

K E N D E L S E

MultiLine A/S
(advokat Thomas Thorup Larsen og advokat Mikkel Taanum, København)

mod

KomUdbud v/Esbjerg Kommune,
Kolding Kommune,
Holstebro Kommune,
Odense Kommune,
Fredericia Kommune,
Lemvig Kommune,
Ikast-Brande Kommune,
Silkeborg Kommune,
Randers Kommune,
Middelfart Kommune,
Svendborg Kommune,
Fanø Kommune,
Herning Kommune
og Aarhus Kommune
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 101-230379 af 28. maj 2018, offentliggjort den 30. maj 2018, udbød KomUdbud v/Esbjerg Kommune m.fl. (herefter KomUdbud) en 4-årig rammeaftale opdelt i to delaftaler vedrørende køb af rengøringsmidler og rengøringsrekvisitter (delaftale 1) og tekstilvaskemidler og maskinopvaskemidler til doseringsanlæg (delaftale 2).

Ved tilbudsfristens udløb havde KomUdbud modtaget 4 tilbud på delaftale 1, herunder fra MultiLine A/S (herefter MultiLine) og Stadsing A/S.

KomUdbud underrettede den 14. september 2018 tilbudsgiverne om, at kontrakten på delaftale 1 ville blive tildelt Stadsing A/S. Det blev samtidig oplyst, at MultiLines tilbud blev anset for ukonditionsmæssigt.

Den 27. september 2018 indgav MultiLine klage til Klagenævnet for Udbud over KomUdbud. MultiLine 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. Den 26. oktober 2018 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

MultiLine har nedlagt følgende påstande, der alene vedrører delaftale 1:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbud fra Stadsing A/S på rammeaftale om indkøb af rengøringsmidler, rengøringsrekvisitter samt tekstilvaskemidler og maskinopvaskemidler til doseringsanlæg som ukonditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere KomUdbuds tildelingsbeslutning på rammeaftale om indkøb af rengøringsmidler, rengøringsrekvisitter samt tekstilvaskemidler og maskinopvaskemidler til doseringsanlæg, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne står blandt andet følgende:

”3. Udbuddets omfang

...

Udbuddet er opdelt i følgende delaftaler:

...

- Delaftale 1 omfatter køb af rengøringsmidler og rengøringsrekvisitter til ordregiver jf. tabellen i pkt. 2.1. Den forventede omsætning pr. år ekskl. moms beløber sig til kr. 8.653.372.
- Delaftale 2 omfatter køb af tekstilvaskemidler og maskinopvaskemidler til doseringsanlæg til ordregiver jf. tabellen i pkt. 2.1. Den forventede omsætning pr. år ekskl. moms beløber sig til kr. 2.264.663.

Der kan afgives tilbud på én eller begge delaftaler. Det er ikke muligt kun at afgive tilbud på dele af den enkelte delaftale.

...

6. Udelukkelse og egnethed

...

6.1 Tilbudsgivers personlige forhold

Tilbudsgiver skal bekræfte, at tilbudsgiver ikke er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 135, stk. 1 til 3 og § 136.

...

Tilbudsgiver skal derudover bekræfte, at tilbudsgiver ikke er omfattet af følgende udelukkelsesgrunde, jf. Udbudslovens § 135 stk. 4 og 5 og § 137 stk. 1, nr. 1 - 6:

- At tilbudsgiveren har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljø-, social- eller arbejdsretlige område i henhold til EU-retten, national lovgivning, kollektive aftaler eller de miljø-, social- eller arbejdsretlige forpligtelser, der er afledt af konventionerne, der er nævnt i bilag X til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65), eller er omfattet af retsakter, der vedtages af Europa-Kommissionen i medfør af direktivets artikel 57, stk. 4, jf. artikel 88,
-

7.1. Rammeaftaler

De udbudte aftaler er rammeaftaler, som forudsættes indgået med én leverandør for hver delaftale.

...

9. Tildelingskriterium og underkriterier

9.2 Delaftale 1 Rengøringsmidler og rengøringsrekvisitter

Rammeaftale vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud i form af bedste forhold mellem pris og kvalitet. Der anvendes følgende underkriterier for delaftale 1:

Underkriterier	Vægtning
Pris <ul style="list-style-type: none"> • Samlet tilbudssum, jf. bilag 3A (Tilbudsliste på delaftale 1 Rengøringsmidler og rengøringsrekvisitter) 	40%
Kvalitet, herunder <ul style="list-style-type: none"> • Implementeringsplan • Vurdering og test af rengøringsrekvisitter 	20% 40%

...

11. Tilbuddets indhold

11.1 Tilbuddets indhold – gældende for både delaftale 1 og delaftale 2

Tilbuddet skal indeholde følgende:

- Udfyldt ESPD, herunder også for eventuelle andre konsortiedeltager eller andre enheder, som tilbudsgiver baserer sin økonomiske formåen på, jf. pkt. 6.4 og 6.5.
- Udfyldt tilbudsliste jf. bilag 3A – delaftale 1 og 3B – delaftale 2.

...

11.2 Rammerecepturer, vareprøver og brugervurdering

Til brug for afgivelse af tilbud skal tilbudsgiver følge nedenstående skema.

Præcisering af X, O og Y jf. tilbudsliste bilag 3A omhandlende rengøringsmidler og rekvisitter

Hvad betyder X = Rammerecepturer og sikkerhedsdatablade	Hvad betyder O = Test af vareprøver	Hvad betyder Y = Brugervurdering af vareprøver
Birgit Storm skal have rammereceptur og sikkerhedsdatablad tilsendt på adresse: ...	Birgit Storm udfører kontrol af rengøringsmidlerne og test af klude og moppegarner jf. Bilag 4. ... Der skal medsendes pro-	...

	duktdatablad på samtlige vareprøver.	
--	---	--

...

11.5 Forbehold

...

Ordregiver er forpligtet til at afvise tilbud, der indeholder forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet samt forbehold, hvis økonomiske værdi ikke på sikker og saglig vis kan prissættes.

...

Følgende dele af udbudsmaterialet anses eksempelvis for at være grundlæggende elementer: Kravspecifikationer jf. bilag 2A og 2B og rammeaftalerne jf. bilag 7 og 8.

12. Tilbudsevaluering

Efter tilbudsfristens udløb, evalueres de rettidigt modtagne tilbud på følgende punkter:

12.1 Tildelingskriterium og underkriterier

De to rammeaftaler, én for hver delaftale, vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud i form af bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Vurderingen af tilbuddene vil ske i overensstemmelse med tildelingskriteriet, jf. pkt. 9.

12.2 Pris – delaftale 1 og delaftale 2

...

Ordregiver vurderer udelukkende tilbuddene på baggrund af de oplysninger, der fremgår af det fremsendte tilbud inkl. bilag samt der hvor produkter skal vurderes og testes, jf. bilag 3A og 3B.

12.2 Forbehold og konditionsmæssighed

Det vurderes, om tilbuddene indeholder forbehold overfor udbudsmaterialet mv. jf. udbudsloven § 159, stk. 2. Hvis et tilbud indeholder forbehold, behandles tilbuddet i overensstemmelse med de retningslinjer, der fremgår af pkt. 11.4.

Det undersøges derudover, om tilbuddene indeholder de krævede oplysninger og den fornødne dokumentation, jf. pkt. 11.1. Såfremt dette ikke er tilfældet, vurderes det, om tilbuddet skal afvises som ukonditionsmæssigt. Tilbudsgivere, der har afgivet ukonditionsmæssige tilbud, kan ikke tildeles aftalen.”

Af udkast til rammeaftale fremgår blandt andet følgende:

”7. Kvalitet

7.1 Generelt

De af rammeaftalen omfattede produkter skal overholde alle gældende direktiver, love, bekendtgørelser og andre myndighedskrav på tidspunktet for indgåelse af rammeaftalen samt i aftalens løbetid således, at produkterne lovligt kan markedsføres, sælges og anvendes i Danmark.

Produkterne skal overholde kravspecifikationen og være i overensstemmelse med leverandørens tilbud i hele rammeaftalens løbetid.

Leverandøren skal på ordregivers anmodning give uddybende oplysninger og dokumentation for de af rammeaftalen omfattede produkter, herunder fremsende eventuelle produktdatablade. I det omfang, der foretages ændringer i produktdatablade, skal leverandøren straks og på eget initiativ fremsende disse til ordregiver.

...”

Af kravspecifikationen fremgår blandt andet følgende:

”...

2. Fælles krav for alle tilbudte produkter

...

Produkterne skal have en kvalitet, herunder holdbarhed, som man med føje kan forvente af det pågældende produkt. Produkterne skal endvidere overholde gældende lovgivning jf. rammeaftalens pkt. 7.1.

...

3. Rengøringsmidler

...

3.10 Desinfektionsmidler

3.10.1. Desinfektionsmidler – til overflader, bakterier (spore) og virus (ikke proteinkappe)

Ny biocidforordning

Produktet må kun indeholde aktivstoffer, som er godkendt eller under godkendelse som aktivstoffer for produkttype 2 i biocidforordningen. En opdateret liste over disse stoffer findes på det europæiske kemikalieagentur ECHAs hjemmeside. Produktet skal være godkendt til markedsføring i Danmark, når biocidforordningen foreskriver dette. (Se link til dokumentet pkt. 5)

Listen over uønskede stoffer og klorforbindelser:

Produktet er undtaget for det generelle krav om klorforbindelser, som er med på Miljøstyrelsens liste over uønskede stoffer, så længe det pågældende produkt ikke er godkendelsespligtigt efter biocidforordningen. Leverandøren er forpligtet til i Rameaftalens periode at arbejde på at finde et alternativ produkt uden klorforbindelser, som kan vurderes egnet af den Centrale enhed for Infektionshygiejne.

Klassificering af indholdsstoffer:

Indholdsstoffer må generelt ikke være klassificeret. Undtagelsesvis accepteres stoffer med følgende klassificering:

CLP-forordningen
Acute Tox. 4; H302; Acute Tox. 4; H312, EUH031, Skin Corr. 1B; H314, Eye Irrit. 2; H319; Skin Irrit. 2; H315; Eye Dam. 1; H318, STOT SE 3; H335, Aquatic Acute 1; H400; Aquatic Chronic 1; H410, Aquatic Chronic 2; H411, Aquatic Chronic 3; H412 og Aquatic Chronic 4; H413.

Klassificering af produktet:

Produkterne må generelt ikke være klassificeret. Undtagelsesvis accepteres produkter med følgende klassificering:

CLP-forordningen
Acute Tox. 4; H302, EUH031, Eye Irrit. 2; H319; Skin Irrit. 2; H315; STOT SE 3; H335, Aquatic Acute 1; H400; Aquatic Chronic 1; H410, Aquatic Chronic 2; H411, Aquatic Chronic 3; H412 og Aquatic Chronic 4; H413.

...

3.26 Algemiddel til springvand

Produktet er et specialprodukt, der kan anvendes til alge- og bakteriebekæmpelse i springvand. Undtagelsesvis må dette produkt indeholde natriumhypochlorit (CAS- nr. 7681-52-9).

Produkt og indholdsstoffer må undtagelsesvis være klassificerede med følgende klassificering:

CLP-forordningen
Skin Corr. 1 B H314, Eye Dam. 1; H318; Aquatic Chronic 3 and Aquatic

Acute 1 : H412 and H400

...

5. Liste over og links til dokumenter, der er henvist til

...

EU's gældende "negativliste" for aktive stoffer for produkttype 1, 2 og 4 i biociddirektivet http://mst.dk/virksomhed-myndighed/bekaempelsesmidler/biocider/aktivstofferaktuelt/godkendte-aktivstoffer-og-frister/

...

Af vejledningen til tilbudslisten fremgår blandt andet følgende:

"Oplysningerne anført i rammerecepturerne vil på rengøringsmidler have forrang for oplysninger jf. produkt- og sikkerhedsdatabladene. ..."

KomUdbud har oplyst, at en rammereceptur udgør den egentlige "opskrift" på et produkt, og at rammerecepturer således – i modsætning til sikkerhedsdatablade – indeholder oplysninger om alle de stoffer, der indgår i et produkt, og mængderne heraf.

Ved tilbudsfristens udløb havde KomUdbud modtaget 4 tilbud på delaftale 1, herunder fra MultiLine og Stadsing A/S.

Af en rapport af 19. august 2018 udarbejdet af den eksterne konsulent, kemiingeniør Birgit Storm, som KomUdbud havde antaget til at foretage test og kontrol af indsendte rammerecepturer, sikkerhedsdatablade og vareprøver, jf. udbudsbetingelserne pkt. 11.2, fremgår følgende konklusion vedrørende Stadsing A/S' tilbud:

"Konklusion

Ud fra de tilsendte rammerecepturer ses det, at de tilbudte produkter opfylder de stillede krav for så vidt angår indholdsstoffer. Ingen produkter, hvorpå der har været ønske om indsendelse af rammerecepturer, indeholder stoffer, der er uønskede. Kun produkter, hvor det er stillet som et krav, indeholder farvestoffer."

KomUdbud underrettede den 14. september 2018 tilbudsgiverne om, at Stadsing A/S havde afgivet tilbuddet med bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvorfor kontrakten på delaftale 1 ville blive tildelt Stadsing A/S.

Det fremgår endvidere af KomUdbuds brev af 14. september 2018, at MultiLines tilbud blev anset for ukonditionsmæssigt.

MultiLine anmodede herefter KomUdbud om aktindsigt i dele af Stadsing A/S' tilbud, hvilket kun delvist blev imødekommet. KomUdbud forlængede i den forbindelse standstill-perioden til og med den 27. september 2018.

Efter yderligere korrespondance mellem MultiLine og KomUdbud fremsatte MultiLines advokat den 27. september 2018 indsigelse mod KomUdbuds tildelingsbeslutning. I brevet gjorde MultiLine gældende, at 7 af de produkter, som Stadsing A/S havde tilbudt, ikke kunne anses for at opfylde kravene i kravsspecifikationen. MultiLine henviste i den forbindelse til, at der måtte være identitet mellem de produkter, som fremgik af sikkerhedsdatabladene på Stadsing A/S' hjemmeside, og de tilbudte produkter, da der blev benyttet samme produktnumre og identiske betegnelser. Endvidere blev det anført, at det af sikkerhedsdatabladene på hjemmesiden kunne udledes, at produkterne ikke overholdt kravene i kravsspecifikationen, idet de indeholdt stoffer, som ikke var omfattet af de tilladte klassificeringer mv. i kravspecifikationen.

KomUdbud besvarede den 27. september 2018 MultiLines indsigelser mod Stadsing A/S' tilbud. KomUdbud oplyste i den forbindelse, at MultiLines indsigelser havde været forelagt for KomUdbuds eksterne konsulent kemiingeniør Birgit Storm.

Af en mail af 25. september 2018 fra Birgit Storm til KomUdbud fremgår blandt andet følgende:

”De nye [indsigelserne fra MultiLine], du lige har sendt – dertil kan jeg kun sige, at alle recepturer og sds'er er tjekkede. En hel del af dem er ændrede i forhold til de eksisterende (dem, der kan findes på hjemmesiden). Dette er også lighed med, hvad det er hos andre leverandører.

Ved tjek af rammerecepturer op mod datablade kontrolleres mærkningerne. Og de svare[r overens] med dem i udbudsmaterialet. Det er gjort for alle produkter.

...”

Ved mail af 4. oktober 2018 bekræftede Stadsing A/S efter anmodning fra KomUdbud, at den indleverede dokumentation dækker de tilbudte produk-

ter, således at eventuelt uoverensstemmende oplysninger på Stadsing A/S' hjemmeside er tilbuddet og kontrakten med KomUdbud uvedkommende.

Den 16. oktober 2018 afgav Birgit Storm til brug for klagesagen en udtalelse, hvori hun nærmere redegjorde for den faglige gennemgang, hun havde foretaget i forbindelse med vurderingen af tilbuddene, og for sin vurdering af MultiLines indsigelser vedrørende de 7 produkter, der på dette tidspunkt var omstridte. I udtalelsen fastholdt Birgit Storm sin vurdering af, at de 7 tilbudte produkter med rette er anset for at leve op til kravene i kravspecifikationen.

Den 26. oktober 2018 afsagde klagenævnet som tidligere nævnt kendelse om, at klagen ikke blev tillagt opsættende virkning.

MultiLine har efter at have fået yderligere aktindsigt i dele af de sikkerhedsdatablade, som Stadsing A/S har fremsendt i forbindelse med tilbudsafgivelsen, begrænset sin klage til at angå 2 af de tidligere 7 påberåbte produkter, nemlig tilbudslistens position nr. 3 (desinfektionsmiddel Chlonitol) og nr. 331 (algemiddel til springvand).

KomUdbud har på ny forelagt MultiLines indsigelser for kemiingeniør Birgit Storm, der den 1. november 2018 har afgivet en udtalelse vedrørende det produkt, som Stadsing A/S har tilbudt på tilbudslistens position 331 (algemiddel til springvand). Af udtalelsen fremgår følgende:

”...

Produktet tilbudt af Stadsing i position 331 er Penitol desinfektionsmiddel.

Midlet indeholder som hovedingrediens stoffet benzalkoniumchlorid med følgende kemiske formel

...

Stoffet er et kationisk tensid af typen kvartenære ammoniumforbindelser.

Denne gruppe er desinfektionsmidler og midler til algefjernelse. Et sådant produkt vil være almindelig anvendt til for eksempel fjernelse af algevækst i baderum og lignende anvendelser. Et kendt produkt fra detailhandelen af denne type er Rodalon...

Produktet opfylder de beskrevne krav til position 331.

...”

Birgit Storm har endvidere den 12. november 2018 afgivet en udtalelse vedrørende det produkt, som Stadsing A/S har tilbudt på tilbudslistens position 3 (desinfektionsmiddel Chlonitol). Af udtalelsen fremgår følgende:

”Rengøringsmidlet, der ønskes tilbudt i position 3, skal være et middel, der skal anvendes til rengøring i køkkener og andre rum som f.eks. baderum.

I kravspecifikationens pkt. 3.10.1 er det anført, at der under dette punkt er en generel afvigelse fra klorindhold i produkter, da klorholdige produkter i dette udbud i de fleste tilfælde ikke er ønskede, men i pkt. 3.10.1 er det specifikt anført, at klorholdige produkter er tilladte her. Når et produkt skal være egnet til rengøring og samtidig være klorholdigt, vil det have et indhold af natriumhypoklorit. Natriumhypoklorit er klassificeret H290 på grund af høj pH-værdi. Høj pH-værdi kan forårsage korrosion på metaller og specielt på aluminium, som klassificeringen angiver. Selve produktet tilbudt i position 3 er ikke klassificeret H290, da midlet indeholder andre stoffer heriblandt tensider, der er nødvendige indholdsstoffer i rengøringsmidler. Dette sammen med fortynding af natriumhypoklorit med vand gør, at det tilbudte middel ikke skal klassificeres med H290, da pH-værdien ikke længere er så høj, at dette er nødvendigt.

Når der ønskes et klorholdigt produkt som i dette tilfælde, vil det altid indeholde natriumhypoklorit, som er klassificeret H290.”

KomUdbud har den 1. november 2018 endvidere anmodet Stadsing A/S om at bekræfte, at samtlige produkter, herunder specifikt produktet på position 331, overholder gældende lovgivning, jf. rammeaftalens pkt. 7.1, hvilket Stadsing A/S har bekræftet samme dag.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

MultiLine har gjort gældende, at KomUdbud har været uberettiget til at tildele rammeaftalen (delaftale 1) til Stadsing A/S, idet det tilbudte produkt desinfektionsmiddel Chlonitol (tilbudsposition nr. 3) indeholder natriumhypoklorit med klassificeringen Met.Corr. 1, H290. Den nævnte klassificering er ikke tilladt i henhold til det stillede krav i kravspecifikationen, jf. kravspecifikationens pkt. 3.10. Kravet knytter sig ikke kun til selve det tilbudte

produkt, men også til indholdsstofferne i det tilbudte produkt. Udtalelsen af 12. november 2018 fra kemiingeniør Birgit Storm synes at bygge på en misforståelse af kravene i udbudsmaterialet, idet det i udtalelsen antages, at kravet udelukkende knytter sig til selve produktet og ikke til indholdsstofferne i produktet.

Tilbuddet fra Stadsing A/S er derfor ukonditionsmæssigt.

For så vidt angår det af Stadsing A/S tilbudte algemiddel til springvand (tilbudsposition nr. 331), har MultiLine gjort gældende, at det følger af gældende miljølovgivning, nærmere bestemt kemikalieloven, at ingen lovligt kan markedsføre algebekæmpelsesmidler, hvis disse ikke er godkendt. Dette fremgår også af Miljøstyrelsens hjemmeside, hvor følgende blandt andet er anført: ”Husk, at det kun er lovligt at markedsføre midler til bekæmpelse af alger, hvis de er godkendt af Miljøstyrelsen”. Det produkt, som Stadsing A/S har tilbudt, er ikke på listen over godkendte algefjerningsprodukter, og produktet er derfor ulovligt at sælge og anvende til bekæmpelse af alger. Det tilbudte produkt kan således ikke være konditionsmæssigt, jf. kravspecifikationens pkt. 2.

Ordregiver har pligt til at kontrollere, om et tilbud lever op til de fastsatte mindstekrav, når ordregiveren bliver bekendt med, at et tilbud antagelig ikke lever op til dem. Ordregiver vil ikke lovligt kunne se bort fra en sådan oplysning, som angiver, at flere produkter ikke overholder mindstekrav, som er et grundlæggende element.

Princippet om undersøgelsespligten gælder også, når den udbudte kontrakt ikke er underskrevet, og når tildelingsbeslutningen således vil kunne genoptages, jf. udbudslovens § 170, stk. 1. Ifølge forarbejderne til § 170, stk. 1, kan ordregiver tilbagekalde sin tildelingsbeslutning, hvis ordregiver efter tildelingen bliver bekendt med, at den vindende tilbudsgiver ikke opfylder bindende krav, f.eks. grundlæggende elementer.

Kravene om ligebehandling, gennemsigtighed og den almindelige pligt til saglighed under hele udbudsprocessen tilsiger, at en ordregiver, som positivt ved eller gennem fremsendt dokumentation burde få en begrundet mistanke om, at et mindstekrav ikke er overholdt, ikke lovligt kan se bort fra dette forhold, jf. herved også klagenævnets kendelse af 27. maj 2015, Annelise Kùseler mod Morsø Kommune.

Det er ikke tilstrækkeligt at få en tilbudsgiver til at bekræfte, at et ulovligt produkt vil være lovligt ved kontraktstart, når produktet ikke kan lovliggøres og i øvrigt allerede har været markedsført, hvilket er en overtrædelse af miljølovgivningen.

Udtalelsen af 1. november 2018 fra kemiingeniør Birgit Storm forholder sig ikke til, om kvantnære ammoniumsforbindelser overhovedet lovligt kan anvendes til at fjerne alger, hvilket de ikke kan. Det følger således af § 14 i bekendtgørelse nr. 815 af 18. juni 2018 om bekæmpelsesmidler, at der kræves en godkendelse fra Miljøstyrelsen for at kunne importere, sælge eller anvende et biocidholdigt produkt til brug for bekæmpelse af algevækst. En sådan godkendelse er ikke fremlagt af Stadsing A/S, og Stadsing A/S vil ikke kunne opnå en sådan godkendelse.

MultiLine har på den baggrund gjort gældende, at KomUdbud handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Stadsing A/S som ukonditionsmæssigt.

Med hensyn til det af Stadsing A/S tilbudte algemiddel til springvand (tilbudsposition nr. 331) har MultiLine endvidere henvist til, at KomUdbud har valgt, at den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1, skal være gældende i udbuddet. En tilbudsgiver skal herefter udelukkes fra deltagelse i udbudsproceduren, hvis denne har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljø-, social- eller arbejdsretlige område i henhold til EU-retten, national lovgivning, kollektive aftaler eller de miljø-, social- eller arbejdsretlige forpligtelser.

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 152, at ordregiveren også efter tildelingen bliver nødt til at påse, at dette krav er overholdt, og ”reagere, såfremt ordregiveren er bekendt med, at udelukkelsesgrunde foreligger, eller minimumskravene til egnethed ikke er opfyldt. Denne pligt gælder, uanset hvornår ordregiveren bliver bekendt med forholdet.”

Stadsing A/S' markedsføring af et ikke godkendt og dermed ikke lovligt algebekæmpelsesmiddel er således ikke alene et problem i forhold til tilbuddets konditionsmæssighed, men derimod også i forhold til Stadsing A/S' egnethed efter de stillede udelukkelsesgrunde, idet denne markedsføring er i direkte strid med miljølovgivningen.

KomUdbud kan ikke (længere) være i god tro om Stadsing A/S' manglende overholdelse af miljølovgivningen, og KomUdbud er således nu også vidende om, at Stadsing A/S er omfattet af den valgte frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1. Stadsing A/S kan derfor ikke lovligt tildeles den udbudte aftale.

Det fremgår klart af rammeaftalens pkt. 7.1, at det i forhold til ulovlige produkter er tidspunktet for indgåelsen af kontrakten, som er det afgørende, og ikke et senere tidspunkt.

KomUdbuds indgåelse af aftalen vil ske på et tidspunkt, hvor Stadsing A/S' produkt ikke er godkendt, hvorfor kontrakten i det sekund, den underskrives, vil være misligholdt, idet der indgås aftale om et ulovligt produkt.

Dette forhold må ligge uden for den praksis, som KomUdbud har påberåbt sig, hvorefter alle problemer i et udbud ret beset kan omgøres til kontraktuelle problemer uden for klagenævnets rækkevidde, når der som her er tale om misligholdelse på selve indgåelsestidspunktet. Den lovovertrædelse, der er tale om, er sket i forbindelse med markedsføringen af produktet som et algebekæmpelsesmiddel over for KomUdbud, uagtet at produktet ikke må anvendes til dette. At Stadsing A/S' over for KomUdbud har bekræftet, at alle produkter overholder gældende lovgivning "ved underskrivelse af kontrakten", ændrer ikke herpå. KomUdbud kan ikke stille sig tilfreds med, at Stadsing A/S overholder gældende miljølovgivning, før end Stadsing A/S har dokumenteret, at produktet lovligt kan anvendes som algebekæmpelsesmiddel, og fra hvornår en sådan godkendelse foreligger.

KomUdbud har overordnet gjort gældende, at KomUdbud ikke har tilsidesat udbudslovens § 2 eller de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed i forbindelse med tildelingen af delaftale 1 til Stadsing A/S, da tilbuddet fra Stadsing A/S opfylder udbudsmaterialets krav.

Ved evalueringen har KomUdbud foretaget en gennemgang af konditionsmæssigheden i tilbuddet fra Stadsing A/S og haft kemiingeniør Birgit Storm til at gennemgå tilbuddet i forhold til det fagtekniske, herunder gennemgang af rammerecepturer og sikkerhedsdatablade. Birgit Storm konkluderede klart, at Stadsing A/S' tilbud var konditionsmæssigt. KomUdbud har derfor

ikke konstateret forhold, der skulle give anledning til yderligere undersøgelser.

KomUdbud har således forud for tildelingsbeslutningen opfyldt sine forpligtelser i forhold til gennemgang af de modtagne tilbud.

Der er ikke grundlag for at fravige det almindelige udgangspunkt, hvorefter der ikke har påhvilet KomUdbud en udvidet undersøgelsespligt i forhold til oplysningerne i tilbuddet fra Stadsing A/S. Dette understøttes både af tilbuddets ordlyd og af konklusionerne i rapporten udarbejdet af Birgit Storm. Der foreligger således ikke særlige omstændigheder eller konkrete tvivlssituationer, der kunne medføre en særlig pligt for KomUdbud til at undersøge indholdet af Stadsing A/S' tilbud yderligere, jf. også udbudslovens § 159, stk. 3.

KomUdbud har bestridt, at MultiLines fremsendte indsigelser skulle føre til, at der opstod sådanne særlige omstændigheder eller konkrete tvivlssituationer, at KomUdbud var forpligtet til at gennemføre en uddybende undersøgelse af tilbuddet. En sådan undersøgelsespligt opstår ikke, fordi en ikke vindende leverandør fremsender materiale, der er fundet på internettet eller en konkurrents hjemmeside, jf. herved klagenævnets kendelse af 28. marts 2007, Fujitsu Siemens Computers mod Finansministeriet og Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Endvidere har KomUdbud gjort gældende, at den foreliggende situation er væsentlig forskellig fra den, der lå bag klagenævnets kendelse af 27. maj 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune, ligesom situationen er forskellig fra den, der forelå i Højesterets dom om minerydningen på Skallingen, jf. UfR 2012.2952 H.

Endelig har KomUdbud gjort gældende, at det i øvrigt ved den efterfølgende, fornyede gennemgang af tilbuddet fra Stadsing A/S – efter MultiLines fremsendelse af indsigelser – igen blev konstateret, at tilbuddet var konditionsmæssigt.

Mere specifikt i forhold til MultiLines indsigelser vedrørende det produkt, som Stadsing A/S har tilbudt på tilbudsposition 3, har KomUdbud gjort gældende, at tilstedeværelsen af stoffet H290 ikke fører til ukonditionsmæssighed.

Produktet på tilbudsposition 3 er et rengøringsmiddel, der blandt andet skal anvendes til rengøring i køkkener, badeværelser og vådrum, og det fremgår blandt andet af denne grund af kravspecifikationens afsnit 3.10.1, at det konkrete produkt gerne må indeholde klor.

Et produkt, der skal være egnet til rengøring og samtidigt må være klorholdigt, vil indeholde natriumhypoklorit, der som indholdsstof er klassificeret H290 på grund af indholdsstoffets høje pH-værdi. Dermed vil rengøringsmidlet/produktet i sikkerhedsdatabladets angivelser af indholdsstoffer også have en angivelse af H290, hvilket KomUdbud eksplicit har accepteret. Det tilbudte produkt er derimod ikke i sin helhed klassificeret H290, jf. herved udtalelsen af 12. november 2018 fra kemiingeniør Birgit Storm.

Det produkt på tilbudsposition 3, som Stadsing A/S har tilbudt, opfylder derfor udbudsmaterialets krav og har således ikke skullet føre til afvisning af tilbuddet. Dette har kemiingeniør Birgit Storm konstateret forud for tildelingen og bekræftet igen den 12. november 2018. Endvidere har Stadsing A/S den 1. november 2018 på ny bekræftet, at alle tilbudte produkter overholder gældende lovgivning.

KomUdbud har endvidere bestridt, at Stadsing A/S skal udelukkes fra udbuddet som følge af det tilbudte algemiddel til springvand (tilbudsposition 331).

Stadsing A/S har tilbudt produktet "Penitol desinfektionsmiddel" og har som en del af tilbuddet vedlagt den krævede og fornødne dokumentation. KomUdbud har ved kemiingeniør Birgit Storm gennemgået det modtagne materiale og konstateret, at det tilbudte produkt opfylder udbudsmaterialets krav. Dette har Birgit Storm bekræftet igen ved sin udtalelse af 1. november 2018.

Allerede derfor er der ikke grundlag for at afvise tilbuddet fra Stadsing A/S som ukonditionsmæssigt eller i øvrigt at udelukke Stadsing A/S som tilbudsgiver fra udbuddet.

KomUdbud har ikke stillet krav om, at tilbudsgiverne for hvert enkelt (eller for enkelte) produkter skulle fremlægge dokumentation for, at tilbudsgiverne og/eller produktet overholder generel eller specifik lovgivning, herunder

evt. relevante tilladelser. KomUdbud har heller ikke stillet krav om, hvorvidt produkterne konkret skulle have relevante tilladelser.

KomUdbud har stillet krav om, at den vindende tilbudsgiver skal sikre lovligheden i leverancerne til kommunerne i KomUdbud, jf. rammeaftalens afsnit 7. Heri ligger imidlertid ingen generel eller specifik udbudsretlig undersøgelsesforpligtelse for KomUdbud, og det kan således ikke med afsæt heri gøres gældende, at KomUdbud skulle afvise eller udelukke Stadsing A/S. Det er således den vindende tilbudsgivers – dvs. Stadsing A/S' – ansvar at sikre, at de leverede produkter opfylder gældende lovgivning. Hvis det på et tidspunkt måtte vise sig, at et produkt ikke opfylder gældende lovgivning, herunder ved f.eks. et påbud fra en relevant myndighed, vil det i første omgang være et forhold mellem Stadsing A/S og den/de relevante myndighed(er) og i anden omgang evt. et kontraktuelt forhold mellem de af KomUdbud-kommunerne, der måtte anvende det pågældende produkt, og Stadsing A/S.

For fuldstændighedens skyld har KomUdbud på ny kontaktet og forelagt Stadsing A/S de indsigelser, som MultiLine har fremsat, og Stadsing A/S har den 1. november 2018 eksplicit bekræftet, at alle produkter, herunder også tilbudsposition 331, overholder gældende lovgivning og kontraktens punkt 7.

Der er på den baggrund ikke grundlag for at afvise eller udelukke Stadsing A/S, jf. også klagenævnets kendelse af 23. juni 2017, MultiLine A/S mod Furesø Kommune, og kendelse af 7. december 2017, Marquet Danmark A/S mod Region Midtjylland.

Med hensyn til spørgsmålet om udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1, har KomUdbud bemærket, at der hverken i Stadsing A/S' tilbud, ESPD eller den efterfølgende ESPD-dokumentation, der er indhentet efter udbudslovens § 152, har været grundlag for at udelukke Stadsing A/S. Det, som MultiLine har anført, giver heller ikke grundlag for at udelukke Stadsing A/S.

Udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1, omfatter bl.a. virksomheders tilsidesættelse af forpligtelser indenfor f.eks. det miljøretnlige område. KomUdbud har påset Stadsing A/S' opfyldelse af denne bestemmelse ved modtagelsen af ESPD-dokumentationen samt i øvrigt ved kemi-

ingeniør Birgit Storms gennemgang af tilbuddene, senest den 1. november 2018.

Hertil kommer, at selv hvis KomUdbud skulle have mulighed for at håndhæve udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1, ville dette forudsætte, at KomUdbud kunne påvise, at Stadsing A/S havde tilsidesat sine forpligtelser indenfor f.eks. det miljøretlige område.

Uanset, om Stadsing A/S' tilbudte produkt måtte kræve en tilladelse som anført af MultiLine, om en sådan tilladelse ikke forelå på tilbudsafgivelsestidspunktet, eller om Stadsing A/S' tilbudsafgivelse til KomUdbud måtte anses som markedsføring, er der ikke heri et tilstrækkeligt sikkert grundlag til, at KomUdbud kunne påvise udelukkelsesgrundens indhold, og dermed ville KomUdbud hverken være berettiget eller forpligtet til at udelukke Stadsing A/S. Der foreligger således hverken en afgørelse, et påbud eller en igangværende sag om forholdene. Dette er således en "hypotetisk" argumentation fra MultiLines side. Da KomUdbud netop har konstateret, at det tilbudte produkt opfylder udbudsmaterialets krav, og idet Stadsing A/S på ny har bekræftet, at (også) position 331 opfylder gældende lovgivning, har KomUdbud ikke tilsidesat sine udbudsretlige forpligtelser.

Selv hvis der med tilbudsafgivelsen kunne antages at være en risiko for en markedsføring i strid med kemikalielovgivningen, ville det stride mod proportionalitetsprincippet at håndhæve dette med en afvisning efter udbudslovens § 137 som følge af tilbuddets indhold. Det fremgår således af forarbejderne til udbudslovens § 137, at bagatelagte forhold ikke kan føre til udelukkelse.

KomUdbud har endvidere henvist til klagenævnets kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark.

KomUdbud har i øvrigt bemærket, at MultiLines påstande om tilsidesættelse af miljø-, kemi- eller markedsføringslovgivning ikke ligger inden for rammerne af klagenævnets kompetence.

Samlet har KomUdbud gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstand 1 til følge.

Ad påstand 2

MultiLine gjort gældende, at overtrædelsen som anført ad påstand 1 skal medføre, at KomUdbuds tildelingsbeslutning annulleres.

KomUdbud gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, da der ikke er sket en tilsidesættelse af reglerne i udbudsloven eller af de grundlæggende udbudsretlige principper.

Subsidiært har KomUdbud gjort gældende, at selv hvis MultiLine måtte få medhold i påstand 1, og KomUdbud dermed måtte have været forpligtet til at gøre yderligere end allerede gjort, er der ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, idet forholdet således enten ville kunne berigtiges i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5, eller ved overgang til et udbud med forhandling med det ene formål at få forholdene ”berigtiget”. En sådan – pt. hypotetisk – evaluering ville formodningsvist forsat føre til en tildeling til Stadsing A/S henset til forskellene i evalueringen. Der er således efter en konkret væsentlighedsvurdering ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet har i delkendelsen af 26. oktober 2018 om påstand 1 udtalt:

”Ved bedømmelsen af, om et tilbud er ukonditionsmæssigt som følge af, at et mindstekrav ikke er overholdt, er det afgørende tilbuddets indhold sammenholdt med udbudsbetingelsernes mindstekrav, således som disse objektivt må forstås. En ordregiver har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud, og dette gælder også en tilbudsgivers bekræftelse af, at mindstekrav er overholdt. Hvis det ud fra tilbuddet er åbenbart, at nogle oplysninger fra en tilbudsgiver er forkerte, kan det være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis ordregiveren lægger de pågældende oplysninger til grund ved sin vurdering af tilbuddet.

Udbuddet var tilrettelagt således, at tilbudsgiverne skulle medsende rammerecepturer og sikkerhedsdatablade på udvalgte produkter markeret med ”X” i tilbudslisten, herunder de 7 produkter, som er omtvistet i sagen. Som led i evalueringen ville KomUdbuds eksterne konsulent, kemiingeniør Birgit Storm, herefter foretage en fagteknisk gennemgang af de modtagne rammerecepturer og sikkerhedsdatablade med henblik på at vurdere, om produkterne opfyldte de stillede krav for så vidt angår

indholdsstoffer. For 3 af de omtvistede produkter (tilbudsposition nr. 3, 15 og 19) skulle der endvidere sendes en vareprøve til Birgit Storm, som hun ville foretage test af. Hvis der var uoverensstemmelser mellem rammerecepturerne og sikkerhedsdatabladene, ville rammerecepturerne have forrang.

Klagenævnet lægger til grund, at Stadsing A/S medsendte de krævede dokumenter mv. i forbindelse med afgivelsen af sit tilbud.

Ved tilbudsevalueringen foretog KomUdbud i overensstemmelse med det, der var fastsat i udbudsbetingelserne, med bistand fra kemiingeniør Birgit Storm en gennemgang af de tilbudte produkter, hvorved KomUdbud ikke fandt ukonditionsmæssige forhold ved Stadsing A/S' tilbud.

Der er ikke grundlag for at antage, at tilbuddet fra Stadsing A/S indeholdt oplysninger, der var åbenbart forkerte, hvorfor KomUdbud ikke forud for beslutningen om tildeling havde anledning til at foretage yderligere undersøgelser af konditionsmæssigheden af Stadsing A/S' tilbud.

Efter meddelelse af tildelingsbeslutningen har KomUdbud forelagt MultiLines indsigelser for Birgit Storm, der har fastholdt sin tidligere konklusion vedrørende konditionsmæssigheden.

KomUdbud har efter henvendelsen fra MultiLine ligeledes modtaget bekræftelse fra Stadsing A/S på, at den indleverede dokumentation i tilbuddet dækker de tilbudte produkter, samt at eventuelle uoverensstemmende oplysninger på Stadsing A/S' hjemmeside er tilbuddet og kontrakten uvedkommende. Klagenævnet bemærker i øvrigt i den forbindelse, at der umiddelbart ikke ses at være identitet mellem de sikkerhedsdatablade, som Stadsing A/S indsendte sammen med tilbuddet, og de sikkerhedsdatablade, som MultiLine har hentet fra Stadsing A/S' hjemmeside, idet der for en række af dokumenterne bl.a. er forskel i dateringen.

Der er således ikke grundlag for at konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2, ved ikke at have foretaget yderligere undersøgelser af rigtigheden af oplysningerne i Stadsing A/S' tilbud og ikke at have afvist tilbuddet fra Stadsing A/S som ukonditionsmæssigt.

Der er på det foreliggende, foreløbige grundlag derfor ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge, ligesom der som følge heraf heller ikke er udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.”

Påstandene omhandler nu alene konditionsmæssigheden af Stadsing A/S' tilbud i forhold til 2 af de tilbudte produkter, nemlig tilbudslistens position

nr. 3 (desinfektionsmiddel Chlonitol) og nr. 331 (algemiddel til springvand).

For så vidt angår det produkt, som Stadsing A/S har tilbudt på tilbudslistens position nr. 3, har KomUdbud endnu engang forelagt MultiLines indsigelser for kemiingeniør Birgit Storm, der den 12. november 2018 har redegjort nærmere for, hvorfor kravet i kravspecifikationens pkt. 3.10.1 må anses for opfyldt, og hun har således fastholdt sin tidligere konklusion vedrørende konditionsmæssigheden.

Efter det, som fremgår af klagenævnets delkendelse, og da det, som MultiLine yderligere har anført, sammenholdt med den fornyede udtalelse fra Birgit Storm ikke giver grundlag for at fastslå, at det produkt, som Stadsing A/S har tilbudt på position nr. 3, ikke opfylder mindstekravet i kravspecifikationen pkt. 3.10.1, har KomUdbud ikke handlet i strid med udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Stadsing A/S som ukonditionsmæssigt som følge af det tilbudte produkt på tilbudsposition nr. 3.

Med hensyn til det produkt, som Stadsing A/S har tilbudt på tilbudsposition nr. 331 (algemiddel til springvand), vedrører MultiLines indsigelser spørgsmålet om produktets lovlighed.

KomUdbud har i udbudsmaterialet stillet krav om, at de tilbudte produkter skal overholde gældende lovgivning på tidspunktet for indgåelse af rammeaftalen og i aftalens løbetid. Som udbuddet var tilrettelagt, var der derimod ikke stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle fremlægge dokumentation for de enkelte produkters lovlighed, herunder evt. relevante tilladelser.

Kemiingeniør Birgit Storm har ved sin gennemgang af tilbuddet fra Stadsing A/S vurderet, at det tilbudte produkt opfylder udbudsmaterialets krav, og denne konklusion har hun – efter at være forelagt MultiLines indsigelser – fastholdt, senest den 1. november 2018. Stadsing A/S har ligeledes den 1. november 2018 bekræftet, at alle produkter, herunder også tilbudsposition 331, overholder gældende lovgivning og kontraktens pkt. 7.

Herefter, og i øvrigt af de grunde, som er anført i delkendelsen, og da det som, MultiLine har anført, ikke kan føre til et andet resultat, er der ikke grundlag for at fastslå, at KomUdbud har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2, ved ikke at ha-

ve afvist tilbuddet fra Stadsing A/S som ukonditionsmæssigt som følge af det tilbudte produkt på tilbudsposition nr. 331.

Det, som MultiLine har anført, giver endvidere ikke holdepunkter for at fastslå, at Stadsing A/S skulle have været udelukket fra udbuddet i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 1 til følge.

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge. Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

MultiLine A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 35.000 kr. i sagsomkostninger til KomUdbud v/Esbjerg Kommune m.fl.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Katrine Gade
kontorelev