

K E N D E L S E

Bandagist-Centret A/S,  
Ortos A/S og  
Sahva A/S  
(advokat Svend Bjerregaard, Aarhus)

mod

Haderslev Kommune,  
Sønderborg Kommune,  
Tønder Kommune og  
Aabenraa Kommune  
(advokat Torkil Høg, København)

Denne sag er anlagt for Klagenævnet for Udbud af 3 leverandører af arm- og benproteser omfattet af den såkaldte »fritvalgsordning«, jf. den sociale servicelovs § 112, stk. 3.

Indkøb af sådanne arm- og benproteser til borgerne i Haderslev, Sønderborg, Tønder og Aabenraa kommuner sker uden udbud gennem en særlig procedure, hvori Center for Hjælpemidler og Kommunikation (CHK) indgår.

Den 15. november 2012 indgav Bandagist-Centret A/S, Ortos A/S og Sahva A/S (klagerne) klage til Klagenævnet for Udbud vedrørende Haderslev, Sønderborg, Tønder og Aabenraa kommuner (de indklagede).

Sagen har været behandlet på et møde i klagenævnet den 11. juni 2013.

Klagerne har nedlagt følgende påstande:

### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet og stadig handler i strid med udbudsdirektivets artikel 28 samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved via CHK at foretage indkøb af arm- og benproteser uden forudgående udbud.

### Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet og stadig handler i strid med tilbudslovens afsnit II ved via CHK at foretage indkøb af arm- og benproteser uden forudgående udbud.

### Påstand 3

Klagenævnet skal annullere de indklagedes beslutninger om indgåelse af aftaler om levering af arm- og benproteser i perioden 1. januar 2011 og indtil kendelsens afsigelse.

### Påstand 4

Klagenævnet skal erklære de af de indklagede indgåede aftaler om levering af arm- og benproteser i perioden 1. januar 2011 og indtil kendelsens afsigelse for uden virkning.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Vedrørende påstand 3 har indklagede dog principalt påstået afvisning.

### Sagens nærmere omstændigheder:

#### *Center for Hjælpemidler og Kommunikation og fremgangsmåden ved indkøb af arm- og benproteser*

De indklagede kommuner har oplyst, at CHK, der tidligere var en amtslig institution, drives af Aabenraa Kommune på grundlag af en samarbejdsaftale mellem de indklagede kommuner. Der er tale om et center, hvor borgerne i kommunerne kan henvende sig for rådgivning, vejledning og specialundervisning samt for at søge bevilling af specialhjælpemidler. CHK foretager på baggrund af anmodning fra borgerens hjemkommune undersøgelse og vurdering af borgerens behov, blandt andet i forhold til ansøgninger om arm- og benproteser. Centeret har ikke bevillingskompetence, så ansøgerne afgøres af borgerens hjemkommune efter endt sagsudredning.

Om den konkrete fremgangsmåde ved indkøb af arm- og benproteser har kommunerne oplyst følgende:

»Kommunerne har ikke udnyttet mulighed i serviceloven til at indgå leverandøraftaler. Ved alle anskaffelser af hjælpemidler er det således borgeren selv, der indkøber det ønskede hjælpemiddel.

Som nævnt ydes støtten til borgerens anskaffelse ”[...] efter regning, dog højst med et beløb svarende til prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel.” (servicelovens § 112, stk. 3, sidste pkt.).

Til brug for beregning af dette bevillingsgrundlag – ”det bedst egnede og billigste hjælpemiddel” – anvender Kommunerne følgende fremgangsmåde:

- 1) Ved konkret hjælpemiddelbehov ansøger borgeren – typisk med hjælp fra fysioterapeut og på sygehuset – egen hjemkommune om støtte efter serviceloven. Efter henvisning fra hjemkommunen varetager CHK sagsforberedelsen på hjemkommunens vegne, der træffer afgørelse om bevilling eller afslag.
- 2) I forbindelse med sagsbehandlingen oplyses borgeren om, at der skal indhentes to tilbud på den aktuelle protese. Borgeren spørges om, hvilke bandagister borgeren ønsker som tilbudsgivere. Borgeren får evt. hjælp fra fysioterapeut og sygehuspersonalet til valg af tilbudsgivere.
- 3) De to leverandører, som borgeren har valgt, afgiver tilbud, og CHK vurderer tilbuddene i forhold til borgerens forventede behov og funktionsniveau, samt om de to tilbud er sammenlignelige. På denne baggrund træffer hjemkommunen afgørelse og foretager evt. bevilling, beregnet på grundlag af ”det bedst egnede og billigste hjælpemiddel”.
- 4) Borgeren indgår aftale med en leverandør; enten den leverandør, hvis tilbud ligger til grund for beregning af bevilling, jf. punkt 3, eller anden leverandør mod betaling af evt. merpris.
- 5) Afregningen sker direkte mellem leverandøren og kommunen. Evt. merpris afregnes af borgeren overfor leverandøren. Protoserne er speciallavet, og fremstillingen sættes først i gang, efter at bevillingen er givet.
- 6) Hjælpemidlet leveres direkte til borgeren, der bliver ejer af

hjælpemidlet.

- 7) Hvis protesen bliver defekt, henvender borgeren sig normalt direkte til bandagisten med henblik på reparation. Bandagisten hjælper så borgeren med evt. at ansøge hjemkommunen om støtte til reparationen.

I forbindelse med valget af de to leverandører, der skal afgive tilbud (ad punkt 2), udleverer CHK en leverandørliste til borgeren. Listen er udarbejdet som en hjælp til borgeren og sikrer, at der er realitet i borgerens valgfrihed, da borgeren ikke nødvendigvis har kendskab til markedet og mulige leverandører.

Der afholdes ikke nogen form for udbud. Leverandørerne på listen har blot tilkendegivet, at de ønsker at samarbejde med CHK i forbindelse med tilbudsgivning, herunder vil overholde nogle få krav. Leverandørlisten er ikke udtømmende, og det står altid borgeren frit for at indkalde tilbud fra andre leverandører. ...«

Klagerne har under den mundtlige forhandling for klagenævnet erklæret sig enig i den anførte beskrivelse, bortset fra, at det – som anført under klagerens anbringender vedrørende påstand 1 og 2 – er klagerens opfattelse, at det er kommunen – og ikke den enkelte borger – der bliver ejer af den indkøbte protese, jf. pkt. 6 ovf.

De indklagede har oplyst, at kommunernes udgifter til arm- og benproteser, tilbehør og reparation i 2011 udgjorde:

Kommune	Arm- og benproteser	Tilbehør/reparation	Sum pr. kommune	Sum alle kommuner i alt
Haderslev	515.091	227.386	742.477	
Sønderborg	1.093.955	273.476	1.367.431	
Tønder	647.481	163.819	811.300	
Aabenraa	554.836	419.085	973.921	
				3.895.129

Frem til 30. september 2012 udgjorde udgifterne i dette år:

Kommune	Arm- og benproteser	Tilbehør/reparation	Sum pr. kommune	Sum alle kommuner i alt

Haderslev	222.531	137.781	360.312	
Sønderborg	624.602	187.362	811.964	
Tønder	349.066	125.710	474.776	
Aabenraa	439.620	144.696	584.316	
				2.231.368

De indklagede har endvidere oplyst, at udgifterne i 2011 blev fordelt med 84,9 % til de klagende virksomheder og 15,1 % til andre virksomheder.

Klageren har oplyst, at klageren via brancheorganisationen Danske Bandagist Virksomheder den 15. december 2011 har klaget til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen over den af de indklagede og CHK anvendte procedure. Styrelsen har den 12. juli 2012 afgivet en udtalelse herom. Styrelsen udtalte i den forbindelse blandt andet:

»Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse har kommunernes indhentning af tilbud ... karakter af en beregningsmetode til fastlæggelsen af støtten til de konkrete borgere.

På det foreliggende grundlag er det herefter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens umiddelbare vurdering, at de konkrete aftaler om levering af personlige hjælpemidler, som indgås ... ikke har direkte økonomisk interesse for kommunerne. Styrelsen lægger i den sammenhæng vægt på, at det er borgerne, som begunstiges af aftalerne. Endvidere lægges vægt på, at aftalerne indgås af borgerne, og at dette ikke sker på kommunernes vegne, idet kommunerne ikke i henhold til serviceloven er forpligtet til at stille personlige hjælpemidler til rådighed for borgerne, men alene at yde økonomisk støtte til indkøb heraf. Aftalerne har derfor ikke til formål at fritage kommunerne for en forpligtelse, som de er pålagt efter lovgivningen. Endelig lægges vægt på, at kommunerne kun hæfter for den del af betalingen, som svarer til det bedst egnede og billigste hjælpemiddel og som fastlægges ved indhentning af to tilbud, der udvælges af borgerne.

De aftaler om levering af personlige hjælpemidler, som borgerne indgår ... – hvad enten aftalerne indgås med en af de leverandører, som der er indhentet tilbud fra med henblik på fastlæggelse af, hvad borgeren kan få i bevilling, eller en tredje leverandør – kan derfor ikke betragtes som gensidigt bebyrdende i udbudsdirektivets forstand, og skal derfor ikke udbydes i overensstemmelse med udbudsreglerne.«

*Baggrunden for ordningen: Reglerne i den sociale lovgivning*

Efter den sociale servicelovs § 112, stk. 1, skal kommunerne i visse situationer yde støtte til hjælpemidler til personer med varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne.

Spørgsmålet om, hvordan denne støtte ydes, herunder om valg af leverandør, reguleres navnlig i bestemmelsens stk. 2 - 4:

»*Stk. 2.* Kommunalbestyrelsen kan bestemme, at et hjælpemiddel skal leveres af bestemte leverandører. I forbindelse med kommunalbestyrelsens indgåelse af leverandøraftaler inddrages repræsentanter for brugerne ved udarbejdelse af kravspecifikationerne.

*Stk. 3.* Ansøgeren kan vælge leverandør af hjælpemidler, jf. dog stk. 4. Hvis kommunalbestyrelsen har indgået en leverandøraftale og ansøgeren ønsker at benytte en anden leverandør end den, som kommunalbestyrelsen har indgået leverandøraftale med, indkøber ansøgeren selv hjælpemidlet og får udgifterne hertil refunderet, dog højst med et beløb svarende til den pris, kommunen kunne have erhvervet hjælpemidlet til hos sin leverandør. Har kommunalbestyrelsen ikke indgået leverandøraftale, kan ansøgeren vælge leverandør, og støtten ydes efter regning, dog højst med et beløb svarende til prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel.

*Stk. 4.* Ansøgerens ret til at vælge leverandør af hjælpemidler efter stk. 3 gælder ikke, hvis kommunalbestyrelsen kan stille et hjælpemiddel til rådighed, som er fuldstændig identisk med det hjælpemiddel, som ansøgeren ønsker at anskaffe fra en anden leverandør.«

Efter bestemmelserne i den sociale servicelovs § 112, stk. 5, nr. 2 og 3, kan velfærdsministeren blandt andet fastsætte regler om, i hvilket omfang modtageren selv betaler en del af udgiften til anskaffelse, reparation og drift af et hjælpemiddel, og hvornår støtte til et hjælpemiddel kan ydes som udlån eller udleveres som naturalydelse.

Bestemmelsen i den sociale servicelovs § 112, stk. 3, fik sin nuværende ordlyd ved lov nr. 407 af 21. april 2010. Af det bagvedliggende lovforslag (L nr. 114 af 27. januar 2010) fremgår om den foreslåede ordning blandt andet:

»3. Lovforslagets indhold

3.1. Frit valg af hjælpemidler

Det foreslås, at borgeren kan vælge leverandør af hjælpemidler. Hvis kommunalbestyrelsen har indgået en leverandøraftale, og borgeren øn-

sker at benytte en anden leverandør end den, som kommunalbestyrelsen har indgået leverandøraftale med, indkøber borgeren selv hjælpemidlet og får udgiften hertil refunderet, dog højst med et beløb svarende til den pris, kommunen kunne have erhvervet hjælpemidlet til hos sin leverandør. Har kommunalbestyrelsen ikke indgået leverandøraftale, kan borgeren vælge leverandør, og støtten ydes efter regning, dog højst med et beløb svarende til prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel.

...

Det foreslås, at det er borgeren selv, der indkøber hjælpemidlet, hvorefter udgifterne refunderes af kommunalbestyrelsen. Hvis der er tale om et hjælpemiddel, der er omfattet af en af kommunalbestyrelsen indgået leverandøraftale, kan der højst refunderes udgifter med et beløb svarende til den pris, som kommunalbestyrelsen kunne have erhvervet hjælpemidlet for hos sin leverandør. Hvis der er tale om et hjælpemiddel, der ikke er omfattet af en leverandøraftale, kan borgeren vælge leverandør, og støtten ydes efter regning, dog højst med et beløb svarende til prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel.

Efter forslaget vil hjælpemidlet som udgangspunkt tilhøre kommunen, og det vil derfor skulle afleveres til kommunen, når borgeren ikke længere har brug for det. ...«

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslagets § 1, nr. 1, (vedrørende blandt andet servicelovens § 112, stk. 3) fremgår blandt andet:

»Med forslaget tilsigtes ingen ændringer i princippet om støtte til det bedst egnede og billigste hjælpemiddel. ... Det er kommunalbestyrelsen, der ud fra en konkret og individuel vurdering af borgernes samlede funktionsnedsættelse og de deraf affødte behov for kompensation i hver enkelt sag afgør, hvilket hjælpemiddel der er bedst egnet og billigst. Det skal fremgå af bevillingsskrivelsen, hvilket hjælpemiddel kommunalbestyrelsen anser som bedst egnet og billigst, og dermed hvilket hjælpemiddel kommunalbestyrelsen yder støtte til. Hermed er borgeren på forhånd kendt med, hvor meget støtte kommunalbestyrelsen vil yde og til hvilket hjælpemiddel, inden borgeren tager stilling til, om den pågældende ønsker at benytte retten til frit valg. ...

...

Det er hensigten, at afregningen mellem borgeren, leverandøren og kommunalbestyrelsen i de tilfælde, hvor borgeren har benyttet sig af retten til frit valg, vil blive reguleret i den bekendtgørelse, som det påtænkes at udstede, hvis lovforslaget vedtages. Afregningen foreslås at ske efter samme regler, som er gældende under frit valgs-ordningen for særligt personlige hjælpemidler, jf. § 5, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 987 af 6. august 2007 med senere ændring, om hjælp til anskaffelse af hjælpemidler og forbrugsgoder efter serviceloven. Efter denne regel sendes fakturaen for indkøbet af leverandøren til og afregnes direkte med

kommunen. Borgeren hæfter selv for egenandelen, der afregnes direkte med leverandøren. Herved sikres det, at indførelsen af frit leverandørvalg for alle typer af hjælpemidler ikke indebærer en unødigt belastning af den enkelte borgers økonomi. Endvidere vil det med denne afregningsform være muligt for kommunerne at afløfte moms af regningen gennem momsrefusionsordningen for kommuner og regioner. Det er en forudsætning, at kommunen modtager en faktura, hvorpå momsen er anført.

...

Lovforslaget foreslås at følge de principper, der i dag er gældende for det frie leverandørvalg af særligt personlige hjælpemidler. Med forslaget er det derfor ikke hensigten at ændre på kommunalbestyrelsens forsyningsforpligtelse, ligesom det fortsat vil være kommunen, der ejer hjælpemidlet.

...

Hvis lovforslaget vedtages, er det hensigten, at der i den bekendtgørelse, som påtænkes at blive udstedt, vil blive fastsat en regel om, at hjælpemidlet som udgangspunkt tilhører kommunen, og det skal derfor afleveres til kommunen, når borgeren ikke længere har brug for det.«

I den såkaldte »*hjælpemiddelbekendtgørelse*«, nu bekendtgørelse nr. 1432 af 23. december 2012, er der blandt andet fastsat:

»§ 2. Der kan normalt ikke ydes støtte til hjælpemidler, som ansøgeren selv har anskaffet, inden bevilling er givet.

§ 3. Hjælp ydes til anskaffelse af det bedst egnede og billigste hjælpemiddel. Hjælpen kan ydes som udlån, kontantydelse eller udleveres som naturalhjælp.

*Stk. 2.* Hvis hjælpen er ydet som udlån, skal hjælpemidlet tilbageleveres til kommunen, når ansøgeren ikke har brug for det mere. Følgende hjælpemidler skal dog ikke tilbageleveres efter endt brug: ..., arm- og benproteser, ...

§ 4. Hjælp til reparation og udskiftning af bevilgede hjælpemidler samt reservehjælpemidler ydes efter behov. ...

*Stk. 2.* Hvis ansøgeren har benyttet sig af retten til frit valg af hjælpemiddel, jf. § 112, stk. 3, i lov om social service, og hvis der på grund af ansøgerens frie valg undtagelsesvist skulle blive tale om ekstraordinært dyre eller hyppige reparationer eller hyppigere udskiftninger, skal udgifterne hertil afholdes af ansøgeren selv.

*Stk. 3.* Der ydes ikke hjælp til udgifter, som følger af brug af hjælpemidlet, fx til drift, rengøring eller vedligeholdelse, jf. dog stk. 4-6.

...

§ 6. Efter § 112, stk. 3, i lov om social service kan ansøgeren vælge leverandør af hjælpemidler, jf. dog stk. 2. ... Har kommunalbestyrelsen

ikke indgået leverandøraftale, kan ansøgeren vælge leverandør, og støtten ydes efter regning, dog højst med et beløb svarende til prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel.

*Stk. 2.* Ansøgerens ret til at vælge leverandør af hjælpemidler efter stk. 1 gælder ikke, hvis kommunalbestyrelsen kan stille et hjælpemiddel til rådighed, som er fuldstændig identisk med det hjælpemiddel, som ansøgeren ønsker at anskaffe fra en anden leverandør.

*Stk. 3.* Ved indkøb af hjælpemidler efter reglerne i § 112, stk. 3, i lov om social service skal fakturaen fra den leverandør, som ansøgeren vælger, sendes og afregnes direkte med kommunen. Ansøgeren hæfter selv for egenandelen, der betales direkte til leverandøren. Det skal fremgå af fakturaen, om ansøgerens evt. egenandel er fratrukket.

*Stk. 4.* Det er en betingelse for, at kommunalbestyrelsen kan yde støtte til hjælpemidler indkøbt efter reglerne i § 112, stk. 3, i lov om social service, at det hjælpemiddel, som ansøgeren har valgt, opfylder de faglige specifikationer og krav til egnethed, som kommunalbestyrelsen har opstillet. Det er ansøgerens ansvar at sikre dette.

§ 7. Hjælpemidler, hvortil der er ydet støtte efter reglerne i § 112, stk. 3, i lov om social service, betragtes som udlån og skal tilbageleveres til kommunen, når ansøgeren ikke har brug for dem mere, jf. dog § 3, stk. 2, 2. pkt. Ansøgeren opnår dermed ikke ejendomsret til hjælpemidlet.

*Stk. 2.* Ansøgerens eventuelle egenbetaling ved frit leverandørvalg, jf. § 6, stk. 1, skal ved tilbagelevering af hjælpemidlet til kommunen inden 4 år regnet fra købstidspunktet, udbetales til ansøgeren efter fradrag af 2.660 kr. inkl. moms og nedskrivning med 1/48 for hver måned, der er gået, fra den dag kvittering forelå. Det er en betingelse, at hjælpemidlet har fået en generelt forøget anvendelighed også for andre end ansøgeren. Egenbetaling på op til 2.660 kr. udbetales ikke ved tilbagelevering af hjælpemidlet.«

*EU-domstolens praksis vedrørende kravet i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, om, at der skal være tale om gensidigt bebyrdende aftaler*

Af udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, fremgår, at der ved offentlige kontrakter forstås: »*gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.*«

EU-domstolen har i praksis taget stilling til kravet om, at aftalen skal være gensidigt bebyrdende.

Domstolen har således i dom i sag C-451/08 af 25. marts 2010, Helmut Müller GmbH, blandt andet udtalt:

»45. Det bemærkes i denne forbindelse, at i henhold til artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18 forstås ved »offentlige kontrakter« gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt.

46. Begrebet kontrakt er afgørende inden for rammerne af fastlæggelsen af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18. Som det fremgår af anden betragtning til direktivet, har det til formål at anvende EU-rettens bestemmelser på indgåelse af kontrakter på vegne af staten, regionale myndigheder og andre offentligretlige organer. Andre kategorier af aktiviteter, som påhviler de offentlige myndigheder, er ikke omfattet af det pågældende direktiv.

47. Endvidere er det kun gensidigt bebyrdende kontrakter, som kan udgøre offentlige kontrakter henhørende under direktiv 2004/18.

48. Kontraktens gensidigt bebyrdende karakter indebærer, at den ordregivende myndighed, som har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til kontrakten, modtager en ydelse mod et vederlag. Ydelsen består i udførelsen af det arbejde, som den ordregivende myndighed ønsker at opnå (jf. dom af 12.7.2001, sag C-399/98, *Ordine degli Architetti m.fl.*, Sml. I, s. 5409, præmis 77, og af 18.1.2007, sag C-220/05, *Auroux m.fl.*, Sml. I, s. 385, præmis 45).

49. En sådan ydelse skal efter sin natur og i henhold til opbygningen og formålet med direktiv 2004/18 bibringe den ordregivende myndighed en økonomisk fordel.

50. Denne økonomiske interesse er klart godtgjort, når det fremgår, at den ordregivende myndighed bliver ejer af de bygge- og anlægsarbejder, der er genstand for kontrakten.

51. En sådan økonomisk interesse kan ligeledes konstateres, hvis det er bestemt, at den ordregivende myndighed får en retlig adkomst, som sikrer den rådigheden over det arbejde, der er genstand for bygge- og anlægskontrakten, henset til dets offentlige anvendelse (jf. i denne retning dommen i sagen *Ordine degli Architetti m.fl.*, præmis 67, 71 og 77).

52. Den økonomiske interesse kan endelig ligge i de økonomiske fordele, som den ordregivende myndighed kan drage af anvendelsen eller den fremtidige afståelse af bygge- og anlægsarbejderne, på grund af dennes økonomiske deltagelse i deres gennemførelse eller i de risici, som den bærer i tilfælde af arbejdets økonomiske fiasko (jf. i denne retning dommen i sagen *Auroux m.fl.*, præmis 13, 17, 18 og 45).

...

57. Den blotte udøvelse af regulerede virksomhed på området for byplanlægning, som tilsigter at tage hensyn til den offentlige interesse, har imidlertid ikke til formål at modtage en kontraktmæssig ydelse eller at forfølge den ordregivende myndigheds direkte økonomiske interesse, således som det kræves efter artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18.«

EU-domstolen har i dom af 15. juli 2010 i sag C-271/08, Kommissionen mod Tyskland, endvidere udtalt blandt andet:

»71. Medlemsstaten har anført, at de kommunale arbejdsgivere ikke handler som ordregivende myndigheder, når de alene på området for arbejdsmarkedspension gennemfører et valg, som på forhånd er fastlagt i en kollektiv overenskomst, uden at have en beslutningsfrihed, der kunne føre til, at de af egen vilje gav en fortrinsstilling til den ene eller anden bydende.

72. Den har i øvrigt hævdet, at de omhandlede aftaler ikke er gensidigt bebyrdende aftaler. Der foreligger således alene et økonomisk udvekslingsforhold mellem forsikringsinstitutionen og den arbejdstager, der har valgt lønkonvertering. Arbejdsgiveren påtager sig for sin del alene for arbejdstageren at overføre de bidrag, der i henhold til overenskomsten er indeholdt i arbejdstagerens løn, til denne institution. Aftalerne har til formål at gennemføre en foranstaltning til fordel for arbejdstagerne og ikke at indgå en aftale til fordel for den offentlige myndighed.

73. Det skal i denne forbindelse først fastslås, at der hverken i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50 eller i artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 sondres mellem offentlige aftaler, som en ordregivende myndighed indgår for at opfylde den opgave at imødekomme almenhedens behov, og kontrakter, der ikke vedrører denne opgave. ...

74. Det skal endvidere bemærkes, at [en bestemmelse i overenskomsterne] er blevet forhandlet bl.a. af repræsentanter for de kommunale arbejdsgivere. Disse arbejdsgivere har følgelig øvet indflydelse – i det mindste indirekte – på indholdet af bestemmelsen.

75. Betingelsen om den gensidigt bebyrdende karakter af de omhandlede aftaler indebærer endelig en undersøgelse af, hvorvidt disse aftaler er af direkte økonomisk interesse for de kommunale arbejdsgivere, der indgår dem (jf. analogt dom af 25.3.2010, sag C-451/08, Helmut Müller, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 48 og 49).

76. Herved bemærkes, at på området for kommunal offentlig forvaltning fremgår det af [en bestemmelse i overenskomsterne], at arbejdsgi-

veren skal gennemføre lønkonverteringsforanstaltningen ved de offentlige institutioner, der er omfattet af første punktum i den pågældende bestemmelse, eller, hvis dette ikke er muligt, vælge de gennemførelsesmuligheder, som tilbydes af de selskaber, der er nævnt i bestemmelsens andet punktum.

77. I henhold til [lovgivningen] er arbejdsgiveren »også ansvarlig for tildeling af de ydelser, der er givet tilsagn om, selv om gennemførelsen ikke direkte forestås af den pågældende«.

78. Den kommunale arbejdsgiver forhandler således indholdet af en gruppeforsikringsaftale med et forsikringsselskab, som er underlagt særlige forsigtighedskrav, der skal sikre dets finansielle soliditet. Sidstnævntes ydelser giver arbejdsgiveren mulighed for at varetage sin forpligtelse til korrekt at udføre denne form for opsat lønudbetaling, som følger af lønkonverteringsforanstaltningen. De frigør ligeledes arbejdsgiveren fra forvaltningen af denne foranstaltning.

79. På grundlag af en sådan aftale indbetaler den kommunale arbejdsgiver til den omhandlede institution eller selskab de bidrag, der er indeholdt i lønnen, som den er forpligtet til i forhold til arbejdstagerne, og opnår til gengæld de tjenesteydelser, der var en del af dens forpligtelse, jf. [lovgivningen], til at sørge for tildeling af pensionsydelserne til fordel for de arbejdstagere, som med arbejdsgiverens tilsagn har valgt at gøre brug af lønkonverteringsforanstaltningen.

80. Den omstændighed, at de endelige modtagere af pensionsydelserne er de arbejdstagere, der er tiltrådt den pågældende foranstaltning, kan ikke rejse tvivl om en sådan aftales gensidigt bebyrdende karakter.«

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1 og 2

Klagerne har til støtte for påstand 1 navnlig anført, at såvel CHK's tilbudsindhentning som de konkrete aftaler, der indgås om køb af arm- og benproteser, skal anses for offentlige kontrakter i medfør af udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a. Efter klagernes opfattelse må det dog anses for tilstrækkeligt til at opfylde udbudspligten i henhold til udbudsdirektivet, hvis blot de af CHK indgåede aftaler udbydes, selvom borgeren i sidste ende vælger en anden leverandør.

CHK's indhentning af tilbud udgør en konkret leverandøraftale i henhold til servicelovens § 112, stk. 2, og en sådan aftale er udbudspligtig. Det er uden

betydning for vurderingen, om aftalen indgås fra gang til gang, eller om der i stedet indgås en fast aftale for en længere periode med en bestemt leverandør, jf. fremgangsmåden i servicelovens § 112, stk. 2. Der må herved lægges vægt på, at leverandørerne afgiver tilbud direkte over for CHK, der optræder som fuldmægtig for de indklagede. Tilbuddene tjener – ligesom i den traditionelle stk. 2-situation – dermed også som et alternativ til borgerne eget frie valg. Hvis borgerne vælger et andet tilbud end det, CHK finder er bedst og billigst, må borgeren selv indhente et tilbud.

Selv hvis CHK's tilbudsindhentning ikke kan anses for leverandøraftaler omfattet af § 112, stk. 2, vil de enkelte aftaler om køb af hjælpemidler være gensidigt bebyrdende i forhold til de indklagede kommuner og dermed udbudspligtige. Der må herved navnlig lægges vægt på, at det følger af hjælpemiddelbekendtgørelsens § 7, at det er kommunen, der bliver ejer af de indkøbte proteser. Det støttes endvidere af, at det efter hjælpemiddelbekendtgørelsens § 2 er en forudsætning for, at der ydes støtte til køb af hjælpemidler, at støtten ydes, inden aftalen herom indgås. Dermed bliver de indklagedes bevilling afgørende for aftalernes indhold og indgåelse. Da afregningen sker direkte til de indklagede, jf. hjælpemiddelbekendtgørelsens § 6, bliver de indklagede forpligtet af de indgåede aftaler til at opfylde i hvert fald langt den væsentligste del af de forpligtelser, der påhviler køberen i henhold til aftalen. Aftaler, der er indgået i forlængelse af CHK's tilbudsindhentning, er endvidere af væsentlig og direkte økonomisk interesse for kommunerne, da valget af det bedste og billigste tilbud er afgørende for størrelsen af det beløb, som kommunerne i sidste ende kommer til at betale for hjælpemidlet. Det forhold, at det er borgeren – og ikke kommunerne selv – der modtager hjælpemidlet, er ikke afgørende for, om kommunen har en direkte økonomisk interesse i ydelsen, jf. EU-domstolens dom af 15. juli 2010 i sag C-271/08, Kommissionen mod Tyskland. Formålet bag udbudsreglerne taler endvidere for, at der skal ske udbud af de pågældende leverancer

Da de indklagede kommuner i fællesskab foretager indkøb via CHK, der må sidestilles med en indkøbscentral efter udbudsdirektivets artikel 1, stk. 10, skal værdien af deres respektive indkøb opgøres samlet på baggrund af de indklagedes indkøb af proteser i løbet af de foregående 12 måneder, jf. udbudsdirektivets artikel 9, stk. 7. Værdien herved overstiger direktivets tærskelværdi, og derfor skulle der have været foretaget udbud efter direktivets regler, jf. påstand 1. Hvis klagenævnet finder, at værdien af kommu-

ernes afskaffelser ikke skal lægges sammen, gøres det gældende, at de enkelte kommuners anskaffelser hver især har en sådan størrelse, at kontrakterne herom skulle have været annonceret i henhold til tilbudsloven som anført i påstand 2.

De indklagede har navnlig anført, at der ikke foreligger en gensidigt bebyrdende aftale mellem de indklagede og leverandøren, og at de enkelte aftaler derfor ikke er udbudspligtige, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a. Dermed er de heller ikke omfattet af tilbudslovens regler. Der må herved navnlig lægges vægt på, at der slet ikke består et aftaleretligt forhold mellem de indklagede/CHK og leverandørerne, og at kommunerne ikke har nogen direkte økonomisk interesse i kontrakterne mellem de enkelte borgere og leverandørerne.

Efter den sociale servicelovs § 112 er kommunerne ikke forpligtet til at indgå leverandøraftaler, og sådanne bliver heller ikke indgået efter den fulgte model. Hverken kommunerne eller CHK modtager nogen vareydelse fra leverandørerne, og kommunen betaler heller ikke leverandørerne nogen modydelse for levering af ydelser til borgerne.

Den sagsforberedelse, som CHK foretager, og som blandt andet omfatter indhentning af to tilbud, har alene til formål og som virkning, at kommunen kan beregne størrelsen af det økonomiske tilskud, som den er forpligtet til at yde, jf. servicelovens § 112, stk. 3, sidste pkt.

Kommunerne har endvidere ikke direkte økonomisk interesse i de indgåede kontrakter. Der må herved lægges vægt på, at den enkelte protese leveres til borgerne, der bliver ejere af protesen, jf. hjælpemiddelbekendtgørelsens § 7, jf. § 3, stk. 2, 2. pkt. Selv hvis kommunen måtte blive ejer af protesen, må det – uanset det, som EU-domstolen har anført i sin dom i sag C-451/08 af 25. marts 2010, Helmut Müller GmbH, præmis 50 – lægges til grund, at der er tale om et helt særligt tilfælde, hvor de sædvanlige retsvirkninger af en ejendomsret ikke følger med, hvorfor kommunerne ikke har nogen direkte økonomisk interesse. Det skyldes, at kommunerne ikke kan kræve protesen udleveret, jf. § 3, stk. 2, 2. pkt., i hjælpemiddelbekendtgørelsen. Dertil kommer, at kommunernes forpligtelse er begrænset til en lovbestemt pligt til at yde den fastsatte bevilling til den indkøbte protese. Eventuelle mangelsbeføjelser og andre aftaleretlige beføjelser tilkommer alene borgeren. Aftalerne indgås ikke på kommunens vegne. Det er således kun den enkelte

borger, der begunstiges i henhold til aftalen. Det forhold, at afregningen sker direkte mellem leverandøren og hjemkommunen, er alene udtryk for en praktisk foranstaltning, der følger af hjælpemiddelbekendtgørelsen.

Hvis klagenævnet måtte anse de kontrakter, der indgås, for »*offentlige kontrakter*« i henhold til udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, har kommunerne gjort gældende, at værdien heraf ikke overstiger tærskelværdien, idet hver kommunes indkøb skal vurderes individuelt. CHK er ikke og kan heller ikke sidestilles med en indkøbscentral efter udbudsdirektivets artikel 1, stk. 10. Det er således de enkelte kommuner, der selv træffer bestemmelse om bevilling af støtten. Der sker ingen fælles tilbudsindhentning eller fælles kontraktsindgåelse kommunerne imellem.

#### Ad påstand 3 og 4

Klagerne har navnlig gjort gældende, at det med den anvendte fremgangsmåde står de indklagede frit for at beslutte, dels hvilke virksomheder der anmodes om at afgive tilbud, dels at træffe den endelige tildelingsbeslutning. Borgerne har ikke noget frit valg, da der ved tilbudsindhentningen sker en begrænsning af de virksomheder, de kan vælge blandt, og da de selv skal betale en eventuel merpris ved valg af en anden leverandør. Borgerne indkøber i realiteten proteserne på kommunens vegne. Den procedure, som CHK gennemfører, opfylder således ikke kravene i udbudsdirektivet, hvorfor der skal ske annullation af de indklagedes tildelingsbeslutninger. Uanset om valget af leverandør sker på baggrund af de indklagedes egen beslutning eller efter indstilling/ønske fra borgeren, er det de indklagede kommuner, der bærer ansvaret for, at der er tale om en i udbudsretlig sammenhæng lovlig tildelingsbeslutning. Klagerne har gennem længere tid påpeget uhensigtsmæssigheden af den valgte fremgangsmåde, og annullation kan derfor ikke afvises med henvisning til passivitet. Klagernes egen andel af de indgåede aftaler er uden betydning for pligten til at erklære disse for uden virkning i medfør af håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

De indklagede har navnlig gjort gældende, at hver enkelt beslutning om tildeling af indgåede kontrakter træffes af den enkelte borger. Hverken kommunerne eller CHK har således truffet nogen tildelingsbeslutning, og der er allerede derfor ikke grundlag for at tage klagernes påstand om annullation af sådanne tildelingsbeslutninger til følge, jf. påstand 3.

Det må lægges til grund, at klagerne har indgået og opfyldt aftalerne med borgerne, uanset at klagerne har ment, at der var tale om udbudspligtige leverancer. Klageren har således – hvis klagenævnet måtte give klageren medhold – været i ond tro. Klageren har dermed hverken en beskyttelsesværdig interesse i at opnå annullation eller uden virkning, jf. påstand 4. Klagernes egne centre står samlet for ca. 85 % af de indgåede kontraktens værdi. Under alle omstændigheder indebærer hensynet til borgerne, at kontrakterne skal opretholdes, jf. håndhævelseslovens § 17, stk. 3.

#### Klagenævnet udtaler:

##### Ad påstand 1 og 2

Efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 1, kan klagenævnet tage stilling til, om en ordregiver *»har overtrådt«* udbudsreglerne, jf. lovens § 1, stk. 2. Klagenævnet har således ikke kompetence til at tage stilling til overtrædelser, der endnu ikke er forekommet. De dele af påstandene, der handler om, at indklagede efter klagerens opfattelse *»stadig handler«* i strid med udbudsreglerne kan derfor ikke tages under påkendelse. Klagenævnet afviser derfor disse dele af påstandene, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 2, sammenholdt med § 10, stk. 1, jf. § 1, stk. 2.

Som sagen er anlagt for klagenævnet, angår påstandene herefter spørgsmålet om, hvorvidt de indklagede har overtrådt udbudsdirektivets artikel 28 samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i artikel 2 eller reglerne i tilbudslovens afsnit II ved *»via CHK at foretage indkøb af arm- og benproteser uden forudgående udbud«*.

Spørgsmålet er i første række, om CHK's indhentning af to tilbud indebærer, at kommunerne i hvert enkelt tilfælde indgår en konkret leverandøraftale med den tilbudsgiver, hvis tilbud bliver anset for bedst egnet og billigst. Det er ubestridt, at sådanne aftaler i givet fald må anses for *»offentlige kontrakter«*, og dermed at de er *»gensidigt bebyrdende«* i henhold til udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a.

Den procedure, som CHK følger, hvorefter der i hvert enkelt tilfælde indhentes to tilbud vedrørende en arm- eller benprotese til den enkelte borger, ligner umiddelbart forberedelser til indgåelse af en kommunal aftale om

køb af sådanne proteser. Dertil kommer, at retsvirkningen set fra borgerens synsvinkel i høj grad svarer til, hvad der ville have været tilfældet, hvis kommunen havde indgået en konkret leverandøraftale. Det må imidlertid lægges til grund, at det for i hvert fald leverandøren, CHK og kommunerne må være klart, at formålet med »tilbuddet« alene er at danne grundlag for de enkelte kommunernes fastsættelse af »prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel«, jf. den sociale servicelovs § 112, stk. 3. CHK's indhentning af »tilbud« sker således ikke med henblik på at indgå en aftale med tilbudsgiveren, og hverken CHK eller de indklagede kommuner accepterer de indkomne »tilbud«. Det kan på den baggrund ikke lægges til grund, at CHK's indhentning af tilbuddene indebærer, at indklagede eller den enkelte af de indklagede kommuner i hvert enkelt tilfælde indgår en leverandøraftale med den pågældende virksomhed, jf. servicelovens § 112, stk. 2, jf. stk. 3, 1. pkt.

Klagerne har i anden række navnlig gjort gældende, at de konkrete aftaler om indkøb har karakter af gensidigt bebyrdende aftaler i forhold til de indklagede kommuner, fordi aftalerne indebærer, at kommunerne bliver ejere af de indkøbte arm- og benproteser.

For at der kan være tale om en gensidigt bebyrdende aftale i direktivets forstand, er det i henhold til den ovennævnte citerede retspraksis fra EU-domstolen en betingelse, at den ordregivende myndighed får leveret en ydelse, som myndigheden har en direkte økonomisk interesse i, mod at betale et vederlag.

Det skal herefter for det første undersøges, om det er korrekt, at kommunerne bliver ejere af de nævnte proteser. Ved vurderingen heraf bemærkes indledningsvis, at det er ubestridt, at det er borgerne, der direkte over for den leverandørvirksomhed, som borgeren har valgt, indkøber protesen, hvilket også var forudsat i de almindelige bemærkninger til lovforslaget, jf. ovf. Det er ikke gjort gældende, at kommunens ejendomsret skulle fremgå af de konkrete aftaler om køb af proteserne, men alene, at dette følger af bestemmelsen i hjælpemiddelbekendtgørelsens § 7.

Efter denne bestemmelse betragtes hjælpemidler, hvortil der er ydet støtte efter reglerne i § 112, stk. 3, »som udlån og skal tilbageleveres til kommunen, når ansøgeren ikke har brug for dem mere, jf. dog § 3, stk. 2, 2. pkt. Ansøgeren opnår dermed ikke ejendomsret til hjælpemidlet.« Efter ordlyden

af bestemmelsens 1. pkt. er det ikke klart, om den begrænsning, der følger af henvisningen til § 3, stk. 2, 2. pkt., der blandt andet angår arm- og benproteser, kun angår tilbageleveringspligten, eller om det også indebærer, at hjælpemidlerne ikke skal anses for udlånt og dermed, at de ikke skal anses for kommunens ejendom.

Bestemmelsen i hjælpemiddelbekendtgørelsens § 3, stk. 2, 2. pkt., der fastsætter en undtagelse til det forudgående pkt., hvorefter der er tilbageleveringspligt efter endt brug for hjælpemidler, der er ydet som udlån, kan tale for, at det i bekendtgørelsen er forudsat, at også de særligt personlige hjælpemidler som blandt andet arm- og benproteser skal anses for udlånt. Det er dog også muligt, at bestemmelsen blot er medtaget for udtrykkeligt at fastslå, at disse hjælpemidler ikke skal afleveres til kommunen efter endt brug. I de ovenfor citerede bemærkninger til det lovforslag (L 114 af 2. januar 2010), der ligger bag lov nr. 407 af 21. april 2010, hvorved bestemmelsen i servicelovens § 112, stk. 3, fik sin nuværende ordlyd, synes der således at være forudsat, at der er en nær sammenhæng mellem ansøgerens tilbageleveringspligt og kommunens ejendomsret. Det anføres således i lovforslagets specielle bemærkninger til forslaget § 1, nr. 1, blandt andet (klagenævnets understregning): *»Hvis lovforslaget vedtages, er det hensigten, at der i den bekendtgørelse, som påtænkes at blive udstedt, vil blive fastsat en regel om, at hjælpemidlet som udgangspunkt tilhører kommunen, og det skal derfor afleveres til kommunen, når borgeren ikke længere har brug for det«*. Efter klagenævnets opfattelse må formålet med hovedreglen om, at hjælpemidlet skal anses for udlån og skal tilbageleveres efter endt brug, antages at være at sikre kommunen muligheden for at genanvende det indkøbte hjælpemiddel til andre borgere, jf. herved udgangspunktet for bestemmelsen i bekendtgørelsens § 7, stk. 2, 2. pkt. Da kommunen under alle omstændigheder ikke har krav på udlevering (*»tilbagelevering«*) af arm- og benproteserne, er det imidlertid vanskeligt at se, hvilken interesse for det offentlige der skulle være i at forbeholde kommunen ejendomsretten til et sådant hjælpemiddel. Efter klagenævnets opfattelse taler en formålsfortolkning af bestemmelsen i § 7, stk. 1, således for at anse arm- og benproteser for borgerens ejendom. Efter klagenævnets opfattelse synes det herefter mest nærliggende at forstå bestemmelserne i bekendtgørelsens § 7, stk. 1, 1. og 2. pkt., således, at de for så vidt angår de hjælpemidler, der er omfattet af bestemmelsen i § 3, stk. 2, 2. pkt., gør en undtagelse fra udgangspunktet om, at hjælpemidler, hvortil der er ydet støtte efter servicelovens § 112, stk. 3, skal anses for udlånt og om, at de tilhører kommunen. Som følge heraf kan det ikke lægges til

grund, at borgerens aftale om indkøb af en protese indebærer, at kommunen bliver ejer af denne.

Der er for det andet ikke holdepunkter for at antage, at kommunerne i øvrigt skulle have en direkte økonomisk interesse i de indkøbte proteser, der alene anvendes af borgerne. Det følger som nævnt af bestemmelsen i hjælpemiddelbekendtgørelsens § 3, stk. 2, 2. pkt., at kommunen ikke kan kræve arm- og benproteser udleveret efter brug, og kommunen ses heller ikke på andet grundlag at have mulighed for at drage økonomiske fordele af proteserne. De indklagede kommuner har efter den sociale servicelovs § 112, stk. 3, ikke pligt til at stille personlige hjælpemidler til rådighed for borgerne, og kommunerne bliver således – i modsætning til, hvad der var tilfældet i Domstolens dom i sagen Kommissionen mod Tyskland (jf. dommens præmis 76-78) – ikke ved den ydede støtte frigjort fra nogen forpligtelse.

Da de indklagede således ikke modtager en ydelse, som de har en direkte økonomisk interesse i, kan den betaling, som kommunerne foretager, heller ikke anses for en modydelse for en sådan ydelse. Det kan endvidere ikke lægges til grund, at kommunerne skulle være forpligtet af de konkrete købsaftaler – heller ikke til at betale en modydelse for de proteser, som borgerne har indkøbt.

Det er således for det første ubestridt, at de konkrete indkøb af arm- og benproteser foretages af de borgere, som kommunen har bevilliget støtte. Aftalens umiddelbare parter er dermed borgeren på den ene side og leverandøren på den anden side. Der indgås således ikke en aftale direkte mellem kommunerne og den leverandør, som borgeren har valgt. Det forhold, at de indklagede kommuner – som anført af klageren – i praksis formentlig har en ikke ubetydelig indirekte indflydelse på indholdet af størstedelen af aftalerne, må antages at skyldes, at såvel leverandørvirksomhederne som borgerne tager højde for indholdet af den meddelte bevilling ved indgåelsen af den konkrete aftale. En sådan indflydelse kan for det andet ikke sammenlignes med den indflydelse, som de tyske myndigheder havde i sag C-271/08, præmis 74, gennem forhandlingsrepræsentanter. Heller ikke dette forhold taler derfor for, at kommunen reelt skal anses for part i købsaftalen. Det kan for det tredje heller ikke lægges til grund, at de indklagede kommuner aftaleretligt skulle være forpligtet til at betale for den leverede protese. Det forhold, at kommunen udbetaler (yder) den bevilligede støtte efter regning og afregner det bevilligede støttebeløb direkte over for leverandø-

ren, følger således alene af den sociale lovgivning, jf. den sociale service-lovs § 112, stk. 3, og hjælpemiddelbekendtgørelsens § 6, stk. 3. Der er for det fjerde ikke tale om, at kommunen har bemyndiget borgeren til at indgå aftalen på kommunens vegne, og kommunen er derfor heller ikke på et sådant grundlag aftaleretligt forpligtet til at betale for proteserne. Kommunerne er i overensstemmelse hermed ikke forpligtet til at betale mere end det bevilligede støttebeløb, uanset den pris som borgeren måtte have indvilliget i at betale leverandøren. Dertil kommer, at det som nævnt efter hjælpemiddelbekendtgørelsens § 6, stk. 4, er borgerens ansvar, at den indkøbte protese lever op til kommunens krav ved bevillingen. Hvis det måtte forekomme, at disse betingelser ikke er opfyldt, vil det således alene være borgeren, der er forpligtet til at betale den fulde pris for den indkøbte protese. Efter klagenævnets opfattelse har kommunernes betaling til leverandørerne herefter alene karakter af udbetaling af den offentlige støtte, som kommunen på forhånd har bevilget borgeren i henhold til den sociale lovgivning. En sådan udbetaling har ikke karakter af en modydelse, og den er ikke omfattet af udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, jf. i den retning tillige EU-domstolens dom af 25. marts 2010 i sag C-451/08, Helmut Müller GmbH, præmis 57.

Klagenævnet finder på den baggrund, at de aftaler, der er indgået mellem på den ene side borgere, der har fået bevilliget kommunal støtte til køb af armer eller benproteser, og på den anden side leverandører af sådanne proteser, ikke i forhold til de indklagede har karakter af gensidigt bebyrdende aftaler, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a. Aftalerne er derfor ikke udbudspligtige efter udbudsdirektivet, og klagenævnet tager herefter ikke påstand 1 til følge.

Det følger på den baggrund endvidere af tilbudslovens § 15 b, nr. 3, jf. § 15 a, stk. 1, nr. 1, at kontrakterne ikke var annonceringspligtige efter tilbudslovens afsnit 2. Klagenævnet tager derfor heller ikke tager påstand 2 til følge.

#### Ad påstand 3 og 4

Da klagenævnet ikke har taget påstandene 1 og 2 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstandene om annullation og uden virkning til følge.

Særligt vedrørende påstand 4 bemærkes, at klagenævnet tillige har lagt vægt på, at indklagede efter det ovenfor anførte ikke har indgået nogen

kontrakter, og at der også derfor ikke er grundlag for at tage påstanden om at erklære sådanne kontrakter for uden virkning til følge, jf. håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1. Klagenævnet har blandt andet som følge heraf heller ikke haft mulighed for at foretage høring af indklagedes »kontraktpart« om mulig intervention i sagen, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 5.

Herefter bestemmes:

De dele af påstand 1 og 2, der angår det forhold, at indklagede efter klagerens opfattelse »*stadig handler*« i strid med udbudsreglerne, afvises.

Den resterende klage tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen  
fuldmægtig