



Klagenævnet for Udbud undlader at erklære kontrakter for uden virkning - af hensyn til almenhedens interesser



Mikala Berg Dueholm
Partner

Klagenævnet for Udbud har ved sin kendelse af 11. oktober 2019 i sagen mellem Kinnarps A/S og Region Hovedstaden undtagelsesvist opretholdt tre kontrakter, der skulle være erklæret for uden virkning. Kontrakterne angik indkøb af møbler og lamper og var nødvendige for igangsættelsen af centrale funktioner i den nye del af Rigshospitalet, som ellers ville blive yderligere forsinket.

Sagens faktum

Baggrunden for klagen var Region Hovedstadens tre miniudbud vedrørende indkøb af lamper (miniudbud 1) og møbler (miniudbud 2 og 3) til Nordfløjen på Rigshospitalet.

Kinnarps klagede over udbuddet til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at regionen havde handlet i strid med udbudslovens §§ 40, stk. 4, og 42 samt de grundlæggende principper om ligebehandling og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved at have fastsat en række tekniske specifikationer, som ikke var sagligt begrundet og proportionale med kontraktens værdi og mål og derfor havde medført en kunstig indsnævring af konkurrencen (påstand 1-3).

Yderligere nedlagde Kinnarps påstand om, at regionen havde fastsat en frist for levering af vareprøver og/eller opstilling af prøvemøbler, der var urimeligt kort, og som havde givet den vindende tilbudsgiver en væsentlig konkurrencemæssig fordel (påstand 4).

Endvidere nedlagde Kinnarps påstand om, at klagenævnet skulle annullere tildelingsbeslutningerne (påstand 5-7), og at klagenævnet skulle erklære de indgåede kontrakter for uden virkning og påbyde regionen at bringe dem til ophør (påstand 8-10) samt pålægge regionen en økonomisk sanktion (påstand 11).

Opsættende virkning

Kinnarps indleverede klagen den 9. juli 2019 i standstill-perioden, hvorfor klagen havde midlertidig opsættende virkning. Den 19. juli traf klagenævnet afgørelse om, at klagen fortsat skulle have midlertidig opsættende virkning. Klagenævnet meddelte, at der ville blive truffet afgørelse om fortsat opsættende virkning senest den 21. august 2019, hvilket klagenævnet efterfølgende ændrede til den 5. september 2019.

På grund af en ekspeditionsfejl hos Region Hovedstadens advokat, fik regionen ikke meddelelse herom. Region Hovedstaden indgik den 14. august 2019 kontrakt med Holmris B8 A/S, som var den vindende tilbudsgiver, hvilket blev meddelt Kinnarps den 3. september 2019. Den 4. september 2019 besluttede klagenævnet, efter henvendelse fra Kinnarps, at tillægge klagen fortsat opsættende virkning, hvorfor Region Hovedstaden ikke måtte modtage yderligere leveringer i henhold til de indgåede kontrakter eller iværksætte nogen form for skridt med henblik på implementering af kontrakterne.

Klagenævnet resultat og begrundelse

Påstand 1-4

Klagenævnet udtalte blandt andet, at regionens fastsatte krav til de indkøbte lamper havde været egnet til at begrænse konkurrencen. Klagenævnet lagde blandt andet vægt på, at regionen havde medtaget en "Inspirationsliste" med nærmere specificerede Flos-arbejdslamper og -pendler. Klagenævnet fandt, at regionen ikke havde løftet bevisbyrden for, at der havde været saglige og proportionelle grunde til at fastsætte de pågældende bestemmelser i udbudsmaterialet, eller at det havde været nødvendigt at henvise til Flos-lamper for at opnå en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand.

For så vidt angår møblerne, udtalte klagenævnet, at de fastsatte krav og ønsker i kombination med de fastsatte frister for indlevering af tilbud og prøvemøbler havde været egnet til at begrænse konkurrencen under miniudbuddene. Klagenævnet fandt, at regionen ikke havde løftet bevisbyrden for, at kravet om proportionalitet var opfyldt.

Påstand 5-7 og 8-11

Klagenævnet fandt, at kontrakterne *kunne* erklæres for uden virkning, da regionen havde indgået kontrakterne i en periode, hvor klagen havde opsættende virkning, jf. klagenævnslovens § 16, nr. 2.

Klagenævnet fandt endvidere, at kontrakterne *skulle* erklæres for uden virkning, da regionen derudover havde overtrådt udbudsloven på en måde, der havde påvirket Kinnarps mulighed for at få tildelt kontrakterne, jf.

klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 2.

Klagenævnet henviste imidlertid til, at en kontrakt, der skal erklæres for uden virkning kan opretholdes, hvis det på baggrund af en undersøgelse af alle relevante aspekter må konstateres, at væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning, jf. § 17, stk. 3.

Klagenævnet udtalte blandt andet, at miniudbuddene angik indkøb af møbler og lamper, som skulle leveres fra 1.-15. oktober 2019 til den nyopførte del af Rigshospitalet, som skulle benyttes af patienter i januar 2020, og at en eventuel udskudt levering ville være den eneste udfordring i forhold til tidsplanen for den nyopførte del af Rigshospitalet.

Klagenævnet fandt på den baggrund, at kontrakterne ikke skulle erklæres for uden virkning med henvisning til konsekvenserne for patienternes sundhed. Klagenævnet udtalte blandt andet, at:

"Det er indgået i vurderingen, at der må antages at være nær sammenhæng mellem leverancerne i henhold til de indgåede kontrakter og muligheden for at igangsætte de centrale funktioner i den nye del af Rigshospitalet uden yderligere, væsentlige forsinkelser."

Ifølge klagenævnet kunne de af regionen påberåbte økonomiske hensyn derimod ikke begrunde en opretholdelse af kontrakterne.

Som alternativ sanktion blev regionen idømt at betale 460.000 kr., hvortil klagenævnet udtalte, at der ikke forelå undskyldende omstændigheder, som kunne begrunde, at sanktionen skulle udmåles til et mindre beløb.

DLA Piper bemærker

Kendelsen vedrører den særlige situation, at regionen på grund af en intern ekspeditionsfejl indgik kontrakterne i strid med klagenævnets kendelse om opsættende virkning.

Som følge heraf, og efter henvendelse fra Kinnarps, tillagde klagenævnet klagen fortsat opsættende virkning og præciserede, at der ikke måtte foretages yderligere leverancer under de indgåede kontrakter.

Det gælder generelt, at klagenævnet ikke har kompetence til at regulere kontraktforholdet mellem ordregiver og den vindende tilbudsgiver efter kontraktindgåelse. Det følger imidlertid af forarbejderne til klagenævnslovens § 12, at klagenævnet kan tillægge en klage opsættende virkning, selvom kontrakten er underskrevet. Klagenævnets mulighed for at gribe ind i kontraktforholdet synes særdeles hensigtsmæssig i et tilfælde som det omhandlede.

Kendelsen er det første eksempel på, at klagenævnet anvender undtagelsen i § 17, stk. 3, hvorefter en kontrakt, der skal erklæres for uden virkning, kan opretholdes af hensyn til almenhedens interesser.

Ifølge forarbejderne forudsætter anvendelsen af § 17, stk. 3, at en ophævelse af kontrakten vil bringe menneskers liv eller sundhed i fare. Klagenævnet fandt, at netop dette var tilfældet i den pågældende sag. Overordnet må det antages, at der skal særdeles meget til, før betingelsen er opfyldt.

I stedet for at erklære kontrakterne for uden virkning, pålagde klagenævnet regionen en økonomisk sanktion på 460.000 kr.

Klagenævnets resultat forekommer at være en meget pragmatisk løsning af sagen og er i sidste ende formentlig et bedre resultat for regionen, idet en yderligere forsinkelse af ibrugtagningen af den nye del af Rigshospitalet umiddelbart ville have været forbundet med højere omkostninger for regionen.

Services	Udbud, Offentlig virksomhed
----------	-----------------------------

Sectors	Government Contracting
---------	------------------------
