

## Klagenævnet for Udbud

(Mads Spanggaard Stokholm, Dorthe Kristensen Balshøj)

J.nr. 24/03766

20. november 2024

### K E N D E L S E

Scania Danmark A/S

(advokat Henrik Holtse, København)

mod

I/S REFA

(advokat Mikkel Taanum og cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen, København)

Den 29. august 2023 afsagde klagenævnet kendelse i en klagesag anlagt af Scania Danmark A/S (herefter "Scania") mod I/S REFA (herefter REFA) i anledning af REFA's udbud efter udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 101-279143 af 20. maj 2022. Ved kendelsen af 29. august 2023 fik Scania medhold i påstand 1, 6 og 8. Klagenævnet tog ikke stilling til påstand 2-5 og tog ikke klagen til følge for så vidt angik påstand 7. Scania havde under sagen taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

Den 12. september 2023 nedlagde Scania påstand om erstatning. Den 14. februar 2024 afsagde klagenævnet kendelse, hvor Scania blev tilkendt 1.000.000 kr. i erstatning (påstand 9). Samtidig afviste klagenævnet at tage stilling til, hvorvidt REFA havde overtrådt udbudslovens § 185, stk. 2, ved ikke at bringe kontrakten med den vindende udbudsgiver, Ejner Hessel A/S (herefter "Ejner Hessel"), til ophør (påstand 10).

Ved klageskrift af 15. april 2024 indgav Scania igen klage over REFA, hvorved denne sag blev indledt. Denne kendelse vedrører, hvorvidt REFA har overtrådt udbudslovens § 185, stk. 2, ved ikke at bringe kontrakten med Ejner Hessel til ophør.

Scania har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at REFA har handlet i strid med udbudslovens § 185, stk. 2, ved ikke at bringe kontrakten med Ejner Hessel til ophør eller tage skridt til at bringe kontrakten til ophør, på trods af at tildelingsbeslutningen blev annulleret ved klagenævnets kendelse af 29. august 2023.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal påbyde REFA at bringe kontrakten med Ejner Hessel til ophør med et passende varsel svarende til, hvad det vil tage at gennemføre et nyt udbud, hvilket ikke kan overstige 6 måneder.

REFA har nedlagt påstand om, at klagen afvises, subsidiært ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 17. april 2024 meddelt REFA's kontraktpart, Ejner Hessel, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Ejner Hessel har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

#### Sagens nærmere omstændigheder

Den 1. august 2022 indgav Scania klage til Klagenævnet for Udbud over REFA.

Den 29. august 2023 afsagde klagenævnet som ovenfor nævnt kendelse, hvorved der blev taget stilling til Scantias påstand 1 og 6-8.

Af kendelsen af 29. august 2023 fremgår følgende blandt andet:

”Scania har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, samt udbudslovens § 159, stk. 2 og stk. 3, ved at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at Hessel skulle udelukkes som tilbudsgiver, da Hessel

ikke opfyldte mindstekravet vedrørende faglig og teknisk formåen om mindst 4 referencer vedrørende tilsvarende opgaver.

...

#### Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at tilbuddet fra Hessel skulle afvises som ukonditionsmæssigt, fordi der var tilbudt halogenlygter i stedet for det krævede LED lys.

#### Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 159, stk. 3, ved uden en forudgående afklaring at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at tilbuddet fra Hessel er uanvendeligt som grundlag for indgåelse af kontrakt, idet det er adresseret til en anden modtager og vedrører et andet antal køretøjer end udbuddet.

#### Påstand 8

Klagenævnet for Udbud skal annullere REFAs beslutning af 26. juni 2002 om tildeling af kontrakten til Hessel.

...

#### Herefter bestemmes:

##### Ad påstand 1

REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, samt udbudslovens § 159, stk. 2 og stk. 3, ved at tildele kontrakten til Hessel, uden forinden tildelingen at verificere om Hessel opfyldte minimumskravene til egnethed.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 2-5.

##### Ad påstand 6

REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at Hessel ikke opfyldte mindstekravet om, at alle lys skulle være LED lys.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 7.

Ad påstand 8

REFAs beslutning af 26. juni 2022 om at tildele kontrakten til Hessel annulleres.”

Kendelsen blev ikke indbragt for domstolene.

Den 12. september 2023 nedlagde Scania som ovenfor nævnt påstand om erstatning, mv., og den 14. februar 2024 afsagde klagenævnet kendelse herom.

Af kendelsen fremgår blandt andet:

”Scania Danmark A/S (herefter Scania) har nedlagt følgende påstande:

Påstand 9

I/S REFA (herefter ”REFA”) tilpligtes at betale erstatning med et beløb på 2.840.102 kr. eksklusiv moms med procesrente fra den 12. september 2023.

Påstand 10

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at REFA har overtrådt udbudslovens § 185, stk. 2, ved ikke at bringe kontrakten med Ejner Hessel A/S (herefter Ejner Hessel) til ophør, på trods af at tildelingsbeslutningen er blevet annulleret, og klagenævnet skal påbyde REFA at bringe kontrakten indgået med Ejner Hessel til ophør.

...

Klagenævnet udtaler

...

Ad påstand 10

...

Klagenævnets kendelse af 29. august 2023 kan indbringes for domstolene. Da klagenævnet ved denne kendelse tager stilling til spørgsmålet om erstatning, kan indbringelsen for domstolene af klagenævnets kendelse af 29. august 2023 ske indtil 8 uger efter, at klagenævnet har taget stilling til erstatningsspørgsmålet, og at dette er meddelt parterne, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 1.

Der foreligger således ikke en endelig afgørelse fra Klagenævnet for Udbud, der ikke længere kan indbringes for domstolene.

På denne baggrund afviser klagenævnet påstanden.

Herefter bestemmes

REFA skal til Scania betale 1.000.000 kr. med procesrente fra den 12. september 2023.

REFA skal i yderligere sagsomkostninger til Scania betale 25.000 kr.

Beløbet skal betales inden 8 uger efter, at denne afgørelse er meddelt parterne.

REFAs indbringelse af denne kendelse for domstolene inden for søgsmålsfristen på 8 uger, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 1, har opsættende virkning.”

Kendelsen blev ikke indbragt for domstolene.

Denne sag blev som nævnt ovenfor indbragt for klagenævnet ved klageskrift af 15. april 2024.

Følgende fremgår af brev af 30. april 2024 fra REFA til Ejner Hessel:

”Vedr. ophævelse af kontrakt om Indkøb og servicering af renovationsbiler af 8. juli 2022

Jeg henvender mig til Ejner Hessel A/S (Ejner Hessel) på vegne I/S REFA (REFA) i anledning af ovennævnte kontrakt, som REFA har indgået med jer efter gennemført offentligt udbud efter udbudsloven, udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 101-279143 af 20. maj 2022.

Som det sikkert er jer bekendt har Klagenævnet for Udbud behandlet sagen af 2 omgange. Klagenævnet har ved sin kendelse af 29. august 2023 fundet, at det afgivne tilbud fra Ejner Hessel var ukonditionsmæssigt. Samtidig fandt Klagenævnet, at REFAs beslutning af 26. juni 2022 om at tildele kontrakten til Ejner Hessel skulle annulleres.

Klagenævnet har endvidere ved sin kendelse af 14. februar 2024 slået fast, at REFA skal betale erstatning med 1 mio. kr. til Scania Danmark A/S.

Af forarbejderne til Udbudslovens § 185, stk. 2 fremgår det, at

”Bestemmelsen indebærer, at annullation af beslutningen om tildeling af en kontrakt eller rammeaftale ved endelig afgørelse eller dom skal medføre, at ordregiveren tager skridt til at bringe kontrakten eller rammeaftalen til ophør med henblik på at bringe det ulovlige forhold i orden.

Ved endelig afgørelse eller dom menes en afgørelse fra Klagenævnet for Udbud eller dom fra de almindelige domstole, der ikke længere kan ankes.  
...”

Da afgørelsen nu er endelig, har REFA altså pligt til at bringe ovennævnte aftale med Ejner Hessel til ophør.

Kontraktens pkt. 15 lyder som følger:

### ***15. Ophævelse af kontrakt***

*Dansk rets almindelige regler om misligholdelsesbeføjelser i anledning af misligholdelse af aftalen herunder krav om erstatning, ophævelse mv. gælder også nærværende kontrakt.*

*Det er dog særskilt aftalt, at Ordregiver har ret til at ophæve Kontrakten, hvis:*

*a) . .....*

*b) .....*

*c) .....*

*d) Afgørelser fra offentlig myndighed eller retsinstans samt ændrede regler og bestemmelser fra anden myndighed (f.eks. ny lovgivning), der udløser ny udbudspligt for Ordregiver.*

*Hvis dette skulle ske, har Kontraktager intet krav mod Ordregiver, selv om et udbud finder sted før kontraktperiodens udløb, og selvom Kontrakten med Kontraktager derved ophører helt eller delvist før det fastsatte tidspunkt*

*Hvis Ordregiver ophæver Kontrakten, jf. punkt a-d, er Ordregiver berettiget til at overdrage leverancen til anden side.*

Under henvisning til kontraktens pkt. 15 d, skal REFA hermed ophæve kontrakt om Indkøb og servicering af renovationsbiler af 8. juli 2022 med øjeblikkelig virkning.

Jeg skal for god ordens skyld bede Ejner Hessel om skriftligt at anerkende modtagelsen af ophævelsen herunder REFAs adgang til at kunne hæve aftalen i medfør af kontrakten.”

REFA indgav svarskrift til klagenævnet den 1. maj 2024.

## Parternes anbringender

### Ad påstand 1

Scania har gjort gældende, at en ordregiver i henhold til udbudslovens § 185, stk. 2, skal bringe en kontrakt til ophør, når tildelingsbeslutningen er blevet annulleret ved endelig afgørelse eller dom. Da tildelingsbeslutningen blev annulleret ved klagenævnets kendelse af 29. august 2023, og da denne ikke blev indbragt for domstolene, er kendelsen endelig.

Der er ikke særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse. Det forhold, at Scania er blevet tildelt en erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, medfører ikke, at REFA ikke skal bringe kontrakten med Ejner Hessel til ophør.

Scania fik oplyst, at kontrakten med Ejner Hessel ikke ville blive ophævet og anlagde derfor denne klagesag. Kontrakten blev først ophævet, efter at klageskriftet var indgivet. Det har på denne baggrund været nødvendigt at indlede klagesagen. REFA har de facto taget bekræftende til genmæle, men forsøger at undgå at betale sagsomkostninger.

REFA har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at kontrakten er bragt til ophør, og klagenævnet kan derfor ikke meningsfyldt tage stilling til påstanden.

Subsidiært skal klagenævnet ikke tage påstanden til følge. REFA har til støtte herfor gjort gældende, at REFA ikke overtræder udbudslovens § 185, stk. 2, idet kontrakten ophørte ved REFA's ophævelse af 30. april 2024. Så snart det stod klart for REFA, at klagenævnets kendelse af 14. februar 2024 var endelig, blev der igangsat en godkendelsesproces med involvering af REFA's bestyrelse, der består af folkevalgte politikere, med henblik på ophævelse af kontrakten.

REFA har ikke modtaget en formel henvendelse fra Scania med spørgsmål om, hvorvidt REFA havde til hensigt at bringe kontrakten til ophør. Hvis Scania havde gjort det, ville REFA have oplyst, at kontrakten ville blive bragt til ophør.

Scania burde have rettet henvendelse til REFA efter udløbet af fristen for indbringelsen for domstolene i stedet for at indgive klage. Det var i det hele unødvendigt at indgive klage.

### Ad påstand 2

Scania har gjort gældende, at det er nødvendigt, at klagenævnet udsteder et påbud om at bringe kontrakten til ophør med et passende varsel svarende til, hvad det vil tage at gennemføre et nyt udbud, hvilket ikke kan overstige 6 måneder.

REFA har til støtte for afvisningspåstanden, subsidiært at påstanden ikke tages til følge, gjort de samme anbringender gældende som under påstand 1.

### Klagenævnet udtaler

#### Ad påstand 1

Det fremgår af udbudslovens § 185, stk. 2, at hvis en tildelingsbeslutning er annulleret ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende. Ordregivers eventuelle beslutning om at videreføre kontrakten skal offentliggøres senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom. En sådan beslutning kan kun træffes, hvis særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende.

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 185, stk. 2 (lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser):

” ...

En kontrakt kan også videreføres, hvis en tilbudsgiver, der uretmæssigt er blevet forbigået ved tildelingen, har fået erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, og den tilbudsgiver som har fået tildelt kontrakten, også skulle være tildelt kontrakten, såfremt den uretmæssigt forbigåede tilbudsgiver ikke havde afgivet tilbud.

...

Endvidere fremgår det af bestemmelsen, at ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom. De 7 kalenderdage er efter offentliggørelse af den endelige afgørelse eller dom, hvilket vil sige, at fristen på 7 dage begynder at løbe, når en dom eller afgørelse ikke længere kan ankes. ...”

Klagenævnets kendelse vedrørende REFA's overtrædelse af udbudslovens § 2 samt annullation af beslutningen om at tildele kontrakten til Ejner Hessel blev afsagt den 29. august 2023. I processkrifterne havde Scania forbeholdt sig retten til at nedlægge påstand om erstatning. Scania nedlagde påstand om erstatning den 12. september 2023 og blev tilkendt erstatning ved klagenævnets kendelse af 14. februar 2024.

Det fremgår af lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 1, 3. pkt., at såfremt klagenævnet har udskilt spørgsmål om erstatning eller udsat enkelte klagepunkter til senere afgørelse, kan indbringelse for domstolene af afgørelsen om de første afgjorte klagepunkter dog ske senest 8 uger efter, at afgørelsen om erstatningsspørgsmålet eller de udsatte klagepunkter er meddelt parterne.

Klagenævnets afgørelse i sagen var derfor først endelig, da klagefristen var udløbet den 10. april 2024. 7-dagesfristen i udbudslovens § 185, stk. 2, sidste pkt., for REFA's eventuelle meddelelse om kontraktens videreførelse udløb derfor først den 17. april 2024, altså to dage efter, at Scania indgav klageskrift.

Herefter, og da det ikke kan lægges til grund, at REFA over for Scania havde afvist at bringe kontrakten til ophør, og henset til det oplyste om REFA's proces forud for beslutningen om at ophæve aftalen med Ejner Hessel, samt at REFA allerede ophævede kontrakten den 30. april 2024, er der ikke grundlag for at antage, at REFA har overtrådt udbudslovens § 185, stk. 2.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

### Ad påstand 2

Henset til det ovenfor ad påstand 1 anførte samt til, at kontrakten er ophævet den 30. april 2024, har påstanden ikke længere den fornødne aktualitet til at blive taget under påkendelse.

På denne baggrund afviser klagenævnet påstanden.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

Scania Danmark A/S skal inden 14 dage fra modtagelsen af denne kendelse betale 10.000 kr. i sagsomkostninger til I/S REFA.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mads Spanggaard Stockholm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Rytter  
Kontorelev