

K E N D E L S E

PlejeDanmark ApS
(selv)

mod

Hvidovre Kommune
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 078-188163 af 17. april 2019, offentliggjort den 19. april 2019, udbød Hvidovre Kommune som begrænset udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit III en rammeaftale om personlig pleje og praktisk hjælp efter serviceloven og sundhedsloven.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 6. maj 2019 havde fem virksomheder anmodet om prækvalifikation, herunder PlejeDanmark ApS ("PlejeDanmark") og DFS Plus ApS ("DFS Plus").

Den 10. maj 2019 besluttede kommunen at prækvalificere følgende virksomheder:

- Cura Pleje ApS
- DFS Plus
- Human Care A/S

Den 21. maj 2019 indgav PlejeDanmark klage til Klagenævnet for Udbud over Hvidovre Kommunes prækvalifikationsbeslutning. Klagen har været behandlet skriftligt.

PlejeDanmark har nedlagt følgende påstande (redigeret):

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Hvidovre Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at prækvalificere DFS Plus til trods for, at DFS Plus' ansøgning i forhold til Rammeaftale bilag 1 ikke var konditionsræssig, da firmaet ikke opfyldte de mindstekrav vedrørende økonomisk formåen om soliditetsgrad og likviditetsgrad, der var fastsat i udbudsmaterialet punkt III.1.4)

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Hvidovre Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise prækvalifikationsansøgningen fra PlejeDanmark som ikke-konditionsræssig.

Hvidovre Kommune har vedrørende påstand 1 og 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 17. april 2019 indeholder følgende:

” ...

II.1.4)

Kort beskrivelse:

Hvidovre Kommune udbyder personlig pleje og praktisk hjælp efter serviceloven samt uddelegerede sundhedslovsydelser.

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Ordregiver udbyder personlig pleje og praktisk hjælp ud fra følgende overordnede betragtninger:

- Målgruppen for de udbudte opgaver er borgere, der er visiteret til personlig pleje og/eller praktisk hjælp og/eller rehabiliteringsforløb (Serviceloven § 83, § 83a), afløsning af nære pårørende (Serviceloven § 84, stk. 1) og/eller delegerede hjemmesygeplejeydelser (Sundhedsloven § 138),

- Ordregivers til enhver tid gældende kvalitetsstandarder og tilhørende indsatskatalog med det i disse beskrevne serviceniveauer udgør rammen for Leverandørens opgaveløsning,
- Formålet med indsatsen er at støtte og hjælpe borgeren, så borgeren forbedrer, genvinder og/eller bevarer sit fysiske eller psykiske funktionsniveau,
- Ordregiver arbejder med udgangspunkt i at gøre borgeren selvhjulpent, og Leverandøren skal derfor levere både praktisk og personlig hjælp, samt hverdagsrehabilitering i henhold til servicelovens § 83a,
- Leverandøren skal overholde den til enhver tid gældende lovgivning, notatpligten samt ændringer i praksis.

...

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

...

III.1.4) Objektive regler og kriterier for deltagelse
 Liste over og kort beskrivelse af regler og kriterier:

...

- Ansøger skal kunne opfylde de i udbudsbetingelserne anførte mindstekrav til økonomisk og faglig formåen. Der kræves årlig nettoomsætning indenfor levering af personlig pleje og praktisk hjælp på minimum 15 000 000 DKK, soliditetsgrad på 20%, likviditetsgrad på 100%. Der må ikke være taget forbehold for fremtidig drift.
- Oplysningerne skal være fra det seneste disponible regnskabsår.

...

IV.1.11) Tildelingsprocedurens hovedtræk:

Udbuddet gennemføres efter bestemmelserne i Udbudslovens afsnit III om light-ydelser (Sociale og andre specifikke tjenesteydelser).

Udbuddet gennemføres som et begrænset udbud med efterfølgende forhandling.

...”

...

I udbudsbetingelserne hedder det blandt andet:

”1.5 Beskrivelse af udbuddet

...

For nuværende er der foruden den kommunale hjemmepleje yderligere 3 tilknyttede private leverandører hos Ordregiver. Det er hensigten, at der som resultat af udbuddet indgås aftale med 1 privat leverandør foruden den kommunale hjemmepleje, således at der i alt er maksimalt 2 leverandører, der varetager opgaveløsningen. Den kommunale hjemmepleje hos Ordregiver fortsætter således og deltager ikke i udbuddet.

...

De borgere der i dag får udført indsatser fra private leverandører, skal træffe deres frie valg inden 3 uger, fra modtagelsen af information om leverandørvalg, ellers overgår de automatisk til den private Leverandør.

...

2.1 Ansøgning om prækvalifikation

Ansøgeren skal som led i ansøgningen medsende en udfyldt udgave af tro- og Love erklæringen, jf. Rammeaftalebilag 1 - Ansøgningsoplysninger, der fungerer som foreløbigt bevis for, at Ansøger, Andre Enheder eller Sammenslutningen opfylder kriterierne med hensyn til udelukkelse, egnethed og udvælgelse. Disse oplysninger skal senere verificeres jf. punkt 2.5.

...

2.1.2 Økonomisk og finansiell formåen

Ansøger skal oplyse om følgende nøgletal for det seneste disponible regnskabsår ved tidspunktet for ansøgningsfristen.

- Årlig nettoomsætning på personlig hjælp og praktisk hjælp
- Soliditetsgrad
- Likviditetsgrad
- Forbehold for fremtidig drift

Det er et mindstekrav, at Ansøger har en samlet årlig nettoomsætning inden for levering af personlig pleje og praktisk hjælp på minimum 15 mio. kr. i det seneste disponible regnskabsår.

Det er et mindstekrav, at Ansøger har en soliditetsgrad på mindst 20 % i det seneste disponible regnskabsår.

Det er et mindstekrav, at Ansøger har en likviditetsgrad på mindst 100 % i det seneste disponible regnskabsår.

...

Ansøger skal oplyse den økonomiske og finansielle formåen i Rammeaftalebilag 1 - Ansøgningsoplysninger.

...

2.2 Sammenslutninger eller Andre Enheder

Såfremt en Sammenslutning søger om prækvalifikation (eks. konsortium) eller såfremt Ansøger baserer sin egnethed på Andre Enheders formåen, vil der i relation til punkt 2.4 ske en vurdering af Ansøgers samlede kapacitet, hvorfor der maksimalt afleveres 3 referencer for Sammenslutningen eller Ansøger og Andre Enheder.

...

2.5 Verificering af oplysninger

I forlængelse af underretning om prækvalifikationen skal Ansøger, Andre Enheder og Sammenslutninger, på Ordregivers opfordring fremlægge dokumentation i henhold til udbudslovens §§ 144 og 152 for de oplysninger, som er afgivet i Rammeaftalebilag 1 - Ansøgningsoplysninger i forbindelse med prækvalifikationen.

I punkt 2.5.1, 2.5.2 og 2.5.3 beskrives det, hvorledes denne dokumentation skal fremlægges.”

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 6. maj 2019 indleverede blandt andre PlejeDanmark og DFS Plus ansøgning om prækvalifikation.

Vedlagt ansøgningen fra PlejeDanmark var et udfyldt rammeaftalebilag 1 med oplysning om virksomhedens økonomiske nøgletal. I dokumentet står der:

”

Regnskabsår (seneste disponible)	2017/2018
Årlig nettoomsætning på personlig pleje og praktisk hjælp (minimum 15 mio. DKR)	8.531.313,00 DKK
Soliditetsgrad (minimum 20 %)	

Udregnes på følgende måde (egenkapital/samlede aktiver)	58%
Likviditetsgrad (minimum 100 %) Udregnes på følgende måde (Omsætningsaktiver/Kortfristede gældsforpligtelser)	263 %
Der må ikke være taget forbehold for fremtidig drift i det seneste di- sponible regnskabsår	

”

DFS Plus' ansøgning om prækvalifikation indeholder følgende nøgletal:

”

Regnskabsår (seneste disponible)	2018
Årlig nettoomsætning på personlig pleje og praktisk hjælp (minimum 15 mio. DKR)	43.441.985
Soliditetsgrad (minimum 20 %) Udregnes på følgende måde (egenkapital/samlede aktiver)	26,7%
Likviditetsgrad (minimum 100 %) Udregnes på følgende måde (Omsætningsaktiver/Kortfristede gældsforpligtelser)	127,7
Der må ikke være taget forbehold for fremtidig drift i det seneste di- sponible regnskabsår	Der er ikke aflagt regnskab for 2018, der henvises til årsrapport 2017, hvoraf der ikke fremgår forbehold.

”

Ved brev af 10. maj 2019 meddelte Hvidovre Kommune, at ansøgningen fra PlejeDanmark var vurderet ikke-konditionsmæssig. I brevet står der:

”...

Hvidovre Kommune må desværre meddele, at jeres ansøgning er blevet vurderet ikke-konditionsmæssig og således ikke er medtaget i evalueringen. Dette skyldes følgende forhold:

- Manglende opfyldelse af mindstekravet vedrørende nettoomsætning.

Det fremgår af udbudsbetingelserne pkt. 2.1.2 vedrørende økonomisk og finansiel formåen, at ”det er et mindstekrav, at Ansøger har en samlet årlig nettoomsætning inden for levering af personlig pleje og praktisk hjælp på minimum 15 mio. kr. i det seneste disponible regnskabsår.”

Hvidovre Kommune har gennemgået de indkomne ansøgninger i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes afsnit 2.

Udvælgelsen er sket på baggrund af kriterier vedrørende økonomisk og finansiel formåen og kriterier vedrørende teknisk og/eller faglig formåen, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 2.

Hvidovre Kommune har herefter besluttet at prækvalificere følgende 3 virksomheder, da de lever op til Hvidovre Kommunes angivne mindstekrav:

- Cura Pleje ApS
- DFS plus ApS
- Human Care A/S
- ...

Parternes anbringender

Ad påstand 1

PlejeDanmark har gjort gældende, at Hvidovre Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at prækvalificere DFS Plus.

PlejeDanmark har nærmere anført, at virksomheden via dialog med andre leverandører har fået oplysning om, at ansøgningen fra DFS Plus, som Hvidovre Kommune har prækvalificeret og dermed inviteret videre til næste udbudsrunde, ikke lever op til de stillede krav vedrørende økonomisk formåen om soliditetsgrad og likviditetsgrad og dermed også var ukonditionsmæssig.

Hvidovre Kommune har gjort gældende, at det var i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at prækvalificere DFS

Plus, idet virksomheden på baggrund af det udfyldte rammeaftalebilag 1 opfyldte alle de fastsatte egnetheds-/udvælgelseskrav.

Kommunen havde fastsat mindstekrav om en soliditetsgrad på mindst 20 % og likviditetsgrad på mindst 100 % i det seneste disponible regnskabsår. I DFS Plus' udfyldte rammeaftalebilag 1 var der angivet en soliditetsgrad på 26,7 % og en likviditetsgrad på 127,7 % for det seneste regnskabsår.

De øvrige økonomiske mindstekrav, som var stillet ved udbuddet, men som ikke er omfattet af påstand 1, var opfyldt af DFS Plus ifølge oplysningerne i rammeaftalebilag 1. Dertil kommer, at oplysningerne i relation til den tekniske/faglige kapacitet også levede op til de stillede mindstekrav ved udbuddet, ligesom det var erklæret, at virksomheden ikke var omfattet af de relevante udelukkelsesgrunde.

Hvidovre Kommune kunne således i lyset af DFS Plus' rammeaftalebilag 1 lægge til grund, at virksomheden levede op til alle de stillede mindstekrav til egnethed ved udbuddet, og at ansøgningen dermed var konditionsmæssig.

Det var anført under udbudsbetingelsernes punkt 2.1, at rammeaftalebilag 1 alene tjente som et *foreløbigt bevis* for opfyldelse af kriterierne i relation til egnethed og udelukkelse. Det var ligeledes tydeliggjort i udbudsbetingelsernes punkt 2.5, at kommunen først på et tidspunkt *efter* udsendelse af underretning om prækvalifikation ville foretage verifikation af oplysningerne i rammeaftalebilag 1. Hvidovre Kommune har igangsat verifikationsprocessen i relation til disse oplysninger. Skulle det i den forbindelse vise sig, at de oplysninger, som DFS Plus har anført i rammeaftalebilag 1, ikke er korrekte, vil Hvidovre Kommune træffe de nødvendige foranstaltninger.

Ad påstand 2

PlejeDanmark har gjort gældende, at Hvidovre Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at prækvalificere PlejeDanmark.

Virksomheden har nærmere anført, at PlejeDanmark gennem 10 år har leveret personlig pleje og praktisk hjælp i Hvidovre Kommune, og at Hvidovre Kommune derved kender virksomheden. Dette gælder både i forhold til

virksomhedens økonomi og kvalitet. PlejeDanmark har anført, at udbuddet ekskluderer allerede eksisterende leverandører på grund af urimelige krav. Det eneste krav, som PlejeDanmark ikke levede op til i forhold til prækvalifikationen, var kravet om en årlig nettoomsætning på 15 mio. kr. PlejeDanmarks nettoomsætning ligger på knap 10 mio. kr., og virksomhedens økonomi er både stærk og sund. PlejeDanmark har således en meget god likviditets- og soliditetsgrad.

Hvidovre Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at afvise PlejeDanmarks anmodning om prækvalifikation.

Hvidovre Kommune har nærmere anført, at kommunen havde fastsat et sædvanligt og sagligt mindstekrav om ”samlet årlig nettoomsætning inden for levering af personlig pleje og praktisk hjælp på minimum 15 mio. kr. i det seneste disponible regnskabsår.” At der kan stilles et sådant mindstekrav til ansøgers omsætning inden for det udbudte område følger direkte af udbudslovens § 154, stk. 1, nr. 3, og af udbudslovens § 142, stk. 2, modsætningsvis.

Mindstekravet fremgik utvetydigt af udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne og af det rammeaftalebilag 1, som ansøgerne skulle udfylde i forbindelse med prækvalifikationsansøgningen.

Kommunen havde angivet sine mindstekrav som adskilte og individuelle mindstekrav, der skulle opfyldes hvert og et. Manglende opfyldelse af blot et enkelt mindstekrav i relation til den økonomiske og finansielle formåen var således tilstrækkeligt til, at en virksomhed ikke kunne betragtes som konditionsmæssig.

Af PlejeDanmarks rammeaftalebilag 1 fremgik, at virksomheden havde en samlet årlig nettoomsætning på 8.531.313,00 kr. i det seneste disponible regnskabsår. PlejeDanmark opfyldte dermed ikke det stillede mindstekrav i relation til omsætning, og kommunen havde ikke andre muligheder end at afvise virksomhedens ansøgning. Det ville utvivlsomt have udgjort en overtrædelse af udbudslovens §§ 2 og 188, hvis Hvidovre Kommune havde taget PlejeDanmarks ansøgning om prækvalifikation i betragtning. Som ordregivende myndighed var kommunen således forpligtet til at følge den procedure, herunder de krav og kriterier for udvælgelse, som var fastlagt i

udbudsmaterialet. Det faktum, at PlejeDanmark opfyldte de øvrige mindstekrav til egnethed og – som anført i klageskriftet – måtte have en ”stærk og sund” økonomi, kunne ikke påvirke kommunens vurdering af, om PlejeDanmark opfyldte det stillede mindstekrav til omsætning. Det faktum, at PlejeDanmark er eksisterende leverandør af hjemmeplejeydelser til Hvidovre Kommune, og at kommunen kender virksomheden, kunne i sagens natur heller ikke påvirke kommunens vurdering af ansøgningen for så vidt angår det stillede mindstekrav til omsætning, jf. herved klagenævnets kendelse af 20. april 2016, Backbone Aviation A/S mod Danmarks Meteorologiske Institut, og kendelse af 2. september 2016, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

Hvidovre Kommune har endelig anført, at mindstekravet har en helt generel rækkevidde og stiller ikke kommunens eksisterende leverandører dårligere end andre leverandører. At der specifikt er krævet en minimumsomsætning på 15 mio. kr. i seneste disponible regnskabsår, skyldes, at kommunen ønskede, at en kommende leverandør kan påvise og dokumentere, at leverandørens organisation er gearet og vant til at håndtere et stort antal borgere, og at leverandøren på den baggrund har kunnet generere en større omsætning på ydelserne. Et krav om omsætning på mindst 15 mio. kr. i seneste disponible regnskabsår kan endvidere ikke anses for uproportionelt, henset til at kommunen forventer at aftage ydelser for ca. 20-25 mio. kr. årligt på den udbudte rammeaftale.

PlejeDanmark, der ikke selv kunne opfylde mindstekravet vedrørende omsætning, kunne have valgt at deltage i udbuddet sammen med andre virksomheder eller kunne have baseret sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen med den konsekvens, at der ville blive lagt vægt på den samlede omsætning hos ansøgerkonstellationen, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 2.2.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Hvidovre Kommune fastsatte i forbindelse med sit udbud af rammeaftalen om personlig pleje og praktisk hjælp et mindstekrav vedrørende økonomisk og finansiell kapacitet, hvorefter ansøgere blandt andet skulle have en soliditetsgrad på mindst 20 % og en likviditetsgrad på mindst 100 %. Ansøgnin-

gens oplysninger om disse økonomiske nøgletal skulle være fra det seneste disponible regnskabsår. Kravet var blandt andet anført i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne.

I prækvalifikationsansøgningen fra DFS Plus fremgår, at virksomheden i det seneste regnskabsår havde en soliditetsgrad på 26,7 og en likviditetsgrad på 127,7.

Kommunens beslutning om at prækvalificere DFS Plus på baggrund af de oplysninger, som var anført i ansøgningens rammeaftalebilag 1, var dermed i overensstemmelse med udbudslovens § 2. Det var således i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at Hvidovre Kommune foreløbigt lagde til grund, at DFS Plus levede op til mindstekravet om egnethed i relation til økonomisk og finansiell kapacitet.

Herefter, og idet PlejeDanmark ikke har anført yderligere anbringender til støtte for påstanden, tages påstand 1 ikke til følge.

Ad påstand 2

PlejeDanmark har i sin ansøgning om prækvalifikation vedlagt oplysninger om virksomhedens omsætning i 2017/2018. Det tal, som PlejeDanmark har oplyst, ligger ubestridt under det tal, som Hvidovre Kommune har fastsat som et mindstekrav i udbudsmaterialet.

Hvidovre Kommune var på denne baggrund forpligtet til at afvise ansøgningen som sket. At virksomheden er eksisterende leverandør, og at Hvidovre Kommune derfor har særligt kendskab til virksomhedens økonomi og kvalitet kunne ikke indgå som et lovligt element i kommunens vurdering af prækvalifikationsansøgningen. Det var således ud fra de foreliggende oplysninger i overensstemmelse med udbudslovens § 2, at ansøgningen fra PlejeDanmark blev afvist som ikke-konditionsmæssig.

Påstanden tages ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

PlejeDanmark ApS skal i sagsomkostninger til Hvidovre Kommune betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig