

K E N D E L S E

IF Group A/S
(advokat Allan Kvist-Kristensen, København)

mod

Rebild Kommune
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 178-323682 af 10. september 2015 udbød Rebild Kommune som offentligt udbud efter udbudsdirektivet (2004/18/EF) en kontrakt om fjernelse af forbrændingsslagge fra landejendommen på Smidievej 22, Bælum.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 19. oktober 2015 havde Rebild Kommune modtaget tilbud fra FKM Entreprise A/S, Meldgaard Miljø A/S og klageren, IF Group A/S (i det følgende IF Group). I brev af 27. november 2015 til tilbudsgiverne meddelte Rebild Kommune, at tilbuddene fra FKM Entreprise A/S og IF Group ikke var anset konditionsmæssige, fordi tilbuddene ikke opfyldte alle mindstekrav, og at kontrakten var tildelt Melgaard Miljø A/S, hvis tilbud (med en pris på 1.710.000 kr.) opfyldte alle de stillede mindstekrav.

Den 4. december 2015 indgav IF Group klage til Klagenævnet for Udbud over Rebild Kommune.

IF Group fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af håndhævelsesloven (nu lov om Klagenævnet for Udbud) § 12, stk. 2, skulle tillægge klagen opsættende virkning.

Den 22. december 2015 afsagde klagenævnet kendelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet skriftligt.

IF Group har nedlagt følgende

Påstand

Klagenævnet skal konstatere, at Rebild Kommune ved sin beslutning af 27. november 2015 har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2 og udbudsdirektivet, og derved har truffet en ulovlig beslutning ved uretmæssigt at have forkastet IF Groups tilbud med henvisning til, at IF Groups tilbud ikke var konditionsmæssigt.

IF Group har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen indeholder i punkt II.1.5 følgende beskrivelse af den udbudte opgave:

”Den tekniske løsning omfatter afhentning af ca. 3 000 tons forbrændingslagge, der er indbygget i voldanlægget på ejendommen Smidievej 22, 9574 Bælum. Slaggen køres til et miljøgodkendt projekt, en miljøgodkendt plads eller et miljøgodkendt deponi eller slaggen køres til et miljøgodkendt modtagested.

Opgaven udbydes som samlet entreprise (3 000 tons) eller 3 delentrepriser (hver 1 000 tons). Såfremt Tilbudsgiver vælger at give pris på den samlede entreprise (A), skal Tilbudsgiver også give pris på alle 3 delentrepriser (A1, A2 og A3).

Tilbudsgiver forestår afsætning af slaggen, herunder prøvetagning og analyse af slaggen efter gældende regler, anmeldelse af slaggen i henhold til reglerne inden for genanvendelse/deponering, indberetning til affaldsdatasystem efter gældende regler samt lave aftaler med modtagesteder i forhold til modtagelse”.

Tildelingskriteriet var ”laveste pris”.

Udbudsbekendtgørelsen indeholder i punkt III.2.3, ”Teknisk kapacitet”, følgende mindstekrav:

”Det er et minimumskrav, at Tilbudsgiver ved kontraktstart råder over 1 eller flere miljøgodkendt pladser, der kan modtage de slaggemængder, som Tilbudsgiver giver tilbud på. Pladsen/-ernes lokalitet skal fremgå af tilbuddet, og pladsen/-ernes miljøgodkendelse skal vedlægges i tilbuddet. Tilbudsgiver skal desuden kunne dokumentere, at pladsen har kapacitet til at modtage slaggemængder som Tilbudsgiver giver tilbud på.”

Mindstekravet var gentaget i udbudsvilkårene, jf. punkt 3.3.1. I ydelsesbeskrivelsen hedder det blandt andet:

”2 Beskrivelse af teknisk løsning

I forbindelse med etablering af en oplagsplads og et voldanlæg på ejendommen Smidievej 22, 9574 Bælum blev der anvendt kategori 3 forbrændingslagge fra I/S Reno Nord kategoriseret efter restproduktbekendtgørelsen og forbrændingsslagge fra Novopan Træindustri A/S, der ikke kunne kategoriseres efter restproduktbekendtgørelsen. ...

Rebild Kommune ønsker at fjerne ca. 3000 tons forbrændingsslagge, der er indbygget i voldanlægget på ejendommen. ... Rebild Kommune ved, at der i volden ligger slagge fra Novopan og RenoNord. Det vides ikke, om slaggen ligger adskilt eller er sammenblandet, og hvordan mængdefordelingen mellem de 2 typer af slagge er.

...

2.1.3. Transport og opbevaring

Entreprenøren skal afhente og transportere slaggen fra ejendommen og herfra til den/de miljøgodkendte plads/-er, som entreprenøren har oplyst i det afgivne tilbud.

Entreprenøren skal ved fremsendelse af tilbuddet dokumentere, at anvendt/-e plads/er til modtagelse af slagge kan modtage de slaggemængder, som Tilbudsgiver giver tilbud på, og at pladsen/-erne er miljøgodkendt/-e.

Entreprenøren skal sammen med tilbuddet fremsende miljøgodkendelse/-r for pladsen/-erne, der skal modtages slaggen til Rebild Kommune.

...”

IF Group havde vedlagt sit tilbud en miljøgodkendelse af 26. marts 2015 af Vesthimmerlands Jordhotel, Aalestrup. Godkendelsen, der er givet på grundlag af en ansøgning fra IF Recycling A/S, omfattede blandt andet indbygning af slagge under støbt betonplads. Det fremgår af godkendelsen, at behandlingen af ansøgningen blandt andet er sket på grundlag af et notat af 17. december 2014 fra DGE Miljø- og Ingeniørfirma A/S om ”indbygning

af slagge under Afsnit B". I notatet er en beskrivelse af slagge fra Novopan Træindustri A/S og Reno Nord I/S. Slaggene er henholdsvis et affaldsprodukt ved afbrænding af bark, træflis m.v. og husholdningsaffald, og det oplyses, at de 2 selskaber har henholdsvis ca. 3.000 tons og 7.000 tons slagge liggende klar til bortskaffelse hos IF Recycling A/S.

Det hedder i miljøgodkendelsen blandt andet:

"De anvendte slagge skal være de ansøgte partier, eller andre partier slagge, med en forureningsgrad som er tilsvarende eller mindre. ..."

Miljøgodkendelsen indeholder ikke oplysninger om, hvilken forureningsgrad godkendelsen omfatter, eller hvorfra de ansøgte partier slagge stammer.

På et senere sted i miljøgodkendelsen hedder det:

"Kommunens vurdering
Nyttiggørelse af slagge – afsnit B

Slaggen udlægges under et 20 cm tykt betondække. Under slaggen udlægges en bentonitmembran. ... På den baggrund vurderer kommunen, at der ikke er risiko for forurening af grundvandet som følge af slaggeudlægningen. ...

En del af den ansøgte slagge stammer fra Novopan, og indeholder derfor en del savsmuld. Ansøgningen er vedlagt et notat, som sandsynliggør, at slaggen fra Novopan kan anvendes til bundsikring, såfremt det sikres at slaggen ikke opfugtes. Der er taget hånd om det i det beskrevne projekt. ..."

Der var ikke vedlagt dokumentation for, at pladsen havde kapacitet til at modtage den udbudte slaggemængde.

Tilbuddet fra IF Group (med en pris på 1.350.000 kr.) blev afvist som ukonditionsmæssigt. Det hedder herom i evalueringsrapporten:

"Teknisk kapacitet

Miljøgodkendt plads til modtagelse af slagge

Der er vedlagt en miljøgodkendelse af Vesthimmerlands Jordhotel, Toftegaardsvej 28, 9620 Aalestrup af den 26. marts 2015. Miljøgodkendelsen omfatter aktiviteten "Indbygning af slagge under støbt betonplads". Miljøgodkendelsen er meddelt til IF Recycling A/S.

Det fremgår ikke i tilbuddet, hvor stor restkapacitet der p.t. er til rådighed på pladsen til modtagelse af slaggemængder.

Der er ikke i det fremsendte tilbud godtgjort, at den udbudte slagge forureningsmæssigt og mængdemæssigt med sikkerhed kan leveres til og indbygges på pladsen.

Mindstekravet for den tekniske kapacitet er derfor ikke opfyldt.”

Det er oplyst, at direktør Thomas Lundshøj hos IF Group den 8. april 2015 sendte en e-mail til en medarbejder hos Rebild Kommune, hvori det hedder:

”Hej Susy

Jeg fremsender hermed endelig miljøgodkendelse til at måtte modtage og anvende nedenstående slagge.

Jeg har i forbindelse med endelig godkendelse lavet en 3 årig kontrakt med Novopan om modtagelse af netop de før om nævnte slagge og begynder kontinuerlig at modtage betydelig store mængder. Jeg vil derfor gerne have en tilbage melding på hvornår vi skal modtage slaggerne så jeg kan få det med ind i min planlægning.

...”

I klageskriftet har IF Group oplyst følgende:

”...

Det er korrekt, at der på tidspunktet for afgivelse/vurdering af tilbuddet henlå en mængde slagge på pladsen, således at den ønskede kapacitet ikke da var til rådighed. ...

Den mængde der henligger på pladsen, var tiltænkt anden anvendelse, såfremt den udbudte kontrakt blev vundet (og ellers indbygning i henhold til tilladelsen). Mængden vil kunne flyttes på få dage, hvilket også var påtænkt. Planen var, at mængden skulle overføres til IF Group A/S, Hjørring, se miljøtilladelse bilag 5, særligt pkt. 8. Efter sortering i Hjørring skulle mængden anvendes i henhold til anden godkendelse, se bilag 6 - § 19 tilladelse til Carlo Bundgård. Alternativt kunne mængden tages til oplag for afventning af andet projekt eller efter forlængelse af tidsfrist til det nævnte.

...”

I et senere processkrift har IF Group oplyst, at Rebild Kommune i 2014 indgik aftale med IF Group om at aftage samme mængde slagge, som det senere udbud vedrører. Aftalen blev annulleret, fordi sagsbehandlingen om miljøgodkendelsen hos Vesthimmerlands Kommune trak ud.

Parternes anbringender

IF Group har gjort gældende, at selskabets tilbud var konditionsmæssigt. Der var fornøden dokumentation for, at IF Group kunne aftage 3.000 tons slagge. Det var på grundlag af miljøgodkendelsen enkelt og simpelt at beregne, hvilke mængder IF Group kunne aftage. Den eneste ubekendte faktor var omfanget af det areal, som IF Group rådede over til indbygning af slagge. Det må tages i betragtning, at Rebild Kommune anvendte sagkyndig bistand, der må forudsættes at være bekendt med den sædvanlige indbygningsdybde og vægtfylden for den slagge, der skulle indbygges. Det fremgår af miljøgodkendelsen, at størrelsen af det areal, der kan anvendes til indbygning af slagge under støbt betonplads, er 6.140 m², hvor der vil kunne indbygges ca. 8.840 tons slagge. Miljøtilladelsen er indhentet – og opnået – for at IF Group kunne håndtere den slagge, som sagen handler om. Oplysningen om arealet har været nødvendig, men også tilstrækkelig. Miljøtilladelsen indeholdt således en eksplicit og tilstrækkelig dokumentation for, at IF Group kunne håndtere opgaven.

Rebild Kommune har gjort gældende, at det var et udtrykkeligt mindstekrav, at et tilbud for at kunne komme i betragtning skulle være vedlagt dokumentation for, at tilbudsgiveren havde kapacitet til at modtage den slaggemængde, som udbuddet omfatter. Det er uden betydning, at der tidligere har været en dialog mellem parterne om bortskaffelse af den slaggemængde, som udbuddet handler om, idet IF Groups tilbud ikke var vedlagt den krævede kapacitetsdokumentation. En ordregiver er ikke forpligtet til selv at skaffe sig oplysninger, som tilbudsgiveren efter udbudsvilkårene skal tilvejebringe, men er berettiget til at afvise et tilbud, der ikke indeholder disse oplysninger. Miljøgodkendelsen indeholder i sig selv ikke dokumentation for, at IF Group rådede over den nødvendige kapacitet. Det må endvidere efter de foreliggende oplysninger antages, at den ønskede kapacitet faktisk ikke var til rådighed på tidspunktet for afgivelse og vurdering af tilbuddet fra IF Group.

Klagenævnet udtaler:

IF Group har efter kendelsen af 22. december 2015 ændret sin påstand. Det bemærkes herved, at udbudsloven, jf. lov nr. 1564 af 15. december 2015, der trådte i kraft 1. januar 2016, ikke finder anvendelse på udbud, der er iværksat inden den 1. januar 2016. Sagen er derfor behandlet efter de hidtil gældende regler, jf. udbudslovens § 196, stk. 1 og stk. 2.

I kendelsen udtalte klagenævnet:

” ...

Efter udbudsbetingelserne skal en tilbudsgiver i forbindelse med udbuddet dokumentere, at den eller de pladser, som tilbudsgiveren vil anvende ved opfyldelsen af kontrakten, kan modtage de slaggemængder, som tilbuddet omfatter. IF Group A/S har oplyst, at Vesthimmerlands Jordhotel vil blive anvendt og har vedlagt tilbuddet en miljøgodkendelse af denne plads, men har ikke vedlagt dokumentation for, at pladsen har den nødvendige kapacitet til at modtage den slaggemængde, som tilbuddet omfatter, herunder at denne kapacitet er til stede på det tidspunkt, hvor kontrakten skal opfyldes. Efter en foreløbig vurdering af klagen er der derfor ikke grundlag for at antage, at Rebild Kommunes beslutning om at anse tilbuddet fra IF Group A/S for at være ukonditionsmæssigt, ikke er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

...”

Det, der er fremkommet efter kendelsen, kan ikke ændre denne vurdering. Klagen tages derfor ikke til følge.

Efter sagens udfald skal IF Group betale omkostninger til Rebild Kommune til dækning af kommunens omkostninger ved klagesagen. Efter sagens værdi og forløb fastsættes beløbet til 15.000 kr.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

IF Group A/S skal i sagsomkostninger til Rebild Kommune betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig