

NOTAT VEDRØRENDE FEJL BEGÅET IFM. UDBUD AF FAMILIEPLEJE PÅ BORNHOLM

1 INDLEDNING

Min klient Familieplejen Bornholm har til brug for direktionsbehandling i Bornholms Regionskommune (herefter "**Kommunen**") anmodet mig om at redegøre for de fejl og mangler, som jeg kan konstatere i Kommunens udbud af familiepleje på Bornholm.

Til brug for min gennemgang og vurdering har jeg fået udleveret følgende materiale:

- Tender_Udbud – konsulentydelse med anbringelse af børn og unge i familiepleje, af-
lastningsordn. i plejefam. for børn og unge samt døgnoph. i plejefam. for barnets og
forældremyndighedsindehaver
- Udbudsbetingelser
- Rameaftale
- Retningslinjer for vederlag, enkeltydelse mv. ved plejefamilieanbringelser
- SchemaUdbud – konsulentydelse i forb. m. (udbudsbekendtgørelse)
- Kravspecifikation og løsningsbeskrivelse
- Skema 1 – Tilbudsliste
- Skema 2 – Konsortieerklæring
- Skema 3 – Støtteerklæring
- Skema 4 – Tro- og loveerklæring
- Skema 5 – Præsentation af virksomheden
- Skema 6 – Nøgletalsformular
- Skema 7 – Referenceliste
- Skema 8 – Mulig aktindsigt
- Evalueringsnotat af kvalitetsvurderingen for udbud af konsulentydelse i forbindelse
med anbringelse af børn og unge i familiepleje
- Tilbud indleveret af Familieplejen Bornholm
- Kontrolbud indleveret af Bornholms Regionskommune ved Center for Børn og Familie
- E-mailkorrespondance af 3.-11. juni 2020 mellem Center for Børn og Familie og NB
Consult ApS

2 OVERTRÆDELSE AF KONTROLBUDSBEKENDTGØRELSEN

Min gennemgang viser, at Kommunen på væsentlige og afgørende punkter har overtrådt Kontrolbudsbekendtgørelsen.

2.1 Kontrolbudsbekendtgørelsen finder anvendelse

I henhold til Bekendtgørelse 2008-06-24 nr. 607 om kommuners og regioners beregning og afgivelse af kontrolbud (herefter "**Kontrolbudsbekendtgørelsen**") finder bekendtgørelsen anven-

delse, når en kommune beregner omkostninger ved kommunens egen udførelse af en opgave, som kommunen beslutter at sende i udbud, jf. Kontrolbudsbekendtgørelsen § 1.

I ovennævnte sag har Kommunen besluttet at sende opgaven forbundet med anbringelse af børn og unge i familiepleje i udbud, ligesom Kommunen har besluttet at beregne omkostningerne forbundet med kommunens eventuelle egen udførelse af samme opgave. Kontrolbudsbekendtgørelsen finder således anvendelse.

2.2 Afgivelse af kontrolbud

Det er bestemt i Kontrolbudsbekendtgørelsen § 4, stk. 1, at det skal fremgå af udbudsannoncen og udbudsmaterialet, hvis Kommunen foretager et kontrolbud.

Det fremgår af Vejledning 2008-06-24 nr. 32 om kommuners og regioners beregning og afgivelse af kontrolbud (herefter "**Vejledningen**"), at *"det er vigtigt, at eksterne leverandører, der overvejer at udarbejde et tilbud, kender betingelserne, herunder om kommunen eller regionen udarbejder kontrolbud. Dette skal derfor oplyses i udbudsannoncen og i udbudsmaterialet."*

Kommunen har ikke iagttaget § 4, stk. 1, idet det intet sted i udbudsmaterialet er angivet, at Kommunen agtede at afgive kontrolbud.

Kontrolbuddet skal desuden foretages på samme vilkår som eksterne bud og som specificeret i udbudsmaterialet, jf. § 4, stk. 3. Det medfører, at kontrolbuddet skal være underlagt de samme vilkår som eksterne tilbud. Nedenfor under punkt 5 redegør jeg for, at kontrolbuddet ikke har overholdt udbudsbetingelsernes punkt 1.3 ved at beregne takster, som overskrider KL's takster.

Endelig fremgår det af Kontrolbudsbekendtgørelsen § 4, stk. 4, at vurderingen af de indkomne eksterne tilbud og kommunens kontrolbud skal foretages således, at der ikke deltager nogen, der har medvirket ved udarbejdelsen af kontrolbuddet.

Af Vejledningen til § 4, stk. 4 fremgår endvidere, at *"det er også i øvrigt kommunens eller regionens pligt at sikre, at der ikke opstår habilitetsproblemer i udbudsprocessen."*

Det fremgår af ovennævnte interne e-mailkorrespondance, som jeg har fået udleveret som en del af en aktindsigtsbehandling, at enheden ansvarlig for kontrolbuddet har haft mulighed for at påvirke udbudsprocessen, hvilket er en klar overtrædelse af kontrolbudsbekendtgørelsen, jf. § 4, stk. 4.

3 OVERTRÆDELSE AF UDBUDSLOVEN

Min gennemgang viser, at kommunen har overtrådt Udbudsloven både ved formuleringen af evalueringsmodellen for pris og ved evalueringen af kvalitet.

3.1 Evalueringsmodellen – Pris

Den udbudte kontrakt omhandler en social tjenesteydelse, hvilket medfører, at udbuddet kan foretages efter Udbudslovens afsnit III (light regimet).

Værdien af kontrakten andrager ifølge udbudsmaterialet 22,2 mio. kr. Tærskelværdien for anvendelse af Lov 2015-12-15 nr. 1564 Udbudsloven (herefter "**Udbudsloven**") er således nået, idet tærskelværdien for sociale tjenesteydelseskontrakter i 2020 er 5.595.391 kr.¹, jf. Udbudslovens § 7.

I henhold til disse regler har Kommunen ganske vist større råderum i forbindelse med fastlæggelse af udbudsproceduren end ved udbud af andre opgaver, men light regimet ændrer ikke ved, at Kommunen fortsat har pligt til at iagttage Udbudslovens § 2 om overholdelse af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, ligesom Kommunen skal fastsætte kriterier for tildeling, jf. Udbudslovens § 186.

Princippet om gennemsigtighed medfører, at Kommunen skal sikre, at alle relevante oplysninger om den udbudte kontrakt er tilgængelige for de økonomiske aktører, og at tildelingen af kontrakten sker i overensstemmelse med principperne for ligebehandling og gennemsigtighed, der sætter tilbudsgiveren i stand til at vurdere, om Kommunen overholder de betingelser, der er opstillet for tildelingen af kontrakten.

Evalueringsmetoden i nærværende udbud er fastlagt således, at det er de indkomne tilbud, der fastsætter spændet for de tildelte point. Kommunen har dermed overtrådt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at beskrive evalueringsmetoden i overensstemmelse hermed.

Bornholms Kommune har angivet følgende i udbudsbetingelsernes punkt 6.2.2:

"Laveste tilbudte pris – pr. ydelse – tildeles maksimumscoren 9 point, og på baggrund heraf tildeles point ud fra den procentuelle afvigelse fra laveste tilbudte pris.

*Det vil sige: $Point = Maksimumpoint * laveste pris / tilbudte pris - pr. ydelse.$ "*

Der er altså tale om en lineær funktion, hvor det billigste tilbud afgør, hvorledes de øvrige tilbud placeres på linjen i forhold til procentuel afvigelse.

Udbudslovens § 160 fastsætter detaljerede bestemmelser om beskrivelse af evalueringsmodeller. Bestemmelsen genfindes i modsætning til de fleste af lovens øvrige bestemmelser ikke i Udbudsdirektivet, men er den danske lovgivers udlægning af, hvad principperne for ligebehandling og gennemsigtighed betyder for formuleringen af evalueringsmodeller. Uanset at bestemmelsen ikke er gjort direkte anvendelig for udbudsprocedurer efter light regimet, må det anta-

¹ Som forhøjet ved EU-Kommissionens forordning nr. 2019/1828/EU, 2019/1829/EU, 2019/1827/EU og 2019/1830/EU af 30. oktober 2019

ges, at principperne i bestemmelsen i vidt omfang finder tilsvarende anvendelse, idet de nævnte principper ligefuldt gælder for udbud efter light regimet.

Af § 160 fremgår:

”En ordregiver skal i udbudsmaterialet fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringssmodellen. Specifikke parametre i evalueringssmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Parametrene i evalueringssmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.”

Ud fra disse principper skal kommunen således på forhånd beskrive, hvordan parametrene i evalueringssmodellen fastlægges. Kommunen kan f.eks. vælge at lade hældningsgraden i en pointmodel med lineær interpolation være afhængig af de indkomne tilbud som sket, men det skal dog i så fald entydigt fastlægges og beskrives på forhånd i udbudsmaterialet, hvordan den endelige hældningsgrad afhænger af de indkomne tilbud. Det kan eksempelvis beskrives, at tilbud med den laveste pris vil modtage det maksimale point, at priser der er 50 % højere end tilbud med den laveste pris tildeles 0 point, og at der foretages en lineær interpolation mellem disse to punkter. I så tilfælde vil evalueringssmodellen lovligt kunne danne grundlag for tildeling af point.

Den ovenfor citerede evalueringssmodel i udbuddet lever ikke op til gennemsigtighedsprincippet og principperne i Udbudslovens § 160, idet det for tilbudsgiverne er ukendt, hvad hældningsgraden på den lineære linje er.²

3.2 Evalueringssmodellen – Kvalitet

Om end såvel kontrolbuddet som tilbuddet fra Familieplejen Bornholm er velformulerede, fremgår det direkte af Kommunens evalueringsskema, at der ikke er sket den fornødne ligebehandling, jf. Udbudslovens § 2.

Således har Kommunen ikke ligebehandlet lige gode besvarelser, ligesom Kommunen ikke har ladet kontrolbuddets mangler vægte negativt i lige så stort omfang som tilfældet er med mangler ved Familieplejen Bornholms tilbud.

Eftersom tilbuddenes samlede karakterer ligger meget tæt, vil selv små uregelmæssigheder i kvalitetsvurderingen kunne få store konsekvenser. Således ville en korrekt kvalitetsvurdering sammenholdt med en korrekt fastsat hældningsgrad, jf. ovenfor, have medført, at Familieplejen Bornholms tilbud ville være udpeget som det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

² Jf. Klagenævnets begrundelse i kendelsen af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, samt Klagenævnets begrundelse i kendelsen af 9. januar 2019, Wedel Installation ApS mod Københavns Universitet.

4 OVERTRÆDELSE AF VIRKSOMHEDSOVERDRAGELSESLOVEN

Ifølge mine oplysninger er der under udbudsprocessen stillet spørgsmål om, hvorvidt Lovbekendtgørelse 2002-08-20 nr. 710 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse ("**Virksomhedsoverdragelsesloven**") finder anvendelse for udbuddet. Hertil blev der svaret "*nej*" fra kommunen.

Virksomhedsoverdragelsesloven er karakteriseret ved, at den er beskyttelsespræceptiv til fordel for lønmodtagerne. Det betyder, at lovens regler ikke kan ændres ved aftale mellem parterne, således at lønmodtagerne stilles dårligere, end loven tilsiger. Og lovens regler kan således heller ikke ændres ved at Kommunen svarer "*nej*" til spørgsmålet som led i spørgsmål / svar.

I hovedtræk finder loven anvendelse, når der finder en "overdragelse" af en "virksomhed eller en del heraf" sted som defineret i loven og fortolket i domstolspraksis, herunder fra EU-Domstolen.

Er dette tilfældet, indtræder erhververen umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, overdrageren havde i forhold til sine ansatte på overtagelsestidspunktet, såsom løn, anciennitet, overenskomster og lignende. Erhververen hæfter også for optjente feriepenge m.v.

Som nævnt er fortolkningen af de to begreber "overdragelse" og "virksomhed" afgørende for, om loven finder anvendelse.

Det ligger fast efter praksis, at Kommunen hjemtagelse af driften udgør en overdragelsessituation. Det samme ville gælde, hvis konsulentydelsen overgik fra Familieplejen Bornholm til en anden ekstern vinder af et udbud, den såkaldte "trekantsituation".

De generelle betingelser for vurderingen af, om der foreligger en overdragelse er overordnet set, at der skal foreligge overførsel af en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet.

For at afgøre om dette er tilfældet, skal der foretages en samlet bedømmelse af alle relevante omstændigheder omkring overførslen, herunder hvorvidt der overføres en del af eller hele arbejdsstyrken, og om aktiviteterne er de samme før og efter overførslen.

I henhold til praksis på området vil overdragelse af hele eller dele af en arbejdsstyrke til udførelse af arbejde i nogenlunde samme udstrækning som den hidtidige leverandør udgøre en virksomhedsoverdragelse i situationer, hvor virksomhedens drift ikke forudsætter anvendelse af materiel i noget væsentligt omfang.

Jeg lægger til grund, at Kommunens udførelse af familiepleje også fremadrettet vil dække det samme område som tidligere. Jeg formoder, at Kommunen har indlagt det som forudsætning, at Familieplejen Bornholms personel skal overgå til og fungere i samme funktioner for Kommunen, for hvorledes vil Kommunen ellers stable en løsning på benene inden 1. januar 2021, hvor Familieplejen Bornholms kontrakt udløber. Disse to elementer peger klart i retning af, at der foreligger virksomhedsoverdragelse.

Det betyder, at en vindende tilbudsgiver – såvel som Kommunen – er forpligtet til at overtage al eksisterende personale, der er knyttet til den udbudte opgave, og at tilbudsgiver/ Kommunen indtræder i de pligter, som påhvilede Familieplejen Bornholm i henhold til (1) Kollektiv overenskomst og aftale, (2) bestemmelser om løn- og personaleforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed, og (3) individuel aftale om løn- og arbejdsforhold, jf. Virksomhedsoverdragelsesloven § 2, stk. 1.

Som nævnt kan Kommunen ikke skrive sig ud af lovens anvendelse, når kriterierne for Virksomhedsoverdragelseslovens anvendelse er opfyldt. Kommunen hæfter således for eventuelle lønmodtagerkrav, som det nuværende personel oppebærer hos Familieplejen Bornholm, og som ikke imødekommes ved en kommende ansættelse hos kommunen.³

5 BEREGNING AF KONTROLBUDDET

Det fremgår af ovennævnte e-mailkorrespondance, at man under udarbejdelse af kontrolbuddet har været opmærksom på, at omkostninger forbundet med Virksomhedsoverdragelseslovens forpligtelser skulle medregnes i kontrolbuddet.

Men hvordan er det muligt med nogen grad af sikkerhed for Kommunen at beregne disse omkostninger, når Familieplejen Bornholm ikke under udbuddet bliver forespurgt, hvilket personale der forventes opsagt, såfremt Familieplejen Bornholm ikke vinder udbuddet, og hvilke vilkår og løntrin de pågældende medarbejdere i givet fald er indplaceret på?

Således fremgår det eksempelvis fra Kommunen kontrolbud, at det forudsættes, at hver medarbejder arbejder 1569 timer om året. Det kan til orientering oplyses, at det ikke er tilfældet for Familieplejen Bornholms nuværende medarbejdere, idet der er aftalt fleksible arbejdstider og vilkår, således at Kommunen krav til fleksibilitet overfor plejefamilierne og -børnene imødekommes. Sådanne fleksible arbejdstider afspadsres på et andet tidspunkt. Dertil kommer fravær grundet egen sygdom, barn syg, seniordage, etc., som samlet set gør, at Kommunens beregninger ikke holder stik.

Familieplejen Bornholm har derudover opdaget adskillige andre regnefejl og forudsætninger i kontrolbuddet, som samlet set bevirker, at Kommunen kontrolbud overstiger KL's takster, hvilket ikke er tilladt i henhold til Udbudsbetingelserne punkt 1.3, og set i det lys, vil kontrolbuddet ikke få maksimumpoint for pris, hvorfor Familieplejen Bornholms tilbud i stedet skulle tildeles maksimumpoint. Jeg henviser til det vedlagte notat herom udarbejdet af Familieplejen Bornholms i samarbejde med dennes revisor.

Denne fejl alene medfører, at Familieplejen Bornholm ville have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, selv hvis kvalitetsvurderingerne bibeholdes som udmeldt af kommunen.

³ Jf. Højesterets dom UfR.2001.1993H

6 TVISTEBEHANDLING

Det overvejes i øjeblikket med min klient Familieplejen Bornholm, hvorvidt der skal tages retslige skridt overfor Kommunen i anledning af de ovenfor beskrevne tilsidesættelser af udbudsreglerne og kontrolbudsbekendtgørelsen.

Dette til trods for, at Familieplejen Bornholm længe har været en fast og betroet samarbejdspartner til Kommunen og allerhelst så det tillidsbaserede forhold bevaret.

Kort beskrevet vil de retlige skridt bestå i indbringelse af sagen for Klagenævnet for Udbud med påstand om, at klagenævnet skal konstatere de ovennævnte overtrædelser af udbudsregler og kontrolbudsbekendtgørelse samt tilkendelse af erstatning til min klient.

Uanset udfaldet vil de samlede advokatomkostninger for parterne ved en klagenævnsbehandling typisk løbe op i 250.000 kr. inkl. moms.

Sideløbende hermed kan det blive nødvendigt at udtage stævning mod Kommunen ved byretten med påstand om erstatning for de omkostninger, som Kommunen forsinkede gennemførelse af udbuddet har påført min klient samt påstand om erstatning for godtgørelse i anledning af uberettiget afskedigelse af medarbejdere, idet Klagenævnet for Udbud ikke er kompetent til at afgøre tvister om erstatning udenfor kontrakt. Forsinkelsen på 2 måneder har påført min klient et erstatningskrav på minimum 2 måneders omkostninger i størrelsesordenen 770.000 kr.

På trods af at min klient gjorde kommunen opmærksom på konsekvenserne ved en forsinket tilbagemelding, var det først i september 2020, at Kommunen annullerede udbuddet og de facto rev levebrødet væk fra min klient. Grundet opsigelsesvarslerne hos medarbejdere, m.v. har min klient således lidt et tab på minimum 2 måneders omkostninger.

De samlede takstmæssige advokatomkostninger på begge sider til en sådan sag udgør anslået 175.000 kr. inkl. moms.