

K E N D E L S E:

Det Danske Handelskammer
(selv)
mod
Frederiksberg kommune
(selv)

Klageren, Det Danske Handelskammer, benævnes i det følgende Handelskammeret, og indklagede, Frederiksberg kommune, benævnes i det følgende kommunen.

Handelskammeret har klaget over kommunens fremgangsmåde med hensyn til udbud vedrørende levering af visse hjælpemidler til personer med bopæl i kommunen. Handelskammeret har nedlagt påstand om, at klagenævnet fastslår, at kommunen ved sin fremgangsmåde har overtrådt EU-reglerne om udbud.

Kommunen har bestridt at have overtrådt EU-reglerne om udbud og påstået klagen afvist.

Sagen angår nogle hjælpemidler til afhjælpning af forskellige fysiske lidelser hos ældre personer. Hjælpemidlerne betales af kommunen.

Efter det oplyste købte kommunen tidligere hjælpemidlerne hos bestemte leverandører. For at give borgerne friere leverandørvalg har kommunen imidlertid etableret en ordning, der er beskrevet i skrivelse af 15. juni 1994 fra kommunens socialdirektorats ældreafdeling. Denne skrivelse blev efter det oplyste sendt til et antal leverandører i Storkøbenhavn. I skrivelsen udtales:

»...

Vedr. levering af hjælpemidler til personer med bopæl i Frederiksberg kommune.

Kommunalbestyrelsen har i møde den 13. juni 1994 besluttet, at alle leverandører med en relevant faglig baggrund kan tilslutte sig prisaftale på levering af følgende hjælpemiddeltyper:

Kompressionsstrømper, fodindlæg, brystproteser, bandager, korsetter, skinner samt benproteser og benstativer.

Eksisterende aftaler udløber 31. juli d.å., hvorfor nye først kan indgås fra 1. august 1994.

Priserne vil fremover blive justeret hvert år pr. 1. april og første gang 1. april 1995.

Prisafalterne tilbydes som en pakkeløsning, hvor man kan tilslutte sig een eller flere pakker med hjælpemiddeltyper. socialdirektoratet har i vedlagte bilag anført, hvilke aftalevilkår som er gældende på de forskellige hjælpemiddeltyper.

Det skal bemærkes, at ved accept af prisaftalernes maksimumspris på en hjælpemiddeltype skal klienten uden egenbetaling afhjælpes med et hjælpemiddel, som i tilstrækkelig grad afhjælper behovet. Dette gælder også, selv om det nødvendige hjælpemiddel er dyrere end den af Socialdirektoratet oplyste pris.

Maksimumsprisen kan undtagelsesvis fraviges, hvis der foreligger særlig dokumenterede forhold. Dette skal fremgå af ansøgningen med angivelse af et prisniveau på det alternative foreslåede hjælpemiddel.

Alle leverandører, som Ældreafdelingen har indgået aftale med om levering af individuelle hjælpemidler, forpligter sig til pr. 1/1 og 1/7 hvert år at fremsende statistikker...

Generelt for alle typer hjælpemidler lægges der vægt på følgende kvalitetsparametre:

- de tilbudte fabrikater er i en god forsvarlig kvalitet og skal kunne afhjælpe klientens behov
- at udleveringsproceduren, herunder måltagning og produktion har den højeste mulige kvalitet
- at såvel klienten som kommunen herunder hospitalet eller ældreinstitutionerne oplever en god service.

Leverandøren skal foretage hjemmebesøg uden beregning, hvis klienten som følge af sine handicaps ikke kan møde hos leverandøren til måltagning eller afprøvning.

Såfremt De kan opfylde ovenstående krav og fra 1. august 1994 ønsker at blive optaget på leverandørlisten inden for een eller flere hjælpemiddeltyper, anmodes De om senest 15. juli 1994 at fremsende skriftlig accept på hvilke pakker, De er interesseret i at blive tilsluttet, samt at De er indforstået med at levere på de i denne skrivelse anførte betingelser.

Accepten skal sendes til Ældreafdelingen...«

Skrivelsen var vedlagt særlige beskrivelser for de enkelte hjælpemiddeltyper. I disse beskrivelser var angivet nogle specifikationer mm. samt maksimumspriser.

Kommunen har oplyst, at regnskabstallene vedrørende de omhandlede varegrupper for 1994 har udgjort følgende beløb excl. moms:

Brystproteser:	391.828 kr.
Kompressionsstrømper:	386.108 kr.
Fodindlæg:	234.230 kr.
Korsetter, bandager og skinner mv.:	895.026 kr.
Arme- og benproteser:	445.077 kr.

Parterne har udvekslet skriftlige synspunkter og har fremlagt et antal bilag. Sagen har været mundtligt forhandlet for klagenævnet den 30. maj 1995.

Handelskammeret har anført: Over 50 pct. af de pågældende ydelser består af vareleverancer, således at der er tale om indkøb. Der foreligger således offentlige indkøb, som er omfattet af direktiv 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (indkøbsdirektivet). Indkøbsdirektivets tærskelværdi er 200.000 ECU eller ca. 1.548.00 kr., jf. direktivets art. 5. Der er imidlertid tale om indkøb af ensartede varer fordelt på forskellige delaftaler. Det følger herefter af direktivets artikel 5, stk. 4, at værdien af delaftalerne skal lægges sammen ved bedømmelsen af, om tærskelværdien er nået eller overskredet. Der må desuden henses til, at leverandørstrukturen er ensartet. De fleste relevante leverandører kan levere alle eller de fleste af de pågældende varer, og bandagistgruppen kan levere alle varerne, bortset fra arme- og benproteser for nogle bandagisters vedkommende. Der må også henses til, at delaftalerne er udbudt samlet til en begrænset leverandørkreds. Med hensyn til sin klageadgang har Handelskammeret henvist til, at man repræsenterer en lang række firmaer inden for bandagistbranchen og ca. 40 andre brancheforeninger, således at man mener at have retlig interesse i at klage, jf. klagenævnslovens § 4, stk. 1, nr. 1). Handelskammeret har i skriftvekslingen fremsat nogle bemærkninger om kommunens køb af ortopædisk fodtøj, men har under den mundtlige forhandling oplyst, at disse bemærkninger ikke skal forstås som en klage til klagenævnet.

Kommunen har anført: Der er ikke tale om køb af ensartede varer, og der skal således ikke ske sammenlægning af værdien af de enkelte delaftaler i medfør af indkøbsdirektivets art. 5, stk. 4. Der må også henses til, at heller ikke leverandørstrukturen er ensartet, da ikke alle leverandører kan levere alle varerne. Fx kan fodterapeuter ikke levere proteser. Kun dele af bandagistgruppen kan levere hele sortimentet. I øvrigt kræves der i vid udstrækning individuel tilpasning. Man har sendt materialet samlet til alle potentielle leverandører inden for Storkøbenhavn, og et antal leverandører er herefter blevet tilsluttet. Kommunen har videre henvist til, at fremgangsmåden har hjemmel i Socialministeriets bekendtgørelse nr. 303 af 10. juni 1988, af hvilken det fremgår, at støtte til hjælpemidler kan ydes som kontant hjælp eller ved levering fra bestemte leverandører, bekendtgørelsens § 4, stk. 2.

Klagenævnet udtaler:

Handelskammeret må antages at have retlig interesse og er derfor klageberettiget i medfør af klagenævnslovens § 4, stk. 1, nr. 1.

Det lægges efter det fremkomne til grund, at der er tale om indkøb, ikke tjenesteydelser, og at delaftalerne derfor principielt er omfattet af indkøbsdirektivet, direktiv 93/36/EØF.

Det lægges desuden til grund, hvilket parterne ligeledes synes at være enige om, at de enkelte delaftalers værdi ikke når tærskelværdien i henhold til indkøbsdirektivet, men at delaftalernes værdi tilsammen overskrider tærskelværdien.

Klagenævnet lægger vægt på, at kommunens udbudsmateriale er udsendt samlet, at en del leverandører kan levere alle de varer, som materialet angår, og at andre leverandører kan levere de fleste af varerne. Klagenævnet finder herefter, at de varer, som sagen angår, må anses for ensartede varer, og at det derfor er delaftalernes samlede værdi, der skal anvendes ved beregningen af, om værdien når eller overskrider direktivets tærskelværdi. Da den samlede værdi som nævnt overskrider tærskelværdien, burde kommunen have fulgt indkøbsdirektivets procedureregler. Handelskammerets påstand tages derfor til følge.

Bestemmelsen i § 4, stk. 2, i Socialministeriets bekendtgørelse nr. 303 af 10. juni 1988 findes uden betydning for sagen, da bestemmelsen må fortolkes således, at den ikke strider mod EUs udbudsregler og derfor må forstås som indeholdende et forbehold om dem.

Herefter bestemmes:

Indklagede Frederiksberg kommune burde ved sit udbud af de i sagen omhandlede hjælpemidler have fulgt procedurereglerne i direktiv 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb.