

K E N D E L S E

Kirstine Hardam A/S  
(selv)

mod

Køge Kommune  
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 195-336027 af 8. oktober 2013, udbød Fællesudbud Sjælland en rammeaftale om levering af stomihjælpemidler til stomipatienter i de 16 medlemskommuner, herunder Køge Kommune, i perioden 1. januar 2014 til 31. december 2015 med mulighed for forlængelse i op til 2 x 12 måneder. Rammeaftalen blev indgået med Kirstine Hardam A/S den 16. december 2013. Aftalen er ved allonge af 10. september 2015 forlænget til 31. december 2016, jf. option herom.

I februar 2016 indgik Køge Kommune en aftale med Abena A/S om ”Tilbudsftale øvrige stomiprodukter uden for EU-udbud.” Aftalen er indgået uden afholdelse af udbud.

Den 6. oktober 2016 indgav Kirstine Hardam A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Køge Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Kirstine Hardam A/S har nedlagt følgende påstande:

### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Køge Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 55 og udbudsdirektivets artikel 26, samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, ved at indgå aftale med Abena A/S om levering af stomiprodukter uden forudgående udbud.

### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal erklære aftalen mellem Køge Kommune og Abena A/S for uden virkning for fremtidige leverancer, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, jf. § 18, stk. 1.

Køge Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 6. december 2016 meddelt Abena A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Abena A/S er den 15. december 2016 indtrådt som intervenient til støtte for Køge Kommune.

### Sagens nærmere omstændigheder

I rammeaftale af 16. december 2013 mellem Kirstine Hardam A/S og Fællesudbud Sjælland er henvist til udbudsbetingelserne som en del af kontraktgrundlaget. Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”Der gøres opmærksom på, at bevillingshavere har frit leverandørvalg inden for Servicelovens § 112. Dette betyder, at bevillingshaver frit kan vælge at handle hos en anden leverandør, end den af kommunerne valgte, dog refunderes maksimalt det beløb, kommunerne har indgået indkøbsaftale om for det pågældende, bevilgede produkt. Der kan således ikke gives garanti for at alle borgere med en bevilling, vil benytte nærværende aftale. Tilbudsgiver er derfor ikke garanteret nogen mindsteomsætning.”

Af en aftale af 24. februar 2016 mellem Abena A/S og Køge Kommune fremgår bl.a.:

”Tilbudsftale øvrige stomiprodukter udenfor EU-udbud

Mellem nedenstående parter indgås følgende Tilbudsftale.

...

Aftalen: Gælder Køge Kommune § 112

Sortiment: Stomiprodukter og tilbehør. Udenfor EU-udbud

Periode: Aftalen er gældende fra dags dato og indtil aftalen opsiges med 30 dages varsel og/eller ved nyt EU-udbud.

Rabat: ...

Leverings

Betingelser: Levering sker ... til borgere i eget hjem.

...

Opsigelse: Aftalen kan opsiges med 30 dages varsel til den 1. i en måned. Opsigelse kan ligeledes ske såfremt produktområdet udbydes i off. EU-udbud.”

I foråret 2016 erfarede Kirstine Hardam A/S fra forskellige stomipatienter, at Køge Kommune i bevillingsbeskrivelser informerede stomipatienter om at bestille stomihjælpemidler fra Abena A/S ("Abena"). Af et eksempel på en sådan bevillingsskrivelse af 3. marts 2016 fremgår bl.a.:

”Stomihjælpemidler fra Abena

Din bevilling på stomihjælpemidler er revurderet.

Bevillingen:

Nedenstående produkter indgår ikke i den indkøbsaftale, som Køge Kommune har indgået med Kirstine Hardam. Produkterne skal derfor fremadrettet bestilles hos Abena A/S.

CONVATEC STOMADRESS Plus 19 mm 30 stk/æske COLOPLAST skylleærmer m/plaster 50 stk/æske COLOPLAST SENSURA Mio Original lukket pose beige COLOPLAST Irrigationssæt 1 stk/æske BIOTROL PETITE Mini-cap hudf. 35 mm 30 stk/æske BIOTROL IRYFIX 15 stk/æske BRAUN Softima tømbar Roll'Up beige std. 25 mm BRAUN Softima hudf mini 25 mm 30 stk/æske Gaze 10 x 10 cm 200 stk/æske
---

...

**Bestilling:**

Når du skal bestille eller genbestille dine stomihjælpemidler skal du kontakte Abena:

Abena A/S tlf. : 7431 1818

E-mail: info@abena.dk

Webbestilling : AbenaOnline – kontakt firmaet forinden

...

**Fritvalgsordning:**

Ifølge lov om social service § 112 har du ret til frit valg af hjælpemidler og af leverandør.

Hvis du ønsker at benytte det frie valg skal du give kommunen besked.

Hvis du benytter dig af muligheden for frit valg, vil du højst få refunderet det beløb, som kommunen kunne have erhvervet hjælpemidlet til hos sin leverandør.

...”

Efter henvendelse fra Kirstine Hardam A/S om, at 6 ud af de 9 produkter nævnt i bevillingsskrivelsen var omfattet af rammeaftalen med Kirstine Hardam A/S, udsendte Køge Kommune nye bevillingsskrivelser til stomipatienter i kommunen. Af et eksempel på en af de nye bevillingsskrivelser af 16. marts 2016 fremgår bl.a.:

”Stomihjælpemidler fra Abena

Se venligst bort fra tidligere fremsendte bevillingsskrivelse vedr. bestilling af stomihjælpemidler. Vi beklager fejlen, og den forvirring det har skabt.

**Bevillingen:**

Nedenstående produkter indgår ikke i den indkøbsaftale, som Køge Kommune har indgået med Kirstine Hardam.

CONVATEC STOMADRESS Plus 19 mm 30 stk/æske
--

Produkterne skal derfor fremadrettet bestilles hos Abena A/S.

Dine øvrige stomihjælpemidler bestilles fortsat hos Kirstine Hardam.

...

**Bestilling:**

Når du skal bestille eller genbestille dine stomihjælpemidler skal du kontakte Abena:

Abena tlf. : 7431 1500  
 E-mail : [Bevilling@abena.dk](mailto:Bevilling@abena.dk)  
 Webbestilling : [www.bevilling.dk](http://www.bevilling.dk)

...  
 Fritvalgsordning:  
 ...”

Kirstine Hardam A/S rettede igen henvendelse til Køge Kommune i juni 2016, idet kommunen efter virksomhedens opfattelse henstillede til alle stomipatienter, at stomihjælpemidler, herunder stomihjælpemidler omfattet af rammeaftalen, blev indkøbt hos Abena A/S.

Kommunen besvarede henvendelsen den 17. juni 2016. Af svaret fremgår bl.a.:

”Besvarelse af henvendelse Kirstine Hardam A/S

Køge Kommune har modtaget brev pr. mail af 2. juni 2016. Brevet er modtaget i forlængelse af møde afholdt i Køge Kommune den 19. april.

Dagsordenen for mødet den 19. april var en drøftelse af, at Køge Kommune har indgået aftale med anden leverandør (Abena) om levering af de produkter, der ligger uden for rammeaftale indgået af Slagelse Kommune på vegne af Fællesudbud Sjælland.

...  
 I relation til det i brev fremsendt ved mail af 2. juni 2016 anførte, skal Køge Kommune for god ordens skyld præcisere følgende:

1. Køge Kommune køber de stomiprodukter, der er på FUS-tilbudslisten, ved Kirstine Hardam A/S og overtræder dermed ikke aftalen.
2. Køge Kommune henstiller ikke bevillingshavere til at købe de stomiprodukter, der er omfattet af FUS-aftalen, hos Abena.
3. Køge Kommunes køb af stomiprodukter hos Abena er fuldt lovligt, da Køge kommune har indgået en prisaftale med Abena på produkter der ikke er dækket af udbuddet jf. Klagenævnets kendelse af 30. marts [2016, OneMed A/S mod Københavns Kommune]...
4. Det er således kun gensidigt bebyrdende aftaler, hvor parterne forpligter sig til at gengælde ydelse mod ydelse, der er omfattet af begrebet. Modydelsen fra ordregiveren behøver ikke være et pengebe-

løb, men skal kunne opgøres i penge. Det følger af retspraksis fra EU-Domstolen, at det er et krav, at ordregiveren skal have en direkte økonomisk interesse i den ydelse, som ordregiveren modtager mod ordregiverens vederlag. Bliver ordregiveren ejer af genstanden for kontrakten, vil den økonomiske interesse f.eks. være godtgjort.

5. Køge Kommune iagttager således gældende lovgivning og der er dermed ikke tale om misligholdelse af kontrakten.
6. Endelig har Køge Kommune naturligvis ikke til hensigt at forpligte Kirstine Hardam til at rådgive om produkter, der købes uden for FUS-indkøbsaftalen. Dette blev også bekræftet af Køge Kommune allerede på mødet den 19. april 2016."

Kirstine Hardam A/S har oplyst, at virksomhedens gennemsnitlig månedlige omsætning fra salg af stomihjælpemidler i Køge Kommune forud for marts 2016 var ca. 100.000 kr. større end efter marts 2016.

#### Parternes anbringender

##### Ad påstand 1

Kirstine Hardam A/S har gjort gældende, at værdien af den aftale, som Køge Kommune har indgået med Abena, er ca. 2.100.000 kr., hvorved EU-tærskelværdien for indkøb af varer klart er overskredet. Værdien kan beregnes som den gennemsnitlige månedlige nedgang i Kirstine Hardam A/S' salg i en periode på 21 måneder svarende til den løbetid, som kommunens aftale med Kirstine Hardam A/S har.

Det følger herefter af udbudslovens § 55, jf. udbudsdirektivets artikel 26, at udbud skal gennemføres efter en af de i bestemmelsen oplyste procedurer, hvilket ubestridt ikke er sket.

Det følger af Servicelovens § 112, at kommunerne, til opfyldelse af deres pligt til at yde støtte til hjælpemidler for personer med varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne, kan bestemme, at et hjælpemiddel skal leveres af en bestemt leverandør gennem indgåelse af leverandøraftaler. Et sådant leverandørvalg skal i henhold til punkt 33 i Social- og Indenrigsministeriets Vejledning nr. 6 til Serviceloven "ske i overensstemmelse med gældende udbudsretlige regler".

Kommunen har i brev af 17. juni 2016 til Kirstine Hardam A/S anført, at kommunen ”køber” hjælpemidler hos Abena, og har i bevillingsskrivelserne til borgerne anført, at borgeren ”skal” købe hjælpemidlet hos Abena. Det må på den baggrund lægges til grund, at Køge Kommune har indgået en aftale med Abena om levering af de stomihjælpemidler, der ikke er omfattet af rammeaftalen, og ikke blot en ikke udbudspligtig prisaftale. Dette støttes af, at en stomipatient, der modtager en bevillingsskrivelse som den, Køge Kommune har udsendt, helt indlysende må få den forståelse, at han er forpligtet til at bestille stomihjælpemidlet hos Abena.

At de relevante stomipatienter på baggrund af kommunens adfærd, anser sig for pålagt at bestille stomihjælpemidlerne fra Abena illustreres endvidere af, at Kirstine Hardam A/S’ omsætning i Køge Kommune i perioden efter kommunens udsendelse af bevillingsskrivelse har ligget 27,5 % under omsætningen i perioden forud for udsendelse af bevillingsskrivelse.

At leverandøraftaler om hjælpemidler er udbudspligtige kontrakter, er fastslået af Klagenævnet for Udbud i kendelse af 21. august 2013, Bandagist-Centret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl. og kendelse af 30. marts 2016 OneMed A/S mod Københavns Kommune. Køge Kommunes ageren indebærer, at aftalen mellem kommunen og Abena på et helt centralt punkt, nemlig ved udnyttelse af en direkte og bestemmende indflydelse i forhold til valg af leverandør, adskiller sig fra ovennævnte to sager, og at indgåelse af aftalen om levering af stomiprodukter med Abena uden forudgående udbud, derfor er i strid med udbudslovens § 55, jf. udbudsdirektivets artikel 26, samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Abena har oplyst, at Køge Kommune har indgået aftale med Abena på baggrund af en konkurrenceudsættelse, hvor Abena og OneMed deltog. Der har således antageligt været en form for konkurrence om aftalen, som Abena åbenbart har ”vundet”. Denne er ikke sket under iagttagelse af udbudsreglerne, og kan derfor ikke gøre aftalens indgåelse retmæssig.

Køge Kommune har gjort gældende, at udbudspligten alene omfatter ”offentlige kontrakter”, hvorved forstås ”gensidigt bebyrdende aftaler”. Det er en betingelse for at anse en aftale for gensidigt bebyrdende, at den ordregivende myndighed får leveret en ydelse, som myndigheden har en direkte økonomisk interesse i, mod at betale et vederlag.

Det følger af klagenævnets kendelse, Bandagist Centret mod Haderslev Kommune m.fl. af 21. august 2013, at prisindhentninger, der alene bruges til ”at danne grundlag for de enkelte kommuners fastsættelse af ”prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel”, jf. den sociale servicelovs § 112, stk. 3,” ikke ses som en leverandøraftale og er dermed ikke en gensidigt bebyrdende aftale.”

Det følger af servicelovens § 112, stk. 3, at en borger altid, også i de tilfælde, hvor kommunen har indgået en leverandøraftale, har frit valg med hensyn til indkøb af personlige hjælpemidler. Indhentning af ”tilbuddet” sker alene for at danne grundlag for fastsættelse af ”prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel”. Indhentning af ”tilbud” sker således ikke med henblik på at indgå en aftale med tilbudsgiveren.

Køge Kommunes indhentning af tilbuddet indebærer dermed ikke, at kommunen indgår en leverandøraftale med den pågældende virksomhed, jf. servicelovens § 112, stk. 2, jf. stk. 3, 1. pkt. Køge Kommune får ikke ejendomsret til de i sagen omfattende hjælpemidler, da de er af en sådan beskaffenhed, at de ikke kan genanvendes. Køge Kommune har derfor ikke en interesse i, hvilket produkt borgeren vælger at købe. Der er for det andet ikke holdepunkter for at antage, at Køge Kommune i øvrigt skulle have en direkte økonomisk interesse i de indkøbte hjælpemidler, der alene anvendes af borgerne. Det følger som nævnt af bestemmelsen i hjælpemiddelbekendtgørelsens § 3, stk. 2, 2. pkt., at kommunen ikke kan kræve stomihjælpemidler udleveret efter brug.

Da Køge Kommune således ikke modtager en ydelse, som den har en direkte økonomisk interesse i, kan den betaling, som kommunen foretager, heller ikke anses for en modydelse for en sådan ydelse, og der er dermed ikke tale om en gensidigt bebyrdende aftale.

Køge Kommune har ikke alene ved at anvende ordet ”skal” i bevillingsskrivelserne pålagt borgeren at købe bestemte produkter. Prisaftalen er udelukkende udarbejdet for at danne grundlag for kommunens fastsættelse af ”prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel”.

Abena A/S har til støtte for Køge Kommunes påstand gjort gældende, at den imellem Abena og kommunen indgæede tilbuds aftale, alene er en til-



budsindhentning i medfør af servicelovens § 112, og dermed ikke en forpligtende aftale. Aftalens formulering ændrer ikke ved den retlige status heraf. Tilbudsaf-talen er indgået efter en almindelig priskonkurrence, hvor OneMed og Abena deltog.

### Ad påstand 2

Kirstine Hardam A/S har gjort gældende, at det følger af § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne, at en kontrakt, der er omfattet af udbudsdirektivet, skal erklæres for uden virkning, ”hvis en ordregiver i strid med de fællesskabsretlige udbudsregler har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, jf. dog § 4”.

Da Køge Kommune har indgået leverandøraftalen med Abena i strid med udbudslovens § 55 og udbudsdirektivets artikel 26 samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, skal den indgåede leverandøraftale erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, jf. § 18, stk. 1.

Køge Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler. Da udbudsreglerne desuden ikke gælder for den omtvistede prisaf-tale, er der ingen aftale, der kan erklæres for uden virkning.

### Klagenævnet udtaler:

Udbudsreglerne regulerer indgåelse af offentlige kontrakter. For at der er tale om en offentlig kontrakt, skal der være tale om en gensidigt bebyrdende aftale. Som anført i flere tidligere kendelser fra klagenævnet, jf. senest kendelse af 30. marts 2016 OneMed A/S mod Københavns Kommune, er det, for at der kan være tale om en gensidigt bebyrdende aftale i udbudsretlig forstand, en betingelse, at den ordregivende myndighed får leveret en ydelse, som myndigheden har en direkte økonomisk interesse i, mod at betale et vederlag.

Det følger af hjælpemiddelbekendtgørelsens § 3, at hjælp [til ansøgeren] til anskaffelse af et hjælpemiddel kan ydes som udlån, kontantydelse eller udleveres som naturalhjælp. Det fremgår videre, at selv hvis hjælpemidlet er

ydet som udlån, skal der ikke ske tilbagelevering til kommunen efter endt brug, hvis der er tale om stomihjælpemidler.

Det fremgår af aftalen mellem Køge Kommune og Abena, at levering af hjælpemidlet sker direkte til stomipatienten, og det fremgår af kommunens bevillingsskrivelser, at bestilling af hjælpemidler foretages af stomipatienten selv hos leverandøren.

I bevillingsskrivelserne til stomipatienterne har kommunen specifikt vejledt om borgerens ret til frit valg, jf. lov om social service § 112, stk. 3. Det forhold, at der i bevillingsskrivelsen er anvendt ordet ”skal” og ikke ”kan” i relation til, hvor hjælpemidler uden for indkøbsaftalen med Kirstine Hardam A/S indkøbes, kan derfor ikke tillægges særlig betydning ved vurderingen af, om der reelt er tale om en udbudspligtig aftale.

Det forhold, at Køge Kommune i brevet af 17. juni 2016 til Kirstine Hardam A/S bruger udtryk som ”har indgået aftale med anden leverandør” og ”Kommunens køb af stomiprodukter hos Abena” kan i den sammenhæng, hvori de fremgår, heller ikke tillægges betydning ved vurderingen af, om der reelt er tale om en udbudspligtig aftale.

Herefter, og da der ikke i øvrigt foreligger indikationer af, at kommunen har truffet beslutning om at indgå en leverandøraftale/rammeaftale med Abena, hvor kommunen kan eller skal købe hjælpemidler hos denne leverandør, kan kommunen ikke antages mod vederlag at få leveret en ydelse, som kommunen har en direkte økonomisk interesse i.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 1 og 2 til følge.

Ingen af parterne har været repræsenteret af advokat eller anden ekstern bistand under sagen.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Ingen af parterne betaler sagsomkostninger til den anden part.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig