

K E N D E L S E

Meldgaard Miljø A/S  
(advokat Litha Skjolden, Kolding)

mod

Afatek A/S  
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 030-083882 af 6. februar 2023 og ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 030-084783 af 7. februar 2023 udbød Afatek A/S som offentlige udbud med anvendelse af hasteprocedure tjenesteydelsesopgaver om afsætning af 25.000 tons affaldsforbrændingsslagge (herafter kaldet slagge) til genanvendelse. Tildelingskriteriet var laveste pris.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelserne under pkt.VI.1), at der er tale om et tilbagevendende offentligt udbud.

Frist for afgivelse af tilbud var fastsat til den 22. februar, henholdsvis den 23. februar 2023.

Efter evaluering af indkomne tilbud konstaterede Afatek A/S (Afatek), at Meldgaard Miljø A/S (Meldgaard) i begge udbud havde afgivet tilbuddene med den laveste pris. Afatek anmodede derfor den 24. februar 2023 Meldgaard om at fremsende dokumentation for ESPD – oplysningerne ved fremsendelse af serviceattest og kopi af forsikringspolice. Afatek fastsatte i begge udbud frist for at indsende oplysningerne senest den 3. marts 2023. Samtidig

blev det angivet, at serviceattesten skulle være udstedt inden for de seneste 6 måneder.

Meldgaard indsendte i begge udbud de påkrævede oplysninger den 3. marts 2023 og modtog samme dag tildelingsskrivelser fra Afatek, hvoraf fremgik, at standstill-perioden løb til og med den 13. marts 2023.

Den 13. marts 2023 indgav Meldgaard klager til Klagenævnet for Udbud over Afatek. Klagenævnet har behandlet klagerne samlet.

Efter at klagenævnet den 28. marts 2023 havde modtaget Afateks svarskrifter, besluttede klagenævnet ikke at tage stilling til spørgsmålet om opsættende virkning, men i stedet afgøre sagerne. Den periode, hvor klagerne havde midlertidig opsættende virkning, blev forlænget fra den 12. april til den 25. april 2023, og parterne fik mulighed for at afgive afsluttende proceskrifter.

Klageskrifterne indeholder følgende enslydende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Afatek har handlet i strid med udbudsloven ved uberettiget at have anvendt hasteprocedure, jf. udbudslovens § 57, stk. 5.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Afatek har handlet i strid med proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have reduceret tilbudsfristen til 15 dage og ved ikke at have begrundet reduktionen af fristen til 15 dage.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Afatek har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, med udbudslovens 128, stk. 2, jf. udbudsdirektivets bilag V, del C, nr. 11, litra c, samt med udbudslovens § 140, stk. 2, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have beskrevet udelukkelseskriterierne samt egnethedskriterier[/]udvælgelseskriterier, herunder krav til dokumentation derfor.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Afatek har handlet i strid med proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have fastsat en urimelig kort frist for fremsendelse af dokumentation for oplysningerne i ESPD i form af en serviceattest.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere Afateks ulovligt gennemførte udbudsproces.

Afatek har nedlagt påstand om afvisning. Subsidiært har Afatek nedlagt påstand om, at klagerne ikke tages til følge. Afatek har erkendt overtrædelsen ad påstand 3.

Sagernes nærmere omstændigheder

Afatek er ejet af I/S Vestforbrænding, I/S AffaldPlus, I/S REFA, ARGO I/S og I/S Norfors med det formål, at Afatek kan modtage slagge fra ejerskabernes forbrændingsanlæg. Forbrændingsanlæggenes drift og deres produktion af energi er afhængig af en løbende frakørsel af den slagge, der produceres som et restprodukt fra forbrændingsprocessen, da der ikke findes særlig oplagringskapacitet for slagge på anlæggene bortset fra en bufferkapacitet for den daglige produktion, der afventer borttransport. Det er derfor et krav, at der til stadighed er lagerkapacitet på Afateks slaggepladser til modtagelse af slagge fra forbrændingsanlæggenes.

Afatek har ligeledes oplyst, at Afateks slaggepladser i perioden fra den 1. januar 2022 til marts 2023 i stigende grad blev belastet således:

Dato	Samlet mængde forarbejdet slagge på lager på Afateks oplagspladser
01-01-2022	49.000 ton
01-07-2022	130.000 ton
01-01-2023	191.000 ton
01-03-2023	201.000 ton

Genanvendelsen af slaggen skulle ske i overensstemmelse med miljøstyrelsens bekendtgørelse nr. 1672 af 15. december 2016 om anvendelse af restprodukter, jord og sorteret bygge- og anlægsaffald og i overensstemmelse med øvrig miljølovgivning. I de to konkrete udbud skulle slaggen afhentes på Afateks slaggeplads på Selinevej, København.

Den angivne mængde skulle være afsat senest 3, henholdsvis 2 måneder efter indgået aftale.

Afatek har om baggrunden for udbuddet oplyst bl.a.:

”Slagger fra affaldsforbrænding anvendes i anlægsarbejder (f.eks. vej-byggeri), hvor projektets karakter er forenelig med slaggens miljøpåvirkning. Ifølge bekendtgørelse 1672 af 15. december 2016 om anvendelse af restprodukter, jord og sorteret bygge- og anlægsaffald (”Restproduktbekendtgørelsen”), skal en række betingelser være opfyldt, for at slaggen kan anvendes; dette omfatter blandt andet en mindste afstand til drikkevandsinteresser, samt krav til overdækning af slaggen, så regnvand forhindres i at udvaske tungmetaller til omgivelserne.

Slaggen kan derfor ikke uden videre anvendes i et betydeligt antal anlægsprojekter.

Tværtimod skal Afatek i hvert enkelt tilfælde sikre sig, at anlægsprojektet har en beskaffenhed, der gør det muligt at opnå en miljøgodkendelse af den relevante miljømyndighed, dvs. kommunen, hvori projektet ønskes realiseret. Miljøgodkendelsen er ofte det sidste tema, som udestår forud for byggeriets igangsættelse. Dette bevirker typisk behov for, at levering af slagge til byggeriet skal afklares og igangsættes hurtigt.

Det har i de seneste 4 udbud været tilfældet, at miljøgodkendelsen er kommet sent, og der derfor har været behov for, at en given levering har kunnet afklares hurtigt.

I andre tilfælde er en hurtig afklaring af leveringsmulighed eller faktisk levering ikke essentiel.”

Af udbudsbekendtgørelsernes pkt. IV.1.1) Proceduretype fremgår:

”Offentligt udbud  
Hasteprocedure  
Begrundelse:  
Begrænset oplagsplads for slagge”

Af ”Udbudsbetingelser – Afsætning af 25.000 ton slagge til genanvendelse” fremgår enslydende for de to udbud i pkt. 2.3:

”Ydelsen omfatter i hovedtræk afsætning af slagge til genanvendelse, herunder:

- Salg og markedsføring

- Anmeldelse til miljømyndighed og miljøsagsbehandling herunder slutrapportering til miljømyndighed
- Aftaleindgåelse og levering inkl. transport fra slaggeplads til kunde
- Salgsrapportering”

Under Særlige udbudsbetingelser, pkt. 3.4, fremgår desuden:

”Alle nødvendige tiltag til afsætning af slagge til genanvendelse påhviler Afsætningsentreprenøren.

Ved afsætning af slaggen er det således Afsætningsentreprenørens ansvar at tage kontakt til potentielle aftagere af slagge og sørge for, at alle nødvendige tilladelser foreligger, jf. bl.a. Miljøbeskyttelsesloven og Restproduktbekendtgørelsen.”

Af pkt. 3.5 fremgår:

”...

Når slagge afsættes til et bygge- eller anlægsprojekt jf. Restproduktbekendtgørelsen, skal dette anmeldes til den kommune, hvortil slaggen skal leveres. Anmeldelsen skal fremsendes senest 4 uger før arbejdet – og dermed leveringen af slagge, begynder.

...

Afsætningsentreprenøren forestår selv arbejdet med eventuel assistance til bygherren for anmeldelse til miljømyndigheden af en konkret genanvendelse af et parti slagge – efter Restproduktbekendtgørelsens regler. Forud for konkret levering af slaggen skal Afsætningsentreprenøren afvente Miljømyndighedens positive svar på anmeldelsen.

...”

Af pkt. 3.10 fremgår endvidere:

”Afsætningsentreprenøren skal sikre, at alle nødvendige anmeldelser, tilladelser og godkendelser m.v. fra de relevante myndigheder foreligger i relation til genanvendelse af slagge.

Før der sker afhentning af slaggen, skal Afsætningsentreprenøren fremsende kopi af tilladelse fra de relevante myndigheder til AFATEK.”

Under pkt. 2.9 og 2.10 fremgår, hvordan tilbudsgiveren foreløbig skulle dokumentere ikke at være omfattet af udelukkelsesgrundene samt at opfylde de

stillede krav til egnethed, mens det ikke blev angivet, hvad endelig dokumentation skulle omfatte, eller hvor gammel dokumentationen måtte være.

Meldgaard stillede under udbudsprocesserne spørgsmål til Afateks brug af hasteprocedure, herunder hvad begrundelsen for at anvende denne undtagelsesbestemmelse var. Afatek besvarede spørgsmålet således:

”Den ordinære frist for tilbud på offentlige udbud er minimum 30 dage, idet fristen på 35 dage efter udbudslovens § 57, stk. 1, forkortes med 5 dage, jf. udbudslovens § 57, stk. 4. I henhold til udbudslovens § 57, stk. 5, kan ordregiver dog fastsætte en kortere frist (ned til 15 dage) end den, der følger af stk. 2, hvis et akut behov hos ordregiver gør det ikke er muligt at overholde den ordinære frist.

Af forarbejderne til udbudslovens § 57 fremgår om stk. 5, bl.a. at ”Ordregiveren skal vurdere, om der foreligger et akut behov, der gør det nødvendigt at forkorte fristen. I henhold til direktivets betragtning 46 og 80 bør ordregiver kunne forkorte fristerne, hvor den normale minimumsfrist for offentligt udbud ikke kan overholdes på grund af et akut behov, som ordregiverne behørigt skal begrunde. Et akut behov behøver ikke være afledt af tvingende grunde som følge af begivenheder, der ikke kunne forudses af eller tilskrives ordregiveren, jf. bemærkningerne til § 80, stk. 5.”.

Som det fremgår af udbudsbekendtgørelsens del IV.1.1 er der tale om et hasteudbud, der gennemføres efter hasteproceduren med begrundelsen ”Begrænset oplagsplads for slagge”.

Afatek har i forbindelse med udbuddets offentliggjort vurderet, at den begrænset oplagsplads nødvendiggjorde en hasteprocedure og at fristen skulle være på 15 dage. At der kan argumenteres for, at den begrænsede oplagsplads måske i et vist omfang kunne forudses eller tilskrives ordregiveren er uden betydning for adgangen til at anvende hasteproceduren, jf. forarbejderne til udbudsloven.

I spørgsmålet har spørgeren anført, at der henvises til kaj anlæg, der er blevet påsejlet, eller en motorvejsbro under farer for sammenstyrtning. Hvor disse eksempler stammer fra, kan Afatek ikke se af spørgsmålet. Afgørende er dog, at hasteproceduren ikke er begrænset til sådanne situationer, jf. ovenfor. Tilbudsfristen fastholdes.”

Meldgaard afgav i begge udbud tilbud med en pris på 3.975.000 kr. I det udbud, der var iværksat ved udbudsbekendtgørelsen af 6. februar 2023, modtog Afatek tillige tilbud fra Sejlstrup Entreprenørforretning A/S på 4.875.000

kr. I det udbud, der var iværksat ved udbudsbekendtgørelsen af 7. februar 2023, modtog Afatek tillige tilbud fra Jørgen Rasmussen Gruppen A/S på 5.125.000 kr.

Afatek havde ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 210-602648 af 26. oktober 2022 udbudt en lignende kontrakt om afsætning af 25.000 tons slagge som offentligt udbud med hasteprocedure. Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 040-117278 af 21. februar 2023 udbød Afatek igen en lignende kontrakt om afsætning af 25.000 tons slagge i offentligt udbud med hasteprocedure. Begrundelsen var i begge tilfælde som ved de her omhandlede udbud ”Begrænset oplagsplads for slagge”.

Afatek har om de seneste udbud oplyst:

Udbud	Udbudt mængde slagge	Udbudsprocedure	Vinder af udbud	Bydende
2022/S 127-361892 30-06-2022	50.000 ton	Almindelig	Meldgaard	Meldgaard, Sejlstrup Entreprenørforretning
2022/S 210-602648 26-10-2022	25.000 ton	Hasteprocedure	Sejlstrup Entreprenørforretning	Meldgaard, Sejlstrup Entreprenørforretning
2023/S 030-083882 06-02-2023	25.000 ton	Hasteprocedure	Meldgaard	Meldgaard, Sejlstrup Entreprenørforretning
2023/S 030-084783 07-02-2023	25.000 ton	Hasteprocedure	Meldgaard	Jørgen Rasmussen Gruppen, Meldgaard
2023/S 040-117278 21-02-2023	25.000 ton	Hasteprocedure	Meldgaard	Meldgaard, Sejlstrup Entreprenørforretning

### Parternes anbringender

#### Ad påstanden om afvisning

Afatek har gjort gældende, at Meldgaard ikke har retlig interesse i klagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1. Klagen skal derfor afvises.

Kontroldirektivets artikel 1, stk. 3, foreskriver, at medlemsstaterne skal sikre, at der er adgang til klageprocedurerne i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

Af udbudsdirektivets præambelbetragtning 122 fremgår tilsvarende:

”I henhold til direktiv 89/665/EØF skal der være adgang til visse klageprocedurer, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som

følge af en påstået overtrædelse af EU-retten på området offentlige udbud eller nationale regler til gennemførelse af denne lovgivning. ...”

Formuleringen om aktuel eller potentiel skadevirkning indgår som kumulativ betingelse til betingelsen om ”interesse i at opnå en bestemt kontrakt”. Dette følger også forudsætningsvist af EU-Domstolens dom [af 19. juni 2003] i sag C-249/01, [Hackermüller mod Bundesimmobiliengesellschaft mbH], præmis 18 og 19.

Afatek besluttede den 3. marts 2023 at tildele kontrakterne til Meldgaard, der derfor som begunstiget ikke kan indgive klage.

Meldgaards begrundelse for at indgive klage adresserer ikke, hvordan Meldgaard har lidt eller vil kunne lide skade som følge af de påståede overtrædelser.

Afateks beslutning om at tildele kontrakten til Meldgaard er ikke en afgørelse, men skal sidestilles med en begunstigende forvaltningsakt, hvorved Meldgaard indholdsmæssigt har opnået fuldt ud medhold.

Det følger af fast ombudsmands- og domstolspraksis, at en begunstiget part i sådanne situationer ikke har retlig interesse, jf. til eksempel Højesterets dom af 11. januar 2021, offentliggjort i U.2021.1583.

Afatek har dog bemærket, at Afatek som ”offentligt ejet selskab ikke er myndighedsudøver, herunder udøver faktisk forvaltningsvirksomhed i klassisk forstand”.

Meldgaard har gjort gældende, at bestemmelserne om klageadgang i kontroldirektivets artikel 1, stk. 3, og præambelbetragtningerne, dels kontroldirektivets betragtning 17, dels udbudsdirektivets betragtning 122, er udtryk for minimumskrav.

Tilsvarende fremgår af EU-Domstolens dom [af 19. juni 2003] i sag C-249/01, [Hackermüller mod Bundesimmobiliengesellschaft mbH m.fl.], præmis 18 og 19.

Der er ikke noget til hinder for, at medlemsstaterne vælger at udvide klageadgangen ud over den nedre grænse, der er fastsat i kontroldirektivet, jf. EU-



Domstolens kendelse i sag C-492/06, Consorzio Elisoccorso San Raffaele mod Elilombarda Srl m. fl., præmis 27.

Kontroldirektivet er implementeret i dansk ret ved klagenævnsløven. I klagenævnslovens § 6, stk. 1, gengives kravet fra kontroldirektivet om, at klageberettigede skal have lidt eller vil kunne lide tab, ikke. I stedet anvendes udtrykket ”enhver, der har retlig interesse” som angivelse af, hvem der er klageberettiget.

Klagenævnet har gentagne gange slået fast, at § 6, stk. 1, nr. 1, ikke skal fortolkes snævert, jf. for eksempel kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet.

Klagenævnet har i praksis fastslået, at kravet om retlig interesse kræver en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er overtrådt, jf. senest kendelse af 28. januar 2022, Steelco Nordic A/S mod Region Sjælland, kendelse af 12. januar 2021, Solid Energy A/S mod Ringkøbing-Skjern Forsyning A/S, og kendelse af 7. juni 2021, Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S.

Allerede fordi Meldgaard har deltaget i det omhandlede udbud, har Meldgaard en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til Afateks brug af hasteprocedure. Meldgaard er derfor utvivlsomt klageberettiget.

Dertil kommer, at Meldgaard har en konkret og direkte interesse i sagerne, da den uberettigede anvendelse af hasteproceduren og den manglende overholdelse af de grundlæggende principper i udbudslovens § 2 har vanskeliggjort tilbudsafgivelsen og vil vanskeliggøre det omhandlede arbejde. Meldgaard havde ikke ved tilbudsafgivelsen de optimale betingelser og omstændigheder i forhold til, hvad der efter udbudsreglerne burde have været tilfældet. Det faktum, at Meldgaard vandt udbuddet, gør ingen forskel i denne henseende.

Den korte og ubegrundede tilbudsfrist medførte unødige vanskeligheder, som kunne have været undgået, hvis udbudsreglerne var blevet overholdt. Arbejde af denne kaliber kræver blandt andet indhentelse af tilladelser, anmeldelser og afsøgning af markedet for at finde potentielle aftagere.

Ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 1 skal slaggen være afsat senest 2 (3) måneder, efter aftalen er indgået. Denne periode er ikke tilstrækkelig til at indhente nødvendige tilladelser, foretage anmeldelser og udføre selve arbejdet. Derfor skal forberedelser og en del af dette arbejde foretages forud for aftalens indgåelse, hvilket er meget vanskeligt, når udbuddet bliver gennemført som hasteprocedure.

Faktisk har den vindende tilbudsgiver i det udbud, der blev gennemført ved hasteprocedure i oktober/november 2022, Sejlstrup Entreprenørforretning A/S, ikke været i stand til at gennemføre aftalen som forudsat, hvilket med stor sandsynlighed er begrundet i den korte frist for udarbejdelse af tilbud samt gennemførelse af kontrakten inden for den fastsatte tidsramme.

Meldgaard har således en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er overtrådt, og er derfor klageberettiget.

Beslutningen om at tildele kontrakten til Meldgaard kan ikke – som anført af Afatek - sidestilles med en begunstigende forvaltningsakt.

Der er derfor ikke er grundlag for at afvise klagen.

#### Ad påstand 1 og 2

Meldgaard har gjort gældende, at Meldgaard har valgt at klage over udbudsprocesserne på trods af, at Meldgaard fik tildelt opgaven, fordi klagen over Afateks anvendelse af hasteprocedure er væsentlig, særligt efter nu 4 næsten ens udbud gennemført efter hasteprocedure inden for 4 måneder

En ordregiver skal ved gennemførelse af et offentligt udbud fastsætte en passende frist for afgivelse af tilbud, jf. udbudslovens § 57, stk. 1. Fristen skal som minimum være 35 dage, jf. § 57, stk. 2, men kan reduceres med 5 dage, såfremt tilbud – som i disse sager – kan indgives via elektroniske midler, jf. § 57, stk. 4, altså til 30 dage.

Ordregiveren kan undtagelsesvist gennemføre udbuddet efter en hasteprocedure, jf. udbudslovens § 57, stk. 5.

Ordregiveren kan kun anvende denne bestemmelse som en undtagelse til hovedreglen, og kun når der foreligger et akut behov, som gør det umuligt at

overholde den lovbestemte frist. Behovet skal være akut, altså skyldes hastende omstændigheder, og det kan ikke blot bero på dårlig planlægning fra ordregiverens side.

Ordregiveren skal begrunde brugen af hasteprocedure, og ordregiver har bevisbyrden for, at betingelserne er opfyldte. Den eneste begrundelse, Afatek gav, både i EU-udbudsbekendtgørelsen og i svaret på spørgsmålet under udbudsprocessen, var ”Begrænset oplagsplads for slagge”.

Som hovedregel skal der være tale om en situation, der ikke kan tilskrives ordregiveren.

At Afatek har begrænset oplagsplads til slaggen, er udelukkende en situation, som kan tilskrives Afatek. Eftersom Afatek selv står for produktionen af slagge, burde behovet for afsætning af slaggen ikke komme bag på Afatek og slet ikke gentagne gange. Desuden råder Afatek over tre andre oplagspladser ud over den på Selinevej. Afatek kunne derfor blot have fordelt slaggen på de øvrige pladser, såfremt pladsen på Selinevej var for begrænset.

I perioden fra oktober 2022 til februar 2023 har Afatek ikke udbudt andre opgaver med afsætning af slagge. Brugen af hasteprocedure er således ikke en undtagelse, men en standard for Afatek.

Meldgaard har ved at stille spørgsmål om brugen af hasteproceduren i udbudsprocessen forsøgt at gøre Afatek opmærksom på, at brugen deraf var uberettiget, hvilket Afatek blot afviste.

Hasteproceduren kan ikke blot anvendes konsekvent ved udbud af en erhvervelse, som sker ganske hyppigt, da der i så tilfælde ikke er tale om et akut behov, som umuliggør anvendelse af de sædvanlige minimumsfrister.

En sådan konsekvent brug af hasteprocedure vil begrænse konkurrenceudsættelsen af udbuddet, idet der må være en formodning for, at færre tilbudsgivere vil kunne deltage på grund af den korte tidsfrist.

Afatek har derved ikke løftet bevisbyrden for, at betingelserne for anvendelse af udbudslovens § 57, stk. 5, er opfyldt, og Afatek har således uberettiget anvendt hasteproceduren.

Desuden har Afatek ved blot at reducere den sædvanlige minimumsfrist på 30 dage til den lavest mulige efter hasteproceduren på 15 dage handlet uproportionalt og ved ikke at have begrundet reduktionen handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Når en ordregiver mener sig berettiget til at anvende hasteprocedure efter udbudslovens § 57, stk. 5, skal ordregiver ikke bare begrunde brugen af hasteproceduren, men også konkret vurdere, hvad fristen for afgivelse af tilbud skal være. Ordregiver kan således ikke blot forkorte fristen ned til 15 dage uden en konkret vurdering af, hvad der er nødvendigt i forhold til ordregiverens konkrete behov, men også under hensyntagen til aftalens kompleksitet og den tid, der er nødvendig for at udarbejde et tilbud.

Tilbudsfristen skal således være proportional, ikke bare med Afateks behov, men også potentielle tilbudsgiveres behov i forhold til aftalen, og hvad der er nødvendigt for at udarbejde og aflevere et tilbud. Reduktionen af tilbudsfristen må således ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt og passende.

I dette tilfælde forpligter en tilbudsgiver sig ved afgivelsen af tilbud til at skulle afsætte 25.000 tons slagge over en 2 (3) måneders periode under overholdelse af de miljømæssige krav, herunder til indhentelse af tilladelser og afvente tilbagemelding fra kommunen på anmeldelse om levering af slagge. Dette betyder, at en tilbudsgiver før afgivelse af tilbud skal have afsøgt markedet for potentielle aftagere til den slagge, som tilbudsgiver er forpligtet til at aftage, samt have forholdt sig til, hvorvidt det vil være muligt at indhente tilladelser rettidigt og anmelde til kommunen tidsnok til at modtage tilbagemelding og kunne nå at afhente og levere mængden af slagge.

Dette er overordentligt vanskeligt, når fristen for afgivelse af tilbud er reduceret til 15 dage, da denne frist jo allerede løber fra dagen efter Afateks afsendelse af udbudsbekendtgørelsen og dermed nogle dage, før udbudsbekendtgørelsen reelt bliver offentliggjort, og en tilbudsgiver bliver opmærksom derpå.

Anvendelse af hasteprocedure samt nedsættelse af tidsfristen til det absolutte minimum på 15 dage uden begrundelse – ikke bare en, men mange gange – risikerer at udelukke potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud på de udbudte opgaver, hvorfor konkurrencen om opgaven reduceres i strid med udbudsreglerne.

Afatek har gjort gældende, at der ikke er holdepunkter i Meldgaards anbringender til støtte for, at ”vanskeliggørelsen af tilbudsafgivelsen” har påvirket udformningen af Meldgaards tilbud i negativ retning. I så fald stod det Meldgaard frit for at afstå fra at afgive tilbud.

I efteråret 2022 og primo 2023 var belastningen af Afateks pladser så betydelig, at en fortsat stigning over få måneder ville medføre, at Afatek ikke kunne modtage slagge og dermed sikre driften i seks tilknyttede forbrændingsanlæg, hvilket ville kompromittere kritisk forsyningsinfrastruktur.

Det fremgår af den oversigt, som Afatek har udarbejdet, at kun to virksomheder afgav tilbud under udbuddene, herunder Meldgaard. Det skyldtes, at entreprenører sædvanligvis vægrer sig ved at afgive tilbud, før der er sikkerhed for, at projektet, hvori slaggen skal anvendes, kan miljøgodkendes. I nogle tilfælde indebærer kommunens godkendelsesproces også en høringsperiode, som yderligere forlænger den samlede godkendelsestid. Når miljøgodkendelsen endelig foreligger, er forberedelserne af byggeriet ofte så fremskreden, at levering af slagge er påkrævet med meget kort varsel.

Slagge fra affaldsforbrænding er et kontamineret materiale underlagt restproduktbekendtgørelsens bestemmelser og meget restriktive anvendelse.

Afatek kan således ikke blot stille slagge til rådighed for et stort antal projekter, men må i hvert enkelt tilfælde tilsikre, at projektet, hvori slaggen ønskes anvendt, kan opnå miljøgodkendelse.

Det betyder, at Afatek samarbejder med bygherrer, rådgivere, entreprenører samt kommunens miljømyndighed om at sikre det rigtige projektdesign og -beskrivelse, som kan anvendes af miljømyndigheden som led i miljøgodkendelsesprocessen. I enkelte tilfælde kræves udelukkende en anmeldelse efter restproduktbekendtgørelsen. Ofte vil godkendelsesprocessen imidlertid foregå i henhold til miljøbeskyttelseslovens § 19 eller § 33, hvor en konkret og mere omfattende risikovurdering er påkrævet.

Uanset Afateks målrettede bestræbelser på at sikre afsætning af slagge er det således en proces, som i betydeligt omfang afhænger af andre aktørers forhold, herunder eksterne beslutninger om miljø, risiko og økonomi, som er uden for Afateks kontrol. Dette betyder også, at leveringen af slagge ofte forsinkes, hvilket forøger belastningen af lagerkapaciteten.

Afatek har i løbet af 2022 måttet tage alle sine slaggepladser i brug. I begyndelsen af 2022 var foruden slaggepladsen i København også slaggepladsen i Næstved i brug. Senere på året fulgte slaggepladsen i Holme Olstrup og i oktober 2022 også pladsen i Vemmelev.

Denne kapacitetsbelastning er ekstraordinær og har været uforudsigelig for Afatek. Således var det ikke forudset af Afatek eller i øvrigt til at forudse, at de kraftigt stigende priser til transport og anlægsarbejder i 2022 samt vanskeligheder ved overhovedet at skaffe den fornødne transportkapacitet betød, at en del kunder valgte at udskyde de projekter, der oprindeligt var planlagt til udførelse i 2022, hvor der var tiltænkt brug af slagge.

Afatek råder over i alt fire slaggepladser, som alle er særligt indrettede og miljøgodkendte til oplag af slagger. Dette betyder, at det ikke er muligt blot at finde andre pladser, der må anvendes til oplag af slagger, og de fire pladser udgør derfor en alvorlig begrænsning for den samlede oplagskapacitet.

Afateks beslutning om at benytte hasteprocedure beror således på et tvungne behov for at imødegå overbelastning af Afateks lagerkapacitet. Det følger heraf også, at det ikke kan udelukkes, at Afatek nødsages til at anvende hasteprocedure i fremtidige udbud, indtil lagrene reduceres til et ikke-kritisk niveau.

Afatek har et skøn ved fastsættelsen af tilbudsfristen. Afatek har ved fastsættelsen af tilbudsfristen navnlig lagt vægt på, at udbuddet ikke er af nævneværdig kompleksitet, at udbudsbetingelser og kontrakt er konsolideret i et samlet dokument på 16 sider, at tildelingskriteriet er ”laveste pris”, og at Afatek har konkurrenceudsat lignende kontrakter med i hovedsagen enslydende udbudsbetingelser. Markedsaktørerne, herunder Meldgaard, har i vidt omfang deltaget i disse udbud og har derfor haft et betydeligt generelt markeds-kendskab og konkret indsigt i de ledsagende udbudsbetingelser.

Dertil kommer, at ingen anden potentiel eller aktuel tilbudsgiver har henvendt sig om dette eller de øvrige udbud, hverken under eller efter udbudsproceduren.

Ad påstand 3

Meldgaard har gjort gældende, at Afatek ved ikke at have angivet den påkrævede beskrivelse af udelukkelseskriterierne samt egnethedskriterier i EU-udbudsbekendtgørelsen har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt med udbudslovens § 128, stk. 2, og § 140, stk. 2.

Afatek har ikke i udbudsbekendtgørelsen angivet oplysninger om udelukkelseskriterier eller krav til økonomisk og finansiel formåen. Disse oplysninger er kun angivet i udbudsbetingelserne.

Afatek har heller ikke anført i udbudsbekendtgørelsen, hvordan tilbudsgiveren skal dokumentere, at minimumskravene til egnethed i forhold til den økonomiske og finansielle formåen er opfyldt, jf. udbudslovens § 142, stk. 1, jf. § 154, hvorfor Afatek har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt med udbudslovens § 128, stk. 2, og § 140, stk. 2.

Afatek fastsatte hverken i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne tidsmæssige krav til serviceattesten. Først i anmodningen om dokumentation for oplysninger i ESPD krævede Afatek, at serviceattesten skulle være udstedt inden for de seneste 6 måneder. Dermed handlede Afatek åbenlyst i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Afatek har erkendt overtrædelserne.

#### Ad påstand 4

Meldgaard har gjort gældende, at Afatek har fastsat en urimelig kort frist for fremsendelse af dokumentation for de afgivne oplysninger i ESPD i form af en serviceattest samt kopi af forsikringspolice ved at have krævet fremsendelse inden for 7 dage efter afsendelse af anmodning derom. Derved har Afatek handlet i strid med proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2.

Ordregiveren er forpligtet til at fastsætte en passende tidsfrist til at fremlægge dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD, jf. udbudslovens § 151, stk.1.

Af lovbemærkningerne til denne bestemmelse fremgår:

”Den ”passende tidsfrist” skal fastsættes konkret under hensyntagen til den konkrete dokumentation, fremsendelsesmetode osv.

Det må antages, at den frist f.eks. på 2 – 2½ uge normalt vil være tilstrækkelig.”

I dette tilfælde anmodede Afatek den 24. februar 2023 Meldgaard om fremsendelse af serviceattest samt kopi af forsikringspolice, og Afatek angav, at Meldgaard skulle indsende dette senest den 3. marts 2023, altså kun 7 dage senere.

Afatek handlede derfor ved fastsættelse af dette krav i strid med proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2, da tidsfristen er urimelig kort.

Afatek har gjort gældende, at den fastsatte frist for fremsendelse af dokumentation for egnethed er passende, jf. det, der er gjort gældende til støtte for, at den fastsatte frist for fremsendelse af dokumentation for egnethed ligeledes er passende.

Fristen for indhentelse af endelig dokumentation var navnlig fastsat under hensyntagen til, at der var tale om en hasteprocedure, hvorefter en 14-dages frist for indhentelse af endelig dokumentation (svarende til den forkortede 16-dages tilbudsfrist) ville fremstå udhulende og meningsløs set i forhold til kontraktens hastende karakter. Meldgaard anmodede ikke om udsættelse af fristen, men overholdt den. Hverken udbudsreglerne eller udbudsbetingelserne ville være til hinder for, at Afatek udsatte fristen på anmodning fra Meldgaard. Fristen var ikke oplyst på forhånd, hvorfor ingen aktuelle eller potentielle tilbudsgivere har kunnet indrette sig på en kortere frist for aflevering af endelig dokumentation ved deres vurdering af, om det var realistisk at afgive tilbud inden for den meddelte tidsramme.

Der er herefter intet grundlag for at tage påstanden til følge.

#### Ad påstand 5

Meldgaard har gjort gældende, at Afatek har handlet i strid med både proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt uberettiget har anvendt hasteprocedure og uden begrundelse fastsat tilbudsfristen til absolut minimum.

Derved har Afatek handlet i strid med udbudsreglerne, men har også med overvejende sandsynlighed reduceret konkurrenceudsættelsen om opgaven,



da brugen af hasteprocedure og den meget korte frist henset til de mange krav, som en potentiel tilbudsgiver skulle forpligte sig til, formentlig har afholdt potentielle tilbudsgivere fra at deltage i udbuddene.

Klagenævnet skal derfor annullere Afateks ulovligt gennemførte udbudsprocesser.

Afatek har gjort gældende, at der ikke er grundlag for annulation.

Meldgaard kan ikke undslå sig sine realforpligtelser under henvisning til, at udbuddet ikke ”fuldt overholder udbudsreglerne”.

Der vil således være omstændigheder, hvor klagenævnet konstaterer udbudsretlige overtrædelser, men hvor dette ikke påvirker tildelingsbeslutningen.

Såfremt overtrædelserne – uanset at den konstateres – ikke kan antages at have haft betydning for tilbudsgivernes udformning af tilbud eller for udbuddets forløb eller at have påvirket udfaldet af tilbudsbedømmelsen, vil der således ikke være grundlag for at bringe aftalen til ophør i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2.

Det er efter klagenævnets faste praksis desuden en forudsætning for annullation af en tildelingsbeslutning, at de påståede udbudsretlige overtrædelser kan antages at have haft betydning for tilbudsgivernes udformning af tilbud eller for udbuddets forløb, jf. bl.a. kendelse af 24. oktober 2013, DUBA B8 A/S mod Region Hovedstaden, og kendelse af 24. oktober 2011, Kinnarps A/S mod VUC Sønderjylland, eller at have påvirket udfaldet af tilbudsbedømmelsen, jf. bl.a. kendelse af 9. december 2013, Holm & Halby A/S mod Københavns Universitet, og kendelse af 31. oktober 2013, TOP-Rengøring ved Flemming D. Jensen mod Rebild Kommune.

Ingen af de påståede overtrædelser ville hver for sig eller tilsammen have haft betydning for tilbudsgivernes udformning af tilbud, for udbuddets forløb eller have påvirket udfaldet af tilbudsbedømmelsen.

Der er derfor intet grundlag for at annullere Afateks tildelingsbeslutning.

Sejlstrup Entreprenørforretning A/S' forhold er uden relevans for påkendelsen af, hvorvidt betingelserne for anvendelse af hasteprocedure var opfyldt.

I relation til påstand 3, hvor Afatek har erkendt overtrædelsen, har Afatek særligt gjort gældende, at det for samtlige potentielle tilbudsgiveres vedkommende ved gennemgangen af udbudsbekendtgørelsen har fremstået på en måde, som om udelukkelsesgrunde og egnethedskrav – som ellers angivet i udbudsbetingelserne – ikke fandt anvendelse, hvorfor de potentielle tilbudsgivere ikke kan antages at have afholdt sig fra at afgive tilbud på dette grundlag. For de aktuelle tilbudsgivere – herunder Meldgaard – har ingen af de fastsatte udelukkelsesgrunde eller egnethedskrav medførte afvisning.

### Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstanden om afvisning

EU-Domstolens dom af 19. juni 2003 i sag C-249/01, som begge parter henviser til, vedrører en anmodning om præjudiciel afgørelse fra en østrigsk instans og ikke en sag anlagt af Kommissionen mod Irland. Klagenævnet har ovenfor korrigeret henvisningerne.

Afateks kontrakttildeling den 3. marts 2023 er ikke udtryk for en begunstige forvaltningsakt. Afateks anbringender i den henseende, der ovenfor kun gengives i forkortet form, kan derfor ikke føre til, at Meldgaards klageadgang afskæres.

Det fremgår tydeligt af retsgrundlaget, herunder de nævnte afgørelser fra EU-Domstolen i sag C-249/01 og sag C-492/06, at medlemsstaternes mulighed for at give klageadgang ikke er begrænset af, at den klagende aktuelt eller potentielt har lidt et tab. Begrebet ”retlig interesse” i klagenævnslovens § 6, stk. 1, fortolkes i overensstemmelse hermed bredt.

Meldgaard har vundet de to næsten samtidige udbud og erklæret sig fuldt ud indstillet på at indgå aftaler i henhold til tilbuddene, og Afatek har således ikke bevist, at Meldgaard som hævdet af Afatek har indgivet klagerne for at frigøre sig fra sine tilbud.

Afatek har såvel før som umiddelbart efter de her omhandlede udbud iværksat tilsvarende udbud under anvendelse af hasteproceduren. Det fremgår da også af udbudsbekendtgørelserne under pkt.VI.1), at der er tale om ”tilbagevendende offentligt udbud”.

Samtidig har Meldgaard, der efter det oplyste må antages at være en af relativt få aktører på det relevante marked, under udbudsprocesserne stillet spørgsmål om begrundelsen for anvendelsen af hasteproceduren, som Afatek imidlertid har fastholdt. Meldgaard må herefter imødesee proceduren anvendt også fremover, hvilket Afatek udtrykkeligt har anført som en mulighed.

Klagenævnet finder, at Meldgaard på den baggrund har en konkret og direkte interesse i at søge afklaret, om anvendelse af hasteproceduren var i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Påstanden om afvisning tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 1 og 2

Af udbudslovens § 57, stk. 1 og 2, fremgår, at en ordregiver skal fastsætte en passende frist for modtagelse af tilbud, og at fristen som minimum skal være 35 dage fra dagen efter udbudsbekendtgørelsens afsendelse. Af § 57, stk. 4, fremgår, at denne frist i de foreliggende tilfælde med tilbud indgivet ”via elektroniske midler” kan forkortes med 5 dage.

Udbudslovens § 57, stk. 5, lyder:

”Gør et akut behov hos ordregiver det ikke muligt at overholde den frist, der er fastsat i stk. 2, kan ordregiveren fastsætte en frist, der ikke er mindre end 15 dage fra dagen efter udbudsbekendtgørelsens afsendelse.”

Af lovbemærkningerne til denne bestemmelse fremgår bl.a.:

”...Ordregiveren kan ikke, blot fordi det kan lægges til grund, at der foreligger et akut behov, der gør det nødvendigt at forkorte fristen, nødvendigvis forkorte fristen ned til 15 dage. Denne vurdering må afhænge af, hvad ordregiverens konkrete behov tilsiger. Da der er tale om en undtagelsesbestemmelse, er det ordregiveren, der har bevisbyrden for, at betingelserne for at anvende bestemmelsen er opfyldt.”

Afatek har i udbudsbekendtgørelserne i de udbud, hvor hasteproceduren har været anvendt, herunder de to her omhandlede udbud, som begrundelse for sit akutte behov for at anvende hasteprocedure hver gang anført: ”Begrænset oplagsplads for slagge.”

Denne begrundelse var muligvis ved det udbud med hasteprocedure, der blev iværksat den 26. oktober 2022, udtryk for et akut behov, som gjorde det umuligt at overholde lovens minimumsfrister, og afspejlede derfor muligvis en situation, hvor anvendelsen af hasteproceduren måtte accepteres. Dette betyder imidlertid ikke, at Afatek også herefter lovligt har kunnet iværksætte flere udbud med hasteprocedure med korte mellemrum med henvisning til, at der var begrænset oplagsplads for slagge.

Afatek har som angivet ovenfor anført, at ”det ikke kan udelukkes, at Afatek nødsages til at anvende hasteprocedure i fremtidige udbud, indtil lagrene reduceres til et ikke-kritisk niveau.” Efter klagenævnets opfattelse er dette udtryk for, at udbudslovens undtagelsesbestemmelse om hasteprocedure i § 57, stk. 5, ændres til en standardprocedure for Afatek.

Endelig bemærkes, at fristen ikke uden begrundelse kan forkortes fra 30 til netop 15 dage. Det er et krav, at der ligger præcise begrundelser bag, hvilken forkortelse af minimumsfristen Afatek anser for nødvendig.

Påstand 1 og 2 tages derfor til følge.

### Ad påstand 3

Efter det, der foreligger, og da Afatek har erkendt overtrædelsen, tages påstanden til følge.

### Ad påstand 4

Ordregiveren skal fastsætte en passende frist for dokumentation af de oplysninger, som den vindende tilbudsgiver har anført i den udfyldte ESPD, jf. udbudslovens § 151, stk. 1.

Ifølge lovbemærkningerne skal den ”passende tidsfrist” fastsættes konkret under hensyntagen til den konkrete dokumentation, fremsendelsesmetode osv.

I de konkrete tilfælde er fristerne fastsat til 7 dage, hvilket efter Afateks oplysninger hænger sammen med den anvendte hasteprocedure.

Det følger af det, der er anført ad påstand 1 og 2, at også påstand 4 tages til følge.

#### Ad påstand 5

Meldgaards påstande omhandler annullation af udbuddene, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Efter en samlet vurdering tager klagenævnet ikke annullationspåstandene til følge. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at Meldgaard, som sagerne foreligger oplyst, med klagerne har ønsket at få afklaret grænserne for Afateks gentagne brug af hasteprocedure, men samtidig har erklæret sig fuldt ud villig til at stå ved de tilbud, der er afgivet i de to udbud.

#### Herefter bestemmes:

##### Ad påstand 1

Afatek A/S har handlet i strid med udbudsloven ved uberettiget at have anvendt hasteprocedure, jf. udbudslovens § 57, stk. 5.

##### Ad påstand 2

Afatek A/S har handlet i strid med proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have reduceret tilbudsfristen til 15 dage og ved ikke at have begrundet reduktionen af fristen til 15 dage.

##### Ad påstand 3

Afatek A/S har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt udbudslovens 128, stk. 2, jf. udbudsdirektivets bilag V, del C, nr. 11, litra c, samt udbudslovens § 140, stk. 2, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have beskrevet udelukkelseskriterierne samt egnethedskriterier[ ] udvælgelseskriterier, herunder krav til dokumentation derfor.

##### Ad påstand 4

Afatek A/S har handlet i strid med proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have fastsat en urimelig kort frist for fremsendelse af dokumentation for oplysningerne i ESPD i form af en serviceattest.

Påstand 5 tages ikke til følge.

Afatek A/S skal i sagsomkostninger til Meldgaard Miljø A/S i hver af sagerne betale 25.000 kr., i alt 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyrerne tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien  
Kontorelev