

K E N D E L S E

Tandlægerne
Anne Lise Goth
Erik Jensen og
Jens Vollbrecht
(selv)

mod

Frederikshavn Kommune
(advokat Christian Nielsen, Aarhus)

Den 7. oktober 2011 annoncerede Frederikshavn Kommune (indklagede) en ydelse vedrørende børne- og ungetandpleje på sin hjemmeside. Der er tale om indkøb af tjenesteydelser, som er omfattet af tilbudslovens afsnit II, og i overensstemmelse med lovens § 15 a, stk. 1, nr. 1, jf. § 15 c, blev der i forbindelse med tilbudsindhentningen offentliggjort en annonce på indklagedes hjemmeside. Den pågældende ydelse er omfattet af bilag II B til direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet). EU-udbudsdirektivernes bestemmelser om udbudspligt og de i direktivet foreskrevne procedurer herfor finder ikke anvendelse på den pågældende kontrakt.

Den 9. november 2011 indgav klagerne tandlægerne Anne Lise Goth, Erik Jensen og Jens Vollbrecht (klagerne) klage til Klagenævnet for Udbud over indklagedes annoncering.

Klagerne fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle

beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 29. november 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet klagenævnet ikke fandt betingelsen om »fumus boni juris« opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag uden medvirken af en sagkyndig.

Klagerne har i replikken anført følgende påstand 1:

»Indklagede skal tilpligtes at anerkende, at det i sagen omtvistede mindstekrav til bydere på den udbudte opgave er i strid med almindelige licitations- og udbudsregler, herunder såvel EU-traktatens principper om ligebehandling og ikke-diskrimination, ligesom det er i strid med det forvaltningsretlige princip om saglighed i forvaltningen.«

Klagenævnet forstår påstanden således, at klagerne nedlægger følgende påstand:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med almindelige licitations- og udbudsregler, herunder EU-traktatens principper om ligebehandling og ikke-diskrimination, og det forvaltningsretlige princip om saglighed i forvaltningen ved i udbudsbetingelsernes punkt 4.2 at fastsætte et minimumskrav om, at »den privatpraktiserende tandlægepraksis af tandlægefaglige grunde [skal] ... have et patientgrundlag på minimum 300 patienter i aldersgruppen 3-18 år, som sikrer grundlaget for den nødvendige kvalitetsudvikling.«

Klagerne har herudover i replikken som påstand 2 gentaget påstanden om opsættende virkning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Indklagede har oplyst, at minimumskravet er indsat med det formål at sikre, at tilbudsgiverne havde et tilstrækkeligt erfaringsgrundlag i behandling af børn og unge, som modsvarer den nuværende kommunale tandpleje. Kravet blev medtaget på opfordring fra den tandlægefaglige konsulent, indklagede benyttede til at forberede udbudsbetingelserne. Efter indklagedes opfattelse er det en væsentlig forudsætning for at tildele den pågældende ydelse til en

privat aktør, at der tilbydes et niveau svarende til den offentlige ydelse, der tilbydes af indklagede selv.

Indklagede, som selv afgav kontrolbud, har ikke modtaget tilbud og forventer derfor at annullere tilbudsindhentningen.

Andre potentielle tilbudsgivere har ifølge indklagede henvendt sig til indklagede vedrørende tilbudsindhentningen. De pågældende kunne opfylde minimumskravet, men undlod af andre årsager at afgive tilbud.

Parternes anbringender

Indklagedes afvisningspåstand

Indklagede har gjort gældende, at klagerens påstand ikke er egnet til at danne grundlag for en klagesag, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 1, 2.pkt. og § 6, stk. 2, og har blandt anført, at der ikke kan nedlægges anerkendelsespåstande ved klagenævnet, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. kapitel 5, og at klagenævnet ikke har kompetence til at tage stilling til overholdelse af almindelige forvaltningsretlige principper.

Ad påstand 1

Klagerne har gjort gældende, at det er sædvanligt, at privatpraktiserende tandlæger også yder tandpleje til børn og unge i henhold til ”frit-valg” ordningen, som giver mulighed for, at både børn og unge behandles af privatpraktiserende tandlæger og i øvrigt afhængig af organiseringen af tandplejetilbuddet i den enkelte kommune. De har alle tre stor erfaring i at yde tandpleje til børn og unge uden dog at kunne opfylde kravet om minimum 300 patienter på tidspunktet for udløb af tilbudsfristen. Kravet herom er uproportionalt og hindrer nye aktører i at komme ind på markedet for børne- og ungetandpleje. De EU-retlige principper om ligebehandling gælder, uanset om der er tale om en ydelse omfattet af bilag B til udbudsdirektivet.

Indklagede har gjort gældende, at minimumskravet er fastsat for at sikre, at tilbudsgiverne havde et tilstrækkeligt erfaringsgrundlag i behandling af børn og unge, og at kravet herom følgerlig er sagligt og ikke er udtryk for forskelsbehandling. Den annoncerede ydelse har ikke interesse for

tandlæger i andre medlemsstater og EUF-traktaten finder derfor ikke anvendelse.

Ad påstand 2

Anbringenderne om denne påstand gengives ikke.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisning

En klage kan i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. håndhævelseslovens § 6, stk. 2 afvises, hvis de nedlagte påstande er uegnede til at danne grundlag for klagesagens behandling. Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med lovens § 10, hvorefter klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende, samt med den vejledningspligt, klagenævnet har i medfør af forvaltningslovens § 7.

Bestemmelserne i håndhævelsesloven er indsat ved lov nr. 618 af 14. juni 2011. Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår:

»Den foreslåede bestemmelse betyder, at Klagenævnet for Udbud er bundet af parternes påstande og kun kan tage hensyn til anbringender, der er gjort gældende. Klagenævnet kan dermed ikke længere bistå med formulering af brugbare påstande og faktiske og retlige forhold, som ikke vedrører parternes oprindelige påstande, ligesom klagenævnet ikke kan tage spørgsmål op af egen drift.«.

Klageskriftet indeholdt ikke en præcis påstand, men måtte som angivet i klagenævnets kendelse forstås sådan:

»at klagerne ønsker, at klagenævnets skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved i udbudsbetingelsernes punkt 4.2 at fastsætte et minimumskrav om, at »den privatpraktiserende tandlægepraksis af tandlægefaglige grunde [skal] ... have et patientgrundlag på minimum 300 patienter i aldersgruppen 3-18 år, som sikrer grundlaget for den nødvendige kvalitetsudvikling.«

Klagerne har endvidere i replikken anført den ovenfor citerede påstand, der må forstås som ligeledes angivet ovenfor.

Klagenævnet finder herefter ikke, at der er sådanne mangler ved klagerens oprindelige eller efterfølgende præciserede påstand, at der er grundlag for at afvise klagen.

Ad påstand 1

Af klagenævnets kendelse om opsættende virkning fremgår:

»Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet, at der er tale om en tjenesteydelse omfattet af bilag II B til udbudsdirektivet. Der er dermed ikke pligt til at foretage udbud efter procedurerne i direktivet. Det forekommer efter en umiddelbar vurdering usandsynligt, at tildelingen af kontrakt om ordren har interesse for tilbudsgivere i andre medlemsstater. I så fald er ordretildelingen ikke omfattet af EUF-traktatens anvendelsesområde, herunder reglerne om fri bevægelighed af tjenesteydelser. I så fald finder det traktatbaserede EU-retlige ligebehandlingsprincip ikke anvendelse. For så vidt som det EU-retlige lighedsprincip finder anvendelse - og hvad angår ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 15 d, stk. 1 - har ordregivere som indklagede et vidt skøn med hensyn til, hvilke kvalitative minimumskrav, der ønskes stillet ved annoncering eller udbud af en given ydelse. Det af indklagede stillede minimumskrav om et patientgrundlag på minimum 300 patienter i aldersgruppen 3-18 år tjener efter klagenævnets vurdering et sagligt formål om at sikre fornøden erfaring i behandling af børn og unge, og forekommer ikke uproportionalt. Der er dermed ikke grundlag for at antage, at indklagede har overskredet rammerne for skønnet over, hvilke kvalitative krav, der ønskes stillet. Efter klagenævnets foreløbige vurdering er der dermed ikke udsigt til, at klagerne kan få medhold i klagen.«

Der er trods klagenævnets opfordring hertil ikke fra klagerne side fremkommet oplysninger, som understøtter, at EUF-traktaten finder anvendelse, og der er heller ikke efter de øvrige oplysninger i sagen grundlag for at antage, at dette er tilfældet. Det EU-retlige lighedsprincip finder derfor ikke anvendelse. Klagenævnets kompetence omfatter ikke overholdelse af almindelige forvaltningsretlige principper, hvorved bemærkes, at sådanne principper ikke i en sammenhæng som nærværende kan antages at føre til andre og mere vidtgående resultater, end hvad der følger af de udbudsretlige principper om blandt andet ligebehandling. Herefter og af de i kendelsen anførte grunde og da det, som klagerne yderligere har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tages klagen ikke til følge.

Ad påstand 2

Da klagenævnet har taget stilling til begæringen om opsættende virkning ved kendelsen af 29. november 2011 afvises denne påstand.

Herefter bestemmes:

Påstand 2 afvises. Klagen tages i øvrigt ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig