

K E N D E L S E

SundVikar A/S
(selv)

mod

Fællesindkøb Fyn v/Faaborg-Midtfyn Kommune
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 123-300617 af 25. juni 2019 udbød Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (herefter "SKI") som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om vikarydelser. Rammeaftalen var opdelt i 8 delaftaler, herunder delaftale 3 om levering af sundheds- og omsorgsvikarer til SKI's kunder på Fyn (inkl. Det Sydfynske Øhav). Delaftalen havde en anslået værdi på 126.000.000 kr., og den havde en varighed på 24 måneder med mulighed for forlængelse 2 gange 12 måneder.

SundVikar A/S (herefter "SundVikar") vandt udbuddet og indgik delaftale 3 med SKI med virkning fra den 1. december 2019, og de kommuner, der indgår i Fællesindkøb Fyn, indgik herefter kontrakter med SundVikar.

Den 4. april 2022 opsagde SKI delaftale 3 med SundVikar med virkning fra den 15. maj 2022. Den 19. april 2022 orienterede SKI kommunerne herom. Den 3. maj 2022 indgik Fællesindkøb Fyn på vegne af Faaborg-Midtfyn, Kerteminde, Langeland, Nordfyn og Nyborg kommuner en midlertidig rammeaftale om vikarydelser med Carelink A/S (herefter "Carelink"), som trådte i kraft den 16. maj 2022. Den midlertidige rammeaftale gjaldt til den 31. oktober 2022. Denne klagesag vedrører den midlertidige rammeaftale.

Den 1. august 2022 indgav SundVikar klage til Klagenævnet for Udbud.

Sundvikar har i klagen alene anført ”Fællesindkøb Fyn” som indklagede. Fællesindkøb Fyn har imidlertid oplyst, at Fællesindkøb Fyn ikke er en juridisk person, men er et strategisk indkøbssamarbejde mellem Faaborg-Midtfyn, Kerteminde, Langeland, Nordfyns og Nyborg kommuner. Fællesindkøb Fyn udøver sine aktiviteter via medarbejdere, der er ansat i Faaborg-Midtfyn Kommune, i henhold til en samarbejdsaftale indgået mellem kommunerne.

Klagenævnet lægger herefter til grund, at klagen er indbragt mod Fællesindkøb Fyn v/Faaborg-Midtfyn Kommune (herefter ”Fællesindkøb Fyn”).

SundVikar har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesindkøb Fyn har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have indgået en rammeaftale med Carelink uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5, ikke var opfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal erklære rammeaftalen med ikrafttræden den 16. maj 2022 mellem Fællesindkøb Fyn og Carelink om levering af vikarydelser for uden virkning, jf. § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal pålægge Fællesindkøb Fyn en økonomisk sanktion baseret på værdien af de ydelser, der er leveret i henhold til rammeaftalen mellem Fællesindkøb Fyn og Carelink, jf. § 18, stk. 2, nr. 3, og § 19, stk. 2, nr. 3, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Fællesindkøb Fyn har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 2. august 2022 meddelt Fællesindkøb Fyns kontrakt-part, Carelink, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Carelink har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen af 25. juni 2019 fremgår bl.a. følgende:

”II.2.1) Betegnelse:

Delaftale 3 Sundheds- og omsorgsvikarer - Fyn (inkl. det Sydfynske Øhav)

Delkontraktnr.: 3

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Delaftalen omfatter levering af følgende vikartyper: sygeplejersker, social- og sundhedsassistenter, social- og sundhedshjælpere, sygehjælpere, plejehjemsassistenter, hjemmehjælpere og plejemedhjælpere. Det er frivilligt for SKI's kunder, om de vil benytte rammeaftalen eller ej. Hvis de imidlertid ønsker at benytte den, så skal de indgå en leveringskontrakt med leverandøren, og de bliver samtidig forpligtet til at søge deres indkøbsbehov dækket via delaftalen i leveringskontraktens varighed forinden indkøbsbehovet kan dækkes uden for delaftalen.

...

II.2.6) Anslået værdi

Værdi eksklusive moms: 126 000 000.00 DKK

II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem

Varighed i måneder: 24

Denne kontrakt kan forlænges: ja

Beskrivelse af forlængelser:

Delaftalen kan forlænges 2 gange, hver gang af 12 måneders varighed.”

SKI indgik som anført delaftale 3 med SundVikar med virkning fra den 1. december 2019.

Den 1. februar 2022 sendte SKI en orienteringsmail til Fællesindkøb Fyn, hvoraf bl.a. følgende fremgår:

”SKI har besluttet at fremrykke genudbuddet af SKI-aftalen 17.17 Vikarydelser. Beslutningen skyldes, at markedet for vikarydelser har udviklet sig markant, siden den nuværende aftale trådte i kraft i 2019. Det har

medført et behov for en optimeret aftale, hvor vilkår i højere grad er tilpasset markedet, som det ser ud i dag. Det vil gøre det lettere for de offentlige organisationer at få dækket deres behov for vikarer inden for en bred vifte af funktioner. Arbejdet med genudbuddet går i gang med det samme, og SKI vil inden længe invitere til en ekspertgruppe, som skal være med til at udforme den kommende aftale.

...

Kunder på aftalen vil være aftaledækket, indtil en ny aftale er klar

SKI forventer, at den genudbudte rammeaftale vil være klar til brug fra januar 2023. Når den præcise dato for aftalens ikrafttrædelse ligger fast, vil den eksisterende rammeaftale blive bragt til ophør. Det vil sige, at aftalen først udløber, når den nye træder i kraft. Dermed vil du som kunde fortsat være aftaledækket.”

Fællesindkøb Fyn besluttede den 4. februar 2022 at nedsætte en styregruppe med henblik på forberedelsen af et udbud af sundhedsfaglige vikarydelser.

Den 10. februar 2022 sendte SundVikar en mail til Fællesindkøb Fyn og SKI, hvoraf bl.a. følgende fremgår:

”SundVikar har foretaget en beregning af den opnåede omsætning i delaftalte 3- jeres område – til og med 31. januar 2022 via SKI Rammeaftale 17.17 – Vikarydelser

Der er pr. 31. januar 2022 omsat for i alt 104.668.768 DKK for delaftale 3.

Der er et omsætningsmaksimum for hele delaftale 3 på 126.000.000 DKK. Der er således ca. 21 mio. kr. tilbage til, at omsætningsmaksimum bliver opnået. I delaftale 3 er der i januar 2022 købt for 7,3 mio. DKK.

Såfremt kommunerne i delaftale 3 har uændrede købemønstre efter januar 2022 og henset til, at priserne hæves med 2,6 % pr. 1. marts, er det SundVikars opfattelse, at omsætningsmaksimum nås medio april/primio maj.

Det er SundVikars opfattelse, at SundVikars leveringsforpligtelser ophører fra dette tidspunkt, jf. Simonsen og Weel-dommen, medmindre parterne kan blive enige om en fortsættelse. Her vil en justering af kontrakten efter udbudsloven § 180 være en forudsætning herfor.”

Den 11. februar 2022 skrev Fællesindkøb Fyn bl.a. følgende til SKI:

”Vi har i går modtaget nedenstående mail fra Sundvikar, hvor de forventer at rammen på vikaraftalen er opbrugt medio april/primomaj.

Vi har talt om, at SKI ikke havde en forventning om, at rammen vil blive udtømt på aftalen, så jeg vil gerne høre, hvad du tænker om nedenstående?”

Den 15. februar 2022 besvarede SKI mailen fra Fællesindkøb Fyn bl.a. således:

”Jeg vender tilbage med et svar primo marts (pga ferie).”

Den 29. marts 2022 afholdt SundVikar og SKI møde.

Den 4. april 2022 underskrev SKI og SundVikar en allonge til rammeaftalens delaftale 3. Af allongen fremgår bl.a. følgende:

”Ad Rammeaftalens punkt 18.2.1)

”SKI kan opsige Rammeaftalen med et Skriftligt varsel fastsat af SKI. Ved SKI’s opsigelse af Rammeaftalen kan SKI’s Kunder tilsvarende opsige de underliggende Leveringskontrakter, jf. Leveringskontraktens punkt 14.

Rammeaftalen er uopsigelig for Leverandøren ”

...

Ad Rammeaftalens punkt. 18.2.1:

Hermed opsiger SKI Rammeaftale 17.17 – Vikarydelser: Delaftale 3 – Fyn (inkl. det Sydfynske Øhav) med virkning pr. 15. maj 2022.”

Den 8. april 2022 oplyste SKI Fællesindkøb Fyn om, at delaftalen med SundVikar var blevet opsagt med virkning fra den 15. maj 2022. Fællesindkøb Fyn har oplyst, at der samme dag blev afholdt et møde mellem Fællesindkøb Fyn og SundVikar, hvor Fællesindkøb Fyn efterspurgte SundVikars priser og aftalevilkår for potentielle ydelser leveret efter den 15. maj 2022.

Den 19. april 2022 sendte Fællesindkøb Fyn en formel opsigelse af leveringskontrakterne med SundVikar på vegne af Faaborg-Midtfyn, Kerteminde, Langeland, Nordfyn og Nyborg kommuner.

Fællesindkøb Fyn gennemførte i perioden efter opsigelsen af leveringskontrakterne med SundVikar en tilbudsindhentning med henblik på at indgå en midlertidig rammeaftale med virkning fra den 16. maj 2022, indtil en ny rammeaftale var udbudt og indgået.

Af Fællesindkøb Fyns notat af 28. april 2022 fremgår bl.a., at Fællesindkøb Fyn indhentede pristilbud hos tre leverandører, SOS Vikar A/S, Carelink og PowerCare A/S. I notatet, som alene er fremlagt for klagenævnet, sammenlignes priserne fra Carelink, PowerCare A/S og SundVikar, herunder også de priser, som SundVikar havde oplyst ville gælde efter den 15. maj 2022.

Fællesindkøb Fyn meddelte den 3. maj 2022 Carelink, at Fællesindkøb Fyn ville indgå en midlertidig rammeaftale med Carelink i overensstemmelse med de prisoplysninger, Fællesindkøb Fyn havde modtaget fra selskabet.

Fællesindkøb Fyn har oplyst, at der ikke blev indgået en egentlig skriftlig rammeaftale med Carelink, idet priser og vilkår i det midlertidige aftaleforhold blot fulgte af det skriftlige tilbud af 19. april 2022.

Den 6. maj 2022 orienterede Fællesindkøb Fyn SundVikar således:

”Thea og jeg havde den 8. april møde med SundVikar hvor du orientere om, at SKI aftalen (17.17 – delaftale 3) ophøre ved udgangen af 15. maj 2022. Hertil oplyser du endvidere, at advokater fra henholdsvis SKI og SundVikar i selvsamme timer sad og udarbejdede et udtrædelsesdokument. SKI fremsender sent den 8. april orientering om, at aftalen med SundVikar (17.17 – delaftale 3) er opsagt med ophør til 15. maj 2022. Hertil oplyser SKI, at Fællesindkøb i forlængelse heraf skal opsige aftalerne for de 5 kommuner til ophør senest 15. maj, hvilket effektueres den 19. april 2022 til SundVikar.

Idet Fællesindkøb Fyn således fra 16. maj 2022 står uden aftale på sundhedsfaglige vikarydelser samt at vores kommuner forinden opsigelsen allerede havde booket vikarer til efter 15. maj, forespørger vi SundVikar til hvilke priser og aftalevilkår disse vil være underlagt, således vi kan orientere vores kommuner herom, i det fald bookninger foretages hos jer. SundVikar fremsender den 28. april 2022 en oversigt over priser og aftalevilkår gældende fra 16. maj 2022.

Fællesindkøb Fyn kan oplyse at der er indgået en midlertidig aftale med CareLink frem til ny aftale foreligger. Hertil kan jeg oplyse, at udbudsprocessen allerede er opstartet og igangsat.

Idet aftalen med Sundvikar er bekræftet til ophør pr. 15. maj 2022 og aftalen med CareLink først træder i kraft den 16. maj 2022, har vi umiddelbart ikke følt anledning eller en forpligtelse til at videresende denne information til SundVikar.”

Den 12. maj 2022 sendte Fællesindkøb Fyn følgende meddelelse til kommunerne i indkøbssamarbejdet:

”MIDLERTIDIG AFTALE PÅ VIKARYDELSER

...

Når aftalen træder i kraft

Aftalen træder i kraft d. 16. maj 2022, hvor den nuværende aftale med SundVikar ophører. Aftalen er en midlertidig aftale indtil Fællesindkøb Fyn har udført nyt udbud på området.

...

Mere information om aftalen

Den midlertidige aftale oprettes, da aftalen med SundVikar ophører 2½ år inde i kontraktperioden i stedet for de forventede 4 år. Fællesindkøb Fyn er i gang med et nyt udbud på Vikarydelser, hvorfor den midlertidige aftale udløber når denne træder i kraft.”

Den 14. juni 2022 skrev Fællesindkøb Fyn bl.a. følgende til SundVikar:

”SundVikar og SKI er, på Sundvikar’s foranledning, nået til enighed om, at aftalen på sundhedsfaglige vikarydelser (SKI’s aftale 17.17 delaftale 3) skal bringes til ophør. Fællesindkøb Fyn orienteres den 8. april 2022 om den mellem SundVikar og SKI’s indgåede aftale om aftaleophør af SKI aftalen 17.17 delaftale 3, med virkning allerede den 15. maj 2022. Samtidig blev kommunerne under den pågældende aftale orienteret om, at de individuelt skulle opsigte deres egen aftale med SundVikar, ligeledes med aftaleophør senest den 15. maj 2022.

På baggrund af SundVikar’s ønske og aftale med SKI, om aftaleophør efter ca. 2,5 år imod de forventede 4 år, arbejder Fællesindkøb Fyn nu på højtryk for at gennemføre en fornyet udbudsproces med forventet kontraktstart i Q1 2023. I den mellemliggende periode har Fællesindkøb Fyn med baggrund i Udbudslovens § 80 stk. 5 indhentet priser og aftalevilkår

fra 2 leverandører. Hertil har Fællesindkøb Fyn været i kontakt med en tredje leverandør, som af tids- og ressourcemæssige årsager ikke ønskede at indgå en midlertidig prisaftale. Herudover har Fællesindkøb Fyn den 8. april via skypemøde kl. 14.30 været i kontakt med SundVikar omkring selvsamme forespørgsel. På mødet blev det meldt klart ud fra Sundvikar, at virksomheden ikke ønskede at tilbyde priser og aftalevilkår som lå ud over virksomhedens generelle priser og aftalevilkår. På baggrund heraf efterspørger Fællesindkøb Fyn en pris- og aftaleoversigt som er gældende, hvis kommunerne indkøber sundhedsfaglige vikarydelser hos SundVikar efter 15. maj 2022. Efter flere forespørgsler herpå fremsender SundVikar den 28. april 2022 priser og aftalevilkår. Udfra iagttagelse af de forvaltningsretlige principper om, at kommunerne skal sikre indkøb foretages økonomisk mest forsvarligt, har Fællesindkøb Fyn konstateret, at CareLink bedste opfylder dette i den midlertidige periode indtil ny kontrakt foreligger.”

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 172-487695 af 2. september 2022, offentliggjort den 7. september 2022, udbød Fællesindkøb Fyn på vegne af Faaborg-Midtfyn, Kerteminde, Langeland, Nordfyn og Nyborg kommuner som offentligt fællesudbud efter udbudslovens afsnit III en rammeaftale om sundhedsfaglige vikarydelser med kontraktstart den 1. november 2022.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a. følgende:

”II.1.1) **Betegnelse:**

EU-Udbud 2022 iht. Light Regimet - Sundhedsfaglige Vikarydelser

...

II.1.4) **Kort beskrivelse:**

Udbuddet vedrører levering af sundhedsfaglige vikarydelser til de 5 kommuner under Fællesindkøb Fyn, og udbydes iht. udbudslovens bestemmelser om light regimet.

II.1.5) **Anslået samlet værdi**

Værdi eksklusive moms: 240 000 000.00 DKK

...

II.2.7) **Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem**

Varighed i måneder: 48

Denne kontrakt kan forlænges: nej”

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a. følgende:

”1.4 FORVENTET TIDSPLAN

Afsendelse af bekendtgørelse til EU-tidende	02.09.2022
Spørgefrist:	13.09.2022 kl. 12.00
Tilstræbt svarfrist:	16.09.2022
Tilbudsfrist:	23.09.2022 kl. 12.00
Eventuelt gennemførelse af for-handlingsrunde(r):	Eventuelt i perioden efter tilbuds- frist – medio oktober 2022
Offentliggørelse af resultatet af udbuddet:	Forventes ultimo september 2022
Derefter afholdes 10 dages stand-still-periode, hvorefter aftalen kan underskrives.	
Aftale- og leveringsstart:	Senest 01.11.2022

”

Den 24. oktober 2022 opsagde Fællesindkøb Fyn den midlertidige rammeaftale med Carelink med virkning fra den 31. oktober 2022.

Fællesindkøb Fyn har oplyst, at der i perioden fra den 16. maj 2022 og indtil den 31. juli 2022 har været følgende omsætning på den midlertidige rammeaftale med Carelink:

”

Kommune	Beløb ekskl.moms
Faaborg-Midtfyn Kommune	1.365.662,19
Kerteminde Kommune	161.903,26
Langeland Kommune	674.494,95
Nordfyns Kommune	2.818.790,57
Nyborg Kommune	1.246.311,26
Total	6.267.162,23

”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

SundVikar har gjort gældende, at den midlertidige rammeaftale overstiger tærskelværdien på 5.588.175 kr. Kontrakten er indgået uden udbud, dvs. uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller anden annoncering, og uden offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse, jf. lov om

Klagenævnet for Udbud § 4. Den 14. juni 2022 anførte Fællesindkøb Fyn, at kontrakten blev indgået i medfør af udbudslovens § 80, stk. 5, uden en begrundelse for, at aftalen kunne indgås uden iagttagelse af udbudsreglerne. Fællesindkøb Fyn har heller ikke forud for indgivelsen af denne klage forsøgt at begrunde anvendelsen af udbudslovens § 80, stk. 5, som kun kan anvendes i helt ekstraordinære tilfælde, og som skal fortolkes indskrænkende, jf. klagenævnets kendelser af 6. januar 2021, Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S, og af 15. april 2021, Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen mod Region Hovedstaden og Region Midtjylland.

Udbud kan kun undlades, hvis der foreligger tvingende grunde. Det er ikke en tilstrækkelig begrundelse, at ordregiver ikke har kunnet nå at afholde et udbud. Det er endvidere et krav, at den kontrakt, der indgås uden udbud med henvisning til tvingende grunde, begrænses til ”det nødvendige”. Bestemmelsen kan således kun anvendes på den del af kontrakten, som ikke kan udbydes efter almindelige udbudsprocesser og de normale frister herfor, jf. lovbemærkningerne til § 80, stk. 5. Kan kontrakten opdeles, er det de dele af kontrakten, som er knyttet til de tvingende grunde, som er omfattet. De øvrige dele af kontakten skal udbydes efter de sædvanlige regler. Kontrakter, der indgås uden udbud med henvisning til tvingende grunde, bør som udgangspunkt kun have en varighed svarende til den tid, det vil tage at udbyde opgaven.

Fællesindkøb Fyn består af flere kommuner, hvorfor Fællesindkøb Fyn skulle have foretaget en vurdering af, om alle kommunerne var omfattet af de tvingende grunde, jf. § 80, stk. 5. I den sammenhæng vil det være naturligt at vurdere, om kommunerne selv kunne indgå en midlertidig kontrakt af kortere varighed, indtil et nyt fællesudbud eller et nyt SKI-udbud var gennemført. Dette ville medføre, at de enkelte kontraktors værdi ville være under tærskelværdien for udbud og dermed ikke udbudspligtige. Ifølge sidste års omsætning af vikarydelser til Fællesindkøb Fyn hos SundVikar vil flere af kommunernes kontrakter ikke i sig selv være udbudspligtige, hvis der ses på en løbende kontrakt, hvor vurderingen er det forventede forbrug for et år. Der var således en mulighed for at opdele kontrakten i mindre dele pr. kommune under Fællesindkøb Fyn.

SundVikar meddelte den 10. februar 2022 Fællesindkøb Fyn, at delaftale 3 var tæt på at nå sit maksimum. Fællesindkøb Fyn har derfor haft en længere

periode til at forberede og annoncere et udbud. Fællesindkøb Fyn kunne have været forudseende, påpasselig og udvist rettidig omhu.

SundVikar blev af Fællesindkøb Fyn spurgt om, hvilke priser og vilkår som ville være gældende efter den 15. maj 2022. Det blev ikke oplyst, at der var tale om en tilbudsindhentning og priser på en eneleverandøraftale. SundVikar sendte derfor listepreiser uden den sædvanlige rabat, der gives i forbindelse med tilbudsafgivelse på eneleverandøraftaler.

Fællesindkøb Fyn har gjort gældende, at det i henhold til udbudslovens § 187, stk. 5, jf. § 80, stk. 5, var lovligt at indgå en midlertidig rammeaftale med Carelink om levering af sundhedsfaglige vikarydelser uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Delaftalen mellem SKI og SundVikar blev indgået af SKI og ikke af Fællesindkøb Fyn, hvorfor SKI anslog rammeaftalens maksimale værdi. Det er SKI, der som den overordnede ordregiver i forhold til rammeaftalen har haft mulighed for at danne sig et overblik over det faktiske forbrug på rammeaftalen. Det er endvidere SKI, som har haft mulighed for at foretage ændringer af aftalen i tilfælde af, at eksempelvis rammeaftalens omsætningsmaksimum blev nået tidligere end forudset. Fællesindkøb Fyn blev først den 10. februar 2022 bekendt med, at delaftale 3 muligvis nærmede sig sit omsætningsloft. SKI havde ikke forud for opsigelsen af delaftale 3 i april 2022 orienteret Fællesindkøb Fyn om, at delaftalens anslåede maksimalværdi ville blive nået længe før dens ordinære ophør. SKI havde endda eksplicit via udsendelsen af orienteringsmailen af 1. februar 2022 anført, at alle SKI's kunder på rammeaftale 17.17 kunne forvente at være aftaledækket, indtil en ny rammeaftale var udbudt og klar. Medlemmer af en offentlig indkøbscentral som SKI kan ikke forventes selv at skulle holde sig orienteret om det samlede forbrug på en rammeaftale set i forhold til det omsætningsloft, der er blevet fastsat af indkøbscentralen ved udbuddet af rammeaftalen. Medlemmerne af en offentlig indkøbscentral må kunne forvente, at de kan anvende en rammeaftale indtil dens fastlagte ophør, medmindre rammeaftaleindehaverne – i dette tilfælde SKI og SundVikar – meddeler andet.

Fællesindkøb Fyn kunne ikke før den 8. april 2022 konstatere, at der ville blive behov for at indgå en ny rammeaftale med henblik på at opfylde behovet for sundhedsfaglige vikarydelser.

Fællesindkøb Fyn kontaktede SKI dagen efter modtagelsen af SundVikars mail af 10. februar 2022. Den 8. april 2022 meddelte SKI, at SKI og SundVikar havde besluttet at standse samarbejdet med virkning fra den 15. maj 2022. I perioden mellem den 11. februar 2022 og den 8. april 2022 rykkede Fællesindkøb Fyn flere gange SKI for en formel udmelding vedrørende omsætningsloftet på delaftalen.

Fællesindkøb Fyn havde således kun 37 kalenderdage – 21 arbejdsdage (på grund af weekender og helligdage) – til at implementere en ny rammeaftale.

Fællesindkøb Fyn skulle skaffe sundhedsfaglige vikarydelser fra den 16. maj 2022, da kommunerne har en forpligtelse til at stille plejeydelser til rådighed over for visse borgere.

Fællesindkøb Fyn anså det ikke for muligt at gennemføre et udbud i henhold til udbudslovens afsnit III inden for den ganske korte periode fra opsigelsen af delaftalen den 8. april 2022. Fællesindkøb Fyn valgte derfor at gennemføre en tilbudsindhentning med henblik på at kunne indgå en midlertidig rammeaftale, der kunne indgås på markedsmæssige vilkår. I tilbudsindhentningen inddrog Fællesindkøb Fyn de priser og vilkår, SundVikar havde anført ville være gældende efter udløb af de eksisterende leveringskontrakter den 15. maj 2022. Fællesindkøb Fyn vurderede det ikke muligt at tildele den midlertidige rammeaftale til SundVikar, da SundVikars priser var markant højere end de hidtidige priser og de priser, Fællesindkøb Fyn havde indhentet ved tilbudsindhentningen. Fællesindkøb Fyn accepterede mundtligt det skriftlige tilbud fra Carelink.

Det er korrekt, at den indgåede midlertidige rammeaftale som udgangspunkt har haft en størrelse, som indebærer, at den var omfattet af udbudspligt i henhold til udbudslovens afsnit III. I en situation, hvor en ordregivende myndighed med kort varsel mister muligheden for at anvende en lovligt udbudt rammeaftale på et grundlag, som den ordregivende myndighed ikke selv er skyld i og ikke har kunnet forudse, vil det efter Fællesindkøb Fyns opfattelse være lovligt uden udbud at indgå en midlertidig rammeaftale. Det pludselige ophør af en tidligere anvendt aftale kan danne grundlag for anvendelsen af udbudslovens § 80, stk. 5, og kontrakten rammes dermed ikke af sanktionen uden virkning, hvilket støttes af forarbejderne til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (Kontroldirektivet). Af kontroldirektivets præambelbetragtning 23 fremgår således:

”I særlige tilfælde er anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse som omhandlet i artikel 31 i direktiv 2004/18/EF eller i artikel 40, stk. 3, i direktiv 2004/17/EF tilladt umiddelbart efter annulleringen af kontrakten. Hvis de resterende kontraktlige forpligtelser i disse tilfælde af tekniske eller andre tvingende omstændigheder på det stadium kun kan opfyldes af den økonomiske aktør, der har fået tildelt kontrakten, vil det kunne være berettiget at lade princippet om væsentlige hensyn finde anvendelse.”

Fællesindkøb Fyn har iagttaget sin forpligtelse til at begrænse omfanget af den midlertidige rammeaftale mest muligt. Den midlertidige rammeaftale blev opsagt på det tidspunkt, da en ny rammeaftale kunne træde i kraft. Det må anses for at være en afgrænset og proportional aftaleperiode, idet Fællesindkøb Fyn skulle fastlægge egne behov i forhold til en ny rammeaftale, gennemføre markedsdialog, udforme udbudsmateriale, gennemføre en samlet udbudsproces med standstill-periode samt tildele og implementere rammeaftalen.

Fællesindkøb Fyn havde i øvrigt allerede den 4. februar 2022 besluttet at nedsætte en styregruppe med henblik på forberedelsen af et udbud af sundhedsfaglige vikarydelser. Udbudsprocessen blev fremmet, efter det stod klart, at SKI-rammeaftale 17.17, delaftale 3, ville ophøre væsentligt tidligere end planlagt.

Ad påstand 2

SundVikar har gjort gældende, at klagenævnet skal erklære den indgåede kontrakt med Carelink for uden virkning på baggrund af overtrædelserne anført under påstand 1, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1.

Sanktionen uden virkning gælder fra tidspunktet, hvor den ulovligt indgåede aftale trådte i kraft. Der skal ikke tages hensyn til, hvornår Fællesindkøb Fyn kunne være klar med en ny rammeaftale efter et udbud.

Såfremt Fællesindkøb Fyn var gået i gang med udarbejdelsen af udbuddet straks efter første meddelelse om rammeaftalens snarlige udløb, ville Fællesindkøb Fyn have haft mindst 3 måneder til at gennemføre udbuddet.

Fællesindkøb Fyn har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at erklære den indgåede rammeaftale for uden virkning. Fællesindkøb Fyn var berettiget til at indgå den midlertidige rammeaftale med Carelink uden gennemførelse af et udbud i henhold til reglerne i udbudslovens afsnit III.

Såfremt klagenævnet måtte nå frem til, at Fællesindkøb Fyn ikke var berettiget til at indgå den midlertidige aftale med Carelink uden gennemførelse af et udbud i henhold til udbudslovens afsnit III, skal rammeaftalen opretholdes, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 3. Aftaleområdet er personfølsomt, og der foreligger tungtvejende hensyn til borgernes liv og sikkerhed. Det er afgørende, at Fællesindkøb Fyn var i stand til at anskaffe sig sundhedsfaglige vikarydelser på et sikkert aftalegrundlag, indtil et nyt udbud var gennemført, og en ny rammeaftale kunne træde i kraft.

Rammeaftalen med Carelink kan under alle omstændigheder ikke erklæres for uden virkning allerede fra den 16. maj 2022. Uden virkning bør kun indtræde fra det tidspunkt, hvor klagenævnet måtte mene, at Fællesindkøb Fyn skulle være i stand til at have gennemført et nyt udbud.

Ad påstand 3

SundVikar har gjort gældende, at klagenævnet skal pålægge Fællesindkøb Fyn en økonomisk sanktion for kontrakten om vikarydelser indgået med Carelink, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 19, stk. 2, nr. 3.

Hvis Fællesindkøb Fyn som indkøbsfællesskab ikke kan pålægges en økonomisk sanktion, skal denne splittes op og pålægges de deltagende kommuner.

Fællesindkøb Fyn har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at pålægge Fællesindkøb Fyn, der ikke er en juridisk person, en økonomisk sanktion.

Skulle klagenævnet pålægge Fællesindkøb Fyn eller kommunerne i fællesindkøbet en økonomisk sanktion, bør denne fastsættes under hensyn til, at Fællesindkøb Fyn befandt sig i en umulig situation, hvor det, som følge af det pludselige ophør af delaftalen mellem SKI og SundVikar, var nødvendigt at etablere et alternativt midlertidigt aftalegrundlag, indtil en ny aftale kunne indgås på baggrund af et udbud.

Den økonomiske sanktion bør endvidere fastsættes under hensyn til, at Fællesindkøb Fyn foretog en markedsafdækning og indhentede flere tilbud, inden der blev indgået en midlertidig rammeaftale med Carelink.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Påstanden vedrører spørgsmålet, om betingelserne i udbudslovens § 187, stk. 5, jf. § 80, stk. 5, var opfyldt, således at den midlertidige rammeaftale med Carelink kunne indgås uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Klagenævnet lægger til grund, at rammeaftalen blev indgået mellem Fællesindkøb Fyn v/Faaborg-Midtfyn Kommune på vegne af Faaborg-Midtfyn, Kerteminde, Langeland, Nordfyn og Nyborg kommuner og Carelink.

Det kan ubestridt lægges til grund, at den indgåede midlertidige rammeaftale havde en størrelse, som indebar, at den var udbudspligtig i henhold til udbudslovens afsnit III.

Efter udbudslovens § 187, stk. 1, skal en ordregiver ved indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser på forhånd offentliggøre en udbudsbekendtgørelse eller en forhåndsmeddelelse.

Det følger af § 187, stk. 5, at bestemmelsen i stk. 1 kan fraviges i tilfælde, der svarer til de tilfælde, der er omfattet af §§ 80-83.

Efter udbudslovens § 80, stk. 5, kan en ordregiver anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling.

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015 fremgår:

”...

Bestemmelsen i stk. 5 fastslår, at en ordregiver også kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling. Tvingende grunde udgør ekstraordinære situationer, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives denne ordregiver, der gør det umuligt at gennemføre en almindelig procedure, selv med forkortede tidsfrister. Dette kan for eksempel være tilfældet, hvor naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling af hensyn til menneskers liv og sundhed. Ved vurdering af, om der er tale om strengt nødvendigt omfang, foretages en vurdering af arten og omfanget af den skade, som kan indtræde, og risikoen for, at den rent faktisk indtræder, hvis udbudsformen ikke anvendes. Betingelsen om, at ordregiveren ikke har kunnet forudse de pågældende tvingende grunde, skal forstås således, at ordregiveren ikke burde have kunnet forudse dette. De omstændigheder der påberåbes som tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives ordregiveren.

Det er et krav, at den kontrakt, der indgås i medfør af reglen, begrænses til det nødvendige. Kan kontrakten opdeles, omfattes kun de dele af kontrakten, som de tvingende grunde er knyttet til, mens de øvrige udbydes efter de sædvanlige regler.

...”

Udbudslovens § 80, stk. 5, implementerer artikel 32, stk. 2, litra c), i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU). Artikel 32, stk. 1, og stk. 2, litra c), har følgende ordlyd:

”Stk. 1. I de særlige tilfælde og under de omstændigheder, der er fastsat i stk. 2-5, kan medlemsstaterne give de ordregivende myndigheder mulighed for at tildele offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.

Stk. 2. Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse kan anvendes i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter i følgende tilfælde:

...

c) i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling. De

omstændigheder, der påberåbes som tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives den ordregivende myndighed.

...”

Følgende fremgår af udbudsdirektivets præambelbetragtning 80:

”... Kun i ekstraordinære situationer, hvor tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives denne ordregivende myndighed, gør det umuligt at gennemføre en almindelig procedure, selv med forkortede tidsfrister, bør de ordregivende myndigheder i strengt nødvendigt omfang have mulighed for at tildele kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse. Dette kan være tilfældet, hvor naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling.”

Det følger af EU-Domstolens praksis, at bestemmelsen er en undtagelsesbestemmelse, der skal fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at der foreligger særlige omstændigheder, som berettiger til at anvende undtagelsen, påhviler den, der vil påberåbe sig dem, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 18. november 2004 i sag C-126/03, Kommissionen mod Tyskland, præmis 23 (om dagældende artikel 11, stk. 3, litra d), i direktiv 92/50).

Der er således tale om en snæver undtagelsesbestemmelse, og bevisbyrden for, at den finder anvendelse, påhviler Fællesindkøb Fyn.

Det følger desuden af EU-Domstolens praksis, bl.a. af dommen i C-126/03, Kommissionen mod Tyskland, præmis 23, at der er tre kumulative betingelser, som skal være opfyldt, for at bestemmelsen finder anvendelse. Anvendelsen forudsætter,

- 1) en uforudseelig begivenhed,
- 2) en uopsættelighed af tvingende karakter, der ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder, og
- 3) en årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende uopsættelighed.

Ad 1) En uforudseelig begivenhed

En ordregivende myndighed bærer ansvaret for at føre kontrol med, at den maksimale værdi, der indkøbes på en rammeaftale, ikke overstiges. En ophævelse af en rammeaftale som følge af, at maksimalværdien i rammeaftalen nås, kan i almindelighed ikke betegnes som en uforudsigelig begivenhed, selv om ophævelsen sker før rammeaftalens fastlagte ophør.

SundVikar oplyste den 10. februar 2022 over for Fællesindkøb Fyn og SKI, at det var SundVikars opfattelse, at delaftale 3 ville ophøre, når delaftalens maksimale omsætningsværdi blev nået, forventeligt ”medio april/primomaj” 2022.

Ved meddelelsen fra SundVikar blev Fællesindkøb Fyn gjort bekendt med forventningen om, at rammeaftalen ikke ville kunne anvendes efter ”medio april/primomaj” 2022.

Rammeaftalens efterfølgende opsigelse med virkning fra den 15. maj 2022 var derfor ikke en uforudseelig begivenhed.

Det forhold, at SKI den 1. februar 2022 havde oplyst Fællesindkøb Fyn om, at kunder på aftalen om vikarydelser ville være aftaledækket, indtil en ny aftale var klar, kan ikke føre til et andet resultat.

Denne betingelse er derfor ikke opfyldt.

Ad 2) En uopsættelighed af tvingende karakter, der ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder

En uopsættelighed af tvingende karakter/tvingende grunde kan bl.a. være begrundet i hensynet til den offentlige sundhed, den offentlige sikkerhed, mennesker og dyrs liv og sundhed, hensynet til miljøet og lignende.

Den midlertidige rammeaftale med Carelink vedrørte vikarydelser til Faaborg-Midtfyn, Kerteminde, Langeland, Nordfyn og Nyborg kommuner. Fællesindkøb Fyn har bevisbyrden for, at der var tvingende grunde til at indgå den midlertidige rammeaftale med Carelink uden udbud.

Som anført ad 1) blev SKI og Fællesindkøb Fyn den 10. februar 2022 gjort bekendt med forventningen om, at rammeaftalen ikke ville kunne anvendes efter ”medio april/primomaj” 2022.

Fællesindkøb Fyn har ikke oplyst nærmere om, hvorfor det ikke var muligt at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder, herunder en hasteprocedure.

Det er klagenævnets vurdering, at Fællesindkøb Fyn ikke har løftet bevisbyrden for, at der forelå tvingende grunde, der ikke tillod at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder.

Det, som Fællesindkøb Fyn har anført om, at det ikke var muligt at gennemføre et udbud i henhold til udbudslovens afsnit III inden for den ganske korte periode fra opsigelsen af delaftens den 8. april 2022, kan ikke føre til et andet resultat.

Denne betingelse er derfor ikke opfyldt.

Ad 3) en årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende uopsættelighed

Allerede fordi der ikke forelå en uforudseelig begivenhed eller tvingende grunde, som ikke tillod overholdelse af fristerne for en udbudsprocedure, er kravet om årsagsforbindelse ikke opfyldt.

Klagenævnet tager på den baggrund påstanden til følge.

Ad påstand 2 og 3

Fællesindkøb Fyn har i strid med udbudsloven på vegne af kommunerne indgået en udbudspligtig kontrakt om levering af vikarydelser for en periode på 5 ½ måneder uden forudgående udbud og uden at offentliggøre en profylaksebekendtgørelse, jf. klagenævnslovens § 4. Betingelserne i klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, for at erklære rammeaftalen for uden virkning er derfor opfyldt.

Den midlertidige rammeaftale er udløbet. En kontrakt kan kun erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer i kontrakten, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 1, 1. pkt., og rammeaftalen kan derfor ikke erklæres for uden virkning. Klagenævnet skal i stedet fastsætte en økonomisk sanktion, jf. § 19, stk. 2, nr. 3, jf. § 18, stk. 2, nr. 3.

Det følger af klagenævnslovens § 19, stk. 1, at klagenævnet kan pålægge en ordregiver, som er en del af den offentlige forvaltning, og som ikke er etableret på privatretligt grundlag, en økonomisk sanktion, når klagenævnet ikke erklærer hele kontrakten for uden virkning, jf. § 18, stk. 2.

Det følger af forarbejderne til klagenævnslovens § 19, at størrelsen af den økonomiske sanktion skal fastsættes efter en simpel model, hvorved det skønsmæssige element begrænses. Modellen er dog vejledende, og det samme er de til modellen knyttede procentsatser, som kan fraviges i op- eller nedgående retning, hvis der konkret er formildende eller skærpende omstændigheder.

Overtrædelsen vedrører klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, som er en af de alvorligste overtrædelser, hvor den økonomiske sanktion som udgangspunkt beregnes til 5 % af kontraktens anslåede værdi. Fællesindkøb Fyn har oplyst, at der i perioden 16. maj 2022 til 31. juli 2022 har været en omsætning på den midlertidige rammeaftale med Carelink på 6.267.162,23 kr. Den midlertidige rammeaftale med Carelink blev opsagt med virkning fra den 31. oktober 2022. Efter det oplyste om omsætningen på rammeaftalen fastsættes kontraktens anslåede værdi for hele perioden skønsmæssigt til 13.673.808 kr. Den økonomiske sanktion ville dermed som udgangspunkt udgøre 683.690 kr.

Ved fastsættelse af sanktionens størrelse har klagenævnet i formildende retning lagt vægt på følgende forhold:

SKI meddelte den 1. februar 2022 Fællesindkøb Fyn, at genudbuddet af SKI-aftalen var blevet fremrykket, og at den gældende rammeaftale først ville udløbe, når den nye rammeaftale trådte i kraft. SKI meddelte samtidig, at Fællesindkøb Fyn dermed fortsat ville være aftaledækket.

Fællesindkøb Fyn reagerede straks på SundVikars henvendelse den 10. februar 2022 ved den 11. februar 2022 at forespørge om SKI's bemærkninger hertil. Fællesindkøb Fyn henviste i den forbindelse til, at "Vi har talt om, at SKI ikke havde en forventning om, at rammen vil blive udtømt på aftalen". I en situation som den foreliggende må der gives Fællesindkøb Fyn en rimelig tid til at undersøge spørgsmålet om rammeaftalens rækkevidde nærmere med

SKI, herunder på baggrund af indholdet af SKI's henvendelse den 1. februar 2022.

Forinden Fællesindkøb Fyn indgik den midlertidige aftale med Carelink, gennemførte Fællesindkøb Fyn en tilbudsindhentning. Fællesindkøb Fyn havde desuden allerede den 4. februar 2022 besluttet at nedsætte en styregruppe med henblik på forberedelsen af et udbud af sundhedsfaglige vikarydelser. Ifølge Fællesindkøb Fyn blev udbudsprocessen fremmet, efter det stod klart, at SKI-rammeaftalen ville ophøre væsentligt tidligere end planlagt.

Ved genudbuddet blev der fastsat en kort frist på 20 dage til at afgive tilbud, hvorved varigheden af den midlertidige aftale med Carelink blev søgt begrænset mest muligt.

Klagenævnet finder herefter, at den økonomiske sanktion skønsmæssigt skal fastsættes til 400.000 kr.

Beløbet skal betales til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. klagenævnslovens § 19, stk. 4.

Klagenævnet tager herefter ikke påstand 2 til følge, mens påstand 3 tages til følge.

Da SundVikar har været selvmøder under klagesagen, er der ikke grundlag for at tilkende SundVikar et beløb til godtgørelse af sagsomkostninger.

Herefter bestemmes

Ad påstand 1

Fællesindkøb Fyn v/Faaborg-Midtfyn Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have indgået en rammeaftale med Carelink A/S uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5, ikke var opfyldt.

Ad påstand 3

Fællesindkøb Fyn v/Faaborg-Midtfyn Kommune skal betale en økonomisk sanktion på 400.000 kr. til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Beløbet skal betales inden 8 uger efter modtagelsen af denne kendelse.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for klagenævnet til den anden part.

Klagegebyret tilbagebetales.

Niels Feilberg Jørgensen

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Louise Dissing Jensen
fuldmægtig