

K E N D E L S E

Kinnarps A/S
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Henning Biil, København)

Denne kendelse drejer sig om, hvorvidt Kinnarps A/S' klage, som er indgivet den 11. december 2013, er modtaget inden for klagefristen i håndhævelseslovens § 7, og om Kinnarps A/S har retlig interesse i klagen, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

Baggrunden for klagen – klagen fra EFG Bondo A/S

Ved udbudsbekendtgørelse 2012/S 165-273774 af 24. august 2012 udbød indklagede, Region Hovedstaden, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 3-årig rammeaftale om levering af møbler. Ifølge udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne skulle der indgås aftale med 3 parallelle leverandører.

Der blev prækvalificeret 7 virksomheder til at afgive tilbud, herunder Kinnarps A/S (klageren), Duba-B8 A/S og EFG Bondo A/S.

Alle 7 prækvalificerede virksomheder indgav tilbud inden for tilbudsfristen den 28. januar 2013. Indklagede, som vurderede, at ingen af tilbuddene var konditionsmæssige, annullerede udbuddet ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 040-063078 af 21. februar 2013 og overgik til udbud med forhand-

ling efter forudgående bekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Indklagede gav tilbudsgiverne meddelelse om overgangen til udbud med forhandling og fremsendte reviderede udbudsbetingelser den 21. februar 2013.

Efter at have modtaget reviderede tilbud fra samme tilbudsgivere meddelte indklagede den 10. april 2013 elektronisk tilbudsgiverne at have besluttet at tildele de tre kontrakter til Flexform Stolehuset A/S, Scan Office A/S og Kinnarps A/S, som indklagede vurderede havde afgivet henholdsvis det økonomisk mest, næstmest og tredje mest fordelagtige tilbud. Tilbuddet fra EFG Bondo A/S blev anset for konditionsmæssigt, men mindre økonomisk fordelagtigt end tilbuddet fra Kinnarps A/S.

Den 22. april 2013 indgav EFG Bondo A/S klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. EFG Bondo A/S fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning.

Den 21. maj 2013 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke blev fundet opfyldt. Klagenævnet udtalte samtidig, at betingelsen om *fumus boni juris* var opfyldt, idet der foreløbig vurderet var udsigt til, at EFG Bondo A/S ville få medhold i en påstand om, at indklagede havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Kvalitet og funktionalitet« ved at tildele de af EFG Bondo A/S tilbudte premium produkter på position 2.1 og position 2.2 væsentligt forskellige scorere, uagtet at kvaliteten af produkterne er identisk, og at der var udsigt til, at dette ville føre til annullation af tildelingsbeslutningen. Klagenævnet udtalte endvidere, at der foreløbigt vurderet ikke var udsigt til, at klageren ville få medhold i påstand 1, som vedrørte en sammentællingsfejl, der tilsyneladende var i evalueringsrapporten. EFG Bondo A/S frafaldt senere denne påstand.

Indklagede meddelte, at indklagede ikke agtede at annullere tildelingsbeslutningen i lyset af delkendelsen om opsættende virkning og indgik herefter parallelle rammeaftaler med Flexform Stolehuset A/S, Scan Office A/S og Kinnarps A/S.

Skriftvekslingen vedrørende realiteten fortsatte herefter, og der blev afholdt møde i sagen.

Den 22. oktober 2013 anmodede Kinnarps A/S om tilladelse til intervention.

Klagenævnet meddelte den 24. oktober 2013 afslag på anmodningen om tilladelse til intervention.

Klagenævnet afsagde herefter den 24. oktober 2013 kendelse i sagen og gav EFG Bondo A/S medhold som følger:

»Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved vurderingen af tilbudene i forhold til underkriteriet »Kvalitet og funktionalitet« ved at tildele de af klageren tilbudte premium produkter på position 2.1 og position 2.2 væsentligt forskellige scorer, uagtet at kvaliteten af produkterne er identisk.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at tildele en rammeaftale til klageren, da klageren afgav det økonomisk tredjemest fordelagtige tilbud.

Indklagedes beslutning af 10. april 2013 om at tildele en rammeaftale til Kinnarps A/S annulleres.«

Den 13. november 2013 anmodede Kinnarps A/S klagenævnet om at genoptage de spørgsmål, som der er taget stilling til i kendelsen af 24. oktober 2013, og herunder tillade Kinnarps A/S at intervenere i sagen. Klagenævnet meddelte afslag herpå ved kendelse af 29. november 2013.

Klagen i denne sag

Kinnarps A/S har herefter den 11. december 2013 indgivet denne klage.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, ved at tillade EFG Bondo A/S at deltage i det udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, der efterfulgte det begrænsede EU-udbud nr. 2012/S 165-273774, idet EFG Bondo A/S under det begrænsede udbud afgav et tilbud, der ikke levede op til udbuddets formelle krav.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at tage EFG Bondo A/S' tilbud i betragtning og lade dette indgå i tilbudsevalueringen i forbindelse med det udbud med forhandling, der efterfulgte det begrænsede EU-udbud nr. 2012/S 165-273774, idet EFG Bondo A/S' tilbud på position 1.4 indeholdt forbehold for et af indklagedes mindstekrav og derfor var ukonditionsmæssigt.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at tage EFG Bondo A/S' tilbud i betragtning og lade dette indgå i tilbudsevalueringen i forbindelse med det udbud med forhandling, der efterfulgte det begrænsede EU-udbud nr. 2012/S 165-273774, idet EFG Bondo A/S ikke levede op til det ufravigelige krav om at fremvise et produkt pr. position i tilbudslisten.

Indklagede har påstået, at klagen ikke skal tages til følge. Indklagede har med henvisning til det, som indklagede har anført i forbindelse med Kinnarps A/S' anmodning om genoptagelse i EFG Bondo A/S-sagen, bestridt, at der er grundlag for Kinnarps A/S' indsigelser vedrørende konditions-mæssigheden af klagerens krav og det uberettigede i at give klageren adgang til at deltage i udbuddet efter forhandling.

EFG Bondo A/S har bedt om tilladelse til at intervenere i sagen. Klagenævnet har den 20. december 2013 givet tilladelse hertil.

Kinnarps A/S anførte i anmodningen om genoptagelse af 13. november 2013, at Kinnarps A/S' klagefrist ville udløbe den 30. november 2013. På

den baggrund har klagenævnet den 20. december 2013 bedt om parternes bemærkninger om, hvorvidt klagefristen er overholdt.

Klagenævnet har endvidere bedt om bemærkninger om, hvorvidt klageren – som har fået kontrakt tildelt – kan antages at have retlig interesse i klagen, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1, og herunder hvorvidt en retlig interesse kan antages at foreligge, før det tidspunkt, hvor indklagede rent faktisk måtte opsiges rammeaftalen med klageren og tildele kontrakt til EFG Bondo A/S.

Denne kendelse vedrører disse spørgsmål.

Yderligere oplysninger

Ifølge punkt 3 i de reviderede udbudsbetingelser vedrørende udbuddet med forhandling var tilbudsfristen den 4. marts 2013. Vedståelsesfristen for det justerede tilbud angives at være 6 måneder efter tilbudsfristens udløb, hvilket svarer til tilbudsfristen i det oprindelige begrænsede udbud, jf. udbudsbetingelserne om dette udbud punkt 3.5.

I det udkast til rammekontrakt, der var indeholdt i udbudsbetingelserne, er det i punkt 2.3 anført:

»...

Hvis udbuddet vedrørende de af nærværende aftale omfattede produkter indbringes for klagenævnet for udbud eller domstolene, og købers beslutning om at tildele sælger aftalen annulleres, eller køber pålægges at bringe kontrakten ophør, er køber berettiget til at opsiges kontrakten med et efter de konkrete omstændigheder passende varsel alene mod betaling af sælgeres positive udgifter i anledning af opsigelsen (negativ kontraktinteresse).«

I Kinnarps A/S' anmodning om tilladelse til intervention af 22. oktober 2013 anførte Kinnarps A/S blandt andet, at en kendelse om annullation af tildelingsbeslutningen ville kunne få væsentlig betydning for selskabet, navnlig fordi kontrakten med indklagede indeholder den ovennævnte bestemmelse. Kinnarps A/S henviste til den væsentlige økonomiske skade, selskabet ville kunne lide.

Klagenævnets afslag på tilladelse til intervention af 24. oktober 2013 er begrundet som følger:

»Klagen er indgivet den 22. april 2013. Klagenævnet afsagde delkendelse om opsættende virkning den 21. maj 2013. Klagenævnet fandt betingelsen om *fumus boni juris* opfyldt. Efterfølgende har der været en omfattende skriftveksling og der er afholdt møde den 20. september 2013. Efter yderligere skriftveksling er kendelse i sagen den 21. oktober 2013 sendt til klagenævnets sekretariat til afsigelse. Samtidig er kendelse i den parallelle klagesag indgivet af Duba-B8 A/S sendt til afsigelse. Begge kendelser er klar til afsigelse.

EFG Bondo A/S har nedlagt følgende påstande:

...

EFG Bondo A/S' anbringender vedrørende påstand 1 og 2 vedrører udelukkende evalueringen af selskabets tilbud, herunder først og fremmest om Region Hovedstaden har begået fejl i forbindelse med besigtigelsen af de borde, som selskabet havde tilbudt. EFG Bondo A/S har ikke anfægtet evalueringen af Kinnarps A/S' tilbud og den bedømmelse Region Hovedstaden har foretaget heraf.

På klagenævnets forespørgsel har Region Hovedstaden og klageren i den parallelle klagesag den 23. oktober 2013 meddelt ikke at ville modsætte sig intervention i klagesagen anlagt af EFG Bondo A/S. Advokat Lotte Hummelshøj, som repræsenterer EFG Bondo A/S, har ved e-mail af samme dato anført:

»Jeg skal hermed som advokat for EFG Bondo A/S i ovennævnte sag protestere mod interventionen i sagen EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden under hensyntagen til sagens konkrete omstændigheder, herunder det forhold, at de nedlagte påstande er meget konkrete og specifikke i forhold til bedømmelsen af klagerens tilbud på to tilbudte mødeborde i to forskellige størrelser. En udenforstående tredjemand vil derfor ikke sagligt kunne antages at tilføre sagen noget væsentligt. Dertil kommer naturligvis det forhold, at begæringen kommer på et tidspunkt, hvor det må anses for helt udtømt, hvad der kan siges i sagen, da faktum må anses for fuldstændig belyst, hvorved henvises til, at indklagede endda er fremkommet med processuelle indlæg efter den mundtlige forhandling i Klagenævnet (som klager så kommenterede). En intervention vil derimod med sikkerhed forsinke sagens afgørelse og påføre parterne yderligere omkostninger og ressourceforbrug.«

Efter en samlet vurdering, hvor der navnlig er lagt vægt på tidspunktet for begæringen om intervention og den forsinkelse af en afgørelse i sagen, som en tilladelse til intervention vil indebære, samt indholdet af

de nedlagte påstande og anbringender i klagesagen, finder klagenævnet, at klageren EFG Bondo A/S' interesse i, at der nu træffes afgørelse i sagen, indebærer, at der ikke kan meddeles tilladelse til intervention. På den baggrund, og uanset at Kinnarps A/S efter det oplyste først den 7. oktober 2013 er blevet bekendt med klagen, imødekommes Kinnarps A/S anmodning om tilladelse til at intervenere ikke.

Kendelse i denne sag og den parallelle klagesag indgivet af Duba-B8 A/S afsiges herefter som planlagt.«

Kinnarps A/S' anmodning om genoptagelse af de spørgsmål, der var afgjort ved kendelsen af 24. oktober 2013 og om tilladelse til intervention, var begrundet i samme synspunkter om manglende adgang til at tage tilbuddet fra EFG Bondo A/S i betragtning og om ukonditionsmæssighed, som fremgår af påstandene i denne sag. Indklagede bestred, at der var grundlag for at antage, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, og fremkom med nærmere anbringender til støtte herfor.

I klagenævnets kendelse af 29. november 2013 om afslag på begæringen om genoptagelse og tilladelse til intervention er det blandt andet anført:

»Indledningsvis bemærkes, at Kinnarps A/S efter det nu oplyste, har været bekendt med klagesagens eksistens siden den 24. april 2013, og først har anmodet om tilladelse til intervention den 22. oktober 2013. Ifølge indklagede har Kinnarps A/S ikke på noget tidspunkt anmodet indklagede om nærmere oplysninger om indholdet af klagen og sagens stade.

Indklagede har ikke i forbindelse med tilbudsevalueringen vurderet eller under klagesagen gjort gældende, at tilbuddet fra klageren som følge af de forhold, Kinnarps A/S har henvist til, eller af andre grunde, var ukonditionsmæssigt, eller at det var med urette, at indklagede tillod klageren at deltage i udbuddet med forhandling. Indklagede er endvidere fremkommet med en indgående argumentation for, hvorfor der ikke er grundlag for Kinnarps A/S' synspunkter.

De synspunkter, Kinnarps A/S er fremkommet med til støtte for, at en tilladelse til intervention ville have kunnet føre til et andet udfald af klagesagen, har således karakter af selvstændige påstande/anbringender, der ligger ud over de påstande og anbringender, parterne har anført i klagesagen.

Af ovenstående følger, at klagenævnet, såfremt klagenævnet havde meddelt tilladelse til intervention, ikke ville have kunnet tage stilling

til Kinnarps A/S' selvstændige påstande/anbringender om ukonditionsmæssighed af klagerens tilbud og om manglende adgang for klageren til at deltage i udbuddet med forhandling. Klagenævnet vil heller ikke kunne tage stilling hertil, såfremt de spørgsmål, der er truffet afgørelse om ved kendelsen af 24. oktober 2013 genoptages, og der gives tilladelse til intervention.

Der er herefter ikke grundlag for at tage anmodningen om genoptagelse og tilladelse til intervention til følge.

Med hensyn til indklagedes anmodning om, at klagenævnet udtaler sig om Kinnarps A/S indsigelser, bemærkes, at klagenævnet er et domstolslignende organ, som ikke afgiver vejledende udtalelser, og som ikke af egen drift kan udtale sig om mulige overtrædelser.

Anmodningen tages derfor ikke til følge.

Kinnarps A/S har angivet muligvis at ville indgive klage til klagenævnet. Under en sådan klagesag vil der skulle tages stilling til påstande/anbringender, Kinnarps A/S har anført, og eventuelt tillige til spørgsmål om klageadgang og betydningen af den tid, der er gået siden Kinnarps A/S blev bekendt med denne klage.«

Det er i klageskriftet fra Kinnarps A/S i denne sag anført:

»Region Hovedstaden har efterfølgende meddelt Kinnarps, at Region Hovedstaden agter at opsige rammeaftalen med Kinnarps for herefter at træffe beslutning om at tildele den pågældende rammeaftale til EFG.«

I sagen mellem EFG Bondo A/S og indklagede har EFG Bondo A/S den 12. december 2013 indgivet et processkrift med påstand om erstatning i form af principalt positiv opfyldelsesinteresse, subsidiært negativ kontraktsinteresse.

Advokat Henning Biil har som advokat for indklagede i en e-mail af 18. december 2013 med fremsendelse af svarskrift i denne sag og samtidig fremsendelse af svarskrift om erstatning i klagesagen indbragt af EFG Bondo A/S oplyst, at indklagede den 4. december 2013 har tilbudt EFG Bondo A/S »den tredje rammeaftale« (den rammeaftale som Kinnarps A/S har fået tildelt under udbuddet) på samme vilkår som Kinnarps A/S. Dette forudsat at der kunne opnås enighed om afslutning af erstatningssagen i klagenævnet og starttidspunktet for rammeaftalen. Indklagede ville herefter opsige rammeaftalen med Kinnarps A/S under henvisning til rammeaftalens

punkt 2.3 om ekstraordinær opsigelse. I e-mailen anføres endvidere, at hvis Kinnarps A/S ikke får medhold i sine påstande i sagen anlagt af Kinnarps A/S, står indklagedes tilbud om at tildele EFG Bondo A/S rammeaftale og dermed opsigelse Kinnarps A/S' rammeaftale fortsat ved magt.

Parternes synspunkter

Ad klagefrist

Klageren og indklagede er enige om, at klagen er rettidigt indgivet som følge af overgangsbestemmelsen i § 2, stk. 2, i lov nr. 511 om ændring af håndhævelsesloven af 27. maj 2013.

EFG Bondo A/S har ikke udtalt sig om spørgsmålet.

Ad retlig interesse

Klageren har gjort gældende, at klageren som kontraherende part i rammeaftalen er direkte berørt af klagenævnets afgørelse af 24. oktober 2013 om annullation af beslutningen om at tildele klageren kontrakt. Annullationen er sket, fordi klagenævnet har fundet, at EFG Bondo A/S og ikke klageren havde afgivet det tredje mest økonomisk fordelagtige tilbud, hvilket er baseret på den nødvendige forudsætning, at EFG Bondo A/S' tilbud var konditionsmæssigt. Den retlige interesse er opstået fra det tidspunkt, hvor klagenævnet annullerede beslutningen om at tildele klageren kontrakt. Det forekommer i øvrigt noget anstrengt, hvis en sag skulle afvises som følge af manglende interesse i en situation, hvor sagens parter er enige om, at en sådan interesse foreligger. EFG Bondo A/S kan i den forbindelse ikke selvstændigt gøre synspunkter gældende om manglende retlig interesse og herunder selv nedlægge en afvisningspåstand.

Indklagede har gjort gældende, at Kinnarps A/S har fornøden retlig interesse i klagen allerede på nuværende tidspunkt, hvor indklagede har tilkendegivet at ville opsigelse Kinnarps A/S' rammeaftale og tildele denne til EFG Bondo A/S i stedet, og hvor Kinnarps A/S således har risiko for at miste sin rammeaftale. Indklagede har herved henvist til »klagenævnets ikke særligt restriktive praksis vedrørende spørgsmål om retlig interesse«.

At der er fornøden retlig interesse bestyrkes ifølge indklagede af følgende forhold:

Såfremt Kinnarps A/S ikke antages at have retlig interesse på nuværende tidspunkt, kan der i princippet opstå en situation, hvor indklagede opsiger aftalen og tildeler den til EFG Bondo A/S. Herefter klager Kinnarps A/S over omtildelingen og får medhold i et eller flere klagepunkter. Indklagede må derpå opsiges EFG Bondo A/S' rammeaftale og føre den tilbage til Kinnarps A/S igen.

Dette uhensigtsmæssige forløb frem og tilbage, som hverken vil være til fordel for EFG Bondo A/S, Kinnarps A/S eller indklagedes aftagere af møbler vil undgås, hvis Kinnarps A/S indsigelser prøves nu i den af Kinnarps anlagte sag og i EFG Bondo A/S-sagen.

EFG Bondo A/S har, før klagenævnets anmodning om bemærkninger vedrørende klagefrist og retlig interesse, i en e-mail af 13. december 2013 anført, at klagenævnet bør afvise klagen i medfør af håndhævelseslovens § 10, stk. 2, da der ikke er udsigt til, at klagenævnet vil træffe afgørelse om anvendelse af de sanktioner, som nævnet kan anvende. Til støtte herfor har EFG Bondo A/S anført, at tildelingsbeslutningen ikke er omgjort af indklagede som følge af klagenævnets afgørelse af 24. oktober 2013. Der har været ført forligsforhandlinger mellem indklagede og EFG Bondo A/S, men dette har ikke resulteret i indgåelse af en kontrakt. Kinnarps A/S har således fortsat kontrakt og en kendelse som følger Kinnarps A/S' påstande, som ikke omfatter en annullationspåstand, vil ikke ændre denne retsstilling.

Klagenævnet udtaler:

Klagefrist

Udbuddet vedrører en rammeaftale. Klagefristen var før den ved lov nr. 511 af 27. maj 2013 indførte ændring af fristerne i § 7 i håndhævelsesloven ifølge den dagældende § 7, stk. 2, nr. 3, 12 måneder fra ordregivers underretning, jf. lovens § 2, stk. 2, til de berørte ansøgere og tilbudsgivere. Fristen er nu, jf. den nugældende § 7 stk. 2, nr. 3, 6 måneder efter at ordregiveren har indgået en rammeaftale regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte ansøgere og tilbudsgivere, jf. § 2, stk. 2.

Overgangsbestemmelsen i § 2, stk. 2, i lov nr. af 511 af 27. maj 2013 lyder:

»Klage over kontrakter, der er indgået inden lovens ikrafttræden behandles efter de hidtil gældende regler.«

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslag nr. 153 af 27. februar 2013 fremgår:

»Med *stk. 2* foreslås det, at såfremt en kontrakt er indgået, før loven træder i kraft, vil klagefristen for denne kontrakt skulle fastsættes efter de hidtil gældende regler. Endvidere vil kontrakter indgået efter tilbudslovens regler før lovens ikrafttrædelse, ikke være omfattet af klagefrister. Endelig vil klagefristen over en prækvalifikation, der er gennemført før loven træder i kraft, skulle fastsættes efter de hidtil gældende regler.«

Efter den direkte ordlyd af overgangsbestemmelsen »Klage over kontrakter, der er indgået inden lovens ikrafttræden« er nærværende klage ikke omfattet af bestemmelsen. Der er således ikke tale om klage over en kontrakt, »der er indgået«. Klagen drejer sig i stedet for det første om en klage fra en tilbudsgiver, som er blevet tildelt kontrakt og med hvem kontrakt er indgået, over konditionsmæssigheden af et tilbud fra en tilbudsgiver, som ikke blev tildelt kontrakt. For det andet drejer klagen sig om den kontrakt, som indklagede – hvis visse nærmere forudsætninger opfyldes – påtænker at indgå med EFG Bondo A/S, efter først at have opsagt den kontrakt, som indklagede har indgået med klageren.

Forarbejderne, som angiver, at også tilfælde hvor klagen vedrører prækvalifikation, viser imidlertid, at bestemmelsen ikke skal forstås så snævert, som den er formuleret. Hvis øvrige betingelser for at behandle klagen, jf. herom nedenfor, er opfyldt, må det således antages, at klagen falder under overgangsbestemmelsen og dermed er rettidig, jf. den tidligere gældende frist på 12 måneder for indgivelse af klager vedrørende rammeaftaler.

Ad retlig interesse

Indklagede har efter at have modtaget tilbuddene under udbuddet med forhandling foretaget en tilbudsbedømmelse, og har, jf. meddelelsen af 10. april 2013, besluttet at tildele Kinnarps A/S kontrakt. Efter klagenævnets

delkendelse om opsættende virkning af 21. maj 2013 i klagesagen indgivet af EFG Bondo A/S har indklagede indgået kontrakt med Kinnarps A/S.

Indklagede har den 7. oktober 2013 over for Kinnarps A/S oplyst, at hvis EFG Bondo A/S måtte få medhold i den klagesag, som EFG Bondo A/S havde anlagt, agtede indklagede at opsiges kontrakten med Kinnarps A/S og i stedet tildele kontrakten til EFG Bondo A/S.

Klagenævnet traf afgørelse i EFG Bondo-sagen den 24. oktober 2013 og gav EFG Bondo A/S fuldt medhold, herunder i påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen.

Indklagede har, uagtet der nu er forløbet mere end 2 måneder siden afgørelsen, ikke opsagt kontrakten med Kinnarps A/S.

Klagenævnet forstår det, som indklagede har anført, sådan, at årsagen til, at indklagede fortsat ikke har gjort alvor af sin erklærede intention om at opsiges kontrakten med Kinnarps A/S og i stedet tildele kontrakten til EFG Bondo A/S, er, at indklagede forinden ønsker at få en afgørelse fra klagenævnet om Kinnarps A/S' indsigelser. På nuværende tidspunkt synes realiteten således at være, at indklagede kun vil opsiges kontrakten med Kinnarps A/S, hvis indklagede forinden har fået medhold i en sag for klagenævnet i, at der ikke er grundlag for Kinnarps A/S' indsigelser om manglende adgang til at tage tilbuddet fra EFG Bondo A/S i betragtning.

Klagenævnet forstår tillige det, som indklagede har anført om indklagedes »tilbud« til EFG Bondo A/S, sådan, at indklagede kun vil skride til opsigelse af kontrakten med Kinnarps A/S, hvis EFG Bondo A/S forinden accepterer at få kontrakten tildelt i stedet for at kræve erstatning. Det er ikke oplyst, om EFG Bondo A/S overhovedet ønsker at indgå kontrakt med indklagede og herunder acceptere vilkåret om at frafalde krav om erstatning. Da selskabet har indgivet processkrift med principal påstand om erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse til klagenævnet, synes det ikke at være tilfældet. Klagenævnet bemærker, at EFG Bondo A/S ikke synes at være retligt forpligtet til at indgå kontrakt med indklagede, allerede fordi vedståelsesfristen på 6 måneder i de reviderede udbudsbetingelser, punkt 3, er udløbet.

Under de foreliggende omstændigheder finder klagenævnet, at udsigten til, at indklagede rent faktisk vil opsig kontrakten med Kinnarps A/S for i stedet at tildele den til EFG Bondo A/S er så usikker, at Kinnarps A/S ikke for tiden har retlig interesse i en klage, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

Klagen afvises som følge heraf.

Klagenævnet bemærker i øvrigt, at klagenævnet er et domstolslignende organ, som ikke afgiver vejledende udtalelser, og som ikke af egen drift kan udtale sig om mulige overtrædelser. Den omstændighed, at indklagede finder det hensigtsmæssigt, at klagenævnet tager stilling til Kinnarps A/S' indsigelser, før indklagede opsig kontrakten med Kinnarps A/S og tildeler kontrakten til EFG Bondo A/S, kan således ikke begrunde, at Kinnarps A/S har retlig interesse i en klage. Samtidig bemærkes, at en stillingtagen til Kinnarps A/S' nuværende indsigelser ikke vil afskære Kinnarps A/S og andre mulige leverandører fra på andet grundlag at klage over en tildeling af kontrakten til EFG Bondo A/S og herunder blandt andet rejse spørgsmålet om, hvorvidt en »omtildeling« trekvart år efter udløbet af tilbudsfristen og mere end 6 måneder efter kontrakt er blevet tildelt og indgået, falder inden for rammerne af udbuddet med forhandling eller skal anses for en direkte tildeling.

Thi bestemmes:

Kinnarps A/S' klage afvises for tiden.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig