg ved Assens by. Det må således antages, at der sker tilstrækkelig forskning og udvikling under HEPWAT-projektet til, at formålet med den indklagede kontrakttildeling ikke også er forskning og udvikling. Det må forventes, at rensesanlægget benytter enten Artogis’ eller et af Krügers eksisterende styresystemer frem for at udvikle nyt.

I klageskriftet anføres også, at projektets tidsplan ikke lader plads til reel forskning og udvikling, og at kontrakten meningsfuldt kunne have været opdelt således, at den del af kontrakten, der vedrører projekterings- og leveranceydelse, burde have været udbudt som en selvstændig kontrakt.

Assens Rensning har, som anført ovenfor, indleveret svarskrift i klagesagen. Det fremgår af heraf, at dette selskab oplyste at være rette part i sagen, og ikke Assens Spildevand, som angivet i profylaksebekendtgørelsen, idet det er Assens Rensning, som ultimativt forventes at indgå kontrakt om etablering af rensningsanlægget.

I svarskriftet har Assens Rensning redegjort nærmere for baggrunden for at undtage projektet fra udbud. Af svarskrifter fremgår blandt følgende:

”Den omhandlende OPI-aftale omfatter ... ikke traditionel rådgivning, som kan defineres på forhånd og vil være mulig at udbyde.

Offentlig-Privat Innovationssamarbejder er en anerkendt samarbejdsform, som i overensstemmelse med EU's udtrykte ønske om at fremme innovation gennem offentlige indkøb i Europa-Kommissions Grøn bog af 27. januar 2011 om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb, side 46-47..., får en stadig større udbredelse for at tilgodese offentlige og private interesser samt langsigtede samfunds- og miljømæssige interesser.

...

Det præciseres, at indklagedes samarbejde med Krüger A/S ikke er udtryk for, at den samlede opgave med etableringen af det nye renseanlæg søges undtaget for udbud, idet indklagede i takt med udviklingen vil udbyde udbudspligtige ydelser. På tidspunktet for indrykningen af profylaksebekendtgørelsen og forud for færdigforhandlingen af OPI-aftalen er det konservativt anslået, at OPI-aftalen i økonomisk henseende kommer til at repræsentere ca. 20 % af den samlede opgave, som skønnes at repræsentere en værdi på ca. 250 mio. kr.

Indklagedes påtænkte teknologiudvikling i samarbejdet med Krüger A/S før gennemførelse af udbud vil tillige bidrage til projektets organisationsmodel(ler), herunder om nogle ydelser med fordel kan kontraheres som totalleverancer baseret på funktionskrav og procesgarantier frem for hovedleverancer baseret på indklagedes projekt.”

Om baggrunden for projektet fremgår blandt andet følgende:

”Indklagede fik i første halvår af 2015 udarbejdet et skitseprojekt for nyt Assens Renseanlæg.

Skitseprojektet indeholder et forslag til, hvordan et nyt Assens Renseanlæg kunne indrettes med udgangspunkt i kendte processer og løsninger. Det overordnede formål med skitseprojektet var at tilvejebringe et beslutningsgrundlag, der havde en behandlingsdybde og sikkerhed, så renseanlægget senere ville kunne opføres inden for den skønnede økonomiske ramme, samtidig med at indklagedes bestyrelse blev præsenteret for et beslutningsgrundlag baseret på kendt teknologi.

I skitseprojektet er vurderet størrelser på tanke og bygværker for at kunne udarbejde et samlet anlægsoverslag til fremlæggelse i indklagedes bestyrelse.

Herudover er der separat beskrevet forhold vedrørende administrationsbygning, anlæg for samudråkning af organisk husholdningsaffald og gylle samt rensning af rejeftvand.

Renseanlægget er i skitseprojektet løst beregnet efter en gennemsnitlig stofbelastning på 100.000 PE, hvoraf industribelastningen udgør ca. 50 %. Særligt hvad angår sammensætningen af industribelastningen, ligger der en lang række forudsætninger bag. Efter færdiggørelsen af skitseprojektet har industrien fremsat ønsker til anlægget, der medfører, at belastningen skal udvides.

På tidspunktet for udarbejdelse af skitseprojektet arbejdede indklagede på overordnet niveau bl.a. med forberedende sonderinger hos myndigheder og udvælgelse af grund til det nye renseanlæg (3 mulige grunde og beliggenheder blev undersøgt). Dette betyder, at renseanlægget i skitseprojektet er disponeret på overordnet niveau uden hydraulisk disponering og indpasning i terræn.

Der er udarbejdet et samlet anlægsoverslag baseret på beregnede og skitseoptegnede procestankvolumener og bygningsarealer i det Ny Assens Renseanlæg. Da de økonomiske vurderinger blev foretaget på et grundlag med væsentlige uafklarede områder, blev der til anlægsoverslagene regnet med 15 % til uforudsete omkostninger, og det samlede foreløbige budget førte til en skønnet pris på 250 mio. kr.

Med det valgte OPI-projekt udvikles der enten på flere af de ovennævnte løsninger eller funktionerne erstattes direkte af nye teknologier, som kan indgå i en samlet forbedring af processerne hen imod forbedret udnyttelse af ressourcerne i spildevandet.”

Om HEPWAT-projektet fremgår blandt andet følgende:

”Resultaterne fra HEPWAT-projektet [kan] ikke ... overføres uden videre regående forskning og udvikling til Ny Assens Renseanlæg på grund af det nye renseanlægs kapacitet, sammensætningen af industrispildevandet samt den fleksibilitet, som er påkrævet i forbindelse med, at det nye renseanlæg successivt skal erstatte otte eksisterende renseanlæg og dermed udsættes for en stadigt større belastning.”

Om OPI-samarbejdet med Krüger er blandt andet oplyst følgende:

”Indklagedes forudsætninger for at indgå i et samarbejde med Krüger er toledet. Det nye renseanlæg i Assens skal for det første sikre integrering af pilotprojektets forsknings- og udviklingsresultater. Renseanlægget opføres i en skala 100.000 PE i modsætningen til pilotprojektet, som udføres i en skala 2-5.000 PE. ”Opskaleringen” (fuld skala) forventes ikke at være lineær.

For det andet skal der ske selvstændig forskning og udvikling for at udvikle, teste og demonstrere samspillet mellem kendte teknologier samt nye teknologier til brug for opførelsen af renseanlægget. Indklagede har vurderet, at det ikke er muligt at udarbejde en kravspecifikation vedrørende opførelsen af et nyt renseanlæg uden forinden at inddrage en eller flere private parter og gennemføre et udviklingsprojekt, hvor forskellige tekniske muligheder udvikles, opstilles og afprøves samt trinvis implementering af ny teknologi. Dette skyldes, at det på nuværende tidspunkt ikke er muligt at beskrive renseanlæggets funktioner, krav, ydelser mv. Der er endvidere en betydelig usikkerhed om de betingelser, som det nye renseanlæg skal drives under og kun med kvalificeret test af ny teknologi samt sammensætning af teknologier (nye og kendte), processer samt design, kan der udvikles, dimensioneres og etableres et anlæg, som opfylder Indklagedes forventninger til et fremtidssikret renseanlæg. Der ligger et betydeligt forarbejde og undersøgelser til grund for OPI-projektet. Der er udarbejdet tekniske redegørelser for OPI-projektets udviklingselementer, som underbygger vurderingen af samarbejdet.”

I svarskriftet har Assens Rensning sammenfattet sine bemærkninger til det af klagerne anførte vedrørende de enkelte ydelser og processer omfattet af OPI-aftalen i følgende skema:

Påstået kendt teknologi	Klagers bilag	Indklagedes bemærkninger
1) Biosorption og filtrering	3-6	Bilag 3 konkluderer, at biosorption kan indgå i fremtidens renseanlæg. Egå-projektet (bilag 4) var en langt mindre opgave end

		Ny Assens Renseanlæg. Klager har kun fremlagt en intern præsentation fra en af klagerne om en Workshop, men ikke dokumenteret driftsperformance og anlægsøkonomi. Side 13 indeholder en sort side under filtrenes funktion, og ifølge indklagedes oplysninger blev den af klager, som deltog i dette anlæg, fritaget fra procesgarantier. Bilag 5 og 6 er ikke udtryk for kendt teknologi. Filtre- ringen på det norske anlæg i bilag 5 adskiller sig fra kravene til næringsstoffjernelse i Danmark. Bilag 6 er et MUDP-støttet projekt. Bilagene forholder sig heller ikke til sammenspil med andre relevante teknologier, som indgår i Ny Assens Renseanlæg.
2) Annamox-processer	7-9	Bilag 7 og 8 forholder sig ikke til, at processen i Ny Assens Renseanlæg skal indgå i et samspil med hovedstrømmen i anlægget, at processerne er følsomme, og at der efter danske krav skal ske fjernelse af store mængder kvælstof. Der er ikke som påstået af klager udført omfattende forsøg med processerne, men derimod kun udført forsøg på Egå og Ejby-anlægget, hvor det af indklagede i relation til Ejby fremlagte bilag L viser en række uafklarede forhold. Bilag 9 er udtryk for et pilotforsøg i Frankrig baseret på andre vandtemperaturer.
3) Proces til optimering af slamudråkning	10	Bilag 10 i form af en brochure fra Krüger A/S dokumenterer ikke, at der skulle være tale om kendt teknologi. Der har været gennemført et udviklingsprojekt med støtte fra VTUF, men der er behov for inddragelse af nye teknologier.
4) Teknologi og proces til fjernelse af miljøfremmende stoffer	11 og 12	Klager henviser urigtigt til bilag 11, som er en brochure fra Krüger A/S, til indtægt for en videnskabelig artikel. Klagers påberåbte processer er ikke afprøvet i Danmark i et fuldskalaprojekt, fordi der end ikke er fastsat udlederkrav endnu. Bilag 12, som er den ene klagers eget brochuremateriale er ifølge materialets egen formulering kun udtryk for, at denne klager "is ready to enter a pilot test demonstration for decentralized plant ... og "Guarantees will depend on some tests." Denne klager er på vej ind i et MUDP

		støttet projekt, hvilket heller ikke tyder på færdiggjort teknologi.
5) Styringsinput	24, 25 og 26	Styringsbeskrivelser fra et af de eksisterende anlæg, som kun er en del af de i alt 8 anlæg, som skal erstattes af Ny Assens Renseanlæg, kan ikke bruges på det nye anlæg.
6) Avanceret styring af afstrømning, start, stop af pumper og magasinering	15 og 22	Bilagene forholder sig ikke til, at der udover afstrømning i Ny Assens Renseanlæg vil være behov for at sikre maksimal forsyningsvirksomhed, optimalt arbejdsmiljø, minimeret indsigning, decentral aflastning, maksimal kontrol af svovlbrinte og maksimal levetid på installationer, rør og bygværker
7) Smart Grid Styring	16	Klager forsømmer af forholde sig til bilagets rette ordlyd: ”De seneste år er der blev forsket intensivt i Smart-Grid og nu er metoderne modne til avancerede demonstrationsprojekter.”
8) Sikring af interaktion	17 og 18	Klager ser isoleret på styring ud fra nogle generelle betragtninger om kendte systemer, men forsømmer at forholde sig til den faktiske interaktion mellem teknologierne og kravene til forsynings- og miljø sikkerhed, hvor indklagede har ambition om fremtidssikring ved at stille videregående krav end de nugældende miljøkrav, som er under stadig skærpelse.

”

Om faserne i OPI-aftalen har Assens Rensning i svarskriftet blandt andet oplyst følgende:

” ...

○ (1) Rammefasen

I rammefasen udvikles og fastlægges rammerne for projektet med indsamling af publiceret viden, baggrundsviden i OPI-projektet og data fra eksisterende forundersøgelser mht. biomasser, vandkvalitetskrav, arbejdsmiljø, miljø, drift, krav fra industrier, forbrugerne mv. I denne fase fastlægges særlige fokuspunkter, der ud over de nævnte i notatet ”Ressourceoptimale processer”, kræver særlig innovation, test og videreudvikling i projektet.

I rammefasen udvikles samarbejdsmodellen mellem samarbejdspartnerne i fællesskab. Modellen anvendes i de følgende faser, hvor den afprøves og optimeres efter behov. I samarbejdsmodellen vil det særligt være vigtigt at afdække behov hos de industri-virksomheder, der leder spildevand til det Ny Assens Renseanlæg for at opnå symbiose mellem industriens og indklagedes aktiviteter.

- (2) Konceptfasen

I konceptfasen udvikles et overordnet procesdesign med sammensætning og beskrivelse af de nye teknologier, der skal udvikles for at få forbedret udnyttelse af spildevandet til det Ny Assens Renseanlæg. Desuden indsamles viden om løsninger fra HEPWAT-projektet og overføres til det Ny Assens Renseanlæg, hvor de videreudvikles til stor målestok (fuld skala) og under behørig hensyntagen til den særlige spildevandssammensætning på det Ny Assens Renseanlæg.

Udviklingen af de nye løsninger udvikles under hensyntagen til særlige forhold som danske myndighedskrav, krav fra restprodukttagere, miljøkrav for restprodukter, særlige arbejdsmiljøkrav mv. og optimal udnyttelse af gas og ressourcer. Der udvikles en plan for, hvordan man kan teste den trinvisse tilledning af spildevand til det Ny Assens Renseanlæg.

Der opsættes forsøgsplan for test af behandlingsteknologier med beskrivelse af, hvordan der testes og demonstreres i forbindelse med udførelse af det Ny Assens Renseanlæg, således at forventninger til resultater demonstreres og dokumenteres. Der udarbejdes en funktionsbeskrivelse baseret på de innovative forslag til, hvordan en intelligent styring sættes op.

Der udvikles et samlet overordnet anlægslayout, der giver såvel optimalt proces-anlæg med sammenhæng til de nye innovative løsninger, som overordnet sikrer et bæredygtigt layout med optimal ressourceudnyttelse og arbejdsmiljøvenlighed samt rette set up i forhold til affald/slam for de valgte innovation af teknologier.

Udviklingen er dog langt fra afsluttet i konceptfasen, og grænsen mellem konceptfasen og Designfasen vil være udflydende. En del af udviklingen er også, at der vil være en vis iteration.

- (3) Designfasen

Udvikling og opstilling af endeligt design af det kommende fuldskala renselanlæg baseret på resultater fra gennemførte test af behandlingsteknologier for spildevand og slam.

Der planlægges en trinvis udførelse af det endelige anlæg for gennemførelse af de i konceptfasen opstillede planer for test. Desuden udvikles detaljeret design med bl.a. sammensætning af spildevand (industri/husholdning), samt robuste og effektive teknologier for maksimering af energiproduktionen, herunder forfiltreringsanlæg, alle biologiske processer, anaerobe trin mm.

Designet vil blive gennemført således, at udviklingsresultater kan implementeres trinvis.

Endvidere udvikles og programmeres software til intelligent styring til procesanlægget med endelig udvikling af de matematiske algoritmer inkl. tilpasning og test.

Endelig gennemføres udbud af entreprenørydelser og leverancer (til leverancefasen).

○ (4) Leverancefasen

Udvikling og levering af fuldskala teknologier til sammensætning af spildevand (industri/husholdning), robuste og effektive teknologier for maksimering af energiproduktionen, udtag af primærslam ved forfiltrering, proces til energiminimal kvælstoffjernelse, proces til fjernelse af organisk stof og fosfor, processer til behandling af miljøfremmede stoffer, proces til optimering af slamudrådning og KOD udrådning og tilhørende tilpasning til de aktuelle forhold inkl. optimering, test og optimering / justering under konstruktion af fuldskala anlægget herunder sideløbende udvikling af tilhørende automatisk styring.

○ (5) Indkøringsfasen

Proof of concept på samlet procesanlæg og tilhørende intelligent styring med efterfølgende optimering og trimning af anlægget med særlig fokus på trimning af algoritmer i den intelligente styring.

Uddannelse af driftspersonale i de valgte teknologier og den avancerede styring.

○ (6) Afslutningsfasen

Publicering af artikler til fagtidsskrifter.

Vurdering af evt. beskyttelse i form af brugsmodelbeskyttelse eller patentering under OPI-projektet, herunder udarbejdelse af det afsluttende statsstøttereign-skab.

Publicering af abstracts samt udarbejdelse af indlæg og deltagelse på internationale konferencer om procesanlægget og dets intelligente styring, samt det lokale setup med f.eks. industriel symbiose.

Det samlede budget for de 6 faser er estimeret til 54,7 mio. kr., hvoraf 28.400.000 kr. udgør udgifter til personale i ovenstående seks faser og

26.305.300 kr. udgør indklagedes udgifter til leverancer specificeret indenfor de seks faser ...”

Om OPI-aftalens tidsplan er blandt andet anført følgende:

”Det er korrekt, at det er indklagedes forventning, at det Ny Assens Renseanlæg kan stå klar til brug pr. 1. januar 2019. Inden for denne tidsramme skal der ske forskning og udvikling, design af det nye renseanlæg samt opførelse af renseanlægget. Indklagede vil løbende evaluere og revidere tidsplanen, således at der under hele projektet er afsat den nødvendige tid til hver del af OPI-projektet.

Indklagede er således ikke enig i, at et OPI-projektet som minimum skal løbe over 2 år for at kunne være værdiskabende. Det må være en konkret vurdering fra projekt til projekt, som afhænger af omfanget af udvikling, test og demonstrationer under det konkrete projekt.

Det er indklagedes opfattelse, at der findes en række eksempler på forsknings- og udviklingsforløb på 6-12 måneder med succesfulde resultater. Til eksempel kan fremhæves HEPWAT-projektet, der med et samlet budget på 40 mio. kr., heraf ca. 18,8 mio. kr. i udviklingsstøtte fra Miljø- og Fødevareministeriet, med en samlet tidsplan på 2 år, vil levere relevant output og resultater allerede efter 1 år. Klager opfordres (2) til at fremlægge bevis for, at de branchebestemte forskningsprojekter, som klager henviser til, generelt skal løbe i minimum 2 år for at være værdiskabende.”

Assens Rensning har endvidere oplyst, at OPI-aftalens dele ikke objektivt kan adskilles, idet OPI-aftalen nødvendigvis skal indgås med én aftalepart, der er i besiddelse af såvel de nødvendige kompetencer inden for den påkrævede forskning og udvikling som de nødvendige projekteringstekniske kompetencer.

I replikken har EnviDan og Suez blandt andet anført, at det på baggrund af det foreløbige budget for OPI-aftalen kan konstateres, at der formentlig indgår levering af går udstyr for mere end 19 mio. kr. i aftalen.

I duplikken har Assens Rensning blandt andet anført, at det foreløbige budget for OPI-aftalen alene indeholder skønsmæssigt anslåede udgifter over de forventede leverancer.

Parternes anbringender:

EnviDan og Suez har til støtte for, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*), navnlig gjort gældende, at betingelserne for at undtage kontrakten

fra udbud, jf. udbudslovens § 22, ikke er opfyldt, og at der derfor er tale om en ulovlig direkte tildeling. Klagerne har henvist til, at der reelt ikke er tale om forskning og udvikling, idet hovedformålet og den allervæsentligste del af kontrakten udgør sædvanlig projektering, som sagtens vil kunne konkurrenceudsættes, subsidiært udskilles til særskilt udbud.

Betingelsen om *uopsættelighed* er også opfyldt, da klagerne i en situation som den foreliggende, hvor tildelingen er sket direkte uden afholdelse af udbud, vil være afskåret fra at løfte bevisbyrden for et erstatningskrav.

En *interesseafvejning* taler for, at der gives opsættende virkning. Klagerne har herved navnlig henvist til, og at Assens Spildevand har haft tilstrækkelig tid til at gennemføre et udbud, og at der ikke er noget hensyn at tage til Assens Spildevand i den foreliggende situation, hvor Assens Spildevand foretager en uberettiget direkte tildeling.

Assens Rensning har navnlig gjort gældende, at klagen ikke har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Det skyldes, at kontrakten er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 22, idet der er tale om forskning og udvikling. Klagerne har ikke godtgjort, at Assens Rensning har handlet i strid med udbudsreglerne. Der er derfor ikke udsigt til, at klagerne får medhold i klagen.

Klagerne har intet anført, der peger i retning af, at klagerne vil lide et sådant alvorligt og uopretteligt tab, eller at der i øvrigt er grundlag for at antage, at der er risiko for virksomhedens eksistens, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Betingelse om *uopsættelighed* er dermed ikke opfyldt.

Assens Rensning har gjort gældende, at en *interesseafvejning* taler mod, at klagen tillægges opsættende virkning. Klagernes interesse er alene økonomisk og af begrænset størrelse, hvilket er for intet at regne mod tabet af det store ressourceforbrug til planlægning og organisering af kurser, som skal genovervejes i tilfælde af, at klagen tillægges opsættende virkning.

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.

Klagenævnet bemærker, at profylaksebekendtgørelsen er indrykket af Assens Spildevand, der efter det oplyste har karakter af et ”søsterselskab” i forhold til Assens Rensning, idet begge selskaber ejes af Assens Forsyning A/S. Klagen er indgivet mod Assens Spildevand, og klagenævnet tager på den baggrund stilling i forhold til denne indklagede. Da klagenævnet efter høring af Assens Spildevand har modtaget svarskrift og duplik fra Assens Rensning, og da de to selskaber som nævnt har karakter af ”søsterselskaber”, lægger klagenævnet til grund, at de oplysninger og anbringender, som Assens Rensning er fremkommet med under klagesagen, angår den annoncerede aftale.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet, at aftalen ubestridt overstiger udbudsdirektivernes tærskelværdi, og at aftalen, medmindre den var omfattet af udbudslovens § 22, skulle have været udbudt i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven.

Det påhviler herefter indklagede at godtgøre, at betingelserne i undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 22 er opfyldt. For det tilfældet, at dette kun kan antages at være tilfældet for en del af kontrakten, påhviler det ligeledes indklagede at godtgøre, at den resterende del ikke udgør hovedformålet med kontrakten, og at den ikke objektivt vil kunne udskilles, jf. udbudslovens § 26, stk. 4, jf. stk. 1.

Klagerne har under henvisning til en række hjemmesider og videnskabeligt/teknisk materiale redegjort for baggrunden for deres opfattelse af, at de elementer, der efter udbudsbekendtgørelsen indgår i den omtvistede aftale, har karakter af kendt teknologi, hvorfor der ikke er tale om forsknings- og udviklingsydelser omfattet af udbudslovens § 22, at hovedformålet under alle omstændigheder er projektering eller leverance af et renseanlæg, subsidiært at ydelserne vedrørende projektering og leverancer, der også isoleret set må antages at overskride tærskelværdien, objektivt vil kunne udskilles, og at disse ydelser således burde have været udbudt særskilt.

Assens Rensning har bestridt disse tekniske indsigelser og nærmere redegjort for sin opfattelse af karakteren af de efterspurgte ydelser set i forhold til den teknologi, som klagerne har henvist til.

Klagenævnet finder, at en vurdering om, bevisbyrden er løftet for, at aftalen i det hele er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 22, først med mening vil kunne foretages efter en mere omfattende skriftveksling til belysning af vægten af parternes tekniske synspunkter og de fremlagte tekniske oplysninger i sagen.

På det foreløbigt foreliggende grundlag er bevisbyrden allerede derfor ikke på nuværende tidspunkt løftet for, at betingelserne i udbudslovens § 22 er opfyldt.

Betingelsen om, at klagen skal have noget på sig ("*fumus boni juris*"), er herefter opfyldt.

Af de grunde, som klagerne har anført, er betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) i den foreliggende sag, der angår direkte tildeling af en kontrakt, ikke til hinder for, at klagen tillægges opsættende virkning.

Vedrørende betingelse nr. 3 (*interessevejning*) bemærker klagenævnet, at en ordregiver, som overvejer at anvende undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 22, der indebærer direkte tildeling af en kontrakt, og samtidig agter at anvende fremgangsmåden med forudgående offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse, altid må påregne muligheden af, at der klages, og at klagen tillægges opsættende virkning, jf. klagenævnets kendelse af 16. marts 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet. Der er endvidere ikke nærmere beskrevet eller dokumenteret omfanget af de angivne skadevirkninger ved at tillægge klagen opsættende virkning. På den baggrund og efter en samlet vurdering af hensynet til klagernes interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, over for hensynet til indklagedes modsatrettede interesse finder klagenævnet, at også denne betingelse er opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning opfyldt.

Klagenævnet tillægger herefter klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at Assens Spildevand ikke må underskrive kontrakt.

Klagenævnet bemærker, at det fremgår af svarskriftet, at det ”ultimativt [er] Assens Rensning A/S ..., som forventes at indgå” den annoncerede aftale med Krüger A/S. Klagenævnet skal i den forbindelse henlede opmærksomheden på, at Assens Rensning A/S efter det oplyste er et selvstændigt aktieselskab, og at dette selskab ikke som ordregiver har indrykket en annonce med henblik på forudgående offentliggørelse i henhold til klagenævnslovens § 4 vedrørende den omtvistede aftale.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens retlighed bekræftes.

Anne-Mette Schjærning
specialkonsulent