

K E N D E L S E

Euro Group v/Per Engelbrechtsen  
(advokat Thomas Heintzelmann, Aarhus)

mod

Aarhus Kommune  
(advokat Mette Høgh, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 054-119148 af 15. marts 2018, offentliggjort den 17. marts 2018, udbød Aarhus Kommune som begrænset udbud en rammeaftale om levering af affaldssystemer til nedgravning.

4 virksomheder blev prækvalificeret, og 3 af disse, herunder Rubæk & Co A/S og Euro Group v/Per Engelbrechtsen (herefter Euro Group), afgav tilbud inden tilbudsfristens udløb.

Den 3. oktober 2018 meddelte Aarhus Kommune, at kommunen havde til hensigt at tildele kontrakten til Rubæk & Co A/S. Det blev samtidig meddelt, at Euro Groups tilbud ikke var taget i betragtning.

Den 15. oktober 2018 indgav Euro Group klage til Klagenævnet for Udbud over Aarhus Kommune. Euro Group 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 14. november 2018 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

Euro Group har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise Euro Groups tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Aarhus Kommunes beslutning af 3. oktober 2018 om at tildele den udbudte kontrakt til Rubæk & Co. A/S.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Det fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 5, at tildelingskriteriet for rammeaftalen er det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra kriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” med underkriterierne ”pris” (vægt 35 %), ”æstetik og brugervenlighed” (vægt 25 %), ”materialer, funktionalitet og driftsstabilitet” (vægt 30 %) og ”vedligehold” (vægt 10 %).

Af udbudsbetingelserne fremgår endvidere:

## ”3. Udbuddets genstand

## 3.1 Beskrivelse af det udbudte område

Disse udbudsbetingelser omfatter de krav, der stilles til tilbudsgivere, som ønsker at komme i betragtning som leverandør til Aarhus Kommune inden for området:

Levering af komplette nedgravede affaldssystemer til følgende fraktioner:

- glas, plast, metal og batterier
- papir og pap
- restaffald

...

## 7.4.3. Udarbejdelse af tilbuddet

Alle punkter i udbudsbetingelserne besvares af tilbudsgiver, jf. tilbudsdispositionen afsnit 8, da vurderingen foretages på grundlag af disse punkter.

..”

Herefter er der i afsnit 8 anført en tilbudsdisposition indeholdende alle kravene til tilbuddet. Som pkt. 9 i dispositionen er angivet:

”Der skal leveres vareprøver.”

Kravet om indlevering af vareprøver fremgår endvidere af udbudsbetingelsernes afsnit 7.5:

”Til brug for vurdering af de kvalitative underkriterier og en vurdering af kravenes overholdelse i de indkomne tilbud skal tilbudsgiver i forbindelse med tilbuddet stille vareprøver til rådighed for Aarhus Kommune i den i afsnit 2.1 og 7.5.1 angivne periode.

Vareprøverne leveres samtidig med indlevering af tilbud på den i afsnit 2.1 nævnte adresse. Vareprøverne skal leveres pakket på samme måde, som de vil blive leveret i kontraktperioden. De leverede vareprøver skal afspejle, hvordan produktet vil tage sig ud. Leveringen sker for tilbudsgivers regning.

...”

Fristen for indlevering af tilbud er i udbudsbetingelsernes afsnit 7.2. angivet til den 4. juni 2018, kl. 12.00. Af udbudsbetingelsernes afsnit 2.1. fremgår endvidere følgende om tidsfrister:

”2. Praktiske oplysninger

2.1. Tidsfrister

..

<b>Tilbudsfrist</b>	4. juni 2018, kl. 12.00.
<b>Indlevering af vareprøver</b>	4. juni 2018, kl. 12.00. Vareprøver afleveres i tidsperioden kl. 8:00 – 14:00 på flg. adresse: Bautavej 1 8210 Aarhus V Att: Brian Langhoff

...”

Undervejs i udbudsprocessen blev tilbudsfristen og fristen for indlevering af vareprøver udskudt. Aarhus Kommune oplyste således den 25. maj 2018 ved besvarelse af to spørgsmål (spørgsmål 16 og 17) følgende:

”For at imødekomme flere tilbudsgiveres forespørgsel om udskydelse af tilbudsfrist af hensyn til produktion og levering af vareprøver, besluttes det at flytte tilbudsfrist til d. 22. august 2018, kl. 12.00 (dette er også datoen hvor vareprøver senest skal leveres).”

Ved tilbudsfristens udløb havde Aarhus Kommune modtaget 3 skriftlige tilbud fra

- Euro Group
- Rubæk & Co A/S
- HUMUS-Genplast

Aarhus Kommune har oplyst, at Rubæk & Co A/S havde indleveret sine vareprøver forud for fristdagen, hvorimod Euro Group og HUMUS-Genplast først leverede vareprøverne på fristdagen. Det er i den forbindelse oplyst, at HUMUS-Genplast ikke inden fristens udløb leverede komplette vareprøver på alle 3 containersystemer, idet HUMUS-Genplast alene leverede tårne til alle 3 containere (den overjordiske del) samt 1 container (den underjordiske del) til anvendelse i 2 af containertyperne (papir og pap samt restaffald). Det er endvidere oplyst, at alle Euro Groups vareprøver befandt sig på pladsen inden kl. 12.00 den 22. august 2018. Vareprøverne var imidlertid ikke færdigmonteret på dette tidspunkt, og Euro Group foretog justeringer på vareprøverne efter kl. 12.00.

Den 3. oktober 2018 meddelte Aarhus Kommune, at kommunen havde til hensigt at tildele kontrakten til Rubæk & Co A/S. Det blev samtidig meddelt, at Euro Groups tilbud ikke var taget i betragtning. Af brevet fremgår bl.a. følgende:

”AffaldVarme Aarhus, Affald må desværre meddele, at vi ikke har kunne tage jeres tilbud i betragtning. Dette skyldes, at I ikke har leveret hele jeres tilbud inden tilbudsfristens udløb den 22. august 2018, kl. 12.00, da jeres vareprøver ikke var leveret ved tilbudsfristens udløb.

Efter aflæsning af vareprøver på Bautavej 1 gik to medarbejdere fra Euro Group i gang med at arbejde med de leverede vareprøver. Dette arbejde foregik hen over kl. 12.00 og fortsatte frem til minimum kl. 12.30.

Da det ikke har været muligt for AffaldVarme Aarhus, Affald at identificere, hvad der præcist var leveret den 22. august 2018, kl. 12.00, har vi desværre ikke kunne tage jeres tilbud i betragtning.

...”

Euro Group gjorde ved mail af 4. oktober 2018 indsigelse mod Aarhus Kommunes beslutning og rejste i den forbindelse spørgsmål om, hvorfor tilbuddet fra HUMUS-Genplast ikke også var blevet anset for ukonditions-mæssigt, da HUMUS- Genplast ikke havde leveret komplette vareprøver.

I sit svar af 8. oktober 2018 oplyste kommunen bl.a. følgende:

”...

HUMUS-Genplast har ifølge AffaldVarmes vurdering leveret vareprøver inden tilbudsfristens udløb. HUMUS-Genplast har i forbindelse med levering af vareprøver dog ikke leveret en container passende til GPM [glas/plast/metal]. Jeg går ud fra at det er, hvad billeddokumentationen synes at vise.

Det har derfor ikke været muligt for AffaldVarme i forbindelse med tilbudsevalueringen at vurdere en række underpunkter relateret til GPM i underkriterierne æstetik og brugervenlighed, Materialer, funktionalitet og driftsstabilitet samt Vedligehold, service og garanti. Af denne grund har AffaldVarme afgivet karakteren 0 for den del af disse underpunkter, der relaterer sig til GPM, hvilket har trukket ned i den samlede vurdering af underkriterierne for HUMUS-Genplast.

I tilfælde af at AffaldVarme skulle have udelukket HUMUS-Genplast havde dette ikke ændret på evaluerings udfald, da HUMUS-Genplast ikke vinder aftalen.

...”

Aarhus Kommune har til brug for klagesagen indhentet en udtalelse fra Brian Langhoff, værkstedsleder ved AffaldVarme Aarhus. Af udtalelsen fremgår følgende:

”Hvornår indleverede EUROGROUP deres vareprøver?

Euro Group ankom med det første læs af vareprøver om morgenen d. 22. august 2018. Det sidste læs vareprøver var på afleveringspladsen kort før kl. 12. d. 22. august 2018.

Stod EUROGROUPs vareprøver færdige den 22. august, kl. 12, eller fortsatte arbejdet herpå efterfølgende?

Euro Groups vareprøver var kl. 12 d. 22. august 2018 ikke færdigmonterede. Euro Group fortsatte med at arbejde på vareprøverne efter kl. 12.

Er der andre, der kan bevidne dette?

En af de andre tilbudsgivere, Hans Jørgen Rasmussen fra Humus-Genplast, var også tilstede på pladsen op til afleveringsfristen kl. 12 og i tiden efter.

Hans Jørgen Rasmussen står ca. 2 meter væk fra Euro Groups mandskab. Efter kl. 12 siger Hans Jørgen Rasmussen, at Euro Group ikke må samle og skrue på vareprøverne efter tilbudsfristen kl. 12. Euro Group reagerer ikke på dette.

Vil du beskrive hændelsesforløbet?

Omkring kl. 11:45 kommer Per Engelbrechtsen fra Euro Group løbende over til mig. Per virker til at have meget travlt. Per siger til mig, at de [Euro Group] ved en fejl har afleveret tårne med en forkert lak. Per fortæller videre, at de [Euro Group] derfor nu er i gang med at montere reservedele fra de tårne, de leverede først på dagen, til de tårne, som står på pladsen nu. Per siger, at de [Euro Group] blandt andet er i gang med at montere tromlen og andet ved de andre indkasttyper. Per spørger mig, om de gerne må samle systemerne på den plads, som de står på nu. Det skal siges, at de [Euro Group] på det tidspunkt befinder sig på et andet sted på grunden end, hvor afleveringsstedet præcist er - omkring 50 til 100 meter væk. Jeg svarer til Per, at de skal flytte vareprøverne over til afleveringsstedet.

Aftalte medarbejdere hos EUROGROUP med dig, at der kunne foretages finjusteringer mv. på vareprøverne frem til kl. 12:30?

Nej, jeg har ikke aftalt med Per eller andre fra Euro Group, at de måtte lave noget på vareprøverne efter kl. 12, som var fristen for aflevering. Jeg udtalte mig kun om, at de skulle flytte vareprøverne over til afleveringsstedet, hvor de øvrige vareprøver stod. Jeg blev ikke spurgt til, om de [Euro Group] måtte arbejde på vareprøverne til et bestemt tidspunkt.

Kunne du konstatere, hvilke reservedele mv. der var monteret kl. 12, og hvad der blev monteret efterfølgende?

Nej, det kunne jeg ikke se.

Hvornår afsluttede EUROGROUP deres arbejde på vareprøverne?

Jeg forlod pladsen på et tidspunkt efter kl. 12, hvor Euro Group stadig var i gang med at arbejde på vareprøverne. Omkring kl. 13:30 går jeg forbi afleveringspladsen igen. Her kan jeg se, at Euro Group stadig arbejder på deres vareprøver.”

Efter afsigelsen af klagenævnets delkendelse af 14. november 2018 har Euro Group stillet en række yderligere spørgsmål til Brian Langhoff.

Af en erklæring af 5. december 2018 underskrevet af Brian Langhoff fremgår følgende:

»

Euro Group har d. 10. november 2018 stillet Brian Langhoff, værkstedsleder ved AffaldVarme Aarhus, ni spørgsmål vedrørende den igangværende klagesag til Klagenævnet for Udbud.

I spørgsmålene refereres der til d. 21. august 2018. Da spørgsmålene omhandler dagen for tilbudsfrist d. 22. august 2018, besvares spørgsmålene ud fra datoen d. 22. august 2018.

I det følgende besvarer Brian Langhoff hvert spørgsmål.

#### **Spørgsmål og svar 1**

Hvorledes registrerede du, hvilke vareprøver der blev indleveret på afleveringspladsen?

Svar: Jeg var på pladsen af flere omgange på dagen for tilbudsfrist og så, hvad der blev afleveret fra hver af de tre virksomheder.

#### **Spørgsmål og svar 2**

Hvorledes registrerede du, hvilke vareprøver HUMUS-Genplast indleverede inden kl. 12.00 den 21.8.2018?

Svar: Jeg var på pladsen på dagen for tilbudsfrist og så, hvad HUMUS-Genplast afleverede.

#### **Spørgsmål og svar 3**

Modtog du fra EUROGROUP følgebrev af 21.8.2018 i forbindelse med levering af det anførte i følgebrevene, jfr. bilag 10, inden kl. 12.00 den 21.8.2018?

Svar: Jeg modtog ikke følgebrev fra Euro Group d. 22. august 2018 inden kl. 12, da de selv transporterede vareprøverne. Jeg fik en teknisk beskrivelse af Euro Groups vareprøver fra Per Engelbrechtsen.

#### **Spørgsmål og svar 4**

Ved bekræftende besvarelse af spørgsmål 3 bedes du oplyse, om der fra EURO GROUPS side inden kl. 12.00 den 21.8.2018 blev leveret de i følgebrevet anførte leverancer, nærmere specificeret her:

2 stk bundrammer med justerbar fødder.  
3 stk stålrammer (under del og overdel).  
6 stk kontravægte.  
2 stk færdig monteret sikkerhedshegn.  
1 stk usamlet sikkerhedshegn.

1 stk inder container til restaffald 4m3.samt indkastnings søjle dertil.  
1 stk inder container til papir 4m3 samt indkastnings søjle dertil.  
1 stk inder container til glas/plast/metal samt indkastnings søjle dertil.

Svar: Så vidt jeg kunne se, havde Euro Group leveret alle dele af vareprøverne inden kl. 12 d. 22. august 2018. Jeg kunne se bundrammer, stålrammer, kontravægte, sikkerhedshegn, containere og indkastsøjler. Men indkastsøjler var ikke færdigmonterede.

#### **Spørgsmål og svar 5**

Kontaktede du indkøbsafdelingen i Aarhus Vand telefonisk den 21.8.2018 inden kl. 12.00 med forespørgsel om, hvilket svar EURO GROUP skulle have på forespørgsel om, hvorvidt det var i orden at lave justeringer på de leverede vareprøver?

Svar: Jeg ringede til Indkøb i Teknik og Miljø inden kl. 12. d. 22. august 2018 og gav dem en status på, hvordan det gik med afleveringen af vareprøver. Jeg spurgte Indkøb, om virksomhederne måtte justere på vareprøverne. Indkøb svarede, at virksomhederne gerne måtte arbejde på vareprøverne.

#### **Spørgsmål og svar 6**

Hvorledes svarede du EURO GROUP på forespørgslen omtalt i spørgsmål 5?

Svar: Inden kl. 12 svarede jeg Euro Group, at de gerne måtte justere på vareprøverne, men vi talte slet ikke om, hvorvidt de måtte arbejde på vareprøverne til et bestemt tidspunkt. Jeg blev hverken spurgt om, om de måtte justere til et bestemt tidspunkt, og jeg sagde heller ikke selv, at de måtte justere til et bestemt tidspunkt.

#### **Spørgsmål og svar 7**

Var EURO GROUPS vareprøver på afleveringsstedet kl. 12.00 den 21.8.2018?

Svar: Ja, vareprøverne var på afleveringsstedet kl. 12 d. 22. august 2018.

#### **Spørgsmål og svar 8**

Kunne du konstatere, hvilke vareprøver der var leveret kl. 12.00 af EURO GROUP?

Svar: Jeg kunne se, at de overordnede vareprøver var der, men jeg kunne ikke se præcist, hvad der var afleveret. Der lå løse tromler, løse papirindkast og så videre ved siden af, og tre mand gik og arbejdede på dem. Indkastene var ikke færdigmonterede.

### **Spørgsmål og svar 9**

Hjælper medarbejder fra AffaldVarme tidligere på dagen d 21.8.2018 inden kl. 12.00, med at aflæse 3 stk. indercontainer, bundrammer, stålrammer, kontravægte og sikkerhedshegn?

Svar: Der var en medarbejder, som hjalp med at aflæse.

»

Af en yderligere erklæring af 3. januar 2019 underskrevet af Brian Langhoff fremgår følgende:

»

### **Spørgsmål og svar 10**

I forlængelse af svar 3 bedes du oplyse om den omtalte tekniske beskrivelse fra Per Engelbrechtsens side var mundtlig eller skriftlig.

Svar: Den tekniske beskrivelse var skriftlig. Det var et datablad. Jeg har ikke papiret længere, da Per oplyste, at det var det samme, som han afleverede elektronisk. Papiret blev derfor ikke gemt, fordi det var gemt elektronisk.

### **Spørgsmål og svar 11**

I svar af 19.10.2018, jfr. bilag A i din beskrivelse af hændelsesforløbet, anfører du "omkring kl. 11.45 kommer Per Engelbrechtsen fra Euro Group løbende over til mig." Er det denne henvendelse, som får dig til at ringe til Indkøb i Teknik og Miljø, som omtalt i dit svar 5?

Svar: Det var det ikke. Jeg ringede til Indkøb lidt før kl. 12 for generelt at fortælle dem om, hvordan det stod til på pladsen i forhold til alle virksomheder, der skulle aflevere vareprøver. I den forbindelse spørger jeg, om Euro Group må skrue på deres vareprøver og får svaret om, at de gerne må arbejde på vareprøverne.

### **Spørgsmål og svar 12**

Du anfører i svar 5, at Indkøb svarede, at virksomhederne gerne måtte arbejde på vareprøverne. Er det dette svar, som du viderebringer til Euro Group, idet du i svar 6 omtaler, at du "inden kl. 12" svarede Euro Group.

Svar: Ja.

**Spørgsmål og svar 13**

Lå der i dit svar til Euro Group, at der således måtte arbejdes på vareprøverne efter kl. 12 uden at der dog blev talt om hvorvidt, at de måtte arbejde på vareprøverne til et bestemt tidspunkt.

Svar: Der lå ikke i mit svar, at Euro Group måtte arbejde på vareprøverne efter kl. 12. Jeg har ikke på noget tidspunkt oplyst dem om, hvor lang tid de måtte skrue.

**Spørgsmål og svar 14**

Bestod arbejdet med vareprøverne fra Euro Groups side efter kl. 12 i justering af indkastsøjler?

Svar: Efter kl. 12 var Euro Group ved at montere tromler, papirindkast og indsats til glas, plast og metal. Bl.a. stod de og fastmonterede indkastrør indvendigt i tårnet. Det var ikke bare en justering af indkast, det var montering.

**Spørgsmål og svar 15**

Du omtaler i svar 8, at der bl.a. lå løse tromler. Lå der fortsat løse tromler kl. 12?

Svar: Som jeg husker det, lå der løse indsatsdele på jorden – blandt andet tromle. ”

## Parternes anbringender

### Ad påstand 1

Euro Group har gjort gældende, at virksomheden havde indleveret de 3 foreskrevne vareprøver inden kl. 12.00 den 22. august 2018, hvorfor Aarhus Kommune har været uberettiget til ikke at tage Euro Groups tilbud i betragtning.

Levering af de 3 vareprøver må således anses for at være sket rettidigt, da vareprøverne var på afleveringspladsen inden kl. 12.00, og Euro Group ikke foretog arbejder på vareprøverne efter kl. 14.00. Euro Group har i den forbindelse gjort gældende, at udbudsbetingelserne fremstår uklare, idet det i udbudsbetingelserne vedrørende tidspunktet for aflevering af vareprøverne er anført, at vareprøver afleveres i tidsperioden kl. 8.00 - 14.00. Euro Group har derfor med rette kunnet fortolke udbudsbetingelserne således, at vareprøverne blot skulle være leveret inden kl. 12.00 den pågældende dag, men at der kunne arbejdes på disse frem til kl. 14.00. Sådan blev det også fortolket af Brian Langhoff den pågældende dag, og det var efter aftale med Brian Langhoff, at Euro Groups medarbejdere efter kl. 12.00 foretog finjuste-

ringer mv. på de afleverede vareprøver. Efter den udmelding, som Brian Langhoff kom med lige inden kl. 12.00 om, at der fortsat måtte arbejdes på vareprøverne, har Euro Group været i god tro med hensyn, at der var givet accept af, at der måtte arbejdes udover kl. 12.00. Det er ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, at det blev aftalt, at der måtte arbejdes på vareprøverne til efter kl. 12.00, da Brian Langhoffs udtalelser må forstås således, at alle virksomhederne gerne måtte arbejde videre på deres vareprøver.

Aarhus Kommune har derfor været forpligtet til at tage Euro Groups tilbud i betragtning.

Euro Group har endvidere gjort gældende, at Aarhus Kommune har behandlet Euro Group og HUMUS-Genplast væsentligt forskelligt. Kommunen har erklæret Euro Groups tilbud for ukonditionsmæssigt, uanset at det erkendes, at der var leveret noget indenfor fristen. Kommunen har derimod ikke kasseret HUMUS-Genplasts tilbud trods de manglende vareprøver, men derimod alene ladet det påvirke pointgivningen indenfor et enkelt underpunkt. En sådan forskelsbehandling er klart i strid med ligebehandlingsprincippet. Da kommunen har valgt at tage HUMUS-Genplasts tilbud i betragtning på trods af virksomhedens manglende opfyldelse af kravet om levering af 3 vareprøver, er kommunen tillige forpligtet til at foretage den samme bedømmelse overfor Euro Group og ikke kassere Euro Groups tilbud. Det er i den forbindelse uden betydning, at HUMUS-Genplast ikke vandt aftalen.

Aarhus Kommune anførte i sit brev af 3. oktober 2018, at det ikke havde været muligt for AffaldVarme at identificere, hvad Euro Group præcist havde leveret ved afleveringsfristen. Efter de besvarelser, som Brian Langhoff har afgivet efter klagenævnets delkendelse, viser det sig nu, at alle dele af Euro Groups vareprøver var leveret inden for fristen, og at der blot var tale om, at nogle indkastsøjler ikke var færdigmonteret.

Hvis klagenævnet finder, at der ikke er indgået aftale om, at der måtte arbejdes videre på vareprøverne efter kl. 12.00, har Aarhus Kommune i det mindste været forpligtet til at antage tilbuddet og pointsætte i henhold til omfanget af de leverede vareprøver.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at Euro Groups tilbud var ukonditionsmæssigt som følge af den manglende rettidige aflevering af vareprøver,

hvorfor kommunen var såvel berettiget som forpligtet til at afvise tilbuddet fra Euro Group.

Kravet om, at der skulle leveres vareprøver, fremgik utvetydigt af udbudsbetingelsernes afsnit 7.5 og 7.4.3, jf. afsnit 8, pkt. 9. Det fremgik ligeledes klart af udbudsbetingelserne, at fristen for levering af vareprøverne var sammenfaldende med fristen for indlevering af tilbuddet i øvrigt, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 2.1 og 7.5. Også ved udskydelsen af tilbudsfristen i henhold til rettelsesbladet af 25. maj 2018 blev det tydeligt kommunikeret, at tilbudsfristen var sammenfaldende med fristen for indlevering af vareprøver. Ved besvarelsen af spørgsmål 16 og 17 udskød kommunen således tilbudsfristen med en samtidig bemærkning om, at ”dette er også datoen hvor vareprøver senest skal leveres”.

På baggrund af det ovenstående må Euro Groups anbringende om, at Aarhus Kommunes udbudsmateriale har været uklart for så vidt angår tidspunktet for aflevering af vareprøverne, afvises som udokumenteret. Det forhold, at kommunen i udbudsmaterialet også gav en for tilbudsgiverne helt nødvendig oplysning om, inden for hvilket dagligt tidsinterval (kl. 8.00 – 14.00) vareprøverne kunne leveres, og hvor levering skulle ske, ændrer ikke på den udtrykkeligt meddelte seneste frist for levering af vareprøver, ligesom det ikke ændrer på, at denne frist selvsagt skulle overholdes.

Det kan også konstateres, at forståelsen af udbudsmaterialet ikke har givet anledning til tvivl hos tilbudsgiverne under udbuddet, idet ingen af tilbudsgiverne under udbuddet havde nogle spørgsmål hertil. Også Euro Group selv synes på dagen for levering af vareprøverne at have haft en klar forståelse af, af fristen for leveringen af vareprøverne udløb kl. 12, idet Per Engelbrechtsen fra Euro Group kl. 11.45 virkede til at have meget travlt, jf. Brian Langhoffs udtalelse.

Det kan herefter lægges til grund, at udbudsmaterialet indeholdt en klar og utvetydig frist for aflevering af vareprøverne.

Aarhus Kommune bestrider ikke, at Euro Groups vareprøver/dele af vareprøverne var aflæsset på pladsen ved fristens udløb den 22. august 2018, kl. 12.00. Problemet var derimod, at Euro Group ubestridt fortsatte med at arbejde på de leverede vareprøver hen over og efter fristens udløb, og der var dermed ikke leveret en færdig vareprøve ved fristens udløb. Euro Group

overholdt dermed utvivlsomt ikke tilbudsfristen, hvilket Euro Group efter fast klagenævnspraksis udelukkende selv bærer risikoen for. Tværtimod forsøgte Euro Group efter tilbudsfristens udløb i strid med ligebehandlingsprincippet at forbedre sit tilbud.

Aarhus Kommune havde ikke mulighed for at neutralisere denne fristoverskridelse fra Euro Groups side, idet det som følge af de fortsatte arbejder ikke var muligt for kommunen at konstatere, i hvilken stand vareprøven havde været på tidspunktet for tilbudsfristens udløb. Kommunen kunne med andre ord ikke eliminere den konkurrencefordel, som Euro Group havde tiltaget sig ved at have længere tid til at færdiggøre sine vareprøver end de øvrige tilbudsgivere.

Aarhus Kommune bestrider, at kommunens værkstedsleder, Brian Langhoff, skulle have fortolket på udbudsmaterialet, endsige have indlagt en fortolkning om, at fristen for aflevering af vareprøver kunne udvides, ligesom Brian Langhoff ikke – som påstået af Euro Group – kan bevidne, at de færdige vareprøver var leveret inden for tilbudsfristen. Der er ingen modstrid mellem de besvarelser, som Brian Langhoff har givet før og efter afsigelsen af klagenævnets delkendelse.

Aarhus Kommune har på denne baggrund gjort gældende, at kommunen af hensyn til at overholde ligebehandlingsprincippet var såvel berettiget som forpligtet til at afvise tilbuddet fra Euro Group som ukonditionsmæssigt, jf. herved også klagenævnets kendelse af 27. april 2011, Atea A/S mod Ballestrup Kommune. Det er tilbudsgiver selv, der alene bærer ansvaret for indholdet af sit tilbud og tilbuddets rettidige aflevering.

Aarhus Kommune har endvidere gjort gældende, at det ikke er i strid med ligebehandlingsprincippet, at kommunen ikke også afviste tilbuddet fra HUMUS-Genplast som ukonditionsmæssigt. Kommunen bestrider ikke, at HUMUS-Genplast ved tilbudsfristens udløb ikke havde leveret alle 3 komplette vareprøver, idet containeren (den underjordiske del) manglede for så vidt angår glas/plast/metal-containeren. Idet HUMUS-Genplast ubestridt havde leveret sine vareprøver før tilbudsfristens udløb, hvilket ikke var tilfældet for Euro Group, er der imidlertid en væsentlig forskel på situationen for HUMUS-Genplast og for Euro Group. Der er således den afgørende forskel mellem de to tilbudsgiveres tilbud, at Aarhus Kommune i forhold til tilbuddet fra HUMUS-Genplast havde en rettidigt afleveret vareprøve at

vurdere tilbuddet på, mens dette ikke var tilfældet for Euro Group. Idet situationen for HUMUS-Genplast og Euro Group således ikke er sammenlignelig, er der dermed heller ikke sket en tilsidesættelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved kommunens afvisning af Euro Groups tilbud.

HUMUS-Genplasts manglende aflevering af en vareprøve for selve containeren (den underjordiske del) til glas/plast/metal-containeren er i øvrigt kommet HUMUS-Genplast til skade ved den kvalitative vurdering. I det omfang den kvalitative vurdering relaterede sig til den underjordiske del af containeren, og i det omfang vurderingen heraf var baseret på den leverede vareprøve, kunne denne vurdering således ikke foretages for HUMUS-Genplasts vedkommende i forhold til glas/plast/metal-containeren, og HUMUS-Genplast er derfor i relation til disse kvalitative parametre tildelt karakteren 0.

Selv hvis Euro Groups argumentation om forskelsbehandling følges, har denne forskelsbehandling hverken haft nogen betydning for konditionsmæssigheden af Euro Groups tilbud eller for udfaldet af tildelingsbeslutningen. Hvis klagenævnet finder, at der er sket en forskelsbehandling af Euro Group og HUMUS-Genplast, må dette nødvendigvis være ud fra den betragtning, at Aarhus Kommune ligeledes har været uberettiget til at tage tilbuddet fra HUMUS-Genplast i betragtning som følge af den manglende indlevering af en del af en vareprøve. Konsekvensen af, at tilbuddet fra HUMUS-Genplast skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt på samme måde som tilbuddet fra Euro Group blev det, vil dermed også blot være, at dette tilbud skal udgå af tilbudsvurderingen. Resultatet af udbudsforretningen ville dermed have været det samme, idet Rubæk & Co A/S fortsat ville være vinder af udbuddet.

Aarhus Kommune har i forlængelse heraf gjort gældende, at selv i den situation, hvor tilbuddet fra Euro Group ikke anses for ukonditionsmæssigt, men vurderes på samme vilkår som de øvrige tilbudsgivere, ville dette ikke ændre på udfaldet af udbudsforretningen. Da det ikke entydigt kunne konstateres, hvordan Euro Groups vareprøver så ud på tidspunktet for tilbudsfristens udløb, er kommunen således forpligtet til at se bort fra vareprøven på samme måde, som det var tilfældet ved vurderingen af tilbuddet fra HUMUS-Genplast i relation til dennes manglende vareprøve (den underjordiske del af glas/plast/metal-containeren).

En fysisk gennemgang af vareprøven er en forudsætning for vurderingen af en lang række af evalueringsparametrene, jf. beskrivelsen af underkriterierne i udbudsbetingelsernes afsnit 5.1.1. HUMUS-Genplast er således også på alle disse parametre, der er relateret til den underjordiske del af glas/plast/metal-containeren, tildelt 0 point ved vurderingen af glas/plast/ metal-containeren. På tilsvarende vis vil Euro Groups tilbud på alle parametre, der er afhængige af en vareprøve, skulle tildeles 0 point.

Aarhus Kommune har lavet en simuleret vurdering af Euro Groups tilbud ud fra denne forudsætning og samtidig tildelt Euro Group 10 point på alle øvrige kriterier svarende til, at Euro Group skulle have den bedst mulige opfyldelse af alle øvrige evalueringsparametre. Selv under disse forudsætninger, hvor Euro Groups tilbud gives en fiktiv topvurdering, vil Euro Groups samlede score blive 3,67 (mod 5,93 til HUMUS-Genplast og 7,99 til Rubæk & Co A/S), og Euro Groups tilbud vil dermed fortsat ikke blive udpeget som vinder af udbuddet.

Uanset om klagenævnet måtte finde, at der er sket en forskelsbehandling af tilbudsgiverne, så har denne forskelsbehandling således ikke haft nogen betydning for udfaldet af udbudsforretningen.

Euro Groups påstand 1 skal derfor ikke tages til følge.

### Ad påstand 2

Euro Group har henvist til det, der er anført vedrørende påstand 1, og har i øvrigt anført, at Euro Group har afgivet en lavere pris end Rubæk & Co A/S, og da Euro Group for de øvrige kriterier som minimum skal have samme pointtildeling som Rubæk & Co A/S, vil det medføre, at Euro Groups tilbud er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvorfor Euro Group skal have tildelt opgaven.

Som minimum skal Aarhus Kommunes tildelingsbeslutning annulleres, hvorefter kommunen må revurdere sin evaluering med medinddragelse af Euro Groups tilbud.

Aarhus Kommune har under henvisning til det, der er anført under påstand 1, gjort gældende, at kommunens gennemførelse af udbuddet, herunder

vurderingen af konditionsmæssigheden af Euro Groups tilbud, i det hele er sket i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven.

Hertil kommer, at selv hvis klagenævnet måtte vurdere, at tilbuddet fra HUMUS-Genplast også skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, eller hvis klagenævnet vurderer, at tilbuddet fra Euro Group skulle være indgået i vurderingen, har Aarhus Kommune dokumenteret, at denne tilsidesættelse af udbudsreglerne ikke har haft konkret betydning for den trufne tildelingsbeslutning.

Konsekvensen af, at de påberåbte fejl ved den gennemførte udbudsforretning ikke har haft betydning for udfaldet af udbudsforretningen, er, at fejlene ikke kan føre til annullation af kommunens tildelingsbeslutning, jf. klar praksis fra såvel domstolene som klagenævnet, f.eks. Retten i Hillerøds dom af 15. marts 2016, House of Waldorf A/S mod Region Hovedstaden, og klagenævnets kendelse af 7. oktober 2015, Stadsing A/S mod Herning Kommune.

Euro Groups påstand 2 skal herefter ikke tages til følge.

#### Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet har i delkendelsen af 14. november 2018 udtalt:

”Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet, at det klart fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 7.5 og 7.4.3, jf. afsnit 8, pkt. 9, at der skulle leveres vareprøver, ligesom det af udbudsbetingelsernes afsnit 2.1 og 7.5 klart fremgår, at fristen for levering af vareprøverne var sammenfaldende med fristen for indlevering af tilbuddet i øvrigt. Da Aarhus Kommune udskød tilbudsfristen, skete det i øvrigt med bemærkning om, at ”dette er også datoen hvor vareprøver senest skal leveres”.

Euro Group kunne på den baggrund ikke berettiget være i tvivl om, at såvel tilbudsfristen som fristen for levering af vareprøver udløb den 22. august 2018, kl. 12.00.

Det forhold, at der i udbudsbetingelserne var angivet et dagligt tidsinterval (kl. 8.00 – 14.00), hvor vareprøverne kunne leveres, gør således ikke, at der herved er skabt en sådan uklarhed, som har været egnet til at skabe tvivl om, hvornår vareprøverne skulle være indleveret.

Klagenævnet lægger som ubestridt til grund, at Euro Groups vareprøver befandt sig på afleveringspladsen ved udløbet af tilbuds- og indleveringsfristen den 22. august 2018, kl. 12.00, men at Euro Group foretog arbejder på vareprøverne efter fristens udløb. De endelige vareprøver må derfor anses for indleveret efter fristens udløb.

Da det som følge af de fortsatte arbejder ikke var muligt for kommunen at konstatere, i hvilken stand vareprøverne havde været ved fristens udløb – hvilket Euro Group under de foreliggende omstændigheder bærer risikoen for – var kommunen forpligtet til at undlade at tage Euro Groups tilbud i betragtning. Det ville således have været i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, hvis kommunen havde accepteret tilbuddet, idet Euro Group dermed reelt ville have fået udskudt fristen og således ville være blevet tilgodeset i forhold til de andre tilbudsgivere.

Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at afvise tilbuddet fra Euro Group som ukonditionsmæssigt.

Med hensyn til tilbuddet fra HUMUS-Genplast bemærker klagenævnet, at HUMUS-Genplast ikke blev tildelt kontrakten. Spørgsmålet om, hvorvidt HUMUS-Genplasts tilbud skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt er allerede derfor uden betydning for, om annullationspåstanden vil blive taget til følge, og dermed for, om betingelsen om ”fumus boni juris” er opfyldt.

Der er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag ikke udsigt til, at klagen vil blive taget til følge.”

Af de grunde, der er anført i delkendelsen, og da det, som Euro Group efterfølgende har anført, herunder om de supplerende besvarelser fra Brian Langhoff, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 1 og 2 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Euro Group v/Per Engelbrechtsen skal i sagsomkostninger til Aarhus Kommune betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig