

K E N D E L S E

HCS A/S Transport & Spedition
(advokat Niels Thestrup, København)

mod

Bornholms Regionskommune
Bornholms Affaldsbehandling (BOFA)
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 015-034534 af 18. januar 2022 udbød BOFA som offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt om behandling af madaffald (KOD, Kildeindsamlet organisk Dagrenovation)

Udbudsmaterialet blev udsendt den 18. januar 2022, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 18. februar 2022 havde tre virksomheder afgivet tilbud, bl.a. HCS A/S Transport & Spedition (HCS) og Gemidan A/S (Gemidan). Den 1. april 2022 besluttede BOFA at indgå kontrakt med Gemidan.

Den 27. april 2022 indgav HCS klage til Klagenævnet for Udbud over BOFA. HCS fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Parterne har senere anmodet klagenævnet om at træffe en realitetsafgørelse i stedet for at tage stilling til begæringen om opsættende virkning. Klagenævnet har besluttet at tage anmodningen til følge. Klagen har været behandlet skriftligt.

HCS har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at BOFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Gemidan, uanset tilbuddet fra Gemidan ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindste- og egnethedskrav om at råde over behandlingskapacitet til minimum 3.000 ton madaffald (KOD) årligt ved starten af driftsperioden pr. 1. januar 2023.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere BOFAs beslutning af 1. april 2022 om at indgå kontrakt med Gemidan.”

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

Klagenævnet har den 29. april 2022 meddelt Gemidan, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Gemidan har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår blandt andet:

”II.1.4) Kort beskrivelse

...

Kontrakten vedrører behandling af madaffald (KOD), der indsamles via BOFAs indsamlingsordning for husstande og tilmeldte virksomheder på Bornholm, i perioden fra 1. januar 2023 til 31. marts 2032 med mulighed for BOFA til at forlænge kontrakten i op til to gange et år.

Der stilles ikke krav om en bestemt behandlingsteknologi, men behandlingen skal sikre en høj reel genanvendelse af det samlede madaffald (KOD) og foregå i overensstemmelse med alle relevante myndighedskrav og inden for rammerne af de anvendte behandlingsanlægs miljøgodkendelser.

Virksomheder, som ønsker at afgive tilbud, men hvis varige behandlingsløsning ikke kan være klar til driftsstart pr. 1. januar 2023, kan afgive tilbud ved at tilbyde en midlertidig behandlingsløsning for perioden fra driftsstart til idriftsættelsen af den varige behandlingsløsning. Denne periode må højst være 12 måneder.

II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 30 000 000.00 DKK

II.2.5. Tildelingskriterier

...

Kvalitetskriterium - Navn: Miljø/Vægtning: 30

Kvalitetskriterium - Navn: Arbejdsmiljø/Vægtning: 10

Pris – Vægtning: 60

III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet:

...

Tilbudsgiver skal udfylde ESPD med oplysning om referencer og behandlingskapacitet

...

Det er desuden et krav, at tilbudsgiver kan disponere over modtageanlæg med processer til behandling (inkl. eventuel nødvendig forbehandling) af minimum 3.000 tons Madaffald (KOD) årligt ved driftsstart pr. 1. januar 2023.

VI.3) Yderligere oplysninger

Forud for tildeling af kontrakten vil BOFA indhente dokumentation for oplysningerne i ESPD fra den tilbudsgiver, som BOFA har til hensigt at tildele kontrakten.

...

Som dokumentation for opfyldelse af egnethedskrav til teknisk og faglig formåen forventer BOFA at efterspørge:

...

Relevant dokumentation for tilbudsgivers råderet over anlægskapacitet til behandling, inkl. eventuel relevant forbehandling, af minimum 3.000 tons madaffald (KOD) årligt ved starten af driftsperioden pr. 1. januar 2023, fx i form af

- Uddrag af aftale eller underskrevet erklæring fra ejer af eksisterende behandlings- og eventuelt forbehandlingsanlæg, som tilbudsgiver har indgået aftale med om behandlingskapacitet
- Erklæring på tro og love eller tilsvarende fra tilbudsgiver om ledig behandlingskapacitet i tilbudsgivers eksisterende behandlings- og eventuelt nødvendigt forbehandlingsanlæg

- Erklæring på tro og love eller tilsvarende fra tilbudsgiver om behandlingskapacitet dedikeret til BOFA i fremtidigt behandlingsanlæg, inkl. eventuel nødvendig forbehandling, samt oplysninger/dokumentation til understøttelse af, at den fremtidige behandlingsløsning kan idriftsættes senest ved starten af driftsperioden.”

I udbudsmaterialet af 18. januar 2022 fremgår af afsnit 3.2.3, der vedrører Udvælgelseskriterier, vedrørende tilbudsgivernes udfyldelse af ESPD blandt andet:

”Teknisk og faglig formåen

I **Del IV.C** skal tilbudsgiver angive oplysninger om sin **tekniske og faglige formåen**.

BOFA stiller følgende krav til tilbudsgivers tekniske og faglige formåen:

...

Behandlingskapacitet

At tilbudsgiver kan disponere over modtageanlæg med processer til behandling (inkl. eventuel nødvendig forbehandling) af minimum 3.000 tons Madaffald (KOD) årligt ved driftsstart pr. 1. januar 2023.

...

Ad behandlingskapacitet

Tilbudsgiver skal oplyse om sin adgang til at disponere over kapacitet i modtageanlæg med processer til godkendt behandling (inkl. eventuel nødvendig forbehandling) ved at udfylde feltet ”Værktøj, materiel og teknisk udstyr” i ESPDs Del IV.C.

Tilbudsgiver skal her oplyse om den kapacitet, som tilbudsgiver pr. 1. januar 2023 råder over i forhold til behandling, inkl. eventuel nødvendig forbehandling, i ton Madaffald (KOD) pr. år. Er tilbudsgiver ikke i stand til at igangsætte den tilbudte varige behandlingsløsning på tidspunktet for driftsperiodens start pr. 1. januar 2023, skal tilbudsgiver oplyse om den kapacitet, som tilbudsgiver råder over i forhold til tilbudsgivers midlertidige behandlingsløsning.”

Af udbudsmaterialets afsnit 6.1.2, der angår den dokumentation, som den vindende tilbudsgiver ville blive bedt om at fremlægge, fremgår bl.a. følgende:

”Som dokumentation for opfyldelse af egnethedskrav til teknisk og faglig formåen forventer BOFA at efterspørge:

...

Relevant dokumentation for tilbudsgivers råderet over anlægskapacitet til behandling, inkl. eventuel relevant forbehandling, af minimum 3.000 tons madaffald (KOD) årligt ved starten af driftsperioden pr. 1. januar 2023, fx i form af

- Uddrag af aftale eller underskrevet erklæring fra ejer af eksisterende behandlings- og eventuelt forbehandlingsanlæg, som tilbudsgiver har indgået aftale med om behandlingskapacitet
- Erklæring på tro og love eller tilsvarende fra tilbudsgiver om ledig behandlingskapacitet i tilbudsgivers eksisterende behandlings- og eventuelt nødvendigt forbehandlingsanlæg
- Erklæring på tro og love eller tilsvarende fra tilbudsgiver om behandlingskapacitet dedikeret til BOFA i fremtidigt behandlingsanlæg, inkl. eventuel nødvendig forbehandling, samt oplysninger/dokumentation til understøttelse af, at den fremtidige behandlingsløsning kan idriftsættes senest ved starten af driftsperioden.”

Af udbudsbetingelsernes afsnit 4.4, der angår BOFAs mulighed for at lade tilbudsgiverne reparere på eventuelle mangler i tilbuddet, fremgår følgende:

”Mulighed for at lade tilbudsgiver supplere, præcisere eller fuldstændiggøre sit tilbud

BOFA forbeholder sig efter åbningen af tilbuddene muligheden for at lade tilbudsgiver supplere, præcisere eller fuldstændiggøre sit tilbud i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5.

Det understreges, at BOFA ikke ved formuleringen af udbudsbekendtgørelsen eller disse udbudsbetingelser har tilsigtet at afskære denne mulighed i forhold til specifikke dokumenter eller oplysninger, jf. udbudslovens § 159, stk. 6.”

Under udbuddet stillede HCS flere spørgsmål, hvoraf følgende to delspørgsmål vedrørte egnethedskravet vedrørende anlægskapaciteten:

”Udbudsbetingelser

...

(2) Side 11; Skal der afgives udfyldt ESPD for modtagende biogasanlæg?

(3) Side 11; Betragtes modtagende biogasanlæg som underentreprenør eller støttevirksomhed eller ingen af delene?"

BOFA svarede:

"(2) Der skal vedlægges udfyldt ESPD for et eventuelt behandlingsanlæg (eller forbehandlingsanlæg), som tilbudsgiver ikke selv ejer, hvis tilbudsgiveren baserer sit tilbud på det pågældende anlæg (og dermed ikke blot anser anlægget som et underleverandør). Se svaret på delspørgsmål (3) nedenfor.

(3) Tilbudsgiver kan selv vælge, om et behandlingsanlæg (eller forbehandlingsanlæg), som tilbudsgiver ikke selv ejer, skal betragtes som en støttevirksomhed eller en underleverandør. Betragter tilbudsgiver det pågældende anlæg som en støttevirksomhed, skal tilbudsgiver vedlægge udfyldt støtteerklæring og ESPD fra anlæggets ejer, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 4.2. Betragter tilbudsgiver anlægget som en underleverandør, er dette ikke et krav."

BOFA foretog en gennemgang og evaluering af tilbuddene i umiddelbar forlængelse af tilbudsfristen. Gennemgangen viste, at alle tilbuddene indeholdt en behandlingsløsning med bioforgasning.

Det fremgik dog af tilbuddet fra Gemidan, at dette var bygget op om en anderledes forretningsmodel, end hvad BOFA umiddelbart havde forventet. Det fremgik således, at Gemidan ville foretage forbehandling af madaffaldet på Gemidans anlæg i Egedal og afsætte den fremstillede biopulp til en i tilbuddet navngiven aktør på markedet.

Formentlig på grund af denne forretningsmodel havde Gemidan i tilbuddet redegjort udførligt for, hvordan forbehandlingen af madaffaldet ville foregå, men ikke beskrevet visse aspekter af den efterfølgende behandling af den fremstillede biopulp. Selvom BOFA tillagde dette negativ betydning ved evalueringen, fandt BOFA, at tilbuddet fra Gemidan var det økonomisk mest fordelagtige af de modtagne tilbud.

Af Gemidans ESPD fremgår følgende i Del IV.C under punktet "Værktøj, materiel og teknisk udstyr":

”Gemidan ejer og driver forbehandlingsanlæg, der inkluderer godkendelser, certifikater og det nødvendige tekniske udstyr i henhold til lovgivning for at behandle og afsætte biopulp. Gemidans kapacitet på anlægget i Egedal er 120.000 ton årligt og pr d.d. er kapaciteten udnyttet med ca. 50% - det vil sige at der er kontrakter på ca. 60.000 ton årligt. ”

BOFA henvendte sig den 21. februar 2022 til Gemidan vedrørende ”Oplysninger til supplerende af oplysninger i ESPD”:

”Hej ...

På vegne af BOFA vil jeg takke for jeres tilbud på opgaven med behandling af Madaffald (KOD).

Ved gennemgang af jeres ESPD kan vi konstatere, at I - i relation til Værktøj, materiel og teknisk udstyr - har oplyst, at I har en ledig behandlingskapacitet på jeres forbehandlingsanlæg på pt. 60.000 tons årligt, hvilket vi i relation til forbehandlingen af Madaffaldet (KOD) anser at opfylde det fastsatte egnethedskrav om adgang til at disponere over anlæg med kapacitet til behandling af minimum 3.000 tons Madaffald (KOD) årligt pr. 1. januar 2023. Af ESPD'et fremgår imidlertid ikke noget om kapacitet på det/de anlæg, der anvendes til den efterfølgende behandling af det forbehandlede Madaffald (KOD).

Vi skal derfor bede om, at I til supplement af oplysningerne i ESPD bekræfter, at I, jf. egnethedskravet, kan disponere over modtageanlæg med processer til behandling (inkl. eventuel nødvendig forbehandling) af minimum 3.000 tons Madaffald (KOD) årligt ved driftsstart pr. 1. januar 2023, også i relation til behandlingen af det forbehandlede Madaffald (KOD). Ud fra tilbuddet forstår vi, at det forbehandlede Madaffald (KOD) i henhold til aftale mellem parterne skal behandles på biogasanlæg tilhørende (navn udeladt).

Vi skal bede om at modtage den efterspurgte bekræftelse på, at den fornødne ledige behandlingskapacitet er til stede på biogasanlægget/-anlæggene snarest muligt og som udgangspunkt inden ugens udgang.

Vi skal bede om at modtage bekræftelsen ved en besvarelse af denne forespørgsel.

Du/I er velkommen til at kontakte mig, hvis ovenstående giver anledning til spørgsmål.

Med venlig hilsen

...”

Den 24. februar 2022 besvarede Gemidan henvendelsen således:

”Hej [...]

Så er jeg tilbage på kontoret efter et par dage i "marken". Jeg skal beklage, hvis vore beskrivelser har givet anledning til lidt uklarhed, men jeg er glad for muligheden for at præcisere de stillede spørgsmål:

1. På vores anlæg i Egedal har vi en årlig behandlingskapacitet på 120.000 ton, og pt har vi kontrakter på behandling i størrelsesordenen 60-65.000 ton. Dvs vi har en frikapacitet på ca. 60.000 ton årligt, hvor BOFA' s mængder uden problemer vil kunne behandles på anlægget, idet den udbudte mængde er ca. 3.000 ton årligt.
2. I forlængelse af vores forbehandling af madaffaldet og klargøring i henhold til de opstillede krav i lovgivningen, så sælger vi energien af madaffald (den oparbejdede biopulp) på biogasmarkedet til biogasanlæg der kan leve op til de krav for afgangning af biopulp i henhold til affald-til-jord bekendtgørelsen. På vores anlæg i Egedal har vi en rammekontrakt mht afsætningen af biopulp med ... om afhentning af biopulp til deres biogasanlæg... (oplysninger udeladt) ... har garanteret at kunne aftage alle de mængder der forbehandles på anlægget i Egedal... Dvs rammeaftalen er levering op til 180.000 ton biopulp årligt, hvilket er den mængde der kan produceres, såfremt Gemidan opnår fuld kapacitetsudnyttelse på anlægget i Egedal.

...

Alt i alt, mener vi, at den af Gemidan implementerede totalløsning vedr. behandling og ressourceudnyttelse af madaffaldet er fuldt dækkende for det behov BOFA har i hele kontraktperioden.

Skulle der være behov yderligere, er jeg naturligvis fuldt til rådighed.

Med venlig hilsen

...”

Gemidan havde vedlagt dele af sin dokumentation ved tilbudsafgivelsen. BOFA efterspurgte den 24. februar 2022, følgende yderligere dokumentation fra Gemidan:

”- Dokumentation for, at I råder over ledig behandlingskapacitet i jeres behandling anlæg i Egedal på mindst 3.000 tons årligt pr. 1. januar 2023

- eksempelvis i form af underskrevet erklæring om, at I reserverer en sådan behandlingskapacitet i anlægget til madaffaldet (KOD) fra BOFA

- Dokumentation for, at I råder over ledig behandlingskapacitet i modtagende biogas-anlæg for biopulp fremstillet af mindst 3.000 tons madaffald årligt pr. 1. januar 2023 eksempelvis i form af kopi af jeres kontrakt med ...”

Gemidan besvarede den 1. marts 2022 BOFAs anmodning således:

”Hej ...

Se vedlagte:

1. Ny service Attest attesteret 19 januar 2022
2. Garantierklæring på såvel behandlings- som afsætningsgaranti.

Skulle vedlagte ikke leve op til dokumentationskravene, ser jeg frem til at høre fra dig, således vi overfor BOFA kan give den nødvendige sikkerhed og tryghed for at behandlings- og afsætningskapaciteten kan opretholdes i hele kontraktperioden.

Mvh

...”

Som bilag til besvarelsen var i forhold til dokumentation for behandlingskapaciteten vedlagt en af Gemidan til BOFA stilet udateret erklæring, hvoraf blandt andet fremgår:

”Herved garanteres, at der på Gemidans behandlingsanlæg i Egedal reserveres behandlings- og afsætningskapacitet til behandling af det indsamlede madaffald hos BOFA i hele kontraktperioden -ca. 3.000 ton årligt.

Pr d.d. er der en årlig ledig kapacitet på anlægget i Egedal på ca. 60.000 ton.

I forlængelse heraf- og beskrevet i tidligere fremsendte beskrivelse af processen i tilbudsmaterialet - er afsætningen af det producerede madaffald (biopulp) en del af den samlede løsning og derfor gives garantien også på afsætningen af biopulpen.

...

I de kommende år udvides biogaskapaciteten, hvilket betyder der er større efterspørgsel på den producerede biopulp.

Med den planlagte udvidelse af biogaskapacitet, vil vi garantere at al den fremtidige biopulp, der produceres kan afsættes i et konkurrenceudsat marked...”

BOFA bekræftede samme dag over for Gemidan, at den fremlagte dokumentation var tilstrækkelig.

Herefter afventede BOFA, at Bornholms Regionskommunes kommunalbestyrelse behandlede BOFAs indstilling om tildeling af kontrakten om behandling af madaffald til Gemidan. Indstillingen blev behandlet og tiltrådt af kommunalbestyrelsen på et møde den 31. marts 2022.

BOFA underrettede den 1. april 2022 tilbudsgiverne om tildelingen til Gemidan. Ved underretningen modtog tilbudsgiverne et individuelt brev om tildelingsbeslutningen med angivelse af tidspunktet for udløb af standstill-perioden (ved udgangen af døgnet den 11. april 2022) samt BOFAs evalueringsrapport, hvoraf fremgik, at Gemidan havde opnået en samlet pointscore på 8,83 point. HCS havde opnået den næsthøjeste pointscore på 8,21 point.

Af evalueringsrapporten vedrørende Gemidans tilbud fremgik vedrørende underkriteriet ”miljø”:

Med den planlagte udvidelse af biogaskapacitet, vil vi garantere at al den fremtidige biopulp, der produceres kan afsættes i et konkurrenceudsat marked...”

Vedrørende underkriteriet ”arbejdsmiljø” fremgik:

”At tilbuddet ikke har opnået en højere bedømmelse skyldes, at arbejds miljøforhold vedrørende behandling af biopulp (dvs. hos biogasanlægget) ikke er nærmere beskrevet, hvilket har trukket betydeligt ned.

I evalueringsrapporten redegjorde BOFA for, at der var blevet indhentet supplerende oplysninger fra Gemidan i forhold til behandlingskapaciteten:

”3.1. Egnethed og udelukkelse

Alle tilbudsgivere (inkl. støttevirksomheder) har i ESPD oplyst, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde.

Der var ved udbuddet fastsat følgende egnethedskrav:

...

At tilbudsgiverne skulle kunne disponere over modtageanlæg til behandling (inkl. eventuel forbehandling) af minimum 3.000 ton Madaffald (KOD) ved driftstart pr. 1. januar 2023

De tre tilbudsgivere har i deres respektive ESPD'er angivet oplysninger, som understøtter, at de hver især opfylder egnethedskravene, dog med følgende modifikationer:

...

Af ESPD'et fra Gemidan A/S fremgår, at Gemidan A/S råder om den tilstrækkelige behandlingskapacitet på sit modtageanlæg, men der fremgår [ikke] udtrykkeligt, at den nødvendige behandlingskapacitet også er til stede på modtagende biogasanlæg

BOFA har på denne baggrund bedt Gemidan A/S om at supplere oplysningerne i ESPD med en bekræftelse af, at den krævede kapacitet til den videre behandling tillige er til stede på modtagende biogasanlæg. Dette har Gemidan A/S bekræftet.”

Som følge af behandling af en aktindsigtsanmodning blev standstill-perioden forlænget flere gange, senest til den 27. april 2022.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

HCS har gjort gældende, at BOFA i udbuddet har opstillet et egnethedskrav i medfør af udbudslovens § 155, hvorefter tilbudsgiveren skal dokumentere sin tekniske og faglige formåen ved at dokumentere at disponere over ”modtageanlæg med processer til behandling (inkl. eventuel nødvendig forbehandling) af minimum 3.000 tons madaffald (KOD) årligt med driftsstart pr. 1. januar 2023”. Gemidan har ikke dokumenteret, at virksomheden ”disponerer over et modtageanlæg ...”, herunder navnlig at anlægget er udstyret med en hygiejniseringsenhed.

Som dokumentation herfor kan ifølge udbudslovens § 155 nr. 10 kræves ”en erklæring om, hvilket værktøj, materiel og teknisk udstyr tilbudsgiveren disponerer over til opfyldelse af kontrakten.”

HCS har bestridt, at Gemidans forbehandling adskiller sig fra anden forbehandling, hvorfor der intet grundlag er for postulatet om, ”at behandlingen af madaffaldet afsluttes ved den forbehandling, som Gemidan selv foretager.” Behandlingen afsluttes ikke, idet biopulpen skal hygiejniseres, hvilket Gemidans anlæg ikke kan.

BOFA har i udbudsbetingelsernes afsnit 6.1.2 nærmere anført, hvilken relevant dokumentation BOFA forventede at efterspørge. Kendetegnende herfor er, at disse erklæringer er meget specifikke, herunder fx en underskrevet erklæring fra ejer af eksisterende behandlingsanlæg.

Dette understøttes yderligere af, at der i tilbudslisten er specifikke felter til udfyldning, hvori det konkrete behandlingsanlæg skal angives med såvel navn som adresse, hvilket Gemidan ikke har iagttaget.

HCS har gjort gældende, at Gemidans efterfølgende fremsendte og udaterede erklæring ikke opfylder det opstillede egnethedskrav, idet erklæringen alene baserer sig på en forventet generel udvidelse af biogaskapaciteten over de kommende år, som vil medføre øget efterspørgsel efter biopulp, hvorfor Gemidan ”garanterer”, at denne kan afsættes.

HCS har yderligere gjort gældende, at det forhold, at Gemidan måtte have oplyst at have ”aftale med en navngiven aktør med flere biogasanlæg”, som anført i evalueringsrapporten, ikke opfylder det opstillede egnethedskrav, idet en sådan aftale i så fald måtte skulle dokumenteres i form af ”uddrag af aftale eller underskrevet erklæring fra ejer af eksisterende behandlings- og eventuelt forbehandlingsanlæg, som tilbudsgiver har indgået aftale med om behandlingskapacitet”, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 6.1.2, og altså følgelig ikke ved Gemidans egen erklæring om den blotte positive forventning om at kunne afsætte biogassen.

HCS har endeligt gjort gældende, at Gemidan ikke har opfyldt det opstillede dokumentationskrav for teknisk og faglig formåen, hvorfor tilbuddet følgelig er ikke-konditionsmæssigt.

BOFAs rådgiver har i en mail af 8. april 2022 anført, at BOFA har tillagt det negativ betydning ved vurderingen af de kvalitative underkriterier ”miljø” og ”arbejds miljø”, at Gemidan ikke har tilbudt et fast behandlingssted for biogasningen.

Dette er en sammenblanding af egnetheds- og tildelingskriterier, og HCS gør gældende, at BOFA har været forpligtet til indledningsvis at vurdere, om Gemidan opfylder minimumskriterierne for egnethed, og at udelukke Gemidan fra at deltage i udbuddet, dersom dette ikke var tilfældet. Den manglende egnethed kan således ikke ”kompenseres” ved at tillægge denne negativ betydning ved vurderingen af de kvalitative underkriterier.

BOFA har overordnet gjort gældende at have fastsat og håndhævet kravet til tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen i relation til behandlingskapacitet i fuld overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

BOFA har inden for rammerne af udbudslovens § 155, principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt angivelserne i udbudsmaterialet en skøns mæssig kompetence til at vurdere, hvorvidt de fastsatte krav til tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen er opfyldt, og hvornår tilstrækkelig dokumentation herfor er fremlagt. BOFA har ikke handlet i strid med udbudslovens § 154 og har ikke foretaget et skøn uden for rammerne af udbudsmaterialet og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at vurdere, at Gemidan opfylder kravet til behandlingskapacitet eller ved at acceptere erklæringen fra Gemidan som den fornødne og tilstrækkelige dokumentation herfor.

Da udbuddet skulle gennemføres som et teknologineutralt udbud, fastsatte BOFA kravet om behandlingskapacitet for at skabe en høj grad af sikkerhed for, at der ville være en løsning klar til behandling af madaffaldet fra starten af driftsperioden pr. 1. januar 2023. For at kravet ikke skulle udgøre en unødigt barriere, fastsatte BOFA kravet til behandlingskapacitet som et lempeligt egnethedskrav ved alene at lade kravet gælde for starten af driftsperioden og endvidere at præcisere, at tilbudsgiver ved brugen af en midlertidig behandlingsløsning alene skulle godtgøre opfyldelsen af kapacitetskravet i forhold til den midlertidige behandlingsløsning.

På samme grundlag fastsatte BOFA desuden kravene til dokumentation for opfyldelse af kravet til behandlingskapacitet fleksibelt, da BOFA ikke med sikkerhed kunne vide, hvilke former for dokumentation der ville være mulige for tilbudsgiverne at fremlægge. BOFA fastsatte dermed blot det overordnede krav, at der skulle fremlægges relevant dokumentation og med eksempler på, hvad der kunne være relevant dokumentation:

”Som dokumentation for opfyldelse af egnethedskrav til teknisk og faglig formåen forventer BOFA at efterspørge:

...

Relevant dokumentation for tilbudsgivers råderet over anlægskapacitet til behandling, inkl. eventuel relevant forbehandling, af minimum 3.000 tons madaffald (KOD) årligt ved starten af driftsperioden pr. 1. januar 2023, fx i form af

...”

Som beskrevet var Gemidans tilbud anderledes end oprindeligt forventet af BOFA, idet Gemidans løsning principielt kan anses at indebære, at behandlingen af madaffaldet afsluttes ved den forbehandling, som Gemidan selv foretager. Det fremgår således, at Gemidans forbehandling resulterer i biopulp med en positiv salgsværdi, der kan afsættes på markedet, og Gemidans løsning afhænger således ikke af, at Gemidan selv har biogasanlæg eller skal gøre brug af underleverandører.

BOFA vurderede imidlertid, at det harmonerede bedst med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed at stille krav om, at Gemidan godtgjorde rådighed over behandlingskapacitet både i forhold til Gemidans egen forbehandling og behandlingen på biogasanlægget, da den tiltænkte anvendelse for den fremstillede biopulp under alle omstændigheder var bioforgasning.

Gemidan har godtgjort og dokumenteret, at egnethedskravet om behandlingskapacitet er opfyldt ved i) oplysningerne i Del IV.C i ESPD, de supplerende oplysninger, som blev meddelt BOFA forud for anmodningen om dokumentation, og iii) i erklæringen om behandlings- og afsætningskapacitet.

I forhold til kapaciteten på Gemidans eget forbehandlingsanlæg i Egedal har Gemidan således oplyst i ESPD, at der er en ledig kapacitet, der væsentligt overstiger det fastsatte kapacitetskrav, og Gemidan har i erklæringen om behandlings- og afsætningskapacitet reserveret behandlingskapacitet i anlægget

til madaffaldet fra BOFA. HCS har ikke bestridt, at behandlingskapaciteten er til stede på Gemidans eget forbehandlingsanlæg, og at tilstrækkelig dokumentation herfor foreligger.

I forhold til kapaciteten på det modtagende biogasanlæg har Gemidan tilsvarende i de supplerende oplysninger redegjort for eksistensen af en rammeaftale med en navngiven aktør, der omfatter samtlige mængder af biopulp, der kan fremstilles på Gemidans forbehandlingsanlæg og dermed også de mængder, der er reserveret til madaffaldet fra BOFA.

I erklæringen om behandlings- og afsætningskapacitet har Gemidan afgivet en indeståelse for, at madaffaldet fra BOFA efter forbehandlingen vil blive behandlet på biogasanlæg, og har dermed påtaget sig en hæftelse på objektive grundlag over for BOFA på, at behandlingskapaciteten er til stede ikke blot ved driftsperiodens start som krævet, men i hele kontraktperioden, dvs. i op til 11 år og 3 måneder. Dette giver i sig selv BOFA en meget høj grad af sikkerhed for behandlingskapaciteten, da det har formodningen imod sig, at Gemidan ville påtage sig en hæftelse, der i tidsmæssig henseende rækker så langt ud over egnethedskravet, hvis adgangen til behandlingskapaciteten var en risikofaktor for Gemidan på enten kort eller lang sigt.

Erklæringen er samtidig understøttet af oplysninger om afsætningsaftaler, ikke blot med den i tilbuddet navngivne aktør, men også af andre navngivne aftagere på markedet. Dette viser, at Gemidan har flere afsætningskanaler og dermed adgang til endnu større behandlingskapacitet. Understøttelse herfor findes desuden i erklæringens oplysninger om markedsforholdene og den fremadrettede udvikling heri, der indikerer, at det fremover i endnu højere grad end i dag vil være "sælgers marked" i forhold til biopulp, og at Gemidan således generelt har adgang til at få denne behandlet.

BOFA har ikke grundlag for at betvivle oplysningerne i Gemidans erklæring, og BOFA er i henhold til de udbudsretlige regler berettiget til at lægge oplysningerne til grund uden nærmere efterprøvelse. At HCS har en ikke understøttet overbevisning om, hvilke aftaler Gemidan har eller ikke har indgået, er ikke anledning til, at BOFA skulle se bort fra erklæringen eller skulle foretage en effektiv kontrol af erklæringens oplysninger, jf. udbudslovens § 159, stk. 3.

BOFA er berettiget til at anse Gemidans erklæring om behandlings- og afsætningskapacitet som den fornødne og tilstrækkelige dokumentation for behandlingskapaciteten, både i forhold til kapaciteten på Gemidans eget behandlingsanlæg og på modtagende biogasanlæg, uanset at erklæringen er en egenerklæring.

Udbudslovens § 155, nr. 10) stiller ikke krav om, at dokumentation i forhold til ”værktøj, materiel og teknisk udstyr”, som kravet om behandlingskapaciteten angår, skal fremlægges i form af et for tilbudsgiveren eksternt dokument og dermed ikke må være en egenerklæring. Tværtimod angiver bestemmelsen udtrykkeligt ”En erklæring om, hvilket værktøj, materiel og teknisk udstyr tjenesteyderen eller entreprenøren disponerer over til opfyldelse af kontrakten” som den relevante dokumentation, og bestemmelsens formulering taler i retning af, at tilbudsgiver er den naturlige part til at afgive en sådan erklæring.

BOFA har samtidig ikke stillet krav om, at dokumentationen skulle fremlægges i form af en bestemt dokumenttype, men har alene stillet krav om ”Relevant dokumentation” og angivet eksempler på dokumenter, der med sikkerhed ville falde inden for dette. Af formuleringen fremgår, at eksemplerne ikke er udtømmende, og BOFA har derfor ikke afskåret sig fra at acceptere anden dokumentation end den, der følger af eksemplerne, idet dokumentationen dog skulle udgøre ”Relevant dokumentation”.

Gemidans erklæring er juridisk forpligtende for Gemidan, idet den indeholder en indeståelse for opfyldelsen af kravene til behandlingskapaciteten og i øvrigt konkrete oplysninger, der understøtter denne opfyldelse. Erklæringen er også derfor ”Relevant dokumentation” og har dokumentationsmæssig værdi, uanset at den er afgivet af Gemidan selv og uden fremlæggelse af yderligere dokumentbevis. Egen-erklæringer var forud for udbudslovens ikrafttræden en helt sædvanlig måde for tilbudsgiverne til at godtgøre deres egnethed, om end det dog ofte skete ved deciderede tro og love-erklæringer. Udbudsloven har ikke afskaffet muligheden for egen-erklæringer i relation til tilbudsgivernes egnethed, jf. henvisningen til udbudslovens § 154 ovenfor, og at erklæringen fra Gemidan ikke er afgivet på tro og love eller ved lignende højtidelig måde, gør ikke den dokumentationsmæssige værdi afgørende mindre.

BOFA bestrider, at BOFA har foretaget en sammenblanding af egnetheds- og tildelingskriterier ved vurderingen af Gemidans opfyldelse af kravet til teknisk og faglig formåen vedrørende behandlingskapacitet og/eller Gemidans dokumentation herfor. BOFA har ved sine vurderinger alene forholdt sig til, om kravet til behandlingskapaciteten var opfyldt, og om den fremlagte dokumentation var tilstrækkelig.

At HCS henviser til oplysninger i tilbudslisten som argument for HCS' opfattelse om, at Gemidans dokumentation *ikke* skulle være tilstrækkelig, må omvendt netop ses som udtryk for, at en sammenblanding af egnethedsvurderingen og evalueringkriterierne. Oplysningerne i tilbudslisten vedrører *ikke* egnethedsbedømmelsen, men alene tilbudsevalueringen, og den kobling, som HCS lægger op til, er *ikke* understøttet i udbudsmaterialet.

Ad påstand 2

HCS har gjort gældende, at der som følge af det, som er gjort gældende til støtte for påstand 1, er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

BOFA har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det lægges til grund, at BOFA "teknologineutralt", dvs. uden krav om en bestemt behandlingsteknologi, udbød behandlingen af indsamlet madaffald på Bornholm. Behandlingen skulle sikre en høj grad af reel genanvendelse af affaldet. Som et krav til tilbudsgiverne fremgik blandt andet, at de pågældende skulle have et modtageanlæg med processer til forbehandling af minimum 3.000 tons madaffald årligt.

Det fremgår tillige af udbudsbetingelserne, at BOFA forud for tildeling af kontrakten ville indhente dokumentation for oplysningerne i ESPD. Vedrørende opfyldelse af egnethedskrav til teknisk og faglig formåen forventede BOFA at efterspørge "relevant dokumentation" uden at anføre nærmere krav hertil vedrørende tilbudsgiverens råderet over anlægskapacitet til behandling

inkl. eventuel forbehandling af den nævnte mængde madaffald. Dokumentationen ”kunne” ifølge udbudsbetingelserne bestå i ”fx” forskellige oplyste erklæringer vedrørende aftaler med ejere af forbehandlingsanlæg. Ligeledes kunne dokumentationen bestå i tro- og love erklæringer fra fx tilbudsgiver om behandlingskapacitet og eventuelt forbehandlingsanlæg.

Udbudsbetingelsernes afsnit 4.4 indeholder en mulighed for BOFA for at lade tilbudsgiverne reparere på eventuelle mangler i tilbuddet ved at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddene.

Af Gemidans tilbud fremgik, at virksomheden havde den fornødne kapacitet, og at den skulle foretage forbehandling af madaffaldet på eget anlæg og derefter sælge den fremstillede biopulp til en navngiven virksomhed. Da der ikke i Gemidans tilbud fremgik noget om kapaciteten på det/de anlæg, som anvendes til behandlingen af biopulpen, anmodede BOFA om en bekræftelse på, at køberen af biopulpen på sit anlæg havde den fornødne ledige behandlingskapacitet.

Gemidan besvarede henvendelsen og gentog, at biopulpen sælges til en navngiven køber på en rammeaftale, og at køberen havde garanteret at kunne aftage alle de mængder, der forbehandles på Gemidans anlæg. På BOFAs anmodning om yderligere dokumentation vedrørende ledig behandlingskapacitet, bekræftede Gemidan igen, at virksomheden og den virksomhed, der aftager biopulpen har den fornødne kapacitet til behandling og afsætning i kontraktperioden og vedlagde en erklæring udstedt af Gemidan til BOFA om, at virksomheden reserverede behandlings- og afsætningskapacitet af det indsamlede madaffald hos BOFA i hele kontraktperioden. Gemidan garanterede endvidere, at al den fremtidige biopulp, der produceres, kan afsættes i et konkurrencedygtigt marked.

BOFA fastsatte som beskrevet ikke nærmere specificeret, hvilke krav der blev stillet til dokumentation til behandlingskapacitet, men anførte, at BOFA forventede at kræve relevant dokumentation og gav eksempler på, hvad det kunne være. Samtidig havde BOFA i udbudsmaterialet forbeholdt sig ret til at lade tilbudsgiverne reparere på eventuelle mangler i tilbuddet ved at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre deres tilbud.

Dokumentationen og erklæringerne, som er indhentet af BOFA hos Gemidan, falder indenfor betingelserne i udbudsmaterialet, og da Gemidans tilbud

således opfyldte kravet vedrørende den årlige behandlingskapacitet, tages påstand 1 ikke til følge.

Ad påstand 2

Som følge af det, der er anført vedrørende påstand 1, tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

HCS A/S Transport & Spedition, skal i sagsomkostninger til Bornholms Regionskommune betale 12.500 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig