



# Varde Kommune

## Åbent referat fra ekstraordinært møde i

### Udvalget for Social og Sundhed

Mødedato: Mandag den 5. januar 2015

Mødetidspunkt: 16:30 - 17:00

Mødested: Mødelokale 9, BCV

Deltagere: Thyge Nielsen, Ingvar Ladefoged, Søren Laulund,  
Erhardt Jull, Niels Haahr Larsen, Connie Høj, Tina  
Agergaard Hansen

Fraværende: Ingen

Referent: Lena Andersen

**Indholdsfortegnelse**

	Side
146. Godkendelse af dagsorden .....	331
147. Udbud af kostproduktion .....	332
Bilagsliste .....	336
Underskriftsblad .....	337



**146. Godkendelse af dagsorden**

Dok.nr.: 7131

Sagsid.:

Initialer: LEAN

**Åben sag**

**Beslutning Udvalget for Social og Sundhed den 05-01-2015**

Fraværende: Ingen

Godkendt.



## **147. Udbud af kostproduktion**

Dok.nr.: 7119  
Sagsid.: 13/14372  
Initialer: 37133  
**Åben sag**

### **Sagsfremstilling**

Madservice til kommunale plejecentre i Varde Kommune har efter en udbudsforretning siden 1. juni 2010 været varetaget af Det Danske Madhus Varde A/S (DDMV). Kontrakten er forlænget og løber nu frem til 31. maj 2015. Det har været planen, at der gennemføres et fornyet udbud af kølemad til ugentlig levering ultimo 2014/primo 2015. Dette udbud skulle udover hovedmåltidet til beboerne på kommunens plejecentre også omhandle visiteret madservice til borgere i eget hjem.

Der sikres mulighed for varmt mad ved anvendelse af fritvalgsbeviser, jfr. Byrådets beslutning af 7. oktober 2014:

"at Fælles-MED"s bemærkninger indarbejdes i udbudsmaterialet, at der efter udbudsforretningen godkendes een leverandør af hovedmåltid til plejecentre, at madservice til borgere i eget hjem indgår i udbuddet, at der efter udbuddet godkendes een leverandør, som leverer kølemad til borgere i eget hjem een gang ugentligt, og at besparelsen overvejende bruges til at forbedre måltidssituationen på plejecenterne og hos de hjemmeboende pensionister, der har behov for hjælp til måltiderne, og at borgere der ønsker varm mad sikres dette ved hjælp af fritvalgsbeviser."

I perioden efter Byrådets beslutning om udbud har der været arbejdet med at sikre grundlaget for beslutningerne. Det var således en umiddelbar forudsætning, at der skulle opnås besparelser i størrelsesorden kr. 1,8 mio pr år primært ved sparede transportudgifter. Ligeledes har det været en forudsætning, at der efter en gennemført udbudsforretning fortsat kan opretholdes en væsentlig grad af forsyningsikkerhed - også i tilfælde af, at den vindende part trækker sig fra kontrakten og overlader forsyningsforpligtigelsen til Varde Kommune. Denne mulige udfordring er for nuværende i kontrakten mellem Varde Kommune og DDMV løst ved, at der er aftaler om overdragelser af udstyr og faciliteter fra DDMV til Varde Kommune i tilfælde af DDMV ophører med at virke.

I arbejdet med at sikre grundlaget for beslutningerne har der været lagt vægt på, at forsyningsikkerheden kan sikres ved fortsat produktionsaktivitet i faciliteterne ved Carolineparken, Varde. Det har i den sammenhæng været overvejet, om udbuddet skulle aflyses, og der i stedet skulle gennemføres en forhandlingsløsning med henblik på at sikre den fremtidige forsyning bedst muligt.

Med henblik på vurdering heraf har der været indhentet eksterne juridiske vurderinger blandt andet af, om der i udbudsmaterialet kan stilles særlige krav til den nye operatør, herunder evt. fortsat anvendelse af de nuværende faciliteter.

I den juridiske vurdering fremgår det, at det er uden juridiske problemer muligt for Varde Kommune at overtage (hjemtage) den fulde opgave med madservice.

Det fremgår også af notatet, at såfremt Varde kommune ønsker at udbyde madproduktionen, kan der stilles krav om, at produktionen foregår i de nuværende



faciliteter: "Forudsat et sådant krav er sagligt begrundet i en varetagelse af saglige kommunale hensyn som eksempelvis forsyningssikkerhed, er det derfor vores vurdering, at et krav om benyttelse af kommunale faciliteter lovligt kan stilles."

Dette er ny information og giver mulighed for et udbud med krav om fortsat produktion ved Carolineparken. Herved er det muligt at undgå, at faciliteterne står ubenyttede hen og dermed forfalder. Dermed er der en reel mulighed for, at Varde Kommune kan overtage forsyningsforpligtigelsen i tilfælde af, at den private operatør bryder en vunden / indgået kontrakt.

Af den indhentede eksterne juridiske vurdering fremgår det også, at et udbud af madservice ikke er omfattet af EU's udbudspligt. Madservice er således klassificeret som en bilag II B-ydelse. Det skal på den anden side vurderes, om en evt. kontrakt vil have grænseoverskridende interesse - er der virksomheder i EU, som ville forventes at have forretningsmæssig interesse i en madproduktion i Varde Kommune. Hvis denne interesse skønnes at være til stede, skal der sikres forudgående offentlighed ved indgåelse af kontrakter. Den samlede volumen og varighed for en kontrakt om madservice i Varde Kommune vil veje tungt i vurderingen heraf. På den anden side vil Varde Kommune kunne argumentere for, at helt særlige forhold om forsyningssikkerhed, særlige hensyn til samdrift i forhold til andre kommunale serviceydelser, særlige krav til sprog mv., gør sig gældende.

Samlet er det vurderingen, at Byrådet vil kunne træffe beslutning om at annullere den tidligere beslutning om at gennemføre et (gen-)udbud af madproduktionen i Varde Kommune. Det er på den anden side muligt i udbudsmaterialet at stille krav om, at faciliteterne ved Carolineparken fortsat skal benyttes. Derved gives der en høj grad af mulighed for fortsat forsyning, hvis den vindende operatør ved et udbud ophører med sin virksomhed og overlader den fortsatte forsyning til Varde Kommune.

Forvaltningen henleder opmærksomheden på, at kostproduktionen altid kan hjemtages til kommunal opgavevaretagelse.

### **Forvaltningens vurdering**

Det vurderes, at der med den nye information med fordel kan gennemføres et udbud af kølemad. Dette begrundes i bedre priser og reel konkurrenceudsættelse.

Derudover kan det overvejes at anvende midler til at øge det kommunale tilskud, så frit valgs-bevisets værdi øges.

### **Retsgrundlag**

Lov om social service paragraf 83.

Lov om virksomhedsoverdragelse.

Der gøres opmærksom på, at madservice ikke er omfattet af EU's udbudspligt. Det skyldes, at madservice i henhold til Udbudsdirektivet (Rådets direktiv nr. 2004/18/EØF) er klassificeret som en Bilag IIB ydelse. Bilag IIB ydelser er ikke omfattet af de normale EU-udbudsprocedurekrav.

Tilbudsindhentning sker derfor i henhold til den danske lovgivning som er annonceringspligten i henhold til Tilbudslovens bestemmelser - LBK nr. 1410 af 07/12/2007 § 15a.

### **Økonomi**

Det årlige udgiftsniveau til madservice til kommunale plejecenter (excl. Blaabjerg Pleje- og Aktivitetscenter) er brutto 20,8 mio. kr. og netto 6,9 mio. kr. Udgiften til madservice



til borgere i eget hjem er brutto 12,5 mio. kr. og netto 3,1 mio. kr. Af bruttoudgiften udgør leveringsomkostningerne 3,2 mio. kr.

Besparselsen ved eventuelt at overgå til udbringning kun en gang ugentligt vil være i størrelsesordenen 1,8 mio. kr. årligt.

Den ændrede organisering af modtagekøkkener, der er besluttet, skal holdes indenfor det nuværende budget for området.

Økonomiafdelingen har ingen bemærkninger.

### **Høring**

#### Tidligere høring:

Handicaprådet ser positiv på, at ledelse af modtagekøkkenfunktionen overgår til plejecentrene. Herudover ingen bemærkninger.

Ældrerådet har ingen bemærkninger.

Fælles-MED finder det vigtigt, at det indarbejdes som et ønske i udbudsmaterialet, at den der vinder udbuddet, udviser en høj grad af ansvarlighed i personalepolitikken i forhold til svage medarbejdergrupper (fleksjobbere o.l.).

Fælles-MED har ingen yderligere bemærkninger.

Sagen har været til fornyet høring i Ældrerådet den 24. september.

Rigmor Jensen, Anette Mandahl-Barth og Per Bonde Nielsen mener, at man skal fastholde den oprindelige anbefaling med udbud af både kold mad og varm mad.

Edna Jessen, Anne-Marie Søndergaard, Ketty Bundgaard, Elin Østergaard Bertelsen, Aage Meldgaard, Merry Brydsø, Tom Øhlenschlæger, Ove Kristensen og Jutta Bruun Kristiansen stemte for udvalgets nye forslag, med udbringning af kølemad én gang ugentligt og udstedelse af fritvalgsbeviser.

Inger Pedersen var fraværende.

### **Bilag:**

1 Åben Juridisk notat om kontraktindgåelse vedr. madservice uden konkurrenceudsættelse 688/15

### **Anbefaling**

Forvaltningen anbefaler,

**at** beslutningen om udbud af kostproduktion, jfr. Byrådets beslutning af 7. oktober 2014, opretholdes, og

**at** der i udbudsmaterialet stilles krav om fortsat produktion i faciliteterne ved Carolineparken.

### **Beslutning Udvalget for Social og Sundhed den 05-01-2015**

Fraværende: Ingen

Anbefalingen blev godkendt.

Udvalget ønsker, at forvaltningen udarbejder en vurdering af, hvad forskellige scenarier for udbuddet og det kommunale tilskud har af konsekvenser for fritvalgsbevisets værdi.



Mindretallet bestående af Ingvar Ladefoged, Søren Laulund og Erhardt Jull har ikke herved ændret holdning i forhold til Byrådets beslutning af 7/10-2014.



## **Bilagsliste**

147. Udbud af kostproduktion

1. Juridisk notat om kontraktindgåelse vedr. madservice uden konkurrenceudsættelse (688/15)





## **Underskriftsblad**

\_\_\_\_\_  
Thyge Nielsen

\_\_\_\_\_  
Ingvard Ladefoged

\_\_\_\_\_  
Søren Laulund

\_\_\_\_\_  
Erhardt Jull

\_\_\_\_\_  
Niels Haahr Larsen

\_\_\_\_\_  
Connie Høj

\_\_\_\_\_  
Tina Agergaard Hansen

**Bilag: 147.1. Juridisk notat om kontraktindgåelse vedr. madservice uden konkurrenceudsættelse**

**Udvalg:** Udvalget for Social og Sundhed

**Mødedato:** 05. januar 2015 - Kl. 16:30

**Adgang:** Åben

**Bilagsnr:** 688/15

---

**NOTAT OM KONTRAKTINDGÅELSE  
VEDRØRENDE MADSERVICE UDEN  
KONKURRENCEUDSÆTTELSE**

---

UDKAST

Varde Kommune har anmodet Rønne & Lundgren om at vurdere, om Varde Kommune inden for rammerne af udbudsreglerne kan indgå en kontrakt om levering af hovedmåltid til plejecentre og borgere i eget hjem (herefter "madservice") direkte med Det Danske Madhus Varde A/S (DDMV) uden forudgående konkurrenceudsættelse.

Det lægges uden videre til grund, at Varde Kommune opfylder sine forpligtelser i medfør af serviceloven, herunder forpligtelsen til at tilvejebringe et frit leverandørvalg, idet rækkevidden af servicelovens forpligtelser ikke er genstand for nærværende vurdering. Omgørelse af politisk beslutning

I medfør af kommunestyrelseslovens §§ 11 og 20 kan et medlem af kommunalbestyrelsen anmode om genoptagelse af en sag til fornyet politisk behandling, når sagen ikke er fuldt ud identisk med en sag, som er behandlet og afgjort i kommunalbestyrelsen. På tilsvarende vis kan udvalg genoptage en sag. Genoptagelse kan derfor altid ske, når der foreligger nye oplysninger eller ændrede forhold, hvorved der er indtrådt væsentlige ændringer i grundlaget for kommunalbestyrelsens beslutning.

De begrænsninger som gælder for kommunalbestyrelsesmedlemmer og udvalg gælder imidlertid ikke for kommunalbestyrelsen som helhed, der til enhver tid kan beslutte at genoptage en sag. Dog kan kommunen udadtil være bundet af tidligere truffne beslutninger.

På dette grundlag er det vores vurdering, at Varde Kommune har mulighed for at omgøre en politisk beslutning om gennemførelse af et udbud vedrørende madservice.

## **1. KONTRAKTINDGÅELSE MED DET DANSKE MADHUS VARDE A/S**

---

### **1.1 Gensidigt bebyrdende aftale**

Udbudsdirektivet gælder alene for gensidigt bebyrdende aftaler, som Varde Kommune indgår med en leverandør.

Det er vores vurdering, at en kontraktindgåelse med DDMV om udførelse af madservice er gensidigt bebyrdende, idet der sker levering af en ydelse mod betaling af et vederlag jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a), og idet Varde Kommune ifølge serviceloven § 83 har pligt til at levere hjemmehjælp, herunder madservice til borgere i private hjem.

### **1.2 Udbudspligt efter udbudsdirektivet**

Udførelse af madservice omfatter dels produktion af mad og dels transport af mad. Efter det oplyste agter Varde Kommune at indgå en kontrakt med DDMV til en skønsmæssig værdi på 20 mio. kr. årligt, hvorfor anskaffelsen klart overstiger den relevante tærskel-

**Kommentar [MAJ1]:** Er beløbet eksklusivt moms? Hvad er kontraktens varighed?

værdi for kommunale indkøb af varer og tjenesteydelser på 1.541.715 kr. eksklusive moms.

Madproduktion er omfattet af tjenesteydelseskategori nr. 17: Hotel og restaurationsvirksomhed og CPV-kode 55321000 (forberedelse af måltider) samt CPV-kode 55322000 (tilberedning af måltider). Madproduktion og madtransport er ydermere omfattet af tjenesteydelseskategori nr. 25: Sundheds- og socialvæsen og CPV-kode 85140000 (sundhedsvæsen i øvrigt).

Madtransport er tillige omfattet af tjenesteydelseskategori nr. 2: Landtransport, herunder sikkerhedstransport og kurérvirksomhed, undtagen postbesørgelse og CPV-koden 55521100 (madudbringning).

Såvel tjenesteydelseskategori nr. 17 (madproduktion) som nr. 25 (sundhed- og socialvæsen) er omfattet af udbudsdirektivets bilag II B, hvorfor udbudsdirektivet alene er gældende i et begrænset omfang. En kontraktindgåelse om madproduktion inklusive madtransport som accessorisk ydelse skal således alene overholde reglerne i udbudsdirektivets artikel 23 om tekniske specifikationer og artikel 35, stk. 4 om meddelelse til EU-Kommissionen om kontraktindgåelse. Dette indebærer, at Varde Kommune skal sikre, at krav til madservice er saglige og beskrives ved hjælp af tekniske specifikationer, som ikke stiller ubegrundede hindringer for konkurrencen. Endvidere skal Varde Kommune offentliggøre en "Bekendtgørelse om indgåede kontrakter" ved elektronisk publicering i EU-Tidende.

Tjenesteydelseskategori nr. 2 (transport) er derimod omfattet af udbudsdirektivets bilag II A, hvorfor en kontraktindgåelse om madtransport fuldt ud er omfattet af udbudsdirektivets detaljerede procedureregler. Såfremt Varde Kommune måtte vælge at anskue madtransport som en selvstændig ydelse, der udføres af en anden leverandør end DDMV ved indgåelse af en kontrakt mellem Varde Kommune og leverandøren, skal denne ydelse udbydes særskilt efter udbudsdirektivet, forudsat kontraktværdien overstiger 1.541.715 kr. eksklusive moms. Hvis kontraktværdien for transportydelsen er lavere end denne tærskelværdi men overstiger 500.000 ekskl. moms, skal kontraktindgåelsen annonceres efter tilbudslovens afsnit II jf. tilbudslovens § 15 a, stk. 1, litra 2).

Hvis madtransporten derimod varetages af en underleverandør til DDMV, således at DDMV tillige er kontraktuelt forpligtet og ansvarlig over for Varde Kommune for udførelse af transportydelsen, er det vores vurdering, at transportydelsen må betragtes som accessorisk til madproduktionen omfattet af udbudsdirektivets bilag II B. I dette tilfælde vil der ikke være en forpligtelse til at gennemføre en annoncering af transportydelsen efter tilbudsloven.

### 1.3 Annonceringspligt i medfør af tilbudsloven

Tjenesteydelser omfattet af udbudsdirektivets bilag II B er med virkning fra den 1. januar 2013 ikke længere omfattet af annonceringspligten ifølge tilbudslovens afsnit II ved anskaffelser over 500.000 kr. eksklusiv moms. En kontraktindgåelse om madproduktion inklusive udbringning skal derfor ikke annonceres efter tilbudsloven.

Tjenesteydelser omfattet af udbudsdirektivets bilag II A er derimod omfattet af tilbudslovens annonceringspligt, forudsat kontraktværdien overstiger en tærskelværdi på 500.000 kr. eksklusiv moms. En selvstændig kontraktindgåelse om madtransport er derfor omfattet af annonceringspligten, hvis kontraktværdien overstiger 500.000 kr. uden samtidig at overstige udbudsdirektivets tærskelværdi.

#### 1.4 Annonceringspligt ifølge EUF-traktatens principper

Selv om en kontraktindgåelse om madproduktion inklusive transport til plejecentre samt madservice er undtaget fra forpligtelsen til at gennemføre en konkurrenceudsættelse efter udbudsdirektivets detaljerede procedureforskrifter, er Varde Kommune forpligtet til at overholde de grundlæggende traktatretlige normer og principper om blandt andet ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Ifølge retspraksis fra EU-Domstolen gælder der et krav om forudgående gennemsigtighed og dermed en form for annonceringspligt, når kontrakten må anses at have en "klar grænseoverskridende interesse". Formålet med en forudgående offentlighed er at give interesserede virksomheder mulighed for at byde på opgaven på lige konkurrencevilkår<sup>1</sup>.

#### 1.5 Klar grænseoverskridende interesse

Der skal foretages en konkret vurdering af, hvorvidt en kontraktindgåelse med DDMV må antages at have en sådan klar grænseoverskridende interesse.

Klagenævnet for Udbud har ved kendelse af 6. marts 2014, G4S Security Service A/S mod Region Syddanmark og senest ved kendelse af 2. december 2014 A-Vask A/S mod Høje Taastrup Kommune udtalt sig om, hvilke elementer der indgår ved vurdering af en kontrakts grænseoverskridende interesse. Forhold som kontraktens genstand, kontraktens værdi, brancheforhold samt det geografiske sted for kontraktens udførelse skal inddrages i denne vurdering. Ved vurdering af en kontrakts relevans for udenlandske virksomheder kan en manglende konkret interesse for opgaven fra udenlandske virksomheder tillige tillægges betydning. Endvidere kan et krav om jævnlig tilstedeværelse af dansktalende personale tale imod en grænseoverskridende interesse.

#### 1.6 Kontraktens genstand

---

<sup>1</sup> Annonceringsforpligtelsen ifølge EUF-traktaten ved kontraktindgåelse om bilag II B-ydelser er beskrevet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning af august 2013.

Ved indgåelse af kontrakter om udførelse af personlige tjenesteydelser har det sædvanligvis formodningen imod sig, at kontrakten har en grænseoverskridende interesse. Dette skyldes, at personlige tjenesteydelser ifølge deres natur sædvanligvis leveres i Danmark under iagttagelse af særlige nationale forhold, som er forskellige fra land til land som følge af kulturelle forskelle.

En kontrakt om en personlig tjenesteydelse som f.eks. hjemmepleje kan dog efter omstændighederne godt have en klar grænseoverskridende interesse. Som eksempel herpå kan nævnes Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. december 2014 Human Care ApS mod Brøndby Kommune, som vedrørte Brøndby Kommunes annoncering på [www.udbud.dk](http://www.udbud.dk) af en rammeaftale om udførelse af hjemmepleje.

En kontraktindgåelse med DDMV omfatter produktion og levering af mad til plejecentre og hjemmeboende borgere. Alt afhængig af omfanget af personlig hjælp og bistand, der er forbundet med udførelse af madservice kan det være sagligt at stille et krav om, at leverandørens personale er dansktalende for at leverandør og modtager af hjælpen forstår hinanden. Et sprogkrav kan pege i retning af kontraktens manglende grænseoverskridende interesse, men andre omstændigheder som taler imod en sådan interesse skal ligeledes foreligge. Dette skyldes, at en udenlandsk leverandør vil kunne ansætte dansktalende personale. Vi er ikke vidende om, hvorvidt Varde Kommune stiller et dansk sprogkrav.

Et eventuelt vilkår om at en kommende leverandør skal benytte Varde Kommunes produktionskøkken og dermed et krav om lokal udførelse kan ligeledes pege i retning af en manglende grænseoverskridende interesse. Et sådant krav vil ikke nødvendigvis favorisere nationale/lokale virksomheder på bekostning af udenlandske aktører. Forudsat et sådant krav er sagligt begrundet i en varetagelse af saglige kommunale hensyn som eksempelvis forsyningssikkerhed, er det derfor vores vurdering, at et krav om benyttelse af kommunale faciliteter lovligt kan stilles.

Det forhold at en del af opgaven som omhandler madservice til borgere i eget hjem er omfattet af reglerne om frit valg i servicelovens § 83 kan i sig selv pege i retning af en manglende grænseoverskridende interesse, idet leverandøren for så vidt angår denne del af opgaven ikke er garanteret en minimumsomsætning, hvorfor især udenlandske leverandører antageligt har mindre interesse for at deltage i udbud om denne type af kontrakter<sup>2</sup>.

#### 1.7 Kontraktens værdi

---

<sup>2</sup> Se Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. januar 2012, Tandlæge Anne Lise Goth m.fl. mod Frederikshavn Kommune, hvor klagenævnet fastslog, at det var usandsynligt at en fritvalgsydelse vedr. børne- og ungetandpleje omfattet af udbudsdirektivets bilag II B havde interesse for udenlandske tilbudsgivere.

Efter det oplyste har kontrakten om madservice en værdi på skønsmæssigt 20 mio. kr. årligt. Uanset kontraktperiodens forventede længde, har kontrakten en relativt høj værdi, hvilket i sig selv taler for kontraktens grænseoverskridende interesse. De (mer-) omkostninger der måtte være forbundet med opgavens varetagelse for en udenlandsk leverandør, herunder eventuelt behov for tilpasning af organisation til et krav om dansktalende personale, vil derfor alt andet lige nemmere kunne afholdes ved udsigten til en solid omsætning/fortjeneste<sup>3</sup>.

#### 1.8 Brancheforhold og udenlandsk interesse

En begrænset national konkurrence på området for madservice kan endvidere tale for, at kontrakten kan have interesse for udenlandske virksomheder, som kan finde det attraktivt at etablere sig på det danske marked. Endvidere kan det forhold, at en udenlandsk leverandør af madservice generelt er internationalt aktiv ligeledes tale for en grænseoverskridende interesse for den aktuelle kontrakt.

Vi har ikke et indgående kendskab til markedet for madservice, ligesom vi ikke er vidende om, i hvilken udstrækning der konkret er udvist interesse for udførelsen af denne opgave fra udenlandske virksomheder. Henset til at bl.a. en række svenske virksomheder leverer ydelser inden for ældre- og sundhedsområdet i Danmark er det sandsynligt, at disse virksomheder som i forvejen leverer ydelser i Danmark ligeledes kan udvide deres aktiviteter til også at omfatte madservice.

#### 1.9 Geografiske forhold

Madservice skal leveres inden for Varde Kommunes geografiske område, hvilket taler for at opgaven hovedsagelig er interessant for virksomheder beliggende inden for kommunens område. Da opgaven omfatter levering af kold mad er det dog ikke nødvendigt, at virksomheden fysisk er beliggende inden for kommunens område. Maden kan således produceres af virksomheder, hvis produktionsfaciliteter er beliggende i længere afstand fra kommunen. Henset til at afstanden til den tyske grænse er knap 100 kilometer, svarende til ca. 1,5 times transporttid, kan det endvidere ikke udelukkes, at tyske virksomheder kan være interesserede i at varetage opgaven.

Hvis det er et krav at maden produceres i Varde Kommunes produktionskøkken, vil en udenlandsk interesse for opgavens udførelse forventeligt mindskes. Det kan dog fortsat ikke udelukkes, at såvel udenlandske virksomheder som danske virksomheder beliggende

---

<sup>3</sup> Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal kontrakter inden for det sociale- og sundhedsmæssige område som følge af deres natur sædvanligvis have en kontraktværdi på mindst 750.000 euro svarende til 5,5 mio. kr. for at kontrakten må anses relevant for udenlandske tilbudsgivere.



uden for kommunens område kan være interesseret i opgavens udførelse, ikke mindst i lyset af opgavens økonomiske omfang.

#### 1.10 Vurdering

Uanset at det sædvanligvis har formodningen i mod sig at kontrakter inden for det sociale og sundhedsmæssige område har en grænseoverskridende interesse er det vores vurdering, at kontraktens anseelige størrelse i sig selv udgør et vægtigt argument for, at kontrakten om madservice har en klar grænseoverskridende interesse. Det vil således kræve vægtige argumenter som manglende international interesse, dansk sprogkrav samt andre særlige hensyn om lokal udførelse og forankring som f.eks. kendskab til særlige danske regler for at godtgøre, at en udenlandsk interesse for opgaven må anses for usandsynlig.

Opsummering af eksempler på hensyn, som taler imod en grænseoverskridende interesse, forudsat krav kan sagligt begrundes i kontraktens genstand:

- Krav om at leverandørens personale taler (og skriver) fejlfrit dansk, da leverandør udover produktion og levering af maden leverer en personlig tjenesteydelse (pleje/rådgivning til borgeren i forbindelse med madudlevering/servering). Modtager af hjælp/mad er sædvanligvis borgere med begrænsede sproglige ressourcer (ældre m.m.), som ikke kan forventes at tale engelsk eller forstå dansk med svensk/tyisk accent. Jo mere personlig kontakt der er forudsat ifølge kontrakten mellem leverandør og borger, jo nemmere vil det være at argumentere for nødvendigheden af et sprogkrav.
- Produktion i Varde Kommunes produktionskøkken af hensyn til forsyningssikkerheden i tilfælde af leverandørens mulige konkurs og kommunens behov for en hurtig hjemtagning af opgaven
- Behov for kendskab til særlige danske regler/retningslinjer på området (?)
- Nedtoning af kontraktens værdi som følge af en manglende garanteret mindsteomsætning for så vidt angår levering til borgere i eget hjem, da denne ydelse er omfattet af fritvalgsordningen
- Manglende konkret interesse fra udenlandske virksomheder (nu og/eller i forbindelse med tidligere udbud)

Selv om det nye udbudsdirektiv, der implementeres i dansk ret ved en ny udbudslov, ifølge lovforslaget først træder i kraft i Danmark den 1. oktober 2015 kan det under alle omstændigheder ikke udelukkes, at Klagenævnet i tilfælde af en klagenævns sag vil skele til disse nye regler ved sin vurdering af kontraktens grænseoverskridende interesse. Udbudsloven introducerer bl.a. en ny udbudsform (light regime) ved kontraktindgåelse om visse tjenesteydelser, som overstiger 5.580.000 kr. eksklusive moms (se nærmere herom i pkt.3 nedenfor).

Forudsat en kontrakt om madservice har en klar grænseoverskridende interesse, er Varde Kommune forpligtet til at overholde de traktatretlige principper om forudgående offentlighed og gennemsigtighed. Overordnet set indebærer forpligtelsen, at en virksomhed i en anden medlemsstat skal have adgang til de samme og nødvendige oplysninger om kontrakten, inden kontrakten indgås. Andre virksomheder skal dermed have mulighed for at tilkendegive interesse i at få kontrakten tildelt. Det vil ikke være tilstrækkeligt, hvis Varde Kommune alene udleverer oplysningerne, såfremt en interesseret virksomhed måtte henvende sig. Kravet om gennemsigtighed indebærer en forpligtelse til at offentliggøre en bekendtgørelse eller annonce på et egnet medie, som bør have en bredere dækning af hensyn til de potentielle udenlandske virksomheders deltagelse.

#### 1.11 Konsekvenser ved manglende annoncering

Forudsat kontrakten om madservice har en klar grænseoverskridende interesse risikerer Varde Kommune i tilfælde af en klagesag at blive mødt af en række sanktioner, såfremt der ikke sikres en passende grad af offentlighed om kontraktindgåelsen.

Klagenævnet for Udbud kan træffe afgørelse om overtrædelse af EU-retten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter jf. håndhævelsesloven § 10, stk. 1 jf. § 1, stk. 2 og stk. 3. Det fremgår af forarbejderne til håndhævelsesloven, at "*...Klagenævnet kan træffe afgørelse efter fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter og kontrakter inden for området for forsyningsvirksomhed (de fællesskabsretlige udbudsregler). Hermed forstås først og fremmest udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet, EF-traktaten og de heraf afledte principper.*" Klagenævnet for Udbud har således kompetence til at vurdere spørgsmål om, hvorvidt en kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse, om traktatens regler og afledte principper er overholdt samt pålægge eventuelle sanktioner for manglende efterlevelse af reglerne.

Dog følger det af håndhævelsesloven §§16-17 om sanktionen uden virkning, at en kontrakt som tildeles direkte alene kan erklæres for uden virkning, såfremt kontrakten er fuldt ud omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Indgåelse af en kontrakt om madservice uden forudgående offentlighed vil derfor ikke kunne blive erklæret for uden virkning, der er den hårdeste udbudsretlige sanktion. Varde Kommune vil derfor ikke kunne blive pålagt at bringe en kontrakt indgået med DDMV til ophør, uagtet en forpligtelse til at sikre en forudgående offentlighed ikke måtte være iagttaget.

Da kontrakten ikke kan erklæres for uden virkning, kan det ikke anbefales, at der offentliggøres en såkaldt profylaksebekendtgørelse i medfør af håndhævelsesloven § 4, da en sådan bekendtgørelse alene beskytter mod at blive ramt af sanktionen uden virkning. En profylaksebekendtgørelse indebærer en forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i EU-tidende om, at myndigheden agter at indgå kontrakt med en

navngiven leverandør efter udløb af en frivillig standstill-periode på 10 kalenderdage regnet fra dagen efter offentliggørelsen.

Såfremt Klagenævnet finder, at Varde Kommune ikke har sikret en passende grad af offentlighed med hjemmel i traktatens regler og afledte principper, vil følgende sanktioner kunne ifaldes:

1. Annullation af Varde Kommunes ulovlige beslutning eller udbudsforretning jf. håndhævelsesloven § 13, stk. 1, nr. 2
2. Udstedelse af påbud om lovliggørelse af udbudsproceduren eller beslutninger truffet i udbudsprocessen jf. håndhævelsesloven § 13, stk. 1, nr. 3
3. Tilkendelse af en klager erstatning opgjort efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktinteresse jf. håndhævelsesloven § 14.

Ad. 1) Annullation;

Annullation af en tildelingsbeslutning er i praksis kun problematisk for processen, hvis den pålægges inden kontrakten er indgået. Annulleres beslutning eller udbudsforretning efter kontraktindgåelse, er der ikke i medfør af håndhævelsesloven en pligt til at bringe kontrakten til ophør, og den indgåede kontrakt bevarer derfor rent juridisk sin virkning. Klagenævnet har således ikke hjemmel til at erklære en kontrakt for uden virkning (håndhævelsesloven §§16-17) eller pålægge Varde Kommune at bringe kontrakten til ophør.

Dog skal det for en god ordens skyld bemærkes, at Veste Landsret ved dom af 3. juli 2012 vedrørende 12-by-gruppens Indkøbscentral mod AV Form A/S ud fra mere frie overvejelser fandt, at landsretten som domstol havde hjemmel til at pålægge et lignende påbud om ophævelse af en kontrakt. Dommen er dog konkret begrundet, og da sanktionen kan anses for reserveret domstolene, må risikoen for en lignende afgørelse i nærværende sag anses for lille.

Ad. 2) Påbud om lovliggørelse;

Muligheden for påbud om lovliggørelse angår alene tildelingsbeslutningen eller udbudsforretningen. Hvis kontrakten er indgået, vil sanktionen ikke kunne benyttes.

Ad. 3) Erstatning;

Klagenævnet kan i henhold til håndhævelsesloven § 14 tilkende en klager erstatning beregnet på baggrund af enten den positive opfyldelsesinteresse eller den negative kontraktinteresse. Risikoen for at blive pålagt erstatning vurderes i begge tilfælde meget lille.

Ved positiv opfyldelsesinteresse skal klageren sandsynliggøre, at klager ville være blevet tildelt opgaven om madservice i tilfælde af en konkurrenceudsættelse. Da der netop ikke er gennemført en konkurrence, vil denne bevisbyrde ikke kunne løftes i praksis.

På tilsvarende vis vil det forhold at der ikke er gennemført en konkurrence udelukke erstatning af den negative kontraktinteresse, da en klager grundet manglende konkurrenceudsættelse ikke har afholdt udgifter til tilbudsudarbejdelse.

Supplerende til ovenstående vil Klagenævnet principielt også kunne stoppe processen midlertidigt ved efter påstand herom at tillægge en klage opsættende virkning jf. håndhævelseslovens § 12, stk. 1. Denne mulighed benyttes imidlertid kun undtagelsesvist, da betingelserne herfor meget sjældent er opfyldte. Selv om opsættende virkning ikke er reserveret til en situation, hvor kontrakt ikke er indgået, er opsættende virkning svært at forestille sig i en situation, hvor kontrakten er indgået, og hvor kontrakten endvidere ikke kan rammes af sanktionen uden virkning.

## **2. DEN NYE UDBUDSLOV**

---

Forslaget til den nye udbudslov, som implementer det nye udbudsdirektiv, ophæver den nuværende sondring mellem bilag II A og bilag II B tjenesteydelser og introducerer en ny udbudsform. Det såkaldte light regime indebærer, at bl.a. sociale tjenesteydelser ikke er omfattet af udbudsdirektivets sædvanlige udbudspligt men derimod af et light regime, når kontraktværdien overstiger 750.000 euro svarende til 5.580.000 kr. eksklusive moms.

Varde Kommune vil derfor efter den nye udbudslov være forpligtet til at sikre en forudgående offentlighed ved indgåelse af en kontrakt om madservice.

## **3. FORVALTNINGSRETTLIGE PRINCIPPER**

---

Uanset et fravær af en klar grænseoverskridende interesse er Varde Kommune forpligtet til at overholde grundlæggende forvaltningsretlige principper i forbindelse med sin kontraktindgåelse. Dette indebærer bl.a. en forpligtelse til at iagttage kravet om saglig forvaltning, herunder et forbud mod varetagelse af private hensyn samt krav om ligebehandling, forsvarelig økonomisk forvaltning, proportionalitetsprincippet og manglende vilkårlighed.

Selv om en kontraktindgåelse med DDMV må anses for at være uden en klar grænseoverskridende interesse, er Varde Kommune forpligtet til at sikre, at indkøbet sker på markedsmæssige vilkår. Efter det oplyste er Varde Kommune i dialog med DDMV om opgavens udførelse på gunstige vilkår, hvorfor denne forpligtelse formentlig uden videre må anses for opfyldt.

Hvis Varde Kommune har spørgsmål eller ønsker en uddybning af et eller flere punkter i nærværende notat, står vi naturligvis til rådighed.

Hellerup, 2. januar 2015

Majse Jarlov  
Advokat

UDKAST