

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt.
Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Ortoflex ApS
(advokat Ilka Bödewadt Lauritzen, København)

mod

Region Sjælland
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

Klagenævnet har den 8. oktober 2020 modtaget en klage fra Ortoflex ApS ("Ortoflex").

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

Region Sjælland har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 24, svarskrift med bilag A – B, replik og duplik med bilag C.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved ikke i tilstrækkelig grad at have beskrevet evalueringsmodellen i udbudsmaterialet og ved at anvende en ikke egnet evalueringsmodel for evaluering af det kvalitative underkriterium ”Kvalitet”.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved i evalueringen af det kvalitative underkriterium ”Kvalitet” ikke at lægge vægt på de samme forhold i evalueringen af de to tilbudsgiveres tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved ikke at evaluere tilbuddene hver for sig og uafhængigt af hinanden, men i stedet at evaluere tilbuddene ved at sammenholde tilbuddene.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere Region Sjællands beslutninger om at tildele rammeaftalerne til Medflex A/S.

Klagenævnet har den 8. oktober 2020 meddelt den vindende tilbudsgiver, Medflex A/S (”Medflex”), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Medflex har ikke ønsket at intervenere i sagen.

Andre oplysninger i sagen:

Region Sjælland udbød ved udbudsbekendtgørelse 2020/S 102-246852 af 25. maj 2020 som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit III en rammeaftale om vikarlæger til skadesklinikker i Næstved (delaftale 1) og Roskilde (delaftale 2). Rammeaftalen blev udbudt med en varighed på to år med mulighed for forlængelse i op til to år.

I udbudsbekendtgørelsen står der:

” ...

II.1.4) Kort beskrivelse:

Borgerne omkring Næstved og Roskilde har adgang til lægebetjente skadestuer hele døgnet (skadesklinikker). Det er for nuværende ikke muligt at bemande skadesklinikkerne med regionens egne læger. Derfor udbydes bemanning af skadesklinikkerne. Bemanning af skadesklinikkerne med vikarlæger er [af] afgørende betydning for drift af klinikkerne 24/7. Svigtende bemanning med vikarlæger vil betyde at patienter fra Næstved og Roskilde skal henvises til akutafdelinger på andre sygehuse. Der udbydes en delkontrakt for skadesklinikken på Næstved Sygehus og en delkontrakt for skadesklinikken på Roskilde Sygehus.

...”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 10 fremgår, at Region Sjælland forventer at indgå aftale med to leverandører pr. delaftale, henholdsvis en leverandør nr. 1, der har afgivet det økonomisk *mest* fordelagtige tilbud, og en leverandør nr. 2, der har afgivet det økonomisk *næstmest* fordelagtige tilbud. De efterfølgende ordrer på den enkelte delkontrakt vil ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 14 blive placeret ved direkte tildeling hos den leverandør, som afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Hvis denne leverandør ikke kan levere, vil ordren blive placeret hos den leverandør, som afgav det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud. Det er Region Sjællands forventning, at hovedparten af ordrer på den enkelte delkontrakt bliver placeret hos den leverandør, som afgav med det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Udbudsbetingelsernes pkt. 13 indeholder følgende vedrørende tildeling af delaftalerne:

”13 Tildelingskriterium

13.1 Generelt

Identificering af det økonomiske mest fordelagtige tilbud vil ske ved anvendelse af tildelingskriteriet "Bedste forhold mellem pris og kvalitet" på baggrund af følgende underkriterier og vægte:

Underkriterier	Vægtning
Økonomi, jf. pkt. 13.2	50 %

Underkriterier	Vægtning
Kvalitet i opgaveudførelsen, jf. pkt. 13.3	50%

De point som Ordregiver i sin tilbudsevaluering giver et tilbud for så vidt angår ovenstående underkriterier, vil i den samlede evaluering blive ganget med de respektive vægte.

...

13.2 Økonomi

...

De evalueringstekniske priser konverteres til point på en 0 - 100 point-skala efter en lineær nulpunktsmodel, hvor udgangspunktet er, at 100 point gives til det tilbud med den laveste "pris", mens 0 point gives til det tilbud, hvis "pris" ligger 100 % over prisen for tilbuddet med den laveste pris.

...

Ovenstående er udtryk for, at "økonomi" vurderes relativt, således tilbudene vurderes op imod hinanden.

13.3 Kvalitet i opgaveudførelsen

I Kvalitet indgår følgende delkriterier og vægte:

Delkriterier	Vægtning
Rekruttering	25
Leveringssikkerhed	75

"Kvalitet" vurderes ud fra de konkurrencekrav, der i henhold til angivelserne i Kravspecifikationen i CTM, specifikt angår "Kvalitet".

I Kravspecifikationen i CTM har Ordregiver angivet, hvad der lægges vægt på i forbindelse med denne vurdering.

Ved delkriteriet Rekruttering vægtes det positivt, at rekrutteringsprocessen er med til at sikre ansvarlige vikarlæger med høje faglige kompetencer.

Ved delkriteriet Leveringssikkerhed vægtes det positivt, at Tilbudsgiver kan sikre en høj leveringssikkerhed.

...

Ordregiver vil ved evalueringen af de enkelte tilbud i forhold til underkriteriet kvalitet benytte sig af nedenstående pointskala som anvendes ved evaluering efter en absolut standard.

Beskrivelse af trin	Point
Bedst mulige opfyldelse af kravet/kriteriet	100
Over middel i opfyldelse af kravet/kriteriet	75
Middel opfyldelse af kravet/kriteriet	50
Under middel i opfyldelse af kravet/kriteriet	25
Ingen opfyldelse af kravet/kriteriet.	0

”

I kravspecifikationen står der blandt andet:

”Beskrivelse af rekrutteringsproces og leveringssikkerhed

2.1

Tilbudsgiver bør vedlægge beskrivelse af rekrutteringsprocessen (max 4 A4 sider). Materiale udover de anførte 4 A4 sider vil ikke indgå i bedømmelsen. Beskrivelsen kan blandt andet indeholde følgende elementer:

- Tilbudsgivers udvælgelseskriterier og proces ved rekruttering/ansættelser.
- Tilbudsgivers faglige kompetencer/uddannelse i forbindelse med vurdering af kandidater.
- Tilbudsgivers sikring af vikarernes faglighed og kompetencer og opfølgning på samme.
- Tilbudsgivers procedure for sikring at vikarlægen har gyldig dansk autorisation som læge med tilladelse til selvstændigt virke.
- Tilbudsgivers procedure for sikring af vikarlægens underskrift på fortrolighedserklæring før start på første vagt samt procedure for opbevaring af underskrevne erklæring.

Ordregiver vægter det positivt, at rekrutteringsprocessen er med til at sikre ansvarlige lægevikarer med høje faglige kompetencer.

...

2.2

Tilbudsgiver bør vedlægge beskrivelse (max 4 A4 sider) af hvordan der sikres leveringssikkerhed af vikarlæger til Ordregiver. Materiale udover de anførte 4 A4 sider vil ikke indgå i bedømmelsen. Beskrivelsen kan blandt andet indeholde følgende elementer:

- Beskrivelse af, hvordan Tilbudsgiver sikrer sig adgang til kvalificeret og stabil arbejdskraft
- En beskrivelse af hvorledes leverandøren sikrer en leveringsikkerhed på minimum 90 %. Leveringssikkerhed forstås som antal besatte vagter divideret med antal ubesatte vagter.
- En beskrivelse af Tilbudsgivers proces for forfaldsdækning

Ordregiver vægter det positivt, at Tilbudsgiver kan sikre en høj leveringsikkerhed.”

Kravspecifikationen indeholdt oprindeligt vedrørende ”Leveringssikkerhed” endnu et punkt under 2.2, hvorefter tilbudsgivernes beskrivelser også kunne indeholde følgende:

”En beskrivelse af hidtidig leveringssikkerhed i Region Hovedstaden og/eller Region Sjælland (angivet i procent).”

Foranlediget af et spørgsmål fra en tilbudsgiver udgik dette punkt dog, og kravspecifikationen blev opdateret.

Under udbuddets spørgsmål/svar modtog regionen endvidere blandt andet følgende spørgsmål ad udbudsbetingelsernes punkt 13.3 ”Kvalitet i opgaveudførelsen” (spørgsmål 10063):

”Vil udbyder venligst oplyse om det under kvalitet i opgaveudførelsen giver højere point, hvis tilbudsgiver kan anvise speciallæger til udførelse af opgaven?”

Hertil svarede Region Sjælland:

”Nej det forespurgt giver ikke højere point. Dette svar vedrører både delkriteriet Rekruttering og delkriteriet Leveringssikkerhed. Det fremgår af udbudsbetingelserne punkt 13.3 hvad tilbudsgiver lægger vægt på bedømmelse af den tilbudte kvalitet. Videre er i Tilbudslisten anført emner som tilbudsgiver kan medtage i sin beskrivelse af sin kvalitet.”

Ved tilbudsfristens udløb den 10. juli 2020 havde Region Sjælland for hver delaftale modtaget tilbud fra fire tilbudsgivere, herunder Ortoflex og Medflex.

Ortoflex' og Medflex' besvarelser i henhold til de kvalitative delkriterier er fremlagt for klagenævnet uden ekstrahering. Vedrørende disse kan det blandt andet konstateres, at Medflex' beskrivelse i henhold til hvert delkriterium udgør 4 sider, og at Ortoflex' beskrivelse vedrørende kriterierne udgør henholdsvis 1,5 side og 1 side.

Ved brev af 15. september 2020 traf Region Sjælland beslutning om at tildele delaftale 1 og delaftale 2 til Medflex som primær leverandør og Ortoflex som sekundær leverandør.

Ved brev af 21. september 2020 besluttede Region Sjælland at tilbagekalde tildelingsbeslutningen af 15. september 2020, idet regionen havde konstateret, at der var regnefejl i de pointtabeller, som var indeholdt i beslutningen. Regionen traf ved samme brev beslutning om på ny at tildele kontrakten til Medflex og fastsatte i den forbindelse en ny standstill-periode. Denne tildelingsbeslutning indeholdt imidlertid også fejl og blev tilbagekaldt.

Region Sjælland udsendte herefter tre på hinanden følgende tildelingsbeslutninger, som alle blev tilbagekaldt på grund af fejl.

Den 28. september 2020 udsendte Region Sjælland sin endelige tildelingsbeslutning, hvoraf det blandt andet fremgår, at regionen igen havde vurderet, at Medflex havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på begge delaftaler, og at Ortoflex ville blive tildelt delaftalerne som sekundær leverandør. I brevet står der endvidere:

”...

Delaftaler vedr. Næstved (delaftale 1) og Roskilde (delaftale 2) sygehuse – 1. leverandør.

Region Sjælland har til hver delaftale modtaget 4 tilbud, hvoraf 2 konditionsmæssige. De sidstnævnte tilbud er evalueret på baggrund af de i udbudsmaterialet anførte kriterier.

Det kan konstateres at hver tilbudsgiver har afleveret enslydende tilbud på hver af de to nævnte delaftaler. Pointgivning for tilbud vedr. de to delaftaler er derfor ens for den enkelte tilbudsgiver.

På baggrund af evalueringen kan Region Sjælland oplyse, at tilbuddet modtaget fra jer ikke er fundet at være det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Region Sjælland har fundet, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet er afgivet af Medflex A/S.

Udfaldet af evalueringen af jeres tilbud beror især på nedenstående forhold, når tilbuddet sammenholdes med den vindende tilbudsgiver.

Ad Kvalitet (50 %):

Tildeling af point er sket i henhold til skala angivet i udbudsbetingelserne punkt 13.3:

...

I forhold til underkriteriet Kvalitet er tilbuddet fra jer generelt blevet vurderet som værende dårligere end tilbuddet fra Medflex A/S. Denne vurdering beror især på nedenstående forhold.

Delkriterium Rekruttering

Ved vurdering af kriteriet Rekruttering er der lagt vægt på at rekrutteringsprocessen er med til at sikre ansvarlige lægevikarer med høje faglige kompetencer.

Jeres tilbud er meget kortfattet, ikke informativt, fremstår generisk og dermed ikke målrettet Ordregivers specifikke behov indenfor rekruttering. Den overfladiske besvarelse skaber en uvished hos Ordregiver om det egentlige kvalitetsniveau i den ydelse der tilbydes. Eksempelvis savner Ordregiver mere detaljeret oplysninger om hvorledes man anvender sig netværk til rekruttering, hvorledes processerne for vurdering af en kandidat foregår og hvor ofte der tjekkes for autorisationsforhold hvilket ville have givet Ordregiver større indsigt i ydelsen der tilbydes, og dermed mulighed for en mere positiv evaluering.

Når sammenholdt med det vindende tilbud, kendetegnes det vindende tilbud ved at indeholde flere fyldigt beskrevne og mere udvalgte processer indenfor rekruttering. Eksempelvis oplyses i det vindende tilbud, at hvorledes der løbende arbejdes med forbedring af rekrutteringsprocessen,

hvorledes rekruttering sker gennem f.eks. headhuntning og incitamentsordninger, at alle kandidater gennemgår et interview, hvor der bl.a. vurderes profil, fagligt CV, operationslister, evaluering af 7 lægeroller og at der dagligt tjekkes for autorisationsforhold

Delkriterium Leveringssikkerhed

Ved vurdering af kriteriet Leveringssikkerhed har Ordregiver lagt vægt på Tilbudsgiver kan sikre en høj leveringssikkerhed.

I forhold til delkriteriet leveringssikkerhed er tilbuddet ligeledes yderst kortfattet, ikke informativt, fremstår generisk og dermed ikke målrettet Ordregivers specifikke behov indenfor leveringssikkerhed. Den overfladiske besvarelse skaber en uvished hos Ordregiver om det egentlige kvalitetsniveau i den ydelse der tilbydes. Eksempelvis savner Ordregiver mere detaljeret oplysninger om hvorledes et omfattende netværk anvendes, hvordan den løbende rekruttering påvirker leveringssikkerheden, hvorledes SMS servicens fungerer eller hvorledes der findes erstatningsvikar, hvilket ville have givet Ordregiver større indsigt i ydelsen der tilbydes, og dermed mulighed for en mere positiv evaluering.

Når sammenholdt med det vindende tilbud, kendetegnes det vindende tilbud ved at indeholde flere fyldigt beskrevne og mere udvalgte processer indenfor leveringssikkerhed. Eksempelvis oplyses i det vindende tilbud, at virksomheden er ISO certificeret og alle procedurer er dokumenterede, at man via IT portal hurtigt kan nå hurtigt ud til læger der opfylder ordregivers kvalitetskrav, at man garanterer samme høje leveringssikkerhed som til akutklinikken i Holstebro, at man tilbyder et hold af faste vikarlæger, der kan tiltræde med kort varsel samt at man fastholder lægevikarer gennem attraktive vilkår.

Tildelte point for Kvalitet

På grundlag af ovenstående er jeres og Medflex A/S's tilbud blevet tildelt point af Region Sjælland for underkriteriet Kvalitet i henhold til nedenstående tabel, hvor pointene opnået for underkriteriets delkriterier også fremgår.

Tilbudsgiver	Rekruttering (25%)	Leveringssikkerhed (75%)	Sum af point opnået for Kvalitet	Vægtning af underkriteriet Kvalitet	Total for underkriteriet Kvalitet
Jer	6,25	15,0	21,25	50 %	10,63
Medflex	15	75	90	50 %	45,00

Ad Pris (50 %):

Ved evalueringen af underkriteriet Pris indgår priserne angivet i rammeaftalens bilag 3.

Beregning af tilbudssum er sket i henhold til udbudsbetingelserne.

Priserne er blevet evalueret på grundlag af en lineær model, hvor laveste pris har modtaget 100 point, og tilbud der er 100 % højere har modtaget 0 point.

Tilbuddet med den laveste pris blev afgivet af Medflex A/S, der derfor blev tildelt 100 point. Tilbuddet fra jer blev på baggrund af de tilbudte priser tildelt 88,96 point

Nedenstående tabel angiver opnåede point for vindende tilbudsgiver tilbud samt jeres opnåede point for underkriteriet Pris.

Tilbudsgiver	Sum af point opnået for Pris	Vægtning af underkriteriet Pris	Total for underkriteriet Pris
Medflex	100	50%	50
Jer	88,96	50%	44,48

Sammenfattende vurdering (Kvalitet og Pris)

Når tilbuddet fra jer sammenholdes med det vindende tilbud fra Medflex A/S har det været udslagsgivende for tildelingsbeslutningen, at det vindende tilbud blev vurderet mest positivt for både underkriteriet pris og kvalitet.

I forhold til underkriteriet kvalitet har det generelt været udslagsgivende, at den vindende Tilbudsgiver i højere grad har været i stand til at give Ordregiver vished om et relativt højt kvalitetsniveau gennem detaljerede procesbeskrivelser, mens jeres tilbud i højere grad var præget af at være overfladisk og generisk, og derved ikke give Ordregiver den fornødne indsigt i hvilket kvalitetsniveau, der tilbydes.

Nedenstående tabel angiver de samlede point for vindende tilbudsgivers tilbud og jer opnåede point for samtlige underkriterier.

Tilbudsgivere	Total for underkriteriet Kvalitet	Total for underkriteriet Pris	Totale point
Jer	10,63	44,48	55,11
Medflex	45	50	95,00

På baggrund af ovenstående kan Region Sjælland hermed oplyse, at man har til hensigt at indgå den udbudte kontrakt med Medflex A/S efter en standstill periode på 10 dage, hvor den første dag er dagen efter Region Sjællands fremsendelse af denne hensigtserklæring.

Delaftaler vedr. Næstved (delaftale 1) og Roskilde (delaftale 2) sygehuse – 2. leverandør.

I henhold til udbudsbetingelserne punkt 13.1.2 vil tilbuddet fra 1. leverandøren ikke indgå i evalueringen af 2. leverandøren.

Region Sjælland har herefter til hver delaftale modtaget 3 tilbud, hvoraf 1 konditionsmæssigt, som er afgivet af jer.

På baggrund af ovenstående kan Region Sjælland hermed oplyse, at man har til hensigt at indgå den udbudte kontrakt med Ortoflex A/S efter en standstill periode på 10 dage, hvor den første dag er dagen efter Region Sjællands fremsendelse af denne hensigtserklæring.”

Region Sjællands evalueringsnotat indeholder blandt andet følgende:

”Delkriterium Rekruttering

Når Ortoflex bud sammenholdes med Medflex tilbud, kendetegnes det vindende tilbud ved at indeholde flere fyldigt beskrevne og mere udvalgte processer indenfor rekruttering. Eksempelvis oplyses i Medflex tilbud, at hvorledes der løbende arbejdes med forbedring af rekrutteringsprocessen, hvorledes rekruttering sker gennem f.eks. headhuntning og incitamentsordninger, at alle kandidater gennemgår et interview, hvor der bl.a. vurderes profil, fagligt CV, operationslister, evaluering af 7 lægeroller og at der dagligt tjekkes for autorisationsforhold.

Delkriterium Leveringssikkerhed

Når Ortoflex sammenholdes med det Medflex tilbud, kendetegnes Medflex tilbud ved at indeholde flere fyldigt beskrevne og mere udvalgte processer indenfor leveringssikkerhed. Eksempelvis oplyses i det vindende tilbud, at virksomheden er ISO certificeret og alle procedurer er dokumenterede, at man via IT portal hurtigt kan nå hurtigt ud til læger der opfylder ordregivers kvalitetskrav, at man garanterer samme høje leveringssikkerhed som til akutklinikken i Holstebro, at man tilbyder et hold af faste vikarlæger, der kan tiltræde med kort varsel samt at man fastholder lægevikarer gennem attraktive vilkår.”

Den 17. september 2020 anmodede Ortoflex om aktindsigt i tilbuddet fra Medflex og det fulde evalueringsnotat, som blev udarbejdet i forbindelse med den foretagne tilbudsevaluering.

Region Sjælland traf ved mail af 23. september 2020 afgørelse om delvis aktindsigt i dokumenterne, herunder blandt andet bilaget ”Evalueringsmodel Kvalitet”. Af bilaget fremgår det blandt andet, at Region Sjælland for de to

kvalitative delkriterier "Rekruttering" og "Leveringssikkerhed" tildelte Ortoflex henholdsvis 25 point og 20 point og Medflex henholdsvis 60 point og 100 point.

Dokumentet "Evalueringsmodel Kvalitet" indeholder endvidere følgende prosavurdering vedrørende Ortoflex' besvarelse i relation til de to delkriterier:

"Rekruttering

Tilbudsgiver anfører at man er et ortopædkirurgisk vikarbureau. Videre beskriver tilbudsgiver sine udvælgelseskriterier og rekrutteringsproces, tilbudsgivers faglige kompetencer, sikring af vikarernes faglighed, procedure for sikring af dansk autorisation og underskrift af fortrolighedserklæring. Ordregiver noterer sig at man har ca. 200 ortopædkirurger tilknyttet. Ordregiver finder at der er tale om en velstruktureret men meget kortfattet beskrivelse (1 1/2 A4 side), der ikke giver et noget detaljeret indblik tilbudsgivers eksisterende processer for rekruttering. Ordregiver har derfor ikke mulighed for at tage stilling til disse processer. Samlet set vurderer Ordregiver at der er tale om en besvarelse under middel.

...

Leveringssikkerhed

Tilbudsgiver anfører at man de seneste 5 år udelukkende har arbejdet med dækning af skadestuevagter. Videre beskriver tilbudsgiver hvorledes man sikrer sig adgang til kvalificeret og stabil arbejdskraft, sikrer leveringssikkerhed på minimum 90 % samt proces for forfaldsdækning. Det angives i casen at man har opnået en leveringsgrad på 99,97% til Roskilde og Næstved skadesklinikker. Videre oplyses at man har en sms tjeneste til sikring af leveringssikkerhed. Videre angives at man har (...) et akutnummer til brug ved forfald. Ordregiver finder at der er flere gode punkter i besvarelsen men at der samtidigt er tale om en summarisk besvarelse, som fylder lige 1 A4 side ud af 4 mulige. Ordregiver har således meget lidt viden til rådighed for vurdering af imødekomme af ordregivers ønske til leveringssikkerhed. Samlet set vurderet at besvarelsen er lavere end "Under middel".

Notatet indeholder følgende om Medflex' besvarelse i relation til de to delkriterier:

"Rekruttering

Tilbudsgiver beskriver at man er ISO 9001 certificeret. Videre gives en beskrivelse af udvælgelseskriterier og rekrutteringsproces, tilbudsgivers faglige kompetencer, sikring af vikarernes faglighed, procedure for sikring af dansk autorisation og underskrift/opbevaring af underskrevet fortrolighedserklæring. Ordregiver noterer sig bl.a. at man har adgang til mere end [...] vikarlæger. Videre konstaterer ordregiver at tilbudsgiver har/vil:

- registreret SP kurser på vikarernes profil
- rekruttere læger med minimum B autorisation til Ordregiver.
- udsende Ordregivers fortrolighedserklæring via E-boks til underskrift forinden første vagt.
- Et rekrutteringsteam bemandet med [...]

Tilbudsgiver oplyser, at man [...] tjekker lægernes autorisationsforhold. Ordregiver finder at der er tale om en informationsrig beskrivelse af eksisterende relevante processer og procedurer indenfor rekruttering - omend lidt ustruktureret og på generelt plan. Ordregiver efterlyser overordnet en adressering af hvorledes tilbudsgiver mere konkret påtænker at imødekomme Ordregivers behov for ansvarlige lægevikarer med høje kompetencer. Samlet set vurderer Ordregiver at der er tale om en lidt over middel besvarelse.

...

Leveringssikkerhed

Tilbudsgiver beskriver at man er ISO 9001 certificeret med henblik på at sikre bedste kvalitet og leveringssikkerhed. Tilbudsgiver anfører en case vedr. dækning af vagter til Holstebro Akutafdeling med læger med minimum B autorisation og ortopædkirurgisk erfaring siden midten af 2016. Leveringssikkerheden angives i casen 100 %. Ordregiver noterer bl.a. at tilbudsgiver:

- garanterer samme leveringssikkerhed til Ordregiver som i Holstebro casen.
- har ca. [...] læger med relevant ortopædkirurgisk erfaring, minimum B autorisation samt relevant erfaring ift. skadesklinikker, til rådighed for Ordregiver.
- har en stor mængde læger med relevante SP kurser.
- tilbyder Ordregiver et hold faste vikarlæger, der er parate til at tiltræde med kort varsel.
- via IT platform hurtigt kan advisere alle læger, der matcher krav og kvalifikationer til konkret vikariat.
- døgnet rundt er til rådighed for at dække Ordregivers behov.
- i IT-plattform kan genkende læger som en ordregiver har givet positiv feedback.
- forinden vagt hos Ordregiver sikrer [...] på fortrolighedserklæring.

- dedikerer medarbejder til Næstved/Roskilde opgaven så man altid har ekspertviden om Ordregiver.

- tilfælde af forfald meget hurtigt kan identificere læger der opfylder Ordregivers behov.

Ordregiver vurderer at det er en meget informationsrig besvarelse af bl.a. ovennævnte bullits omend lidt ustruktureret. Der gives detaljerede og målrettede oplysninger om hvorledes tilbudsgiver vil opfylde ordregivers ønske om en høj leveringssikkerhed. Samlet ser vurderet at besvarelsen bedst mulig.”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Ortoflex har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Region Sjælland har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Ortoflex gjort gældende, at Region Sjællands evalueringsmodel ikke er fuldt ud beskrevet i udbudsmaterialet, og at modellen er uegnet og ugenomsigtig i sin beskrivelse.

Ortoflex har nærmere anført, at Region Sjælland har fastsat en pointskala med trinene 0, 25, 50, 75 og 100. Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne eller det øvrige materiale, om Region Sjælland har til hensigt at tildele point *efter* trinene, så pointskalaen reelt svarer til en skala, der går fra 1 til 5, eller om Region Sjælland har til hensigt at tildele point også *mellem* trinene, så pointskalaen reelt svarer til en skala, der går fra 1 til 5, hvor der tildeles point med op til flere decimaler, *og* – hvis det er tilfældet – om det indebærer, at der kan tildeles point svarende til alle tal mellem 0 og 100, f.eks. også 22 og 88, *og* – hvis det er tilfældet – hvordan Region Sjælland i så fald afgør, hvilket point, der skal tildeles mellem to trin, f.eks. mellem 0 og 25 og mellem 50 og 75.

Hvis udbudsbetingelserne skal læses på den måde, at Region Sjælland har haft til hensigt at tildele point *efter* trinene, så pointskalaen reelt svarer til en skala, der går fra 1 til 5, er der en risiko for, at der ikke er tilstrækkeligt rum i pointskalaen, og at forskellene og nuancerne i tilbuddene dermed ikke kan

give udslag i pointtildelingen. Hvis udbudsbetingelserne derimod skal læses på den måde, at Region Sjælland har haft til hensigt at tildele point også *mellem* trinene svarende til samtlige tal mellem 0 og 100, så pointskalaen reelt svarer til en skala, der går fra 1 til 5, hvor der tildeles point med op til flere decimaler, er der en risiko for, at der er for meget rum i pointskalaen, og at skalaen bliver udvandet, da skalaen i så fald bliver meget stor.

Det er endvidere ikke muligt at udlede af underretningsskrivelsen, hvordan pointtildelingen er foretaget. Det fremgår således ikke klart heraf, om de angivne point er vægtede point eller egentlige point. Dette kan dog udledes af evalueringsnotatet og dokumentet Evalueringsmodel Kvalitet. Heraf fremgår det, at de i underretningsskrivelserne anførte point er angivet som vægtede point, og at Region Sjælland således har tildelt point mellem trinene.

Region Sjælland har derved reelt udvandet pointskalaen, idet der reelt er anvendt en pointskala, der går fra 1 til 5, hvor der tildeles point med op til flere decimaler.

Region Sjælland har ikke været berettiget til at tildele point mellem trinene, da dette ikke på forhånd har været beskrevet i udbudsmaterialet. Ortoflex har til støtte herfor henvist til klagenævnets kendelse af 26. oktober 2017, Jobi Værft A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, forudsætningsvis.

Ortoflex er således ikke enig i, at det var ”naturligt og forventeligt” for tilbudsgiverne, at Region Sjælland kunne tildele point mellem de fem trin, blot fordi Region Sjælland ikke havde angivet, at regionen ”alene” ville tildele point efter de fem trin. Region Sjælland havde således netop angivet, at regionen ville anvende ”nedenstående pointskala”, som så alene var angivet til henholdsvis 0, 25, 50, 75 og 100 point.

Ud fra den foretagne evaluering har Region Sjælland frit tildelt point mellem 0 og 100 uden på forhånd at angive at ville gøre dette samt nærmere at beskrive forskellen på disse point bortset fra de fem trin på skalaen, der var beskrevet i udbudsmaterialet. Dette er ikke gennemsigtigt, idet det netop ikke har været muligt for tilbudsgiverne at kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med evalueringsmodellen, når det ikke har været beskrevet på forhånd, at evalueringen ville blive foretaget på den måde.

Det har heller ikke været muligt for tilbudsgiverne at vurdere, om de ønskede at deltage, samt hvordan de kunne afgive et konkurrencedygtigt tilbud. Det kan have stor betydning, om en tilbudsgiver – i relation til et eller flere kvalitative underkriterier – har kalkuleret med, at pointene springer med 25 point, eller om en tilbudsgiver har kalkuleret med, at pointene springer med 1 point mellem 0-100. Det kan navnlig have stor betydning for, hvilken pris tilbudsgiveren vælger at tilbyde.

Det forhold, at udbuddet er gennemført som et light-udbud efter udbudslovens light-regime, ændrer ikke på, at udbuddet skal gennemføres i overensstemmelse med de udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2. Det fremgår da også direkte af udbudslovens § 2, hvorefter en ordregiver ”ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV” skal overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, og af udbudslovens § 186, hvorefter ordregiver skal ”fastlægge en procedure i overensstemmelse med § 2”.

Særligt vedrørende påstand 1 har Region Sjælland gjort gældende, at regionens evalueringsmodel var klart beskrevet i udbudsmaterialet, og at modellen var egnet for underkriteriet Kvalitet.

Udbudslovens krav til den omhandlede evalueringsmodel fremgår alene af udbudslovens § 2 samt afsnit III (§§ 186-189), idet udbuddet er gennemført som et light-udbud. Udbudslovens § 160, der blandt andet stiller krav til evalueringsmodellens klarhed, finder ikke anvendelse for udbuddet. Det foreliggende udbud lever dog op til de strengere krav, som er omfattet af denne bestemmelse.

Af udbudsmaterialets beskrivelser for evalueringen af pris og kvalitet fremgår en meget udførlig beskrivelse af skalaen. Tilbudsgivere som Ortoflex er fuldt bekendt med, at der anvendes samme skala, og beskrivelsen i udbudsmaterialet af pointskalaen er fælles for underkriterierne. Der er følgelig ikke grundlag for en fuld gentagelse af beskrivelsen under alle under- og delkriterier.

Region Sjællands beskrivelse af trinene på pointskalaen for 0, 25, 50, 75 og 100 point tjente alene det formål at beskrive skalaen i forhold til den kvalitative bedømmelse. Det fremgik således af pointskalaen, at 0 point blev givet til et tilbud, der ikke indebar nogen opfyldelse af kriteriet, mens 100 point

forudsatte bedst mulig opfyldelse. Der var alene fremhævet fem trin på pointskalaen, da det ikke ville være meningsfuldt at beskrive hvert eneste point fra 0 til 100, og da en beskrivelse af fem trin med et interval på 25 point var passende i forhold til at give en overordnet beskrivelse af skalaen.

Det var naturligt og forventeligt for tilbudsgiverne, at Region Sjælland kunne tildele point mellem de fem fremhævede trin, da den konkrete opfyldelse ofte vil placere sig imellem to af beskrivelserne. Det er eksempelvis forventeligt for en tilbudsgiver, at ordregiver vil tildele mere end 75 point, men under 100 point, hvis tilbudsgivers opfyldelse af det pågældende kriterium er væsentligt over middel, men samtidig ikke den bedst mulige opfyldelse. Tilsvarende er det forventeligt, at ordregiver vil tildele færre end 25 point, men over 0 point, hvis tilbudsgivers opfyldelse er ringere end under middel, men samtidig bedre end ingen opfyldelse.

Det bestrides, at en yderligere detaljeret og uddybet beskrivelse af, at der kunne gives point mellem de fem fremhævede trin på 100 pointskalaen konkret har haft betydning for tilbudsgivernes prissætning af ydelserne. Ortoflex har anvendt samme prissætning af sine ydelser ved afgivelsen af tilbud på det i sagen omhandlede udbud, som Ortoflex har på de eksisterende aftaler med regionen. Der er altså ikke noget, der indikerer, at Ortoflex har forholdt sig mere indgående til prissætningen af sine ydelser, herunder set i forhold til den pointmodel, der er fastsat og beskrevet i udbudsmaterialet.

En tilbudsgiver ville endvidere *ikke* kunne kalkulere med en given pointtildeling på forhånd uanset skalaen på pointmodellen. En tilbudsgiver har et nøjagtigt lige stort incitament til at tilbyde en konkurrencedygtig pris, uanset om pointmodellen er en 100-punkts skala eller en skala med et lavere eller højere antal punkter.

Det var endvidere ikke anført i udbudsmaterialet, at man *alene* ville tildele point på de fem oplistede trin: 0, 25, 50, 75 og 100 point. Ortoflex kunne derfor ikke have en berettiget forventning herom.

Hvis klagenævnet måtte finde, at Region Sjælland ikke klart har angivet, om regionen ville tildele point efter de fem trin eller efter den fulde pointskala fra 0 til 100 point, gør regionen gældende, at en sådan potentiel uklarhed ikke har haft betydning for Ortoflex' udformning af sit tilbud, da det i begge til-

fælde har været afgørende for virksomheden at afgive et tilbud med høj kvalitet, jf. blandt andet herved klagenævnets kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland. Der foreligger således ikke en sådan overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet, at det vil kunne føre til tilsidesættelse af Region Sjællands evalueringsmodel eller annullation af tildelingsbeslutningen.

Særligt vedrørende påstand 2 har Ortoflex med henvisning til underretningskrivelsen af 28. september 2020 gjort gældende, at Region Sjælland i evalueringen af tilbuddene i relation til de kvalitative delkriterier ikke har lagt vægt på de samme forhold, idet Region Sjælland har undladt at inddrage oplysninger i Ortoflex' besvarelser vedrørende disse delkriterier.

Ud fra det Region Sjælland i udbudsmaterialet har angivet at ville lægge vægt på i evalueringen, burde der ikke være en så stor pointforskel mellem Ortoflex' og Medflex' tilbud i relation til Kvalitet.

Region Sjælland har generelt for begge delkriterier særligt fremhævet, at Ortoflex' beskrivelser vedrørende delkriterierne er kortere end Medflex' beskrivelser. Regionen har imidlertid i udbudsbetingelserne fastsat en begrænsning på fire A4-sider, og Ortoflex er derfor uforstående over for, at regionen har så stort fokus på, at Ortoflex' beskrivelser ikke er længere.

Ortoflex har særligt vedrørende delkriteriet Rekruttering anført, at underretningskrivelsen og evalueringsnotatet giver indtryk af, at Region Sjælland har undladt at inddrage konkrete oplysninger i Ortoflex' beskrivelser, som er relevante i evalueringen af, om "rekrutteringsprocessen er med til at sikre ansvarlige læger med høje faglige kompetencer", og som dermed burde vægte mere positivt i evalueringen af Ortoflex' tilbud.

I tilbuddet er det eksempelvis angivet, at Ortoflex rekrutterer lægevikarer i virksomhedens "ortopædkirurgiske netværk på vores arbejdspladser, faglige møder og ved anbefalinger fra nærtstående kollegaer". Til sammenligning har Medflex angivet, at "Mange læger kontakter selv Medflex mhp. oprettelse som vikar, men Medflex foretager også headhunting til specifikke specialer eller funktioner."

I relation til "Tilbudsgivers sikring af vikarernes faglighed og kompetencer og opfølgning på samme", har Ortoflex angivet, at Ortoflex udelukkende har

læger tilknyttet, der er ”i færd med eller har færdiggjort speciallægeuddannelsen”, og som har fast arbejde på ortopædkirurgiske afdelinger på landets hospitaler og dermed er opdateret på behandlingsteknikker m.v. Dette sikrer et højt fagligt niveau, der er relevant i forhold til varetagelsen af en akutklinik- og skadestuefunktion. I modsætning hertil har Medflex anført, at Medflex ”rekrutterer lægevikarer på alle autorisationsniveauer”, og at Medflex sikrer, at lægerne har minimum B-autorisation.

B-autorisation er en forudsætning for at opnå ret til selvstændigt virke. B-autorisation alene sikrer ikke samme høje – og relevante – faglige niveau som en igangværende eller afsluttet speciallægeuddannelse i ortopædkirurgi. Det forhold, at Region Sjælland ikke har fremhævet og vægtet det positivt, at Ortoflex’ vikarlæger har større lægefaglig baggrund, giver indtryk af, at regionen ikke har det fornødne kendskab til og indblik i eksempelvis, hvilke lægefaglige kompetencer der kan sikre høje faglige kompetencer.

Derudover har Ortoflex anført i tilbuddet, at lægevikarerne vurderes ud fra CV, angivne referencer, personligt kendskab og personlige kontakter i Ortoflex’ netværk. Til sammenligning har Medflex angivet, at lægevikarerne vurderes ud fra ”profil, fagligt CV, operationslister, logbog mm., evaluering af lægen ud fra de 7 lægeroller og specifikt, hvad lægen har gjort for at opfylde disse.”.

Ortoflex har endelig henvist til Ortoflex’ og Medflex’ besvarelser vedrørende ”Tilbudsgivers faglige kompetencer/uddannelse i forbindelse med vurdering af kandidater.”

Ortoflex har vedrørende delkriteriet ”Leveringssikkerhed” anført, at det ikke fremgår af underretningsskrivelsen eller evalueringsnotatet, om Region Sjælland har inddraget Ortoflex’ referencer, som viser, at Ortoflex i perioden fra januar til juni 2020 har haft en dækningsgrad på hele 99,97 % på skadesklinikker og skadestuer på henholdsvis Næstved Sygehus, Sjællands Universitetshospital, Roskilde Sygehus, Herlev Hospital, Gentofte Hospital og Bispebjerg Hospital.

Den evaluering, som fremgår af underretningsskrivelsen og evalueringsnotatet, kan mest naturligt læses sådan, at Region Sjælland helt har udeladt Ortoflex’ referencer i evalueringen, og at Region Sjælland dermed ikke har evalueret tilbuddene fra Ortoflex og Medflex efter de samme forhold for dette

delkriterium. Region Sjælland har imidlertid i dokumentet ”Evalueringsmodel Kvalitet”, som Ortoflex alene har fået adgang til på baggrund af anmodningen om aktindsigt, angivet, at ”Det angives i casen at man har opnået en leveringsgrad på 99,97% til Roskilde og Næstved skadesklinikker”.

Ortoflex har videre anført, at selvom Region Sjælland har taget punktet vedrørende beskrivelse af ”hidtidig leveringssikkerhed i Region Hovedstaden og/eller Region Sjælland” ud af kravspecifikationen, har Region Sjælland alligevel inddraget tilbudsgivernes – eller i hvert fald Medflex’ – referencer i evalueringen efter delkriteriet ”Leveringssikkerhed”.

Medflex har i sine beskrivelser vedrørende ”Leveringssikkerhed” angivet, at Medflex har ”en usædvanlig høj leveringsgrad – tæt på 100% på landsplan”, og Medflex har i den forbindelse fremhævet ”Holstebro Akutafdeling” og herom angivet, at Medflex’ ”leveringssikkerhed er 100% på vagterne i Holstebro, og det har den været i samtlige år.”

Region Sjælland har i evalueringen af Medflex’ tilbud og opfyldelse af delkriteriet ”Leveringssikkerhed” inddraget – og vægtet det positivt – at Medflex ”garanterer samme høje leveringssikkerhed som til akutklinikken i Holstebro”.

Det er bemærkelsesværdigt, at Region Sjælland på den ene side kan lægge vægt på, at tilbudsgiverne sikrer en høj leveringssikkerhed, og at Region Sjælland på den anden side kan undlade at vægte det – mere – positivt, at Ortoflex har så gode referencer, som dokumenterer en meget høj leveringssikkerhed på op til flere akutklinikker og skadestuer på forskellige danske hospitaler. Det er vanskeligt at se, hvordan det kan resultere i en så stor pointforskel på hele 80 point.

Region Sjælland har i øvrigt ikke taget højde for, at der ikke er tale om reelt sammenlignelige referencer fra Medflex og Ortoflex, idet det geografiske område for referencerne og tidspunkter for vagterne, som er beskrevet i referencerne, afviger fra hinanden.

Tilbuddet fra Ortoflex viser, at Ortoflex med sin rekruttering af udelukkende højt kvalificerede læger foretaget af tilsvarende højt kvalificeret personale sikrer høje faglige kompetencer, og at Ortoflex med sin – særdeles – høje

hidtidige leveringssikkerhed på sammenlignelige skadestuer og akutklinikker sikrer en høj leveringssikkerhed, hvilket er det, Region Sjælland har efterspurgt og ladet tilbudsgiverne konkurrere på.

Ortoflex har ikke fundet det nødvendigt at ”udpensle” sine beskrivelser ved f.eks. at anføre, at Ortoflex’ vikarlæger har B-autorisation og kendskab til de syv lægeroller, og at Ortoflex tjekker for autorisationsforhold, da disse forhold er en forudsætning for at være fastansat på et dansk hospital og være i færd med eller have færdiggjort en speciallægeuddannelse. Region Sjælland burde – som ordregiver og udbyder af denne type ydelse – være bekendt hermed.

Særligt vedrørende påstand 2 har Region Sjælland gjort gældende, at regionen har udført evalueringen i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmodel, og at regionen herved har lagt vægt på samme forhold ved evalueringen af henholdsvis Ortoflex’ og Medflex’ tilbud.

Det er ikke korrekt, at Region Sjælland væsentligst har forholdt sig til sideantal og omfang af tilbudsgivernes respektive beskrivelser. Regionen har derimod under evalueringen taget udgangspunkt i en bedømmelse af Ortoflex’ beskrevne løsning og herefter blot sekundært bemærket, at omfanget af beskrivelsen var begrænset.

Det fremgår således, at Region Sjælland har inddraget i bedømmelsen, at Ortoflex’ beskrivelser ikke gav regionen et detaljeret indblik og meget lidt viden om de tilbudte løsninger. De manglende nærmere redegørelser indebar, at Region Sjælland ikke blev betrygget i, at Ortoflex’ rekrutteringsproces sikrede høje faglige kompetencer, eller at Ortoflex kunne sikre en høj leveringssikkerhed, som de to respektive delkriterier netop angik. Det er således den manglende detaljeringsgrad i tilbuddet, der er blevet tillagt negativ betydning ved evalueringen.

Tilbuddet fra Ortoflex viser ikke, hvordan Ortoflex følger op på vikarernes faglighed og kompetencer, da der blot henvises til deres faste arbejde på sygehuse, hvilket har påvirket evalueringen negativt. Tilbuddet fra Medflex indeholder derimod en udførlig beskrivelse af, hvordan virksomheden følger op på vikarernes faglighed og kompetencer, og at Medflex følger en ISO-

standard, som blandt andet sikrer iagttagelse af krav om løbende kvalitetssikring, hvorfor den også er relevant. Denne udførlige redegørelse blev derfor også behørigt og berettiget inddraget i regionens evaluering.

Der var således grundlag for en øget pointtildeling til Medflex, idet Medflex' tilbud indeholdt en langt mere detaljeret beskrivelse, som dokumenterede en højere grad af opfyldelse af de opstillede krav og kriterier.

Ortoflex' valg om at begrænse sit tilbud og undlade at beskrive sine ydelser detaljeret medfører den helt åbenbare risiko, at Ortoflex ikke har fået beskrevet løsningen af opgaven tilstrækkeligt detaljeret eller omhyggeligt, så regionen ikke har haft mulighed for at lægge vægt på alle relevante elementer i Ortoflex' tilsigtede løsning og tilbud.

Region Sjælland har videre anført, at delelementet "Tilbudsgivers sikring af vikarernes faglighed og kompetencer og opfølgning på samme" angik, hvordan tilbudsgiverne sikrede vikarlægenes kompetencer og faglighed, herunder ved opfølgning herpå. Vikarlægenes uddannelsesniveau eller lignende indgik med andre ord ikke som en konkurrenceparameter.

Efter regionens besvarelse af spørgsmål 10063 kunne tilbudsgiverne endvidere ikke være i tvivl om, at Region Sjællands behov i relation til de tilbudte vikarlægers kvalifikationer var fuldt ud opfyldt ved levering af vikarlæger med autorisation til selvstændigt virke (dvs. med B-autorisation) kombineret med erfaring inden for traditionelt skadestuearbejde, og at lægernes eventuelle status som speciallæger ikke ville blive tillagt positiv vægt med øget pointtildeling.

Region Sjælland har vedrørende delkriteriet Leveringssikkerhed anført, at der på ingen måde i udbudsmaterialets beskrivelse er forudsat eller faktisk ved evalueringen af tilbuddene inddraget referencer fra Ortoflex' eller Medflex' tilbud. Det fremgår således klart, at regionen har lagt vægt på, hvordan Ortoflex og Medflex har beskrevet i deres tilbud, at de fremadrettet i kontraktens løbetid vil sikre en høj leveringssikkerhed.

Der er således ikke lagt vægt på Medflex' reference i forhold til den hidtidige leveringsgrad i Holstebro. Region Sjælland har derimod inddraget Medflex' beskrivelse af deres fremadrettede garanti om samme leveringssikkerhed (på 100 %) over for regionen.

Ortoflex' omtale i tilbuddet af Ortoflex' referencer og opnåede leveringssikkerhed blev på tilsvarende vis ikke evalueret i forhold til den fremtidige leverance. Ortoflex garanterede ikke en bestemt leveringssikkerhed, hvilket derfor blev lagt til grund for evalueringen af tilbuddet.

Særligt vedrørende påstand 3 har Ortoflex gjort gældende, at Region Sjælland i strid med udbudsmaterialet har evalueret delkriterierne "Rekruttering" og "Leveringssikkerhed" relativt, idet regionen reelt har foretaget en sammenligning af de to tilbud frem for at evaluere tilbuddene hver for sig og uafhængigt af hinanden.

Ortoflex har bestridt, at Region Sjælland blot har iagttaget sin forpligtelse i henhold til udbudslovens § 171, stk. 4, hvorefter ordregiver skal angive "det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud". I underretningsskrivelsen og evalueringsnotatet er der således flere forhold, der peger på, at der under evalueringen er sket en sammenligning af tilbuddene i strid med udbudsmaterialet. Region Sjælland har eksempelvis om Medflex' beskrivelser vedrørende delkriteriet "Rekruttering" fremhævet, at det har vægtet positivt, at "der dagligt tjekkes for autorisationsforhold". Om Ortoflex' beskrivelser har regionen anført, at det har vægtet negativt, at Ortoflex ikke har angivet "hvor ofte der tjekkes for autorisationsforhold".

I kravspecifikationen står alene, at tilbudsgiverne kan give oplysning om "procedure for sikring af vikarlægen har gyldig dansk autorisation som læge med tilladelse til selvstændigt virke". Ortoflex har oplyst, at Ortoflex alene har læger tilknyttet, som har fast arbejde på ortopædkirurgiske afdelinger på danske hospitaler, hvilket ikke er muligt uden autorisation.

I evalueringsnotatet har Region Sjælland end ikke fremhævet, hvilke forhold i Ortoflex' beskrivelser vedrørende de kvalitative delkriterier der har vægtet positivt og negativt, idet Region Sjælland har foretaget en samlet vurdering af henholdsvis Ortoflex' og Medflex' beskrivelser. Regionen har således for hvert delkriterium et afsnit, der indledes med "Når Ortoflex bud sammenholdes med Medflex tilbud (...)"

Særligt vedrørende påstand 3 har Region Sjælland gjort gældende, at regionen har udført evalueringen i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmodel og efter en absolut standard.

Det følger af udbudslovens § 171, stk. 4, at en underretning om tildeling af kontrakt skal angive det vindende tilbuds relative fordele. Region Sjælland har således blot iagttaget sin forpligtelse i henhold til udbudslovens § 171, stk. 4, ved at sammenholde Ortoflex' og Medflex' tilbud i underretningen. Dette er ikke udtryk for, at Region Sjælland har foretaget en relativ evaluering ved underkriteriet Kvalitet.

Tilsvarende har Region Sjælland i evalueringsnotatet angivet tilbuddet fra Medflex' karakteristika og fordele set i forhold til Ortoflex' tilbud. Dette er dog heller ikke udtryk for, at Regionen har foretaget en relativ evaluering ved underkriteriet Kvalitet.

Det interne evalueringsnotat er det dokument, som er anvendt af Region Sjælland som "arbejdsdokument" i forbindelse med evalueringen af de kvalitative beskrivelser. Det er derfor dette dokument, der (alene) er relevant i forhold til at konstatere, hvordan den kvalitative evaluering nærmere er sket. Af dokumentet fremgår det udtrykkeligt og umiddelbart, at tilbuddene er evalueret hver for sig i forhold til underkriteriet Kvalitet.

Fremhævnningen af, i hvilket omfang hver af tilbudsgiverne løbende undersøger autorisationsforholdene, understøtter ikke på nogen måde, at Region Sjælland har foretaget en relativ evaluering. Det fremgår tværtimod direkte af kravspecifikationen, at tilbudsgiverne blev opfordret til at oplyse om "Tilbudsgivers procedure for sikring [af] at vikarlægen har gyldig dansk autorisation som læge med tilladelse til selvstændigt virke". Det fremgår endvidere, at tilbudsgiverne blev opfordret til at oplyse om "Tilbudsgivers sikring af vikarernes faglighed og kompetencer og *opfølgning på samme*". Det var på den baggrund både naturligt og sagligt, at regionen inddrog tilbudsgivernes respektive besvarelser i forhold til, hvordan hver af tilbudsgiverne nærmere følger op på, om der måtte ske ændringer i de tilknyttede vikarlægers autorisationsforhold.

Særligt vedrørende påstand 4 har Ortoflex gjort gældende, at det følger af det anførte ad påstand 1-3, at tildelingsbeslutningen af 28. september 2020 skal annulleres.

Særligt vedrørende påstand 4 har Region Sjælland principalt med henvisning til det anførte ad påstand 1-3 gjort gældende, at tildelingsbeslutningen ikke

skal annulleres. Subsidiært har Region Sjælland gjort gældende, at der ikke foreligger en sådan kvalificeret overtrædelse, der har haft betydning for regionens beslutning om tildeling af kontrakt, og at det dermed ikke skal føre til annulation.

Ad uopsættelighed

Ortoflex har gjort gældende, at Ortoflex vil lide et uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, da Ortoflex' eksistensgrundlag vil være truet.

Ortoflex beskæftiger sig udelukkende med levering af vikarlæger til landets hospitaler, og to rammeaftaler på to af landets hospitaler har således stor betydning for Ortoflex' eksistensgrundlag.

På nuværende tidspunkt leverer Ortoflex vikarlæger til skadesklinikkerne på Næstved Sygehus og Sjællands Universitetshospital, Roskilde, hvilket udgør mere end 50 % af Ortoflex' omsætning. Ortoflex risikerer at miste en stor del af sine tilknyttede vikarlæger, hvis Ortoflex ikke har mulighed for at tilbyde disse vagter i de kommende år, hvilket også har betydning for Ortoflex' muligheder for at deltage med kvalificerede tilbud i fremtidige udbud.

En eventuel senere tilkendt erstatning til Ortoflex kan ikke med sikkerhed afværge de konsekvenser, som truer eksistensgrundlaget hos Ortoflex, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Region Sjælland har gjort gældende, at Ortoflex ikke risikerer at lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis ikke klagen tillægges opsættende virkning. I overensstemmelse med blandt andet klagenævnets faste praksis stilles der betydelige krav til klagerens bevisbyrde for, at der foreligger en trussel mod virksomhedens eksistens, og for, at virksomhedens markedsposition vil ændres på uoprettelig vis, hvis ikke klagen tillægges opsættende virkning. Ortoflex er ikke fremkommet med sådanne oplysninger, der kan føre til, at det kan fastslås, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Hvis klagenævnet måtte finde, at klagen umiddelbart ikke synes udsigtsløs, så foreligger der ikke en sådan særligt alvorlig fumus, at der er grundlag for

at lempe på uopsættelighedsbetingelsen, jf. princippet i EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Van Breda Risk & Benefits mod Kommissionen.

Ad interesseafvejning

Ortoflex har gjort gældende, at hensynet til Ortoflex i den foreliggende situation, hvor rammeaftalerne har stor betydning for Ortoflex' eksistensgrundlag, må veje tungere end hensynet til Region Sjællands interesse i at underskrive kontrakterne. Region Sjælland har på nuværende tidspunkt en kontrakt med Ortoflex, der sikrer, at skadesklinikkerne på Næstved Sygehus og Sjællands Universitetshospital, Roskilde, er fuldt bemandet med vikarlæger også længere ud i fremtiden.

Region Sjælland har gjort gældende, at Ortoflex heller ikke er fremkommet med oplysninger, der kan føre til, at en interesseafvejning må falde ud til fordel for Ortoflex.

Det vil til gengæld kunne medføre væsentlige problemer for levering af lægevikarer til de pågældende skadesklinikker, hvis klagen tillægges opsættende virkning. Der er således et meget væsentligt samfundsmæssigt behov og interesse i sikring af leveringen af lægevikarer til de pågældende skadesklinikker, som med betydelig vægt taler imod at tillægge klagen opsættende virkning. En interesseafvejning taler således imod opsættende virkning.

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, tillægger 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 udbudslovens afsnit III om indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser over tærskelværdien. Heraf følger blandt andet, at Region Sjælland i medfør af udbudslovens §§ 186 og 188 er forpligtet til at fastsætte en procedure i overensstemmelse med § 2, herunder fastsætte kriterier for tildeling af kontrakten og træffe beslutning om tildeling heraf i overensstemmelse med den fastlagte procedure.

Region Sjælland har i udbudsmaterialet beskrevet evalueringsmetoden, herunder med angivelse af pointmodeller for de to underkriterier; Økonomi og Kvalitet i opgaveudførelsen, og med oplysning om, hvad der vil blive tillagt positiv vægt ved evalueringen af de kvalitative delkriterier; Rekruttering og Leveringssikkerhed. Region Sjælland var herefter bundet af og forpligtet til at følge den evalueringsmodel, som var fastlagt og offentliggjort.

I udbudsbetingelserne er det vedrørende underkriteriet Kvalitet i opgaveudførelsen anført, at Region Sjælland ved evalueringen af de enkelte tilbud vil

benytte sig af en pointskala, som anvendes efter en absolut standard. Pointskalaen er inddelt i 5 trin, hvor der tildeles henholdsvis 0, 25, 50, 75 og 100 point. 0 point gives ved "Ingen opfyldelse af kravet/kriteriet", mens 100 point gives ved "Bedst mulige opfyldelse af kravet/kriteriet".

Der er ved beskrivelsen af pointskalaen ikke taget højde for det tilfælde, at bedømmelsen af et tilbud falder mellem to pointtrin, ligesom det ikke er angivet, at de anførte pointtrin er udtryk for pejlemærker på en skala eller lignende. Der er heller ikke i øvrigt oplysninger i udbudsmaterialet, der understøtter eller forudsætter, at Region Sjælland kunne tildele point *mellem* de anførte trin for den enkelte besvarelse. Som pointmodellen er formuleret i udbudsbetingelserne, måtte tilbudsgiverne derfor gå ud fra, at der tildeles point *efter* de fem trin.

Region Sjælland har imidlertid tildelt point mellem trinene, idet Ortoflex ifølge evalueringsnotatet er tildelt henholdsvis 25 og 20 point, og Medflex er tildelt henholdsvis 60 og 100 point for sine besvarelser. Region Sjælland har derfor på det foreløbigt foreliggende grundlag handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at følge den fastlagte procedure ved evalueringen af underkriteriet Kvalitet i opgaveudførelsen.

Der er efter det foreløbigt foreliggende ikke grundlag for at fastslå, at en pointmodel med 5 pointtrin uden mulighed for at tildele point mellem trinene konkret vil være uegnet ved evaluering af det kvalitative underkriterium.

Der er dermed udsigt til, at første led af påstand 1 vil blive taget følge, mens der ikke er udsigt til, at andet led vil blive taget til følge.

Ad påstand 2 og 3

Klagenævnet kan efter fast praksis alene tilsidesætte det skøn, som den ordregivende myndighed har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren har overskredet den grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt. Klagenævnet erstatter herved ikke ordregiverens skøn med sit eget.

Efter en gennemgang af det foreløbigt foreliggende, herunder de indleverede tilbudsbesvarelser og evalueringsdokumenterne har klagenævnet ikke fundet

grundlag for at antage, at der ikke er lagt vægt på de samme forhold i evalueringen af Medflex' og Ortoflex' tilbud, eller at regionen i strid med udbudsmaterialet har foretaget en relativ vurdering af tilbuddene i forhold til de kvalitative kriterier. Det forhold, at Region Sjælland i evalueringsnotatet har angivet Medflex' tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til Ortoflex' tilbud, jf. udbudslovens § 171, stk. 4, medfører ikke, at regionen derved også har foretaget en relativ evaluering ved underkriteriet Kvalitet i opgaveudførelsen. Det ses således i evalueringsdokumenterne, herunder særligt det interne evalueringsnotat, at regionen for hvert tilbud har inddraget de vurderingstemaer, der var fastsat i udbudsbetingelserne og kravspecifikationen, og at tilbuddene er evalueret hver for sig i forhold til Kvalitet.

Nævnet har heller ikke fundet grundlag for at antage, at Region Sjælland har lagt afgørende og særskilt vægt på besvarelsernes omfang (sideantal).

Der er herefter ikke grundlag for at tilsidesætte den skønsmæssige evaluering, som regionen har foretaget i henhold til de kvalitative kriterier.

Der er dermed ikke udsigt til, at påstand 2 og 3 vil blive taget til følge.

Ad påstand 4

Klagenævnet har under påstand 1 anført, at der på det foreløbigt foreliggende grundlag er udsigt til, at Ortoflex vil få delvis medhold i påstand 1, idet Region Sjælland i strid med den offentliggjorte pointmodel og gennemsigtighedsprincippet har tildelt point mellem trinene.

Som følge af karakteren af denne overtrædelse, og selvom Region Sjælland har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, er der ikke ud fra en konkret væsentlighedsvurdering grundlag for at annullere regionens tildelingsbeslutning.

I denne vurdering indgår, at tilbuddet fra Medflex for både Pris og Kvalitet fik en væsentlig bedre bedømmelse, herunder ved prosavurderingen, end tilbuddet fra Ortoflex. Hvis de tildelte point, som fremgår af det interne evalueringsnotat, justeres i overensstemmelse med en model med fem pointtrin, ville Medflex også opnå den bedste placering.

Der er herefter ikke udsigt til, at påstand 4 om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge ved en endelig afgørelse.

Betingelse nr. 1 om ”fumus boni juris” er derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
specialkonsulent