

Klagenævnet for Udbud

(Michael Kistrup, Thomas Grønkær, Melitta Keldebæk)

J.nr.: 2009-0018890

30. september 2009

K E N D E L S E

Dansk Erhverv
(advokat Sven Petersen, København)

mod

Region Nordjylland
(advokat Tina Braad, Århus)

Ved offentliggørelse på Region Nordjyllands (indklagedes) hjemmeside den 12. februar 2009 iværksatte indklagede en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) vedrørende rammeaftaler om variceoperationer 2009 og den 16. februar 2009 vedrørende rammeaftaler om neurologiske undersøgelser 2009 og brokoperationer 2009. Samtidig med offentliggørelsen på hjemmesiden orienterede indklagede ved e-mails privathospitaler og privatklinikker i Danmark om de udbudte rammeaftaler.

Rammeaftalerne omfattes af bilag II.B til direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet). Indklagede har således ikke iværksat EU-udbud ved offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i De Europæiske Fællesskabers Tidende, jf. Udbudsdirektivets artikel 21.

Fristen for afgivelse af tilbud var fastsat til den 2. marts 2009.

Den 13. marts 2009 indgav klageren, Dansk Erhverv klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 7.

april 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved i udbudsbetingelserne om rammeaftalerne om variceoperationer 2009, om neurologiske undersøgelser 2009 og om brokoperationer 2009 som mindstekrav at have fastsat følgende:

- for så vidt angår variceoperationer:
 - »Tilbudsgiver skal senest 14 dage efter underskrift af rammeaftale kunne udføre forundersøgelse og efterkontrol i Region Nordjylland eller dog maksimalt 60 kilometer i luftlinie fra grænsen til Region Nordjylland.«
 - og »Tilbudsgiver skal senest 1 måned efter underskrift af rammeaftalen kunne udføre operationer i Region Nordjylland eller dog maksimalt 100 kilometer i luftlinie fra grænsen til Region Nordjylland.«,
- for så vidt angår neurologiske undersøgelser:
 - »Tilbudsgiver skal senest 14 dage efter underskrift af rammeaftale kunne udføre de af udbuddet omfattede neurologiske undersøgelser samt basisneurologiske forundersøgelsesforløb i Region Nordjylland eller dog maksimalt 100 kilometer i luftlinie fra grænsen til Region Nordjylland.«
 - og
- for så vidt angår brokoperationer:
 - »Tilbudsgiver skal senest 14 dage efter underskrift af rammeaftale kunne udføre forundersøgelse og efterkontrol i Region Nordjylland eller dog maksimalt 60 kilometer i luftlinie fra grænsen til Region Nordjylland.«
 - og »Tilbudsgiver skal senest 1 måned efter underskrift af rammeaftalen kunne operationer i Region Nordjylland eller dog maksimalt 100 kilometer i luftlinie fra grænsen til Region Nordjylland.«.

Påstand 2.

Klagenævnet skal annulleres den 12. og 16. februar 2009 iværksatte tilbudsindhentning vedrørende rammeaftaler om variceoperationer 2009 og vedrørende rammeaftaler om neurologiske undersøgelser 2009 og brokoperationer 2009.

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

I udbudsbetingelserne og i de e-mails, hvormed indklagede orienterede privathospitaler og privatklinikker i Danmark om de udbudte rammeaftaler er de i påstanden gengivne mindstekrav anført.

Baggrunden for, at indklagede udbød rammeaftalerne, var et ønske om inden den 1. juli 2009 at afvikle en ventetidspukkel, der var oparbejdet i forbindelse med overenskomstkonflikten på sundhedsområdet i foråret 2008. Ventetidspuklen betød, at det udvidede frie sygehusvalg blev suspenderet af regeringen, men sat i kraft igen den 1. juli 2009. Suspensionen var begrundet i et behov for at sikre, at ventelistepatienter, der efter en lægefaglig vurdering havde mest behov herfor, først blev visiteret til behandling.

Som led i arbejdet med at sikre dette udsendte Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse den 26. juni 2008 »Retningslinjer for prioritering og visitation af ventelistepatienter efter overenskomstkonflikten på sygehusområdet«. Der anføres i retningslinjerne, der var gældende til den 30. juni 2009, bl.a. :

»...

Regeringen og Danske Regioner har den 14. juni 2008 indgået aftale om regionernes økonomi for 2009. Parterne har i den forbindelse og foranlediget af den nu afsluttede overenskomstkonflikt på sygehusområdet bl.a. aftalt følgende:

»Ovenpå årets overenskomstkonflikt deler regeringen og regionerne imidlertid en ganske særlig udfordring efter strejker blandt sundhedspersonalet. Det har resulteret i, at en stor gruppe patienter nu venter på behandling. Det vil være en stor udfordring at tilbyde dem behandling inden for en rimelig tid. En målrettet indsats vil være nødvendig for at overvinde konfliktens konsekvenser.

Parterne er enige om at gennemføre ekstraordinære tiltag med afsæt i et styrket samarbejde mellem regionerne og private sygehuse og klinikker for at nyttiggøre den samlede kapacitet bedst muligt til gavn for patienterne.

For ikke at blive sat år tilbage i forhold til den fælles succes, der er opnået på sundhedsområdet, iværksættes følgende:

- Regeringen agter at søge tilslutning til at suspendere det udvidede frie sygehusvalg frem til 1. juli 2009, hvorefter det automatisk gen-

indføres. Dette nødvendige tages i brug som konsekvens af den force majeure situation, overenskomstkonflikten har skabt. Regionerne forpligter sig til at anvende den private kapacitet, der derved frigives. (...)

...«

Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse, Danske Regioner og Sammenslutningen af Privathospitaler og Privatklinikker i Danmark (SPPD) er enige om, at der for perioden indtil det udvidede frie valgs forventede suspension iværksættes nedenstående initiativer:

...

Regionale samarbejdsudvalg

Der oprettes et samarbejdsudvalg i hver af de 5 regioner. ... Udvalgene koordinerer deres arbejde på tværs af regionerne efter behov,

Behandlingskapacitetsoversigter

Der udarbejdes månedsvise oversigter over den samlede behandlingskapacitet af forskellige patientkategorier inden for de enkelte specialer på henholdsvis regionens sygehuse og samarbejdssygehuse samt på private sygehuse og klinikker i regionen. Disse opgøres af de respektive parter. Herudover udarbejdes oversigter over eventuel overskudskapacitet på disse sygehuse og klinikker, som udveksles med samarbejdsudvalgene i de andre regioner med henblik på tværregional koordination af overskudskapacitet. Samarbejdsudvalget tager i deres arbejde udgangspunkt i disse oversigter.

Retningslinier for prioritering og visitation af patienter

Med det formål at nyttiggøre den samlede behandlingskapacitet bedst muligt udarbejder udvalget retningslinjer for prioriteringen og visitationen af ventelistepatienter fra regionen inden for de enkelte specialer, således at de patienter, som ud fra en lægefaglig vurdering har mest behov for det, visiteres til behandling først. Ved fastlæggelse af retningslinjerne skal det iagttages, at patienter fra andre regioner også kan vælge behandling på private sygehuse og klinikker i regionen.

De private sygehuse og klinikker under SPPD prioriterer i videst muligt omfang patienter i forhold til samarbejdsudvalgets anvisninger. De private sygehuse og klinikker kan dog ikke afslå at behandle bestemte patienter eller at foretage behandling inden for bestemte lægefaglige specialer, medmindre der er dokumenterede lægefaglige grunde til det, eller behandlingskapaciteten ikke er til stede.

Patienter, der er booket til behandling på et privat sygehus og har fået meddelelse herom, bevarer denne booking i henhold til gældende lov-

givning. Patienter, der måtte være henvist til et privat sygehus eller klinik efter den udvidede fritvalgsordning, men endnu ikke har modtaget en tid, bevarer retten til behandling på det private sygehus, men indgår i den aftalte prioritering efter sundhedsfaglige kriterier.

Kapacitetsanvendelse

Regionen er forpligtet til at købe ledig behandlingskapacitet på de private sygehuse og klinikker svarende til et månedligt gennemsnit af omsætningen på alle de private sygehuse og klinikker i henhold til den udvidede fritvalgsordning i perioden 1. oktober 2007 til 31. marts 2008. Regionens køb af behandlingskapacitet skal ses over hele perioden, hvor disse retningslinier gælder.

Indtil det udvidede frie sygehusvalg suspenderes vil det enkelte private sygehus og klinik blive honoreret for de konkrete patienter, der behandles efter de fastsatte takster i aftalen med Danske Regioner. Standardafialen mellem Danske Regioner og privatsygehusene er gældende indtil suspensionen.

...«

Ved en telefaxskrivelse af 27. februar 2009 til indklagede anførte Sammenlutningen af Privathospitaler og Privatklinikker i Danmark (i det følgende SPPD), at de afstandskrav, der var fastsat i mindstekravene, efter SPPD's opfattelse var diskriminerende og i strid med det EU-retlige lighedsprincip, ligesom SPPD opfordrede indklagede til at ændre udbudsbetingelserne herom.

Som svar på denne henvendelse oplyste indklagede ved en e-mail af samme dato til SPPD bl.a. følgende:

»...

Derudover har Konkurrencestyrelsen overfor Region Midtjylland og Region Nordjylland telefonisk oplyst, at der i forbindelse med udbud af sundhedsydelser lovligt vil kunne opstilles et mindstekrav om, at behandling skal foregå i en vis afstand fra regionen, idet hensynet til at patienterne ikke skal transporteres langt vejer tungt. Region Midt har anvendt dette mindstekrav i forbindelse med udbud af MR scanninger medio 2008 og Region Hovedstaden har også mig bekendt anvendt et tilsvarende mindstekrav i forbindelse med udbud af sundhedsydelser ultimo 2008.

De opstillede afstandskriterier er valgt ud fra en forudsætning om, at den eller de aftaler, der indgås efter udbudet, effektivt skal kunne afvikle de tilstedeværende ventetidspukler, hvorved samtidigt forstås, at re-

gionen vil have sikkerhed for, at regionens patienter ønsker at benytte sig af aftalerne. Region Nordjyllands erfaringer med tidligere lignende aftaler viser, at patienternes ønsker om at benytte sig af aftalerne i høj grad afhænger af afstanden fra hjem til undersøgelses- og behandlingssted, og regionen har således ud fra et tungtvejende og servicemæssigt hensyn til patienterne valgt at gennemføre udbudet med de indlagte afstandskriterier.

Regionen lægger i relation hertil vægt på, at de opstillede afstandskriterier ikke relaterer sig til tilbudsgivernes domicil, men derimod alene til stedet for undersøgelser og operationer. Der vil således ikke være noget til hinder for, at en tilbudsgiver, der har domicil uden for de fastlagte grænser, etablerer sig midlertidigt inden for grænserne med henblik på opfyldelse af den konkrete aftale.

...«

SPPD udbad sig ved en e-mail af 27. februar 2007 en begrundelse for den kilometerangivelse, der var fastsat i mindstekravene, idet man ikke ville anfægte, at indklagede kunne lægge vægt på hensyn til transportomkostninger og patientens transport.

Indklagede besvarede den henvendelse ved en e-mail af 3. marts 2009. Der anføres i e-mailen bl.a. følgende:

»Som nævnt i regionens tidligere svar, har det ved planlægningen af de aktuelle udbud været højt prioriteret, at regionen via aftalerne skal være i stand til hurtigt at afvikle de ventetidspukler, der opstod som følge af sygeplejeskestrejken i foråret 2008. På baggrund af erfaringerne med regionens tidligere udbud og udnyttelsen af Danske Regioners aftaler med landets privathospitaler under det frie udvidede sygehusvalg, har Region Nordjylland måtte konkludere, at patienterne kun ved meget få af de udbudte operationstyper er villige til at rejse uden for regionen for at blive behandlet. Af de udbudte operationer- og behandlinger er det således kun fedmeoperationer, hvor afstanden til behandlingsstedet erfaringsmæssigt ikke har indflydelse på udnyttelsesgraden af aftalen.

Da antallet af privathospitaler i Nordjylland er begrænset, og da regionen som et sekundært mål tillige har ønsket at nedbringe priserne via konkurrenceudsættelse, har regionen valgt at udvide den geografiske udstrækning for mulige tilbudsgivere. De valgte grænser på henholdsvis 100 km for operationer/behandling og 60 km for forundersøgelser er valgt ud fra en afvejning af, hvorledes der opnås en maksimal udnyttelsesgrad for aftalerne sammenholdt med ønsket om at konkurrenceudsætte pris og kvalitet.

Regionen afviser ikke, at en kontrakt med et privathospital om eksempelvis udførelse af åreknudebehandling på Sjælland ville blive udnyttet af enkelte patienter i Nordjylland. Henset til ovennævnte erfaringer og formål ville indgåelse af en sådan aftale med en sjællandsk leverandør dog ikke være hensigtsmæssig for hverken regionen eller den private leverandør, idet aftalen kun i begrænset omfang ville blive udnyttet. I forhold til den private leverandør ville dette blandt andet bevirke, at investeringer og ressourceplanlægning med henblik på opfyldels[e] af kontrakten ikke ville stå mål med et forventet flow af patienter, samtidigt med, at regionens estimer for antallet af patienter i kontraktperioden ville blive så usikre, at estimerne ingen værdi ville have for hverken tilbudsgiverne eller regionen selv.

Som det fremgår af ovenstående redegørelse, har regionen lagt vægt på afstanden til behandlingen. Som tidligere nævnt, har regionen derimod ikke lagt vægt på privathospitalernes hjemsted (domicilkrav). De opstillede afstandskriterier, sammenholdt med de tidsmæssige krav til opfyldelse af disse afstandskriterier, gør, at private leverandører gives mulighed for midlertidigt at etablere sig inden for de angivne behandlingsgrænser med henblik på opfyldelse af den konkrete aftale.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1.

Klageren har gjort gældende, at de som mindstekrav angivne afstandskrav er i strid med det EU-retlige lighedsprincip. Kravene gør rammeaftalerne uattraktive for tilbudsgivere uden for de geografiske grænser, uanset om de kan etablere sig inden for grænserne. Mindstekravene er usaglige.

Indklagede har gjort gældende, at afstandskravene er begrundet i saglige hensyn. Afstandskravene skal sikre effektiv udnyttelse af ventetidspunkter under hensyn til, at patienter erfaringsmæssigt ikke er villige til at rejse langt for at blive behandlet. Afstandskravene berører ikke etableringsretten, og eventuelle tilbudsgivere uden for den geografiske grænse kan købe ledig kapacitet hos private hospitaler og klinikker. Der er derfor ikke sket en krænkelse af hverken det EU-retlige lighedsprincip eller reglerne om etableringsfriheden.

Indklagede har videre gjort gældende, at afstandskravene er begrundet i tvingende almene hensyn, idet de udbudte rammeaftaler er en del af bestræ-

belserne på at nedbringe den ventetidspukkel, der opstod som konsekvens af overenskomstkonflikten på sundhedsområdet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at krænkelse af udbudsreglerne bør medføre, at proceduren vedrørende tilbudsindhentelsen annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at da ingen regler er krænkede, er der ikke grundlag for at annullere proceduren for tilbudsindhentningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1.

Formålet med de udbudte rammeaftaler har været effektivt at afvikle de ventetidspukler, der opstod som følge af overenskomstkonflikten på sundhedsområdet i foråret 2008. Indklagede har i den forbindelse ønsket sikkerhed for, at indklagedes patienter ønskede at benytte sig af aftalerne, idet man har erfaring for, at patienterne kun ved meget få af de udbudte operationstyper er villige til at rejse uden for regionen for at blive behandlet.

Af indklagedes redegørelser til SPPD af 3. marts 2009 fremgår, at antallet af privathospitaler i Nordjylland er begrænset, men at indklagede af konkurrencemæssige årsager valgte at udvide den geografiske udstrækning uden for regionens grænser for mulige tilbudsgivere. Det fremgår videre, at de valgte minimumskrav i form af afstandskrav på henholdsvis 100 km for operationer og behandling og 60 km for forundersøgelser var valgt ud fra en afvejning af ønsket om en maksimal udnyttelsesgrad for aftalerne og ønsket om at udsætte rammeaftalerne for konkurrence.

Indklagede har ikke ved mindstekravene geografisk begrænset adgangen til at afgive tilbud på rammeaftalerne, men alene stillet krav om, at operationer, behandling og forundersøgelser skulle ske inden for et bestemt område. Indklagede har herved varetaget saglige hensyn i forhold til patienterne i indklagedes område og til en effektiv udnyttelse af rammeaftalerne. Indklagede har således ved angivelsen af mindstekravene i udbudsbetingelserne ikke handlet på en måde, der indbærer en forskelsbehandling af potentielle tilbudsgivere. Det bemærkes i den forbindelse, at Klagenævnet ikke finder grundlag for at tilsidesætte det

skøn, som indklagede har foretaget ved vurderingen af den afstand, som patienter vil rejse for at modtage behandling.

Ad påstand 2.

Som følge af det ad påstand 1 anførte, tages påstand 2 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig