

K E N D E L S E

Gypsum Recycling Danmark A/S  
(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

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

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 22-35777 af 28. januar 2011 udbød indklagede, I/S Vestforbrænding, I/S Amagerforbrænding, I/S Nordforbrænding og Helsingør Forsyning A/S, en ordre vedrørende behandling af gipsaffald i offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet). Opgaven var opdelt i 4 delaftaler. Tildelingskriteriet var fastsat til: »*Laveste pris*«.

Udbudsbetingelserne kunne efter udbudsbekendtgørelsen fås ved henvendelse til indklagedes rådgiver, Grontmij Carl Bro A/S, senest den 4. marts 2011. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 11. marts 2011 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

- 1) RGS90 A/S
- 2) HCS Transport & Spedition A/S
- 3) Ragn-Sells Danmark A/S
- 4) Norrecco A/S
- 5) Gips Recycling Danmark A/S (klageren)
- 6) Marius Pedersen A/S og
- 7) cphWaste A/S (tidligere RenoFlex-Gruppen A/S).

Den 19. maj 2011 meddelte indklagede, at det var besluttet at indgå kontrakt med cphWaste A/S.

Den 25. maj 2011 indgav Marius Pedersen A/S en klage vedrørende samme udbud til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Marius Pedersen A/S fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 24. juni 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Indklagede indgik herefter kontrakt med den vindende tilbudsgiver den 28. juni 2011.

Den 8. august 2011 indgav Gypsum Recycling Danmark A/S klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

»Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsdirektivet i Udbudsdirektivets art. 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Renoflex-Gruppen (nu cphWaste A/S), uagtet at denne tilbudsgiver ikke opfyldte kravet til teknisk formåen i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.4 om dokumentation af referencer, som i omfang og fagligt indhold tilsammen var sammenlignelige med den udbudte kontrakt.

Påstand 2:

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 19. maj 2011 om at tildele de fire udbudte delkontrakter til cphWaste A/S (før Renoflex-Gruppen A/S).

Påstand 3:

Klagenævnet skal erklære de fire indgåede delkontrakter med cphWaste A/S for uden virkning i henhold til Håndhævelseslovens § 16, nr. 1...

Påstand 4 (subsidiær til Påstand 3):

Klagenævnet skal i det omfang, de fire indgåede delkontrakter med cphWaste A/S ikke i deres helhed erklæres for uden virkning efter Håndhævelseslovens § 16, nr. 1, indgive politianmeldelse til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet med henblik på anklagemyndighedens udstedelse af bødeforlæg til indklagede i henhold til Håndhævelseslovens 20, jf. § 18, stk. 2, nr. 1, og § 19, stk. 2, nr. 1.«

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen fremgik blandt andet, at kontrakten angik modtagelse af gipsaffald fra genbrugsstationer i Region Hovedstaden samt behandling, sortering og disponering af udsorterede bestanddele til genanvendelse og bortskaffelse af eventuelt resterende affald. Den samlede mængde var anslået til 9.150 tons gipsaffald pr. år.

Under overskrifterne »Betingelser for deltagelse« og »Teknisk kapacitet« var der blandt andet anført følgende:

»Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

5) Referencer fra tidligere udførte opgaver af lignende karakter. Årligt håndterede mængder og fraktioner, kontraktperiode og kundens navn skal oplyses for hver enkelt reference.

...

Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver kan fremlægge referencer, som i omfang og fagligt indhold tilsammen er sammenlignelig med den aktuelle kontrakt. Sammenlignelig i fagligt indhold skal forstås som håndtering, sortering eller lignende behandling af affald med henblik på frembringelse og afsætning af genanvendelige materialer.

...«

Ydelsen var i henhold til udbudsbetingelsernes pkt. 1.1 og 1.2 opdelt på 4 delaftaler svarende til 1 delaftale for hver af de 4 ordregivere. Der ville kun blive indgået én delaftale pr. ordregiver:

- Delaftale 1: I/S Vestforbrænding
- Delaftale 2: I/S Amagerforbrænding
- Delaftale 3: I/S Nordforbrænding
- Delaftale 4: Forsyning Helsingør – Affald A/S

Der kunne kun afgives samlet tilbud på alle 4 delaftaler.

I udbudsbetingelsernes pkt. 1.5.3 om »*Teknisk kapacitet*« var det endvidere anført:

»...

Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver kan fremlægge referencer, som i omfang og fagligt indhold tilsammen er sammenlignelig med den aktuelle kontrakt. Sammenlignelig i fagligt indhold skal forstås som håndtering, sortering eller lignende behandling af affald med henblik på frembringelse og afsætning af genanvendelige materialer.

...«

Tildelingskriteriet var fastsat til »*laveste pris*«.

I tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver, cphWaste A/S (tidligere Renoflex-Gruppen A/S) fremgik følgende vedrørende referencer:

»Referencer

Herunder ses en liste over relevante og sammenlignelige opgaver, inkl. kundenavn, årlig håndterede mængder, fraktioner, kontraktperiode og beskrivelse.

| Kundenavn              | Mængder pr. år | Fraktion                          | Periode       | Kort beskrivelse                                                                 |
|------------------------|----------------|-----------------------------------|---------------|----------------------------------------------------------------------------------|
| R98/Københavns Kommune | 25.000         | Storskrald/<br>Stort<br>Brændbart | 2007-<br>2012 | Modtagelse, sortering, behandling og registrering.                               |
| Vestforbrænding        | 12.000         | Fyldplads                         | 2009-<br>2011 | Modtagelse, sortering, behandling og registrering.                               |
| Amagerforbrænding      | 12-15.000      | Stort<br>brændbart                | 2010-<br>2011 | Affaldsforsøg:<br>Modtagelse, registrering og sortering                          |
| Københavns Kommune     | 50             | Småt, el,<br>plastic og<br>jern   | 2009-<br>2011 | Affaldsforsøg:<br>Modtagelse, opbevaring og registrering og deltagelse i forsøg. |
| Nordforbrænding        | 900            | Gips                              | 2011          | Modtagelse, sortering, behandling og registrering                                |

|                   |       |      |      |                                                    |
|-------------------|-------|------|------|----------------------------------------------------|
| Amagerforbrænding | 2.500 | Gips | 2011 | Modtagelse, sortering, behandling og registrering. |
|-------------------|-------|------|------|----------------------------------------------------|

...«

Af indklagedes evalueringsrapport af 16. maj 2011 fremgår der navnlig følgende vedrørende tilbuddet fra cphWaste A/S:

»...

RenoFlex har efterfølgende orienteret om, at firmaet har ændret navn i forbindelse med et management buy-out, og herefter driver affaldsbehandling under navnet CPHWASTE A/S. Ud fra de afgivne oplysninger opfylder firmaet fortsat kvalifikationskravene, og det forhold, at navnet og ejerkredsen ændrer sig skal ikke medføre afvisning, medmindre der er tale om et forsøg på omgåelse af udbudsreglerne, hvilket der ikke er indikationer af i den aktuelle sag.

...

De øvrige tilbud fra...samt Renoflex-Gruppen A/S vurderes at være konditionsmæssige og vil indgå i den følgende evaluering.

...«

Indklagedes rådgiver meddelte ved brev af 19. maj 2011 klageren, at der var modtaget 5 konditionsmæssige tilbud. Klagerens tilbud var blevet anset for konditionsmæssigt. Det fremgik videre, at klagerens tilbud prismæssigt havde været det dyreste af de modtagne tilbud. Herudover anførtes blandt andet:

»...

I henhold til lov om håndhævelse af udbudsreglerne kan der først indgås endelig kontrakt efter udløb af en standstill-periode på 10 dage, beregnet fra dagen efter afsendelsen af elektronisk meddelelse om beslutningen. Denne standstill-periode udløber således d. 30. maj 2011.

...«

## Parternes anbringender

### Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det efter udbudsbekendtgørelsen var et mindstekrav, at tilbudsgiveren fremlagde dokumentation for erfaring med håndtering, sortering eller lignende behandling af affald med henblik på frembringelse og afsætning af genanvendelige materialer, og at denne erfaring skulle omfatte en årlig affaldsmængde på minimum 9.150 tons. Tilbuddet fra cphWaste A/S levede ikke op til dette krav. Det fremgik således af tilbuddet, at de 3 første referencer (R98/Københavns Kommune, Vestforbrænding og Amagerforbrænding) ikke angik behandling med henblik på genanvendelse af affald, idet de alene vedrørte nyttiggørelse i form af henholdsvis deponi og forbrænding. Den 4. reference (Københavns Kommune) kunne vedrøre genanvendelse, men det var ikke anført, hvad forsøget gik ud på. Den 5. reference angik ganske vist genanvendelse, men ikke 900 tons som anført. Det fremgik nemlig af udbudsbetingelserne forud for indgåelsen af den pågældende kontrakt, at den kun omfattede behandling af 500 – 800 tons, og dertil kommer, at referencen alene kan angå perioden fra kontraktens indgåelse til tilbuddets afgivelse den 8. juli 2011 – og dermed højst ca. 300 tons. Den 6. reference (Amagerforbrænding) angik ligeledes genanvendelse, men ikke i de anførte mængder. Det fremgik således af udbudsbetingelserne forud for indgåelsen af denne kontrakt, at den alene skulle angå behandling af ca. 800 – 1.300 tons. Dertil kommer, at referencen alene kan angå perioden fra kontraktens ikrafttræden den 1. januar 2011 til tidspunktet for tilbuddets afgivelse den 8. marts 2011 – og dermed højst 500 tons gipsaffald. Da tilbuddet herefter alene indeholdt referencer, der tilsammen angik ca. 850 tons affald pr. år, var det stillede mindstekrav ikke opfyldt.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at der hverken i udbudsbekendtgørelsen eller i de øvrige udbudsbetingelser var stillet krav om dokumentation for de påberåbte referencer, men alene om nærmere angivne oplysninger herom. Egnethedsvurderingen skete ved, at indklagedes rådgiver vurderede de indkomne tilbud på grundlag af deres ordlyd, og tilbuddet fra cphWaste A/S (tidligere Renoflex-Gruppen A/S) blev i overensstemmelse hermed alene evalueret på grundlag af den indeholdte referenceliste. Indklagede var ved vurderingen berettiget til at lægge til grund, at de i tilbuddene indeholdte referencer var sammenlignelige for så vidt angik »fagligt indhold«, medmindre det helt åbenbart ikke var tilfældet. Indklagede har i øvrigt posi-

tiv viden om, at de af Renoflex-Gruppen A/S påberåbte referencer rent faktisk var sammenlignelige, og indklagede havde derfor ikke grund til at betvivle sammenligneligheden af disse.

### Ad påstand 2

Klageren har under henvisning til overtrædelsen nævnt i påstand 1 gjort gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med udbudsreglerne som angivet i påstand 1, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

### Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at standstill-perioden i håndhævelseslovens § 3, stk. 1, først kan iværksættes, når ordregiver har afsendt underretningen efter § 2, stk. 1, nr. 2, at underretningen for at have retsvirkning efter § 3, stk. 1, blandt andet skal angive, hvornår standstill-perioden efter § 3, stk. 1, udløber, at indklagedes rådgiver i underretningen af 19. maj 2011 fejlagtigt oplyste, at standstill-perioden udløb den 30. maj 2011, at standstill-perioden derfor ikke var gyldigt iværksat, og at indklagedes kontraktindgåelse er indgået før standstill-periodens iværksættelse. Betingelserne for at erklære kontrakten for uden virkning efter håndhævelseslovens § 16, stk. 1, nr. 1, er derfor opfyldt.

Om baggrunden for, at standstill-perioden efter klagerens opfattelse var angivet forkert, er det navnlig anført, at standstill-perioden skulle regnes fra dagen efter indklagedes underretning den 19. maj 2011, dvs. fra den 20. maj 2011, at perioden skulle løbe i 10 hele kalenderdage og dermed frem til og med søndag den 29. maj 2011, at standstill-perioden skal fastsættes i overensstemmelse med kontroldirektivet (Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter) og fristberegningsforordningen (Rådets forordning (EØF, Euratom) nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter), at det fremgår fristberegningsforordningens artikel 3, stk. 4, jf. artikel 1, at sidste fristdag skal udskydes til førstkommende hverdag, såfremt denne falder på en

lørdag, søndag eller helligdag, at sidste fristdag derfor skulle udskydes til den 30. maj 2011, hvorfor indklagede tidligst kunne indgå kontrakt den 31. maj 2011.

Indklagede har gjort gældende, at standstill-perioden blev iværksat ved indklagedes underretning af 19. maj 2011, idet det følger af håndhævelseslovens § 3, stk. 1, nr. 1, sammenholdt med § 2, stk. 1, nr. 2, at denne regnes fra dagen efter den dag, hvor underretningen afsendes elektronisk. Det er herved uden betydning, om indklagedes underretning overholdt kravet om (korrekt) angivelse af standstill-periodens udløb, da denne periode efter håndhævelseslovens § 3, stk. 1, nr. 1, sammenholdt med § 2, stk. 1, nr. 2, iværksættes alene på grundlag af afsendelsen af underretningen om tildelingsbeslutningen.

Indklagedes underretning overholdt i øvrigt kravene i håndhævelseslovens § 2, stk. 2, og herunder kravet om (korrekt) angivelse af, hvornår standstill-perioden udløb. Indklagede har herved nærmere anført, at angivelsen af, at standstill-perioden ville udløbe den 30. maj 2011 var i overensstemmelse med håndhævelseslovens bestemmelser om beregning af standstill-perioden.

Selv hvis fristforordningen skal finde anvendelse på beregning af fristen, var underretningen korrekt, idet det fulgte af formuleringen af indklagedes underretning, at kontrakt tidligst ville kunne indgås ved udløbet af den 30. maj 2011, dvs. den 31. maj 2011. Klageren har i forlængelse heraf gjort gældende, at standstill-perioden i håndhævelseslovens § 3, stk. 1, nr. 1, ikke skal beregnes i overensstemmelse med fristberegningsforordningens regler, da den ikke finder anvendelse på håndhævelsesloven. Indklagede har til støtte for dette synspunkt navnlig anført, at denne forordning alene finder anvendelse på *»retsakter, som er eller bliver vedtaget af Rådet og Kommissionen«*, jf. artikel 1, mens standstill-perioden fremgår af direktiv 2007/66/EF, der er en retsakt vedtaget af Europa-Parlamentet og Rådet. Formålet med fristberegningsforordningen må antages at være regulering af frister, der har direkte virkning på pligtssubjekterne (forordninger). Formålet med fristberegningsforordningen er blandt andet at eliminere usikkerheden forbundet med håndteringen af lørdage, søndage og helligdage ved beregning af frister fastsat i *»dage«*. Standstill-perioden fastsat i direktiv 2007/66/EF angiver perioden i *»kalenderdage«*, og der er således ingen usikkerhed omkring forholdet til lørdage, søndage og helligdage. Endvidere

finder fristberegningsforordningens artikel 3, stk. 4, ikke anvendelse på beregning af standstill-perioden, blandt andet fordi standstill-perioden ikke udgør en »frist« i fristberegningsforordningens forstand.

Da kontrakten efter det anførte først blev indgået efter standstill-periodens udløb, er der ikke grundlag for at erklære den uden virkning i henhold til håndhævelseslovens § 16, stk. 1. Dette ville i øvrigt være uproportionalt i forhold til den påståede overtrædelse, blandt andet fordi Klagenævnet for Udbud først efter indklagedes udsendelse af underretningen oplyste, at klagenævnet er af den opfattelse, at fristberegningsforordningen finder anvendelse.

#### Ad påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klageren har i forlængelse af anbringenderne vedrørende påstand 3 navnlig gjort gældende, at klagenævnet skal indgive politianmeldelse til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet med henblik på anklagemyndighedens udstedelse af bødeforlæg til indklagede i henhold til håndhævelseslovens § 20, jf. § 18, stk. 2, nr. 1, og § 19, stk. 2, nr. 1, såfremt klagenævnet kan erklære de indgåede delkontrakter med cphWaste A/S for uden virkning efter § 16, nr. 1, men undlader dette.

Indklagede har gjort de samme anbringender gældende som vedrørende påstand 3.

#### Klagenævnet udtaler:

##### Ad påstand 1 og 2

Indklagede havde i udbudsbekendtgørelsen og i de øvrige udbudsbetingelser fastsat det som et mindstekrav for deltagelse i udbuddet, at tilbudsgiverne fremlagde referencer, der »i omfang og fagligt indhold tilsammen er sammenlignelig med den aktuelle kontrakt. Sammenlignelig i fagligt indhold skal forstås som håndtering, sortering eller lignende behandling af affald med henblik på frembringelse og afsætning af genanvendelige materialer.« Der er ikke herved stillet krav om dokumentation af oplysningerne om de fremlagte referencer. Af kravet fremgår, at det ved opgørelsen af den relevante mængde kun er referencer, der i fagligt indhold er sammenlignelige, der medregnes. Kravet om sammenlignelighed i relation til fagligt indhold

er udtrykkeligt defineret som »*behandling af affald med henblik på frembringelse og afsætning af genanvendelige materialer.*« Efter den anførte formulering er der således ikke stillet nærmere krav til karakteren af det affald, der behandles af den pågældende reference, men derimod til karakteren af behandlingen. Den aktuelle kontrakt omfattede efter det anførte i udbudsbekendtgørelsen ca. 9.150 tons pr. år. På den baggrund og efter en naturlig sproglig forståelse af kravet måtte tilbudsgiverne herefter gå ud fra, at deres referencer tilsammen skulle angå behandling af mindst ca. 9.150 tons affald pr. år med henblik genanvendelse.

CphWaste A/S anførte i tilbuddet, at de anførte referencer, der tilsammen angik mere end 50.000 tons affald, vedrørte »*relevante og sammenlignelige opgaver*«, og indklagede var på den baggrund og efter den angivne korte beskrivelse af opgaverne for de enkelte referencer som udgangspunkt berettiget til at lægge dette til grund. Det forhold, at der i den korte beskrivelse af de omfattede affaldsfraktioner blev anført, at affaldets karakter var »*brændbart*«, således som dette blandt andet var tilfældet i relation til virksomhedens 1. og 3. referencer (R98/Københavns Kommune og Amagerforbrænding), medførte ikke, at det var åbenbart, at behandlingen af affaldet ikke skete med henblik på genanvendelse. Det kan heller ikke på grundlag af det i øvrigt anførte lægges til grund, at dette skulle være tilfældet. Disse 2 referencer alene vedrørte efter det oplyste tilsammen i hvert fald 37.000 tons affald, hvorfor cphWaste A/S allerede på baggrund heraf opfyldte kravet om behandling af mindst ca. 9.150 tons affald til genanvendelse. Det er derfor ufornuddent for at tage stilling til påstand 1 og 2 tillige at tage stilling til klagerens indsigelser vedrørende de resterende referencer fra cphWaste A/S.

Påstandene tages ikke til følge.

#### Ad påstand 3 og 4

Det fremgår af håndhævelseslovens § 2, stk. 1, nr. 2, at en ordregiver i et udbud omfattet af blandt andet udbudsdirektivet skal underrette samtlige berørte ansøgere og tilbudsgivere om, hvilke beslutninger ordregiveren træffer om blandt andet tildeling af en kontrakt. Efter bestemmelsens stk. 2 skal en sådan underretning være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen, og underretningen skal endvidere angive, »*hvornår standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, udløber*«. Efter håndhævelseslovens § 3, stk. 1, må en ordregiver, der beslutter at tildele blandt andet en

kontrakt, der er omfattet af blandt andet udbudsdirektivet, tidligst indgå kontrakten eller rammeaftalen *»efter udløbet af en stand-still-periode på 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har udsendt underretningen efter § 2, stk. 1, nr. 2..., hvis underretningen er sket ad elektronisk vej.«*

I indklagedes underretning af 19. maj 2011 var det anført, at kontrakt tidligst kunne indgås *»efter udløb af en standstill-periode på 10 dage...«*, og at denne *»standstill-periode udløber... d. 30. maj 2011«*. Det fremgår således allerede af ordlyden af indklagedes meddelelse, at kontrakten tidligst kunne indgås den 31. maj 2011, hvilket svarer til det tidspunkt, klageren har gjort gældende.

Da indklagede den 28. juni 2011 underskrev kontrakten med cphWaste A/S, var standstill-fristen udløbet, og der er derfor allerede af den grund ikke grundlag for at erklære de indgåede aftaler for uden virkning i medfør af håndhævelseslovens § 16, stk. 1, nr. 1.

På samme baggrund er der heller ikke grundlag for politianmeldelse som anført i påstand 4.

Påstandene tages ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen  
fuldmægtig