

NB: Klagen er tilbagekaldt efter, at Aarhus Universitet har annulleret udbuddet.

K E N D E L S E

MultiLine A/S
(advokat Charlotte Friis Bach Ryhl, Roskilde)

mod

Aarhus Universitet
(advokat Christian Nielsen, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 125-229018 af 29. juni 2015 udbød Aarhus Universitet som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 4-årig rammeaftale om levering af rengøringsmidler, rengøringsrekvisitter, affaldsposer og sække, håndhygiejne og aftørningspapir. Værdien af indkøbene under rammeaftalen var anslået til 4 mio. kr. årligt.

Blandt andre MultiLine A/S ("MultiLine") afgav tilbud inden for tilbudsfristen den 7. september 2015.

Efter først at have truffet beslutning den 17. september 2015 om at tildele kontrakten til Toprent A/S annullerede Aarhus Universitet denne beslutning, idet tilbuddet blev fundet ukonditionsmæssigt ved en fornyet evaluering, som var foranlediget af en henvendelse fra MultiLine. Aarhus Universitet traf herefter beslutning den 1. oktober 2015 om at tildele kontrakten til Abena A/S. Den beslutning blev annulleret den 8. oktober 2015 som følge af efterfølgende konstateret ukonditionsmæssighed. Aarhus Universitet oplyste samtidig den 8. oktober 2015 tilbudsgiverne om, at samtlige tilbud af universitetet nu blev vurderet at være ukonditionsmæssige. Aarhus Univer-

sitet meddelte samtidig, at universitetet herefter overgik til udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse med alle tilbudsgivere, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, 2. pkt.

Efter et forhandlingsforløb og tilbudsgivernes afgivelse af reviderede tilbud besluttede Aarhus Universitet den 22. oktober 2015 at tildele kontrakten til Stadsing A/S. Foranlediget af en indsigelse fra MultiLine annullerede Aarhus Universitet denne tildelingsbeslutning den 2. november 2015 under henvisning til, at tilbuddet ved en fornyet evaluering var vurderet at være ukonditionsmæssigt.

Aarhus Universitet meddelte herefter den 4. november 2015 elektronisk tilbudsgiverne, at universitetet i stedet havde besluttet at tildele Abena A/S kontrakten. Samtidig meddelte Aarhus Universitet, at MultiLines tilbud, som ellers var vurderet som det næstbedste efter det senest afviste tilbud fra Stadsing A/S, nu tillige var afvist som ukonditionsmæssigt.

Efter en korrespondance om MultiLines indsigelser herimod traf Aarhus Universitet den 11. november 2015 beslutning om at annullere tildelingen til Abena A/S, hvis tilbud universitet nu også anså for ukonditionsmæssigt.

Den 27. november 2015 traf universitetet beslutning om at tildele kontrakten til Toprent A/S.

Klagenævnet har den 7. december 2015 modtaget en klage fra MultiLine.

MultiLine har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Aarhus Universitet har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning. Universitet har anmodet om, at klagenævnet på det foreliggende grundlag udtaler sig foreløbigt, om hvorvidt der er udsigt til, at klagen vil blive taget til følge (dvs. hvorvidt den første betingelse for at tillægge en klage opsættende virkning om ”fumus boni juris” er opfyldt).

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 12, svarskrift med bilag A og B samt Aarhus Universitets besvarelser af 23. december 2015 af klagenævnets spørgsmål af 21. og 23. december 2015, Mul-

tiLines processkrift af 28. december 2015 og Aarhus Universitets processkrift af 29. december 2015 med bilag C.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder ud over påstanden om, at klagen skal tillægges opsættende virkning, følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Universitet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise MultiLine A/S' tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Universitet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Toprent A/S som ikke-konditionsmæssigt.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Universitet har gennemført tilbuddet med forhandling på en måde, som er uforenelig med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og med udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1-3.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Universitet har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 42, stk. 5, ved at modtage tilbud pr. e-mail uden at sikre opfyldelsen af de i udbudsdirektivets bilag X opregnede krav.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere Aarhus Universitets beslutning om at tildele den annoncerede rammeaftale til Toprent A/S.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Universitet har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, andet led, idet Aarhus Universi-

tets underretning af 27. november 2015 indeholder en fejlagtig angivelse af standstill-perioden.

MultiLine A/S har forbeholdt sig senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Andre oplysninger i sagen:

I udbudsbetingelserne vedrørende det oprindelige offentlige udbud af juni 2015 står der blandt andet:

”3.3 RAMMEAFTALENS OPBYGNING

Rammeaftalen dækker et sortiment, der består af de varer, der skal afgives tilbud på, som vil blive evalueret i processen, dvs. tilbudslisten i Kontraktbilag 1. Dette sortiment er et repræsentativt udtryk for størstedelen (80 %) af omsætningen på AU for de omfattede kategorier.

Der er tale om en rammeaftale med én leverandør. Alle indkøb af de af sortimentet omfattede varer vil således i rammeaftalens løbetid skulle ske direkte hos den vindende tilbudsgiver. Rammeaftalen tildeles på baggrund af det nedenfor i afsnit 6.4 beskrevne tildelingskriterium.

...

5. TILBUDSEVALUERING

5.1 KONDITIONSMÆSSIGHED

Ordregiver kontrollerer, at tilbuddet er konditionsmæssigt, hvilket vil sige, at tilbuddet opfylder følgende punkter:

- At tilbuddet er indkommet rettidigt, jf. punkt 9.3.
- ...
- At tilbuddet overholder alle form- og procedurekrav, jf. afsnit 9.
- At der ikke er taget forbehold for grundlæggende elementer, jf. punkt 7.3 og Kontraktbilag 2 Tilbudsblanket.
- At Kontraktbilag 1, 2 og 3 er udfyldt korrekt.

5.2 UDVÆLGELSE AF KONDITIONSMÆSSIGE ANSØGNINGER

Ordregiver tager tilbud i betragtning fra alle virksomheder, der vurderes egnede til at udføre kontrakten, på baggrund af tilbudsgivernes oplysninger afgivet i medfør af punkterne 4.1-4.5.

5.3 TILDELINGSKRITERIUM

Tilbud vil blive evalueret på baggrund af tildelingskriteriet ”Økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud vil blive identificeret gennem anvendelse af nedenstående underkriterier, hvor vægtningen af hvert underkriterium er angivet.

Forbrugsartikler til dispensere på tilbudslisten gennemgår en evaluering på disse parametre:

Underkriterier	Procentvis vægtning
Pris på sortimentet	70
Kvalitet	30

Underkriteriet Pris på sortimentet vurderes ud fra de tilbudte produkters samlede evalueringspris som angivet i Kontraktbilag 1 – Tilbudsliste, og dermed er de i Tilbudslisten oplyste priser de i aftaleperioden gældende for den pågældende vare.

Den samlede evalueringspris udregnes ud fra de indmeldte priser i de gule felter, vægtet efter hver produkts estimerede volumen for 1 års forbrug.

Underkriteriet Kvalitet vurderes ud fra delkriterierne Funktionalitetstest, Design og Forbrugsartikler, der indbyrdes har en lige vægtfordeling. Afsnit 5.3.6 beskriver nærmere disse delkriteriers indhold.

Ikke alle produkter i Kontraktbilag 1 - Tilbudsliste vurderes både på Pris og Kvalitet. Begrundelsen for denne fremgangsmåde er, at forskellige hensyn er essentielle afhængig af, hvilket produkt, der er i fokus.

Der er for forbrugsartikler til dispensere et stort fokus såvel på pris som den kvalitet, der bydes ind med, mens der for de resterende produkter på tilbudslisten vurderes, at der tages tilstrækkelige hensyn til kvaliteten ved de mindstekrav, der er stillet i kravspecifikationen. For de produkter, hvor brugsopløsning er relevant at have i betragtning, er der tillige taget højde for det i tilbudslisten. Eftersom dispensere skal leveres uden beregning for AU, de steder, hvor en sådan udskiftning nødvendiggøres pga. de af tilbudsgiver tilbudte dispensere og forbrugsartikler, giver en prisevaluering ikke mening. Dog vurderes kvaliteten af de tilbudte dispensere, da disse ud fra et driftsmæssigt og æstetisk hensyn er vigtige.

...

7. TILBUDDETS INDHOLD OG OPBYGNING

7.1 OBLIGATORISKE TILBUUSDOKUMENTER

Nedenstående er en liste over de udbudsdokumenter, der skal indgå i tilbudsgivers tilbud i udfyldt stand:

- Bilag 1 – Tro og love erklæring vedrørende Udbudsdirektivets artikel 45
- Bilag 2 – Tro og love erklæring om gæld til det offentlige
- Bilag 3 – Erklæring om konsortieforhold
- Kontraktbilag 1 - Tilbudsliste
- Kontraktbilag 2 – Tilbudsblanket
- Kontraktbilag 3 - Kravspecifikation
- Tilbuddet skal indeholde et datablad eller en kopi af varekatalog for alle de tilbudte produkter i sortimentet, inkl. alle tilbudte dispensere. Kopien af varekataloget skal minimum indeholde det samme som oplyses i et datablad.
- De i afsnit 4.3 nævnte dokumentationskrav skal vedlægges tilbuddet
- De i afsnit 4.4 nævnte dokumentationskrav skal vedlægges tilbuddet

7.2 KONTRAKTBILAG 2 – TILBUDSBLANKET

...

7.3 TILBUDSGIVERS FORBEHOLD

Alle tilbudsgivers forbehold skal klart og præcist angives i Kontraktbilag 2 - Tilbudsblanket.

Der kan ikke tages forbehold for grundlæggende elementer i udbuddet. Tilbud indeholdende forbehold for grundlæggende elementer i udbuddet vil blive udelukket.

Ordregiver er berettiget til at afvise tilbud, der indeholder forbehold. Såfremt ordregiver vælger at acceptere et forbehold, vil ordregiver prissætte dette i forbindelse med evalueringen.

Såfremt tilbudsgiver identificerer formuleringer i udbudsmaterialet eller i rammeaftalen, der gør, at tilbudsgiver ikke ser sig i stand til at afgive tilbud uden forbehold, opfordres tilbudsgiver til at kontakte ordregiver ved at stille spørgsmål, jf. proceduren herfor. Ordregiver vil herefter forholde sig til de anførte forhold.

Det bemærkes, at forbehold overfor rammeaftalen ofte ikke vil kunne prissættes, hvorfor sådanne forbehold medfører stor risiko for at tilbuddet anses for ukonditionsræssigt.

Såfremt tilbudsgiver vedlægger egne salgs- og leveringsbetingelser eller andre standardiserede vilkår uden at henvise hertil i Kontraktbilag 2 - Tilbudsblanket, vil disse dog ikke blive anset for et forbehold, men derimod blot blive bortfortolket. Tilbudsgiver vil inden aftaleunderskrivel-

se blive bedt om at bekræfte, at dennes egne salgs- og leveringsbetingelser eller de pågældende vilkår ikke finder anvendelse.”

I kontraktbilag 3, kravspecifikation, er det blandt andet anført:

”1. Generelt

1.1. Accept af kravspecifikationen

Vær opmærksom på, at ved manglende accept af kravene i denne kravspecifikation, vil tilbuddet blive erklæret ukonditionsmæssigt og vil ikke kunne tages i betragtning. Der skal ikke i forbindelse med accept af kravene vedlægges nogen former for dokumentation for opfyldelsen af kravene, selvom det måtte være beskrevet i de nedenfor omtalte kriteriedokumenter for miljømærket Svanen og miljømærket Blomsten.

Minimumskrav

Aarhus Universitets krav til Leverandørens produkter er alene formuleret som minimumskrav til alle tilbudte produkter eller til dele heraf. Leverandøren kan således ikke fravige det i minimumskravet anførte. Specifikke minimumskrav til tilbudslistens produkter fremgår af beskrivelsen af sortimentet på tilbudslisten i Kontraktbilag 1 og anses for accepteret ved afgivelsen af tilbud på sortimentets produkter.

2. Generelle krav, miljøkrav og arbejdsmiljøkrav

2.1. Generelle krav

Mindstekravene i nærværende afsnit gælder alle produkter omfattet af aftalen.

...

2.1.5. Produkternes egenskaber

Nr.	Krav	Opfyldes kravet? (Ja/nej)
15	Produkterne skal være parfumefri, medmindre andet er angivet i den specifikke varelinje ud for det pågældende produkt i tilbudslisten. Dette gælder også produkter, som lever op til kriterierne for EU's miljømærke Blomsten eller det nordiske miljømærke Svanen, selv om kriterierne giver mulighed for at benytte visse parfumer.	
...	...	
18	Produkterne må ikke være tilsat tensiderne; Alkylphenylethoxylater, APEO, nonylphenylethoxylater, NPEO, og lineære alkylbenzensulfonater, LAS, samt	

	kompleksbinderne; etylendiamintetraeddikesyre, EDTA, nitrilotrieddikesyre, NTA, og fosfonater eller konserveringsmidlerne; isothiazolinoner (methylisothiazolinone og methylchloroisothiazolinone og blandinger heraf), 2-bromo-2-nitropropane-1,3-diol (bronopol) og trichlorophenoxyphenol (triclosan). Produkterne må indeholde andre isothiazolionforbindelser end de ovenfor nævnte.	
...	...	

...

2.1.8. Produkt- og sikkerhedsdatablade samt arbejdspladsanvisninger

Nr.	Krav	Opfyldes kravet? (Ja/nej)
...	...	
27	Produkter må ikke indeholde stoffer, der kræver faremærkning. Det accepteres dog, at der indgår faremærkede stoffer i produktet, men de må ikke forekomme i koncentrationer, der giver anledning til faremærkning af hele produktet. Følgende er undtagelser til dette: Det accepteres, at der for nedennævnte produkter bydes ind med varer, der i koncentreret form er faremærkede. Nedenstående er den <u>tilladte maksimale</u> klassificering for hver af de beskrevne produkter, dvs. den i rangordenen af farekategorier højest rangerede, der er tilladt. For universalrengøring, sanitetsrengøring, flydende tøjvaskemiddel, vaskepulver, toiletrens og sæbe:  H319 Forårsager alvorlig øjenirritation. For maskinopvasketabs:  H318: Forårsager alvorlig øjenskade For kalkfjerner:	

	 H314: Forårsager svære ætsninger af huden og øjenskader. Gulvpleje:  H319 Forårsager alvorlig øjenirritation. Flydende tøjvaskemiddel til automatiske doseringsanlæg:  H318: Forårsager alvorlig øjenskade  H314: Forårsager svære ætsninger af huden og øjenskader	
...	...	

...

4.2. Specifikke krav

4.2.1. Mikrofiberklude og mikrofibermopper

Nedenstående krav til mikrofiberklude og mikrofibermopper vedrører de produkter i tilbudslisten, der beskrives som "Mikrofibermoppe", "Mikrofibermopgarn" og "Mikrofiberklud".

Nr.	Krav	Opfyldes kravet? (Ja/nej)
53	For vaskbare mikrofibermopper skal der foreligge en produktbeskrivelse efter brancheforeningen SPT's standard "Professionel information om vaskbare mopper" eller tilsvarende efter kontraktindgåelsen.	
54	Endvidere skal mikrofiberklude og mikrofibermopper opfylde følgende krav: Kriteriedokument for miljømærket Svanen for mikrofiberklude og mikrofibermoppe, der findes på: http://www.ecolabel.dk/kriteriedokumenter/083_2_1.pdf , funktion/indholdskriterierne K1-K21.	
55	Mikrofiberklude skal bestå af 20/30 % po-	

	lyamid og 70/80 % polyester.	
--	------------------------------	--

4.2.2. Mopper af blandingsgarn

Nedenstående krav til mopper af blandingsgarn vedrører følgende produkter i tilbudslisten, hvor produkterne er nærmere beskrevet: ”Moppe” ”Mopgarn”, ”Engangsmopdug”, ”Inventarmopgarn” og ”Gulvmopgarn”.

Nr.	Krav	Opfyldes kravet? (Ja/nej)
56	Mopgarner skal have en vandbæreevne på minimum 500 % af egen vægt.	
57	Desuden skal mopgarner opfylde følgende funktionskrav: Kriteriedokument for miljømærket Svanen for mikrofiberklude og mikrofibermoppe, der findes på: http://www.ecolabel.dk/kriteriedokumenter/083_2_1.pdf , funktions/indholdskriterierne K1-K21.	
58	For vaskbare mopper (undtaget er her ”Engangsmopdug”) skal der foreligge en produktbeskrivelse efter brancheforeningen SPT’s standard ”Professionel information om vaskbare mopper” eller tilsvarende efter kontraktindgåelsen.	

”

Aarhus Universitet har efter det oplyste den 25. august 2015 besvaret et spørgsmål fra en tilbudsgiver om krav 27 om fareklassificering af produkter som følger:

”

Kontraktbilag 3 – Kravspecifikation, pkt. 2.1.8, nr. 27.	I forbindelse med overgangen til CLP, forordningen om klassificering, mærkning og emballering er målet at forbedre beskyttelsen af mennesker sundhed og miljøet ved at harmonisere kriterierne for klassificering og mærkning af kemikalier. CLP betyder at der indføres nye og strengere regler for fareberegning og nye mærkningskrav. Dette betyder at fareklassificeringen oftest vil være mere stringent, som følge af de strengere beregningsregler i henhold til CLP, men	Det accepteres, at der for nedennævnte produkter bydes ind med varer, der i koncentreret form er faremærkede. Nedenstående er den tilladte maksimale klassificering for hver af de beskrevne produkter, dvs. den i rangordenen af farekategorier højest rangerede, der er tilladt. • For universalrengøring, sanitetsrengøring, flydende
--	--	--

	brugsopløsningen forbliver så sikker som tidligere for forbrugeren. Det koncentrerede produkt vil derfor i henhold til de nye regler være faremærket og derfor opfordrer vi til at der i afsnit 2.1.8 nr. 27 accepteres at produkterne er faremærkede.	tøjvaskemiddel, vaskepulver, toilettrens og sæbe:  H319 Forårsager alvorlig øjenirritation. • For maskinopvasketabs:  H318: Forårsager alvorlig øjenskade • For kalkfjerner:  H314: Forårsager svære ætsninger af huden og øjenskader.
--	---	--

...”

I MultiLines oprindelige tilbud under det offentlige udbud var kravspecifikationen udfyldt som krævet med bekræftelser på at opfylde de stillede krav, herunder var krav 18 og 56 besvaret med et ”Ja”. MultiLine vedlagde i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 7.1. datablade vedrørende de tilbudte varer.

Under den tekniske afklaring under det offentlige udbud anmodede Aarhus Universitet efter det i klageskriftet oplyste den 10. september 2015 om at modtage datablad for varelinje 60 med oplysning om forpakningsstørrelse, hvilket ifølge universitetet manglede i det datablad, som fulgte med tilbuddet. Efter modtagelse heraf sendte universitetet et forslag til korrektion af dele af den af MultiLine udfyldte tilbudsliste med anmodning om korrektion, da de forpakningsstørrelser, som fremgik af tilbudslisten ikke stemte overens med de pakkestørrelser, som fremgik af databladet. MultiLine accepterede rettelserne, som universitetet havde oplyst var en forudsætning for at anse tilbuddet for konditionsmæssigt.

I Aarhus Universitets e-mail af 8. oktober 2015 til MultiLine om ukonditionsmæssighed af alle modtagne tilbud under det offentlige udbud, herunder MultiLines, og overgang til udbud med forhandling hedder det (e-mailen er ikke fremlagt, men er citeret i klageskriftet):

”... Set i lyset af den undersøgelse, som indsigelsen mod den tidligere vinder af dette udbud har givet anledning til, har ordregiver nu anset det

nødvendigt at undersøge alle tilbud tilbundsgående. Denne undersøgelse har resulteret i en konstatering af, at alle tilbudsgivere er ukonditions-mæssige. Dermed annulleres tildelingsbeslutningen af 1. oktober 2015.

Begrundelsen for, hvorfor tilbuddet fra MultiLine A/S er ukonditions-mæssigt fremgår af det vedhæftede dokument.

Af denne grund overgår processen nu til forhandling med alle tilbudsgivere i udbuddet. Det vil foregå på den måde, at tilbudsgiverne ud fra forhandlingstemaet, der er vedhæftet, skal revidere deres afgivne tilbud i skriftlig form. Inden afgivelsen af det reviderede tilbud, inviteres alle tilbudsgivere hver for sig til orientering og dialog om tilbuddet den 14. oktober. Dette er alene en mulighed og ikke obligatorisk at deltage i. Jeg skal senest fredag den 9. oktober have besked via mail, om I agter at benytte jer af denne mulighed. ...”

Af den vedlagte begrundelse for, hvor MultiLines tilbud blev anset for ukonditions-mæssigt, fremgår:

”For følgende nedenstående beskrevne varenumre er der i MultiLine A/S’ tilbud uoverensstemmelse mellem såvel tilbudslistens som kravspecifikationens mindstekrav og de datablade, der er modtaget i forbindelse med tilbudsafgivelsen, hvilket resulterer i, at tilbuddet anses at være ukonditions-mæssigt.

Rengøringsrekvisitter

Varenummer 41541-1: varen opfylder iflg databladet ikke EN 374(3), hvilket iflg kravspecifikation, krav nr. 86 skal opfyldes. Det fremgår ligeledes ikke af databladet, at der er tale om CE klasse 1.

Varenummer 900956: Dimensionerne skal være 30 x 15, men er iflg databladet 31 x 13,5 cm.

Varenummer 900957: Dimensionerne skal være 30 x 15, men er iflg databladet 29/33 x 13 cm.

Varenummer 900958: Dimensionerne skal være 41 x 13, men er iflg databladet 41 x 13,5 cm.

Varenummer 900963: Dimensionerne skal være 41 x 13, men er iflg databladet 12 x 43-47.

Varenummer 101605: Dimensionen skal være 40 cm, men er iflg databladet 43-47 cm.

Varenummer 900961: Det fremgår ikke klart, at der er en vare med en dimension på 32 cm, som er kravet.

Varenummer 5978-1: De tilladte størrelser er 40/38 cm eller 40/40 cm, men iflg databladet er størrelsen 38 x 38 cm.

Varenummer 890871: Dimensionerne skal være 110 x 70 x 27 mm, men er iflg databladet 6 x 10 x 2,7 cm.

Varenummer 105053: Dimensionerne skal være 16 x 22,5 cm, men er iflg databladet 15 x 22 cm.

Rengøringsmidler

Varenummer 100529, 900954 og 100521: Den tilladte maksimale klassificering for hver af de beskrevne produkter, dvs. den i rangordenen af farekategorier højest rangerede, der er tilladt, er H319, men iflg databladet er den klassificeret som H318.

Varenummer 100519: varen skal have farven blå, men det har den ikke.

Affaldsposer og sække

Varenummer 6560: varen skal være på 55 my, men er iflg databladet på 60 my.”

I Aarhus Universitets ”forhandlingstema” vedrørende udbuddet for forhandling står der:

”Forhandling

Set i lyset af den undersøgelse, som indsigelsen mod den tidligere vinder af dette udbud har givet anledning til, har ordregiver nu anset det nødvendigt at undersøge alle tilbud tilbundsående. Denne undersøgelse har resulteret i en konstatering af, at alle tilbudsgivere er ukonditionsmæssige. Dermed annulleres tildelingsbeslutningen af 1. oktober 2015. Af denne grund overgår processen nu til forhandling efter artikel 30 1a, 2 og 3 i udbudsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter), som er implementeret i dansk ret ved bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Forhandling og kontrakttildeling sker under overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Det er ordregiver, der afgør, hvilke temaer, der forhandles om.

Forhandlingen skal ske skriftligt.

Formålet med forhandlingsrunden er, at tilbudsgiver får mulighed for at rette de fejl, der er konstateret i evalueringen og revidere de elementer af tilbuddet, tilbudsgiver måtte finde hensigtsmæssigt at rette set i lyset af evalueringen.

Det er muligt at revidere alene de dele af det afgivne tilbud, der er beskrevet nedenfor. Det skal tydeligt fremgå, hvilke dele af tilbuddet, der revideres, og hvad det revideres til.

Forhandlingstemaer

- Kontraktbilag 1 Tilbudsliste, herunder priser og forpakningsstørrelser
- Afgivne oplysninger i form af dokumentation via datablade, så disse i højere grad er i overensstemmelse med de i tilbudslisten og kravspecifikationen beskrevne mindstekrav. Dette kan ske via reviderede datablade eller anden relevant dokumentation.
- Kvalitet – der er mulighed for at revidere den i det oprindelige tilbud afgivne kvalitet. Vi opfordrer til kun at benytte sig af dette tema, hvis ens kvalitetsvurdering har været lav.

Evalueringen af de reviderede tilbud sker efter det i Udbudsbetingelser beskrevne tildelingskriterium med underkriterier og delkriterier. Dette dokument er vedhæftet.

Hvis en tilbudsgiver vælger ikke at deltage i den skriftlige forhandling, udgår dennes tilbud.

Kvalitetsvurdering vil alene blive foretaget, hvis der bydes ind med andre varer end i det oprindelige tilbud.

Vedhæftet er Kontraktbilag 1 Tilbudsliste til udfyldelse, der skal anvendes, hvis der foretages en revidering af tilbudslisten i forhold til det oprindelige tilbud.

Der er ikke andet i tilbuddene end det ovenfor beskrevne, der kan modificeres og fremsendes.

Efter udløb af fristen for indsendelse af det reviderede tilbud evalueres tilbuddene, der vil munde ud i en tildelingsbeslutning. Meddelelse til alle tilbudsgivere vil blive givet, som det er beskrevet neden for under Tidsplan. Der sker meddelelse så hurtigt som muligt efter endt evaluering, hvorefter stand-still perioden påbegyndes.

Tilbud

Tilbud sendes via e-mail til

maln@au.dk

Der skal fremsendes:

- Kontraktbilag 1 Tilbudsliste
- Med tilhørende datablade og/eller evt anden relevant dokumentation. Har dokumentationen været fremsendt tidligere i denne udbudsproces, kan man tydeligt henvise til dette, og ikke indsende den igen.
- Evt. dispensere og forbrugsartikler, jf. afsnit om kvalitetsvurdering i Udbudsbetingelser.

Præmisser

Præmissen for den skriftlige forhandling er, at ordregiver, ved konstatering af en ukonditionsmæssighed i det reviderede tilbud, kan vælge enten at gøre tilbuddet ukonditionsmæssigt eller se bort fra den/de ukonditionsmæssige dele uden at det medfører ukonditionsmæssighed af tilbuddet. Dette valg kan foretages for alle dele af tilbuddet.

Hvis der i tilbudslisten vurderes at være linjer, der er ukonditionsmæssigt udfyldt eller lider af en anden form for ukonditionsmæssighed, kan disse blive slettet i forbindelse med evalueringen, hvis ordregiver ikke vælger at gøre tilbuddet ukonditionsmæssigt, men det vil derefter være genstand for forhandling i forbindelse med kontraktindgåelsen med den vindende leverandør. Ordregiver tager forbehold for at medtage priser i linjer, der ikke til fulde opfylder mindstekravene og forhandle en højere grad af opfyldelse i forbindelse med kontraktindgåelsen.

Tidsplan

...

Spørgsmål og dialog

Er der spørgsmål, skal disse stilles skriftligt.

Alle tilbudsgivere inviteres hver for sig til orientering og dialog om tilbuddet den 14. oktober. Dette er alene en mulighed og ikke obligatorisk

at deltage i, men vi står til rådighed i forbindelse med de spørgsmål og kommentarer denne forhandling afstedkommer. Dialogmødet vil maksimalt vare 1 time.

...

Aarhus Universitet har på klagenævnets forespørgsel oplyst, at udbudsbetingelserne og kravspecifikationen ikke blev ændret under udbuddet med forhandling. Tilbudslisten blev derimod justeret på visse punkter.

Ifølge tilbudslisten under udbuddet med forhandling skulle der på varelinje 24 og 25 tilbydes ”Gulvmopgarn” og ”Mopgarn” (mopper af blandingsgarn) og på varelinje 21 ”Microfibermoppe”.

Der blev afholdt forhandlingsmøde den 14. oktober 2015.

I MultiLines tilbud under udbuddet med forhandling blev der ikke ændret i den oprindeligt udfyldte kravspecifikation, hvor MultiLine blandt andet havde bekræftet at opfylde krav 18 og 56.

MultiLine tilrettede sit tilbud på de punkter, som universitet den 4. november 2015 havde meddelt gjorde tilbuddet under det offentlige udbud ukonditionsmæssigt. MultiLine vedlagde i et vist omfang datablade, som var anderledes end dem, som var vedlagt det første tilbud. De datablade, som relaterede sig til produkter, som er omfattet af henholdsvis krav 18 (om at produkterne blandt andet ikke må indeholde fosfonater) og krav 56 i kravspecifikationen (”Mopgarner skal have en vandbæreevne på minimum 500 % af egen vægt”), blev imidlertid ikke ændret.

I det vedlagte datablad vedrørende de af MultiLine tilbudte Prime Source DW Tabs (opvasketabletter) fremgår, at produktet indeholder fosfonater. Det ses tillige, at produktet er svanemærket. I et ligeledes vedlagt sikkerhedsdatablad om samme produkt med detaljerede oplysninger om indholdsstoffer er der ikke oplysning om indhold af fosfonater.

Af databladene vedrørende mopgarner fremgår i det omfang der i de enkelte datablade er anført noget om bæreevne:

”... Bæreevne ... 200-350 ml”

”... Bæreevne ... 259-500 ml”

”... Bæreevne ... 400-500 ml”

”... Bæreevne ... 100 ml”

Når den anførte bæreevne sammenholdes med den ligeledes i databladene anførte vægt viser det en bæreevne, som er mindre end 500 % af egen vægt.

Den første evaluering af tilbuddene under udbuddet med forhandling viste, at tilbuddet fra Stadsing A/S opnåede det højeste antal point, MultiLine det næsthøjeste antal og Toprent A/S det laveste antal point.

MultiLines indsigelse af 1. november 2015 mod den første tildelingsbeslutning under udbuddet med forhandling (den tredje tildelingsbeslutning) af 22. oktober 2015, som er citeret i klageskriftet, drejede sig om, at Stadsing A/S efter MultiLines opfattelse ikke overholdt de i kravspecifikationens punkt 4.2.1. og 4.2.2. tydeligt opdelte krav om at tilbyde mopper i henholdsvis mikrofiber og blandingsgarn. Aarhus Universitet annullerede som nævnt efter en yderligere evaluering af tilbuddene beslutningen om at tildele kontrakten til Stadsing A/S, hvis tilbud blev afvist som ukonditionsmæssigt. Aarhus Universitet har oplyst, at årsagen til, at universitetet ved den fornyede evaluering af tilbuddet fra Stadsing A/S fandt tilbuddet ukonditionsmæssigt, ikke var den af MultiLine påpegede manglende overholdelse af en ifølge MultiLine påkrævet sondring mellem forskellige moppegarnkvaliteter. Tilbuddet blev derimod afvist blandt andet, fordi der blev tilbudt produkter som indeholdt fosfonater, hvilket stred mod kravspecifikationens mindstekrav. Det fremgår af universitetets e-mail af 2. november 2015 til Stadsing A/S om afvisningen:

”Jeg beklager at måtte informere dig om, at AU har besluttet at annullere tildelingsbeslutningen i forbindelse med rammeaftalen på levering af rengøringsmidler, rengøringsrekvisitter, affaldsposer og sække, håndhygiejne og aftørningspapir til Aarhus Universitet.

Begrundelsen er, at man ikke ud fra den fremsendte dokumentation objektivt kan konstatere, at der på tilbudsfristens tidspunkt blev budt ind med et vaskepulver, der opfyldt mindstekravene i Kontraktbilag 3 – Kravspecifikationen, krav nr. 18, angående produktets tilsætning af fosfonater.”

Aarhus Universitet besluttede herefter ved den (anden) tildelingsbeslutning under udbuddet med forhandling af 4. november 2015 (den samlet set fjerde tildelingsbeslutning) at tildele kontrakten til Abena A/S, idet MultiLines tilbud samtidig blev afvist som ukonditionsmæssigt.

Aarhus Universitets begrundelse for at anses MultiLines tilbud for ukonditionsmæssigt lyder:

”For følgende nedenstående beskrevne varenumre er der i MultiLine A/S’ tilbud uoverensstemmelse mellem kravspecifikationens mindstekrav og de datablade, der er modtaget i forbindelse med tilbudsafgivelsen, hvilket resulterer i, at tilbuddet anses at være ukonditionsmæssigt.

Rengøringsrekvisitter

- I mindstekrav nr. 56 i Kravspecifikation, Kontraktbilag 3, er det beskrevet, at: ”Mopgarner skal have en vandbæreevne på minimum 500 % af egen vægt”.

For varenumrene 900956, 900958, 900963, 900960, 101605 og 900961 er dette krav ikke opfyldt iflg. de til tilbuddet medsendte datablade for de pågældende varenumre.

- I mindstekrav nr. 18 i Kravspecifikation, Kontraktbilag 3, er det beskrevet, at: ” Produkterne må ikke være tilsat tensiderne; Alkylphenylethoxylater, APEO, nonylphenylethoxylater, NPEO, og lineære alkylbenzensulfonater, LAS, samt kompleksbinderne; etylendiamintetraeddikesyre, EDTA, nitrilotrieddikesyre, NTA, og fosfonater eller konserveringsmidlerne; isothiazolinoner (methylisothi- azolinone og methylchloroisothiazolinone og blandinger heraf), 2-bromo-2- nitropropane-1,3-diol (bronopol) og trichlorophenoxyphenol (triclosan)...”

For varenummer 108372 er dette krav ikke opfyldt iflg. det til tilbuddet medsendte datablad for det pågældende varenummer, da det fremgår, at produktet indeholder fosfonater.”

Der var herefter en korrespondance mellem MultiLine og Aarhus Universitet, hvor MultiLine ved breve af 4., 6. og 11. november 2015 gjorde indsigelse mod beslutningen om at afvise selskabets tilbud.

Aarhus Universitet besluttede den 11. november 2015 at annullere tildelingen til Abena A/S, da universitet nu anså tilbuddet for ukonditionsmæssigt.

Den 27. november 2015 traf universitetet den påklagede beslutning om at tildele kontrakten til Toprent A/S (den tredje tildelingsbeslutning under udbuddet med forhandling og den samlet set femte tildelingsbeslutning).

Toprent A/S har i tilbudslistens linje 24 og 25 tilbudt mopper, der ifølge de tilhørende datablade består af 80 % polyester og 20 % polyamid. I databladene er det anført, at der tale om mopper af ”blandingsgarn”.

Toprent A/S har vedrørende varelinje 41 og 45 tilbudt en kalkfjerner ”Lime Acid 770” og et vaskepulver ”TopTex Hvid Tøjvask 100”. De pågældende produkter er begge klassificeret som ”H315 Forårsager hudirritation”. Derudover er kalkfjernereren klassificeret som ”H318: Forårsager alvorlig øjenskade” og vaskepulveret er klassificeret som ”H319 Forårsager alvorlig øjenirritation”.

MultiLine har fremlagt et notat af december 2013 fra SUS, Serviceerhvervenes Efteruddannelsesudvalg, om brug af mikrofiber til rengøring. Det anføres heri blandt andet:

”Mikrofibre er ofte fremstillede af polyester og polyamid.”

Aarhus Universitet har fremlagt en oversigt over fareklassificeringer.

Universitet har den 23. december 2015 besvaret spørgsmål af 21. og 23. december 2015 fra klagenævnet blandt andet som følger (svar med kursiv):

”3) Det fremgår af ”forhandlingstemaet” af 4. november 2015 blandt andet:

”Forhandling og kontrakttildeling sker under overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Det er ordregiver, der afgør, hvilke temaer, der forhandles om.

...

Formålet med forhandlingsrunden er, at tilbudsgiver får mulighed for at rette de fejl, der er konstateret i evalueringen og revidere de elementer af tilbuddet, tilbudsgiver måtte finde hensigtsmæssigt at rette set i lyset af evalueringen.

...

Efter udløb af fristen for indsendelse af det reviderede tilbud evalueres tilbuddene, der vil munde ud i en tildelingsbeslutning. Meddelelse til alle tilbudsgivere vil blive givet, som det er beskrevet neden for under Tidsplan. Der sker meddelelse så hurtigt som muligt efter endt evaluering, hvorefter stand-still perioden påbegyndes.

...

Præmisser

Præmissen for den skriftlige forhandling er, at ordregiver, ved konstatering af en ukonditionsmæssighed i det reviderede tilbud, kan vælge enten at gøre tilbuddet ukonditionsmæssigt eller se bort fra den/de ukonditionsmæssige dele uden at det medfører ukonditionsmæssighed af tilbuddet. Dette valg kan foretages for alle dele af tilbuddet.

Hvis der i tilbudslisten vurderes at være linjer, der er ukonditionsmæssigt udfyldt eller lider af en anden form for ukonditionsmæssighed, kan disse blive slettet i forbindelse med evalueringen, hvis ordregiver ikke vælger at gøre tilbuddet ukonditionsmæssigt, men det vil derefter være genstand for forhandling i forbindelse med kontraktindgåelsen med den vindende leverandør. Ordregiver tager forbehold for at medtage priser i linjer, der ikke til fulde opfylder mindstekravene og forhandle en højere grad af opfyldelse i forbindelse med kontraktindgåelsen.”

Klagenævnet skal anmode Aarhus Universitet om at redegøre for

3.1) Hvorledes de anførte ”præmisser” efter universitets opfattelse skal forstås.

Indklagede blev i forhandlingsprocessen opmærksom på, at formuleringen i relation til præmisserne var uheldig og muligvis problematisk. Derfor valgte indklagede ikke at håndhæve disse ”præmisser”, ud fra en analog anvendelse af klagenævnets faste praksis om, at en ordregiver ikke kan håndhæve egne uklare (ulovlige) mindstekrav. Det følger samtidigt af denne praksis, at uklare mindstekrav ikke nødvendigvis skal medføre at udbuddet skal annulleres. Der henvises i den forbindelse til klagenævnets kendelse af 25. september 2013, Brødrene Dahl A/S mod Aarhus Vand A/S, kendelse af 25. marts 2015, ZENZO Group ApS mod Horsens Kommune, kendelse af 29. maj 2015, Cale Danmark A/S mod Københavns Kommune og kendelse af 7. oktober 2015, Stadsing A/S mod Herning Kommune m.fl.

3.2) Hvorledes de pågældende ”præmisser” i praksis er anvendt under udbuddet med forhandling. Det bedes herunder særligt oplyst, hvorledes universitet i relation til de enkelte tilbudsgivere har truffet valget mellem at ”gøre tilbuddet ukonditionsmæssigt” henholdsvis at ”se bort” fra de ukonditionsmæssige dele af tilbuddet.

Tilbuddene blev evalueret som i det offentlige udbud, hvormed menes, at hvis en ukonditionsmæssighed identificeredes, blev tilbudsgiveren blevet erklæret ukonditionsmæssig på den baggrund. Dermed har der ikke været tale om at foretage et valg mellem erklæring af ukonditions-

mæssighed eller bortfortolkning af konstaterede ukonditionsmæssigheder.

3.3) Det bedes ligeledes oplyst, hvorledes universitetet har planlagt at foretage den i præmisserne anførte forhandling om linjer, der er ukonditionsmæssigt udfyldt, men hvor universitetet har valgt ikke ”at gøre tilbuddet ukonditionsmæssigt”.

Dette er ikke planlagt, jf. punkt 3.2.

3.4) Det bedes oplyst, om der planlægges en sådan forhandling med Toprent A/S - og hvad den i så fald vil dreje sig om.

Indklagede kan bekræfte, at der ikke vil blive ført sådanne forhandlinger med Toprent A/S.

Som anført i svarene på de foregående spørgsmål, har indklagede ikke til hensigt at føre forhandlinger efter tildelingsbeslutningen.

3.5) Såfremt de oprindelige udbudsbetingelser og den oprindelige kravspecifikation også har været gældende under udbuddet med forhandling, anmodes universitetet om at redegøre for forholdet mellem ”præmisserne” i forhandlingstemaet og udbudsbetingelsernes punkt 7.3 og kravspecifikationens punkt 1.1 om minimumskrav.

I det omfang der i tilbuddene er konstateret ukonditionsmæssigheder for grundlæggende elementer, er tilbuddene på den baggrund i både det offentlige udbud og forhandlingsrunden blevet erklæret ukonditionsmæssige. Dermed er de i Kravspecifikationens punkt 1.1 og Udbudsbetingelsernes punkt 7.3 blevet håndhævet som beskrevet. Derimod er ”præmisserne” er ikke blevet håndhævet.”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”:

MultiLine har med henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 4 gjort gældende, at betingelsen om ”fumus boni juris” er opfyldt.

Aarhus Universitet har med henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 4 gjort gældende, at betingelsen om ”fumus boni juris” ikke er opfyldt.

Ad påstand 1

MultiLine har principalt gjort gældende, at selskabets tilbud er konditionsmæssigt.

For det første oplyses det utvetydigt i den af MultiLine udfyldte kravspecifikation om krav 18 og krav 56, at kravene er opfyldt.

Den tilsyneladende modstrid mellem den bekræftende besvarelse af krav 18 i kravspecifikationen og oplysningen i databladet for de tilbudte opvaske-tabs om, at produktet indeholder fosfonater, skyldes alene, at databladet ved en fejl ikke var blevet opdateret. Denne fejl må have været åbenlys for Aarhus Universitet, henset til, at der vedrørende det samme varenummer var vedlagt et mere detaljeret og opdateret sikkerhedsdatablad, som viser, at produktet ikke indeholder fosfonater. Hertil kommer, at det flere steder i tilbuddet er anført, at de tilbudte produkter er svanemærkede, hvilket udelukker tilstedeværelsen af tensider, herunder fosfonater,

Der er ikke nogen modstrid mellem Multilines bekræftende besvarelse af krav 56 om en ”vandbæreevne på minimum 500 % af egen vægt” og de fremsendte datablade. Der angives således ikke i databladene en minimumsbæreevne i procent. Det, som anføres om bæreevne, er en oplysning til slutbrugerne om den mest optimale vandbæreevne i milliliter, hvilket er relevant for brugernes dosering af midler. En oplysning om minimumsbæreevne i procent har derimod ikke nogen relevans for slutbrugerne,

Det skal også tages i betragtning, at der ikke i udbudsmaterialet er stillet krav om, at de efterspurgte datablade skulle være udformet på en måde, som var egnet til at dokumentere opfyldelsen af kravspecifikationens mindstekrav.

Hertil kommer, at udbuddet blev gennemført efter reglerne om udbud med forhandling, hvor der er vide rammer for dialog med tilbudsgiverne. Udbuddet med forhandling blev endvidere gennemført med det udtrykkelige formål (forhandlingstema) at sikre tilretning af datablade, så de ”i højere grad er i overensstemmelse med de i tilbudslisten og kravspecifikationen beskrevne mindstekrav”. De uklarheder i MultiLines tilbud, som har ført Aarhus Universitet til at anse tilbuddet for ikke-konditionsmæssigt, består i en påstået uoverensstemmelse mellem oplysningerne i den af MultiLine udfyldte kravspecifikation og oplysningerne i de vedlagte datablade. Disse uklarheder var imidlertid til stede allerede i MultiLines første tilbud, uden

at Aarhus Universitet på noget tidspunkt under det efterfølgende forhandlingsforløb opfordrede MultiLine til at rette og/eller præcisere sit tilbud på de pågældende punkter. Aarhus Universitet har tværtimod i forbindelse med de forudgående fire tildelingsbeslutninger udtrykkeligt erklæret MultiLines tilbud for konditionsmæssigt Aarhus Universitet har derfor ved sin adfærd skabt en berettiget forventning hos MultiLine om, at Aarhus Universitet ikke så nogen modstrid mellem oplysningerne i den udfyldte kravspecifikation og de fremsendte datablade. Aarhus Universitet har desuden ved sin adfærd skabt uklarhed om udbudsbetingelserne og mindstekravene og navnlig spørgsmålet om, i hvilket omfang de fremsendte datablade skulle være udformet på en måde, som er egnet til dokumentere opfyldelsen af mindstekravene.

De påståede uklarheder i MultiLines tilbud kunne også præciseres eller rettes, uden at dette på nogen måde gav selskabet adgang til at ændre eller supplere sit tilbud, eftersom tilbuddet allerede indeholdt alle rigtige og fyldestgørende oplysninger, og der således alene kunne være behov for at forklare, at der ikke er nogen indbyrdes modstrid mellem oplysningerne i den udfyldte kravspecifikation og de fremsendte datablade.

Aarhus Universitet var på den baggrund forpligtet til at lægge til grund, at oplysningerne i databladene ikke var i modstrid med oplysningerne i kravspecifikationen.

Subsidiært havde Aarhus Universitet pligt til at foretage teknisk afklaring med MultiLine og dermed også pligt til at lægge de oplysninger og forklaringer til grund, som MultiLine fremsendte til universitetet ved e-mails af 4. november 2015 og 6. november 2015 samt brev af 11. november 2015, jf. om ordregivers pligt til enten at søge teknisk afklaring eller at fortolke tilbuddet som værende i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, når situationen er den, at ordregiver selv har givet anledning til uklarheder om udbudsbetingelser og mindstekrav klagenævnets kendelser af 16. december 2004, Brunata mod diverse boligselskabsafdelinger, og af 24. februar 2010, Atea A/S mod Økonomistyrelsen.

MultiLine har i processkriftet af 27. december 2015 yderligere gjort gældende, at Aarhus Universitets formulering af ”præmisserne” for udbuddet med forhandling i forhandlingstemaet af 14. november 2015 under alle omstændigheder har skabt uklarhed om, hvorvidt de oprindeligt fastsatte mind-

stekrav ville blive håndhævet som mindstekrav under udbuddet med forhandling. Aarhus Universitet havde som følge af denne uklarhed pligt til enten at fortolke MultiLines tilbud som værende i overensstemmelse med udbudsbetingelserne eller at søge teknisk afklaring. Også af denne grund kunne universitetet ikke uden videre afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Aarhus Universitet har gjort gældende, at Aarhus Universitet var forpligtet, og i hvert fald under alle omstændigheder berettiget, til at afvise MultiLines tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det følger af fast praksis, at det forhold, at en tilbudsgiver angiver at opfylde alle krav, ikke kan medføre, at ordregiveren er berettiget til at se bort fra et forbehold. Det forhold, at MultiLine angav at have opfyldt de oplistede mindstekrav, og det forhold, at der ikke var krav om dokumentation for opfyldelse af kravene, har efter denne praksis ikke nogen betydning for vurderingen af de i MultiLines tilbud indeholdte forbehold. Det afgørende er, at der efter indholdet af databladene var uklarheder i tilbuddet, som gjorde det tvivlsomt, om det overholdt mindstekravene. Det er efter fast praksis MultiLine, der bærer risikoen for sådanne uklarheder i tilbuddet.

Efter tilbudslisten og kravspecifikationen var det ikke uklart, hvad der skulle tilbydes. Det fremgår da også klart af klagen, at MultiLine reelt ikke har været i tvivl om affattelsen af sit tilbud. MultiLine har blot – muligvis ved en fejl – taget forbehold for mindstekrav. I realiteten synes MultiLine heller ikke at være uenig i, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Det er rigtigt, at der ikke under udbuddet er stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle dokumentere overholdelse af mindstekravene, og at det stillede krav om vedlæggelse af datablade ikke indebærer krav om, at databladene skulle indeholde alle oplysninger om de stillede krav. Selvom der ikke er stillet krav om, at mindstekravene skulle dokumenteres, følger det imidlertid af fast praksis fra klagenævnet, at et tilbud, der indeholder et forbehold for et mindstekrav, er ukonditionsmæssigt, uanset om der foreligger et dokumentationskrav.

For så vidt angår spørgsmålet om vandbæreevne (krav 56) må MultiLines synspunkt, hvorefter de fremsendte datablade ikke angiver minimumsbæreevnen i procent, men derimod alene oplyser den for slutbrugerne mest op-

timale vandbæreevne i milliliter, afvises. Dels bærer MultiLine risikoen for uklarheder i tilbuddet. Hertil kommer, at der ikke efter ordlyden er noget, som understøtter, at den bæreevne, som anføres, alene er en angivelse af den ”mest optimale vandbæreevne”. Tværtimod ligger der i ordet ”bæreevne”, at dette udtrykker produktets evne til at bære vand – og altså produktets maksimale bæreevne. Da de tilbudte produkter ikke opfylder mindstekravet om en bæreevne på mindst 500 % af egen vægt, var tilbuddet ukonditionsmæssigt.

MultiLine har anerkendt at have vedlagt et datablad vedrørende de pågældende opvasketabletter, der angav, at produktet ikke opfyldte kravspecifikationens mindstekrav 18 om ikke at indeholde fosfonater. Allerede derfor var MultiLines tilbud ukonditionsmæssigt. Der forelå ikke en så ”åbenbar” fejl, at Aarhus Universitet havde pligt (eller ret) til at se bort fra det pågældende datablad. Tværtimod fremgår det klart og utvetydigt af produktbladet, at varen indeholder fosfonater. Den omstændighed, at produktet er svanemærket, indebærer ikke, at tilstedeværelsen af fosfonater er udelukket. Det skyldes, at tilstedeværelsen af små mængder fosfonater ikke udelukker, at der kan ske svanemærkning. Der henvises til kriterierne for svanemærkning af opvasketabs (www.ecolabel.dk/kriteriedokumenter/080e_2_4_1.pdf - R14, side 12). Under alle omstændigheder var tilbuddet uklart – og risikoen derfor påhviler MultiLine.

Aarhus Universitets bemærkning i forhandlingstemaet om, at formålet med forhandlingerne var, at databladene skulle beskrives på en måde, der ”i højere grad er i overensstemmelse med de i tilbudslisten og kravspecifikationen beskrevne mindstekrav” betyder ikke, at databladene kunne indeholde angivelser, som viste, at produkterne ikke opfyldte mindstekravene. Formålet med forhandlingen var tværtimod at gøre de ukonditionsmæssige tilbud konditionsmæssige, hvilket også netop er formålet med udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a.

Aarhus Universitet havde ikke pligt til at foretage teknisk afklaring i tilfælde, hvor et tilbud som her er uklart. Det fremgår også klart af implementeringsbekendtgørelsens § 12, som giver en ret – men ikke en pligt – til i de beskrevne tilfælde at afklare (formelle) uklarheder i modtagne tilbud. Det samme følger af Domstolens dom i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko, præmis 38, og klagenævnets kendelse af 27. marts 2015, Colas Rails Limited mod Banedanmark. Allerede fordi MultiLines fejl var indholdsmæssige,

er implementeringsbekendtgørelsens § 12 ikke anvendelig. Princippet heri kunne heller ikke anvendes. Såfremt Aarhus Universitet havde givet MultiLine mulighed for at berigtige forholdet, ville det således have givet MultiLine en uberettiget mulighed for at forbedre sit ukonditionsmæssige tilbud efter tilbudsfristen. Aarhus Universitet var følgelig forpligtet til at afvise MultiLines tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det er korrekt, at der i et udbud med forhandling kan føres forhandlinger med tilbudsgiverne. Det er derimod ikke korrekt, at der i et udbud med forhandling skulle være videre adgang til at berigtige ukonditionsmæssige endelige tilbud, jf. Domstolens dom i sag C-561/12, Nordecon, præmis 36, og den nye udbudslov § 66, stk. 2, 2. punktum:

Den omstændighed, at uklarhederne i tilbuddet var til stede allerede i MultiLines første tilbud, uden at Aarhus Universitet gjorde MultiLine opmærksom herpå, skal ses i lyset af, at Aarhus Universitet i første omgang stolede på indholdet af MultiLines tilbud. I forbindelse med den fjerde tildelingsbeslutning stod MultiLine imidlertid til at vinde, og Aarhus Universitet gennemgik derfor i lyset af de mange indsigelser, der var modtaget, MultiLines tilbud mere grundigt og konstaterede herved, at det var ukonditionsmæssigt. Det følger af klagenævnets faste praksis, at tilbudsgiverne selv er forpligtede til at sikre tilbuddets konditionsmæssighed. Det forhold, at et tilbud tidligere er blevet afvist som ukonditionsmæssigt med en ”allerede fordi” begrundelse, ændrer ikke herpå. Ordregivere, der anvender udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, har således ingen pligt til at anføre alle ukonditionsmæssigheder i forbindelse med den første afvisning af tilbuddet, jf. herved også klagenævnets kendelse af 23. juni 2015, European Dynamics Luxembourg SA mod SKAT. Det må således afvises, at Aarhus Universitet har skabt en berettiget forventning hos MultiLine om, at tilbuddet var konditionsmæssigt. Under alle omstændigheder kan en tilbudsgivers ”berettigede forventninger” om at være konditionsmæssig aldrig føre til, at et i øvrigt ukonditionsmæssigt tilbud skal accepteres. Noget sådant ville stride mod ligebehandlingsprincippet.

Aarhus Universitet har i øvrigt ikke på noget tidspunkt erklæret MultiLines tilbud for konditionsmæssigt.

For så vidt angår de nye anbringender i MultiLines processkrift af 28. december 2015 om ”præmisserne” i Aarhus Universitets forhandlingstema for

udbuddet med forhandling gav disse ”præmisser” ikke belæg for at antage, at Aarhus Universitet ikke ville håndhæve mindstekravene, eller fortolke dem anderledes end hidtil, og der er da heller intet, der tyder på, at tilbudsgiverne rent faktisk fik denne opfattelse (før nu, hvor MultiLine foranlediget af klagenævnets spørgsmål 3 finder anledning hertil).

”Præmisserne” er i praksis ikke blevet anvendt og har derfor ikke haft nogen betydning for forhandlingsudbuddet og udbuddets udfald. MultiLines nye anbringender kan derfor ikke føre til, at påstand 1 – og påstanden om annulation – skal tages til følge.

Ad påstand 2

MultiLine har gjort gældende, at der i kravspecifikationens punkt 4.2.1 og 4.2.2 klart sondres mellem ”mikrofiberklude og mikrofibermopper” og ”mopper af blandingsgarn”. Ifølge tilbudslisten skal der i linje 21 afgives tilbud på mikrofibermopper, mens der i de øvrige linjer, der vedrører mopper, herunder linje 24 og linje 25, efterspørges mopper af blandingsgarn. Toprent A/S har i linje 24 og linje 25 tilbudt mopper, der består af 80 % polyester og 20 % polyamid. De to produktblade angiver, at der er tale om mopper af blandingsgarn. Mopper, der består af 80 % polyester og 20 % polyamid, skal imidlertid kvalificeres som mikrofibermopper. Til støtte herfor henvises til det fremlagte notat vedrørende mikrofiber, der på side 5 forklarer, at mikrofiber typisk er sammensat af polyester og polyamid. MultiLine går ud fra, at Aarhus Universitet har afvist tilbuddet fra Stadsing A/S som ikke-konditionsmæssigt med den begrundelse, at tilbuddet omfattede mikrofibermopper i stedet for mopper af blandingsgarn, jf. MultiLines indsigelse mod konditionsmæssigheden af dette tilbud. Universitetet har som følge heraf handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at antage tilbuddet fra Toprent A/S, selv om de produkter, som blev tilbudt i linje 24 og linje 25 i tilbudslisten, er mikrofibermopper og ikke mopper af blandingsgarn. Aarhus Universitet har ikke dokumenteret det anførte om, at begrundelsen for at afvise tilbuddet fra Stadsing A/S ikke var, at der var tilbudt mikrofibermopper i stedet for mopper af bomuldsgarn/blandingsgarn, og universitetets oplysning herom kan derfor ikke lægges til grund.

De produkter, som Toprent A/S har tilbudt i linje 41 og linje 45 er desuden ikke i overensstemmelse med kravspecifikationens mindstekrav 27 som

præciseret i svaret af 25. august 2015 på spørgsmål til udbudsmaterialet. Kalkfjerner ("Lime Acid 770"), som Toprent A/S har tilbudt i linje 41, er klassificeret "H315 Forårsager hudirritation" og "H318: Forårsager alvorlig øjenskade". Det fremgår af krav 27, at den maksimale tilladte fareklassificering for kalkfjerner er H314. H314 vedrører alene ætsninger af huden og ikke – som fejlagtigt antydnet i svaret – øjenskader. Rangordnen for hudætsende produkter hedder H315 → H314. Rangordenen for øjenætsende produkter hedder H319 → H318. Det produkt, som Toprent A/S har tilbudt i linje 41, opfylder følgelig ikke universitetets krav til den maksimale tilladte fareklassificering, eftersom det er klassificeret som "H318: Forårsager alvorlig øjenskade".

Toprent A/S har i linje 45 tilbudt et vaskepulver ("TopTex Hvid Tøjtøjsvask 100"), som er klassificeret "H315 Forårsager hudirritation" og "H319 Forårsager alvorlig øjenirritation". Det fremgår af krav 27, at den maksimale tilladte fareklassificering for vaskepulver er "H319 Forårsager alvorlig øjenirritation". Det produkt, som Toprent A/S har tilbudt i linje 45, opfylder ikke de fastsatte krav til den maksimale tilladte fareklassificering, da det er klassificeret "H315 Forårsager hudirritation". Aarhus Universitet har dermed handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at antage tilbuddet fra Toprent A/S, selv om de produkter, som blev tilbudt i linje 41 og linje 45, ikke overholder de fastsatte krav til den maksimale tilladte fareklassificering.

Aarhus Universitet har gjort gældende, at tilbuddet fra Toprent A/S var konditionsmæssigt.

For så vidt angår de vedrørende tilbudslistens varelinje 24 og 25 tilbudte mopper bestrider Aarhus Universitet, at der findes branchestandarder, der definerer "mikrofibermopper" og "mopper af blandingsgarn". En moppe, der består af 80 % polyester og 20 % polyamid, er ifølge MultiLine en mikrofibermoppe. Uanset om dette er korrekt, ændrer det ikke på, at der fortsat er tale om en moppe bestående af to forskellige materialer, hvorfor der notorisk (også) er tale om en moppe af blandingsgarn. På position 24 og 25 efterspurgte Aarhus Universitet mopper af blandingsgarn. Toprent A/S anførte, at de tilbudte mopper var af blandingsgarn – og det er de også ifølge databladets angivelse af blandingsforholdet (80 % polyester og 20 % polyamid). Havde Aarhus Universitet ønsket at fastsætte særlige mindstekrav til blandingsforholdet, eller i øvrigt til hvordan blandingsmopper og mikrofibi-

bermopper skulle defineres, havde universitet haft en forpligtelse til at forklare dette i udbudsmaterialets kravspecifikation. Der er ikke fastsat sådanne krav. Selv hvis klagenævnet måtte mene, at der var fastsat mindstekrav herom, så vil disse være af en så uklar karakter, at universitetet var afskåret fra at håndhæve dem. MultiLine har ganske rigtigt rettet henvendelse og gjort gældende, at Stadsing A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt med (blandt andet) henvisning til manglende respekt for den sondring mellem mikrofiber- og blandingsgarnmopper, som MultiLine indlæser i kravspecifikationen. Aarhus Universitet har imidlertid ikke afvist tilbuddet fra Stadsing A/S med en sådan begrundelse. Begrundelsen for at afvise Stadsing A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt var, at tilbuddet indeholdt produkter med fosfonater i strid med specifikationerne, jf. den med universitets processkrift af 29. december 2015 fremlagte e-mail af 2. november 2015 til Stadsing A/S om afvisningen.

MultiLines anbringender om ukonditionsmæssighed af de varer (kalkfjerner og vaskemiddel), som Toprent A/S har tilbud på position 41 og 45, synes at bygge på en forudsætning om, at rangordenen for hudætsende produkter (H315 og H314) på den ene side, og øjenætsende produkter (H319 og H318) på den anden side, er to helt forskellige klassificeringer, der ikke kan sammenlignes. Det har derfor – ifølge MultiLine – den konsekvens, at selv hvor Aarhus Universitet har accepteret den farligste kategori H314 (svære ætsninger af huden og øjenskader), så indebærer dette ikke en accept i forhold til alvorlige øjenskader. Det er vanskeligt at følge, hvordan et produkt (linje 41 – kalkfjerner), der er acceptabelt trods klassificering i en kategori, der ifølge kravspecifikationen kunne medføre svære ætsninger af huden og øjenskader, skulle være ukonditionsmæssigt, fordi det forårsager alvorlig øjenskade.

Som det ses i den fremlagte oversigt over fareklassificeringer, er H314 og H318 lige farlige, mens H315 og H319 er lige farlige. Hvis et produkt må være klassificeret i H314 eller H318, kan alle fire mærkninger accepteres, mens både H315 og H319 kan accepteres, når der er specificeret H319. Der henvises tillige til forordning 1272/2008, som på side 91 og 95 klart kategoriserer H314 og H318 i kategori 1 (farligt) mens H315 og H319 er i kategori 2 (advarsel). Af afsnit 3.3.2.3 fremgår således også:

”... Hudætsende stoffer skal også anses for at fremkalde alvorlige øjenskader (kategori 1), mens hudirriterende stoffer kan anses for at fremkalde øjenirritation (kategori 2). ...”

Af krav 27 fremgår udtrykkeligt, at der er tale om den maksimale klassificering for hvert produkt, ”dvs. den i rangordenen af farekategorier højest rangerede, der er tilladt”. Aarhus Universitet har herved entydigt henvist til farekategorierne.

Toprent A/S har dermed fuldt ud overholdt alle fareklassificeringerne, idet der ikke i noget tilfælde er tilbudt et produkt, der er mere farligt end det specificerede.

Ad påstand 3

MultiLine har ikke i klageskriftet anført nærmere anbringender til støtte for påstanden, men har oplyst, at dette vil ske senere, når klagenævnet har taget stilling til spørgsmålet om opsættende virkning.

I sit processkrift af 27. december 2015 har MultiLine imidlertid fremført anbringender til støtte for påstand 3. MultiLine har herved gjort gældende, at Aarhus Universitet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 30, stk. 3, ved i sit forhandlingstema at fastsætte en række ”præmisser” for udbuddet med forhandling, som efter deres udtrykkelige ordlyd går ud på, at Aarhus Universitet efter modtagelsen af de reviderede forhandlingstilbud frit kunne vælge, om manglende opfyldelse af de fastsatte mindstekrav skulle føre til afvisning af tilbuddet eller ej, og frit kunne vælge at videreføre forhandlingerne med udvalgte tilbudsgivere med henblik på at sikre ”en højere grad af opfyldelse” af de fastsatte mindstekrav. De pågældende ”præmisser” har – i modsætning til, hvad universitet har anført i sin besvarelse af Klagenævnet for Udbuds spørgsmål – haft en faktisk ”forurenende” indvirkning på hele udbudsprocessen, som netop bærer præg af, at universitetet har håndhævet de fastsatte mindstekrav lemfældigt og vilkårligt. Aarhus Universitet har således på skift erklæret tilbuddene fra samtlige tilbudsgivere såvel konditionsmæssige som ukonditionsmæssige. Forløbet efterlader et samlet indtryk af, at Aarhus Universitet ikke af egen drift har foretaget en undersøgelse af, om mindstekravene var opfyldt, men blot har truffet en til-

delingsbeslutning og afventet, om der ville blive fremsat indsigelse om ukonditionsmæssighed fra de øvrige tilbudsgivere.

Som anført ad påstand 2 opfylder det vindende tilbud fra Toprent A/S ikke de i kravspecifikationen fastsatte mindstekrav. Aarhus Universitets beslutning om ikke at afvise tilbuddet fra Toprent A/S som ukonditionsmæssigt må netop ses som udtryk for, at universitet har anvendt de i ”forhandlings-temaet” fastsatte ”præmisser” til at se bort fra ”de ukonditionsmæssige dele uden at det medfører ukonditionsmæssighed af tilbuddet”. Samtidig har Aarhus Universitet afvist tilbuddet fra MultiLine som ukonditionsmæssigt. En sådan vilkårlig håndhævelse af de fastsatte mindstekrav er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 30, stk. 3.

De ”præmisser” for udbuddet med forhandling, som fremgår af ”forhandlings-temaet”, udgjorde under alle omstændigheder en væsentlig ændring af de oprindelige udbudsbetingelser, eftersom de udtrykkeligt gav Aarhus Universitet fri adgang til at se bort fra de fastsatte mindstekrav. Betingelserne for at anvende udbud med forhandling i udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a), var derfor ikke opfyldt.

Aarhus Universitet havde i svarskriftet bestridt, at beskrivelsen af forhandlings-temaer og udbudsprocessen skulle være i strid med udbudsreglerne, og havde i øvrigt anført, at påstanden som følge af MultiLines manglende anbringender ikke kunne imødegås yderligere på nuværende tidspunkt.

Vedrørende MultiLines anbringender i processkriftet af 28. december 2015 har Aarhus Universitet gjort gældende, at ”præmisserne” i praksis ikke er blevet anvendt og derfor ikke har haft nogen betydning for forhandlingsudbuddet og udbuddets udfald. MultiLines nye anbringender kan derfor ikke føre til, at påstand 3 – og påstanden om annulation – skal tages til følge.

MultiLines anbringender fremstår i det hele som efterrationaliseringer, der alene udspringer af klagenævnets spørgsmål til universitetet. MultiLine har på intet tidspunkt i processen været i tvivl om den stringente og konsekvente håndhævelse af mindstekravene. MultiLine ændrede således også i sit under forhandlingsudbuddet reviderede tilbud i de dele af tilbuddet, hvor MultiLine på forhånd var blevet bekendt med, at tilbuddet var ukonditions-mæssigt.

Hensigten med ”præmisserne” var at imødekomme, at alle tilbudsgiverne manglede evnen til at fremkomme med konditionsmæssige tilbud. Der var således ikke tale om et ”forurenende” forhold, men alene et forsøg på at afhjælpe, at det samme ville ske i den nye proces. Aarhus Universitet blev som anført i universitetets svar på klagenævnets spørgsmål imidlertid opmærksom på de anførte ”præmissers” tvivlsomme indhold. Universitetet holdt sig derfor indenfor de almindelige udbudsregler i forbindelse med vurderingen af tilbuddene.

Det bestrides, at udbudsprocessen bærer præg af lemfældig og vilkårlig håndhævelse af mindstekravene, idet disse netop på en gennemsigtig og konsekvent og dermed ligebehandlende måde er blevet anvendt på alle tilbudsgiveres tilbud, både i det offentlige udbud, hvor alle tilbudsgiveres tilbud erklæredes ukonditionsmæssige, og i forhandlingsrunden, hvor alle tilbud på nær Toprent A/S’ tilbud blev erklæret ukonditionsmæssige. Aarhus Universitet har foretaget helt sædvanlige undersøgelser af alle tilbud, men har naturligvis foretaget yderligere og grundigere undersøgelser, når universitetet af andre tilbudsgivere blev gjort opmærksom på konkrete forhold. Dette er ikke vilkårligt, men derimod helt i tråd med klagenævnets faste praksis.

Ad påstand 4

MultiLine har ikke anført nærmere anbringender til støtte for påstanden, men har oplyst, at dette vil ske senere, når klagenævnet har taget stilling til spørgsmålet om opsættende virkning.

Aarhus Universitet har gjort gældende ikke at have handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 42, stk. 5, og har bemærket, at tilbudsafgivelse per e-mail (fortsat) er en helt sædvanlig måde at modtage tilbud på i offentlige udbud. Som følge af MultiLines manglende anbringender kan påstanden ikke imødegås yderligere på nuværende tidspunkt.

Ad påstand 5

MultiLine har gjort gældende, at overtrædelserne i påstand 1 - 4 hver især er alvorlige og hver især har haft en væsentlig indvirkning på selskabets

mulighed for at få tildelt den udbudte rammeaftale. Der skal derfor ske annullation af tildelingsbeslutningen.

Aarhus Universitet har gjort gældende, at da der ikke grundlag for at tage påstand 1 - 4 til følge, skal tildelingsbeslutningen ikke annulleres.

Den i påstand 4 påståede overtrædelse har desuden, selv hvis påstanden – efter en konkretisering af, hvad den drejer sig om – mod forventning måtte blive taget til følge, ikke konkret har haft betydning for udfaldet, hvorfor der ikke foreligger en sådan konkret væsentlighed, at tildelingsbeslutningen kan annulleres, jf. således klagenævnets kendelse af 23. juni 2015, European Dynamics Luxembourg SA mod SKAT.

Universitetet har noteret sig, at der er enighed om, at påstand 6 ikke kan medføre annullation.

”Præmisserne” i forhandlingstemaet er i praksis ikke blevet anvendt og har derfor ikke haft nogen betydning for forhandlingsudbuddet og udbuddets udfald. MultiLines nye anbringender til støtte for påstand 1 og 3, jf. 5, kan derfor ikke føre til, at påstanden om annullation skal tages til følge.

Ad påstand 6

MultiLine har gjort gældende, at Aarhus Universitet har angivet standstill-perioden forkert i sin tildelingsmeddelelse af 27. november 2015, hvor det anføres, at den udløber ved udgangen af tirsdag den 8. december 2015. Det følger af håndhævelseslovens § 2, stk. 2, at en ordregivers underretning skal angive, hvornår standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, udløber. Håndhævelseslovens § 3, stk. 1, bestemmer, at standstill-perioden udgør 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiver har afsendt underretningen. Fristen skal beregnes efter reglerne i Rådets forordning nr. 1182/71 (”Fristforordningen”). Det følger heraf, at en tidsfrist, der udtrykkes i dage, udløber med udgangen af den sidste time på fristens sidste dag.

Fristen udløber dermed rettelig med udgangen af den sidste time den 7. december 2015. Aarhus Universitet har således handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2.

Aarhus Universitet har gjort gældende, at det følger af håndhævelseslovens § 3, stk. 2, nr. 1, at stk. 1 (om en 10-dages standstill-periode) ikke finder anvendelse, hvis en kontrakt tildeles ved udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse. Der er ikke i bestemmelsen henvist til udbudsdirektivets artikel 31, hvorfor bestemmelsen efter sin ordlyd angår alle tilfælde, hvor en udbudsbekendtgørelse ikke er afsendt.

Når en ordregiver anvender udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, til at overgå fra et offentligt eller begrænset udbud til et udbud med forhandling, er der formelt set tale om et helt nyt udbud, jf. også klagenævnets kendelse af 18. februar 2010, Mikro Værkstedet A/S mod Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte. Det oprindelige udbud annulleres, hvorefter der i princippet skal indrykkes en ny udbudsbekendtgørelse. Dette kan dog i medfør af artikel 30, stk. 1, litra a, 2. pkt., undlades, når de anførte betingelser er opfyldt.

Aarhus Universitet har med henvisning til artikel 30, stk. 1, litra a, 2. pkt., ikke offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i forbindelse med udbuddet med forhandling.

Der er dermed ikke efter håndhævelsesloven pligt til at afholde en standstill-periode. Den standstill-periode, som Aarhus Universitet afholdt, er således en frivillig standstill-periode. En sådan kan ordregiveren frit fastsætte længden af. Da der ikke foreligger en standstill-periode, jf. § 3, stk. 1, har Aarhus Universitet ikke tilsidesat håndhævelseslovens § 2, stk. 2, 2. led.

Aarhus Universitets almindelige EU-retlige forpligtelser er overholdt, idet universitetet frivilligt har afholdt en (forlænget) standstill-periode.

MultiLine skal derfor ikke have medhold i påstanden.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning:

MultiLine har gjort gældende, at opsættende virkning er nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab hos MultiLine. Der er tale om en for selskabet meget betydningsfuld rammeaftale, både for så vidt angår dens direkte økonomiske værdi, og for så vidt angår dens værdi som reference i fremtidige udbud. Det tab, som MultiLine vil lide ved ikke at få tildelt kontrakten, er ikke kvantificerbart, men er betydeligt.

Hvis MultiLine gives medhold i påstand 1, betyder det, at kontrakten rettelig burde være tildelt til MultiLine. Hvis MultiLine får medhold i de øvrige påstande, er det ensbetydende med, at udbudsprocessen bør omgøres. MultiLine har derfor åbenbar interesse i, at gennemførelsen af tildelingsbeslutningen udsættes, således at der ikke indgås kontrakt med Toprent A/S, inden klagenævnet har taget endelig stilling til klagen. Aarhus Universitet har derimod ingen anerkendelsesværdig interesse i, at et udbud med de anførte overtrædelser af udbudsreglerne føres til ende. En interesseafvejning må derfor falde ud til MultiLines fordel.

Aarhus Universitet har gjort gældende, at MultiLine ikke har løftet bevisbyrden for, at selskabet vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Der er ingen forhold, der taler for, at den manglende tildeling af kontrakt skulle true MultiLine på sin eksistens eller i øvrigt skulle kunne ændre markedspositionen på uoprettelig vis. Der er tale om et område som ofte sendes i udbud, og det er meget ofte de samme 4 - 5 virksomheder, der byder på opgaven. Dette er også tilfældet i denne sag. MultiLine er en stor aktør og har således en lang række referencer. Det er helt usandsynligt, at nærværende udbud skulle få særskilt betydning som reference i fremtidige sager, hvor en ordregiver (i modsætning til hvad der er sædvanligt) vælger at udbyde opgaven som et begrænset udbud. Tidligere referencer har ikke betydning for selve tildelingen.

En interesseafvejning må under alle omstændigheder falde ud til universitetets fordel.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer, jf. nedenfor ad påstand 6, afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud (tidligere håndhævelsesloven), der lyder:

”Stk. 1. Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter påstand tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Ad "*fumus boni juris*":

Ad påstand 1 og 3

Der er i krav 8 i kravspecifikationen stillet et klart mindstekrav om, at de tilbudte produkter blandt andet ikke må indeholde fosfonater. Ifølge databladet vedrørende de opvasketabletter, som MultiLine havde tilbudt, indeholder produktet fosfonater. Selvom MultiLine havde besvaret krav 18 bekræftende i den udfyldte kravspecifikation og uanset, at sikkerhedsdatabladet om opvasketabletterne ikke angiver et indhold af fosfonater, var der herefter en sådan tvivl om, hvorvidt mindstekravet var overholdt, at Aarhus Universitet efter indholdet af de fortsat gældende oprindelige udbudsbetingelser og kravspecifikation foreløbigt vurderet var forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsræssigt.

Det, som er anført i databladene om de tilbudte mopgarneres bæreevne sammenholdt med den anførte vægt, indebærer, at det fremstår, som om mopgarnerne ikke overholder mindstekrav 56 i kravspecifikationen om en bæreevne på mindst 500 % af egen vægt. Efter indholdet af de fortsat gældende oprindelige udbudsbetingelser og kravspecifikation var Aarhus Uni-

versitet efter en foreløbig vurdering herefter forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Den omstændighed, at der er tale om et udbud med forhandling, indebærer ikke, at Aarhus Universitet havde en videre adgang til at bortse fra manglende overholdelse af mindstekrav end under det forudgående offentlige udbud, endsige en pligt hertil.

Efter en foreløbig vurdering kan den omstændighed, at formålet med forhandlingsrunden i ”forhandlingstemaet” var anført at være, at ”tilbudsgiver får mulighed for at rette de fejl, der er konstateret i evalueringen og revidere de elementer af tilbuddet, tilbudsgiver måtte finde hensigtsmæssigt at rette set i lyset af evalueringen” ikke indebære, at universitet har forpligtet sig til at påpege elementer i de tidligere afgivne tilbud, som strider mod mindstekravene, og som ikke allerede var konstateret under de tilbudsevalueringer, der havde fundet sted i forbindelse med det offentlige udbud.

Det fremgår af ”præmisserne” i forhandlingstemaet af 14. november 2015:

”Præmissen for den skriftlige forhandling er, at ordregiver, ved konstatering af en ukonditionsmæssighed i det reviderede tilbud, kan vælge enten at gøre tilbuddet ukonditionsmæssigt eller se bort fra den/de ukonditionsmæssige dele uden at det medfører ukonditionsmæssighed af tilbuddet. Dette valg kan foretages for alle dele af tilbuddet.

Hvis der i tilbudslisten vurderes at være linjer, der er ukonditionsmæssigt udfyldt eller lider af en anden form for ukonditionsmæssighed, kan disse blive slettet i forbindelse med evalueringen, hvis ordregiver ikke vælger at gøre tilbuddet ukonditionsmæssigt, men det vil derefter være genstand for forhandling i forbindelse med kontraktindgåelsen med den vindende leverandør. Ordregiver tager forbehold for at medtage priser i linjer, der ikke til fulde opfylder mindstekravene og forhandle en højere grad af opfyldelse i forbindelse med kontraktindgåelsen.”

Klagenævnet finder, at disse ”præmisser” må forstås sådan, at Aarhus Universitet forbeholder sig adgang til, efter et så vidt ses vilkårligt valg, *enten* at tage tilbud i betragtning, som bedømt efter udbudsbetingelserne og kravspecifikationen strider mod mindstekravene og dermed efter de af universitetet fastsatte vilkår skal afvises som ukonditionsmæssige, *eller* at afvise tilbuddene. En sådan adgang til frit at vælge mellem at overholde egne ud-

budsvilkår eller undlade dette strider klart mod såvel ligebehandlingsprincippet som gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

Der foreligger ikke oplysninger om, at Aarhus Universitet, inden tilbuddene blev afgivet, har meddelt tilbudsgiverne, at de nævnte præmisser ikke ville blive anvendt, og at Aarhus Universitet således i overensstemmelse med de oprindelige udbudsbetingelser og den oprindelige kravspecifikation, som fortsat var gældende for udbuddet med forhandling, ville påse overholdelsen af de fastsatte mindstekrav på samme måde i forhold til alle tilbudsgiverne.

Der kan på den baggrund ikke udelukkes, at ”præmisserne” har påvirket forløbet af udbuddet med forhandling og udbuddets udfald.

Der er herefter udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge, i hvert fald for så vidt angår overtrædelsen af udbudsdirektivets artikel 2.

Da udbudsbetingelserne med ”præmisserne” om fri adgang for Aarhus Universitet til efter forgodtbefindende at antage eller afvise tilbud, som ikke overholdt de fastsatte mindstekrav, foreløbigt vurderet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling, kan der, udover det ovenfor anførte, ikke meningsfuldt tages stilling til påstand 1.

Ad påstand 2

Klagenævnet finder, at der ikke efter indholdet af kravspecifikationens punkt 4.1.2 og 4.2.2 sammenholdt med tilbudslisten kan udledes et krav – endsige et mindstekrav – hvorefter de mopper, som tilbydes under varelinje 24 og 25 (mopper af blandingsgarn) ikke samtidig må være ”mikrofiber-mopper”. De mopper, som Toprent A/S har tilbudt på de pågældende varelinjer, består af 80 % polyester og 20 % polyamid, og er dermed, uanset om de samtidig måtte være ”mikrofibermopper”, mopper af to forskellige garnmaterialer. De må dermed efter en sædvanlig sproglig forståelse anses for også at være mopper af blandingsgarn.

Ifølge krav 27, som justeret ved svaret af 25. august 2015, er den for kalkfjernere maksimalt tilladte fareklasseklassificering ”H314: Forårsager svære ætsninger af huden og øjenskader”.

For maskinopvasketabs er den maksimalt tilladte fareklasseklassificering ”H318: Forårsager alvorlig øjenskade”.

Af krav 27 følger endvidere, at den nævnte klassificering for hver af de beskrevne produkter er ”den i rangordenen af farekategorier højest rangerede, der er tilladt”. Betydningen heraf er ikke fuldstændig klar, men da der er tale om et mindstekrav, påhviler risikoen for denne uklarhed Aarhus Universitet som ordregiver. Kravet må derfor foreløbigt vurderet forstås sådan, at produkter, som indenfor de respektive kategorier hudætsende produkter (H315 og H314) og øjenætsende produkter (H319 og H318) er på samme fareklasseniveau som den fareklasse, der ifølge krav 27 maksimalt tillades for en produkttype (f.eks. kalkfjerner), også accepteres. Når der således for kalkfjerner inden for kategorien af hudætsende produkter tillades ”H314: Forårsager svære ætsninger af huden og øjenskader”, må krav 27 forstås sådan, at fareklassen på samme niveau inden for kategorien for øjenætsende produkter (”H318: Alvorlig øjenskade”) også tillades.

Toprent A/S har vedrørende varelinje 41 og 45 tilbudt en kalkfjerner ”Lime Acid 770” og et vaskepulver ”TopTex Hvid Tøjvask 100”. De pågældende produkter er begge klassificeret som ”H315 Forårsager hudirritation” og ”H318: Forårsager alvorlig øjenskade”.

”H315 Forårsager hudirritation” og ”H318: Forårsager alvorlig øjenskade” er henholdsvis en lavere fareklassificering og på niveau svarende til den for kalkfjerner gældende maksimale fareklasseklassificering ”H314: Forårsager svære ætsninger af huden og øjenskader”. Efter en foreløbig vurdering overholder den af Toprent A/S tilbudte kalkfjerner dermed mindstekrav 27.

”H315 Forårsager hudirritation” og ”H318: Forårsager alvorlig øjenskade” er henholdsvis en lavere fareklassificering og den for maskinopvasketabs gældende maksimale fareklasseklassificering ”H318: Forårsager alvorlig øjenskade”. Efter en foreløbig vurdering overholder de af Toprent A/S tilbudte maskinopvasketabs dermed mindstekrav 27.

Som anført ad påstand 1 og 3 kunne udbudsbetingelserne med ”præmisserne” om fri adgang for Aarhus Universitet til efter forgodtbefindende at antage eller afvise tilbud, som ikke overholdt de af universitetet fastsatte mindstekrav, efter en foreløbig vurdering ikke danne grundlag for en lovlig

tildeling. Udover det, som er anført ovenfor, kan der derfor ikke meningsfuldt tages stilling til påstand 2.

Ad påstand 4

MultiLine er ikke fremkommet med anbringender til støtte for denne påstand.

Klagenævnet har følgelig intet grundlag for at bedømme udsigten til, at påstanden tages til følge.

Ad påstand 5 og betingelsen om ”fumus boni juris”

Der er som anført ad påstand 1 og 3 udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge, i hvert for så vidt angår den påståede overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 2.

Det kan, jf. det ad påstand 1 og 3 anførte, ikke udelukkes, at ”præmisserne” om fri adgang for Aarhus Universitet til efter forgodtbefindende at antage eller afvise tilbud, som ikke overholdt de af universitetet fastsatte mindstekrav, har påvirket forløbet af udbuddet med forhandling og udbuddets udfald.

På den baggrund er der udsigt til, at påstanden om annulation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er dermed opfyldt.

Ad påstand 6

Kontroldirektivet (direktiv 89/665/EØF, som senest ændret ved direktiv 2007/66/EF) artikel 2, stk. 3, lyder:

”Når der for et organ i første instans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, indbringes en klage over en beslutning om tildeling af en kontrakt, påser medlemsstaterne, at den ordregivende myndighed først kan indgå kontrakten, når klageinstansen har truffet afgørelse enten vedrørende en begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage. Suspensionen ophører tidligst ved udløbet af standstill-perioden i artikel 2a, stk. 2, og artikel 2d, stk. 4.”

Efter artikel 2a, stk. 2, må kontrakter omfattet af udbudsdirektivet tidligst indgå efter udløbet af en automatisk standstill-periode på mindst 10 kalenderdage fra elektronisk fremsendelse til tilbudsgiverne af tildelingsmeddelelsen (ellers 15 kalenderdage). Medlemsstaterne kan efter artikel 2b fastsætte, at ”fristerne i dette direktivs artikel 2a, stk. 2, ikke finder anvendelse på [blandt andet] ”a) tilfælde, hvor direktiv 2004/18/EF ikke kræver forudgående offentliggørelse i Den Europæiske Unions Tidende”.

I præamblen til direktiv 2007/66/EF er behovet for at indføre en minimumsstandstill-frist omtalt i betragtning 4 - 7. Ifølge præambelbetragtning 8 finder minimumsstandstill-perioden ikke anvendelse, hvis der ikke efter direktiv 2004/18/EF eller direktiv 2004/17/EF er krav om forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse:

”... især i sager af yderst hastende karakter, jf. artikel 31, stk. 1, litra c), i direktiv 2004/18/EF eller artikel 40, stk. 3, litra d), i direktiv 2004/17/EF. I sådanne tilfælde er det tilstrækkeligt at sikre effektive klageprocedurer efter indgåelse af kontrakten. ...”

Ifølge håndhævelseslovens § 3, stk. 2, nr. 1, finder bestemmelsen i stk. 1 om en 10-dages standstill-periode ikke anvendelse, hvis en kontrakt tildeles ved udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse.

Bestemmelsen omfatter efter sit indhold udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, 2. pkt.

Det udbud, som denne klagesag vedrører, er et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, 2. pkt. Den omstændighed, at udbuddet er sket i fortsættelse af et udbud med forudgående udbudsbekendtgørelse, ændrer ikke på, at der er tale om et nyt udbud, og herunder et udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. herved klagenævnets kendelse af 18. februar 2010, Mikro Værkstedet A/S mod Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte.

Den standstill-periode, som Aarhus Universitet i tildelingsmeddelelsen af 27. november 2015 har anført at ville afholde, er herefter ikke omfattet af håndhævelseslovens § 3, stk. 1, og falder efter ordlyden også inden for und-

tagelsen i kontroldirektivets artikel 2b til bestemmelsen i artikel 2a, stk. 2, om den i øvrigt obligatoriske standstill-frist på minimum 10 kalenderdage.

Aarhus Universitet har ved tildelingsmeddelelsen af 27. november 2015 fastsat en standstill-frist med udløb den 8. december 2015, som giver de tilbudsgivere, hvis tilbud ikke blev antaget, rimelig frist til at fremsætte anmodning om opsættende virkning, jf. – for så vidt som disse afgørelser måtte have betydning i de tilfælde, hvor de i medfør af kontroldirektivet fastsatte standstill-bestemmelser ikke finder anvendelse – dommene i sag C-81/98, Alcatel, og C-212/02, Kommissionen mod Østrig.

Da den af Aarhus Universitet fastsatte standstill-frist ikke følger af håndhævelseslovens § 3, stk. 1, er angivelsen af tidspunktet for dens udløb ikke i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, jf. § 3, stk. 1.

Der er herefter ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ovennævnte er baggrunden for, at klagenævnets kendelse om opsættende virkning træffes i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud (tidligere håndhævelsesloven) § 12, stk. 1.

Ad uopsættelighed:

Det kan ikke antages, at erstatning – hvis betingelserne herfor er opfyldt – ikke vil kunne kompensere MultiLine for det tab, som MultiLine muligt vil lide, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og Aarhus Universitet herefter indgår kontrakt, hvorefter det efterfølgende konstateres, at universitetet har begået en eller flere af de påståede overtrædelser.

Da betingelse nr. 2 ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig