

K E N D E L S E

Motus A/S
(advokat Christian Nielsen, Aarhus)

mod

Den danske stat v/ Moderniseringsstyrelsen
(Kammeradvokaten v/ advokat Tom Holsøe)

Klagenævnet har den 4. juli 2016 afsagt kendelse i sagen Motus A/S (herefter Motus) mod Moderniseringsstyrelsen. Klagenævnet udtalte, at

” ...
Moderniseringsstyrelsen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at fastsætte og håndhæve ulovlige udbudsbetingelser, og ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have givet tilstrækkelige oplysninger om de produkter, der skulle leveres.

...
Moderniseringsstyrelsens beslutning af 8. januar 2016 om at tildele rammeaftalen til DELL A/S, Hewlett-Packard ApS og Lenovo Danmark ApS, annulleres
”
...

Motus havde taget forbehold for at nedlægge påstand om erstatning, hvorfor klagenævnet i forbindelse med afsigelse af kendelsen af 4. juli 2016 gav Motus en frist hertil.

Motus nedlagde ved processkrift af 12. august 2016 følgende påstande:

Påstand 1

Den danske stat v/ Moderniseringsstyrelsen tilpligtes til Motus A/S at betale i alt 828.001,50 kr., subsidiært et mindre beløb, med tillæg af procesrente fra den 22. oktober 2015, subsidiært fra et senere tidspunkt.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede som følge af klagenævnets kendelse af 4. juli 2016, ikke er berettiget til at foretage indkøb ved DELL A/S, Hewlett-Packard ApS eller Lenovo Danmark ApS på baggrund af rammeaftalen og at sådanne indkøb kan erklæres uden virkning, subsidiært at de skal bringes til ophør i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2 og/eller at sådanne indkøb vil være ulovlige.

Påstand 3

Klagenævnet skal i medfør af klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 3 udstede et påbud til indklagede om, at lovliggøre indklagedes meddelelse til de på rammeaftalen tilknyttede ordregivende myndigheder om, at rammeaftalen fortsat kan anvendes.

Påstand 4

Klagenævnet skal erklære de med DELL A/S, Hewlett-Packard ApS og Lenovo Danmark ApS indgåede rammeaftaler for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, idet indklagede ved skrivelser af 7. juli 2016 har foretaget grundlæggende ændringer af de indgåede rammeaftaler, jf. udbudslovens § 178, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1.

Moderniseringsstyrelsen har nedlagt principal påstand om, at påstand 2-4 afvises.

Denne kendelse omhandler alene afvisningspåstandene.

Sagens nærmere omstændigheder

Af en skrivelse (bilag 26) fra Moderniseringsstyrelsen til de vindende tilbudsgivere af 7. juli 2016, fremgår bl.a.:

”For statslige kunder, jf. vedhæftede Kontraktbilag 3, pkt. 1 gælder derfor, at de forsat kan købe på aftalen under overholdelse af de gældende udbudsregler, indtil aftalen opsiges af Moderniseringsstyrelsen eller ud-

løber. I relation til de frivilligt tilsluttede kunder (Ikke statslige kunder), jf. Kontraktbilag 3 pkt. 2, har Serveraftalen status af en indkøbscentrals rammeaftale. Der gælder derfor andre forhold for de frivillige kunder på aftalen. Som konsekvens heraf kan frivilligt tilsluttede kunder fra dags dato ikke længere benytte Serveraftalen. Moderniseringsstyrelsen har sendt særskilt information til både statslige og frivillige kunder.”

Moderniseringsstyrelsen fremsendte ved e-mails af 8. juli 2016 til de statslige myndigheder og de ”frivilligt tilsluttede kunder” (bilag 27 og 28) orientering af stort set samme indhold.

Parternes anbringender

Moderniseringsstyrelsen har gjort gældende, at påstand 2-4 alle baserer sig på faktuelle forhold, som er indtruffet, efter at klagenævnet afsagde sin kendelse af 4. juli 2016. Påstandene hører således ikke sammen med de klagepunkter og de forhold, som klagenævnet i kendelsen har taget stilling til. De yderligere 3 nye påstande, er udtryk for nye klagepunkter, og er ikke forbundet med påstanden om erstatning.

Som følge af, at klagenævnet har udskilt spørgsmålet om erstatning, vil kendelsen af 4. juli 2016 ikke blive endelig, før der er truffet afgørelse om erstatning, jf. § 8, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud. I loven er der ikke hjemmel til, at denne retskraft af klagenævnets afgørelse kan udskydes på andre forhold end ”spørgsmål om erstatning” eller enkelte klagepunkter, der fra hovedsagen er udsat til senere afgørelse. Ingen af de nedlagte yderligere 3 nye påstande vedrører ”spørgsmål om erstatning”, ligesom klagenævnet ikke har udsat påstand 2-4 fra hovedsagen til senere afgørelse.

Da klagesagen således er afgjort, og da behandlingen af påstandene ikke kan ske ”i fortsættelse af klagenævnets stillingtagen til klagepunkterne”, skal påstandene afvises.

Klagenævnets kendelse af 2. december 2015, Annelise Küseler mod Morsø kommune, vedrører fremsættelse af nye anbringender til støtte for en udskudt påstand om erstatning og ikke fremsættelse af nye påstande relateret til nye overtrædelser begået efter kendelsen af afsagt.

Motus søger med de nedlagte 3 nye påstande reelt at opnå, at de indgåede rammeaftaler sanktioneres med retsvirkningen ”uden virkning” i et tilfælde,

hvor der ikke er hjemmel hertil. Hensynet bag indførelsen af ”uden virkning” var, at en skadelidt virksomhed skulle sikres muligheden for, at en klage kunne behandles før indgåelse af kontrakten, mens den ordregivende myndighed og den udvalgte virksomhed kunne undgå den retsusikkerhed, der kan opstå på grund af retsvirkningen ”uden virkning”, jf. præmis 44 i EU-Domstolens dom af 11. september 2014, Fastweb. I denne sag har klagenævnet - før rammeaftalerne blev indgået - i delkendelse af 16. februar 2016 fastslået, at et muligt tab, som Motus måtte lide som følge af, at rammeaftalerne bliver indgået, må kompenseres med erstatning.

Supplerende til påstand 2 bemærkes, at påstanden omfatter en ”ikke-indtrådt fremtidig situation”, der i henhold klagenævnets praksis, skal afvises. Påstanden omfatter efter sin ordlyd ikke-identificerede indkøb, som ikke var foretaget på tidspunktet, hvor påstanden er nedlagt. Også af denne grund skal påstanden afvises.

Supplerende til påstand 4 bemærkes, at Motus ved påstanden forsøger at få rammeaftalerne med henholdsvis Dell A/S, Hewlett-Packard ApS og Lenovo Danmark A/S erklæret uden virkning. Af klagenævnslovens § 6, stk. 5, fremgår det, at klagenævnet - hvis påstanden tages under påkendelse - skal meddele disse kontraktparter, at de inden en fastsat frist, har mulighed for ”at intervenere i sagen”. Som anført vedrører den udskudte del af sagen alene spørgsmålet om erstatning. Dette forhold illustrerer således også, at Motus i forhold til påstand 4 ved en ny klage må rejse en ny sag, hvor de op til tre yderligere parter vil skulle have mulighed for ”at intervenere i sagen”.

Motus har gjort gældende, at virksomheden har en oplagt interesse i at få slået fast, at Moderniseringsstyrelsen ikke er berettiget til at anvende rammeaftalen, som ifølge klagenævnets kendelse er tildelt på et ulovligt grundlag og en nu annulleret beslutning. Motus har ikke nedlagt en påstand herom i forbindelse med sagens materielle behandling, dels fordi påstanden ville angå forhold der lå ude fremtiden, og dels fordi Motus antog, at Moderniseringsstyrelsen ikke ville anvende rammeaftalen såfremt den blev annulleret.

Bilag 26-28 er en misforståelse af gældende ret. Der er tale om en rammeaftale, der søger delvist at fungere som en rammeaftale for staten selv og delvist som en rammeaftale udbudt af en indkøbscentral for andre ordregivere.

En rammeaftale kan ikke være begge dele på én gang. Moderniseringsstyrelsen er allerede derfor en indkøbscentral i udbudsdirektivets forstand.

Bilag 26-28 viser, at påstand 2 ikke er hypotetisk eller ligger ude i fremtiden, hvorfor klagenævnet kan og bør tage stilling til den. Der er ikke tale om en ”ikke-indtrådt fremtidig situation”, men derimod en udbudsretlig disposition foretaget af Moderniseringsstyrelsen i forbindelse med udbuddet.

Hertil kommer, at det er uhensigtsmæssigt og processkabende, såfremt Modus skal afvente en konkret tildeling og herefter køre en sag om uden virkning. Effektivitetsprincippet taler derfor også for, at klagenævnet kan og bør tage stilling til påstanden.

Endvidere bemærkes det, at klagenævnet i sin kendelse af 2. december 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune, slog fast, at klagenævnet ikke har hjemmel til under en erstatningssag at afskære parterne fra at fremkomme med nye anbringender, der ikke har været gjort gældende under den materielle del af sagen. Det gøres gældende, at det samme nødvendigvis må gælde i forhold til nye påstande. Begrundelsen for ikke at afvise de nye anbringender i Annelise Küseler sagen var, at der ikke var hjemmel hertil. Tilsvarende er der ikke hjemmel til at afvise nye påstande.

Det følger af klagenævnets praksis, at annullerede beslutninger ikke kan anvendes for fremtiden, jf. således klagenævnets kendelse af 6. marts 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune. I den konkrete sag anså klagenævnet derfor indgåelsen af kontrakten for en ny tildelingsbeslutning, og denne blev ved kendelsen kendt uden virkning.

Subsidiært gøres det med henvisning til klagenævnets kendelse af 6. marts 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune, gældende, at såfremt klagenævnet ikke måtte have hjemmel til at erklære kontrakter indgået på baggrund af en af klagenævnet underkendt rammeaftale for uden virkning, så vil der være tale om et nyt udbud iværksat efter udbudslovens ikrafttræden, og dermed vil sådanne kontrakttildelinger kunne annulleres, og kontrakterne skal herefter bringes til ophør i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2, 1. punktum.

Klagenævnet udtaler:

Ved lov nr. 618 af 14. juni 2011 om ændring af Lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., blev det til lovens § 10, stk. 1, tilføjet: ”Klagenævnet kan ikke tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og kan ikke tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af den pågældende”.

Af bemærkningerne til denne bestemmelse fremgår blandt andet, at ”Klagenævnet ... dermed ikke længere [kan] bistå med formulering af brugbare påstande [om] faktiske og retlige forhold, som ikke vedrører parternes oprindelige påstande, ligesom klagenævnet ikke kan tage spørgsmål op af egen drift”.

Af lovmotiverne til L 2013 511 om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., fremgår om de reviderede klagefrister blandt andet, at ”Klagefristen gælder ved indgivelse af klage og ikke som frist til at fremkomme med nye påstande i en allerede verserende klagesag. Klagenævnet for Udbud vil dog kunne afvise yderligere påstande i en sag, der er indgivet i kraft af [§ 1,] nr. 7, om ændring af § 10, stk. 2. [Klagenævnet kan afvise en sag eller afgøre den i realiteten helt eller delvis]”.

Ved klagenævnets kendelse af 7. maj 2014, DUBA-B8 A/S mod DONG Energy Oil & Gas, tog klagenævnet primært stilling til, om der under behandlingen af en udsat erstatningspåstand kunne fremsættes påstande eller anbringender, der ville føre til en revurdering af den allerede truffede afgørelse. Kendelsen er derfor ikke sammenlignelig med denne sag.

Klagenævnet har i tidligere praksis, herunder senest ved kendelse af 2. december 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune, tilladt, at der under den del af sagen, der angår erstatning, fremsættes nye anbringender. De anbringender, der er tilladt fremsat, angår imidlertid forhold, der har betydning for, om der kan tilkendes erstatning for de overtrædelser, klagenævnet ved den materielle kendelse har taget stilling til.

Påstand 2-4 i denne sag angår ikke anbringender til støtte for allerede nedlagte påstande og angår ikke forhold, der har betydning for, om og i hvilket omfang Motus har krav på erstatning. Spørgsmålet er derfor ikke sammenligneligt med det, der er afgjort i tidligere praksis.

Endelig er det ved klagenævnets kendelse af 28. februar 2012, Mediq Danmark A/S mod Københavns Kommune, fastslået, at Klagenævnet træffer

afgørelse i konkrete sager. Klagenævnet tager således ikke stilling til ”en ikke-indtrådt fremtidig situation.”

Klagenævnet har ved kendelsen af 4. juli 2016 konstateret, at Moderniseringsstyrelsen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at fastsætte og håndhæve ulovlige udbudsbetingelser, og ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have givet tilstrækkelige oplysninger om de produkter, der skulle leveres.

Klagenævnet har dermed taget stilling til de påstande, som Motus havde nedlagt, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 1, 2. pkt.

Motus fik i forlængelse af kendelsen af 4. juli 2016 adgang til at nedlægge påstand om erstatning, dels fordi der var taget forbehold herfor, og dels fordi en oprindelig påstand om erstatning ville være blevet udskilt, hvis en sådan havde været nedlagt.

Moderniseringsstyrelsens udbud er afsluttet ved rammeaftalernes indgåelse. De eventuelle indkøb, der efterfølgende måtte blive foretaget på baggrund af rammeaftalen, og den meddelelse, som Moderniseringsstyrelsen har sendt til de på rammeaftalen tilknyttede ordregivende myndigheder og til de vindende tilbudsgivere, angår efterfølgende beslutninger.

På den baggrund afvises påstand 2-4, idet behandlingen heraf forudsætter indgivelse af en ny klage.

Det bemærkes, at effektivitetsprincippet ikke kan føre til et andet resultat.

Herefter bestemmes:

Påstand 2-4 afvises.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjerning
specialkonsulent