

K E N D E L S E

Solum Roskilde A/S
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

mod

I/S Amagerforbrænding
(advokat Peter Stig Jakobsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 176-288952 af 9. september 2011 udbød I/S Amagerforbrænding som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) en kontrakt om affaldsbehandling og bortskaffelse af haveaffald. Tildelingskriteriet var fastsat til *»det økonomisk mest fordelagtige bud«*.

Udbudsbetingelserne var tilgængelige på I/S Amagerforbrændings hjemmeside på internettet, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud, der i henhold til bekendtgørelse nr. 2011/S 203-203-329340 om supplement til den førnævnte bekendtgørelse var fastsat til den 21. oktober 2011, havde i alt 3 virksomheder, herunder klageren og HCS A/S Transport & Spedition, afgivet tilbud.

Den 21. november 2011 meddelte I/S Amagerforbrænding, at samtlige tre tilbud var ikke konditionsmæssige, og at I/S Amagerforbrænding agtede at overgå til udbud efter forhandling efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. I/S Amagerforbrænding oplyste endvidere, at man udelukkende ville

forhandle med de tilbudsgivere, som havde afgivet tilbud i forbindelse med udbuddet.

De tre oprindelige tilbudsgivere afgav herefter reviderede tilbud den 21. december 2011, og den 17. januar 2012 meddelte I/S Amagerforbrænding, at kontrakten blev tildelt HCS A/S Transport & Spedition.

Den 30. januar 2012 indgav klageren, Solum Roskilde A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over I/S Amagerforbrænding. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 29. februar 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Kontrakten blev underskrevet den 17. april 2012 og trådte i kraft den 1. maj 2012.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1: Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at have tildelt kontrakt om behandling af haveaffald til HCS A/S Transport & Spedition på trods af, at HCS A/S Transport & Spedition ikke var eller er i besiddelse af miljøgodkendelse som krævet i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3.

Subsidiært: Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at have tillagt HCS A/S Transport & Speditions nye miljøgodkendelse af 5. januar 2012 betydning, selv om miljøgodkendelsen er ansøgt om, udstedt og fremsendt efter tilbudsfristens udløb.

Påstand 2: Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at indgå i forhandlinger med HCS A/S Transport og Spedition efter tilbudsfristen den 21. december 2011.

Påstand 3: Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 17. januar 2012 om at tildele kontrakten til HCS A/S Transport & Spedition.

Påstand 4: Klagenævnet skal konstatere, at tilbuddet fra HCS A/S Transport & Spedition er ukonditionsmæssigt, da HCS A/S Transport & Spedition ikke har fremlagt den i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.1 - pkt. III.2.3 krævede dokumentation for HCS A/S Transport & Speditions underleverandører, selv om mere end 50 % af leverancen udføres af underleverandører.

Påstand 5: Klagenævnet skal konstatere, at indklagede ikke kan indgå kontrakt med HCS A/S Transport & Spedition, da HCS A/S Transport & Spedition ikke var i besiddelse af serviceattest eller lignende dokumentation senest 1. hverdag efter udløb af stand still-perioden, som var dateret inden for de seneste 6 måneder for ud for udløb af stand still-perioden.

Påstand 6: Klagenævnet skal konstatere, at tilbuddet fra HCS A/S Transport & Spedition er ukonditionsmæssigt, da HCS A/S Transport & Speditions tilbud ikke opfylder mindstekravene i pkt. 1.1 i indklagedes udbudsbetingelser.

I/S Amagerforbrænding har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Det oprindelige udbud

Udbudsbekendtgørelsen af 9. september 2011 indeholder følgende:

»BETINGELSER FOR DELTAGELSE

III.2.1) De økonomiske aktørers personlige forhold...

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: ... Der kræves dokumentation for, at tilbudsgiver ikke er under konkurs, betalingsstandsning m.v. eller har forfalden gæld til det offentlige, hvorom der ikke er truffet aftale om afvikling, og at der heller ikke foreligger andre af de i udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1, og 2, litra a), b), c), e) og f) nævnte situationer i forhold til tilbudsgiver.

Dokumentationen skal foreligge 1. hverdag efter udløb af stand still

perioden.

I stedet for serviceattest kan dokumentationen fremlægges som anført i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 3.

Tilbudsgiver opfordres til at vedlægge tilbuddet en serviceattest, hvis der allerede foreligger en sådan.

Dokumentationen, herunder serviceattest, skal være datteret inden for de seneste 6 måneder forud for udløb af stand still perioden. ...

...

III.2.3) Teknisk kapacitet

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

Tilbuddet vedlægges kopi af virksomhedens miljøgodkendelse til udførelse af de relevante aktiviteter.

...

Hvis tilbudsgiver i sit tilbud benytter sig af underleverandør(er) for så vidt angår 50 % af leverancen eller mere, skal den i pkt. III.2.1 – III.2.3 nævnte dokumentation ligeledes afleveres for så vidt angår underleverandøren eller underleverandørerne.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves

Tilbudsgiver skal i hele kontraktperioden være i besiddelse af gældende miljøgodkendelse til at foretage de relevante aktiviteter og have tilstrækkelig kapacitet hertil... «

I udbudsbetingelserne af september 2011 er der under pkt. 1.1 »Kort om den udbudte opgave« anført følgende:

»...

Den udbudte opgave omfatter modtagelse, registrering, behandling i form af neddeling og kompostering samt afsætning af fraktionen haveaffald fra genbrugspladser i Amagerforbrændings interessentkommuner.

Haveaffald består af planteaffald med mindre mængder vedhængende jord. Der må påregnes at være mindre mængder andet affald i fraktionen. Det skal dog understreges, at det på genbrugspladserne tilstræbes at begrænse mængden af andet affald til det mindst mulige.

...

Formålet med behandlingen af fraktionen er genanvendelse, hvilket betyder afsætning af den komposterede fraktion til jordforbedring og tilsvarende og afsætning af andet affald til den mest hensigtsmæssige behandling efter affaldshierarkiet. Afsætning til energiproduktion anses ikke for genanvendelse og accepteres kun for fejlsorteret affald og for den forbrændingsegne rest af grene og tilsvarende emner, der ikke er omsat ved komposteringen...«

Den udbudte tjenesteydelse er i udbudsbetingelsernes bilag 1 »*Kravspekificationer*«, pkt. 1 »*Generelt*«, nærmere beskrevet således:

»Den udbudte opgave omfatter modtagelse, registrering, kompostering og afsætning af haveaffald fra genbrugspladser i Amagerforbrændings interessentkommuner.

Alt haveaffald i fraktionen skal principielt komposteres.

Affaldsmængderne vil blive tilført tilbudsgivers anlæg over året med en vis variation måned for måned – svarende til variation, som kan konstateres på Amagerforbrændings genbrugspladser.

...«

I udbudsbetingelserne under pkt. 1.12 om »*Udelukkelsesgrunde*« var det blandt andet fastsat, at deltagelse i udbudsproceduren var udelukket, hvis et af de i udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1 og 2, anførte forhold fandt anvendelse på tilbudsgiver. I pkt. 1.12.1.1 »*Dokumentation*« var det i tilknytning hertil blandt andet anført:

»Tilbudsgiver skal udfylde og vedlægge sit tilbud en erklæring på tro og love om, at ovenstående udelukkelsesgrunde ikke finder anvendelse.

Herudover anmoder Ordregiver om, at Tilbudsgiver, som dokumentation for, at ovenstående udelukkelsesgrunde ikke gør sig gældende, også vedlægger sit tilbud en komplet serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dateret mindre end 6 måneder forud før det forventede udløb af stand still perioden.

Såfremt Tilbudsgiver ikke kan fremskaffe en Serviceattest – evt. som følge af, at en sådan ikke udstedes i Tilbudsgivers hjemland – anmodes om tilsvarende dokumentation, jf. Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 3.

I det omfang Ordregivers anmodninger om serviceattest ikke imødekommes, bør Tilbudsgiver være opmærksom på, at der i forbindelse med en eventuel kontraktindgåelse vil blive stillet krav om, at Tilbudsgiver indhenter en serviceattest eller tilsvarende...som skal være [I/S Amagerforbrænding] i hænde senest 1 dag efter udløbet af stand still perioden...«

Under pkt. 1.12.3 om »*Teknisk kapacitet*« var der blandt andet fastsat:

»...

Tilbudsgiver skal være i besiddelse af gældende miljøgodkendelse til at foretage de relevante aktiviteter og have tilstrækkelig kapacitet hertil.«

I pkt. 1.12.3.1 om »*Dokumentation*« var det i tilknytning hertil fastsat:

»Tilbudsgiver skal som dokumentation for, at ovennævnte krav – samt kravene i bilag 1, kravspecifikationer – er opfyldt vedlægge sit tilbud:

- Kopi af virksomhedens miljøgodkendelse til udførelse af de relevante aktiviteter.
- ...«

I pkt. 1.14 om »*Konsortier og underleverandører*« var der under overskriften »*Underleverandører – henvisning til andre virksomheders formåen*« blandt andet anført:

»I det omfang tilbudsgiver benytter sig af underleverandører til opfyldelse af mere end 50 % af den udbudte opgave, skal tilbudsgiver vedlægge den ovenfor krævede dokumentation for, at samtlige underleverandører opfylder alle krav...«

I pkt. 1.12.4 om »*Afsætning*« var det fastsat, at tilbudsgiveren skulle

»sikre sig, at den færdige vare afsættes til de nævnte formål, primært som kompost til jordforbedring, jf. pkt. 1.1. «

Tildelingskriteriet var fastsat til »*det økonomisk mest fordelagtige bud*«. Der var samtidig fastsat følgende underkriterier:

»Underkriterier

Det økonomisk mest fordelagtige bud vil blive identificeret gennem anvendelsen af nedenstående underkriterier, der indgår i evalueringen med den angivne vægt:

Pris	80 % og dermed op til	800 point
Service	10 % og dermed op til	100 point
Miljø, arbejds-		
Miljø og kvalitet	10 % og dermed op til	100 point
...		

Tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver, HCS A/S Transport & Spedition, var dateret den 21. oktober 2012, og det indeholdt blandt andet en serviceattest af 27. juli 2011 og en tro- og loveerklæring af 17. oktober 2011 samt en miljøgodkendelse af 1. april 1998 for Hvissingvej 100 i Glostrup med sene-

re ændring af 21. april 2004, samt en ansøgning om ændring af vilkår 6 a om de årlige mængder, der håndteres og behandles på virksomhedens genbrugsplads.

Af virksomhedens oprindelige miljøgodkendelse fra 1998 fremgik blandt andet, at »have- & parkaffald...maksimalt [må] have en opholdstid på 14 dage på pladsen«. I godkendelsens miljøtekniske notat hedder det blandt andet:

»...

Der ansøges om tilladelse til at håndtere, sortere, og nedknuse nedstående affaldsmængder:

Typer	Mængde tons/år
...	...
Have- & parkaffald	20.000
...	...

...

MILJØTEKNISK BESKRIVELSE

...

Indretning og drift

...

HCS Genbrugsstation vil udelukkende modtage uforurennet bygge-, have- & parkaffald.

...

Såfremt der opstår kapacitetsproblemer omkring mellemdeponering (længere oplagsperiode...), stoppes der for modtagelse, indtil oplagringsskapiteten igen kan overholdes. Modtagelse af have- & parkaffald vil stoppe først, således at kompostering og dermed forbundne lugtgener undgås.

...

Aktiviteter og maskinpark fremgår af nedenstående tabel:

Bygning/ anlæg nr.	Bygning/anlæg navn	Areal ca. m ²	Aktiviteter	Maskinpark
1	...	...	...	...
2	Træneddelingsmaskine		Neddeling af træ fra haver, bygge- pladser samt af- faldstræ	Mobil træflismaskine

...	...	...	...	...
-----	-----	-----	-----	-----

...

Sortering

Affaldet grovsorteres i 7 fraktioner:....; have- & parkaffald ...

...

Træneddeling/flisning

Efter modtagelse grovsorteres træet fra byggeaffaldet. Kun ubehandlet træ ... neddeles i en træneddelingsmaskine. ...

...

Have- & parkaffald neddeles ikke, men oplagres blot til der er tilstrækkeligt til bortkørsel af fulde læs. Affaldet opbevares dog max 14 dage på genbrugspladsen inden bortkørsel.

...

Råvare/hjælpestof	Årlige håndterede mængder affald, tons	Lagerkapacitet, Tons	Opbevaringsmetode
...	...	...	...
Have- & parkaffald /(inkl. affaldstræ)	...	...	Bås
...	...	...	...

...

Støj

Virksomhedens væsentligste støjklender vil være transport og knuse-/neddelingsanlæggene, som følger:

a) ...

b) Støj fra entreprenøranlæg:

- ...

- træneddelingsmaskine til have-, park- og byggetræsaffald

...

MILJØTEKNISK VURDERING

...

Indretning og drift

Den miljøtekniske vurdering er udformet på baggrund af virksomhedens ansøgning.

Lovens krav om, at der ikke kan foretages ændringer i indretning og drift uden forudgående ansøgning til tilsynsmyndigheden, skal derfor fremhæves.

...

Forurening

...

Lugt

Den beskrevne håndtering af have- & parkaffaldet og det neddelte byggetræsaffald (flis) vurderes at kunne sikre, at materialets opholdstid på genbrugspladsen bliver så kort, at gener i form af generende lugt ikke opstår.

Det vurderes, at den beskrevne opholdstid på 14 dage for have- og parkaffald vil sikre, at affaldet er fjernet fra genbrugsstationen, før kompostering påbegyndes.

...

Støj

Virksomheden oplyser, at der aldrig vil være drift af knuseanlæg til beton og tegl samtidig med, at flisanlægget er i drift...«

Tilbuddet indeholdt endvidere en »*Specifik driftsinstruks til nærværende entreprise*«. Heraf fremgik blandt andet følgende om modtageproceduren for aflæsning af affald hos HCS A/S Transport & Spedition:

»...

Affald der tilkøres HCS's anlæg aflæsses på genbrugspladsen og forsor- teres manuelt for større fremmedlegemer. Fremmedlegemer vil typisk være større fraktioner af papir, plast, m.v. Derefter sker der en nedde- ling af affaldet i form af knusning og sortering, hvorefter affaldet er neddelt som en biomassefraktion og en landbrugskompostfraktion.

Af et yderligere underbilag til tilbuddet om »*Beskrivelse af service i relati- on til entreprisens udførelse*« fremgår blandt andet:

»Hvordan systemet fungerer i hverdagen:

1. Modtagelse af affaldet til behandlingsanlægget
2. Drift og vedligeholdelse af behandlingsanlægget

...

Ad 2) Processen består af følgende delprocesser:

- Neddeling, knusning og sortering med en forventet fragmentgrænse- værdi på 60 mm.
- Oprensning med rundsortere til fjernelse af større pinde mv. Denne sigterest er en biomasse der kan genanvendes.
- Spredning af landbrugskompost på landbrugsjord, som jordforbed- ringsmiddel.

...«

I et bilag om »*Beskrivelse af proces for håndtering og behandling af have- affaldet*« var det endvidere anført:

»Beskrivelse af behandlingsmetoder:

HCS har erfaring i behandling, sortering og disponering af affald og bestanddele fra forskellige typer affald, herunder disponering og bortskaffelse på miljømæssig forsvarlig vis i overensstemmelse med gældende regler, herunder affaldshierarkiet.

Vi er i besiddelse af godkendt plads for modtagelse af haveaffald...

For det konkrete udbud vil vi opstarte behandlingen ved modtagelse af haveaffaldet på vores plads efter indvejning.

Idet vi inspicerer indkomne læs for svigt og får disse omdirigeret til anden behandling modtager vi affaldet på et specielt indrettet område på vores plads, hvor det aflæsses i bunke. Herefter sker der en neddeling, knusning og sortering, hvorefter det neddelte produkt vil blive bortkørt til vores samarbejdspartner ... hvor det indgår i en markkompostering hvor det omdannes til jordforbedringsmiddel.

Materialet indtages løbende på pladsen og neddelingen og sortering foregår ligeledes løbende.

...«

Udbuddet med forhandling, jf. artikel 30, stk. 1, litra a

Ved det ovennævnte brev af 21. november 2011 meddelte I/S Amagerforbrænding, at man overgik til udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. I brevet blev det endvidere angivet, at forhandlingerne ville følge en nærmere angiven procedure med individuelle forhandlingsmøder den 28. november 2011, tilbudsfrist den 8. december 2011, efterfulgt af evaluering og forventet tildelingsbeslutning den 12. december 2011 og kontraktindgåelse den 23. december 2011. Endvidere blev der anført, at tilbudsgiverne på forhandlingsmøderne havde mulighed for at tilkendegive, om der var enkelte krav, der forhindrede dem i at afgive konditionsmæssige bud, og at I/S Amagerforbrænding på baggrund heraf ville vurdere, om der var behov for mindre justeringer af de i forbindelse med udbuddet opstillede krav, og i givet fald den 1. december 2011 eventuelt udsende revideret udbudsmateriale.

Ved påbud af 28. november 2011 fra Glostrup Kommune blev HCS Transport & Spedition A/S' miljøgodkendelse ændret for så vidt angår blandt an-

det åbningstiden af genbrugspladsen og mængden af affald, der håndteres og oplagres på genbrugspladsen. Det anføres heri blandt andet:

»Virksomheden har den 23. september 2011 fremsendt en ansøgning om justering af tilladelsen til den årlige mængde affald der håndteres på genbrugspladsen. Efterfølgende har virksomheden også søgt om udvidet åbningstid med hensyn til at indveje og aflæsse affald på genbrugspladsen...

...

De ansøgte aktiviteter skal ses som aktiviteter der allerede ligger inden for det der er beskrevet i den eksisterende miljøgodkendelse. Justering af de anførte mængder skal ses som en konsekvens af udviklingen på affaldsområdet, hvor affaldet nu sendes i offentligt udbud med krav til de private behandlere om kapacitet både anlægsmæssigt og godkendelsesmæssigt til at håndtere større mængder end tidligere...

... med hensyn til oplagstiden for have- og parkaffald vil oplagstiden være maksimalt 2 måneder.

...«

Ved e-mail af 2. december 2011 meddelte I/S Amagerforbrændings advokat, at tilbudsfristen var udsat.

Ved brev af 9. december 2011 meddelte advokaten, at fristen var fastsat til den 21. december 2011, kl. 12. Der blev endvidere fastsat nogle nærmere specificerede ændringer af nogle fristbestemmelser i det oprindelige udbudsmateriale. Herudover blev endvidere anført:

»...

Formkrav til et revideret tilbud

Solum skal ved at udfylde den til dette brev vedlagte *tilbudsblanket* angive *eventuelle ændringer* eller *nyt materiale* i forhold til det oprindelige tilbud. Det er således ikke påkrævet, at Solum vedlægger det reviderede tilbud allerede fremsendt materiale i det omfang dette i sin helhed *vedstås* og kan lægges til grund for evalueringen af det reviderede tilbud. Solum skal dog – uanset at tilbudsprisen i det oprindelige tilbud vedstås – udfylde *prislisten* i *ansøgningsblanketten*.

Herudover skal Solum ved at udfylde den i *tilbudsblanketten* integrerede *tro- og loveerklæring* ved sin underskrift erklære, at ingen af de i *tro- og loveerklæringen* anførte forhold gør sig gældende.

Såfremt Solum efterfølgende har fået udstedt en ny *serviceattest* bør en sådan vedlægges det reviderede tilbud...

...

Det videre forløb forventes at forløbe som angivet nedenfor:

9. december 2011	Udsendelse af brev med angivelse af krav til det reviderede tilbud
21. december 2011	Frist for modtagelse af reviderede tilbud
29. december 2011	Evaluering og tildelingsbeslutning
10. januar 2012	Kontraktindgåelse efter endt stand still periode

...«

Tilsvarende krav blev ved brev af 12. december 2011 fastsat i forhold til det reviderede tilbud fra HCS A/S Transport & Spedition. Herudover var det blandt andet anført, at tilbuddet skulle vedlægges en

»...beskrivelse af komposteringsløsningen, herunder i hvilket omfang der forventes afsætning til energiproduktion, en hensigtserklæring om afsætning med henblik på genanvendelse samt en redegørelse for lovligheden af komposteringen.«

Ved udløbet af tilbudsfristen for udbuddet efter forhandling den 21. december 2011 havde indklagede modtaget 3 reviderede tilbud, herunder fra klageren og HCS A/S Transport & Spedition.

Af det reviderede tilbud fra HCS A/S Transport & Spedition fremgår blandt andet:

»...

Processen ved behandling og kompostering af HPO:

HPO bliver bragt til HCS genbrugsplads, hvor følgende proces igangsættes:

...

Det skal betones, og understreges, at grene m.v. ikke vil blive frasorteret i videre omfang, end det er nødvendigt, jf. udbudsmaterialet, og at det således kun er den "nødvendige del" der kan blive brugt til eksempelvis energiproduktion.

...

Ad formkrav til et revideret tilbud:

Tilbudsblanket af 21. december 2011, fremsendes i udfyldt, underskrevet og vedstået stand, idet dette ligeledes gør sig gældende for den integrerede tro- og loveerklæring, idet ingen af de i tro- og loveerklæringen anførte forhold gør sig gældende.

Den fremlagte serviceattest af 27. juli 2011 er fortsat gældende.

Endelig henvises til skrivelse af 28. november 2011 fra Glostrup Kommune, der blev overbragt på møde den 28. november 2011, hvilket således indeholder godkendelse til de i udbuddet anførte formål, herunder i forhold til mængder og åbningstider m.v.

...

Der er således HCS's opfattelse, at vi med nærværende har imødekommet og dokumenteret alle de stillede krav fra ordregiver, herunder om genanvendelse, lovlighed og yderligere beskrivelse af selve processen i ovennævnte redegørelse, idet det herudover erklæres, at alle de i udbuddet stillede krav og betingelser er og vil blive overholdt.

...«

Ved brev af 23. december 2011 kontaktede I/S Amagerforbrænding HCS A/S Transport & Spedition. I brevet hedder det blandt andet:

»...

En gennemgang af det reviderede tilbud har imidlertid medført et behov for yderligere afklaring af en række forhold, førend [I/S Amagerforbrænding] kan tage stilling til og gennemføre evaluering af det reviderede tilbud.

1. Det fremgår af det reviderede tilbud, at *materialet sønderdeles og oplægges i kompostmiler (korttidskomposterer)* hos HCS.

Bekræft venligst, at der er tale om neddeling og (korttids)kompostering på genbrugspladsen Hvissingvej 100, 2600 Glostrup.

2. De til tilbuddet vedlagte miljøgodkendelser fra hhv. 1998, 2004 og 2011 omfatter ikke *neddeling og kompostering* af haveaffald. Det fremgår derimod eksplicit af miljøgodkendelsen fra 1998, at:

”Have- & parkaffald neddeles ikke, men oplagres blot til der er tilstrækkeligt til bortkørsel af fulde læs. Affaldet opbevares dog max. 14 dage på genbrugspladsen inden bortkørsel.”

”Det vurderes, at den beskrevne opholdstid på 14 dage for have- og parkaffald vil sikre, at affaldet er fjernet fra genbrugspladsen, før kompostering påbegyndes.”

”Genbrugsstation – der modtager, sorterer og videresender brændbart affald samt ikke-forurenet bygge- og anlægsaffald, herunder have og parkaffald.”

HCS skal i overensstemmelse med udbudsvilkårene på tidspunktet for tilbudsafgivelse *være i besiddelse af gældende miljøgodkendelse til at foretage de relevante aktiviteter og have tilstrækkelig kapacitet hertil.*

[I/S Amagerforbrænding] formoder at HCS – som krævet – allerede er i besiddelse af en gældende miljøgodkendelse eller en krævet miljøgodkendelsesændring, hvorefter HCS lovligt kan neddele og kompostere haveaffald.

HCS skal imidlertid for, at denne formodning bekræftes supplerende eftersende en miljøgodkendelse eller et tilsagn fra Glostrup Kommune om, at HCS lovligt kan neddele og (korttids)kompostere haveaffald.

...«

Den tidligere meddelte dato for tildelingsbeslutningen blev ved e-mail af 2. januar 2012 ændret til: »*i løbet af uge 2* «.

I et brev af 5. januar 2012 svarede HCS A/S Transport og Spedition I/S Amagerforbrænding på henvendelsen af 23. december 2011. Heri hedder det blandt andet:

»

Ad 1)

Det bekræftes, at der er tale om neddeling og (korttids)kompostering på genbrugspladsen Hvissingvej 100...Glostrup...

...

Ad 2)

Som bilag ... fremlægges – ex tuto – tilsagn fra Glostrup Kommune af 5. januar 2012 om, at det er i overensstemmelse med indholdet af HCS's miljøgodkendelse og dermed lovligt, såfremt HCS pr. 1. februar 2012 måtte påbegynde neddeling og (korttids)kompostering af haveaffald på genbrugspladsen. Det fremlagte tilsagn af 5. januar 2012 fra Glostrup Kommune skal således alene ses som en præcisering af den tilladelse, som HCS var i besiddelse af ved tilbuddets afgivelse.

...«

I det vedlagte brev af 5. januar 2012 fra Glostrup Kommune til HCS A/S Transport & Spedition hedder det blandt andet:

»...

HCS A/S Transport & Spedition, Hvissingvej 100, Glostrup, justering af årlig mængde af haveaffald og byggeaffald der håndteres på genbrugspladsen samt tilladelse til inden for den eksisterende miljøgodkendelse til at neddele og hygiejniser/(korttids)kompostere haveaffaldet.

Virksomheden HCS A/S Transport & Spedition har i brev af 30. december 2011 meddelt Glostrup Kommune, at virksomheden ønsker bekræftet, at virksomheden fremover udover at modtage haveaffald også har mulighed for at sortere, neddele og hygiejniserer / (korttids-)kompostere haveaffaldet.

Baggrund

Genbrugspladsen blev miljøgodkendt af Københavns Amt den 1. april 1998. Miljøgodkendelsen blev ændret den 10. november 1999..., 10. april 2002..., 21. april 2004..., 26. november 2007..., 4. november 2008,... 27. oktober 2010 og 28. november 2011 (justering af mængder og åbningstid).

I den gældende miljøgodkendelse fra 1. april 1998 er der meddelt tilladelse til at modtage haveaffald. I tilladelsen er behandlingen af haveaffaldet beskrevet som modtagelse og omlastning, dvs. uden specifikt at omtale neddeling eller anden behandling af haveaffaldet. Fremover ønsker virksomheden mulighed for i lighed med blandt andet træaffaldet at sortere og neddele haveaffaldet. Sorteringen består i, at rødder og træstød kan sorteres fra. Haveaffaldet neddeles herefter og udlægges i miler for at få hygiejniseret/(korttids-)komposteret affaldet. Opbevaring af det neddelte haveaffald vil normalt kun vare et par dage og normalt maksimalt 14 dage. Inden haveaffaldet køres bort fra pladsen kan affaldet blive sigtet, så der kommer en vedfraktion og en løvfraktion.

Vedfraktionen kan blive bortskaffet som biobrændsel. Løvfraktionen kan bortskaffes til genbrug som jordforbedring gennem markkompostering.

Af hensyn til muligheden for at håndtere større mængder affald på genbrugspladsen ønskes følgende justering:

Affaldstype	Nuværende tilladelse - årlig mængde	Nuværende tilladelse - lager	Ansøgt - årlig mængde	Ansøgt - lagerkapacitet
Have- og Park-affald	20.000 tons	2.000 tons	35.000 tons	5.000 tons
Bygningsaffald	30.000 tons	3.000 tons	50.000 tons	5.000 tons

De ansøgte aktiviteter skal ses som aktiviteter, der allerede ligger indenfor det, der er beskrevet i den eksisterende miljøgodkendelse. Aktiviteterne kan sammenlignes med den sortering og neddeling af træaffaldet, der finder sted på pladsen.

Justeringen af de anførte mængder skal ses som en konsekvens af udviklingen på affaldsområdet, hvor affaldet nu sendes i offentligt udbud med krav til de private behandlere om kapacitet både anlægsmæssigt og godkendelsesmæssigt til at håndtere større mængder end tidligere. Der er således behov for at kunne dokumentere, at virksomheden har tilladelse til at håndtere større mængder affald.

Der vil ikke blive foretaget bygningsmæssige ændringer og oplagstiden for have- og parkaffaldet vil ikke blive længere end de to måneder, der er fastsat i den eksisterende miljøgodkendelse.

Godkendelse

Glostrup Kommune har i medfør af kapitel 5 i miljøbeskyttelsesloven besluttet at foretage revision af den eksisterende miljøgodkendelse på genbrugspladsen, HCS A/S Transport & Spedition ... Hvissingvej 100. Revisionen meddeles som et påbud i henhold til miljøbeskyttelseslovens § 41.

Der meddeles hermed miljøgodkendelse i henhold til miljøbeskyttelseslovens § 41 på nedenstående vilkår i miljøgodkendelsen af 1. april 1998:

Vilkår 6a ændres til:

Affaldstype	Årligt håndterede mængder (tons)	Lagerkapacitet (tons)
Bygningsaffald	50.000	5.000
...		
Have- og parkaffald	35.000	5.000

...

Vilkår 18 ændres til:

Ingen af følgende maskiner må være i drift på samme tid: Træneddelingsmaskinen, nedknusningsmaskinen og maskinen til neddeling af haveaffald.

Vilkår 20 tilføjes følgende:

Journalen skal indeholde oplysninger om dato og klokkeslæt for start og stop af haveaffaldsneddelingsmaskine og haveaffaldssorteringsmaskine.

MILJØTEKNISK VURDERING

Håndtering af større mængder affald og neddeling af haveaffaldet vil medføre øget støj. Haveaffaldet vil blive neddelt og sorteret ved hjælp af mobilt udstyr. Det forventes at udstyret vil være i drift i 2-3 dage en gang pr. måned. Støjen fra maskinerne til neddeling og sortering af ha-

ve- og parkaffaldet er mindre end støjen fra betonknuseren. Det forventes derfor, at de eksisterende grænseværdier vil kunne overholdes.

Aktiviteten forventes ikke at medføre lugtgener. Haveaffaldet kan blive hygiejniseret/(korttids)komposteret (efter neddelingen sker der en hurtig temperaturstigning som vil eliminere frømateriale mv.), som erfaringsmæssigt ikke giver anledning til lugtgener.

Den nærmere håndtering af affaldet på genbrugspladsen er beskrevet i genbrugspladsens driftsinstruks...«

I en e-mail af 6. januar 2012 skrev HCS A/S Transport & Spedition under henvisning til en telefonsamtale den foregående dag til I/S Amagerforbrænding, at virksomheden havde udarbejdet et vedhæftet udkast til erklæring til I/S Amagerforbrænding om *»ordregivers sikkerhed for afsætning til HCS, herunder, at det er HCS's ansvar«*. Af det medsendte udkast til erklæring fremgår blandt andet:

»I forbindelse med, i forlængelse af, og som en integreret del af det af HCS den 21. oktober 2011 indgivne tilbud, med senere redegørelser, senest af 5. januar 2012 vedrørende EU-udbud om behandling af haveaffald for ordregiver, har ordregiver tilkendegivet, at man, før man kan indgå en eventuel kontrakt med HCS, ønsker en yderligere bekræftelse på, at ordregiver ikke kommer og/eller kan komme i en situation, hvor man ikke kan komme af med den ca. 14.000 tons årlige tonnage haveparkaffald (HPO) til HCS.

HCS erklærer:

HCS skal således på den baggrund, og for at gøre ordregiver yderligere komfortabel med den af HCS anviste løsning, hermed erklære:

at ordregiver til enhver tid i kontraktens løbetid, inklusiv mulige forlængelser af kontrakten, kan afsætte den årlige tonnage til HCS, samt at det er HCS' ansvar at modtage, behandle og afsætte tonnagen.

...«

I en mail af senere samme dag svarede I/S Amagerforbrænding blandt andet:

»...

Tak for en behagelig samtale i går og for det fremsendte udkast til erklæring, som opfølgende afklaring til brug for vores tilbudsevaluering.

Vi har i udkastet angivet vores ændringer med korrekturmarkeringer, og imødeser gerne den underskrevne erklæring mandag den 9. januar 2012.

Vi forventer, som nævnt i e-mail af 2. januar 2012, at træffe beslutning om tildeling i løbet af uge 2.«

Af det vedsendte erklæringsudkast fremgik blandt andet, at der i tidligere udkast fra HCS A/S Transport & Spedition efter erklæringen om, *»at det er HCS' ansvar at modtage, behandle og afsætte tonnagen«* blev tilføjet: *»lovligt og i overensstemmelse med udbuddet, inklusiv bilag«*.

Samme dag fremsendte HCS A/S Transport & Spedition en underskrevet erklæring, hvori I/S Amagerforbrændings forslag til ændringer er indført.

Den 10. januar 2012 bekræftede HCS A/S Transport & Spedition under henvisning til en telefonsamtale samme dag over for I/S Amagerforbrændings advokat på dennes *»foranledning«* blandt andet, at Glostrup Kommune i miljøgodkendelsen af 5. januar 2012 sondrede mellem blot *»haveaffald«* med en tilladt gennemløbstid på 2 måneder og det *»neddelte haveaffald«*, der normalt kun opbevares et par dage og normalt maksimalt 14 dage. HCS A/S Transport & Spedition oplyste samtidig, at selskabet samme dag havde fået denne forståelse bekræftet hos Glostrup Kommune.

Den 13. januar 2012 meddelte indklagedes advokat, at tildelingsbeslutningen blev yderligere udskudt til den kommende uge.

Som nævnt meddelte I/S Amagerforbrænding den 17. januar 2012, at kontrakten blev tildelt HCS A/S Transport & Spedition. Det fremgår af brevet herudover blandt andet, at resultatet af I/S Amagerforbrændings evaluering blev, at tilbuddet fra HCS A/S Transport & Spedition fik 959 point, at tilbuddet fra Solum Roskilde A/S fik 900 point, og at det tredje tilbud fra virksomheden RGS 90 A/S fik 831 point.

Pointtildelingen er nærmere belyst i et vurderingsskema vedrørende *»2. tilbudsrunde for Behandling af Haveaffald - 2012«*.

I meddelelsen til HCS A/S Transport & Spedition af samme dag anførte I/S Amagerforbrænding:

»Det bemærkes, at ... denne meddelelse kun er en hensigtserklæring om, at [I/S Amagerforbrænding] har til hensigt at indgå kontrakt med HCS A/S Transport & Spedition.

Endelig kontrakt indgås først, når [I/S Amagerforbrænding] indgår kontrakten.

Det bemærkes, at HCS A/S Transport & Spedition ved indgåelsen af kontrakten indestår for, at de – såfremt kontrakten ikke kan opretholdes, som følge af HCS A/S Transport og Speditions forhold – vil skadesløsholde [I/S Amagerforbrænding] for ethvert krav.

...«

Forløbet efter klagesagens anlæg

Parterne har efter klagesagens anlæg ved Klagenævnet for Udbud den 30. januar 2012 indhentet en række udtalelser fra Glostrup Kommune om forståelsen af afgørelsen af 5. januar 2012.

Glostrup Kommune har ved brev af 1. februar 2012 besvaret en henvendelse fra klageren. I kommunens brev hedder det blandt andet:

»Glostrup Kommune har modtaget jeres brev af 26. januar 2012, hvor I anmoder om at vi omformulere eller tilbagekalder tilladelsen til HCS A/S Transport og Spedition til at neddele og hygiejniserer haveaffald. Solum A/S mener, at tilladelsen skulle være meddelt efter listebetegnelsen K214 (Komposteringsanlæg med en kapacitet på over 100 tons pr. år) med de tilhørende standardvilkår.

Vi skal understrege, at der på ingen måde er tale om, at der skal drives et komposteringsanlæg på ejendommen Hvissingvej 100. Vi betragter derfor ikke aktiviteten som omfattet af listebetegnelsen K214. Der er, som det også beskrives i tilladelsen, nærmere tale om en sortering og flisering af haveaffald inden det bortskaffes til genbrug som jordforbedring ved fx markkompostering.

Haveaffaldet vil efter sortering og neddeling kun være på pladsen i nogle få dage inden det køres væk, så der vil kun være en begrænset omsætning af det organiske materiale. Formålet med den korte opbevaring

af affaldet er ikke kompostering, men udelukkende at hygiejnisere haveaffaldet.

Vi vil medgive, at betegnelsen korttidskompostering af haveaffaldet som anvendes i tilladelsen kan være misvisende, men vi mener, at vi i beskrivelsen tydeligt redegør for, hvilken fremgangsmåde der anvendes.

Vi fastholder tilladelsen...«

I et brev af 8. marts 2012 har Glostrup Kommune blandt andet oplyst følgende til HCS A/S Transport & Spedition:

»...

Glostrup Kommune kan præcisere følgende i forbindelse med Glostrup Kommunes miljøgodkendelse af 5. januar 2012 til HCS A/S Transport & Spedition om modtagelse, neddeling, sortering, korttidskompostering og efterfølgende udbringning af HPO (Have Park Overskud som jordforbedring (genanvendelse) på landbrugsjord:

Tilladelse til håndtering af haveaffald blev meddelt i den oprindelige miljøgodkendelse af 1. april 1998.

I miljøgodkendelsen af 5. januar 2012 blev mængden af haveaffald justeret. Endvidere blev det præciseret at Glostrup Kommune ingen miljømæssige betænkeligheder har ved at haveaffaldet bliver sorteret, neddelt og behandlet m.v. på pladsen som beskrevet, da denne aktivitet kan sammenlignes med den sortering og neddeling af træaffald, der i forvejen finder sted på pladsen. Glostrup betragter derfor, at den beskrevne aktivitet med neddeling og behandling m.v. af haveaffald ligger indenfor rammerne og intentionerne i den oprindelige miljøgodkendelse.«

I et brev af 29. marts 2012 har Glostrup Kommune blandt andet oplyst følgende til Solum Roskilde A/S' advokat:

»...Vi er enig i ..., at der ikke er meddelt tilladelse til at drive et komposteringsanlæg på ejendommen Hvissingvej 100, hverken som hovedaktivitet eller som biaktivitet.

Haveaffaldet vil efter sortering og neddeling kun være på pladsen nogle få dage og maksimalt 14 dage inden det køres væk, så komposteringen vil ikke blive påbegyndt.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Solum Roskilde A/S har navnlig gjort gældende, at HCS A/S Transport & Spedition ikke på noget tidspunkt var i besiddelse af en miljøgodkendelse som krævet i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3, og at det reviderede tilbud af 21. december 2011 derfor var ukonditionsmæssigt. I/S Amagerforbrænding har på den baggrund har tilsidesat de EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling ved at have tildelt kontrakten til HCS A/S Transport & Spedition. Klageren har nærmere anført, at det fremgik af HCS A/S Transport & Speditions miljøgodkendelse fra 1998, at have- og parkaffald maksimalt måtte have en opholdstid på 14 dage, og at dette skyldtes, at Glostrup kommune ønskede, at affaldet blev fjernet, inden kompostering påbegyndtes. Den løsning med korttidskompostering, som virksomheden tilbød, hvor oplagringstiden kan vare op til 2 måneder, var derfor i strid med ordlyden af vilkåret i miljøgodkendelsen, hvorefter haveaffaldet maksimalt måtte opbevares i 14 dage. Det reviderede tilbud af 21. december 2011 var derfor ikke konditionsmæssigt. Det var endvidere først ved miljøgodkendelsen af 5. januar 2012, at virksomheden fik tilladelse til at »hygiejniser/korttids-kompostere haveaffald«. I/S Amagerforbrænding var opmærksom på dette, hvilket fremgår af, at I/S Amagerforbrænding ønskede en tilføjelse til erklæringsudkastet om, at virksomheden kunne udføre opgaven »lovligt«. Dertil kommer, at Glostrup Kommune ved brevet af 2. februar 2012 oplyste, at miljøgodkendelsen af 5. januar ikke omfatter nogen form for kompostering på genbrugspladsen, og tilbuddet var også derfor ikke konditionsmæssigt.

For det tilfælde, at klagenævnet skulle finde, at tilladelsen af 5. januar 2012 tillader kompostering af haveaffald, har klageren subsidiært gjort gældende, at denne miljøgodkendelse ikke kan tillægges betydning, da den først er udstedt og har fået retsvirkning 2 uger efter tilbudsfristens udløb. Tilbuddet skulle derfor have været afvist som ikke konditionsmæssigt. Der er tale om en væsentlig indholdsmæssig mangel – og ikke om manglende overholdelse af et formelt krav, der kan afhjælpes under henvisning til § 12 i bekendtgørelsen nr. 712 af 15. juni 2011. Miljøgodkendelsen af 5. januar 2012 var ikke blot en bekræftelse på, at HCS A/S Transport & Spedition hidtil havde haft tilladelse til at »korttidskompostere« have- og parkaffald. Det fremgik således klart, at kommunen gav tilladelse til, at virksomheden »fremover«

fik mulighed for at sortere, neddele og korttidskompostere have- og parkaffald. Ellers ville det også savne mening, at kommunen samtidig fastsatte to nye vilkår til den oprindelige tilladelse.

I/S Amagerforbrænding har i første række navnlig gjort gældende, at der ikke i udbudsbetingelserne var stillet krav om komposteringsmåden. Det var således uden betydning, at den løsning, som HCS A/S Transport & Spedition tilbød, ikke indeholdt traditionel kompostering omfattet af listebetegnelse punkt K 214. I anden række er det anført, at HCS A/S Transport & Speditions eksisterende miljøgodkendelser, der var vedlagt tilbudet, omfattede den tilbudte komposteringsform, og at brevet af 5. januar 2012 alene udgjorde en præcisering heraf. Der er således ikke tale om en ændring af den eksisterende miljøgodkendelse. Det fremgik således af Glostrup Kommunes brev af 5. januar 2012, at denne blandt andet angik *»... tilladelse til indenfor den eksisterende miljøgodkendelse til at neddele og hygiejniser / (korttids)kompostere haveaffaldet«*, og at de *»ansøgte aktiviteter skal ses som aktiviteter, der allerede ligger indenfor det, der er beskrevet i den eksisterende miljøgodkendelse«*. Det anførte støttes endvidere af Glostrup Kommunes erklæring af 8. marts 2012, hvori det blandt andet er anført, at tilladelse til *»håndtering af haveaffald blev meddelt i den oprindelige miljøgodkendelse af 1. april 1998«*. Indklagede var som ordregiver ikke beføjet til som led i den udbudsretlige vurdering af tilbuddets konditionsmæssighed at tilsidesætte den miljøgodkendende myndigheds vurdering, og indklagede måtte derfor nå frem til, at kravet om miljøgodkendelse var opfyldt. Indklagede ville også uden Glostrup Kommunes tilkendegivelser have været berettiget til at lægge HCS A/S Transport & Speditions oplysninger til grund, idet disse ikke var åbenbart urigtige. HCS A/S Transport & Spedition havde i henhold til miljøgodkendelsen af 28. november 2011 tilladelse til en maksimal oplagstid på 2 måneder af haveaffald, og det er således ikke rigtigt, at haveaffaldet ikke kunne opbevares i mere end 14 dage.

Ad påstand 2

Solum Roskilde A/S har gjort gældende, at det fremgår af e-mailkorrespondancen mellem I/S Amagerforbrænding og HCS A/S Transport & Spedition den 6. januar 2012, at I/S Amagerforbrænding under en telefonsamtale samme dag må have givet udtryk for, at det var en betingelse, at HCS A/S Transport & Spedition udstedte endnu en erklæring, hvor virksomheden indestod for at kunne løfte opgaven. Drøftelserne angik således et grundlæg-

gende element i tilbuddet, nemlig virksomhedens evne til at opfylde kontrakten. Det kan ikke lægges til grund, at erklæringen har været uden reelt indhold, eller at den ikke indgik i evalueringen, idet I/S Amagerforbrænding i mailen af 6. januar 2012 anførte, at erklæringsudkastet skulle indgå i tilbudsevalueringen, og idet det i I/S Amagerforbrændings brev til HCS A/S Transport & Spedition om tildelingsbeslutningen af 17. januar 2012 er bemærket, at HCS A/S Transport & Spedition indestår for, at de – såfremt kontrakten ikke kan opretholdes som følge af virksomhedens forhold – vil skadesløsholde I/S Amagerforbrænding for ethvert krav. En sådan forpligtelse fremgår ikke af udbudsmaterialet. Bestemmelsen i § 12 i bekendtgørelsen nr. 712 af 15. juni 2011 giver ikke hjemmel til sådanne forhandlinger efter tilbudsfristens udløb. I/S Amagerforbrænding har på den baggrund handlet i strid med de EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling og det deraf følgende forhandlingsforbud ved at indgå i forhandlinger med HCS A/S Transport & Spedition efter tilbudsfristen den 21. december 2011.

I/S Amagerforbrænding har gjort gældende, at Solum Roskilde A/S ikke har bevist, at indklagede har forhandlet i videre omfang end tilladt i et udbud efter forhandling og derved har tilsidesat de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Den førte korrespondance udgjorde ikke forhandlinger, da erklæringen hverken har ændret eller suppleret det reviderede tilbud. Dertil kommer, at erklæringen efter sit indhold alene gik ud på, hvad der også efter kontrakten ville gælde, hvorfor HCS A/S Transport & Spedition heller ikke har opnået nogen konkurrencemæssig fordel i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. De forhold, der har været inddraget og udslagsgivende, fremgår af indklagedes evalueringsskema. HCS A/S Transport & Spedition fik således på baggrund af udbudsmaterialets underkriterier flest point og blev uden inddragelse af erklæringen tildelt kontrakten. Det anførte i indklagedes tildelingsbrev af 17. januar 2012 om skadesløsholdelse var efter sin karakter hverken bindende indgået med HCS A/S Transport & Spedition eller egnet til med tilbagevirkende kraft at ændre på indholdet af erklæringen. Den anførte bemærkning kunne ikke føre til, at modtagelsen af erklæringen var i strid med forhandlingsforbuddet.

Ad påstand 3

Solum Roskilde A/S har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres, hvis klagenævnet tager påstandene 1-2 til følge.

I/S Amagerforbrænding har gjort gældende, at Solum Roskilde A/S ikke har bevist, at der skulle være grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 4

Solum Roskilde A/S har gjort gældende, at det fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3, at den i pkt. III.2.1 – III.2.3 krævede dokumentation også skulle afleveres for underleverandører, hvis tilbudsgiveren i sit tilbud benyttede sig af underleverandører for 50 % af leverancen eller mere. Den efterfølgende markkompostering sker ved udbringning på landbrugsjord hos en underleverandør. Der er således tale om, at en betydelig del af HCS A/S Transport & Spedition's ydelse varetages af en underleverandør. Da der ikke er fremsendt den krævede dokumentation vedrørende underleverandøren, er tilbuddet ikke konditionsmæssigt, og det skulle derfor have været afvist.

I/S Amagerforbrænding har gjort gældende, at Solum Roskilde A/S ikke har bevist, at HCS A/S Transport & Spedition ville anvende underleverandører til opfyldelse af mere end 50 %. I/S Amagerforbrænding har herved anført, at der ikke var præciseret, om de 50 % angik tid, økonomi eller anvendte ressourcer, og at der heller ikke var stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle dokumentere omfanget af et eventuelt samarbejde med underleverandører. HCS A/S Transport & Spedition havde endvidere oplyst i tilbuddet, at *»alle de i udbuddet stillede krav og betingelser er og vil blive overholdt«*, og I/S Amagerforbrænding havde ikke grundlag for at tilsidesætte disse oplysninger, der ikke var åbenbart urigtige.

Ad påstand 5

Solum Roskilde A/S har gjort gældende, at det fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1, at der kræves dokumentation for, at tilbudsgiver ikke er under konkurs, betalingsstandsning mv. eller har forfalden gæld til det offentlige, hvorom der ikke er truffet aftale om afvikling, og at der heller ikke foreligger andre af de i artikel, stk. 1, og 2, litra a, b, c, e og f nævnte situationer. Det var endvidere fastsat, at dokumentationen skulle foreligge 1. hverdag efter udløbet af stand still-perioden, og at dokumentationen,

herunder serviceattest »skal være dateret indenfor de seneste 6 måneder forud for udløb af stand still perioden«. Det har således fremstået som et »de facto mindstekrav«, at tilbuddet var vedlagt gyldig serviceattest, og at indklagede var afskåret fra at indgå kontrakt med en tilbudsgiver, der ikke var i besiddelse af den krævede dokumentation. Servicesattesten fra HCS A/S Transport & Spedition er dateret den 27. juli 2011. Da stand still-fristen udløb den 30. januar 2012, var kravet ikke opfyldt. Indklagede kan derfor ikke indgå kontrakt med HCS A/S Transport & Spedition.

I/S Amagerforbrænding har navnlig gjort gældende, at I/S Amagerforbrænding under overskriften »Formkrav til et revideret tilbud« alene havde krævet, at HCS A/S Transport & Spedition skulle udfylde den tro- og loveerklæring, der var integreret i tilbudsblanketten. Kun såfremt HCS A/S Transport & Spedition efterfølgende havde fået udstedt en ny serviceattest, skulle en sådan vedlægges det reviderede tilbud.

Ad påstand 6

Solum Roskilde A/S har gjort gældende, at det fremgår af det reviderede tilbud fra HCS A/S Transport & Spedition, at haveaffaldet, før der påbegyndes nogen form for kompostering, opdeles i to fraktioner, hvoraf den ene komposteres ved markkompostering, mens den anden fraktion, der består af biomasse, kan genanvendes. Efter udbudsbetingelsernes punkt 1.1 var det et krav, at den samlede fraktion skulle komposteres, og at der først efter kompostering kan foretages en frasortering af grene mv. Da tilbuddet således fraviger den foreskrevne fremgangsmåde, er det i strid med et mindstekrav og dermed ikke konditionsmæssigt.

I/S Amagerforbrænding har gjort gældende, at HCS A/S Transport & Spedition i virksomhedens oprindelige tilbud beskrev, at haveaffaldet bestod af to fraktioner, hvoraf den største var komposteringsegnede og ville blive afsat til markkompostering, hvorimod en mindre fraktion, som ikke var blevet omsat ved kompostprocessen, ville blive disponeret som biomasse, og at kravet om, at grene kun må frasorteres, i det omfang disse ikke er omsat ved komposteringen, således var opfyldt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

En udbyder har efter klagenævnets praksis som udgangspunkt ikke pligt til at sikre, at de virksomheder, der har afgivet tilbud, og som i øvrigt umiddelbart fremstår konditionsmæssige, tillige har de bagvedliggende offentlig-retlige autorisationer og godkendelser, som er nødvendige for at udføre den udbudte tjenesteydelse. Dette påhviler andre myndigheder, og udbyderen kan som udgangspunkt lægge til grund, at dette er tilfældet.

I/S Amagerforbrænding fastsatte imidlertid i udbudsbekendtgørelsen: *»Tilbuddet vedlægges kopi af virksomhedens miljøgodkendelse til udførelse af de relevante aktiviteter ... Tilbudsgiver skal i hele kontraktperioden være i besiddelse af gældende miljøgodkendelse til at foretage de relevante aktiviteter...«*. Et lignende krav blev i øvrigt fastsat i udbudsbetingelsernes pkt. 1.12.3 om *»Teknisk kapacitet«* og pkt. 1.12.3.1 om *»Dokumentation«*, idet det heraf fremgik, at tilbudsgiver som *»dokumentation for«*, at kravet i pkt. 1.12.3 er opfyldt, skulle *»vedlægge sit tilbud kopi af virksomhedens miljøgodkendelse til udførelse af de relevante aktiviteter«*. Det påhvilede herefter I/S Amagerforbrænding at vurdere, om de modtagne tilbud levede op til dette krav.

Det stillede krav angår tilbudsgiverens dokumentation af, at tilbudsgiveren havde de fornødne miljøtilladelser. I en situation, hvor der ikke er tvivl om de faktiske aktiviteter, som tilbuddet omfatter – her karakteren af den tilbudte behandling af haveaffaldet – kan det ved vurderingen af, om dokumentationskravet er opfyldt, ikke tillægges betydning, at tilbudsgiveren i det reviderede tilbud oplyste, at det var tilbudsgiverens opfattelse, at dokumentationskravet – og alle andre krav i udbudsbetingelserne – var opfyldt.

Den ydelse, som HCS A/S Transport & Spedition tilbød, indebar neddeling og hygiejnisering/korttidskompostering af haveaffaldet på genbrugspladsen i Glostrup. Som anført i I/S Amagerforbrændings brev af 23. december 2011 fremgik det ikke klart af HCS A/S Transport & Spedition miljøgodkendelser fra 1998, 2004 og 2011, at tilladelsen omfattede neddeling og kompostering af haveaffald – heller ikke hygiejnisering/korttidskompostering. Af 1998-tilladelsen fremgik det derimod udtrykkeligt blandt andet, at haveaffaldet ikke ville blive neddelt, og at det ville blive kørt bort, inden kompostering påbegyndtes. I henhold til ændringen af virksomhedens miljøgodkendelse af 28. november 2011 lægges det til grund, at modtaget ha-

veaffald kunne opbevares på genbrugspladsen i maksimalt 2 måneder. De nævnte tilladelser dokumenterede således ikke, at kravet om miljøgodkendelse til de relevante aktiviteter var opfyldt.

Ved Glostrup Kommunes afgørelse af 5. januar 2012 fik HCS A/S Transport & Spedition udtrykkelig miljøgodkendelse til at foretage den tilbudte løsning med neddeling og hygiejnisering/korttidskompostering af haveaffaldet. Denne afgørelse er imidlertid ansøgt om, udstedt og fremsendt til ordregiver efter udløbet af tilbudsfristen den 21. december 2011. I/S Amagerforbrænding har gjort gældende, at der på trods heraf lovligt kunne lægges vægt på afgørelsen, da det ved tilbudsevalueringen måtte lægges til grund, at der ikke var tale om en ny tilladelse, men derimod blot en bekræftende præcisering af, at virksomheden allerede i henhold til de tidligere meddelte miljøgodkendelser havde de fornødne tilladelser. Klagenævnet skal derfor i første række tage stilling til, om dette er korrekt.

Glostrup Kommunes afgørelse af 5. januar 2012 anfører ikke udtrykkeligt, at de hidtidige miljøgodkendelser omfattede den tilbudte behandling af affaldet. Brevet fremstår endvidere ikke som en fortolkning af de tidligere tilladelser, men derimod som en selvstændig miljøgodkendelse udstedt som et påbud i medfør af miljøbeskyttelseslovens § 41. Udtrykket i afgørelsens overskrift om *»tilladelse til indenfor den eksisterende miljøgodkendelse til at neddele og hygiejniser (korttids-) kompostere haveaffaldet«* indebærer endvidere ikke, at der for en retlig betragtning ikke var tale om en selvstændig tilladelse. Det anførte om, at de ansøgte aktiviteter, *»skal ses som aktiviteter, der allerede ligger indenfor det, der er beskrevet i den eksisterende miljøgodkendelse. Aktiviteterne kan sammenlignes med den sortering og neddeling af træaffaldet, der finder sted på pladsen«* taler på den anden side i et vist omfang for den af indklagede hævdede fortolkning. Når den anførte sætning imidlertid ses i sammenhæng med, at der kort forinden i afgørelsen er anført: *»den gældende miljøgodkendelse ... er meddelt tilladelse til at modtage haveaffald. I tilladelsen er behandlingen af haveaffaldet beskrevet som modtagelse og omlastning, dvs. uden specifikt at omtale neddeling eller anden behandling af haveaffaldet. Fremover ønsker virksomheden mulighed for i lighed med blandt andet træaffaldet at sortere og neddele haveaffaldet«*, at der udtrykkeligt foretages en *»revision af den eksisterende miljøgodkendelse«*, og dette skete ved, at der blev meddelt miljøgodkendelse på nærmere angivne vilkår, der specifikt knytter sig til aktiviteten neddeling af haveaffald, og at det i kommunens miljøtekniske vurdering er anført,

at »... *neddeling af haveaffaldet vil medføre øget støj...*«, havde indklagede ikke på baggrund af det anførte til brug for evalueringen af tilbuddet fra HCS A/S Transport & Spedition føje til at gå ud fra, at der alene var tale om bekræftelse på, at den tidligere udstedte miljøgodkendelse omfattede neddeling og hygiejnisering/korttidskompostering. Det bemærkes, at en tilsvarende sætning om, at det ansøgte skal ses som aktiviteter, der allerede ligger inden for det, der er beskrevet i den eksisterende miljøgodkendelse, tillige indgik i HCS A/S Transport & Speditions miljøgodkendelse af 28. november 2011 om ændring af blandt andet de tilladte åbningstider, som I/S Amagerforbrænding havde modtaget. De erklæringer, der er indhentet fra Glostrup Kommune efter klagesagens anlæg, kan endvidere ikke føre til et andet resultat.

Klagenævnet tager på den baggrund den subsidiære påstand til følge.

Ad påstand 2

Tilbudsfristen udløb den 21. december 2011. Der var ikke i det skitserede forløb oplyst tilbudsgiverne om forventede forhandlinger med de enkelte tilbudsgivere efter dette tidspunkt.

Efter den fremlagte korrespondance mellem I/S Amagerforbrænding og HCS A/S Transport & Spedition lægges det til grund, at I/S Amagerforbrænding den 5. januar 2012 telefonisk tilkendegav over for HCS A/S Transport & Spedition, at I/S Amagerforbrænding før *»man kan indgå en eventuel kontrakt med HCS, ønsker en yderligere bekræftelse på, at ordregiver ikke kommer og/eller kan komme i en situation, hvor man ikke kan komme af med den ca. 14.000 tons have-parkaffald (HPO) til HCS«* eller lignende. HCS A/S Transport & Spedition imødekom anmodningen ved afgivelse af en erklæring, der efter forelæggelse af et udkast for I/S Amagerforbrændings advokat den 6. januar 2012 og indarbejdelse af I/S Amagerforbrændings forslag til ændringer, endte med at få følgende ordlyd:

»HCS erklærer:

HCS skal således på den baggrund, og for at gøre ordregiver yderligere komfortabel med den af HCS anviste løsning, hermed erklære:

at ordregiver til en hver tid i kontraktens løbetid, inklusiv mulige forlængelser af kontrakten, kan afsætte den årlige tonnage til

HCS, samt at det er HCS' ansvar at modtage, behandle og afsætte tonnagen, lovligt og i overensstemmelse med udbuddet, inkl. bilag.«

Forløbet findes at have haft karakter af forhandling mellem de senere aftaleparter. Af I/S Amagerforbrændings advokats mail af 6. januar 2012 fremgik, at erklæringen ville indgå i evalueringen af tilbuddet. På den baggrund og under hensyn til det ovenfor anførte må det – uanset at I/S Amagerforbrænding under klagesagen bestrider at have lagt vægt på erklæringen, der ikke er nævnt i evalueringsrapporten – lægges til grund, at dette er sket.

Uanset at det efter erklæringens ordlyd og det i øvrigt foreliggende ikke kan fastslås, at erklæringen indeholder nye eller større forpligtelser for tilbudsgiveren i forhold til ordregiveren, har HCS A/S Transport & Spedition således gennem forhandlingen fået mulighed for at forbedre sit tilbud, inden tildelingsbeslutningen blev truffet. I/S Amagerforbrænding har på den baggrund tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet som anført i påstanden.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 3

Henset til klagenævnets resultat vedrørende påstand 1 og 2 tages annullationspåstanden til følge.

Ad påstand 4-6

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.

Under hensyn til det, der er anført vedrørende påstandene 1-3, har klagenævnet besluttet ikke at træffe afgørelse vedrørende påstand 4-6.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at have tillagt HCS A/S Transport & Spedition nye miljøgodkendelse af 5. januar 2012 betydning, selv om miljøgodkendelsen er ansøgt om, udstedt og fremsendt efter tilbudsfristens udløb.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at indgå i forhandlinger med HCS A/S Transport & Spedition efter tilbudsfristen den 21. december 2011.

Indklagedes beslutning af 17. januar 2012 om at indgå kontrakt med HCS A/S Transport & Spedition annulleres.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 4-6.

Indklagede, I/S Amagerforbrænding, skal i sagsomkostninger til klageren, Solum Roskilde A/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Ida Maria Westphall
kontorfuldmægtig