

Dansk Forening for Udbudsret

Hvornår er en ydelse udbudspligtig?

Hvad gælder, når der er udbudspligtige og ikke udbudspligtige ydelser i samme kontrakt?

Hvornår er en ydelse udbudspligtig?

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

Faktum

- Region Nordjylland annoncerede i oktober 2020 på iBinder, regionens hjemmeside og i Ugeskrift for Læger, at regionen ønskede at afhænde to udbudsklinikker og tre regionsklinikker til speciallæger i almen praksis, som ville drive klinikkerne på almindelige overenskomst-mæssige vilkår. Rent praktisk sker afhændelsen ved salg af ydernumre.
- Lægerne S, K og R ApS anlagde sag ved Klagenævnet for Udbud med påstand om, at afhændelse af klinikkerne/tildeling af ydernumrene skulle være sket gennem en annoncering i henhold til "light-regimet" i udbudslovens afsnit III.
- Lægerne anerkendte under klagenævns-sagen, at selve salget ikke i sig selv er udbudspligtigt, men gjorde samtidig gældende, at salget skulle have været udbudt som følge af den ret, som køberen af ydernummeret får til at få betaling fra regionen efter taksterne i overenskomst om almen praksis mellem Regionernes Lønnings- og Takstnævn (RLTN) og Praktiserende Lægers Organisation (PLO) for den lægebehandling, køberen yder til patienter, som er knyttet til ydernummeret.
- Lægerne henviste i den forbindelse til CPV-glossaret, CPV-nr. 85120000-6, Behandling og konsultation hos praktiserende læger og hermed beslægtet virksomhed, CPV-nr. 85121000-3, Tjenester ydet af praktiserende læger, og CPV-nr. 85121100-4, Konsultation og behandling hos alment praktiserende læger.
- Lægerne gjorde desuden gældende, at den udbudspligtige del af kontrakten (lægebehandlingen) i sig selv overskred tærskelværdien for "light-ydelser", og at hovedformålet med den samlede kontrakt er at tilvejebringe lægebehandling.

Hvornår er en ydelse udbudspligtig?

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

Sundhedslovens regler

- Regionerne er i medfør af sundhedslovens § 57 ansvarlige for at tilvejebringe og sikre tilbud om behandling hos praktiserende sundhedspersoner, herunder praktiserende læger.
- Behandling hos alment praktiserende læger skal som absolut hovedregel ydes som vederlagsfri behandling, jf. sundhedslovens § 60.
- Sundhedslovens § 227 indeholder i den forbindelse en hjemmel for Regionernes Lønnings- og Takstnævn (RLTN) til - inden for rammerne af sundhedsloven - at indgå overenskomst med Praktiserende Lægers Organisation (PLO) om vilkårene for behandling hos praktiserende læger mv.
- Ordningen (overenskomsten) indebærer, at enhver, som opfylder de stillede betingelser – først og fremmest at være speciallæge i almen medicin og dernæst på markedsvilkår at have købt et ydernummer med tilhørende praksis – har ret til at virke som selvstændigt erhvervsdrivende læge på de generelle vilkår, der følger af overenskomsten og reguleringen i sundhedsloven og i medfør heraf opnå den i overenskomsten fastsatte betaling for sine ydelser.

Hvornår er en ydelse udbudspligtig?

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

Sundhedslovens regler (fortsat)

- I medfør af sundhedslovens § 227 er der mulighed for at drive tre forskellige typer af lægeklinikker:
 - 1) Almene lægeklinikker på almindelige overenskomstmæssige vilkår ("den almindelige ordning")
 - Ejes og drives af en læge – lægen ejer ydernummeret og kan frit overdrage dette.
 - Ydernummeret erhverves ved overdragelse fra anden læge eller ved regionens salg af nye ydernumre, som regionen har oprettet, og/eller ved regionens salg af ydrenumre for eksisterende praksis, som regionsrådet har købt - reguleret i sundhedslovens § 227, stk. 1 og stk. 2.
 - 2) Udbudsklinikker
 - Kan drives af en privat virksomhed, som er forpligtet til at ansætte de nødvendige læger – der indgås en opsigelig kontrakt, der fastlægger vilkårene, herunder honoraret for driften af klinikken.
 - Leverandøren har intet ejerskab til ydernummeret og kan opsiges af regionen – reguleret i sundhedslovens § 227, stk. 3 og stk. 4.
 - 3) Regionsklinikker
 - Drives af regionen som udgangspunkt i en periode på maksimalt 6 år.
 - Regionen har ansvaret for at ansætte læger til klinikken.
 - Ydernummeret skal forsøges solgt eller udbudt igen efter udløbet af 6-års perioden – reguleret i sundhedslovens § 227, stk. 5 og stk. 6.

Hvornår er en ydelse udbudspligtig?

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

KLFU

- Den almindelige ordning
 - Klagenævnet finder, at den almindelige ordning må anses for en ordning uden udvælgelse blandt interesserede aktører, som jf. præambelbetragtning 4, sidste punktum i udbudsdirektivet, og Domstolens domme i sagerne C-410/14, Dr. Falk Pharma GmbH, og C-9/17, Maria Tirkkonen, ikke er omfattet af udbudsdirektivet, og dermed heller ikke af udbudsloven.
 - Præambelbetragtning 4, sidste punktum:
”Tilsvarende bør situationer, hvor alle aktører, der opfylder visse betingelser, har ret til at udføre en given opgave uden nogen form for udvælgelse såsom brugervalgs- og servicekuponordninger, ikke forstås som indkøb, men som rene autoriseringsordninger”
 - C410/14, Dr. Falk Pharma GmbH
 - Et element i definitionen af ”udbud” er den ordregivende myndigheds valg af den økonomiske aktør, fra hvilken den ved hjælp af en offentlig kontrakt vil anskaffe de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, som er genstand for denne kontrakt. (præmis 40)
 - En ordning, hvorved en offentlig enhed indgår kontrakter med enhver økonomisk aktør, der påtager sig at levere de pågældende varer på de på forhånd fastsatte vilkår, uden at vælge blandt de interesserede økonomiske aktører og ved at give disse mulighed for at tiltræde denne ordning under hele dennes varighed, udgør ikke en offentlig kontrakt i dette direktivs forstand. (præmis 42)

Hvornår er en ydelse udbudspligtig?

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

KLFU

- Den almindelige ordning (fortsat)
 - C-9/17, Maria Tirkkonen
 - En rådgivningsordning, hvorved en offentlig enhed indgår kontrakter med enhver økonomisk aktør, som opfylder de på forhånd fastsatte egnethedskrav, der fremgår af udbudsmaterialet, og som har bestået den prøve, der er nævnt i dette udbudsmateriale, selv om ingen ny økonomisk aktør har mulighed for at tiltræde denne ordning under hele dens begrænsede varighed, udgør ikke en offentlig kontrakt. (præmis 41)
- Udbud af drift af praksis (sundhedslovens § 227, stk. 3 og 4)
 - Det er i de specielle bemærkninger til § 227, stk. 2-6 i lovforslag nr. 227 af 28. maj 2013 og punkt 2.3.2 i lovforslag nr. 58 af 7. oktober 2017 forudsat, at drift efter § 227, stk. 3 og 4 skal udbydes efter udbudslovens regler.
- Udleje af lokaler og udstyr og ”ydernumre på licens”
 - Klagenævnets kendelse indeholder ikke en (endelig) vurdering af, i hvilket omfang udleje af lokaler og udstyr kan have betydning for udbudspligten.
- Etablering og drift af praksis (sundhedslovens § 227, stk. 5 og 6)
 - Da det er forudsat, at regionen selv ansætter speciallæger i almen medicin (og øvrigt personale) i forbindelse med drift af en praksis i medfør af sundhedslovens § 227, stk. 5 og 6, opstår der ikke for disse praksissers vedkommende et spørgsmål om udbudspligt.

Hvornår er en ydelse udbudspligtig?

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

KLFU

- Salg af ydernumre (sundhedslovens § 227, stk. 2)
 - Indholdet af bestemmelsen og forarbejderne ses ikke at give mulighed for, at regionen fastsætter vilkår, der ligger ud over, hvad der efter den almindelige ordning gælder for andre praktiserende læger i den pågældende region.
 - I mangel på anden angivelse i sundhedsloven må det antages, at regionen har et betydelig skøn ved tilrettelæggelse af salgsprocessen og de kriterier, der anvendes ved valg af køber.
 - Den almindelige ordning med betaling efter overenskomsten fra regionerne til selvstændigt erhvervsdrivende praktiserende læger, som indbyrdes køber og sælger ydernumre med tilhørende praksis, er ikke udbudspligtig.
 - Annonceringsmaterialet pålægger ikke den købende læge kontraktuelle pligter ud over, hvad der følger af overenskomst og lovgivning.
 - At nogle praktiserende læger køber ydernummer af en region fremfor af en anden læge, betyder derfor hverken, at den almindelige ordning ikke fortsat må anses for en ikke udbudspligtig ordning uden udvælgelse blandt interesserede aktører, eller at de tilfælde, hvor ydernummeret sælges af en region, ikke kan anses for at være en del af denne ikke udbudspligtige ordning.

Definitionen af offentlige kontrakter

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

- ”Offentlige kontrakter” er defineret i udbudslovens § 24, nr. 24:

”Offentlige kontrakter: Gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser.”

- Regionen gjorde under sagen gældende, at:
 - 1) Et salg af et ydernummer udgør ikke en offentlig kontrakt om levering af tjenesteydelser
 - 2) Salget af ydernumre udgør ikke en gensidigt bebyrdende kontrakt

Definitionen af offentlige kontrakter

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

- Ad 1 – Offentlig tjenesteydelseskontrakt
 - Regionerne har i medfør af sundhedslovens § 57 alene et myndighedsansvar for at tilvejebringe og sikre et tilbud om behandling hos praktiserende læger.
 - Eftersom forpligtelsen til at tilbyde lægekonsultationer ikke påhviler regionen, kan der i sagens natur ikke være tale om, at regionen indgår en tjenesteydelseskontrakt om levering af ydelser til dækning af regionens forpligtelser.
 - De alment praktiserende lægers levering af ydelser i henhold til sundhedsloven sker til varetagelse af deres forpligtelser og i henhold til vilkår fastlagt i lovbestemt overenskomst.
 - Udbudsdirektivets betragtning 5:
 - *”... levering af tjenesteydelser på grundlag af love, administrative bestemmelser eller arbejdskontrakter bør ikke være omfattet”*
 - EU-Domstolens dom i sag C-451/08, Helmut Müller:
 - *En offentlig kontrakt i udbudsdirektivets forstand ”kræver, at den ordregivende myndighed er direkte eller indirekte forpligtet til at gennemføre de arbejder, der er genstand for kontrakten, og at denne forpligtelse er retligt bindende i henhold til bestemmelserne i national ret” (præmis 63)*
 - Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. februar 2012 (skorstensfejer-kendelsen):
 - Det forhold, at Frederiksberg Kommune var forpligtet til at tilbyde borgerne i kommunen skorstensfejning, indebar ikke, at der forelå en udbudspligtig kontrakt, henset til at kommunen ikke var forpligtet til at sørge for, at skorstensfejningen faktisk skete.

Definitionen af offentlige kontrakter

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

- Ad 2 – Gensidigt bebyrdende kontrakt
 - EU-Domstolens dom i sag C-451/08, Helmut Müller:
 - Kontraktens gensidigt bebyrdende karakter indebærer, at den ordregivende myndighed i henhold til kontrakten modtager en ydelse mod et vederlag.
 - En sådan ydelse skal efter sin natur bibringe den ordregivende myndighed en økonomisk fordel. (præmis 49)
 - Ordregiver kan opnå en sådan økonomisk fordel som ejer af ydelsen eller ved rådighed over ydelsen. (præmis 50-52)
 - Den blotte udøvelse af regulerende virksomhed indebærer ikke, at ordregiver modtager en kontraktmæssig ydelse eller forfølger en direkte økonomisk interesse. (præmis 57)
 - Der foreligger ikke efter praksis en direkte økonomisk interesse, blot fordi den ordregivende myndighed betaler for ydelsen og/eller yder tilskud hertil, jf. eksempelvis Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. december 2014, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. marts 2017 og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 21. august 2013.
 - Overenskomsten er en gensidigt bebyrdende aftale mellem RLTN og PLO. Overenskomsten kan derimod ikke betragtes som en gensidigt bebyrdende aftale mellem Region Nordjylland og de læger, som erhverver et ydernummer.

Definitionen af offentlige kontrakter

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

- Ad 2 – Gensidigt bebyrdende kontrakt (fortsat)
 - Regionens forpligtelse til at betale for lægeydelser udspringer ikke af overenskomsten, men derimod af sundhedslovens § 60.
 - Regionen visiterer ikke borgere til lægebehandling eller er på anden vis involveret i borgernes frie valg om udnyttelse af lægetilbuddet. Regionen har således ikke nogen direkte økonomisk interesse i hverken den leverede lægeydelse, eller hvem der konkret bliver aftager af det enkelte ydernummer.
 - Annonceringen af ydernummeret og tildelingen heraf påvirker således ikke den pris, som regionen skal betale, hvilket, jf. Retten i Roskildes dom af 1. december 2017 i sag BS 2A-379/2017, Kirstine Hardam A/S mod Køge Kommune, har betydning for kontraktens gensidigt bebyrdende karakter.

Blandede kontrakter

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

- Udbudslovens § 26

”Vedrører en kontrakt både ydelser, der er omfattet af loven, og ydelser, der ikke er omfattet af loven, og er kontrakten ikke omfattet af §§ 27 eller 28, kan en ordregiver tildele særskilte kontrakter for særskilte dele af indkøbet, hvis indkøbet objektivt kan adskilles.

Stk. 2. Tildeler en ordregiver særskilte kontrakter efter stk. 1, skal de enkelte kontrakter tildeles efter de regler, der gælder for de særskilte kontrakter. Vurdering af, hvilke regler der er gældende, beror på kendetegnene for den særskilte del.

Stk. 3. Tildeler ordregiveren en samlet kontrakt, finder denne lov anvendelse for den samlede kontrakt, hvis den anslåede værdi af den del af kontrakten, der er omfattet af loven, overstiger de gældende tærskelværdier uanset værdien af de dele, der ikke er omfattet af loven.

Stk. 4. Kan de forskellige dele af en kontrakt ikke objektivt adskilles, tildeles kontrakten efter reglerne, der gælder for den type ydelse, der udgør kontraktens hovedformål.”

Blandede kontrakter

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

- Lovbemærkningerne til udbudslovens § 26

”... Ordregiverens beslutning er konkret og skal underbygges af objektive forhold, som kan begrunde beslutningen og godtgøre, at det er nødvendigt at indgå en samlet kontrakt. Behovet for at kunne indgå en enkelt kontrakt kan være begrundet i årsager af såvel teknisk som økonomisk karakter. Opdelingen må ikke ske med henblik på at undgå, at udbuddet omfattes af loven, jf. § 2, stk. 2.”

- Praksis vedrørende blandede kontrakter
 - EU-Domstolens dom af 6. maj 2010 i sag C-145/08 og C-149/08
 - Kontraktens forskellige dele opfattes som udgørende en udelelig helhed (afståelse af aktier, overtagelse af retten til at udpege bestyrelsesmedlemmer, forpligtelse til at sikre driften af casino-virksomhed og forpligtelse til at udføre arbejder med henblik på indretning og forbedring af lokaler. (præmis 52-54)
 - Hovedformålet med kontrakten var salg af aktier, og tjenesteydelsesdelen og bygge- og anlægsarbejdsdelen var underordnet i forhold hertil, og således at bygge- og anlægsarbejdsdelen var underordnet i forhold til tjenesteydelsesdelen.
 - Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. september 2010, Getinge Danmark A/S mod Region Midtjylland
 - Hovedformålet med en kontrakt omfattende levering af en autoklaver, montering og installation af autoklaven og nødvendige bygningsarbejder i forbindelse med montering og installation af autoklaven samt en serviceaftale var indkøb af autoklaven og dermed en vareindkøbskontrakt.

Blandede kontrakter

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

- Praksis vedrørende blandede kontrakter (fortsat)
 - EU-Domstolens dom af 22. december 2010 i sag C-15/09
 - En aftale om levering af tjenesteydelser inden for sundhed og trivsel kunne adskilles fra stiftelse af en fælles virksomhed med et privat selskab og skulle derfor udbydes efter udbudsdirektivets regler.
 - Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. marts 2012, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Miljøministeriet
 - Hovedformålet med blandede aftaler omfattende dels forskning og udvikling, dels overvågning og rådgivning, var forskning og udvikling.
 - Klagenævnet for Udbud lagde i den forbindelse afgørende vægt på, at de udbudspligtige ydelser kun udgjorde en meget lille del af den samlede bevilling (under 10%).
 - Klagenævnet for Udbuds kendelse af 9. juli 2014, Attendo A/S mod Holbæk Kommune
 - Hovedformålet med en kontrakt om etablering og drift af et nyt plejecenter var plejeopgaven.

Blandede kontrakter

Klagenævnet for Udbud af 20. april 2021 – Læge S, Læge K og Alment Praktiserende Læge R ApS mod Region Nordjylland

- Praksis vedrørende blandede kontrakter (fortsat)
 - Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. november 2017, GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut m.fl.
 - Som led i en privatisering af dele af Statens Serum Institut overdrog Statens Serum Institut dele af instituttets aktiver og aktiviteter til AJ Vaccines A/S. Som led i denne overdragelse blev AJ Vaccines A/S tildelt leveringen af vacciner til en del af det statslige børnevaccinationsprogram i Danmark.
 - Klagenævnet for Udbud fandt, at hovedformålet med den samlede kontrakt var at overdrage instituttets virksomhed med vaccineproduktion til en privat virksomhed.
 - Klagenævnet for Udbud lagde desuden til grund, at aftalen om overdragelse af virksomheden med produktion af vacciner og aftalen om levering af vacciner nødvendigvis måtte indgå i den samlede aftale om overdragelse af virksomheden med vaccineproduktion som led i beslutningen om privatisering.
 - Klagenævnet for Udbud af 26. januar 2021, Ishøj Ny Antenneforening mod Ishøj Kommune
 - Hovedformålet med en aftale om salg af et fællesantenneanlæg med en samtidig forpligtelse til for erhververen af anlægget til at drive og vedligeholde lyslederkabler var salg af anlægget.
 - Klagenævnet for Udbud fandt desuden ikke, at drift og vedligeholdelse af lyslederkablerne, der fysisk var placeret inde i de solgte fiberkabler, kunne adskilles fra drift og vedligeholdelse af selve kablerne.



Tina Braad

Partner
Fast Ejendom & Entreprise

T +45 72 27 33 21
M +45 25 26 33 21
E tbr@bechbruun.com