

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Grith Skovgaard Ølykke)

J.nr.: 2016-2977

5. oktober 2016

K E N D E L S E

Kinnerup Care A/S

(advokat Torsten Pedersen, Birkerød)

mod

Hørsholm Kommune

(cand. jur. Martin Stæhr, Allerød)

Hørsholm Kommune (Kommunen) iværksatte den 27. november 2015 indhentning af tilbud på en rammeaftale om sundhedsfaglige vikarydelser. Der er mellem parterne enighed om, at der er tale om en bilag IIB tjenesteydelse. Kommunen har ikke offentliggjort et EU-udbud i De Europæiske Fællesskabers Tidende, men har til fem virksomheder med forretningsadresse i Danmark udsendt "Udbudsmateriale" med henblik på tilbudsindhentning, herunder til Kinnerup Care A/S (Kinnerup), til SOS Vikar A/S og til Sundvikar ApS.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 12. januar 2016 havde alle fem virksomheder afgivet tilbud. Den 25. februar 2016 besluttede Kommunen at indgå kontrakt med SOS Vikar som primær leverandør og Sundvikar som sekundær leverandør, og rammeaftalerne blev herefter indgået den 29. februar 2016.

Den 8. april 2016 indgav Kinnerup klage til Klagenævnet for Udbud over Hørsholm Kommune. Klagen er behandlet på skriftligt grundlag.

Kinnerup har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Hørsholm Kommune har handlet i strid med de generelle EU-retlige principper om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling samt gennemsigtighed, og at Hørsholm Kommune har handlet i strid med de forvaltningsretlige principper ved at acceptere tilbuddene fra SOS-Vikar A/S og Sundvikar ApS.

Påstand 2:

Klagenævnet skal udstede påbud om at Hørsholm Kommune skal foretage fornyet udbud på vilkår i overensstemmelse med gældende ret, herunder principperne for ligebehandling og gennemsigtighed.”

Kommunen har vedrørende påstand 1 nedlagt påstand delvis om afvisning, delvis om at klagen ikke tages til følge.

Kommunen har vedrørende påstand 2 nedlagt påstand om afvisning, subsidiært om at påstanden ikke tages til følge.

Kommunen har anmodet om, at spørgsmålet om, hvorvidt rammeaftalen har en klar grænseoverskridende interesse, udskilles til særskilt behandling.

Kinnerup har protesteret heroverfor.

Klagenævnet har den 26. maj 2016 truffet afgørelse om, at spørgsmålet om hvorvidt rammeaftalen har klar grænseoverskridende interesse, udskilles til særskilt behandling.

Sagens nærmere omstændigheder

Kommunen iværksatte inden tilbudsindhentningen en undersøgelse af, om kontrakten kunne anses for at have klar grænseoverskridende interesse og udfærdigede den 24. november 2015 et notat, hvoraf blandt andet fremgår:

”Hørsholm Kommune vurderer[r], at der ikke er grænseoverskridende interesse for så vidt angår levering af sundhedsvikarer til Hørsholm Kommune.

Der har historisk set ikke været interesse fra udlandet, ifbm udbud af Sundhedsfaglige vikarer.

Der lægges i udbuddet vægt på at Tilbudsgiver er repræsenteret med vikarnetværk i lokalområdet af hensyn til høj dækningsgrad.”

I betingelserne for afgivelse af tilbud er anført følgende:

”1 Indledning

...

I 2014 har Hørsholm Kommune købt vikarydelser for ca. 14 mio kr.

...

Hørsholm Kommune forpligter sig ikke til at aftage vikarydelser for et bestemt beløb eller et bestemt antal timer, da behovet for vikarer til enhver tid afhænger af Kommunens egen mulighed for at dække behovet.

Det er planen at indgå en kontrakt med 2 leverandører, en primær og med en sekundær leverandør.

...

4 Proces

Aftalerne indgås i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. [marts] 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) bilag II B.

...

6 Kontraktperiode

Der vil blive indgået en 4 årig kontrakt med mulighed for at forlænge 2 x 1 år på uændrede vilkår.

Kontraktperioden er fra 1.3.2016 til 29.2.2020.

...

17 Tildelingskriterier

Hørsholm Kommune vil indgå kontrakt med 2 leverandører – henholdsvis en primær leverandør og en sekundær leverandør.

...

Kontrakten vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som henholdsvis primær og sekundær leverandør baseret på følgende underkriterier med den for hvert underkriterium anførte procentsats:

Underkriterium	Vægtning i procent
Pris	50 %
Kvalitet/service og Leveringssikkerhed	50 %

...

2. Kvalitet, service og leveringssikkerhed

...

Kvalitet/service vil blive vurderet på baggrund af tilbudsgivers besvarelse af Kontraktbilag 1;

Kravspecifikation, Kvalitet, service og leveringssikkerhed.

...

19 Kommunens forbehold

Kommunen understreger, at de i udbudsmaterialet [angivne] informationer udelukkende er indikativ for behovet for vikarydelser.

Behovet er ikke forpligtende for kommunen i forhold til de indgåede aftaler.

Tilbudsgiver er således ikke sikret nogen minimumsomsætning under de pågældende aftaler.

...

21 Forventet tidsplan

...

Tilbudsfrist	12.1.2016 ...
Præsentation af tilbud og evt. forhandling	20. og 21. januar 2016
Evt. ny forhandlingsrunde	uge 4/5
Forventet tildeling af kontrakt	Ultimo februar 2016

Kontraktstart	1. marts 2016
---------------	---------------

”

I ”Kontraktbilag 1”, ”Kravspecifikation”, der indgik som en del af udbudsmaterialet, er blandt andet anført, at rammeaftalen angik følgende faggrupper:

”Sygeplejersker
 Social og sundhedsassistenter
 Social og sundhedsassistenter
 til demens og psykiatriområdet
 Plejere til demens og psykiatri-
 området
 Social og sundhedshjælpere
 Social og sundhedshjælpere til
 demens og psykiatriområdet
 Servicemedarbejdere”

Af bilaget fremgår, at social- og sundhedsassistenterne skulle have ”gældende dansk autorisation.”

I kravspecifikationen var anført en række krav, der havde karakter af mindstekrav, herunder:

”

2.1.3	Tilbudsgiver skal sikre at arbejdsmiljølovgivningen overholdes.
...	...
2.1.8	Alle vikarer skal kunne tale læse, skrive og forstå dansk.
...	...
2.1.20	Tilbudsgiver accepterer at den [primære] leverandør har 25 % af den tid, der er fra det tidspunkt udbyder afgiver bestilling på en vagt og frem til tidspunktet for vagtens påbegyndelse. Eksempler: Kl. 7.00 bestilles en vagt til kl. 8.00. Der er en time til vagten påbegyndes, 25 % af en time er et kvarter. Altså har primær leverandør 15 min. til at dække

	vagten, hvorefter udbyder kan henvende sig til Sekundær leverandør der har 25 % af 45 min. til at dække vagten svarende til 11 minutter. Herefter kan udbyder rette henvendelse til andre vikarbureauer. Omkring 1. maj bestiller kommunen sommerferievagt som skal påbegyndes den 1. juli. Primær leverandør har 25 % af 60 dage, svarende til 15 dage til at dække vagten, hvorefter sekundær leverandør har 25 % af 45 dage til at dække vagten, svarende til 11 dage. Herefter kan kommunen rette henvendelse til andre vikarbureauer.
--	---

”

Kravspecifikationen indeholdt en række konkurrenceparametre, herunder:

”

	<u>Vikarnetværk</u>
2.2.33	Der lægges stor vægt på at tilbudsgiver har repræsentation i lokalområdet/Region Hovedstaden. Tilbudsgiver bedes dokumentere antallet af vikarer i lokalområdet, opdelt på faggrupper.

”

I udbudsmaterialet indgik endvidere et kontraktudkast, hvoraf blandt andet fremgik:

”3 Kontraktperiode

...

Aftalen er uopsigelig for Leverandørens vedkommende, men kan opsiges af Kommunen med et varsel på 6 måneder.

...

23 Misligholdelse

...

Kontrakten kan ophæves uden varsel, såfremt Leverandøren gør sig skyldig i væsentlig misligholdelse.

Som væsentlig misligholdelse betragtes bl.a. (listen er ikke ud-

tømmende):

- Hvis leverandøren ikke lever op til de angivne kvalitets og servicekrav.
- Hvis Leverandøren gentagne gange ikke kan overholde den anførte leveringssikkerhed af vikarydelserne.
- Hvis Leverandøren gentagne gange leverer mangelfulde ydelser, og manglerne er byrdefulde for Kommunen
- Hvis Leverandørens ydelser gentagne gange er væsentligt forsinket, og forsinkelserne er byrdefulde for Kommunen.
- Hvis Leverandøren gentagne gange overtræder lovgivninger og bekendtgørelser eller der sker væsentlig overtrædelse heraf, som leverandøren i henhold til kontrakten eller ydelsens natur er forpligtet til at overholde
- I tilfælde af gentagne klager, som kommunen anser for væsentlige, betragtes dette forhold som en væsentlig misligholdelse”.

Den 28. april 2016 skrev den for udbuddet ansvarlige indkøbskonsulent til en kollega i Allerød Kommune under emnet ”Spørgsmål ifbm Sundhedsvikarydelser” blandt andet:

”Jeg kan forstå, at Allerød Kommune ultimo 2015 gennemførte en frivillig annoncering af en lignende rammeaftale på sundhedsvikarydelser.

...

Har du mulighed for at oplyse, om der i forbindelse med annonceringen indkom tilbud fra udenlandske virksomheder – dvs. virksomheder der ikke har adresse i Danmark.”

Samme dag modtog udbudskonsulenten svar fra Allerød Kommune, der oplyste navnene på de 11 virksomheder, der havde afgivet tilbud. Hørsholm Kommunes udbudskonsulent undersøgte tilbudsgivernes tilhørsforhold og konstaterede, at ”samtlige virksomheder har danske adresser.”

Samme dag skrev kommunens repræsentant til Greve Kommune og stillede det samme spørgsmål, som var blevet sendt til Allerød Kommune. Greve Kommunes udbudsjurist oplyste navnene på de 9 virksomheder, der havde afgivet bud, samt ”Men nej, ingen af vores tilbudsgivere var udenlandske.”

Parternes anbringender

Ad grænseoverskridende interesse – Kommunens afvisningspåstand

Kinnerup har gjort gældende, at den udbudte kontrakt har ”klar grænseoverskridende interesse”, og at tildeling af kontrakt derfor skulle ske i henhold til EUF-Traktatens generelle principper herunder ligebehandlings- og gensidighedsprincippet.

Det er et grundlæggende krav for, at en kontrakt/aftale kan siges at have klar grænseoverskridende interesse, at ordregiver vurderer, at en virksomhed i en anden medlemsstat kan være interesseret i at byde på den.

Ved vurderingen heraf lægges der ifølge praksis vægt på kontraktens genstand, dens anslåede værdi, forholdene i branchen, det geografiske udførselssted samt ”andre forhold”.

Kommunen, som er det geografiske udførselssted, befinder sig under en times kørsel fra både Helsingborg og Malmø i Sverige. En svensk virksomhed med adresse i disse byer ville oplagt have en interesse i aftalen om sundhedsfaglige vikarydelser. Ligeledes vil sådanne virksomheder kunne opfylde de betingelser, ordregiver har stillet som mindstekrav, om at ansøgere skal kunne tale, læse og skrive dansk.

Det er alment kendt, at der særligt på sundhedsområdet i Ørestadsregionen er ”flydende arbejdskraft”. Læger og andet svensk sundhedspersonale arbejder i Danmark, hvor der er de samme mindstekrav som i nærværende aftale til ansatte vedrørende sprogkundskaber, autorisation m.m. Dertil kommer, at flere svenske virksomheder har dansk personale ansat, hvorfor en sådan virksomhed ville kunne varetage lignende opgaver her i landet selv af hastende karakter, også selvom virksomheden ikke har kontor her i landet.

Kinnerup har bestridt, at kontraktens begrænsede værdi og det, at den kan opsiges med relativ kort varsel, medfører, at udenlandske virksomheder ikke vil være interesseret i at etablere sig i Danmark alene med henblik på at udføre den udbudte ydelse.

Det er ikke et krav, at en udenlandsk virksomhed alene må have interesse i en enkelt kommune, hvorfor en svensk virksomhed beliggende i Malmø sagtens kunne byde ind på levering af ydelser i hele Ørestadsregionen, særligt for så vidt angår København, Hørsholm og Helsingør. Og dertil

kommer, at ”klar grænseoverskridende interesse” skal vurderes på baggrund af, hvorvidt en udenlandsk virksomhed kan have interesse i aftalen.

Kommunens anbringende om, at da der ikke har været udvist interesse i forbindelse med lignende udbud i Greve og Allerød kommuner, da vil denne aftale heller ikke kunne have interesse for udenlandske virksomheder, kan ikke tillægges vægt. Det er ikke en betingelse for at antage, at der foreligger klar grænseoverskridende interesse, at der tidligere skal være udvist en sådan interessetilkendegivelse i forbindelse med offentliggørelser af andre udbud. Ligeledes har der i denne sag af gode grunde ikke været interesse fra udenlandske virksomheder, idet offentliggørelse ikke har fundet sted.

Kinnerup har tidligere indenfor sundhedsområdet i 7 år varetaget levering af vikarydelser for Kommunen, hvilket i perioden indbragte virksomheden 24 mio. kr.

En samlet årlig omsætning på over halvdelen af dette beløb må antages at kunne skabe en betydelig interesse også for udenlandske virksomheder.

Den geografiske beliggenhed i forhold til Sverige samt aftalens værdi taler således for, at der foreligger klar grænseoverskridende interesse.

Kinnerup har endeligt gjort gældende, at der ved afgørelsen af, om der foreligger ”klar grænseoverskridende interesse” også kan lægges vægt på andre forhold end de nævnte.

Kommunen har for så vidt angår den del af påstanden, der vedrører iagttagelsen af de generelle EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed gjort gældende, at EUF-traktatens principper herom i henhold til EU-Domstolens og Klagenævnet for Udbuds praksis alene finder anvendelse, hvis en kontrakt eller rammeaftale kan anses for at have ”klar grænseoverskridende interesse”. Klagenævnet har ikke kompetence til at behandle klagen, såfremt den indgåede kontrakt ikke har klar grænseoverskridende interesse. Kommunen har blandt andet henvist til Klagenævnet for Udbuds kendelser af 6. marts 2014 (G4S Security Services mod Region Syddanmark) og af 18. november 2014 (Claus Tingstrøm mod Banedanmark) samt EU-Domstolens dom i sag C-507/03 (EU-Kommissionen mod Irland).

I forarbejderne til udbudsloven er det i de specielle bemærkninger til § 191 anført, hvilke elementer der skal inddrages ved vurderingen af, hvorvidt en kontrakt/rammeaftale kan anses for at have klar grænseoverskridende interesse. Bemærkningerne er i fuld overensstemmelse med EU-Domstolens og Klagenævnet for Udbuds praksis, herunder bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. marts 2013 (Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS mod Region Midtjylland), kendelse af 6. marts 2014 (G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark) og kendelsen af 2. december 2014 (A-Vask A/S mod Høje-Taastrup Kommune)

Det anføres på side 207 i forarbejderne til udbudsloven blandt andet:

”En kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, hvis en ordregiver vurderer, at en virksomhed i en anden medlemsstat kan være interesseret i at byde på en kontrakt. Den grænseoverskridende interesse vedrører således alene, om en virksomhed i en anden medlemsstat kan have interesse i kontrakten, og ikke om kontrakten kan have interesse for en udenlandsk virksomhed, der allerede driver virksomhed i Danmark.

Det beror på ordregiverens konkrete vurdering, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. Ved vurderingen skal der lægges vægt på kontraktens genstand, kontraktens anslåede værdi, forholdene i den pågældende branche, herunder markedets størrelse, struktur og handelspraksis samt det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres.

Andre relevante elementer kan også have betydning og bør inddrages i den konkrete vurdering. Eksempelvis kan kontraktens varighed have betydning for udenlandske virksomheders lyst til at byde på en kontrakt. En lang kontraktvarighed giver således bedre mulighed for at afskrive investeringer og peger dermed i retning af, at kontrakten har klar grænseoverskridende interesse.”

Kommunen iagttog sin pligt til at vurdere, om rammeaftalen kunne anses for at have klar grænseoverskridende interesse, inden tilbudsindhentningen blev iværksat.

Kommunen vurderede særligt under hensyntagen til rammeaftalens karakter, de kontraktuelle vilkår og forholdene i branchen, at rammeaftalen ikke kunne anses for at have klar grænseoverskridende interesse.

Kommunen har fastholdt, at den konkurrenceudsatte rammeaftale om sundhedsfaglige vikarydelser ikke har klar grænseoverskridende interesse, og at

der derfor allerede af denne grund ikke er grundlag for at give Kinnerup medhold i den nedlagte påstand 1.

Kommunen har om forholdene i branchen, herunder markedsstrukturen gjort gældende, at markedet for sundhedsfaglige vikarydelser er nationalt funderet og erfaringsvist ikke har haft interesse for udenlandske virksomheder.

Til dokumentation herfor har kommunen henvist til den af Allerød Kommune iværksatte frivillige annoncering af tilsvarende sundhedsfaglige vikarydelser i december måned 2015, og den af Greve Kommune i januar 2016 tilsvarende udbudte kontrakt vedrørende vikarydelser efter de nye regler om ”light-ydelser”. Erfaringerne fra disse to kommuner viser, at aftaler vedrørende sundhedsfaglige vikarydelser i Københavnsområdet og Nordsjælland ikke fører til interesse fra udenlandske herunder svenske virksomheder.

Kommunen har henvist til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. marts 2013 (Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS mod Region Midtjylland). Denne kendelse vedrørte ligesom den konkrete sag vikarydelser udført af sygeplejersker og ansatte i social- og sundhedssektoren, og klagenævnet fastslog, at der ikke forelå klar grænseoverskridende interesse og fremhævede blandt andet, at dette navnlig fulgte af opgavens karakter.

Overfor Kinnerups bemærkninger om ”flydende arbejdskraft” indenfor sundhedssektoren i det omhandlede geografiske område har kommunen fastholdt, at der ikke er klar grænseoverskridende interesse i forbindelse med den konkrete rammeaftale om sundhedsfaglige vikarydelser. Kinnerup har ikke henvist til en konkret svensk virksomhed, der varetager rammeaftaler af den karakter, som kommunen har indgået. Kommunen har henvist til klagenævnets ovennævnte kendelse af 16. marts 2014 (G4S Security A/S mod Region Syddanmark), hvori det blev fastslået, at der i forhold til bilag II B tjenesteydelser skal påvises mere ”end blot en teoretisk potentiel interesse”.

Kommunen har vedrørende kontraktens/rammeaftalens genstand gjort gældende, at denne heller ikke peger i retning af, at der foreligger klar grænseoverskridende interesse.

De sundhedsydelser, der er omfattet af rammeaftalen, kan alene udføres ved vikarernes fysiske tilstedeværelse i kommunen. Kommunen har henvist til klagenævnets kendelse af 24. maj 2016 (Danske Care A/S mod Egedal Kommune), hvor klagenævnet fastslog, at en indgået kontrakt om hjælpe- og aflastningsydelser ikke havde klar grænseoverskridende interesse, og i den forbindelse fremhævede klagenævnet, at ”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.”

Endvidere var det et ufravigeligt mindstekrav for kommunen ved tilbudsindhentningen, at alle vikarer skulle kunne tale læse, skrive og forstå dansk. Dertil kommer, at alle social- og sundhedsassistenter skulle være i besiddelse af ”gældende dansk autorisation.”

Det fulgte af kravspecifikationens mindstekrav, at tilbudsgiveren skulle sikre, at arbejdsmiljølovgivningen overholdes, hvilket indebærer, at de relevante virksomheder skal have særligt kendskab til den danske arbejdsmiljølovgivning.

Yderligere indebærer de meget korte udkaldsfrister i henhold til kravspecifikationen, at det har været en nødvendighed, at de relevante tilbudsgivere har rådighed over vikarer bosat tæt på Kommunen. I den forbindelse var det også gjort tydeligt i kravspecifikationen, at Hørsholm Kommune ville lægge vægt på, ”at tilbudsgiver har repræsentation i lokalområdet/Region Hovedstaden”, og at tilbudsgiver kan dokumentere ”antallet af vikarer i lokalområdet, opdelt på faggrupper.”

Kommunen har endeligt fremhævet, at rammeaftalen ikke giver leverandøren sikkerhed for nogen minimumomsætning, og at kontraktudkastet indeholder et vilkår om, at Kommunen frit kan opsigte rammeaftalen med 6 måneders varsel. Disse vilkår taler afgørende imod, at en udenlandsk virksomhed skulle have interesse i at etablere sig i Danmark alene med henblik på at udføre ydelserne i henhold til Kommunens rammeaftale.

Det har således ikke været realistisk for virksomheder med forretningsadresse i udlandet at afgive tilbud på rammeaftalen, ligesom de kontraktuelle vilkår taler afgørende imod, at en udenlandsk virksomhed skulle have interesse i at byde ind på rammeaftalen med henblik på at etablere sig i Danmark.

Kommunen har vedrørende det geografiske sted for rammeaftalens udførelse fremhævet, at rammeaftalen alene kan udføres ved vikarernes fysiske tilstedeværelse i kommunen.

Det faktum, at kommunen er forholdsvis tæt placeret på Malmö og Helsingborg, hvor der potentielt kunne være leverandører af de relevante vikarydelser, kan ikke anses for at have afgørende betydning henset til minimumkravene i relation til særligt udkaldstider og sprogkundskaber, ligesom der ved udbud af tilsvarende vikarydelser i Allerød og Greve ikke indkom tilbud fra svenske virksomheder, uanset at disse kommuner har nogenlunde tilsvarende afstand til Sverige.

Kommunen har endvidere henvist til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. december 2014 (A-Vask A/S mod Høje-Taastrup Kommune), hvor Klagenævnet konstaterede, at det faktum, at Malmö ligger i relativt kort afstand fra Høje-Taastrup Kommune, ikke kunne føre til, at den udbudte aftale kunne anses for at have klar grænseoverskridende interesse.

Kommunen har vedrørende rammeaftalens værdi gjort gældende, at denne heller ikke bevirker, at der forelå klar grænseoverskridende interesse.

Værdien af kommunes anskaffelser af sundhedsfaglige vikarydelser i 2014 udgjorde ca. 14 mio. kr. Dette kan umiddelbart fremstå som et højt beløb, der peger i retning af klar grænseoverskridende interesse, men det skal ses i sammenhæng med, at der er tale om en tjenesteydelsesaftale, hvor en betydelig del af omsætningen går til lønninger til de ansatte vikarer. Kommunen har i denne forbindelse bestridt Kinnerups synspunkt vedrørende virksomhedens oplyste omsætning vedrørende vikarydelse til kommunen om, at ”En samlet årlig omsætning på over halvdelen af dette beløb må således antages at kunne skabe en betydelig interesse også for udenlandske udbydere af ydelserne.”

Kommunen har henvist til, at værdien af den rammeaftale, der blev vurderet ved Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. marts 2013 (Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS mod Region Midtjylland), udgjorde flere hundrede mio. kr., uden at dette førte til, at rammeaftalen blev vurderet til at have klar grænseoverskridende interesse.

Vedrørende værdien af den førømtalte rammeaftale om social- og sundhedsfaglige vikarydelser i Greve Kommune har kommunen henvist til, at den udgjorde 30 mio. kr., uden at dette resulterede i tilbud fra udenlandske tilbudsgivere. Endeligt er leverandøren ikke sikret nogen minimumsomsætning, ligesom Kommunen frit kan opsige rammeaftalen med 6 måneders varsel.

Kommunen har vedrørende andre forhold gjort gældende, at disse forhold ikke skal tillægges betydning ved vurderingen af, hvorvidt der foreligger klar grænseoverskridende interesse.

Kommunen har i en situation, hvor der ikke foreligger klar grænseoverskridende interesse, været berettiget til at gennemføre en ikke-offentlig tilbudsindhentningsprocedure. Kommunen har således alene været forpligtet til at sikre, at rammeaftalen blev indgået på markedsvilkår, ligesom kommunen har været forpligtet til at iagttage almindelige forvaltningsretlige principper i forbindelse med tilbudsindhentningen, jf. de principper der nu er kodificeret i udbudslovens afsnit V.

Klagenævnet udtaler:

Ved afgørelsen af, hvorvidt en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, skal ordregiveren efter det, der er anført om den nævnte bestemmelse i bemærkningerne til lovforslaget til udbudslovens § 191, der er anvendelige også vedrørende tilbudsindhentning før lovens ikrafttrædelse, foretage en konkret vurdering af, om en virksomhed i en anden medlemsstat kan være interesseret i at byde på kontrakten. Ved vurderingen skal der lægges vægt på kontraktens genstand, kontraktens anslåede værdi, forholdene i den pågældende branche, herunder markedets størrelse, struktur og handelspraksis samt det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres. Det fremgår af bemærkningerne, at også andre relevante elementer kan have betydning og bør inddrages i den konkrete vurdering, såsom eksempelvis kontraktens varighed.

Af betydning for denne sag nævnes endeligt, at hvis en kontrakt eksempelvis skal udføres tæt på den svenske eller tyske grænse, kan der efter indkøbs karakter være større sandsynlighed for, at kontrakten har klar grænseoverskridende interesse.

Kommunen foretog inden tilbudsindhentningen en undersøgelse af, om kontrakten havde klar grænseoverskridende interesse. Vurderingen er beskrevet i kommunens notat af 24. november 2015. Der blev ved vurderingen lagt vægt på, at der i forbindelse med andre kommuner i hovedstadsområdet udbud af sundhedsfaglige vikarer, ikke havde været interesse fra udlandet samt på, at ”Tilbudsgiver er repræsenteret med vikarnetværk i lokalområdet af hensyn til høj dækningsgrad.”

Såfremt rammeaftalen ikke har en klar grænseoverskridende interesse, finder traktatens EU-retlige principper ikke anvendelse, og sagen vil, som påstandene er nedlagt, i så fald skulle afvises.

Efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger finder klagenævnet herefter, at den udbudte rammeaftale ikke har klar grænseoverskridende interesse. Der er herved lagt vægt på den vurdering, Kommunen har foretaget vedrørende spørgsmålet, om kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, samt det forhold at kontrakten alene kan udføres ved fysisk tilstedeværelse i Danmark, at der er relativ kort responstid, herunder at der lægges vægt på, at tilbudsgiver har repræsentation i lokalområdet, at kontrakten kan opsiges af Kommunen med et varsel på 6 måneder, at der ikke er sikkerhed for en omsætning, ligesom der for social- og sundhedsassistenterne kræves dansk autorisation. Sagen afvises derfor.

Det bemærkes, at klagenævnet ikke har kompetence til at tage stilling til, hvorvidt der er sket overtrædelse af de forvaltningsretlige principper, som Kinnerup hævder er overtrådt i påstand 1, ligesom klagenævnet heller ikke har kompetence til at påbyde Kommunen at foretage fornyet udbud som anført i påstand 2.

Sagsomkostninger

Under henvisning til sagens resultat og omfang skal Kinnerup Care A/S betale 20.000 kr. i sagsomkostninger til Hørsholm Kommune.

Herefter bestemmes:

Sagen afvises.

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

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

N. Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjærning
specialkonsulent