

K E N D E L S E

Øjenlægenes Center  
(selv)

mod

Region Nordjylland  
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 154-278909 af 8. august 2016 udbød Region Nordjylland (herefter regionen), som offentligt udbud, 5 delaftaler bestående af 5 rammeaftaler vedrørende udførelse af grå stær operationer i henhold til ”light proceduren” i udbudslovens afsnit III. Tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med underkriterierne ”pris” og ”kvalitet”, der vægtede henholdsvis 85% og 15%.

Den 20. juni 2018 indgav Øjenlægenes Center klage til Klagenævnet for Udbud over regionen. Klagen har været behandlet skriftligt.

Øjenlægenes Center har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

”Klagenævnet for Udbud skal konstatere, 1) at Region Nordjylland ved den ikke gennemsigtige tildeling af en ikke søgt offentlig grå stær delaftale (delaftale 5) til Privathospitalet i Skørping i 2016 og 2) efterfølgende ikke gennemsigtige og ubegrundede eksklusive opsigelse af Øjenlægenes Centers reelt vundne aftale (delaftale 4), har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.”

## Påstand 2

”Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Nordjyllands beslutning om eksklusivt at opsigte vores reelt vundne delaftale 4, og i stedet bør Region Nordjylland opsigte Privat Hospitalet Skørping uigennemsigtigt tildelte delaftale 5.”

Regionen har påstået klagen afvist, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

## Sagens nærmere omstændigheder

Regionen udbød fem delaftaler vedrørende grå stær operationer, såkaldte ”øjnekirurgiske forløb”. Udbudsbekendtgørelsen indeholder følgende vedrørende delaftale 4 og 5:

”II.2.1) Betegnelse:  
Udbud af grå stær operationer  
Delkontraktnr.: 4

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

...

Delaftale 4 er en rammeaftale med forventet 500 operationer årligt.

...

II.2.1) Betegnelse:  
Udbud af grå stær operationer  
Delkontraktnr.: 5

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

...

Delaftale 5 er en rammeaftale med forventet 500 operationer årligt.

...”

I udbudsmaterialet af 10. august 2016 står:

”...

### 2.7 Aftaleperiode

Der forventes indgået delaftaler for perioden 15. oktober 2016 til 14. oktober 2018 med option for Region Nordjylland på forlængelse af delaftalerne på 2 x 12 måneder. Optionerne kan udnyttes for alle eller enkelte af de indgåede delaftaler. Region Nordjylland er således ikke forpligtet til at udnytte en option for samtlige indgåede delaftaler. Udnyt-

telse af optionerne skal meddeles leverandøren senest henholdsvis den 1. september 2018 (for Optionsperiode 1), henholdsvis 1. september 2019 (for Optionsperiode 2). I den ordinære kontraktperiode og i optionsperioderne kan delaftalerne opsiges af Region Nordjylland med 3 måneders varsel. Delaftalerne er uopsigelig for leverandøren.

...

### 3.3 Kontraktstruktur

Region Nordjylland ønsker at indgå fem (5) delaftaler med en eller flere leverandører. De fem (5) delaftaler er en del af en rammeaftale på 3.000 grå stær operationer.

Ved ”rammeaftale” forstås en kontrakt, der fastlægger vilkårene for levering, uden at der på forhånd er aftalt en bestemt mængde, der skal aftages under rammeaftalen. Regionen er derfor berettiget til, men ikke forpligtet til, at indkøbe et antal patientforløb hos tilbudsgiver til den pris og kvalitet der er indgået aftale om.

...”

Ved tilbudsfristens udløb den 23. september 2016 havde regionen modtaget tilbud fra Vendsyssel Øjencenter, der afgav tilbud på delaftalerne 1-3, CFR Hospitaler Skørping, der afgav tilbud på delaftalerne 1-4 og fra Øjenlægernes Center, der afgav tilbud på delaftalerne 2-4.

Af den af regionen foretagne evaluering fremgik, at Vendsyssel Øjencenter havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på delaftale 1-3, mens Øjenlægernes Center havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på delaftale 4.

I evalueringsrapporten står blandt andet:

”Som det fremgår er der ikke afgivet et tilbud på delaftale 5. Ordregiver er således berettiget til at overgå til udbud med forhandling uden yderligere bekendtgørelser for så vidt angår delaftale 5. Dette sker med henvisning til Udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 2.

Af hensyn til at sikre en veldisponeret geografisk spredning af leverandører, optages forhandlinger med CFR Hospitaler Skørping.”

Regionen offentliggjorde den 5. november 2016 en bekendtgørelse, hvoraf fremgår, at regionen den 1. november 2016 havde indgået aftale med de vindende tilbudsgivere vedrørende delkontrakterne 1-4, og at regionen annullerede udbuddet af delaftale 5. Regionen offentliggjorde samme dag en

bekendtgørelse, hvorefter regionen med CFR Hospitaler Skørping havde indgået aftale vedrørende delaftale 5 med hjemmel i udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1.

Af de indgåede aftaler med Øjenlægerne Center og CFR Hospitaler Skørping fremgår blandt andet, at aftalen udløber den 31. oktober 2018. Om parternes mulighed for at opsige aftalen fremgår følgende:

”5. Kontraktperiode

...

Aftalen kan i den ordinære aftaleperiode ikke opsiges af leverandøren. Regionen kan i den ordinære aftaleperiode opsige aftalen med 3 måneders varsel.”

Den 5. marts 2018 opsagde regionen delaftale 4 indgået med Øjenlægerne Center. Opsigelsen havde virkning fra den 5. juni 2018. Parterne har skrevet om opsigelsen af delaftale 4. Af korrespondancen fremgår, at regionen den 7. marts 2018 fastholdt opsigelsen, idet ”der ikke noget der kapacitetsmæssigt taler for, at vi hverken på den korte eller længere bane får behov for jeres kapacitet ift. grå stær operationer”.

Øjenlægerne Center anmodede den 1. maj 2018 regionen om at redegøre for ”hvordan er den opsagte klinik blevet udvalgt”, og anførte: ”hvis regionen mod forventning fastholder den efter vores opfattelse ubegrundede opsigelse, bedes I angive vores ankemuligheder i forbindelse med administration af offentlige midler.”

Øjenlægerne Center stillede herefter den 14. maj 2018 følgende spørgsmål:

”Hvorfor forsøges kontrakten med netop vores klinik opsagt før tid? Forløbet taget i betragtning ville det være mest naturligt at opsige Privathospitalet i Skørping”

Den 16. maj 2018 svarede regionen Øjenlægerne Center blandt andet, at ”opsigelsen af aftalen [er] udtryk for et balanceret hensyn til regionens ønske om ikke at have ubenyttede aftaler og at frigøre jer fra de kapacitetsmæssige overvejelser der kan være ved at opretholde aftalen” og ”grundet regionens ophør af pukkelaftvikling af ventelistepatienter” og endelig ”Region Nordjylland er ikke enig i, at der skulle være tale om en usaglig opsi-

gelse af jeres aftale”. Regionen oplyste endelig, at ”Tilsynet med regionerne varetages af Ankestyrelsen.”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Øjenlægenes Center har vedrørende den første del af påstanden om *tildeling af kontrakten for delaftale 5* til CFR Hospitaler Skørping gjort gældende, at regionen handlede i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten for delaftale 5 til CFR Hospitaler Skørping, uagtet at virksomheden ikke havde budt på delaftalen, ligesom virksomheden var vurderet lavere end de øvrige tilbudsgivere på delaftalerne 1 - 4.

Vedrørende den anden del af påstanden om *opsigelse før kontraktudløb af kontrakten med Øjenlægenes Center vedrørende delaftale 4*, har Øjenlægenes Center gjort gældende, at opsigelsen er ubegrundet og rettelig burde være sket overfor CFR Hospitaler Skørping, som var tildelt kontrakten for delaftale 5 i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Opsigelsen skyldes nedgang i antallet af henvisninger. Øjenlægenes Center havde overfor Regionen tilkendegivet at være indforstået med denne nedgang. Henset til, at opsigelsen var begrundet i, at der var nedgang i antallet af henvisninger, og at CFR Hospitaler Skørping var vurderet lavest i forhold til de øvrige tilbudsgivere, burde det retteligt have været kontrakten med CFR Hospitaler Skørping, der blev opsagt.

Regionen har vedrørende afvisningspåstanden gjort gældende, at påstanden skal afvises, da klagefristen på 45 kalenderdage i klagenævnslovens § 7, stk. 1, nr. 1, er overskredet. De 45 kalenderdage skal regnes fra den 6. november 2016, som er dagen efter, at regionen offentliggjorde en bekendtgørelse om indgåede kontrakter i EU-tidende. Klagen er indgivet til klagenævnet den 20. juni 2018, hvorfor klagefristen er overskredet.

Regionen har endvidere gjort gældende, at de af Øjenlægenes Center nedlagte påstande ikke præcist beskriver de forhold, som regionen efter Øjenlægerne Centers opfattelse indebærer en overtrædelse, og hvordan overtræ-

delsen er sket. Det fremgår endvidere ikke, hvilken regel eller hvilket princip der angives at være overtrådt.

Vedrørende regionens frifindelsespåstand har regionen vedrørende det første led af påstanden om *tildeling af kontrakten for delaftale 5* til CFR Hospitaler Skørping gjort gældende, at regionen var berettiget til at anvende bestemmelsen i udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 1, om at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, da regionen ikke havde modtaget tilbud på delaftale 5. Regionen var således berettiget til at indlede forhandlinger og indgå aftale med CFR Hospitaler Skørping, jf. også udbudslovens § 187, stk. 5. Regionen var ikke forpligtet til at indlede forhandlinger med de øvrige tilbudsgivere, og regionen har handlet i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet ved tildeling af kontrakten for delaftale 5 til CFR Hospitaler Skørping.

Vedrørende den andet led af påstanden om *opsigelse før kontraktudløb af kontrakten med Øjenlægernes Center vedrørende delaftale 4*, har regionen gjort gældende, at der ikke er truffet en beslutning i henhold til udbudslovens bestemmelser. Klagenævnet har derfor ikke kompetence til at behandle påstanden. Klagenævnet kan ikke behandle civile tvister om en kontrakts gennemførelse, jf. klagenævnslovens § 1.

#### Ad påstand 2

Øjenlægernes Center har gjort gældende, at regionens beslutning om at opsig kontrakten for delaftale 4 med Øjenlægernes Center skal annulleres. I stedet skal regionen opsig kontrakten for delaftale 5 med CFR Hospitaler Skørping.

Region Nordjylland har gjort gældende, at klagenævnet ikke har kompetence til at tage stilling til civile tvister om en kontrakts gennemførelse, og påstanden skal derfor afvises.

#### Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Klagenævnet forstår Øjenlægernes Centers påstand 1 således, at der anmodes om, at klagenævnet skal tage stilling til 1) om regionen uberettiget har

tildelt kontrakten for delaftale 5 til CFR Hospitaler Skørping i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, og 2) om regionens opsigelse af kontrakten for delaftale 4 med Øjenlægerne Center var i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Vedrørende påstandens første led er det oplyst, at Regionen offentliggjorde en bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt i EU-Tidende den 5. november 2016 vedrørende delaftale 5.

Det fremgår af klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1, at klager over udbud eller beslutninger omfattet af bl.a. udbudslovens afsnit III skal være indgivet til klagenævnet inden 45 kalenderdage efter, at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i EU-Tidende om, at ordregiveren har indgået kontrakt. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort. Fristen på de 45 kalenderdage udløb således den 20. december 2016.

Klagenævnet modtog klagen fra Øjenlægerne Center den 20. juni 2018. Klagen er derved modtaget efter klagefristens udløb. Klagenævnet afviser på den baggrund første led i påstand 1.

Vedrørende påstandens andet led om regionens opsigelse af kontrakten bemærkes, at bestemmelsen i udbudslovens § 2 ikke regulerer ordregiverens adgang til at opsiges en kontrakt, der er indgået på baggrund af et udbud. Denne del af påstanden tages derfor ikke til følge.

Det bemærkes herved, at klagenævnet efter klagenævnsloven ikke har kompetence til at behandle kontraktretlige tvister, herunder om der er sket misligholdelse ved uberettiget opsigelse af en indgået kontrakt.

### Ad påstand 2

Klagenævnet forstår påstand 2 således at klagenævnet anmodes om at ændre regionens beslutning om at opsiges kontrakten for delaftale 4 med Øjenlægerne Center og i stedet tilpligte regionen til at opsiges kontrakten for delaftale 5 med CFR Hospitaler Skørping.

Klagenævnets kompetence omfatter efter klagenævnsloven kun udbudsretlige spørgsmål og ikke kontraktretlige spørgsmål, herunder om der er sket misligholdelse ved uberettiget opsigelse af en indgået kontrakt.

Da påstanden falder udenfor klagenævnets kompetence, afvises den.

Herefter bestemmes:

Den del af påstand 1, der angår opsigelsen af delaftale 4, tages ikke til følge.

I øvrigt afvises klagen.

Øjenlægerens Center skal i sagsomkostninger til Region Nordjylland betale 7.500 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Jeanne Schou  
chefkonsulent