

K E N D E L S E

Det Danske Madhus A/S
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

mod

Norrdjurs Kommune
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

Kommunalbestyrelsen i Norrdjurs Kommune besluttede den 12. september 2017, at den madservice, som kommunen efter § 83, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 2, i serviceloven (lov nr. 573 af 24. juni 2005 om social service med senere ændringer) er forpligtet til at tilbyde til personer, som på grund af midlertidigt eller varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne eller særlige sociale problemer ikke selv kan udføre disse opgaver, fremover skulle udføres ”i et tværkommunalt samarbejde med én eller flere andre kommuner”. Kommunen besluttede herefter ved Voksen- og Plejeudvalgets og Økonomiudvalgets beslutninger af 30. oktober og 7. november 2017 at indgå en ”Samarbejdsaftale mellem Randers Kommune og Norrdjurs Kommune vedrørende produktion af mad til hjemmeboende borgere” herom. Aftalen er efterfølgende indgået den 29. november 2017 og træder efter det oplyste i kraft den 5. februar 2018.

Klagenævnet har den 3. januar 2018 modtaget en klage fra Det Danske Madhus A/S (”Det Danske Madhus”) over, at Norrdjurs Kommune har indgået aftalen uden udbud.

Det Danske Madhus har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

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

Klagenævnet har den 3. januar 2018 underrettet Randers Kommune om klagen og har oplyst kommunen om adgangen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5, til at indtræde i sagen til fordel for Norrdjurs Kommune. Randers Kommune har ved breve af 9. og 15. januar 2018 oplyst, at Randers Kommune ønsker at indtræde i sagen til fordel for Norrdjurs Kommune, og har meddelt at Randers Kommune fuldt ud kan tiltræde og tilslutte sig det, som Norrdjurs Kommune har anført.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-4, svarskrift med bilag A-E, replik af 11. januar 2018 med bilag 5-6, duplik af 15. januar 2018 med bilag F og G.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande.

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Norrdjurs Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 187 ved uden forudgående offentliggørelse at indgå ”Samarbejdsaftale mellem Randers Kommune og Norrdjurs Kommune vedrørende produktion af mad til hjemmeboende borgere”.

Påstand 2

Klagenævnet skal erklære ”Samarbejdsaftale mellem Randers Kommune og Norrdjurs Kommune vedrørende produktion af mad til hjemmeboende borgere” for uden virkning, jf. § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Norrdjurs Kommunes beslutning af 7. november 2017 om at indgå ”Samarbejdsaftale mellem Randers Kommune og

Norrdjurs Kommune vedrørende produktion af mad til hjemmeboende borgere”.

Påstand 4

I det omfang dele af samarbejdsaftalen opretholdes (og forudsat, at påstand 2 tages til følge), skal Norrdjurs Kommune pålægges en økonomisk sanktion i overensstemmelse med § 19, jf. § 18, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Andre oplysninger i sagen:

Det Danske Madhus producerer og udbringer mad i blandt andet Norrdjurs Kommune og Randers Kommune, hvor virksomheden leverer mad til visiterede borgere.

Hidtil har Norrdjurs Kommune opfyldt forpligtelsen efter serviceloven til at tilbyde de personer, som er nævnt i lovens § 83, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 2, madservice ved at anvende DjursMad I/S som leverandør. Denne virksomhed er et interessentskab mellem Norrdjurs Kommune og Syddjurs Kommune.

Som nævnt vedtog kommunalbestyrelsen i Norrdjurs Kommune på et møde den 12. september 2017, at madservice fremover skulle leveres ”i et tværkommunalt samarbejde med én eller flere andre kommuner”, og kommunen besluttede herefter den 7. november 2017 at indgå ”Samarbejdsaftale mellem Randers Kommune og Norrdjurs Kommune vedrørende produktion af mad til hjemmeboende borgere”(”samarbejdsaftalen”).

Samarbejdsaftalen er som nævnt indgået den 29. november 2017 og træder efter det, som Norrdjurs Kommune har oplyst, i kraft den 5. februar 2018.

I samarbejdsaftalen hedder det:

” ...

1. Formål med samarbejdet

Med denne aftale indgår Randers Kommune og Norrdjurs Kommune (parterne) i et tværkommunalt samarbejde omkring produktion af mad til hjemmeboende borgere, som de to kommuner er forpligtiget til at løse jf. servicelovens § 83.

Formålet med samarbejdet er i fællesskab at producere mad til hjemmeboende borgere i de to kommuner i høj kvalitet til lave økonomiske omkostninger. Formålet er endvidere i fællesskab løbende at udvikle madtilbuddet til hjemmeboende borgere og på den måde hele tiden at tilpasse madtilbuddet, så det understøtter rehabiliteringen af borgerne, at borgerne kan blive boende i eget hjem samt at fremme sundhed og forebygge indlæggelser via en god ernæring.

2. Samarbejdsaftalens omfang

Samarbejdet omfatter produktion af mad til hjemmeboende borgere i de to kommuner. Herunder:

- Produktion af fuldkost og diæter i henhold til den nationale kosthåndbog
- Pakning af ugekasser med udgangspunkt i hver enkelt borgers individuelle valg
- Håndtere kundebestillinger
- Telefonbetjening af borgere
- Udvikling af madtilbuddet, så det afspejler borgernes behov og opfylder de løbende reviderede målsætninger og krav opstillet hertil i den nationale kosthåndbog.

Parterne er hver for sig ansvarlige for varetagelse af følgende opgaver i de respektive kommuner:

- Visitation af hjemmeboende borgere i de respektive kommuner til modtagelse af madservice
- Opstartsbesøg hos borgere i de respektive kommuner. Ved besøget introduceres borgerne til madkonceptet, opvarmingsmetoder, priser, procedurer osv.
- Madudbringning til egne borgere
- Kostvejledning af egne borgere.

Der vil være en løbende koordinering af disse opgaver.

Under varetagelsen af ovenstående opgaver er parterne i det hele enige om at sikre, at de konkrete opgaver i samarbejdet skal ske på en måde, der støtter op om og sikrer Madservice Kronjyllands gode omdømme.

3. Organisering og opgaver

3.1 Styregruppe

Der etableres en fælles styregruppe for samarbejdet.

Styregruppen består af daglig leder af Madservice Kronjylland, sundheds- og omsorgschefen fra Norddjurs Kommune, omsorgschefen fra Randers Kommune og velfærdssekretariatschef fra Norddjurs Kommune. Styregruppen har mulighed for ad hoc at invitere deltagere ind. Det er leder af Madservice Kronjylland, som har ansvaret for udarbejdelse af dagsorden og referat fra styregruppemøder.

Styregruppen afholder som minimum møde to gange om året.

Alle overordnede og principielle beslutninger, som har betydning for den daglig drift, skal forelægges styregruppen. Det omfatter:

- Udvikling af madtilbuddet og valgmuligheder i forhold til fremtidige behov
- Fastsættelse af fælles kvalitetskrav til maden
- Udarbejdelse af fælles information til borgerne i de to kommuner
- Opfølgning på tilkendegivelser fra smagspanelet
- Udarbejdelse af fælles information til medarbejdere i hjemmeplejen i de to kommuner
- Indsamling og deling af erfaringer med opstartsbesøg og kostvejledning til borgerne
- Forhold af betydning for økonomien i samarbejdet, jf. også afsnit 7
- Fastsættelse af aftaler om arbejds gange i forhold de opgaver, som løses af det tværkommunale samarbejde og de opgaver, som fortsat løses af de respektive kommuner. Herunder udbringning af mad, kostvejledning af borgere mv.
- Evaluering af samarbejdet.

Styregruppen skal derudover holdes orienteret om udviklingsprojekter og inddrages i beslutningerne herom. Styregruppen kan beslutte at nedsætte en fælles organisering omkring udviklingsprojekter, hvor medarbejdere i de respektive kommuner efter aftale kan inddrages.

3.2 Daglig drift

Leder af Madservice Kronjylland har ansvaret for den daglige drift og udviklingen af den daglige drift.

Leder af Madservice Kronjylland er ansat i Randers Kommune og har reference til Randers Kommune. Derudover er lederen forpligtiget til hele tiden at holde såvel sundheds- og omsorgschefen i Norddjurs Kommune som omsorgschefen fra Randers Kommune orienteret om forhold af betydning for driften og udviklingen af madtilbuddet.

I tilfælde af, at der opstår behov for ansættelse af en ny leder af Madservice Kronjylland, så vil denne fortsat have sin ansættelse i Randers Kommune. Norddjurs Kommune vil indgå i ansættelsesudvalget med sundheds- og omsorgschefen. Alternativt vil en nøgleperson fra Norddjurs Kommune indgå i ansættelsesudvalget.

Leder af Madservice Kronjylland har et løbende og tæt samarbejde med de nøglepersoner, der har ansvar for opstartsbesøg hos borgere, kontakt til hjemmeplejen og akutudbringning til borgere i forbindelse med bl.a. indlæggelse, kostvejledning og madudbringning.

Alle medarbejdere, som indgår i produktionen af mad til hjemmeboende i det tværkommunale samarbejde, er ansat i Randers Kommune. Det er den daglige ledelse i Madservice Kronjylland, som har ansvaret for at ansætte og tilpasse personaleantal og kompetence-sammensætningen i forhold til at sikre den bedste og økonomisk mest forsvarlige drift.

Chauffører er ansat i hver af de to kommuner.

4. Produktionssted

Produktionen af maden til de hjemmeboende foregår i Randers Kommunes produktionskøkken beliggende Falstersvej 2, 8940 Randers SV.

5. Maden og serviceniveau

Der er samme menuvalg i de to kommuner, ligesom de to kommuner har samme madtilbud til borgerne.

Maden produceres efter de til enhver tid gældende normer og retningslinjer for mad til målgruppen, således at kommunerne via det tværkommunale samarbejde kan leve op til kommunernes forpligtelse til at kunne levere i henhold til den nationale kosthåndbog.

Der etableres et smagspanel for maden til hjemmeboende borgere i de to kommuner. Smagspanelet kan bestå af repræsentanter fra ældrerådene i de to kommuner.

De to kommuner har hver især ansvar for politisk godkendelse af kvalitets- og priskrav.

6. Udbringning og biler

De to kommuner er selv ansvarlige for biler og udbringning af madservice til borgerne i de respektive kommuner, herunder ansættelse af chauffører (inkl. afløsning) samt anskaffelse af kølebiler. Med henblik på at sikre en optimal drift er parterne enige om, når det er muligt, at stille kølebiler til rådighed for hinanden i forbindelse med service og reparation mv.

Afhentningstidspunkter fastlægges af leder af Madservice Kronjylland med henblik på hele tiden at have så optimalt et produktionsflow som muligt.

Leder af Madservice Kronjylland har en løbende dialog og koordinering med chaufførerne, således at chaufførerne har et godt kendskab til madtilbuddet og borgernes tilbagemeldinger til chaufførerne bliver videreformidlet til Madservice Kronjylland.

7. Økonomi og administration

Randers Kommune har det driftsmæssige ansvar for samarbejdet og udarbejder budget og regnskab.

Afregningspriser vil blive beregnet på baggrund de langsigtede gennemsnitlige omkostninger jf. bekendtgørelse nr. 1576 af 27. december 2014 og vejledning nr. 9341 af 8. maj 2015 - vejledning om hjælp og støtte efter serviceloven - punkt 157-163 eller efter det til enhver tid gældende lovgrundlag.

Priserne reguleres én gang om året. Randers Kommune meddeler senest den 1. september den forventede afregningspris for det følgende kalenderår og den endelige afregningspris for indeværende år.

Randers Kommune laver en månedlig afregning og laver en årlig opgørelse for omkostningsfordelingen.

Der afholdes som minimum et særskilt årligt møde omkring økonomi, hvor de to kommuner gennemgår økonomien i det tværkommunale samarbejde samt beregningen af afregningspriserne. Styregruppen orienteres om afregningspriserne. Desuden drøfter og inddrages styregruppen i forhold til overordnede beslutninger, der påvirker økonomien og effektiviteten hos Madservice Kronjylland.

Norddjurs Kommune afholder engangsudgifter til licenser og konvertering af data i forbindelse med etableringen af samarbejdet.

8. Betaling

Faktura fremsendes senest den 5. hverdag i den følgende måned, med forfald 30 dage netto.

Regningen skal specificeres, så leverancen til den enkelte bruger via navn og cpr-nummer kan ses. Regningerne skal udelukkende fremsendes elektronisk.

9. Datasikkerhed

Randers Kommune agerer som databehandler for Norddjurs Kommune i relation til de personoplysninger om borgere i Norddjurs Kommune, som Randers Kommune modtager til brug for varetagelse af opgaver for Norddjurs Kommune som led i denne samarbejdsaftale.

Parterne har i den forbindelse indgået "Databehandleraftale af [indsæt dato]".

10. Ændringer i samarbejdsaftalen

Ændringer og tilpasninger af nærværende samarbejdsaftale forudsætter udarbejdelse af skriftligt tillæg til denne aftale, som skal tiltrædes særskilt af henholdsvis Norddjurs Kommune og Randers Kommune.

Begge kommuner er åbne og positivt indstillede overfor at åbne samarbejdet op, således at yderligere en eller flere kommuner kan indgå i samarbejdet. En udvidelse af samarbejdet betragtes af parterne som en ændring af samarbejdsaftalen.

11. Samarbejdsaftalens løbetid og ophør

11.1 Løbetid og opsigelse

Samarbejdsaftalen træder i kraft fra den 2. februar 2018 og er fortløbende indtil en af parterne opsiges samarbejdsaftalen. Parterne er enige om, at en eventuel udtrædelse af samarbejdsaftalen skal ske under hensyntagen til kommunernes forpligtigelse til at kunne levere madservice til hjemmeboende borgere og muligheden for at kunne tilpasse antallet af medarbejdere. Parterne er endvidere enige om, at en udtrædelse af samarbejdsaftalen skal udmeldes til den anden part med 10 måneders varsel og tidligst til ophør pr. 31. december 2019. Det er muligt for parterne at aftale en kortere frist for samarbejdets ophør, hvis der blandt parterne er enighed herom.

Med det angivne varsel er der taget højde for produktionstilpasninger som følge af samarbejdsaftalens ophør, så parterne ved en opsigelse af samarbejdsaftalen ikke kan rette krav mod hverandre da der er taget højde for eventuelle krav ved fastsættelse af opsigelsesvarsel.

Randers Kommune ejer bygninger og inventar, hvorfor der ved opløsning af samarbejdet ikke vil blive udbetalt en andel af værdien heraf til Norddjurs Kommune, medmindre der i løbet af samarbejdets løbetid fortages særskilte eller fælles investeringer efter fælles aftale. I givet fald indskrives dette som et tillæg til denne aftale.

...

11.2 Misligholdelse

Hver af parterne er berettiget til at ophæve nærværende samarbejdsaftale, såfremt der foreligger væsentlig misligholdelse af samarbejdsaftalen fra den anden parts side. Eventuel opsigelse af aftalen forudsætter forudgående reklamation og fastsættelse af mindst et varsel, hvorved der gives en rimelig frist til at afhjælpe den påberåbte misligholdelse.”

Ved brev af 30. november 2017 til Norddjurs Kommune gjorde Det Danske Madhus indsigelse mod kommunens beslutning om at indgå samarbejdsaftalen.

Norrdjurs Kommune har ved brev af 12. december sendt ved mail af 13. december 2017, som også oplyses at være afgivet på vegne Randers Kommune, oplyst, at kommunerne finder, at de lovligt kan indgå samarbejdsaftalen, idet begge parter påtager sig reelle forpligtelser, der bidrager til den fælles løsning af opgaven. Samtidig oplyses det, at kommunerne vil indhente et uddybende svar fra deres advokat, og at Det Danske Madhus vil kunne forvente dette svar i januar 2018. Det Danske Madhus havde ikke modtaget uddybningen, da klagen blev indgivet.

Af ”Aftale for 2014-2017 mellem Randers byråd om Madservice Kronjylland” fremgår blandt andet:

”Denne aftale er bygget op omkring byrådets visioner, sundheds- og ældreudvalgets milepæle samt ældrepolitikken. Aftalens formål er bl.a. at skabe sammenhæng imellem det politiske niveau og Madservice Kronjylland, så borgerne får den bedst mulige service.

Hvem er vi på Madservice Kronjylland?

Madservice Kronjylland er et kommunalt ejet køkken, som drives efter servicelovens § 83.

I køkkenet produceres der hver uge 22.000-25.000 ”enheder” kølevakuummad. I dagligdagen kalder vi det ”færdigretter”.

Madservice Kronjylland leverer middagsmad, eller dele heraf til ældreområdet i hele Randers Kommune. I forhold til fremstilling af middagsmad er vi det eneste produktionskøkken i Randers kommune.

Den ugentlige produktion og levering af middagsretter fordeler sig til

- Ca. 950 visiterede pensionister i et eget hjem.
Bl.a. i tæt samarbejde med psykiatri-, handicap- og senhjerne-skade-området.
- Til ca. 800-900 borgere leveres de produktions-tunge dele af middagsmaden. Dette fordelt på ca. 80 afdelinger på kommunens modtagekøkkener, cafeer og boenheder på kommunens område-centre.

Her ud over, nogle få bofællesskaber indenfor Handicapområdet.

...

Madsservice producerer og leverer desuden tusindvis af specialfremstillede energitætte mellemmåltider (supper og desserter) til borgere med særlige ernæringsmæssige behov.

...

Medarbejderstaben tæller ca. 45-50 personer inc. afløsere, ca. 38 årsværk i 2014.

Heraf en leder og en souschef, samt en diætist/ernærings-specialist, som bl.a. vejleder undernærede borgere i et hjem.

Vi arbejder med kompetenceudvikling og en stor grad af medbestemmelse. Personale flowet er meget lavt.

Madservice Kronjylland er i konkurrence med andre firmaer i henhold til lovgivningen om frit valg. ”Det Danske Madhus, hjemhørende i Århus” og ”Kokken og Konditoren, hjemhørende i Hammel”, er godkendte madleverandører, og har pt. tilsammen 38 kunder i Randers Kommune. At være i konkurrence, betragter vi som en sund udfordring.

Aftalemål for byrådsperioden 2014-2017:

Vi har valgt 6 individuelle aftalemål, som vi mener, understøtter udvalgets visioner og følgende milepæle:

- Øge sundhed og lighed i sundhed
- Udvikling af det nære sundhedsvæsen
- Vores lokalsamfund, vores plejehjem
- En god kommune at være pensionist i
- Ledelsesgrundlaget

..."

I et brev af januar 2018 ”Til borgere i Randers Kommune, som modtager mad fra Madservice Kronjylland” står der:

”Vedrørende betaling for madservice i 2018

Byrådet i Randers Kommune har besluttet, at følgende priser er gældende for pensionister, der får leveret mad fra Madservice Kronjylland.

Almindelig hovedret:	47 kr.
Lille hovedret:	44 kr.
Forret/efterret:	10 kr.

”Ta´selv” menu (Alm. str. hovedret) 47 kr.

Udover de politisk besluttede priser, vil priserne på ugentlige ekstratilbud være:

Skærekage, stort stykke	24 kr.
Øllebrød (uden mælk)	13 kr.
Proteinrig drik	10 kr.
...	
1 glas surt, bl.a. asier, rødbeder	16 kr.
Salat/råkost	12 kr.
Frisk frugt i bidder	15 kr.
3 stk. håndmadder	35 kr.
Ekstra tilbehør, bl.a. ekstra kartofler, grøntsager og lignende	9 kr.
Særlige energiberigede supper og desserter til småspisende	12 kr.

Alle priser er inkl. levering.”

Kommunen har i svarskriftet oplyst, at parterne er

”i gang med at koordinere og implementere samarbejdet samt præcisere opgavefordelingen i samarbejdet. De endelige aftaler er ved at blive fastlagt på styregruppemøder og vil fremgå af et tillæg til Samarbejdsaftalen, der er under udarbejdelse.”

Kommunen har herved henvist til referater af styregruppemøder den 19. december 2017 og den 4. januar 2018 og et udkast dateret den ”09.012.2018”, men ifølge kommunen af 8. januar 2018, til allonge til samarbejdsaftalen.

Af referatet af styregruppemødet den 19. december 2017 fremgår blandt andet:

”Ad 3. Udbringning og biler

Styregruppen godkender den indstillede præcisering:

Kølebilerne er ejet af hver af de to kommuner og chaufførerne er ansat i de to kommune, men udbringningen ses som en del af samarbejdet, og som et led i udmøntningen af samarbejdet stilles kølebiler fra henholdsvis Randers Kommune og Norddjurs Kommune til rådighed for samarbejdet. Kølebiler fra Norddjurs kommune vil ligesom Randers Kommunes kølebiler stå placeret ved Madservice Kronjylland til opladning. Parterne er enige om, at der med samarbejdsaftalen er en gensidig forpligtigelse til bistå hinanden med madudbringning ved f.eks. reparation af biler, sygdom og ferie hos chaufførerne mv. Brug af hinandens biler og chauffører ved reparationer, ferie og sygdom aftales efter behov mellem leder af Madservice Kronjylland og leder af chauffører i Norddjurs Kommune.

Chauffører fra Norddjurs Kommune møder ligesom chauffører fra Randers Kommune ind ved Madservice Kronjylland og kan modtage besked om dagens ruter samt ved hjemkomst overlevere oplysninger til køkkenet.

De to chauffører fra Norddjurs modtager oplæring fra Madservice Kronjylland i bestillingssystem og madtilbud.

Samarbejdsaftalens pkt. 2 vil blive præciseret, så det fremgår, at udbringning er en del af samarbejdet.”

Af referat af styregruppemødet den 4. januar 2018 fremgår blandt andet:

”3. Opsamling på fordeling af opgaver

Udkast til en uddybende beskrivelse af fordelingen af opgaver i samarbejdet samt præciseringer af samarbejdsaftalen blev drøftet.

Det blev aftalt, at der på baggrund af drøftelserne fremsendes en revideret beskrivelse, som bl.a. præcisere[r]:

- Aftaler omkring udbringning
- Aftaler omkring overførsel af tekniske udstyr fra Djurs Mad til Madservice Kronjylland (jf. pkt. 2).
- Aftaler omkring beredskab skrives ind. Det blev aftalt, at i forbindelse med delvis nedlukning eller produktionstop hos Madservice Kronjylland som følge af f.eks. ombygning, udskiftning teknisk udstyr, reparationer, så anvendes produktionskapaciteten i Norddjurs Kommunes produktionskøkken på Fuglsanggården og køkkenet på Farsøhthus. Dette er i lighed med det samarbejde som Madservice Kronjylland tidligere har haft med Djurs Mad.
- Sekretariatsfunktionens placering i Norddjurs Kommune – herunder ansvaret for den årlige opgave med udarbejdelse af forslag til pris- og kvalitetskrav til politisk behandling i de to kommuner.
- Aftaler omkring økonomi og administration”

I udkastet til allonge står der blandt andet:

”Punkt 2 Samarbejdets omfang

Udbringningen er en del af samarbejdet, og som et led i udmøntningen af samarbejdet stilles kølebiler fra henholdsvis Randers Kommune og Norddjurs Kommune til rådighed for samarbejdet.

Punkt 3 Organisering og opgaver

Punkt 3.1 Styregruppen

Hele hoved-sekretariatsfunktionen i forholdet til samarbejdet placeres hos Norddjurs Kommune fremfor hos den daglige leder af Madservice Kronjylland.

Som følge heraf vil Norddjurs Kommune varetage opgaven med udarbejdelse af dagsordner og referater.

Punkt 3.2 Daglig drift

...

Beredskab

I forbindelse med delvis nedlukning eller produktionstop hos Madservice Kronjylland som følge af f.eks. ombygning, udskiftning teknisk udstyr, reparationer, erstattes denne ved anvendelse af produktionskapaciteten i Norddjurs Kommunes produktionskøkken på Fuglsanggården og køkkenet på Farsøhthus. Norddjurs Kommune forestår således eventuel koordinering og varetagelse af denne erstatnings- og/eller supplementsproduktion.

Punkt 6 Udbringning og biler

De nuværende ruter i Norddjurs Kommune fastholdes. Der vil dog ske en tilpasning af køredage, så kørselsdage bliver mandag, tirsdag, onsdag

og fredag. Dette for at samordne leveringsdage, så der er samme leveringsdage i de to kommuner.

Udbringningen er en del af samarbejdet, og som et led i udmøntningen af samarbejdet stilles kølebiler fra henholdsvis Randers Kommune og Norddjurs Kommune til rådighed for samarbejdet.

Den overordnede organisering og styring af udbringning varetages af Norddjurs Kommune, idet den daglige drift koordineres og styres i et samarbejde med den daglige leder af Madservice Kronjylland.

Både Norddjurs Kommune og Randers Kommune bidrager til samarbejdet med ansatte chauffører i de respektive kommuner, som står for udbringningen af mad til visiterede borgere i de to kommuner.

Kørslen varetages fra Madservice Kronjylland, hvorfor kølebilerne vil være placeret ved Madservice Kronjylland. Der er planlagt udskiftning af en række kølebiler for den fremtidige udbringning for samarbejdet. Endvidere vil der ske en løbende udskiftning af kølebiler efter behov. Norddjurs Kommune varetager udbud og indkøb af bilerne som en del af opgaven med den overordnede organisering og styring af udbringningen.

Der træffes nærmere aftale om ens udformning og udtryk på bilerne i samarbejdet. Af hensyn til borgerne bevares en reference til de respektive kommuner på bilerne.”

Der er tillige fremlagt et notat af 14. januar 2018 fra Norddjurs Kommune, hvori der redegøres for ledig køle- og produktionskapacitet i kommunens to køkkener på Plejecenter Farsøththus og på Plejecenter Fuglsanggården. Ifølge notatet vil der i køkkenet på Farsøththus midlertidigt kunne produceres ca. 100-125 hovedretter pr. dag i 4 dage om ugen og i en nødsituation/kortere periode op til 250 hovedretter pr. dag. Der vil i køkkenet på Fuglsanggården kunne produceres midlertidigt i samme omfang. Begge dele dog under forudsætning af, at der på et kommende styregruppemøde tages stilling til en midlertidig opmanding i de to køkkener, ligesom pakning vil skulle drøftes. På baggrund af antallet af visiterede borgere i de to kommuner anses reservekapaciteten for tilstrækkelig til at dække behovet hos en væsentlig del af kommunens egne hjemmeboende pensionister og i særligt kortvarige nødsituationer knap halvdelen af behovet hos de hjemmeboende pensionister i begge kommuner.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Det Danske Madhus har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Norrdjurs Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Ad påstand 1

Det Danske Madhus har gjort gældende, at samarbejdsaftalen alene vedrører produktion af mad. Udbringning af maden, samt de serviceydelser, som er forbundet med visitation af borgere, omfattes således ikke, jf. pkt. 6.

Værdien af samarbejdsaftalen overstiger den relevante tærskelværdi. Samarbejdsaftalen er derfor som udgangspunkt omfattet af udbudslovens afsnit III.

Norrdjurs Kommune har over for Det Danske Madhus givet udtryk for, at samarbejdsaftalen efter Norrdjurs Kommunes opfattelse er et horisontalt samarbejde, som er undtaget fra udbudspligt, jf. § 15 i udbudsloven. Samarbejdsaftalen opfylder imidlertid ikke de betingelser, som følger af udbudslovens § 15 og den retspraksis, som knytter sig dertil.

Det fremgår af lovforarbejderne til udbudslovens § 15, at samarbejdet skal baseres på et ”reelt samarbejde”, som udelukkende er underlagt hensyn med relation til offentlighedens interesser. Forarbejderne må på dette punkt skulde forstås ud fra den hidtidige praksis, jf. blandt andet sag C-480/06, Europa-Kommissionen mod Tyskland (”Hamburg-dommen”).

Kommissionen har i lyset af denne dom i et arbejdsdokument om anvendelse af udbudsreglerne på ”offentligt-offentligt samarbejde” (SEK (2011) 1169 endelig) sammenfattet de relevante betingelser således:

3.3.2. Skelnen mellem egentligt "samarbejde" og en normal offentlig kontrakt

På grundlag af Hamburg-dommen har samarbejde til formål i fællesskab at sikre gennemførelsen af en offentlig opgave, som alle samarbejdspartnere skal udføre. En sådan fælles gennemførelse er karakteriseret ved aftalepartnernes deltagelse og gensidige forpligtelser og skal føre til gensidige synergieffekter. Det indebærer ikke nødvendigvis, at hver samarbejdspartner deltager ligeligt i den faktiske gennemførelse af opgaven – samarbejdet kan være baseret på en deling af opgaver eller på en vis specialisering.

Kontrakten skal dog have et fælles mål, nemlig den fælles gennemførelse af den samme opgave.

Eksempel: hvis samarbejdspartnerne har affaldsbehandling som et fælles mål, kan de fordele de forskellige opgaver, således at den ene af dem sørger for indsamling og den anden for forbrænding af affaldet.

En generel udlægning af retspraksis tyder også på, at aftalen skal være om et reelt samarbejde, i modsætning til en normal offentlig kontrakt, hvor en af parterne udfører en bestemt opgave mod betaling. En sådan ensidet overdragelse af en opgave fra en af de ordregivende myndigheder til en anden kan ikke betragtes som samarbejde.

Eksempel: levering af elektricitet til administrationsbygningerne i en by fra et værk i en anden by, uden at der forinden har været en udbudsprocedure.

Samarbejdet er reguleret ud fra overvejelser, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse. Det kan således involvere gensidige rettigheder og forpligtelser, men det kan ikke involvere finansielle overførsler mellem offentlige samarbejdspartnere, bortset fra betaling af faktiske omkostninger til bygge og anlæg/tjenesteydelser/varer. Levering af tjenesteydelser mod betaling er karakteristisk for offentlige kontrakter, der falder ind under EU-reglerne om offentlige indkøb.”

Kommissionens tilgang er efterfølgende bekræftet af Domstolen i sagerne C-159/11 af 19. december 2012, Ordine, samt C-386/11 af 13. juni 2013, Piepenbrock. Domstolen lagde i førstnævnte vægt på, at det offentlige samarbejde vedrørte en ydelse, som (også) kunne leveres af private leverandører, hvilket talte imod, at samarbejdet vedrørte fælles public service-opgaver.

I kendelse af 10. februar 2014, Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregionen Nord I/S, afviste klagenævnet, at parterne havde etableret et reelt samarbejde.

Det er i samarbejdsaftalen indledningsvist beskrevet, at formålet med samarbejdet er i fællesskab at varetage madproduktion til hjemmeboende borgere i de to kommuner. Imidlertid fremgår det tydeligt, at produktion og drift varetages alene af Randers Kommune (samarbejdsaftalens pkt. 3.2), og at Norddjurs Kommunes forpligtelser reelt er begrænset til betaling af et vederlag (samarbejdsaftalens pkt. 8). Aftalens overskrift "... vedrørende produktion af mad" underbygger, at den primære opgave er produktion af mad, der som nævnt, alene skal varetages af Randers Kommune.

Realiteten er, at Randers Kommune benytter egne produktionsfaciliteter og egne medarbejdere til at producere mad til Norddjurs Kommunes borgere. Der er ingen gensidig forpligtelse til, at Norddjurs Kommune skal bistå med madproduktionen, herunder stille køkkenfaciliteter eller medarbejdere til rådighed.

Det forhold, at Norddjurs Kommune og Randers Kommune i fællesskab skal drøfte målsætninger for køkkenet mv., går ikke videre end de krav, en ordregiver sædvanligvis ville stille til samarbejdet og til udviklingen af kvaliteten af de ydelser (her mad), som skal produceres. At Norddjurs Kommune deltager i nogle helt overordnede beslutninger for udviklingen, ændrer derfor ikke på, at det primære formål med samarbejdsaftalen er, at Randers Kommune producerer mad, som Norddjurs Kommune betaler et vederlag for. Det bemærkes, at Norddjurs Kommunes indflydelse forudsættes udøvet i en styregruppe, som mødes ganske sjældent, "minimum to gange om året", jf. samarbejdsaftalens pkt. 3.1.

Samarbejdsaftalen har som primært formål at sikre, at Norddjurs Kommune kan opfylde den forpligtelse, som påhviler denne i henhold til serviceloven. Der er ikke i samarbejdsaftalen indeholdt en forpligtelse til, at Norddjurs Kommune og Randers Kommune gensidigt skal afhjælpe kapacitetsproblemer eller i øvrigt i fællesskab skal varetage den opgave, som er omfattet af samarbejdsaftalen (produktion af mad).

Tværtimod følger det af samarbejdsaftalen, at "de konkrete opgaver i samarbejdet skal ske på en måde, der støtter op om og sikrer Madservice Kronjyllands gode omdømme" (samarbejdsaftalens pkt. 2), ligesom det af samarbejdsaftalens pkt. 9 fremgår, at "Randers Kommune agerer som databehandler for Norddjurs Kommune i relation til de personoplysninger om

borgere i Norddjurs Kommune, som Randers Kommune modtager til brug for varetagelse af opgaver for Norddjurs Kommune som led i denne samarbejdsaftale” (fremhævning foretaget).

Referaterne af styregruppemøderne den 19. december 2017 og 4. januar 2018 kan alene inddrages som fortolkningsbidrag til samarbejdsaftalen, i det omfang samarbejdsaftalen giver sikker hjemmel herfor. De beskrevne ændringer er derimod ikke gældende mellem de to kommuner, inden en aftale herom er indgået. Udkastet til allonge er efter det oplyste endnu ikke indgået og kan allerede af denne grund ikke tages i betragtning af klagenævnet. De påtænkte angiveligt gensidige forpligtelser vedrørende udbringning udgør en marginal del af madservicen (anslået <10 %). Det man, jf. udkastet til allonge, nu påtænker, ændrer desuden reelt ikke på, hvad der fremgår af den gældende aftales pkt. 6, hvorefter hver af parterne er ansvarlig for udbringning til egne borgere. Allongeudkastet ændrer heller ikke på, at Norddjurs Kommunes forpligtelser i medfør af samarbejdsaftalen er af ganske marginal karakter og må sidestilles med de overordnede forpligtelser, som påhviler en ordregiver i en(hver) offentlig kontrakt. Kravet om ”reelt samarbejde”, som følger af udbudslovens § 15, nr. 1, er dermed ikke opfyldt.

Betingelsen i udbudslovens § 15, nr. 2, om ”almene formål” er heller ikke opfyldt. Det følger af servicelovens § 83, stk. 1, nr. 3, at kommunerne skal tilbyde madservice. Af servicelovens § 91, stk. 1, følger derimod alene en mulighed for at anvende en kommunal leverandør. Det er alene som følge af Norddjurs Kommune eget ønske om at ville tilbyde en "kommunal leverandør", at kommunen er ”forpligtet” til (selv) at levere madservice til de visiterede borgere. En sådan forpligtelse følger derimod ikke af serviceloven, som alene foreskriver, at der skal skabes grundlag for, at borgerne kan vælge mellem flere leverandører af madservice (hvoraf en kan være kommunal). Servicelovens § 91, stk. 1, omfatter endvidere udelukkende Norddjurs Kommunes egen adgang til (in house) at varetage opgaven. Dertil kommer, at Randers Kommune (Madservice Kronjylland) efter Det Danske Madhus opfattelse opererer på et konkurrenceudsat marked, ligesom Randers Kommune (Madservice Kronjylland) i denne sammenhæng skal betragtes som enhver anden (privat) markedsaktør, jf. det anførte i aftalen for 2014-2017 mellem Randers byråd om Madservice Kronjylland om, at Madservice Kronjylland ”er i konkurrence med andre firmaer i henhold til lovgivningen om frit valg...”. At Madservice Kronjylland reelt agerer som en-

hver anden markedsaktør, underbygges af, at Madservice Kronjylland (Randers Kommune) i sin henvendelse til borgere ikke blot tilbyder mad, som borgerne er visiteret til efter servicelovens § 83, men tillige en række "ekstratilbud". Efter Det Danske Madhus opfattelse, skal Madservice Kronjylland derfor sidestilles med en privat leverandør. Ifølge pkt. 2 i samarbejdsaftalen skal samarbejdet ske på en måde, der "støtter op og sikrer Madservice Kronjyllands gode omdømme", og dermed til fordel for en aktør, som opererer på et konkurrenceudsat marked. Også af disse grunde er det formål, som forfølges med samarbejdsaftalen, ikke af almen interesse.

Af samme årsag er betingelsen i udbudslovens § 15, stk. 1, nr. 3, om at "ordregiverne på det åbne marked tilsammen udfører mindre end 20 pct. af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet" ikke opfyldt. Madservice til de borgere, som visiteres efter servicelovens § 83, leveres (også) af private leverandører. Levering til visiterede borgere kan derfor ikke betragtes som et særskilt "lukket" marked, som ikke skal tages i betragtning i henhold til udbudslovens § 15, stk. 1, nr. 3. Kommunale og private leverandører konkurrerer i kraft af frivalgsreglerne om de samme borgere, nemlig de borgere, som visiteres til madservice efter servicelovens § 83.

Sammenfattende er samarbejdsaftalen ikke omfattet af undtagelsen i udbudslovens § 15, idet:

- Samarbejdsaftalen ikke indgås med det formål (eller den følge) at sikre "den fælles gennemførelse" af en offentlig tjeneste.
- Samarbejdet ikke udelukkende er underlagt hensyn, som vedrører formål af almen interesse, ligesom
- Norddjurs Kommune og Randers Kommune på det åbne marked udfører betydelige aktiviteter.

Norddjurs Kommune har derfor handlet i strid med udbudslovens § 187 ved uden forudgående offentliggørelse at indgå samarbejdsaftalen.

Norddjurs Kommune har gjort gældende, at et "reelt samarbejde", jf. udbudslovens § 15, nr. 1, alene forudsætter, at både Norddjurs og Randers Kommune påtager sig forpligtelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af opgaven. Samarbejdsaftalen etablerer et sådant samarbejde mellem Norddjurs Kommune og Randers Kommune med det formål at sikre, at de

offentlige tjenester, som de skal udføre, leveres med henblik på at realisere fælles målsætninger.

Kommunerne er således efter § 83 i serviceloven forpligtet til at levere madservice til borgere, som er visiteret til at modtage denne serviceydelse fra det offentlige. Denne madservice kan kommunerne efter servicelovens § 91, stk. 1, tilbyde ved at modtagerne skal kunne vælge mellem to eller flere leverandører, hvoraf den ene leverandør kan være kommunal. I henhold til samarbejdsaftalens pkt. 1 er formålet med samarbejdet at opfylde denne forpligtelse i fællesskab, som nærmere angivet i pkt. 1.

Det, som det Det Danske Madhus har anført om, at ydelser forbundet med visitation af borgere ikke er omfattet af samarbejdet, er ikke rigtigt. Det fremgår således af samarbejdsaftalens pkt. 2, at de to kommuner samarbejder om madproduktion, pakning, kundebestillinger, telefonbetjening og udvikling af madtilbuddet, ligesom kommunerne i forbindelse med samarbejdet koordinerer de opgaver, som de hver udfører i deres respektive kommuner, herunder visitation af borgere.

I modsætning til, hvad det Danske Madhus gør gældende, er udbringning også omfattet af samarbejdet. Det fremgår således af samarbejdsaftalens pkt. 6, at Norddjurs Kommune og Randers Kommune skal stille kølebiler til rådighed for hinanden i forbindelse med service og reparation mv., ligesom der vil være en løbende dialog og koordinering med Norddjurs Kommunes og Randers Kommunes chauffører. Hertil kommer det, som er anført i referat af styregruppemødet den 19. december 2017 om gensidig bistand vedrørende udbringning og biler, hvorefter Norddjurs Kommune organisatorisk vil have ansvaret for at organisere og styre denne væsentlige del af samarbejdet, herunder udbud og indkøb af bilerne, koordinering af kørslen mv. Det Danske Madhus påstande om udbringningens begrænsede andel af samarbejdet, og om behovet for at afhjælpe kapacitetsproblemer i forbindelse med udbringningen er rene gætterier, som må afvises.

Norddjurs Kommune og Randers Kommune påtager sig endvidere i et gensidigt samarbejde at afhjælpe kapacitetsproblemer i relation til opgaverne med at udbringe maden. For så vidt angår det reelle i denne forpligtelse og den faktiske mulighed for at afhjælpe kapacitetsproblemer henvises der til kommunens notat af 14. januar 2018 om produktionskapacitet. Af udkastet til allonge til samarbejdsaftalen fremgår desuden udtrykkeligt, at udbring-

ning vil være en del af samarbejdet, og at der vil blive indgået specifikke aftaler om opgavefordeling og varetagelse af denne opgave, som overordnet skal styres og koordineres af Norddjurs Kommune i et samarbejde med den daglige leder af Madservice Kronjylland.

Det er heller ikke rigtigt, at Norddjurs Kommunes og Randers Kommunes fælles drøftelser af målsætninger for køkkenet mv. ”næppe går videre end de krav, en ordregiver sædvanligvis ville stille til samarbejdet og til udviklingen af kvaliteten af de ydelser (her mad), som skal produceres”, og at ”Norddjurs Kommune kun deltager i nogle helt overordnede beslutninger”. Det fremgår således af samarbejdsaftalens pkt. 3.1, at der etableres en fælles styregruppe med fire medlemmer med en ligelig fordeling mellem samarbejdets parter. Både Norddjurs Kommune og Randers Kommune er således også involveret og varetager konkrete opgaver i forbindelse med alle overordnede og principielle beslutninger, som har betydning for den daglige drift.

Der er tale om et reelt samarbejde, uanset om lederen af Madservice Kronjylland og medarbejderne, som indgår i produktionen af mad, er ansat i Randers Kommune og produktionen fysisk sker her, jf. samarbejdsaftalens pkt. 3.2. Der henvises herved også til det som anført i referatet af styregruppemødet den 4. januar 2018 om uddybende beskrivelse af opgavefordelingen og om daglig drift i allongeudkastet, hvorefter Norddjurs Kommune påtager sig forpligtelser til at afhjælpe kapacitetsproblemer hos Madservice Kronjylland ved at tilvejebringe erstatningskapacitet i køkkener i Norddjurs Kommune. I det hele taget kan madproduktionen ikke gennemføres uden varetagelse af de opgaver, som Norddjurs Kommune har ansvaret for i samarbejdet. Disse opgaver er reelle forpligtelser af væsentlig betydning.

Som anført i lovbemærkningerne til udbudslovens § 15 forudsætter et reelt samarbejde ikke, at alle deltagerne påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser. Ligeledes er det ikke en betingelse for etablering af et samarbejde i henhold til udbudslovens § 15, at opgaver er fordelt i lige dele mellem deltagerne. Der stilles udelukkende krav om, at der skal være en rimelig og reel fordeling af opgaver mellem deltagerne i samarbejdet, og den betingelse er opfyldt her.

Klagenævnet må lige såvel som selve samarbejdsaftalen også tage referaterne af møderne i styregruppen og udkastet til allonge som udtryk for, hvad

det samarbejde, som parterne har aftalt, omfatter. Referaterne er således endeligt godkendt og tiltrådt af styregruppemedlemmerne og må dermed anses som vedtaget af Norddjurs Kommune og Randers Kommune, jf. også samarbejdsaftalens pkt. 3.1, hvorefter ”Alle overordnede og principielle beslutninger, som har betydning for den daglig drift, skal forelægges styregruppen”, hvilket omfatter ”fastsættelse af aftaler om arbejds gange i forhold de opgaver, som løses af det tværkommunale samarbejde og de opgaver, som fortsat løses af de respektive kommuner. Herunder udbringning af mad, kostvejledning af borgere mv.” Det er således i samarbejdsaftalen forudsat, at den skal suppleres med den, jf. referaterne og udkastet til allonge, skete nærmere regulering af samarbejdet. Derfor må både referaterne af styregruppemøderne og udkast til allonge tages som udtryk for parternes aftaler om opgavefordelingen, uanset at udkastet til allonge ikke formelt er tiltrådt i overensstemmelse med samarbejdsaftalens pkt. 10. Der henvises tillige til, at Randers Kommune den 9. januar 2018 har meddelt fuldt ud at tiltræde og tilslutte sig det, som Norddjurs Kommune har anført i sit svarskrift. Allongen vil snart blive indgået af parterne og herefter fremsendt til nævnet, inden nævnet træffer endelig afgørelse.

I relation til den i udbudslovens § 15, nr. 2, angivne betingelse om ”almene formål”, kan det lægges til grund, at samarbejdet udelukkende er underlagt hensyn, der angår offentlighedens interesser.

EU-domstolens dom af 19. december 2012 i sag C-159/11, Ordine, og det det forhold, at madservice (også) kan leveres af private leverandører, kan ikke føre til, at der ikke er tale om en fælles public serviceopgave. Norddjurs Kommune og Randers Kommune er i henhold til servicelovens § 83 forpligtet til at levere madservice til borgere, som er visiteret til modtagelse af denne serviceydelse fra det offentlige. Norddjurs Kommune og Randers Kommune er endvidere efter servicelovens § 91, stk. 1, berettiget til at tilbyde denne service fra en kommunal leverandør. Der er således i servicelovens § 91 givet specifik hjemmel til kommunerne til at etablere madserviceordninger som den foreliggende i kommunalt regi. Der er dermed tale om en lovhjemlet public serviceopgave.

Det er også alene Norddjurs Kommune og Randers Kommune, der deltager i samarbejdet, og samarbejdet vedrører alene produktion af mad til visiterede hjemmeboende borgere, som Norddjurs Kommune og Randers Kommune skal levere til i henhold til servicelovens § 83, jf. samarbejdsaftalens pkt.

1. Samarbejdet er følgelig ikke af forretningsmæssig karakter, og der er heller ingen privat tjenesteyder, som bliver stillet i en fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter som følge af samarbejdet.

Serviceovens § 91, stk. 1, angår ikke alene en enkelt kommunes adgang til (alene) at varetage opgaven om levering af madservice, og således at flere kommuner ikke kan varetage opgaven i fællesskab. Der henvises til Indenrigsministeriets udtalelse nr. 9030 af 17. maj 1995, hvori er anført:

”Tilberedning og levering af mad er en opgave, der lovligt kan varetages af en kommune eller en amtskommune, når der er tale om produktion til kommunens eller amtskommunens eget brug.

Kommuner kan derfor deltage i selskaber, der udelukkende tilbereder og leverer mad til de deltagende kommuner, og amtskommuner kan deltage i selskaber, der på tilsvarende måde alene tilbereder og leverer mad til amtskommuner.

I hvert fald i tilfælde, hvor der - som her - leveres de samme ydelser til kommunen og amtskommunen, eller hvor praktiske hensyn taler for en samlet produktion af de ydelser, der leveres til de to kommunetyper, vil såvel kommunen som amtskommunen kunne deltage i selskaber, der udelukkende varetager produktion til de deltagende kommuner og amtskommuner.

Det er på denne baggrund Indenrigsministeriets opfattelse, at Køge Kommune og Roskilde Amtskommune lovligt kan deltage i et selskab, der udelukkende tilbereder og leverer mad til kommunen, henholdsvis amtskommunen.”

Der henvises tillige til lovbemærkningerne til udbudslovens § 15 om direktivets betragtning 33, og det anførte om manglende pligt til at samarbejde i en bestemt retlig form.

Der er heller intet grundlag for at betragte Madservice Kronjylland som en (privat) markedsaktør. Ifølge aftalen mellem Randers byråd og Madservice Kronjylland er Madservice Kronjylland således et kommunalt ejet køkken, som drives efter serviceovens § 83. At Madservice Kronjylland, som følge af borgerens ret til frit valg efter serviceovens § 91, er i ”konkurrence” med private virksomheder eller tilbyder ekstra tilbehør som ekstra kartofler, grøntsager og lignende forbundet med den leverede madservice, kan ikke

medføre, at Madservice Kronjylland skal sidestilles med en privat tjenesteyder.

Betingelsen i udbudslovens § 15, nr. 3, om en markedsandel for ordregiverne på det åbne marked, som tilsammen er mindre end 20 % af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet, er også opfyldt.

Afgrænsningen i udbudslovens § 15, nr. 3, er herved, jf. også lovbemærkningerne til § 15 om hensynet til at undgå krydssubsidiering, en begrænsning af den udnyttelse af ekstra kapacitet og de driftsfordele, som Norddjurs Kommune og Randers Kommune opnår ved samarbejdet i forhold til det omgrænsende åbne marked. I forhold til de konkrete ydelser vil afgrænsningen således være, i hvilket omfang Norddjurs Kommune og Randers Kommune leverer madservice til andre borgere end de visiterede efter servicelovens § 83. Hverken Norddjurs Kommune eller Randers Kommune har leveret madservice til andre borgere end de visiterede efter servicelovens § 83 inden for de seneste tre år forud for indgåelsen af samarbejdsaftalen, ligesom hverken Norddjurs Kommune eller Randers Kommune leverer madservice til andre borgere end de visiterede efter servicelovens § 83. Kommunerne har dermed ikke nogen omsætning eller aktivitet på det åbne marked. Da ingen af kommunerne har omsætning eller aktivitet uden for samarbejdet på det åbne marked (levering af madservice til andre end de efter servicelovens § 83 visiterede borgere), påvirker fordelene ved samarbejdet ikke deres aktiviteter udenfor samarbejdet.

Såfremt man skulle lægge Det Danske Madhus' fortolkning, som ikke har støtte i hverken praksis, forarbejder eller lovtekst, til grund, ville den i øvrigt medføre, at kommuners levering af blandt andet personlig hjælp, omsorg og pleje efter servicelovens § 83 altid skulle anses som aktivitet på det åbne marked, da borgerne har krav på at kunne få leveret sådanne ydelser fra en privat leverandør, jf. servicelovens § 91, stk. 1. Der er imidlertid ikke nogen tvivl om, at de offentlige myndigheder kan tilbyde denne pleje i form af hjemmehjælp, uanset om der tillige er private udbydere af denne service. Organiseringen af ydelserne i et selskab eller et samarbejde efter udbudslovens § 15 giver ikke grundlag for en ændret vurdering.

Sammenfattende er der tale om et reelt samarbejde, hvor både Norddjurs Kommune og Randers Kommune samarbejder om og koordinerer ydelser med henblik på levering af madservice, og både Norddjurs Kommune og

Randers Kommune er involveret i alle overordnede og principielle beslutninger.

Det eksempel i Kommissionens arbejdsdokument SEK (2011) 1169 om anvendelse af EU-lovgivningen om offentlige indkøb på forbindelser mellem ordregivende myndigheder ("offentligt-offentligt samarbejde"), som Det Danske Madhus har henvist til, svarer i øvrigt netop til Norddjurs Kommunes og Randers Kommunes samarbejdsaftaler, hvor kommunerne har levering af madservice som fælles mål og har fordelt hovedopgaverne imellem sig, således Randers Kommune organisatorisk har hovedansvaret for madproduktionen, mens Norddjurs Kommune organisatorisk har hovedansvaret for udbringning.

Uanset om klagenævnet måtte finde, at Randers Kommune har påtaget sig udførelsen af størstedelen af forpligtelserne i samarbejdet, er betingelserne i udbudslovens § 15 opfyldt. En sådan opgavefordeling følger således naturligt af, at madproduktionen ligger fysisk placeret i Randers Kommune, og at den ikke kan opsplittes, og ændrer ikke på, at der er tale om et reelt samarbejde, hvor Norddjurs Kommune har påtaget sig andre væsentlige forpligtelser, herunder sikring af hovedydelsens udførelse i tilfælde af forfald, produktionsstop mv., jf. udkastet til allonge.

Ad påstand 2-4

Det Danske Madhus har gjort gældende, at Norddjurs Kommune ikke har været berettiget til at indgå samarbejdsaftalen uden forudgående offentliggørelse, jf. udbudslovens § 187.

Samarbejdsaftalen er omfattet af udbudslovens afsnit III og kan derfor alene indgås efter forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller en forhåndsmeddelelse. Klagenævnet skal derfor erklære samarbejdsaftalen for uden virkning, jf. § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud.

I det omfang dele af samarbejdsaftalen opretholdes, skal Norddjurs Kommune pålægges en økonomisk sanktion i overensstemmelse med § 19, jf. § 18, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Norddjurs Kommune har gjort gældende, at da samarbejdsaftalen opfylder betingelserne i udbudslovens § 15, er den ikke omfattet af udbudsloven. Der

har dermed ikke været pligt til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse eller en forhåndsmeddelelse i henhold til udbudslovens § 187, ligesom der ikke er grundlag for at erklære samarbejdsaftalen for uden virkning og/eller at pålægge en økonomisk sanktion, og heller ikke for at annullere beslutningen om at indgå aftalen.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Det Danske Madhus har gjort gældende, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Muligheden for at blive tilkendt erstatning i den foreliggende situation udgør herved ikke et tilstrækkeligt værn mod, at Det Danske Madhus lider et tab. Det følger herved af klagenævnets praksis, jf. blandt andet kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark, kendelse af 7. august 2014, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland, og kendelse af 16. marts 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet, at kravet om uopsættelighed som udgangspunkt anses for opfyldt ved direkte tildeling.

En interesseafvejning mellem Norddjurs Kommune og Det Danske Madhus må endvidere falde ud til fordel for Det Danske Madhus. Med hensyn til det, som Norddjurs Kommune om manglende madservice til borgerne, hvis klagen tillægges opsættende virkning, vil borgerne også efter den 31. januar 2018 uden problemer kunne få leveret mad – af andre end kommunen. Dette er en naturlig følge af fritvalsreglerne i serviceloven. Kommunens ønske om at tilbyde kommunal madservice som alternativ til de private tilbud, som allerede eksisterer, kan ikke være udslagsgivende ved interesseafvejningen.

Subsidiært må grovheden af Norddjurs Kommunes overtrædelser tillægges afgørende vægt ved vurderingen af, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning.

Norddjurs Kommune har gjort gældende, at det ikke er godtgjort, at Det Danske Madhus risikerer at lide et alvorligt uopretteligt tab, da de visiterede borgere hos Norddjurs Kommune fortsat – og som hidtil – kan få leveret madservice fra virksomheden i overensstemmelse med servicelovens § 91, hvis borgerne ønsker det frem for fra det kommunale tilbud, der er etableret ved samarbejdsaftalen. Det Danske Madhus har således, uanset samarbejds-

aftalen, mulighed for at levere madservice til borgere hos Norddjurs Kommune til borgere, som ønsker at få leveret af virksomheden.

Såfremt klagenævnet måtte finde, at klagen ikke umiddelbart synes udsigtsløs, foreligger der ikke en sådan særlig alvorlig fumus, at der er grundlag for at lempe på uopsættelighedsbetingelsen, jf. princippet i EU-domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Van Breda Risk.

Det Danske Madhus er ikke fremkommet med oplysninger, der kan føre til, at en interesseafvejning må falde ud til fordel for virksomheden, hvorved gentages, at virksomheden kan levere madservice til de visiterede borgere hos Norddjurs Kommune, uanset den indgåede samarbejdsaftale. Til gengæld vil det medføre særdeles væsentlige problemer for leveringen af madservice i Norddjurs Kommune, hvis klagen tillægges opsættende virkning, idet der efter den 31. januar 2018 ikke længere er en madserviceordning, som kan varetage den fulde levering af mad til borgerne i kommunen. Den nuværende madproduktion lukker således ned ved udgangen af januar 2018, og det er ikke muligt at erstatte denne produktion fuldt ud med et tilsvarende tilbud, såfremt samarbejdet indstilles og udskydes. Der er derfor et væsentligt samfundsmæssigt behov og interesse i sikring af madserviceordningen.

Retsgrundlaget:

Af udbudslovens § 15 fremgår:

”Loven gælder ikke for offentlige kontrakter, der indgås mellem ordregivere, når

1. kontrakten etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem ordregiverne med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som ordregiverne skal udføre, leveres med henblik på at realisere fælles målsætninger
2. gennemførelsen af dette samarbejde udelukkende er underlagt hensyn, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse, og
3. ordregiverne på det åbne marked tilsammen udfører mindre end 20 pct. af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet, jf. § 16.”

Det følger af lovens § 16, stk. 1, at ordregiveren ved opgørelsen af procentdelen af de aktiviteter, der er nævnt i blandt andet § 15, nr. 3, skal tage hensyn til den gennemsnitlige samlede omsætning eller et hensigtsmæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål såsom omkostninger, som den pågældende juridiske person eller ordregiveren har haft i forbindelse med tjenesteydelser, varer og bygge- og anlægsarbejder i 3 år forud for kontrakttildelingen. Ifølge bestemmelsens stk. 2 er det, når omsætningen eller alternative aktivitetsbaserede mål ikke foreligger, eller når denne omsætning eller de aktivitetsbaserede mål ikke længere er relevante, tilstrækkeligt at påvise, at målingen af aktiviteten er troværdig.

I de specielle bemærkninger til § 15 i lovforslag nr. L 19 af 8. oktober 2015 til udbudsloven står der:

”Der er ikke i det gældende direktiv bestemmelser, om kontrakter der indgås mellem ordregivere. Retspraksis fra EU-domstolen (C-480/06, Europa-Kommissionen mod Tyskland) fastlægger, at det er muligt for ordregivere, at indgå kontrakt uden anvendelse af udbudsdirektivet. Der er dog en del usikkerhed om, på hvilke nærmere betingelser sådanne samarbejder kan undtages fra udbudsdirektivet, men de grundlæggende betingelser er, at der skal være tale om et reelt samarbejde om fælles udøvelse af public service-forpligtelser, samarbejdet må alene reguleres af hensyn til almenhedens interesser, betaling må alene svare til omkostningsdækning, der må ikke være privat ejerskab, ingen privat tjenesteyder må opnå en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter og samarbejdet må primært angå ordregivere.

§ 15 gennemfører direktivets artikel 12, stk. 4. I forhold til gældende ret er det nyt, at der ikke stilles som betingelse, at der ikke må være privat kapitaldeltagelse.

Bestemmelsen er en kodificering af gældende ret, jf. retspraksis fra EU-Domstolen og fastslår, at kontrakter, der udelukkende er indgået mellem ordregivere, ikke er udbudspligtige, når visse betingelser er opfyldt.

I betragtning 33 i direktivet anføres om baggrunden for bestemmelsen, at ordregivere skal kunne vælge at levere deres offentlige tjenesteydelser i fællesskab i et samarbejde, der ikke forpligter dem til at anvende nogen bestemt retlig form. Et sådant samarbejde kan omfatte alle typer af aktiviteter i forbindelse med gennemførelsen af tjenesteydelser og opgaver, som de deltagende myndigheder har fået tildelt eller har påtaget sig, herunder tjenesteydelser, som i henhold til offentlig ret er pålagt bestemte organer. De forskellige deltagende myndigheders tjenesteydelser behøver ikke nødvendigvis at være identiske, de kan også være komplementære.

Det har således været hensigten, at kontrakter om fælles levering af sådanne offentlige tjenesteydelser ikke underlægges denne lovs bestemmelser, hvis de udelukkende er indgået mellem ordregivere, hvis gennemførelsen af det pågældende samarbejde udelukkende er underlagt hensyn af almen interesse, og hvis ingen privat tjenesteyder bliver stillet i en fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter.

Efter *nr. 1* er det en betingelse, at kontrakten etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem de deltagende ordregivere med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som de skal udføre, leveres med henblik på at realisere fælles målsætninger.

Efter *nr. 2* er det en betingelse, at gennemførelsen af samarbejdet udelukkende er underlagt hensyn med relation til offentlighedens interesser.

Efter *nr. 3* skal de deltagende ordregivere samlet udføre mindre end 20 pct. af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet på det åbne marked. Denne betingelse har til formål at forhindre konkurrenceforvridning, f.eks. ved at fordelene ved samarbejdet mellem ordregiverne anvendes til at underbyde konkurrenter på det åbne marked igennem krydssubsidiering mellem de aktiviteter, der udgør den offentlige tjeneste og eventuelle relaterede tjenester, der udføres på det åbne marked.

For at opfylde disse betingelser skal samarbejdet baseres på reelt samarbejde. Et sådant samarbejde kræver ikke, at alle de deltagende myndigheder påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse. Desuden bør gennemførelsen af samarbejdet, herunder enhver finansiel overførsel mellem de deltagende ordregivere, udelukkende være underlagt hensyn af almen interesse.”

Bestemmelsen gennemfører udbudsdirektivets artikel 12, stk. 4 og 5, som lyder:

”4. En kontrakt, der udelukkende er indgået mellem to eller flere ordregivende myndigheder, falder uden for dette direktivs anvendelsesområde, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

- a) kontrakten etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem de deltagende ordregivende myndigheder med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som de skal udføre, leveres med henblik på at opfylde mål, som de er fælles om
- b) gennemførelsen af dette samarbejde er udelukkende underlagt hensyn med relation til offentlighedens interesser og
- c) de deltagende ordregivende myndigheder udfører på det åbne marked mindre end 20 % af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet.

5. Ved fastsættelsen af procentdelen for aktiviteterne nævnt i stk. 1, første afsnit, litra b), stk. 3, første afsnit, litra b), og stk. 4, litra c), tages der hensyn til den gennemsnitlige samlede omsætning eller et hensigts-

mæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål såsom omkostninger, som den pågældende juridiske person eller ordregivende myndighed har haft for så vidt angår tjenester, varer og bygge- og anlægsarbejder i de tre år forud for kontrakttildelingen.

Når omsætningen, eller alternative aktivitetsbaserede mål såsom omkostninger, på grund af det tidspunkt, hvor den pågældende juridiske person eller ordregivende myndighed blev etableret eller påbegyndte sine aktiviteter, eller på grund af, at dennes aktiviteter er blevet omorganiseret, enten ikke foreligger for de forudgående tre år eller ikke længere er relevant, er det tilstrækkeligt at påvise, at målingen af aktiviteten er troværdig, især i form af fremskrivning af forretningsplaner.”

I direktivets præambel hedder det i betragtning 31-33:

”(31) I visse tilfælde kan en ordregivende myndighed eller en sammenlutning af ordregivende myndigheder være den eneste kilde til en bestemt tjenesteydelse, som den har eneret til at levere i henhold til love og offentliggjorte administrative bestemmelser, der er forenelige med TEUF. Det bør præciseres, at offentlige tjenesteydelseskontrakter kan tildeles til denne ordregivende myndighed eller den pågældende sammenlutning heraf, uden at direktivet anvendes.

Der hersker betydelig juridisk usikkerhed med hensyn til, i hvor vid udstrækning kontrakter indgået mellem enheder inden for den offentlige sektor bør være dækket af regler om offentlige udbud. EU-Domstolens relevante retspraksis fortolkes forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat og endog mellem ordregivende myndigheder. Det er derfor nødvendigt at præcisere, i hvilke tilfælde kontrakter indgået inden for den offentlige sektor ikke er underlagt anvendelsen af reglerne om offentlige udbud.

Præciseringen bør afstemmes med de principper, der er fastlagt i Den Europæiske Unions Domstols relevante retspraksis. Den kendsgerning, at begge aftaleparter selv er offentlige myndigheder, udelukker ikke i sig selv anvendelsen af reglerne om udbud. Anvendelsen af reglerne om offentlige udbud bør dog ikke indvirke på offentlige myndigheders frihed til at udføre de offentlige tjenesteydelsesopgaver, som de har fået pålagt, under anvendelse af deres egne ressourcer, hvilket omfatter muligheden for samarbejde med andre offentlige myndigheder.

Det bør sikres, at ethvert undtaget samarbejde mellem offentlige organisationer ikke fører til konkurrencefordrejning i forhold til private økonomiske aktører, for så vidt som det stiller en privat tjenesteyder i en mere fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter.

(32) Offentlige kontrakter, der tildeles kontrollerede juridiske personer, bør ikke være underlagt anvendelse af procedurene i dette direktiv,

hvis den ordregivende myndighed udøver en kontrol over den berørte juridiske person, som svarer til den kontrol, den udøver over sine egne afdelinger, forudsat at den kontrollerede juridiske person udfører mere end 80 % af sine aktiviteter som gennemførelse af opgaver, som den er blevet betroet af den kontrollerende ordregivende myndighed eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af den pågældende ordregivende myndighed, uanset hvem der er modtager af kontraktydelsen.

Undtagelsen bør ikke udvides til at omfatte situationer, hvor en privat økonomisk aktør deltager direkte i kapitalandelene i den kontrollerede juridiske person, eftersom tildeling under sådanne omstændigheder af den offentlige kontrakt uden udbudsprocedure ville stille den private økonomiske aktør med en kapitaldeltagelse i den kontrollerede juridiske person mere fordelagtigt end konkurrenterne. I betragtning af de særlige kendetegn ved offentlige organer med tvungent medlemskab, såsom organisationer med ansvar for forvaltning eller udførelse af visse offentlige tjenesteydelser, bør dette dog ikke gælde tilfælde, hvor en bestemt privat økonomisk aktørs deltagelse i kapitalandelene i den kontrollerede juridiske person er tvungen i henhold til national lovgivning i overensstemmelse med traktaterne, forudsat at en sådan deltagelse ikke er kontrollerende, ikke er blokerende og ikke har afgørende indflydelse på den kontrollerede juridiske persons beslutninger. Det bør endvidere præciseres, at det afgørende element kun gælder direkte privat deltagelse i den kontrollerede juridiske person. Privat kapitaldeltagelse i den eller de kontrollerende ordregivende myndigheder udelukker derfor ikke tildeling af offentlige kontrakter til den kontrollerede juridiske person uden anvendelse af procedurene i dette direktiv, da en sådan deltagelse ikke skader konkurrencen mellem private økonomiske aktører.

Det bør også præciseres, at ordregivende myndigheder, såsom offentlige organer, der kan have private kapitalandele, bør være i stand til at henholde sig til undtagelsen fra horisontalt samarbejde. Hvis alle andre betingelser i forbindelse med horisontalt samarbejde er opfyldt, bør undtagelsen fra horisontalt samarbejde således udvides til også at omfatte sådanne ordregivende myndigheder, hvis kontrakten udelukkende er indgået mellem ordregivende myndigheder.

(33) Ordregivende myndigheder bør kunne vælge at levere deres offentlige tjenesteydelser i fællesskab i et samarbejde, der ikke forpligter dem til at anvende nogen bestemt retlig form. Et sådant samarbejde kan omfatte alle typer af aktiviteter i forbindelse med gennemførelsen af tjenesteydelser og ansvar, som de deltagende myndigheder har fået tildelt eller har påtaget sig, f.eks. lokale eller regionale myndigheders obligatoriske eller frivillige opgaver, eller tjenesteydelser, som i henhold til offentlig ret er pålagt bestemte organer. De forskellige deltagende myn-

digheders tjenesteydelser behøver ikke nødvendigvis at være identiske. De kan også være komplementære.

Kontrakter om fælles levering af sådanne offentlige tjenesteydelser bør ikke være underlagt anvendelse af reglerne i dette direktiv, hvis de udelukkende er indgået mellem ordregivende myndigheder, hvis gennemførelsen af det pågældende samarbejde udelukkende er underlagt hensyn af almen interesse, og hvis ingen privat tjenesteyder bliver stillet i en fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter.

For at opfylde disse betingelser bør samarbejdet baseres på en samarbejds metode. Et sådant samarbejde kræver ikke, at alle de deltagende myndigheder påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse. Desuden bør gennemførelsen af samarbejdet, herunder enhver finansiel overførsel mellem de deltagende ordregivende myndigheder, udelukkende være underlagt hensyn af almen interesse.”

Direktivbestemmelsen og udbudslovens § 15 er i det væsentlige udtryk for en kodifikation af EU-Domstolens praksis i sagerne C-480/06, Europa-Kommissionen mod Tyskland (”Hamburg-dommen”), C-159/11, Ordine, og C-386/11, Piepenbrock.

I Hamburg-dommen anførte EU-Domstolen blandt andet:

”31 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionens søgsmål vedrører den ene aftale, der er indgået mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og de fire tilstødende Landkreise, som har til formål at sikre en gensidighed ved deres affaldsbehandling. Søgsmålet vedrører ikke den aftale, hvori forholdet mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og driftslederen af Rugenberger-Damm-affaldsbehandlingsanlægget er fastlagt.

...

33 I henhold til direktivets artikel 1, litra c), kan den medkontrahent, der leverer tjenesteydelsen, være ”fysiske eller juridiske personer, herunder offentlige organer. Således er den omstændighed, at tjenesteyderen er et offentligt organ, der adskiller sig fra modtageren af tjenesteydelserne, ikke til hinder for anvendelsen af direktiv 92/50 (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 40, der vedrører en offentlig indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakt).

34 Det følger imidlertid af Domstolens praksis, at der ikke er pligt til at iværksætte et udbud, såfremt den offentlige myndighed, som er den ordregivende myndighed, fører en kontrol med en fra denne myndighed forskellig enhed, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne

tjenestegrene, på den betingelse, at denne enhed udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale sammenslutninger, den ejes af (jf. i denne retning Teckal-dommen, nævnt ovenfor i præmis 50, og dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 49).

35 Domstolen har endvidere for så vidt angår en kommunes uddelegering af public service-opgaver til et interkommunalt andelsselskab, hvis eneste formål er at levere tjenesteydelser til de tilsluttede kommuner, fastslået, at en sådan uddelegering lovligt kan gennemføres uden udbud, da de tilsluttede kommuner, på trods af de selvstændige aspekter ved forvaltningen af denne sammenslutning i form af en bestyrelse, skal anses for i fællesskab at føre denne kontrol (jf. i denne retning dom af 13.11.2008, sag C-324/07, Coditel Brabant, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 41).

36 Imidlertid er det i den foreliggende sag ubestridt, at de fire omhandlede Landkreise ikke fører nogen kontrol, der kan anses for at ligne den, der føres med deres egne tjenester, hvad enten det drejer sig om deres medkontrahenter, dvs. Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste, eller med driftslederen af Rugenberger Damm-affaldsforbrændingsanlægget, som er et selskab, hvis kapital delvis består af private midler.

37 Det skal imidlertid bemærkes, at den omtvistede aftale opretter et samarbejde mellem lokale sammenslutninger, der har til formål at sikre den fælles gennemførelse af en public service-opgave, dvs. bortskaffelse af affald. Det bemærkes, at denne opgave er knyttet til gennemførelsen af Rådets direktiv 75/442/EØF af 15. juli 1975 om affald (EFT L 194, s. 39), som forpligter medlemsstaterne til at udarbejde planer for håndtering af affald ved navnlig at træffe ”egnede foranstaltninger, hvorved der tilskyndes til at rationalisere indsamlingen, sorteringen og behandlingen af affaldet”, hvoraf en af de vigtigste af disse foranstaltninger i henhold til Rådets direktiv 91/156/EØF af 18. marts 1991 om ændring af artikel 5, stk. 16. i direktiv 75/442 (EFT L 78, s. 32) er at muliggøre bortskaffelse af affald på et af de nærmeste anlæg.

38 Desuden er det ubestridt, at den aftale, der er indgået mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og de omhandlede Landkreise, skal vurderes som et resultat af iværksættelsen af et interkommunalt samarbejde mellem parterne i samarbejdet, og at den indeholder krav, der kan sikre opgaven med bortskaffelse af affald. Den har nemlig til formål at gøre det muligt for Hamburg at opføre og drive et affaldsbehandlingsanlæg under de mest gunstige økonomiske forudsætninger takket være tilførslen af affald fra de tilstødende Landkreise, hvilket gør det muligt at opnå en kapacitet på 320 000 tons. Opførelsen af anlægget blev af denne årsag først besluttet og gennemført efter indgåelsen af aftalen med de fire omhandlede Landkreise om at anvende anlægget og om deres dertil svarende forpligtelser.

39 Formålet med denne aftale, som udtrykkeligt er anført i indledningen, består primært i Hamburg kommunes gaderengøringstjenestes forpligtelse til, for de fire omhandlede Landkreise, hvert år at stille en af-

faldsbehandlingskapacitet på 120 000 tons affald til rådighed med henblik på affaldsforbrænding i Rugenberger Damm-anlægget. Det er således dernæst præciseret i aftalen, at Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste på ingen måde er ansvarlig for driften af dette anlæg, ligesom der ikke tilbydes garanti i denne henseende. I tilfælde af, at anlægget ophører med at fungere, eller i tilfælde af funktionsforstyrrelser, er tjenestens forpligtelser begrænset til at tilbyde erstatningskapaciteter, men denne forpligtelse er imidlertid undergivet to forudsætninger. Dels skal det sikres, at bortskaffelsen af affald fra Hamburg prioriteres, dels skal kapaciteten være til rådighed i andre anlæg, som Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste har adgang til.

40 Som modydelse for affaldsbehandling i Rugenberger Damm-anlægget som beskrevet i denne doms foregående præmis, overfører de fire omhandlede Landkreise et årligt vederlag til Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste. Metoden for beregning heraf og de nærmere bestemmelser om betalingen er fastsat i aftalen. Leveringskapaciteterne og affaldsbehandlingen aftales hver uge mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og en mellemmand, der er udpeget af disse Landkreise. Det fremgår desuden af aftalen, at Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste, som driftslederen af anlægget er erstatningsansvarlig over for i tilfælde af, at disse Landkreise lider et tab, forpligter sig til at forsvare disses interesser over for driftslederen, herunder i givet fald i form af en retssag. Den omhandlede aftale indeholder ligeledes visse forpligtelser for de kontraherende lokale sammenslutninger, som er direkte involveret i public service-opgaven. Selv om Hamburg drager omsorg for de fleste tjenesteydelser, som er omfattet af aftalen, mellem kommunen og de fire omhandlede Landkreise, stiller disse Landkreise den bortskaffelseskapacitet til rådighed for Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste, som de ikke selv benytter, med henblik på at afhjælpe Hamburg kommunes gaderengøringstjenestes manglende bortskaffelseskapacitet. De har endvidere forpligtet sig til ved affaldsbehandlingen at acceptere mængder af slagger fra forbrænding, som ikke kan medvirke til at øge værdien i forhold til den mængde affald, de har leveret.

42 Hertil kommer, at kontrahenterne ifølge aftalen om fornødent skal yde hinanden bistand inden for rammerne af gennemførelsen af deres forskriftsmæssige pligt til at bortskaffe affald. Det er således bl.a. fastsat, at de fire omhandlede Landkreise under visse omstændigheder, såsom punktvisse overbelastninger af det omhandlede anlæg, forpligter sig til at begrænse omfanget af leveret affald og således accepterer at begrænse deres ret til adgang til forbrændingsfabrikken.

43 Endelig giver leveringen af affaldsbortskaffelsesydelse anledning til betaling af et beløb til en enkelt driftsleder af anlægget. Det følger derimod af bestemmelserne i den omhandlede aftale, at det samarbejde, den indfører mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og de fire berørte Landkreise, ikke internt mellem disse enheder giver anled-

ning til yderligere finanstransaktioner ud over dem, der svarer til godtgørelsen for den del af udgifterne, som påhviler disse Landkreise, men som betales af disse tjenester til driftslederen.

44 Det fremgår således, at den omtvistede aftale udgør både grundlaget og regelsættet for den fremtidige opførelse og drift af et anlæg til fuldførelsen af en public service-opgave, dvs. affaldsforbrænding. Aftalen blev udelukkende indgået af offentlige myndigheder, uden deltagelse fra en privat part, og den fastsætter eller foregriber ikke indgåelsen af offentlige aftaler, som eventuelt er nødvendige for opførelsen og driften af affaldsbehandlingsanlægget.

45 Domstolen har i relation hertil påpeget, at en offentlig myndighed kan opfylde de opgaver, som påhviler den med hensyn til imødekomme af almenhedens behov, gennem anvendelse af sine egne ressourcer, uden at være forpligtet til at gøre brug af eksterne organer, som ikke hører til dens tjenestegrene, og den kan også opfylde disse opgaver i samarbejde med andre offentlige myndigheder (jf. dommen i sagen Coditel Brabant, præmis 48 og 49).

46 Kommissionen præciserede desuden under retsmødet, at hvis det i denne sag omhandlede samarbejde fandt sted i form af oprettelsen af et offentligretligt organ, til hvilket de forskellige berørte sammenslutninger tildelte public service-opgaven med bortskaffelse af affald, ville den have anerkendt, at de berørte Landkreises anvendelse af anlægget ikke henhørte under bestemmelserne om offentlige udbud. Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at den tjenesteydelsesaftale, der er indgået mellem Hamburg kommunes gaderengøringstjeneste og de omhandlede Landkreise, i mangel af et sådant interkommunalt samarbejdsorgan skulle have været genstand for et udbud.

47 Det skal imidlertid først bemærkes, at fællesskabsretten ikke indeholder en forpligtelse for offentlige myndigheder til, med henblik på i fællesskab at sikre deres public service-opgaver, at anvende en særlig retlig form. For det andet kan et sådant samarbejde mellem offentlige myndigheder ikke anfægte den primære målsætning med fællesskabsreglerne på området for udbud, dvs. den frie udveksling af tjenesteydelser og en fri og ufordrejet konkurrence i alle medlemsstaterne, når gennemførelsen af dette samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse, og hvis princippet om ligebehandling af de berørte i direktiv 92/50 er sikret, således at ingen private virksomheder får en konkurrencefordel (jf. i denne retning dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 50 og 51).”

I Piepenbrock-dommen hedder det blandet andet:

”28 Det bemærkes, at en gensidigt bebyrdende aftale, der indgås skriftligt mellem en økonomisk aktør og en ordregivende myndighed, og som vedrører udførelsen af tjenesteydelser, der er omfattet af bilag II A til

direktiv 2004/18, i henhold til artikel 1, stk. 2, i dette direktiv udgør en offentlig kontrakt.

29 For det første er det i denne henseende uden betydning, dels om denne aktør selv er en ordregivende myndighed, dels at den berørte enhed ikke primært har fortjeneste for øje, at den ikke har en virksomhedsstruktur, eller at den ikke har en vedvarende tilstedeværelse på markedet (dom af 19.12.2012, sag C-159/11, Ordine degli Ingegneri della provincia di Lecce m.fl., endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 26).

30 For det andet udgør aktiviteter som dem, der er genstand for det i hovedsagen omhandlede aftaleudkast, bygningsrengøring, som er omfattet af kategori 14 i bilag II A til direktiv 2004/18.

31 For det tredje skal en aftale anses for indgået som »gensidigt bebyrdende« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, selv om det fastsatte vederlag er begrænset til godtgørelse af de udgifter, der er afholdt i forbindelse med leveringen af den aftalte tjenesteydelse (jf. i denne retning dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 29).

33 Det fremgår for det andet, at en sådan aftale ikke hører til de to kontrakttyper, som, skønt de er indgået af offentlige enheder, dog ikke falder inden for anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter.

34 Det drejer sig for det første om kontrakter, som en offentlig enhed har indgået med en anden juridisk person, når denne enhed fører en kontrol med den juridiske person, som svarer til den kontrol, enheden fører med sine egne tjenestegrene, og den juridiske person udfører hovedparten af sin virksomhed med den eller de enheder, som den ejes af (jf. i denne retning Teckal-dommen, præmis 50, og dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 32).

35 ...

36 Det drejer sig for det andet om aftaler, hvorved der oprettes et samarbejde mellem offentlige enheder, der har til formål at sikre gennemførelsen af en fælles public service-opgave (jf. dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 34).

37 I dette tilfælde finder de EU-retlige regler om offentlige kontrakter ikke anvendelse, for så vidt som sådanne kontrakter udelukkende er indgået mellem offentlige enheder uden nogen privat parts deltagelse, for så vidt som ingen privat tjenesteyder opnår en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter, og for så vidt som det oprettede samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse (dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 35).

38 Samtlige ovennævnte kriterier er kumulative, således at en kontrakt mellem offentlige enheder kun falder uden for anvendelsesområdet for de EU-retlige regler om offentlige kontrakter i kraft af denne undtagelse, såfremt den aftale, hvormed denne kontrakt indgås, opfylder alle

disse kriterier (jf. i denne retning dommen i sagen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., præmis 36).

39 Det fremgår imidlertid af den forelæggende rets konstateringer, at det i hovedsagen omhandlede aftaleudkast ikke synes at have til formål at oprette et samarbejde mellem de to kontraherende offentlige enheder med henblik på gennemførelsen af en fælles public service-opgave.

40 Det fremgår i øvrigt ligeledes af disse konstateringer, at denne aftale tillader, at der ved udførelsen af den i aftalen omhandlede opgave gøres brug af tredjemand, således at denne tredjemand får en fordel i forhold til andre virksomheder, der opererer på det samme marked.

41 Henset til ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at en aftale som den i hovedsagen foreliggende, ved hvilken en offentlig enhed overdrager rengøringsopgaven vedrørende visse kontor-, forvaltnings- og skolebygninger til en anden offentlig enhed – uden at oprette et samarbejde mellem de kontraherende offentlige enheder med henblik på gennemførelsen af en fælles public service-opgave – alt imens den forbeholder sig kompetencen til at kontrollere den rette udførelse af denne opgave, mod en økonomisk compensation, der skal svare til de omkostninger, der er forbundet med udførelsen af nævnte opgave, idet den anden enhed desuden kan betjene sig af tredjemand, som eventuelt er i stand til at agere på markedet for udførelsen af denne opgave, udgør en offentlig tjenesteydelseskontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra d), i direktiv 2004/18...”

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.

2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Ad betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*")

Norddjurs Kommune har ikke bestridt, at samarbejdsaftalen har en værdi, som overskrider tærskelværdien for ydelser omfattet af udbudslovens afsnit III, og at den derfor er udbudspligtig, medmindre undtagelsesbestemmelsen om såkaldt "horisontale aftaler" i udbudslovens § 15, om aftaler, der opretter et samarbejde mellem offentlige enheder med det formål at sikre gennemførelsen af en fælles public serviceopgave, finder anvendelse.

EU-Domstolens praksis i navnlig sag C-480/06 (Hamburg-dommen), og sag C-386/11, Piepenbrock, er i det væsentlige kodificeret i udbudsdirektivets artikel 12, stk. 4, og udbudslovens § 15, som må fortolkes i overensstemmelse hermed.

Udbudslovens § 15, stk. 1, nr. 3, jf. § 16, og direktivets artikel 12, stk. 4, littera c, jf. stk. 5, indeholder i den forbindelse en markedsandelsbegrænsning, som ikke direkte kan genfindes i Domstolens retspraksis. Efter de specielle bemærkninger til udbudslovens § 15, stk. 1, nr. 3, og betragtning 31 og 32 i præambelen til udbudsdirektivet, har den fastsatte begrænsning til formål at forhindre konkurrenceforvridning, f.eks. ved at fordelene ved samarbejdet mellem de ordregivende myndigheder anvendes til at underbyde konkurrenter på det åbne marked igennem krydssubsidiering mellem de aktiviteter, der udgør den offentlige tjeneste og eventuelle relaterede tjenester, der udføres på det åbne marked. Bestemmelsen må i lyset heraf og efter sin ordlyd forstås sådan, at den sigter mod de tilfælde, hvor ordregivende myndigheder har aktiviteter på det åbne marked – med leverance til andre end dem selv –

som er i konkurrence med private aktører. Den heraf følgende risiko for krydssubsidiering fra in-house public service-ydelsen til aktiviteten på det åbne marked imødegås i sådanne tilfælde ved begrænsningen i, hvor stor aktiviteten på det åbne marked kan være (mindre end 20 %), hvis myndighederne samtidig ønsker at indgå i et ikke-udbudspligtigt horisontalt samarbejde. Bestemmelsen kan derimod ikke forstås som en begrænsning i myndighedernes adgang til – i den udvidede form for in-house, som et horisontalt samarbejde efter udbudslovens § 15 udgør – til sig selv at producere og levere ydelser af almen interesse. Dette gælder, uanset om de pågældende ydelser, hvis myndighederne valgte at gøre det, også ville kunne købes hos en privat leverandør.

Samarbejdsaftalen er efter sit indhold og det i øvrigt oplyste indgået med henblik på at opfylde Norddjurs Kommunes og Randers Kommunes forpligtelser efter servicelovens § 83, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 2, til at tilbyde til personer, som på grund af midlertidigt eller varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne eller særlige sociale problemer ikke selv kan udføre disse opgaver, og efter § 91, stk. 1, til at skabe grundlag for modtagerne af hjælp efter § 83 valg mellem to eller flere leverandører, hvoraf den ene leverandør skal være kommunal. Samarbejdet indebærer ikke, at kommunerne opnår overskud, og har heller ikke på anden vis forretningsmæssig karakter. Der indgår endvidere ikke private aktører, som igennem samarbejdet ville kunne blive stillet mere fordelagtigt end den pågældendes konkurrenter.

Den lovpligtige madservice efter servicelovens § 83, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 2, der efter det foreliggende alene leveres til de to samarbejdende kommuners egne borgere, som er visiteret til ydelsen, anses for en ydelse af almen interesse. Betingelserne i udbudslovens § 15, nr. 2 og 3, samt i nr. 1, om et formål om at sikre levering af offentlige tjenester, som de to kommuner skal levere, må dermed anses for opfyldt.

Spørgsmålet er dernæst, om betingelsen i udbudslovens § 15, nr. 1, om ”samarbejde” om ”fælles” målsætninger, eller med andre ord at der skal være tale om et reelt samarbejde, er opfyldt.

Ved vurderingen heraf finder klagenævnet, at der må lægges vægt på indholdet af den indgåede samarbejdsaftale af 29. november 2017. Efter det oplyste er udkastet til allonge således ikke på nuværende tidspunkt tiltrådt

af parterne som, jf. de ligeledes fremlagte referater af styregruppemøder, fortsat drøfter den nærmere udformning af allongen. Den omstændighed, at medlemmerne af styregruppen på en række punkter har erklæret sig enige om, hvorledes allongen bør udformes, kan herved ikke tages som udtryk for, at de pågældende ændringer er endeligt aftalt mellem parterne. Det er således samarbejdsaftalen af 29. november 2017, der må tages som udtryk for det aftalte, og dermed lægges til grund ved klagenævnets bedømmelse.

Formålet med samarbejdsaftalen er ifølge pkt. 1 at etablere et samarbejde om løsning af kommunernes forpligtelse efter servicelovens § 83, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 2, til at tilbyde madservice, idet der i fællesskab skal produceres mad og i fællesskab ske en udvikling af madtilbuddet med henblik at understøtte rehabilitering og fremme sundhed og god ernæring. Ifølge pkt. 3.2 og 4 skal ansatte i Randers Kommune i Randers Kommunes produktionskøkken producere den mad, som skal leveres til modtagerne af madservice i det to kommuner. Randers Kommune har, jf. pkt. 3.2 og pkt. 7, det daglige driftsmæssige ansvar og udarbejder budget og regnskab, ligesom Randers Kommune ifølge pkt. 9 er databehandler for Norddjurs Kommune. De to kommuner er, jf. pkt. 2, hver især ansvarlige for visitation, opstartsbesøg, madudbringning og kostvejledning til modtagerne i egen kommune, dog således at der vil være en løbende koordinering mellem parterne heraf. Norddjurs Kommunes bidrag er – udover betaling af udgiften til madproduktionen til egne borgere – at deltage i koordinering, udvikling af madtilbuddet, fastsættelse af kvalitetskrav, udarbejdelse af fælles information til borgere og medarbejdere, erfaringsopsamling, økonomiske drøftelser og fastlæggelse af arbejdsgange, via en etableret styregruppe, jf. pkt. 3.1. Herudover er der ifølge pkt. 6 en forpligtelse til gensidigt at stille kølebiler til rådighed for hinanden i forbindelse med service og reparation mv. af den anden parts biler.

Ifølge betragtning 33 til udbudsdirektivet, som stemmer overens med, hvad der følger af Hamburg-dommen, er det ikke et krav, at alle de deltagende myndigheder påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse.

Efter samarbejdsaftalen leverer Randers Kommune utvivlsomt hovedydelsen i form af madproduktion, hvilket sker mod omkostningsgodtgørelse som anført i samarbejdsaftalens pkt. 7 fra Norddjurs Kommune. Klagenæv-

net finder, at parterne efter det, som i øvrigt er anført i aftalen, foreløbigt vurderet må anses for at have indgået et gensidigt forpligtende samarbejde i almen interesse om ikke blot at producere, men også at udvikle madservice efter servicelovens § 83, og at Norddjurs Kommune ved aftalen har påtaget sig forpligtelser, der ligger udover den rene betaling for Randers Kommunes madproduktion, og som har en anden karakter end de styrings- og samarbejdsmechanismer, der vil kunne findes i en almindelig udbudspligtig tjenesteydelseskontrakt.

Med hensyn til kravet i udbudslovens § 15, nr. 3, om, at de offentlige myndigheder på det åbne marked udfører mindre end 20 % af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet, må den lovpligtige madservice til de borgere, som er visiteret hertil i de to kommuner, anses for en (udvidet) in-house-ydelse, som ikke leveres på et åbent marked. For så vidt som ydelserne ”ekstratilbud”, som nævnes i brevet fra Madservice Kronjylland, kan anses for aktiviteter på et åbent marked, synes denne aktivitet efter beskrivelsen og det i øvrigt oplyste at være marginal set i forhold til hovedydelsen. På det foreliggende grundlag kan tærsklen på mindre end 20 % i udbudslovens § 15, nr. 3, herefter ikke anses for overskredet.

Betingelserne i udbudslovens § 15 må herefter foreløbigt vurderet anses for opfyldt. Der er herefter ikke udsigt til, at klagerens påstand 1 vil blive taget til følge.

Der er dermed heller ikke udsigt til, at påstandene om, at samarbejdsaftalen skal erklæres uden virkning, subsidiært annullation, og/eller fastsættelse af en alternativ økonomisk sanktion i påstand 2-4 vil blive taget til følge.

Da betingelsen om fumus boni juris herefter ikke er opfyldt, tillægges klagen ikke opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
Kontorfuldmægtig