

K E N D E L S E

Powercare A/S
(advokat Anders Nørgaard, København)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Ea Meyer, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 065-193400 af 28. marts 2023, offentliggjort den 31. marts 2023, udbød Region Hovedstaden som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit III parallelle rammeaftaler vedrørende rekruttering af sundhedsfaglige vikarer til regionens hospitaler og psykiatrien.

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 27. april 2023 havde 10 virksomheder afgivet tilbud, herunder Powercare A/S, MG-V ApS, Carelink A/S, ActivCare A/S og SOS VIKAR A/S.

Region Hovedstaden besluttede den 23. juni 2023 at indgå kontrakt med MG-V ApS, Carelink AS, ActivCare AS og SOS VIKAR AS.

Den 3. juli 2023 indgav Powercare A/S ("Powercare") klage til Klagenævnet for Udbud over Region Hovedstaden. Powercare anmodede i den forbindelse om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 5. juli 2023 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Powercare har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have ændret et minimumskrav til tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen uden at iværksætte et nyt udbud.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Hovedstadens tildelingsbeslutning af 23. juni 2023 i medfør af klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2.

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

Klagenævnet har den 5. juli 2023 meddelt de vindende tilbudsgivere, MG-V ApS, Carelink A/S, ActivCare A/S og SOS Vikar A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Virksomhederne har ikke besvaret klagenævnets henvendelser.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen af 28. marts 2023, fremgår:

”...

II.1.4) Kort beskrivelse:

Der udbydes rekruttering af vikariater indenfor følgende stillinger:

- sygeplejerskevikar
- sygeplejerskevikar med specialuddannelse
- social og sundhedsassistenter
- sygehjælpere

Der efterspørges både korttidsvikarer og langtidsvikarer.

Den samlede maksimumværdi af køb på rammeaftalen over 6 år er, DKK 180 mio. ex moms.

...

II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 90 000 000.00 DKK

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

...

Kontrakten vedrører rekrutteringer af Sundhedsfaglige vikarer til både korte og længerevarende vikariater til Region Hovedstadens Hospitaler samt Psykiatrien. Udbuddet gennemføres som et offentligt udbud, Ordregiver forventer at indgå parallelle rammeaftaler med 4 Leverandører. Når rammeaftalerne er tildelt, vil tildeling af de konkrete ordrer ske efter kaskademodel.

...

II.2.7) Kontraktens eller rammeaftalens varighed

Varighed i måneder: 36

...

II.2.14) Yderligere oplysninger

Ordregiver har option på at kunne forlænge Kontrakten i op til 3 x 12 måneder.

...

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

III.1) Betingelser for deltagelse

III.1.4) Objektive regler og kriterier for deltagelse

Liste over og kort beskrivelse af regler og kriterier:

ESPD Del III: Udelukkelsesgrunde A-C.

ESPD del IV C: Teknisk og faglig formåen: Det er et minimumskrav, at Tilbudsgiver har relevant erfaring i form af 3 sammenlignelige referencer inden for de seneste 3 år. En reference anses for sammenlignelig, når den vedrører levering af sygeplejerskevikarer til et hospital.

...

Del IV: Procedure

IV.1) Beskrivelse

IV.1.1) Procedureform

Offentligt udbud

IV.1.3) Oplysninger om rammeaftale

Udbuddet indebærer udarbejdelse af en rammeaftale

IV.1.10) Angivelse af de nationale regler, der er gældende for udbuddet:

IV.1.11) Tildelingsprocedurens hovedtræk:

Tildelingskriteriet er det for Ordregiver økonomisk mest fordelagtige tilbud vurderet efter kriteriet:

Bedste forhold mellem pris og kvalitet

Pris vægter 40 %

Kvalitet vægter 60 %, fordelt på:

- Kandidatmatch 50%

- Leveringssikkerhed 30 %

- Håndtering af klager 20 %

...”

Af udbudsbetingelserne fremgår:

”...

5. Udbudsmateriale

Udbudsmaterialet består – udover af udbudsbekendtgørelse bekendtgjort 28. marts 2023 – af følgende dokumenter:

- Nærværende udbudsbetingelser med følgende bilag:
Udbudsbilag 1 ESPD
- Udkast til Kontrakt
Kontraktbilag 1 Kravspecifikation rekruttering af sundhedsfaglige vikarer
Kontraktbilag 1a Konkurrencekrav
Kontraktbilag 2 Tilbudslister
Kontraktbilag 3 Kursuskatalog
Kontraktbilag 4 Statistik Excelark Sundhedsfaglige vikarer
Evt. Kontraktbilag X, Erklæringer vedr. konsortium

Tilbudsgiver bedes kontrollere, at Tilbudsgiver via CTM har downloadet det fulde udbudsmateriale i henhold til ovennævnte oversigt.

I udbudsmaterialet indgår eventuelle rettelsesblade samt spørgsmål og svar, som løbende bliver offentliggjort på CTM, jf. pkt. 1, i overensstemmelse med den angivne tidsplan jf. pkt. 6. Tilbudsgiver får automatisk tilsendt en e-mail om offentliggørelsen af evt. rettelsesblade samt spørgsmål og svar, såfremt Tilbudsgiver har registreret sig med e-mail i CTM.

Det er ikke tilladt for Tilbudsgiver at ændre i det offentliggjorte udbudsmateriale.

...

7. Yderligere informationer og spørgsmål

7.1 Skriftlige spørgsmål

Ordregiver opfordrer Tilbudsgiver til at stille opklarende spørgsmål, såfremt Tilbudsgiver er i tvivl om forståelsen af krav, kontraktvilkår eller udbudsmaterialet i øvrigt.

Såfremt Tilbudsgiver finder, at der er væsentlige uhensigtsmæssigheder i udbudsmaterialet, opfordres Tilbudsgiver til – hurtigst muligt – at gøre Ordregiver opmærksom herpå, og Ordregiver vil i så fald overveje at ændre det pågældende forhold, såfremt det er muligt inden for de udbudsmæssige rammer.

Det vedlagte udkast til kontrakt vil være gældende for udførelsen af opgaven og vil regulere det efterfølgende kontraktforhold mellem Ordregiver og de vindende Tilbudsgivere. Tilbudsgiver opfordres derfor til at gennemlæse kontrakten nøje og til at stille spørgsmål, såfremt Tilbudsgiver finder anledning hertil.

Ordregiver ser gerne, at spørgsmål opstilles på listeform med angivelse af det sted i udbudsmaterialet, som spørgsmålet vedrører.

Spørgsmål sendes til Ordregiver via "tilbudsgiver spørgsmål og svar" i CTM, jf. pkt. 4.

Spørgsmål, der er Ordregiver i hænde inden den i tidsplanen anførte frist for spørgsmål til udbudsmaterialet, jf. pkt. 6, vil under alle omstændigheder blive besvaret. Spørgsmål, der modtages efter dette tidspunkt, kan alene forventes at blive besvaret, såfremt det er muligt at besvare spørgsmålene senest 6 dage inden udløbet af tilbudsfristen. Spørgsmål, der modtages senere end 6 dage inden udløbet af tilbudsfristen, kan ikke forventes at ville blive besvaret.

Bemærk følgende: Såfremt der i særlige tilfælde måtte opstå behov for at offentliggøre yderligere oplysninger senere end 6 dage før tilbudsfristen, vil tilbudsfristen blive forlænget.

Alle spørgsmål vil sammen med svarene på disse i overensstemmelse med fristerne i tidsplanen, jf. pkt. 4, blive offentliggjort i anonymiseret form via CTM. Dette vil så vidt muligt ske løbende. Herefter indgår spørgsmål og svar som en del af udbudsmaterialet. Tilbudsgiver opfordres således til at holde sig orienteret om dette udbud i CTM.

...

13. Tildelingskriterium

Tildelingskriteriet er det for Ordregiver økonomisk mest fordelagtige tilbud vurderet efter kriteriet:

Bedste forhold mellem pris og kvalitet

Underkriterierne vægter samlet 100 %:

Pris vægter 40 %

Kvalitet vægter 60 %, fordelt på:

- Kandidatmatch 50%
- Leveringssikkerhed 30 %
- Håndtering af klager 20 %

De point, som Ordregiver i sin tilbudsevaluering giver underkriterierne, vil i den samlede evaluering blive ganget med den oplyste vægt og lagt sammen til et samlet resultat.
 ...”

Under udbudsprocessen blev der stillet en række spørgsmål. Af spørgsmål/svar fremgår blandt andet spørgsmål om referencer:

”Spørgsmål 1: Referencer

Jf. formuleringen fra udbudsbekendtgørelsen vedr. egnethed:

Det er et minimumskrav, at Tilbudsgiver har relevant erfaring i form af 3 sammenlignelige referencer inden for de seneste 3 år. En reference anses for sammenlignelig, når den vedrører levering af Sygeplejerskevikarer til et hospital.

Tilbudsgiver mener, at kravet til egnethed vil begrænse konkurrencen uhensigtsmæssigt meget. Der bør accepteres referencer af sammenlignelige kontrakter også fra primær sektor. Rekruttering og formidling af sygeplejerskevikarer til de to sektorer er ikke væsentlig forskellig.

Vil ordregiver acceptere referencer fra formidling af sygeplejerske vikarer også fra primær sektor?

Svar 1: Ordregiver ændrer kravet om egnethed til:

Det er et minimumskrav, at Tilbudsgiver har relevant erfaring i form af 3 sammenlignelige referencer inden for de seneste 3 år. En reference anses for sammenlignelig, når den vedrører levering af sygeplejerskevikarer til primær eller sekundær sektor.

Ændringsbekendtgørelsen udarbejdes.

Kravet i CTM-system ændres.”

Region Hovedstaden sendte herefter den 13. april 2023 ”Bekendtgørelse om ændringer eller supplerende oplysninger” nr. 2023/S 076-228014, som blev offentliggjort den 18. april 2023. Af bekendtgørelsen fremgår:

”...

Del VII: Ændringer

VII.1) Oplysninger, der skal ændres eller tilføjes

VII.1.2) Tekststykke, der skal ændres i den oprindelige bekendtgørelse

Afsnit nummer: III.1.4)

I stedet for:

ESPD Del III: Udelukkelsesgrunde A-C.

ESPD del IV C: Teknisk og faglig formåen: Det er et minimumskrav, at Tilbudsgiver har relevant erfaring i form af 3 sammenlignelige referencer inden for de seneste 3 år. En reference anses for sammenlignelig, når den vedrører levering af sygeplejerskevikarer til et hospital.

Læses:

ESPD Del III: Udelukkelsesgrunde A-C.

ESPD del IV C: Teknisk og faglig formåen: Det er et minimumskrav, at Tilbudsgiver har relevant erfaring i form af 3 sammenlignelige referencer inden for de seneste 3 år. En reference anses for sammenlignelig, når den vedrører levering af sygeplejerskevikarer til primær eller sekundær sektor.

VII.2) Yderligere supplerende oplysninger:

Kriterier for deltagelse ændres.”

Den 13. juni 2023 sendte Region Hovedstaden tildelingsbeslutningen til Powercare, hvori det var anført, at MG-V ApS, Carelink A/S, ActivCare A/S og SOS Vikar A/S havde afgivet det henholdsvis mest fordelagtige, næstmest fordelagtige, tredjemest fordelagtige og fjerdemest fordelagtige tilbud. Disse virksomheder blev derfor tildelt rammeaftalen.

Af Region Hovedstadens evalueringsrapport af 19. juni 2023 fremgår:

”...

2. Udvælgelseskriterier

...

Alle tilbudsgivere har udfyldt ESPD, og mindstekravene til egnethed umiddelbart er opfyldt.

...”

Ved brev af 15. juni 2023 kom Powercare med indsigelser mod tildelingsbeslutningen over for Region Hovedstaden. I brevet anførte Powercare, at virksomheden var uenig i resultatet, og anfægtede flere forhold i processen, herunder at der var tale om en ulovlig evaluering og dermed tildeling, og at Region Hovedstadens skøn var forkert. Det fremgår desuden blandt andet:

”Den 13. juni 2023 modtog POWERCARE A/S jeres tildelingsbeslutning på udbud 2023/S 065-193400 med tilhørende ændringsbekendtgørelse 2023/S 076-228014. I skrivende stund noterer POWERCARE A/S, at bekendtgørelsen ikke er at finde på ted.europa.eu, og vi gør Ordregiver opmærksomme på dette.

...

POWERCARE A/S kan udover ovenstående konstatere, at Ordregiver ved bekendtgørelse om ændringer eller supplerende oplysninger afsendt 13-04-23 med 2023/S 076-228014 som TED reference jf. EU-supply.com (CTM) har ændret i et grundlæggende element (og et mindstekrav til egnethed) ved udbuddet. Dette skyldes, at det eneste egnethedskrav er blevet ændret således, at der faktisk er sket påvirkning af potentielle tilbudsgivers deltagelse. Det er også overvejende sandsynligt, at ændringen har fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgivere. Dette understøttes bl.a. af spørgsmål af 12.04.23, hvor spørger eksplicit angiver, at kravet kan begrænse konkurrencen.

Kravet er ændret i et ikke uvæsentligt omfang. Det skyldes, at kravet til sammenlignelige referencer er gået fra ”sygeplejerskevikarer til et hospital” til ”sygeplejerskevikarer til primær eller sekundær sektor”. Denne ændringer udvider kredsen af tilbudsgiver i et væsentligt omfang, da en stor del af sundhedssektoren omfatter andet end hospitaler. I modsætning hertil omfatter primær eller sekundær sektor tilsammen næsten hele sundhedssektoren. Kravet er derfor ikke blot en ”præciserende” bemærkning, som retspraksis har åbnet muligheden for i et meget snævert omfang.

Ordregiver anmodes på baggrund af ovenstående om at trække tildelingsbeslutning tilbage og annullere udbuddet subsidiært at foretage ny lovlig tildeling. POWERCARE A/S vil i modsat fald indklage Ordregiver til klagenævnet for udbud.”

Region Hovedstaden traf herefter den 23. juni 2023 en ny tildelingsbeslutning. Regionen har under klagesagen oplyst, at den nye tildelingsbeslutning blev foretaget på baggrund af en indsigelse fra en af de vindende tilbudsgivere om en regnefejl i udregningen af kvalitetspoint. Efter den nye tildelingsbeslutning flyttede to tilbudsgivere plads som henholdsvis tilbud nr. 8 og 9, hvilket ifølge Region Hovedstaden ikke ændrede på udbuddets udfald.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Powercare har gjort gældende, at Region Hovedstaden har ændret et grundlæggende element i strid med udbudslovens § 2.

Det følger af EU-Domstolens dom af 10. maj 2012 i sag C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, jf. dommens præmis 55-56, at:

”...

55 ... de supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne og de supplerende dokumenter kan (...) ikke, end ikke ved rettelser, ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, således som disse betingelser er blevet formuleret i udbudsbetingelserne, og som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure. ...

56 ... princippet om ligebehandling og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, kræver, at offentlige kontraktens genstand samt kriterierne for deres tildeling defineres klart lige fra begyndelsen af procedurene.

...”

Det fremgår desuden af EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund) m.fl., præmis 36 – 37, at:

”...

36 Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. ...

37 En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.

...”

Region Hovedstaden har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i henhold til offentliggørelsespligten i udbudslovens § 187. Pligten til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse udspringer af udbudsdirektivets artikel 75, stk. 1.

Formålet med udbudsbekendtgørelsen er, i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 49, at give potentielle deltagere grundlag for at vurdere relevansen ved eventuelt at deltage i udbuddet. Dette kræver, at udbudsbekendtgørelsen stiller oplysninger om en række grundlæggende elementer ved udbuddet til rådighed, så disse kan tilgås let, ensartet og overskueligt.

Udbuddet er gennemført efter udbudslovens afsnit III, og udbudslovens § 140, stk. 2, om, at ordregiveren skal fastsætte egnethedskravene som mindstekrav, finder derfor ikke anvendelse. Region Hovedstaden har imidlertid af egen drift fastsat egnethedskravet som et ”minimumskrav” i udbudsbekendtgørelsen.

Region Hovedstaden har ved ændringsbekendtgørelse 2023/S 076-228014 af 13. april 2023 ændret et minimumskrav til egnethed i udbudsbekendtgørelsens del III.1.4) fra ”En reference anses for sammenlignelig, når den vedrører levering af sygeplejerskevikarer til et hospital” til ”En reference anses for sammenlignelig, når den vedrører levering af sygeplejevikarer til primær eller sekundær sektor”.

Der er ikke i udbudsretlig praksis eller teori holdepunkter for, at ændringen af et grundlæggende element kan accepteres ved fristforlængelser med eller uden samtidig offentliggørelse af ændringsbekendtgørelser. Det centrale er efter praksis, at der iværksættes en helt ny udbudsprocedure. Dette understøttes af den måde, markederne indretter brugen af deres udbudsværktøjer på, navnlig at disse scanner Tenders Electronic Daily for udbudsbekendtgørelser og ikke ændringsbekendtgørelser i almindelighed, hvilket ville medføre en u håndterbar datastrøm.

Reglerne om ændringer i udbudsmaterialet finder i øvrigt også anvendelse på konkurrenceudsættelse i henhold til udbudslovens afsnit III. De rammer, som er gældende herfor, fremgår eksplicit af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2, som også gælder for udbud i henhold til udbudslovens afsnit III, jf. også udbudslovens § 186.

Ændringen skete efter et spørgsmål fra en tilbudsgiver, som formodentlig ønskede at kunne medtage referencer til den primære sektor i sit tilbud. Primærsektoren relaterer sig til de dele af sundhedsvæsenet, som ikke udgør sygehusene, herunder modeller, hvor borgere modtager sundhedsydelser uden henvisning, borgernært og i relativ lav specialiseringsgrad. Primærsektoren omfatter praktiserende læger, speciallæger, apoteker, hjemmepleje (kommunal og privat), plejehjem og sundhedsplejersker.

Sekundærsektoren omfatter den del af sundhedsvæsenet, som enten overtager eller videreforanstalter behandlingen af borgeren under henvisning fra

primærsektoren, navnlig sygehusene (somatiske og psykiatriske) og privat-hospitaler.

Et minimumskrav til egnethed, hvorefter kun referencer om levering af sygeplejerskevikarer til et hospital anses for sammenlignelige med den udbudte rammeaftale, vil udelukke referencer, som kan henføres til primærsektoren.

Det følger herefter, at Region Hovedstadens ændring af egnethedskravet som sket har bevirket, at kredsen af potentielle tilbudsgivere generelt udvides.

Ændringen er i al væsentlighed identisk med klagenævnets kendelse af 15. juli 2021, Fineman A/S mod Region Hovedstaden, påstand 1, hvor regionen havde lempet et minimumskrav til tilbudsgivernes omsætning.

Forholdet er desuden i princippet identisk med den ændring, som var genstand for klagen i klagenævnets kendelse af 12. juli 2019, Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden, hvor en ændring af et mindstekrav udvidede kredsen af potentielle tilbudsgivere.

I begge sager annullerede klagenævnet ordregiverens tildelingsbeslutning under henvisning til, at ordregiveren havde handlet i strid med udbudsreglerne.

Efter fast klagenævnspraksis påhviler det ordregiveren at godtgøre, at overtrædelsen ikke har haft betydning for, hvilke virksomheder der valgte at afgive tilbud og dermed for udbuddets udfald. Det er i denne sammenhæng uden betydning, at udbuddet er gennemført efter de lempeligere procedureregler i udbudslovens afsnit III. Der bør herved lægges vægt på, at udbud af sociale og andre specifikke tjenesteydelser er underlagt de grundlæggende principper, jf. også udbudslovens § 186, jf. § 2.

Region Hovedstadens ændring af minimumskravet beror på den ændringsanmodning, som kom som et spørgsmål under udbuddet og var foranlediget af et ønske om større indholdsmæssig rummelighed. Der er herefter grundlag for at konstatere, at ændringen potentielt udvidede kredsen af potentielle tilbudsgivere. Ændringen udvidede kredsen med to yderligere tilbudsgivere, ActivCare A/S og MG-V ApS.

Den vejledning, som Region Hovedstaden henviser til, udgør ikke en relevant retskilde for, hvornår en ændring kan rummes i et eksisterende udbud. Vejledningen omhandler således alene proceduren for offentliggørelse af ændringer. Vejledningen indledes med: ”F14 anvendes ved igangværende procedurer til meddelelse af mindre ændringer i bekendtgørelser, der allerede er offentliggjort”. Den ændring, som regionen har foretaget, er ikke ”en mindre ændring”.

Region Hovedstaden har dermed ændret et grundlæggende element i strid med udbudslovens § 2.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at offentliggørelsen af berigtigelsen med ændringen af kravene til referencer udgjorde en tilstrækkelig foranstaltning i henhold til udbudslovens afsnit III om light-regimet.

Udbudslovens regler om ændringer i udbudsmaterialet finder ikke anvendelse på udbud efter lovens afsnit III. Der findes ikke praksis fra klagenævnet, der afklarer, hvordan ændringer skal håndteres under light-regimet. Spørgsmålet om, hvad der er passende foranstaltninger i denne situation, må derfor afgøres ud fra, hvad der følger af principperne i udbudslovens § 2.

Baggrunden for, at der kræves fornyet udbud ud fra principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er at sikre, at 1) alle interesserede har samme mulighed for at beslutte sig for, om de ønsker at deltage i udbuddet på de ændrede vilkår, 2) at der gives tilstrækkelige oplysninger og 3) en passende frist til at gøre dette. Alle disse hensyn blev imødekommet ved berigtigelsen af 13. april 2023.

Det er ubestridt, at alle interesserede aktører fik samme mulighed for at tage stilling til, om de ønskede at deltage i et ”fornyet” udbud, der på alle andre punkter end referencekravet var identisk med det første. Powercare og andre aktører, der måtte have truffet beslutning om at deltage i udbuddet på baggrund af den oprindelige udbudsbekendtgørelse, kunne således beslutte sig for, om de fortsat ønskede at deltage eller ej. Aktører, der på baggrund af den oprindelige udbudsbekendtgørelse ikke kunne deltage, fik tilsvarende mulighed for at vurdere, om de kunne og ville deltage.

Region Hovedstaden offentliggjorde netop en berigtigelse med henblik på at lade alle interesserede aktører vide, at der var sket en ændring i udbuddets egnethedskrav.

De eneste krav, der gælder for procedurer efter light-regimet, er, at udbudslovens § 2 overholdes, og at der enten offentliggøres en udbudsbekendtgørelse eller forhåndsmeddelelse, jf. udbudslovens §§ 186-187. Udbudsbekendtgørelser efter light-regimet skal alene indeholde de oplysninger, der følger af udbudsdirektivets bilag V, del H.

Region Hovedstadens berigtigelse, der henviste til og fastholdt proceduren fastsat i den oprindelige udbudsbekendtgørelse, præciserede, hvordan ”sammenlignelige referencer” skulle defineres i den fremadrettede, fornyede procedure, opfyldte kravene i dette bilag og udgjorde således en tilstrækkelig fornyet procedure i overensstemmelse med reglerne i udbudslovens afsnit III.

Udbud efter udbudslovens afsnit III er ikke underlagt minimumsfrister, og det er således op til ordregiveren at vurdere, hvad der vil være en passende frist for afgivelse af tilbud. Region Hovedstaden vurderede i forbindelse med offentliggørelsen af ændringsbekendtgørelsen, at den tilbageværende tilbudsperiode på 14 dage var en passende tilbudsfrist henset til, at tilbuddene alene bestod af ESPD, tilbudsliste og en kvalitativ besvarelse på maksimalt 7 A4-sider, og da den oprindelige tilbudsfrist på 4 uger gik udover, hvad Region Hovedstaden vurderede var nødvendigt. Hvis Region Hovedstaden havde genudbudt ydelserne ved aflysning og genudbud, kunne og ville regionen have fastsat en frist på 14 dage. Powercares argument er således helt formalistisk og uden materiel betydning.

Principperne i udbudslovens § 2 er blevet overholdt i forbindelse med berigtigelsen, da Region Hovedstaden iværksatte en fornyet procedure, der opfyldte kravene under light-regimet ved at offentliggøre en berigtigelse i EU-Tidende, der henviste til de oprindeligt fastsatte vilkår, men klart præciserede, hvilket vilkår der ville være anderledes i den fornyede procedure. Regionen gav samtidig alle aktører samme passende frist til at beslutte, om de ønskede at afgive tilbud.

De to kendelser, som Powercare har henvist til, er ikke relevante, da de begge vedrører udbud efter udbudslovens afsnit II, der er underlagt mere specifikke

regler om ændringer i udbudsmaterialet, minimumsfrister og udbudsprocedure. I begge sager havde ordregiveren ændret krav i udbudsmaterialet i spørgsmål/svar under udbudsprocessen og ikke ved brug af bekendtgørelse.

Region Hovedstadens synspunkter støttes desuden af ”Vejledning til anvendelse af standardformular 14 ”Berigtigelse” (F14)”, som er offentliggjort på www.europa.eu. Heraf fremgår anvendelsesområdet for berigtigelser af offentliggjorte bekendtgørelser. Ændringen i referencekravet er en mindre ændring, som kan offentliggøres gennem berigtigelse af den allerede offentliggjorte udbudsbekendtgørelse.

Powercare gjorde i øvrigt ikke i forbindelse med offentliggørelsen af berigtigelsen indsigelse over, at konkurrencefeltet ville blive udvidet, men først da Powercare kunne konstatere, at Powercare ikke stod til at få tildelt en rammeaftale. Klagen er således alene indgivet med henblik på at kunne opnå en ny mulighed for at få tildelt en rammeaftale, men da der alene evalueres på prislisterne og de kvalitative besvarelser, vil en fornyet tildeling fortsat ikke ændre ved udbuddets udfald.

Ad påstand 2

Powercare har til støtte for påstanden henvist til den konkrete væsentlighedsvurdering, som er gjort gældende til støtte for påstand 1, og til klagenævnets praksis om ændringer af mindste- og minimumskrav.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at regionen ikke har overtrådt udbudsreglerne. Selv om klagenævnet måtte finde, at der foreligger en overtrædelse af udbudsreglerne, vil annullation af tildelingsbeslutningen ikke ændre ved udbuddets udfald, da det udvidede referencekrav ikke har betydning ved evalueringen af de indkomne tilbud. Der blev allerede på baggrund af en indsigelse fra en vindende tilbudsgiver om udregningen af kvalitetspoint truffet en ny tildelingsbeslutning, hvor kvalitetspointene blev revideret, men med samme resultatet.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Udbuddet er gennemført efter udbudslovens afsnit III om indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser over tærskelværdien (light-regimet), jf. udbudslovens § 7.

Ved indkøb efter afsnit III skal ordregiveren fastlægge en procedure i overensstemmelse med udbudslovens § 2, herunder fastsætte kriterier for tildeling, jf. § 186. I medfør af § 187, stk. 1, skal ordregiveren på forhånd offentliggøre enten en udbudsbekendtgørelse eller en forhåndsmeddelelse, som skal indeholde en række oplysninger, jf. § 187, stk. 2 og 3.

Ordregiveren kan efter § 188, stk. 1, frit tilrettelægge proceduren eller fremgangsmåden, så længe den giver mulighed for, at interesserede virksomheder kan tilkendegive deres interesse. Ordregiveren kan i den forbindelse fastsætte krav til tilbudsgivernes egnethed i forhold til teknisk og faglig formåen. Sådanne egnethedskrav kan fastsættes som minimumskrav. Tildeling skal herefter ske efter den procedure, som ordregiveren har fastlagt, jf. § 188, stk. 1, jf. § 186.

Region Hovedstaden har i udbudsbekendtgørelsen om teknisk og faglig formåen anført: ”Det er et minimumskrav, at Tilbudsgiver har relevant erfaring i form af 3 sammenlignelige referencer inden for de seneste 3 år. En reference anses for sammenlignelig, når den vedrører levering af sygeplejerskevikarer til et hospital.”

Efter spørgsmål/svar vedrørende dette krav offentliggjorde Region Hovedstaden en ændringsbekendtgørelse, hvorefter minimumskravet blev ændret til: ”Det er et minimumskrav, at Tilbudsgiver har relevant erfaring i form af 3 sammenlignelige referencer inden for de seneste 3 år. En reference anses for sammenlignelig, når den vedrører levering af sygeplejerskevikarer til primær eller sekundær sektor.”

Af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2 i lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015 fremgår blandt andet. følgende:

”Ligebehandlingsprincippet medfører også, at ordregiveren ikke kan foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet i løbet af en udbudsproces.

I forbindelse med ændringer af udbudsmaterialet, sondres der i udbudsloven mellem uvæsentlige ændringer, væsentlige ændringer og ændringer af grundlæggende elementer.

...

Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

...

Endvidere kan der eksempelvis være tale om ændringer af grundlæggende elementer, hvis minimumskrav til egnethed vedrørende den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres. ...”

Region Hovedstaden har i udbudsbekendtgørelsen fastsat minimumskrav til teknisk og faglig formåen. Da udbudslovens § 2 efter § 186 også finder anvendelse ved indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser over tærskelværdien, har regionen som udgangspunkt foretaget en ændring af et grundlæggende element i strid med ligebehandlingsprincippet ved at ændre kravet om teknisk og faglig formåen ved ændringsbekendtgørelsen.

Det påhviler Region Hovedstaden at løfte bevisbyrden for, at ændringen af minimumskravet ikke har været egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet og ikke har fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgivere, således at der uanset det klare udgangspunkt ikke er tale om ændring af et grundlæggende element i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2. Denne bevisbyrde ikke er løftet. Det må derimod – også henset til hvad parterne har anført for klagenævnet – lægges til grund, at ændringen var egnet til at påvirke virksomheders deltagelse i udbuddet.

Den omstændighed, at Region Hovedstaden har offentliggjort en ændringsbekendtgørelse herom, og det, som regionen har anført om frister, hensyn og tidspunktet for Powercares indsigelse, kan ikke føre til andet resultat.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Efter karakteren af overtrædelsen ad påstand 1, og idet Region Hovedstaden ikke har godtgjort, at overtrædelsen ikke har haft betydning for, hvilke virksomheder der har afgivet tilbud, og dermed udfaldet af udbuddet, tager klagenævnet påstanden til følge.

Herefter bestemmes

Ad påstand 1

Region Hovedstaden har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have ændret et minimumskrav til tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen uden at iværksætte et nyt udbud.

Region Hovedstadens tildelingsbeslutning af 23. juni 2023 annulleres.

Region Hovedstaden skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 25.000 kr. i sagsomkostninger til Powercare A/S.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Stine Loftager Rasmussen
fuldmægtig