

K E N D E L S E

Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS
(selv)

mod

Region Midtjylland
(selv)

Klagenævnet har den 8. februar 2013 modtaget en klage fra Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS.

Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

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

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskriftet med bilag 1 – 4 og et supplerende klageskrift af 20. februar 2013 samt svarskrift med bilag A – J.

Klagens indhold:

Det supplerende klageskrift indeholder følgende reviderede påstande

»Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har overtrådt princippet om ligebehandling ved i evalueringen af de indkomne tilbud at lægge vægt på forhold, der ikke har været udtrykkeligt angivet i udbudsmaterialet.

Påstand 2:

Principalt: Klagenævnet skal annullere udbudsrunden, således at udbudet skal gå om.

Subsidiært: [Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS] tilkendes erstatning for uretmæssigt at være blevet forbigået ved tildelingen af delaftaler.«

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

Andre oplysninger i sagen:

Region Midtjylland annoncerede den 16. oktober 2012 på www.udbud.dk kontrakter vedrørende vikarer til hjemmerespirationsområdet i Region Midtjylland.

Ved udløb af fristen for anmodning om prækvalifikation den 7. november 2012 havde Region Midtjylland modtaget i alt 13 anmodninger herom, herunder fra Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS.

Følgende 7 virksomheder blev prækvalificeret:

- Bruger – Hjælperformidlingen A/S
- Det Sundhedsfaglige Børneteam A/S
- Sygeplejerskernes Vikarbureau ApS (klageren)
- HandicapHjælp Danmark ApS
- Kinnerup Care ApS
- AktivCare A/S
- CareLink A/S

I udbudsbetingelserne står der om den udbudte ydelse blandt andet:

»Det er Region Midtjyllands kerneområde at drive hospitalsvirksomhed. Regionen tager sig dog også af specialiserede opgaver på det sociale område og i forhold til handicappede børn og voksne.

Til opfyldelse af de behov har Respirationsteamet, Århus Universitetshospital, behov for at kunne rekruttere vikarer fra eksterne samarbejdspartnere.

Vikardækningen på hjemmerespirationsområdet er midlertidig og er en nødvendighed for sikring af en hurtig udskrivningsfrekvens fra Sygehusvæsenet i forhold til patientgruppen inden for området....

Vikardækningen drejer sig om sager, hvor der akut eller med kort varsel opstår et behov for samtidig overvågning som følge af patientens behandling med respiratorisk udstyr og generel pasning og pleje som følge af funktionsnedsættelsen/handicappet.

Vikardækningen er en midlertidig foranstaltning i alle tilfælde, idet det tilstræbes at forankre en fast hjælperordning i hjemkommunen inden for 3-6 måneder fra udskrivelsen. Dog er der oftest i børnesagerne tale om behov for vikardækning i et noget længere forløb, da der ud fra en helhedsvurdering er lægelig indikation for et sundhedsfagligt beredskab.

Vikardækningen varetages i fællesskab af region og kommune fra udskrivningstidspunktet. Regionen har ansvaret for den respiratoriske behandling og overvågning, og kommunen har ansvaret for pleje og omsorg, praktisk og personlig bistand samt støtte til opretholdelse af livsudfoldelse, herunder leg, stimulering og aflastning af forældre i relation til børnesagerne. Den primære opgave for vikarbureauet er at varetage den respiratoriske overvågning. Dog vil der i størstedelen af opgaverne være tale om behov for, at vikarbureauet ligeledes varetager kommunens opgaver, således at ressourcspild undgås.

Vikardækningen er ikke vikardækning i traditionel forstand, men har karakter af egentlige bemandingsløsninger, idet der oftest er tale om enten 24 timers dækning hele året rundt eller natlig dækning fra 7 op til 12 timer pr. døgn, herunder også på søndage og helligdage. Vikardækningen koncentrerer sig primært omkring storbyerne.

...

Udbuddet af vikarer til hjemmerespirationsområdet er ... tjenesteydelser, der er omfattet af Udbudsdirektivet, bilag II B. Udbuddet gennemføres derfor som et begrænset annonceringsudbud i henhold til Tilbudslovens regler om annoncering, jf. §§ 15 a-d.

...«

I udbudsbetingelsernes pkt. 1.16.2 var det anført, at kontrakten blev udbudt som 7 delaftaler, der var fordelt således:

Børnesager (under 18 år)

1. Sygeplejersker
2. Sygeplejersker/social- og sundhedsassistenter
3. Social- og sundhedsassistenter

Voksensager (over 18 år)

4. Sygeplejersker
5. Sygeplejersker/social- og sundhedsassistenter
6. Social- og sundhedsassistenter

Børnesager og voksensager

7. Ufaglærte

Aftalerne angik vikardækning i Region Midtjylland med option på Region Nordjylland. Aftalerne angik for Region Midtjyllands vedkommende endvidere perioden 1. marts 2013 – 29. februar 2016 med option på forlængelse i op til 2 år. Region Midtjyllands estimerede forbrug af vikarydelser fra eksterne bureauer var i 2011 på ca. 95 mio. kr. og for Region Nordjylland på ca. 32 mio. kr.

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende underkriterier:

- Tilbudspris (60 %)
- Kvalitet (40%)
 - Kvalitetssikring
 - Samarbejdsstruktur med borgeren i eget hjem
 - Samarbejdsstruktur mellem Leverandøren og Respirationsteam
 - Kompetenceudvikling

Efter udbudsbetingelsernes pkt. 1.17 skulle hver aftale indgås som parallelle rammeaftaler med flere (forventet 3) leverandører inden for samme fagområde. Efter samme bestemmelse ville de efterfølgende ordrer under rammeaftalerne blive placeret hos de valgte leverandører ud fra en prioriteret rækkefølge, således at ordren ville skulle tildeles den bedst prioriterede virksomhed, medmindre denne ikke kunne påtage sig opgaven.

Ved tilbudsfristens udløb den 20. december 2012 havde indklagede modtaget tilbud fra alle 7 prækvalificerede virksomheder.

Den 30. januar 2013 meddelte indklagede tilbudsgiverne sine tildelingsbeslutninger. Det fremgik heraf blandt andet, at klageren blev tildelt følgende delaftaler med følgende prioritet:

- Delaftale 1: 2. prioritet
- Delaftale 2: 2. prioritet
- Delaftale 3: 3. prioritet
- Delaftale 6: 3. prioritet

Klageren indgav som anført ovenfor den 8. februar 2013 klage til Klagenævnet for Udbud.

Region Midtjylland har oplyst, at regionen har valgt at overholde en frivillig stand still-periode, indtil klagenævnet har behandlet spørgsmålet om opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter påstand tillægge en klage opsættende virkning.«

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:

Klagen angår en overtrædelse af det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, og der er derfor ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage indklagedes afvisningspåstand til følge.

Det lægges til grund, at de udbudte ydelser er omfattet af udbudsdirektivets bilag II B. Det følger på denne baggrund af udbudsdirektivets artikel 21, at kontrakter herom udelukkende er underlagt bestemmelserne i direktivets artikel 23 og 35, stk. 3. Disse bestemmelser er ikke relevante for nærværende sag.

Da delaftalerne i oktober 2012 blev annonceret, fremgik det af den dagældende bestemmelse i tilbudslovens § 15 a, stk. 1, nr. 3, at reglerne i tilbudslovens afsnit II fandt anvendelse på kontrakter omfattet af udbudsdirektivets bilag II B. Denne bestemmelse blev imidlertid ophævet ved lov nr. 1234 af 18. december 2012. Det følger af ændringslovens § 3, at ændringen trådte i kraft den 1. januar 2013, og der blev ikke fastsat nærmere overgangsregler for igangværende tilbudsindhentninger. Lovændringen indebærer således, at reglerne i tilbudslovens afsnit II – og herunder det i § 15 d, stk. 1, indeholdte ligebehandlingsprincip – fra den 1. januar 2013 ikke længere finder anvendelse på indgåelse af kontrakter, der som de omtvistede vikarydelser er omfattet af udbudsdirektivets bilag II B. Klagen angår indklagedes evaluering af de modtagne tilbud, der er afsluttet med brevet af 30. januar 2013 – og dermed efter, at lovændringen trådte i kraft.

Hvis de udbudte aftaler har en klar grænseoverskridende interesse, skal det EU-retlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip, der efter EU-domstolens praksis udledes af EUF-traktatens bestemmelser om tjenesteydelsernes fri bevægelighed og den frie etableringsret, respekteres. Der henvises herved til klagenævnets kendelse af 5. december 2012 (Vraa Dampvaskeri mod Hjørring Kommune), kendelse af 4. januar 2013 (Augusta Westland Limited mod Forsvarets Materieltjeneste) og kendelse af 4. februar 2013 (SDI MEDIA A/S mod DR) samt den retspraksis, der er citeret i disse kendelser. Efter det foreløbigt foreliggende er der imidlertid efter en samlet vurdering – herunder navnlig henset til opgavens karakter og udførelsessted – ikke oplysninger, som understøtter, at der foreligger en sådan grænseoverskridende interesse.

Som følge af det anførte er der allerede herefter ikke på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 1 til følge. Dermed er der heller ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at det ikke på det foreliggende grundlag kan antages, at klageren vil lide et uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at klageren ikke har sandsynliggjort, at en eventuel økonomisk kompensation ikke vil kunne udgøre fuld erstatning, og at der således skulle være tale om en uoprettelig skade.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig