

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 for Udbud traf den 24. maj 2016 afgørelse om ikke at tillægge en klage fra Danske Care A/S over Egedal Kommune opsættende virkning, idet betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt.

Danske Care A/S (herefter Danske Care) har fastholdt klagen, der vedrører kommunens beslutning om at indgå kontrakt med Bruger-Hjælperformidlingen A/S om udførelse af forskellige hjælpe- og aflastningsydelser til personer med funktionsnedsættelse. Parterne har udvekslet yderligere processkrifter.

Danske Care har nedlagt 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.

Danske Care'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 Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 1. september 2016 meddelt Egedal Kommunes kontraktpart, Bruger-Hjælperformidlingen A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Bruger-Hjælperformidlingen A/S har meddelt, at virksomheden ikke ønsker at intervenere i sagen.

Andre oplysninger i sagen (gengivet i kendelsen af 24. maj 2016)

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 ydelser 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. [marts] 2016 meddelte Egedal Kommune Danske Care, at kommunen havde valgt at indgå eneleverandøraftale med Bruger-Hjælperformidlingen A/S. Kommunen opsigte 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.

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”, hvorefter 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.

Supplerende oplysninger

Under den fortsatte skriftveksling har Danske Care opnået aktindsigt bl.a. i kommunens udgifter til eksterne leverandører og kommunens eneleverandøraftale med Bruger-Hjælperformidlingen A/S, der blev indgået med virkning fra den 1. juni 2016.

Danske Care har på baggrund af de fakturaer, som virksomheden har sendt til kommunen i januar og februar 2016, udarbejdet en oversigt over de støtte- og hjælpetimer, som er leveret af Danske Care i medfør af servicelovens §§ 41, 44, 84, 85 og 97. Oversigten viser for januar 2016 1.089,25 timer og for februar 2016 1.290,75 timer.

På grundlag af egne fakturaer og indhentede fakturaer fra andre leverandører har Danske Care ligeledes udarbejdet en oversigt over kommunens samlede udgifter i marts 2016.

Danske Care har desuden opstillet en oversigt over de støtte- og hjælpetimer, som virksomheden havde kontrakt med kommunen om, da aftalen blev opsagt den 30. marts 2016. Såfremt aftalen havde løbet i hele 2016, ville værdien efter denne opstilling have beløbet sig til 5.486.894 kr.

Danske Care har udarbejdet oversigter over leverede timer i perioden oktober 2015 – marts 2016 og har i den forbindelse bl.a. anført, at oversigterne viser, at fordelingen af leverede timer mellem Danske Care og andre leverandører har været cirka 70/30 %. Egedal Kommune har hertil anført, at

kommunens forbrug af timer i henhold til servicelovens §§ 41, 44, 84, 85 og 97 i perioden 2014, 2015 og januar 2016 alene blev leveret af Danske Care og Bruger-Hjælperformidlingen A/S. Fordelingen af leverede timer mellem Danske Care og andre leverandører har derfor aldrig i den relevante periode udgjort 70/30 %. Fordelingen af leverede timer mellem Danske Care og Bruger-Hjælperformidlingen A/S i perioden 2015 – juni 2016 udgjorde 89/11 %.

Egedal Kommune har fremlagt et notat vedrørende udnyttelsesgraden af de bevilligede timer pr. år. Det fremgår, at prognoserne fortsat viser, at bevillingerne ikke udnyttes fuldt ud.

Egedal Kommune har indhentet data fra Bruger-Hjælperformidlingen A/S, der fik overdraget alle ordninger fra Danske Care omfattet af kontrakten pr. 1. juni 2016. Det fremgår, at Bruger-Hjælperformidlingen A/S har leveret 859 timer i juni måned 2016, svarende til, at det faktiske timeforbrug udgjorde 49,85 % af det gennemsnitlige antal bevilligede timer, som Danske Care har gjort gældende.

Parternes supplerende anbringender

Danske Care har i tilslutning til de anbringender, der er gengivet i kendelsen af 24. maj 2016, gjort gældende, at kommunen ikke har foretaget et sagligt skøn ved beregningen af kontraktens anslåede værdi. Ved vurderingen skal der ses på, om kommunen har udvist et sagligt skøn både i forhold til antallet af estimerede timer, der skal leveres i kontraktperioden, og i forhold til markedets generelle prisniveau.

Kommunen har estimeret et samlet timeforbrug i 2015 til 10.913 timer og på baggrund af dette estimat, på baggrund af det historiske forbrug på området samt på baggrund af tallene for januar og februar 2016 foretaget en vurdering af det samlede timeforbrug i kontraktens løbetid. Dette estimat er hverken korrekt eller sagligt.

For det første er estimatet på det samlede timeforbrug i 2015 (10.913 timer) ikke et tilstrækkeligt sagligt grundlag at vurdere det samlede antal timer i kontraktens løbetid i perioden fra den 1. juni 2016 til den 31. maj 2018 på. Det gennemsnitlige månedlige timeantal på nuværende tidspunkt udgør

over 1.700 timer. Dertil kommer det antal timer, der skal lægges oveni til oplæring, sygdom og personalemøder, jf. de fremlagte oversigter.

Sammenholder man det reelle timetal for marts 2016, der dokumenteret udgør minimum 1.802 timer, med det søjlediagram, der viser, at marts måned langt fra er den måned, hvor der historisk set har været det største forbrug af timer, vil et estimeret årsforbrug af støtte- og hjælpertimer i 2016 udgøre minimum 21.000 timer ($1.802 \text{ timer} \times 12 = 21.624 \text{ timer}$).

Dertil kommer, at der ikke er taget højde for de timer, der er leveret af Bruger-Hjælperformidlingen A/S, CFD og BPA PRO TEAM ApS, idet oplysninger om timetal fra disse leverandører har været overstreget i de fakturaer, som Danske Care har fået aktindsigt i. Der er dog tale om et ikke ubetydeligt timeantal fra disse leverandører, idet udgifterne til dem i marts 2016 udgør 50.000 kr. Desuden er der ikke taget højde for de timer, der skal lægges oveni til sygdom, oplæring og personalemøder. Danske Care skønner dette til 8 %, svarende til minimum 1.680 timer på et år. Kommunen burde også have taget timetallene for 2016 med i skønnet.

Danske Care har om markedets generelle prisniveau anført, at virksomhedens samlede omsætning med kommunen for 2016 ville have udgjort 5.486.894 kr. En estimeret omsætning i kontraktperioden ville på baggrund heraf have udgjort 10.973.788 kr. De forventede samlede udgifter ligger således langt over tærskelværdien, hvis der tages udgangspunkt i priser, der ligger 16 % under Danske Care's. Bruger-Hjælperformidlingen A/S' priser skal ligge minimum 48 % under Danske Care's priser, før man kommer under tærskelværdien på en 2-årig periode. Det bestrides, at Bruger-Hjælperformidlingen A/S kan levere timepriser, der ligger 48 % under Danske Care's timepriser.

Endelig har Danske Care bestridt, at kommunens samlede forbrug i januar og februar 2016 alene skulle udgøre 313.884 kr. Kommunens udgifter til Danske Care udgjorde i sig selv 628.061,34 kr. Dertil kommer kommunens udgifter til de øvrige private leverandører (Bruger-Hjælperformidlingen A/S, Fredensborg Kommune, BPA PRO TEAM ApS, LevAs ApS og CFD).

Danske Care har med henvisning til udbudslovens § 30, stk. 1, 2. pkt., gjort gældende, at kommunens skøn over værdien af kontrakten ikke blot skal inddrage det faktiske timeforbrug, men også de bevilligede timer. Således

skal alle optioner inddrages, jf. også Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning til udbudsloven.

Egedal Kommune har i tilslutning til de anbringender, der er gengivet i kendelsen af 24. maj 2016, supplerende gjort gældende, at Danske Care's supplerende anbringender må forstås således, at kommunen ved vurderingen af kontraktens værdi alene burde have taget udgangspunkt i bevilligede antal timer for januar 2016, februar 2016 og marts 2016. På denne baggrund beregnes et estimeret årsforbrug af støtte- og hjælpetimer i 2016 til minimum 21.000 timer.

Kommunens markedsafdækning blev imidlertid afsluttet i marts måned 2016, hvor den endelige vurdering af kontraktens værdi blev fastlagt. Timer leveret i én måned faktureres ultimo måneden med forfald måneden efter. Kommunen har derfor i den endelige vurdering af kontraktens værdi taget højde for sit faktiske forbrug i de hele måneder, som var kendte på tidspunktet for vurderingen. Den seneste hele måned var derfor timer leveret i januar måned 2016, som forfaldt til betaling i februar måned 2016.

Det er misvisende, når det gøres gældende, at kommunen ved vurderingen af kontraktens værdi ligeledes burde have taget udgangspunkt i antallet af leverede timer i februar og marts måned 2016.

Danske Care har taget udgangspunkt i et fremtidigt gennemsnitligt månedligt timeantal på 1.723 timer og har ved beregningen heraf taget udgangspunkt i de bevilligede antal timer for januar 2016, februar 2016 og marts 2016. Kommunen har imidlertid taget udgangspunkt i sit historiske faktiske forbrug i 2014, 2015 og i perioden 1. januar – 29. februar 2016. Det er desuden kommunens sædvanlige procedure, at der pr. borger bevilliges et antal timer, der ligger væsentligt over det forventede faktiske timeforbrug. Det er således ikke usædvanligt, at det faktiske timeforbrug alene udgør omkring 60-70 % af de bevilligede antal timer.

Differencen mellem de bevilligede antal timer og det faktiske timeforbrug bekræftes ligeledes af den oversigt, som Danske Care har udarbejdet, hvoraf det netop fremgår, at det faktiske forbrug af timer udgjorde 1089,25 timer i januar måned 2016 og 1290,75 timer i februar måned 2016. Dette svarer til, at det faktiske timeforbrug alene udgjorde henholdsvis 63,21 % og 74,91 % af de bevilligede antal timer for januar og februar måned 2016.

En så stor difference, som kommunen var bekendt med ved vurderingen af kontraktens værdi, må medføre, at det ikke ville have været sagligt, såfremt der ved fastsættelsen af kontraktens værdi var taget udgangspunkt i de bevilligede antal timer. Det ville ikke have været retvisende. På denne baggrund er det således misvisende at betragte differencen mellem de faktiske og de bevilligede timer som en option.

Også fordi det faktiske timeforbrug generelt har været meget svingende i løbet af de sidste to kalenderår, kan vurderingen af kontraktens værdi ikke foretages alene med udgangspunkt i de bevilligede timer for januar, februar og marts måned 2016. Et meget svingende forbrug medfører tværtimod, at en saglig vurdering nødvendigvis må tage udgangspunkt i en længerevarende periode, idet dette giver et mere retvisende billede for vurderingen.

Egedal Kommune har med LevAs ApS, BPA Pro Team og Fredensborg Kommune (Granbohus) indgået en række kontrakter vedrørende levering af opholdsydelser, som adskiller sig fra de ydelser, som kommunen har indgået et kontrakt om med Bruger-Hjælperformidlingen A/S, idet de som udgangspunkt skal leveres i borgerens hjem. Udgifter til disse ydelser skal derfor ikke medregnes ved vurderingen af kontraktens værdi.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet udtalte i kendelsen af 24. maj 2016 bl.a.:

”Ordregiveren skal anslå kontraktens værdi ud fra de principper, der er anført i udbudslovens § 30, og således ud fra et skøn over det beløb, som skal betales til leverandøren. 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.”

Heller ikke det, som efterfølgende er kommet frem under sagens behandling for klagenævnet, giver grundlag for at tilsidesætte kommunens skøn over kontraktens værdi. Klagenævnet kan således ikke tiltræde Danske Care's anbringende om, at kommunen i forbindelse med skønnet over det fremtidige forbrug i kontraktens løbetid skulle have taget udgangspunkt i bevilligede timer ud fra betragtninger om, hvad der gælder for optioner.

Klagen tages derfor ikke til følge for så vidt angår påstand 1 og dermed heller ikke for så vidt angår påstand 2 og 3.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Danske Care A/S skal i sagsomkostninger til Egedal Kommune betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
specialkonsulent