

K E N D E L S E

ReTec Miljø ApS
(advokat Stephan Ravn Berg, Vojens)

mod

I/S AffaldPlus
(advokat Niels Thestrup, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 116-206444, af 15. juni 2016, offentliggjort den 17. juni 2016, genudbød I/S AffaldPlus som offentligt udbud efter udbudsloven leverance af en maskine til behandling af kildesorteret bioaffald med henblik på genanvendelse af output fra maskinen.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde tre virksomheder, herunder ReTec Miljø ApS afgivet tilbud. Ved brev af 22. december 2016 meddelte I/S AffaldPlus ReTec Miljø ApS, at det var besluttet at indgå kontrakt med Gemidan Ecogi A/S.

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 044-081368 af 1. marts 2017, offentliggjort den 3. marts 2017, har I/S AffaldPlus oplyst, at kontrakt er indgået.

Den 5. april 2017 indgav ReTec Miljø ApS klage til Klagenævnet for Udbud over I/S AffaldPlus. Klagen har været behandlet skriftligt.

ReTec Miljø ApS har i klageskriftet nedlagt følgende påstande:

”1.1. Erstatning.

Der nedlægges påstand om, at AffaldPlus I/S pålægges at yde ReTec Miljø ApS erstatning for tab lidt som følge af AffaldPlus I/S' overtrædelse af klagenævnslovens § 1, stk. 2, jf. § 14.

1.2. Aktindsigt:

Der nedlægges påstand om, at AffaldPlus I/S pålægges at give ReTec Miljø ApS, som bydende part, fuld partsaktindsigt i internt materiale hos AffaldPlus I/S vedrørende tildeling af ordren til Gemidan Ecogi A/S, herunder Gemidan Ecogi A/S' tilbud, uden undtagelse af oplysninger om prisen og tekniske forhold, i medfør af såvel offentlighedslovens som forvaltningslovens regler herom.”

Ved brev af 5. april 2017 opfordrede klagenævnet ReTec Miljø ApS til at nedlægge påstande, der var egnede til at danne grundlag for klagens behandling.

ReTec Miljø ApS nedlagde herefter følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at AffaldPlus I/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Gemidan Ecogi A/S, idet AffaldPlus I/S allerede forinden udbuddet blev offentliggjort i TED den 17. juni 2016 havde besluttet, at Gemidan Ecogi A/S skulle tildeles kontrakten.

Påstand 2

Klagenævnet skal træffe afgørelse om, at AffaldPlus I/S skal tilpligtes at yde ReTec Miljø ApS erstatning for det tab, som ReTec Miljø ApS har lidt, som følge af AffaldPlus I/S' overtrædelse af klagenævnslovens § 1, stk. 2, jf. § 14.

Påstand 3

Klagenævnet skal træffe afgørelse om, at AffaldPlus I/S tilpligtes at give ReTec Miljø ApS som bydende part, fuld partsaktindsigt i internt materiale hos AffaldPlus I/S vedrørende tildeling af kontrakten til Gemidan Ecogi A/S, herunder Gemidan Ecogi A/S' tilbud uden undtagelse af oplysninger om prisen og tekniske forhold, i medfør af såvel offentlighedslovens som forvaltningslovens regler herom.”

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

Klagenævnet har udskilt behandlingen af påstand 3 og har i relation hertil ved afgørelse af den 7. november 2017 udtalt:

”Påstand 3 angår i første række, om der er grundlag for yderligere aktindsigt i medfør af forvaltningslovens regler. En forudsætning herfor er, at dokumenterne, der begæres aktindsigt i, indgår i klagesagen.

Tilbuddene fra de tre tilbudsgivere foreligger hos klagenævnet alene i form af sagens bilag 15, 16 og 17, som er fremlagt af ReTec Miljø ApS, og dermed alene i den ekstraherede form, som ReTec Miljø ApS allerede er i besiddelse af.

Det fremgår af lov om Klagenævnet for Udbud § 11, stk. 2, at klagenævnet kan kræve alle oplysninger, som skønnes nødvendige til vurderingen af, om de regler, der er nævnt i lovens § 1, stk. 2 og 3, er overholdt. Det fremgår videre af lovens § 10, at klagenævnet ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af klagesagens parter.

Tilbuddene har alene relevans for klagesagen i det omfang, de skal understøtte en eller flere af ReTec Miljø ApS’ påstande. Den eneste materielle påstand, der er nedlagt, angår, om I/S AffaldPlus forud for udbuddets offentliggørelse og/eller modtagelsen af alle tilbud havde besluttet, hvem der skulle have kontrakten tildelt.

Klagenævnet har på den baggrund ikke fundet anledning til at pålægge I/S AffaldPlus, til brug for udbudsklagesagen, at fremlægge de fulde tilbud i ikke ekstraheret form. Der er allerede derfor ikke grundlag for at tage den del af påstand 3, der angår aktindsigt i medfør af forvaltningslovens regler, til følge.

Påstand 3 angår i anden række, om der er grundlag for yderligere aktindsigt i medfør af offentlighedslovens regler.

Udgangspunktet efter offentlighedslovens § 7 er, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed mv. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Efter offentlighedslovens § 23, jf. § 26, omfatter retten til aktindsigt dog ikke bl.a. interne dokumenter, med mindre dokumenterne alene gengiver indholdet af den endelige beslutning vedrørende en sags afgørelse, dokumenterne alene indeholder en gengivelse af oplysninger, der har været pligt til at notere efter § 13, dokumenterne er selvstændige dokumenter, der er udarbejdet for at tilvejebringe bevismæssig eller anden tilsvarende klarhed med hensyn til en sags faktiske omstændigheder, dokumenterne indeholder generelle retningslinjer for behandlingen af bestemte sagstyper, eller dokumenterne indeholder en systematiseret gengivelse af praksis på bestemte sagsområder.

ReTec Miljø ApS har ikke anført hvilke interne dokumenter, der anmodes om aktindsigt i, herunder med hvilken begrundelse efter offentlighedslovens § 26, der skal gives indsigt i et dokument trods dokumentets interne karakter.

Der er derfor ikke grundlag for at tage den del af påstand 3, der angår aktindsigt i medfør af offentlighedslovens regler i interne dokumenter, til følge.

Hertil bemærkes særligt, at ReTec Miljø ApS' anbringender relaterer sig til tilbud fra andre tilbudsgivere samt evalueringsnotaterne, der har dannet grundlag for den endelige tildelingsbeslutning. Tilbuddene kan ikke anses for interne dokumenter og I/S AffaldPlus har ikke gjort gældende, at evalueringsnotaterne er interne dokumenter.

Sidste led af påstand 3 angår aktindsigt i øvrige tilbudsgiveres tilbud, for så vidt angår oplysninger om "prisen" og "tekniske forhold".

Efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, omfatter retten til aktindsigt ikke oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningerne angår, at anmodningen ikke imødekommes.

Ekstraheringerne i tilbuddene er foretaget efter anmodning fra de tilbudsgivere, der har afgivet tilbud. ReTec Miljø ApS har selv i forbindelse med sagen anmodet om, at dele af deres tilbud undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30.

En gennemgang af tilbuddene viser, at de afsnit, der ikke er meddelt indsigt i, angår "Tilbudsliste med priser", "Komponentlister", "projektstyring" o.l.

Efter klagenævnets faste praksis vil oplysninger om tilbudsgiveres delpriser og produktpriser under et udbud ofte kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2, idet en konkurrerende virksomheds kendskab til en tilbudsgivers prissætning ofte efter de foreliggende omstændigheder vil kunne indebære en nærliggende risiko for at skade tilbudsgiverens konkurrenceevne i forhold til fremtidige udbud eller andre aftaler. I overensstemmelse hermed finder klagenævnet efter de foreliggende oplysninger, herunder det oplyste om konkurrencesituationen på det pågældende marked, at betingelserne for at undtage prisoplysninger som udgangspunkt må anses for opfyldt i denne sag. Dog vil den samlede tilbudspris på henholdsvis projektomkostninger og 10 års driftsomkostninger ikke kunne undtages.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at ”leveret teknologi” vægter 50 % ved evalueringen af de modtagne tilbud og dermed har været et væsentligt konkurrenceparameter i udbuddet. Det fremgår videre af I/S Af-faldPlus’ ”Meddelelse om afslag vedrørende kontrakt om forbehandling af kildesorteret affald” af 22. december 2016, at tilbudsgivernes tekniske oplysninger har medvirket til, at Gemidan Ecogi A/S er tildelt kontrakten. På den baggrund og henset til oplysningerne om konkurrencesituationen på markedet for kildesorteret affald, finder klagenævnet, at oplysninger om tekniske forhold til tilbuddene kan undtages aktindsigt med henvisning til offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Uanset, at ekstraheringerne i de øvrige tilbudsgiveres tilbud fremstår omfattende, og der må antages at være mere generelle oplysninger, der er undtaget, finder klagenævnet herefter, som påstand 3 er formuleret, at der ikke er grundlag for at tage påstand 3 til følge.”

Parterne fik herefter lejlighed til at fremkomme med eventuelle afsluttende bemærkninger til sagen.

Klagenævnet har besluttet at udskyde behandlingen af påstand 2, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen af 15. juni 2016 fremgår bl.a.:

- ”Del II: Kontraktens genstand
- II.1) Beskrivelse
- II.1.1) Den ordregivende myndigheds betegnelse for kontrakten
Forbehandling af kildesorteret bioaffald.
- ...
- II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene
Leverance af maskine til behandling af kildesorteret bioaffald med henblik på genanvendelse af output fra maskinen
- ...
- II.2.2) Oplysninger om optioner
Optioner: Ja
Beskrivelse af disse optioner: Ordregiver ønsker optioner på:
 - 1) At leverandøren via en servicekontrakt udfører eftersyn, vedligehold og reparation af forbehandlingsanlægget.
 - 2) Levering og montering af turbiditetsmålere på udvalgte steder.

- 3) Levering, montering, idriftsættelse, test og 3 måneders afprøvning af udstyr til hygiejniserings.

...

Del IV: Procedure

...

IV.2.1): Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud...

...

IV.3): Administrative oplysninger

...

IV.3.2) Har der været tidligere offentliggørelse(r) om samme kontrakt?

Andre forudgående bekendtgørelser:

Bekendtgørelsens nummer i EUT: 2016/S 079-139968 af 7.6.2016

...

IV.3.4) Frist for modtagelse af bud eller ansøgninger om deltagelse

29.7.2016 – 15:00

...”

Fristen for afgivelse af tilbud blev senere forlænget til den 19. august 2016.

Af udbudsmaterialets ”Udbudsbetingelser” fremgår bl.a.:

”6.1 Tildelingskriterium og underkriterier

...

Bedste forhold mellem pris og kvalitet vurderes på baggrund af følgende underkriterier med anførte vægtning:

1. Økonomisk værdi 50 %
2. Leveret teknologi 50 %

Økonomisk værdi

...

Underkriteriet ”økonomisk værdi” beregnes som følgende:

1. Tilbudspris for den samlede løsning (projektkostninger) ...
2. Forventede årlige driftsomkostninger over 10 år...

Leveret teknologi og andre ydelser

... Vurderingen af ”Leveret teknologi og andre ydelser” vil ske på baggrund af en helhedsvurdering af teknologiens funktion og kvalitet m.v. herunder:

Anlæg...

Kapacitet og driftsstrategier ...

Drift ...

Forbehandlingseffektivitet/massestrøm

...”

Af udbudsmaterialets ”Arbejdsbeskrivelse” fremgår, at input til anlægget forventes på årsbasis at være 20.000 ton dagrenovation og 4.000 ton haveaffald.

Af udbudsmaterialets ”Spørgsmål-/svar dokument” fremgår, at leverancen forventes påbegyndt 21. oktober 2016 og afsluttet den 31. marts 2018.

Af I/S AffaldPlus’ ”Meddelelse om afslag vedrørende kontrakt om forbehandling af kildesorteret affald” af 22. december 2016 til ReTec Miljø ApS fremgår bl.a.:

” ...

AffaldPlus modtog tilbud fra 3 tilbudsgivere. Alle tilbud var konditionsmæssige.

...

Den nærmere evaluering af jeres tilbud fremgår af nedenstående tabel.

Parameter	Bedste tilbud – Gemidan			ReTec Miljø	
	Vægt	Del score	Vægtet score	Del score	Vægtet score
Økonomisk værdi	50%				
Priser fra tilbudsliste	25%	10,00	2,50	8,43	2,11
10 års driftsomkostninger	25%	10,00	2,50	6,83	1,71
Leveret teknologi	50%				
Anlæggets indretning/kvalitet	10%	6,00	0,60	5,33	0,53
Kapacitet/driftsstrategi	5%	9,00	0,45	8,50	0,43
Driftsforhold	10%	8,80	0,88	9,00	0,90
Forbehandlingseffektivitet	25%	9,43	2,36	7,43	1,86
Samlet score			9,29		7,53

...”

I/S AffaldPlus’ evaluering er foretaget med bistand fra COWI.

Af en udskrift fra Gemidan Ecogi A/S’ hjemmeside, som ReTec Miljø ApS har oplyst at have trukket den 7. marts 2017, men som angiveligt skulle være lagt op den 20. juni 2016, fremgår bl.a.:

”Nyhed 1

Gemidan Ecogi A/S har vundet et udbud til et sjællandsk affaldsselskab på et komplet forbehandlingsanlæg til Kildesorteret Organisk Dagrenovation (KOD).

Anlægget skal behandle ca. 25.000 ton KOD om året, og vil være i drift i foråret 2018

...
<http://ecogi.dk/da/2016/06/20/nyhed-1/>”

ReTec Miljø ApS har oplyst, at Gemidan Ecogi A/S på sin hjemmeside den 1. marts 2017 har oplyst følgende:

”Ordre på komplet forbehandlingsanlæg i Danmark

Gemidan Ecogi A/S har vundet et udbud til et sjællandsk affaldsselskab på et komplet forbehandlingsanlæg til Kildesorteret Organisk Dagrenovation (KOD).

Anlægget skal behandle ca. 25.000 ton KOD om året, og vil være i drift i foråret 2018

...
<http://ecogi.dk/da/2017/03/01/nyhed-1/>”

ReTec Miljø ApS har oplyst, at det af I/S AffaldPlus’ hjemmeside fremgår, at selskabet KomTec Miljø A/S i uge 6 og uge 22 2015 samt i januar 2016 har gennemført test af kildesorteret affald leveret fra I/S AffaldPlus.

Af et organisationsdiagram for ”Gemidan koncernen” ligeledes fremlagt af ReTec Miljø ApS fremgår, at selskabet Komtek Miljø A/S er et 100 % ejet datterselskab af ”Gemidan”.

I/S AffaldPlus har ikke bestridt ReTec Miljø ApS’ oplysninger om indholdet af Gemidan Ecogi A/S’ og I/S AffaldPlus’ hjemmeside eller organisationsdiagrammet for Gemidan koncernen.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

ReTec Miljø ApS har gjort gældende, at I/S AffaldPlus’ behandling og evaluering af de indkomne bud har haft til formål og følge at forskelsbehandle de økonomiske aktører. Forskelsbehandlingen er sket uden saglig grund,

idet I/S AffaldPlus havde truffet afgørelse om, at Gemidan Ecogi A/S skulle tildeles kontrakten allerede inden, øvrige aktørers tilbud var modtaget. Fordi I/S AffaldPlus allerede på forhånd havde truffet bestemmelse om, at Gemidan Ecogi A/S skulle tildeles kontrakten, blev evalueringen af de indkomne tilbud foretaget på en usaglig måde, som alene havde til formål at sikre, at Gemidan Ecogi A/S' tilbud ville opnå den højeste samlede vægtede score.

Det har i høj grad formodningen for sig, at det anlæg, der omtales på Gemidan Ecogi A/S' hjemmeside henholdsvis i juni 2016 og marts 2017, er det anlæg, som I/S AffaldPlus satte i udbud i marts 2016, og som der først i december 2016 træffes tildelingsbeslutning om. At teksten i de to omtaler er den samme underbygger, at Gemidan Ecogi A/S allerede på forhånd vidste, at man ville vinde, og blot ved en fejl kom til at afsløre dette på sin hjemmeside. Hvorvidt dette var aftalt med I/S AffaldPlus, eller om det overhovedet var I/S AffaldPlus bekendt, er underordnet i relation til om I/S AffaldPlus har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

På grundlag af oplysningerne på I/S AffaldPlus' hjemmeside står det desuden klart, at Gemidan Ecogi A/S og I/S AffaldPlus længe inden udbuddet blev offentliggjort havde indledt et tæt samarbejde omkring tests og udvikling af Gemidan Ecogi A/S' affaldssorteringsanlæg. Disse oplysninger understøtter formodningen om, at I/S AffaldPlus grundet det flerårigt forudgående samarbejde med Gemidan Ecogi A/S har sammensat udbudsvilkårene, så de tilgodeser Gemidans anlæg og, at der reelt forud for udbuddet allerede var truffet beslutning om, at Gemidan ikke kun var den foretrukne, men også allerede udvalgte leverandør af I/S AffaldPlus' nye affaldssorteringsanlæg.

ReTec Miljø A/S har videre gjort gældende, at en gennemgang af de fremlagte evalueringsskemaer og de kendte oplysninger fra Gemidan Ecogi A/S' tilbud viser, at det skøn, der er udøvet i forbindelse med evalueringen af tilbuddene kunne og burde være anderledes, hvilket støtter en formodning om, at skønnet har været usagligt.

I/S AffaldPlus har bestridt, at behandlingen og evalueringen af de tilbud, der blev modtaget, har haft til formål og følge, at forskelsbehandle de økonomiske aktører, og at I/S AffaldPlus i strid med ligebehandlingsprincippet

på forhånd og inden at have modtaget og evalueret de øvrige tilbudsgiveres bud skulle have truffet afgørelse om, at Gemidan Ecogi A/S skulle tildeles kontrakten. I/S AffaldPlus har videre bestridt, at evalueringen af de modtagne tilbud er foretaget på en usaglig måde med henblik på at sikre, at Gemidan Ecogi A/S' tilbud blev vægtet så gunstigt, at Gemidan Ecogi A/S ville opnå den højeste samlede vægtede score på de i alt 6 parametre angivet i udbudsmaterialet.

I/S AffaldPlus var ikke forud for klagesagen bekendt med, at Gemidan Ecogi A/S umiddelbart efter offentliggørelsen af nærværende udbud i 2016 angiveligt på sin hjemmeside har anført at have ”vundet et udbud til et sjællandsk affaldsselskab på et komplet forbehandlingsanlæg til Kildesorteret Organisk Dagrenovation”, og er ikke bekendt med baggrunden herfor, end-sige om det vedrører det anlæg, som I/S AffaldPlus har haft i udbud.

I/S AffaldPlus har videre gjort gældende, at ReTec Miljø ApS' bemærkninger omkring det konkrete skøn ikke har hverken påvist eller sandsynliggjort, at I/S AffaldPlus i forbindelse med evalueringen har overskredet grænserne for det skøn, der er tillagt en ordregiver ved evalueringen af de modtagne tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Påstand 1 angår efter sin formulering og de anbringender, der er fremført til støtte herfor, alene om I/S AffaldPlus forud for udbuddets offentliggørelse og/eller modtagelsen af alle tilbud havde besluttet, at Gemidan Ecogi A/S skulle tildeles kontrakten.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at der er tale om et genudbud, og at det tidligere udbud fandt sted primo juni 2016. Det fremgår ikke af sagen, hvordan det tidligere udbud blev afsluttet.

Der foreligger ikke nærmere oplysninger om præcis, hvornår og på hvilket grundlag, at Gemidan Ecogi A/S lagde en nyhed på deres hjemmeside om et udbud, de havde vundet, eller om det, der omtales på hjemmesiden i 2016, er det aktuelle udbud.

Der foreligger heller ikke nærmere oplysninger om, på hvilket grundlag Komtek Miljø A/S foretog tests af I/S AffaldPlus' affald i 2015 og 2016, herunder hvordan Gemidan Ecogi A/S er placeret i "Gemidan koncernen"

Efter fast rets- og klagenævnspraksis kan klagenævnet alene tilsidesætte det skøn, som en ordregivende myndighed har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt. Det forhold, at ReTec Miljø ApS ikke er enig i det foretagne skøn, giver ikke i sig selv anledning til at antage, at skønnet er åbenbart urigtigt eller har været båret af et ønske om, at Gemidan Ecogi A/S skulle vinde udbuddet.

Klagenævnet finder det herefter ikke bevist, at I/S AffaldPlus forud for udbuddets offentliggørelse og/eller modtagelsen af alle tilbud havde besluttet, at Gemidan Ecogi A/S skulle tildeles kontrakten.

Påstand 1 tages ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

ReTec Miljø ApS skal i sagsomkostninger til I/S AffaldPlus betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig