

K E N D E L S E

Human Care ApS
(advokat Charlotte Friis Bach Ryhl, Roskilde)

mod

Brøndby Kommune
(advokat Sune Troels Poulsen, København)

Den 10. december 2014 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1 og 6 i sagen. Påstand 2-5 var subsidiære i forhold til påstand 1. Denne kendelse vedrører Human Care ApS' erstatningspåstande.

Human Care ApS (herefter Human Care) har nedlagt følgende påstande:

Påstand 7

Brøndby Kommune skal til Human Care betale 12.072.491 kr. ekskl. moms med procesrente fra den 21. januar 2015, subsidiært et mindre beløb fastsat af klagenævnet med procesrente fra den 21. januar 2015.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Brøndby Kommune skal til Human Care betale 92.100 kr. ekskl. moms med procesrente fra den 21. januar 2015, subsidiært et mindre beløb fastsat af klagenævnet med procesrente fra den 21. januar 2015.

Brøndby Kommune har påstået frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

Human Care har opgjort sit krav i påstand 7, der vedrører *positiv opfyldelsesinteresse*, således:

” ...

- 1.4. Klager lægger til grund, ... at rammeaftalerne har en varighed på 4 år, og at indklagede må forventes at ville udnytte sin mulighed for at forlænge aftalerne i 2 gange 12 måneder.

...

- 1.10. ... ved opgørelsen af sit erstatningskrav [har klageren] fundet det rimeligt og rigtigt blot at tage udgangspunkt i det gennemsnitlige antal timer, som blev leveret af de to private leverandører i de første fire måneder af rammeaftalernes løbetid. Det samlede antal timer, som klager ville kunne have leveret under rammeaftalen i løbet af de første fire måneder, kan derfor opgøres til (mindst) 4.178,5 timer, der fordeler sig som følger:

	Praktisk hjælp	Personlig pleje	Personlig pleje – øvrig tid
September 2014	262	294,5	302,5
Oktober 2014	288	341	320,5
November 2014	294,5	303,5	425
December 2014	380	373,5	593,5
I alt	1.224,5	1.312,5	1.641,5

- 1.11. Klager har dernæst forudsætningsvis antaget, at det antal timer, som klager ville have leveret under aftalen, gradvist ville stige i hele aftalens løbetid. ...

...

- 1.13. ... klager [har] ved opgørelsen af sit tab lagt til grund, at indklagedes samlede behov for hjemmehjælpsydelser vil stige med i hvert fald 1 % om året ...

...

- 1.15. ... klager [har] forsigtigt vurderet, at den procentvise fordeling af visiterede timer mellem den kommunale leverandør og de to private leverandører vil ændre sig som følger i aftalens løbetid:

[Herefter har Human Care udarbejdet et skema, hvoraf fremgår, at de to private leverandørers procentvise andel af visiterede timer vil stige i perioden 2014 – 2020, mens den kommunale leverandørs andel vil falde i perioden. Human Care har endvidere udarbejdet et skema for samme periode, som viser det forventede samlede (stigende) behov for hjemmehjælpsydelser angivet i timer fordelt mellem den kommunale leverandør og de to private leverandører.]

...

- 1.17. På baggrund af ovenstående oplysninger og antagelser har klager beregnet det antal timer, som klager med rimelighed kunne forvente mindst at levere under den udbudte rammeaftale, som følger:

Periode:	Samlede antal timer som klager kunne forvente at levere under rammeaftalen: *	Heraf: Praktisk hjælp: 28,2 % **	Heraf: Personlig pleje: 27,7 % **	Heraf: Personlig pleje - øvrig tid: 44,1 % **
...	...	...	...	...
Total 4 år:	73.141	20.671	20.415	32.055
...	...	...	...	...
Total 6 år:	118.426	33.441	32.959	52.026

* Det samlede behov er opgjort som halvdelen af de timer, der kan forventes leveret af de to private leverandører i perioden.

** Procentfordelingen er for perioden fra 1. januar 2014 og frem udregnet med baggrund i de visiterede timer i december 2014. For perioden indtil 31. december 2014 angiver skemaet halvdelen af de timer, som ifølge indklagedes oplysninger faktisk er leveret af de to private leverandører i perioden.

...

- 1.19. Klager har tilbudt at levere hjemmehjælp til følgende timepriser:

Praktisk hjælp:	285 kr. pr. time
Personlig pleje:	285 kr. pr. time
Personlig pleje - øvrig tid:	380 kr. pr. time

- 1.20. Klager har på dette grundlag beregnet sin mistede omsætning som følger:

	Praktisk hjælp:	Personlig pleje:	Personlig pleje – øvrig tid:	Mistet omsætning i alt:
Total 4 år:	20.671 timer x 285 kr. = 5.891.235 kr.	20.415 timer x 285 kr. = 5.818.275 kr.	32.055 timer x 380 kr. = 12.180.900 kr.	23.890.410 kr.
Total 6 år:	33.441 timer x 285 kr. = 9.530.685 kr.	32.959 timer x 285 kr. = 9.393.315 kr.	52.026 timer x 380 kr. = 19.769.880 kr.	38.693.880 kr.

...

- 1.23 Klager har på baggrund af disse forskelle i priser og transportudgifter beregnet, at dækningsbidraget på den udbudte rammeaftale kun ville have været på 31,2 %. Dette tal fremkommer som følger:

- 1.24 Klagers samlede løn- og transportudgifter og dermed overskudet pr. time ved levering af hjemmehjælpsydelse i Brøndby Kommune ville have været som følger:

	Time løn:	Ulempe-godtgørelse:	Ferie-godtgørelse og pension:	Transport-udgift (tid)*	Transport-udgift (cykler)	Samlede udgifter opgjort pr. time	Tilbudte timepriser	Overskud pr. time:
Praktisk hjælp :	125,00	0,00	35,00	25,00	10,00	195,00	285,00	90,00
Personlig pleje:	130,00	0,00	40,00	25,00	10,00	205,00	285,00	80,00
Personlig pleje – øvrig tid:	130,00	45,00	45,00	25,00	10,00	245,00	380,00	135,00

* Klager har foretaget dels en intern beregning af ATA-tid, forstået som den tid medarbejderen er hos den enkelte hjemmehjælpsmodtager, dels en opgørelse af den tid, der skal anvendes for at komme frem til borgerne i Brøndby Kommune (fra kontoret i Hvidovre til borgerne og mellem borgerne). Her opgøres den udgift, der følger af, at medarbejderne bruger tid til transport, som ikke direkte ville kunne faktureres kunden.

- 1.25. Ved beregningen af det dækningsbidrag, som klager kunne have opnået på kontrakten med indklagede, har klager taget udgangspunkt i den faktiske procentvise fordeling af timer mellem de tre kategorier af hjemmehjælpsydelser, som indklagede har oplyst for december 2014. Dækningsbidraget kan således opgøres som det vægtede gennemsnit af den procentvise forskel mellem de tilbudte timepriser og de ovenfor beregnede udgifter til løn og transport:

	Tilbudte timepriser:	Overskud pr. time:	Overskud i %:
Praktisk hjælp (29,2 %):	285,00	90,00	31,6
Personlig pleje (27,7 %):	285,00	80,00	28,1
Personlig pleje – øvrig tid (44,1 %):	380,00	135,00	32,9
Vægtet gennemsnit:			31,2

- 1.26. Klagers tab ved ikke at have fået tildelt den udbudte rammeaftale kan herefter opgøres til kr. 12.072.491 kr., hvilket beløb fremkommer som følger:

	Praktisk hjælp:	Personlig pleje:	Personlig pleje – øvrig tid:	Samlede tab:
Total 4 år:	5.891.235 kr. x 31,2 % = 1.838.065 kr.	5.818.275 kr. x 31,2 % = 1.815.302 kr.	12.180.900 kr. x 31,2 % = 3.800.441 kr.	= 7.453.808 kr.
Total 6 år:	9.530.685 kr. x 31,2 % = 2.973.574 kr.	9.393.315 kr. x 31,2 % = 2.930.714 kr.	19.769.880 kr. x 31,2 % = 6.168.203 kr.	= 12.072.491 kr.

”

Klageren har opgjort sit krav i påstand 8, der vedrører *negativ kontraktinteresse*, således:

”2.2. Klager har opgjort sine forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbud som følger:

	Tidsforbrug	Timesats	Omkostning
Direktør Shahid Latif	148 timer	450 kr.	66.600 kr.
Projektansvarlig Finn Olesen	80 timer	150 kr.	12.000 kr.
Udbudskonsulent Svend Svendsen	18 timer	750 kr.	13.500 kr.
I alt			92.100 kr.

2.3. De anførte timesatser for klagers medarbejdere (direktør Shahid Latif og projektansvarlig Finn Olesen) er beregnet som den faktiske lønudgift pr. time med et mindre tillæg for overheads. Som dokumentation for den anvendte timesats fremlægges lønsedler for de pågældende medarbejdere ...

2.4. ...
Udbudskonsulent Svend Svendsen varetog kvalitetssikring af tilbuddet. Som dokumentation for den hermed forbundne udgift fremlægges faktura af 17. juni 2014 ...”

Human Care har fremlagt lønsedler for april og maj 2014 for direktør Shahid Latif og projektansvarlig Finn Olsen.

Det fremgår af direktør Shahid Latifs lønsedler, at han i både april og maj har haft 241 arbejdstimer, der blev aflønnet med 135 kr. pr. time.

Det fremgår af projektansvarlig Finn Olsens timesedler, at han har haft 70,32 timer i april og 88,50 timer i maj. Arbejdet er i begge måneder aflønnet med 130 kr. pr. time.

Lønsedlerne specificerer ikke, hvad arbejdstimerne er brugt på.

Af fakturaen fra udbudskonsulent Svend Svendsen fremgår:

” ...

Beskrivelse		Beløb
21.05.2014 07.45 - 15.45 Kontoret	8 timer a 750,00	6000,00
14.05 + 21.05 2014 Transport til El-lebjergvej og Island Brygge	1 time a 750,00	-750,00
28.05.2014 08.00 - 15.00: Kontoret	7 timer a 750,00	5250,00
06.06.2014 08.00 - 14.30: Furesø og kontoret	6,5 time a 750,00	4875,00
08.06.2014 07.00 - 11.00: Plejekrævende borgere	4 timer a 750,00	3000,00
11.06.2014 10.00 - 14.00: Instrukser og kontakt til lev. i Hillerød	4 timer a 750,00	3000,00
15.06.2014 18.00 - 21.00: Instrukser m.m.	3 timer a 750,00	2250,00
<u>Subtotal</u>		23625,00
<u>Total</u>		23625,00

... ”

Baggrund

Human Care og 6 andre virksomheder afgav tilbud på en rammeaftale, der var udbudt af Brøndby Kommune. Rammeaftalen skulle være med 2 aktører og have en varighed på 4 år med mulighed for forlængelse i op til 2 gange 12 måneder.

Ved kendelsen af 10. december 2014 konstaterede klagenævnet, at Brøndby Kommune under udbuddet havde overtrådt EU-udbudsreglerne således:

”Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at afvise klagerens tilbud som ikke-konditionsmæssigt, uanset at klagerens tilbud opfyldte annonceringsbetingelsernes mindstekrav til teknisk og/eller faglig formåen og de relevante krav til udformning af referencelisten.

Indklagedes beslutning af 23. juni 2014 om at tildele kontrakten til konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS og til Din Fleksible Service ApS annulleres.”

Supplerende oplysninger

Brøndby Kommune har oplyst, at kontrakterne med DFS – Din Fleksible Service ApS og konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS bl.a. har følgende ordlyd:

”§ 4 Kontraktperiode

Kontrakten er gældende fra 1. september 2014 og er uopsigelig for begge parter i 4 år.

...

Uanset ovenstående er Ordregiver imidlertid berettiget til at opsige kontrakten med 3 måneders varsel, såfremt en administrativ myndighed, herunder, men ikke begrænset til, Klagenævnet for Udbud, ... træffer afgørelse/dom om, at beslutningen om tildeling af kontrakten annulleres eller erklæres for uden virkning. Ordregiver er i den forbindelse ikke ansvarlig for driftstab eller andet indirekte tab i den resterende kontraktperiode ...”

Den 30. marts 2015 sendte Brøndby Kommune to enslydende breve til de to leverandører, som kommunen havde indgået kontrakt med. Af brevene fremgår:

”Opsigelse af kontrakt

Brøndby Kommune meddelte jer ved mail af 29. januar 2015, at Klagenævnet for Udbud ved kendelse af 10. december 2014 havde truffet afgørelse om, at Brøndby Kommune havde handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at afvise klagerens tilbud som ikke-konditionsmæssigt. Klagenævnet for Udbud annullerede endvidere Brøndby Kommunes beslutning om tildeling af kontrakten til DK Plejen og Omsorgsplejen ApS og DFS Din fleksible Service.

Brøndby Kommune meddelte i samme mail, at vi på den baggrund skulle oplyse jer om, at kommunen agtede at opsige den med jer indgåede kontrakt underskrevet 4. juli 2014 om praktisk hjælp og personlig pleje til Brøndby Kommune, jf. også kontraktens § 4 om kontraktperiode.

Vi kunne på daværende tidspunkt – den 29. januar 2015 – ikke oplyse jer om, hvornår opsigelsen ville få virkning fra, men vi lovede at vende tilbage med en formel opsigelse så snart som muligt.

I [blev] mundtligt ... varslet om opsigelsen på mødet den 19. marts 2015, hvor vi lovede at komme med en skriftlig opsigelse.

Det skal derfor skriftligt meddeles og bekræftes, at Brøndby Kommune hermed opsiges den med jer indgåede kontrakt underskrevet 4. juli 2014 om praktisk hjælp og personlig pleje til Brøndby Kommune, jf. bestemmelsen i kontraktens § 4 om kontraktperiode.

Opsigelsen sker med virkning fra 31. januar 2016.”

Human Care har fremlagt et memo af 9. april 2015 udarbejdet af Deloitte Statsautoriseret Revisionspartnerselskab (Deloitte). Af memoet fremgår bl.a.:

”Regnskabsoversigt mv. til Brøndby erstatningssag

Baggrund

Aktiviteterne med udbud af praktisk hjælp og personlig pleje har igennem de senere år været udbudt af de to driftsselskaber Human Care ApS og Dansk Husmor Hjælp ApS. Selskaberne er begge ejet med 100% af Latif Holding ApS. Latif Holding ApS er ejet med 50% af Shahid Latif og 50% af Sajid Latif.

...

Selskaberne udbyder de helt samme aktiviteter. ...

...

Rent administrativt har ejerne tilrettelagt driften således, at alle medarbejderne er ansat i Human Care ApS, og ingen medarbejdere er ansat i Dansk Husmor Hjælp. Dette er besluttet af administrative hensyn, idet der således alene skal ske indberetning af lønninger fra et CVR-nr.

Medarbejdere der er ansat i Human Care ApS udfører således pleje og praktisk hjælp [t]il borgere, der er relateret til Dansk Husmor Hjælp ApS. Planlægningen af vagter og fordeling for de to selskaber sker i det samme planlægningssystem og af det samme administrative personale under overordnet ledelse af Shahid Latif og Sajid Latif. Der er således fuld integration imellem de to driftsselskaber.

Human Care ApS skal i sagens natur alene bære de lønudgifter til medarbejdere, der udfører arbejde for dette selskab. De medarbejdere, der udfører opgaver for Dansk Husmor Hjælp ApS skal ikke belaste regnskabet for Human Care ApS. Derfor fakturerer Human Care ApS en beregnet lønudgift videre til søsterselskabet Dansk Husmor Hjælp ApS med baggrund i et ”lønfordelingsregnskab”.

Som følge af at selskabernes administration, medarbejdergrundlag, regnskabsfunktion og ledelse er så integreret, giver det det mest præcise billede af aktiviteterne, herunder indtjeningsmønsteret, at se de to drifts-

selskaber som en virksomhed. Herved elimineres også eventuelle unøjagtigheder i ”lønfordelingsregnskabet”.

Med baggrund i ovenstående er nedenfor angivet hvordan selskabernes realiserede resultater for 2010 – 2013 har udviklet sig. Beløb fremgår af selskabernes reviderede årsrapporter og specifikationshæfter for de omhandlede regnskabsår.

Det bemærkes, at i relation til vurderingen af hvad meromsætning fra nye borgere kan give af indtjening, primært alene se på bruttoresultatet. Dette skyldes, at regnskabsposten ”Andre eksterne udgifter” ikke umiddelbart ændres / forøges som følge af en merproduktion / mersalg af ydelser til nye borgere. Dette bliver først tilfældet ved markante omsætningsforøgelser, hvor disse omkostninger, der som udgangspunkt er faste, kan blive forøget, i forbindelse med en nødvendig ansættelse af yderligere administrativt personale og måske udvidelse af administrative faciliteter. Enkelte omkostningsarter under ”Andre eksterne udgifter” bør dog, jfr. nedenfor medregnes ved opgørelse af dækningsgraden, da de er medarbejderrelateret.

...

Nedenfor er vist en specificeret opgørelse over realiserede dækningsgrader i årene 2010 – 2013. Det fremgår, at dækningsgraderne bliver lavere hen over årene, med følgende realiserede dækningsgrader:

...	<u>Dansk Husmor Hjælp ApS</u>	<u>Human Care ApS</u>	<u>Konsolideret</u>
<u>2010</u>			
...	...	...	...
Dækningsgrad	96%	54%	55%
<u>2011</u>			
...	...	...	...
Dækningsgrad	68%	32%	40%
<u>2012</u>			
...	...	...	...
Dækningsgrad	49%	32%	38%
<u>2013</u>			
...	...	...	...
Dækningsgrad	22%	24%	23%

„

Human Care sendte den 22. december 2014 en række spørgsmål til Brøndby Kommune, som kommunen besvarede den 6. januar 2015. Kommunen besvarede bl.a. følgende spørgsmål:

”Spørgsmål 1

Hvor mange borgere har de to valgte private leverandører i Brøndby Kommune fået overdraget at levere hjælp til siden kontraktindgåelsen?

...

Brøndby Kommunes besvarelse af spørgsmål 1:

Antal borgere pr. måned	DFS (Din Fleksible Service)	DK Pleje og Omsorgspleje ApS
September 2014	80	91
Oktober 2014	82	91
November 2014	86	93
December 2014	89	92

Spørgsmål 2

Hvor mange timers hjælp har de to valgte leverandører i Brøndby Kommune leveret siden kontraktindgåelsen? ...

Brøndby Kommunes besvarelse af spørgsmål 2:

Timer pr. måned	DFS (Din Fleksible Service)			DK Pleje og Omsorgspleje ApS		
Ydelseskatego- ri	Prak- tisk hjælp	Person- lig Pleje	Person- lig pleje – øvrig tid	Prak- tisk hjælp	Person- lig Pleje	Person- lig pleje – øvrig tid
September 2014	179	125	96	345	464	509
Oktober 2014	200	182	110	376	500	531
November 2014	182	168	115	407	439	735
December 2014	210	229	220	550	518	967

”

Under erstatningssagen har Brøndby Kommune oplyst, at DFS – Din Fleksible Service ApS i perioden januar – marts 2015 leverede 2.251 timer, hvilket svarer til ca. 750 timer pr. måned. Konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS leverede i samme periode 5.047 timer, hvilket svarer til ca. 1.680 timer pr. måned.

Under sagen er Human Cares årsrapporter blevet fremlagt for årene 2011-2013. Af årsrapporterne fremgår det, at Human Cares resultater har været således:

- 2010: 2.635.000 kr.
- 2011: 1.292.006 kr.
- 2012: 1.294.936 kr.

– 2013: 665.611 kr.

Parternes anbringender

Ad ansvarsgrundlaget

Human Care har gjort gældende, at Brøndby Kommune ved den konstaterede overtrædelse af EU-udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at kommunen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Human Care. Af Brøndby Kommunes evalueringsrapport fremgår, at det billigste tilbud blev afvist som ikke-konditionsmæssigt, at den vindende tilbudsgiver afgav det næstbilligste tilbud, og at Human Care afgav det tredje billigste tilbud. Human Care ville således have fået tildelt den udbudte rammeaftale som leverandør nr. 2, hvis Brøndby Kommune ikke havde overtrådt udbudsreglerne, og Human Care er derfor berettiget til en erstatning.

Brøndby Kommune har erkendt, at uden de begåede fejl ved tilbudsevalueringen ville Human Care sandsynligvis være blevet tildelt en rammeaftale med kommunen, idet Human Care havde afgivet det næstbilligste tilbud.

Ad erstatningskravet

Ad påstand 7

Human Care har gjort gældende, at det er overvejende sandsynligt, at selskabet, hvis Brøndby Kommune ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne, ville have fået kontrakten på den udbudte tjenesteydelse, og at Human Care derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Den mistede fortjeneste skal opgøres på grundlag af kontraktperioden, det forventede antal timer og det forventede dækningsbidrag.

Vedrørende *kontraktperioden* har Human Care nærmere anført, at hvis den udbudte kontrakt var blevet tildelt Human Care, ville Brøndby Kommune hverken have haft anledning eller kontraktretlig hjemmel til at opsige kontrakten før tid. Det er derfor uden betydning for erstatningsudmålingen, at kommunen før tid har opsagt kontrakterne med DFS – Din Fleksible Ser-

vice ApS og konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS. Det vil være i strid med det EU-retlige effektivitetsprincip, hvis håndhævelseslovens § 14 blev fortolket således, at en ordregiver kan begrænse sin forpligtelse til at betale erstatning ved at opsig den ulovlige indgåede kontrakt før tid. En sådan fortolkning vil betyde, at en ordregiver stort set risikofrit kan indgå rammeaftaler i strid med udbudsreglerne ved blot at sikre sig, at kontrakten indeholder en bestemmelse om, at ordregiveren kan opsig kontrakten før tid og uden at ifalde erstatning til sin kontraktpart, hvis klagenævnet eller en domstol træffer afgørelse om annullation af tildelingsbeslutningen. Forpligtelsen til at betale erstatning kan kun bidrage til at sikre en effektiv anvendelse af udbudsreglerne, hvis Human Care tilkendes erstatning for det tab, der er lidt ved ikke at få tildelt den udbudte rammeaftale. Human Care har derfor som minimum krav på at få godtgjort den fortjeneste, der ville være ved at opfylde den udbudte rammeaftale i en periode på fire år. Det må desuden anses for overvejende sandsynligt, at Brøndby Kommune ville have udnyttet muligheden for at forlænge kontrakterne i 2 gange 12 måneder.

Vedrørende *det forventede antal timer* har Human Care indhentet oplysninger fra Brøndby Kommune om, hvor mange timer de to leverandører har leveret pr. måned. DFS – Din Fleksible Service ApS har leveret færre timer end konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS. Fordelingen mellem de to private leverandører ville imidlertid have set anderledes ud, hvis Human Care var blevet valgt som leverandør nr. 2. Det er den enkelte borger, som frit vælger mellem de to private leverandører. Det har således ingen betydning, om den private leverandør er valgt som leverandør nr. 1 eller leverandør nr. 2 på den udbudte rammeaftale. Priser og vilkår for de to leverandører er de samme. Borgernes valg mellem de to leverandører afhænger derfor alene af kvalitet, omdømme og markedsføring. Konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS har flere konkurrencemæssige fordele i forhold til DFS – Din Fleksible Service ApS, men disse fordele gælder ikke i forhold til Human Care. Det er på den baggrund udtryk for en rimelig og pragmatisk tilgang til erstatningsudmålingen, at der blot tages udgangspunkt i det gennemsnitlige antal timer, som faktisk er leveret af de to private leverandører siden kontraktindgåelsen.

Det antal timer, som Human Care ville have leveret under aftalen, ville stige i hele aftalens løbetid. Årsagen til det er, at det samlede behov for hjemmehjælpsydelser i Brøndby Kommune forventes at stige i aftalens løbetid. Desuden forventes den relative andel af hjemmehjælpsydelser, som leveres

af private leverandører i forhold til hjemmehjælpsydelser fra den kommunale leverandør, at stige i aftalens løbetid. Dette fremgår af oplysninger, som kommunen har givet til Human Care. Derudover har borgerne generelt nemmere ved at overskue et valg mellem to private leverandører end – som det hidtil har været i Brøndby Kommune – et valg mellem mange forskellige private leverandører.

Vedrørende *dækningsbidraget* har Human Care anført, at selskabet på lignende kontrakter om levering af hjemmehjælpsydelser i Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune og Hvidovre Kommune i perioden 2009 – 2013 har haft en gennemsnitlig dækningsgrad på 43,5 % pr. år. Dækningsbidraget på den udbudte rammeaftale ville have været lavere end dækningsbidraget på kontrakterne med Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune og Hvidovre Kommune, eftersom de priser, som Human Care har tilbudt Brøndby Kommune, er væsentligt lavere end priserne i de 3 andre kommuner, mens lønudgiften ville være den samme. Forskellen på de tilbudte timepriser modsvares imidlertid til dels af en væsentlig forskel i transportudgifter. Human Cares transportudgifter – både ikke-fakturerbar transporttid og udgifter til transportmidler – er væsentligt højere i Københavns Kommune og Frederiksberg Kommune, hvor transportafstanden betyder, at Human Care har udgifter til biler, klippekort og parkeringsafgifter, og hvor trafik og parkeringsvanskeligheder betyder, at medarbejderne bruger meget tid på transport, som ikke direkte kan faktureres over for kunderne. Ved levering af hjemmehjælpsydelser til borgere i Brøndby Kommune ville Human Cares udgifter til transport være markant lavere, da borgerne i Brøndby Kommune bor i cykelafstand. I Brøndby Kommune ville Human Care derfor kun have haft udgifter til cykler, og medarbejderne ville samtidig bruge mindre tid på transport. Human Care har på baggrund af disse forskelle i priser og transportudgifter beregnet, at dækningsgraden på den udbudte rammeaftale kun ville have været på 31,2 %. Denne beregnede dækningsgrad er realistisk, selv om priserne i Brøndby Kommune som følge af ændringen af serviceloven og det afholdte udbud er en del lavere end i de øvrige kommuner, hvor Human Care har været leverandør af hjemmehjælpsydelser.

Selskabets dækningsgrad i 2013 var usædvanlig lav, fordi Human Care valgte at give medarbejderne en række særlige goder som en ekstraordinær belønning i anledning af de foregående års gode resultater. Det vil være misvisende udelukkende at se på dækningsgraden for 2013 ved vurderingen

af den forventede dækningsgrad på den udbudte kontrakt. Human Care vil ikke få øgede udgifter ved at skulle levere til yderligere 50-100 nye borgere, idet udgifter til IT, kontorhold og transport allerede vil være dækket. Brøndby Kommune har oplyst, at DFS – Din Fleksible Service ApS og konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS hver har fået overdraget færre end 100 nye borgere. Den udbudte kontrakt ville heller ikke have betydet en så markant omsætningsforøgelse, at Human Care ApS ville have fået øgede udgifter til administrativt personale og udvidelse af administrative faciliteter.

Brøndby Kommune har gjort gældende, at kontrakten med Human Care formentlig ikke havde været overskudsgivende, og at selskabet derfor ikke har lidt et økonomisk tab ved ikke at blive tildelt kontrakten. Serviceloven blev ændret i 2013, hvilket har medført, at flere kommuner – herunder Brøndby Kommune – er gået væk fra den hidtil anvendte godkendelsesmodel og nu gennemfører udbud som grundlag for valg af private leverandører. Under godkendelsesmodellen opnåede en privat leverandør den samme timesats for sine ydelser som den kommunale leverandør, hvorimod en leverandør ved udbud netop konkurrerer på timeprisen. Udbuddene har medført markant lavere priser på ydelser fra de private aktører. Anvendelsen af udbud som grundlag for tildeling af kontrakt har også medført, at flere private aktører, der har vundet et udbud, har måttet opgive at opfylde kontrakterne på grund af de beskedne dækningsbidrag og er blevet erklæret konkurs.

Human Care har ikke dokumenteret, at den seneste udvikling på markedet for personlig pleje og praktisk hjælp med flere udbud, hårdere konkurrence og faldende afkast ikke har ramt selskabet. De historiske gennemsnitlige dækningsbidrag for årene 2009 – 2013 kan derfor ikke lægges til grund. Human Cares kalkulationer skal bl.a. sandsynliggøre en gennemsnitlig dækningsgrad på 31,2 %, dvs. et resultat der er højere end den gennemsnitlige dækningsgrad på 28,9 % i perioden 2009 – 2013. En sådan dækningsgrad er ikke sandsynliggjort.

Human Care har oplyst, at de tilbudte priser er væsentligt lavere end priserne på nuværende kontrakter med Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune og Hvidovre Kommune. På trods heraf antager Human Care, at de tilbudte priser vil generere en gennemsnitlig dækningsgrad på 31,2 %. Dette kan ikke lægges til grund.

Human Cares erstatningskrav må opgøres som summen af det antal timer, som Human Care kunne forvente at have leveret i gennemsnit pr. måned, multipliceret med det forventede dækningsbidrag på kontrakten, multipliceret med det antal måneder, hvor kontrakten er i kraft.

Vedrørende *det forventede antal timer* har kommunen anført, at Human Care ikke har sandsynliggjort, at fordelingen mellem de to private leverandører ville have været anderledes – og med en højere andel til Human Care – hvis Human Care var blevet tildelt en kontrakt. Human Cares antagelser om konkurrenceforholdet mellem Human Care, DFS – Din Fleksible Service ApS og konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS er udokumenteret. Udviklingen i selskabets omsætning i Københavns Kommune i perioden 2008 – 2013 har ikke betydning for det konkurrencemæssige styrkeforhold i forhold til andre leverandører i Brøndby Kommune i 2014 og fremefter.

Den forventede stigning i antallet af ældre borgere siger ikke noget om, at der også forventes en stigning i behovet for praktisk hjælp og personlig pleje. Ved vurderingen heraf skal blandt andet inddrages den teknologiske udvikling af hjælpemidler, forventningen til en højere grad af selvhjulpethed og prognoser for de ældres sundhed og trivsel. Det er derfor ikke sandsynliggjort, at en stigning i den ældre del af befolkningen også vil føre til et øget behov for praktisk hjælp og personlig pleje. Den observerede stigning i antallet af udførte timer af DFS – Din Fleksible Service ApS og konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS kan forklares med, at enkelte borgere i perioden konkret havde et meget stort og usædvanligt behov for personlig pleje og praktisk hjælp. Stigningen kan ikke anvendes som grundlag for en generel forventning om, at antallet af privat leverede timer kan antages at stige tilsvarende. Da Human Care kunne forvente at få tildelt en kontrakt som leverandør nr. 2, bør der tages udgangspunkt i det antal timer, som DFS – Din Fleksible Service ApS faktisk har leveret. I perioden september – december 2014 leverede DFS – Din Fleksible Service ApS ca. 500 timer pr. måned i gennemsnit og i perioden januar – marts 2015 ca. 750 timer pr. måned i gennemsnit.

I gennemsnit leverede de to leverandører i perioden september – december 2014 ca. 1.050 timer pr. måned, og i perioden januar – marts 2015 var gennemsnittet ca. 1.200 timer pr. måned. Human Care har ikke dokumenteret eller sandsynliggjort, at selskabet ville være stillet anderledes end DFS –

Din Fleksible Service ApS.

Vedrørende *det forventede dækningsbidrag* har Brøndby Kommune nærmere anført, at en dækningsgrad på 31,2 % ikke kan lægges til grund, idet det må antages, at anvendelse af udbud frem for godkendelsesmodellen ved valg af private leverandører har ”trykket” fortjenesten væsentligt for de private leverandører. Human Cares årsregnskaber viser endvidere et støt fallende overskud. Der er således ikke i årsregnskaberne grundlag for at konstatere, at Human Care kunne forvente en dækningsgrad på 31,2 %. Efter kommunens vurdering var dækningsgraden i branchen tidligere – da godkendelsesmodellen blev anvendt – mellem 10 og 15 %. Den opnåede dækningsgrad i 2013 er derfor retvisende for størrelsen af den dækningsgrad, der fremover kan forventes.

Anbringendet om markant lavere transportomkostninger ved levering af ydelser i Brøndby Kommune er udokumenteret. Beregningen af besparelsen i forhold til transporttid er ikke fyldestgørende, idet transport på cykler er langsommere end transport i biler. Transport til og fra hjemmeplejeruten foretages blot to gange (start og slut på en vagt), og udgør dermed en begrænset andel af det samlede tidsforbrug. Transporten mellem borgere udgør en væsentlig andel af ”ikke-fakturerbar tid”.

Ved Human Cares opgørelse mangler der endvidere en række omkostninger, som indgår ved drift af hjemmeplejevirkksomhed, og som er forbundet med opfyldelsen af kontrakten og dermed er variable i forhold til de leverede ydelser. Disse omkostninger skal fradrages ved beregningen af Human Cares dækningsbidrag. Det drejer sig bl.a. om udgifter til sygedækning, forsikring og eventuel leasing og brændstof. Dette vil resultere i et betydeligt mindre overskud pr. time og dermed et lavere dækningsbidrag.

Vedrørende *kontraktperioden* har Brøndby Kommune anført, at kontrakterne med DFS – Din Fleksible Service ApS og konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS er opsagt til den 1. februar 2016. Kontrakterne vil dermed ikke blive udnyttet i den resterende del af kontraktperioden, og de vil således alene have været i kraft i en periode på 17 måneder. Opsigelsen af kontrakterne følger af disses § 4, hvorefter kontrakterne kan opsiges med 3 måneders varsel, hvis klagenævnet har annulleret tildelingsbeslutningen, uden at Brøndby Kommune ifalder erstatningsansvar over for sine kontraktparter. Da klagenævnet har annulleret tildelingsbeslutningen, er kom-

munen forpligtet til at opsig kontrakterne.

I forhold til muligheden for at udnytte *optionerne i kontrakterne* må det være en konsekvens af annullationen, at Brøndby Kommune ikke lovligt kan udnytte disse. Udnyttelsen af optionerne er endvidere en ret for kommunen, og det kan ikke komme kommunen til skade i en erstatningssag, at kommunen vælger ikke at udnytte en option.

De indgåede kontrakter har den 1. februar 2016 alene haft en varighed på i alt 17 måneder, og perioden for beregning af erstatningskravet kan ikke være længere end denne periode, idet der efter tidspunktet for ophøret af kontrakterne ikke er årsagsforbindelse mellem Human Cares tab og den ansvarspådragende handling. I modsat fald vil Human Care blive stillet bedre end DFS – Din Fleksible Service og konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS. At Human Care ønsker en eventuel erstatning beregnet på grundlag af den fulde kontraktperiode på 4 år og ikke en reduceret kontraktperiode på 17 måneder har intet med det EU-retlige effektivitetsprincip at gøre. Kommunen forventer endvidere at indgå nye kontrakter med private leverandører, og her vil Human Care også kunne komme i betragtning som leverandør.

Ad påstand 8

Human Care har gjort gældende, at selskabet i hvert fald har krav på at få dækket afholdte udgifter ved at udarbejde tilbud. Selskabet har således krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse. De anførte timesatser for direktør Shahid Latif og projektansvarlig Finn Olesen er beregnet som de faktiske lønudgifter pr. time med et mindre tillæg. Human Care gjorde sig ekstraordinær stor umage med at udarbejde et grundigt og omfangsrigt tilbudsmateriale, som var målrettet kommunens behov. Af strategiske årsager blev der lagt stor vægt på at forsøge at vinde netop dette udbud. Direktør Shahid Latif satte derfor alt andet arbejde til side og viede al sin tid i mere end en måned på at formulere de elementer, der skulle være indeholdt i tilbuddet, mens projektansvarlig Finn Olesen navnlig koncentrerede sig om at indhente referencer og styre fremdriften i udarbejdelsen af tilbuddet. Udbudskonsulent Svend Svendsen varetog kvalitetssikringen af tilbuddet.

Brøndby Kommune har gjort gældende, at Human Care ikke har sandsyn-

liggjort, at det oplyste tidsforbrug er relateret til udarbejdelse af tilbuddet på kontrakten med kommunen. Kommunen har erkendt, at der ved udarbejdelsen af tilbuddet har været et tidsforbrug til indsamling af dokumentation og gennemførelse af beregninger, men det oplyste timeforbrug for Human Cares to medarbejdere og for udbudskonsulent Svend Svendsen kan ikke anvendes som dokumentation for, hvor stort et tidsforbrug der er anvendt på at udarbejde tilbuddet.

Det fremgår ikke af fakturaen fra udbudskonsulent Svend Svendsen, at den relaterer sig til det foreliggende udbud. Human Care udfører efter egne oplysninger arbejde med personlig pleje og praktisk hjælp i en række kommuner og har efter det oplyste deltaget i en række udbud i 2013. Det må antages, at dette også har været tilfældet i 2014, og at materialet i vid udstrækning har kunnet genbruges fra det ene udbud til det næste med relevante tilpasninger i forhold til det aktuelle udbud. Der foreligger ikke tidsregistreringer, der sandsynliggør et tidsforbrug ved udarbejdelse af tilbud på de enkelte udbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget

Klagenævnet har ved kendelse af 10. december 2014 konstateret, at Brøndby Kommune har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at afvise Human Cares tilbud som ikke-konditionsmæssigt, uanset at Human Cares tilbud opfyldte annonceringsbetingelsernes mindstekrav til teknisk og/eller faglig formåen og de relevante krav til udformning af referencelisten. Brøndby Kommune har herved handlet ansvarspådragende i forhold til Human Care.

Ad erstatningskravet:

Ad påstand 7

Det er ubestridt, at Human Care ville være blevet tildelt en rammeaftale, hvis selskabets tilbud ikke var blevet afvist som ikke-konditionsmæssigt. Human Care skal derfor have en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Som anført af parterne skal Human Cares tab opgøres ud fra kontraktperiodens længde, det antal timer, som Human Care kunne forvente at have leveret i gennemsnit pr. måned, hvis selskabet var blevet tildelt rammeaftalen, og den forventede dækningsgrad på kontrakten.

Kontraktperioden

Brøndby Kommune har opsagt kontrakterne med DFS – Din Fleksible Service ApS og konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS med virkning fra den 31. januar 2016. Kontrakterne vil på det tidspunkt have været i kraft i 17 måneder. Det fremgår, at kommunen forventer at iværksætte et nyt udbud.

Hvis Brøndby Kommune ikke havde handlet ansvarspådragende ved ikke at tage Human Cares tilbud i betragtning, ville kommunen have tildelt Human Care en kontrakt med en varighed på i hvert fald 4 år. Der skal derfor ved opgørelsen af Human Cares tab tages udgangspunkt i en kontraktperiode på 4 år. Den omstændighed, at Human Care ved et nyt udbud har mulighed for at afgive tilbud og komme i betragtning som leverandør, kan ikke føre til, at tabet skal opgøres ud fra en kontraktperiode på kun 17 måneder.

Da Brøndby Kommune ikke var forpligtet til at udnytte optionen på op til 2 gange 12 måneder, er der ikke grundlag for at opgøre tabet ud fra en kontraktperiode på 6 år.

Antallet af timer

Det var forudsat i annonceringsbetingelsernes pkt. 1.4, at rammeaftalen skulle indgås med 2 leverandører. Det fremgår endvidere, at

”Brøndby Kommune tildeler indledningsvis aftalen til den virksomhed, der afgiver den laveste pris. Herefter vil først den næstlavest bydende få tilbudt muligheden for at levere ydelsen til samme pris som laveste bydende på samme vilkår. Afslås dette vil den tilbudsgiver, der har afgivet det tredje laveste bud få tilsvarende mulighed og så fremdeles.”

Klagenævnet lægger herefter til grund, at kontrakterne med DFS – Din Fleksible Service ApS og konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS har ens vilkår, herunder ens priser, hvilket alt andet lige skulle medføre, at de 2 leverandører havde lige mange borgere at servicere i Brøndby Kom-

mune. Dette stemmer med oplysningerne fra Brøndby Kommune, hvorefter der kun er en forholdsvis lille forskel i antallet af borgere, som de 2 leverandører servicerer, men at konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS har ydet langt flere timer end DFS – Din Fleksible Service ApS. Antallet af leverede timer er således ikke kun afhængig af, hvor mange borgere der vælger den ene leverandør frem for den anden. Der indgår således andre forhold, som påvirker borgernes valg, uden at klagenævnet kan fastslå hvilke. Herefter, og da Human Care ikke har sandsynliggjort, at selskabets ”kvalitet, omdømme og markedsføring” er bedre end DFS – Din Fleksible Service ApS’, og at dette ville have medført, at konsortiet DK-pleje ApS og Omsorgsplejen ApS og Human Care havde leveret lige mange timer, finder klagenævnet, at det antal timer, som DFS – Din Fleksible Service ApS har leveret, kan indgå i opgørelsen af Human Cares tab.

Human Care har ikke sandsynliggjort, at der inden for kontraktperioden på 4 år ville ske en forøgelse af antallet af ældre og plejekrævende borgere og en ændring i fordelingen af timer mellem den kommunale leverandør og de private leverandører med den virkning, at tabet skal beregnes ud fra et større antal timer end leveret af DFS – Din Fleksible Service ApS.

Den forventede dækningsgrad

Human Care har oplyst, at dækningsbidraget på kontrakten med Brøndby Kommune ville have været lavere end dækningsbidraget på kontrakterne med Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune og Hvidovre Kommune, idet de tilbødte priser på ydelserne i Brøndby Kommune var væsentlig lavere end priserne i de 3 andre kommuner. Den dækningsgrad, som Human Care har beregnet til 31,2 % på kontrakten med Brøndby Kommune, er – trods den lavere omsætning – i det væsentlige begrundet i lavere udgifter til transport.

Klagenævnet finder ikke, at Human Care har sandsynliggjort, at dækningsgraden ville have været 31,2 %. Klagenævnet har navnlig lagt vægt på, at det ikke efter de foreliggende oplysninger er realistisk, at al transport ville være foregået pr. cykel. Klagenævnet har endvidere taget udviklingen i Human Cares dækningsgrad siden 2010 i betragtning. Dækningsgraden – og de realiserede resultater – har således været faldende i perioden frem til 2013, hvor dækningsgraden var 23 %.

Efter det anførte om kontraktperiodens længde, det anslåede antal timer og den forventede dækningsgrad pålægger klagenævnet Brøndby Kommune til Human Care at betale en skønsmæssig fastsat erstatning på 1.500.000 kr. med procesrente som fastsat nedenfor.

Sagsomkostninger

Efter sagens udfald vedrørende erstatningsspørgsmålet sammenholdt med parternes påstande skal ingen af parterne betale sagsomkostninger til den anden part.

Herefter bestemmes:

Brøndby Kommune skal til Human Care ApS betale 1.500.000 kr. med procesrente fra den 21. januar 2015.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

Beløbet skal betales inden 8 uger, efter at denne afgørelse er meddelt Brøndby Kommune.

Brøndby Kommunes indbringelse af denne kendelse for domstolene inden 8 uger, efter at afgørelsen er meddelt parterne, har opsættende virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 8, stk. 1.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig