

K E N D E L S E

Kære Pleje Fredericia ApS  
(advokat Sune Troels Poulsen, Herlev)

mod

Fredericia Kommune  
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 171-418498 af 2. september 2019 udbød Fredericia Kommune, som offentligt udbud efter udbudsloven afsnit III en rammeaftale om personlig pleje og praktisk bistand. Rammeaftalen var udbudt med en varighed på 60 måneder og havde en samlet anslået værdi på 115.000.000 kr.

Tildelingskriteriet var ifølge udbudsbetingelserne laveste pris.

Tilbudsfristen udløb den 3. oktober 2019. Den 10. oktober 2019 meddelte Fredericia Kommune, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til virksomheden Sundplejen ApS ("Sundplejen"). Bekendtgørelse om indgået kontrakt blev offentliggjort i EU-Tidende den 3. december 2019.

Den 14. januar 2020 indgav Kære Pleje Fredericia ApS ("Kære Pleje") klage til Klagenævnet for Udbud over Fredericia Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Kære Pleje har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fredericia Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 187, stk. 2, jf. udbudsdirektivets bilag V, del H, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen under afsnit IV.1.11 at beskrive hovedelementerne i tildelingsproceduren, herunder tildelingskriteriet ved udbuddet.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fredericia Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 188, stk. 2, jf. § 171, ved ikke i sin underretningsskrivelse til Kære Pleje at have angivet, hvilken tilbudsgiver der havde afgivet tilbuddet med laveste pris.

#### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fredericia Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved ikke at have indhentet dokumentation for de referencer, der var angivet i Sundplejens tilbud, inden Fredericia Kommune traf beslutning om at tildele Sundplejen rammeaftalen.

#### Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fredericia Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have fastsat et uklart mindstekrav vedrørende referencer, idet det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, hvilke ydelser der skulle henregnes til henholdsvis ”personlige plejeopgaver døgnet rundt” og ”praktisk bistand”.

#### Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere Fredericia Kommunes beslutning af 10. oktober 2019 om at tildele den udbudte rammeaftale til Sundplejen.

Kære Pleje har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Fredericia Kommune har vedrørende påstand 1 erkendt den påståede overtrædelse og har vedrørende påstand 2 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 15. januar 2020 meddelt Fredericia Kommunes kontraktpart, Sundplejen, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Sundplejen har ikke besvaret klagenævnets henvendelse

### Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 2. september 2019 indeholder følgende:

#### ”II.1.4) Kort beskrivelse:

I overensstemmelse med Lov nr. 1564 af 15.12.2015 (udbudsloven) udbyder Fredericia Kommune personlig pleje og praktisk bistand, jf. nedenfor:

- Frit leverandørvalg indenfor
  - 1) praktisk bistand,
  - 2) personlige plejeopgaver døgnet rundt, samt
  - 3) udvalgte delegerede sygeplejeydelser til borgere i Fredericia Kommune.

Udbuddet gennemføres som et offentligt udbud efter Udbudslovens § 7 (light-regimet)...

#### II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 115 000 000.00 DKK

...

#### II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Personlig pleje og praktisk bistand.

...

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

#### III.1) Betingelser for deltagelse

##### III.1.4) Objektive regler og kriterier for deltagelse

Liste over og kort beskrivelse af regler og kriterier:

Mindstekrav, at følgende 3 kriterier er opfyldt:

- En omsætning i seneste afsluttede regnskabsår på mindst 10 000 000 DKK indenfor områderne:
  - 1) praktisk bistand,
  - 2) personlige plejeopgaver døgnet rundt, samt

## 3) udvalgte delegerede sygeplejeydelser til borgere.

- Positiv egenkapital i senest afsluttede regnskabsår,
- Positiv soliditetsgrad i senest afsluttede regnskabsår. Soliditetsgraden beregnes på baggrund af følgende formel:  $(\text{Egenkapital} \times 100) / (\text{Totale aktiver})$ .

Mindst én reference:

- Kontrakten skal vedrøre:
  - 1) praktisk bistand,
  - 2) personlige plejeopgaver døgnet rundt, samt
  - 3) udvalgte delegerede sygeplejeydelser til borgere og skal have været i kraft 1.1.2017 eller senere.
- Månedlig kontraktsum skal fra 1.1.2017 og til kontrakten ophørte, alternativt indtil tilbudsfristen, gennemsnitligt have været på mindst 400 000 DKK,
- Kontraktsummen skal udgøre minimum 30% til personlige plejeopgaver døgnet rundt,
- Kontraktsummen skal udgøre minimum 30% til praktisk bistand.

...

Del IV: Procedure

IV.1) Beskrivelse

[intet anført]

...

IV.1.11) Tildelingsprocedurens hovedtræk:

[intet anført]”

Udbudsbetingelserne indeholder følgende:

”...

#### 18. Udelukkelse og egnethed

Den nedenfor angivne dokumentation i punkterne 18.1 til 18.3, danner grundlag for ordregivers vurdering af, hvorvidt tilbudsgiver er egnet til at løfte den udbudte opgave.

Før beslutning om tildeling af rammeaftalen skal dokumentation for de oplysninger, der er afgivet fremlægges inden for en passende tidsfrist.

Ordregiver er desuden berettiget til, inden for en passende tidsfrist, at indhente dokumentation under udbudsproceduren, når dette er nødvendigt for, at proceduren gennemføres korrekt.

...

## 18.2 Økonomisk og finansiel formåen

Ordregiver vil alene indgå kontrakt med tilbudsgiver, der utvivlsomt besidder en tilstrækkelig økonomisk og finansiel formåen til at udføre opgaven.

For at komme i betragtning er det et mindstekrav, at følgende tre kriterier alle er opfyldt:

- En omsætning i seneste afsluttede regnskabsår på mindst 10 mio. kr. indenfor områderne 1) praktisk bistand, 2) personlige plejeopgaver døgnet rundt samt 3) udvalgte delegerede sygeplejeydelser til borgere.
- Positiv egenkapital i senest afsluttede regnskabsår.
- Positiv soliditetsgrad i senest afsluttede regnskabsår. Soliditetsgraden beregnes på baggrund af følgende formel:  $(\text{Egenkapital} \times 100) / (\text{Totale aktiver})$ .

Det bemærkes, at omsætningskravet skal være opfyldt indenfor de tre områder samlet set. Det er vigtigt for ordregiver, at tilbudsgiver har erfaring indenfor alle tre områder. Der er desuden ikke tale om et krav til tilbudsgivers totale omsætning. Dermed vil en årsrapport typisk alene udgøre tilstrækkelig dokumentation, hvis tilbudsgiveren ikke udfører andre former for opgaver.

Tilbudsgiver skal dokumentere overfor ordregiver, at tilbudsgiver har den økonomiske og finansielle formåen til at løfte opgaven i hele kontraktperioden.

Dette kan ske ved fremlæggelse af:

- Den seneste reviderede og godkendte årsrapport.
- En revisorerklæring.
- Anden måde der giver ordregiver tilsvarende sikkerhed for kravenes opfyldelse.

Det er et krav, at der ikke for så vidt angår det seneste årsregnskab, er taget forbehold for fremtidig drift i en eventuel revisorpåtegning.

Bilag 2 tilbudsblanket skal desuden udfyldes.

Hvis tilbudsgiver baserer sig på en anden virksomheds finansielle status, skal den pågældende virksomhed afgive en bindende erklæring om, at virksomheden hæfter solidarisk og ubegrænset med tilbudsgiver for kontraktens opfyldelse i hele kontraktperioden.

### 18.3 Teknisk og/eller faglig formåen

Ordregiver vil alene indgå kontrakt med virksomheder, der besidder en tilstrækkelig teknisk og faglig formåen. Ordregiver stiller derfor krav om, at tilbudsgiver skal anføre mindst én reference. Referencen eller referencerne skal angives i tilbudsblanketten, Bilag 2. For at være en acceptabel reference skal følgende krav være overholdt:

- Kontrakten skal vedrøre 1) praktisk bistand, 2) personlige plejeopgaver døgnet rundt samt 3) udvalgte delegerede sygeplejeydelser til borgere.
- Kontrakten skal have været i kraft 1. januar 2017 eller senere.
- Den månedlige kontraktsum skal i perioden fra 1. januar 2017 og til kontrakten ophørte, alternativt indtil tilbudsfristen, gennemsnitligt have været på mindst 400.000 kr.
- Kontraktsummen skal udgøre minimum 30 % til personlige plejeopgaver døgnet rundt.
- Kontraktsummen skal udgøre minimum 30 % til praktisk bistand.
- Det er dog et krav, at kontrakten har omfattet alle tre dele.

...

### 19. Tildelingskriterium

Rammeaftalen vil blive indgået med den Tilbudsgiver, der har afgivet det økonomiske mest fordelagtige tilbud i form af laveste pris.

De i Bilag 2 tilbudte priser vægtes i forbindelse med evalueringen på følgende måde:

Ydelse	Vægt
Praktisk bistand	37 %
Plejeopgaver samt udvalgte delegerede sygeplejeydelser dagtid (hverdage 07.00 - 17.00)	31 %
Plejeopgaver samt udvalgte delegerede sygeplejeydelser øvrig tid (hverdage 17.00 - 07.00, lørdage, søndage og helligdage).	32 %

De anførte vægtninger er baseret på de timer (ydelse), som bliver leveret af de private leverandører. Vægtningen er dermed baseret på fordelingen af ydelserne inden udbuddets iværksættelse.

Ud af vægtningen på 37 % på praktisk bistand leveres 82 % af ydelserne på hverdage i tidsrummet fra 07.00 til 17.00. De resterende 18 % leveres på øvrig tid (hverdage 17.00 til 23.00 og weekender/helligdage i tidsrummet 07.00-23.00).

## 20. Kontrakttildeling til andre tilbud end tilbuddet med den laveste pris

En rammeaftale vil blive tildelt tilbudsgiveren med den laveste pris. Herefter vil tilbudsgiveren med den næstlaveste pris blive tilbudt en rammeaftale. Såfremt denne rammeaftale indgås, skal det imidlertid ske til de priser, som den vindende tilbudsgiver har tilbudt. Ordregiver vil således stille det som en betingelse for indgåelse af rammeaftale (med andre end tilbudsgiveren med den laveste pris), at rammeaftalen indgås til andre priser end de tilbudte. De pågældende tilbudsgivere (de andre end tilbudsgiveren med den laveste pris) kan derfor frit afslå at indgå rammeaftalen med ordregiver.

Ordregiver vil herefter fortsætte nedad i rækken af tilbudsgivere således, at der indgås op til i alt tre rammeaftaler med eksterne leverandører. Såfremt ingen eller blot én af de øvrige tilbudsgivere accepterer at indgå rammeaftale på den vindende tilbudsgivers vilkår, vil ordregiver alene indgå én henholdsvis to rammeaftaler på baggrund af dette udbud.

...”

Som underbilag til kravspecifikationen (bilag 1 til udbudsbetingelserne) var der indeholdt nogle administrative standarder for ”Personlig hjælp, støtte og pleje”, ”Øvrig hjælp - Hverdagens aktiviteter”, ”Rengøring” og ”Særlig indsats Rengøring/ oprydning”.

Der blev under udbuddet besvaret spørgsmål af kommunen om bl.a. levering af praktisk hjælp på andet end hverdage, om ændring af praktisk hjælp til personlige pleje.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 3. oktober 2019 modtog Fredericia Kommune tilbud fra tre tilbudsgivere, herunder Sundplejen og Kære Pleje.

Tilbuddet fra Sundplejen indeholder bl.a. en udfyldt tilbudsblanket, hvori der står følgende om virksomhedens økonomiske og finansielle formåen:

”

Krav	Indsæt oplysning
Relevant omsætning i seneste afsluttede regnskabsår	10.016.888 (2018)
Egenkapital i senest afsluttede regnskabsår	5.780.751 (2018)
Soliditetsgrad i senest afsluttede regnskabsår	58,1% (2018)

”

I blanketten er endvidere oplyst følgende referencer:

”

Kunde	Opgavebeskrivelse	Kontraktperiode	Gennemsnitlig månedlig kontraktsum	
Haderslev kommune	Praktisk bistand	15/8 2017-3.10.2019	1/12017 636.661,06 Kr.	35% Praktisk
Haderslev Kommune	Personlig pleje opgaver døgnet rundt	15/8 2017-3.10.2019	1/12017 636.661,06 Kr.	45,45 % Personlig
Haderslev Kommune	Delegeret sygeplejeydelser	15/8 2017-3.10.2019	1/12017 636.661,06 Kr.	19,55 % Sygepleje
Haderslev kommune	Rehabiliteringsforløb §83a	15/8 2017 -	1/1 2017 636.661,06 Kr.	
Horsens Kommune	Praktisk bistand	14/9 2015 - 1/9 2017	1/1 2017 636.661,06 Kr.	
Horsens Kommune	Personlig pleje Opgaver døgnet rundt	14/9 2015 - 1/9 2017	1/1 2017 636.661,06 Kr.	
Horsens Kommune	Delegeret sygeplejeydelser	14/9 2015 - 1/9 2017	1/1 2017 636.661,06 Kr.	
Horsens Kommune	Rehabiliteringsforløb §83a	14/9 2015 - 1/9 2017	1/1 2017 636.661,06 Kr.	
Aarhus Kommune	Praktisk bistand	1/11 2019		
Aarhus Kommune	Personlig opgaver rundt pleje døgnet	1/11 2019		



Aarhus Kommune	Delegeret sygepleje- ydelser	1/11 2019		
-------------------	---------------------------------	-----------	--	--

”

Vedlagt tilbuddet var en revisorerklæring dateret den 30. september 2019 fra revisionsfirmaet K.T. Revision, Vejle ApS. I erklæringen står der:

”...

Vi har revideret omsætningen for perioden 1. januar — 31. december 2018, omsætningen i perioden er opgjort til kr. 10.016.888 excl. moms.

...

Revisors ansvar

Vores ansvar er at udtrykke en konklusion om årsrapporten og dens bestanddele på grundlag af vores revision. Vi har udført revisionen i overensstemmelse med internationale standarder om revision og yderligere krav ifølge dansk revisorlovgivning.

...

Det er vores opfattelse, at det opnåede revisionsbevis er tilstrækkeligt og egnet som grundlag for vores konklusion.

Konklusion

Det er vores opfattelse, at omsætningen giver et retvisende billede af selskabets aktiviteter i perioden 1. januar — 31. december 2018 i overensstemmelse med årsregnskabsloven.

...”

Ved mail af 4. oktober 2019 anmodede Fredericia Kommune Sundplejen om at redegøre for oplysninger i tilbudsblanketten. I mailen hedder det:

”...

Vi er netop i gang med at evaluere de indkomne tilbud.

I den anledning anmodes du hermed om at redegøre nærmere for de oplysninger, der er afgivet i tilbudsblanketten, bilag 2 til udbuddet.

Helt konkret anmodes du om at redegøre for følgende poster:

- Relevant omsætning i senest afsluttede regnskabsår: 10.016.888 kr.
- Egenkapital i senest afsluttede regnskabsår: 5.780.751 kr.

Ved gennemgang af det fremsendte regnskab for perioden 19. december 2017 til 31. december 2018 er der ikke umiddelbart sammenhæng med de angivne tal ovenfor.

...”

Ved mail af 7. oktober 2019 svarede Sundplejen bl.a. følgende:

”Omsætning i senest afsluttede regnskabsår er: 10.016.888 kr.

Beløbet fremkommer som følger:

Faktureret 2018 9.433.088 kr. + 583.800 kr. (Tilgodehavende "Arbejde udført i 2018", dog faktureret i begyndelsen af 2019) = Total omsætning i 2018 = 10.016.888 kr.

Egenkapital i senest afsluttede periodebalance : 5.780.751 kr.

Beløbet fremkommer som følger:

EK pr. 31.12.2018 = 2.766.580 kr.jf. Årsrapport (5.780.751 er pr. 30/9 2019 og blot for at vise vores fremgang og solide økonomi)”

Fredericia Kommune anmodede ved mail af samme dato Sundplejen om at fremsende en uddybende redegørelse. I mailen står der bl.a.:

”Du bedes dog fortsat uddybe omsætningen, da det fremgår af jeres regnskab, at jeres bruttoomsætning udgjorde 8.465.427 kr. i perioden 19. december 2017 til 31. december 2018.

Samtidig bedes du også fremsende dokumentation for, at omsætningen samlet set overstiger 10 mio. kr., jf. udbudsmaterialets afsnit 18.2. Henvisning til manglende faktureringer i regnskabsåret er således ikke nok.

Fredericia Kommune har endvidere yderligere spørgsmål til jeres tilbud: Den samme månedlige kontraktsum for alle jeres referencer udgør 636.661,06 kr., jf. jeres tilbudsblanket pkt. 3. Dette sammenfald for alle kommunerne bedes du uddybe?”

Ved mail af 7. oktober 2019 svarede Sundplejen:

”...

Det fremgår af vores regnskab, at vores brutto**fortjeneste** er 8.465.427 kr.

Bruttofortjeneste er ikke det samme som bruttoomsætning

Bruttofortjenesten er tallet efter fradrag af hjælpematerialer brugt ude ved borgerne samt eksterne omkostninger til salg/markedsføring, lokaler, autodrift og administration etc. se nedenfor:

Det er ikke lovpligtig, at omsætningen skal fremgå af årsrapporten der offentliggøres.

Vores uddybning ser ud som følger:

Direkte faktureret	9.433.088
Efterregulering vedr. 2018 (fakt. i 19)	583.800
<b>Omsætning</b>	<b>10.016.888</b>
Omkostninger til hjælpematerialer	-12.775
Andre eksterne omkostninger	-954.886
<b>Bruttofortjeneste</b>	<b>8.465.427</b>

Vi fremsender gerne dokumentation for omsætningen i 2018 og de 2 efterreguleringer for 2019 ved at sende en kopi af samtlige fakturaer ...”

Den 10. oktober 2019 besluttede Fredericia Kommune at tildele en rammeaftale til Sundplejen, som havde tilbudt den laveste pris.

Ved brev af 10. oktober 2019 underrettede Fredericia Kommune Kære Pleje om, at virksomheden ikke havde tilbudt den laveste pris. I brevet står der:

”...

Vi har nu afsluttet behandlingen af de indkomne tilbud.

På baggrund af en objektiv vurdering af de indkomne tilbud i forhold til udbudsmaterialets opstillede udvælgelseskriterier, krav samt tildelingskriterium, kan jeg hermed oplyse, at Kære Pleje Fredericia ApS ikke har budt den laveste pris.

Vi kan derfor tilbyde Kære Pleje Fredericia ApS en kontrakt til følgende priser, jf. udbudsmaterialets afsnit 20:

Ydelse	Timepris, ekskl. moms
Praktisk bistand	297,21 kr.
Plejeopgaver samt udvalgte delegerede sygeplejeydelser dagtid (hverdage 07.00 - 17.00)	359,24 kr.
Plejeopgaver samt udvalgte delegerede sygeplejeydelser øvrig tid (hverdage 17.00 - 07.00, lørdage, søndage og helligdage).	455,81 kr.

I gøres opmærksomme på, at for så vidt angår den praktiske bistand leveres 82 % af ydelserne på nuværende tidspunkt på hverdage i tidsrummet fra 07.00 til 17.00. De resterende 18 % leveres på øvrig tid (hverdage 17.00 til 23.00 og weekender/helligdage i tidsrummet 07.00-23.00).

Fredericia Kommune har dermed til hensigt at indgå kontrakt med Kære Pleje Fredericia ApS under forudsætning af en accept af ovenstående priser samt levering af nedenstående oplysninger i henhold til udbudsmaterialet:

- Sikkerhedsstillelse i form af anfordringsgaranti på 500.000 kr. (pkt. 18.3).
- Udfyldelse og underskrivelse af databehandleraftale (bilag 3).
- Dokumentation for forsikringer (kontraktudkastets pkt. 16).

Er I interesseret i at indgå kontrakt med Fredericia Kommune på baggrund af ovenstående, hører jeg meget gerne fra jer hurtigst muligt og senest den 15. oktober 2019.

I henhold til ”Lov nr. 593 om Klagenævnet for udbud” af 2. juni 2016 § 3 er der en standstill-periode på 10 dage gældende fra d. 11. oktober 2019 til 21. oktober 2019. Underskrivelsen af kontrakten med lavestbydende og øvrige kontrakter vil således først kunne ske efter udløb af standstill-perioden.  
...”

Kære Pleje har fremlagt en opgørelse over Sundplejens omsætning i 2017-2019 i Haderslev Kommune fordelt på ydelsestyper. Efter det oplyste indhentede Kære Pleje opgørelsen efter modtagelse af tildelingsbeslutningen. Af dokumentet fremgår bl.a. følgende oplysninger om Sundplejens samlede omsætning i kommunen pr. ydelsestype og i alt:

”

Sundplejen 2017		
Periode	...	I alt
Tid, personlig pleje	...	1.616,27
Pris, personlig pleje	...	619.040,39
Tid, praktisk hjælp	...	67,90
Pris, praktisk hjælp	...	23.303,28
Tid, [uddelegeret] sundhedslovsydelser	...	395,72
Pris, [uddelegeret] sundhedslovsydelser	...	150.205,10
Pris, regulering	...	
	Timer i alt	2.079,89
	Kroner i alt	792.548,77 kr.

Sundplejen 2018		
Periode	...	I alt
Tid, personlig pleje	...	17.245,38
Pris, personlig pleje	...	7.392.914,00
Tid, praktisk hjælp	...	578,18
Pris, praktisk hjælp	...	203.253,66
Tid, [uddelegeret] sundhedslovsydelse	...	3.194,25
Pris, [uddelegeret] sundhedslovsydelse	...	1.295.012,15
Pris, regulering	...	489.655,49 kr.
	Timer i alt	21.017,81
	Kroner i alt	9.380.835,30 kr.

Sundplejen 2019		
Periode	...	I alt
Tid, personlig pleje	...	17.423,07
Pris, personlig pleje	...	7.416.105,63
Tid, praktisk hjælp	...	1.241,06
Pris, praktisk hjælp	...	470.197,46
Tid, [uddelegeret] sundhedslovsydelse	...	4.867,22
Pris, [uddelegeret] sundhedslovsydelse	...	2.096.837,81
Pris, regulering	...	207.450,87 kr.
	Timer i alt	23.531,35
	Kroner i alt	10.190.591,77 kr.

”

Kære Pleje har fremlagt en tilsvarende oversigt over Sundplejens omsætning i Horsens Kommune i perioden januar-august 2017. Af bilaget fremgår det:

”

Ydelsestype	Lev. Udfører (uden hierarki)	Visiteret tid	Beløb
Personlig pleje	...		
	Sundplejen	1.103,45	465.517,05
	...		

Ydelsestype	Lev. Udfører (uden hierarki)	Visiteret tid	Beløb
Praktisk hjælp	...		
	Sundplejen	197,36	67.752,16
	...		

”

Af Sundplejens årsrapport for 2018 fremgår om resultatopgørelsen for 9. december 2017 til 31. december 2018:

”

<b>Bruttofortjeneste</b>		<b>8.465.427</b>
Personaleomkostninger	1	4.975.961
Af- og nedskrivninger af anlægsaktiver		869
Andre driftsomkostninger		3.536
<b>Ordinært resultat før finansielle poster</b>		<b>3.485.061</b>
Andre finansielle indtægter		566
Andre finansielle omkostninger		1.038
<b>Resultat før skat</b>		<b>3.484.589</b>
Skat af årets resultat	2	768.009
<b>Årets resultat</b>		<b>2.716.580</b>

”

Fredericia Kommune har fremlagt referat fra et møde afholdt den 30. oktober 2019 mellem kommunen og Sundplejen angående tilbudspriserne og virksomhedens økonomiske og finansielle kapacitet. Mødet var bl.a. foranlediget af Kære Plejes henvendelser til kommunen om konditions-mæssigheden af Sundplejens tilbud.

Fredericia Kommune indgik kontrakt med Sundplejen den 6. november 2019 og bekendtgørelse om indgået kontrakt blev offentliggjort i EU-Tidende den 3. december 2019.

Fredericia Kommune har efterfølgende fra Sundplejen modtaget en supplerende revisorerklæring dateret den 9. januar 2020 og ligeledes afgivet af revisionsfirmaet K.T. Revision, Vejle ApS. Erklæringen blev videresendt til Kære Pleje ved mail af 10. januar 2020. I erklæringen hedder det:

” ...

Til Sundplejen ApS og Fredericia Kommune

Vi har udført de arbejdshandlinger som blev aftalt, og som er angivet nedenfor vedrørende opgørelse af gennemsnitlig omsætning og fordeling heraf i koncernen "Sundplejen"

...

Vi har fundet følgende forhold:

- a) Den gennemsnitlige månedlige omsætning for [årene] 2018 og 2019 er > kr. 600.000 excl. Moms, og salget af selskabets ydelserne, er udelukkende sket til Haderslev kommune.
- b) Af omsætningen i [årene] 2018 og 2019 udgør
  - Praktisk bistand mere end 30 %
  - Personlige plejeopgaver mere end 60 %
  - ...

Da ovennævnte arbejdshandlinger hverken er revision eller review i overensstemmelse med internationale standarder om revision eller om review og yderligere krav ifølge dansk revisorlovgivning udtrykker vi ikke nogen grad af sikkerhed om opgørelsen af gennemsnitlig omsætning og fordelingen heraf.

Hvis vi havde udført yderligere arbejdshandlinger, revideret eller udført review af regnskabsmaterialet og bogføringen i overensstemmelse med internationale standarder om revision eller om review og yderligere krav ifølge dansk revisorlovgivning, kunne andre forhold være fundet og rapporteret til Dem.

...”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Kære Pleje har gjort gældende, at Fredericia Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 187, stk. 2, ved at undlade at anføre en beskrivelse af tildelingsprocedurens hovedtræk i udbudsbekendtgørelsens afsnit IV.1.11.

Udbudsbekendtgørelser i relation til sociale og andre specifikke tjenesteydelser (”light-ydelser”) skal indeholde de oplysninger, der er angivet i bilag V, del H, til udbudsdirektivet, jf. udbudslovens § 187, stk. 2. Af det omtalte bilag V, punkt 6, fremgår det, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde en ”kort beskrivelse af hovedelementerne i den tildelingsprocedure, der skal anvendes.” Af dette krav må følge, at tildelingskriteriet/tildelingskriterierne ved udbuddet skal anføres, da viden om tildelingskriteriet/tildelingskriterierne kan være helt afgørende for, om en virksomhed fatter interesse i at deltage i udbudsproceduren. Fredericia Kommune har imidlertid ikke i sin udbudsbekendtgørelse udfyldt afsnit IV.1.11, der i overensstemmelse med det i bilag

V anførte, bærer overskriften ”Tildelingsprocedurens hovedtræk”. At det af lovgivningen følger, at tildelingskriteriet ved udbuddet skal være ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” er uden betydning for den oplysningsforpligtelse, der følger af udbudslovens § 187, stk. 2. At tildelingskriteriet ved udbuddet er ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” giver således ikke tilbudsgiverne nogen reel viden om ”hovedelementernes i tildelingsproceduren”, da ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, jf. princippet i udbudslovens § 162, stk. 1, er et overordnet begreb for vidt forskellige tildelingskriterier. Det bestrides, at den begåede overtrædelse af udbudsreglerne er en ren formalitetsovertrædelse.

Fredericia Kommune har erkendt overtrædelsen i relation til denne påstand. Kommunen har imidlertid i relation til påstand 5 anført, at overtrædelsen hverken formelt eller konkret har haft betydning for det gennemførte light-udbud og derfor ikke kan føre til annullation.

#### Ad påstand 2

Kære Pleje har gjort gældende, at Fredericia Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 188, stk. 2, jf. § 171, ved at undlade at oplyse om vinderen af udbuddet i underretningsskrivelsen.

I kommunens underretningsskrivelse stod, at Kære Pleje ikke havde afgivet tilbuddet med den laveste pris. I brevet blev det endvidere oplyst, hvilke priser vinderen af udbuddet havde tilbudt. Fredericia Kommune undlod imidlertid at oplyse, hvilken tilbudsgiver der havde afgivet tilbuddet med laveste pris og dermed var at betragte som vinder af udbuddet. Den særlige ordning, som var fastlagt med henblik på at opfylde kommunens frit-valg forpligtelser efter serviceloven, kan i sagens natur ikke bevirke, at kommunen har kunnet undlade at iagttage de underretningsforpligtelser, der følger af udbudsloven, som udgør en implementering af udbudsdirektivet.

Kommunens synspunkt om, at alle tilbudsgivere var vindende tilbudsgivere, er en åbenlys efterrationalisering og strider mod, at kommunen gennemførte en standstill-periode efter tildelingen.

Endelig har Kære Pleje bestridt, at en telefonsamtale, hvor identiteten på lavestbydende tilbudsgiver blev oplyst, har fundet sted.



Fredericia Kommune har gjort gældende, at kommunens underretningsbrev var i overensstemmelse med udbudslovens § 188, stk. 2, jf. § 171.

Ved telefonsamtale af 10 oktober 2019 oplyste Fredericia Kommune navnet på den lavestbydende. Samme dag havde kommunen fremsendt underretningsskrivelsen til Kære Pleje. Virksomheden fik altså samtidigt med modtagelsen af meddelelsesbrevet en orientering om navnet på den lavestbydende tilbudsgiver.

Det følger af udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, 1. pkt., at forpligtelsen til at oplyse navnet på den vindende tilbudsgiver kun er aktuel, hvis der udelukkende er én vinder af udbuddet og de øvrige tilbudsgivere er blevet forbigået.

Fredericia Kommune havde i forbindelse med udbuddet forudsat, at kommunen på baggrund af udbuddet ville indgå tre identiske rammeaftaler med tilbudsgivere, som havde afgivet konditionsræssige tilbud under udbudsprocessen. Af underretningsskrivelsen fremgik, at kommunen ønskede at indgå en rammeaftale med Kære Pleje, men at priserne skulle være tilsvarende den laveste pris, som var blevet tilbudt under udbudsprocessens forløb. Kære Pleje var således ikke en forbigået tilbudsgiver, som dette skal forstås efter udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, og der var ikke grundlag for at oplyse navnet på den vindende tilbudsgiver, idet det på tidspunktet for underretningsskrivelsen fortsat var muligt at indgå aftale med Fredericia Kommune.

Fredericia Kommune har videre anført, at det ikke havde nogen materiel betydning for tildelingsbeslutningen, at navnet på den tilbudsgiver, der havde tilbudt den laveste pris, ikke blev oplyst i brevet. Det er således ikke en gyldighedsbetingelse for tildelingsbeslutningen, herunder i en udbudsproces i henhold til udbudslovens afsnit III, at offentliggøre navnet på den lavestbydende tilbudsgiver. Efter ordlyden og formålet med § 188, stk. 2, jf. § 171, stk. 4, nr. 2, kan det ikke anses for et krav, at det i et udbud af en rammeaftale med flere leverandører, hvor alle de konditionsræssige tilbudsgivere tilbydes en rammeaftale, er påkrævet, at navnet på den lavestbydende tilbudsgiver offentliggøres i hensigtsmeddelelsen om tildeling og orienteringen om udbuddets resultat.

Selv hvis det antages, at kommunen ikke opfyldte underretningspligten efter udbudslovens § 188, stk. 2, jf. § 171, stk. 4, nr. 2, udgør en sådan manglende

skriftlig underretning efter fast udbudsretlig praksis ikke et forhold, der kan føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

### Ad påstand 3

Kære Pleje har gjort gældende, at Fredericia Kommune handlede i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved ikke at have indhentet dokumentation for de referencer, der var anført i Sundplejens tilbud, inden kommunen tildelte rammeaftalen.

I udbudsbetingelsernes punkt 18 havde Fredericia Kommune fastsat et dokumentationskrav og dermed underlagt sig selv en forpligtelse til at kontrollere rigtigheden af alle oplysningerne, angivet i tilbudsblanketten, vedrørende mindstekravene til egnetheden hos i hvert fald den tilbudsgiver, der stod til at få tildelt rammeaftalen. Kommunens synspunkt om, at der var tale om et "light-udbud" omfattet af udbudslovens afsnit III, og dermed med lempede dokumentations- og oplysningskrav, må derfor afvises.

Kommunen havde ikke anført i udbudsbetingelserne, at de referenceoplysninger, som fremgik af tilbudsblanketten, ville blive betragtet som den endelige dokumentation. Det er en naturlig konsekvens af gennemsigtighedsprincippet og følger af fast praksis fra klagenævnet, at en ordregivende myndighed skal gennemføre et udbud i overensstemmelse med de vilkår, der er fastlagt af den ordregivende myndighed selv i udbudsbetingelserne. Synspunktet om egenerklæringer i relation til referencer, som beskrevet i eCertis, må afvises allerede af den grund, at kommunen ikke havde foreskrevet denne mulighed i udbudsbetingelserne, men derimod havde angivet, at der skulle fremlægges "dokumentation". Kommunen havde endvidere ikke modtaget egenerklæringer fra Sundplejen.

Fredericia Kommune indhentede ikke forud for tildelingsbeslutningen dokumentation for de referenceoplysninger vedrørende Haderslev Kommune og Horsens Kommune, der fremgik af Sundplejens tilbud. Oplysningerne blev dermed ikke verificeret.

Efter tildelingen af rammeaftalen, men før kontraktindgåelsen, anmodede kommunen om dokumentation for Sundplejens opgørelse af omsætningen på referencerne. Denne "dokumentation" bestod imidlertid alene af et regneark

udarbejdet af Sundplejen selv og indeholdt oplysninger om omsætningsfordelingen svarende til, hvad der fremgik af Sundplejens tilbudsblanket. Det kan således lægges til grund, at Fredericia Kommune ikke før tildelingen eller kontraktindgåelsen indhentede reel dokumentation for de referenceoplysninger, der var angivet i Sundplejens tilbud.

Flere af de oplysninger vedrørende økonomisk og finansiel formåen, herunder egenkapital og soliditet, som Sundplejen havde anført i sit tilbud, var endvidere decideret forkerte. Fredericia Kommune må have konstateret disse fejl, da det alt andet lige må forventes, at kommunen gennemgik Sundplejens årsrapporter og sammenholdt dem med virksomhedens tilbud i forbindelse med evalueringen. Disse misvisende oplysninger burde således også have medvirket til, at Fredericia Kommune foretog en reel kontrol af Sundplejens referenceoplysninger, hvilket let kunne have været sket ved at indhente dokumentation fra Haderslev Kommune og Horsens Kommune.

Det er bemærkelsesværdigt, at den gennemsnitlige månedlige kontraktsum for Sundplejens ydelser til Haderslev Kommune og Horsens Kommune ifølge tilbudsblanketten er identiske. Det må have formodningen imod sig, at den månedlige kontraktsum i relation til to kommuner med forskelligt indbyggertal, forskelligt udbudsgrundlag og forskellige vilkår kan være identiske. Også dette forhold burde have ført Fredericia Kommune til at foretage en nærmere undersøgelse af referencerne ved at rette henvendelse til Haderslev Kommune og Horsens Kommune og bede dem be- eller afkræfte de anførte omsætningstal for Sundplejen.

Kære Pleje har på eget initiativ indhentet omsætningstal for Sundplejen hos de to kommuner. Tallene viser med al tydelighed, at Sundplejen ikke opfylder mindstekravet vedrørende referencer, da kun en mindre del af de leverede ydelser – svarende til mindre end 30 % af kontraktværdien, jf. mindstekravet – vedrører ”praktisk bistand”.

Kommunen bortser ved sine henvisninger til udbudslovens § 155 som grundlag for, at kommunen retligt skulle have været afskåret fra at indhente dokumentation for de krævede referencer, jf. udbudsbetingelsernes punkt 18, for, at udbudsproceduren angik en (”light-ydelse”) efter udbudslovens afsnit III, jf. udbudslovens § 7. Alle de bestemmelser, som kommunen henviser til, herunder § 155, er omfattet af udbudslovens afsnit II, der ikke fandt anvendelse. Derfor har det også været helt naturligt, at kommunen i udbudsbetingelsernes

punkt 18.1 har underlagt sig selv en forpligtelse til at indhente dokumentation for de fastsatte mindstekrav for egnethed. I øvrigt er udbudslovens § 155 heller ikke ved et udbud efter afsnit II til hinder for, at en ordregivende myndighed indhenter dokumentation for, at referencer oplyst i et ESPD er korrekte.

Fredericia Kommune har gjort gældende, at det følger af fast praksis fra klagenævnet, at ordregivende myndigheder er berettiget til at lægge tilbudsgivernes afgivne oplysninger til grund som retvisende, medmindre der er konkret grundlag for at anse oplysningerne for at være urigtige/mangelfulde.

Ordregivere har således ikke en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysninger i de afgivne tilbud, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark og kendelse af 27. juni 2018, Abena A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S. I den foreliggende sag var der ikke grundlag for en nærmere undersøgelse af oplysningerne i tilbuddet fra Sundplejen.

Der er ikke i udbudsbetingelsernes punkt 18 fastsat nogen nærmere definition på den krævede ”dokumentation”. Det var følgelig op til kommunen under processens gennemførelse og under hensyntagen til de konkret afgivne oplysninger at afklare, hvilken dokumentation som måtte anses for at understøtte og bekræfte de afgivne oplysninger i tilbuddet. Til støtte herfor må der også henses til, at det i eCertis, der er EU-Kommissionens vejledningværktøj til at identificere den relevante dokumentation for egnetheds- og udelukkelseskriterier, er angivet, at egenerklæringer skal bruges til at dokumentere tilbudsgiveres tekniske og faglige formåen.

Kommunen indhentende dokumentation for Sundplejens opfyldelse af kravene til egnethed og udelukkelse i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 18. Der blev foretaget en effektiv kontrol af oplysningerne i tilbuddet vedrørende økonomisk og finansiel kapacitet, jf. udbudslovens § 164, stk. 2, fra meddelelsen om tildelingsbeslutningen den 10. oktober 2019, til kontrakten blev underskrevet den 6. november 2019.

Fredericia Kommune modtog flere redegørelser, revisorerklæringer og belyste endvidere de afgivne oplysninger nærmere ved korrespondance og dokumenter den 7., 22., 30. og 31. oktober 2019. Kommunen havde derudover et møde med Sundplejen den 30. oktober 2019, hvor kommunen stillede spørgsmål til den fremlagte dokumentation og bad Sundplejen redegøre herfor. Alle

disse undersøgelser forelå forud for rammeaftalens indgåelse den 6. november 2019.

Ved udbud efter udbudslovens afsnit III (light-regimet) gælder lempede dokumentations- og oplysningskrav, herunder eksempelvis ved, at der ikke er pligt til at anvende ESPD og indhente dokumentation for de heri afgivne oplysninger fra tilbudsgiverne. Fredericia Kommune var også på denne baggrund berettiget til at henholde sig til de oplysninger og den dokumentation, som Sundplejen havde afgivet. At kravene er mere lempelige følger herved også af betragtning 114 til udbudsdirektivet og af de almindelige bemærkninger til udbudsloven i afsnit 4.11.2, hvorefter ”Udvalget har vurderet det hensigtsmæssigt, at ordregiverne sikres en større fleksibilitet i forbindelse med denne type indkøb, end den der følger af udbudsdirektivets detaljerede procedureregler. Udvalget har fundet det hensigtsmæssigt, at der indføres et enkelt regelsæt, der fremmer konkurrencen om disse kontrakter og samtidigt stiller krav om, at udbuddene lever op til direktivets principper om ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed.” Det har formodningen imod sig og strider mod formålet med light-regimet, at kommunen i sine udbudsbetingelser har pålagt sig selv og tilbudsgiverne en større dokumentationspligt, end der er adgang til efter udbudslovens afsnit II.

En ordregiver har desuden alene mulighed for at indhente oplysninger fra tilbudsgiverne inden for rammerne af udbudslovens § 155 i forbindelse med indhentelse af dokumentation for tilbudsgivernes tekniske og faglige formlaan. Kommunen havde således ikke mulighed for at rette henvendelse til Haderslev Kommune og Horsens Kommune med henblik på at undersøge og dokumentere, om Sundplejen afgivne oplysninger var retvisende. Fredericia Kommune rettede telefonisk henvendelse til de to kommuner for at høre deres erfaringer, herunder om tilbuddets prissætning kunne anses tilstrækkeligt robust til opretholdelse af en kontrakt herpå i kontraktperioden. Undersøgelserne og henvendelserne bekræftede, at Sundplejen var en økonomisk sund og robust virksomhed, og at den forelagte prissætning kunne danne grundlag for en tilstrækkeligt robust og understøttet kontrakt.

Den referenceliste, som indgik i tilbuddet fra Sundplejen, udgjorde den endelige dokumentation for virksomhedens tekniske og faglige kapacitet. Det følger i den forbindelse af fast praksis herunder Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om indhentelse af dokumentation, at ordregivere kan henholde sig til referencelisten indgivet i forbindelse med indleveringen af

ESPD'et, og at referencelisten derfor udgør den endelige dokumentation jf. udbudslovens § 155, nr. 1 og 2. Den nødvendige dokumentation i henhold til udbudslovens § 155 og de opstillede krav hertil i udbudsbetingelsernes punkt 18 forelå på tidspunktet for tildelingsbeslutningen. Fredericia Kommune anmodede således Sundplejen om dokumentation for virksomhedens tekniske og faglige formåen inden for rammerne af udbudsloven og handlede dermed i overensstemmelse med udbudslovens § 2 og udbudsbetingelserne.

Efter tildelingsbeslutningen blev meddelt, modtog kommunen en række indsigelser fra Kære Pleje og undersøgte herefter dokumentationen, indhentede supplerende dokumentation, verifikation og bevis fra Sundplejen og bedømte herefter denne supplerende dokumentation og beviserne og traf herefter beslutning om opretholdelse af tildelingsbeslutningen. Kommunen har herved tillige overholdt sin kontrolforpligtelse.

#### Ad påstand 4

Kære Pleje har gjort gældende, at kommunen i udbudsbetingelserne havde fastsat et uklart mindstekrav om:

”Den månedlige kontraktsum skal i perioden fra 1. januar 2017 og til kontrakten ophørte, alternativt indtil tilbudsfristen, gennemsnitligt have været på mindst 400.000 kr.

- Kontraktsummen skal udgøre minimum 30 % til personlige plejeopgaver døgnet rundt.
- Kontraktsummen skal udgøre minimum 30 % til praktisk bistand.”

til den minimum ene reference, som tilbudsgiverne skulle være i besiddelse af for at kunne komme i betragtning til kontrakten. Mindstekravet var uklart, da der i praksis er forskel på, hvordan kommunerne kategoriserer hjemmeplejeydelser under henholdsvis ”personlige plejeopgaver” og ”praktisk bistand”.

Sundplejen opfyldte ikke mindstekravet om, at kontraktsummen skal udgøre minimum 30 % til praktisk bistand, hvis man lægger Haderslev Kommunes og Horsens Kommunes egne kategoriseringer og omsætningstal til grund. Fredericia Kommune er imidlertid tilsyneladende af den opfattelse, at omsætningstallene har kunnet/skullet omkategoriseres, så de svarer til den måde,

hvorpå man hos Fredericia Kommune afgrænser personlige plejeopgaver og praktisk bistand, uagtet at ydelserne hos den enkelte referencekommune er blevet bestilt og faktureret som enten personlig pleje eller praktisk bistand.

Denne uklarhed om kategorisering af hjemmeplejeydelserne har skabt afgørende tvivl om tilbudsgivernes opfyldelse af mindstekravet vedrørende egnethed ved udbuddet og kan desuden have været medvirkende til, at virksomheder har afstået fra at afgive tilbud ved udbuddet ud en opfattelse om, at de ikke kunne opfylde mindstekravet.

Fredericia Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved fastsættelse af mindstekravet til teknisk og faglig formåen, idet kravet var beskrevet tilstrækkeligt klart og entydigt,

Forud for offentliggørelsen af udbudsmaterialet blev der afholdt dialogmøder med bl.a. Kære Pleje, og udbudsmaterialet blev sendt i offentlig høring blandt markedsaktørerne. Hverken Kære Pleje eller de øvrige markedsaktører havde ved dialogmøder eller i høringssvar nogen bemærkninger til klarheden eller entydigheden i det fremsatte krav i udbudsmaterialet. Kære Pleje har således først gjort indsigelser mod mindstekravet i forbindelse med indgivelse af klageskriftet.

I udbudsbetingelsernes bilag 1 var det tydeligt specificeret, hvordan Fredericia Kommunen kategoriserede de forskellige ydelser, og kommunen uddybede i spørgsmål/svar, hvorledes ydelserne og opgørelsen skulle forstås, herunder hvilke ydelser der skulle henføres til ”praktisk bistand” og ”personlig pleje”. I denne proces for spørgsmål/svar fremgår det endvidere, at kommunen i udarbejdelsen af kravet til opgørelse og fordeling i forhold til ”praktisk bistand” og ”personlig pleje” har henholdt sig til plejens standard og dermed den standardiserede og almindeligt anvendte præsentation og opførelse af arbejdsydelserne og fordelingen heraf.

Under udbudsprocessen blev der foretaget en mindre omgruppering af nogle få ydelser. Dette skete som følge af, at Fællessprog-III, som en fælleskommunal metode og standard for dokumentation af den kommunale opgaveløsning på sundheds- og ældreområdet, var blevet indført i Fredericia Kommune. Mindstekravene afviger ikke fra øvrige udbud af personlig pleje og praktisk bistand ved kommuner, der anvender fællessprog III, idet personlig pleje og praktisk bistand herefter defineres på samme måde.

Det har endvidere ikke relevans for bedømmelsen af klarheden af mindstekravet, hvordan andre kommuner definerer og grupperer ydelser til henholdsvis ”personlige plejeopgaver døgnet rundt” og ”praktisk bistand”. Opgørelsen af leverede ydelser skulle foretages af tilbudsgiverne, som ved deres tilbudsudarbejdelse har kunnet analysere på deres opgaveudførelse i henhold til kommunens retningslinjer for opgørelsen af deres referenceopgaver og herefter fremlægge disse oplysninger for kommunen.

Der er ikke grundlag for at antage, at mindstekravet til teknisk og faglig formåen har afholdt virksomheder fra at afgive tilbud eller skabt tvivl om opfyldelsen heraf. Mindstekravet er ikke usædvanligt, og alle tilbudsgiverne opfyldte da også mindstekravet.

#### Ad påstand 5

Kære Pleje har gjort gældende, at de overtrædelser af udbudsreglerne, der følger af påstandene 1, 3 og 4 hver for sig og samlet, må bevirke, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Særligt for så vidt angår påstand 1, har Kære Pleje gjort gældende, at den utilstrækkelige angivelse af hovedtrækkene i tildelingsproceduren må side-stilles med en undladelse af at anføre de objektive kriterier for udvælgelsen i udbudsbekendtgørelsen, som førte til annullation i klagenævnet kendelse af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune.

Kære Pleje har særligt ad påstand 3 anført, at kommunens undladelse af at følge sine egne udbudsbetingelser og indhente dokumentation for Sundplejens referencer har haft afgørende betydning for tildelingsbeslutningen ved udbuddet, idet Sundplejens tilbud rettelig skulle have været afvist som følge af Sundplejens manglende opfyldelse af mindstekravet vedrørende referencer.

Særligt ad påstand 4 om uklare mindstekrav vedrørende referencer, skal det bemærkes, at uklarheden dels har medvirket til, at der er tvivl om, hvorvidt Sundplejen i det hele taget kan anses for at opfylde mindstekravet ved udbuddet, dels kan have været medvirkende til, at virksomheder har afstået fra at afgive tilbud ved udbuddet. Også dette forhold må således isoleret set føre



til annullation af tildelingsbeslutningen, da overtrædelsen af udbudsreglerne har haft afgørende indflydelse på tildelingsgrundlaget.

Fredericia Kommune har gjort gældende, at det følger af det anførte ad påstandene 1-4, at påstand 5 om annullation af tildelingsbeslutningen ikke skal tages til følge.

Kommunen har særligt ad påstand 1 anført, at den erkendte overtrædelse ikke har haft materiel betydning for udbudsprocessens forløb eller tildelingsbeslutningen. For tilbudsgivere, som er bekendt med området og de mange gennemførte udbud herom, er det velkendt, at tildelingskriteriet altid vil være det økonomisk mest fordelagtige bud. Det følger af lovgrundlaget for udbuddet, serviceloven, at Fredericia Kommune som ordregivende myndighed ved gennemførelse af udbud er forpligtet til at tildele kontrakten efter tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. En ordregivende myndigheds oplysninger i udbudsbekendtgørelsen om hovedelementerne i tildelingsproceduren er således uden materiel betydning i forhold til sikringen af en behørig konkurrenceudsættelse og tildelingsbeslutningen, da tilbudsgiverne i medfør af lovgrundlaget for levering af serviceydelser er bekendt med, at tildeling vil ske i medfør af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Tildelingskriteriet, underkriterier og evalueringsmetoden fremgik udførligt af udbudsbetingelserne, jf. punkt 19, og tilbudsgiverne skal for at danne sig et indtryk af grundlaget for afgivelsen af tilbud i relation til tildelingskriteriet nødvendigvis være bekendt med alle delelementer heraf, da det helt overordnede tildelingskriterium ikke giver fornødent grundlag for at bedømme dette. Tilbudsgiverne ved dette udbud var endvidere de samme, som har afgivet tilbud på tilsvarende udbud i omkringliggende kommuner på samme eller nært tilgrænsende tidspunkt som dette. De relevante markedsaktører har følgelig deltaget i udbuddet og har afgivet tilbud. Et offentligt udbud under light-regimet i henhold til udbudslovens afsnit III, hvor det ikke er muligt for tilbudsgiverne at afgive tilbud uden at gøre sig bekendt med det samlede udbudsmateriale, førend de kan afgive tilbud, adskiller sig afgørende fra et begrænset udbud, som klagenævnets kendelse af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune. Ved begrænsede udbud skal deltagerne i udbudsprocessen kunne beslutte, om de ønsker at indgive ansøgning om at deltage i udbuddet alene på grundlag af oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen. Ved et offentligt udbud vil det derimod ikke være muligt for tilbudsgiverne at afgive tilbud uden at gøre sig bekendt med det samlede udbudsmateriale. Ved offentlige udbud er der således ikke det samme

behov for, at alle oplysninger fremgår af udbudsbekendtgørelsen, som der er behov for dette ved begrænsede udbud.

Undladelsen af at oplyse om hovedelementerne i tildelingsproceduren er således alene en formalitet i relation til udbud som det foreliggende. Dette understøttes af bilag V, del C, nr. 18, til udbudsdirektivet, der oplister de oplysninger, som skal være indeholdt i en udbudsbekendtgørelse for almindelige udbud i henhold til udbudslovens afsnit II, jf. udbudslovens § 128, stk. 2, og som angiver, at ”hvor det økonomisk mest fordelagtige tilbud identificeres alene på grundlag af prisen, skal kriterierne for udvælgelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud samt deres vægtning anføres, når de ikke fremgår af specifikationerne, eller ved konkurrencepræget dialog af det beskrivende dokument.” For udbud efter udbudslovens afsnit II, som er pålagt langt strengere procedureregler end light-udbud efter afsnit III, er der således ingen pligt til at anføre nærmere om tildelingskriteriet i udbudsbekendtgørelsen, når kriteriet er pris.

Fredericia Kommune har særligt ad påstand 4 gjort gældende, at alle tilbudsgivere blev vurderet konditionsmæssige, og at forholdet derfor ikke haft materiel betydning for udbudsprocessens forløb eller tildelingsbeslutningen.

#### Retsgrundlaget:

Udbudsdirektivet indeholder bl.a. følgende betragtninger og bestemmelser:

”(114) Visse kategorier af tjenesteydelser har fortsat ifølge deres natur en begrænset grænseoverskridende dimension, især de tjenesteydelser, der kan betegnes som personlige tjenesteydelser, såsom visse sociale, sundhedsmæssige og uddannelsesmæssige tjenesteydelser. Disse tjenesteydelser leveres i en særlig sammenhæng, som er meget forskellig fra medlemsstat til medlemsstat som følge af forskellige kulturelle traditioner. Der bør derfor oprettes en særlig ordning for offentlige kontrakter for disse tjenesteydelser med en højere tærskel end den, der gælder for andre tjenesteydelser.

Personlige tjenesteydelser med værdier under denne tærskel vil normalt ikke være af interesse for udbydere fra andre medlemsstater, medmindre der er konkrete tegn på det modsatte, som f.eks. ved EU-finansiering af grænseoverskridende projekter.

Kontrakter for personlige tjenesteydelser over denne tærskel bør være underlagt gennemsigtighed på EU-plan. Under hensyntagen til vigtigheden af den kulturelle sammenhæng og disse tjenesteydelsers følsomhed bør medlemsstaterne have vide skønsbeføjelser til at planlægge valget af leverandører på den måde, de finder mest hensigtsmæssig. Direktivets bestemmelser tager hensyn til dette krav og pålægger kun overholdelse af de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling og sikrer, at de ordregivende myndigheder er i stand til at anvende specifikke kvalitetskriterier ved valget af leverandører af tjenesteydelser såsom de kriterier, der er fastsat i den frivillige europæiske kvalitetsramme for sociale tjenesteydelser, der er offentliggjort af Udvalget for Social Beskyttelse. Ved fastlæggelsen af de procedurer, der skal anvendes i forbindelse med tildeling af kontrakter vedrørende tjenesteydelser til personer, bør medlemsstaterne tage hensyn til artikel 14 i TEUF og protokol nr. 26. Medlemsstaterne bør i den forbindelse også stræbe efter at forenkle og lette den administrative byrde for de ordregivende myndigheder og de økonomiske aktører. Det bør præciseres, at dette også kan betyde, at der skal anvendes regler, som gælder for tjenesteydelseskontrakter, der ikke er omfattet af den særlige ordning.”

...

### **Tildeling af kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser**

#### **Art. 74**

Offentlige kontrakter vedrørende sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser, der er anført i bilag XIV, tildeles i overensstemmelse med dette kapitel, når kontraktens værdi svarer til eller overstiger tærskelværdien i artikel 4, litra d).

### **Offentliggørelse af bekendtgørelser og meddelelser**

#### **Art. 75**

Stk. 1. Ordregivende myndigheder, som har til hensigt at tildele en offentlig kontrakt for tjenesteydelserne i artikel 74, tilkendegiver deres hensigt herom på en af følgende måder:

- a) ved en udbudsbekendtgørelse, der indeholder de oplysninger, der er omhandlet i bilag V, del H, i overensstemmelse med de standardformularer, der er omhandlet i artikel 51, eller
- b) ved en forhåndsmeddelelse, der offentliggøres løbende og indeholder de oplysninger, der er omhandlet i bilag V, del I. Forhåndsmeddelelsen skal specifikt omhandle de typer af tjeneste-

ydelse, der vil være omhandlet i de kontrakter, der skal tildes. Den skal angive, at kontrakterne vil blive tildelt uden yderligere offentliggørelse, og opfordre interesserede økonomiske aktører til skriftligt at tilkendegive deres interesse.

Første afsnit anvendes dog ikke i tilfælde, hvor der i forbindelse med tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt kunne have været anvendt udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i overensstemmelse med artikel 32.

Stk. 2. Ordregivende myndigheder, der har tildelt en offentlig kontrakt for tjenesteydelserne i artikel 74, meddeler resultaterne af udbudsproceduren ved en bekendtgørelse om indgåede kontrakter, der skal indeholde de oplysninger, der er omhandlet i bilag V, del J, i overensstemmelse med de standardformularer, der er omhandlet i artikel 51. De har dog mulighed for at fremsende disse bekendtgørelser samlet for et kvartal. I så fald skal de fremsende disse samlede bekendtgørelser senest 30 dage efter udgangen af hvert kvartal.

Stk. 3. Kommissionen udarbejder de standardformularer, der er omhandlet i denne artikels stk. 1 og 2, ved hjælp af gennemførelsesretsakter. Disse gennemførelsesretsakter vedtages i henhold til rådgivningsproceduren i artikel 89, stk. 2.

Stk. 4. De bekendtgørelser og meddelelser, der er omtalt i denne artikel, offentliggøres i overensstemmelse med artikel 51.

## **Principper for tildeling af kontrakter**

### **Art. 76**

Stk. 1. Medlemsstaterne indfører nationale regler for tildeling af kontrakter, der er omfattet af dette kapitel, for at sikre, at de ordregivende myndigheder overholder principperne om gennemsigtighed og ligebehandling af økonomiske aktører. Det står medlemsstaterne frit for at fastsætte de procedureregler, der skal anvendes, så længe sådanne regler giver de ordregivende myndigheder mulighed for at tage hensyn til de pågældende tjenesteydelsers særlige karakter.

Stk. 2. Medlemsstaterne sikrer, at de ordregivende myndigheder har mulighed for at tage hensyn til behovet for at sikre tjenesteydelsernes kvalitet, kontinuitet, adgangsmuligheder, tilgængelighed og omfang, samt at priserne er overkommelige, og de forskellige brugeres, herunder dårligt stillede og sårbare grupper, særlige behov, at brugerne inddrages og får indflydelse samt innovation. Medlemsstaterne kan også fastlægge, at valget af tjenesteyder skal ske på grundlag af det tilbud, der afspejler det

bedste forhold mellem pris og kvalitet, under hensyntagen til kvalitets- og bæredygtighedskriterier for sociale tjenesteydelser.

...

## **BILAG V. OPLYSNINGER, DER SKAL ANGIVES I BEKENDTGØRELSER OG MEDDELELSER**

...

DEL H. Oplysninger, der skal angives i udbudsbekendtgørelser vedrørende kontrakter om sociale og andre specifikke tjenesteydelser

(jf. artikel 75, stk. 1)

...

4. Betingelser for deltagelse, herunder:

- i givet fald angivelse af, at det er en kontrakt forbeholdt beskyttede værksteder, eller hvis udførelse er forbeholdt programmer for beskyttet beskæftigelse
- i givet fald angivelse af, om udførelsen af tjenesteydelsen ved lov eller administrativ bestemmelse er forbeholdt en bestemt profession.

...

6. Kort beskrivelse af hovedelementerne i den tildelingsprocedure, der skal anvendes.”

De pågældende direktiver er gennemført ved udbudslovens §§ 186- 189. Bestemmelserne lyder bl.a.:

### **”§ 186**

En ordregiver skal ved indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser, jf. § 7, fastlægge en procedure i overensstemmelse med § 2, herunder fastsætte kriterier for tildeling.

### **§ 187**

Ved indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser skal en ordregiver på forhånd offentliggøre en udbudsbekendtgørelse eller en forhåndsmeddelelse.

Stk. 2. Udbudsbekendtgørelser skal indeholde de oplysninger, der er omhandlet i bilag V, del H, til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65) i overensstemmelse med Europa-Kommissionens standardformularer, og oplysninger om den procedure, ordregiveren har fastlagt efter § 186.

...

**§ 188**

...

Stk. 2. Underretning til ansøgere og tilbudsgivere skal ske i overensstemmelse med § 171.

Stk. 3. En ordregiver må tidligst indgå kontrakt, når standstillperioden er udløbet, jf. § 3, stk. 1 eller 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.”

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Fredericia Kommune har i strid med udbudslovens § 187, stk. 2, jf. udbudsdirektivets bilag V, del H, punkt 6, undladt at give en ”kort beskrivelse af hovedelementerne i den tildelingsprocedure, der skal anvendes” i udbudsbekendtgørelsen. Kommunen har erkendt overtrædelsen.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Resultatet af udbuddet var, at Sundplejen havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud i henhold til det i udbudsbetingelsernes punkt 19 anførte kriterium om laveste pris. Det fulgte herefter af punkt 20, at rammeaftalen

”vil blive tildelt tilbudsgiveren [Sundplejen] med den laveste pris. Herefter vil tilbudsgiveren med den næstlaveste pris blive tilbudt en rammeaftale. Såfremt denne rammeaftale indgås, skal det imidlertid ske til de priser, som den vindende tilbudsgiver har tilbudt. Ordregiver vil således stille det som en betingelse for indgåelse af rammeaftale (med andre end tilbudsgiveren med den laveste pris), at rammeaftalen indgås til andre priser end de tilbudte. De pågældende tilbudsgivere (de andre end tilbudsgiveren med den laveste pris) kan derfor frit afslå at indgå rammeaftalen med ordregiver.

Ordregiver vil herefter fortsætte nedad i rækken af tilbudsgivere således, at der indgås op til i alt tre rammeaftaler med eksterne leverandører. Såfremt ingen eller blot én af de øvrige tilbudsgivere accepterer at indgå rammeaftale på den vindende tilbudsgivers vilkår, vil ordregiver alene indgå én henholdsvis to rammeaftaler på baggrund af dette udbud.”

I overensstemmelse hermed fremgik det af Fredericia Kommunens underretning af 10. oktober 2019 til Kære Pleje, at Kære Pleje kunne opnå kontrakt,

men kun under den forudsætning, at Kære Pleje accepterede at levere til samme priser som den vindende tilbudsgiver. Kære Pleje var dermed ikke og kunne ikke anses for vinder af udbuddet, og Fredericia Kommune skulle derfor i overensstemmelse med udbudslovens § 188, stk. 2, jf. § 171, stk. 4, nr. 2, jf. stk. 1, nr. 3, have meddelt Kære Pleje navnet på den vindende tilbudsgiver. Oplysningen fremgår ikke af kommunens skriftlige underretning, og Kære Pleje har bestridt at have fået denne oplysning telefonisk, hvilket i øvrigt ikke ville opfylde skriftlighedskravet i udbudslovens § 171, stk. 1. Det kan på den baggrund ikke anses for godtgjort, at Kære Pleje har fået lovmæssig underretning om, hvem der havde vundet udbuddet.

Påstand 2 tages derfor til følge.

#### Ad påstand 4

Fredericia Kommune havde i udbudsbetingelsernes punkt 18.3 fastsat et mindstekrav om mindst én reference, som skulle overholde følgende krav:

”

- Kontrakten skal vedrøre 1) praktisk bistand, 2) personlige plejeopgaver døgnet rundt samt 3) udvalgte delegerede sygeplejeydelser til borgere.
- Kontrakten skal have været i kraft 1. januar 2017 eller senere.
- Den månedlige kontraktsum skal i perioden fra 1. januar 2017 og til kontrakten ophørte, alternativt indtil tilbudsfristen, gennemsnitligt have været på mindst 400.000 kr.
- Kontraktsummen skal udgøre minimum 30 % til personlige plejeopgaver døgnet rundt.
- Kontraktsummen skal udgøre minimum 30 % til praktisk bistand.
- Det er dog et krav, at kontrakten har omfattet alle tre dele.”

Det var ikke i udbudsbetingelserne nærmere beskrevet, hvorledes henholdsvis ”praktisk bistand”, ”personlige plejeopgaver døgnet rundt” og ”udvalgte delegerede sygeplejeydelser til borgere” defineres. De standarder, som var vedlagt kravspecifikationen, fremstår herved ikke som en definition af de pågældende opgaver.

Det må efter det oplyste, herunder henset til de af Kære Pleje indhentede oplysninger om fordelingen af de opgaver, Sundplejen har udført for Horsens Kommune og Haderslev Kommune, lægges til grund, at kommunerne afgrænser de pågældende opgavetyper forskelligt, idet nogle kommuner dog

ifølge Fredericia Kommune anvender Fællessprog-III som efter det oplyste er en fælleskommunal metode og standard. Fredericia Kommune har endvidere oplyst, at kommunen som følge af kommunens indførelse af denne standard foretog en mindre omgruppering af nogle ydelser under udbudsprocessen.

Det kan på den nævnte baggrund ikke antages, at det har stået enhver rimelig veloplyst potentiel tilbudsgiver klart, hvordan mindstekravet i udbudsbetingelsernes punkt 18.3 skulle forstås. At kravet er uklart, understreges endvidere af den usikkerhed, der, jf. det, som Kære Pleje har anført ad påstand 3, består om, hvorvidt Sundplejen opfyldte kravet.

Fredericia Kommune har dermed handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have fastsat et uklart mindstekrav vedrørende referencer.

Påstanden tages derfor til følge.

#### Ad påstand 5

Fredericia Kommune har ikke godtgjort, at den ad påstand 1 konstaterede overtrædelse ikke har haft betydning for, hvilke virksomheder der har valgt at afgive tilbud, og dermed for udfaldet af tilbuddet. Herefter og efter karakteren af den ad påstand 4 konstaterede overtrædelse tages påstanden om annullation til følge.

#### Ad påstand 3

Klagenævnet kan behandle en klage helt eller delvist. Herefter og efter udfaldet vedrørende de øvrige påstande, tager klagenævnet ikke stilling til påstand 3.

#### Sagsomkostninger

Efter udfaldet og sagens forløb og omfang skal Fredericia Kommune betale sagsomkostninger til Kære Pleje som nedenfor bestemt.



Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Fredericia Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 187, stk. 2, jf. udbudsdirektivets bilag V, del H, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen under afsnit IV.1.11 at beskrive hovedelementerne i tildelingsproceduren, herunder tildelingskriteriet ved udbuddet.

Ad påstand 2

Fredericia Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 188, stk. 2, jf. § 171, ved ikke i sin underretningsskrivelse til Kære Pleje Fredericia ApS at have angivet, hvilken tilbudsgiver der havde afgivet tilbuddet med laveste pris.

Ad påstand 4

Fredericia Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have fastsat et uklart mindstekrav vedrørende referencer, idet det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, hvilke ydelser der skulle henregnes til henholdsvis ”personlige plejeopgaver døgnet rundt” og ”praktisk bistand”.

Fredericia Kommunes beslutning af 10. oktober 2019 om at indgå kontrakt om den udbudte rammeaftale med Sundplejen ApS annulleres.

Påstand 3 behandles ikke.

Fredericia Kommune skal i sagsomkostninger til Kære Pleje Fredericia ApS betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell  
specialkonsulent