

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Niels Sørensen, Jørgen Egholm)

J.nr.: 2010-0022789

16. november 2011

K E N D E L S E

Gips Recycling Danmark A/S (tidligere Gypsum
Recycling International A/S)
(advokat Peter Lund Meyer, Købehavn)

mod

I/S Vestforbrænding, I/S Amagerforbrænding,
I/S Nordforbrænding og Forsyning Helsingør Affald A/S
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 85-128124 af 29. april 2010, der blev offentliggjort i EU-Tidende den 1. maj 2010, udbød I/S Vestforbrænding, I/S Amagerforbrænding, I/S Nordforbrænding og Forsyning Helsingør Affald A/S (indklagede) som begrænset udbud i henhold direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en offentlig tjenesteydelseskontrakt om behandling af gipsaffald opdelt i 4 delaftaler.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 31. maj 2010 havde i alt 10 virksomheder, herunder Gypsum Recycling International A/S, nu Gips Recycling Danmark A/S (klageren) og Renoflex-Gruppen A/S anmodet om prækvalifikation.

Den 18. juni 2010 besluttede indklagede at prækvalificere 8 virksomheder, herunder klageren og Renoflex-Gruppen A/S.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 18. juni 2010, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 19. august 2010 havde 4 af de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud, blandt andre klageren og Renoflex-Gruppen A/S.

Den 6. september 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Renoflex-Gruppen A/S i samtlige 4 delaftaler.

Den 24. september 2010 indgav klageren, en klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede.

Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af håndhævelseslovens § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 22. oktober 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet begrundede sin afgørelse med, at betingelsen om »uopsættelighed« ikke var opfyldt. Klagenævnet slog samtidig fast, at betingelsen om »*fumus boni juris*« var opfyldt for så vidt angår påstand 1 (se nedenfor).

Indklagede annullerede herefter den 10. november 2010 udbuddet.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

»Påstand 1: Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets art. 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S som ikke-konditionsmæssigt, uagtet at tilbuddet ikke var vedlagt dokumentation for aftale med aftager om afsætning af den behandlede gipsfraktion til genanvendelse.

Påstand 2: (subsidiær i forhold til påstand 1) Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets art. 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S som unormalt lavt efter gennemførelse af kontrolproceduren i Udbudsdirektivets art. 55, uagtet at det var eller burde have været åbenbart for indklagede, at dette tilbud var unormalt lavt.

Påstand 3: Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 6. september 2010 om tildeling af den udbudte kontrakt om behandling af gipsaffald til Renoflex-Gruppen A/S.«

Indklagede, der oprindeligt nedlagde påstand om, at klagen ikke skulle tages til følge, har nedlagt endelig påstand om, at påstand 1 tages til følge.

Som påstandene er nedlagt og under hensyn til, at udbuddet på nuværende tidspunkt er annulleret, behandles påstandene 2 og 3 ikke i denne kendelse.

Indklagede har for det tilfælde, at påstand 1 tages til følge, gjort gældende, at klagerens tilbud heller ikke var konditionsmæssigt, da dette tilbud heller ikke levede op til kravet om en sådan dokumentation. Indklagede har endvidere anført, at klagerens tilbud i relation til visse af de udbudte delaftaler også af andre grunde ikke var konditionsmæssigt.

Klagenævnet har på den baggrund besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 4

Har indklagede handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra klageren som ikke-konditionsmæssigt, uagtet at tilbuddet ikke som fastsat i udbudsbetingelserne var vedlagt dokumentation for aftale med aftager om afsætning af den behandlede gipsfraktion til genanvendelse?

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen af 29. april 2010 fremgik blandt andet, at indklagede udbød en opgave vedrørende behandling af gipsaffald som et begrænset udbud. Opgaven var nærmere beskrevet som følger:

- » Modtagelse, evt. afhentning, af gipsaffald fra genbrugsstationer i oplandet, dvs. hele Region Hovedstaden. Behandling, sortering og disponering af de udsorterede bestanddele til genanvendelse i videst muligt omfang, og bortskaffelse af eventuel resterende affald på dokumenteret miljømæssigt forsvarligt vis i overensstemmelse med gældende regler.«

Tildelingskriteriet var fastsat til »*det økonomisk mest fordelagtige bud*«.

Den enkelte delaftale skulle indgås med kun én af de deltagende ordregivende myndigheder:

- Delaftale 1: I/S Vestforbrænding,
- Delaftale 2: I/S Amagerforbrænding,
- Delaftale 3: I/S Nordforbrænding og

- Delaftale 4: Forsyning Helsingør – Affald A/S.

I udbudsbetingelsernes pkt. 1.8.2 om »*Tildelingskriterier*« er blandt andet anført følgende:

»Der anvendes følgende vægtede underkriterier:

- | | |
|------------------------|------|
| 1. Pris | 90 % |
| 2. Kvalitet af service | 10 % |

Udbuddet er for så vidt angår delaftale 1, 2, 3 og 4 udformet som to sideordnede udbud for hver delaftale:

1. Gipsaffaldet afleveres ved Ordregivers foranstaltning på en adresse angivet af Tilbudsgiver i sit tilbud
2. Gipsaffaldet afhentes af Tilbudsgiver på de genbrugsstationer eller opsamlingssteder, der er omfattet af udbuddet.

Efter at Ordregiver har gjort sig bekendt med tilbuddene, specielt hvad angår forskellene i pris og tilbudt service på de to sideordnede udbud, beslutter Ordregiver sig for, hvilken løsning der foretrækkes for de enkelte delaftaler. Herefter evalueres tilbuddene i detaljer på den foretrukne løsning på de enkelte delaftaler i henhold til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.«

I udbudsbetingelsernes pkt. 1.6 om »*Krav til tilbuddet*« var der blandt andet anført følgende:

»For tilbud gælder følgende mindstekrav:

- ...
- ...
- Samtlige ønskede oplysninger i nærværende udbudsmateriale skal være vedlagt tilbuddet.
- ...
- ...
- ...

Hvis disse mindstekrav ikke er opfyldt, anses tilbuddet for ukonditionsmæssigt og afvises derfor.

...«

I udbudsbetingelsernes pkt. 1.9 om »*Tilbuddets udformning*« var blandt andet anført følgende:

»Tilbudsgiverne opfordres til at sørge for, at afgivne tilbud er fyldestgørende, behandler alle relevante forhold og indeholder alle nødvendige oplysninger.

...

Tilbudsdokumenterne bedes placeret i samme orden som angivet herunder adskilt af faneblade eller lignende:

- Tilbudsbrev/forside, identifikation af Tilbudsgiver
- Bilag, hvor anlægget, der behandler primærproduktet gipsaffald, beskrives, herunder navn og adresse på anlægget. Der skal i tilbuddet foretages en procesbeskrivelse for behandlingen samt evt. sorteringsprocedure og anden efterbehandling af primærproduktet og andre slutprodukter, herunder
 - Fyldestgørende beskrivelse af såvel primærprodukt som andre slutprodukter, eventuelle biprodukter eller affaldsstrømme. Beskrivelsen vedlægges et samlet masseflow for behandlingsprocessen.
 - Beskrivelse af slutanvendelsen eller disponering af alle slutprodukter, ud over gipsen gælder dette også papir, søm, skruer etc., herunder også de miljømæssige aspekter heraf.
 - Oplysning om anlæg, der behandler slutprodukterne – navn og adresse på anlæggene samt dokumentation for miljøgodkendelse til behandling af de pågældende slutprodukter samt aftale om afsætning af gipsfraktionen til genanvendelse mellem aftager og byder vedlægges tilbuddet.

Tro og love-erklæring og serviceattest samt miljøgodkendelse for behandlingsanlægget, der behandler primærproduktet gipsaffald skal vedlægges tilbuddet, hvis ikke dette er dækket af de fremsendte erklæringer, attester og godkendelser i forbindelse med prækvalifikationen.

For restprodukternes vedkommende, herunder pap/papir, tapet, lim, skruer lægter etc., skal Tilbudsgiver oplyse behandlingsanlægs navn, adresse etc. Ved behandling af restprodukter, som udgør over 10 % af affaldet, skal der vedlægges dokumentation for, at behandlingsanlægget er miljøgodkendt til modtagelse af den pågældende fraktion.

I det omfang ovenstående fremgår af miljøgodkendelse(r), der allerede er fremsendt i forbindelse med prækvalifikationen, kan der henvises hertil med angivelse af de relevante punkter i godkendelsen. Hvis dele af de tilbudte aktiviteter ikke specifikt er nævnt i miljøgodkendelsen, skal Tilbudsgiver dokumentere,

f.eks. i form af korrespondance med den godkendende myndighed, at den tilbudte aktivitet kan foregå inden for den foreliggende miljøgodkendelse. Dokumentationskravet gælder alle led i processen, frem til gipsaffaldet indgår i nye produkter. Hvis en beskrevet aktivitet uden for enhver rimelig tvivl er dækket af en virksomheds generelle miljøgodkendelse, kan dokumentation herfor undlades i tilbuddet, men Ordregiver forbeholder sig ret til under evalueringen med kort varsel at få sådan supplerende dokumentation stillet til rådighed.

Det bemærkes, at forudsætningen for, at tilbuddet evalueres, er, at ovenstående dokumentation og beskrivelser af behandlingsanlæg, behandlingsproces etc. er vedlagt, således at Ordregiver har dokumentation for, at Kravspecifikationen i forbindelse med affaldsbehandlingen overholdes...

...«

I tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S henvistes til en erklæring af 28. maj 2010, som virksomheden havde vedlagt sin anmodning om prækvalifikation. Denne erklæring, der bar overskriften »*Hensigtserklæring vedr. leverance af genbrugsgips leveret som råmateriale, af Renoflex-Gruppen A/S...*« indeholdt blandt andet følgende:

»Det er parternes hensigt, at de i fællesskab vil arbejde på at indgå en aftale om et længerevarende samarbejde med henblik på at optimere genanvendelsen af genbrugsgips.

...

På baggrund heraf indleder parterne forhandling om udarbejdelse af en samarbejdsaftale...

Denne hensigtserklæring er ikke en bindende aftale...«

Tilbuddet fra klageren indeholdt følgende erklæring dateret 23. juli 2010:

»Erklæring om aftale mellem Gyproc A/S og Gips Recycling A/S vedrørende genanvendelse af recycling gips (også benævnt "gipsfraktionen" i Vestforbrænding m.fl. Udbud om behandling og afsætning af gipsaffald) som råvare til produktion af nye gipsplader.

...

I henhold til kravet om dokumentation for aftale om afsætning af gipsfraktionen til genanvendelse – jf. afsnit 1.9 i udbudsvilkårene side 8 af 10 (vedlagt) – kan Gyproc A/S hermed bekræfte følgende:

- Gyproc A/S's anlæg...kan modtage og genanvende recycling gips produceret og leveret fra Gips Recycling A/S' anlæg...som en, af tekniske årsager, begrænset del af de gipsråvarer, der anvendes i forbindelse med produktion af nye gipsplader.
- Gyproc A/S har indgået aftale med Gips Recycling A/S om afsætning og genanvendelse af recycling gips på vores anlæg..., og kan anvende recycling gips, der overholder de af Gyproc A/S stillede specifikationer i denne aftale.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har til støtte for påstand 1 navnlig anført, at det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 1.6, at det var et mindstekrav, at samtlige ønskede oplysninger i udbudsmaterialet skulle være vedlagt tilbuddet, og at det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 1.9, at tilbudsgiverne skulle fremlægge en procesbeskrivelse for behandling og anden efterbehandling af primærproduktet (den udskilte gipsfraktion) og andre slutprodukter (skruer, papir og andre frasorterede emner), og herunder blandt andet »dokumentation« for »aftale om afsætning af gipsfraktionen til genanvendelse mellem aftager og byder... «. Tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S indeholdt alene en uforbindende hensigtserklæring. Det stillede mindstekrav var derfor ikke opfyldt, hvorfor tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S burde have været afvist som ikke-konditionsmæssigt.

Indklagede har som nævnt ovenfor nedlagt endelig påstand om, at påstanden tages til følge.

Ad spørgsmål 4

For det tilfælde, at klagenævnet finder, at tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S var ikke konditionsmæssigt, jf. påstand 1, har indklagede gjort gældende, at klagerens tilbud heller ikke var konditionsmæssigt. Indklagede har herved navnlig anført, at den erklæring fra virksomheden Gyproc A/S, som var vedlagt klagerens tilbud, ikke levede op til et eventuelt mindstekrav i udbudsbetingelsernes pkt. 1.9, idet erklæringen ikke dokumenterede, at klageren og den nævnte virksomhed havde indgået en konkret aftale om, at

Gyproc A/S skulle aftage den betragtelige mængde indsamlet gips af den kvalitet, som udbuddet vedrørte, til genanvendelse.

Klageren har gjort gældende, at erklæringen levede op til det stillede minimumskrav. Erklæringen blev udformet specifikt med henblik på overholdelse af kravet i det konkrete udbud, hvilket fremgår af overskriften og af de forhold, at der udtrykkeligt henvises til udbudsbetingelsernes pkt. 1.9.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I klagenævnets afgørelse af 22. oktober 2010 om spørgsmålet vedrørende opsættende virkning anførtes blandt andet:

»Udbudsbetingelsernes pkt. 1.9 indeholder...i det 3. afsnit en opregning, der er opstillet i 2 underpunkter, hvoraf det sidste er underopdelt i 3 delpunkter. Af opregningens indledning fremgår det, at tilbudsdokumenterne *»bedes placeret i samme orden som angivet herunder...«* Af opregningens 2. underpunkt, 2. pkt. og 3. delpunkt fremgår, at der i tilbuddet *»skal foretages en procesbeskrivelse for behandlingen samt evt. sorteringsprocedure og anden efterbehandling..., herunder...Oplysning om anlæg, der behandler slutprodukterne... samt dokumentation for miljøgodkendelse til behandling af de pågældende slutprodukter samt aftale om afsætning af gipsfraktionen til genanvendelse mellem aftager og byder vedlægges tilbuddet«*.

Indledningen til opregningen fastsætter ikke i sig selv et krav til tilbuddets indhold, men udgør efter sin ordlyd alene en henstilling til tilbudsgiverne om at anvende en bestemt rækkefølge ved udformningen af tilbuddene. Efter formuleringen af 2. underpunkts 2. pkt. med tilhørende delpunkter synes denne bestemmelse derimod at fastsætte en række indholdsmæssige krav til tilbuddet. Det følger direkte af det 4. afsnit efter opregningen, at det er en betingelse for, at tilbuddet evalueres, at *»ovenstående dokumentation og beskrivelser af behandlingsanlæg, behandlingsproces etc. er vedlagt...«*. Som dette afsnit er formuleret, indebærer det, at et tilbud, der ikke er vedlagt den deri omhandlede dokumentation mv., er ukonditionsmæssigt. Udtrykket *»ovenstående«* taler efter en almindelig sproglig forståelse for en forståelse, hvorefter i al fald den dokumentation og beskrivelse, der er efterspurgt i den forudgående del af udbudsbetingelsernes pkt. 1.9 og dermed også i opregningen skal være vedlagt tilbuddet. Dertil kommer, at det udtrykkeligt i det nævnte afsnit anføres, at kravet omfatter *»ovenstående dokumentation og beskrivelser af..., behandlingspro-*

ces...« Et sådant krav til beskrivelse af behandlingsprocessen fremgår eksplicit af opregningens 2. underpunkts 2. pkt., der er uddybet med de citerede 3 delpunkter.

Klagenævnet finder på den baggrund, at det var fastsat i udbudsbetingelsernes pkt. 1.9, at det var en betingelse for, at et tilbud var konditionsmæssigt, at det opfyldte de indholdsmæssige krav til tilbuddet, der fremgår af denne bestemmelse.

Efter formuleringen af 3. delpunkt i opregningens 2. underpunkt er der udtrykkeligt anført, at tilbuddet skal vedlægges *»dokumentation for miljøgodkendelse til behandling af de pågældende slutprodukter samt aftale om afsætning af gipsfraktionen til genanvendelse mellem aftager og byder...«*. Der stilles således krav om dokumentation for - og ikke blot oplysning om - en sådan aftale. Det forhold, at delpunktet indledes med ordene *»Oplysning om anlæg, der behandler slutprodukterne – navn og adresse på anlæggene samt... «* kan – også henset til ordet *»samt«* - efter sammenhængen ikke føre til et andet resultat. Indklagedes subsidiære forståelse af dette delpunkt, hvorefter et krav om dokumentation af en aftale skal forstås således, at det alene blev krævet, at anvendelsen af slutprodukterne skulle være drøftet med anlæggets ejer, strider mod den almindelige forståelse af ordet *»aftale«*. På den baggrund, og da der ikke ses at være holdepunkter for en sådan afvigende forståelse, kan det anførte om en sådan forståelse heller ikke føre til et andet resultat.«

Tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S – og herunder den ovenfor citerede hensigtserklæring – levede ikke op til det anførte mindstekrav.

Påstanden tages til følge som nedenfor bestemt.

Ad spørgsmål 4

Som anført i relation til påstand 1, var det en minimumsbetingelse, at tilbuddet indeholdt *»dokumentation for«* *»en aftale om afsætning af gipsfraktionen til genanvendelse mellem aftager og byder.«*

Der blev ikke herved stillet nærmere krav til arten af den ønskede dokumentation, og kravet vil således efter omstændighederne f.eks. kunne opfyldes ved en erklæring fra tilbudsgiverens aftalepart.

Det fremgår af overskriften af den nævnte erklæring, at denne angår en »*aftale*« mellem klageren og en nærmere angiven anden virksomhed, at vedrørende »*genanvendelse*« af »*recycling gips (også benævnt "gipsfraktionen"*...« i det påklagede udbud.

Af erklæringens materielle del, der udtrykkeligt henviser til det stillede mindstekrav i udbudsbetingelsernes pkt. 1.9, fremgår herefter blandt andet, at den pågældende virksomhed bekræfter, at den har indgået en »*aftale*« med klageren om »*afsætning og genanvendelse af recycling gips*«. Det anførte i overskriften taler i den forbindelse for, at udtrykket »*recycling gips*« må forstås i overensstemmelse med udtrykket »*gipsfraktionen*« i udbudsbetingelserne, og dermed for, at erklæringen lever op til det stillede mindstekrav. Det fremgår imidlertid samtidig udtrykkeligt af erklæringen, at Gyproc A/S »*kan anvende recycling gips, der overholder de af Gyproc A/S stillede specifikationer i*« virksomhedens aftale med klageren. Der er ikke nærmere oplysninger om karakteren af de specifikationer, der herefter må antages at fremgå af parternes aftale, og som gipsfraktionen skal leve op til for at kunne genanvendes af Gyproc A/S. Det bemærkes, at klageren bærer risikoen for uklarheder i sit tilbud. Klagenævnet finder herefter, at det efter den samlede erklærings indhold må anses for tvivlsomt, om der mellem klageren og Gyproc A/S er indgået en aftale om genanvendelse af hele gipsfraktionen. Den nævnte erklæring dokumenterer således ikke, at en sådan aftale er indgået. Klagerens tilbud var derfor ikke konditionsmæssigt.

Spørgsmålet besvares bekræftende.

Under hensyn til klagesagens udfald og forløb skal indklagede alene betale delvise sagsomkostninger til klageren.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S som ikke-konditionsmæssigt, uagtet at tilbuddet ikke som fastsat i udbudsbetingelserne var vedlagt dokumentation for aftale med aftager om afsætning af den behandlede gipsfraktion til genanvendelse.

Ad spørgsmål 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra klageren som ikke-konditionsmæssigt, uagtet at tilbuddet ikke som fastsat i udbudsbetingelserne var vedlagt dokumentation for aftale med aftager om afsætning af den behandlede gipsfraktion til genanvendelse.

Indklagede, I/S Vestforbrænding, I/S Amagerforbrænding, I/S Nordforbrænding og Forsyning Helsingør Affald A/S, skal i sagsomkostninger til klageren, Gips Recycling Danmark A/S (tidligere Gypsum Recycling International A/S), betale 8.000 kr. Beløbet betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig