

Klagen er efterfølgende blevet tilbagekaldt, hvorfor delkendelsen er
nævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Capio A/S
(advokat Anja Piening, København)

mod

Region Midtjylland
(advokat Simon Christensen, Aarhus)

Klagenævnet har den 24. januar 2022 modtaget en klage fra Capio A/S (her-
efter Capio).

Capio har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Region Midtjylland har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virk-
ning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det fo-
reløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-11 og svar-
skrift med bilag A-B.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 160 samt udbudslovens § 2 ved ikke i sit udbudsmateriale i tilstrækkelig grad at beskrive sin evalueringsmodel, hvorved indklagede ikke lovligt har kunnet anvende evalueringsmetoden i forbindelse med tilbudsevalueringen.

Påstand 2

Klagenævnet for udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at have baseret sit udbud af ortopædisk kirurgi på et uigennemsigtigt og uklart udbudsmateriale, hvorved tilbudsgiverne ikke har kunnet gennemskue, hvad der skulle til for at afgive det bedste og mest konkurrencedygtige tilbud samt hvorved evalueringen af enkelte konkurrenceparametre har haft en konkurrenceforvridende og ikke-ligebehandlende effekt.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at klager har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at fastsætte de maksimale mængder for de to delaftaler usagligt højt, hvorfor den udbudte rammeaftale ikke lovligt kan danne grundlag for efterfølgende kontrakttildelinger, idet den reelle maksimale mængde ikke kan identificeres.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning om at tildele rammeaftale på Delaftale 1 og Delaftale 2 til Aleris-Hamlet A/S.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1 tillægge klagen opsættende virkning, således at indklagede ikke må indgå kontrakt med den vindende tilbudsgiver på hhv. Delaftale 1 og 2, før klagesagen er endeligt afgjort.”

Region Midtjylland har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 228-601404 af 19. november 2021 udbød Region Midtjylland som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit III en rammeaftale med to delaftaler om ortopædisk kirurgi – delaftale 1 Overekstremitetskirurgi og delaftale 2 Underekstremitetskirurgi. Varigheden af aftalerne er 2 år med mulighed for forlængelse i op til 2 gange 12 måneder.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår:

”...

II.1.4) Kort beskrivelse:

Formålet med nærværende rammeaftale vedrørende ortopædisk kirurgi er at sikre patienter en kort ventetid og sikre overholdelse af behandlings- og udredningsfristen. Region Midtjylland ønsker derfor at indgå rammeaftale med et eller flere privathospitaler, klinikker eller speciallæger. Rammeaftalen er opdelt i to delaftaler, hvor delaftale 1 omhandler overekstremitetskirurgi og delaftale 2 omhandler underekstremitetskirurgi.

...

II.2.1) Betegnelse:

Overekstremitetskirurgi

Delkontraktnr.: 1

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Delaftale 1 omhandler overekstremitetskirurgi. Den estimerede mængde, der forventes aftaget på delaftale 1 er 3600 udredninger/behandlinger for hele kontraktperioden inklusiv eventuelle forlængelser (en periode på i alt 4 år). Den maksimale mængde, der kan aftages på delaftale 1 er 6000 udredninger/behandlinger for hele kontraktperioden inklusiv eventuelle forlængelser (en periode på i alt 4 år).

...

II.2.1) Betegnelse:

Underekstremitetskirurgi

Delkontraktnr.: 2

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Delaftale 2 omhandler underekstremitetskirurgi. Den estimerede mængde, der forventes aftaget på delaftale 2 er 2400 udredninger/behandlinger for hele kontraktperioden inklusiv eventuelle forlængelser (en periode på i alt 4 år). Den maksimale mængde, der kan aftages på delaftale 2 er 4000 udredninger/behandlinger for hele kontraktperioden inklusiv eventuelle forlængelser (en periode på i alt 4 år).

...

Del IV: Procedure

...

IV.1.11) Tildelingsprocedurens hovedtræk:

Identificering af det økonomiske mest fordelagtige tilbud vil ske på grundlag af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Pris vægter 50 % og kvalitet vægter 50 %. Ved vurdering af kriteriet kvalitet vil de afgivne oplysninger i kontraktbilag 1 om vagtberedskab, overflytning, håndtering af komplikationer, speciallægers erfaring, resterende personales erfaring, typer af patienter der kan håndteres, forsyningsikkerhed, patientforhold, samt adgangsforhold blive lagt til grund.

...

Region Midtjyllands forventede forbrug på delaftale 1 og 2 om henholdsvis 3.600 og 2.400 udredninger/behandlinger og forventede maksimale forbrug på henholdsvis 6.000 og 4.000 udredninger/behandlinger fremgår også af udbudsbetingelserne. Den maksimale mængde fremgår desuden af pkt. 3 i udkastet til rammeaftale.

Regionen har under klagesagen fremlagt et notat af 10. november 2021 om ”Baggrund for estimeret og maksimal mængde”. Det fremgår heraf bl.a.:

”Den estimerede mængde er baseret på statistik over Region Midtjyllands anvendelse af private leverandører på området i perioden 2018-2021. Forbruget har været stigende i årene 2020 og 2021, hvilket sandsynligvis begrundes i COVID-19 pandemi og strejke på sundhedsområdet. Den estimerede mængde for nærværende udbud er fastlagt ud fra en forventning om, at sådanne udfordringer ikke igen vil ramme sundhedsområdet i kontraktens løbetid, og at behovet for privat kapacitet derfor i højere grad vil være tilsvarende niveauet i 2018 og 2019.

Herudover er det forventningen, at de privatpraktiserende speciallæger i højere grad end hidtil vil anvendes til at dække Regionens behov på området.

Den maksimale mængde er fastlagt ud fra en erkendelse af, at sundhedsområdet er dynamisk og at forudsigeligheden derfor er begrænset – hvilket bl.a. COVID-19 pandemien og den nylige strejke understreger. Der kan derfor opstå uforudsete udfordringer af forskellig art, som øger behovet for privat kapacitet på området ud over det, der indledningsvist forventes.”

Region Midtjylland har i forhold til den forventede maksimale mængde på begge delaftaler desuden oplyst, at regionen – og det offentlige sygehusvæsen – generelt står overfor en række udfordringer med fastholdelse af og omsætningshastigheden for relevant og afgørende personale, som udgør en øget usikkerhed om regionens egen kapacitet. Samtidigt skal de udbudte delaftaler indgå som led i sikringen af regionens forpligtelser ved genindførelse af behandlingsgarantien, der har været fjernet under COVID-19 pandemien.

Af udbudsbetingelserne fremgår:

”...

1.2 Udbuddets formål og omfang

Formålet med dette udbud af ortopædisk kirurgi er at sikre patienter en kort ventetid og sikre overholdelse af behandlings- og udredningsfristen. Region Midtjylland ønsker derfor at indgå rammeaftale med et eller flere privathospitaler, klinikker eller speciallæger, der kan udføre undersøgelse senest 30 dage fra henvisningstidspunktet. Udbuddet har desuden til formål at understøtte Regionens overordnede målsætning om at kunne levere behandling på et højt niveau. Dette skal ske ud fra hensynet til den rette kvalitet, det rette serviceniveau, og den mest fordelagtige pris.

...

Regionen agter at indgå rammeaftale med én leverandør på hver delaftale. En leverandør kan afgive tilbud på en eller begge delaftaler og kan tildeles en eller begge delaftaler. Det er ikke muligt at afgive tilbud på dele af de nævnte delaftaler.

Under henvisning til det ovennævnte primære formål med udbuddet forudsætter regionen, at de udbudte ydelser bliver tilbudt til priser, der ligger under de på tidspunktet for afgivelse af tilbud gældende takster for Det Udvidede Frie sygehusvalg (DUF-taksten). Regionen anvender således DUF-taksterne på tidspunktet for afgivelse af tilbud som sammenligningspris. Regionen vil ikke antage et tilbud, som har en højere pris end DUF-taksten. Det betyder, at hvis DUF-taksten er lavere end priserne i de indkomne tilbud, vil Regionen ikke antage nogen af de indkomne tilbud.

...

3 Tildelingskriterier

3.1 Underkriterier og vægtning

Tildeling af de enkelte delkontrakter vil ske ved identificering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende tildelingstildelingskriterie: Bedste forhold mellem pris og kvalitet:

Underkriterier	Vægtning
Pris Ved vurdering af kriteriet "pris", vil de afgivne pristilbud i kontraktbilag 2 blive lagt til grund. Prisen skal afgives som en procentdel af DUF-taksten.	50 %

Underkriterier	Vægtning
Kvalitet Ved vurdering af kriteriet "kvalitet", vil de afgivne oplysninger i kontraktbilag 1 om vagtberedskab (1.5), overflytning (1.6), håndtering af komplikationer (1.7), speciallægers erfaring (2.4), resterende personales erfaring (2.5), typer af patienter der kan håndteres (2.9), forsyningssikkerhed (3.4, 3.5 og 3.6), patientforhold (4.1), samt adgangsforhold (4.2) blive lagt til grund.	50 %

Det tilbud, der for den enkelte delaftale samlet opnår den bedste bedømmelse ud fra underkriterierne anses for vinder af den pågældende delaftale. Procentsatserne angiver de enkelte underkriteriers relative vægt i tilbudsevalueringen.

Vejledning vedrørende pris:

Prisen skal afgives som en procentdel af DUF-taksten for 2021, som er angivet i kontraktbilag 2. Udbuddet vil i hele kontraktperioden blive afregnet med udgangspunkt i den til en hver tid gældende DUF-takst fratrukket kompensation for patientforsikring. Dette gøres, da Regionen ved indgåelse af en udbudsaf tale bibeholder patientforsikringsforpligtelsen.

Den tilbudte procentdel/pris gælder for hele forløbet i forbindelse med en henvisning.

Der afregnes for den faktiske aktivitet. Der afregnes således ikke for udeblevne patienter. For patienter henvist til udredning, kan der i forbindelse med udredningen, hvor der foretages flere undersøgelser samme dag, afregnes med 100 % af den dyreste undersøgelse og 50 % for de efterfølgende undersøgelser, med mindre der fremgår andet af tro- og loveerklæringen på www.sundhed.sygehusvalg.dk.

Da der ikke er en garanteret omsætning på aftalerne, har leverandøren mulighed for at afgive tilbud inden for to prisintervaller, afhængig af det faktiske forbrug (se kontraktbilag 2). Hvis den faktiske omsætning på aftalen viser sig at være mindre end forventet ved tildelingen, har leverandøren således mulighed for at blive kompenseret herfor. Af hensyn til afregning er det derfor vigtigt, at begge prisintervaller i kontraktbilag 2 udfyldes. De afgivne tilbud i de to prisintervaller vægtes med hver 50 % ved beregning af prisen. For en uddybning heraf henvises til kontraktbilag 2.

Vejledning vedrørende kvalitet:

Ved vurdering af kriteriet "kvalitet", vil de afgivne oplysninger i kontraktbilag 1 om vagtberedskab (1.5), overflytning (1.6), håndtering af komplikationer (1.7), speciallægers erfaring (2.4), resterende personales

erfaring (2.5), typer af patienter der kan håndteres (2.9), forsyningssikkerhed (3.4, 3.5 og 3.6), patientforhold (4.1), samt adgangsforhold (4.2) blive lagt til grund.
 ...”

Udbudsmaterialet indeholder et udkast til rammeaftale med bilag, herunder en detaljeret tilbudsliste (opdelt på en række ydelser og subspecialer) (kontraktbilag 2), og en beskrivelse af, at prisen skulle fastsættes som en procentdel af DUF-taksten. DUF-taksten er udtryk for den afregning, som privathospitalerne modtager for behandlinger udført under Det Udvidede Frie sygehusvalg.

I kravspecifikationens punkt 2, ”Svarskema”, (kontraktbilag 1), er det oplyst under de enkelte kvalitative konkurrencekrav, hvad regionen ville lægge vægt på i forbindelse med evalueringen. Ud over en række mindstekrav var der 11 konkurrencekrav, som skulle besvares af tilbudsgiverne, og som ville blive evalueret af regionen. Følgende var anført om de enkelte krav:

1.5 – Vagtberedskab:

”Regionen ønsker ud over mindstekravet i punkt 1.3. en beskrivelse af lægetilstedeværelse, herunder vagtbemanding og læger i tilkald samt de pågældende lægers speciale. Det vægtes positivt hvis det beskrives hvor hurtigt tilkaldevagter kan være tilstede, samt at dette også indeholder en beskrivelse af muligheder for kontakt til specialelæge for dagkirurgiske og indlagte patienter.
 Det vægtes positivt, at der er døgnbemanding.”

1.6 – Overflytning:

”Leverandøren skal have retningslinjer for visitation og overflytning til offentligt sygehus ved alvorlige komplikationer, og retningslinjerne skal vedlægges Leverandørens tilbud.

Det vægtes positivt, at retningslinjerne indeholder beskrivelse af hvilke komplikationer, det drejer sig om, samt hvordan overflytning og transport håndteres, så det kan foregå sikkert og hurtigt. Det vægtes endvidere positivt, at der er let adgang for ambulancepersonalet, fx i tilfælde med brug af adgangskode og at der er mulighed for enkel kommunikation med Leverandørens personale under kørsel til matriklen, fx ved brug af direkte kontakttелефонnummer.”

1.7 – Håndtering af komplikationer:

”Regionen ønsker, at Leverandøren kan varetage flest mulig typer af komplikationer der kan opstå efter en operation/behandling.

Der ønskes derfor en beskrivelse af hvilke typer komplikationer der kan håndteres og ikke kan håndteres inden for den/de enkelte delaftaler. Jo flere typer, der kan varetages, jo bedre.”

2.4 – Speciallægers erfaring:

”Regionen ønsker ud over mindstekravet i punkt 2.3, at de speciallæger, der konkret skal udføre operationer efter denne rammeaftale, har størst mulig erfaring med de udbudte ydelser.

I evalueringen lægges der vægt på antal års anciennitet som speciallæge inden for ortopædisk kirurgi samt antal udførte operationer inden for ortopædisk kirurgi.

Der ønskes vedlagt operationslister og CV for hver enkelt speciallæge.”

2.5 – Resterende personales erfaring:

”Regionen lægger vægt på rutine og erfaring med de aftalte procedurer i delaftalerne. Derfor vægtes det højt, at det øvrige personale foruden operatør har erfaring med aftalte procedurer.”

2.9 – Typer af patienter der kan håndteres:

”Ud over mindstekravet i punkt 2.6 ønsker Regionen, at Leverandøren kan varetage flest mulig typer af patienter inden for behandlingsområdet. Der ønskes derfor en beskrivelse af hvilke typer patienter, der kan håndteres og ikke kan håndteres, herunder fx ASA-grupper, BMI-grænse, patienter med konkurrerende lidelser, tidligere opererede patienter samt patienter med MRSA. I forlængelse heraf ønskes Leverandørens nedre grænse for behandling mht. alder desuden oplyst.”

3.4 – Forsyningssikkerhed (flest mulige behandlinger):

”Af hensyn til forsyningssikkerhed i aftalerne ønsker Regionen ud over mindstekravet til antallet af forløb/behandlinger pr. år, at Leverandøren kan udføre flest mulige forløb/behandlinger pr. år i kontraktperioden samt i en eventuel forlængelsesperiode.”

3.5 – Forsyningssikkerhed (antallet af operatører):

”Af hensyn til forsyningssikkerhed i aftalerne ønsker Regionen, at der er mere end én operatør som kan udføre de aftalte ydelser.

I evalueringen lægges der vægt på den enkelte Leverandørs antal af operatører der kan udføre ydelsen. Således at jo flere operatører, jo bedre.”

3.6 – Forsyningssikkerhed (fastansat personale):

”Af hensyn til stabilitet i forsyningssikkerhed (herunder antallet af operatører), lægger regionen vægt på antallet af fastansat personale.”

4.1 – Patientforhold:

”Regionen ønsker de nemmeste adgangsforhold for patienter, der skal udredes og/eller behandles efter denne rammeaftale. Der lægges i denne forbindelse navnlig vægt på adgangsforholdene for kørestolsbrugere og gangbesværede.

Derudover ønsker Regionen, at der er tilstrækkelige opholdsfaciliteter for pårørende/hjælpere på behandlingsstedet under og efter operationen.

Ydermere lægges der vægt på, at der er adgang til p-pladser i umiddelbar nærhed af behandlingsstedet.

Endelig ønsker Regionen, at patienten får en fyldestgørende information og har en fast kontaktperson.

Leverandøren bedes derfor kort beskrive disse forhold.”

4.2 – Adgangsforhold:

”Regionen ønsker de nemmeste adgangsforhold for Regionens leverandører, der varetager patienttransport.

Det vægtes derfor positivt, at der er adgang til parkering for [...] patienttransport inden for kort gåafstand af indgangen. Ydermere vægtes det positivt, at der er adgang til elevator, hvis bygningen er i mere end ét plan, og at døråbningernes bredde og højde er tilstrækkelige til, at en patient på bære kan passere.

Leverandøren bedes kort beskrive disse forhold.”

Region Midtjylland havde ved udløbet af tilbudsfristen den 20. december 2021 modtaget tilbud fra Capio og Aleris-Hamlet A/S (herefter Aleris-Hamlet).

Ved brev af 12. januar 2022 underrettede Region Midtjylland Capio om, at begge delaftaler ville blive tildelt Aleris-Hamlet. Capio modtog samtidig regionens evalueringsrapport. Af evalueringsrapporten fremgår:

”...

2 Tilbudsevaluering

...

2.3 Pris

Prisevalueringen er foretaget ud fra en procentvis relativ pris-vurdering på en skala fra 1-5.

Det betyder, at tilbuddet med den laveste pris har fået 5 point, hvor 5 point er det bedste. Det andet tilbud er herefter tildelt point ud fra den procentvise prisforskel imellem de to tilbud. Dvs. er det næstlaveste tilbud 20% dyrere, tildeles dette tilbud 20% mindre i point på prisen.

...

2.4 Kvalitet

”Kvalitet” vurderes ud fra de konkurrencekrav, der i henhold til angivelserne i kontraktbilag 2[1] specifikt angår ”kvalitet”.

...

Tilbuddene evalueres for så vidt angår underkriteriet ”kvalitet” særskilt i forhold til en absolut standard.

Kvalitetsparametrene vurderes ud fra en karakterskala på 1-5, hvor 5 er bedste karakter. Karakterskalaen er som følger:

1 = ikke tilfredsstillende

2 = mindre tilfredsstillende

3 = tilfredsstillende

4 = mere end tilfredsstillende

5 = meget tilfredsstillende

...

4 Evaluering af de enkelte tilbud

4.1 Evaluering af tilbuddene

Nedenstående tabel oplyser for den enkelte tilbudsgiver den økonomiske evalueringsskarakter, den kvalitative evalueringsskarakter, samt den samlede karakter for pris og kvalitet sammenholdt.

...

Delaftale 1

Tilbudsgiver, der tildeles kontrakt:

Tilbudsgiver	Placering
Aleris-Hamlet	1
Vægtet pointscore for kvalitet	4,82
Vægtet pointscore for pris	4,73
Samlet pointscore for pris og kvalitet	4,78

...

Øvrig tilbudsgiver

Tilbudsgiver	Placering
Capio	2
Vægtet pointscore for kvalitet	4,27
Vægtet pointscore for pris	5
Samlet pointscore for pris og kvalitet	4,64

...

Delaftale 2

Tilbudsgiver, der tildeles kontrakt:

Tilbudsgiver	Placering
Aleris-Hamlet	1
Vægtet pointscore for kvalitet	4,82
Vægtet pointscore for pris	5
Samlet pointscore for pris og kvalitet	4,91

...

Øvrig tilbudsgiver

Tilbudsgiver	Placering
Capio	2
Vægtet pointscore for kvalitet	4,55
Vægtet pointscore for pris	4,86
Samlet pointscore for pris og kvalitet	4,70

...”

Rapporten indeholder ikke Region Midtjyllands pointtildeling ved evalueringen af tilbuddene i forhold til de 11 delkriterier til underkriteriet ”Kvalitet”, men den indeholder regionens begrundelse for karaktergivning for hvert delkriterium. Capio har anmodet om aktindsigt i pointene, men det har regionen meddelt afslag på med den begrundelse, at pointangivelserne alene fremgår af noter/udkast til evalueringsrapport, og at der således er tale om et internt arbejdsdokument, der er undtaget fra aktindsigt.

I forhold til de delkriterier, som er relevante i denne klagesag, gav Region Midtjylland følgende begrundelser for de tildelte point (pointene er som nævnt uoplyst):

Kravspecifikationens krav 1.7:

Aleris-Hamlets tilbud på begge delaftaler: ”Meget tilfredsstillende”.

Capios tilbud på begge delaftaler: ”Det uddybes ikke, hvad der defineres som ’livstruende komplikationer’ og det vurderes derfor uklart, hvilke komplikationer leverandøren kan håndtere”.

Kravspecifikationens krav 3.4:

Aleris-Hamlets tilbud på delaftale 1: ”Meget tilfredsstillende”.

Capios tilbud på delaftale 1: ”Den angivne mængde ligger under Regionens maksimale behov ved delaftale 1, jf. rammeaftalens pkt. 3, hvilket vurderes at trække ned i karakter”.

Kravspecifikationens krav 3.5:

Aleris-Hamlets tilbud på delaftale 1: ”Meget tilfredsstillende”.

Capios tilbud på delaftale 1: ”Det vurderes, at 5 speciallæger til varetagelse af delaftale 1 er i underkanten med hensyn til stabilitet i forsyningssikkerheden”.

Kravspecifikationens krav 3.6:

Aleris-Hamlets tilbud på begge delaftaler: ”Brugen af konsulenter på lægesiden (anæstesiologer) virker usikkert. Dog trækker antallet af fastansatte ortopædkirurger og øvrigt fastansat personale op, da dette er med til at sikre forsyningssikkerheden”.

Capios tilbud på begge delaftaler: ”Det anføres, at der er 3 fastansatte læger, som deles mellem 3 hospitaler. Det anføres desuden, at lægerne har 1-5 variable ugentlige fremmødedage. Lægekapaciteten må ikke anses for tilstrækkelig til at sikre forsyningssikkerheden”.

Region Midtjylland har oplyst, at evalueringen af tilbuddene blev foretaget af en evalueringsgruppe bestående af:

- Ledende overlæge [AA], Ortopædkirurgisk afdeling, Hospitalsenhed Midt
- Ledende overlæge [BB], Ortopædkirurgisk afdeling, Aarhus Universitets Hospital AUH,
- Udbudsjurist Indkøb og Medicoteknik, [CC]
- AC-fuldmægtig Sundhedsplanlægningen, [DD]
- Specialkonsulent Sundhedsplanlægningen, [EE]

Region Midtjylland og Capio afholdt den 20. januar 2022 et dialogmøde. På mødet blev bl.a. drøftet 1) baggrunden for den angivne maksimale mængde, 2) indsigt i pointgivningen, 3) kravet for at angive læger på tilbuddet, 4) opgørelse af og især definitionen af begrebet ”fastansatte læger”, og 5) hvordan vurderes, hvor mange læger der er nødvendige for at kunne løfte opgaven.

Af referatet fra mødet fremgår følgende:

”...

4. Opgørelse af og især definitionen af begrebet ”fastansatte læger”

Capio A/S spurgte ind til punkt 3.6 i kravspecifikationen hvor følgende står angivet: ”Af hensyn til stabilitet i forsyningssikkerheden (herunder antallet af operatører), lægger Regionen vægt på antallet af fastansat personale.”

Til det svarede Region Midtjylland, at definitionen af en fastansat er, at man er ansat i en tidsbegrænset stilling med fast løn, fast arbejdstid og med de rettigheder og pligter, der gælder på området. Fastansatte er ikke nødvendigvis fuldtidsansatte. Det er ikke Region Midtjylland der opgør hvor mange fastansatte læger og øvrig personale den enkelte tilbudsgiver har. Det er alene virksomheden, der er vidende om dette og vi evaluerer derfor ud fra det, som virksomheden oplyser os.

Capio A/S mener ikke, at de to tilbudsgivere har haft samme definition af hvad en fastansat er. Region Midtjylland bemærker, at Capio A/S i

deres tilbud alene har oplyst antallet af fastansatte, mens Aleris-Hamlet Hospitaler har oplyst antallet af fastansatte og antallet af konsulenter og vikarer. Evalueringen er dog alene foretaget ud fra det oplyste antal fastansatte i begge tilbud, således er oplysningerne i Aleris-Hamlets tilbud om konsulenter og vikarer ikke medtaget i evalueringen. Det er derfor ikke Region Midtjyllands vurdering, at de to tilbudsgivere har haft en forskellig forståelse af hvad det vil sige at være fastansat. Region Midtjylland oplyste i den forbindelse Capiro, at såfremt der er formuleringer i udbudsmaterialet som fremstår uklare, så er man som altid velkommen til at stille spørgsmål via EU-supply, hvilket tilbudsgiverne også bliver opfordret til i udbudsmaterialet. Det har man ikke gjort.

Både hvad angår læger, sygeplejerske og sekretærer har Aleris-Hamlet flere fastansatte end Capiro. I evalueringen har det trukket ned, at Capiro kun har 3 fastansatte læger. Antallet af øvrig fastansat personale har brugergruppen anset for tilstrækkeligt. Aleris-Hamlet oplyser, at de har 7 fastansatte ortopædkirurger, hvilket brugergruppen har anset som værende fuldt ud tilstrækkeligt.

Capiro A/S mener ikke, at punkt 3.6 i kravspecifikationen siger noget om forsyningssikkerheden. De foreslår at man i stedet måler på FET. Til det svarede Region Midtjylland, at vi altid er åbne for feedback, men at kravet oprindeligt blev indsat fordi, at fastansat personale er mere stabilt end eksempelvis vikarer og konsulenter, som ikke altid har samme forpligtelse til at aftage et vist antal timer på privathospitalet. Vi mener derfor, at kravet er med til at understøtte forsyningssikkerheden.

...

Øvrige drøftelser

Capiro A/S udtrykte deres utilfredshed ift. tilbudsgivernes besvarelse af punkt 1.7 i kravspecifikationen samt den evaluering, der er blevet foretaget.

Capiro A/S har i deres tilbud skrevet følgende: *"Alle komplikationer kan varetages, såfremt de ikke har livstruende karakter. Alle komplikationer der tilstøder i relation til tilstedeværelse på sygehuset kan håndteres"* Capiro A/S har ikke fået topkarakter for denne besvarelse, da fagrådsgiverne ikke mente, at det var tilstrækkelig klart, hvilke typer komplikationer, der ikke kunne håndteres og dermed var det heller ikke klart, hvilke komplikationer, der af Capiro A/S blev anset som livstruende.





Aleris-Hamlet har i deres tilbud skrevet følgende: *"Alle typisk forekommende per- og postoperative komplikationer til den tilbudte kirurgi f.eks. blødning og infektion kan håndteres. Patienter, hvor behandling og/eller*

efterbehandling kræver indlæggelse på intensiv afdeling kan ikke håndteres.” Aleris-Hamlet har fået topkarakter for denne besvarelse.

Region Midtjylland oplyste Capio A/S om, at fagrådgiverne til evalueringen blev spurgt ind til baggrunden for, at de to besvarelser ikke skulle have samme karakter. Fagrådgiverne var helt enige om, at det var meget mere klart hvilke komplikationer, der kræver intensiv behandling og dermed hvilke komplikationer Aleris-Hamlet ikke kan håndtere, frem for hvilke komplikationer, der er livstruende og dermed hvilke komplikationer Capio ikke kan håndtere.
 ...”

Tilbuddene fra Aleris-Hamlet og Capio er hverken helt eller delvis fremlagt for klagenævnet.

Under klagesagen har Region Midtjylland oplyst, at evalueringsmodellen lå fast, inden evalueringen blev indledt. Regionen har i den forbindelse fremlagt følgende fra sit dokumenthåndteringssystem, som efter det oplyste viser, at evalueringsrapporten – og dermed også den anvendte evalueringsmodel – blev oprettet i systemet forud for tilbudsfristens udløb den 20. december 2021 og derefter tilpasset efterhånden som evalueringsgruppen gennemførte sin evaluering:

 Evalueringsskema 05-01-22	07-01-2022 10:35
 Evalueringsskema 07-01-22	10-01-2022 09:00
 Evalueringsskema 10-01-22	10-01-2022 09:00
<input checked="" type="checkbox"/>  Evalueringsskema 20-12-21	27-12-2021 11:12

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

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

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

Særligt vedrørende påstand 1 har Capio gjort gældende, at Region Midtjylland har handlet i strid med udbudslovens § 160 og § 2 ved ikke i udbudsmaterialet i tilstrækkelig grad at beskrive sin evalueringsmodel. Regionen har derfor ikke lovligt kunnet anvende evalueringsmetoden i forbindelse med tilbudsevalueringen.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, hvilke 11 delkriterier der på overskriftsniveau ville blive evalueret på. I kravspecifikationen var det uddybet, hvad de enkelte delkriterier indeholdt, og hvad der for de enkelte kriterier ville vægte positivt. Der var ikke oplyst nogen vægtning mellem de 11 delkriterier, hvorfor det må lægges til grund, at de vægtede lige. Det var imidlertid ikke oplyst, hvilken evalueringsmetode der ville blive anvendt i forbindelse med evalueringen, og der var heller ikke oplyst en pointskala for den kvalitative evaluering, ligesom det ikke var oplyst, om de indkomne tilbud ville blive evalueret relativt eller absolut i forhold til de kvalitative kriterier. Endelig var det ikke oplyst, hvordan regionen ville sammenholde evalueringen af tilbudene i forhold til henholdsvis priskriteriet og kvalitetskriteriet for på den måde at komme frem til en samlet evaluering, som ville respektere de angivne vægte.

I den evalueringsrapport, der blev udsendt sammen med underretningen om tildelingsbeslutningen, blev tilbudsgiverne for første gang præsenteret for den egentlige evalueringsmodel. En pointmodel med en defineret pointskala fra 1-5 og en oplysning om, at tilbuddene var blevet evalueret absolut. Disse oplysninger skulle imidlertid have været beskrevet i detaljer allerede i udbudsmaterialet, jf. udbudslovens § 160.

Af forarbejderne til udbudslovens § 160 fremgår bl.a., at kravet om forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden betyder, at ordregiveren skal oplyse, hvordan priserne og andre økonomiske forhold vurderes. Priserne kan indgå direkte i sammenstillingen med vurderingen af de kvalitative kriterier. Priserne kan også omregnes ved anvendelse af en model, som f.eks. omregner pris til point, der herefter indgår i sammenstillingen med point fra vurderingen af de kvalitative kriterier.

Dernæst skal det i forbindelse med kvalitative under- og delkriterier efter forarbejderne oplyses, hvordan det enkelte kriterium nærmere vil blive bedømt, f.eks. ved brug af en pointskala, og det skal være klart, hvad der tillægges betydning ved bedømmelsen. Evalueringen kan eventuelt kombineres

med en prismodel, hvorved den kvalitative vurdering omregnes til et pristillæg, der herefter kan indgå i den samlede vurdering med priserne fra de økonomiske underkriterier.

Endelig skal det efter forarbejderne beskrives, hvordan ordregiveren sammenstiller bedømmelsen for de kvalitative underkriterier med de økonomiske underkriterier og herved identificerer det tilbud, der giver ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet” i overensstemmelse med den angivne vægtning i udbudsmaterialet.

Efter forarbejderne skal ordregiverens beskrivelse gøre det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvad ordregiveren vil tillægge betydning vedrørende det enkelte under- og delkriterium, således at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, og således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, og hvordan tilbudsgivere kan optimere deres tilbud. Ordregiveren må derfor ikke ved evalueringen lægge vægt på forhold, som ikke har været angivet i udbudsmaterialet, og som en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke har kunnet udlede af dette, og som kunne have været af betydning for tilbudsgiverne ved udformningen af deres tilbud eller ved deres stillingtagen til, om de ønskede at afgive tilbud.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i vejledningen ”Evalueringsmodeller – Praktisk vejledning til offentlige indkøbere” fulgt op på forarbejderne til udbudslovens § 160. Ordregiveren har således et vidt skøn i forhold til at fastlægge evalueringsmodellen, men alle dele af evalueringsmodellen skal beskrives i udbudsmaterialet.

Region Midtjylland har ikke tilstrækkeligt detaljeret beskrevet den anvendte evalueringsmetode i udbudsmaterialet, og denne kunne derfor ikke lovligt bringes i anvendelse i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud. Regionen har således åbenlyst handlet i strid med udbudslovens § 160 og § 2.

Særligt vedrørende påstand 1 har Region Midtjylland gjort gældende, at regionen i et udbud efter light-regimet er forpligtet til at sikre overholdelse af udbudslovens § 186, som eventuelt understøttes af de grundlæggende udbudsretlige principper. Beskrivelserne i udbudsmaterialet opfylder til fulde

disse forpligtelser, idet 1) tildelingskriteriet klart var beskrevet, 2) de to underkriterier var angivet med vægtning, 3) de kvalitative delkriterier var uddybende beskrevet, 4) priskriteriet kunne uddybende udledes af bl.a. tilbudslisten, og 5) modellen i øvrigt var fastlagt af Region Midtjylland forud for åbningen af tilbuddene. Hertil kommer, at udbudslovens § 160 ikke finder anvendelse i udbud efter light-regimet i udbudslovens afsnit III, og af samme grund er Capios henvisninger til forarbejderne til udbudslovens § 160 uden relevans for denne klagesag.

Udbudslovens § 160

Udbudslovens § 160 (om forudgående gennemsigtighed af evalueringsmodeller) gælder for udbud efter lovens afsnit II, men gælder åbenlyst og eksplicit ikke for udbud efter lovens afsnit III (light-regimet). Dette følger desuden af praksis fra Klagenævnet for Udbud, jf. klagenævnets kendelse af 7. april 2017, Orkideen Hjemmepleje og Personlig Service ApS mod Horsens Kommune, og kendelse af 13. marts 2019, NT Falke A/S mod Styrelsen for Undervisning og Kvalitet. I begge kendelser udtalte klagenævnet, at udbudslovens § 160 ikke finder anvendelse ved udbud omfattet af udbudslovens afsnit III.

Det følger også af forarbejderne til bestemmelsen, at denne ikke implementerer en artikel i udbudsdirektivet, men at det er en dansk særregel, der går videre end den pligt til forudgående gennemsigtighed, der følger af udbudsdirektivet. Der er derfor heller ikke i medfør af udbudslovens § 2 en generel forpligtelse til at fastlægge og beskrive evalueringsmodellen udtømmende allerede i udbudsmaterialet.

Region Midtjylland har derfor ikke været forpligtet til at oplyse om alle dele af evalueringsmetoden i medfør af udbudslovens § 160 eller § 2.

Udbudslovens § 186 og de grundlæggende udbudsretlige principper

Evalueringsmodellen har været tilstrækkeligt beskrevet i udbudsmaterialet til at opfylde både udbudslovens § 186 om tildelingsproceduren ved udbud efter light-regimet og det almindelige udbudsretlige princip om gennemsigtighed, som dette er udtrykt i udbudslovens § 2.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at delaftalerne ville blive tildelt den tilbudsgiver, der havde afgivet tilbuddet med det ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”. Den indbyrdes vægtning mellem underkriterierne ”Pris” og

”Kvalitet” ville være 50 % på ”Pris” og 50 % på ”Kvalitet”. Begge disse forhold opfylder kravene i udbudslovens § 186.

Til brug for evalueringen af tilbuddene i forhold til ”Pris” indeholdt udbudsmaterialet en detaljeret tilbudsliste (opdelt på en række ydelser) og en beskrivelse af, at prisen skulle fastsættes som en procentdel af DUF-taksten. Det er ud fra tilbudslistens opbygning – og i øvrigt sædvanlig forståelse af et konkurrenceelement i forhold til pris – oplagt, at en lavere tilbudssum vil være bedre end en højere tilbudssum. Evalueringen af priskriteriet var ligefrem og uden nogen form for ”gearing”, og der var derfor ikke behov for supplerende beskrivelser. Den konkrete evalueringsmodel var i øvrigt egnet og fastlagt forud for tilbudsfristens udløb, og der er derfor ikke grundlag for at konkludere, at den konkret har kunnet anvendes i strid med det grundlæggende udbudsretlige princip om ligebehandling.

Herudover indeholder udbudsmaterialet en beskrivelse af 11 kvalitative delkriterier, som skulle indgå i evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Kvalitet”. Kravspecifikationen uddybede konkret og veldefineret, hvad de enkelte delkriterier indeholdt, og hvad der ville blive tillagt vægt ved evalueringen. Også underkriteriet ”Kvalitet” – med tilhørende delkriterier – er udformet indenfor rammerne af udbudslovens § 186 og det udbudsretlige princip om gennemsigtighed. Det ændrer ikke herved, at den faktisk anvendte pointskala ikke eksplicit fremgår af udbudsbetingelserne.

Region Midtjylland har således beskrevet, hvilke tildelings-, under- og delkriterier der ville blive anvendt, og hvad der nærmere ville blive tillagt vægt ved evalueringen, jf. udbudslovens § 186. Det fremgår også eksplicit, hvad der ville blive evalueret positivt. Udbudsmaterialet er således udformet helt i overensstemmelse med reglerne og principper for udbud efter light-regimet. De forhold, der ville blive tillagt vægt ved evalueringen, er beskrevet så tilstrækkeligt, at det er klart, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af tilbuddene.

Regionen har evalueret tilbuddene i forhold til de beskrivelser, der er i udbudsmaterialet, og at der er fuld transparens herom i underretningen til tilbudsgiverne. I forbindelse med underretningen oplyste regionen således om den (faktisk) anvendte pointskala (1-5), og at evalueringen af de kvalitative delkriterier er sket efter en (sædvanlig) absolut metode. Derudover oplyste

regionen, at evalueringen af de tilbudte priser var sket efter en (sædvanlig) relativ prisvurdering.

Evalueringsmodellen var fastlagt forud for modtagelsen af tilbuddene og dermed også forud for gennemgangen og evalueringen af tilbuddene. Modellen blev således ikke udformet med henblik på konkurrenceforvridning. Region Midtjyllands beskrivelse af tildelingskriteriet og yderligere uddybning af under- og delkriterier har været tilstrækkelige til at leve op til kravene under light-regimet. Det er beskrevet, hvad og hvordan regionen ville evaluere de modtagne tilbud, og evalueringen er gennemført efter en model, der var fastlagt forud for tilbuddenes modtagelse, og den har vist sig heller ikke konkret at være i strid med udbudslovens § 186 eller de grundlæggende principper.

Særligt vedrørende påstand 2 har Capio gjort gældende, at Region Midtjylland har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at have baseret udbuddet på et uigennemsigtigt og uklart udbudsmateriale, hvorved tilbudsgiverne ikke har kunnet gennemskue, hvad der skulle til for at afgive det bedste og mest konkurrencedygtige tilbud, og hvorved evalueringen af enkelte konkurrenceparametre har haft en konkurrenceforvridende og ikke-ligebehandlende effekt.

Det er ordregiverens ansvar at sikre, at der ikke er uklarheder i udbudsmaterialet. Flere af de opstillede konkurrencekrav i kravspecifikationen er ikke klare, præcise og utvetydige.

I kravspecifikationens *krav 1.7* beskrives det, at regionen ønsker, at leverandøren kan varetage flest mulige typer af komplikationer, der kan opstå efter en operation/behandling. Der ønskes derfor en beskrivelse af, hvilke typer komplikationer der kan håndteres og ikke kan håndteres inden for den/de enkelte delaftaler. Jo flere typer, der kan varetages, jo bedre.

Regionen har i evalueringsrapporten i forhold til tilbuddet fra Aleris-Hamlet anført ”Meget tilfredsstillende” i forhold til delkriteriet, hvilket svarer til 5 point. På dialogmødet blev det oplyst, at Aleris-Hamlet har svaret: ”Alle typisk forekommende per- og postoperative komplikationer til den tilbudte kirurgi, f.eks. blødning og infektion kan håndteres. Patienter, hvor behandling og/eller efterbehandling kræver indlæggelse på intensiv afdeling kan ikke håndteres”. Capio svarede i forhold til samme delkriterium: ”Alle komplika-

tioner kan varetages, såfremt de ikke har livstruende karakter. Alle komplikationer der tilstøder i relation til tilstedeværelsen på sygehuset kan håndteres”.

I Region Midtjyllands bedømmelse af Capios besvarelse af delkriteriet fremgår (begge delaftaler): ”Det uddybes ikke, hvad der defineres som ’livstruende komplikationer’ og det vurderes derfor uklart, hvilke komplikationer, leverandøren kan håndtere”. Capio ved ikke, hvor mange point virksomhedens tilbud opnåede i forhold til delkriteriet, men det vurderes, at der ikke er væsentlig forskel i de to besvarelser.

I kravspecifikationens *krav 3.4* beskrives det, at regionen af hensyn til forsyningssikkerhed i aftalerne ud over mindstekravet til antallet af forløb/behandlinger pr. år ønsker, at leverandøren kan udføre flest mulige forløb/behandlinger pr. år i kontraktperioden og i en eventuel forlængelsesperiode. Det er dog ikke defineret, hvordan ”flest mulige” vil blive vurderet, og dermed hvilket niveau tilbudsgiverne skulle ramme for at opnå den bedst mulige evaluering.

Denne uklarhed har da også vist sig i evalueringen, hvor regionen valgte at holde det tilbudte antal op imod rammeaftalens pkt. 3. Af rammeaftalens pkt. 3 fremgår blot, at der ikke er tale om en forpligtende aftale, og hvad det maksimale forbrug på de to delaftaler udgør. Regionens anførte følgende i forhold til Capios tilbud (delaftale 2): ”Den angivne mængde ligger under Regionens maksimale behov ved delaftale 1, jf. rammeaftalens pkt. 3, hvilket vurderes at trække ned i karakter”. Krav, der er anført i kontrakten, er ikke konkurrencekrav, men kontraktkrav.

I kravspecifikationens *krav 3.5* beskrives det, at Region Midtjylland af hensyn til forsyningssikkerhed i aftalerne ønsker, at der er mere end én operatør, der kan udføre de aftalte ydelser. Det defineres ikke, om der skal være tale om fuldtidsressourcer, ”indhyrede” konsulentlæger, eller hvordan dette antal skal gøres op. Regionens anførte følgende i forhold til Capios tilbud (delaftale 1): ”Det vurderes, at 5 speciallæger til varetagelse af delaftale 1 er i underkanten med hensyn til stabilitet i forsyningssikkerheden”. Dette er alene baseret på et tal uden at vide, hvor stor kapacitet der tilbydes med den enkelte operatør. Der kan således være langt mere kapacitet i 5 fuldtidsoperatører, end i 7 operatører, der alene er til rådighed 8 timer om ugen. Dermed er kriteriet så upræcist og unøjagtigt, at det er uegnet til at danne grundlag for en

evaluering, og effekten af alene at måle på antal operatører uden angivelse af krav til den enkelte operatørs timetal eller eksempelvis antal fuldtidsansatte vil være i strid med ligebehandlingsprincippet og have en konkurrencefordrejende effekt.

I kravspecifikationens *krav 3.6* beskrives det, at Region Midtjylland af hensyn til stabilitet i forsyningssikkerhed (herunder antallet af operatører) lægger vægt på antallet af fastansat personale.

Heller ikke i forbindelse med dette konkurrencekrav følger der en definition med på, hvad det vil sige, at der er tale om fastansat personale. Herudover fremgår det ikke, om der er forskel på, hvad det er for en type af fastansat personale, som regionen vægter højt, eller hvor stort et antal fastansat personale der vurderes at være tilstrækkeligt til at sikre den nævnte forsyningssikkerhed.

I evalueringen af Capios tilbud fremgår (begge delaftaler): ”Det anføres, at der er 3 fastansatte læger, som deles mellem 3 hospitaler. Det anføres desuden, at lægerne har 1-5 variable ugentlige fremmødedage. Lægekapaciteten må ikke anses for tilstrækkelig til at sikre forsyningssikkerheden”

Også ved dette krav vurderes alene på antal uden at skele til, hvor mange timer den pågældende faktisk er forpligtet til at arbejde for tilbudsgiveren. Det er desuden tydeligt, at begrebet ”fastansat” burde have været defineret på en måde, der sikrede, at tilbudsgiverne lagde det samme til grund for deres besvarelse.

Regionens oplysning på mødet den 20. januar 2022 om, at to læger deltog i evalueringen af tilbuddene, ændrer ikke på kravene til, at tilbuddene skulle evalueres objektivt og ensartet i forhold til de fastsatte kriterier, og at de fastsatte kriterier skulle være så klare, præcise og entydigt formuleret, at enhver normalt fungerede tilbudsgiver ville være i stand til at vurdere, hvad der skulle til for at afgive det bedste og mest konkurrencedygtige tilbud.

Det er således påvist, at Region Midtjylland gentagne gange har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at have baseret sit udbud af ortopædisk kirurgi på et uigennemsigtigt og uklart udbudsmateriale.

Særligt vedrørende påstand 2 har Region Midtjylland gjort gældende, at udbudsmaterialet ikke har været uigennemsigtigt og uklart i forhold til konkurrencekravene 1.7, 3.4, 3.5 og 3.6.

Der består ikke en forpligtelse – særligt ikke i udbud efter light-regimet – til at beskrive kvalitative (del)kriterier fuldstændigt udtømmende, men dog en forpligtelse til at sikre en tilstrækkelig gennemsigthed. Region Midtjyllands beskrivelser i udbudsmaterialet har været tilstrækkeligt gennemsigtige til, at det har været muligt for tilbudsgiverne at vurdere, hvad der ville blive tillagt betydning ved evalueringen af de enkelte delkriterier.

Det følger af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at ordregiveren er tillagt vide rammer ved både udformningen af kvalitative under- og delkriterier og ved udøvelsen af den skønsmæssige evaluering af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier.

Hverken Capio eller Aleris-Hamlet stillede under udbuddet spørgsmål til forståelsen af de enkelte konkurrencekrav. Derudover modtog både Capio og Aleris-Hamlet samlet set høje kvalitative point, og det lavest tildelte point for et delkriterium har været 3 point (som svarer til en ”tilfredsstillende” besvarelse). Dette understøtter i sig selv, at kravene både har været tilstrækkeligt gennemsigtige, men også at Capio har forstået kravene.

Kravspecifikationens krav 1.7 – håndtering af komplikationer

Region Midtjylland evaluerede på, hvor mange typer af komplikationer tilbudsgiveren kunne varetage under og efter en operation/behandling. Jo flere typer af komplikationer, der kunne varetages, des bedre.

Ved evalueringen af tilbuddet fra Capio er det trukket ned, at Capio i sit tilbud fremhævede, at virksomheden ikke kunne varetage komplikationer af ”livstruende karakter”. Dette kan lægefagligt være et bredt favnende forbehold, herunder forbehold over for forhold opstået under en behandling. Evalueringen heraf er fortaget skønsmæssigt med afsæt i Capios tilbudsbeskrivelser og under hensyn til, at det i bedste fald har været uklart, hvilke komplikationer der reelt var – eller ikke var – dækket ind under dette. En ”komplikation af livstruende karakter” vil oftere kunne opstå end en komplikation, som kræver intensiv behandling. En ”komplikation af livstruende karakter” vil også kunne løses nemmere/hurtigere end en komplikation, som kræver intensiv behandling. På den baggrund har regionen konkret skønnet tilbudsløsningen

fra Capiro på dette delkriterium til at være ”mere end tilfredsstillende” svarende til 4 point.

En tilbudsgiver bærer i øvrigt selv risikoen for eventuelle uklarheder i et tilbud. Uklarheder i et tilbud vil altså komme tilbudsgiveren til skade ved evalueringen, hvilket også gælder Capiro.

Region Midtjylland har på den anden side skønsmæssigt vurderet, at Aleris-Hamlets beskrivelse af, at virksomheden ikke kunne håndtere patienter, hvor behandling og/eller efterbehandling krævede indlæggelse på intensiv afdeling, betød, at det alene var en ret snæver kreds af komplikationer, virksomheden ikke kunne håndtere. I lægefaglige termer er en intensiv behandling klart afgrænset i forhold til typer af behandlinger og de uddannelsesmæssige forhold, der knyttes til intensive afdelinger. Derfor opnåede Aleris-Hamlets tilbud en bedre evaluering end Capios. Aleris-Hamlets tilbud blev på dette punkt skønnet til at være ”meget tilfredsstillende” svarende til 5 point.

Kravspecifikationens krav 3.4 – forsyningsikkerhed (flest mulige behandlinger)

I forhold til krav 3.4 evaluerede Region Midtjylland på, at tilbudsgiverne kunne levere flest mulige forløb/behandlinger pr. år i kontraktperioden (udover det krævede mindstekrav til forløb/behandlinger pr. år).

Det har været relevant, naturligt og nødvendigt at evaluere opfyldelsen af kravet op imod det maksimale antal forløb/behandlinger pr. år, der kunne forventes, hvis den maksimale mængde for delaftalerne blev trukket over aftalernes løbetid (inklusive eventuelle forlængelser). Det ville ikke give Region Midtjylland en øget værdi, hvis der kunne leveres udover de maksimale volumener, idet regionen ikke lovligt ville kunne foretage sådanne indkøb. Den naturlige – og mest nærliggende – forståelse af kravet er derfor også, at det ville trække ned i evalueringen af et tilbud, hvis tilbuddet ikke kunne leve op til det oplyste maksimale antal forløb/behandlinger pr. år i rammeaftalen, og at det omvendt ville give maksimale point, hvis tilbuddet lå (tæt) på denne volumen.

Det skulle derfor trække ned i evalueringen af Capios tilbud på delaftale 1 i forhold til krav 3.4, at Capiro var langt fra at kunne leve op til det fastsatte maksimale antal forløb/behandlinger pr. år i rammeaftalen. Mindstekravet til antal forløb/behandlinger pr. år var fastsat til 900, hvilket var det præcis

samme antal, som Capiro havde angivet at kunne udføre. Det maksimale antal forløb/behandlinger er derimod i alt på 6.000 for hele delaftalens løbetid, hvilket svarer til 1.500 behandlinger pr. år fordelt ud over hele aftalens løbetid (inklusive eventuelle forlængelser).

Det er sædvanligt, at der ved kvalitative krav ikke fastsættes en fast "målestok" for, hvad der forstås som det "bedst mulige tilbud", når en ordregiver anvender udtryk som "flest mulige" eller "jo flere, jo bedre" i forbindelse med evalueringen af tilbud. Evalueringen af et sådant kvalitativt under- eller delkriterium er udtryk for en skønsmæssig evaluering og ikke en "matematisk formel".

Region Midtjylland har således evalueret tilbuddene i forhold til kravet i overensstemmelse med (og indenfor) ordlyden af kravet, og det har været tilstrækkeligt tydeligt for tilbudsgiverne, hvad der ville blive tillagt positiv vægt ved evaluering af tilbuddene.

Kravspecifikationens krav 3.5 – forsyningssikkerhed (antallet af operatører)

I forhold til krav 3.5 evaluerede Region Midtjylland på antallet af tilbudte operatører. Region Midtjylland havde angivet, at jo flere operatører, des bedre. Region Midtjylland havde ikke angivet, at der ville blive lagt vægt på f.eks. antallet af timer eller ressourcer, de enkelte operatører havde, eller at en given operatør skulle anvendes i en bestemt volumen. Delkriteriet var udformet kun med fokus på antallet af operatører.

Ud fra ordlyden af kravet har det (alene) været antallet af operatører og ikke antallet af "andet" (som f.eks. timer (ressourcer) hos en operatør), der har været afgørende ved evalueringen, og dette er den eneste mulige forståelse af kravet. Kravet var både sagligt, relevant og proportionalt udformet.

Kravspecifikationens krav 3.6 – forsyningssikkerhed (fastansat personale)

Region Midtjylland fastsatte ikke, at det tilbudte personale skulle være ansat på f.eks. et bestemt antal timer eller bestemte (andre) vilkår, men derimod helt simpelt, at det var en fordel med fastansat personale.

Capiro har gjort gældende, at det har været uklart, hvornår en medarbejder er "fastansat". Alligevel har Capiro ikke stillet spørgsmål til forståelsen af dette under udbudsproceduren. Region Midtjylland har blot fulgt den helt sædvan-

lige forståelse af begrebet ”fastansat”, herunder også i henhold til definitionen i en helt almindelig ordbog. Derfor kan forståelsen af kravet heller ikke være overraskende eller uventet for Capio. Kravet har været gennemsigtigt, sagligt, relevant og proportionalt udformet.

Region Midtjylland evaluerede kravet ved at se på antallet af fastansat personale hos tilbudsgiverne, hvor et højere antal fastansatte ville blive evalueret bedre end et lavere antal fastansatte. Regionen foretog en helhedsvurdering på tværs af alle typer af (relevant) personale hos tilbudsgiverne. Kravet var ikke begrænset til bestemte personalegrupper hos tilbudsgiverne og heller ikke personale, der var knyttet til specifikke, geografiske lokaliteter. Det er derfor naturligt, at der blev lagt vægt på samtlige oplyste, relevante typer af personale, der skulle til for at løfte opgaven.

Efter det anførte har udbudsmaterialet været tilstrækkeligt gennemsigtigt til, at tilbudsgiverne – herunder tilbudsgivere (inkl. Capio), der er dybt specialiseret i de udbudte ydelser og vant til at afgive tilbud herpå – har kunnet gennemskue, hvad der skulle til for at afgive det bedste og mest konkurrencedygtige tilbud. Tilbuddene er desuden blev evalueret i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, da tilbuddene er blevet evalueret efter en sædvanlig absolut metode og efter samme ”standarder”.

Særligt vedrørende påstand 3 har Capio gjort gældende, at Region Midtjylland har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at fastsætte de maksimale mængder for de to delaftaler usagligt højt, hvorfor den udbudte rammeaftale ikke lovligt kan danne grundlag for efterfølgende kontrakttildelinger, idet den reelle maksimale mængde ikke kan identificeres.

EU-Domstolen konkluderer i Simonsen & Weel-sagen (C-23/20), der ligeledes henviser til EU-Domstolens dom af 19. december 2018, ”Autorità Garante” (C-216/17), at det er et krav, at både den estimerede som den maksimale værdi og/eller mængde angives i udbudsbekendtgørelsen i forbindelse med udbud af en rammeaftale. Kravet må medføre, at de værdier/mængder, der oplyses, baserer sig på saglige og retvisende beregninger.

Capio var leverandør på den tidligere aftale, der løb fra 14. februar 2018 til den 14. januar 2022, og det er Capios opfattelse, at der er tale om et område, hvor det årlige antal behandlinger er relativt stabilt og dermed ikke præget af de store udsving. Det er ikke sagligt at fastsætte en maksimal mængde, der

for hver delaftale indebærer en stigning på knapt 70 % i forhold til den estimerede værdi. Som anført i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af 13. november 2019, hvor styrelsen vurderer, hvad Autorità-dommen betyder for dansk udbudsretspraksis, må en usikkerhedsmargin ikke være så stor, at det er usandsynligt, at ordregiveren får brug for den i rammeaftalens løbetid.

I lyset af Capios erfaringer fra den tidligere kontrakt anmodede virksomheden om aktindsigt i regionens grundlag for at fastsætte den maksimale mængde på de to delaftaler så meget højere end den estimerede mængde. Denne anmodning afslog regionen med den begrundelse, at der var tale om oplysninger i et internt notat, der af denne årsag var undtaget fra aktindsigt.

I og med de maksimale mængder på de to delaftaler er fastsat kunstigt højt og dermed i strid med de rammer, der gælder for oplysning om både estimerede og maksimale mængder og/eller værdier, må det sidestilles med, at de maksimale mængder på rammeaftalens delaftaler slet ikke er fastsat og oplyst. Maksimalmængden må dermed som konsekvens blive 0 behandlinger/undersøgelser, hvorved rammeaftalen i sig selv kan bestå, men konkrete træk på rammeaftalen ikke vil være mulige, idet rammeaftalens manglende angivelse af en saglig og retvisende maksimal mængde bevirker, at rammeaftalen ikke lovligt kan danne grundlag for indgåelse af konkrete kontrakter. Dette følger af, at EU-Domstolen anfører, at oplysning om en maksimal mængde/værdi skal være retligt bindende, da det modsatte ville betyde, at den ordregivende myndighed vil kunne fravige denne maksimale mængde.

Det kan ikke føre til et andet resultat, at årsagen til den kunstigt høje maksimale mængde antageligvis skyldes, at regionen har ønsket at sikre sig mod, at den i en uforudset situation kunne risikere at skulle iværksætte genudbud før tid.

Særligt vedrørende påstand 3 har Region Midtjylland gjort gældende, at regionen ikke har fastsat usaglige maksimale mængder, og at de er retvisende. Der er ikke retningslinjer for, hvor meget eller hvor lidt en maksimal værdi/volumen kan adskille sig fra en estimeret værdi/volumen. Der kan alene stilles krav til, at en ordregiver fastsætter både den estimerede og maksimale volumen med afsæt i saglige forhold og overvejelser.

Region Midtjylland fastsatte i udbudsmaterialet, at det estimerede/forventede forbrug på delaftale 1 og 2 ville være henholdsvis 3.600 og 2.400 udredninger/behandlinger (svarende til 900 og 600 behandlinger om året). Det maksimale forbrug var for delaftalerne fastsat til henholdsvis 6.000 og 4.000 udredninger/behandlinger (svarende til 1.500 og 1.000 behandlinger om året).

Region Midtjylland har ifølge udbudsbetingelserne baseret forbrugsangivelserne på det historiske forbrug indenfor det (relevante) ortopædkirurgiske område i årene 2018-2021. Forud for udbuddet udarbejdede Region Midtjylland desuden et internt notat om baggrunden for fastlæggelsen af det estimerede og maksimale antal udredninger/behandlinger for hver af de to delaftaler.

De estimerede mængder var i høj grad fastlagt efter niveauet for 2018 og 2019, hvor COVID-19 og sundhedsstrejken ikke påvirkede antallet af private udredninger/behandlinger. Den angivne maksimale mængde tog herudover højde for, at sundhedsområdet er dynamisk og uforudsigeligt med henvisning til eksempelvis COVID-19 og nylige sundhedsstrejker og en generel tendens til et øget samarbejde mellem det offentlige og det private. Regionen fastlagde derfor i høj grad det udbudte behov i henhold til faktiske data fra 2018 og 2019, hvor antallet af udredninger/behandlinger var lavere end i 2020 og 2021, og korrigeret med afsæt i reelle og saglige udviklingsforhold indenfor det udbudte område. Et så grundigt forarbejde er ikke en tilsidesættelse af de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, heller ikke selv om der er en forskel mellem den estimerede og den maksimale volumen på mere end 50 %, idet den forskel er konkret begrundet og berettiget henset til de udbudte delaftaler.

Region Midtjylland (og i det hele taget det offentlige sygehusvæsen) har en generel 1) ressourcemæssig udfordring som følge af f.eks. COVID-19-indlæggelser, 2) udfordring med fastholdelse af og omsætningshastighed for relevant personale, som 3) udfordres yderligere i forhold til at kunne tage højde for en genindførsel af behandlingsgarantien. Dette er baggrunden for en vis, større usikkerhed om den (relevante) maksimale mængde under rammeaftalerne.

Det følger af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat om Autorità-dommen, at en ordregiver har et vidt skøn ved fastlæggelsen af det maksimale

omfang af en rammeaftale. Ordregiveren må dog ikke skønne mængden kunstigt højt, men det er eksplicit tilladt at tillægge det forventede behov en "usikkerhedsmargin" for at imødekomme senere ændringsbehov.

Selv om den maksimale volumen vurderes at være ansat for højt, er der ikke grundlag for at følge Capios anbringender om, at den maksimale mængde da skal anses for 0, og at træk på rammeaftalen dermed ikke er mulig.

Særligt vedrørende påstand 4 har Capio gjort gældende, at klagenævnet på baggrund af det, som er anført ad påstand 1-3, skal annullere Region Midtjyllands beslutning om at tildele rammeaftale på delaftale 1 og delaftale 2 til Aleris-Hamlet.

Særligt vedrørende påstand 4 har Region Midtjylland gjort gældende, at hverken reglerne i udbudsloven eller i øvrigt de grundlæggende udbudsretlige principper er overtrådt, og der er derfor ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen. Regionen har i øvrigt henvist til det, som er anført ad påstand 1-3.

Ad uopsættelighed

Capio har gjort gældende, at der er tale om overtrædelser, der er så grove, at Capio ikke vil have mulighed for at opgøre og dermed påvise sit reelle tab, hvis Region Midtjylland indgår kontrakt med Aleris-Hamlet. Forskellen på den estimerede og den maksimale mængde på de to delaftaler er så stor, at Capio ikke har en reel chance for at vide, hvad den egentlige omsætning kunne have været, og dermed hvilket tab der er lidt ved ikke at få tildelt rammeaftalerne.

Region Midtjylland har gjort gældende, at Capio ikke med tilstrækkelig sikkerhed har dokumenteret, at manglende opsættende virkning vil medføre, at selskabet lider et uopretteligt tab. Capio har ikke dokumenteret et tab og slet ikke et alvorligt og uopretteligt tab.

Capio har heller ikke godtgjort, at der skulle være tale om en så særlig alvorlig "fumus boni juris", at Capio ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at virksomheden vil lide en uoprettelig skade.

Der er ikke fremlagt dokumentation for, at Capiro eksistens vil blive truet, eller at Capios markedsposition i øvrigt vil lide en uoprettelig skade, hvis ikke klagen tillægges (fortsat) opsættende virkning. Capiro er en stor og solid virksomhed, hvor en manglende (uforpligtende) rammeaftale af denne størrelse ikke kan medføre, at Capios eksistens eller markedsposition vil blive truet på uoprettelig vis.

Ad interesseafvejning

Capiro har gjort gældende, at en interesseafvejning taler til fordel for Capiro. Der er tale om kontrakter om ortopædisk kirurgi af over- og underekstremiteter for at sikre patienter en kort ventetid og sikre overholdelse af behandlings- og udredningsfristen. Der er dermed ikke tale om forhold, som omhandler menneskers liv. Udbuddet er derfor ikke af så afgørende betydning, at hensynet til Region Midtjyllands interesse i at få afsluttet udbuddet hurtigt skal veje tungere end Capios interesse i, at kontrakten ikke indgås, før sagen er endeligt afgjort. Regionens interesse i kontraktens hurtige indgåelse hviler således alene på, at det vil være besværligt at skulle afvente sagens færdigbehandling. Omvendt står klager i en situation, hvor krænkelsen ikke kan repareres med erstatning.

Region Midtjylland har gjort gældende, at når Capiro ikke vil kunne lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, har Capiro ikke nogen tungtvejende interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning. Region Midtjylland har i hvert fald tungere vejende interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. De udbudte delaftaler skal indgå i et samlet patientsikkerhedsmæssigt hele og har derfor afgørende betydning for, at regionen f.eks. med større sikkerhed kan overholde de gældende behandlingsgarantier på området.

Af de nævnte grunde vægter hensynet til Region Midtjyllands mulighed for at kunne indgå de udbudte aftaler tungere end hensynet til Capiro. Betingelse nr. 3 for at tillægge opsættende virkning er dermed heller ikke opfyldt.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet følgende:

Ad påstand 1

Udbuddet er gennemført efter reglerne i udbudslovens afsnit III, og regionen har som følge heraf alene været forpligtet til at fastlægge en procedure i overensstemmelse med udbudslovens § 2, herunder fastsætte kriterier for tildeling og træffe tildelingsbeslutning i overensstemmelse med den fastlagte procedure, jf. udbudslovens § 186 og § 188. Udbudslovens § 160 om, at den evalueringsmetode, der påtænkes anvendt, skal beskrives i udbudsmaterialet, finder ikke anvendelse.

Identificering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud skulle efter udbudsbekendtgørelsen ske på grundlag af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, og Region Midtjylland fastsatte underkriterierne ”Pris”, der vægtede 50 %, og ”Kvalitet”, der vægtede 50 %. Til underkriteriet ”Kvalitet” fastsatte regionen 11 konkurrencekrav, der alle er nærmere beskrevet i udbudsmaterialets kravspecifikation. Udbudsmaterialet indeholder ikke oplysninger om, hvilken pointskala regionen ville benytte i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i forhold til konkurrencekravene, eller hvordan prisen ville blive evalueret.

Evalueringsrapporten, der blev udsendt sammen med underretningen om tildelingsbeslutningen, indeholder en detaljeret beskrivelse af den anvendte evalueringsmodel i forhold til både pris og kvalitet, og klagenævnet har ikke grundlag for at konstatere, at Region Midtjylland ikke ved evalueringen har overholdt de fastsatte tildelings-, under- og delkriterier i udbudsmaterialet. Det har således været beskrevet, hvordan regionen ville evaluere de modtagne tilbud, og selv om tilbudsgiverne først ved modtagelsen af evalueringsrapporten blev bekendt med pointskalaen og den relative prisvurdering, kan dette ikke føre til, at regionen har handlet i strid med udbudslovens § 186 og de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Klagenævnet har i den forbindelse desuden lagt vægt på, at evalueringen af tilbuddene i forhold til de kvalitative delkriterier er sket efter en sædvanlig, absolut metode, og at evalueringen af de tilbudte priser er sket efter en sædvanlig, relativ prisvurdering.

Der er efter det anførte på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at Capio vil få medhold i påstanden.

Ad påstand 2

Capio har gjort gældende, at udbudsmaterialet var uigennemsigtigt og uklart i forhold til konkurrencekravene 1.7, 3.4, 3.5 og 3.6, og at det har haft betydning for Region Midtjyllands evaluering af de modtagne tilbud.

Konkurrencekrav 1.7 – Håndtering af komplikationer

Kravet er i kravspecifikationen beskrevet således:

”Regionen ønsker, at Leverandøren kan varetage flest mulig typer af komplikationer der kan opstå efter en operation/behandling.

Der ønskes derfor en beskrivelse af hvilke typer komplikationer der kan håndteres og ikke kan håndteres inden for den/de enkelte delaftaler. Jo flere typer, der kan varetages, jo bedre.”

Det fremgår af referatet fra dialogmødet mellem Capio og Region Midtjylland den 20. januar 2022, at Aleris-Hamlet i forhold til dette delkriterium svarede:

”Alle typisk forekommende per- og postoperative komplikationer til den tilbudte kirurgi f.eks. blødning og infektion kan håndteres. Patienter, hvor behandling og/eller efterbehandling kræver indlæggelse på intensiv afdeling kan ikke håndteres.”

Capio svarede til samme delkriterium:

”Alle komplikationer kan varetages, såfremt de ikke har livstruende karakter. Alle komplikationer der tilstøder i relation til tilstedeværelse på sygehuset kan håndteres”

En tilbudsgiver bærer risikoen for eventuelle uklarheder i tilbuddet. Det er derfor Capios risiko, at virksomheden ved besvarelsen af krav 1.7 ikke præciserede udtrykket ”livstruende karakter” i forhold til, hvilke komplikationer Capio kan håndtere.

Klagenævnet har ikke grundlag for at konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved evalueringen af tilbuddene i forhold til krav 1.7, som i øvrigt har den nødvendige klarhed. Klagenævnet tilside-sætter ikke det skøn, som regionen har foretaget i forhold til Aleris-Hamlets tilbud, hvorefter det var mere klart, hvilke komplikationer der kræver intensiv behandling, og dermed hvilke komplikationer Aleris-Hamlet ikke kan håndtere, mens det i Capios tilbud var uklart, hvilke komplikationer der er livstruende, og dermed hvilke komplikationer Capio ikke kan håndtere.

Konkurrencekrav 3.4 – forsyningssikkerhed (fleste mulige behandlinger)

Kravet er i kravspecifikationen beskrevet således:

”Af hensyn til forsyningssikkerhed i aftalerne ønsker Regionerne ud over mindstekravet til antallet af forløb/behandlinger pr. år, at Leverandøren

kan udføre flest mulige forløb/behandlinger pr. år i kontraktperioden samt i en eventuel forlængelsesperiode.”

Både udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne beskriver det forventede antal udredninger/behandlinger pr. år (3.600 på delaftale 1 og 2.400 på delaftale 2) og det maksimale antal udredninger/behandlinger i hele kontraktperioden inklusive eventuelle forlængelser (en periode på i alt 4 år) (6.000 på delaftale 1 og 4.000 på delaftale 2). Desuden indeholder rammeaftalens pkt. 3 samme oplysninger om den maksimale ”mængde” i hele kontraktperioden inklusive forlængelser.

En ordregiver kan ikke lovligt trække på en rammeaftale ud over den fastsatte maksimale mængde, og krav 3.4 må derfor forstås på den måde, at tilbudsgiverne konkurrerede på, i hvilket omfang de på delaftale 1 kunne tilbyde et antal årlige udredninger/behandlinger på mellem 900 (mindstekravet) og 1.500 og på delaftale 2 et antal årlige udredninger/behandlinger på mellem 600 (mindstekravet) og 1.000. Klagenævnet finder ikke kravet uklart formuleret, idet udtrykket ”flest mulige” i den forbindelse naturligt må forstås således, at jo flere udredninger/behandlinger, tilbudsgiverne kan tilbyde i intervallerne (900 – 1.500 og 600 – 1.000), jo bedre ville evalueringen blive.

Konkurrencekrav 3.5 – forsyningssikkerhed (antallet af operatører)

Kravet er i kravspecifikationen beskrevet således:

”Af hensyn til forsyningssikkerhed i aftalerne ønsker Regionen, at der er mere end én operatør som kan udføre de aftalte ydelser.

I evalueringen lægges der vægt på den enkelte Leverandørs antal af operatører der kan udføre ydelsen. Således at jo flere operatører, jo bedre.”

Efter kravet ville Region Midtjylland ved evalueringen af tilbuddene lægge vægt på antallet af operatører – jo flere, jo bedre. Kravet er klart formuleret, og der er efter de begrundelser, som regionen har givet tilbuddene i forhold til kravet, ikke grundlag for at konstatere, at regionen har evalueret på andet end antallet af operatører.

Konkurrencekrav 3.6 – forsyningssikkerhed (fastansat personale)

Kravet er i kravspecifikationen beskrevet således:

”Af hensyn til stabilitet i forsyningssikkerhed (herunder antallet af operatører), lægger regionen vægt på antallet af fastansat personale.”

Tilbudsgiverne skulle efter kravet konkurrere på antallet af fastansat personale. Klagenævnet finder, at kravet har den tilstrækkelige klarhed til, at tilbudsgiverne har kunnet afgive relevante tilbud. Efter de foreliggende oplysninger er der ikke grundlag for at fastslå, at Region Midtjylland har medregnet f.eks. vikarer eller konsulenter ved evalueringen af tilbuddene i forhold til kravet. Regionen har således alene medregnet fastansatte, som dette begreb sædvanligvis må forstås som ansatte i tidsubegrænsede stillinger med faste lønninger, faste arbejdstider og med de rettigheder og pligter, der gælder på området.

Efter det anførte om konkurrencekravene 1.7, 3.4, 3.5 og 3.6 er der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at Capio vil få medhold i påstanden.

Ad påstand 3

Region Midtjylland fastsatte den maksimale mængde udredninger/behandlinger på delaftalerne til henholdsvis 6.000 og 4.000 i kontraktperioden inklusive forlængelser (i alt op til 4 år). Capio har gjort gældende, at den maksimale mængde er sat for højt i forhold til den forventede mængde udredninger/behandlinger på henholdsvis 3.600 og 2.400.

Det følger af EU-Domstolens dom af 17. juni 2021, sag C-23/20, Simonsen & Weel, der henviser til EU-Domstolens dom af 19. december 2018, sag C-216/17, Autorità Garante, at ordregiveren ved udbud af en rammeaftale i udbudsbekendtgørelsen skal angive en anslået mængde eller værdi for de ydelser, der vil blive anskaffet under rammeaftalen, og en maksimal mængde eller værdi for disse ydelser. Når den maksimale mængde/værdi er nået, har rammeaftalen udtømt sin virkning.

En ordregiver har et betydeligt skøn ved fastsættelsen af en rammeaftales maksimale mængde/værdi, men skønnet skal være sagligt begrundet. Ordregiveren må ikke kunstigt forhøje rammeaftalens samlede maksimale mængde/værdi i forhold til sit behov. Ved vurderingen af, om en ordregiver har fastsat den maksimale mængde/værdi kunstigt højt, er det inden for ordregiverens skøn at tillægge det forventede behov en sikkerhedsmargin.

Region Midtjylland har forud for iværksættelsen af udbuddet i notat af 10. november 2021 om ”Baggrund for estimeret og maksimal mængde” anført bl.a.:

”Den maksimale mængde er fastlagt ud fra en erkendelse af, at sundhedsområdet er dynamisk og at forudsigeligheden derfor er begrænset – hvilket bl.a. COVID-19 pandemien og den nylige strejke understreger. Der kan derfor opstå uforudsete udfordringer af forskellig art, som øger behovet for privat kapacitet på området ud over det, der indledningsvist forventes.”

Region Midtjylland har desuden anført, at regionen – og det offentlige sygehusvæsen – generelt står overfor en række udfordringer med fastholdelse af og omsætningshastigheden for relevant og afgørende personale, som udgør en øget usikkerhed om regionens egen kapacitet. Samtidig skal de udbudte delaftaler indgå som led i sikringen af regionens forpligtelser ved genindførelse af behandlingsgarantien, der har været fjernet under COVID-19 pandemien.

Klagenævnet har efter Region Midtjyllands oplysninger om baggrunden for det fastsatte maksimale antal udredninger/behandlinger ikke grundlag for at konstatere, at maksimummet er fastsat usagligt, eller at det overskrider den sikkerhedsmargin, som regionen er berettiget til at inddrage ved udøvelsen af sit skøn.

Der er herefter på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at Capiro vil få medhold i påstanden.

Da der ikke er udsigt til, at Capios påstand 1-3 vil blive taget til følge, er der heller ikke udsigt til, at påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt, og klagenævnet tillægger herefter ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig