

K E N D E L S E

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

mod

Holbæk Kommune
(advokat Peter Lund Meyer, København)

Den 21. januar 2016 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1, 2 og 5 i sagen. Klagenævnet behandlede ikke påstand 3 og 4. Denne kendelse vedrører Holmrís + Flexform A/S' erstatningspåstande.

Holmrís + Flexform har nedlagt følgende påstande:

Påstand 6

Holbæk Kommune skal til Holmrís + Flexform betale 1.085.544 kr.

Påstand 7 (subsidiær i forhold til påstand 6)

Holbæk Kommune skal til Holmrís + Flexform betale 160.315,08 kr.

Holbæk Kommune har påstået frifindelse.

Holmrís + Flexforms opgørelser

Holmrís + Flexform har i forhold til påstand 6, der vedrører *positiv opfyldelsesinteresse*, oplyst, at den samlede tilbudte pris var 4.546.853 kr., mens den samlede kostpris var 3.433.474,65 kr. Efter fradrag for montage på

27.834 kr. udgør dækningsbidraget 1.085.544 kr., svarende til en dækningsgrad på 23,9 %.

Holmris + Flexform har udarbejdet en opgørelse over alle tilbudslistens positioner. Opgørelsen, der ikke vil blive gengivet i denne kendelse, indeholder bl.a. 1) en beskrivelse af det enkelte inventar, 2) det antal, der skulle leveres, 3) Holmris + Flexforms kostpris pr. enhed og samlet pris pr. position og 4) den tilbudte pr. enhed og samlet pris pr. position. Holmris + Flexform har fremlagt en række bilag (bilag 46-62), som skal dokumentere enheds-kostpriserne.

Holmris + Flexform har opgjort sit krav i påstand 7, der vedrører *negativ kontraktinteresse*, således:

Omkostninger ved udarbejdelse af tilbud:

Udbudspersonale, 72 timer a 675 kr.	48.600,00 kr.
Projektchef, 62 timer a 675 kr.	41.850,00 kr.
Indkøb af prøvemøbler inkl. fragt	10.680,00 kr.
Indkøb af prøvemøbler inkl. fragt	<u>59.185,08 kr.</u>
Omkostninger i alt	<u>160.315,08 kr.</u>

Holmris + Flexform har specificeret, hvilke prøvemøbler (positioner) der er medtaget i opgørelsen, og selskabet har henvist til en del af de bilag (bilag 46-62), som også påberåbes ved opgørelsen af dækningsbidraget i forhold til kravet om positiv opfyldelsesinteresse, og som skal dokumentere enhedspriserne.

Baggrund

Holmris + Flexform, Hass/Berg A/S og Mono Cph A/S afgav tilbud (1. tilbud) på en kontrakt om levering, udpakning, samling, opstilling og montering af inventar til Holbæk Kommunes to nye plejecentre, Elmelunden og Samsøvej.

Holbæk Kommune meddelte, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til Mono Cph A/S. Efter at Holmris + Flexform havde gjort indsigelser, besluttede kommunen at annullere udbuddet, da ingen af tilbuddene var forskriftsmæssige. Holbæk Kommune iværksatte herefter udbud med

forhandling efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a).

Holbæk Kommune gennemførte forhandlinger med tilbudsgiverne, som alle 3 afgav nyt tilbud (2. 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.

Ved kendelsen af 21. januar 2016 konstaterede klagenævnet, at Holbæk Kommune havde overtrådt EU-udbudsreglerne således:

”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 Holmris + 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.”

Klagenævnet behandlede ikke Holmris + Flexforms påstand 3 og 4, som vedrørte tilbuddet med forhandling (2. udbud).

Supplerende oplysninger

Holbæk Kommune har ud fra Holmris + Flexforms opgørelse af kravet på erstatning for positiv opfyldelsesinteresse foretaget en beregning af Holmris + Flexforms dækningsbidrag og dækningsgrad for hver position i tilbudslisten. Dækningsgraden varierer mellem 12,0 % – 200,4 % ved de enkelte positioner.

Holbæk Kommune har endvidere udarbejdet følgende ”støtteoversigt”:

Dato	Tilbud	Sum	Point	Afvielser til targetpris	Afvielser til eget tidligere tilbud
	Offentligt udbud				
02-03-2015	Holmris + Flexform	4.546.853	(2,28)	5,37 %	
28-02-2015	Hass/Berg	4.255.484	(3,18)	-1,38 %	
01-03-2015	Mono Cph	3.807.605	(4,57)	-11,76 %	
	Forhandlingsudbud				
09-04-2015	Holmris + Flexform	3.700.000	4,90	-14,26 %	-846.853
09-04-2015	Hass/Berg	4.082.284	3,72	-5,40 %	-173.200
08-04-2015	Mono Cph	3.781.100	4,65	-12,38 %	-26.505
	Forhandlingsudbud				
11-04-2015	Holbæk Kommunes evalueringsrapport:				
	Pointudløsende maksimumpris	4.962.538	1,00	15,00 %	
	Targetpris	4.315.250	3,00		
	Pointudløsende mi- nimumpris	3.667.963	5,00	-15,00 %	
	Udregnet pointvær- di i DKK	323.644			

Holbæk Kommune har oplyst, at targetprisen blev fastsat efter drøftelser med kommunens tekniske rådgiver under udbuddet. Rådgiverens oprindelige vurdering var, at den samlede anskaffelse under udbuddet kunne foretages inden for en økonomisk ramme på 3.315.250 kr. Efter granskning af rådgiverens overslag afsatte kommunen yderligere 1.000.000 kr. med henblik på, at nærmere afgrænsede dele af leverancen kunne indeholdes i overslaget. Herved fremkom kommunens targetpris på 4.315.250 kr., som fremgik af evalueringsrapporten af 11. maj 2015 fra det gennemførte forhandlingsudbud.

Endelig har Holbæk Kommune under erstatnings sagen fremsat følgende opfordringer til Holmris + Flexform:

”Provokation 1 Klager opfordres til at oplyse om samtlige sine indregnede variable omkostninger til at oppebære den oplyste tilbudssum, fordelt på hver udbudte position i tilbudslisten, herunder – men ikke begrænset til – transport, ekspedition, fakturering og servicering m.v.

Provokation 2 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 46 med Avancedokumentation for pos. 8.2 (2-personers

- sofa), 8.4.A (Polstret fodskammel) og 8.4 (Polstret lænestol) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på de omhandlede positioner, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i dette bilag har mulighed for at genfinde de angivne kostpriser for de omhandlede positioner i klagers oversigt over samlede Avanceopgørelse i Bilag 45
- Provokation 3 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 47 med Avancedokumentation for pos. 8.3 (Polstret lænestol/ høj) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på den omhandlede position, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i dette bilag har mulighed for at genfinde den angivne kostpris for den omhandlede position i klagers samlede Avanceopgørelse i Bilag 45
- Provokation 4 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 48 med Avancedokumentation for pos. 8.5 (Gyngestol med tilpasset rygpude og siddepude) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på den omhandlede position, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i dette bilag har mulighed for at genfinde den angivne kostpris for den omhandlede position i klagers samlede Avanceopgørelse i Bilag 45
- Provokation 5 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 49 med Avancedokumentation for pos. 8.6 (Let træstol i eg med armlæn) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på den omhandlede position, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i dette bilag har mulighed for at genfinde den angivne kostpris for den omhandlede position i klagers samlede Avanceopgørelse i Bilag 45
- Provokation 6 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 51 med Avancedokumentation for pos. 8.11.A (Stellet), 8.11.B (Lille), 8.11.C (Medium), 8.11.D (Stor), 8.11.E (Lille/farve), 8.11.F (Medium/farve), 8.11.G (Stor/ farve) og 8.11.H (Samlemuffe) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på de omhandlede positioner, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i dette bilag har mulighed for at genfinde de angivne kostpriser for de omhandlede positioner i klagers oversigt over samlede Avanceopgørelse i Bilag 45
- Provokation 7 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 52 med Avancedokumentation for pos. 8.12 (Skillevæg med lydabsorberende egenskaber) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på den omhandlede position, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i det-

te bilag har mulighed for at genfinde den angivne kostpris for den omhandlede position i klagers samlede Avanceopgørelse i Bilag 45

- Provokation 8 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 53 med Avancedokumentation for pos. 8.14 (Fastmonteret sæde i boligniche), 8.15 (Fastmonteret bæk i boligniche), 8.16 (Fastmonteret bæk i ankomstområde), 8.17.A (Fastmonteret produkt i trapperum, Produkt 1) og 8.17.B (Fastmonteret produkt i trapperum, Produkt 2) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på de omhandlede positioner, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i dette bilag har mulighed for at genfinde de angivne kostpriser for de omhandlede positioner i klagers oversigt over samlede Avanceopgørelse i Bilag 45
- Provokation 9 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 54 med Avancedokumentation for pos. 8.18 (Hyldesystem i stål A 5,8 meter) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på den omhandlede position, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i dette bilag har mulighed for at genfinde den angivne kostpris for den omhandlede position i klagers samlede Avanceopgørelse i Bilag 45
- Provokation 10 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 55 med Avancedokumentation for pos. 8.19 (Taburet) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på den omhandlede position, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i dette bilag har mulighed for at genfinde den angivne kostpris for den omhandlede position i klagers samlede Avanceopgørelse i Bilag 45
- Provokation 11 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 56 med Avancedokumentation for pos. 8.20 (Stabelbar stol med armlæn) og 8.21 (Stabelbar stol uden armlæn) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på de omhandlede positioner, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i dette bilag har mulighed for at genfinde de angivne kostpriser for de omhandlede positioner i klagers oversigt over samlede Avanceopgørelse i Bilag 45
- Provokation 12 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 58 med Avancedokumentation for pos. 8.23 (Pendel/ lille) og 8.24 (Pendel/ stor) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på de omhandlede positioner, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i dette bilag har mulighed for at genfinde de angivne kostpriser for de

- omhandlede positioner i klagers oversigt over samlede Avanceopgørelse i Bilag 45
- Provokation 13 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 61 med Avancedokumentation for pos. 8.28 (Strømskinner) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på de omhandlede delpositioner, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i dette bilag har mulighed for at genfinde de angivne kostpriser for de omhandlede delpositioner i klagers oversigt over samlede Avanceopgørelse i Bilag 45
- Provokation 14 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes Bilag 62 med Avancedokumentation for pos. 8.29 (Høj hylde med bøjlestang) ifølge klager dokumenterer klagers kostpris på den omhandlede position, idet indklagede ikke på det foreliggende grundlag i dette bilag har mulighed for at genfinde den angivne kostpris for den omhandlede position i klagers samlede Avanceopgørelse i Bilag 45
- Provokation 15 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes klager kan oppebære en beregnet procentuel avance på 86,7 % for levering af fastmonterede sæder i boligniche under pos. 8.14 med en samlet avance på DKK 248.445 excl. moms, jf. kolonnen Avance-% (kolonne O) og kolonnen Samlet avance (kolonne M) i indklagedes kommenterede avanceoversigt i Bilag AT
- Provokation 16 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes klager kan oppebære en beregnet procentuel avance på 86,7 % for levering af fastmonterede bænke i boligniche under pos. 8.15 med en samlet avance på DKK 115.941 excl. moms, jf. kolonnen Avance-% (kolonne O) og kolonnen Samlet avance (kolonne M) i indklagedes kommenterede avanceoversigt i Bilag AT
- Provokation 17 Klager opfordres til at redegøre for, hvorledes klager kan oppebære en beregnet procentuel avance på 38,9 % for levering af lamelgardiner under pos. 8.22.D med en samlet avance på DKK 122.204 excl. moms, jf. kolonnen Avance-% (kolonne O) og kolonnen Samlet avance (kolonne M) i indklagedes kommenterede avanceoversigt i Bilag AT
- Provokation 18 Klager opfordres til at redegøre for, hvorfor indklagedes anførte priser til indkøb af prøvemøbler i Omkostningsopgørelsen (Bilag 5) afviger fra indklagedes anførte kostpriser i klagers Avanceopgørelse (Bilag 45) i forhold til pos. 8.3 (Lænestol høj), pos. 8.29 (Hattehylde med bøjlestang) og – antagelig – pos. 8.15 og 8.16

(Bænk prøve) som påpeget af indklagede under anbringende (151) i svarskriftet om erstatning

Provokation 19 Klager opfordres til at fremlægge dokumentation for klagers påberåbte tidsforbrug på 72 timer for udbuds-personale og på 62 timer for projektchef til udarbejdelse af klagers tilbud på det offentlige udbud i form af tids- og aktivitetsregistreringer”

Holmris + Flexform har besvaret Holbæk Kommunes opfordringer således:

”Klager finder det ikke passende, at besvare indklagedes 19 provokationer, da klager i det tilfælde vil give offentligheden indsigt i klagers forretningsmodel, herunder prissætningsstruktur, hvilket er kernen i klagers kommercielle udgangspunkt for hele tiden, at være en effektiv og veldreven leverandør med yderst konkurrencedygtige produkter og priser til bl.a. det offentlige marked i Danmark. Denne position ønsker klager, at fastholde og udvikle og derfor afvises indklagedes opfordringer.”

Parternes anbringender

Ad ansvarsgrundlaget

Holmris + Flexform har gjort gældende, at Holbæk Kommune handlede ansvarspådragende, da kommunen afviste Holmris + Flexforms tilbud under det offentlige udbud (1. udbud) med den begrundelse, at tilbuddet ikke levede op til kravet i punkt 8.29 om dybden på hattehylden. Tilbuddet fra Holmris + Flexform levede fuldt ud op til kravet om dybden på hattehylden, da det ikke af udbudsmaterialet eller af tegningen fremgik, at dybden ikke kunne være mere end 200 mm. Ved at afvise tilbuddet fra Holmris + Flexform og overgå til udbud med forhandling overtrådte kommunen groft udbudsreglerne. Handlingen medførte således, at de to øvrige tilbudsgivere uberettiget fik en ”ny” chance for at deltage i udbuddet, selv om Holmris + Flexform var den retlige vinder af udbuddet.

Holbæk Kommune har gjort gældende, at klagenævnet ikke har forholdt sig til, om kommunens begrundelse for at annullere det offentlige udbud var saglig. Klagenævnet udtalte alene i sin kendelse af 21. januar 2016, at Holmris + Flexforms tilbud under det offentlige udbud var konditionsmæssigt med den virkning, at kommunen var uberettiget til at gennemføre for-

handlingsudbud i henhold til artikel 30, stk. 1, litra a, i udbudsdirektiv 2004/18/EF.

Holbæk Kommune var ifølge fast retspraksis ikke under det offentlige udbud forpligtet til at tildele den udbudte kontrakt til Holmris + Flexform som den eneste konditionsmæssige tilbudsgiver. Dette følger blandt andet af EU-Domstolens dom af 16. september 1999 i sag C-27/98, *Metalmeccanica*, præmis 24 og 25. Der er således ikke nogen kontraheringspligt for en ordregiver. Ved annullationen af det offentlige udbud forfulgte kommunen endvidere ikke et formål, der var i strid med principperne om ligebehandling eller gennemsigtighed, og kommunen var herefter berettiget til at annullere udbuddet. Holbæk Kommune pådrog sig derfor ikke noget erstatningsansvar ved at annullere det offentlige udbud, eftersom annullationen under alle omstændigheder ville være sket, hvis Holmris + Flexforms tilbud ikke var blevet afvist som ikke-konditionsmæssigt, jf. nedenfor.

Ad erstatningskravet, herunder årsagssammenhæng og tabsopgørelse

Holmris + Flexform har til *påstand 6 om positiv opfyldelsesinteresse* gjort gældende, at selskabet, hvis Holbæk Kommune ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten, og at virksomheden derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse. Der er årsagssammenhæng mellem den fejl, som kommunen begik, og det tab, som Holmris + Flexform har lidt. Hvis kommunen havde fulgt udbudsreglerne og afvist tilbuddene fra de to øvrige tilbudsgivere på grund af ukonditionsmæssighed, havde kommunen ikke haft kendskab de andre tilbudsgiveres tilbud, herunder tilbudte priser og kvalitet, og kunne ikke have fastsat en targetpris. Kommunen ville kun have haft Holmris + Flexforms samlede tilbudssum at gå ud fra. Targetprisen er med stor sandsynlighed blevet fastsat, efter at kommunen har fået kendskab til alle tilbudssummer, selv om den ikke burde have fået kendskab til tilbudssummerne fra Hass/Berg og Mono Cph.

Til *påstand 7 om negativ kontraktinteresse* har Holmris + Flexform gjort gældende, at hvis Holbæk Kommune ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at foretage en usaglig annullation af det offentlige udbud, ville Holmris + Flexform have fået kontrakten på den udbudte opgave. Som følge af kommunens usaglige annullation har Holmris + Flexform haft udgifter til at udarbejde sit tilbud under det offentlige udbud. Udgifterne var

indregnet som en del af det samlede forventede dækningsbidrag, som Holmris + Flexform ville have i hele kontraktperioden. Der er derfor årsagssammenhæng mellem kommunens overtrædelse og Holmris + Flexforms udgifter til udarbejdelse af tilbuddet. Da udbudsforretningen ulovligt blev annulleret, blev Holmris + Flexform ikke tildelt kontrakten og gik derved glip af omsætning og en fortjeneste, og udgiften til udarbejdelse af tilbuddet dækkes ikke, som den ellers ville være blevet, via omsætningen på kontrakten.

Holmris + Flexform ville ikke have deltaget i udbudsforretningen, hvis selskabet havde kendt til Holbæk Kommunes senere overtrædelser af udbudsreglerne.

Holbæk Kommune har til *påstand 6 om positiv opfyldelsesinteresse* gjort gældende, at der ikke er den fornødne årsagssammenhæng, idet Holmris + Flexform ikke har bevist, at selskabet ville have fået den udbudte kontrakt tildelt, hvis kommunen ikke havde tilsidesat udbudsreglerne som konstateret ved klagenævnets kendelse af 21. januar 2016. Holmris + Flexform ville under det annullerede offentlige udbud have været højestbydende med en samlet tilbudssum på 4.546.853 kr. Prisen afveg – uanset konditionsmæssigheden heraf – væsentligt fra lavestbydendes pris. Hass/Berg afgav et tilbud med en pris på 4.255.484 kr. og var således 291.369 kr. billigere end Holmris + Flexform, og Mono Cph afgav et tilbud med en pris på 3.807.605 kr. og var dermed 739.248 kr. billigere end Holmris + Flexform.

Holmris + Flexforms tilbudspris under det annullerede offentlige udbud ville kun have udløst en pointscore på 2,28 point ud af 5 mulige point, jf. kommunens støtteoversigt. Det fremgår af Holbæk Kommunes pointmodel i evalueringsrapporten af 11. maj 2015 fra det gennemførte forhandlingsudbud, at tilbud svarende til kommunens targetpris ville blive tildelt 3 point ud af 5 mulige, at tilbud med priser på 115 % eller derover i forhold til kommunens targetpris ville blive tildelt laveste pointscore på 1 point ud af 5 mulige, at tilbud med priser på 85 % eller derunder i forhold til kommunens targetpris ville blive tildelt højeste pointscore på 5 point ud af 5 mulige, og at der kunne udregnes en økonomisk værdi pr. point på 323.644 kr.

Holmris + Flexforms tilbud afveg med plus 5,37 % i forhold til kommunens oplyste targetpris på 4.315.250 kr. En pointscore på kun 2,28 point havde efter evalueringsrapporten af 11. maj 2015 medført en indplacering under

vurderingen ”mindre end tilfredsstillende”. Tilbuddet fra Hass/Berg ville have udløst en pointscore på 3,18 point ud af 5 mulige point under det annullerede offentlige udbud. Dette ville efter evalueringsrapporten af 11. maj 2015 have medført en indplacering under vurderingen ”middel” opfyldelse af underkriteriet pris. Tilbuddet fra Mono Cph ville derimod have udløst en pointscore på 4,57 point ud af 5 mulige point under det annullerede offentlige udbud. Dette ville efter evalueringsrapporten af 11. maj 2015 have medført en indplacering under vurderingen ”god” opfyldelse af underkriteriet pris.

Hvis Holmrís + Flexform havde været den eneste, der havde afgivet konditions­mæssigt tilbud under det offentlige udbud, ville Holbæk Kommune have besluttet at annullere udbuddet, fordi Holmrís + Flexforms tilbudte pris ville være blevet vurderet som ”mindre end tilfredsstillende”. Det ville have været økonomisk ufor­svarligt af Holbæk Kommune at tildele kontrakten til Holmrís + Flexform. Kommunen ville heller ikke have accepteret at betale en overpris til Holmrís + Flexform på 739.248 kr. i forhold til en væsentligt lavere opnåelig pris på 3.807.605 kr., som fremgik af det ikke-konditions­mæssige tilbud fra Mono Cph. Tilbudsprisen fra Mono Cph ville ikke have været mærkbart anderledes, hvis tilbuddet havde været konditions­mæssigt. Dette dokumenteres af, at den tilbudte pris fra Mono Cph under det senere forhandlingsudbud udgjorde 3.781.100 kr. Der er ikke holdepunkter for at antage, at Mono Cph eller andre tilbudsgivere under et genudbud af den udbudte kontrakt ikke ville have afgivet priser, der var væsentligt lavere end den pris, som Holmrís + Flexform tilbød.

Holbæk Kommune ville ikke have handlet i strid med principperne om gennemsigtighed eller ligebehandling ved som et alternativ at have truffet beslutning om annullation af det offentlige udbud med henblik på genudbud.

Holbæk Kommune har bestridt Holmrís + Flexforms tabsopgørelse. Opgørelsen af dækningsbidraget tager alene højde for sparede transportomkostninger, men ikke øvrige variable omkostninger forbundet med leveringen af de omhandlede møbler. Holmrís + Flexform har ikke med de fremlagte bilag dokumenteret kostpriserne for hovedparten af de omfattede positioner i sin opgørelse af dækningsbidraget.

Holbæk Kommune har generelt gjort gældende, at Holmrís + Flexforms beregnede enhedsavancer er udokumenterede. Dette støttes af, at Holmrís +

Flexforms beregnede enhedsavancer for de forskellige positioner varierer ganske betydeligt, således fra 12 % – 200,4 %, hvor dette særligt under hensyntagen til de udbudte mængder under pos. 8.14 (fastmonterede sæder til bolignicher), pos. 8.15 (fastmonterede bænke til bolignicher) og pos. 8.22.D (lamelgardiner) fører til en samlet avance på 486.590 kr. svarende til 43,70 % af Holmriss + Flexforms samlede påberåbte dækningsbidrag.

Det skal have processuel skadevirkning, at Holmriss + Flexform ikke har opfyldt Holbæk Kommunes opfordringer. Klagenævnet skal derfor lægge til grund, at selskabet ikke har dokumenteret noget tab overhovedet, subsidiært at selskabet ikke har dokumenteret sit konkrete tab.

Til *påstand 7 om negativ kontraktinteresse* har Holbæk Kommune gjort gældende, at der ikke er den fornødne årsagssammenhæng, idet Holmriss + Flexform ikke har ført bevis for, at omkostningerne til udarbejdelse af tilbud under det annullerede offentlige udbud blev spildt som en direkte følge af, at Holbæk Kommune – uberettiget eller ej – besluttede at annullere udbuddet. Kommunen begrundede sin beslutning om at annullere det offentlige udbud med, at den påtænkte at overgå til forhandlingsudbud, fordi det var opfattelsen, at der ikke var nogen konditionsræssige tilbud, men kommunen ville også have annulleret det offentlige udbud, hvis Holmriss + Flexforms tilbud havde været det eneste konditionsræssige tilbud, navnlig fordi Holmriss + Flexforms tilbud var markant dyrere end tilbuddet fra lavestbydende, Mono Cph. Holmriss + Flexform spildte ikke sine omkostninger til udarbejdelse af tilbud under det annullerede offentlige udbud som følge af kommunens forhold, men som følge af tilbuddenes prismæssige placering, som kommunen ikke havde indflydelse på. Holmriss + Flexform må som enhver anden økonomisk aktør under et udbud bære den kommercielle risiko for, at en ordregiver vurderer, at de tilbudte priser ikke er tilstrækkeligt attraktive med den konsekvens, at ordregiver træffer beslutning om annullation af udbuddet med henblik på genudbud i håb om lavere priser eller bedre tilbud.

Holbæk Kommune har bestridt Holmriss + Flexforms omkostningsopgørelse og har til støtte herfor gjort gældende, at de anførte priser til indkøb af prøvemøbler afviger fra Holmriss + Flexforms anførte kostpriser i selskabets opgørelse af dækningsbidraget i forhold til kravet om positiv opfyldelsesinteresse. De prøvemøbler, som er medtaget i opgørelsen af kravet, skulle ikke opstilles under det annullerede offentlige udbud, men først under det se-

nerede forhandlingsudbud. Omkostningerne til indkøb af disse prøvemøbler kan derfor ikke indgå i Holmriss + Flexforms omkostningsopgørelse ved deltagelse i det offentlige udbud. Det anførte tidsforbrug på 72 timer for udbudspersonale og 62 timer for projektchef til udarbejdelse af tilbuddet på det offentlige udbud er udokumenteret. Det påberåbte tidsforbrug fremstår arbitrært og ubegrundet.

Det skal have processuel skadevirkning, at Holmriss + Flexform ikke har opfyldt Holbæk Kommunes opfordringer, herunder provokation 19. Klagenævnet skal derfor lægge til grund, at selskabet ikke har dokumenteret noget tab. Som en konsekvens af dette er Holmriss + Flexform ikke berettiget til nogen erstatning af sin negative kontraktinteresse.

Klagenævnet udtaler:

Ad ansvarsgrundlaget:

Klagenævnet har ved kendelse af 21. januar 2016 konstateret, at Holbæk Kommune handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have fastsat ikke egnede og ikke tilstrækkeligt præcise mindstekrav, hvilket førte til en åbenlys ukorrekt vurdering af tilbuddet fra Holmriss + Flexform i forhold til kravspecifikationens punkt 8.29 ”Høj Hylde med Bøjlestang”, ligesom kommunen handlede 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 Kommune har herved handlet ansvarspådragende i forhold til Holmriss + Flexform.

Ad erstatningskravet:

Holbæk Kommune iværksatte den 19. januar 2015 et offentligt udbud af en kontrakt om levering, udpakning, samling, opstilling og montering af inventar til kommunens to nye plejecentre. Der blev afgivet tilbud af Holmriss + Flexform, Hass/Berg og Mono Cph. Holbæk Kommune meddelte den 10. marts 2015, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til Mono Cph. Efter at Holmriss + Flexform havde gjort indsigelser, besluttede kommunen at annullere tilbuddet med den begrundelse, at ingen af tilbuddene var forskriftsmæssige. Holbæk Kommune valgte herefter at iværksætte ud-

bud med forhandling efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a.

Holbæk Kommune gennemførte forhandlinger med tilbudsgiverne, som alle 3 afgav nyt tilbud (2. tilbud). Den 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.

Ved klagenævnets kendelse af 21. januar 2016 konstateredes det, at tilbuddet fra Holmris + Flexform under det offentlige udbud ikke var ukonditionsmæssigt, og at betingelserne for at overgå til udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse derfor ikke havde været opfyldt, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a.

Holmris + Flexform har krævet erstatning i form af *positiv opfyldelsesinteresse*. Efter klagenævnets praksis er det en betingelse for en sådan erstatning, at det er bevist, at den forbigåede tilbudsgiver ville have fået kontrakten, hvis ordregiveren ikke havde overtrådt udbudsreglerne.

Det er ubestridt, at tilbuddene fra Hass/Berg og Mono Cph var ukonditionsmæssige. Selv om Holmris + Flexform derfor var den eneste tilbudsgiver, der havde afgivet et konditionsmæssigt tilbud, var Holbæk Kommune ikke forpligtet til at indgå kontrakt med Holmris + Flexform, hvis kommunen kan sandsynliggøre, at den ville have annulleret tilbuddet med henblik på genudbud for derved at sikre en effektiv konkurrence. En ordregiver har således ingen kontraheringspligt med den eneste tilbageværende konditionsmæssige tilbudsgiver.

Holbæk Kommune har bl.a. gjort gældende, at kommunen ville have besluttet at annullere tilbuddet, fordi Holmris + Flexforms tilbudte pris ville være blevet vurderet som ”mindre end tilfredsstillende”. Det ville således have været økonomisk uforsvarligt af Holbæk Kommune at tildele kontrakten til Holmris + Flexform, fordi kommunen ikke kunne acceptere at betale en overpris til Holmris + Flexform på 739.248 kr. i forhold til en væsentligt lavere opnåelig pris på 3.807.605 kr., som fremgik af det ikke-konditionsmæssige tilbud fra Mono Cph. Kommunen har i den forbindelse endvidere henvist til, at tilbudsprisen fra Holmris + Flexform var højere end den targetpris, som fremgår af evalueringsrapporten af 11. maj 2015 fra det gennemførte forhandlingsudbud.

Klagenævnet finder, at det er overvejende sandsynligt, at Holbæk Kommune ville have annulleret udbuddet, hvis ikke kommunen i stedet havde valgt at overgå til udbud med forhandling. Klagenævnet har navnlig lagt vægt på, at der var store forskelle i de priser, som tilbudsgiverne afgav, at kommunen derfor havde en interesse i, at der blev sikret en effektiv konkurrence, og at kommunen rent faktisk annullerede udbuddet og overgik til udbud med forhandling. På denne baggrund, og da Holmrisk + Flexform ikke har sandsynliggjort, at selskabets tilbud ved et nyt offentligt udbud ville have været det økonomisk mest fordelagtige, og at klageren dermed ville være blevet tildelt kontrakten, har Holmrisk + Flexform ikke krav på erstatning i form af positive opfyldelsesinteresse.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 6 til følge.

Holmrisk + Flexform har subsidiært krævet erstatning i form af *negativ kontraktinteresse*.

Holbæk Kommune besluttede at overgå til udbud med forhandling, efter at Holmrisk + Flexform havde gjort indsigelser mod tildelingsbeslutningen over for kommunen og påpeget, at tilbuddene fra Mono Cph og Hass/Berg ikke var konditionsræssige. Under disse omstændigheder er kravet om årsagssammenhæng mellem kommunens overtrædelse af udbudsreglerne og Holmrisk + Flexforms tab i form af afholdte udgifter i forbindelse med udbuddet opfyldt.

Holmrisk + Flexform har opgjort omkostningerne ved udarbejdelsen af tilbuddet til 160.315,08 kr. Holbæk Kommune har fremsat en række provokationer over for selskabet. Det drejer sig navnlig om provokation 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 14, 18 og 19. En besvarelse af disse provokationer ville ikke "give offentligheden indsigt i klagers forretningsmodel" som anført af Holmrisk + Flexform, og klagenævnet finder herefter ikke grundlag for at lægge Holmrisk + Flexforms opgørelse til grund. Erstatningen fastsættes i stedet skønsmæssigt til 100.000 kr.

Klagenævnet tager herefter påstand 7 til følge for et beløb på 100.000 kr.

Sagsomkostninger

Under hensyn til sagens udfald sammenholdt med parternes påstande og sagens omfang skal Holbæk Kommune betale 10.000 kr. i sagsomkostninger til Holmrís + Flexform.

Herefter bestemmes:

Holbæk Kommune skal til Holmrís + Flexform A/S betale 100.000 kr.

Holbæk Kommune skal i yderligere sagsomkostninger til Holmrís + Flexform A/S betale 10.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger, efter at denne afgørelse er meddelt parterne.

Holbæk Kommunes indbringelse af denne kendelse for domstolene inden 8 uger, efter at afgørelsen er meddelt parterne, har opsættende virkning, jf. lov om Klagenevnet for Udbud § 8, stk. 1.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig