

K E N D E L S E

Boston Scientific Nordic AB  
(advokat Henrik Holtse, København)

mod

Region Nordjylland  
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed nr. 2015/S 251-460364 af 24. december 2015, offentliggjort den 29. december 2015, meddelte Region Nordjylland, at regionen uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse agtede at indgå kontrakt vedrørende levering af endoskopisk udstyr i form af 3 stk. skoper og 2 stk. processorer med Olympus Danmark A/S.

Region Nordjylland meddelte ved bekendtgørelse om indgåede kontrakter nr. 2016/S 036-058079 af 16. februar 2016, offentliggjort den 20. februar 2016, at kontrakten var indgået.

Den 1. marts 2016 indgav Boston Scientific Nordic AB klage til Klagenævnet for Udbud over Region Nordjylland.

Boston Scientific Nordic AB har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Nordjylland har overtrådt udbudsloven ved at indgå kontrakt om indkøb af forbrugsvarer til endoskopi med Olympus Danmark A/S uden forudgående udbud.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal erklære kontrakten mellem Region Nordjylland og Olympus Danmark A/S for uden virkning med et passende varsel for så vidt angår den del af kontrakten, der vedrører indkøb af forbrugsvarer til endoskopi.

#### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal pålægge Region Nordjylland en økonomisk sanktion beregnet på grundlag af allerede foretagne indkøb af forbrugsvarer til endoskopi på grundlag af kontrakten.

Region Nordjylland har erkendt overtrædelsen af påstand 1. Regionen har som følge heraf ophævet kontrakten med Olympus Danmark A/S og nedlagt påstand om, at påstand 2 og 3 ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 4. marts 2016 meddelt Region Nordjyllands kontrakt-part, Olympus Danmark A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Olympus Danmark A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

#### Sagens nærmere omstændigheder

I bekendtgørelsen med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed, jf. § 4 i lov om Klagenævnet for Udbud, er bl.a. anført:

##### ”IV.1) Type procedure

Tildeling af kontrakt uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende. ...

...

Region Nordjylland agter at indgå kontrakt vedrørende levering af endoskopisk udstyr med Olympus A/S. Leveringen omfatter: 3. stk. EUS skoper 2. stk. EUS processorer inkl. kabling EUS skoper og EUS processorer skal fungere med allerede eksisterende Exera III videoprocessor. Levering af EUS skoper og EUS processorer fra en anden leverandør vil medføre teknisk

uforenelighed. ... I det konkrete tilfælde, kan kontrakten af tekniske grunde kun overdrages til 1 bestemt økonomisk aktør, jf. udbudsdirektivet, artikel 31, stk. 1, litra b. ...”

Region Nordjylland indgik herefter ”Kontrakt vedrørende levering af EUS udstyr” med Olympus A/S. Kontraktens varighed er 3 år.

Det fremgår af kontraktens punkt 3.1 om kontraktens omfang, at den vedrører levering af 3 stk. GF-UCT180 ultralydsskoper og 2 stk. EU-ME2 Premier ultralydprocessorer (”apparaturet”).

Af kontraktens punkt 3.1 fremgår tillige, at den også omfatter regionens indkøb af utensilier (”forbrugsvarer”), som er opregnet i kontraktens bilag 1.

Det er herefter i punkt 3.1 anført:

”Af bilag 1 fremgår hvilken mængde som Kunden er forpligtet til at aftage årligt. Det er aftalt, at Kunden er forpligtet til at aftage de i bilag 1 definerede Utensilier til alle afdelingernes ERCP og EUS procedurer. Det er aftalt, at Kunden ikke er forpligtet til at aftage de præcise angivne mængder af hver enkelt forbrugsvarer, så længe at Kunden indkøber for det samlede beløb på 1.466.700,00 årligt af Bilag 1 Utensilierne. Enhedspriserne indeholder et brugsgebyr for Apparaturet på 20 %.  
...”

En række bestemmelser i kontrakten vedrører specifikt de produkter, der er omfattet af bilag 1, herunder:

- Sortimentsændringer, jf. punkt 3.4
- Mærkning af produkterne, jf. punkt 6.2
- Rådgivning om produkterne, jf. punkt 7.2
- Priser og prisregulering, jf. punkt 8
- Ordreafgivelse, jf. punkt 9.2
- Leveringsbetingelser, jf. punkt 9.3.1
- Leveringsfrist, jf. punkt 9.3.6
- Restorder, hasteorder, følgeseddel, emballage m.v., jf. punkt 9.3.7 - 9.3.12
- Fakturering, jf. punkt 9.4.1

Kontraktens punkt 9.3.4 ”Afhændelse” har følgende ordlyd:

”Efter udløb af løbetiden og fuldstændig betaling af de samlede minimumsbeløb i henhold til Bilag 1 afhænder Leverandøren apparaturet til Kunden.

Kunden overtager Apparaturet i samme stand som ved aftalens ophør.”

I bekendtgørelsen om indgåede kontrakter er i overensstemmelse med § 4-bekendtgørelsen anført, at Region Nordjylland har indgået kontrakt med Olympus Danmark A/S om levering af endoskopisk udstyr bestående af 3 EUS skoper og 2 EUS processorer. Det øvrige indkøb som beskrevet i bilag 1 nævnes ikke.

Region Nordjylland har foranlediget af klagesagen den 14. april 2016 opsagt kontrakten med Olympus A/S for så vidt angår levering af utensilier. Af ”Allonge til kontrakt om levering af apparatur til EUS” underskrevet samme dato fremgår således:

” ...

Det [er] aftalt, at de dele af kontrakten, som vedrører betaling samt levering af utensilier bringes til ophør på tidspunktet for allongens underskrivelse.

Det er aftalt, at ejendomsretten vedrørende de leverede apparaturer overgår til Kunden ved allongens underskrivelse.

...”

Region Nordjylland har oplyst, at regionen i perioden fra den 1. februar til den 14. april 2016 har indkøbt utensilier for en samlet værdi af 738.250 kr. ekskl. moms, hvoraf 20 % udgør brugsgebyr (afbetaling) for apparaturet.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Boston Scientific Nordic AB, der har anført, at det efter denne virksomheds opfattelse er tvivlsomt, om det var berettiget at indgå kontrakt om køb af endoskopiapparaturet uden afholdelse af udbud, men at klagen dog alene vedrører det køb af forbrugsvarer, som er sket i ly af proceduren om køb af apparaturet, har gjort gældende, at de omhandlede forbrugsvarer ikke har en

direkte sammenhæng med de 5 apparater. Det er således ikke kun Olympus Danmark A/S, der kan levere de pågældende forbrugsvarer, da der ikke er tale om producentunikke produkter.

Betingelserne for at anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse er derfor ikke opfyldt for så vidt angår indkøb af forbrugsvarerne. Regionen har da heller ikke gennemført en procedure, der omfatter købet af forbrugsvarer, men har i stedet i strid med udbudslovens § 6, jf. § 55, foretaget en direkte tildeling af en kontrakt om forbrugsvarer, der overstiger tærskelværdien.

Region Nordjylland har under henvisning til, at utensilierne ikke er producentunikke, at kontrakten oprindeligt var indgået for en 3-årig periode, og at tærskelværdien for udbudspligtige vareindkøb dermed er overskredet, erkendt overtrædelsen.

#### Ad påstand 2

Boston Scientific Nordic AB har gjort gældende, at konsekvensen af, at regionen har foretaget en direkte tildeling, uden at betingelserne herfor er opfyldt, er, at kontrakten skal erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, jf. § 18, stk. 1.

Region Nordjylland har gjort gældende, at der ikke er hjemmel til at erklære en kontrakt, der allerede er opsagt, for uden virkning.

#### Ad påstand 3

Boston Scientific Nordic AB har gjort gældende, at regionen har overtrådt udbudsloven ved at have indgået en kontrakt om et udbudspligtigt indkøb uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende. Regionen skal derfor pålægges en økonomisk sanktion, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, nr. 3. Størrelsen af den økonomiske sanktion skal beregnes på grundlag af værdien af allerede foretagne indkøb på det tidspunkt, hvor kontrakten ophører.

Region Nordjylland har gjort gældende, at der ikke er hjemmel til at pålægge regionen en økonomisk sanktion, da der som anført ikke er hjemmel til at erklære en kontrakt, der allerede er opsagt, for uden virkning for fremti-

dige leverancer, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 1, og dermed heller ikke hjemmel til at pålægge regionen en økonomisk sanktion i medfør af lovens § 18, stk. 3.

#### Klagenævnet udtaler:

##### Ad påstand 1

Som erkendt af Region Nordjylland overstiger kontraktens del om køb af utensilier tærskelværdien for udbudspligtige varekøb. Som ligeledes erkendt er der ikke grundlag for at undlade at foranstalte udbud med henvisning til kontraktens genstand.

Påstanden tages derfor til følge.

##### Ad påstand 2 og 3

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, at en kontrakt, der er omfattet af udbudslovens afsnit II eller III, skal erklæres for uden virkning, hvis en ordregiver i strid med udbudsloven eller EU-udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, jf. dog § 4.

Region Nordjylland har i strid med bestemmelsen indgået kontrakt om levering af utensilier uden forudgående udbudsbekendtgørelse. Regionen har erkendt overtrædelsen og har ved at bringe kontrakten til ophør med virkning fra den 14. april 2016 foregrebet klagenævnets forventelige, lovbundne reaktion.

Da betingelserne i § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud er opfyldt, erklæres kontrakten for uden virkning fra den 14. april 2016.

Når en del af en kontrakt erklæres for uden virkning, skal der fastsættes en alternativ sanktion efter §§ 19 og 20, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, nr. 3, for så vidt angår den del af kontrakten, der allerede er gennemført.

Under hensyn til overtrædelsens alvorlige karakter – ulovlig direkte kontrakttildeling – og til, hvor stor en del af aftalen der opretholdes, fastsættes

den økonomiske sanktion til 40.000 kr., jf. forarbejderne til lovens § 19, stk. 1 - 3.

Beløbet skal betales til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, jf. § 19, stk. 4.

### Sagsomkostninger

Boston Scientific Nordic AB har i replikken anført, at virksomheden ikke ”uden videre [kan] hæve klagesagen og dermed frafalde sagsomkostninger og klagegebyr”. Virksomheden har herefter med henvisning til bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 3 og 4, krævet klagegebyret tilbagebetalt og regionen pålagt at betale sagsomkostninger.

Region Nordjylland har anført, at regionen i den dialog mellem parterne, der fulgte umiddelbart efter klagens indlevering, udtrykkeligt gjorde opmærksom på, at regionen ville opsig kontrakten med Olympus Danmark A/S for så vidt angår levering af utensilier. Den eneste bevæggrund for at opretholde klagen synes derfor at være et ønske om, at regionen skal pålægges en økonomisk sanktion. Boston Scientific Nordic AB skal derfor ikke tilkendes sagsomkostninger, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud, § 9, stk. 4, subsidiært alene tilkendes et rent symbolsk beløb.

Med den bemærkning, at der ikke i bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 3 og 4, som betingelse for tilbagebetaling af klagegebyr eller for at pålægge en part omkostninger er stillet krav om, at klagesagen ikke hæves, tager klagenævnet anmodningen om tilbagebetaling af klagegebyret til følge og pålægger Region Nordjylland at betale sagsomkostninger som nedenfor anført.

### Herefter bestemmes:

#### Ad påstand 1

Region Nordjylland har overtrådt udbudsloven ved at indgå kontrakt om indkøb af forbrugsvarer til endoskopi med Olympus Danmark A/S uden forudgående udbud.

Region Nordjylland pålægges at bringe kontrakten om indkøb af forbrugsvarer til endoskopi til ophør med virkning fra den 14. april 2016.

Region Nordjylland skal til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen betale en økonomisk sanktion på 40.000 kr. Beløbet skal betales inden 8 uger fra afsigelsen af denne kendelse.

Region Nordjylland skal i sagsomkostninger til Boston Scientific Nordic AB betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard  
fuldmægtig



