

K E N D E L S E

Holmris + Flexform A/S
(Steen Jensen, Fredericia)

mod

Holbæk Kommune
(advokat Peter Lund Meyer, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 015-022491 af 19. januar 2015 udbød Holbæk Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om levering, udpakning, samling, opstilling og montering af inventar til Holbæk Kommunes to nye plejecentre, Elmelunden og Samsøvej. Tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med underkriterierne ”Økonomi” og ”Kvalitet”, der hver vægtede 50 %.

Ved udløbet af tilbudsfristen den 2. marts 2015 havde 3 tilbudsgivere afgivet tilbud:

- Hass/Berg A/S (Hass/Berg)
- Mono Cph A/S (Mono Cph)
- Holmris + Flexform A/S (Holmris + Flexform).

Ved brev af 10. marts 2015 meddelte Holbæk Kommune, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til Mono Cph.

Efter at have modtaget indsigelser mod tildelingsbeslutningen fra Holmris + Flexform besluttede Holbæk Kommune den 20. marts 2015 at annullere ud-

budsproceduren. Ved bekendtgørelse nr. 2015/S 062-107688 af 28. marts 2015 meddelte Holbæk Kommune, at ”udbuddet annulleres på grund af manglende konkurrence. Der er ikke modtaget forskriftsmæssige tilbud, idet alle tilbud var ukonditionsmæssige. Ordregiver overgår derfor til udbud med forhandling efter udbudsdirektivets art. 30, stk. 1, litra a. Der offentliggøres ikke en udbudsbekendtgørelse, idet alle berettigede tilbudsgivere omfattes, jf. art. 30, stk. 1, litra a, 2. del”.

Holbæk Kommune gennemførte herefter forhandlinger med tilbudsgiverne, som alle 3 afgav nyt tilbud.

Ved brev af 11. maj 2015 meddelte Holbæk Kommune, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til Mono Cph. Det blev samtidig meddelt, at kommunen havde konstateret, at tilbuddet fra Holmris + Flexform var ikke-konditionsmæssigt.

Den 11. maj 2015 indrykkede Holbæk Kommune bekendtgørelse nr. 2015/S 093-167100 med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed, jf. håndhævelseslovens § 4, stk. 1, nr. 1 (nu lov om Klagenævnet for Udbud).

Den 26. maj 2015 indgav Holmris + Flexform klage til Klagenævnet for Udbud over Holbæk Kommune. Holmris + Flexform fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

Klagenævnet afsagde den 25. juni 2015 kendelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Ved samme kendelse udtalte klagenævnet, at betingelsen om ”fumus boni juris” var opfyldt, idet der på det foreliggende foreløbige grundlag var udsigt til, at påstand 1 og 2 og dermed påstand 5 ville blive taget til følge.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Holmris + Flexform har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Holbæk Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets

artikel 2 ved at have fastsat ikke egnede og ikke tilstrækkeligt præcise mindstekrav, hvilket har ført til en åbenlys ukorrekt vurdering af tilbuddet fra Holmrís + Flexform i forhold til kravspecifikationens punkt 8.29 ”Høj Hylde med Bøjlestang”.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Holbæk Kommune har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 30 ved at annullere det offentlige udbud og overgå til udbudsproceduren ”udbud med forhandling”, selv om begrundelsen for annullationen var usaglig, og selv om betingelserne for at overgå til udbud med forhandling ikke var til stede.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Holbæk Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have foretaget en utilstrækkelig og ukorrekt vurdering af Holmrís + Flexforms tilbud af 10. april 2015 i forhold til overholdelse af mindstekrav, jf. kravspecifikationens punkt 8.3 ”Polstret lænestol høj”.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Holbæk Kommune har handlet i strid med håndhævelseslovens § 3 [nu lov om Klagenævnet for Udbud § 3] ved i underretningen af 11. maj 2015 til tilbudsgiverne ikke at have angivet standstill-periodens udløbsdato.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere Holbæk Kommunes beslutning af 11. maj 2015 om at tildele kontrakten til Mono Cph.

Holmrís + Flexform har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Det offentlige udbud (1. udbud)

I udbudsbekendtgørelsen af 19. januar 2015 står:

” ...

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene
Holbæk Kommune ønsker at indhente tilbud på levering, udpakning, samling, opstilling og montering af inventar til kommunens to nye plejecentre – Elmelunden og Samsøvej – som er under opførelse.

Opgaven er opdelt i to delleverancer – også tidsmæssigt, idet Elmelunden forventes klar til beboerindflytning medio maj 2015 og Samsøvej først primo 2016.

Leverandøren skal levere, pakke ud, samle og montere til fuld funktionsmæssig stand. Herved forstås eksempelvis, at møbler samles og opstilles efter ordregivers anvisninger, at lamper skal tilsluttes, bænke skal monteres og gardiner skal fastmonteres.

Leverandøren skal deltage i afleveringsforretning og instruere personalet i, hvorledes inventaret vedligeholdes, samt udlevere brugs- og vedligeholdelsesmateriale og andet materiale tilhørende produkterne.

...

III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

...

... Kopi af aflagt årsregnskab for de seneste 3 år.

”

...

Af udbudsbetingelserne fremgår:

” ...

7. Egnethedsbedømmelse

Betingelser for deltagelse

På side 6 er oplistet en række betingelser, som tilbudsgivere skal opfylde, for at være egnede til at varetage opgaven – og dermed afgive tilbud.

Tilbudsgiver skal derfor fremsende det efterspurgte materiale sammen med tilbuddet.

Såfremt det efterspurgte materiale ikke afleveres ved tilbudsafgivelse, vil Holbæk Kommune afvise tilbuddet inden evalueringen foretages.

...

Økonomisk og finansiell kapacitet

Som anført i udbudsbekendtgørelsen, skal tilbudsgiver fremsende følgende vedr. tilbudsgivers økonomiske og finansielle formåen:

...

III. Kopi af aflagt årsregnskab for de seneste 3 år.

...

8. Afgivelse af tilbud

...

Prøveopstilling

Prøveopstillingen skal indeholde eksempler på alle møbler, belysning- og gardintyper.

Med hensyn til materialitet, som eksempelvis polstring, skal der medbringes prøver med de korrekte farver, som lever op til de beskrevne kvalitetskrav så som slidtal/martindale, lysægthed og brand. Dette er også tilfældet med gardiner, hvor der skal medbringes stofprøver på de traditionelle gardiner og eksempler på lamel-, panel- og plissegardiner.

Med hensyn til de specialproducerede møbler – borde, bænke og sæder – vil det være tilstrækkeligt med eksempler på materialer, fx bordplade med laminering.

Det skal nævnes, at hvis tilbudsgiver kan finde et tilsvarende produkt, der lever op til de beskrevne kvalitets- materiale- og designkrav er det selvfølgelig tilladt at bruge disse i stedet for specialproducerede.

Tilbudsgiver skal stille en repræsentant for tilbudsgiver til rådighed ved prøveopstillingen til besvarelse af eventuelle spørgsmål.

...”

Under udbuddet blev der stillet spørgsmål til udbudsbetingelsernes punkt 8 ”Prøveopstilling”:

” ...

Spørgsmål 1

I udbudsbetingelserne side 8, skriver I skriver at ”Prøveopstillingen skal indeholde eksempler på alle møbler, belysnings- og gardintyper”.

Det vil sige:

- En 2 personers sofa
- En polstret lænestol/høj, en polstret lænestol
- En fodskammel
- En gyngestol
- En let træstol
- Et sofabord

- Et sofabord centerunderstøttet
- En skillevæg
- Et centerunderstøttet spisebord
- En taburet, stablebar stol med armlæn (skalstol)
- Stabelbar stol uden armlæn (skalstol)
- En pendel
- En standerlampe

Da nogle af produkterne er meget detaljeret beskrevet, så bliver vi nødt til at lave specielle møbler til jer. Det er dog meget krævende at lave møbler i 1 stk, specielt hvis vi ikke vinder udbuddet. Det er en urimelig økonomisk og tidsmæssig byrde. Kan I acceptere billeder af alle eller de fleste af møblerne? Vi har brug for et hurtigt svar, da jeres svar vil have betydning for om vi bruger tid på dette projekt.

Svar 1

Som nævnt i udbudsbetingelserne s. 7 skal prøveopstillingen indeholde følgende:

Med hensyn til materialitet, som eksempelvis polstring, skal der medbringes prøver med de korrekte farver, som lever op til de beskrevne kvalitetskrav så som slidtal/martindale, lysægthed og brand. Dette er også tilfældet med gardiner, hvor der skal medbringes stofprøver på de traditionelle gardiner og eksempler på lamel-, panel- og plissegardiner.

Med hensyn til de specialproducerede møbler – borde, bænke og sæder – vil det være tilstrækkeligt med eksempler på materialer, fx bordplade med laminering.

Inventar, hvor der er forventet eksemplarer til fremvisning:

- En 2 personers sofa
- En polstret lænestol/høj
- En polstret lænestol
- En fodskammel
- En gyngestol
- En let træstol
- Et sofabord/ ovalt
- Et rundt sofabord/ stort
- Et rundt sofabord/ lille
- En skillevæg
- En taburet
- Stabelbar stol med armlæn (skalstol)
- Stabelbar stol uden armlæn (skalstol)
- En pendel/ lille

- En pendel/ stor
- En pendel finer/ lille
- En pendel finer/ stor
- En standerlampe
- Hylsystem i stål
- Høj hylde med bøjlestang

Møbler der IKKE er nævnt ovenfor, forventes ikke at være i prøveopstillingen.

For god ordens skyld, skal det nævnes, at billeder ikke opfattes som tilstrækkelig dokumentation for ovenstående opstilling. I forhold til de specialdesignede møbler vil en kombination af materialeprøver og tegninger/ billeder være at foretrække.

”
...

Holbæk Kommune har under klagesagen fremlagt en række fotos til dokumentation af Holmriss + Flexforms prøveopstilling.

Af kravspecifikationen vedrørende det inventar, der skulle leveres, fremgår:

”
...

1. Indledning

Den følgende beskrivelse skal læses i sammenhæng med inventarlistene og de dertil hørende tegningslistene og tegninger (bilag 7a og 7b med underbilag, samt bilag 8).

...

8.11. Modulært opbevaringsmøbel i varierende størrelser

...

8.11.B. Lille

...

Farver: Bagpladen er knækket hvid, jf. afsnittet om supplerende basisfarver - NCS S 0300-N

8.11.C. Medium

...

Farver: Bagpladen er knækket hvid, jf. afsnittet om supplerende basisfarver - NCS S 0300-N

8.11.D. Stor

...

Farver: Bagpladen er knækket hvid, jf. afsnittet om supplerende basis-

farver - NCS S 0300-N

...

8.14. Fastmonteret sæde i boligniche

...

Rygstøtte: Polstret plade med slidstærkt, flammehæmmende materiale, hvor rygstøtten skal kunne monteres på væggen uden synlige beslag.

Polstring: Uld, slidstærkt, flammehæmmende betræk. jf. ovenstående beskrivelse i punkt 8.1.

Sæde: Egetræ, massivt. Sædet skal kunne monteres på væggen uden synlige beslag, så vidt det er muligt.

...

8.15. Fastmonteret bänk i boligniche

...

Rygstøtte: Polstret plade med slidstærkt, flammehæmmende materiale, hvor rygstøtten skal kunne monteres på væggen uden synlige beslag.

Polstring: Uld, slidstærkt, flammehæmmende betræk. jf. ovenstående beskrivelse i punkt 8.1.

Sædet: Egetræ, massivt. Sædet skal kunne monteres på væggen uden synlige beslag, så vidt det er muligt.

...

8.16. Fastmonteret bänk i ankomstområdet

...

Rygstøtte: Polstret plade med slidstærkt, flammehæmmende materiale, hvor rygstøtten skal kunne monteres på væggen uden synlige beslag.

Polstring: Uld, slidstærkt, flammehæmmende betræk. jf. ovenstående beskrivelse i punkt 8.1.

Sædet: Egetræ, massivt. Sædet skal kunne monteres på væggen uden synlige beslag, så vidt det er muligt.

...

8.17. Fastmonteret produkt i trapperum (to typer)

...

Produkt: Egetræ, massivt. Produktet skal kunne monteres på væggen uden synlige beslag, så vidt det er muligt.

...

8.29. Høj hylde med bøjlestang

Hylde der placeres højt, med en bøjlestang under til frakker.

Materialer:

Hylde: Egetræ

Stang: Valgfri

...

Det fremgår af tegningsmateriale med reference til ”inventarliste Elmelunden” (tegning TA A7.31), at ”[d]et inventar, der skal afgives tilbud på er tegnet med rød på tegningen og er placeret indenfor den stiplede linje. Alle mål på tegninger er retningsgivende og skal tjekkes efter på stedet”. Det fremgår, at tegningen var på formatet A3, og at målestoksforholdet var 1:50. Holbæk Kommune har oplyst, at en A3 side har målene 297 mm x 420 mm, og at tilbudsgiverne dermed kunne gå ud fra, at 1 cm på tegning ville svare til 50 cm i reelle mål, hvis tegningen blev udskrevet i A3-format. Kommunen har videre oplyst, at det elektroniske PDF format – i modsætning til den til enhver tid udskrevne tegning – var målfast, idet PDF formatet på en computerskærm kan skales præcist til 100 %. Ved en skærmvisning af tegning TA A7.31 skaleret til 100 % fremgår det, at hylden har en dybde på ca. 4 mm, som i forholdet 1:50 vil svare til et reelt mål på 200 mm.

Der blev under udbuddet bl.a. stillet følgende spørgsmål:

”Spørgsmål 88

Kravspecifikation, pkt. 8.29 – Høj hylde med bøjlestang

Der findes ikke som standard en hylde som opfylder jeres krav til denne position, hvorfor hylden må betragtes som specialinventar. Ydermere er det et stort krav, at bede om en prøve, når der i projektet ”kun” skal bruges 1 hylde.

- ...
- Målt ud fra tegningen skal dybden på hylden være ca. 200 mm. Denne dybde giver ikke mulighed for at hænge en frakke. Her skal dybden minimum være 400 mm. Hvor dyb ønskes hylden?”

Kommunen svarede:

”Svar 88

- ...
- Dimensioneringen fremgår af tegningsmaterialet. Der er ikke stillet krav om en bestemt retning/udformning af bøjlestang/bøjleophæng i udbudsmaterialet.”

Det tegningsmateriale, der blev henvist til, var tegning TA A7.31 med reference til ”inventarliste Elmelunden”.

Ved brev af 10. marts 2015 meddelte Holbæk Kommune, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til Mono Cph A/S. I underretningen skrev kommunen bl.a.:

”Kvalitet

Kvalitetsmæssigt ligger de tre tilbud meget tæt, hvilket også ses af den samlede pointscore. Det ses også, at Holmrís + Flexform samlet har opnået en bedre kvalitetsevaluering end mono cph.

Men der, hvor det vindende tilbud fra mono cph, adskiller sig fra Holmrís + Flexform og har nogle fordele og derved har opnået en bedre pointscore på det enkelte element, er på følgende produkter:

- 8.11. Modulært opbevaringsmøbel
Mono cph har tilbudt at specialfremstille en reol i egefiner, således at den passer særdeles godt sammen med de andre elementer og designstilen.
- 8.14 – 8.17 Sæder og bænke til vægmontering
Mono cph har tilbudt sæder og bænke, hvor ophængsbeslaget er en smule mindre visuelt synlige og de er derfor bedre i tråd med den ønskede designstil.
- 8.29 Hylde med bøjlestang
Mono cph har tilbudt et specialfremstillet produkt, som i dimensionering stemmer overens med det udbudte, modsat Hass/Berg.”

Holmrís + Flexform fremsatte den 13. marts 2015 indsigelser mod tildelingsbeslutningen over for Holbæk Kommune og anførte, at tilbuddene fra Mono Cph og Hass/Berg ikke var konditionsmæssige. Disse tilbudsgivere havde ikke som fastsat i udbudsbetingelserne i perioden 4. – 6. marts 2015 opstillet en række møbler til brug for kommunens afprøvning af det tilbudte i forhold til den kvalitative vurdering.

Den 20. marts 2015 besluttede kommunen at annullere udbudsproceduren for derefter at overgå til udbud med forhandling uden offentliggørelse af en

udbudsbekendtgørelse i henhold til udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, 2. led. Kommunen vurderede, at ingen af de modtagne tilbud var konditionsmæssige.

Som begrundelser herfor anførte kommunen følgende i sine underretninger til de enkelte tilbudsgivere:

Underretning af 20. marts 2015 til Hass/Berg:

”
...

Hass/Berg er konstateret ukonditionsmæssige på følgende punkter:

- Pos. 8.4 og 8.4.a Polstret lænestol og fodskammel
Iflg. udbudsmaterialet og spørgsmål/svar forventede ordregiver produkterne fremvist til prøveopstillingen for at vurdere tilgængelighed for brugergruppen.
Ordregiver har konstateret, at Hass/Berg ikke havde stolen eller fodskamlen fremvist i deres prøveopstilling.
- Pos. 8.11 Modulært opbevaringsmøbel i varierende størrelser
Iflg. kravspecifikationen skal bagpladerne leveres i bestemte NCS farver.
Ordregiver har konstateret, at Hass/Berg ikke har tilbudt at levere bagpladerne i de efterspurgte farver.
- Pos. 8.19 Taburet
Iflg. udbudsmaterialet og spørgsmål/svar forventede ordregiver produktet fremvist til prøveopstillingen for at vurdere tilgængeligheden for brugergruppen.
Ordregiver har konstateret, at Hass/Berg ikke havde tabureten fremvist i deres prøveopstilling.
- Pos. 8.29 Høj hylde med bøjlestang
Iflg. målfast tegningsmateriale skal dybden på hattehylde maksimalt måle ca. 200 mm. Ordregiver har konstateret, at den tilbudte hattehylde har en dybde på min. 270 mm.

”
...

Underretning af 20. marts 2015 til Holmris + Flexform:

”
...

Holmris + Flexform er konstateret ukonditionsmæssige på følgende punkter:

- Pos. 8.29 Høj hylde med bøjlestang
Iflg. målfast tegningsmateriale skal dybden på hattehylde maksimalt måle ca. 200 mm.

Ordregiver har konstateret, at den tilbudte hattehylde har en dybde på min. 270 mm.

”
...

Underretning af 20. marts 2015 til Mono Cph:

”
...

Mono Cph er konstateret ukonditionsmæssige på følgende punkter:

- Pos. 8.2 2-personers sofa
Iflg. udbudsmaterialet og spørgsmål/svar forventede ordregiver produktet fremvist til prøveopstillingen for at vurdere tilgængelighed for brugergruppen.
Ordregiver har konstateret, at Mono Cph ikke havde sofaen fremvist i deres prøveopstilling.
- Pos. 8.4 Polstret lænestol
Iflg. udbudsmaterialet og spørgsmål/svar forventede ordregiver produktet fremvist til prøveopstillingen for at vurdere tilgængelighed for brugergruppen.
Ordregiver har konstateret, at Mono Cph ikke havde stolen fremvist i deres prøveopstilling.
- Pos. 8.5 Gyngestol med tilpasset ryg- og siddehynde
Iflg. udbudsmaterialet og spørgsmål/svar forventede ordregiver produktet fremvist til prøveopstillingen for at vurdere tilgængelighed for brugergruppen.
Ordregiver har konstateret, at Mono Cph ikke havde stolen fremvist i deres prøveopstilling.
- Pos. 8.12 Skillevæg med lydabsorberende egenskaber
Iflg. udbudsmaterialet og spørgsmål/svar forventede ordregiver produktet fremvist til prøveopstillingen for at vurdere tilgængelighed for brugergruppen.
Ordregiver har konstateret, at Mono Cph ikke havde skillevæggen fremvist i deres prøveopstilling.
- Pos. 8.19 Taburet
Iflg. kravspecifikationen skal sædet være ergonomisk udformet.
Ordregiver har konstateret, at sædet ikke er ergonomisk udformet, men fladt.
- Pos. 8.27 Standerlampe
Iflg. udbudsmaterialet og spørgsmål/svar forventede ordregiver produktet fremvist til prøveopstillingen for at vurdere designet.
Ordregiver har konstateret, at Mono Cph ikke havde lampen fremvist i deres prøve-opstilling.

”
...

Udbud med forhandling (2. udbud)

Holbæk Kommune har oplyst, at de 3 tilbudsgivere fik adgang til de reviderede udbudsbetingelser den 27. marts 2015 til brug for udbuddet med forhandling. Det fremgår ved overstregninger og tilføjelser, hvor udbudsbetingelserne var revideret i forhold til de oprindelige betingelser. Tilbudsfristen var fastsat til den 10. april 2015.

Af udbudsbetingelsernes punkt 7 ”Egnethedsbedømmelse” fremgår:

” ...

Tilbudsgiver skal derfor fremsende det efterspurgte materiale sammen med tilbuddet.

Såfremt det efterspurgte materiale ikke afleveres ved tilbudsafgivelse, vil Holbæk Kommune afvise tilbuddet inden evalueringen foretages.

...

Personlige forhold

Som anført i udbudsbekendtgørelsen, skal tilbudsgiver fremsende følgende vedr. tilbudsgivers personlige forhold:

I. Erklæring på tro- og love om, at ansøger

- ikke befinder sig i en udelukkelsessituation i henhold til Udbudsdirektivets art. 45, stk. 1 og 2 og Udbudsbekendtgørelsens § 10
- ikke har ubetalt forfalden gæld til det offentlige i henhold til Lovbekendtgørelse nr. 336 af 13. maj 1997.

(Tilbudsgiver anvender bilag 1)

...

Økonomisk og finansiell kapacitet

...

III. Kopi af aflagt årsregnskab for de seneste 3 år.

...”

Af kravspecifikationen fremgår:

” ...

1. Indledning

...

Det bemærkes, at nærværende reviderede kravspecifikation alene er præciseret og ændret i henhold til de supplerende oplysninger offentliggjort under den tidligere udbudsproces (EU-Tidende 2015/S 015-022491), og derfor ikke indeholder væsentlige ændringer.

Således vil krav, vilkår og øvrige forhold som udgangspunkt være som i det samlede oprindelige udbudsmateriale.

Konkret vil indarbejdede præciseringer i materialet fremgå med rød. Modsat er udeladelser streget ud.

...

8.3. Polstret lænestol/høj

God solid lænestol, med fast siddekomfort og stabilt ryglæn. Lænestolen skal harmonere i udtryk med den polstrede lænestol, men afvige ved eksempelvis anderledes armlæn, farve og sædehøjde.

Lænestolen skal produceres med aftageligt, vaskbart betræk. Det kan accepteres, at kun sædebetrækket er aftageligt, hvis det vurderes, at det stadig er muligt at renholde stolen tilstrækkelig i tilfælde, hvor møblet jævnligt benyttes af personer med inkontinens.

Alternativ: Hvis betrækket ikke er aftageligt, skal der leveres urindug til at lægge over sædet, som på forsiden matcher det stof, som stolen er polstret i. Skal kunne vaskes.

Polstring: Uld, slidstærkt, flammehæmmende betræk. jf. ovenstående beskrivelse i punkt 8.1.

Sædedybde: Inden for intervallet ~~770—810~~ 480 - 520 mm.

Sædehøjde: Inden for intervallet ~~530—550~~ 490 – 520 mm.

~~Ryglæn~~ Stolens fulde højde: Inden for intervallet 950 – 1150 mm.

Sædet skal skråne let nedad mod ryglænet, men ikke så meget, at det er svært at rejse sig.

Armlæn: solide i egetræ, massivt, så de kan bruges til mobilisering

Materiale ben: Egetræ – massivt

Farver: polstring brun, jf. afsnittet om supplerende basisfarver – NCS S7005-Y20R

...

Den understregede tekst var i kravspecifikationen skrevet med rød skrift. Denne tekst markerede ændringerne i forhold til kravspecifikationen til det annullerede offentlige udbud.

Der blev under udbuddet med forhandling stillet følgende spørgsmål:

”
...

Spørgsmål 3 - Høj hylde med bøjlestang

a. Vil i henvise til hvor i jeres tidligere udbudsmateriale, at der står dybden på pos. 8.29 Hattehylde, vi spørger fordi der i tidligere og igen i nuværende materiale er henvist til en tegning TA A7.31, der ikke er spec. Målfast da den er vedlagt i PDF. Og såfremt dette produkt, der andrager mindre end 1 promille af hele tilbudssummen, men kan være genstand for ukonditionsmæssighed, ønsker vi en nøjagtig beskrivelse af Mål.

Ordregiver forstår ved spørgsmålet, at tilbudsgiver ønsker oplysning om mål på produkt pos. 8.29: Høj hylde med bøjlestang.

Ordregiver henviser til tegningsmateriale (TA A7.31), hvoraf det fremgår, at hylden med bøjler skal kunne være bag døren, når den åbnes. Målene på hylden kan derfor maksimalt være 200 mm i dybden og 2770 mm i længden OG bøjler skal kunne hænge i hyldens længderetning, således at de ikke obstruerer for dørens åbning.

...”

Alle 3 tilbudsgivere – Hass/Berg, Holmris + Flexform og Mono Cph – afgav tilbud.

Ved fremsendelsen af tilbuddet skrev Holmris + Flexform bl.a.:

”Hermed vedlægges vores [tilbud] igen efter jeres annullering af Udbud og overgang til udbud med Forhandling.

Som oplyst kan vi ikke anerkende jeres annullering, men vælger med dette oplæg i stedet at indgå i en Konstruktiv fortsættelse af jeres udbudsfase for at ikke der bliver problemer med jeres tidsfrister.”

I overensstemmelse med udbudsbetingelserne indkaldte Holbæk Kommune tilbudsgiverne til en supplerende prøveopstilling af de tilbudte møbler. Foruden prøveopstilling blev der afsat tid til gennemgang af tilbud/afklarende spørgsmål. Mødet blev afholdt den 15. april 2015 og samme dag sendte kommunen et referat fra mødet. Af referatet fra mødet med Holmris + Flexform fremgår bl.a.:

”Tilbuddet blev gennemgået i forhold til pos. 8.2 til 8.29:

...

Pos. 8.3 Polstret lænestol/høj

Tilbud er ændret – Skipper Uni lænestol tilbydes i stedet for Nielaus Tenor lænestol. (Ved en fejl vedrører teksten i produktdatabladet dog Nielaus Tenor – Holmriss+Flexform efter-sender oplysninger).

Polstring: Som oplyst i produktdatablad

Dimensioner: De præcise mål eftersendes af Holmriss+Flexform.

Aftageligt betræk på siddehynde med urindug under. Koldskumssæde.”

Holmriss + Flexform sendte den 15. april 2015 svar på afklarende spørgsmål fra mødet. Virksomheden oplyste bl.a. følgende:

”Pos. 8.3 Polstret Lænestol: Afklaring omkring mål på stol

Korrekte mål er som beskrevet, dog er højden pga. ønske om den ekstra høje
[s]ædehøjde ændret:
Bekræftelse på at mål er som følgende:

Totalhøjde 104 cm.
Sædedybde: 51 cm.
Sæde højde: 46 cm. Men kan leveres fra 44 til 53 cm.”

Holbæk Kommune sendte den 17. april 2015 på ny afklarende spørgsmål til Holmriss + Flexform:

”...

Pos. 8.3 Polstret lænestol/høj

I har tilbudt og fremvist en Skipper Uni lænestol, som har polstrede armlæn. Af kravspecifikationens pkt. 8.3 fremgår det, at stolens armlæn skal være af massivt egetræ.

Stolen er derfor ikke i sin tilbudte udformning konditions-mæssig.

Vil I venligst fremsende information, herunder billede/teg-

ning, om tilpasning af den tilbudte stol, så den opfylder kravspecifikationen?

...”

Holmris + Flexform svarede den 19. april 2015:

” ...

Pos. 8.3 Afklaring omkring armlænsproblematik

Vi beklager at der er byttet rundt på Pos. Nr. på de 2 højrygget stole

[g]rundet der har været stor usikkerhed i materialet.

Stol som er angivet som pos. 8.3 skulle have være nummeret i bilagene

[m]ed Pos. 8.4, da begge stole opfylder alle krav udover typen af armlæn,

[e]r dette smuttet i forhold til pos. Nr.

Dette er også grunden til at i ikke kunne finde mening i de priser der var vedlagt

[s]om bilag på hvad der kunne fratrækkes udbuddet på den enkelte pos. Nr.

Det bekræftes hermed at Skippers Uni stol er Pos. 8.4

Samtidig bekræftes det at Pos. 8.3 er Swedese højrygget stol, der opfylder alle krav

[t]il denne pos. 8.3, men i øvrigt også opfylder krav til 8.3 da denne findes både med lukket og åbne armlæn, som indsatte billeder:

...”

Holmris + Flexform havde i sin besvarelse af 15. april 2015 vedrørende den tilbudte stol under kravspecifikationens position 8.3 således i realiteten forholdt sig til den tilbudte stol under kravspecifikationens position 8.4. Stolene under disse positioner var fejlagtigt blevet ombyttet med hinanden.

Af produktbladet til stolen Swedese, som først var tilbudt under position 8.4, men som skulle have været og blev tilbudt under position 8.3, fremgår, at stolen havde en sædehøjde på 47 cm.

Holmris + Flexform anførte i virksomhedens tilbud: ”Ingen forbehold for det samlede tilbudsmateriale”.

Sammen med tilbuddet indleverede Holmris + Flexform på ny den tro og love-erklæring, som blev indleveret sammen med tilbuddet under det 1. udbud, og som var dateret 23. februar 2015.

Ved brev af 11. maj 2015 meddelte Holbæk Kommune, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til Mono Cph. Det blev samtidig meddelt, at tilbuddet fra Holmris + Flexform var konstateret ikke-konditionsmæssigt. Kommunen anførte:

” ...

Holbæk Kommune har indledningsvist foretaget en gennemgang af det samlede tilbudsmateriale med henblik på at konstatere, om tilbuddene er konditionsmæssige. Og her er det desværre konstateret, at tilbuddet fra Holmris+Flexform ikke er konditionsmæssigt.

Således lever de to lænestole tilbudt under position 8.3 ikke op til rammerne i kravspecifikationen - det være sig enten i forhold til armlænenes materiale eller i forhold til stolen sædehøjde.

Det fremgår af kravspecifikationens pkt. 8.3 omkring krav til stolen: *”Sædehøjde: Inden for intervallet 530—550 490 – 520 mm. ... Armlæn: solide i egetræ, massivt, så de kan bruges til mobilisering.”*

...

Såfremt Holmris+Flexform byder ind med Skipper Uni lænestol under pos. 8.3, vurderes tilbuddet ikke konditionsmæssigt, idet stolen er tilbudt med polstrede armlæn, som er i uoverensstemmelse med kravspecifikationens pkt. 8.3.

Såfremt Holmris+Flexform byder ind med Swedese Select lænestol under pos. 8.3, vurderes tilbuddet heller ikke konditionsmæssigt, idet stolens sædehøjde er i uoverensstemmelse med kravspecifikationens pkt. 8.3.

Holbæk Kommune har således konkluderet, at tilbuddet fra Holmris+Flexform ikke kan tages i betragtning i forhold til den udbudte opgave og derfor ikke er medtaget i evalueringen.

...”

Kommunen redegjorde herefter i brevet for det antagne tilbuds relative fordele i forhold til tilbuddet fra Hass/Berg. Konklusionen i brevet var:

”I henhold til ovennævnte kriterier er tilbuddet fra Mono Cph vurderet som værende det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Derfor har Holbæk Kommune til hensigt at tildele kontrakten til Mono Cph.

Kontrakten forventes at blive indgået ultimo maj 2015.”

I underretningen til Mono Cph oplyste kommunen bl.a. følgende:

”Det er med stor glæde, at Holbæk Kommune kan meddele, at jeres tilbud er evalueret til, at være det, for Holbæk Kommune, økonomiske mest fordelagtige tilbud, og derfor har til hensigt at tildele kontrakten til jer.

Vi vil hurtigst muligt udarbejde udkast til kontrakt, som I vil få tilsendt. Kontrakten kan dog tidligst underskrives efter udløbet af en periode på 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelse vedr. hensigt om kontraktindgåelse er offentliggjort i EU-Tidende, jf. Håndhævelseslovens § 4, stk. 2.”

Ved bekendtgørelse nr. 2015/S 093-167100 af 11. maj 2015 offentliggjorde Holbæk Kommune i medfør af håndhævelseslovens § 4, at kommunen ville indgå kontrakt med Mono Cph.

Særligt om Holmrís + Flexforms selskabs- og regnskabsforhold

Under skriftvekslingen i sagen har Holbæk Kommune anført, at det i årsrapporten 2014 for Holmrís + Flexform A/S (CVR-nr. 26 24 94 06) under angivelsen af selskabets hovedaktiviteter fremgår, at selskabet med virkning fra den 1. januar 2014 fik tilført aktiviteter fra moderselskabet Holmrís DK A/S som følge af, at Holmrís DK A/S købte majoriteten af selskabets aktier i november 2013. Holmrís DK A/S har CVR-nr. 21 86 22 90.

I årsrapporten 2013 for Holmrís DK A/S (CVR-nr. 21 86 22 90) fremgår det tilsvarende under ledelsesberetningen, at selskabet i slutningen af 2013 tilkøbte selskabet Flex-Form/Stolehuset A/S, der i dag begge er binavne til Holmrís + Flexform A/S (CVR-nr. 26 24 94 06). Holmrís + Flexform A/S (CVR-nr. 26 24 94 06) var således pr. 1. januar 2014 et datterselskab til Holmrís DK A/S (CVR-nr. 21 86 22 90).

I forbindelse med Holmrís DK A/S’ køb af aktiemajoriteten i Holmrís + Flexform A/S blev der med henblik på at koncernsamordne selskabernes regnskabsår til kalenderåret udarbejdet en årsrapport for Holmrís + Flexform A/S for perioden 1. oktober 2013 – 31. december 2013. Dette årsregnskab blev vedtaget på selskabets generalforsamling den 30. maj 2014 og of-

fentliggjort ved indsendelse til Erhvervsstyrelsen den 26. september 2014. Regnskabet har betegnelsen ”Årsrapport for regnskabsåret 01.10.13 – 31.12.13”.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Holmris + Flexform har gjort gældende, at Holbæk Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have afvist tilbuddet fra Holmris + Flexform under det offentlige udbud, selv om tilbuddet var konditionsmæssigt. Kravspecifikationen er uklar, og det resulterede i, at kommunen modtog mange spørgsmål både under det offentlige udbud og under udbuddet med forhandling.

Kommunens mindstekrav til kravspecifikationens position 8.29 var angivet som: ”Høj hylde med bøjlestang”, ”Hylde der placeres højt, med en bøjlestang under til frakker. Materialer: Hylde: Egetræ Stang: Valgfri”. Som følge af spørgsmål 88, hvor spørgeren egenhændigt ved måling på tegningen har konstateret, at dybden på hylden er ca. 200 mm, bekræfter kommunen, at dimensioneringen fremgår af tegningsmaterialet. Det kan konstateres, at tegningsmaterialet er i PDF-format uden mål og uden målestoksforhold og dermed yderst vanskelig at beregne korrekte mål ud fra, og derfor må spørgerens beregning af de ca. 200 mm antages med stor usikkerhed. Ved kommunens svar på spørgsmål 88 er det således reelt en af tilbudsgiverne, der har fastsat mindstekravet til dybden på hylden, og ikke kommunen.

Da kommunen ikke har angivet et præcist mindstekrav til hyldens dybde, men kun konstateret, at dimensionerne i tegningsmaterialet er gældende, var Holmris + Flexform ikke i stand til præcist at konstatere det nøjagtige mindstekrav til dybden på hylden. Holmris + Flexform tilbød en hylde med en dybde på 270 mm. Dette vurderede virksomheden som følge af sin viden om de faktiske forhold vedrørende produktet at være den bedst mulige løsning og inden for det, kommunen ønskede.

Princippet om gennemsigtighed er overtrådt, da kommunen i tegningsmaterialet blot anførte, at ”[a]lle mål på tegninger er retningsgivende”, og da der ikke er fastsat mål vedrørende hylden, jf. position 8.29. Det har derfor været

særdeles vanskeligt for tilbudsgiverne at afgive et tilbud, der var tilfredsstillende for kommunen. Der er ikke et præcist og konkret målfast krav til hyldens dybde.

Da kommunen ikke har fastsat et præcist mindstekrav til mål for hylden og endvidere har accepteret, at en tilbudsgiver har fastsat et mindstekrav ud fra en tegning, hvorpå der ikke er angivet mål, men blot oplyst, at målene er retningsgivende, har Holbæk Kommune overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed

Det ville have været enkelt for kommunen at fastsætte et præcist mindstekrav til hyldens dimensioner. Usikkerheden om, hvilke dimensioner den udbudte hylde skulle have, blev ikke elimineret ved kommunens besvarelse af spørgsmålet. Det var fortsat uklart, hvilke ”afvigelser” kommunen ville tillade. Der kunne tilbydes en hylde med dimensioner fra f.eks. 180 mm til 300 mm, uden at tilbudsgiverne kunne vide, om kommunen ville acceptere de tilbudte dimensioner.

Holbæk Kommune har gjort gældende, at kommunen i kravspecifikationen under punkt 1 ”Indledning” anførte, at beskrivelsen af kravene i kravspecifikationen ”skal læses i sammenhæng med inventarlistes og de dertil hørende tegningslister og tegninger (bilag 7a og 7b med underbilag, samt bilag 8)”. Inventarlisten for Elmelunden angav, at hylden under kravspecifikationens position 8.29 skulle placeres i depotrum TA A7.31, og det fremgik af tegningen, at ”[a]lle mål på tegninger er retningsgivende og skal tjekkes efter på stedet”. Tegningen angav dimensioneringsforhold, idet det var anført, at tegningen var i A3-format, der har målene 297 mm x 420 mm, og idet tegningen i dette A3-format var i målestoksforholdet 1:50. Tegningen indgik i udbudsmaterialet som et elektronisk dokument i PDF-format. Ved skærmvisning af tegning TA A7.31 i 100 % skalering kan det lægges til grund, at 1 cm på skærmen udgør 50 cm i reelle mål. Da hylden under kravspecifikationens position 8.29 efter tegningen har en dybde på ca. 4 mm, svarer dette i det oplyste målestoksforhold 1:50 til et reelt mål på 200 mm. Det fremgik endvidere af tegning TA A7.31, at den omhandlede hylde af hensyn til muligheden for at åbne døren til depotrummet ikke kunne være dybere end 200 mm. Det stillede spørgsmål 88 viser, at øvrige tilbudsgivere ikke var i tvivl om, at hylden ikke kunne være dybere end 200 mm. Da dimensionen på den udbudte hylde har været tilstrækkelig præcis, har kommunen ikke tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i

udbudsdirektivets artikel 2, og kommunen var derfor berettiget til at afvise tilbud, som ikke opfyldte de fastsatte dimensioneringskrav. Holmris + Flexform tilbød en hylde, der havde en dybde på 270 mm. Dette var i strid med den fastsatte maksimale dybde på 200 mm. Holbæk Kommune var derfor berettiget til at afvise tilbuddet som ikke-konditionsmæssigt.

Ad påstand 2

Holmris + Flexform har gjort gældende, at Holbæk Kommune har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 30 ved at annullere det oprindelige udbud og overgå til udbud med forhandling, selv om den reelle begrundelse for annulation var usaglig, og selv om betingelserne for at overgå til udbud med forhandling ikke var opfyldt. Udbud med forhandling kan kun anvendes i særlige tilfælde. Kommunen fandt alle tilbuddene konditionsmæssige ved den oprindelige evaluering, men på baggrund af en henvendelse fra Holmris + Flexform trak kommunen tildelingsbeslutningen tilbage og besluttede herefter, at alle 3 tilbud var ukonditionsmæssige. Kommunen har overtrådt princippet om ligebehandling ved at overgå til udbud med forhandling med henvisning til udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, da der var mindst et konditionsmæssigt tilbud, jf. anbringenderne ad påstand 1. Manøvren med at genevaluere Holmris + Flexforms tilbud viser, at kommunen ikke handlede sagligt. Kommunen henviste til en objektiv saglig begrundelse for annulation, men i virkeligheden blev Holmris + Flexform forskelsbehandlet, idet selskabet reelt skulle have tildelt kontrakten. Holbæk Kommune kunne have valgt at annullere tilbuddet med henvisning til manglende konkurrence ved kun et konditionsmæssigt tilbud, men kommunen valgte i stedet at henvise til artikel 30, stk.1, litra a, for på den måde at fastholde Mono Cph som tilbudsgiver.

Holmris + Flexform levede op til Holbæk Kommunes økonomiske og finansielle mindstekrav, og Holmris + Flexform afgav et konditionsmæssigt tilbud uden formelle fejl. En kvartalsrapport er ikke et årsregnskab eller en årsrapport i regnskabsteknisk forstand, da en kvartalsrapport kun er retvisende for 3 måneders drift, mens en årsrapport eller årsregnskab er retvisende for 12 måneders drift. Det fremgår endvidere af årsregnskabslovens § 15, stk. 1, at et årsregnskab skal omfatte 12 måneder. Da kommunen krævede, at tilbudsgiverne skulle indlevere ”årsregnskaber”, er kvartalsrapporter og dermed kvartalsrapporten for 4. kvartal 2013 fra Holmris + Flexform uden betydning for denne klagesag. Kvartalsrapporten blev i øvrigt kun ud-

arbejdet for at skabe et ”øjebliksoverblik” over den samlede koncern i forbindelse med fusionen af selskaberne Flexform/Stolehuset A/S (Holmrís + Flexform) og Holmrís DK A/S. På tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet var årsregnskabet for 2014 ikke godkendt. Tilbudsfristen var den 2. marts 2015, og først den 29. april 2015 forelå der et godkendt årsregnskab for 2014, som blev offentliggjort den 4. juni 2015.

I forhold til kravspecifikationens punkt 8.11 har Holmrís + Flexform gjort gældende, at det ”modulære opbevaringsmøbel” ikke var en del af prøveopstillingen den 4. marts 2015, og derfor blev farvevalget på bagpladen på det modulære opbevaringsmøbel heller ikke drøftet under prøveopstillingen. Farven på bagpladen på møblet var bestemt af Holbæk Kommune på forhånd, idet det i kravspecifikationen var fastsat, at farven skulle være NCS S 0300-N. Holmrís + Flexform bekræftede i sit tilbud, at alle tilbudte produkter, produktion og leverancer af produkter overholdt alle forskrifter i henhold til love og bestemmelser indenfor området, og at de tilbudte møbler desuden overholdt alle fastsatte mindstekrav. Holmrís + Flexform ville derfor levere det modulære opbevaringsmøbel med en bagplade i knækket hvid, som krævet af kommunen. I forhold til kravspecifikationens punkt 8.14, 8.15, 8.16 (fastmonteret sæde og fastmonteret bæk) og 8.17 havde Holmrís + Flexform den 4. marts 2015 eksempler på materialer i form af træprøver monteret på bordet og polsterprøver, der levede op til mindstekravene. Holmrís + Flexform oplyste, at træet på bordet svarede til det materiale, som alle tilbudte produkter i træ ville blive leveret i. Det blev oplyst, at hele leverancen ville blive produceret af ”Snedkergården”. Dette godkendte Holbæk Kommune som helt i overensstemmelse med de opregnede mindstekrav. Kommunen evaluerede da også tilbuddet i forhold til underkriteriet ”Kvalitet” og stillede ikke på noget tidspunkt spørgsmål til Holmrís + Flexform om manglende opfyldelse af mindstekravene.

Holbæk Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at annullere det offentlige udbud eller i strid med artikel 30, stk. 1, litra a, ved at overgå til forhandlingsudbud uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Udbudsretten fastsætter ikke materielle betingelser for en ordregivers annullation af en udbudsprocedure, idet ordregiveren dog ikke herved må tilsidesætte EU-Traktatens bestemmelser og principper, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Begrundelsen for annullationen var, at samtlige tilbud under det offentlige udbud var ukonditionsmæssige.

Holmris + Flexform vurderede selv, at tilbuddene fra Hass/Berg og Mono Cph var ukonditionsmæssige, og Holmris + Flexforms tilbud var også ukonditionsmæssigt. Holmris + Flexforms tilbud i forbindelse med det offentlige udbud (1. tilbud) led af formelle mangler, idet tilbuddet ikke var vedlagt kopi af de 3 seneste årsregnskaber. Årsregnskabet for Holmris + Flexform A/S for 4. kvartal 2013 var afgivet af selskabet på tidspunktet, hvor kommunen iværksatte det offentlige udbud ved udbudsbekendtgørelsen af 19. januar 2015. Holmris + Flexform undlod dog at indlevere årsrapporten for 4. kvartal 2013 sammen med sit tilbud, og Holmris + Flexforms tilbud var derfor ikke konditionsmæssigt. Holmris + Flexforms årsrapport for 4. kvartal 2013 skal betragtes som selskabets senest aflagte årsregnskab på tidspunktet for tilbudsfristens udløb under det annullerede offentlige udbud den 2. marts 2015. Et regnskabsår kan efter årsregnskabslovens § 15 have en varighed på over eller under 12 måneder i tilfælde af koncernsammordning af moder- og datterselskabers årsregnskaber. Der blev udarbejdet en årsrapport for Holmris + Flexform for omlægningsperioden 1. oktober – 31. december 2013 med henblik på, at selskabets regnskabsår blev det samme som Holmris DK A/S' regnskabsår. Årsrapporten blev vedtaget på selskabets generalforsamling den 30. maj 2014 og offentliggjort ved indsendelse til Erhvervsstyrelsen den 26. september 2014.

Holmris + Flexforms prøveopstilling omfattede desuden ikke farveprøver på den specificerede farve i knækket hvid, som var fastsat i kravspecifikationens punkt 8.11, B – D (modulære opbevaringsmøbel). Kommunens besvarelse af spørgsmål 1 vedrørende prøveopstillingen medførte ikke en fravigelse af de fastsatte krav til dokumentation for materialitet. Tilbudsgiverne skulle derfor fortsat medbringe materialeprøver til dokumentation for opfyldelse af farve- og kvalitetskrav, herunder slidtal/martindale, lysægthed og brand. Holmris + Flexform medbragte ikke den 4. marts 2015 en farveprøve, som kunne dokumentere, at Holmris + Flexforms tilbudte modulære opbevaringsmøbel opfyldte det anførte for underpositionerne B – D om farver, hvorefter bagpladen på møblet skulle leveres i knækket hvid. Holmris + Flexform oplyste under demonstrationen af vareprøverne, at den krævede farve ikke kunne leveres. I kravspecifikationens punkt 8.14, 8.15 og 8.16 (fastmonteret sæde og fastmonteret bænk) var der endvidere fastsat krav til materialer til rygstøtte, polstring og sæde, men ved Holmris + Flexforms prøveopstilling blev der ikke fremvist eksempler på materialerne. Det fremgår af kommunens dokumentation af 4. marts 2015 for Holmris + Flexforms prøveopstilling (fotos), at selskabet ikke fremlagde materialeprøver

for sæder. Holmris + Flexform har ikke godtgjort, at træsorten for bordben til det tilbudte sortiment skulle kunne tjene som materialeprøver for sæder, der skulle produceres i massivt egetræ. Der blev desuden ikke under prøveopstillingen den 4. marts 2015 fremlagt polstringsprøver. Tilsvarende gjorde sig gældende for produktet i kravspecifikationens punkt 8.17. Holmris + Flexforms tilbud var derfor heller ikke konditionsmæssigt på disse punkter. Det forhold, at Holbæk Kommune ikke under udbuddet har afvist Holmris + Flexforms tilbud som ikke-konditionsmæssigt, afskærer ikke kommunen fra at påberåbe sig dette under klagesagen.

Efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, kan en ordregiver overgå til forhandlingsudbud uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, 1) når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud eller en konkurrencepræget dialog er afgivet tilbud, som 2) ikke er forskriftsmæssige, og 3) forudsat at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt. Den ordregivende myndighed behøver ikke at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, hvis udbuddet med forhandling 4) omfatter alle tilbudsgivere, og kun de tilbudsgivere, der opfylder de i artikel 45-52 omhandlede kriterier, og 5) som under de forudgående offentlige eller begrænsede udbud eller den konkurrenceprægede dialog har afgivet tilbud, der er i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav. Samtlige 5 kumulative betingelser var opfyldt, da kommunen havde gennemført et offentligt udbud, da samtlige tilbudsgivere under det offentlige udbud havde afgivet ikke-forskriftsmæssige tilbud, da de oprindelige udbudsbetingelser under det offentlige udbud ikke blev ændret væsentligt under det efterfølgende forhandlingsudbud, da forhandlingsudbuddet omfattede alle 3 tilbudsgivere, som under det offentlige udbud vurderedes at opfylde kvalifikationsbetingelserne for deltagelse i udbuddet, og da forhandlingsudbuddet alene omfattede de tilbudsgivere, som under det offentlige udbud vurderedes at opfylde udbudsprocedurens formelle krav. Det har dog vist sig, at Holmris + Flexforms tilbud ikke opfyldte alle formelle krav. Holmris + Flexform skulle derfor ikke have deltaget i forhandlingsudbuddet, men dette har ingen betydning for kommunens beslutning om at tildele kontrakten til Mono Cph

Holbæk Kommune var berettiget til at ændre sin tildelingsbeslutning, da det viste sig, at grundlaget for den oprindelige beslutning var mangelfuldt. Mono Cph fik ikke med adgangen til at deltage i forhandlingsudbuddet efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, bedre mulighed for at få tildelt den udbudte kontrakt, end virksomheden ville have haft under et fornyet of-

fentligt udbud.

Ad påstand 3

Holmris + Flexform har gjort gældende, at Holbæk Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have afvist selskabets 2. tilbud, selv om selskabet havde dokumenteret og bekræftet, at tilbuddet overholdt alle krav. Ved afgivelsen af tilbuddet anførte selskabet: ”Ingen forbehold for det samlede udbudsmateriale”. Efter den supplerende prøveopstilling modtog Holmris + Flexform kommunens referat fra forhandlingerne (prøveopstillingen), og samme dag sendte Holmris + Flexform dokumentation for dimensionerne på stolen i position 8.3. Lænestolen blev tilbudt med en sædehøjde på mellem 440 mm og 530 mm. Dette opfyldte det stillede krav om en sædehøjde i intervallet 490 mm – 520 mm. Det viste sig senere, at Holmris + Flexform ved en åbenlys fejl havde byttet rundt på de tilbudte lænestole for henholdsvis position 8.3 og 8.4. Holmris + Flexform tilbød i position 8.3 en Swedese højrygget stol med en sædehøjde, der kan leveres mellem 44-53 cm og med et armlæn i massivt egetræ. Det bekræftes ligeledes, at Swedese Select stolen kan leveres i 2 variationer – en med polstret armlæn eller en med massivt armlæn. Kommunen valgte med baggrund i arbitrære og åbenlyse fejlvurderinger at afvise tilbuddet fra Holmris + Flexform med henvisning til, at tilbuddet ikke levede op til mindstekravene om, at det tilbudte produkt skulle have en sædehøjde på mellem 49-52 cm, og at det skulle have et armlæn i massivt egetræ, selv om Holmris + Flexforms tilbudte stol opfyldte disse krav. Ved at anføre, at der i tilbuddet ikke er forbehold, har Holmris + Flexform dokumenteret, at de tilbudte produkter lever op til mindstekravene.

Holbæk Kommune har gjort gældende, at Holmris + Flexforms tilbud under det annullerede offentlige udbud (1. udbud) var i strid med udbudsprocedurens formelle krav, og Holmris + Flexform var derfor ikke berettiget til at deltage i det efterfølgende forhandlingsudbud, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, 2. led. Holbæk Kommune kan derfor ikke have tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at foretage en vurdering af Holmris + Flexforms tilbud som sket. Kommunen skulle have afvist Holmris + Flexforms tilbud fra forhandlingsudbuddet.

Holbæk Kommune har subsidiært gjort gældende, at kommunen ikke hand-

let i strid med princippet om ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise Holmris + Flexforms tilbud. Kravet i position 8.3 – herunder til sædehøjden – var tilstrækkeligt klart og entydigt anført til, at dette med rette kunne gøres gældende over for tilbudsgiverne. Kommunen har derfor heller ikke tilsidesat princippet om gennemsigtighed. Der var i position 8.3 et krav til sædehøjden på 490 – 520 mm. I sin første besvarelse efter afklaringsmødet den 15. april 2015 oplyste Holmris + Flexform, at sædehøjden var 46 cm, men at stolen kunne leveres fra 44 til 53 cm. Holmris + Flexform måtte dog erkende, at der var byttet om på det tilbudte i kravspecifikationens position 8.3 og position 8.4. Det tilbudte under position 8.4 skulle derfor sammenholdes med kravene til pos. 8.3. Ifølge Holmris + Flexforms produktblad for den tilbudte stol under position 8.4 – der således var tilbudt som stol under position 8.3 – fremgik, at stolen havde en sædehøjde på kun 47 cm. Tilbuddet var derfor ikke konditionsmæssigt.

Holbæk Kommune har mere subsidiært gjort gældende, at Holmris + Flexform ikke indleverede en ny tro og love-erklæring ved afgivelse af sit tilbud under forhandlingsudbuddet, men i stedet genfremsendte den erklæring, som blev indleveret sammen med tilbuddet under det offentlige udbud. Tilbuddet var derfor ikke konditionsmæssigt. Det er en forudsætning, at en tro og love-erklæring afgives samtidig med tilbuddet. En erklæring kan ikke anses for afgivet samtidig med tilbuddet, hvis erklæringen ikke er dateret i umiddelbar tilknytning til tilbuddet. Tilbudsgiverne var under alle omstændigheder under forhandlingsudbuddet afskåret fra at genfremsende den tidligere anvendte tro og love-erklæring fra det annullerede offentlige udbud, idet disse udbudsprocedurer er forskellige og tidsmæssigt adskilte.

Ad påstand 4

Holmris + Flexform har gjort gældende, at Holbæk Kommune har handlet i strid med håndhævelseslovens § 3 ved ikke i underretningen af 11. maj 2015 at have angivet standstill-periodens udløbsdato. En ordregiver er forpligtet til i forbindelse med tildelingen af en kontrakt, der er omfattet af udbudsdirektivet, i underretningen til tilbudsgiverne at anføre standstill-periodens udløb, selv om ordregiveren ulovligt har gennemført udbud med forhandling.

Holbæk Kommune har gjort gældende, at kommunen meddelte resultatet af forhandlingsudbuddet ved underretning til samtlige tilbudsgivere den 11.

maj 2015. I sin underretning til Holmris + Flexform oplyste kommunen, at selskabets tilbud var vurderet ikke-konditionsmæssigt, og kommunen redegjorde endvidere for det antagne tilbuds relative fordele i forhold til det konditionsmæssige tilbud fra Hass/Berg. Kommunen opfyldte kravet i håndhævelseslovens § 2, stk. 1, ved underretning af samtlige berørte tilbudsgivere om, hvilke beslutninger ordregiveren havde truffet. Kommunen opfyldte også kravet i håndhævelseslovens § 2, stk. 2, om, at ordregiverens underretning om kontrakttildeling skal være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Underretningen om kontrakttildeling skal ikke angive, hvornår standstill-perioden i håndhævelseslovens § 3, stk. 1, udløber, idet standstill-perioden i § 3, stk. 1, ikke finder anvendelse, hvis en kontrakt tildeles ved udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. § 3, stk. 2, nr. 1, og idet det følger af lovbemærkningerne til § 3, stk. 2, nr. 1, til håndhævelsesloven, at

”ordregiveren kan undlade at afholde en standstillperiode i visse situationer. Det gælder for det første, hvor udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke kræver forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende. Dette vil fx være tilfældet, når kontrakten tildeles ved udbud efter forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 31 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 40, stk. 3. Ligeledes vil indgåelse af en kontrakt på baggrund af et kvalifikationssystem være omfattet af undtagelsen [...]”

Kommunen besluttede derimod uden at være forpligtet hertil og for at skærme den senere indgåede kontrakt imod uvirksomhed efter håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1, at offentliggøre en bekendtgørelse i medfør af håndhævelseslovens § 4 med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed. Den frivillige standstill-periode i § 4 løb i perioden 16. – 25. maj 2015, begge dage inklusive. Kommunen har derfor fra og med den 26. maj 2015 været beskyttet imod, at klagenævnet eller domstolene måtte erklære en indgået kontrakt for uden virkning. Klagen fra Holmris + Flexform er indgivet til klagenævnet ved e-mail den 26. maj 2015 kl. 19:48, og den er dermed indgivet efter udløbet af standstill-perioden efter håndhævelseslovens § 4.

For det tilfælde, at klagenævnet måtte finde, at Holbæk Kommune var forpligtet til at iagttage den obligatoriske standstill-periode efter håndhævelseslovens § 3, stk. 1, har kommunen subsidiært gjort gældende, at den i sin underretning af 11. maj 2015 ganske vist ikke oplyste præcist om udløbet af

standstill-perioden efter § 3, stk. 1, men at dette efter klagenævnets praksis ikke kan have den retsvirkning, at standstill-perioden ikke formelt kan betragtes som iværksat. Det følger af håndhævelseslovens § 3, stk. 1, nr. 1, at kommunen i dette tilfælde ville have været berettiget til at indgå den tildelte kontrakt med Mono Cph 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den 11. maj 2015, hvor kommunen meddelte sin underretning til tilbudsgiverne efter § 2, stk. 1, nr. 2 – således fra og med den 22. maj 2015.

Ad påstand 5

Holmrís + Flexform har gjort gældende, at klagenævnet skal annullere Holbæk Kommunes beslutning af 11. maj 2015 om at indgå kontrakt med Mono Cph.

Holbæk Kommune har gjort gældende, at der ikke er grundlag for, at klagenævnet annullerer kommunens beslutning af 11. maj 2015 om at tildele den udbudte kontrakt til Mono Cph.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet udtalte ved afgørelsen af spørgsmålet om opsættende virkning følgende i forhold Holmrís + Flexforms påstand 1:

”Af kravspecifikationen fremgår under position 8.29 ”Høj hylde med bøjlestang”:

”Hylde der placeres højt, med en bøjlestang under til frakker.

Materialer:

Hylde: Egetræ

Stang: Valgfri”

Hylden, der skal sidde i et depotrum på plejecentret Elmelunden, er vist på tegning TA A7.31. Af teksten på tegningen fremgår, at ”[a]lle mål på tegninger er retningsgivende og skal tjekkes efter på stedet”.

Ved en tilbudsgivers spørgsmål (spørgsmål 88) lagde spørgsmålstilleren til grund, at hylden målt ud fra tegningen skulle have en dybde på ca.

200 mm, men at denne dybde ikke gav mulighed for at hænge en frakke. Spørgsmålet var herefter, hvor dyb kommunen ønskede hylden. Kommunen svarede, at dimensioneringen fremgik af tegningsmaterialet.

Af tegningen fremgår, at formatet er A3, og at målestoksforholdet er 1:50. Der er hverken i kravspecifikationen eller på tegningen præcise mål for hylden, og ved kommunens svar på spørgsmål 88 oplyses ikke noget mål, men blot, at dimensioneringen fremgår af tegningsmaterialet.

Det er oplyst, at hylden ved en opmåling ud fra tegningen har en dybde på ca. 4 mm, og dette giver en dybde på ca. 200 mm ved et målestoksforhold på 1:50. Det fremgår ikke af tegningen, som ellers anført af kommunen, at hylden af hensyn til muligheden for at åbne døren til depotrummet ikke kunne være dybere end 200 mm.

Kommunen har efter det anførte ikke fastsat et præcist mindstekrav til mål på hylden i depotrummet, og dette er først sket i forbindelse med besvarelse af spørgsmål 3 under udbuddet med forhandling. At målene ifølge teksten på tegningen er ”retningsgivende” og skal tjekkes efter på stedet støtter ikke, at der er stillet et præcist og konkret målfast krav til hyldens dybde.

Holmris + Flexforms tilbud under det offentlige udbud har herefter ikke været ukonditionsmæssigt, og der er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.”

Efter det, som er anført i klagenævnets afgørelse om opsættende virkning, og da ingen af parterne er fremkommet med yderligere i forhold til påstanden under sagens forberedelse, tager klagenævnet påstanden til følge.

Ad påstand 2

Efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, 1. led, kan udbud med forhandling bl.a. anvendes, hvor der i forbindelse med et offentligt udbud ikke er afgivet et forskriftsmæssigt tilbud. Det var herefter bl.a. en betingelse for, at Holbæk Kommune lovligt kunne overgå til udbud med forhandling, at ingen af tilbuddene under det offentlige udbud var konditionsmæssige.

Holbæk Kommune har gjort gældende, at tilbuddet fra Holmris + Flexform under det offentlige udbud ikke var konditionsmæssigt, idet selskabet ikke indleverede det regnskab, som var udarbejdet for perioden 1. oktober – 31. december 2013.

Klagenævnet lægger til grund, at Holmrís + Flexform med virkning fra den 1. januar 2014 var et datterselskab af Holmrís DK A/S, og at selskabet i den anledning omlagde sit regnskabsår fra 1. oktober – 30. september til kalenderåret. Der blev i den forbindelse – og i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 15, stk. 3 og 5, – udarbejdet årsrapport for perioden 1. oktober – 31. december 2013 for Holmrís + Flexform.

Holbæk Kommune fastsatte i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne krav om, at tilbudsgiverne sammen med tilbuddet bl.a. skulle indlevere ”[k]opi af aflagt årsregnskab for de seneste 3 år”. Holmrís + Flexform indleverede årsregnskaber for 2010/11, 2011/12 og 2012/13 sammen med tilbuddet, mens regnskabet for perioden 1. oktober – 31. december 2013, der var godkendt og offentliggjort, inden Holmrís + Flexform afgav tilbud, ikke blev indleveret sammen med tilbuddet.

Det fastsatte krav om, at tilbudsgiverne skulle indlevere årsregnskaber for de seneste 3 år, kan forstås på den måde, at de indleverede årsregnskaber skulle omfatte en 12 måneders periode. På denne baggrund, da Holmrís + Flexform har indleveret årsrapporter for 2010/11, 2011/12 og 2012/13, da årsrapporten for omlægningsperioden kun omfatter 3 måneder, og da årsrapporten for 2014 ikke var godkendt og offentliggjort ved tilbudsfristens udløb den 2. marts 2015, opfyldte Holmrís + Flexform mindstekravet til indlevering af årsregnskaber. Tilbuddet fra Holmrís + Flexform led derfor ikke af en formel mangel.

Holbæk Kommune har endvidere gjort gældende, at Holmrís + Flexforms prøveopstilling den 4. marts 2015 ikke omfattede en farveprøve på bagpladen på det modulære opbevaringsmøbel, jf. kravspecifikationens punkt 8.11, B – D.

Klagenævnet lægger til grund, at der ikke var krav om, at det modulære opbevaringsmøbel skulle indgå i prøveopstillingen. Møblet var derfor ikke en del af Holmrís + Flexforms prøveopstilling. Det var dog et krav, at tilbudsgiverne medbragte ”prøver med de korrekte farver, som lever op til de beskrevne kvalitetskrav så som slidtal/martindale, lysæghed og brand”.

Kommunen har anført, at Holmrís + Flexform under prøveopstillingen oplyste, at den krævede farve ikke kunne leveres, mens Holmrís + Flexform har anført, at bagpladen på det modulære opbevaringsmøbel ikke blev drøf-

tet under prøveopstillingen, idet møblet ikke indgik i prøveopstillingen, og idet Holbæk Kommune i kravspecifikationen havde fastsat, at farven skulle være NCS S 0300-N. Holmris + Flexform har endvidere gjort gældende, at selskabet i tilbuddet anførte, at alle mindstekrav var opfyldt.

Klagenævnet finder, at Holbæk Kommune ikke har dokumenteret, at kommunen fastholdt et krav om, at prøveopstillingen skulle omfatte en farveprøve på det modulære opbevaringsmøbels bagplade. Klagenævnet har navnlig lagt vægt på, at det modulære opbevaringsmøbel ikke var en del af prøveopstillingen, og at farven i kravspecifikationen var fastsat ved en specifik farvekode. Det er endvidere ikke sandsynliggjort, at Holmris + Flexform under prøveopstillingen – imod det anførte i tilbuddet – oplyste, at den krævede farve ikke kunne leveres. Endelig har klagenævnet lagt vægt på, at kommunen oprindelig godkendte Holmris + Flexforms tilbud, og at kommunen i underretningen om annullationen af det offentlige udbud ikke anførte, at tilbuddet fra Holmris + Flexform var ukonditionsmæssigt på grund af den manglende farveprøve. Dette havde Holbæk Kommune ellers anledning til, idet kommunen i underretningen til Hass/Berg bl.a. anførte, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, fordi Hass/Berg ikke havde tilbudt at levere bagpladen på det modulære opbevaringsmøbel i den efterspurgte farve.

Tilbuddet fra Holmris + Flexform var derfor ikke ukonditionsmæssigt på grund af manglende farveprøve under prøveopstillingen den 4. marts 2015.

Holbæk Kommune har endelig gjort gældende, at Holmris + Flexform under prøveopstillingen ikke fremlagde diverse materialeprøver i forhold til kravspecifikationens punkt 8.14, 8.15, 8.16 og 8.17. Holmris + Flexform har derimod anført, at de nødvendige træprøver og polsterprøver var til stede ved prøveopstillingen.

Under hensyn til, at Holbæk Kommune hverken i underretningen om tildelingsbeslutningen eller i underretningen om annullationen anførte, at tilbuddet fra Holmris + Flexform var ukonditionsmæssigt som følge af, at diverse materialeprøver ikke blev fremlagt under prøveopstillingen, har Holbæk Kommune bevisbyrden for, at de krævede prøver ikke var til stede. Dette bevis er ikke ført.

Efter det anførte lægger klagenævnet til grund, at tilbuddet fra Holmris + Flexform var konditionsmæssigt, og betingelserne for at overgå til udbud

med forhandling var derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet tager herefter påstanden til følge.

Ad påstand 3 – 4

Klagenævnet kan afgøre en sag helt eller delvist, jf. § 10, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. (nu lov om Klagenævnet for Udbud). Hvis klagenævnet alene afgør sagen delvist, tager klagenævnet ikke stilling til alle de påstande, som klageren har nedlagt.

Efter klagenævnets afgørelse ad påstand 1 og 2 tager klagenævnet ikke stilling til påstand 3 og 4.

Ad påstand 5

Efter det, der er anført ad påstand 1 og 2, tager klagenævnet påstanden om annullation af Holbæk Kommunes tildelingsbeslutning til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Holbæk Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have fastsat ikke egnede og ikke tilstrækkeligt præcise mindstekrav, hvilket har ført til en åbenlys ukorrekt vurdering af tilbuddet fra Holmriss + Flexform i forhold til kravspecifikationens punkt 8.29 ”Høj Hylde med Bøjlestang”.

Ad påstand 2

Holbæk Kommune har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 30 ved at annullere det offentlige udbud og overgå til udbudsproceduren ”udbud med forhandling”, selv om begrundelsen for annullationen var usaglig, og selv om betingelserne for at overgå til udbud med forhandling ikke var til stede.

Holbæk Kommunes beslutning af 11. maj 2015 om at indgå kontrakt med Mono Cph A/S annulleres.

Påstand 3 og 4 behandles ikke.

Holbæk Kommune skal i sagsomkostninger til Holmrís + Flexform A/S betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig