

K E N D E L S E

Kære Pleje Fredericia ApS  
(advokat Sune Troels Poulsen, Herlev)

mod

Fredericia Kommune  
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

Den 3. april 2020 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstandene 1-5 i denne klagesag.

Denne kendelse vedrører Kære Pleje Fredericia ApS' ("Kære Pleje") erstatningspåstand, som lyder:

Påstand 6

Fredericia Kommune tilpligtes at betale Kære Pleje 196.251,61 kr., subsidiært et af klagenævnet fastsat mindre beløb, med tillæg af procesrente fra den 14. januar 2020.

Fredericia Kommune har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.

Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Erstatningsgrundlag:

Ved kendelsen af 3. april 2020 konstaterede klagenævnet, at Fredericia Kommune under udbuddet har overtrådt udbudsloven således:

”Ad påstand 1

Fredericia Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 187, stk. 2, jf. udbudsdirektivets bilag V, del H, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen under afsnit IV.1.11 at beskrive hovedelementerne i tildelingsproceduren, herunder tildelingskriteriet ved udbuddet.

Ad påstand 2

Fredericia Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 188, stk. 2, jf. § 171, ved ikke i sin underretningsskrivelse til Kære Pleje Fredericia ApS at have angivet, hvilken tilbudsgiver der havde afgivet tilbuddet med laveste pris.

Ad påstand 4

Fredericia Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at have fastsat et uklart mindstekrav vedrørende referencer, idet det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, hvilke ydelser der skulle henregnes til henholdsvis ”personlige plejeopgaver døgnet rundt” og ”praktisk bistand”.

Klagenævnet annullerede desuden Fredericia Kommunes beslutning af 10. oktober 2019 om at tildele den udbudte rammeaftale til Sundplejen ApS.

Påstand 3 blev ikke behandlet.

Yderligere oplysninger

Udbudsbetingelserne indeholdt blandt andet følgende krav:

”...

18. Udelukkelse og egnethed

Den nedenfor angivne dokumentation i punkterne 18.1 til 18.3, danner grundlag for ordregivers vurdering af, hvorvidt tilbudsgiver er egnet til at løfte den udbudte opgave.

Før beslutning om tildeling af rammeaftalen skal dokumentation for de oplysninger, der er afgivet fremlægges inden for en passende tidsfrist.

Ordregiver er desuden berettiget til, inden for en passende tidsfrist, at indhente dokumentation under udbudsproceduren, når dette er nødvendigt for, at proceduren gennemføres korrekt.

...

### 18.3 Teknisk og/eller faglig formåen

Ordregiver vil alene indgå kontrakt med virksomheder, der besidder en tilstrækkelig teknisk og faglig formåen. Ordregiver stiller derfor krav om, at tilbudsgiver skal anføre mindst én reference. Referencen eller referencerne skal angives i tilbudsblanketten, Bilag 2. For at være en acceptabel reference skal følgende krav være overholdt:

- Kontrakten skal vedrøre 1) praktisk bistand, 2) personlige plejeopgaver døgnet rundt samt 3) udvalgte delegerede sygeplejeydelser til borgere.
- Kontrakten skal have været i kraft 1. januar 2017 eller senere.
- Den månedlige kontraktsum skal i perioden fra 1. januar 2017 og til kontrakten ophørte, alternativt indtil tilbudsfristen, gennemsnitligt have været på mindst 400.000 kr.
- Kontraktsummen skal udgøre minimum 30 % til personlige plejeopgaver døgnet rundt.
- Kontraktsummen skal udgøre minimum 30 % til praktisk bistand.
- Det er dog et krav, at kontrakten har omfattet alle tre dele.”

Under spørgsmål/svarrunden stillede Kære Pleje blandt andet følgende spørgsmål:

”Q025

Ifølge KL indsatser måltider indebære:

§ 83 stk. 1, nr. 1 Personlig hjælp og pleje Ernæring Aktiviteter der foregår fra bord til mund. Alle indsatser der vedrører indtagelse af mad og drikke, hvad enten der er tale om indsats til den egentlig handling at spise eller en indsats, der sikrer samvær under måltidet Mad og drikke, måltider, indtagelse af mad og drikke, hjælp til indtagelse af mad og drikke, støtte/guide til indtagelse af mad og drikke, samvær under måltider.

Samtidig i katalog bil[a]g 8 standard personlige pleje indebærer:

- Ernæring - Smøre og anrette mad. - Opvarme færdiglavet mad i mikroovn. - Sætte drikkevarer frem. - Hjælp til indtagelse af mad og drikke. - Afrydning. - Opvask en gang dagligt af borgerens egen service. - Oprydning og aftørring, f.eks. i forbindelse med hjælp til anretning af mad og drikke.

Vil ordregiver være indstillet på at [lave] om omkring denne del hjælp fra praktisk hjælp til personlige pleje?”

Hertil svarede kommunen:

”Ordregiver fastholder, at ernæring/anretning og tilberedning af mad er praktisk bistand.

Afsnittet ”Ernæring” udgår dermed af underbilag 8a vedr. personlig hjælp og pleje og indføres i underbilag 9 vedr. praktisk hjælp i øvrigt. Nye bilag vil blive uploadet.

...

Korrektion: Ordregiver fastholder, at anretning og tilberedning af mad er praktisk bistand pga. Fælles Sprog3.

Underbilag 8a og underbilag 9 vil dog blive i sin nuværende og allerede offentliggjort stand. Nye bilag uploades dermed ikke.”

Kære Pleje har blandt andet fremlagt en salærredegørelse fra Hulgaard Advokater, hvoraf fremgår, at Kære Pleje modtog advokatbistand i forbindelse med tilbudsfasen, og at denne bistand angik:

”...spørgsmål/svar m.v. til Fredericia Kommune vedrørende fordelingen mellem praktisk bistand og personlig pleje bl.a. som følge af en ændret kategorisering af ”anretning og tilberedning af mad” m.v., samt betydning heraf for Kære Plejes tilbudspriser.”

### Erstatningskravet

Kære Plejes erstatningskrav angår negativ kontraktinteresse og er opgjort således:

#### Interne udgifter

[Timerne, som ligger til grund for de opgjorte interne udgifter, er ifølge Kære Pleje opgjort indtil det tidspunkt, hvor Fredericia Kommune indgik rammeaftale med Sundplejen ApS den 6. november 2019]

- |  |               |
|--|---------------|
| • Driftschef 24 timer x 340,60 kr.     | 8.174,40 kr.  |
| • Direktør 51 timer x 415,00 kr.       | 21.165,00 kr. |
| • Ergoterapeut 17 timer x 250,09 kr.   | 4.251,53 kr.  |
| • Afdelingsleder 35 timer x 265,00 kr. | 9.275,00 kr.  |

Samlede interne udgifter **42.865,93 kr.**

Eksterne udgifter

- Stampe Revision 3.437,50 kr.  
Honorar inkl. moms for beregninger med henblik på tilbudsafgivningen. Udført den 2. oktober 2019.
- Birb ApS 61.073,18 kr.  
Honorar inkl. moms for konsulentbistand vedrørende udarbejdelse af tilbud.
- Beierholm 17.625,00 kr.  
Honorar inkl. moms for assistance i forbindelse med udarbejdelse af nøgletal, brancheanalyse samt drøftelser i forbindelse med Kære Plejes indsigelse over for Fredericia Kommune
- FB4Business 11.250,00 kr.  
Honorar inkl. moms for opsætning og udfyldelse af udbudsmaterialet i Ethic, og kommunikation med Haderslev Kommune angående aktindsigt samt kommunikation og tilretning.
- Hulgaard advokater 10.000,00 kr.  
Honorar inkl. moms for gennemgang og tilretning af tilbudsmateriale.
- Hulgaard advokater 50.000,00 kr.  
Honorar inkl. moms for arbejde i forbindelse med Kære Plejes deltagelse i udbuddet og det efterfølgende forløb frem til den 6. december 2019
- Samlede eksterne udgifter **153.385,68 kr.**

**I alt 196.251,61 kr.**

Fredericia Kommune har, jf. kommunens anbringender nedenfor, henvist til to samtidige udbud af lignende ydelser foretaget af henholdsvis Middelfart Kommune og Kolding Kommune og har fremlagt materiale om disse udbud.

## Parternes anbringender

### Ad erstatningsgrundlaget

Kære Pleje har med henvisning til klagens netts kendelse af 3. april 2020 anført, at der foreligger et ansvarsgrundlag.

Kravet om årsagsforbindelse er, jf. principperne i kendelse af 31. oktober 2016, Motus A/S mod Den Danske Stat v/Moderniseringsstyrelsen, kendelse af 20. december 2017, Tunstall A/S mod Herlev Kommune, og kendelse af 3. juli 2018, Lekolar Leika A/S mod Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune, opfyldt, idet Kære Pleje på tidspunktet for afgivelse af tilbuddet ikke havde mulighed for at forudse, at kommunens mindstekrav, som fastslået af klagens netts ved den ad påstand 4 konstaterede overtrædelse, var uklart, eller at kommunen ville anlægge en forståelse af det opstillede mindstekrav, som var anderledes end sædvanlig praksis. De spørgsmål, som Kære Pleje stillede under spørgsmål/svarrunden, viser herunder ikke, at Kære Pleje var klar over, at kommunen ikke havde styr på kategoriseringen af de enkelte typer ydelser, som skulle indgå i tilbudsgivernes referencer. Det fremgår ikke af Kære Plejes spørgsmål 25, at besvarelsen af spørgsmålet ville have betydning for Kære Plejes forståelse af, hvad der skulle til for at opfylde kravet til referencer, som skulle dokumentere opfyldelse af mindstekravet vedrørende teknisk og/eller faglig formåen. Uklarheden i udbudsgrundlaget blev først åbenbar for Kære Pleje, da Fredericia Kommune vurderede tilbuddet fra Sundplejen ApS konditionsmæssigt, uanset at Sundplejen ApS som reference vedrørende opfyldelse af mindstekravet henviste til Sundplejen ApS' rammeaftaler med Haderslev Kommune og Horsens Kommune, hvor andelen af praktisk hjælp efter Kære Plejes opfattelse ikke opfyldte mindstekravet.

Med hensyn til den ad påstand 1 konstaterede overtrædelse kan det ikke betegnes som en rent formel fejl, at kommunen i udbudsbekendtgørelsen ikke anførte en beskrivelse af hovedelementerne i den tildelingsprocedure, som skulle anvendes, og dermed overtrådte udbudslovens § 187, stk. 2. Udbudsbekendtgørelsen er således det centrale dokument, hvorigennem potentielle tilbudsgivere tilegner sig viden om udbudte kontrakter.

Fredericia Kommune har bestridt, at der foreligger et ansvarsgrundlag. De konstaterede overtrædelser vedrører således tilsidesættelse af formalia og har ikke haft nogen reel betydning for tildelingsbeslutningen eller behandlingen

af tilbuddet fra Kære Pleje. Der er derfor ikke et tilstrækkeligt grundlag for at pålægge kommunen erstatningsansvar over for Kære Pleje.

Under alle omstændigheder er der ikke fornøden sammenhæng mellem de begåede fejl og det påståede tab, jf. tilsvarende klagenævnets kendelse af 23. maj 2016, Svend Pedersen A/S mod Favrskov Kommune.

Kære Pleje var for så vidt angår den ad påstand 1 konstaterede overtrædelse fuldt ud bekendt med den manglende oplysning i udbudsbekendtgørelsen om tildelingsproceduren og valgte, uanset sin viden om denne overtrædelse af udbudsreglerne, at deltage i udbuddet. Hertil kommer, at Kære Pleje forud for og under udbuddet var bistået af en række professionelle rådgivere, som rådgav om udbudsstrategi og tilbudsberedning mv. Disse rådgivere må have konstateret, at der forelå en overtrædelse af udbudslovens § 187, stk. 2.

Tilsvarende var Kære Pleje med hensyn til den ad påstand 4 konstaterede overtrædelse bekendt med, at der kunne være spørgsmål om, hvordan de forskellige ydelser skulle optælles og kategoriseres i relation til kravet til tilbudsgivernes referencer inden for ”personlig pleje” henholdsvis ”praktisk bistand”. Kære Pleje stillede herunder spørgsmål om netop denne grænsedragning, jf. spørgsmål 25. Kære Pleje var således opmærksom på den usikkerhed, der kunne være om forståelsen af mindstekravet. Det fremgår også, at Kære Pleje indhentede rådgivning om netop dette spørgsmål hos en advokat. Kære Pleje valgte, efter at have modtaget kommunens svar på spørgsmål 25 og uanset at mindstekravet fremstod uklart, at fastholde sin deltagelse i udbuddet, og kan derfor ikke få erstatning.

#### Ad erstatningskravet

Kære Pleje har gjort gældende, at virksomheden skal have erstatning som påstået for forgæves afholdte udgifter til tilbudsudarbejdelse og udgifter afholdt i forbindelse med den efterfølgende dialog med Fredericia Kommune om resultatet af udbuddet.

Det er korrekt, at kommunen offentliggjorde udbuddet den 5. september 2019. Kære Pleje havde imidlertid forberedt tilbud på kommunens kommende udbud gennem hele 2019 og frem til udløbet af tilbudsfristens udløb, idet Kære Pleje som eksisterende kontrakt-haver var klar over, at rammeaftalen udløb i 2020 og skulle udbydes på ny. Den udbudte rammeaftale var særlig vigtig for

Kære Pleje, idet alle virksomhedens aktiviteter var relateret til rammeaftalen, og derfor gik man tidligt i gang. Fredericia Kommune rettede desuden allerede den 4. marts 2019 henvendelse til Kære Pleje med henblik på at indgå i en dialog om udbuddet af rammeaftalen, og Kære Pleje deltog i et møde med kommunen den 26. april 2019, hvor rammerne for det kommende udbud og kommunens overvejelser med hensyn til krav, kvalifikationer mv. blev drøftet. Fredericia Kommune sendte også den 20. august 2019 et udkast til udbudsmateriale i høring hos Kære Pleje – og muligt tillige hos andre.

I perioden efter at tildelingsbeslutningen blev udsendt den 10. oktober 2019, var der en intensiv mailkorrespondance og drøftelser mellem Kære Pleje og Fredericia Kommune om konditionsmæssigheden af tilbuddet fra Sundplejen ApS, og herunder tillige møder med kommunen den 18. oktober 2019 og den 25. oktober 2019. Kære Pleje fik under denne proces bistand fra FB4Business og Hulgaard Advokater til at anmode om aktindsigt hos Haderslev Kommune i oplysninger om Sundplejen ApS' aktiviteter i denne kommune, som havde dannet grundlag for Sundplejens ApS' opfyldelse af mindstekravet til referencer. Kære Pleje fik også bistand fra revisionsfirmaet Beierholm til at analysere Sundplejen ApS' tilbud, idet Sundplejen ApS' priser efter Kære Plejes opfattelse var helt urealistiske. De oplysninger, der var tilvejebragt med hjælp fra rådgiverne, dannede grundlag for Kære Plejes mails til og møder med kommunen om konditionsmæssigheden af Sundplejen ApS' tilbud. Denne efterfølgende proces har haft en så tæt tilknytning til udbudsprocessen, at Kære Plejes udgifter hertil må kunne kræves erstattet efter reglerne om negativ kontraktinteresse.

De interne udgifter er opgjort ud fra notater i kalendere, mødeindkaldelser, mailkorrespondance mv. De anvendte timepriser er sædvanlige i branchen og afspejler medarbejdernes forskellige kompetencer og anciennitet, og de må ligesom opgørelsen af anvendt tid lægges til grund.

Fredericia Kommune har gjort gældende, at det ikke er godtgjort – og heller ikke sandsynliggjort – at Kære Pleje har afholdt omkostninger til tilbudsudarbejdelsen i det påståede omfang.

Kære Plejes tilbud var ikke særlig omfattende, hvilket navnlig hang sammen med, at tildelingskriteriet var ”Pris”. Tilbudsgiverne skulle derfor alene udfylde timeprisen og kort beskrive, hvordan virksomheden ville opfylde de tre



mindstekrav. Samlet udfyldte Kære Pleje, hvad der svarer til maksimalt 5 normale A4-sider som led i sin tilbudsafgivelse.

Når henses hertil og til omfanget af udbudsmaterialet og udbudsproceduren, er det fremsatte erstatningskrav usædvanligt højt, hvilket må føre til en skærpelse af Kære Plejes bevisbyrde for at have lidt det påståede tab. Denne bevisbyrde er ikke løftet.

Flere af de enkelte delkrav er herunder helt udokumenterede og synes uden sammenhæng med udbuddet og Kære Plejes tilbud. Der er herunder ikke fremlagt nogen form for dokumentation i form af lønsedler, mails eller mødeindkaldelser m.v. for de påståede interne udgifter til medarbejdere, som angives at have arbejdet på tilbuddet.

Kære Pleje havde først ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet grundlag for at påbegynde tilbudsudarbejdelsen og kan derfor tidligst få erstatning fra dette tidspunkt. Der er således ikke grundlag for at kræve omkostninger til tilbudsudarbejdelse og deltagelse i udbudsprocessens forløb, som ligger før offentliggørelsen af udbuddet den 5. september 2019. Udgifter vedrørende Kære Plejes deltagelse i den forudgående markedsdialog kan herunder ikke siges at være knyttet til tilbudsafgivelsen eller udbudsprocessen i øvrigt. Deltagelse i markedsdialogen var således ikke en betingelse for at deltage i udbuddet. Som man kan se af en fremlagt kalenderindkaldelse, bestod markedsdialogen i øvrigt alene i et møde på 1,5 time uden dagsorden eller krav om forberedelse, og det, som blev efterspurgt, var alene de mulige leverandørers, herunder Kære Plejes, umiddelbare input. Det er i forbindelse med deltagelse i en sådan dialog ikke nødvendigt at betale eksterne rådgivere for bistand med en tilbudsstrategi og tilbudsregning.

Udgifter efter tilbudsfristens udløb den 3. oktober 2019 og tildelingsmeddelelsen den 10. oktober 2019 kan heller ikke kræves erstattet. Hovedparten af de eksterne udgifter angår i den forbindelse arbejde, som er forberedelse af eller direkte angår den efterfølgende klage til Klagenævnet for Udbud. En del af disse udgifter må herved anses for indeholdt i de sagsomkostninger, som Kære Pleje har fået tilkendt ved kendelsen af 3. april 2020, jf. kendelse af 15. december 2014, BSN Medical AB mod Region Sjælland, og den øvrige del har heller ikke noget med tilbudsafgivelsen at gøre.

Der henvises til klagenævnets kendelse af 15. december 2014, BSN Medical AB mod Region Sjælland, og kendelse af 31. oktober 2016, Motus A/S mod Den Danske Stat v/Moderniseringsstyrelsen.

Hertil kommer, at en væsentlig del af de afholdte udgifter til eksterne rådgivere både forud for, under og efter udbuddet har angået ydelser, særligt rådgivning vedrørende tilbudsregning og strategi, som Kære Pleje har kunnet drage nytte af ved tilbudsafgivelsen på to samtidige udbud af lignende ydelser. Muligheden for at genanvende rådgivningen om disse emner i de andre udbud bør tages i betragtning ved fastsættelsen af en eventuel erstatning, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 31. maj 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune (Skive Renovation 4-S).

#### Klagenævnet udtaler:

Efter karakteren af de overtrædelser af udbudsreglerne, der er fastslået ved klagenævnets kendelse af 3. april 2020 ad påstand 1 og ad påstand 4, har Fredericia Kommune handlet på en sådan måde, at Fredericia Kommune – såfremt de øvrige betingelser for erstatningsansvar er opfyldte – er erstatningsansvarlig for Kære Plejes tab ved at afgive tilbud.

Den ad påstand 1 konstaterede overtrædelse af udbudslovens § 187, stk. 2, jf. udbudsdirektivets bilag V, del H, ved ikke i udbudsbekendtgørelsens afsnit IV.1.11 at beskrive hovedelementerne i tildelingsproceduren, herunder tildelingskriteriet ved udbuddet, har eller burde have været åbenbar for Kære Pleje, som desuagtet afgav tilbud. Der kan følgelig ikke antages at være årsagssammenhæng mellem den ad påstand 1 konstaterede overtrædelse og det påståede tab, ligesom erstatningsansvar må anses for afskåret som følge af egen skyld.

Det må eller burde ligeledes have været åbenbart for Kære Pleje, at det i udbudsbetingelsernes pkt. 18.3 om teknisk eller faglig formåen stillede krav om mindst én referencekontrakt, som skulle angå ”1) praktisk bistand, 2) personlige plejeopgaver døgnet rundt samt 3) udvalgte delegerede sygeplejeydelser til borgere”, og hvor kontraktsummen skulle udgøre ”minimum 30 % til personlige plejeopgaver døgnet rundt” og ”minimum 30 % til praktisk bistand”, kunne give anledning til betydelig usikkerhed ved afgrænsningen af, hvilke ydelser der skulle henregnes til henholdsvis ”personlige plejeopgaver døgnet rundt” og ”praktisk bistand”. Kære Pleje valgte desuagtet at afgive tilbud.

Der kan følgelig ikke antages at være årsagssammenhæng mellem den ad påstand 4 konstaterede overtrædelse og det påståede tab, ligesom erstatningsansvar må anses for afskåret som følge af egen skyld.

Klagenævnet frifinder derfor Fredericia Kommune.

Kære Pleje skal efter udfaldet af denne del af sagen betale sagsomkostninger til Fredericia Kommune som nedenfor bestemt. Klagenævnet har ved fastsættelsen af sagsomkostningerne lagt vægt på, at der har været tale om et afgrænset spørgsmål om erstatningsansvar.

Herefter bestemmes:

Fredericia Kommune frifindes.

Kære Pleje Fredericia ApS skal i sagsomkostninger til Fredericia Kommune betale 15.000 kr.

Beløbet skal betales inden 14 dage efter, at denne afgørelse er meddelt parterne.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig