

K E N D E L S E

Hass & Berg A/S
(advokat Christian Nielsen, Aarhus)

mod

Erhvervsakademi Aarhus
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 215-373697 af 1. november 2013 udbød Erhvervsakademi Aarhus (indklagede) som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale om indkøb af møbler og specialinventar til det nyopførte uddannelseshus »Ringvej Syd 104«. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Rammeaftalen var opdelt i 2 delaftaler og skulle gælde i 2 år med mulighed for forlængelse i 2 gange 1 år. Denne klagesag angår delaftale 1.

Indklagede prækvalificerede 5 virksomheder til at afgive tilbud, og i december 2013 blev udbudsbetingelserne sendt til de prækvalificerede virksomheder. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 30. januar 2014 havde indklagede modtaget tilbud fra 3 virksomheder, heriblandt Hass & Berg A/S (klageren). Da alle de indkomne tilbud var ukonditionsmæssige, blev udbuddet annulleret. Dette blev offentliggjort den 28. februar 2014 ved bekendtgørelse nr. 2014/S 042-069312.

Indklagede overgik herefter til udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. De 3 virksomheder, der havde afgivet tilbud, blev inviteret til at deltage i udbuddet med forhandling. Ved udløbet

af fristen for afgivelse af forhandlingstilbud den 7. februar 2014 havde de 3 tilbudsgivere afgivet tilbud. Ved brev af 21. februar 2014 til tilbudsgiverne meddelte indklagede, at indklagede agtede at indgå rammeaftalen med Holmris + Flexform A/S (herefter »Holmris + Flexform«), og at klageren havde afgivet det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud.

Efter anmodning herom fik klageren ved brev af 27. februar 2014 fra indklagede aktindsigt i tilbuddet fra Holmris + Flexform. Ved brev af 28. februar 2014 gjorde klageren indsigelse mod tildelingsbeslutningen og anførte, at det vindende forhandlingstilbud var ukonditionsmæssigt. Ved brev af 3. marts 2014 meddelte indklagede, at tildelingsbeslutningen var tilbagekaldt, idet indklagede havde iværksat en nærmere undersøgelse i lyset af klagerens indsigelse. Indklagede indhentede i den forbindelse en redegørelse fra Holmris + Flexholm. Den 13. marts 2014 tildelte indklagede på ny kontrakten til Holmris + Flexform. Efter at have fået aktindsigt i redegørelsen fra Holmris + Flexholm og i billeddokumentation fastholdt klageren indsigelsen. Indklagede fastholdt tildelingen og indgik den 25. marts 2014 kontrakt med Holmris + Flexform.

Den 24. april 2014 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise anmodningen om prækvalifikation og/eller tilbuddet fra Holmris + Flexform A/S, idet indklagede havde indgået en aftale gældende for udbuddet med Formsprog ApS om, at Formsprog ApS skulle varetage betydelige dele af udbudsforretningen på vegne af indklagede, og idet Holmris + Flexform A/S og Formsprog ApS indgår i et fast og tæt samarbejde.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Holmris + Flexform A/S, desuagtet at Holmris + Flexform A/S ikke opfyldte mindstekravet om, at stol »A-O.St02« skulle være sort.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Holmrís + Flexform A/S, desuagtet at Holmrís + Flexform A/S ikke opfyldte mindstekravet om, at loungestol »O.St06« skulle leveres i formspændt træ uden polstring.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved efter tilbudsfristen at tillade Holmrís + Flexform A/S at ændre sit tilbud i relation til et eller to ufravigelige mindstekrav, jf. kravene om at (i) stol »A-O.St02« skulle være sort samt/eller at (ii) loungestol »O.St06« skulle leveres i formspændt træ uden polstring.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Holmrís + Flexform A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændighederSærligt ad påstand 1

I udbudsbetingelserne står bl.a.:

»Designprofil

... Designprofilen er udarbejdet i samarbejde mellem Arkitektfirmaet Formsprog ApS og en intern brugergruppe hos Ordregiver.«

Klageren har fremlagt en e-mail-korrespondance af 13. august 2013 mellem arkitekt MAA Lotte Kirkegaard, Formsprog ApS (herefter »Formsprog«), og projektleder Casper Barrett Uggerholt hos indklagede.

I en e-mail fra indklagede til Formsprog står bl.a.:

»På vores tur til København i foråret, fik vi arrangeret at vi kunne låne en HÅG Capisco kontorstol af en leverandør jeg ikke kan huske navnet på?

Kan du huske hvem vi har lånt stolen af og evt. en kontaktperson?»

Formsprog svarede indklagede således:

»Vi lånte stolen hos Holmris og du skal have fat i ... hos Holmris.

Her er hans kontakt data.

...«

Klageren har også fremlagt en række e-mails af 14. februar 2014. I en e-mail fra økonomi- og resourcechef Niels Erik Holmstrøm hos indklagede til arkitekt MAA og partner Gitte Frederiksen Kjølby og arkitekt MAA Lotte Kirkegaard, Formsprog, står bl.a.:

»Jeg er blevet antydnet at Formsprog har, eller er ved at etablere, et samarbejde med Holmris, og at I derfor ikke kan betragtes som 100 % uvildige i rådgivningsprocessen.

Jeg går naturligvis ud fra at noget sådant ikke er tilfældet, men vil for en god ordens skyld gerne lige have dette bekræftet.«

Niels Erik Holmstrøm videresendte e-mailen til andre kollegaer hos indklagede og anførte herved bl.a.:

»Har oven på nedenstående mail haft en længere samtale med Formsprog.

På baggrund af denne kan jeg se, at jeg er 100 % overbevist om at der ikke er nogen form for interessefællesskab med Holmris, eller for den sags skyld, andre leverandører.

Som de sagde: »Så kunne de ligeså godt dreje nøglen om med det samme«.«

Gitte Frederiksen Kjølby svarede således:

»Tak for en god snak i telefonen.

Som sagt er Formsprog 100% uvildig rådgivere og har ingen interesse i hvilken leverandør der bliver valgt.

Vi har gode erfaringer med begge leverandører fra forskellige sager og er sikker på at uanset hvilken leverandør I vælger får I et godt og smukt resultat.

Den vurdering vi har givet jer i forhold til prøveopstillingen beror alene på en faglig vurdering af kvalitet, design og funktionalitet.

Jeg sætter stor pris på at du kontakter os direkte, så vi har mulighed for at afkræfte dette rygte.«

Klageren har endvidere fremlagt et brev af 27. marts 2014 fra Formsprogs advokat til klageren. I brevet står bl.a.:

»Min klient har bistået Erhvervsakademi Aarhus med at lave kravsspecifikationer til et EU inventarudbud.

...

Min klient er blevet oplyst, at De efterfølgende har rettet henvendelse til Erhvervsakademi Aarhus samt til en anden tilbudsgiver og overfor disse givet udtryk for at, at min klient ikke har ydet uvildig rådgivning i sagen.

Jeg skal på det kraftigste understrege, at dette ikke er tilfældet. Min klient har bistået ved at udarbejdelse saglige og objektive vilkår, som der kunne gives tilbud efter. Min klient har ikke haft beslutningskompetence i sagen, hvorfor min klient ikke har haft indflydelse på, hvem der vandt udbuddet.«

Klageren har desuden fremlagt et bilag, der ifølge klageren skulle være en brochure fra Formsprog udarbejdet i fællesskab af Formsprog og Holmrís + Flexform. Det eksemplar af bilaget, som klagenævnet har modtaget, er ikke en brochure, men en produktspecifikation og et uddrag af et tilbud.

Klageren har desuden fremlagt bl.a. et dokument, der ifølge klageren viser, at Formsprog og Holmrís + Flexform har et tæt samarbejde. På dokumentets forside er anført »Tendenser 2011 inspirationsmateriale ... Holmrís«, ligesom det er anført, at »[a]lle rettigheder til dette materiale er Formsprogs så længe intet andet er aftalt«. Dokumentet indeholder bl.a. en kort beskrivelse af Formsprogs virksomhed, og det er anført, at Formsprog arbejder for Arla Foods, Viby, Energi Midt, Silkeborg, TV2 Østjylland, Skejby, Odense Kommune og Holmrís Office. Indklagede har oplyst, at Formsprog udarbejdede inspirationsmaterialet for det daværende Holmrís A/S tilbage i 2011. Holmrís A/S var dengang alene en produktionsvirksomhed, som ikke selv forestod salg til slutbrugere, og inspirationsmaterialet blev udarbejdet til virksomhedens forhandlere, herunder klageren.

Om Formsprogs rolle som indklagedes rådgiver under udbuddet har indklagede i svarskriftet anført bl.a.:

»Som teknisk rådgiver ved udbuddet havde indklagede antaget virksomheden Formsprog ApS. Formsprog ApS er et arkitekturrådgivningsfirma inden for indretning og processer. ...

...

Hverken ... eller Formsprog ApS var tillagt beslutningskompetence under udbuddet. Alle afgørelser i relation til prækvalifikation og tildeling blev således truffet af indklagede selv, under hensyntagen til den rådgivning indklagede modtog fra ... og Formsprog ApS.«

Indklagede har fremlagt en e-mail-korrespondance af 7. februar 2014 mellem indklagede og indklagedes rådgiver Tolstrup & Hvilsted ApS vedrørende evalueringen af forhandlingstilbuddene på baggrund af Tolstrup & Hvilsted ApS' anbefaling herom.

Indklagede har også fremlagt en e-mail af 17. februar 2014 fra Lotte Kirkegaard vedhæftet nogle oversigter, der indeholder Formsprogs vurdering efter besigtigelse af nogle udvalgte møbler fra klageren og Holmriss + Flexform.

Indklagede har desuden fremlagt følgende erklæring af 6. maj 2014 fra Gitte Frederiksen Kjølby fra Formsprog om virksomhedens rolle under udbuddet:

»Nærværende erklæring afgives som led i den af Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus anlagte klagesag ved Klagenævnet for Udbud.

...

Spørgsmål 1:

Hvilken rolle har Formsprog ApS haft i forbindelse med forberedelsen af Erhvervsakademi Aarhus' EU-udbud af rammeaftale om levering af møbler?

Svar: Formsprog har bistået Erhvervsakademi Aarhus med indretning og rådgivning i forbindelse med farver, materialer og inventar til deres nye undervisningsbygning. På baggrund af EAAA's ønsker har Formsprog udarbejdet kravsspecifikationer for inventar til ovennævnte udbud.

Spørgsmål 2:

Hvilken rolle har Formsprog ApS haft i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål fra tilbudsgiverne i tilbudsfasen?

Svar: Tolstrup og Hvilsted har håndteret spørgsmål og svar i denne sag. Formsprog har alene fungeret som EAAA's faglige rådgiver.

Spørgsmål 3:

Har Formsprog ApS foretaget vurderinger af, hvorvidt de afgivne tilbud ved såvel det oprindelige udbud som det efterfølgende forhandlingsudbud var konditionsmæssige?

Svar: Nej, denne del er håndteret af Tolstrup & Hvilsted.

Spørgsmål 4:

Hvilken rolle havde Formsprog ApS i forbindelse med Erhvervsakademi Aarhus' vurdering af tilbuddene i forhold til de fastlagte tildelingskriterier? Er det Formsprog ApS, der har fastlagt hvilke points, de enkelte tilbudsgivere skulle tildeles?

Svar: Formsprog ikke har været involveret i pointtildelingen, men alene har leveret faglig sparring til Erhvervsakademi Aarhus i forbindelse med vurderingen.

Spørgsmål 5:

Har Formsprog ApS et forretningsmæssigt samarbejde med virksomheden Holmris + Flexform A/S? I givet fald, hvori består dette forretningsmæssige samarbejde?

Svar: Formsprog har ingen forretningsmæssigt afhængighed til Holmris & Flexform A/S. Holmris & Flexform A/S er en samarbejdspartner på lige fod med Hass & Berg og alle andre møbelleverandører vi har håndteret store sager med.«

Indklagede har derudover fremlagt en oversigt over de sager, hvor Formsprog har håndteret koordinering og bestilling af produkter for såvel offentlige som private kunder for årene 2011 - 2014. Oversigten er dateret 11. juni 2014 og er efter det oplyste udarbejdet af Formsprog.

Særligt ad påstandene 2 - 4

I udbudsbetingelserne står bl.a.:

»Farvebeholdning

Der arbejdes i indretningen med en farvesætning som tegnes Urban Nature. ... Sort, hvid og grå benyttes som en rolig farvebase for hele indretningen ...

...

3 Udbudsmaterialet

Det samlede udbudsmateriale består af følgende 15 dokumenter:

- Nærværende udbudsbetingelser
- Bilag 1 – Rammeaftale (Delaftale 1)
 - Rammeaftalebilag 1 – Kravspecifikation, Administration (Delaftale 1)
 - ...
 - Rammeaftalebilag 4 – Kravspecifikation, Ophold (Delaftale 1)
 - ...

6 Kravspecifikation

6.1. Delaftale 1

6.1.1 Produktspecifikke mindstekrav

Tilbudsgiver udfylder de produktspecifikke mindstekrav i Rammeaftalebilag 1 – 5 i overensstemmelse med vejledningen hertil. Vejledningen findes i det første faneblad i hvert dokument.

Bemærk! Tilbudsgiver skal aktivt bekræfte, at alle produktspecifikke mindstekrav (krav) er opfyldt. Manglende opfyldelse heraf vil føre til udelukkelse fra tildelingsprocessen. Et tilbud tildeles ikke point for at opfylde mindstekravene, idet mindstekravene ikke indgår som en del af evalueringen ...

...

8.12 Forbehold

...

Eventuelle forbehold skal udtrykkeligt fremgå af tilbuddet.

Det præciseres, at forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet vil medføre, at Ordregiver har pligt til at se bort fra tilbuddet.«

I vejledningen til udfyldning af rammeaftalebilagene (kravspecifikationerne) er bl.a. anført:

»Opbygning og udfyldning af kravsspecifikationer

I filen har hvert produkt sit eget ark, navngivet med møbel-ID. Arket fungerer som både kravsspecifikation og tilbudsark for produktet. Alle oplysninger om det enkelte produkt skal anføres her.

I arkene er det kun de grå celler, der må udfyldes! De grå felter ved afkrydsning Ja/Nej skal udfyldes. For krav, hvor der kræves yderligere oplysninger, skal disse fremgå under besvarelsesfeltet. ...

Der skal desuden indsættes foto af det tilbudte produkt i fanen. Billederne skal komprimeres til en hensigtsmæssig størrelse, ift. brug i filen, og den størrelse billedet vises i: max. 150 dpi. Rammen, hvori billedet skal indsættes er ca. 7,5 x 5 cm.«

De designmæssige mindstekrav til møblet »A-0.St02 Stol« (påstand 2) fremgik af Rammeaftalebilag 1. I bilaget står:

»...

	Let, klassisk form i moderne materialer		Ja	Nej	Besvarelse:
...	...	...			
1.4	Sort metalstel	Krav			
1.5	Karmstykke af plast i samme farve som stel	Krav			
...	...	...			

...«

De designmæssige mindstekrav til møblet »O.St06 Loungestol« (påstand 3) fremgik af Rammeaftalebilag 4. I bilaget står:

»...

	Organisk og skulpturel		Ja	Nej	Besvarelse:
1.1	Loungestol med adskilt sæde og ryg i formspændt træ	Krav			
...	...	...			

...«

Rammen, hvori billedet af det tilbudte møbel skulle indsættes, var angivet som et gråt felt. I relation til en række af de tilbudte møbler skulle tilbudsgiverne tilbyde møblerne i flere forskellige farver. I rammeaftalebilagene var der ikke givet mulighed for at indsætte billeder af samme møbel i flere forskellige farver.

Ved brev af 1. februar 2014 meddelte indklagede, at alle de indkomne tilbud var ukonditionsmæssige, hvorfor udbuddet blev annulleret, og at indklagede på den baggrund overgik til udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse. I brevet står bl.a.:

»Herefter skal jeg anmode om, at det tidligere fremsendte tilbud korrigeres/suppleres på de punkter, der ikke er konditionsmæssige, så det

korrigerede tilbud lever op til nærværende underretning og de heri nævnte forhold, jf. ..., samt nedenstående 13 dokumenter:

- Udbudsbudsbetingelser, den 01.02.2014 (udbud med forhandling)
- Bilag 1 – Rammeaftale 1 (Delaftale 1)
- Rammeaftalebilag 1 – Kravsspecifikation, Administration (Delaftale 1), Revideret den 10.01.2014
- ...
- Rammeaftalebilag 4 – Kravsspecifikation, Ophold (Delaftale 1), Revideret den 10.01.2014«

I Holmriss + Flexforms forhandlingstilbud, Rammeaftalebilag 1 (kravspecifikation) vedrørende møblet »A-O.St02 Stol«, er anført:

»...

0. Produktoplysninger				
<u>Producent:</u> Fritz Hansen <u>Produktnavn:</u> Nap ...		[Billede indsat af en hvid NAP stol]		
1. Design				
	Let, klassisk form i moderne materialer		Ja	Nej
	...	...		
1.4	Sort metalstel	Krav	x	
1.5	Karmstykke af plast i samme farve som stel	Krav	x	
...	...	...		

...«

I virksomhedens forhandlingstilbud, Rammeaftalebilag 4 vedrørende møblet »O.St06. Loungestol«, er anført:

»...

0. Produktoplysninger				
<u>Producent:</u> Carl Hansen <u>Produktnavn:</u> CHO7 ...		[Billede indsat af en sort CH07 stol med polstret ryg og polsterbrik på sæde i formspændt træ]		
1. Design				
	Organisk og skulpturel		Ja	Nej
	...	...		
1.1	Loungestol med adskilt sæde og ryg i formspændt træ	Krav	x	

...	...	...			
-----	-----	-----	--	--	--

...«

Efter at indklagede den 21. februar 2014 havde meddelt tilbudsgiverne, at Holmris + Flexform var blevet tildelt kontrakten, gjorde klageren som nævnt indsigelse. I brev af 28. februar 2014 til indklagede anførte klageren således, at Holmris + Flexforms tilbud var ukonditionsmæssigt med hensyn til en række af de tilbudte møbler under delaftale 1, nemlig 1) »A.Bo02 Bord«, 2) »O.Bo05 Bord«, 3) »A-O.St02 Stol«, 4) »O.So02 Loungesofa«, 5) »O.Sk01 Skammel« og 6) »O.St06 Loungestol«. Som det fremgår af de nedlagte påstande, har klageren ikke fastholdt sine indsigelser vedrørende møblerne under punkt 1), 2), 4) og 5). I brevet står der bl.a.:

»I det vi takker for fremsendte materiale vedr. aktindsigt i ovenstående udbudssag, ønsker vi at henlede opmærksomheden på, at der i det vindende tilbud fra virksomheden Holmris + Flexform A/S, er tilbudt produkter som ikke lever op til de stillede mindstekrav – dette på trods af, at virksomheden har svaret ja til de stillede krav.

Vi finder derfor, at det vindende tilbud fra Holm + Flexform A/S bør kendes ukonditionsmæssigt på følgende forhold:

...

Delaftale 1 – A-O. St02 Stol

Krav 1.4 – sort metal stel

Den tilbudte stol, model NAP fra Møbelfabrikken Fritz Hansen A/S, leveres ikke, som oplyst i det vindende tilbud, i sort metalstel.

Stolen leveres udelukkende i farverne MILK WHITE, BUTTER YELLOW, COFFEE BROWN, PEPPER GREY jf. Fritz Hansens prisliste side 14 og ydermere synligt på Fritz Hansens hjemmeside ...

...

Delaftale 1 – O.St 06 Loungestol

Krav 1.1 Loungestol med adskilt sæde og ryg i formspændt træ.

Den tilbudte stol – model CH07 fra Carl Hansen & Søn, produceres og leveres udelukkende med polstreret sæde og ryg og lever derfor ikke op til kravet.«

Ved brev af 3. marts 2014 svarede indklagede således:

»...

Annullering af tildeling

Som følge af indsigelsen har Erhvervsakademi Aarhus valgt at iværksætte en nærmere undersøgelse af, hvorvidt de af Hass/Berg fremsatte påstande er korrekte.

Det betyder samtidig, at Erhvervsakademi Aarhus har valgt at tilbagekalde den af 21.02.2014 fremsendte hensigtserklæring om tildeling af rammeaftale til Holmris + Flexform, ...

Den videre proces

Jf. ovenstående har Erhvervsakademi Aarhus valgt at iværksætte en nærmere undersøgelse, hvilket indebærer, at Holmris + Flexform er givet en frist til fredag den 7. marts 2014, ... for at fremsende en nærmere redegørelse for de af Hass/Berg påståede forhold.

Denne redegørelse skal på en for Erhvervsakademi Aarhus tilfredsstillende måde godtgøre, at de tilbudte produkter allerede på tidspunktet for tilbuddets afgivelse opfyldte alle stillede krav, at kravopfyldelsen er uden forbehold ...

Umiddelbart efter modtagelsen af Holmris+Flexforms redegørelse vil Erhvervsakademi Aarhus træffe beslutning om, hvorvidt den tidligere beslutning om tildeling af rammeaftale skal fastholdes eller omgøres.

...«

Samme dag meddelte indklagede Holmris + Flexform, at tildelingen af 21. februar 2014 var annulleret. Om begrundelsen herfor og det videre forløb står i brevet:

»...

Konsekvens af indsigelse

Det kan udledes af Højesterets dom af 15. juni 2012, Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet, at Ordregiver ikke kan tildele en kontrakt (eller en rammeaftale), når der er rejst begrundet tvivl om hvorvidt det tilsyneladende vindende tilbud overholder alle krav i udbudsmaterialet.

I sagen om levering af møbler til Erhvervsakademi Aarhus har Hass/Berg med deres indsigelse og tilhørende dokumentation rejst begrundet tvivl om, hvorvidt tilbuddet fra Holm+Flexform på nærmere angivne punkter opfylder Ordregivers kravspecifikation.

Annullering af tildeling

Som følge af indsigelsen fra Hass/Berg har Erhvervsakademi Aarhus valgt at iværksætte en nærmere undersøgelse af, hvorvidt de af Hass/Berg fremsatte påstande er korrekte.

...

Dokumentationskrav og svarfrist

Jf. ovenstående skal vi anmode Holmrís+Flexform om

...

at fremsende en nærmere redegørelse for de af Hass/Berg påståede forhold.

Denne redegørelse skal på en for Erhvervsakademi Aarhus tilfredsstillende måde godtgøre, at de tilbudte produkter allerede på tidspunktet for tilbuddets afgivelse opfyldte alle stillede krav, at kravopfyldelsen er uden forbehold ...

Særligt vedrørende produktnr. A-O.St.02, NAP Stol fra Fritz Hansen

Ud over det af Hass/Berg fremsatte forhold omkring stallets farve (sort), henledes opmærksomheden på, at selve karmstykket jf. kravspecifikationen, krav nr. 1.5 skal være i samme farve som stallet, dvs. sort.

Opfyldelsen af dette krav bedes ligeledes godtgjort som en del af Holmrís+Flexforms samlede redegørelse.

Den videre proces

Umiddelbart efter modtagelsen af Holmrís+Flexforms redegørelse vil Erhvervsakademi Aarhus træffe beslutning om, hvorvidt den tidligere beslutning om tildeling af rammeaftale skal fastholdes eller omgøres.

...

Det skal for god ordens skyld fremhæves, at en manglende eller ikke-fuldestgørende redegørelse for opfyldelse af kravspecifikationen vil medføre, at tilbuddet fra Holmrís+Flexform erklæres ikke-konditionsmæssigt og dermed vil blive afvist.

...«

I Holmrís + Flexforms redegørelse af 6. marts 2014 står bl.a.:

»Indledningsvist kan vi oplyse, at vi og vores advokat ... er af den klare opfattelse, at indsigelsen fra den tidligere leverandør er ubegrundet, og at vores tilbud opfylder alle krav i udbudsmaterialet. Vi kan herudover oplyse, at vores tilbud naturligvis er uden forbehold ...

En betydelig del af de af Hass/Berg A/S fremsatte indsigelser bunder i, at Hass/Berg A/S udelukkende har sammenlignet de af os tilbudte løsninger med standardprodukter og oplysninger, der tilsyneladende er indhentet fra forskellige leverandørers hjemmesider. Dette er selvsagt ikke et holdbart grundlag for den konklusion, at vores tilbud er ukondi-

tionsmæssigt. Holmriss + Flexform A/S er netop kendt for kundetilpassede løsninger, og det er således også en naturlig del af vores forretningsgrundlag at tilbyde specifikke løsninger til vores kunder. Eftersom der især i forbindelse med offentlige udbud er en fortrolig dialog mellem vores virksomhed og vores leverandører, vil de tilbudte løsninger derfor ofte ikke kunne findes som standardprodukter på leverandørernes hjemmesider. Vores bemærkninger til de enkelte punkter i indsigelsen fremgår herudover af den vedhæftede redegørelse.

...

2. Svar vedrørende Delaftale 1. A-O.st02 Stol

...

Vi forstår, at ordregiver ønsker en løsning, hvor både stel og karmstykke kan leveres i sort. Pos 1.4 og pos. 1.5 i udbudsmaterialet er imidlertid ikke præcist formuleret på dette punkt og kan tolkes som to ønsker, der ikke er afhængige af hinanden. Det vil sige at der i punkt 1.4 ønskes en stol, der kan leveres med sort stel, og at der herudover, jf. 1.5, er et andet særskilt krav om at en stol skal kunne leveres i en udgave hvor karmstykket passer med farven på stellet, uden at det her er specificeret, at farven på stellet skal være sort.

Det nævnes i indsigelsen, at en af standardfarverne fra leverandøren er »peberfarvet«. »Peberfarvet« er en i branchen ofte benyttet betegnelse for en farvenuance af sort, og i almindelige folkemunde er sort som peber også ofte benyttet. Sort er en farve og farver er en subjektiv vurdering. Såfremt det var afgørende for ordregiver at modtage specifikke produkter i en særlig farvenuance, burde ordregiver have specificeret en farvekode i udbudsmaterialet frem for blot at angive generelle farver så som sort, grå, gul og hvid.

Uanset disse uklarheder i udbudsmaterialet og for at undgå enhver tvivl, står vi, som det også er angivet i vores tilbud, inde for at levere stolen ... med både karmstykke og stel i samme farvenuance af »sort«

...

5. Svar vedrørende Delaftale 1. O.ST 06 Loungestol- overflader

...

Der er ingen steder i kravspecifikationen beskrevet, at der ikke må være tekstil på dette loungemøbel. Man kan tværtimod med rette udlede, at da alle andre loungemøbler er med tekstil, så burde dette møbel også være med tekstil.

Uanset dette gør vi opmærksom på, at alle kravene til loungestolen i udbudsmaterialet er overholdt i vores tilbud, idet stolen er med adskilt sæde og ryg, og idet den er i sortbejdset finer.

Til den tilbudte pris kan stolen både leveres med polsterbrikker, så fine-
ren er synlig både forfra og bagfra og helt uden polster i overensstem-
melse med stolens oprindelige tegninger.«

Ved brev af 13. marts 2014 til klageren meddelte indklagede, at kontrakten
blev tildelt til Holmrís + Flexform. I brevet er bl.a. anført:

»Påstand vedrørende A-O.St02 Stol

Det bemærkes indledningsvis, at der ikke i tilbuddet fra Holm-
rís+Flexform er angivet forhold, der burde give Erhvervsakademi Aar-
hus anledning til at tvivle på, at de specifikke krav til denne stol er op-
fyldt af det tilbudte.

Holmrís+Flexform har endvidere på tilfredsstillende vis godtgjort, at de
er i stand til at levere den tilbudte stol i fuld overensstemmelse med
kravspecifikationen.

Efter en nærmere vurdering er det således fortsat Erhvervsakademi
Aarhus' opfattelse, at den tilbudte stol fra Holmrís+Flexform fuldt ud
opfylder kravene i udbudsmaterialet.

...

Påstand vedr. O.St.06 Loungestol

Det bemærkes indledningsvis, at der ikke i tilbuddet fra Holm-
rís+Flexform er angivet forhold, der burde give Erhvervsakademi Aar-
hus anledning til at tvivle på at de specifikke krav til denne stol er op-
fyldt af det tilbudte.

Holmrís+Flexform har på tilfredsstillende vis godtgjort, at den tilbudte
stol kan leveres med adskilt sæde og ryg i formspændt træ i fuld over-
ensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet.

Efter en nærmere vurdering er det således fortsat Erhvervsakademi
Aarhus' opfattelse, at den tilbudte stol fra Holmrís+Flexform fuldt ud
opfylder kravene i udbudsmaterialet.«

I en e-mail-korrespondance af 17. marts 2014 mellem klageren og produ-
centen af NAP-stolen, Fritz Hansen, svarede Fritz Hansen på spørgsmålet
»om det kan lade sig gøre at få denne stol helt i sort - både stel og skal«, at
NAP stolen ikke blev produceret »i andre farver end de 4 standard farver vi
har opgivet i prislisten«.

Formsprog indhentede ved e-mail af 18. marts 2014 et billede af NAP stolen i sort fra Holmris + Flexform.

Ved brev af 19. marts 2014 til klageren fremsendte indklagede redegørelsen fra Holmris og Flexform, idet visse oplysninger dog var undtaget fra aktindsigten, samt bl.a. »billeddokumentation for at stolen »A-O.St02« produceres i sort«.

Ved brev af 21. marts 2014 til indklagede fastholdt klageren, at tilbuddet fra Holmris + Flexform var ukonditionsmæssigt. I brevet står bl.a.:

»Det første forhold

...

Holmris+Flexform A/S henvisning til udbudsmaterialets mangel på klarhed synes ikke at give nogen mening. De to krav fremstår som helt entydige, og såfremt ordregiver måtte være enig med Holmris+Flexform A/S i, at der er tale om uklare mindstekrav, så vil dette i sig selv være en overtrædelse af udbudsreglerne, der bør medføre aflysning og afholdelse af et nyt udbud.

I det følgende afsnit argumenterer Holmris+Flexform A/S i realiteten for, at der ikke er forskel på farverne grå og sort. Holmris+Flexform A/S har ubestridt tilbudt en grå stol (jf. farvens navn), der ikke findes i sort, og med argumentationen »grå er en nuance af sort« gør Holmris+Flexform A/S gældende, at det ikke er så vigtigt. Der henvises endvidere til, at »sort som peber« skulle være et almindeligt anerkendt folkeligt udtryk. Dette er ikke tilfældet. En googling afslører således, at udtrykket tilsyneladende er brugt 1-2 gange i noget litteratur fra i 1930'erne, mens der ikke er så meget som ét eneste »almindeligt« resultat af en sådan søgning. Argumentet er notorisk noget sludder. Det bemærkes i øvrigt, at peber kan have mange farver.

Det må i den forbindelse erindres, at kravet var formuleret således, at der skulle tilbydes en sort stol, og ikke en stol i en sort nuance.

I det afsluttende afsnit tilbyder Holmris+Flexform A/S i realiteten at ændre farven på stolen. Deres skrivelse af 13. marts 2014 må forstås således, at De har accepteret denne farveændring, ...

...

Dermed forekommer det oplagt, at Holmris+Flexform A/S har fået lejlighed til at ændre tilbuddet, og der er således tale om en ulovlig forhandling i strid med udbudsdirektivets artikel 2, ...

Det andet forhold

...

De forholder dem således tilsyneladende bevidst ikke til det forhold, at det af kravspecifikationen fremgik, at stolen skulle leveres »i formspændt træ«. Dette er ubestridt ikke sket, idet stolen er tilbudt polstret. Det er vores vurdering, at det øvrige udbudsmateriale ikke kan ændre på denne vurdering. Det skal dog uanset dette bemærkes, at det faktum, at der i øvrigt skulle tilbydes polstrede møbler netop beviser, at der her måtte sluttes modsætningsvist, således at det ikke var muligt at tilbyde en polstret stol. At slutte analogt er helt uden mening.«

Ved brev af 25. marts 2014 svarede indklagede:

»...

Dernæst skal vi orientere om, at der efter Erhvervsakademi Aarhus' vurdering ikke er belæg for de fremførte påstande, og at det fortsat er Erhvervsakademi Aarhus' vurdering, at de omtalte forhold i Deres skrivelse af 21.03.2014 ikke er i strid med udbudsbetingelserne eller gældende udbudsret. Erhvervsakademi Aarhus anser således ikke tilbuddet fra Holmris+Flexform A/S som ikke-konditionsmæssigt, hvorfor tidligere meddelte tildelingsbeslutning fastholdes.

I forlængelse heraf meddeles det hermed, at rammeaftalen mellem Erhvervsakademi Aarhus og Holmris+Flexform er underskrevet dags dato.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise forhandlingstilbuddet fra Holmris + Flexform, selvom denne virksomhed og Formsprog indgår i et fast og formelt samarbejde. Formsprog står som følge heraf i et afhængighedsforhold til Holmris + Flexform og har derfor haft et incitament til via sin rådgivning at påvirke evalueringen til fordel for Holmris + Flexform. Formsprog har som indklagedes »tekniske« rådgiver formodningsvis haft afgørende indflydelse på den kvalitative evaluering af tilbudene. Indklagedes utilstrækkelige undersøgelse af samhandelsforholdet gør, at det er indklagede, der bærer risikoen for følgerne af den nære relation med de to virksomheder, uanset om indklagede var bekendt med, at der var et interessefællesskab eller ej.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise anmodningen om prækvalifikation og forhandlingstilbuddet fra Holmris + Flexform, idet Formsprog hverken via samarbejde eller på andet grundlag er eller har været forretningsmæssigt afhængig af Holmris + Flexform. Holmris + Flexform har således ikke på grund af relationer til Formsprog haft særlige konkurrencefordele i forbindelse med udbuddet. Klagerens postuler om et bestående afhængighedsforhold mellem Holmris + Flexform og Formsprog er udokumenterede. Der påhviler ikke ordregiveren en særlig undersøgelsespligt i forhold til, om en udvalgt rådgiver har en særlig forbindelse til virksomheder, der er potentielle ansøgere ved et senere udbud. Indklagede har således bestridt, at der påhvilede indklagede en udvidet pligt til via en tredjemand at få afdækket relationen mellem de to virksomheder.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise forhandlingstilbuddet fra Holmris + Flexform som ukonditionsmæssigt, idet tilbuddet ikke opfyldte mindstekravet om, at stolen »A-O.St02« skulle tilbydes leveret i sort. Klageren har henvist til, at stolen ifølge udbudsbetingelserne skulle være med »Sort metalstel« og »Karmstykke af plast i samme farve som stel«. Den stol, som Holmris + Flexform har tilbudt, produceres imidlertid ikke i sort, og farven »Pepper Grey«, som produceres, og som ifølge Holmris + Flexform også kan betegnes som sort, er grå og ikke sort. Klageren har endvidere henvist til, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, allerede fordi der i tilbuddet under »A-O.St02« var indsat et foto af en hvid stol. Tilbudslisten/kravspecifikationen og indklagedes egen fremgangsmåde under udbuddet viser i øvrigt entydigt, at alle dele af tilbuddet – herunder de indsatte billeder – ville blive inddraget i vurderingen af tilbuddenes konditions-mæssighed. Indklagede har ikke foretaget en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som Holmris + Flexform fremlagde.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet forhandlingstilbuddet fra Holmris + Flexform opfyldte udbudsbetingelsernes mindstekrav i punkt 1.4 og 1.5 vedrørende stolen »A-O.St02« og således var konditi-

onsmæssigt. Indklagede har nærmere anført, at udbudsprocessen var struktureret således, at tilbuddenes konditionsmæssighed alene skulle vurderes på baggrund af tilbudsgiverens tilkendegivelser om at ville opfylde mindstekravene. Holmrís + Flexform havde i sit tilbud svaret »Ja« til at opfylde de pågældende mindstekrav - punkt 1.4 og punkt 1.5 - for den omhandlede stol. Virksomheden havde ikke anført nogen former for forbehold eller forudsætninger for tilbuddet i relation til det pågældende møbel. Afgørende for at betragte virksomhedens tilbud som konditionsmæssigt var alene de oplysninger, der indgik i selve tilbuddet. Billedet af en hvid NAP stol gjorde ikke tilbuddet ukonditionsmæssigt. Udbudsbetingelserne stillede ikke krav om, at de indsatte billeder skulle være i farver, eller at billederne af de tilbudte møbler farvemæssigt skulle være i overensstemmelse med det tilbudte. Billedernes formål var udelukkende at vise produkternes design.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise forhandlingstilbuddet fra Holmrís + Flexform som ukonditionsmæssigt, selvom tilbuddet ikke opfyldte mindstekravet om, at loungestolen »O.St06« skulle leveres i formspændt træ uden polstring. Klageren har nærmere anført, at virksomheden i strid med mindstekravet tilbød at levere en polstret stol, idet billedet under punkt »O.St06« i tilbuddet viste en sådan stol. Indklagedes egen fremgangsmåde under udbuddet viser entydigt, at alle dele af tilbuddet - herunder de indsatte billeder - ville blive inddraget i vurderingen af tilbuddenes konditionsmæssighed. Indklagede har heller ikke bestridt, at det tilbudte møbel var tilbudt polstret. Det forhold, at indklagede accepterede et ændret tilbud beviser entydigt, at tilbuddet fra Holmrís + Flexform ikke overholdt det fastsatte krav.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet forhandlingstilbuddet fra Holmrís + Flexform opfyldte mindstekravet om, at loungestolen »O.St06« skulle leveres i formspændt træ. Indklagede har nærmere anført, at der ikke var fastsat et krav om, at denne stol skulle leveres uden polstring. Ingen af de designmæssige mindstekrav til »O.St06 Loungestol« udelukkede efter deres ordlyd, at der kunne tilbydes en stol forsynet med polstring. Tilbuddenes konditionsmæssighed skulle alene vurderes på baggrund af, om det i tilbuddene var tilkendegivet, at mindstekravene blev ac-

cepteret. Holmris + Flexform havde i sit tilbud svaret »Ja« til at opfylde mindstekravet i punkt 1.1 »Loungestol med adskilt sæde og ryg i formspændt træ«. Som også anført ad påstand 4 er der intet grundlag for klagerens synspunkt om, at Holmris + Flexform A/S ændrede sit tilbud, efter at det var afgivet.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med forhandlingsforbuddet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 derved, at indklagede gav Holmris + Flexform mulighed for at ændre sit forhandlingstilbud efter tilbudsfristen, således at det opfyldte mindstekravene for henholdsvis stolen »A-O. St02« (levering i sort) og loungestolen »O.St06« (levering i formspændt træ uden polstring), hvorefter indklagede tog tilbuddet i betragtning. Klageren har endvidere henvist til det, der er anført ad påstandene 2 og 3. Det ændrede tilbud fra Holmris + Flexform opfyldte heller ikke mindstekravene. Efter EU-Domstolens praksis kan der i et udbud med forhandling ikke forhandles om ufravigelige mindstekrav.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med forhandlingsforbuddet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet indklagede ikke har givet Holmris + Flexform adgang til at ændre sit forhandlingstilbud, og indklagede har heller ikke taget et ændret tilbud fra Holmris + Flexform i betragtning ved den fornyede tildeling. Indklagede har bestridt, at Holmris + Flexforms redegørelse af 6. marts 2014 indebærer en ændring af det afgivne tilbud. Holmris + Flexform bekræftede ved sin redegørelse uden forbehold, at virksomheden havde accepteret mindstekravene, ligesom virksomheden oplyste, at den kunne levere de tilbudte møbler i overensstemmelse med mindstekravene i udbudsbetingelserne. Indklagedes henvendelse til Holmris + Flexform var foranlediget af klagerens indsigelser i brevet af 28. februar 2014, og indklagede ønskede på den baggrund, at Holmris + Flexform bekræftede, at tilbuddet opfyldte mindstekravene.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres som følge af de begåede overtrædelser.

Indklagede har under henvisning til sine anbringender ad påstandene 1 - 4 anført, at der ikke er grundlag for at annullation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Formsprog og Holmris + Flexform var ikke koncernforbundne virksomheder, og der var ikke personsammenfald for virksomhederne på ledelses- eller ejerniveau. Klagenævnet skal således alene tage stilling til, om Holmris + Flexform på grund af tætte forretningsmæssige forbindelser til indklagedes rådgiver Formsprog havde en konkurrencemæssig fordel, der ikke blev udlignet, men medførte, at virksomheden ikke kunne deltage i udbuddet.

Det lægges efter oplysningerne i sagen, herunder det fremlagte inspirationsmateriale, hvortil alene Formsprog havde rettighederne, til grund, at Formsprog og det daværende Holmris A/S forud for udbuddet havde samarbejdet om salg af møbler, som Holmris A/S producerede. Der er imidlertid ikke grundlag for at antage, at relationerne adskilte sig fra, hvad der kan betegnes som et almindeligt professionelt samarbejde mellem virksomheder inden for samme eller tilstødende brancher. Et sådant samarbejde medfører som det klare udgangspunkt ikke i sig selv afhængighed mellem virksomhederne. På denne baggrund og efter det i øvrigt foreliggende er der ikke grundlag for at antage, at Formsprog befandt sig i et afhængighedsforhold i relation til Holmris + Flexform, og at Holmris + Flexform af denne grund havde en særlig konkurrencemæssig fordel under udbuddet.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Afgørende for, om et tilbud er ukonditionsmæssigt som følge af, at et mindstekrav ikke er overholdt, er alene tilbuddets indhold sammenholdt med udbudsbetingelsernes mindstekrav, således som disse objektivt må forstås. En ordregiver har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud. Dette gælder også en tilbudsgivers bekræftelse af, at et mindstekrav er overholdt. Hvis det er åbenbart, at oplysninger fra en tilbudsgiver er forkerte, kan det imidlertid være i strid med princippet om ligebehandling, hvis ordregiveren lægger de pågældende op-

lysninger til grund ved sin vurdering af tilbuddet, jf. herved bl.a. klagenævnets kendelse af 1. oktober 2009, Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen.

I kravspecifikationen var som mindstekrav for møblet »A-O.St02 Stol« fastsat, at den tilbudte stol skulle leveres med »[s]ort metalstel« (punkt 1.4) og med »[k]armstykke i plast i samme farve som stel« (punkt 1.5). I udbudsbetingelsernes punkt 6.1.1 og i vejledningen til udfyldning af Rammeaftalebilag 1 (kravspecifikationen) var endvidere fastsat, at tilbudsgiverne ved afkrydsning skulle svare »Ja« eller »Nej« til, om det pågældende mindstekrav var opfyldt. Holmrís + Flexform bekræftede i overensstemmelse hermed ved afkrydsning i feltet for »Ja«, at tilbuddet opfyldte mindstekravene i punkterne 1.4 og 1.5.

Holmrís + Flexforms tilbud indeholdt et foto af en hvid udgave af den tilbudte stol. Af kravspecifikationen fremgik, at tilbudsgiverne skulle indsætte et produktbillede af det tilbudte møbel, men der var ikke fastsat krav om, at billedet skulle vise møblet i den tilbudte farve, eller i det hele taget krav om, at produktbilledet skulle være i farver. Selvom nogle af møblerne skulle tilbydes i flere farver, f.eks. møblerne »K-O.Bo02 Rundt Bord« og »K.St01 Kantine stol«, var det endvidere kun muligt at indsætte 1 foto.

Der er herefter ikke grundlag for at antage, at Holmrís + Flexforms tilbud var ukonditions-mæssigt i relation til de nævnte mindstekrav eller som følge af, at tilbuddet indeholdt et foto af den tilbudte stol i hvid.

Det, som klageren i øvrigt har anført, herunder om forløbet efter tildelingsbeslutningen af 21. februar 2014, kan ikke føre til andet resultat. Det ændrer således ikke herved, at det i indklagedes rådgivers brev af 3. marts 2014 var anført, at der som følge af klagerens indsigelser var rejst begrundet tvivl om, hvorvidt tilbuddet fra Holmrís + Flexform var konditions-mæssigt.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

I kravspecifikationen var som mindstekrav for møblet »O.St06 Loungestol« fastsat, at den tilbudte loungestol skulle leveres med »adskilt sæde og ryg i

formspændt træ« (punkt 1.1). Holmrís + Flexform bekræftede ved afkrydsning i feltet for »Ja«, at tilbuddet opfyldte mindstekravet i punkt 1.1.

Holmrís + Flexforms tilbud indeholdt et foto af den tilbudte CH07 lounge-stol i formspændt træ *med* polstring. Udbudsbetingelserne indeholder imidlertid intet krav om, at lounge stolen ikke måtte være polstret.

Der er herefter ikke grundlag for at antage, at Holmrís + Flexforms tilbud var ukonditionsmæssigt i relation til det nævnte mindstekrav, eller at der i tilbuddet var forbehold som følge af, at det indeholdt et foto af den tilbudte lounge stol med polstring.

Herefter og i øvrigt af de grunde, som klagenævnet har anført ad påstand 2, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

Der er ikke grundlag for at antage, at indklagede gav Holmrís + Flexform mulighed for at ændre sit tilbud. Herefter og efter det, der er anført ad påstandene 2 og 3, tages påstand 4 ikke til følge.

Ad påstand 5

Efter klagenævnets afgørelse vedrørende påstand 1 - 4 er der ikke grundlag for at tage påstand 5 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klageren, Hass & Berg A/S, skal i sagsomkostninger til indklagede, Erhvervsakademi Aarhus, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig