

K E N D E L S E

OneMed A/S
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

mod

Københavns Kommune
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

Klagenævnet har den 4. marts 2016 modtaget en klage fra OneMed A/S.

OneMed A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Københavns Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Københavns Kommune har den 24. februar 2016 i henhold til lov om klagenævnet for udbud (klagenævnsloven) § 4 offentliggjort bekendtgørelse nr. 2016/S 038-061893 i Den Europæiske Unions Tidende.

Klagenævnets formand har den 7. marts 2016 tillagt klagen midlertidig opsættende virkning i medfør af klagenævnslovens § 12, stk. 1.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 7, svarskrift, replik og duplik.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28, samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved at træffe beslutning om at tildele en aftale til Mediq Danmark A/S som beskrevet i kommunens bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed nr. 2016/S 038-061893 samt prisindhentningsbetingelser uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse uanset, at en sådan aftale er udbudspligtig i medfør af udbudsdirektivet.

Påstand 2:

Klagenævnet skal annullere Københavns Kommunes beslutning af 19. februar 2016 om tildeling af en aftale til Mediq Danmark A/S

Over for påstand 1 har Københavns Kommune nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Over for påstand 2 har Københavns Kommune nedlagt påstand om, at klagen afvises, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Klagen angår overordnet spørgsmålet, om Københavns Kommune ved aftalen indgår en leverandøraftale efter Servicelovens § 112, stk. 2, eller indhenter prisoplysninger efter Servicelovens § 112, stk. 3, sidst pkt.

Københavns Kommune iværksatte den 17. december 2015 på www.kk.dk en ”prisindhentning for levering af urologiske hjælpemidler”. Af de samtidig hermed offentliggjorte ”Betingelser ved prisindhentning for levering af urologiske hjælpemidler” (de oprindelige prisindhentningsbetingelser), fremgår bl.a.:

”1. Indledning

Københavns Kommune, Hjælpemiddelcentret gennemfører hermed en prisindhentning på urologiske hjælpemidler. Formålet er at danne et

grundlag for kommunens bevilling af tilskud til urologihjælpemidler i henhold til Servicelovens § 112, samt sikre borgerne muligheden for at indkøbe hjælpemidlerne til en pris, der ligger inden for den tildelte bevilling.

Den leverandør, der har afgivet tilbuddet med den samlet set laveste pris, forpligter sig ved sit pristilbud over for både kommunen og dennes borgere til at sælge hjælpemidlet til borgeren til den pris, som leverandøren har afgivet ved denne prisindhentning, og på de leveringsvilkår som er angivet i dennes tilbud.

I medfør af fritvalgsordningen i Servicelovens § 112 kan borgeren frit vælge leverandør.

Borgeren er derfor ikke forpligtet til at foretage sit indkøb hos den tilbudsgiver, der har afgivet pristilbuddet med den samlet set laveste pris. Som følge heraf er tilbudsgiveren, der har afgivet pristilbuddet med den samlet set laveste pris, ikke garanteret nogen minimumsomsætning i medfør af aftalen.

Da det er borgeren, der foretager indkøbet af urologiske hjælpemidler, skal vi gøre opmærksom på, at prisindhentningen IKKE er underlagt 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) eller Bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter med senere ændringer.

I dette dokument anvendes betegnelsen ”Tilbudsgiver” om de virksomheder, der afgiver tilbud i prisindhentningen, ”Aftaleparten” om vindende tilbudsgiver, mens betegnelsen ”Hjælpemiddelcentret” anvendes om Københavns Kommune, Hjælpemiddelcentret. ”Prisaftalen” anvendes som betegnelse for den aftale, som indgås mellem Hjælpemiddelcentret og Aftaleparten på baggrund af denne prisindhentning.

...

2. Prisindhentningens genstand & procedure

Prisindhentningen retter sig mod fastlæggelsen af priser for urologiske hjælpemidler, samt levering af forbrugsstatistikker til Hjælpemiddelcentret. De produkter, der ønskes pristilbud på er opført i bilag 1 – tilbuds-skema, mens krav til statistikker findes i bilag 2 – udkast til prisaftale vedrørende urologiske hjælpemidler.

...

Den tilbudsgiver, hvis pristilbud samlet set har den laveste pris, vil blive tilbudt at indgå en prisaftale med Københavns Kommune. Ved indgæl-

se af prisaftale vil leverandørens pristilbud danne grundlag for at fastsætte støtten for urologihjælpemidler bevilget efter Servicelovens § 112 i hele prisaftalens løbetid.

...

3. Kommunens fremgangsmåde ved § 112 bevillinger

I Københavns Kommune behandler Hjælpemiddelcentret og Borgercenter Handicap ansøgninger om støtte til urologihjælpemidler efter Servicelovens § 112.

Ved enhver ansøgning afgør Hjælpemiddelcentret eller Borgercenter Handicap, hvilke hjælpemidler, der kan ydes tilskud til på baggrund af helbredsoplysninger og anbefalinger fra det sundhedsfaglige personale i Kommunen eller på hospitalerne. Ud fra kommunens aftalepriser fastsætter sagsbehandlerne herefter det maksimale støttebeløb, som en borger kan modtage til anskaffelse af hjælpemidlerne. Borgeren kan vælge at benytte den aftalepart, hvis pristilbud ligger til grund for den bevilligede støtte, eller gøre brug af sit frie valg og foretage indkøbet hos en anden leverandør mod betaling af en eventuel merpris.

Aftale om køb og levering af hjælpemidler indgås direkte mellem Aftaleparten og borgeren, mens Københavns Kommune, indenfor rammerne af bevillingen, forestår betaling af støttebeløb til Aftaleparten. Køb uden for bevillingens rammer afregnes direkte mellem Aftaleparten og borgeren.

Det bevilligede urologihjælpemiddel er borgerens ejendom, og skal derfor leveres direkte til borgeren.

...

5. Afgivelse af tilbud

...

Tilbuddet SKAL indeholde følgende elementer:

- Bilag 1 – Tilbudsskema i udfyldt stand
- Dokumentation for tegnet erhvervs- og produktansvarsforsikring med en forsikringssum på minimum 10 mio. danske kroner

...

5.1 Formkrav til bilag 1 – tilbudsskema

...

I kolonne ”L” udregnes prissummen automatisk for hver enkelt produkt, som til sidst summeres nederst i bilaget til én samlet pris.

Det er denne samlede pris, der danner grundlag for valget af det pristilbud, der skal være ramme for fastsættelsen af støtte til urologihjælpemidler over den kommende 2-årige periode.

...

5.2 Tilbudsgiveres omkostninger ved prisindhentningen

Tilbudsgivers omkostninger i forbindelse med tilbudsgivning og eventuel efterfølgende kontrahering er Hjælpemiddelcentret uvedkommende, ligesom tilbudsmateriale ikke returneres til tilbudsgiver.”

Det omtalte tilbudsskema omfattede mere end 300 nærmere specificerede varer.

Københavns Kommune havde som en del af ”Prisindhentningsbetingelserne” udarbejdet en ”Prisaftale om køb af urologiske hjælpemidler”. Aftalen indeholdt en række bestemmelser om den vindende tilbudsgivers, kommunens og borgernes rettigheder og forpligtelser vedrørende køb og levering af urologiske hjælpemidler.

Der blev i forbindelse med tilbudsindhentningen stillet en række spørgsmål til kommunen. Af et spørgsmål/svar dokument af 4. januar 2016 fremgår bl.a.:

”

22.12 .2015	<p>Spørgsmålsgruppe 4: Generelt til prisindhentningen</p> <p>6) Der henvises i afsnit 1 i prisindhentningsbetingelserne til ”Prisaftalen”, der anvendes som betegnelse for den aftale, som indgås mellem Hjælpemiddelcentret og Aftaleparten på baggrund af denne prisindhentning.</p> <p>Når hjælpemiddelcentret vælger at indgå en prisaftale kan dette sidestilles med en leverandøraftale mellem Hjælpemiddelcentret, Københavns Kommune og leverandøren, som således vil være gensidigt bebyrdende på baggrund af de betingelser, der ligger i prisaf-talen.</p> <p>Hvordan kan Hjælpemiddelcentret indgå en gensidigt bebyrdende prisaftale, uden at</p>	<p>Jævnfør Klagenævnets for udbuds kendelse, Bandagist Centret mod Haderslev Kommune m.fl. af 21. august 2013 ..., kan prisindhentninger der alene bruges til: ”at danne grundlag for de enkelte kommunernes 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.</p> <p>Hjælpemiddelcentret er således ikke i udbudsretlig forstand ordregiver i denne sammenhæng. I kendelsen, Handicare Auto mod Ringkøbing-Skjern Kommune m.fl. 2013 ... betoner klagenævnet endvidere at det offentliges interesse i prisen på hjælpe-</p>
-------------	--	--

	<p>gennemføre EU-udbud?</p> <p>7) Jf. afsnit 2 i prisindhentningsmaterialet retter prisindhentningen sig mod prisfastsættelsen af hjælpemidlerne samt levering af forbrugsstatistikker til Hjælpemiddelcentret.</p> <p>Da der i prisaftalen mellem Hjælpemiddelcentret og leverandøren er krav om levering af forbrugsstatistikker samt andre ydelser er der tale om en gensidigt bebyrdende leverandøraftale. En gensidigt bebyrdende aftale er underlagt udbudsdirektivet. Hvordan forholder ordregiver sig til om aftalen er gensidigt bebyrdende?</p>	<p>midler, der erhverves i kraft af bevilling af støtte gennem serviceloven alene kan ses som en indirekte interesse, hvorved prisindhentninger ikke kan ses som gensidigt bebyrdende kontrakter.</p> <p>I ovennævnte kendelser udtaler Klagenævnet for udbud desuden, at: ”For at der kan være tale om en gensidigt bebyrdende aftale... er det... en betingelse, at den ordregivende myndighed får leveret en ydelse... mod at betale et vederlag.”. I prisaftalen indgår levering af statistikken som et serviceelement på linje med bevillingssystem og kundesupport. Disse elementer stilles til rådighed vederlagsfrit og kan derfor ikke ses som en selvstændig ydelse. Det er udelukkende de efterspurgte hjælpemidler, der kan betragtes som ydelser, der leveres mod en betaling af et vederlag. Disse købes udelukkende af borgerne, og kan derfor ikke betegnes som ydelser til Københavns Kommune.</p>
...
12.1. 2016	<p>10. Hjælpemiddelcentret, Københavns Kommune, svarer ifm. spm. 6, at Hjælpemiddelcentret ikke er ordregiver i udbudsretlig forstand, samt at Hjælpemiddelcentret, Københavns Kommune, kun har indirekte interesse i priserne på hjælpemidlerne. Hvorfor ser Hjælpemiddelcentret, Københavns Kommune, ikke sig selv som ordregiver, da Hjælpemiddelcentret, Københavns Kom-</p>	<p>Som følge af spørgsmål 10 er udbudsbetingelserne rettet, så de nævnte ydelser ikke forekommer i teksten. Samtidig udgår bilag 2- udkast til prisaftalen vedrørende urologiske hjælpemidler” som en del af prisindhentningsmaterialet. Således består materialet kun af ”Prisindhentningsbetingelserne”, samt ”bilag 1 – tilbudsskema”. Dette er gjort for at fremhæve, at formålet</p>

	mune, beder om en række ydelser fra leverandøren (f.eks. forbrugsstatistikker, krav til fakturering, ebevillingssystem) ifm. levering af hjælpemidlerne til kommunens borgere?	med denne prisindhentning alene er, at fastlægge priser for urologiske hjælpemidler, som beregningsgrundlag for bevillingen af støtte til det bedst egnede og billigste hjælpemiddel efter servicelovens § 112. Begge dokumenter er vedhæftet mailen med disse spørgsmål og svar.
--	--	---

”

De reviderede prisindhentningsbetingelser ”Betingelser ved prisindhentning til brug for beregning af bevillingsgrundlag ved bevilling af urologihjælpemidler” af 16. januar 2016 er i det væsentlige identiske med de oprindeligt udsendte betingelser, idet der dog nogle steder er foretaget en sproglig præcisering.

I afsnit 1 ændres bl.a. ”prisaftalen” til ”Tilbudsperioden”, i afsnit 2 er bestemmelserne om ”forbrugsstatistikker” udgået, i afsnit 3 ændres bl.a. ”Aftaleparten” til ”Tilbudsvinderen” o.l.

Ydermere blev der indsat et nyt afsnit 5 om ”forsikring og erstatning”, et afsnit 8 ”pristalsregulering”, et afsnit 9 ”Leveringsvilkår”, et afsnit 10 ”ændringer” og et afsnit 11 ”Behandling af personhenførbare oplysninger”. Det, der er anført i disse afsnit, svarer til dele af det, der var anført i den ”prisaftale” der var bilagt de oprindelige prisindhentningsbetingelser, men som udgik i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål 10.

Den 19. februar 2016 orienterede Københavns Kommune de deltagende aktører om prisindhentningens resultat. Det fremgår heraf bl.a.:

”Den leverandør hvis pristilbud er blevet udvalgt for en 2-årig periode til, at danne grundlag for beregning af bevilling for det bedst egnede og billigste urologihjælpemiddel er Mediq A/S.”

Samme dag fremsendte Københavns Kommune en bekendtgørelse til EU-Tidende med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed ved tildeling af aftale uden forudgående offentliggørelse. Af bekendtgørelsen fremgår bl.a.:

” ...

II.1.1) Betegnelse for kontrakten

Prisaftale til fastsættelse af støtte for bevillinger af urologihjælpemidler.

...

IV.1) Type procedure

Kontrakten er ikke omfattet af direktivet

Hjælpemiddelcentret har netop indhentet tilbud på levering af urologihjælpemidler til Københavns Kommunes borgere. Formålet med prisindhentningen er at fastlægge støttesatsen for urologiske hjælpemidler bevilget efter Servicelovens § 112, samt at sikre at borgerne i Københavns Kommune kan indkøbe bevilgede hjælpemidler til en pris, der ligger inden for den tildelte støtte. Det pristilbud, der samlet havde den laveste pris, er blevet tilbudt at indgå en prisaftale med Hjælpemiddelcentret, hvorved dennes tilbud vil danne grundlag for fastsættelsen af støtten for urologihjælpemidler bevilget efter § 112 hjælpemidler i en 2-årig periode. Derudover inkluderer aftalen levering af forbrugsstatistikker til Hjælpemiddelcentret i henhold til Bekendtgørelse af lov om retssikkerhed og administration på det sociale område nr. 1052 af 8. september 2015 §§ 16 og 82 til 84. Leverandøren, der har afgivet tilbuddet med den samlet set laveste pris, forpligter sig ved sit tilbud over for både kommunen og dennes borgere til at sælge hjælpemidlet til borgeren til den pris, som leverandøren har afgivet ved denne prisindhentning, og på de leveringsvilkår som er angivet i forbindelse med prisindhentningen. Borgeren kan i medfør af fritvalgs reglerne i servicelovens § 112 frit vælge leverandør og er derfor ikke forpligtet til at foretage sit indkøb hos den leverandør, der har afgivet tilbuddet med den laveste pris. Borgeren skal i forbindelse med indkøb af hjælpemidlet selv afholde en evt. merpris, der overstiger støtten. Aftalen har efter Hjælpemiddelcentrets opfattelse karakter af en tredjemandsaftale og er efter Hjælpemiddelcentrets opfattelse ikke udbudspligtig, da aftalen ikke kan anses som en for Københavns Kommune gensidig bebyrdende aftale og dermed ikke kan anses som en offentlig kontrakt jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2. Der henvises i den forbindelse til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16.12.2014 — Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 21.8.2013 — Bandagist-Centret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl.”

Parternes anbringende:

Ad ”fumus boni juris”

OneMed A/S har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt. Det er i den forbindelse væsentligt, at klagenævnets hidtidige praksis i sager omkring Serviceloven vedrører markant andre situationer end den foreliggende. I nævnets tidligere afgørelser har der således været tale om specielt tilvirkede

hjælpemidler udformet til en konkret borger, mens der i denne klagesag er der tale om et helt sædvanligt, kommunalt indkøb. Bevisbyrden for, at klagen ”synes at have noget på sig” er dermed opfyldt. Da der desuden er tale om kvalificerede overtrædelser, er betingelsen om ”fumus boni juris” opfyldt.

Københavns Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har OneMed A/S gjort gældende, at aftalen mellem Københavns Kommune og Mediq Danmark A/S (i det følgende Mediq) er en leverandøraftale efter Servicelovens § 112, stk. 2, og dermed udgør en gensidigt bebyrdende aftale mellem kommunen og den vindende leverandør Mediq. Aftalen indeholder en række detaljerede bestemmelser om bl.a. leverings- og bestillingsvilkår, priser, pristalsregulering, bindingsperiode, o.l. Den omfattende regulering af kommunens og Mediqs rettigheder og forpligtelser over for hinanden, viser klart, at der er tale om en leverandøraftale omfattet af Servicelovens § 112, stk. 2, og dermed af pligten til at iværksætte udbud af aftalen. Aftalen indgås de facto i kraft af kommunens prisindhentningsbetingelser og Mediqs tilbud.

Aftalen udgør i den relation en rammeaftale omfattet af udbudsdirektivets artikel 1, stk. 5, og er dermed en offentlig gensidigt bebyrdende vareindkøbskontrakt som defineret i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a) og c).

Betingelsen om, at kommunen skal modtage en ydelse, er opfyldt uanset, at Mediq ikke leverer det urologiske hjælpemiddel direkte til kommunen, idet den direkte modtager af urologihjælpemidlet, dvs. borgeren, på forhånd er anvist af kommunen i medfør af de på forhånd nærmere fastsatte leveringsvilkår i aftalen. Betingelsen om, at kommunen skal betale et vederlag for en ydelse, er opfyldt, idet Mediq ved levering af det urologiske hjælpemiddel til borgeren modtager betaling herfor direkte fra kommunen i medfør af de på forhånd fastsatte betalingsvilkår i aftalen. Kommunen har således indgået en ifølge udbudsdirektivet gensidigt bebyrdende aftale med Mediq uden forudgående udbud.

Spørgsmålet om ejendomsret og direkte økonomisk interesse i hjælpemidlerne i forhold til aftalens gensidigt bebyrdende element opstår alene i de situationer, hvor det er borgeren, som har indgået en aftale direkte med leverandøren ved benyttelse af borgerens ret til frit leverandørvalg efter servicelovens § 112, stk. 3, dvs. uden direkte indblanding af kommunen i den konkrete aftale. Dvs. i de situationer, hvor leveranceforholdet ikke er motiveret eller initieret af kommunens aktiviteter, men (alene) af borgerens. Det kan utvivlsomt lægges til grund, at aftalen mellem Københavns Kommune og Mediq, og en evt. deraf afledt levering til en borger i Københavns Kommune, er initieret og motiveret af kommunen.

I klagenævnets kendelse af 21. august 2013, Bandagist-Centret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl., fastslog klagenævnet således i første omgang, at der ikke var tale om en leverandøraftale mellem kommunen og leverandøren efter servicelovens § 112, stk. 2, men at der i stedet var tale om aftaler indgået direkte mellem borgeren og den pågældende leverandør efter fritvalgsordningen i servicelovens § 112, stk. 3. Klagenævnet tog herefter stilling til, om der på et andet grundlag var elementer af en gensidigt bebyrdende aftale mellem leverandøren og kommunen ved borgerens benyttelse af fritvalgsordningen efter servicelovens § 112, stk. 3, herunder som følge af kommunens eventuelle ejendomsret til benproteserne, eller som følge af kommunens eventuelle direkte økonomiske interesse i borgernes benproteser. Både de faktiske og retlige forhold i ”Bandagist-kendelsen” var derfor væsentligt forskellige fra nærværende klagesag.

At leverandøraftaler efter Servicelovens § 112, stk. 2, er gensidigt bebyrdende, er fastslået af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en vejledende udtalelse af 4. september 2012. Tilsvarende fremgår af punkt 33 i Vejledning nr. 6 til Serviceloven. Tilsvarende fremgår endelig af Karnovs noter til Servicelovens § 112, stk. 2. At leverandøraftaler efter Servicelovens § 112, stk. 2, er gensidigt bebyrdende, er også almindeligt antaget i den udbudsretlige litteratur jf. bl.a. ”Aktuel udbudsret II” af Karsten Hagel-Sørensen og ”EU-Udbudsretten” af Sune Troels Poulsen m.fl.

Værdien af de aftaler om konkrete anskaffelser af urologiske hjælpemidler, der efterfølgende vil blive indgået i løbet af den 2-årige bindingsperiode, overstiger klart udbudsdirektivets tærskelværdi for offentlige vareindkøbskontrakter, jf. afsnit 3 i prisindhentningsbetingelserne, hvor kommunen har

anslået den årlige støtte for urologiske hjælpemidler til 11 mio. kr. med forbehold for variationer fra år til år.

Det bestrides, at prisindhentningen alene har til formål at fastlægge størrelsen af det beløb, som en støtteberettiget borger kan få udbetalt under fritvalgsordningen i Servicelovens § 112, stk. 3, og at dette indebærer, at aftalen ikke er underlagt EU-udbudsreglerne. Kommunen har forud for borgerens ansøgning besluttet, at de urologiske hjælpemidler skal leveres af en bestemt leverandør på nærmere fastsatte vilkår, og har med det formål tildelt Mediq en aftale om levering af hjælpemidlerne i medfør af Servicelovens § 112, stk. 2. Dette understøttes af, at borgeren ikke selv træffer beslutning om, hvilke leverandører der skal afgive tilbud, og at borgeren ikke selv træffer beslutning om, hvem der skal være leverandør af de urologiske hjælpemidler. Endelig har kommunen i prisindhentningsbetingelsernes afsnit 3 selv anført, at det kun er hvor borgeren vælger en anden leverandør end den, som kommunen har valgt, at der er tale om, at borgeren gør brug af sit frie valg.

Der er derfor ikke tale om en situation, som kan sammenlignes med klagenævnets kendelser af henholdsvis 21. august 2013, Bandagist-Centret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune og 16. december 2014, Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune.

”Bandagist-kendelsen” er ikke sammenlignelig, da det i denne sag ikke er overladt til hver enkelt borger at indhente et tilbud på urologiske hjælpemidler fra forskellige leverandører. Samtidigt angår denne aftale generiske hjælpemidler og ikke hjælpemidler, som skal tilpasses hver enkelt borger.

”Handicare-kendelsen” er ikke sammenlignelig, allerede fordi kendelsen ikke vedrørte en kommunes køb af handicapbiler, men ydelse af rentefrie lån til en støtteberettiget borgers køb af handicapbiler efter Servicelovens § 114, altså en helt anden bestemmelse i Serviceloven. For det andet kan kommunen alene yde rentefrie lån efter Servicelovens § 114, stk. 2, og har således ikke mulighed for først at indkøbe en handicapbil for derefter at stille den til rådighed for den støtteberettigede borger. Endelig var der i også i ”Handicare-kendelsen” tale om et specialtilvirket produkt.

Urologiprodukterne er reelle ”hyldevarer” og af deres art generiske, idet de ikke kræver nogen form for tilpasning til den enkelte borger. Urologipro-

dukterne skal endvidere hyppigt og kontinuerligt leveres gennem hele aftaleperioden for at sikre, at borgeren har tilstrækkeligt med produkter og får opfyldt deres behov. Det årlige forbrug af hvert enkelt urologiprodukt er relativt højt. Det er på den baggrund oplagt, at kommunen, for at opfylde sin forpligtelse til at yde støtte til det bedst egnede og billigste urologiprodukt, har valgt at indgå en leverandøraftale. Det har således karakter af omgåelse af udbudsreglerne, når kommunen anfører, at aftalen med Mediq ikke er udbudspligtig med den begrundelse, at borgeren kan benytte sig af fritvalgsordningen efter Servicelovens § 112, stk. 3.

Prisindhentningsproceduren giver samtidigt kommunen mulighed for at skræddersy processen således, at en reel og fri konkurrencen udelukkes. Kommunen har således kun indhentet tilbud på urologiprodukter fra bestemte producenter og med specifikke varemærker, selvom urologiprodukter fra andre producenter kan opfylde nøjagtigt samme behov og har samme egenskaber. På trods af opfordringer fra deltagerne i prisindhentningsproceduren har kommunen i flere tilfælde fastholdt, at det kun er det specificerede urologiprodukt fra en bestemt producent, som kan tilbydes.

Kommunen har tidligere udbudt leverandøraftalerne efter servicelovens § 112, stk. 2, men anført at de udbudte aftaler har vist sig at være uflexible. At leverandøraftalerne har vist sig at være uflexible fritager imidlertid ikke for udbudspligt. Kommunens proces har indebåret en meget udførlig og skræddersyet tilbudsliste med en række konkrete og varemærkebetegnede produkter. I en sådan proces har hverken markedet – eller borgerne – mulighed for at se, hvad der er bedst og billigst. Det er en indkøbsliste med opregnede specifikke produkter med en tilhørende pris. En sådan fremgangsmåde er klart ulovlig og i strid med udbudsreglerne. Kommunens fremgangsmåde og aftaleindgåelse med Mediq er således ikke en proces omfattet af servicelovens § 112, stk. 3, men i stedet indgåelse af en leverandøraftale om levering af urologiske hjælpemidler mellem kommunen og Mediq efter servicelovens § 112, stk. 2.

Det har utvivlsomt ikke været hensigten med indførelsen af fritvalgsordningen i servicelovens § 112, stk. 3, at kommunerne – med henvisning til borgerens ret til frit valg – skulle have mulighed for at udbyde leverandøraftalerne efter servicelovens § 112, stk. 2, uden at iagttage de gældende EU-udbudsregler. Det har i hvert fald ikke været hensigten med fritvalgsordningen at give kommunen mulighed for at skræddersy processen således, at

kommunen kun indhenter tilbud på urologiprodukter fra bestemte producenter og med specifikke varemærker, selvom urologiprodukter fra andre producenter kan opfylde nøjagtigt samme behov og har samme egenskaber. Dette ville indebære, at en kommune – blot med henvisning til fritvalgsordningen – vil have mulighed for at undlade at konkurrenceudsætte en lang række offentlige indkøb af produkter omfattet af servicelovens § 112, efter de gældende udbudsregler uanset, at der i disse tilfælde er tale om en aftale mellem en offentlig myndighed og en privat leverandør. En sådan proces uden afholdelse af EU-udbud kan få betydelige konsekvenser for det offentlige økonomi, herunder også henset til, at alene kommunale indkøb inden for stomi-, diabetes- og urologiprodukter skønnes at være i størrelsesordenen omkring 1,5 mia. kr. om året.

En model, som den kommune har anvendt, tilgodeser i øvrigt ikke kravet om, at de oplistede produkter skulle være de ”bedste egnede og billigste”, når der udpeges én vinder. Kommunen har således alene vurderet på tilbudslisterens summer, og dermed det samlet set billigste. Men der kan være – og er formentlig også – store forskelle i prissætningen på produktniveau.

Særligt vedrørende påstand 1 har Københavns Kommune bestridt, at prisindhentningen er sket med hjemmel i servicelovens § 112, stk. 2, at vilkårene i prisindhentningsbetingelserne indebærer, at der indgås en leverandøraftale i medfør af servicelovens § 112, stk. 2, samt at kommunen på baggrund af prisindhentningen agter at indgå en gensidigt bebyrdende aftale med Mediq.

Kommunen har gennemført prisindhentningen med hjemmel i servicelovens § 112, stk. 3, sidste pkt. Kommunens hensigt før, under og efter prisindhentningen har været den samme, at identificere prisen på ”det bedst egnede og billigste hjælpemiddel”, jf. servicelovens § 112, stk. 3, sidste pkt.

Den forpligtelse, som påhviler Mediq i forlængelse af prisindhentningen, er, at Mediq i en periode på op til to år skal levere hjælpemidler til de borgere, som ønsker det, til de tilbudte priser. I samme periode vil kommunen anvende Mediqs tilbudspriser som grundlag for beregningen af støtten i medfør af servicelovens § 112, stk. 3, sidste pkt, jf. herved tillige afsnit 1 i prisindhentningsbetingelserne. Den leveringsforpligtelse, som Mediq påtager sig, er således overfor borgeren og ikke overfor kommunen, idet Mediq i forhold til kommunen alene forpligter sig til at foretage levering til borge-

ren til sin tilbudte pris. Københavns Kommunes fremgangsmåde adskiller sig derved ikke fra den fremgangsmåde, der blev anvendt i ”Bandagistkendelsen” af 21. august 2013. Kommunen er på ingen måde part i den aftale, der indgås mellem borgeren og Mediq. At kommunen afregner det bevilgede støttebeløb direkte til leverandøren følger direkte af lovgrundlaget. Endelig opnår kommunen intet ejerskab til de indkøbte produkter. Kommunens formuleringer i prisindhentningsmaterialet kan, uanset om de måtte give associationer til en aftaleindgåelse, ikke i sig selv medføre, at et ikke-udbudspligtigt indkøb bliver omfattet af udbudsdirektivet, jf. herved klagenævnets kendelse af 16. december 2014, Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune.

En leverandøraftale forudsætter helt grundlæggende, at borgeren er frataget indflydelse på valg af leverandør og hjælpemiddel. Københavns Kommune har imidlertid ikke forud for borgerens ansøgning besluttet, at de urologiske hjælpemidler skal leveres af en bestemt leverandør. Formuleringerne i prisindhentningsbetingelserne indebærer derfor ikke, at prisindhentningen må sidestilles med en leverandøraftale i medfør af servicelovens § 112, stk. 2.

I forbindelse med udredning og behandling på hospitalet, vurderer det sundhedsfaglige personale, hvilket hjælpemiddel som borgeren har behov for. Derefter ansøger hospitalet, på borgerens vegne, kommunen om støtte til det udvalgte hjælpemiddel. Hvis ansøgningen godkendes, bevilger kommunen herefter støtte til borgeren. Som anført i afsnit 3 i prisindhentningsbetingelserne kan borgeren herefter ”vælge at benytte Tilbudsvinderen eller gøre brug af sit frie valg og foretage indkøbet hos en anden leverandør mod betaling af en eventuel merpris”. Borgeren kan således vælge at foretage indkøbet hos Mediq eller hos enhver anden leverandør. Københavns Kommune yder – uanset borgerens valg – et tilskud, som svarer til den pris, som Mediq har tilbudt for borgerens produktvalg. Denne fremgangsmåde er helt i overensstemmelse med forarbejderne til servicelovens § 112, stk. 3.

Da kommunen ikke udleverer et bestemt hjælpemiddel til borgeren, men overlader denne et frit valg med hensyn til leverandør (og hjælpemiddel), er den grundlæggende betingelse for at karakterisere Københavns Kommunes fremgangsmåde som en leverandøraftale, jf. servicelovens § 112, stk. 2, ikke opfyldt.

De krav, som kommunen har opstillet i prisindhentningsbetingelserne, er udelukkende udtryk for, at kommunen i medfør af servicelovens § 112, stk. 3, sidste pkt., har pligt til at sikre, at støttebeløbet modsvarer prisen på det ”bedst egnede og billigste hjælpemiddel”.

Det er afgørende for kommunen, at borgerne – inden for støttetilsagnet – kan få det hjælpemiddel, som på baggrund af en sundhedsfaglig vurdering anses som det bedst egnede. Af samme årsag har kommunen valgt at indhente priser på de produkter, som historisk er blevet anvendt af kommunens borgere. Den prisliste, som indgik i prisindhentningen, er således i al væsentlighed udtryk for det historiske forbrug og ikke et udtryk for favorisering af bestemte produkter.

Af udbudsdirektivet følger, at udbudspligten alene omfatter ”offentlige kontrakter”, hvorved forstås ”gensidigt bebyrdende aftaler”. Det er en betingelse for at anse en aftale for gensidig bebyrdende, at den ordregivende myndighed får leveret en ydelse, som myndigheden har en direkte økonomisk interesse i, mod at betale et vederlag, jf. Domstolens dom i sag C-451/08 af 25. marts 2010 (Helmut Müller GmbH, præmis 48 – 49), samt C-271/08 af 15. juli 2010 (Kommissionen mod Tyskland, præmis 75). Urologiske hjælpemidler reguleres på præcis samme måde som arm- og benproteser. Kommunen får således ingen retlig adgang til de urologiske hjælpemidler, der ydes tilskud til. Urologiske hjælpemidler er undtaget fra pligten til tilbagelevering efter endt brug, jf. hjælpemiddelbekendtgørelsens § 7, stk. 1, jf. § 3, stk. 2, 2. pkt. Urologiske hjælpemidler omfatter desuden en række hjælpemidler, som ikke kan genanvendes efter endt brug. En formålsfortolkning af bestemmelsen i hjælpemiddelbekendtgørelsen § 7, stk. 1, må således tale for at anse det urologiske hjælpemiddel for borgerens ejendom, jf. herved Klagenævnets kendelse af 21. august 2013, Bandagist-Centret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl. Dette er tillige forudsat i prisindhentningsbetingelsernes afsnit 3.

Der er endvidere ikke holdepunkter for at antage, at kommunen i øvrigt har en direkte økonomisk interesse i de urologiske hjælpemidler, som alene anvendes af borgeren. Kommunen har ikke efter servicelovens § 112, stk. 3, sidste pkt., pligt til at stille personlige hjælpemidler til rådighed for borgerne. Kommunen bliver således ikke ved den ydede støtte frigjort fra nogen forpligtelse.

Det påhviler Københavns Kommune at vurdere, hvordan det bedst egnede og billigste hjælpemiddel, jf. servicelovens § 112, stk. 3, sidste pkt., identificeres. Den valgte fremgangsmåde, hvorefter der evalueres på den samlede sum (og ikke på ”produktlinje”), falder inden for det skøn, som kommunen har i medfør af servicelovens § 112, stk. 3. Det tilkommer Ankestyrelsen at påse, hvorvidt den valgte fremgangsmåde er egnet til at identificere det bedst egnede og billigste hjælpemiddel, jf. servicelovens § 112, stk. 3. Klagenævnet for Udbud skal udelukkende tage stilling til, hvorvidt relationen mellem kommunen og Mediq skal kategoriseres som en gensidigt bebyrdende aftale.

Særligt vedrørende påstand 2 har OneMed A/S gjort gældende, at da der er tale om ulovlig direkte tildeling, skal Københavns Kommunes beslutning om at tildele en aftale til Mediq vedrørende levering af urologiske hjælpemidler annulleres.

Særligt vedrørende påstand 2 har Københavns Kommune gjort gældende, at der, jf. det, der er anført ad påstand 1, ikke er grundlag for at annullere kommunens ”beslutning om tildeling af en aftale til Mediq”, allerede fordi der ikke er tale om tildeling af en aftale. Klagen skal derfor afvises, subsidiært ikke tages til følge.

Ad uopsættelighed

OneMed A/S har gjort gældende, at det vil være umuligt for virksomheden at opnå fuld kompensation efter de erstatningsretlige regler, hvis aftalen indgås efter udløbet af bekendtgørelsens standstill-periode. Allerede derfor medfører overtrædelsen en overhængende risiko for, at OneMed A/S vil lide et uopretteligt og betydeligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Det følger endvidere af klagenævnets faste praksis, at kravet om uopsættelighed anses for opfyldt, når der indleveres klage efter offentliggørelse af bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed, idet klagerens interesser ikke kan tilgodeses via erstatning, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark, kendelse af 7. august 2014, Roche mod Region Sjælland samt kendelse af 16. marts 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet.

Københavns Kommune har gjort gældende, at OneMed A/S ikke har løftet bevisbyrden for, at opsættende virkning er nødvendig for at afværge et alvorligt og uoprettelig tab hos virksomheden. OneMed A/S har således ikke sandsynliggjort, at virksomheden risikerer at lide et alvorligt tab, f.eks. i form af mistede konkurrencefordele, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Ad interesseafvejning

OneMed A/S har gjort gældende, at hensynet til virksomhedens mulighed for at få annulleret kommunens ulovlige beslutning om at tildele en aftale til Mediq uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse vægter tungere end kommunens interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. Dette gælder særligt, da der ikke er noget hensyn at tage til kommunen i den foreliggende situation, hvor der er foretaget en ulovlig direkte tildeling. Hvis kommunen måtte have tidsmæssige problemer ved, at klagen tillægges opsættende virkning, skyldes det i givet fald alene kommunens egen planlægning. Hvis kommunen – mod forventning – måtte få medhold i, at der alene er tale om en proces til understøttelse af en støtteordning, vil kommunen kunne udbetale støtte til borgernes frie valg af hjælpemidler via proceduren i servicelovens § 112, stk. 3, uagtet klagesagen pågår, dog således at kommunen ikke kan forpligte hverken sig selv eller Mediq under leverandøraftalen.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunens eksisterende leverandøraftaler indgået med hjemmel i servicelovens § 112, stk. 2, udløber 31. marts 2016. Kommunen har således et behov for at kunne fastslå støttebeløbet til brug for de ansøgninger om urologiske hjælpemidler, som modtages efter den 31. marts 2016.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12 i lov om Klagenævnet for udbud.

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund og som sagen er forelagt vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet, indledningsvist, at 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 klagenævnets kendelse af 21. august 2013, Bandagist-Centret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl., og klagenævnets kendelse af 16. december 2014, Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, med den deri anførte retspraksis fra EU-domstolen, 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 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. Har kommunen indgået en leverandøraftale, er borgernes refusion begrænset til det beløb, kommunen kunne have købt hjælpemidlet til hos sin leverandør. En leverandøraftale vil – som parterne foreløbigt har forelagt sagen - i udbudsretlig forstand have karakter af en rammeaftale, og dermed være udbudspligtig. Har kommunen ikke indgået en leverandøraftale, bliver refusionsbeløbet fastsat efter regning dog "højest med et beløb svarende til prisen på det bedst egnede og

billigste hjælpemiddel". Det er dette kriterium, som Københavns Kommune oplyser, man har søgt fastlagt ved "prisindhentningen".

Det fremgår af såvel de oprindelige som de reviderede "prisindhentningsbetingelser", at formålet med "prisindhentningen" er at priserne skal danne et grundlag for kommunens bevilling af tilskud til urologihjælpemidler, at den, der har afgivet pristilbuddet med den samlet set laveste pris, ikke garanteres nogen minimumsomsætning, at det er borgeren, der foretager indkøbet af de urologiske hjælpemidler, og at hjælpemidlet er borgerens ejendom. Det fremgår ligeledes af kommunens orientering af "tilbudsgiverne" af 19. februar 2016 og af bekendtgørelsen i henhold til klagenævnslovens § 4, at der er tale om en "Prisaftale til fastsættelse af støtte for bevillinger af urologihjælpemidler". Der er således ikke heri indikationer af, at kommunen har truffet beslutning om at indgå en leverandøraftale/rammeaftale med Mediq, hvor kommunen kan eller skal købe urologiske hjælpemidler. Kommunen kan derfor, på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke antages mod vederlag at få leveret en ydelse, som kommunen har en direkte økonomisk interesse i.

Det forhold, at Mediq bl.a. forpligter sig til at levere "forbrugsstatistikker til Hjælpemiddelcentret i henhold til Bekendtgørelse af lov om retssikkerhed og administration på det sociale område nr. 1052 af 8. september 2015 §§ 16 og 82 til 84", jf. angivelsen i bekendtgørelsen af 19. februar 2016, kan på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke føre til, at der bliver tale om en gensidig bebyrdende aftale.

Det forhold, at det er den samlet set laveste pris, der danner grundlag for valget af, hvilket tilbud der skal danne grundlag for fremtidige bevillinger, er isoleret set ikke et forhold af udbudsretlig betydning, idet prøvelsen af, om kommunen konkret har udøvet sit skøn over, hvilket hjælpemiddel der er det "bedste og billigste" i den konkrete situation, indenfor de grænser, der tilkommer kommunen, er en socialretlig prøvelse, der henhører under Ankestyrelsen.

Klagen synes således på det foreløbige grundlag, der foreligger, udsigtsløs. Betingelse nr. 1 er dermed ikke opfyldt

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at det følger af klagenævnets praksis, jf. bl.a. kendelse af 14. december 2015, Ab-

bott Laboratories A/S mod Region Syddanmark, kendelse af 7. august 2014, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland, samt kendelse af 16. marts 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet, at kravet om uopsættelighed som udgangspunkt anses for opfyldt, når der indleveres klage efter offentliggørelse af bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed. Baggrunden herfor er, at det ved direkte tildeling som udgangspunkt ikke vil være muligt for en klager at løfte bevisbyrden for et eventuelt tab, da klageren ikke har afgivet tilbud og dermed ikke kan bevise, at klageren – hvis udbuddet havde været afholdt i overensstemmelse med reglerne herfor – ville have fået den kontrakt, der klages over tildelingen af. I den konkrete sag har kommunen imidlertid indhentet tilbud, som om der var tale om et udbud, og OneMed A/S har deltaget i hele proceduren og har afgivet tilbud. Kravene til uopsættelighed er derfor i denne sag de samme, som hvis der havde været afholdt et egentligt udbud. Der er ikke efter det, OneMed A/S har anført, grund til at antage, at OneMed A/S vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning og det efterfølgende konstateres, at kommunen har begået den påståede overtrædelse. Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt.

Betingelse nr. 1 og nr. 2 er ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig