

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Suzanne Helsteen og Michael Jacobsen)

J.nr.: 2011-0023652

9. november 2012

K E N D E L S E

Gypsum Recycling International Holding A/S (tidligere Gypsum Recycling International A/S)

(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

I/S Vestforbrænding

(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 82-111699 af 24. april 2008 udbød I/S Vestforbrænding (indklagede) som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) en ordre vedrørende oparbejdning af gipsaffald.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 26. maj 2008 havde én enkelt virksomhed anmodning om prækvalifikation. Da denne virksomhed ikke levede op til et krav om dokumenterede erfaringer med oparbejdning af gipsaffald til genanvendelse, fandt I/S Vestforbrænding, at virksomheden var uegnet til at løse den udbudte opgave. Udbuddet blev herefter annulleret, hvilket blev offentliggjort ved bekendtgørelse nr. 2008/S 123-163933 af 23. juni 2008.

I/S Vestforbrænding overgik derefter til udbud efter forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a. Som led heri havde indklagede i første omgang forhandlinger med klageren, Gypsum Recycling International A/S, nu Gypsum Recycling International Holding A/S. Indklagede

indgik den 4. december 2009 kontrakt med virksomheden Combineering A/S.

Den 19. januar 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 28. marts 2011 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klageren har den 17. august 2012 nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1: Klagenævnet skal konstatere, at, at indklagede har handlet i strid med kravet i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a, om at der ikke under et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse må ske væsentlige ændringer i de oprindelige udbudsvilkår, idet den indgåede kontrakt med Combineering A/S indeholdt væsentlige ændringer i forhold til de oprindelige aftalevilkår.

Påstand 2: Klagenævnet for udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt udbudsdirektivets artikel 53 ved at iværksætte et udbud med forhandling uden at oplyse overfor de tilbudsgivere, som indklagede forhandlede med, hvilke underkriterierne skulle vurderes på grundlag af samt vægningen af disse.

Påstand 3: Klagenævnet for Udbuds skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved under gennemførelsen af et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i henhold til udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a, ikke at give klageren mulighed for at afgive tilbud på samme grundlag som Combineering A/S.

Påstand 4: Klagenævnet for udbud skal annullere indklagedes beslutning af 4. december 2009 om at indgå kontrakt om modtagelse af gips til genanvendelse med Combineering A/S med virkning fra den 16. marts 2009.

Klageren har den 17. august 2012 endvidere taget forbehold for at nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Af indklagedes udbudsbekendtgørelse af 26. april 2008 fremgik blandt andet:

»Kort beskrivelse af kontrakten...

Modtagelse af gipsplader mv. i form af afskær og brugte plader fra renoveringer og nedrivninger. Oparbejdning og sortering samt efterfølgende afsætning til genanvendelse f.eks. produktion af nye gipsprodukter.

...

Samlet mængde eller omfang

Ca. 6 000 tons pr. år.

...

KONTRAKTENS VARIGHED ELLER FRIST FOR DENS OPFYLDELSE

begyndelse 1.1.2009. færdiggørelse 31.12.2012

...

BETINGELSER I KONTRAKTEN

Sikkerhedsstillelse og garantier, som forlanges

Der kræves en bankgaranti eller lignende på 10 % af den forventede årlige omsætning.

...

TILDELINGSKRITERIER

...

Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de kriterier, der er anført i specifikationerne, opfordringen til at afgive bud eller til at forhandle eller i det beskrivende dokument.

...«

Indklagede har i et processkrift blandt andet oplyst følgende om baggrunden for indgåelse af aftalen med Combineering A/S:

»...

Nærværende sag omhandler en ydelse – behandling af gipsaffald med henblik på genanvendelse – som på tidspunktet for indgåelse af den oprindelige aftale med klager i 2006 var helt ny i Danmark.

Der eksisterede heller ikke ved aftaleindgåelsen med Combineering i 2009 noget reelt marked for ydelsen. Dette afspejledes tydeligt af den åbenlyse manglende interesse for Indklagedes udbud af denne tilbage i foråret 2008...

Indklagede udbød i foråret 2008 en kontrakt om behandling af gipsaffaldet fra genbrugsstationerne i indklagedes opland ... Indklagede [overgik]...til udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, da Indklagede ikke i forbindelse med udbuddet modtog ansøgninger fra egnede ansøgere.

Som følge af Klagers monopol lignende position på markedet for behandling af gipsaffald forhandlede Indklagede først med Klager. Klager var således den eneste etablerede aktør på markedet. På dette tidspunkt havde Indklagede – allerede som følge af Klagers position på markedet – ikke til hensigt at forhandle med andre.

Da indklagede indledte forhandlingerne med Klager, udarbejdede Indklagede, som et oplæg til forhandlingerne, et kontraktudkast ... Kontraktudkastet var udarbejdet på baggrund af Indklagedes kendskab til Klagers virksomhed og den ydelse, som Klager tidligere havde leveret. For eksempel var det i kontraktudkastets bilag 1 angivet, at opgaven angik oparbejdning ”*med henblik på afsætning til nye gipsplader*”. Dette uanset at Indklagede oprindeligt blot havde udbudt en ydelse, der gik på ”*oparbejdning og sortering samt efterfølgende afsætning til genanvendelse f.eks. produktion af nye gipsplader.*”...Med kontraktudkastet konkretiserede Indklagede således ydelsen på baggrund af Indklagedes specifikke kendskab til Klagers virksomhed. Kontraktudkastet var dog alene et oplæg til forhandlingerne.

Kontrakten med Klager udløb den 31. december 2008. Herefter begyndte Indklagede at opbygge et lager af gipsaffald i Frederikssund. Dette var imidlertid ikke en løsning, der var holdbar i længden.

I februar måned 2009 brød forhandlingerne med Klager sammen, idet Klager ønskede en langt højere pris end tidligere, såfremt samarbejdet skulle fortsætte. Det var og er Indklagedes opfattelse, at forhandlingerne brød sammen, idet Klager forsøgte at udnytte sin stærke markedsposition...

Uanset at forhandlingerne med Klager var brudt sammen havde Indklagede dog et vedvarende behov for at få behandlet gipsaffaldet, hvorfor Indklagede var tvunget til at søge en anden løsning.

...

I starten af 2009 fik Indklagede kontakt til Combineering, som påbegyndte forsøg med behandling af gipsaffaldet med henblik på afsætning af gipsen til genanvendelse i forbindelse med cementproduktion.

Efter at Indklagede og Combineering havde konstateret, at forsøgene var vellykkede, begyndte Indklagede og Combineering at forhandle en egentlig aftale på plads.

Aftalen med Combineering tog naturligvis udgangspunkt i den ydelse, som Combineering kunne levere, nemlig oparbejdning og afsætning til genanvendelse i forbindelse med cementproduktion i Sverige. Aftalen blev endvidere udarbejdet under hensyntagen til de ændrede omstændigheder, som var gældende på tidspunktet for kontraktforhandlingerne, herunder at Indklagede allerede inden indgåelsen af aftalen med Combineering havde påbegyndt forberedelserne til et nyt udbud af den relevante ydelse.

Følgelig blev udformningen af den endelige kontrakt...anderledes end det *udkast* til kontrakt, som oprindeligt blev sendt til Klager, da Indklagede indledte forhandlingerne med Klager...

Aftalen med Combineering blev indgået i december 2009, ved underskrifter den 4. og 9. december 2009. Aftalen blev imidlertid indgået med tilbagevirkende kraft, således den fik virkning fra den 16. marts 2009.

...«

Af en e-mail af 11. november 2008 fra I/S Vestforbrænding til klageren fremgår blandt andet:

»...

Som oplæg til vores møde på torsdag, 13 nov. Fremsendes hermed oplæg til kontrakt.

Kontrakt oplægget følger stort set den tidligere kontrakt, dog er der indføjet nogle opdateringer, som følger de generelle opdateringer/forbedringer vi løbende har indføjet i vore kontraktformater.

Der vil være en del emner til diskussion...før kontrakten kan gøres færdig.

Følgende vil være vore forslag til diskussion, ligesom vi forventer at I nok også har nogle punkter:

- 1) Brug af underleverandører til transportdelen...
- 2) Det er vigtigt for VF at højst mulig genanvendelse sikres. Vi kunne ønske dokumentation for dette...
- 3) ...
- 4) Som I sikkert også ved, er vi interesseret i alternative afsætningsmuligheder og der tegner sig nogle muligheder. Det er stadig på forsøgsstadiet, men vi ønsker at bidrage til sådanne forsøg med mindre mængder.
- 5) Sikkerhedsstillelse. I sidste kontrakt var det klaret med et kontant depositum. Er det stadig jeres ønske, eller vil I bruge sikkerhedsstillelse fra bank eller forsikringsselskab?

- 6) Vi har som bilag ... medtaget de krav, vi normalt ønsker opfyldt vedr. udvælgelseskriterier. Det bør ikke været et problem for jer at opfylde disse krav.

...«

E-mailen var vedhæftet et udkast til aftale mellem parterne vedrørende modtagelse af gips til genanvendelse.

Af et referat, der er dateret den 14. november 2008, vedrørende det omtalte møde den 13. november 2008 mellem klageren og indklagede fremgår blandt andet følgende:

»...

Vedr. pris for fremtidig kontrakt ønsker [indklagede] kontrakten videreført med nuværende prisniveau.

[En repræsentant for klageren] fremlagde ny prisliste som indikerede en prisstigning på næsten 70 %. [Klageren] tilbød dog samtidig en rabat på 15 %.

Idet der ikke er fremlagt nogen form for saglig begrundelse for en så voldsom prisforhøjelse, kunne dette ikke accepteres af [indklagede].

Herefter sluttede mødet.

...«

Af en e-mail af 23. november 2008 fra klageren til I/S Vestforbrænding fremgår blandt andet:

»...

Som aftalt på mødet ...den 13. november har jeg nu drøftet den nye kontrakt med min direktør... og vi vil derfor kommentere flg. på jeres memo.

1. Miljøkrav til lastbiler:

...

2. Mellemlager

...

3. Gipsen til Gyproc

...

4. Kontant depositum

...

5. Indhold af urenheder i affaldet

...

6. 500 tons til forsøg

...

7. Afhentningsmåde

Som jeg nævnte, er VFs' genbrugspladser de eneste i Danmark..., som vi servicerer, der ikke får gipsaffaldet afhentet af vores grab-lastbil...

...

I disse tider ... må vi stærkt anbefale Jer at overveje vores mere økonomiske og klimamæssigt forsvarlige transportløsning.

8. Ny pris fra 1. januar 2009

Jeg er ked af, hvis I ikke opfattede, at jeg argumenterede for den nye pris, og skal gerne gøre det her så.

For det første nævnte jeg faktisk, at de 15 % var det maksimale, som vi kunne tilbyde i rabat...

Vi har ikke stordriftsfordele, der kan betinge, at vi giver mere end 15 % rabat.

For det andet var det jo sådan, at da vi i sin tid indgik aftalen for 3 år siden, ville I ikke acceptere vores foreslåede priser. I insisterede på, at det ikke måtte koste jer noget at komme i gang ... og da I samtidig ikke ville have vores transportløsning, betød Jeres krav, at vi ikke kunne tjene penge på at indgå aftalen med Jer...

Dengang accepterede vi, at vi var med til at finansiere Jeres opstart for at få Jer med også, men det er vi altså ikke længere...

Derfor er det nu sådan, at vil I ikke have vores transportløsning, så må I selv betale de meromkostninger, der er forbundet hermed. Vil I derimod have vores transportløsning vil I finde ud af, at den af os forlangte pris herfor, sammenlignet med den gamle pris med afhentning i Frederikssund + Jeres transportløsning, faktisk ikke er mere end nogle få procent højere end en pristalsregulering.

Efter at have finansieret hele udviklingen af systemet (da ingen andre troede på det) en dyr og vanskelig opstart og specifikt 3 års opstart for VF, så synes vi, at dette er endda særdeles rimeligt.

...«

Ved brev af 19. december 2008 skrev klagerens administrerende direktør blandt andet følgende til indklagede:

»...

Jeg kan ... forstå, at der er opstået den opfattelse hos Vestforbrænding af, at det er for dårligt, at vores virksomhed har monopol på genanvendelse af gipsaffald, samt at vi urimeligt udnytter denne situation til at kræve nogle alt for høje priser.

Vi er naturligvis meget kede af, at en sådan opfattelse kan danne sig hos Jer, og vi mener faktisk, at det er helt uberettiget.

Man kan jo dårligt klandre os for, at vi er de eneste, der genanvender gipsaffald. Vi holder på ingen måde andre uden for dette marked, og det er således rettelig branchens andre aktører, man kan klandre, såfremt man er af den opfattelse, at der ikke kun skal være en leverandør indenfor genanvendelse af gipsaffald.

Tværtimod burde vi, som vi opfatter det, have ros for at have været foregangsmænd på dette område, ikke bare i Danmark men i flere europæiske lande, USA og Japan. Før vi kom til eksisterende genanvendelse af gipsaffald som bekendt ikke...

Da vi startede i 2001 var der ikke mange, der troede på, at det kunne lade sig gøre, og ej heller troede, at der kunne blive en forretning ud af det. Det er måske i sig selv hovedforklaringen på, hvorfor vi er ene om at gøre det her – der er simpelt hen ikke andre, der har turdet ”vove pelsen og satse pengene” på samme måde...«

Ved e-mail af 22. december 2008 svarede indklagedes direktør på dette brev. Det fremgår heraf blandt andet, at tilbuddet fra klageren havde medført, at I/S Vestforbrænding for tiden undersøgte andre løsninger.

Af et referat af 2. marts 2009 vedrørende et møde mellem klageren og indklagede den 27. februar 2009 fremgår blandt andet, at en repræsentant for klageren fremlagde nye priser, der var på samme niveau som de nye enhedspriser, der blev præsenteret i december 2008. En repræsentant for indklagede oplyste, at I/S Vestforbrænding ikke kunne »*acceptere de nye priser som interessante*« for Vestforbrænding. Endvidere fremgår afslutningsvis, at en repræsentant for klageren oplyste:

»...at han kun havde mandat til at forhandle indenfor +/- 10 kr/ton, og der kunne derfor ikke opnås enighed om basis for en ny kontrakt.
...«

Af indklagedes kontrakt med Combineering A/S er ydelsen nærmere specificeret i bilag 1. Det fremgår heraf blandt andet:

»Arbejdet omfatter afhentning og behandling af gips fra Vestforbrændings plads i Frederikssund og evt. pladser i Københavnsområdet og Nordsjælland.

Gipsen er indsamlet på genbrugsstationer i Vestforbrændings opland og i oplandet i øvrigt.

...

Gipsen transporteres, neddeles og sorteres, hvorefter gipspulver indgår i cementproduktion på cementfabrikken Heidelberg Cement i Skövde.

...«

Aftalen indeholder ikke bestemmelser om sikkerhedsstillelse fra Combineering A/S' side.

Af en e-mail af 10. november 2009 fra den rådgivende ingeniørvirksomhed Grontmij Carl Bro A/S om »Udkast til tidsplan for gipsudbud« fremgår blandt andet, at datoen for »Afsendelse af udbudsbekendtgørelse til EU« var angivet til 19. februar 2010, og at »Entreprisestart« var angivet til januar 2011.

Af udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 85-128124 af 29. april 2010, der blev offentliggjort den 1. maj 2010 fremgår blandt andet, at indklagede i samarbejde med I/S Amagerforbrænding, I/S Nordforbrænding og Helsingør Kommune udbød en ordre om modtagelse, evt. afhentning, af gipsaffald fra genbrugsstationer i oplandet, dvs. hele Region Hovedstaden. Det var i annoncen videre anført, at specifikationer og yderligere dokumenter kunne fås ved henvendelse til en navngiven medarbejder hos Grontmij Carl Bro A/S.

Af udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 22-035777 af 28. januar 2011 fremgår blandt andet, at indklagede i samarbejde med I/S Amagerforbrænding, I/S Nordforbrænding og Helsingør Forsyning - Affald A/S udbød en ordre om modtagelse af gipsaffald fra genbrugsstationer i Region Hovedstaden.

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 3

Klageren har til støtte for sin påstand navnlig anført, at indklagede som ordregiver har bevisbyrden for at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet bliver overholdt under gennemførelsen af et udbud med forhandling, og at artikel 31, stk. 1, a, er en undtagelsesbestemmelse, der skal fortolkes indskrænkende. Der ikke foreligger udbudsbetingelser eller et klart skriftligt forhandlingsgrundlag indeholdende en beskrivelse af forhandlingsforløbet, og indklagede har ikke løftet denne bevisbyrde. I mangel af andet skriftligt

materiale må det lægges til grund, at det aftaleudkast, som indklagede fremsendte til klager forud for det første forhandlingsmøde, sammenholdt med oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen må anses for at udgøre de oprindelige aftalevilkår. Ændringer, der har indflydelse på tilbudsprisen må anses for væsentlige.

Vilkåret i udbudsbekendtgørelsen pkt. III.1.1, om at *»der kræves en bankgaranti eller lignende på 10 % af den forventede årlige omsætning«*, er væsentligt, da det har direkte afsmittende effekt på tilbudsprisen. Dette vilkår blev ændret i forbindelse med forhandlingerne med Combineering A/S.

Vilkåret i det kontraktsudkast, som indklagede sendte til klageren, om, at gipsen skulle kunne afleveres valgfrit efter indklagedes behov på to modtagestationer, en i Frederikssund og en i Gadstrup, var ligeledes væsentligt, da modtagestationen i Gadstrup opkrævede et gebyr på 40 kr. pr. læs, som indklagede skulle afholde. Det havde således en direkte betydning for tilbudsprisen. Dette vilkår blev imidlertid ændret i forbindelse med forhandlingerne med Combineering A/S, der ikke indeholdt et krav om afhentning på en alternativ syd/vestlig modtageplads svarende til modtagepladsen i Gadstrup.

Vilkåret om, at klager var forpligtiget til at betale 40 kr. pr. ton til indklagedes egen modtageplads i Frederikssund for en pligtig *»modtage og registreringsydelse«* var også væsentligt, da dette vilkår havde direkte afsmittende effekt på tilbudsprisen. Dette vilkår blev også ændret i forbindelse med forhandlingerne med Combineering A/S, da denne ydelse udgik af kontrakten med Combineering A/S.

Endvidere var vilkåret om, at prisen skulle omfatte transportomkostninger i hele aftaleperioden var væsentligt, da der var store udsving i transportpriserne og dermed også en stor risiko forbundet med at skulle give en fast pris inkl. transport for hele aftaleperioden. Dette vilkår blev ændret i forbindelse med forhandlingerne med Combineering A/S.

Begrebet *»væsentlige ændringer«* i art 31, stk. 1, litra a, skal fortolkes i overensstemmelse med hvad der generelt anses for at udgøre væsentlige ændringer i udbudsdirektivets forstand. Det følger af EU-Domstolens dom i sag C-496/99p, *Succhi di Frutta*, at ændringer i betalingsvilkårene for en kontrakt udgør væsentlige ændringer, jfr. præmis 115-121. Ændringer af

den valuta, der skal afregnes i fra danske kroner til svenske kroner således som sket i den foreliggende sag ligeledes må betragtes som væsentlige. Klageren har herved endvidere henvist til, at det følger af EU-Kommissionens vejledning til tjenesteydelsesdirektivet side 20 sammenholdt med side 21 nederst, at »*Kommissionen betragter ændringer i vilkårene for finansieringen, leveringsfristen og de tekniske specifikationer for at være væsentlige ændringer*«.

Til støtte for påstand 3 har klageren navnlig anført, at indklagede har overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke at have givet klager mulighed for at afgive tilbud på samme vilkår som Combineering A/S. Overholdelsen af ligebehandlingsprincippet under et udbud med forhandling indebærer, at ordregiver ikke må forhandle videre med visse tilbudsgivere på grundlag af løsninger, som ikke også forelægges de resterende tilbudsgivere.

Det er åbenbart, at de ovenfor nævnte væsentlige ændringer i udbudsgrundlaget ville have haft betydning for klagers prisfastsættelse (ligesom de ville have haft det for Combineering A/S, såfremt ændringerne ikke var vedtaget). Indklagede har således handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at antage tilbuddet fra Combineering A/S uden først at give klager lejlighed til at afgive bud på samme vilkår. Dette må særligt gælde når klagers tilbud alene var afslået på grund af for høj pris, og ikke som følge af indklagedes utilfredshed med de kvalitative aspekter af løsningen. Klager kunne have tilbudt en »*svensk løsning*« med de elementer, som indgik i den løsning Combineering A/S tilbød, endda til en lavere tilbudspris end den indklagede indgik aftale med Combineering A/S om.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at indklagede ikke ved gennemførelsen af de konkrete forhandlinger med klageren og Combineering A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

Indklagede har herved nærmere anført, at den overordnede ramme for forhandlingerne fulgte den af indklagede offentliggjorte udbudsbekendtgørelse for det senere annullerede udbud, at den endelige aftale med Combineering A/S ikke i væsentligt omfang afveg fra de overordnede angivelser i udbudsbekendtgørelsen for det annullerede udbud, og at det kontraktudkast, som klageren modtog, ikke var udtryk for indklagedes endelige eller ufravigelige krav til en eventuel kontrakt, men alene var et oplæg til en forhandling.

Indklagede har ikke været forpligtet til at forhandle nøjagtig de samme løsnings- og kontraktselementer med klageren, som indklagede forhandlede med Combineering A/S, idet en ordregivende myndighed under et udbud efter forhandling er berettiget til udelukkende at forhandle om de væsentligste elementer i tilbudsgiverens tilbud, idet en ordregivende myndighed ikke uden samtykke er berettiget til at afsløre en tilbudsgivers løsningsforslag for andre tilbudsgivere, og idet der under et udbud med forhandling – hvor den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at forhandle med mere end én virksomhed – gælder et mere lempeligt ligebehandlingskrav end under sædvanlige udbud.

Der er endvidere ikke tale om væsentlige forskelle på det kontraktudkast, som indklagede sendte til klageren og den endelige aftale med Combineering A/S, at disse virksomheder – i lyset af den konkrete forhandlingssituation – ikke er blevet behandlet lige.

En række af de ændringer, som klageren har peget på, er ikke udtryk for en konkurrencefordel, men alene udtryk for, at Combineering A/S tilbød en anden løsning, som fuldt ud levede op til indklagedes krav.

Indklagede valgte at håndtere modtagelse og registrering af affaldet *in house*, hvilket ikke er udtryk for en reel forskel.

Forskellen mellem afregning af ydelsen i danske eller svenske kroner blot afspejler den relevante virksomheds løsningsmetode, herunder at Combineering A/S anvendte et svensk behandlingsanlæg. Dette har ikke medført konkurrencemæssige fordele for Combineering A/S.

De resterende ændringer var ikke egnede til at give Combineering A/S en væsentlig konkurrencefordel: Det er uden reel betydning, om omkostningerne til transport er indeholdt i en samlet pris, eller om de afregnes særskilt. Forskellen med hensyn til den krævede sikkerhed har heller ikke haft væsentlig økonomisk betydning, idet aftalen med Combineering A/S indeholdt tilsvarende strengere tidsmæssige krav for genanvendelsen, og idet klagerens reelle omkostninger til at stille sikkerheden var ubetydelige i forhold til ydelsens samlede værdi.

Hvis det lægges til grund, at det kontraktudkast, som klageren modtog, var udtryk for indklagedes krav, og hvis det samtidig lægges til grund, at der

var så markante forskelle på kravene i kontraktudkastet og den endelige aftale med Combineering A/S, at forskellene har været egnede til at give Combineering A/S en konkurrencefordel, har indklagede med henvisning til udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra c, eller principperne i artikel 31, stk. 1, i øvrigt været berettiget til at indgå den relevante aftale med Combineering A/S, da indklagede havde et aktuelt, løbende behov for den relevante ydelse, da indklagede uden held havde forsøgt at få dækket sit behov ved forudgående udbud, da det ikke på nogen måde kan bebrejdes indklagede, at det ikke lykkedes at indgå kontrakt på baggrund af det forudgående udbud eller forhandlingerne med klager, da indklagedes eneste reelle alternativ til at lade sig udnytte af klageren var at påbegynde omfattende og længerevarende forsøg med en alternativ leverandør med henblik på at undersøge, om der kunne etableres et alternativ, og da forhandlingerne med Combineering A/S havde en *force majeure*-lignende karakter. Den konkrete aftale gik endvidere ikke videre end rimeligt under de konkrete omstændigheder. Det skal herved tages i betragtning, at indklagede allerede på tidspunktet for indgåelsen af aftalen med Combineering A/S havde iværksat et nyt udbud af den relevante ydelse.

Ad påstand 2

Klageren har navnlig gjort gældende, at indklagede har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, og stk. 2, ved ikke at oplyse, hvilke underkriterier tilbuddene ville blive vurderet på baggrund af samt vægtningen af disse, idet disse oplysninger ikke fremgik af de femsendte aftalevilkår eller af et forhandlingsdokument. Denne overtrædelse udgør en meget grov overtrædelse af udbudsdirektivet, idet reglerne herom også gælder for et udbud med forhandling.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 eller udbudsdirektivets artikel 53. En ordregivende myndighed er ikke som udgangspunkt forpligtet til at forhandle med mere end en tilbudsgiver i relation til et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse efter udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a. Ordregiveren er derfor heller ikke forpligtet til at oplyse underkriterier og vægtning af disse. Selv hvis ordregiver påtænker at forhandle med flere tilbudsgivere, er ordregiveren berettiget til at indlede forhandlinger efter ud-

budsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a, uden at disse forhandlinger indledes på baggrund af allerede fastsatte kriterier for tildelingen. Dertil kommer, at indklagede som følge af de helt særlige omstændigheder ved forhandlingerne ikke var forpligtet til at oplyse underkriterier og vægtning af disse.

Ad påstand 4

Klageren har navnlig gjort gældende, at indklagede har begået en så omfattende og kvalificeret overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a, og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og 53 ved gennemførelsen af det pågældende udbud med forhandling, at der er grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Combineering A/S. Hvis klagenævnet for udbud afstår herfra med den begrundelse, at kontrakten siden sagens anlæg er ophørt, anmodes der om, at det tilkendes gives i præmisserne, om klagenævnet ville have truffet en beslutning om annulation, hvis kontrakten ikke var ophørt.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med udbudsreglerne, og at klageren ikke i øvrigt har fremført anbringender, der kan begrunde en annulation af indklagedes tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 3

Efter annulleringen af det begrænsede udbud overgik indklagede til udbud efter forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a.

Efter direktivets artikel 1, stk. 11, litra d, indebærer en sådan procedure, at den ordregivende myndighed »henvender sig til økonomiske aktører, som de selv udvælger, og forhandler med en eller flere af disse.« Bestemmelsen giver således udtrykkeligt mulighed for, at en ordregiver i denne situation kan henvende sig til flere tilbudsgivere. Der er ikke grundlag for at forstå bestemmelsen således, at henvendelse til yderligere tilbudsgivere skulle være udelukket, såfremt det viser sig, at der ikke kan indgås aftale med den tilbudsgiver, som ordregiveren først har henvendt sig til og eventuelt forhandlet med. Såfremt ordregiveren i en sådan situation herefter henvender

sig til en anden virksomhed, består der som udgangspunkt ikke en konkurrencesituation mellem den først kontaktede virksomhed og den virksomhed, som ordregiveren herefter forhandler med.

Det lægges til grund, at I/S Vestforbrænding ikke i forbindelse med det begrænsede udbud, der senere blev annulleret, havde fastsat nærmere udbudsbetingelser end de, der fremgik af udbudsbekendtgørelsen. Denne bekendtgørelse udgjorde derfor rammen om, hvad der som udgangspunkt kunne forhandles om i henhold til udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a.

I/S Vestforbrænding forhandlede i første omgang med klageren, som var I/S Vestforbrændings eksisterende aftalepart. Forhandlingerne skete i henhold til indklagede mail af 11. november 2008 blandt andet på baggrund af indklagedes »oplæg til kontrakt«. Der er ikke grundlag for at fastslå, at dette oplæg skulle erstatte udbudsbetingelserne i udbudsbekendtgørelsen, der som nævnt udgjorde rammen for, hvad der som udgangspunkt kunne forhandles om.

Det lægges til grund, at forhandlingerne med klageren brød sammen på mødet den 27. februar 2009.

I/S Vestforbrænding havde på den baggrund ikke pligt til at foretage de efterfølgende forhandlinger med Combineering A/S på grundlag af det forhandlingsoplæg, som indklagede tidligere havde sendt til klageren, men alene pligt til som udgangspunkt at forhandle inden for rammerne af udbudsbekendtgørelsen.

Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at den udbudte opgave angik »*Modtagelse af gipsplader mv. ... Oparbejdning og sortering samt efterfølgende afsætning til genanvendelse...*«. Kravene til modtagelsen af gipsaffaldet var ikke nærmere beskrevet i udbudsbekendtgørelsen. Den aftale, som indklagede indgik med Combineering A/S, angik »*afhentning og behandling af gips...*«, mens udtrykket »*modtagelse*« af gipsen ikke indgår i specifikationen af opgaven, idet indklagede i stedet valgte at lade denne opgave varetagelse *inhouse*. Det fremgik endvidere af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.1, at der »*kræves en bankgaranti eller lignende på 10 % af den forventede årlige omsætning*«. Den kontrakt, som indklagede indgik med Combineering A/S, indeholdt ikke et tilsvarende krav.

Henset til, at det må antages navnlig at have været udbuddets særlige karakter vedrørende oparbejdning og afsætning af gipsaffald til genanvendelse, der har medført den manglende interesse fra egnede ansøgere i relation det oprindelige udbud – finder klagenævnet, at de nævnte fravigelser af kravene i udbudsbekendtgørelsen ikke kan anses for væsentlige afvigelser fra de oprindelige aftalevilkår, jf. udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a.

Herefter, og da det, klageren i øvrigt har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tages klagen ikke til følge vedrørende påstand 1 og 3.

Ad påstand 2 og 4

Klagenævnet kan efter fast praksis afgøre en sag helt eller delvis. Hvis klagenævnet alene afgør sagen delvis, tager klagenævnet ikke stilling til alle de påstande, som klageren har nedlagt.

Påstand 2 er først fremkommet for klagenævnet den 17. august 2012. Påstanden angår faktiske forhold i et udbud med forhandling, som klageren må antages at have været bekendt med siden begyndelsen af de forhandlinger med klageren, der den 27. februar 2009 brød sammen, da det prisniveau, som klageren tilbød, ikke kunne accepteres af indklagede.

På baggrund heraf og af det, der er anført vedrørende påstandene 1 og 3, er der allerede derfor – uanset om påstand 2 eventuelt måtte kunne tages til følge – ikke grundlag for på nuværende tidspunkt at tage påstand 4 om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

Klagenævnet har på den baggrund besluttet ikke at behandle påstand 2.

Herefter bestemmes:

Påstand 1, 3 og 4 tages ikke til følge.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 2.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Ida Maria Westphall
Kontorfuldmægtig