



Opsættende virkning og COVID-19



Mikala Berg Dueholm
Partner



Trine Louise Larsen
Advokat

Den 18. marts 2020 afsagde Klagenævnet for Udbud delkendelse om opsættende virkning i en sag, der vedrørte en række regioners indkøb af hospitalssenge. Klagenævnet henviste i delkendelsen til, at regionerne havde en åbenbar interesse i at kunne sikre den nødvendige kapacitet på hospitalerne i lyset af COVID-19.

Sagens baggrund

Den 2. januar 2020 udbød Region Hovedstaden, Region Midtjylland, Region Nordjylland og Region Sjælland en rammeaftale om hospitalssenge. Rammeaftalen var opdelt i fire delaftaler. Regionerne modtog tilbud fra i alt fire tilbudsgivere.

Alcyon ApS, der ikke havde afgivet tilbud, indgav ved tilbudsfristens udløb klage til Klagenævnet for Udbud.

Alcyon nedlagde en række påstande om, at regionerne havde overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved blandt andet at have fastsat usaglige, uproportionale og uklare mindstekrav samt ulovlige udvælgelseskriterier.

Regionerne tog bekræftende til genmæle for så vidt angik en enkelt påstand og meddelte som følge heraf, at udbuddet af den ene delaftale ville blive annulleret. Herudover nedlagte regionerne påstand om, at de materielle påstande ikke blev taget til følge.

Alcyon nedlagde desuden påstand om, at Klagenævnet skulle tillægge klagen opsættende virkning.

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er som bekendt:

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

Alle tre betingelser skal som udgangspunkt være opfyldt, før Klagenævnet kan tillægge en klage opsættende virkning, dog kan nr. 2 efter Klagenævnets praksis slækkes, hvis der er stærk *fumus*, dvs. hvis ordregiver har begået en grov og åbenbar overtrædelse af udbudsreglerne. Betingelse nr. 3 skal formentlig anses for en katteløm, der kan komme i spil for at imødekomme væsentlige samfundsmæssige hensyn eller undgå betydeligt værdispil. Hvis de to første betingelser er opfyldt, vil Klagenævnet således med henvisning til interesseafvejningen kunne undlade at tillægge en klage opsættende virkning, hvis dette eksempelvis vil have væsentlige sundheds- eller miljømæssige konsekvenser.

For så vidt angår betingelse nr. 2 og 3, gjorde Alcyon gældende, at virksomheden ville lide en alvorlig skade, hvis ikke klagen tillagdes opsættende virkning, og at Alcyons interesse i opsættende virkning vejede tungere end regionernes interesse i at indgå kontrakt.

Herudover anførte Alcyon, at virksomheden ikke havde mulighed for at opnå erstatning i tilfælde af, at Klagenævnet gav Alcyon medhold i klagen, idet Alcyon ikke havde afgivet tilbud.

Regionerne gjorde herover gældende, regionernes interesse i kontraktindgåelse oversteg Alcyons interesse i opsættende virkning. Regionerne henviste til, at der som følge af den eksisterende situation med COVID-19 frygtedes, at der i nær fremtid vil opstå behov for yderligere hospitalssenge, og at der som følge heraf forelå et væsentligt samfundsmæssigt hensyn.

Klagenævnets afgørelse om opsættende virkning

Ved kendelse af 18. marts 2020 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelse nr. 3 om interesseafvejning ikke var opfyldt.

Klagenævnet udtalte i sin begrundelse følgende: "*[...] klagenævnet [bemærker], at Alcyon ikke er fremkommet med oplysninger, der kan føre til, at det fastslås, at virksomhedens interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, overstiger regionernes åbenbare interesse i hurtigst muligt at kunne indgå kontrakterne om hospitalssenge med henblik på at sikre den nødvendige kapacitet på hospitalerne.*"

Klagenævnet bemærkede desuden, at der på det foreliggende grundlag ikke var udsigt til, at påstand 1 og 5 ville blive taget til følge.

Herudover udtalte Klagenævnet, at de øvrige påstande sammenholdt med antallet af tilbudsgivere ikke var af en sådan karakter, at Alcyons interesse i en afklaring heraf i den konkrete situation vejede tungere end regionernes mulighed for at kunne indgå kontrakter om indkøb af hospitalssenge.

DLA Piper bemærker

Det fremgår ikke eksplicit af Klagenævnets begrundelse, at afgørelsen skyldes COVID-19. Der er således en sandsynlighed for, at Klagenævnet også under normale omstændigheder ville have anset regionernes indkøb af hospitalssenge for et samfundsmæssigt behov, der vægter tungere end en tilbudsgivers interesse i den pågældende kontrakt. Ikke desto mindre må det antages, at den aktuelle situation har haft, og også i fremtiden vil få, indflydelse på Klagenævnets afgørelse om opsættende virkning.

Klagenævnet har da også valgt at offentliggøre kendelsen på trods af, at dette ikke er sædvanligt for delkendelser, der ikke afslutter sagen. Dette tyder på, at kendelsen bør anses som principiel.

Klagenævnets bemærkninger om påstandenes karakter og antallet af øvrige tilbudsgivere indikerer formentlig, at udfaldet kunne have været anderledes, hvis der var tale om en særlig grov fumus.

Under alle omstændigheder bør tilbudsgivere indstille sig på, at det i den kommende tid vil være meget vanskeligt at opnå opsættende virkning, hvis indgåelse af den omhandlede kontrakt har betydning for bekæmpelse eller forebyggelse af COVID-19.

Det bemærkes dog, at det også under normale omstændigheder er sjældent, at Klagenævnet beslutter at tillægge en klage opsættende virkning.

Fagområder Udbud, Kommunal- og Forvaltningsret, Fast ejendom

Sektorer Government Contracting
