

Delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Mediq Danmark A/S
(advokat Rikke Lange Slavensky, København)

mod

Roskilde Kommune
(advokat Anders Nørgaard og advokat Nick Bronstein, København)

Intervenient:
DanuCare ApS
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Klagenævnet for Udbud har den 22. maj 2024 modtaget en klage fra Mediq Danmark A/S (herefter "Mediq").

Mediq har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Roskilde Kommune har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-13, svarskrift, mail fra Roskilde Kommune af 10. juni 2024 samt indlæg fra intervenienten.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder foruden anmodningen om opsættende virkning følgende påstande:

”Påstand 1.

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Roskilde Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 6 ved at have foretaget en tilbudsindhentning af en rammeaftale om indkøb af klinisk ernæring og remedier til sondeernæring uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, selvom rammeaftalens værdi på tidspunktet for tilbudsindhentningen oversteg tærskelværdien for udbud efter udbudslovens afsnit II.

Påstand 2.

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, annullere Roskilde Kommunes tildelingsbeslutning af 6. maj 2024.”

Roskilde Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 13. juni 2024 meddelt DanuCare ApS (herefter ”DanuCare”) tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Roskilde Kommune.

DanuCare er den 11. juni 2024 fremkommet med bemærkninger til sagen.

Andre oplysninger i sagen

Roskilde Kommune foretog den 18. marts 2024 en tilbudsindhentning vedrørende en ny rammeaftale til fremadrettet indkøb af klinisk ernæring og remedier til sondeernæring i henhold til udbudslovens afsnit V uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Af opfordringsbrevet fremgår blandt andet:

”...

Opgavens omfang

Roskilde Kommune skal have indgået en ny rammeaftale til fremadrettet indkøb af klinisk ernæring og remedier til sondeernæring gældende for

alle borger i Roskilde Kommune. Roskilde Kommune forpligter sig ikke til at aftage en bestemt mængde, men ønsker at indgå en aftale med én fast leverandør.

Aftalen vil være gældende i 2 år med mulighed for 2 x optioner (2 x 12 mdr.)

Roskilde Kommune inviterer derfor 3 leverandører til at afgive tilbud. Leverandørernes tilbud vil blive vægtet efter princippet det mest fordelagtige tilbud, hvilket identificeres på grundlag af bedste forhold mellem pris og kvalitet.

...

Procedure

Tilbudsindhentningen gennemføres i henhold til udbudslovens afsnit V, der omfatter offentlige indkøb under tærskelværdien uden klar grænseoverskridende interesse.

...”

Af kravspecifikationen fremgår blandt andet:

”...

Roskilde Kommune udbyder Rammeaftale om anskaffelse af klinisk ernæring og utensilier. Roskilde kommune ønsker at indgå aftale med én leverandør.

Ordregiver gør opmærksom på, at der ikke gennemføres forhandlinger inden tildeling af kontrakt, ligesom der heller ikke finder kontraktforhandling sted efter tildeling af kontrakten.

Det er Ordregiveres forventning, at det samlede årlige indkøb på Rammeaftalen vil være ca. kr. 400.000

...”

Roskilde Kommune modtog tilbud fra tre tilbudsgivere, herunder Mediq og Danucare. Alle tilbud blev vurderet som værende konditionsmæssige.

Ved brev af 6. maj 2024 meddelte Roskilde Kommune, at kommunen agtede at indgå kontrakt med DanuCare. Af underretningsbrevet fremgår blandt andet følgende:

”...

Evaluering af tilbud:

Tilbuddene er blevet vurderet ud fra det i opfordringsbrevets afsnit 2.3 angivne tildelingskriterium med tilhørende underkriterier.

Pris 45 %

Pris Øvrige sortiment 5%

Kvalitet:

- Service og Levering 35 %
- Bæredygtighed 15%

Evalueringsresultat:

Danucare har afgivet det økonomiske mest fordelagtige tilbud og har opnået total 7,71 point, og tildeles kontrakten. Nedenfor ses de tildelte og vægtede karakterer på pris og kvalitet.

<i>Total point tilbudsgivere</i>	<i>Pris</i>	<i>Kvalitet</i>	<i>Total</i>
Danucare	4,00	3,71	7,71

Laveste Pris	Kr. 37.063,88
---------------------	---------------

...”

Ved brev af 14. maj 2024 gjorde Mediq indsigelse mod Roskilde Kommunes tilbudsindhentning. Indsigelsen var blandt andet begrundet i, at Roskilde Kommune i sit skøn over kontraktens værdi ikke havde taget rammeaftalens pkt. 5.3. i betragtning.

Af udkast til rammeaftale fremgår blandt andet følgende:

”...

5.3 Prisregulering

Priserne er faste de første 12 måneder regnet fra aftalens start. Herefter kan der ske dokumenterede prisregulering årligt.

Første prisregulering kan ske med virkning 12 måneder efter aftalens start og derefter én gang årligt (reguleringstidspunktet). Prisreguleringerne kan maksimalt svare til udviklingen i KL's årlige pris- og lønfremskrivning.

...”

Roskilde Kommune besvarede Mediq's henvendelse den 16. maj 2024 med blandt andet følgende:

”...

Det fremgår af vejledningen til udbudsloven § 30, at det saglige skøn som ordregiveren skal foretage, kan foregå på flere forskellige måder. Ordregiver kan fx ved at anvende rådgivere med branchekendskab fremskaffe oplysninger om markedets generelle prisniveau for den konkrete anskaffelse, indhente prisoplysninger hos økonomiske aktører m.v. Der kan tilsvarende indhentes historiske oplysninger, altså oplysninger fra tidligere udbud, som kan indgå i vurderingsgrundlaget. Disse oplysninger vil sjældent kunne stå alene i vurderingen af kontraktens værdi.

Vi ønsker først og fremmest at understrege, at Roskilde Kommune har skønnet udbuddet til at ligge under tærskelværdierne i overensstemmelse med udbudslovens bestemmelser. Dette skøn er baseret på analyse af data fra tidligere år samt markedets nuværende situation. Gennem markedsdialog har vi opnået viden om markedet som ligeledes understøtter vores vurdering af kontraktens værdi.

Efter en konkurrenceudsættelsen er der kommet vished om, at kontraktværdien ligger under tærskelværdien, hvilket bekræfter, at vores estimat har været faktisk korrekt og ikke mindst inden for ordregiverens kvalificerede skøn. Helt konkret ligger der bud under den oprindelige vurdering af kontraktens værdi.

Med de data der foreligger, vurderes det kontraproduktivt at ophæve udbuddet i henhold til udbudslovens § 6, da en evt. ny kontraktværdi ville være lavere, baseret på de modtagne tilbud i denne runde. Derfor virker indsigtelsen formålsløs, og timingen til dels uhensigtsmæssig, da indsigtelsen kunne være fremsat under spørgsmål/svar i stedet for at komme fra en tabende position.

...”

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Mediq har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Roskilde Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Mediq gjort gældende, at rammeaftalen omfattet af Roskilde Kommunes tilbudsindhentning er udbudspligtig i henhold til udbudslovens § 6, idet værdien af rammeaftalen på tidspunktet for tilbudsindhentningen oversteg den gældende tærskelværdi på 1.644.638 kr. eksklusive moms.

Det følger af udbudslovens § 30, at kommunen skal anslå værdien af en kontrakt af det samlede beløb, der efter kommunens skøn skal betales til leverandøren for gennemførelsen af den udbudte kontrakt. I den anslåede værdi skal medregnes enhver form for optioner, herunder eventuelle forlængelser af kontrakten, præmier eller betalinger til ansøgere eller tilbudsgivere, som fastsættes i udbudsmaterialet.

Kommunens vurdering af, om en kontrakts værdi må antages mindst at svare til den udbudsretlige tærskelværdi, skal ske på grundlag af et sagligt skøn under inddragelse af nødvendige og tilstrækkelige undersøgelser, jf. herved klagens netts kendelse af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S. Hertil kommer, at hensynet til udbudsreglernes effektivitet tilsiger, at kommunen ved sit skøn over kontraktens værdi skal iagttage et forsigtighedsprincip. Har kommunen foretaget et forkert skøn, kan vurderingen af kontraktens værdi tilsidesættes, jf. klagens netts kendelse af 15. december 2015, Wind People mod Energistyrelsen.

Kommunen har oplyst, at kontraktperioden var to år med mulighed for to gange 12 måneders forlængelse, hvorfor kontraktens værdi skal beregnes ud fra en fireårig kontraktperiode, jf. udbudslovens § 30, stk. 1, 2. pkt. Kommunens analyse af tidligere data og viden om markedets nuværende situation må antages at ligge til grund for den årlige værdi af rammeaftalen på ca. 400.000 kr. eksklusive moms, og kontraktens samlede værdi er derfor opgjort til i alt ca. 1.600.000 kr. Allerede fordi kontraktens værdi kun er 2,5 procent lavere end den udbudsretlige tærskelværdi efter udbudslovens § 6, skulle rammeaftalen udbydes i henhold til udbudslovens afsnit II for at sikre udbudsreglernes effektivitet.

Ud fra kommunens oplysninger om grundlaget for skønnet af rammeaftalens værdi må det desuden antages, at kommunen ikke har medtaget den forventede regulering af priserne i rammeaftalens løbetid, som rammeaftalen i henhold til afsnit 5.3. giver mulighed for. Priserne kan under rammeaftalen reguleres med udviklingen i KL's pris- og lønindeks, og denne prisregulering skulle kommunen have medtaget i skønnet over rammeaftalens værdi på tidspunktet for tilbudsindhentningen. Ved inddragelse af denne regulering i vurderingen af rammeaftalens værdi kan det lægges til grund, at en saglig vurdering af rammeaftalens værdi på tidspunktet for tilbudsindhentningen med inddragelse af optioner og øvrige vilkår af betydning for rammeaftalens værdi viser en skønnet værdi over tærskelværdien for udbud efter udbudslovens § 6. Det er uden betydning, at de indkomne tilbudspriser har vist sig at ligge under tærskelværdien, da det afgørende er indkøbets værdi på tidspunktet for tilbudsindhentningen.

Kommunen har således ikke foretaget et sagligt skøn over rammeaftalens værdi på et fyldestgørende, dokumenteret grundlag.

Særligt vedrørende påstand 1 har Roskilde Kommune gjort gældende, at rammeaftalen ikke er udbudspligtig i henhold til udbudslovens § 6, idet kommunen har foretaget et sagligt skøn over kontraktens værdi, og denne værdi oversteg ikke den gældende tærskelværdi på 1.644.638 kr. eksklusiv moms.

Kommunens skøn over kontraktens værdi er baseret på en analyse af tidligere år samt markedets nuværende situation. Kommunen har således forud for iværksættelsen af sin tilbudsindhentning opgjort og analyseret sit historiske forbrug hos den hidtidige leverandør, som i denne sammengæng androg 1.638.822,83 kr. eksklusiv moms over fire år. I tillæg hertil har kommunen undersøgt nylige tilsvarende konkurrenceudsættelser og konstateret, at det samlede prisbillede indikerer et fald i priserne set i forhold til kommunens hidtidige aftale.

Ovenstående bekræftes af, at den faktisk opnåede pris under udbuddet er væsentligt under tærskelværdien. Kommunen er uenig i Mediqs anbringende om, at udbuddet skulle gennemføres i overensstemmelse med procedurereglerne i udbudslovens afsnit II for at sikre udbudsreglernes effektivitet. Forsigtighedsprincippet aktualiseres alene i de situationer, hvor den faktisk tilbudte pris efterfølgende viser, at ordregiverens forudgående vurdering på udbudstidspunktet viser sig at være forkert, hvilket ikke er tilfældet i denne sag.

Der findes ikke støtte i udbudsreglerne eller klagenævns- eller domstolspraksis for, at prisreguleringsmekanismer skal inddrages ved opgørelsen af kontraktens værdi. Der bør herved navnlig lægges vægt på, at prisreguleringens eksakte værdi er ukendt, og at en eventuel prisregulering – i modsætning til eksempelvis optioner på aftaleforlængelser eller tilkøb – iværksættes på leverandørens initiativ. Hertil kommer, at tærskelværdiernes prisaktualitet i værdiopgørelsessammenhænge varetages af udbudslovens § 9, hvorefter tærskelværdierne i udbudslovens §§ 6-8 revideres af Europa-Kommissionen hvert andet år, hvorfor det vil savne mening at introducere en indeksering af en aftales værdi set i forhold til en tærskelværdi, som først indtræder i fremtiden, og som ikke kendes på forhånd.

Særligt vedrørende påstand 2 har Mediq gjort gældende, at beslutningen om at tildele rammeaftalen til DanuCare skal annulleres under henvisning til det, som er anført vedrørende påstand 1.

Særligt vedrørende påstand 2 har Roskilde Kommune gjort gældende, at der under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Ad uopsættelighed

Mediq har gjort gældende, at uopsættelighedsbetingelsen er opfyldt under henvisning til, at det er umuligt for Mediq på et senere tidspunkt at dokumentere et tab, da der er tale om en rammeaftale på et område, hvor borgerne samtidig har frit valg.

Hertil kommer, at uopsættelighedsbetingelsen kan lempes, hvis en klage er indgivet i standstill-perioden, hvor kontrakten endnu ikke er indgået, navnlig hvor der er begået en alvorlig overtrædelse af udbudsreglerne, jf. EU-Domstolens sag C-35/15 P(R), Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen.

Roskilde Kommune har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt. Klagen er ikke indgivet i en standstill-periode, ligesom borgernes frie valg ikke prækluderer Mediqs mulighed for at opnå omsætning på grundlag af de borgere, som beslutter ikke at udnytte kommunens aftale med DanuCare.

Ad interesseafvejning

Mediq har gjort gældende, at idet der er tale om en rammeaftale vedrørende varer, der kan indkøbes hos adskillige leverandører, er der ikke tale om et udbud af så afgørende betydning, at hensynet til kommunens interesse i at indgå rammeaftalen skal veje tungere end Mediqs interesse i, at rammeaftalen ikke indgås, før sagen er endeligt afgjort. Kommunens interesse i kontraktens hurtige indgåelse hviler således alene på det grundlag, at det vil være besværligt for kommunen at skulle afvente sagens færdigbehandling. Omvendt står Mediq i en situation, hvor krænkelsen ikke kan repareres med erstatning. Interesseafvejningen taler derfor åbenlyst til fordel for Mediq.

Roskilde Kommune har gjort gældende, at kommunen er retligt forpligtet til at sikre, at borgerne tilbydes klinisk ernæring og dermed sikre, at disses sundhed ikke kompromitteres. Klinisk ernæring er specielt udviklet til at imødekomme de ernæringsmæssige behov hos personer, der ikke kan spise normalt. En aftale sikrer, at borgere får de nødvendige næringsstoffer i korrekt balance og mængde, hvilket er kritisk afgørende for deres generelle sundhedstilstand. En aftale om klinisk ernæring indebærer endvidere adgang til sundhedspersonale, der kan overvåge borgernes ernæringsstatus og tilpasse ernæringsplaner efter behov. Dette er særligt vigtigt for at imødekomme ændringer i borgernes helbredstilstand og sikre, at ernæringen forbliver optimal.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.

2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1

Sagen angår, om Roskilde Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 6 ved uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse at have tildelt en rammeaftale til DanuCare i henhold til reglerne i udbudslovens afsnit V, selvom værdien af rammeaftalen angiveligt oversteg tærskelværdien.

Det følger af udbudslovens § 29, at værdien af en kontrakt er den anslåede værdi på tidspunktet for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen. Afsendes der ikke en udbudsbekendtgørelse, beregnes værdien på tidspunktet, hvor ordregiveren indleder udbudsproceduren. Det afgørende tidspunkt for vurderingen af udbudspligten er således tidspunktet for udsendelsen af tilbudsindhentningen, hvilket var den 18. marts 2024. Tærskelværdien for udbud omfattet af udbudslovens afsnit II er for regionale og kommunale myndigheder 1.644.638 kr. eksklusiv moms, jf. herved udbudslovens § 6, stk. 1, nr. 3, jf. § 9.

Efter udbudslovens § 30 skal en ordregiver anslå værdien af en kontrakt på grundlag af det samlede beløb, der efter ordregiverens skøn skal betales til leverandøren for gennemførelsen af den udbudte kontrakt. Ordregiveren skal medregne enhver form for optioner, herunder eventuelle forlængelser af kontrakten, præmier eller betalinger til ansøgere eller tilbudsgivere, som fastsættes i udbudsmaterialet. Værdien opgøres eksklusiv moms. En ordregiver skal efter udbudslovens § 30 ved vurderingen af, om kontraktens værdi må

antages mindst at svare til den udbudsretlige tærskelværdi, således foretage et sagligt skøn og herved foretage de undersøgelser, der er nødvendige og tilstrækkelige for udøvelsen af det saglige skøn.

Det fremgår af opfordringsbrevet, at kontraktperioden var to år med mulighed for forlængelse to gange 12 måneder. Kontraktens værdi skal derfor beregnes på grundlag af en fireårig kontraktperiode.

Det fremgår videre af opfordringsbrevet, at det samlede årlige indkøb på rammeaftalen forventeligt ville være ca. 400.000 kr. Roskilde Kommune har oplyst, at skønnet er baseret på en analyse af tidligere år samt markedets nuværende situation, herunder opgørelsen af kommunernes historiske forbrug med den hidtidige leverandør samt et forventet prisfald. Det lægges til grund, at skønnet er foretaget uden inddragelse af en eventuel prisregulering i henhold til rammeaftalens pkt. 5.3.

Af pkt. 5.3. i rammeaftalen fremgår, at priserne er faste i de første 12 måneder fra aftalens begyndelse, hvorefter der kan ske en årlig dokumenteret prisregulering. Første prisregulering kan ske med virkning 12 måneder efter aftalens begyndelse og derefter én gang årligt, og prisreguleringen kan maksimalt svare til udviklingen i KL's årlige pris- og lønfremskrivning. Det lægges efter det oplyste til grund, at det samlede beløb, som Roskilde Kommune vil skulle betale til leverandøren i henhold til rammeaftalen, såfremt muligheden for prisregulering udnyttes, vil kunne overstige tærskelværdien.

Klagenævnet finder, at Roskilde Kommune var forpligtet til at inddrage prisreguleringsmekanismen i rammeaftalens pkt. 5.3. på lige fod med andre eventualforpligtelser anført i udbudslovens § 30 i sit skøn over kontraktens værdi. Det kan ikke føre til et andet resultat, at de indkomne tilbud viste sig at ligge under tærskelværdierne, idet det afgørende tidspunkt efter udbudslovens § 30 er tidspunktet for indhentelse af tilbud.

Rammeaftalen oversteg dermed tærskelværdien i udbudslovens § 6, jf. § 9, og Roskilde Kommune burde derfor have iværksat et udbud efter udbudslovens afsnit II.

Der er derfor på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

Det følger af det, der er anført ad påstand 1, sammenholdt med parternes anbringender til støtte for påstand 2, at der på det foreløbigt foreliggende grundlag er udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 om "fumus boni juris" er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (uopsættelighed) bemærker klagenævnet, at denne betingelse som udgangspunkt er opfyldt i en sag som den foreliggende, hvor der er tale om direkte tildeling af en kontrakt. Det af Roskilde Kommune anførte kan ikke føre til, at dette udgangspunkt fraviges. Betingelsen om uopsættelighed er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 3 (interesseafvejning) bemærker klagenævnet, at det efter en samlet vurdering af overtrædelsens karakter og det af parterne om denne betingelse anførte må antages, at Mediqs interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, overstiger Roskilde Kommunes interesse i det modsatte. Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at karakteren af de produkter, som rammeaftalen vedrører, ikke i sig kan føre til en anden vurdering, idet Roskilde Kommune ikke har anført omstændigheder, der giver grundlag for at antage, at indgåelse af rammeaftalen er af hastende karakter.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning opfyldt.

Klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges opsættende virkning.

Ane Røddik Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Ingo Zubcevic Eriksen
fuldmægtig