

K E N D E L S E

Danske Care A/S
(advokat Ann Christina Rindom Sørensen, Holbæk)

mod

Egedal Kommune
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

Klagenævnet har den 28. april 2016 modtaget en klage fra Danske Care A/S.

Danske Care A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Egedal Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 19 og svarskrift med bilag A - E.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Egedal Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og

proportionalitet i udbudslovens § 2 ved, i strid med udbudsloven, uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller forhåndsmeddelelse, at indgå en 2-årig eneleverandøraftale med Bruger-Hjælperformidlingen A/S omhandlende levering af ydelser i medfør af servicelovens §§ 41, 44, 84, 85 og 97.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal erklære den af Egedal Kommune med Bruger-Hjælperformidlingen A/S indgåede eneleverandøraftale om levering af ydelser i medfør af servicelovens §§ 41, 44, 84, 85 og 97 for uden virkning.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2):

Klagenævnet for udbud skal annullere Egedal Kommunes beslutning om at indgå eneleverandøraftale med Bruger-Hjælperformidlingen A/S om levering af ydelser i medfør af servicelovens §§ 41, 44, 84, 85 og 97.”

Egedal Kommune har påstået afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Udbudslovens afsnit III, IV og V

Danske Care A/S’ påstande bygger på, at værdien af Egedal Kommunes 2-årige eneleverandørkontrakt med Bruger-Hjælperformidlingen A/S overstiger tærskelværdien på 5.592.375 kr. eksklusive moms som anført i udbudslovens § 7. Kommunen skulle derfor være gået frem efter udbudslovens afsnit III (light-regimet).

Egedal Kommunes påstand om afvisning bygger på, at værdien af den 2-årige kontrakt med Bruger-Hjælperformidlingen A/S ikke overstiger tærskelværdien på 5.592.375 kr. Da kontrakten heller ikke er grænseoverskridende og dermed ikke er omfattet af lovens afsnit IV, finder udbudslovens § 193 anvendelse. Lov om Klagenævnet for Udbud omfatter ikke denne bestemmelse, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 4.

Andre oplysninger i sagen:

Danske Care A/S (herefter Danske Care) har siden 2013 været en blandt flere aktører, som har leveret ydelser til Egedal Kommune inden for de bestemmelser i serviceloven, som er nævnt i påstandene. Danske Care’s ydel-

ser har bestået i levering af personale til de specifikke bevillinger samt styring af den enkelte borgers forbrug af bevilligede timer.

Den 18. september 2015 skrev teamleder for handicapteamet, Egedal Kommune, Jan Falk således til chefkonsulent Asger Madsen, Danske Care:

” ...

Jeg har modtaget et par kontrakter (mellem jer og os) til underskrift. I den forbindelse har jeg set lidt på områderne og jeg har i den forbindelse konstateret, at det må være på tide, at vi taler lidt om den pris I tager. Vi er ikke utilfredse med hverken servicen eller samarbejdet, det er prisen vi skal tale om.

I er jo ikke vores eksklusive leverandør, men dog den leverandør vi primært bruger. For at jeg kan forsvare, at opretholde denne ordning, så skal jeg have en konkurrencedygtig pris fra jer.

Jeg skal derfor opfordre jer til at overveje om det er muligt for jer, at komme med et tilbud med en bedre pris.”

Efter skriftlig kontakt mellem parterne, men uden afholdelse af møde som ønsket af Danske Care fremsendte Danske Care på fornyet opfordring den 27. november 2015 en ”Pris og serviceoversigt” til kommunen. Danske Care var blevet oplyst om, at dette tilbud ville blive benyttet til sammenligning med andre tilbud.

Den 13. januar 2016 stillede udbudskonsulent Niels Damgaard, Egedal Kommune, en række spørgsmål til Danske Care vedrørende tilbuddet. Danske Care besvarede spørgsmålene samme dag.

Den 30. januar 2016 meddelte Egedal Kommune Danske Care, at kommunen havde valgt at indgå eneleverandøraftale med Bruger-Hjælperformidlingen A/S. Kommunen opsagde samtidig de gældende ordninger om de omhandlede paragraffer i serviceloven med sidste dag for ordningerne den 31. maj 2016. Kommunen oplyste ligeledes de borgere, der havde været tilknyttet Danske Care, om, at der fremadrettet var indgået aftaler med Bruger-Hjælperformidlingen A/S.

Eneleverandøraftalen med Bruger-Hjælperformidlingen A/S er efter det oplyste endnu ikke underskrevet. Kontrakten forventes indgået senest den 31. maj og forventes påbegyndt den 1. juni 2016.

Oplysninger om kontraktens værdi (eksklusive moms)

Danske Care's omsætning med Egedal Kommune var i 2013 304.000 kr., i 2014 1.193.000 kr. og i 2015 2.995.000 kr.

Danske Care har udarbejdet en oversigt over ”Estimeret omsætning og timebevilling Egedal Kommune 2016”, hvor af fremgår, at den estimerede omsætning udgør 4.876.000 kr.

Egedal Kommune har udarbejdet en oversigt over kommunens månedlige forbrug i 2014 og 2015 og i perioden 1. januar – 29. februar 2016.

Egedal Kommune har efter indhentelse af oplysninger fra andre leverandører (bl.a. Handivagten og Borgerhjælpen) opstillet en ”Samlet besparelsesberegning”, som viser en mulig besparelse på 16 % i forhold til kommunens forbrug af ydelser fra Danske Care i 2015. Beregningen viser ligeledes et nyt forbrug på en 2-årig kontrakt på 4.843.708 kr. og en samlet besparelse på 2 år på 715.196 kr.

Egedal Kommune har indgået en prisaftale mellem Bruger-Hjælperformidlingen A/S og Indkøbsfællesskab Nordsjælland, som er fremlagt.

Parternes anbringende:

Ad ”fumus boni juris”

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

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

Særligt vedrørende påstand 1 har Danske Care gjort gældende, at aftalen mellem Egedal Kommune og Bruger-Hjælperformidlingen A/S har karakter af en 2-årig rammeaftale, jf. udbudslovens § 24, nr. 30. De ydelser, som eneleverandøraftalen omhandler, er sociale og andre specifikke tjenesteydelser, der skal udbydes i henhold til udbudslovens afsnit III. Subsidiært har Danske Care gjort gældende, at kontrakten, hvis den viser sig ikke at

være omfattet af udbudslovens afsnit III, skulle være indgået efter lovens afsnit IV (Offentlige indkøb under tærskelværdien med klar grænseoverskridende interesse).

Danske Care's omsætning i 2015 i medfør af de paragraffer i serviceloven, der er omfattet af eneleverandøraftalen med Bruger-Hjælperformidlingen A/S, var 2.995.000 kr., og den estimerede omsætning i 2016 udgjorde 4.876.000 kr. på baggrund af den faktiske omsætning fra den 1. januar – 30. marts 2016 samt på baggrund af de på nuværende tidspunkt bevilgede timer, såfremt Danske Care skulle være fortsat med at levere ydelser til Egedal Kommune i 2016. Med henvisning hertil samt til, at Egedal Kommune indtil nu også har benyttet sig af andre aktører inden for området, kan det lægges til grund, at Egedal Kommunes samlede udgifter i 2015 inden for serviceloven §§ 41, 44, 84, 85 og 97 som minimum oversteg 2.995.000 kr. og at Egedal Kommunes samlede udgifter i 2016 inden for serviceloven §§ 41, 44, 84, 85 og 97 som minimum vil overstige 4.876.000 kr. Det må derfor antages, at den samlede udgift inden for rammeaftalen som minimum udgør 7.871.00 DKK i perioden for rammeaftalens løbetid. Selv om Bruger-Hjælperformidlingen A/S kan levere en billigere timepris end den, Danske Care tilbyder, er det næppe sandsynligt, at Bruger-Hjælperformidlingen A/S kan levere ydelserne til under 2/3 af Danske Care's timepris.

Eneleverandøraftalen skulle derfor have været udbudt i medfør af udbudslovens afsnit III, idet kontraktværdien væsentlig overstiger tærskelværdien på 5.592.375 kr.

Endelig har en ordregiver en forpligtelse til at udbyde en kontrakt, såfremt der er en ikke ubetydelig usikkerhed i forhold til, om tærskelværdien er overskredet, jf. det praksisskabte forsigtighedsprincip. Uanset om det faktiske træk på rammeaftalen således viser sig at ligge under tærskelværdien, vil Egedal Kommune alene på baggrund af værdien af de hidtidige træk på kontrakten med Danske Care over den seneste 2-årige periode være forpligtet til at udbyde kontrakten.

Særligt vedrørende påstand 2 og 3 har Danske Care gjort gældende, at det følger af den overtrædelse, der er omfattet af påstand 1, at eneforhandlerkontrakten skal erklæres for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud, subsidiært annulleres, jf. lovens § 13.

Særligt vedrørende påstand 1 har Egedal Kommune gjort gældende, at kontrakten, der vedrører indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser, som udgangspunkt er omfattet af afsnit III i udbudsloven ("light-regimet"). Da kontraktens værdi imidlertid ikke vil overskride tærskelværdien for light-regimet, og da kontrakten ikke vil have en klar grænseoverskridende interesse, er den i stedet omfattet af udbudslovens afsnit V. Klagenævnet for Udbud er således ikke kompetent til at behandle klagen, jf. udbudslovens § 193, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 4. Klagenævnet skal herefter afvise klagen.

Egedal Kommune har nærmere anført, at kommunen forud for beslutningen om at indgå kontrakt med Bruger-Hjælperformidlingen A/S foretog en generel vurdering af markedet for at undersøge, om kommunen kunne opnå besparelser på de eksisterende aftaler. Det er ikke retvisende, når Danske Care til støtte for, at kontraktens værdi vil overstige tærskelværdien på 5.592.375 kr. ekskl. moms, har taget udgangspunkt i den omsætning, som dette selskab har oppebåret ved salg til kommunen i hele 2015 og i perioden 1. januar – 30. marts 2016. Principperne for opgørelse af en kontrakts værdi fremgår af udbudslovens § 30, og kommunen har i overensstemmelse hermed på baggrund af et fyldestgørende sagligt skøn vurderet, hvorvidt tærskelværdien er overskredet. Kommunen har taget udgangspunkt i det faktiske forbrug i 2014, 2015 og i perioden 1. januar – 29. februar 2016. Endvidere har kommunen foretaget en vurdering af markedets generelle prisniveau ved at indhente priser fra forskellige leverandører på markedet og foretaget en tilbudssammenligning heraf. Denne markedsundersøgelse har vist, at Danske Care's prisniveau ligger væsentligt over de øvrige leverandørers priser på markedet. Kommunen har herefter konstateret, at kontraktens værdi vil være ca. 5 mio. kr. ekskl. moms i kontraktperioden. Der er således intet grundlag for at antage, at kontraktens værdi vil overstige tærskelværdien i udbudslovens § 7.

Endvidere har kommunen vurderet, at kontrakten ikke vil have en klar grænseoverskridende interesse. Kontrakten omhandler ydelser, der primært skal leveres ude hos den enkelte borger i Egedal Kommune. Ydelserne har således en særlig national karakter, der gør, at kontrakten ikke er et naturligt emne for virksomheder i udlandet. Indgåelsen af kontrakten skal således foregå efter udbudslovens afsnit V på markedsmæssige vilkår i overensstemmelse med udbudslovens § 193.

Da kommunen ikke herefter er forpligtet til at følge bestemmelserne i udbudslovens afsnit III eller IV, skal påstand 1-3 afvises, subsidiært ikke tages til følge.

Ad uopsættelighed

Danske Care har gjort gældende, at selskabet i et tilfælde som det foreliggende, hvor eneleverandøraftalen med Bruger-Hjælperformidlingen A/S ikke har været sendt i udbud, ikke vil have mulighed for at dokumentere sit tab som følge af Egedal Kommunes direkte tildeling af kontrakten, idet der ikke har været udgifter til udarbejdelse af tilbudsmateriale, ligesom det ikke er muligt at vurdere, om Danske Care rent faktiske ville være blevet tildelt kontrakten. Skadevirkningerne af det manglende udbud vil således ikke kunne afhjælpes ved en eventuel erstatning. Egedal Kommunes direkte tildeling til Bruger-Hjælperformidlingen A/S indebærer endvidere, at Danske Care's markedsposition er truet. Betingelsen om uopsættelighed er dermed opfyldt.

Egedal kommune har gjort gældende, at opsættende virkning ikke er nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab hos Danske Care. Danske Care har således ikke sandsynliggjort, at selskabet risikerer at lide et alvorligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning

Ad interesseafvejning

Danske Care har gjort gældende, at Egedal Kommunes interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, er væsentligt afsvækket, da eneleverandøraftalen med Bruger-Hjælperformidlingen A/S endnu ikke er trådt i kraft.

Egedal Kommune har gjort gældende, at en interesseafvejning taler imod at tillægge klagen opsættende virkning. Kommunens indgåelse af kontrakten medfører – ud over en økonomisk gevinst – en ensartethed, eksempelvis i form af ens bestillingssedler og ens rammekontrakter for alle berørte borgere, hvilket vil gøre processen enklere og dermed nemmere for de enkelte rådgivere.

Klagenævnet udtaler:

Lov om Klagenævnet for Udbud ”gælder ikke for klager over overtrædelse af udbudslovens § 1 og § 193”, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 4.

Denne klagesag vedrører overtrædelse af udbudslovens § 2, jf. påstand 1.

Egedal Kommunes påstand om afvisning tages derfor ikke til følge.

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, at afgørelsen af, hvorvidt der på det foreliggende, foreløbige grundlag er udsigt til, at påstand 1 (og dermed også påstand 2, subsidiært påstand 3) skal

tages til følge, i første række afhænger af, hvorvidt kommunen har tilsidesat reglerne om valg af procedure, fordi kontraktens anslåede værdi svarer til eller overstiger tærskelværdien for kontrakter omfattet af udbudslovens afsnit III.

Ordregiveren skal anslå kontraktens værdi ud fra de principper, der er anført i udbudslovens § 30, og således ud fra et sagligt skøn over det beløb, som skal betales til leverandøren. Ordregiveren skal i forbindelse hermed foretage de undersøgelser, der er nødvendige og tilstrækkelige for udøvelsen af dette skøn, jf. herved klagenævnets kendelser af 15. december 2015, Wind People mod Energistyrelsen, og af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab. Det følger af karakteren af det skøn, ordregiveren skal foretage, og af hensynet til EU-udbudsdirektivernes effektivitet, at en ordregiver ved skønnet skal foretage en forsigtig vurdering. Klagenævnet har ikke med det foreliggende materiale, herunder kommunens indhentelse af prisoplysninger fra andre leverandører og den prisaftale, der er indgået med Bruger-Hjælperformidlingen A/S, grundlag for at tilsidesætte kommunens skøn. Det bemærkes, at det netop fremstår som om, det var Danske Care's høje prisniveau, der var anledning til, at kommunen overvejede at foretage ændringer i sit indkøb af ydelser, og at Danske Care's priser derfor ikke kan udgøre et fyldestgørende grundlag for skønnet over kontraktens værdi.

Der er derfor ikke på det foreløbige grundlag udsigt til, at tærskelværdien må anses for overskredet med udbudspligt til følge.

Afgørelsen af, hvorvidt der på det foreliggende, foreløbige grundlag er udsigt til, at påstand 1 (og dermed også påstand 2, subsidiært påstand 3) skal tages til følge, afhænger i anden række af, om kontrakten med Bruger-Hjælperformidlingen A/S har klar grænseoverskridende interesse, idet kontrakten i så fald vil være omfattet af udbudslovens afsnit IV.

Danske Care har ikke underbygget, at en virksomhed i nogen anden medlemsstat kunne være interesseret i at afgive tilbud på kontrakten. Kontraktens genstand og begrænsede værdi samt det forhold, at levering skal ske af fysiske personer til fysiske personer i Egedal Kommune, taler også med vægt herimod.

Der er derfor på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
specialkonsulent