



Forebyggelse og håndtering af konkurser på pleje- og omsorgsområdet

— *Anbefalinger og vejledning til det værdiskabende samarbejde mellem kommuner og leverandører*

Stil krav til virksomhederne – forebyg konkurser på pleje- og omsorgsområdet

Skal du udbyde ydelser inden for pleje- og omsorgsområdet? Her kan du læse om de konkrete krav, du bør stille til virksomhederne. Og hvad du bør overveje, når du skal sammensætte opgaverne i udbuddet.

Ydelser af høj kvalitet	Private leverandører af pleje og omsorg leverer hver dag ydelser af høj kvalitet i landets kommuner. Det afspejler sig i, at borgerne i stigende grad vælger en privat leverandør, når de bliver visiteret til personlig pleje eller praktisk hjælp i hjemmeplejen.
Flere konkurser	Det seneste år har pleje- og omsorgsområdet i kommunerne dog også været præget af en række konkurser, der er en utrykoplevelse for alle parter.
Konkurser skal imødegås	Med dette oplæg ønsker leverandørerne af pleje og omsorg i DI Service at minimere risikoen for konkurser samt afhjælpe de uheldige konsekvenser for borgerne og plejepersonalet, hvis en konkurs alligevel skulle indtræde.
Markedstilpasning	Pleje- og omsorgsområdet er i disse år inde i en betydelig udvikling, hvilket indebærer en naturlig markedstilpasning, hvor virksomheder opkøbes, lukker og i nogle tilfælde går konkurs.
Pleje- og omsorgsområdet i udvikling	Kommunerne får for det første ansvaret for at løse stadigt flere sundhedsopgaver. Det stiller krav om øget koordinering og sammenhæng i indsatserne over for borgere med mere komplekse behov. For det andet skal pleje og omsorg fremover have et rehabiliterende sigte. Leverandørerne af pleje og omsorg skal dermed kunne indgå som en integreret del af den ældre-faglige udvikling.
Fokus på pris og få krav	DI Service har lavet en opgørelse over de udbud, kommunerne har gennemført, efter reglerne for udbud af ydelser i hjemmeplejen blev ændret i april 2013. Opgørelsen viser at: <ul style="list-style-type: none">• Prisen har haft afgørende betydning for kontrakttildelingen i næsten alle udbud• Der kun stilles meget få krav til virksomhederne – eksempelvis om deres økonomiske og faglige formåen.

På den baggrund er det pleje- og omsorgsbranchens opfattelse, at kommunerne kan minimere risikoen for konkurser ved:

- I højere grad end i dag at vægte kvalitet og ikke kun pris, når pleje- og omsorgsopgaver lægges ud i åben konkurrence
- At stille krav til virksomhederne om deres økonomiske og faglige formåen, så sunde og veldrevne virksomheder vælges som leverandører
- At sammensætte udbuddene af pleje- og omsorgsopgaverne på nogle måder, så virksomhederne kan opnå en tilstrækkelig volumen og sammenhæng i opgaveløsningen.

Konkrete anbefalinger udarbejdet af Kammeradvokaten

Vedlagte vejledning er udarbejdet af Advokatfirmaet Poul Schmith – også kendt som Kammeradvokaten - og indgår som et selvstændigt dokument med titlen ”Forebyggelse og håndtering af konkurser på pleje- og omsorgsområdet”. Vejledningen indeholder konkrete formuleringer, som kommunerne kan benytte i deres kontraktmateriale, og når de udvælger deres leverandører.

Behov for fortsat dialog

Med anbefalingerne ønsker branchen at bidrage konstruktivt til udviklingen af udbudsområdet inden for pleje og omsorg. Det er håbet, at anbefalingerne indgår i kommunernes arbejde og danner udgangspunkt for en fortsat dialog med markedet.

En dialog, der ikke blot på pleje- og omsorgsområdet, men på alle områder er en af forudsætningerne for et vellykket offentlig-privat samarbejde.

Forebyggelse og håndtering af konkurser på pleje- og omsorgsrådet

Indhold

1.	INDLEDNING OG 5 GODE RÅD	3
1.1	Indledning.....	3
1.2	5 gode råd.....	4
2.	TILRETTELÆGGELSE AF UDBUDET	5
2.1	Indledende overvejelser.....	5
2.2	Forudgående dialog med markedet – Hvorfor?	6
2.3	Tilrettelæggelse af en dialog med markedet	7
2.4	Frie rammer ved udbuddets tilrettelæggelse – light-regimet i udbudsloven	8
3.	HVORDAN FÅR MAN DE MEST EGNEDE TILBUDSGIVERE?	10
3.1	Generelt om økonomiske og tekniske mindstekrav samt dokumentation herfor	10
3.2	Økonomisk formåen	11
3.2.1	Indledende overvejelser	11
3.2.2	Økonomiske mindstekrav	12
3.3	Teknisk formåen.....	15
3.3.1	Indledende overvejelser	15
3.3.2	Tekniske mindstekrav	15
3.4	Objektive kriterier for udvælgelse	16
4.	TILBUDSEVALUERING	18
4.1	Fokus på kvalitet	18
4.2	Evaluering	20
5.	KONTRAKTEN OG HÅNDTERINGEN HERAF.....	20
5.1	Generelt om krav i kontrakten	20
5.2	Krav i kontrakten.....	21

.....

5.2.1	Finansielle krav.....	21
5.2.2	Krav til samarbejde.....	25
5.2.3	Opsigelsesadgang og hævebeføjelser.....	26
5.2.4	Beredskabsforpligtelse.....	29
5.2.5	Krav om oprettelse af et særligt selskab til at drive aktiviteterne	30
5.3	Kontrakthåndtering.....	30
5.4	Ændringer undervejs i kontrakten med leverandøren	31
6.	KONKURS OG KONSEKVENSER	33
6.1	Forløbet ved en konkurs	33
6.2	Konkursens økonomiske konsekvenser	34
6.3	Konkursens konsekvenser for forsyningsikkerheden.....	36

1. INDLEDNING OG 5 GODE RÅD¹

1.1 Indledning

Udlicitering af samfundskritiske opgaver til private leverandører er blevet hverdag. Staten, regionerne og kommunerne udbyder i stadig større grad opgaver, som traditionelt set blev løst af det offentlige selv. I takt med denne udvikling melder spørgsmålet sig naturligt, hvordan man i videst muligt omfang til stadighed sikrer den fortsatte levering af disse opgaver, hvis der opstår problemer undervejs. Med andre ord er det vigtigt, at forsyningssikkerheden tilgodeses mest muligt, når disse opgaver bringes i udbud.

Pleje- og omsorgsområdet – herunder området for hjemmepleje, som er temaet for denne vejledning – er i den forbindelse et oplagt eksempel. I modsætning til tidligere er opgaver vedrørende hjemmepleje i dag hos langt hovedparten af landets kommuner placeret hos private leverandører som følge af den fritvalgsordning, der fremgår af serviceloven. I den seneste tid har der imidlertid været set eksempler på, at behovet for en vedvarende forsyningssikkerhed hos kommunen og borgerne er blevet sat under pres af konkurser hos leverandører af hjemmepleje.

Selvom man – som offentlig ordregiver – må acceptere, at indtræden af en konkurs hos en privat leverandør udgør én af de risici, som er forbundet med udlicitering og som aldrig helt vil kunne elimineres, er der alligevel forskellige juridiske redskaber, som med fordel kan anvendes som led i at begrænse risikoen. Formålet med denne vejledning er at give overblik over mulige redskaber, som:

- *Dels* kan være med til at forebygge risikoen for konkurs hos en privat leverandør af hjemmepleje.
- *Dels* kan sikre kommunen bedst muligt i tilfælde af, at en privat leverandør af hjemmepleje går konkurs.

På forskellig vis vil disse redskaber kunne bidrage til at nedbringe risikoen for en konkurs eller konsekvenserne heraf betragteligt.

Det er vigtigt, at redskaberne tilpasses til de konkrete forhold og potentielle leverandører – store som små – på markedet. I modsat fald vil man utilsigtet kunne komme til at afskære potentielle leverandører fra at deltage og derved begrænse konkurrencen om den udbudte opgave på en u hensigtsmæssig måde. Interesserede tilbudsgivere bør af denne grund inddrages så tidligt som muligt.

-ooOoo-

¹ Denne vejledning er udarbejdet efter opdrag fra Dansk Industri. Der kan ikke støttes ret på indholdet heri. Vejledningen forholder sig alene til udbudsreglerne og ikke til f.eks. statsstøttereglerne eller fritvalgsreglerne.

Præsentationen af de konkrete redskaber vil i det følgende ske med udgangspunkt i følgende 4 afsnit:

1. *Tilrettelæggelse af udbuddet* – med fokus på tilrettelæggelse af en teknisk dialog med markedet (markedshøring) samt relevante overvejelser om valg af udbudsform.
2. *Udvælgelse af de mest egnede tilbudsgivere* – med fokus på de krav og den dokumentation, som man med fordel vil kunne opstille som betingelse for deltagelse i udbuddet.
3. *Tilbudsevaluering* – med fokus på de overvejelser, som en ordregiver med fordel vil kunne gøre sig, når det gælder valg af den rette leverandør.
4. *Kontrakten og håndteringen heraf* – med fokus på de krav, som vil kunne give ordregiver en vis sikkerhed ved en konkurs, samt hvordan kontrakten løbende kan håndteres på en hensigtsmæssig måde med henblik på at forebygge en konkurs.

Udover disse 4 afsnit vil der til sidst ske en kort fremstilling af forløbet omkring en konkurs med særlig fokus på konkursens økonomiske konsekvenser og ikke mindst dens konsekvenser for forsyningssikkerheden.

Udbud af hjemmeplejeydelser er kendetegnet ved at være omfattet af servicelovens bestemmelser om borgernes ret til valg blandt to eller flere leverandører. Konkret vil hjemmeplejen og hensynet til det frie valg kunne tilrettelægges på flere forskellige måder. Kommunen kan f.eks. vælge selv at agere såkaldt hovedleverandør af hjemmepleje og samtidig skabe mulighed for, at private leverandører, der lever op til bestemte pris- og kvalitetskrav fastsat af kommunen, kan godkendes til også at levere ydelser til kommunens borgere (klassisk godkendelsesmodel). Kommunen kan også vælge at gennemføre et udbud, hvor en privat leverandør vælges som hovedleverandør med mulighed for, at (alle) andre leverandører efterfølgende kan godkendes til at levere på samme vilkår (udbudt godkendelsesmodel).² Fordelen ved flere leverandører, ud over borgerens frie valg, er, at risikoen for en konkurs spredes. Udfordringen kan være, hvis de fastsatte vilkår vanskeliggør levering af ydelsen på et bæredygtigt grundlag for nogle eller alle leverandørerne, og hvis den samlede omsætning ”fordeles” på for mange leverandører.

1.2 5 gode råd

Følgende 5 gode råd er tiltænkt på en kort og præcis måde at opsummere, hvilke tiltag ordregiver med fordel kan tænke ind i processen:

² Der findes også andre modeller på markedet. Anbefalingerne i denne vejledning er primært møntet på ovennævnte modeller, der synes at være de mest udbredte modeller. Der er dog kun en del af anbefalingerne, som har relevans i forhold til den klassiske godkendelsesmodel, som ikke baserer sig på udbud. Her skal man være særlig opmærksom på statsstøtteregelelserne - ikke mindst hvis der sker en begrænsning af antal godkendte leverandører.

1. Gennemfør dialog med markedet og opbyg et kendskab til de potentielle leverandører.
2. Stil krav om en vis økonomisk og teknisk formåen – med omtanke og med inddragelse af de erfaringer, som er opnået gennem den tekniske dialog med markedet.
3. Tag højde for leverandørens eventuelle konkurs i kontrakten; overvej krav om garanti, svarende til omkostningerne forbundet med en konkurs, bagudrettet betaling, beredskabsforpligtelser for andre leverandører i kommunen, som kan aktiviseres i tilfælde af en konkurs.
4. Sørg for at lade kontrakten være fleksibel og brug ændringsklausuler, så senere tilpasninger og ændringer kan gennemføres, hvis der skulle blive brug herfor.
5. Prioritér en løbende dialog med leverandøren og vær opmærksom på svigtende kvalitet i udførelsen af kontrakten og lignende signaler, som kan være tegn på dårlige tider.

2. TILRETTELÆGGELSE AF UDBUDET

2.1 Indledende overvejelser

En beslutning om at udbyde opgaver inden for pleje- og omsorgssektoren bør altid følges op af overvejelser om, hvordan udbudsprocessen nærmere skal tilrettelægges. Tilrettelæggelse af en succesfuld udbudsproces kræver forberedelse, og man bør som ordregiver i god tid navnlig stille sig selv følgende spørgsmål:

- Skal der afholdes teknisk dialog med markedet?
- Hvordan skal opgaven udbydes? Herunder hvilken udbudsform, der skal anvendes.

Hvad angår afholdelse af en teknisk dialog med markedet, så kan dette – som beskrevet nedenfor – være gavnligt for den videre udbudsproces og særligt udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Det gælder særligt muligheden for at få virksomhedernes input til de økonomiske og tekniske krav, som ordregiver kan tænkes at ville opstille i udbudsmaterialet med henblik på at forebygge og ikke mindst sikre sig imod en konkurs. Overvejelser omkring fordele og ulemper ved gennemførelse af teknisk dialog samt gode råd, hvis man vælger at afholde en teknisk dialog, følger nedenfor i afsnit 2.2.

Med den nye udbudslov – og reglerne heri vedrørende light-regimet (afsnit III i loven) – er rammerne omkring ordregivers valg af udbudsform i visse tilfælde blevet blødt op. Dette gælder f.eks. ved udbud inden for pleje- og omsorgssektoren, hvor light-regimet giver ordregiver stor valgfrihed ved valg af udbudsform. Overvejelser omkring light-regimets betydning for ordregivers tilrettelæggelse af udbudsprocessen vil ligeledes blive præsenteret nedenfor i afsnit 2.3.

2.2 Forudgående dialog med markedet – Hvorfor?

Det fremgår af § 39 i udbudsloven, at ordregiver, inden der iværksættes en udbudsprocedure, ”[kan] gennemføre markedsundersøgelser med henblik på at udforme udbuddet og informere økonomiske aktører om ordregiverens udbudsplaner og krav i forbindelse med udbuddet.”³ Udbudsreglerne stiller således ikke noget krav om, at ordregiver skal afholde en teknisk dialog med markedet, inden selve udbuddet iværksættes. Dette afgøres af ordregiver selv.

Uanset at en forudgående dialogfase tager tid, bør ordregiver ikke undervurdere muligheden for at blive (endnu) klogere på markedet gennem en teknisk dialog. Gennemførelse af en teknisk dialog med markedet kan i mange tilfælde udgøre et værdifuldt redskab, som blandt andet giver ordregiver mulighed for:

- At opnå et kendskab til de aktører på markedet, som kan tænkes at ville byde ind på opgaven.
- At få den nyeste viden vedrørende den konkrete anskaffelse, som udgør udbuddets genstand.

Ikke mindst i forhold til de foranstaltninger i udbudsmaterialet, som ordregiver kan tænkes at ville implementere med henblik på at forebygge og sikre sig imod en konkurs, kan det være en god idé at få markedets input. Opstilles sådanne krav i udbudsmaterialet uden inddragelse af markedet, kan ordregiver risikere, at visse tilbudsgivere ender med ikke at deltage, enten fordi de ikke kan leve op til kravene, eller fordi kravene gør det mindre attraktivt at deltage i udbuddet. For at undgå dette, bør ordregiver via dialogen overveje at få markedets input til følgende:

- Om eventuelle krav til tilbudsgivernes økonomiske og tekniske formåen, som betingelse for at deltage i udbuddet, er realistiske og markedskonforme, f.eks. omsætningens størrelse ved krav om en vis minimumsomsætning, krav om revisor-påtegning eller ej og hensigtsmæssigheden i særlige uddannelseskraav til medarbejderne.
- Om de påtænkte krav til selve ydelsen – set fra markedets side – er realistiske, eller om disse krav vil presse en kommende leverandør på en uhensigtsmæssig måde.
- Hensigtsmæssigheden af og omkostningerne ved krav i kontrakten om f.eks. bankgaranti kontra moderselskabsgaranti, garantiens størrelse, en fast løbende (aconto)betaling overfor bagudrettet betaling af leverandørens vederlag.
- De dele af ydelsen og/eller kontraktens juridiske vilkår, hvor man fra markedets side eventuelt kan pege på et muligt behov for senere ændringer, hvilket ordregiver derefter kan lade indgå i udbudsmaterialet i form af en ændringsklausul.

³ § 39 afspejler ligebehandlingsprincippet og må derfor antages at gælde også for udbud efter udbud-light-regimet (afsnit III i udbudsloven).

Ordregiver vil herefter på baggrund af markedets input kunne lade dette afspejle i udbudsmaterialet. Gennemførelse af en teknisk dialog med markedet vil derfor kunne være med til at udforme et målrettet udbudsmateriale, som tager højde for det *konkrete* marked, som udbuddet henvender sig til. Samtidig kan man imødegå mange af de spørgsmål, som tilbudsgiverne ellers ville stille i en spørgsmål/svar periode, ligesom ordregiver på denne måde vil kunne minimere risikoen for, at tilbudsgiverne misforstår dele af udbudsmaterialet og dermed risikoen for potentielt at være nødsaget til at skulle aflyse udbuddet og starte forfra.

Dette vil – alt andet lige – være med til at øge sandsynligheden for brugbare og holdbare bud til gavn for ordregiver.

2.3 Tilrettelæggelse af en dialog med markedet

Udbudsreglerne, herunder § 39 i den kommende udbudslov, opstiller ikke nogen formelle betingelser for gennemførelse af en teknisk dialog (markedshøring). Ordregiver har derfor stor frihed til selv at sammensætte omfanget og indholdet af dialogen, så længe ordregiver overholder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Særligt pligten til at overholde ligebehandlingsprincippet er vigtig. Typiske faldgrupper vil i den forbindelse navnlig kunne være:

- At ikke alle virksomheder havde lige adgang til at indgå i markedsdialog.
- At virksomhederne ikke havde samme vilkår for at fremkomme med bemærkninger eller forslag i løbet af dialogen med ordregiver.
- At ordregivers konkrete implementering af forslag – opnået gennem dialogen – tilgodeser visse, men ikke alle, virksomheder.

Det afgørende er i sidste ende, at ordregiver sikrer, at den tekniske dialog ikke munder ud i, at de, som deltager, stilles bedre end en potentiel tilbudsgiver, der ikke har deltaget i dialogen. Tilsvarende er det vigtigt, at udbuddet ikke ”skræddersys” til en specifik leverandør. Dette kan undgås ved alene at implementere input fra dialogen, som ordregiver – ud fra en saglig og objektiv vurdering – kan begrunde med henvisning til et konkret behov.

I dette lys kan følgende 8 punkter være nyttige at følge, når man som ordregivende myndighed ønsker at tilrettelægge den tekniske dialog med markedet:

1. Sørg for, at der foreligger dokumentation for igangsættelsen af markedsdialogen og den valgte form, herunder at alle i princippet kan deltage, f.eks. ved at offentliggøre en forhåndsmeddelelse i ted.europa.eu, som er Europa-Kommissionens officielle hjemmeside for annoncering af EU-udbud. Annonceringen kan derudover med fordel lægges ud på ordregivers egen hjemmeside.
2. Afhold dialogmøder med flere potentielle tilbudsgivere og ikke blot med en enkelt.

3. Lad en eventuel begrænsning af antallet af deltagere ske på et objektivt og sagligt grundlag og i overensstemmelse med nogle kriterier, som på forhånd er opstillet i forhåndsmeddelelsen.
4. Sørg for, at der foreligger dokumentation for indholdet af de afholdte møder, ved at der udarbejdes referater af det passerede under møderne.
5. Gennemfør møderne efter et på forhånd nøje tilrettelagt tema, så det sikres, at de holdes på et forsvarligt spor, og at virksomhederne behandles lige.
6. Offentliggør grundlaget for mødet, herunder valg af temaer og problemstillinger, som ønskes drøftet, og lad dette være tilgængeligt for omverdenen, herunder også for de, der ikke måtte have (få) mulighed for at deltage i møderne, jf. punkt 3, med mulighed for at fremsende skriftlige bemærkninger.
7. Sørg for, at møderne primært har karakter af ”lyttmøder” og angår generelle problemstillinger.
8. Undgå, at der sker nogen konkret drøftelse af udvælgelseskriterier, tildelingskriterier, underkriterier eller vægtningen heraf under det konkrete udbud.

Man bør her være helt præcis med hensyn til de temaer, som man ønsker markedets syn på. Navnlig i forhold til de tiltag, som ordregiver kan overveje anvendt som led i forebyggelsen af og sikringen mod en konkurs, kunne man overveje at få markedets input til følgende temaer:

- Praksis fra markedet vedrørende kontrakten, herunder kontraktens varighed, risikofordeling, afregningsmodeller m.v.
- Hvilke vilkår i kontrakten er særligt omkostningstunge (”cost-drivers”) og kan give anledning til økonomiske vanskeligheder, hvis forholdene ændrer sig?

Som udgangspunkt vil ordregiver kunne anvende oplysningerne fra markedsaktørerne i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmateriale, da dette er hele formålet med at gennemføre en markedsdialog.

Dog er det som nævnt vigtigt at huske, at anvendelsen af modtagne informationer ikke sker på en måde, der alene tilgodeser én markedsaktør. Dette ville f.eks. nærliggende kunne være tilfældet, hvis ordregiver gør en bestemt funktion/et bestemt krav knyttet til en ydelse til et mindstekrav, såfremt denne funktion/dette krav alene kan leveres af én eller et fåtal af markedsaktører. Det vil dog næppe stride mod ligebehandlingsprincippet, hvis ordregiver i stedet gør funktionen/kravet til et konkurrenceparameter, men det vil naturligvis være en forudsætning, at ordregiver ser et sagligt behov for funktionen/kravet.

2.4 Frie rammer ved udbuddets tilrettelæggelse – light-regimet i udbudsloven

Udbud af opgaver inden for pleje- og omsorgsområdet har hidtil typisk været omfattet af de lempeligere regler om udbud af bilag II B ydelser, som følger af udbudsdirektivet fra 2004. Med det nye direktiv og implementeringen heraf i den nye udbudslov ophæves sondringen

.....

mellem bilag II A og bilag II B tjenesteydelser. Dette betyder, at mange af de tjenesteydelser, som hidtil var omfattet af bilag II B, og for hvilke der gjaldt særligt lempelige regler, fremover vil være omfattet fuldt ud af udbudsreglerne.

Imidlertid indfører udbudsloven ligeledes et nyt såkaldt light-regime (afsnit II i loven). Light-regimet gælder alene kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser, som fremgår af bilag 2 til loven, når værdien af sådanne kontrakter er på mindst 5.583.000 kr. eksklusive moms, eller derover.

Det nye light-regime vil som altovervejende hovedregel gælde for udbud inden for pleje- og omsorgsområdet, f.eks. ved udbud af hjemmehjælp, plejehjem, udbringning af mad til ældre eller syge borgere. Det er derfor vigtigt, at ordregiver kender til de nærmere regler for light-regimet, som fremgår af lovens §§ 186 – 189.

Den afgørende forskel ved udbud af opgaver, som er omfattet af light-regimet i forhold til øvrige udbud, er, at disse udbud ikke behøver at følge de procedureregler, som følger af lovens afsnit II. Ordregiver kan altid *vælge* at følge reglerne i lovens afsnit II og eksempelvis afholde et begrænset udbud, herunder foretage prækvalifikation m.v., men ordregiver er ikke forpligtet hertil.

Ordregiver er i stedet tillagt betydelig frihed til selv at tilrettelægge en udbudsprocedure, så længe 1) proceduren overholder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i lovens § 2, og 2) ordregiver på forhånd fastsætter kriterier for tildeling. Derudover er ordregiver forpligtet til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse eller en vejledende forhåndsmeddelelse, så interesserede virksomheder får mulighed for at kunne byde ind på opgaven.

Den betydelige frihed, som light-regimet giver ordregiver til at tilrettelægge udbuddet, medfører også, at ordregiver f.eks. kan tilrettelægge et forløb i stil med det, som kendes fra udbudsformen udbud med forhandling, hvor tilbudsgiverne ved én eller flere ”forhandlingsrunder” kan komme med tilkendegivelser om f.eks. de økonomiske, juridiske og tekniske krav til ydelsen i udbudsmaterialet. Ordregiver må også antages at være (endnu) mere frit stillet med hensyn til den skarpe adskillelse mellem udvælgelseskriterier og tildelingskriterier.⁴

Når en procedure er valgt, er ordregiver låst af dette valg, og ønsker man senere alligevel ikke at tildele kontrakten i henhold til den valgte procedure, vil man være nødsaget til at aflyse udbuddet og starte forfra. Selvom reglerne om light-regimet indebærer lempeligere krav til udbud af opgaver inden for pleje- og omsorgsområdet, er det stadigvæk vigtigt, at man gør sig grundige overvejelser omkring valg af udbudsprocedure, inden man lægger sig fast på denne.

⁴ Se til støtte herfor f.eks. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. januar 2012, Maja Consulting mod VisitNordsjælland.

Særligt vigtigt er det naturligvis, at man allerede på dette tidspunkt gør sig overvejelser om, hvordan en udbudsprocedure kan tilrettelægges på en måde, som kan være med til at forebygge en senere konkurs mest muligt. Dette til trods for de frie rammer, som følger af light-regimet, som måske kan være med til at tilskynde tilrettelæggelsen af en så enkel procedure som mulig.

Ordregiver bør som minimum gøre sig overvejelser om følgende forhold i forbindelse med tilrettelæggelsen af udbudsproceduren:

- Skal der foretages en form for udvælgelse af de potentielle tilbudsgivere, som skal inviteres til at deltage i udbuddet, så alene et begrænset antal tilbudsgivere kan deltage?
- Eller skal man i stedet opstille minimumskrav til tilbudsgivernes økonomiske og tekniske formåen, så alle, der opfylder disse krav, kan være med?
- Skal der tilrettelægges en proces, hvor der både sker en udvælgelse af de mest egnede tilbudsgivere, men hvor der også opstilles minimumskrav, som skal opfyldes af alle?
- Hvad skal tildelingskriterierne være?
- Hvordan sikres det ved fastlæggelsen af tildelingskriterierne, at konkurrencen ikke medfører for lave priser, som en efterfølgende leverandør kan have svært ved at leve op til?
- Skal der tilrettelægges et ”forhandlingsforløb” i stil med det, som kendes fra udbud med forhandling?

Light-regimet giver ordregiver betydelig frihed ved besvarelsen af disse spørgsmål. I de følgende afsnit 3 og 4 vil der derfor blive givet bud på nogle af de overvejelser, fordele samt ulemper, som er forbundet med de valg, som spørgsmålene ovenfor lægger op til.

3. HVORDAN FÅR MAN DE MEST EGNEDE TILBUDSGIVERE?

3.1 Generelt om økonomiske og tekniske mindstekrav samt dokumentation herfor

Muligheden for *dels* at stille mindstekrav – økonomiske som tekniske – som alle tilbudsgivere, der ønsker at deltage i udbuddet, skal leve op til samt bede om dokumentation for tilbudsgivernes opfyldelse af sådanne krav, og *dels* udvælge et vist antal tilbudsgivere, kan udgøre særdeles vigtige værktøjer – ikke mindst af følgende årsager:

- Dokumentation for og mindstekrav til de potentielle tilbudsgivere kan give ordregiver et indblik i tilbudsgivernes økonomiske og tekniske formåen, f.eks. ved at bede om årsregnskaber og referencer fra tidligere eller igangværende leverancer af samme ydelse, og samtidig give ordregiver mulighed for at frasortere de tilbudsgivere, som ikke lever op til visse økonomiske og tekniske mindstekrav stillet af ordregiver i udbudsbekendtgørelsen.

- Muligheden for at udvælge de tilbudsgivere, som kan dokumentere f.eks. mest erfaring med udførelse af lignende opgaver og/eller bedste økonomi kan være med til at sikre, at kun de relativt mest ”solide” virksomheder er med i konkurrencen om den udbudte kontrakt.

Samtidig er det vigtigt at være opmærksom på de faldgruber, der kan være ved navnlig at stille mindstekrav til tilbudsgivernes økonomiske og tekniske formåen – ikke mindst, at ingen af de interesserede virksomheder, som ønsker at byde ind på opgaven, lever op til kravene.

Der vil i høj grad kunne være risiko for dette, hvis kravene fastsættes uden blik for situationen på markedet. Dette gør sig i høj grad gældende i forhold til de økonomiske krav, og særligt inden for hjemmeplejen, hvor markedet i nogen grad udgøres af mindre virksomheder, bør man være helt sikker på, at eventuelle krav til tilbudsgiverne ikke ender med at få en negativ betydning for konkurrencen. Samtidig er det selvfølgelig vigtigt, at man som ordregiver ikke går for meget på kompromis og undlader at sikre, at virksomhederne har en vis robusthed.

Hensynet til at sikre sig en solid og kompetent leverandør skal derfor altid afvejes overfor hensynet til, at der sikres reel konkurrence mellem flere potentielle leverandører om den udbudte opgave, herunder at der gives mulighed for, at også små og mellemstore virksomheder – såkaldte SMV’er – kan deltage i konkurrencen om den udbudte opgave.

I det følgende vil der blive givet bud på, hvilke *mindstekrav*, ordregiver kan fastsætte samt hvilken *dokumentation* herfor, man kan bede tilbudsgiverne fremsende.

3.2 Økonomisk formåen

3.2.1 Indledende overvejelser

Har man fastsat økonomiske mindstekrav i udbudsbekendtgørelsen, er det i første række vigtigt, at de oplysninger, man beder om gør det muligt at vurdere, om mindstekravene er opfyldt. Der skal med andre ord være *sammenhæng* mellem de fastsatte mindstekrav og de oplysninger, man beder om. Selv om indkøb af hjemmeplejeydelser som nævnt sker i medfør af udbud-light-regimet (lovens afsnit II), kan ordregiver med fordel for alle parter gøre brug af en ESPD-erklæring, jf. lovens § 150. Fremskaffelse af dokumentation kan være således en byrdefuld og omkostningstung opgave for potentielle tilbudsgivere, ligesom alt for mange krav om unødvendig dokumentation kan være med til at øge risikoen for, at der afleveres tilbud uden den påkrævede dokumentation, og at tilbuddene dermed er ukonditionsmæssige.

Derfor er det også vigtigt at have erfaringerne fra en forudgående dialog med markedet i frisk erindring. Man bør eksempelvis overveje, om det er hensigtsmæssigt at lade det være et krav, at regnskaber skal være revisorgodkendte – endda evt. godkendt af en statsautoriseret revisor – da dette ikke nødvendigvis (formentlig typisk ikke) vil være et lovkrav for alle, som ønsker at deltage i udbuddet, og potentielt dermed kan udgøre en forhindring for deltagelse i udbuddet.

Følgende eksempler kan indsættes i udbudsbekendtgørelsen, og som – alt efter, hvilke mindstekrav, der måtte være fastsat – vil gøre det muligt at vurdere, om disse er opfyldt. Ordregiver kan med inspiration fra § 150 i udbudsloven bede tilbudsgiverne benytte ESPD som foreløbigt bevis for tilbudsgivernes opfyldelse af mindstekrav, og for hvordan tilbudsgiverne opfylder de objektive og ikke-diskriminerende kriterier for udvælgelse. Dokumentation herfor modtages herefter før beslutningen om tildeling af kontrakt fra den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til:

Eksempel 1:

Ansøgeren bedes aflevere en erklæring på tro- og love om ansøgerens samlede egenkapital og samlede aktiver i det seneste disponible regnskabsår, afhængigt af hvornår ansøgeren blev etableret eller startede sin virksomhed.

Ansøgeren bedes aflevere en erklæring på tro- og love om ansøgerens samlede omsætning i det seneste disponible regnskabsår, afhængigt af hvornår ansøgeren blev etableret eller startede sin virksomhed.

Ved »det seneste disponible regnskabsår« forstår det seneste regnskab afsluttet i overensstemmelse med de regler og den praksis, der gælder for leverandørens regnskabsaflæggelse.

Eksempel 2:

Ansøger bedes aflevere følgende oplysninger, som er nødvendige for at kunne vurdere ansøgerens økonomiske formåen:

- 1. Oplysninger om ansøgerens omsætning, overskudsgrad, soliditetsgrad, egenkapital og balancesum de seneste 3 regnskabsår, afhængigt af hvornår ansøgeren blev etableret eller startede sin virksomhed, vedlægges ansøgningen i et separat dokument i overskuelig form. Der stilles **(ikke)** krav om, at dette dokument skal være **revisorpåtegnet**.*
- 2. Erklæring på tro- og love om, hvorvidt ansøgerens økonomiske nøgletal fortsat må antages at være et udtryk for ansøgerens økonomiske situation, eller om der er sket væsentlige ændringer heri, som har indvirkning på den økonomiske formåen. Der stilles **(ikke)** krav om, at erklæringen skal være revisorpåtegnet. Denne dokumentation afleveres alene, hvis årsregnskabet er afsluttet for mere end 6 måneder siden. Oplysning om økonomiske nøgletal (omsætning, overskudsgrad, soliditetsgrad, egenkapital og balancesum) fra seneste kvartals- eller halvårsregnskab eller fremlæggelse af seneste kvartals- eller halvårsregnskab kan være en måde til opfyldelse af dette punkt 2.*
- 3. Kopi af **seneste aflagte årsregnskab/de seneste 2/3/4/5 års aflagte årsregnskaber** for ansøger. **Regnskabet/regnskaberne skal/skal ikke** være påtegnet af en revisor.*

3.2.2 Økonomiske mindstekrav

Vælger man at fastsætte økonomiske mindstekrav til de potentielle tilbudsgivere, er det vigtigt at være opmærksom på i hvert fald to forhold:

1. At der ikke er ét enkelt mindstekrav, som vil kunne eliminere risikoen for konkurs fuldstændigt og samtidig, at en ”jo flere, jo bedre”-tankegang kan være farlig, da

det kan begrænse konkurrencen om den udbudte opgave. Derfor bør man sjældent anvende alle de mindstekrav, som der nedenfor er givet eksempler på. Det må i stedet vurderes konkret i forhold til det enkelte udbud, hvad der giver det bedste værn mod en konkurs.

2. De økonomiske mindstekrav skal fastsættes under hensyntagen til den opgave, der skal udbydes, og det er - som allerede nævnt - vigtigt, at mindstekravene afspejler sig i det kendskab til markedet, som eksempelvis kan være opbygget eller suppleret af en afholdt dialog med markedets aktører, som nævnt i afsnit 2.2.

Udover at opstille økonomiske mindstekrav, kan ordregiver desuden kræve, at den vindende tilbudsgiver stiller en garanti inden en vis frist efter underskrivelse af kontakten. På den måde kan indgåelse af kontrakt gøres betinget af garantistillelsen, og ordregiver kan derved sikre, at kontrakten i sidste ende kun indgås med en tilbudsgiver, som er i stand til at få stillet en garanti til rådighed af banken. Se nærmere herom nedenfor i 5.2.1.1.

Følgende er eksempler på forskellige økonomiske mindstekrav, som kan indsættes i udbuds-bekendtgørelsen:

Eksempel 1 – Minimumsomsætning

”Som mindstekrav kræves en samlet årlig omsætning i det seneste disponible regnskabsår, der minimum udgør 2.000.000,- kr. (EKSEMPEL – skal vurderes konkret).”

Fordelen ved at stille krav om en minimumsomsætning er, at man herved opnår sikkerhed for, at virksomheden har en vis økonomisk størrelse. Kravet skal være proportionalt med kontraktens størrelse, jf. også reglen i den udbudsloven om, at kravet ikke må overstige 2 gange kontraktens størrelse (gælder dog i princippet kun for udbud omfattet af afsnit II og dermed ikke light-regimet). Ofte ses omsætningskravet målrettet mod den omsætning, der har direkte relevans for udbuddet. Vælger man at målrette omsætningskravet på denne måde, skal man dog være opmærksom på, at det kan være meget tidskrævende for virksomhederne at fremfinde disse oplysninger, samtidig med at formålet med en sådan målretning, nemlig at vurdere virksomhedens specifikke erfaring inden for det direkte relevante område, fuldt ud kan tilgodeses gennem de tekniske mindstekrav, jf. afsnit 3.3 nedenfor.

Det er vigtigt at være bevidst om, at omsætningsstørrelsen ikke nødvendigvis siger noget om virksomhedens robusthed. Har virksomheden f.eks. en meget høj omsætning, men samtidig negativ egenkapital, er risikoen for, at ”korthuset vælter” faktisk større. Derfor kombineres et omsætningskrav ofte med et egenkapitalskrav.

Eksempel 2 – Positiv egenkapital:

”Det er et krav, at virksomhederne ikke har en negativ egenkapital.”

I eksemplet ovenfor er der alene stillet krav om, at egenkapitalen ikke må være negativ. Man kan også vælge at opstille et mindstekrav til egenkapitalens positive størrelse. Herved opnås større sikkerhed. Igen skal det dog afvejes i forhold til markedssituationen og hensynet til at opnå en hensigtsmæssig konkurrencesituation.

Den økonomiske og finansielle krise gennem de senere år har betydet, at mange virksomheder slet ikke har haft en positiv egenkapital. Dette har foranlediget mange ordregivere til alene at stille krav om, at der ikke skal være taget forbehold for fremtidig drift, jf. eksemplet nedenfor. Her er barren med andre ord sat endnu lavere.

Eksempel 3 – Ikke forbehold for fremtidig drift i en eventuel revisorpåtegning:

”Det er et krav, at der ikke, for så vidt angår det seneste årsregnskab, er taget forbehold for fremtidig drift i en eventuel revisorpåtegning.”

Der er også den mulighed, at man stiller krav til virksomhedens soliditetsgrad. Soliditetsgraden udtrykker forholdet mellem virksomhedens egenkapital og dens samlede balance. Vælger man at stille et mindstekrav om en vis soliditetsgrad, er det dog vigtigt på forhånd at afdække, hvad der er praksis for på det pågældende marked. Inden for hjemmeplejen er der mange mindre enkeltmandsvirksomheder, hvor overskuddet løbende udloddes med den konsekvens, at egenkapitalen, og dermed soliditetsgraden, er forholdsvis lav. Et krav om en høj soliditetsgrad kan derfor vise sig at være endog meget begrænsende for konkurrencen.

Eksempel 4 – Soliditetsgrad:

*”Som mindstekrav kræves en soliditetsgrad på minimum X % (**EKSEMPEL – skal vurderes konkret**) i det seneste disponible regnskabsår.*

Soliditetsgraden beregnes som virksomhedens samlede egenkapital i forhold til virksomhedens samlede aktiver, udregnet i procent. Soliditetsgraden udregnes således som (samlede egenkapital/samlede aktiver) x 100 = soliditetsgrad.”

Der er også mulighed for at stille krav om overskudsgrad og likviditetsgrad. Særligt sidstnævnte er meget sigende i forhold til, hvor udsat virksomheden kan blive i tilfælde af økonomiske udfordringer.

Endelig bør det nævnes, at man også kan overveje at aktivere den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 7 (afsnit II-bestemmelse), om, at det som udgangspunkt er muligt at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der har en ubetalt forfalden gæld på under 100.000 kr. til offentlige myndigheder vedrørende skatter, afgifter eller bidrag til sociale sik-

ringsordninger. Ønskes dette, skal der oplyses om det i udbudsbekendtgørelsen. Ubetalt forfalden gælder på over 100.000 kr. fører som udgangspunkt til automatisk udelukkelse (obligatorisk udelukkelsesgrund).

3.3 Teknisk formåen

3.3.1 Indledende overvejelser

I bestræbelserne på at forebygge en konkurs er det uden tvivl vigtigt, at de virksomheder, som byder ind på den udbudte opgave, har en sund økonomi. Mindre nærliggende kan det måske umiddelbart være hvilke tekniske mindstekrav og oplysninger herom i ESPD og efterfølgende dokumentation herfor, som kan være med til at forebygge risikoen for *konkurs*. Ikke desto mindre kan der være gode grunde til at sikre, at der eksempelvis kun deltager tilbudsgivere, som har en vis erfaring med tilsvarende opgaver.

Vælger man at opstille tekniske mindstekrav i udbudsbekendtgørelsen, skal det angives hvilke former for oplysninger og senere dokumentation, som kan afleveres for at dokumentere opfyldelse af kravene, og ligesom ved de økonomiske mindstekrav er det vigtigt, at der er en sammenhæng mellem mindstekravene og de oplysninger/den dokumentation, man beder tilbudsgiverne aflevere.

Følgende er eksempler på formuleringer vedrørende dokumentation for erfaring og medarbejdere, som kan tænkes indsat i udbudsbekendtgørelsen.

Eksempel 1 – Dokumentation vedrørende erfaring:

Fremsendelse af en liste over de betydeligste tilsvarende tjenesteydelser, der er udført i løbet af de seneste [xx] år (referenceliste), afhængigt af hvornår den økonomiske aktør blev etableret eller startede sin virksomhed. Ordregiver ser gerne, at følgende oplyses for hver reference:

- a) hvem ydelsen er leveret til*
- b) en kort beskrivelse af den leverede ydelse, og hvad den nærmere har omfattet*
- c) ydelsens værdi*
- d) tidspunkt for udførelsen*
- e) omfanget (antal borgere el. lign)*

Med "tilsvarende" forstås levering af ydelser omfattet af beskrivelsen af det udbudte i pkt. II.1.5.

Eksempel 2 – Dokumentation vedrørende medarbejdere

Fremsendelse af oplysninger om de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tjenesteyderen og/eller virksomhedens medarbejdere og især hos den eller de personer, der er ansvarlige for udførelsen af tjenesteydelser omfattet af beskrivelsen af det udbudte i pkt. II.1.5.

I forhold til hjemmeplejen vil det være relevant at stille mindstekrav vedrørende tilbudsgivernes erfaring og medarbejdere. Navnlige krav til en vis erfaring hos en kommende leverandør bør overvejes som krav, der kan indsættes i bestræbelserne på at forebygge en konkurs.

Hvis en virksomhed har erfaring med tilsvarende opgaver – måske endda omfattende erfaring - kan det være et godt tegn på, at virksomheden tidligere har formået – og dermed også fremadrettet alt andet lige må antages at kunne formå – at løfte denne type opgave. Virksomheden vil således have konkret erfaring med prissætning af ydelserne.

Ved udbud inden for pleje- og omsorgsområdet ses det ofte, at en kommende leverandør i kontrakten forpligtes til at overtage kommunens medarbejdere, som ved virksomhedsoverdragelse overdrages til leverandøren. Hvis en sådan virksomhedsoverdragelse af kommunens medarbejdere er tiltænkt, er det vigtigt, at et teknisk mindstekrav om et vist uddannelsesniveau tager højde herfor og ikke stiller krav om et uddannelsesniveau, som ligger over det, som kommunens egne – og leverandørens fremtidige – medarbejdere kan præstere.

Følgende er eksempler på formuleringer af de tekniske krav vedrørende erfaring og medarbejdere, som ordregiver kan lade indgå i udbudsbekendtgørelsen.

Eksempel 1 – Erfaring med tilsvarende udbud:

*”Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves: Mindst **én/to/tre** reference(r) fra opgaver, svarende til dem, som er beskrevet i pkt. II.1.5) og som er udført indenfor de seneste 3 år.”*

Eksempel 2 – Medarbejdere:

*Leverandøren skal dokumentere at have en organisation med minimum **X** medarbejdere, som har uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer til levering af de ydelser, der fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5) samt afsnit XX i **[indsæt henvisning til relevante kontrakt-dokument]** i udkast til aftale, dvs. at medarbejderne skal være fagligt kvalificerede inden for/til at **[indsæt konkret beskrivelse af det, som medarbejderne skal være fagligt kvalificerede til]***

3.4 Objektive kriterier for udvælgelse

I tilfælde af stor interesse om den udbudte opgave, hvor mange tilbudsgivere ønsker at afgive tilbud, kan det ende med at blive en ressourcekrævende opgave at foretage tilbudsevaluering, hvis alle interesserede skal gives lov til at deltage.

Ud over at opstille økonomiske og tekniske mindstekrav kan ordregiver derfor overveje at tilrettelægge en procedure for udvælgelse af de mest egnede tilbudsgivere. Da der også kan være fordele ved at have et bredt felt af tilbudsgivere – navnlig en skærpet konkurrence – bør ordregiver overveje konkret, om der skal ske udvælgelse af antallet af tilbudsgivere.

Ønsker man at foretage en udvælgelse af et vist antal tilbudsgivere, skal det fremgå af udbudsbekendtgørelsen eller den vejledende forhåndsmeddelelse, at man agter at begrænse antallet af deltagere. Det skal derudover fremgå hvilke oplysninger/dokumentation, der vil

.....

danne grundlag for udvælgelsen, og hvilke objektive kriterier som der vil blive lagt vægt på ved udvælgelsen.

Udvælgelseskriterierne kan, i modsætning til mindstekravene vedrørende økonomisk og teknisk formåen, med fordel være formuleret på en sådan måde, at der overlades et vist skøn til den ordregivende myndighed, eksempelvis ved at lade udvælgelsen afhænge af, hvem der har dokumenteret de mest relevante og omfattende leverancer og/eller den bedste økonomiske formåen.

Eksempel 1 – Udvælgelse på baggrund af erfaring:

”Begrænsning af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, vil ske ved en vurdering af, hvilke ansøgere der har dokumenteret de mest relevante og omfattende leverancer af de tjenesteydelser, som rammekontrakten vedrører i henhold til beskrivelsen i punkt II.1.5).”

Eksemplet ovenfor tager alene afsæt i en vurdering af den tekniske formåen. Udgangspunktet er således, at man med det/de økonomiske mindstekrav har gjort op med, at virksomhederne er økonomiske egnede, hvorefter man fokuserer udvælgelsen omkring, hvem der har ”de mest relevante og omfattende leverancer”. Det giver rigtig god mening, hvis man har opstillet nogle økonomiske mindstekrav, som man er komfortabel med. Er dette ikke tilfældet, f.eks. på grund af markedsforholdene og konkurrencesituationen, kan man overveje også at inddrage økonomisk formåen som en del af udvælgelsen. Eksempel 2 nedenfor illustrerer et sådant udvælgelseskriterium, hvor altså både teknisk og økonomisk formåen indgår.

Eksempel 2 – Udvælgelse på baggrund af både økonomisk kapacitet og erfaring:

”Begrænsning af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, sker efter vurdering af, hvilke ansøgere der har dokumenteret den bedste økonomiske og finansielle kapacitet, jf. punkt III.2.2), og som har dokumenteret de mest relevante leverancer af de ydelser, som kontrakten omfatter, jf. punkt III.2.3). Økonomisk/finansiell kapacitet og teknisk kapacitet vægtes ved vurderingen lige.”

Ved at lade økonomisk formåen indgå også i forhold til udvælgelsen reducerer man selvsagt risikoen for en konkurs. Det er dog samtidig vigtigt at have for øje, at det skal være sagligt funderet, set i forhold til kontraktens størrelse. Typisk indgår økonomisk formåen enten slet ikke, eller i givet fald kun med begrænset vægt, når det gælder fastlæggelse af udvælgelseskriteriet.

Det er selvsagt vigtigt at benytte det samme egnethedsgrundlag til brug for den efterfølgende godkendelse af fritvalgsleverandører.

4. TILBUDSEVALUERING

4.1 Fokus på kvalitet

Inden for hjemmeplejen er det ikke altid i ordregivers interesse, at kontrakten udelukkende tildeles på baggrund af prisen. De seneste års konkurrencer inden for området viser, at det ikke altid er vejen frem at tilrettelægge udbuddet som en ren priskonkurrence, hvor leverandørerne – ofte for at komme ind på markedet – risikerer at underbyde hinanden for efterfølgende at erfare, at kontrakten ikke er rentabel. Da andre leverandører efter en udbudt godkendelsesmodel skal levere på samme vilkår som den vindende tilbudsgiver, kan dette risikere at ramme bredt.

Det kan derfor være en god idé at overveje i højere grad at lade tildelingen afhænge af den kvalitet, som tilbudsgiverne er i stand til at levere. Vælger ordregiver at gøre dette, sender det et signal til leverandørerne og omverdenen om, at kvalitet udgør et vigtigt parameter ved vurderingen af tilbuddene – og dermed ved det endelige valg af leverandør.

Vælger man at lade konkurrencen afhænge af andet end prisen, skal det fastsættes, hvordan vægtningen mellem underkriterierne skal være. Skal prisen eksempelvis vægte med 40, 50 eller 60 %? Denne fastsættelse er afhængig af mange forskellige faktorer og kræver et nærmere kendskab til den konkrete ydelse.

Der kan være historik, politiske beslutninger i kommunen eller særlige hensyn, der gør, at man ender på en vægtning frem for en anden. Overordnet er budskabet dog, at såfremt man som kommune er åben for flere mulige løsningsforslag, og der er elementer at konkurrenceudsætte, taler dette for en højere vægtning af andre underkriterier end pris.

Kommunen kan med fordel være åben for, at effektiviseringer kan opnås på anden vis end ved priskonkurrence. Nemlig gennem udvikling af arbejdsgange og metoder i tæt samarbejde med den kommende leverandør

I de tilfælde, hvor det er muligt for ordregiver helt specifikt at beskrive, hvad ydelsen skal indeholde, altså fastsætte mange og detaljerede mindstekrav, vil der derudover ofte ikke være behov for bredere kvalitative underkriterier, som eksempelvis kvalitet, samarbejde og lign., der kan opsamle leverandørernes forslag til den gode løsning.

Følgende er eksempler på underkriterier, som på forskellig vis kan være med til at sige noget om kvaliteten af tilbuddet:

- Processer for medarbejderoverdragelse
- Handlings- og implementeringsplaner i forbindelse med overtagelsen af opgaven
- Samarbejde
- Innovation

- Kvalitetssikringssystemer og metoder
- Leveringssikkerhed
- Metoder til tidlig opsporing
- Kvalitetsniveau (hvor kommunens serviceniveau udgør minimumskravet)

Eksempel 1 – En kommune havde samlet værdifulde erfaringer fra tidligere udbud af hjemmeplejeydelser og samtidig opnået et godt kendskab til markedet gennem en teknisk dialog. Kommunen ønskede dog i højere grad end ved tidligere udbud at undgå et for ensidigt fokus på prisen. Da det politisk blev besluttet, at ydelsen atter skulle udbydes, var det særdeles vigtigt for kommunen, at der var fokus på kvalitet, og at denne udlicitering også blev en succes. På baggrund heraf valgte man at fastsætte underkriterierne således:

Underkriterier

Pris – 50 %

Samarbejde – 20 %

Kvalitet – 20 %

Innovation – 10 %

Disse underkriterier gav leverandørerne mulighed for at byde ind med (forpligtende) løsninger, der sikrede et godt løbende samarbejde. Endvidere talte det med i evalueringen, hvis leverandørernes løsningsbeskrivelse overopfyldte ordregivers krav til kvalitet og kom med innovative forslag indenfor specifikke områder.

I den forbindelse er det samtidig vigtigt at huske på, at der ikke kan evalueres på mindstekrav. Hvis ordregiver har sat som mindstekrav, at borgeren skal have støvsuget en gang om ugen, så kan der kun gives point ved evalueringen, såfremt leverandøren i sin løsningsbeskrivelse overopfylder dette krav. Eksempelvis ved at tilbyde støvsugning to gange om ugen.

Eksempel 2 – En kommune havde gennem en årrække - med stor succes - haft opgaver indenfor hjemmeplejeydelserne udliciteret. Kommunen havde haft ydelserne i udbud flere gange og havde god erfaring med, hvad der virkede, og hvad der ikke gjorde. Derfor var kommunens kravspecifikation meget detaljeret og med mange mindstekrav. Kommunen var helt bevidst om, hvad de ønskede og krævede af den fremtidige leverandør. På den baggrund valgte man at fastlægge underkriterierne således:

Underkriterier

Pris – 70 %

Kvalitet – 20 %

Samarbejde – 10 %

Idet kommunen havde fastsat en masse detaljerede mindstekrav vedrørende kvaliteten, kunne der i højere grad konkurreres på prisen. Da prisfaktoren i denne situation indgår med en højere vægt, kan dette, alt andet lige, være med til at øge risikoen for, at nogle tilbudsgivere byder

ind med uholdbare priser. Som ordregiver bør man derfor overveje, om man med fordel kan gøre brug af mindstepriser, jf. 4.2 straks nedenfor.

4.2 Evaluering

Selvom leverandørerne tvinges til i højere grad at konkurrere på andet end pris, kan det fortsat være en god idé at være opmærksom på, om nogle tilbud simpelthen er for gode til at være sande.

I udbudsretligt øjemed kan ordregiver afvise et tilbud, hvis det vurderes – efter nærmere undersøgelse – at være unormalt lavt. Ordregiver vil efter Klagenævnet for Udbuds praksis kun i ganske særlige tilfælde have en *pligt* til at reagere herpå. Uanset dette anbefales det, at ordregiver undersøger, hvorfor enkeltstående leverandører mener at kunne løse opgaven væsentligt billigere end andre. I sidste ende er det i både ordregiverens, leverandørens og borgernes interesse, at opgaven er prissat korrekt.

Er ordregiver – på grundlag af erfaringer med den udbudte opgave – i stand til at beregne, hvad det som minimum vil koste at udføre opgaven, forudsat at udførelsen samtidig skal være rentabel, vil ordregiver kunne fastsætte en mindstepris i udbudsbetingelserne, som tilbudsgivernes pris ikke må være lavere end. Tilbud, som ligger under mindsteprisen, vil herefter være ukonditionsmæssige. En sådan metode vil fjerne muligheden for, at tilbudsgiverne underbyder hinanden i et omfang, som medfører urealistiske priser, og i stedet lade konkurrencen fokusere på kvalitet.

Alternativt kan udbuddet tilrettelægges som en omvendt licitation, hvor den pris, som ordregiver maksimalt vil betale, oplyses på forhånd, hvorefter der mellem tilbudsgiverne alene konkurreres på de kvalitative underkriterier, som ordregiver opstiller – eventuelt med målsetninger om effektiviseringer i kontraktperioden.⁵

5. KONTRAKTEN OG HÅNDTERINGEN HERAF

5.1 Generelt om krav i kontrakten

Når kontrakten er tildelt, og aftalen er indgået, afsluttes udbudsproceduren. Parternes gensidige forpligtelser skal herefter findes i aftalegrundlaget – først og fremmest i selve kontrakten. De udbudsretlige regler er dog stadig relevante i kontraktperioden, særligt når det gælder vurderingen af lovligheden af de ændringer i kontrakten, som efterfølgende kan aftales med leverandøren. Der er mulighed for efterfølgende at aftale ændringer med leverandøren, men

⁵ Det er i denne sammenhæng vigtigt at være opmærksom på eventuelle begrænsninger, som måtte følge af statsstøttere reglerne. Jo mindre konkurrencen fokuserer på den rene pris, jo mere skal man være opmærksom herpå. En vurdering heraf skal også ses i sammenhæng med valg af udbudsform, udformning af det kvalitative udbudsgrundlag, den faktiske konkurrencesituation m.v.

dette skal ske indenfor rammerne af udbudsreglerne, jf. nedenfor i afsnit 5.4. Selv efter kontraktindgåelse er ordregiver bundet af det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, og derfor vil ikke alle ændringer kunne tillades.

Ikke mindst af denne årsag er det essentielt, at kontrakten – inden underskrivelse – er tænkt igennem med fokus på, hvordan man bedst imødegår en konkurs, og hvordan man bedst beskytter sig i tilfælde af en konkurs:

- *Dels* giver ordregiver mulighed for løbende at holde sig orienteret om ”tingenes tilstand” hos leverandøren.
- *Dels* udgør et tilstrækkeligt værn for ordregiver, hvis det kommer til en konkurs.

De redskaber, som med fordel vil kunne anvendes for at opnå disse mål, vil nedenfor blive beskrevet, ligesom der vil blive givet eksempler på kontraktbestemmelser, som kan anvendes.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at der typisk skal betales en risikopræmie i takt med, at ordregivers risiko mindskes. Det betyder, at nedenstående krav til leverandøren i større eller mindre grad vil medføre en højere pris.

5.2 Krav i kontrakten

5.2.1 Finansielle krav

5.2.1.1 Garanti

Ordregiver kan afdække eller begrænse et eventuelt økonomisk tab ved en konkurs ved tilføjelse af et kontraktuelt krav om, at leverandøren skal stille en garanti, nærmere bestemt en anfordringsgaranti. Ved en anfordringsgaranti indtræder betalingspligten (for den, der har stillet garantien), når ordregiver fremsætter krav herom, eksempelvis i tilfælde af en konkurs.

De mest almindelige og anvendte former for anfordringsgarantier er bankgarantier og moderselskabsgarantier. I forhold til afdækning af tab ved en konkurs er det nærliggende, at der i højere grad er mere økonomisk tryghed i at have sikkerhed i form af en bankgaranti. Dette ud fra, at der er risiko for, at også et moderselskab tages under konkursbehandling samtidig med eller i forlængelse af leverandørens konkurs. Sker dette, risikerer moderselskabsgarantien at være værdiløs.

En væsentlig grund til at stille krav om en bankgaranti er derudover, at garantien vil være opnået ved en forudgående vurdering af leverandørens økonomiske formåen, f.eks. en vurdering foretaget af tilbudsgivers bank før udstedelse af den pågældende garanti.

Der kan ikke overordnet udstikkes klare retningslinjer for, hvad der er en passende garantisum, idet der her skal inddrages forskellige faktorer, bl.a.:

- Kontraktens størrelse

- Betalingens komponenter, herunder lønnens andel af den samlede betaling
- Ydelsens konkrete karakter
- Leverandørerne på markedet
- Den valgte betalingsform
- Prisen for risikoafdækning

Ofte ses garantisummen som en vis procentdel af den årlige kontraktsum, men da det på fritvalgsområdet ikke på forhånd kan vides, hvor stor den årlige kontraktsum for den enkelte leverandør vil være, kan det overvejes i stedet på forhånd at definere nogle omsætningsintervaller (alternativt borgerintervaller), som bliver styrende for garantien størrelse. Leverandører, som opnår en høj omsætning vil således skulle stille garanti for et højere beløb modsvarende den større risiko forbundet med f.eks. en konkurs. Alternativt kan man benytte sig af en fleksibel ændringsmekanisme, jf. afsnit 5.4 nedenfor, som muliggør at man løbende kan justere garantiens størrelse til et niveau, der afspejler leverandørens omsætning under kontrakten. Fordelen ved intervalmodellen er, at det sker automatisk, men modellen er omvendt lidt mindre fleksibel.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at krav om bankgaranti i kontrakten vil være en ekstra omkostning for leverandøren, som en ordregiver må forvente vil blive lagt oveni i prisen.

Eksempel 1:

- *Til sikkerhed for Leverandørens opfyldelse af Aftalen samt leverandørens eventuelle konkurs, herunder eventuelle omkostninger til dækningskøb, advokatomkostninger m.v., skal leverandøren stille en anfordringsgaranti på DKK XX mio. (INDSÆT BELØB SVARENDE TIL OMKOSTNINGER FORBUNDET MED KONKURS).*
- *Sikkerheden skal stilles senest otte Arbejdsdage efter Aftalens indgåelse i form af pengeinstitutgaranti eller kautionsforsikring eller på anden betryggende måde, idet det ikke er muligt at stille moderselskabsgaranti.*
- *Sikkerheden skal opretholdes indtil tre måneder efter Aftaleperiodens udløb, medmindre Kommunen forinden overfor Leverandøren og garanten har fremsat krav om udbetaling under garantien. I så fald bortfalder garantien først, når Kommunen meddeler garanten, at garantien kan bortfalde eller garanten har udbetalt hele garantisummen.*
- *Garantien nedskrives ikke i perioden. Kommunen er dog berettiget til i hele Aftaleperioden at lempe kravet til garantiens størrelse, idet Kommunen i så fald skal opnå en besparelse,*

Som eksempel 1 er formuleret, vil garantien ved træk herpå blive mindre. I den forbindelse kunne det overvejes at indsætte en løbende forpligtelse for leverandøren til ”opfyldning” af garantien i takt med, at der trækkes herpå. Derved ville ordregiver til enhver tid have det fulde garantibeløb at holde sig til. I praksis er det dog svært at forestille sig et reelt behov for dette i forhold til kontrakter inden for hjemmeplejeområdet.

Vælger ordregiver at stille krav om en garanti i kontrakten, er det muligt at kæde dette krav sammen med indgåelsen af kontrakten, og gøre indgåelsen betinget af, at den vindende tilbudsgiver f.eks. senest 10 dage efter, at kontakten er blevet tildelt, stiller med en garanti svarende til det krævede i kontrakten. Stilles garantien ikke inden fristen udløber, kan ordregiver forbeholde sig ret til i stedet at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, som ved evalueringen blev vurderet som den næstbedste. Det forudsætter dog efter reglerne i udbudsloven (afsnit II), at kontrakten endnu ikke er blevet underskrevet. Hvis ordregiver ønsker at gøre indgåelsen af kontrakten betinget af, at garantien stilles inden for en vis frist, er det vigtigt, at dette beskrives præcist i udbudsbetingelserne.

5.2.1.2 *Bagudrettet betaling m.v.*

Kreditorerne i et konkursbo består ofte af parter, der har betalt for varer eller ydelser, som ikke er blevet leveret inden afsigelse af konkursdekret, og disse må derfor tage til takke med betaling af en eventuel dividende.

En måde, hvorpå en sådan situation kan undgås, er ved ikke at betale for ydelsen, før denne er leveret, altså ved at kræve fuld bagudrettet betaling. Det afspejler da også normal praksis og gældende retningslinjer på området.

Det kan eksempelvis aftales, at der faktureres månedsvis bagud med en betalingsfrist på 30 dage. Det vil i en eventuel konkurssituation betyde, at ordregiver ikke er i risiko for at befinde sig i en situation, hvor denne har betalt for ydelser, som ikke bliver leveret. Der vil således ikke være et økonomisk tab i den forbindelse.

Som ved vurderingen af størrelse af en garantisum, gælder også her, at forskellige faktorer skal inddrages, for at sætte ordregiver i stand til at vurdere, hvad der for den konkrete kontrakt er en hensigtsmæssig betalingsstruktur. Jo længere den bagudrettede periode er, jo mere vil det belaste leverandørens likviditet og dermed samtidig øge risikoen for konkurs.

Ordregiver kan med fordel overveje størrelsen af det tab, der ønskes afdækket. Hvad er det forventede tab, og hvor meget af dette er dækket af en eventuel garantisum? Såfremt ordregiver har behov for yderligere sikkerhed, kan der skrues på perioden for den bagudrettede betaling. Der kan endvidere kigges på sædvanen i markedet, ligesom en eventuel markedsdialog ofte vil give svar på leverandørens ønsker i den forbindelse. Ud fra dette niveau, kan ordregiver vurdere, om man ønsker at betale en merpris for at få en sikkerhed, ud over det der er standarden i markedet.

Endelig kan man som ordregiver selv gøre meget for ikke at belaste leverandørens likviditet unødigt – først og fremmest betale leverandørens regninger til tiden.

Manglende rettidig betaling kan potentielt være ét af de forhold, som er med til at presse en leverandør mod en konkurs.

Eksempel 1:

- *Fakturering sker månedsviis bagud senest den X. hverdag efter månedsskiftet. Der afregnes alene for faktisk leverede ydelser.*
- *Fakturaer er forfaldne til betaling tredive (30) dage efter fakturadatoen. Beløb, som henstår ubetalt i henhold til korrekt faktura efter udløbet af ovennævnte frister, tillægges renter fra forfaldsdatoen efter renteloven.*
- *Leverandøren bærer det fulde ansvar for korrekt fakturering. Leverandøren er ikke berettiget til at undlade at udføre kontraktmæssige ydelser på grund af uenighed om betalingen, og Kommunens manglende betaling af omtvistede beløb anses ikke for misligholdelse af Aftalen.*

I eksempel 1 kombineres den bagudrettede betaling med en forfaldsdato, som er fastsat 30 dage efter fakturadatoen. En sådan model kan efter omstændighederne udgøre en (yderligere) belastning for leverandørens likviditet. Som ordregiver kan man derfor overveje at operere med en kortere periode, inden fakturaen forfalder til betaling.

Alternativt kan modellen ovenfor ændres, så ordregiver allerede umiddelbart efter månedsskiftet betaler en på forhånd fastlagt procentdel af den (forventede) månedlige betaling, hvorefter der senere på måneden – eller med den efterfølgende måneds faktura – sker en efterbetaling af den resterende del af leverandørens vederlag, som svarer til de ydelser, der er blevet leveret.

Man skal i alle tilfælde være opmærksom på, at det følger af Renteloven, at betalingsfristen for offentlige myndigheder som alt overvejende hovedregel ikke må overstige 30 dage regnet fra det tidspunkt, hvor leverandøren har fremsat anmodning om betaling.

Som led i reguleringen af ordregivers betalingsforpligtelse kan man ligeledes indsætte bestemmelse om, at betaling til leverandøren er betinget af, at de ansatte har fået deres løn. Manglende lønudbetaling vil typisk være et tegn på vanskeligheder hos leverandøren, som meget vel kan føre til en konkurs. Dokumentation for lønudbetaling kan derfor være med til at give ordregiver en ekstra mulighed for at holde øje med, at leverandøren ikke er på vej mod en konkurs.

Eksempel 2:

Leverandøren skal, samtidig med fremsendelse af faktura til Kommunen, fremsende dokumentation for, at lønudbetaling til al ansat personale er sket for samme periode. Dokumentationen skal udgøres af lønsedler samt bankattest for overførslerne. Kommunens betalingsforpligtelse er betinget heraf.

Inden man indsætter bestemmelse i kontrakten, svarende til ovenstående, er det vigtigt, at ordregiver overvejer det afledte arbejde, som vil være forbundet med modtagelsen af sådanne oplysninger. Skal en bestemmelse som ovenfor have nogen reel betydning, kræver det, at den løbende dokumentation for lønudbetaling gennemgås og vurderes, hver gang den modtages. Sker dette ikke, vil denne type bestemmelse alene påføre leverandøren ekstra administrative forpligtelser uden til gengæld at have nogen tilsvarende gavnlig effekt for ordregiver.

Stilles der krav om løbende dokumentation for lønudbetaling, er det ligeledes vigtigt, at ordregiver sørger for dennes egen og leverandørens overholdelse af reglerne i persondataloven om behandling af personoplysninger. Overholdelse af reglerne i persondataloven vil konkret kunne ske ved, at ordregiver i udbudsmaterialet stiller krav om, at leverandøren – f.eks. i ansættelseskontrakterne – dels får medarbejdernes samtykke til videregivelse af lønoplysningerne til ordregiver, dels sørger for at ordregivers underretningspligt i henhold til persondataloven er opfyldt. Dette kan gøres ved at oplyse medarbejderne om, hvem oplysningerne videregives til (ordregiver) samt formålet med videregivelsen (navnlig at opnå sikkerhed for, at leverandøren ikke er i økonomiske vanskeligheder).

5.2.1.3 *Løbende rapportering*

Der er mulighed for i kontrakten at indsætte krav om, at leverandøren er forpligtet til løbende at fremsende kvartals-, halvårs- og eller helårsregnskaber, ligesom der kan være et kontraktuelt krav om, at leverandøren er forpligtet til at orientere ordregiver, såfremt dennes økonomi udvikler sig i en kritisk retning.

Ovenstående krav øger muligheden for, at ordregiver i tide vil være i stand til at opfange signaler på konkurs, inden denne indtræder. Dermed får ordregiver mulighed for at forberede sig på en eventuel konkurs, både i forhold til forsyningssikkerheden, men også i forhold til at afbøde de eventuelle økonomiske konsekvenser ved konkursen.

Eksempel 1:

"Leverandøren er på anmodning fra kommunen forpligtiget til at fremsende kopi af kvartals/halvårs/årsregnskaber til Kommunen samt i øvrigt oplyse om virksomhedens økonomiske situation, hvis denne udvikler sig kritisk. Årsregnskaber skal fremsendes til Kommunen i umiddelbar forlængelse af udarbejdelse eller eventuel offentliggørelse. Kommunen kan til enhver tid anmode om en revisorattesteret erklæring og afholder i så fald omkostningerne hertil."

5.2.2 *Krav til samarbejde*

Såfremt det offentlige – private samarbejde forløber godt og konstruktivt, og løbende evalueres gennem dialog mellem parterne, vil der være en større sandsynlighed for, at en eventuel økonomisk udfordring vil blive opdaget, inden udfordringen ender i en konkurs. Oprettelse af en samarbejdsorganisation mellem ordregiver og leverandør kan derfor udgøre et oplagt forum, hvor en sådan løbende dialog og evaluering vil kunne finde sted.

5.2.2.1 Samarbejdsfora

Der kan indsættes krav om samarbejdsfora på alle niveauer, eksempelvis på det daglige niveau mellem leverandørens ledelse og eventuel tilsynsvirksomhed fra ordregiver. På samme måde kan parterne have et mere fagligt forum, hvor leverandøren indgår i den offentlige ordregivers netværk og på den måde også inddrages i processer og beslutninger på det område. Endvidere kan der på helt overordnet niveau aftales en struktur, hvor der i kontraktperioden er indlagt faste møder og drøftelser mellem kontraktparterne.

Eksempel 1:

- *Med henblik på at have et formelt forum for drøftelser, opfølgning på leverancer, rapportering og indledende konflikthåndtering opretter Parterne en samarbejdsorganisation i overensstemmelse med nedenstående vilkår og de krav, der fremgår af Bilag X. Leverandøren skal således deltage i de i Bilag X beskrevne faste samarbejdsfora.*
- *Samarbejdsorganisationen fungerer i relation til både den daglige drift, det daglige samarbejde samt som overordnet opfølgning på Aftalens opfyldelse mellem Kommunen og Leverandøren. Samarbejdsorganisationen benyttes ligeledes til at facilitere møder med andre leverandører/interessenter for at sikre en helhedsorienteret tilgang i forhold til borgerne.*
- *Parterne afsætter på alle niveauer passende og kompetente ressourcer med relevant beslutningskompetence til deltagelse i de relevante samarbejdsfora, herunder i relation til koordinering og styring af Aftalen fra tidspunktet for Aftalens ikrafttræden og til Aftalens ophør, således at arbejdet løbende kan koordineres i overensstemmelse med Aftalens forudsætninger.*
- *Opfølgning på levering af ydelserne vil ske systematisk med fokus på såvel kvantitet som kvalitet. Den løbende opfølgning sker i henhold til de fastlagte rammer, jf. Bilag X. Leverandøren er forpligtet til at medvirke til, at Kommunens tilsynsvirksomhed kan gennemføres så effektivt som muligt.*

5.2.3 Opsigelsesadgang og hævebeføjelser

I det tilfælde ordregiver måtte blive opmærksom på, at leverandøren er i økonomiske vanskeligheder, kan det være ønskeligt at stoppe samarbejdet. Der kan være et ønske om at komme en konkurs i forkøbet, særligt i forhold til forsyningssikkerheden, og enten selv hjemtage opgaven eller iværksætte et nyt udbud.

Det er derfor vigtigt, at der i kontrakten findes mekanismer i forhold til opsigelsesadgang eller en hæveadgang i forbindelse med en anticiperet konkurs.

5.2.3.1 Ordregivers opsigelsesadgang

Der kan i kontrakten frit aftales bestemmelser om opsigelsesadgang og varsel i forbindelse hermed. Også i forbindelse med fastsættelse af disse krav er det relevant at kigge på sædvaner i markedet, ydelsens karakter, leverandørens eventuelle investeringer i forbindelse med indgåelse af aftalen mv.

Såfremt der eksempelvis er store investeringsomkostninger, udgifter i forbindelse med rekruttering og oplæring af personale, taler det for, at leverandøren vil forlange en sikkerhed i form af en periode med uopsigelighed, før kontrakten har dennes interesse.

Omvendt kan der være tale om en eventuelt mindre kontrakt, hvor der ikke fra leverandørens side kræves den store sikkerhed, idet investeringerne er små og mobiliteten er høj. I det tilfælde kan det være hensigtsmæssigt fra ordregivers side at aftale et kortere opsigelsesvarsel, idet der er en formodning for, at dette ikke vil medføre en merpris eller mindske konkurrencen.

En opsigelse af kontrakten kræver ingen misligholdelse fra leverandørens side og kan således benyttes i det tilfælde, hvor der efter ordregivers vurdering er risiko for en konkurs.

Eksempel 1:

Ordregiver kan til enhver tid uden nærmere kvalificering opsige Aftalen med [x]-måneders varsel (EKSEMPEL – bør vurderes konkret, særligt under hensyn til de investeringer, som leverandøren har foretaget forud for opgaven), dog ikke de første [X] måneder af den ordinære Aftale, hvor aftalen er uopsigelig. Leverandøren har ikke mulighed for at opsige Aftalen i Aftaleperioden.

Hjemmeplejeområdet er præget af at være lønsumstungt, men med begrænsede opstartsomkostninger i øvrigt (dog eventuelt køb eller leasing af biler). Et opsigelsesvarsel vil derfor primært skulle afstemmes i forhold til det sædvanlige opsigelsesvarsel for de tilknyttede medarbejdere.

5.2.3.2 Særlige hævebeføjelser i kontrakten

Det følger af dansk aftaleret, at en aftale kan hæves, såfremt en af parterne misligholder sine forpligtelser i væsentlig grad. I den forbindelse vil det ved udarbejdelse af kontraktgrundlaget kunne specificeres, hvad der konkret skal anses for at udgøre væsentlig misligholdelse.

Eksempelvis vil det kunne specificeres, at manglende dokumentation for lønudbetaling i eksempelvis 2 eller 3 måneder udgør væsentlig misligholdelse, som giver ordregiver ret til at hæve kontrakten. Dette kan være et værktøj, der giver ordregiver mulighed for at hæve kontrakten, inden en konkurs indtræder, idet manglende lønudbetaling over en vis periode typisk er et tegn på økonomiske vanskeligheder hos leverandøren, som er egnet til at føre til en konkurs. Det er vigtigt, at det beskrives så præcist som muligt, hvilke konkrete forhold, der efter kontrakten anses for at udgøre væsentlig misligholdelse.

Eksempel 1:

Kommunen kan ophæve Kontrakten helt eller delvist, hvis Leverandøren i væsentlig omfang misligholder sine forpligtelser i henhold til kontrakten.

Følgende anses altid for væsentlig misligholdelse, som giver Kommunen adgang til at ophæve Kontrakten:

- *Leverandøren ikke i en periode på 2/3 måneder har fremsendt dokumentation for udbetaling af løn til sine medarbejdere rettidigt, og dette ikke kan henføres til omstændigheder udenfor leverandørens kontrol.*

Yderligere kan det med fordel specificeres i kontrakten, hvilke mangler i forhold til kontraktens opfyldelse, eksempelvis mangler i forhold til kvaliteten af den leverede hjemmepleje, som vil blive anset som væsentlig misligholdelse, eksempelvis:

- Grove omsorgssvigt
- Væsentlige fejl og mangler ved medicinering
- Gentagne klager fra borgere og pårørende

Samtidig kan det angives i kontrakten, at flere mindre grove fejl samlet set kan udgøre væsentlig misligholdelse. Sådant manglende opfyldelse af kontakten kan indikere, at der er økonomiske udfordringer hos leverandøren, hvorfor hæveadgangen i dette tilfælde kan anvendes i kontraktforholdet for at afbøde (virkningerne af) en konkurs.

En ordregiver er berettiget til at hæve kontrakten på baggrund af antciperet misligholdelse, altså hvis ordregiver har en forventning om *og kan dokumentere*, at leverandøren vil misligholde kontrakten i fremtiden. Det er i praksis relativt svært for ordregiver at føre bevis for, at leverandøren vil misligholde i fremtiden og såfremt ordregiver hæver kontrakten uberettiget, kan der ifaldes erstatningsansvar. Det kan derfor anbefales at specificere i kontrakten, hvad der vil blive anset som væsentlig misligholdelse i forhold til forventninger om manglende opfyldelse af kontakten og med risiko for konkurs.

Eksempel 2:

Kommunen kan ophæve Kontrakten helt eller delvist, hvis Leverandøren i væsentlig omfang misligholder sine forpligtelser i henhold til kontrakten.

Følgende anses altid for væsentlig misligholdelse, som giver Kommunen adgang til at ophæve Kontrakten:

- *Leverandørens økonomiske forhold forværres væsentligt, hvilket bringer opfyldelsen af kontrakten i fare.*
- *Leverandøren ikke har tilknyttet et tilstrækkeligt [evt. specificeres nærmere i henhold til den relevante kontrakt] antal medarbejdere, hvilket bringer opfyldelsen af kontrakten i fare.*

5.2.4 Beredskabsforpligtelse

En beredskabsforpligtelse i kontrakten med leverandøren kan være gavnlige, hvis ordregiver har flere forskellige og fra hinanden adskilte leverandører – eksempelvis forskellige leverandører i forskellige distrikter i kommunen. En beredskabsforpligtelse vil i sådanne tilfælde kunne forpligte en leverandør til – mod betaling – at indgå i et fælles beredskab, hvis en anden af kommunens leverandører går konkurs. Oprettelsen af et fælles beredskab vil i en kortere periode kunne sikre forsyningssikkerheden og give ordregiver mulighed for at få overblik over situationen, og ikke mindst handlemulighederne fremadrettet.

Indsættes der en beredskabsforpligtelse, bør denne i videst muligt omfang beskrive indholdet af det beredskab, som leverandøren er forpligtet til at stille med. Det bør beskrives, hvilket antal medarbejdere leverandøren er forpligtet til at stille med, krav om et særligt uddannelsesniveau for disse medarbejdere eller for dele af disse medarbejdere, hvis et sådan krav er nødvendigt, og hvor hurtigt leverandøren skal stille med beredskabet.

Samtidig bør ordregiver udarbejde en intern handleplan, som beskriver hvordan en leverandørs konkurs vil blive håndteret. Se nedenfor i afsnit 5.3.

Eksempel 1:

Hovedleverandøren er forpligtet til at indgå i Kommunens beredskab i tilfælde af, at Kommunen har vanskeligt ved at opfylde sin forsyningspligt inden for området, f.eks. fordi en af de andre leverandører går konkurs eller Kommunens samarbejde med en eller flere af de andre leverandører må ophøre med kort varsel.

*Leverandørens forpligtelse til at indgå i Kommunens beredskab indebærer, at leverandøren senest 4 timer (**skal vurderes konkret**) er forpligtet til at lade 5 medarbejdere indgå i Kommunens beredskab.*

Hovedleverandøren kompenseres herfor med afsæt i afregningsmodellen. Hovedleverandøren skal uden yderligere vederlag herudover sikre et internt beredskab, der gør denne i stand til at løse opgaver, selv under pressede situationer grundet f.eks. sygdom, vejrproblemer (f.eks. snestorm) osv., jf. dog punkt XX om force majeure.

En *egentlig* beredskabsforpligtelse i kontrakten for den leverandør, som går konkurs, som forpligter den konkursramte leverandør til at opretholde et beredskab, også efter konkursens indtræden, vil dog som udgangspunkt ikke have den store effekt. Det skyldes – som uddybet nærmere nedenfor i afsnit 6 – at leverandøren, efter konkursens indtræden, overtages af en kurator, som i medfør af konkursreglerne vil have mulighed for ikke at videreføre kontrakten med ordregiver.

Det vil også være hensigtsmæssigt generelt at være opmærksom på at indrette kontrakten på en sådan måde, at det er praktisk muligt for en anden leverandør (evt. kommunen selv) hurtigt at overtage opgaven.

5.2.5 *Krav om oprettelse af et særligt selskab til at drive aktiviteterne*

Der kan i en kontrakt stilles krav om, at der oprettes et særskilt selskab (et såkaldt SPV – ”*special purpose vehicle*”) til at forestå opgaven med at udføre kontrakten. Dermed indkapsles risici under aftalen i et selskab, således at dette selskab som udgangspunkt alene kan gå konkurs, såfremt driften under aftalen er underskudsgivende, eller hvis selskabet bliver ramt af en force majeure-lignende situation. Selskabet (leverandøren) vil som følge af SPV-konstruktionen således som udgangspunkt være upåvirket af konkurs hos et moderselskab. Leverandørens forpligtigelser overfor ordregiver vil således fortsat bestå, uanset hvem der måtte overtage moderselskabets ejerandele i selskabet (SPV’et).

Krav om oprettelse af et SPV øger tillige tilbudsgivernes incitament til at afgive tilbud på et selvstændigt økonomisk bæredygtigt grundlag. Risikoen for at virksomhederne presser prisen for at underbyde hinanden, eksempelvis i investeringsøjemed for at komme ind på markedet, må derfor forventes at være mindre, og dermed mindskes risikoen for konkurs også isoleret set. Omvendt kan leverandøren vælge at lade SPV’et gå konkurs, såfremt kontrakten viser sig at være underskudsgivende, netop fordi det ikke påvirker de andre aktiviteter.

Det beror på de konkrete omstændigheder, hvorvidt det kan anbefales at stille krav om oprettelse af SPV. En gennemført dialog med markedet, eller blot et kendskab til de potentielle tilbudsgivere kan bidrage med viden om, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at indføre et sådant krav. Såfremt der er tale om mindre kontrakter og mindre virksomheder, kan det være et byrdefuldt krav for leverandørerne. Omvendt kan ordregiver have et ønske om, at det udelukkende er de økonomisk robuste virksomheder, som ikke nødvendigvis sorteres fra grundet krav om SPV, der deltager i konkurrencen.

Såfremt ordregiver ønsker at stille krav om oprettelse af SPV, skal dette anføres i udbudsbekendtgørelsen.

5.3 **Kontrakthåndtering**

Selv om udbuddet er afholdt, en leverandør er blevet fundet og kontrakten med denne er skrevet under, er det vigtigt, at ordregiver fra starten af kontraktens løbetid og gennem hele kontraktperioden løbende holder sig orienteret om leverandørens udførelse af opgaverne omfattet af kontrakten, og ikke mindst situationen hos leverandøren. En løbende kontrakthåndtering er et til tider overset redskab, som kan være ressourcekrævende, men som samtidig med fordel kan anvendes af ordregiver som led i forebyggelsen af en konkurs. Ordregiver bør derfor allerede ved kontraktens indgåelse have afgjort, hvordan man internt i organisationen vil placere opgaven med den løbende kontrakthåndtering og opfølgning.

Som led i kontrakthåndteringen bør ordregiver altid løbende være opmærksom på, om kontrakten afvikles på tilfredsstillende vis. Henvendelser fra utilfredse borgere, som ikke oplever et tilfredsstillende serviceniveau kan både være udtryk for almindelig sjusk hos leverandøren, og være et tegn på, at leverandøren kæmper med at få tingene til at hænge sammen. Om

.....

sidstnævnte er tilfældet, vil ordregiver kunne få en fornemmelse af i det samarbejdsforum, som det er muligt for ordregiver at stille krav om i kontrakten. Endelig bør ordregiver hurtigst muligt efter kontraktens indgåelse sørge for at udarbejde en beredskabsplan, som beskriver ordregivers strategi for, hvordan en konkurs vil blive håndteret.

Strategien bør have karakter af en handleplan, som navnlig bør tage stilling til følgende:

- Hvordan sikres den fortsatte levering af plejeydelser til borgerne?
 - Skal der aftales virksomhedsoverdragelse med kurator hos den konkursramte leverandør, så ordregiver overtager medarbejderne og fortsætter leveringen af plejeydelser i en vis periode?
 - Eller kan der sikres et midlertidigt nødberedskab med hjælp fra øvrige leverandører i kommunen gennem aktivering af en eventuel beredskabsforpligtelse i kontrakterne med disse leverandører?
 - Hvis der skal etableres et midlertidigt nødberedskab med hjælp fra de øvrige leverandører, hvordan skal indsatsen fra dette beredskab i så fald koordineres? Kommunens egen og ikke mindst de øvrige leverandørers konkrete roller i beredskabet bør fastlægges så detaljeret som muligt.
- Hvordan sikres det, at kommunen – *alternativt én eller flere øvrige leverandører* – kan udføre de nødvendige opgaver omfattet af kontrakten med den konkursramte leverandør?
 - Er der overblik over dels de berørte borgere, dels overblik over særlige behov hos disse, f.eks. et særligt behov for medicin?
 - Har man adgang til og rådighed over nødvendige hjælpemidler, f.eks. køretøjer, medicin m.v., som skal bruges i forbindelse med arbejdet?
- Hvem sørger for at kommunikere leverandørens konkurs ud til de berørte borgere, og eventuelt de pårørende hertil, og hvad skal der kommunikeres ud?
- Hvordan og hvad kommunikeres der ud til omverdenen i øvrigt, ikke mindst medierne, i tilfælde af en konkurs?

Som led i udarbejdelsen af en beredskabsplan kan ordregiver overveje at benytte samarbejdsforummet, hvis ordregiver har behov for at få leverandørens input til ovenstående eller andre dele af den strategi for håndtering af en konkurs, som planen beskriver.

5.4 Ændringer undervejs i kontrakten med leverandøren

En fleksibel kontrakt med mulighed for justering og løbende ændringer af de vilkår, som leverandøren oprindeligt har sagt ja til, kan også være med til at forebygge, at en konkurs senere indtræder. En ændring i kontrakten foretaget i tide kan være med til at give leverandøren et tiltrængt ”pusterum”, og frigøre denne fra forpligtelser i kontrakten, som viser sig at være særligt byrdefulde og svære at leve op til.

Der er imidlertid ikke fri adgang til at foretage ændringer i kontrakten. Den nærmere adgang til at foretage ændringer reguleres af udbudsreglerne, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, som også gælder efter kontraktindgåelse.

Udgangspunktet i reglerne om kontraktændringer i den nye udbudslov er, at ændringer af *grundlæggende elementer* i kontrakten (fortsat) ikke er tilladt. Hertil gælder der dog en række undtagelser.

Særlig interessant for den ordregiver, som ønsker at imødegå økonomiske vanskeligheder hos en leverandør med en justering af kontrakten, er muligheden for at indsætte ændringsklausuler i kontrakten. Hvis en ændring på denne måde i forvejen er forudsat i kontrakten, vil ordregiver kunne gennemføre ændringen, selvom den ellers ville udgøre en ændring af kontraktens grundlæggende elementer.

Adgangen til at anvende ændringsklausuler i kontrakten forudsætter dog, at følgende to betingelser er opfyldt, herunder at:

1. Ændringsklausulen er reguleret i kontrakten og formuleret i klare, præcise og entydige vendinger, herunder at omfanget og arten af ændringen er defineret.
2. Ændringsklausulen ikke indebærer, at kontraktens overordnede karakter ændres.

Derudover er det vigtigt at sikre, at der i ændringsklausulen fastsættes en objektiv prisreguleringsmekanisme, som – baseret på kontraktens kalkulationsgrundlag – gør det klart, hvilken betydning en given ændring har for leverandørens kompensation, således at den økonomiske balance i kontrakten opretholdes.

Muligheden for ændringsklausuler i kontrakten kan forestilles anvendt i forhold til ændringer af vilkårene vedrørende selve den ydelse, som kontrakten omhandler. Man kunne eksempelvis forestille sig en ændringsklausul, som giver ordregiver adgang til at løfte leverandørens forpligtelse til natlige besøg hos borgere ud af kontrakten. En sådan klausul ville kunne aktiveres, hvis det efter kontraktens indgåelse viser sig, at antallet af borgere med behov for natlige besøg er faldet til under en vis – og i kontrakten nærmere defineret – grænse. Grænsen for, hvornår ændringen træder i kraft, ville konkret kunne/skulle fastlægges ud fra en vurdering af, hvornår omkostningerne ved udførelsen af natlige besøg hos borgerne væsentligt overstiger indtægterne herved.

I eksemplet ovenfor er det samtidig vigtigt at huske på, at ændringsklausulen – udover at opfylde betingelse nr. 1 – heller ikke må ændre den overordnede karakter af kontrakten, som nævnt i betingelse nr. 2. Kontrakten må dermed ikke, efter ændringen er foretaget, have ændret karakter på en sådan måde, at den pludselig henvender sig til et helt nyt marked.

Indebærer ændringen i eksemplet ovenfor f.eks., at kontrakten pludselig også henvender sig til en helt ny kategori af mindre leverandører, som på baggrund af kontraktens omfang hidtil oprindeligt var afskåret fra at deltage i udbuddet, kan der argumenteres for, at ændringen ændrer kontraktens overordnede karakter.

6. KONKURS OG KONSEKVENSER

6.1 Forløbet ved en konkurs

Når en virksomhed begærer eller begæres konkurs, vurderer skifteretten, om virksomheden er insolvent i konkurslovens forstand. Såfremt dette krav er opfyldt, tages boet under konkursbehandling.

I de senere års sager om konkurser indenfor pleje- og omsorgsområdet, har det typisk været virksomhederne selv, der har indgivet begæring om konkurs, efter at de finansielle kreditorer har meddelt, at der ikke vil blive stillet yderligere likviditet til rådighed. Ved afsigelse af konkursdekret udpeger skifteretten en kurator efter at have rådført sig med de kreditorer, der er til stede på mødet, hvor behandlingen af konkursbegæringen foregår. Derfor kan det være relevant for ordregiver at deltage i mødet i skifteretten.

Kurator skal straks efter afsigelse af konkursdekret orientere kreditorerne, heriblandt ordregiver, om konkursen. I praksis vil leverandøren sandsynligvis have orienteret ordregiver forinden. Kurator har herefter mulighed for, på boets vegne, at vælge, om der skal indtrædes i de kontrakter, der foreligger på dekrettidspunktet. Ordregiver kan forlange, at kurator ”uden ugrundet ophold” meddeler, om der indtrædes i kontrakten.

Det er en konkret vurdering at afgrænse begrebet ”uden ugrundet ophold”. I store og komplicerede kontrakter tillades der sædvanligvis mere tid, mens mindre kontrakter eller kontrakter, hvor tiden er en afgørende faktor, eksempelvis ved letfordærlige madvarer eller samfundskritiske ydelser, kræver hurtigere meddelelse om, hvorvidt boet vil indtræde i aftalen. Det må også antages at gælde, når det gælder pleje- og omsorgsområdet.

Ordregiver bør for god ordens skyld hurtigst muligt anmode konkursboet om stillingtagen til indtræden.

Det vil også være muligt at aftale mellem ordregiver og kurator, at kurator gives et lidt længere varsel mod, at kurator i den mellemliggende periode fortsætter driften og derved indestår for forsyningsikkerheden. Dette forudsætter dog, at ordregiver er indstillet på – uden modregningsadgang – at indestå kurator for betaling for de ydelser, konkursboet i givet fald leverer under kontrakten i denne ”betækningsperiode”. Dette er i praksis en sædvanlig ordning.

Såfremt boet vælger at indtræde i aftalen, indtræder boet i de forpligtelser og rettigheder, som leverandøren havde inden konkursen i henhold til kontrakten. I denne situation er ordregiver

med andre ord sikret i forhold til den fremadrettede levering af hjemmeplejeydelserne, ligesom ordregiver ikke lider noget økonomisk tab som følge af konkursen. Dette vil alene ske, såfremt kurator har fundet en erhverver af virksomheden⁶.

Mere sandsynligt er det dog nok, at kurator vælger ikke at indtræde i kontrakten om hjemmeplejeydelser, idet kurator finder en videre drift udsigtsløs. Denne situation kan forekomme såvel i den situation, hvor boet er blevet forespurgt om indtræden og ikke har udbedt sig betænkningstid som i den situation, hvor ordregiver og konkursboet i betænkningstiden har fortsat driften, jf. ovenfor. Det er en sådan situation denne vejledning med de konkrete anbefalinger har forsøgt at hindre og i givet fald afbøde konsekvenserne af.⁷

Den forudgående planlægning, tilrettelæggelsen af udbudsprocessen og de udfærdigede kontraktbestemmelser skulle gerne medvirke til, at såvel de økonomiske konsekvenser for ordregiver som de forsyningssikkerhedsmæssige konsekvenser for borgerne bliver mindsket mest muligt.

6.2 Konkursens økonomiske konsekvenser

De sædvanlige tab for en kreditor i forbindelse med en konkurs er udestående krav for levering af varer eller ydelser på kredit. Endvidere opstår der ofte krav på løbende kontrakter i form af indirekte tab ved ophævelse af kontrakten som følge af misligholdelse, fx i form af omkostninger til at færdiggøre eller videreføre kontrakten.

I afsnit 5 er vejledningen kommet med forslag til, hvordan man som ordregiver sikrer sig, at sådanne tab minimeres. Ved et kontraktuelt krav om bagudrettet betaling jf. afsnit 5.2.1.2, betaler ordregiver aldrig for ydelserne, før de er erlagte, hvorfor der ikke ved en eventuel konkurs lides tab på dette grundlag.

Som omtalt i afsnit 5.2.1.1, er det tillige anbefalelsesværdigt at stille krav om sikkerhedsstillelse i form af en garanti. Ordregiver kan ved tab som følge af misligholdelse af kontrakten – som en konkurs er – på anfordring få udbetalt penge på garantien.

Såfremt disse to overstående bestemmelser vedrørende bagudrettet betaling og garantistillelse er en del af kontraktgrundlaget, synes der at være en formindsket risiko for, at ordregiver vil lide et nævneværdigt økonomisk tab i forbindelse med en konkurs.

⁶ I forhold til det udbudsretlige aspekt i, at kurator og ordregiver i samarbejde, beslutter, at kontrakten skal overdrages til anden leverandør, er dette reguleret i den nye udbudslovs § 182. I medfør af denne bestemmelse, er det ikke at anse som ændring af grundlæggende elementer, såfremt leverandøren udskiftes som følge af den oprindelige leverandørs insolvens. Det følger dog af bestemmelsen, at denne nye leverandør skal opfylde kravene til de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse (egnethedsvurderingen).

⁷ Med § 182 i udbudsloven er der skabt klarhed over kurators mulighed for at videreoverdrage kontrakten til en ny leverandør uden afholdelse af nyt udbud.

På trods heraf vil risikoen for overtagelse af medarbejderforpligtigelser blive nærmere beskrevet.

Det vil i første række skulle afgøres, hvorvidt lov om virksomhedsoverdragelse finder anvendelse. Inden for hjemmeplejeområdet vil dette i hvert enkelt tilfælde bero på en konkret vurdering, hvor der tages hensyn til de faktiske omstændigheder omkring overførelsen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift, der er tale om, hvorvidt der, jf. ovenfor, sker overførelse af materielle eller immaterielle aktiver, hvorvidt erhverver overtager størstedelen af arbejdsstyrken, hvorvidt kundekredsen overføres og i hvor høj grad aktiviteterne er de samme.

I forlængelse af de senere års konkurser indenfor hjemmeplejeydelser har Lønmodtagernes Garantifond ("LG") i samarbejde med den udpegede kurator da også vurderet, at der i nogle konkrete tilfælde var sket virksomhedsoverdragelse, når ordregiver har genansat et større antal af virksomhedens tidligere ansatte. Det vil således altid bero på en konkret vurdering, hvornår LG og kurator vurderer, at der foreligger en virksomhedsoverdragelse. I denne vurdering inddrages den samlede sum af omstændigheder, der foreligger omkring forløbet ved leverandørens konkurs og ordregiverens (gen)ansættelse af leverandørens medarbejdere.

Afgrænsningen er på nuværende tidspunkt vanskelig at fastlægge som følge af konkrete retlige tvister, der verserer ved domstolene. Derfor er det eneste sikre, at ordregiver i tilfælde af hjemtagning af plejeforpligtigelserne undlader at genansætte ansatte fra den konkursramte virksomhed.

Et alternativ er, at ordregiver aftaler med kurator, at et nærmere afgrænset antal medarbejdere overtages i henhold til virksomhedsoverdragelsesloven, mens den resterende del ikke opnår/tilbydes ansættelse hos ordregiver. Konsekvensen heraf bliver, at ordregiver indtræder i de konkrete medarbejders kontraktforhold. Herved vil ordregiver skulle indtræde i den ansattes anciennitet og øvrige rettigheder. Fordelen ved at indgå en egentlig aftale er, at kurator samtidig kan sikre, at de øvrige ansatte fritstilles forinden, at aftale indgås mellem ordregiver og kurator. Herved vil ordregiver sikre sig mod at overtage alle lønmodtagerforpligtigelserne.

Dog skal udvælgelsen af de ansatte ske ud fra saglige ansættelsesretlige kriterier.

Tilsvarende må de ikke overtagne medarbejdere ikke efterfølgende blive tilbudt tilsvarende ansættelse hos ordregiver. Denne "karantæne" er ikke tidsbegrænset, men omgængessynspunkter vil kunne føre til, at der konstitueres virksomhedsoverdragelse.

Vederlagsrestancer, herunder restancer på feriegodtgørelse m.v., vil i situationen, hvor aftalen reelt indgås med kurator, som udgangspunkt kunne blive dækket af LG i henhold til LG's mangeårige praksis herom. En forudsætning herfor er dog, at overtagelsen af de ansatte ikke

er planlagt på forhånd forud for afsigelse af konkursdekretet. Baggrunden for denne modificering af LG's praksis skyldes behovet for at hindre omgåelse af konkursinstituttet alene med det formål at få LG til at dække lønrestancerne. Risikoen for dette vil eksempelvis kunne formindskes ved at indgå aftale med kurator og derved sikre forsyningssikkerheden efter dekretet. Herved mindskes risikoen for, at LG vil vurdere, at konkurslovens regler om kurators mulighed for at indtræde i kontrakten og gennemføre en egentlig virksomhedsoverdragelse er omgået.

Alternativt vil man kunne aftale refusion med konkursboet i tilfælde af, at LG ikke måtte dække vederlagsrestancerne. Dette forudsætter dog, at der er likvide midler i konkursboet til at dække konkurslovens privilegerede krav. Det kan dog også være relevant i tilfælde af, at konkursboet har krav mod ordregiver for endnu ikke leverede ydelser, idet der som udgangspunkt vil kunne modregnes i disse ydelser for de overtagne lønmodtagerforpligtigelser, såfremt overtagelsen beror på en aftale med kurator.

På baggrund af ovenstående, hvor det formodes, at ordregiver har taget sine forholdsregler, er det muligt i vidt omfang at undgå et økonomisk tab i forbindelse med en leverandørs konkurs. Tilbage står – mindst lige så vigtigt – konsekvenserne i forhold til forsyningssikkerheden, som behandles straks i næste afsnit.

6.3 Konkursens konsekvenser for forsyningssikkerheden

Såfremt kurator ikke ønsker at indtræde i aftalen, vil driften blive indstillet, ligesom konkursboets ansatte vil blive fritstillet. Konsekvensen heraf er, at de hjemmeplejefaglige ydelser ikke vil blive leveret.

I praksis vil virksomhedens tidligere ledelse og/eller den forventede kurator allerede inden afsigelse af konkursdekret forsøge at gå i dialog med kommunerne om en sikring af forsyningssikkerheden, jf. også ovenfor.

For at undgå at risikere, at en evt. overtagelse af medarbejderne bliver betragtet som planlagt forud for konkursen, er det vigtigt, at ordregiver på dette tidspunkt begrænser drøftelserne til at afklare processen efter et konkursdekrets afsigelse. Det gælder navnlig fristen for kurators stillingtagen til spørgsmålet om indtræden i kontrakten og spørgsmålet om vilkår for konkursboets eventuelle videreførelse af driften i betækningsperioden. Ordregiver bør herudover afstå fra enhver ikke sædvanlig kontakt med leverandørens medarbejdere.

En mulighed kan i den forbindelse som nævnt være, at ordregiver stiller sikkerhed over for kurator for de ansattes løn i en kort periode, således at kurator kan meddele de ansatte, at de skal fortsætte deres arbejde, indtil der er taget stilling til, om konkursboet vil indtræde i aftalerne, eller om ordregiver skal hjemtage plejeforpligtigelsen. Kurator har op til 14 dage til at

.....

tage stilling til, om der skal indtrædes i ansættelseskontrakterne. Således vil forsyningssikkerheden kunne sikres i op til 14 dage, hvilket giver begge parter tid til at forberede sig på at overtage plejeforpligtigelsen/kontrakten.

Sikkerhedsstillelse vil dog oftest være nødvendig, idet de ansattes fagforening kan kræve sikkerhedsstillelse for det udførte arbejde over for kurator, og kurator vil oftest være uden likviditet hertil. De økonomiske konsekvenser heraf vil dog være begrænset, idet kommunerne vil være forpligtiget til at betale for det udførte arbejde fra dekretets afsigelse og indtil driften indstilles. Faktureringen af dette arbejde bør dække de ansattes tilsvarende løn, som sikkerheden skal dække.

Den største risiko ved denne midlertidige videreførelse af driften har i praksis vist sig at være, at de ansatte hurtigt melder sig syge, når virksomheden går konkurs. Det har i praksis været baggrunden for, at det hurtigt har været nødvendigt at overtage plejeforpligtelserne for kommunerne.

Risikoen herved må forventes at kunne blive formindsket, hvis kurator hurtigt efter dekretet kan give meddelelse om, at der opretholdes en midlertidig drift i en nærmere afgrænset periode, og at de ansatte har en forventning om, at ordregiver efterfølgende er interesseret i at overtage en del af de ansatte efter aftale med kurator.

Som anført i afsnit 5 er det tilrådeligt, at ordregiver har gjort sig sine forholdsregler i den henseende, eksempelvis i form af etablering af et nødberedskab på tværs af kommunen.

Den utryghed, en konkurs skaber for de berørte borgere og pårørende, skal ikke undervurderes. Erfaringen viser dog, at såfremt ordregiver har sikret sig i henhold til afsnit 3 og 5 sammenholdt med det forhold, at alle parter i en sådan konkurs har en fælles interesse i at sikre forsyningen og dermed borgerne gør, at risikoen for kritiske følger, for så vidt angår forsyningssikkerheden, er relativt begrænset.