

K E N D E L S E

Dansk Erhverv  
(advokat Henrik Græsdal, København)

mod

Holstebro, Lemvig og Struer kommuner  
(advokat Anders Birkelund Nielsen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 058-128214 af 21. marts 2018 udbød Holstebro Kommune på vegne af Holstebro, Struer og Lemvig kommuner, som offentligt udbud efter udbudsloven en fireårig kontrakt om drift af hjælpemiddeldepot for kommunalt ejede hjælpemidler. Tildelingskriteriet var fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Udbudsmaterialet blev gjort elektronisk tilgængeligt samtidig med udbudsbekendtgørelsen, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 2. maj 2018 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

- Setronic ApS
- Falck Danmark A/S
- HV Care I/S
- Zealand Care A/S

Den 22. maj 2018 annullerede kommunerne udbuddet, og en bekendtgørelse herom blev offentliggjort i EU-Tidende den 23. maj 2018.

Den 12. oktober 2018 indgav Dansk Erhverv klage til Klagenævnet for Udbud over Holstebro, Lemvig og Struer kommuner. Klagen har været behandlet skriftligt.

Dansk Erhverv har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Holstebro, Lemvig og Struer kommuner har handlet i strid med udbudslovens § 2 for så vidt angår gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincipperne, ved at annullere udbud nr. 2018/S 058-128214, idet annullationen af udbuddet skete på usagligt grundlag.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Holstebro, Lemvig og Struer kommuner har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 6, jf. § 171, stk. 1, nr. 5, ved ikke i begrundelsen for annullationen af udbuddet sandfærdigt at have angivet det eller de forhold, der reelt har været bestemmende for beslutningen om annullation.

#### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Holstebro, Lemvig og Struer kommuner ved sine handlinger og undladelser har tilsidesat deres loyale oplysningsforpligtelse over for tilbudsgiverne.

#### Påstand 4 (Subsidiær i forhold til påstand 1 og 2)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Holstebro, Lemvig og Struer kommuner har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved bevidst at angive ikke-retvisende estimater for det forventede omfang af den udbudte kontrakt.

#### Påstand 5 (Subsidiær i forhold til påstand 1 og 2)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Holstebro, Lemvig og Struer kommuner har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have anvendt en evalueringsmetode, der er uigennemsigtig for tilbudsgiverne og uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, for så vidt angår kriteriet ”pris”, idet kommunerne baserede deres evaluering af pris på bevidst ikke-retvisende estimater af den udbudte kontrakts omfang ved evalueringen af de modtagne tilbud.

Holstebro, Lemvig og Struer kommuner har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

### Sagens nærmere omstændigheder

Holstebro, Lemvig og Struer kommuner har under klagesagen oplyst, at de tre kommuner ikke tidligere har samarbejdet om driften af hjælpemiddeldepotet, men at Falck A/S tidligere har varetaget den udbudte opgave for Holstebro Kommune, og at Falck A/S ligeledes har varetaget opgaven for Lemvig og Struer kommuner i henhold til én fælles kontrakt for disse to kommuner.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgik, at opgaven omfattede drift af lager, transport, installation, lagerføring, vask, klargøring, registrering, indkøb og reparation af hjælpemidler med mulighed for forlængelse af kontrakten i op til 2 år. Udbuddet angik endvidere optioner på fjernelse af dørtrin, samt opsætning og nedtagning af ramper, eftersyn af lifte, senge, vendlet og vekslestrykpumper, montering af elektroniske dørlåse og opsætning/nedtagning af nødkald. Der var ikke angivet oplysninger om kontraktens anslåede samlede værdi.

Af udbudsbetingelserne fremgik bl.a., at kommunerne ikke kunne stille egnede lokaler til rådighed. Af pkt. 2 om ”Udbudsomfang” fremgik bl.a.:

”Opgavernes omfang

Antallet af hjælpemidler, forventet antal ud- og indleveringer m.v. fremgår af tilbudslisten.”

I udbudsbetingelsernes pkt. 3.26 var det bl.a. fastsat, at tildelingen ville til det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på følgende underkriterier:

- |                     |      |
|---------------------|------|
| - Pris              | 50 % |
| - Kvalitet          | 50 % |
| Med delkriterierne: |      |
| ○ Personaleomfang   | 10 % |
| ○ Samarbejde        | 10 % |
| ○ Faciliteter       | 10 % |
| ○ Egenkontrol       | 10 % |
| ○ Udviklingstiltag  | 10 % |

Det fremgik af udbudsbetingelserne, at:

”Underkriteriet pris vil blive vurderet ud fra den samlede tilbudssum som den enkelte tilbudsgiver tilbyder. Til dette formål udfylder tilbudsgiver bilag 1, Tilbudsliste.

Delvægtning af priser på forskellige produkter og ydelser fremgår af tilbudslisten, og nederst i tilbudslisten fremgår den samlede vægtede pris – ”evalueringspris”. Denne tilbudssum danner grundlag for evaluering af underkriteriet pris.

...”

Af tilbudslisten fremgik endvidere, at den pris, som tilbuddene ville blive evalueret på grundlag af, var beregnet på baggrund af et estimat over det forventede forbrug pr. ydelse pr. år, ligesom der anførtes sådanne estimater.

Kommunerne har under klagesagen blandt andet oplyst følgende:

”Da de eksisterende kontrakter, herunder afregningsgrundlaget, således var forskellige fra den udbudte kontrakt, var der en vis usikkerhed forbundet med de estimater, der fremgik af tilbudslisten, og som ”*evalueringsprisen*” var baseret på. ...

...

Indklagede kan ... desuden oplyse, at estimaterne i vidt omfang var fastsat på baggrund af kommunernes historiske indkøb fra Falck A/S, men at Indklagede bevidst havde fastsat estimaterne relativt lavt for at undgå, at den kommende leverandørs forventninger til omsætning under kontrakten ikke ville blive indfriet.”

Som nævnt indkom der fire tilbud. Tilbuddet med den laveste samlede evalueringspris pr. år blev afgivet af Zealand Care A/S og lød på ca. 6,7 mio. kr. Priserne på de øvrige tilbud lå i intervallet fra ca. 7,7 til ca. 8,0 mio. kr.

Om forløbet umiddelbart efter kommunernes modtagelse af tilbuddene har Dansk Erhverv blandt andet oplyst:

”Dagen efter tilbudsfristen, den 3. maj 2018, ringede Holstebro Kommunes indkøbschef Martin Eliassen (herefter Eliassen) til tilbudsgiveren Zealand Care A/S og spurgte ind til henholdsvis fysisk ejendom og beemanding. Eliassen spurgte, efter det af virksomheden oplyste ind til den ejendom, der var beskrevet i virksomhedens tilbud, og om virksomheden var bekendt med, at den nu var blevet lejet ud. Virksomheden svarede, at ejendommen blot var ment som eksempel i tilbuddet, hvor der i

øvrigt ikke var noget krav om at byde ind med en bestemt eksisterende ejendom, og at hvis det var tilfældet, at ejendommen fra eksemplet var blevet udlejet, ville virksomheden finde en anden egnet bygning. Eliassen spurgte endvidere ind til størrelsen af ejendommen fra eksemplet og udtrykte bekymring omkring, hvorvidt ejendommen var stor nok til formålet. Virksomheden svarede, at den var af samme størrelse som det eksisterende depot, men at det naturligvis var noget man ville være opmærksom på, hvis man fik tildelt kontrakten.

Eliassen spurgte herefter ind til bemanningen, og hvad virksomheden havde af overvejelser omkring det eksisterende personale. Virksomheden svarede, at hvis man måtte blive mødt med et krav om virksomhedsoverdragelse fra den hidtidige leverandør ville man tage dette til efterretning, og at virksomheden i øvrigt havde gode erfaringer med virksomhedsoverdragelse, hvilket også tidligere var sket i forbindelse med et vundet udbud i Nyborg Kommune.”

Af en mail af 7. maj 2018 fra direktøren for Personale, Social, Sundhed og Arbejdsmarked i Holstebro Kommune Helle Bro, til direktøren for Social og Sundhed, Arbejdsmarked og Integration i Lemvig Kommune Pia Ulv Helleland samt direktøren for Sundhed, Ældre, Social, Handicap og Arbejdsmarked i Struer Kjeld Berthelsen fremgår bl.a.:

”Kære Begge

Min forvaltning har beregnet at det for Holstebro Kommune vil være en merudgift i størrelsesordenen 2 mio. kr. om året, altså 8 mio. kr. i den 4 årige periode kontrakten løber.

I har [det] vist endnu billigere i dag og vil dermed også få merudgifter.

Der er angiveligt et billigere bud, hvor erfaringen fra andre kommuner ifølge Claus Brandt – der står for udbud hos os – er, at det firma hele tiden udfordrer kontraktvilkår med krav om tillægsydelse.

Jeg har svært ved [at] se mig ind i yderligere udgifter på området.

Nu er det svære spørgsmål, om vi skal forsøge at overtage området fra Falck? Hjælpe-middeldepotet er i lejede lokaler.

Vurderingen er, at vi kan drive det billigere.

I givet fald skal vi være hurtige til at kunne vurdere og til at træffe beslutning.

Hvad tænker I?

...”

Den 8. maj 2018 blev der afholdt møde mellem de tre kommuner. Kommunerne har oplyst, at mødet oprindeligt var planlagt til at angå en fælles evaluering af de indkomne bud, men at det i stedet blev brugt til at drøfte alternative måder at løse opgavevaretagelsen på.

I en mail af samme dato skrev sundhedschef Grete Bækgaard Thomsen, Lemvig Kommune til de øvrige kommuner bl.a.:

”Tak for et godt møde i dag vedrørende udbud.

Efter aftale med direktør Pia Ulv Helleland sender jeg som lovet et svar fra Lemvig Kommune.

Lemvig Kommune tilslutter sig planen om at undersøge hos Falck, om de er villige til at forhandle om overtagelse af deres faciliteter og medarbejdere. Efterfølgende vil Lemvig Kommune gerne indgå i en dialog om, hvad der videre kan ske – uanset udfaldet på samtalen med Falck.”

Den 22. maj 2018 meddelte kommunerne tilbudsgiverne, at de havde besluttet at annullere udbuddet. Om baggrunden herfor var anført:

”Vi har modtaget 4 tilbud, og evalueret de indkomne tilbud i henhold til tildelingskriterierne.

I den forbindelse kan vi konstatere at de indkomne tilbud vil medføre en væsentlig øget omkostning for udbyders drift af hjælpemiddelsdepot.

I forlængelse heraf har udbyder taget beslutning om at annullere udbuddet, og igangsætte hjemtagning af hjælpemiddelsdepot til egen drift.

Vi beklager at udbuddet er annulleret, men takker for den interesse i har vist.”

Af annullationsbekendtgørelsen af samme dato, der havde overskrifterne ”Bekendtgørelse om indgåede kontrakter” og ”Resultat af udbudsproceduren” fremgår, at kontrakten ikke ville blive tildelt som følge af en ”afbrudt procedure”.

Af en mail af 29. maj 2018 fra Helle Bro til direktøren for Social og Sundhed, Arbejdsmarked og Integration i Lemvig Kommune Pia Ulv Helleland samt direktøren for Sundhed, Ældre, Social, Handicap og Arbejdsmarked i Struer Kjeld Berthelsen fremgår bl.a., at der havde været afholdt møde mel-

lem Holstebro Kommune og den tidligere leverandør om virksomhedsoverdragelse af det eksisterende materiel og medarbejdere. Endvidere fremgik bl.a.:

”Jeg fremsender udkast til fælles sagsfremstilling, samarbejdsaftale og vedtægter vedrørende etablering af fælles hjælpemiddeldepot.

Udkastene er gennemgået af vores jurister og faglige leder.”

I forlængelse af kommunernes annullation af udbuddet blev spørgsmålet om den fremtidige drift af et fælles hjælpemiddeldepot behandlet i de tre deltagerkommuners respektive politiske udvalg. Kommunerne besluttede med virkning fra 1. september 2018 at organisere driften af et fælles hjælpemiddeldepot i et kommunalt fællesskab, jf. kommunestyrelseslovens § 60. Centeret betegnes ”Hjælpemiddelcenter Nordvest I/S”.

Af forhandlingsprotokollen for Struer Byråd den 26. juni 2018 fremgår blandt andet, at Struer Kommunes Social-, Sundheds- og Arbejdsmarkedsudvalg den 7. juni 2018 indstillede til byrådet at godkende vedtægter og samarbejdsaftale for § 60-fællesskabet (Hjælpemiddelcenter Nordvest I/S).

Medio juni 2018 blev spørgsmålet om drift af hjælpemiddeldepotet behandlet af Økonomiudvalget i Holstebro Kommune. Det fremgik bl.a. af referatet fra mødet, at:

”Resultaterne af et fælles udbud af opgaven med depotdrift vurderes ikke at kunne give den fornødne fleksibilitet indenfor en acceptabel økonomisk ramme. Fælles drift af et hjælpemiddeldepot ses derfor som eneste reelle mulighed for at fremtidssikre kvaliteten og fleksibiliteten ved levering af hjælpemidler, uden at blive udfordret på økonomien.

...

Udgangspunktet for det nye fællesskab ... er virksomhedsoverdragelse fra eksisterende leverandører.

Den økonomiske finansiering vil tage udgangspunkt i udgiftsniveauet i 2017. Når selskabet er i drift skal der arbejdes med udviklings- og forretningsplan der kan skabe forbedringer og rationaler i form af lavere enhedsomkostninger. Det skal analyseres om andre lignende opgaver med fordel kan indgå som en kerneopgave. ”

Af et referat fra mødet den 20. juni 2018 i Lemvig Kommunes Social- og Sundhedsudvalg pkt. 3 fremgår bl.a., at der blev fremlagt indstilling fra for-

valtningen til, hvordan opgaverne forbundet med driften af hjælpemiddeldepot som følge af annullationen af udbuddet fremadrettet skulle varetages:

”Gennem en række år har Lemvig og Struer haft en fælles ekstern leverandør af hjælpemiddeldepot. Depotet har været drevet af Falck Hjælpe midler fra Fabers vej i Holstebro. Falck har betjent Holstebro kommuners borgere fra samme adresse. I forbindelse med kontraktudløb besluttede 3 kommuner at konkurrenceudsætte opgaven i et fælles udbud. De indkomne tilbud vurderes ikke at kunne give den fornødne fleksibilitet indenfor en acceptabel økonomisk ramme.

Det betyder, at Lemvig Kommune står tilbage med 3 scenarier for fremtidig organisering af hjælpemiddeldepotet:

- Konkurrenceudsætte opgaven på ny – denne gang uden Struer og Holstebro.
- Hjemtage driften og etablere et kommunalt drevet hjælpemiddeldepot.
- Indgå i et § 60-selskab med Struer og Holstebro kommuner.

At **konkurrenceudsætte opgaven på ny** vurderes ikke at resultere i bedre tilbud, end der blev opnået i forbindelse med det fælles udbud, der blev gennemført i foråret 2018. Lemvig Kommune har et borgergrundlag på 20.133 borgere, og der er ingen af nabokommuner, som har ekstern leverandør på området. Det betyder at en potentiel tilbudsgiver ikke vil kunne samdrifte Lemvig Kommunes hjælpemiddeldepot med andre tilsvarende aktiviteter.

At **hjemtage driften og etablere et kommunalt drevet hjælpemiddeldepot** er ikke optimal, i en klassisk driftsøkonomisk forstand. For at sikre en stabil drift hen over årets 52 uger kræves der en minimumsbemanding, som er højere end det, et klassisk hjælpemiddeldepot behøver for at betjene et borgergrundlag på 20.000 borgere. Der er altså stor driftsfordele ved at indgå i et samarbejde med andre kommuner. Endvidere vil det være svært at rumme alle de fagligheder, som morgendagens hjælpemiddeldepot bør råde over – ikke mindst i forhold til de telesundhedsløsninger som fremtiden må forventes at bringe jf. vedhæftede bilag 1.

Endvidere vil opstarts- og etableringsomkostningerne være relativt højere. På den anden side vil et lokalt hjælpemiddeldepot også give positive effekter. Lemvig Kommune vil have fuldt suverænitet i forhold til alle beslutninger omkring basisdriften samt hvilke andre serviceopgaver, der kunne ligge i denne enhed. Lemvig Kommune ville kunne optimere samarbejdet mellem depot og myndighed/bevillingsenhed – i andre kommuner har man haft positivt udbytte af at organisere depot og myn-



dighed under samme tag og under samme ledelse. Lemvig Kommune ville også opnå frihed til udvikling af nye samarbejdsformer med borgere og lokalsamfund.

Det tredje scenarie er at **indgå i et § 60-selskab med Struer og Holstebro Kommuner**. Til dette scenarie er der udarbejdet et udkast til vedtægter for et kommende § 60-selskab samt udkast til en samarbejdsaftale. Den største fordel ved denne løsning er, at man sammen med de to øvrige kommuner opnår et borgergrundlag, der sikrer et effektivt og stabilt drift. På den baggrund må det forventes, at være den billigste løsning.

Fordele og ulemper i forhold til de 3 scenarier er sammenfattet i nedenstående tabel.

Scenarie	Fordele	Ulemper
Konkurrenceudsætte opgaven på ny		Der må forventes en dyr og ufleksibel løsning
Hjemtage driften og etablere et kommunalt drevet hjælpemiddeldepot	Fuld suverænitet.  Optimeret samarbejde med myndighed/bevillingsenhed.  Mulighed for udvikling af nye samarbejder med borgere og lokalsamfund.	Dyrt i klassisk driftsøkonomisk forstand.  Svært at rumme fremtidige fagligheder.  Store opstartsomkostninger.
Indgå i et § 60-selskab med Holstebro og Struer Kommuner	Billig drift.  Billig opstart/etablering.  Stabilt.	Suverænitetsafgivelse.  Relativt irreversibel beslutning.  Eventuelle udfordringer i forhold til bestillersystem.

Ved etableringen af et § 60-selskabet, er der to fokuspunkter, som bør overvejes:

Omkostninger  
Omkostningsfordeling”

Om de forventede udgifter ved kommunernes egen drift af fælles hjælpemiddeldepot fremgår af referatets pkt. 3 bl.a.:

”Det er forudsætningen at den økonomiske finansiering tager udgangspunkt i udgiftsniveauet for de to hjælpemiddeldepoter i 2017.

Den første råskitse af økonomien for selskabet fremgår af nedenstående tabel.

<b>Depotdrift</b>	<b>Budget ved overtagelse (Falck)</b>
13,5 fuldtidsstillinger	6.075
Husleje	1.000
Øvrige udgifter til drift	1.000
Overhead	404
<b>Total</b>	<b>8.479</b>
Holstebro	-6.000
Struer	-1.400
Lemvig	-1.600
<b>Total</b>	<b>-9.000</b>
<b>Resultat</b>	<b>-521</b>

Med etablering af selskabet må der forventes stordriftsfordele. Det bør påses at der arbejdes med at sikre rationale i form af lavere enhedsomkostning for medlemskommunerne.

Der bør forelægges en samlet genarbejdet økonomi for selskabet i forbindelse med budgetlægningen for budget 2019-2022.

Ejerandel og omkostninger fordeles jævnt før udkast til vedtægter efter antallet af indbyggere fyldt 75 år eller derover. Det er en god og retvisende fordelingsnøgle.”

Det fremgår af sagens oplysninger, at de udkast til samarbejdsaftale og vedtægter, der blev fremsendt med mailen af 29. maj 2018, er identiske med den endelige samarbejdsaftale og de endelige vedtægter for Hjælpemiddelcenter Nordvest I/S. I vedtægternes pkt. 3 er det fastsat, at formålet med Hjælpemiddelcenter Nordvest I/S er at drive fælleskommunalt hjælpemiddelcenter for de deltagende kommuner samt varetage andre relaterede opgaver i tilknytning hertil. Det er i den forbindelse en ”obligatorisk opgave”

for hjælpemiddelcenteret at ”varetage anskaffelse, udbringning, reparation, returnering, rengøring og lagerstyring af Hjælpemidler og APV redskaber”. Herudover kan Hjælpemiddelcenter Nordvest I/S varetage ”accessorisk virksomhed” for de deltagende kommuner, andre offentlige myndigheder og andre aktører ”i det omfang, der er hjemmel hertil i lovgivningen”. Efter samarbejdsaftalens § 3 er formålet med at etablere et fælleskommunalt hjælpemiddelcenter beskrevet som ”at fremtidssikre kvaliteten, rentabiliteten og fleksibiliteten ved levering af hjælpemidler og relaterede velfærdsopgaver i interessent-kommunerne, så borgernes mulighed for at klare sig selv og udnytte egne ressourcer understøttes”. I § 4, stk. 1, er det fastsat, at Hjælpemiddelcenter Nordvest I/S driver det fælles hjælpemiddeldepot og udfører følgende driftsopgaver: Udbringning og afhentning af hjælpemidler og APV redskaber, planlægning af transport, lagerstyring, rengøring af hjælpemidler og APV redskaber, reparation, tilpasning og eftersyn af hjælpemidler og APV redskaber samt indkøb af hjælpemidler og APV redskaber. Kommunerne bevarer hver deres myndighedsopgave i forhold til bevilning af hjælpemidler til kommunernes respektive borgere, jf. § 4, stk. 3.

Det fremgår af sagens oplysninger, at Dansk Erhverv i perioden fra den 11. juni til 11. oktober 2018 ad flere omgange har søgt og fået aktindsigt hos de tre indklagede kommuner.

Holstebro Kommune oplyste i den forbindelse i en mail af 18. juni 2018 bl.a.:

”Ved evaluering af de indkomne tilbud, kunne vi konstatere at Holstebro Kommunes omkostninger til drift af hjælpemiddelsdepot, ville stige med 2 mio. kroner årligt ved valg af billigste tilbud.

Den konstaterede omkostningsstigning er beregnet ved at tage udgangspunkt i fakturagrundlag, og sammenholde med de aktivitetsomkostninger som var tilbudt i forbindelse med udbuddet.

På baggrund heraf besluttede man at annullere udbuddet.

Kommunerne har ikke afgivet kontrolbud i forbindelse med udbuddet, og der foreligger ingen akter der relatere til reglerne for kontrolbud.”

Den 20. juni 2018 uddybede Holstebro Kommune dette:

”Som aftalt i telefon, sender jeg det beregningsgrundlag som ligger til grund for annullation af udbuddet.

Beskrivelse	Pris nuværende	Ny pris	Difference
Drift	88.008,41	██████	██████
Transport og Levering i Borgers hjem	41.975,81	██████	██████
Afhentning i borgerens hjem	57.900,34	██████	██████
Tillæg ved afhentning af senge	6.405,27	██████	██████
Tillæg ved Levering af senge	7.509,63	██████	██████
Tillæg ved Akut transport	28.492,43	██████	██████
Tillæg ved Tids kørsel	20.567,72	██████	██████
Merudgift pr. måned			153.082,95

Hjemtagelse og etablering af fælles hjælpemiddelsdepot er i går blevet politisk behandlet og vedtaget i Holstebro Kommune.

Dagsorden og indstilling med tilhørende bilag kan findes på link ...”

Ved en mail af 14. september 2018 uddybede Holstebro Kommune yderligere beregningerne således:

”Ydelserne som er udvalgt til prissammenligningen er udvalgt, da de udgør den primære opgave og omkostning der er forbundet med drift af hjælpemiddelsdepot.”

Hyppigheden af de fremsendte beregninger er pr. måned. Nedenstående beregning er således et udtryk for Holstebro Kommunens månedlige omkostning ved uændret forbrug.

Ydelser i henhold til tilbudstabel for December/Januar 26/12-25/1 2018							
Beskrivelse	Enhed	Antal	Å	I alt	à (ny)	Ny pris	difference
Drift	mdr.	1	88.008,41	88.008,41			
Transport og Levering i Borgers hjem	stk.	543	77,3	41.975,81			
Afhentning i borgerens hjem	stk.	749	77,3	57.900,34			
Tillæg ved afhentning af senge	stk.	29	220,87	6.405,27			
Tillæg ved Levering af senge	stk.	34	220,87	7.509,63			
Tilæg ved Akut transport	stk.	129	220,87	28.492,43			
Tillæg ved Tids kørsel	stk.	149	138,04	20.567,72			
Merudgift pr. måned							153.082

Estimater i tilbudslisten kolonne E er baseret på summen af de 3 delta-gende kommuners estimat for årligt forbrug af ydelserne.

Alle vedtægter, samarbejdsaftale, dokumenter og akter der vedrører den politiske behandling og beslutning om at etablere Hjælpemiddelcenter Nordvest I/S findes på link: ...”

Som nævnt indgav Dansk Erhverv klage til Klagenævnet for Udbud den 12. oktober 2018.

Kommunerne har under klagesagen oplyst, at de efterfølgende har sammenholdt forbrugstal fra samarbejdet med Falck A/S for hver af de tre kommuner for januar, februar, marts og april i år, og at kommunerne på baggrund heraf har beregnet det gennemsnitlige samlede månedlige og årlige forbrug. Det er i forlængelse heraf oplyst:

”Der forekommer efter Indklagedes erfaring ikke sæsonudsving i kommunernes indkøb henover et år, der kan føre til, at det anvendte gennemsnit ikke er repræsentativt for det forventede årlige indkøb.

Beregningerne viser følgende:



Beregningerne er baseret på Indklagedes og de øvrige kommuners forbrugsdata for 12 fulde måneder i perioden maj 2017 til og med april 2018 i stedet for et gennemsnitligt årsniveau baseret på forbrugsdata for fire måneder, som anvendt i beregningerne [gengivet ovenfor].

Indklagedes forventede omkostninger forbundet med at antage tilbuddet fra Zealand Care er herefter opgjort ved at multiplicere den forventede forbrugsmængde ("Faktisk årsniveau" i oversigten ovenfor) pr. aktivitetskategori med de af Zealand Care tilbudte priser ("Pris pr. enhed" i tabellen ovenfor) for hver aktivitetskategori for hver af de tre kommuner.

For god ordens skyld bemærkes, at der er en begrænset usikkerhed forbundet med de anførte mængder, da beregningsgrundlaget fra samarbejdet med Falck A/S hverken er identisk på tværs af kommunerne eller med de indkøbskategorier, der fremgår af tilbudslisten til brug for udbuddet.

...

### Parternes anbringender

#### Ad afvisningspåstanden

Holstebro, Lemvig og Struer kommuner har navnlig gjort gældende, at klagen er indleveret næsten fem måneder efter, at kommunerne i EU-Tidende offentliggjorde bekendtgørelsen om, at der ikke ville ske tildeling som følge af, at proceduren var afbrudt. Denne bekendtgørelse bar overskriften "Bekendtgørelse om indgåede kontrakter". Klagen er dermed indkommet efter udløbet af fristen på 45 dage i henhold til klagensævnelseslovens § 7, stk. 2, nr. 1. Fristerne efter denne bestemmelse omfatter efter ordlyden bl.a. alle beslutninger omfattet af udbudslovens afsnit II, og den er således ikke begrænset til tildelingsbeslutninger. Det forhold, at fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået kontrakt, medfører ikke en begrænsning af, hvornår fristen finder anvendelse. Den udbudte kontrakt havde ikke karakter af en rammeaftale, og det er således ikke fristbestemmelsen i klagensævnelseslovens § 7, stk. 2, nr. 3, der finder anvendelse.

Dansk Erhverv har gjort gældende, at klagen ikke er indgivet efter udløbet af fristen i § 7, stk. 2, nr. 1. Efter bestemmelsens ordlyd skal fristen først regnes fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har offentliggjort en be-

kendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået kontrakt. Kommunerne indgik imidlertid ingen kontrakt, idet man i stedet valgte at annullere udbuddet. Fristen er således ikke begyndt at løbe. Der er ikke grundlag for at regne fristen fra dagen efter bekendtgørelsen om, at der ikke ville ske tildeling af kontrakten, fordi proceduren var afbrudt.

### Ad påstand 1

Dansk Erhverv har navnlig gjort gældende, at det ikke er korrekt, at de indkomne tilbud ville medføre en væsentlig forøget omkostning for kommunernes drift af hjælpemiddeldepotet. Omkostningerne ved at drive hjælpemiddeldepotet i henhold til tilbuddet fra Zealand Care ville være ca. 6,7 mio. kr. pr. år. Disse omkostninger er dermed ca. 2,3 mio. kr. lavere pr. år end omkostningerne på de i alt ca. 9 mio. kr. pr. år, som i henhold til referatet af Lemvig Kommunes Byrådsmøde den 20. juni 2018, vil være forbundet med § 60-fællesskabets egen drift af hjælpemiddeldepotet. Selv, hvis kommunerne valgte det dyreste af de fire tilbud, ville dette have været ca. 1 mio. kr. billigere end de forventede ca. 9 mio. kr. ved drift i § 60-fællesskabet.

Kommunernes beregninger, der skal støtte kommunernes synspunkt om, at der måtte forventes en merudgift på omkring 2 mio. kr., er først fremkommet efter klagesagens anlæg, og de er udtryk for kunstige, skæve ex post-beregning, der bestrides som utroværdige. Det bestrides i den forbindelse, at kommunerne i udbudsbetingelserne bevidst skulle have fastsat estimerne relativt lavt for at undgå, at den kommende leverandørs forventninger ikke ville blive indfriet. Kommunernes synspunkt herom, der ligeledes først er fremkommet under klagesagen, har ikke støtte i udbudsbetingelserne. De forbrugsestimater, som kommunerne har lagt til grund i beregningerne under sagen, afviger i gennemsnit med 114 % i forhold til de estimer, der blev oplyst i udbudsbetingelserne. En så væsentlig afvigelse kan ikke være retvisende. Den relevante beregning må således – som anvendt ovenfor – i stedet foretages på grundlag af de estimer, der var fremlagt i udbudsmaterialet om det forventede årlige forbrug, som dannede grundlag for afgivelsen af tilbud. Under alle omstændigheder forelå beregningerne ikke på tidspunktet for kommunernes annullationsbeslutning, og de kan derfor ikke indgå i bedømmelsen af grundlaget for denne beslutning. Det bestrides endvidere, at de forventede udgifter ved drift af § 60-fællesskabet omvendt



skulle have været højt for at undgå budgetoverskridelser. De faktiske udgifter i regnskabsåret 2017 var således kun ca. ½ mio. kr. under budgettet – og selv med dette grundlag er de faktiske udgifter dermed højere end den billigste tilbudspris fra Zealand Care.

Kommunerne har endvidere overtrådt gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have anvendt en evalueringsmetode, der var uigenomsigtig for tilbudsgiverne og uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud for så vidt angår underkriteriet ”Pris”. Kommunernes kontrolberegninger, som efter det oplyste blev foretaget på grundlag af de indkomne tilbud og kommunernes historiske forbrug, var helt centrale for kommunernes beslutning om at annullere udbuddet. Denne fremgangsmåde var imidlertid ikke beskrevet i udbudsbetingelserne. Dermed var tilbudsgiverne afskåret fra at inddrage disse oplysninger i deres beslutning om at afgive tilbud på opgaven. Tilbudsgiverne har ikke haft viden om alle relevante forhold af betydning for kommunernes evaluering af tilbuddene, hvilket havde afgørende betydning for, at tilbudsgiverne med den fornødne sikkerhed kunne fastsætte deres bindende tilbudspriser på enkeltudbydere. Tilbudsgiverne var endvidere ikke i besiddelse af de forbrugsoplysninger, som kommunerne lagde vægt på, idet de med rette kunne forvente, at de korrekte estimater var anført i tilbudslisten.

Dertil kommer, at kommunernes annullation af udbuddet skete på et usagligt grundlag. Dette fremgår af mailen af 7. maj 2018 (”Der er angiveligt et billigere tilbud, hvor erfaringen fra andre kommuner ... er, at det firma hele tiden udfordrer kontraktvilkår med krav om tillægsydelser”). Det tilbud, der henvises til, må antages at angå tilbuddet fra Zealand Care. Det følger således af mailen, at kommunerne havde et ønske om at se bort fra dette tilbud, og at dette ønske baserede sig på ikke-underbyggede og uhjemlede referencer, der ikke indgik i den formelle udbudsprocedure. Annullationen har således reelt været begrundet i et arbitrært og usagligt ønske om ikke at samarbejde med Zealand Care, hvis tilbud var konditionsmæssigt. Det forhold, at kommunerne på grund af ikke-underbyggede og ukonkrete erfaringer, jf. mailen af 7. maj 2018, har set bort fra Zealand Cares (konditionsmæssige) tilbud, er endvidere i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Holstebro, Lemvig og Struer kommuner har navnlig gjort gældende, at beslutningen om annullation af udbuddet blev truffet på et sagligt grundlag,

og at kommunerne ikke har overtrådt de udbudsretlige regler og principper som påstået. Beslutningen om annullation blev først truffet efter modtagelsen af tilbuddene, idet blev konstateret, at det ville være prismæssigt billigere at hjemtage driften af hjælpemiddeldepotet end at indgå kontrakt på baggrund af udbuddet. Beslutningen herom var således baseret på saglige, økonomiske hensyn.

Med hensyn til Dansk Erhvervs konkrete indsigelser har kommunerne overordnet gjort gældende, at Dansk Erhverv ikke har løftet sin bevisbyrde for, at der skulle foreligge usaglige hensyn. Dansk Erhvervs indsigelse om, at det ville have været billigere at kontrahere med Zealand Care, er – som det fremgår af de fremlagte beregninger – forkert, og hviler på den grundlæggende misforståelse, at den anvendte evalueringstekniske pris er identisk med de forventede udgifter ved at drive hjælpemiddeldepotet. Efter kontrakten var afregningsgrundlaget ikke en totalpris, men derimod enhedspri- ser som anført i tilbudslisten. De estimer, der var anført til brug for evalueringen, ville ikke svare til den volumen, der ville blive indkøbt, og evalueringprisen kan derfor ikke anvendes ved vurderingen af, hvilke omkostninger der er forbundet med den faktiske drift. Kommunernes beregninger baseret på faktisk forbrug i 12 måneder viser, at deres forventede omkostninger ved at antage Zealand Cares tilbud ville være ca. 9,8 mio. kr. pr. år, og at de budgetterede udgifter ved at hjemtage opgaven til et § 60-selskab udgjorde ca. 7,6 mio. kr., således som det fremgår af budgetforslaget vedrørende selskabets drift godkendt på Holstebro Kommunes byrådsmøde.

### Ad påstand 2

Dansk Erhverv har navnlig gjort gældende, at den oplyste begrundelse for at annullere udbuddet af de grunde, der er anført vedrørende påstand 1, var forkert, og at kommunerne dermed har overtrådt udbudslovens § 171, stk. 6, jf. § 171, stk. 1, nr. 5, idet en ordregiver efter disse bestemmelser har pligt til at oplyse det eller de forhold, der reelt har været bestemmende for ordregiverens beslutning.

Holstebro, Lemvig og Struer kommuner har navnlig gjort gældende, at beslutningen om annullation af udbuddet blev truffet med den begrundelse, at de indkomne tilbud ville medføre en væsentlig øget omkostning for udbyders drift af hjælpemiddeldepot, at denne begrundelse – som anført vedrørende påstand 1 – var sand, og at den var udtryk for saglige, økonomiske

hensyn. Under alle omstændigheder har Dansk Erhverv ikke godtgjort, at kommunernes begrundelse ikke passede. Kommunerne har dermed ikke overtrådt bestemmelsen i udbudslovens § 171, stk. 6.

### Ad påstand 3

Dansk Erhverv har navnlig gjort gældende, at Højesteret i dommen gengivet i UfR 20011.3129 har fastslået, at det almindelige obligationsretlige loyalitetsprincip også gør sig gældende mellem ordregivere og tilbudsgivere under en udbudsforretning, og at parterne således har en loyal oplysningsforpligtelse. Klagenævnet er kompetent til at tage stilling til, om dette udbudsretlige princip er overtrådt, og der er derfor ikke grundlag for at afvise denne påstand.

Det kan lægges til grund, at kommunerne allerede i maj måned 2018 var i besiddelse af en endelig version af såvel samarbejdsaftale som vedtægter for det senere besluttede § 60-fællesskab, hvilket må have krævet mindst en måneds forudgående forhandlinger mellem de tre kommuners forvaltninger. Kommunerne havde således allerede inden udløbet af tilbudsfristen planer om at hjemtage opgaven og etablere § 60-fællesskabet til dette brug. Oplysning herom ville have været afgørende for tilbudsgivernes beslutning om at deltage i udbuddet, og der påhvilede kommunerne en forpligtelse til loyalt at oplyse herom til de potentielle tilbudsgivere.

Holstebro, Lemvig og Struer kommuner har navnlig gjort gældende, at det ikke fremgår af klagen, hvilke udbudsretlige principper og regler omfattet af klagenævnets kompetence som klagen angår. Også af den grund skal denne påstand afvises. Klagen skal endvidere ikke tages til følge, da kommunerne ikke på retsstridig måde har undladt at oplyse tilbudsgiverne om beslutninger undervejs i processen eller har tilsidesat en forpligtelse til at oplyse tilbudsgiverne loyalt om beslutninger og overvejelser undervejs i processen.

### Ad påstand 4 og 5 (Subsidiære i forhold til påstand 1 og 2)

Dansk Erhverv har navnlig gjort gældende, at kommunerne ved at fastsætte ikke-retvisende forbrugsestimater har overtrådt gennemsigtighedsprincippet, idet de herved ikke er kommet med deres bedste saglige skøn for kontraktens omfang. De potentielle tilbudsgivere har dermed været afskåret fra

at bedømme kontraktens reelle omfang, og hvilket ressourceforbrug der nærmere måtte være nødvendigt for opfyldelse af kontraktens vilkår. Ved bevidst at fastsætte for lave forbrugsestimater har den fastsatte evalueringsmodel været uegnet til at identificere det mest fordelagtige tilbud mht. underkriteriet ”Pris”. Tilbudsgivernes prissætning ville have været anderledes, hvis den udbudte kontrakts reelle omfang havde været anført i udbudsmaterialet.

Holstebro, Lemvig og Struer kommuner har navnlig gjort gældende, at der skal meget til, for at klagenævnet efter nævnets praksis tilsidesætter en evalueringsmodel, der har været oplyst i udbudsbetingelserne, og at der er forskel på, om estimerne kan udgøre et retvisende grundlag for at vurdere det reelle omkostningsniveau under kontrakten, og om de er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dansk Erhverv har ikke godtgjort, at den fastsatte evalueringsmetode var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Da evalueringsmetoden var fastsat i udbudsbetingelserne, var den endvidere gennemsigtig. Der er herefter ikke grundlag for at tage påstandene til følge.

Klagenævnet udtaler:

#### Ad afvisningspåstanden

Efter § 7, stk. 2, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud skal en klage over udbud eller beslutninger omfattet af udbudslovens afsnit II eller III eller forsyningsvirksomhedsdirektivet være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden 45 kalenderdage efter, at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået en kontrakt. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.

Bestemmelserne om klagefrister blev oprindeligt indsat i loven ved lov nr. 492 af 12. maj 2010. I de almindelige bemærkninger til lovforslaget (lovforslag nr. L 110 af 27. januar 2010) hedder det bl.a.:

##### ”2.5. Indførelse af klagefrister

Den gældende klagenævnslov indeholder ikke klagefrister. Med lovforslaget indføres der frister for, hvor længe det er muligt at klage over visse typer af beslutninger, som ordregiveren har truffet i løbet af ud-

budsprocessen. Fristerne gælder alene udbud omfattet af udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

I lyset af, at der med lovforslaget indføres indgribende sanktioner som, at en kontrakt kan erklæres for uden virkning og en alternativ sanktion, er det hensigtsmæssigt at udnytte kontroldirektivernes mulighed for at indføre sådanne frister i visse situationer.

Indførelse af en klagefrist må ikke forhindre eller gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt at klage over overtrædelser af udbudsreglerne. Omvendt kan det forhold, at der indgives klage længe efter kontraktindgåelse, medføre et betydeligt værdispild. Forslaget skaber en hensigtsmæssig balance mellem på den ene side hensynet til klagers effektive klageadgang og på den anden side ordregiverens mulighed for at tilrettelægge og fuldføre en hensigtsmæssig indkøbsproces.

Der foreslås bl.a. indført klagefrister i følgende situationer:

For det første foreslås det, at en klage skal være Klagenævnet i hænde senest 6 måneder efter, at ordregiveren har offentliggjort i Den Europæiske Unions Tidende, at ordregiveren har indgået en kontrakt. Klagefristen på 6 måneder giver en potentiel klager passende tid til at klage, ligesom det sikres, at klagen har aktuel betydning, således at der er større sandsynlighed for, at Klagenævnet kan udbedre de fejl, der måtte være begået.

...

For det fjerde foreslås der indført en frist på 12 måneder for klage over indgåelsen af en rammeaftale. Bestemmelsen skal ses i lyset af, at en potentiel klager ikke altid har samme mulighed for at opdage en overtrædelse af de fællesskabsretlige udbudsregler, når der er tale om en rammeaftale, som når der er tale om øvrige kontraktindgælder. Fristen for denne type klager foreslås derfor fastsat til 12 måneder frem for den generelle frist på 6 måneder.

For det femte foreslås der indført en frist på 30 kalenderdage for klage over en ordregiveres beslutning om, at ordregiveren har til hensigt at indgå kontrakt med en bestemt virksomhed. Klagefristen omhandler de tilfælde, hvor ordregiveren har vurderet, at denne lovligt kan tildele en kontrakt uden at afholde et udbud og derfor har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om hensigten om at indgå kontrakt, og ordregiveren herefter har ventet en periode på 10 kalenderdage, inden kontrakten indgås. Klagefristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort i Den Europæiske Unions Tidende.

De nævnte klagefrister foreslås også at gælde, hvis der anlægges sag ved domstolene om, at udbudsreglerne er overtrådt, og sagsøgeren ikke forinden har indgivet klage til Klagenævnet.

...

Det foreslås, at Konkurrencestyrelsen ikke er omfattet af de ovennævnte klagefrister. Konkurrencestyrelsen indbringer typisk principielle spørgsmål eller grove overtrædelser for Klagenævnet. Ved at undtage Konkurrencestyrelsen for ovennævnte klagefrister vil der stadig være mulighed for, at principielle spørgsmål eller særligt grove overtrædelser kan håndhæves, selvom de øvrige klagefrister er udløbet. For at ordregivere ikke på ubestemt tid kan blive mødt med klagesager fra Konkurrencestyrelsen foreslås det, at Konkurrencestyrelsen skal indgive en klage senest 2 år efter, at ordregiveren har offentliggjort i Den Europæiske Unions Tidende, at denne har indgået en kontrakt.

Der indføres ikke klagefrister ved direkte ulovlig tildeling af kontrakter uden offentliggørelse.”

Af de specielle bemærkninger fremgår bl.a.:

”Som noget nyt foreslås det i *stk. 2, nr. 1*, at en klage over udbud omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet skal være Klagenævnet i hænde senest 6 måneder efter, at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, om at ordregiveren har indgået kontrakt. Klagen kan med få undtagelser omfatte alle tænkelige overtrædelser i en udbudsproces.

Det følger af udbudsdirektivets artikel 35 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 43, at ordregivere skal indsende en bekendtgørelse om indgåelse af visse typer af kontrakter til Den Europæiske Unions Tidende. Det er således kun i de tilfælde, hvor ordregiveren offentliggør en sådan bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, at 6 måneders fristen finder anvendelse. Klager over kontrakter, der i strid med de fællesskabsretlige udbudsregler er indgået uden offentliggørelse af en sådan bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, er således ikke omfattet af fristen.”

Ved lov nr. 511 af 27. maj 2013 blev 6-månedersfristen nedsat til 45 kalenderdage. Af de specielle bemærkninger til det bagvedliggende lovforslag (lovforslag nr. L 153 af 27. februar 2013) fremgår bl.a.:

”Forslaget betyder, at ordregiverne får hurtigere sikkerhed for, at et udbud ikke anfægtes. Samtidig sikrer forslaget, at Klagenævnet for Udbud ikke skal anvende ressourcer på sager, hvor der for længst er indgået kontrakt, men i stedet kan anvende sine ressourcer på aktuelle sager.”

Efter ordlyden af bestemmelsen i klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1, løber fristen alene, hvis der er indgået en kontrakt. Det svarer også til de tilfælde, der blev opregnet i de almindelige bemærkninger til 2010-loven. Der er ikke i forarbejderne holdepunkter for at antage, at fristen skulle løbe i andre tilfælde. Tværtimod fremgår det – som anført i bemærkningerne i lovforslag nr. L 110 af 27. januar 2010 – at det ved indførelsen af fristbestemmelsen i klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1, var forudsat, at bestemmelsen kun ville finde sted i de tilfælde, hvor der blev offentliggjort en bekendtgørelse i henhold til de dagældende bestemmelser i artikel 35 i det dagældende udbudsdirektiv eller artikel 43 i det dagældende forsyningssikkerhedsdirektiv. Af betydning for denne sag bemærkes, at den første af disse bestemmelser siden er afløst af artikel 50 i det gældende udbudsdirektiv. Denne bestemmelse er implementeret i dansk ret ved udbudslovens § 129, stk. 1, der fastsætter, at ordregiveren senest ”30 dage efter indgåelsen af en kontrakt eller rammeaftale skal ... sende en bekendtgørelse om indgået kontrakt til EU’s publikationskontor.”

Klagenævnet finder på den baggrund, at bestemmelsen må forstås således, at den alene finder anvendelse i situationer, hvor ordregiveren har efterlevet sin pligt til at offentliggøre en bekendtgørelse om, at ordregiveren har indgået en kontrakt.

Det er ubestridt, at der ikke er indgået en kontrakt, idet de tre ordregivende kommuner i stedet valgte at annullere udbuddet. Den frist, som fastsættes i bestemmelsen, finder derfor ikke anvendelse, og klagen er dermed ikke for sent indgivet. Det forhold, at den bekendtgørelse om annulation af udbuddet, som kommunerne offentliggjorde i EU-Tidende, bar overskriften ”Bekendtgørelse om indgåede kontrakter”, kan herefter ikke føre til et andet resultat.

Klagenævnet tager derfor ikke afvisningspåstanden til følge.

### Ad påstand 1-3

Ved udbudsbekendtgørelse af 22. maj 2018 meddelte kommunerne, at den udbudte kontrakt ikke var blevet tildelt som følge af en ”afbrudt procedure”. Dette er ubestridt rigtigt.

Samme dag meddelte kommunerne i henhold til udbudslovens § 171, stk. 6, de berørte tilbudsgivere, at det efter en gennemgang af de fire modtagne og evaluerede tilbud var konstateret, at ”de indkomne tilbud vil medføre en væsentlig øget omkostning for udbyders drift af hjælpemiddeldepot”, og at kommunerne i forlængelse heraf havde besluttet at annullere udbuddet og igangsætte hjemtagning af hjælpemiddeldepot til egen drift.

Det er ikke godtgjort, at kommunerne alene gennemførte udbuddet på skrømt, eller at de inden afgivelsen af tilbuddene reelt havde truffet beslutning om at ville annullere udbuddet.

Sagen for klagenævnet angår herefter navnlig, om den anførte begrundelse for at annullere udbuddet var korrekt, eller om der – som anført af Dansk Erhverv – reelt er tale om en skinbegrundelse, der dækker over usaglige hensyn, herunder særligt en usaglig modvilje hos kommunerne mod den tilbudsgiver, der havde afgivet det billigste tilbud, Zealand Care A/S.

Hvis ikke andet følger af udbudsbetingelserne eller af omstændighederne i øvrigt, er en ordregivende myndighed som udgangspunkt berettiget til at annullere udbuddet, således at ingen af de afgivne tilbud antages. En annul-lation må dog ikke forfølge et formål, som er i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, eller som i øvrigt må anses for usagligt. Bevisbyrden for, at der foreligger sådanne usaglige hensyn, påhviler Dansk Erhverv.

Den anførte begrundelse om, at de indkomne tilbud må forventes at medføre væsentligt øgede udgifter, er efter sit pålydende saglig i relation til kommunernes beslutning om at annullere udbuddet. Det bemærkes herved, at der i relation til annul-lation af udbuddet ville have kunnet været mange andre saglige begrundelser; f.eks. ville det have været sagligt, hvis kommunerne havde ændret politisk opfattelse, således at man på den baggrund i stedet ønskede at hjemtage opgaven til egen drift.

Med kommunernes begrundelse og de nedlagte påstande, er spørgsmålet imidlertid, om der er grundlag for at tilsidesætte kommunernes vurdering af, at en aftale på grundlag af udbuddet ville medføre merudgifter.

Dette indebærer i første række en vurdering af kommunernes grundlag for den skønsmæssige ansættelse af de forventede reelle udgifter ved at drive hjælpemiddeldepotet på grundlag af udbuddet. Som udbuddet var udformet,



skulle tilbudsgiverne ikke tilbyde en fast pris for at drive hjælpemiddeldepotet. Kommunerne var i relation til spørgsmålet om annullation af udbuddet allerede derfor ikke ved vurderingen af de forventede udgifter bundet af de estimater, der indgik i udbudsbetingelserne som led i den fastsatte evalueringsmodel. Det må efter oplysningerne i mailen af 20. juni 2018 fra Holstebro Kommune lægges til grund, at denne kommunes vurderinger blev foretaget på grundlag af historiske forbrugsoplysninger over en måned i perioden 26. december 2017-25. januar 2008. Uanset at dette grundlag forekommer spinkelt, er der ikke – heller ikke i lyset af de senere fremlagte oplysninger, som der ikke er grundlag for at tilsidesætte – grundlag for at fastslå, at kommunernes skøn over de forventede udgifter, såfremt der på grundlag af udbuddet ville blive indgået kontrakt om drift af hjælpemiddeldepotet, hvilede på et mangelfuldt grundlag af betydning for resultatet.

I anden række skal klagenævnet tage stilling til Dansk Erhvervs indsigelse om, at annullationsbeslutningen reelt var udtryk for en usaglig interesse i ikke at vælge tilbuddet fra Zealand Care A/S. Vurderingen heraf må imidlertid ses i lyset af, at klagenævnet ikke har fundet grundlag for at tilsidesættes kommunernes skønsmæssige vurdering af, at en kontrakt på grundlag af udbuddet ville medføre væsentlige merudgifter. Den fremlagte korrespondance mellem de kommunale forvaltninger i tiden efter modtagelsen af tilbuddene og indtil annullation støtter efter klagenævnets opfattelse, at kommunerne var af den opfattelse, at de modtagne tilbud ville medføre merudgifter for kommunerne. Det anførte i mailen fra Holstebro Kommune til de to øvrige kommuner af 7. maj 2018 om, at der ”angiveligt [var] et billigere bud, hvor erfaringen fra andre kommuner ifølge Claus Brandt – der står for udbud hos os – er, at det firma hele tiden udfordrer kontraktvilkår med krav om tillægsydelser”, godtgør ikke, at kommunerne har inddraget usaglige hensyn i forhold til kommunernes skøn over de forventelige merudgifter. Det bemærkes herved, at kommunerne – i modsætning til, hvad der gælder i relation til evaluering af indkomne tilbud som led i udbudsprocessen – ikke ved den anfægtede beslutning om at annullere udbuddet var forpligtet til alene at lægge vægt på indholdet af de indkomne tilbud.

Der er endvidere ikke grundlag for at fastslå, at kommunernes skønsmæssige vurdering forud for annullationen om, at kommunerne selv i fællesskab ville kunne drive hjælpemiddeldepotet billigere, hviler på et utilstrækkeligt grundlag eller er udtryk for usaglige hensyn. De efterfølgende budgetter,

der blev fremlagt til brug for det etablerede § 60-fællesskab, kan efter det foreliggende ikke føre til en anden vurdering.

Klagenævnet finder herefter, at Dansk Erhverv ikke har løftet bevisbyrden for, at kommunernes beslutning om annullation af udbuddet og den angivne begrundelse herfor skulle være forkert eller udtryk for varetagelse af usaglige hensyn.

Påstandene tages ikke til følge.

#### Ad påstand 4

Der var ikke i udbudsbekendtgørelsen anført nærmere oplysninger om, hvor mange hjælpemidler mv. kontrakten forventedes at omfatte, ligesom der ikke var oplysninger om den forventede værdi af kontrakten. En sådan opgørelse var heller ikke anført i udbudsbetingelserne. I udbudsbetingelserne var udbuddets omfang imidlertid indirekte beskrevet under henvisning til oplysningerne i tilbudslisten om ”antallet af hjælpemidler, forventet antal ud- og indleveringer m.v.” Potentielle tilbudsgivere måtte således ved vurderingen af, om de ønskede at afgive tilbud, lægge vægt på disse oplysninger. Det var dog samtidig angivet, at der var tale om et ”estimat”, og det var således klart for tilbudsgiverne, at der var en vis usikkerhed knyttet til de nævnte angivelser. Det er således ikke rigtigt, når kommunerne under sagen har gjort gældende, at tilbudsgiverne alene måtte gå ud fra, at estimerne havde en evalueringsteknisk funktion.

Et for lavt estimat kan navnlig medføre, at ellers interesserede tilbudsgivere afstår fra at afgive tilbud, således at konkurrencen begrænses. I en situation som den foreliggende, hvor der ikke er angivet en værdi af den udbudte kontrakt, og hvor omfanget af opgaven alene er indirekte angivet under henvisning til de indsatte forbrugsestimater, kan således være i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, hvis en ordregiver bevidst angiver et for lavt estimat.

Det kan efter kommunernes oplysninger under klagesagen lægges til grund, at de anførte estimer var fastsat på grundlag af det historiske forbrug, der var behæftet med en vis usikkerhed, idet de tre kommuner hidtil ikke havde haft et fælles afregningsgrundlag. Det kan imidlertid tillige lægges til grund, at estimerne bevidst var angivet relativt lavt ud fra et ønske om ik-

ke at komme til at skuffe en fremtidig kontraktpart. Hvis et sådant ønske fører til, at der oplyses et kontraktomfang, der afviger fra, hvad der efter et sagligt skøn må forventes, vil det være i strid med gennemsigtighedsprincippet bevidst at oplyse et for lavt kontraktomfang. De oplyste estimater skal således være inden for skønnet.

Udbudsloven indeholder ikke regler om krav til ordregivernes faktuelle grundlag, herunder om særlige undersøgelser, for angivelse af forventede forbrugsestimater i et udbud som det foreliggende. Kommunerne har ikke nærmere oplyst, hvilke opgørelser der er indgået i fastsættelsen af estimaterne. Det kan imidlertid ud fra de oplysninger om forbruget kort forud for iværksættelsen af udbuddet, nemlig i december 2017-januar 2018 (der støttes af de efterfølgende opgørelser), beregnes, at de estimater, der var angivet i udbudsbetingelserne, og som dermed udgjorde oplysningen om udbuddets omfang, generelt i så væsentlig grad var fastsat for lavt, at det må anses for godtgjort, at de oplyste tal ikke kan have ligget inden for et muligt sagligt skøn.

Klagenævnet tager på den baggrund påstand 4 til følge.

#### Ad påstand 5

Henset til, at udbuddet blev annulleret, inden der blev truffet en tildelingsbeslutning som følge af evalueringen af de indkomne tilbud, blev den fastsatte evalueringsmodel ikke anvendt til at udpege det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 5 tages allerede derfor ikke til følge.

#### Sagsomkostninger

Dansk Erhverv har i forhold til de udbudsretlige klagepunkter alene fået medhold i påstand 4, der angår et allerede annulleret udbud. Holstebro, Lemvig og Struer kommuner må på den baggrund – og henset til indholdet af påstandene 1 og 2, som Dansk Erhverv tabte – anses for at have vundet klagesagen. Efter sagens udfald, forløb og omfang, skal Dansk Erhverv herefter betale sagsomkostninger for klagenævnet som nedenfor bestemt.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises ikke.

Ad påstand 4

Holstebro, Lemvig og Struer kommuner har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, ved bevidst at angive ikke-retvisende estimater for det forventede omfang af den udbudte kontrakt.

Ad påstand 1-3 og 5

Klagen tages ikke til følge.

Dansk Erhverv skal i sagsomkostninger til Holstebro, Lemvig og Struer kommuner betale i alt 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig