

Kammeradvokaten

Vester Farimagsgade 23
DK-1606 København V

Telefon: 33 15 20 10
Telefax: 33 15 61 15

mail@kammeradv.dk
www.kammeradv.dk

Dato: 25. juni 2007

J.nr.: 24-7275 HS/BIE/PIN/MPL/tmo

Socialministeriet,
Socialfagligt Center, Ældreenheden
Att. Kontorchef Jakob Jensen
Holmens Kanal 22
1060 København K

J.nr. 2007-1229 - Konkurrenceudsættelse af friplejeboliger

1. Indledning

Socialministeriet har ved brev af 8. februar 2007 anmodet om min vurdering af, om udbuds- og genudbudskravet i lov nr. 90 af 31. januar 2007 om friplejeboliger (herefter friplejeboligloven) går videre end påkrævet efter EU-retten.

Baggrunden for anmodningen er, at der under Folketingets behandling af lovforslaget opstod et ønske om, at jeg skulle foretage en sådan vurdering. Således udtalte socialministeren under andenbehandlingen af lovforslaget (lovforslag L 80, Folketingsåret 2006-07) den 16. januar 2007 følgende:

"Jeg skal til den radikale ordfører sige, at vi har diskuteret regelsættet meget omkring udbud, når der er udbud og genudbud efter 10 år, og jeg er meget indstillet på at lade kammeradvokaten kigge på det regelsæt. Jeg vil dog sige, at vi har været meget omhyggelige i Socialministeriet i forberedelserne til det her lovforslag. Vi har diskuteret meget indgående med Konkurrencestyrelsen, hvordan det her forholdt sig i forhold til EU-retten på området, og der er det, vi har vurderet, at man simpelt hen er nødt til at stille kravet om udbud, på den måde vi har skruet det sammen med en kvote for, hvor mange boliger der kan etableres, og så er EU-reglerne simpelt hen, at der skal være krav om udbud.

Men jeg vil gerne lade kammeradvokaten kigge på det, og jeg er selvfølgelig også villig til at følge op på den vurdering, der kommer fra kammeradvokatens side. Jeg har ikke et udpræget behov for at stille krav om, at man lige præcis på det her område skal have et udbud, men jeg mener, at vi er nødt til at følge det regelsæt, der gør sig gældende, de konkurrenceregler, der er i EU-sammenhæng, men skulle det vitterlig være sådan, at kammeradvokaten kommer til en anden vurdering, vil jeg naturligvis arbejde videre på den baggrund."

Samme dag besvarede socialministeren spørgsmål nr. 124 fra Folketingets Socialudvalg. Det hedder heri:

"Jeg er indforstået med at forelægge spørgsmålet om friplejebolliglovforslagets krav om udbud og genudbud for Kammeradvokaten. Jeg vil derfor snarest rette henvendelse til Kammeradvokaten med henblik på en sådan undersøgelse.

Skulle Kammeradvokaten finde, at friplejebolligvirksomhed efter friplejebolligloven ikke skal konkurrenceudsættes - herunder konkurrenceudsættes efter 10 år, er jeg naturligvis parat til i samarbejde med Konkurrencestyrelsen at genvurdere behovet for lovens udbudskrav."

Opgaven har været drøftet på et møde med Socialministerlet den 2. marts 2007. Det er i denne forbindelse aftalt, at min vurdering kan fremsendes til Folketinget.

I mit brev af 12. marts 2007 til ministeriet oplyste jeg, at jeg fandt det nødvendigt at orientere Økonomistyrelsen og Konkurrencestyrelsen om sagen. Samtidig gjorde jeg opmærksom på, at i forslaget til den nye tilbudslov (lovforslag nr. L 152 af 7. februar 2007, side 33) er spørgsmålet om rammekontraktens længde formuleret på følgende måde i bemærkningerne:

"Udbyderen er dermed ikke bundet til de procedureregler, der følger af udbudsdirektivet eller tilbudslovens regler for bygge- og anlægskontrakter.

Det er således f.eks. ikke meningen at underkaste rammeaftaler de begrænsninger i varigheden på op til 4 år, der følger af de ovennævnte regelsæt. Det vil være op til udbyderen at fastsætte en passende varighed på baggrund af en vurdering af kontraktens genstand, kompleksitet mv. Aftaler om sammensatte og komplekse tjene-

steydelser på transportområdet, om juridiske ydelser til staten (Kammeradvokatordningen), om ydelser på sundhedsområdet samt om offentlig-private partnerskaber vil f.eks. kunne begrunde anden regulering af aftalens varighed.

Det er ligeledes op til udbyder at fastlægge indholdet og omfanget af den ønskede aftale, herunder hvilke ydelser aftalen skal omfatte."

Som det fremgår, er der i forbindelse med lovforslag L 152 taget stilling til varigheden af rammeaftaler om såkaldte bilag II B-ydelser, herunder både sundhedsydelser og juridiske ydelser, og varigheden af kontrakterne er ikke fikseret til et bestemt åremål.

Jeg skal for en ordens skyld oplyse, at jeg har deltaget i høringsprocessen i forbindelse med udarbejdelsen af L 152. Økonomistyrelsen har ved brev af 25. april 2007 meddelt, at man ikke finder, at dette forhindrer, at jeg foretager den ønskede vurdering, men at det vil være rigtigst at oplyse Folketinget om det pågældende forhold.

Til brug for udarbejdelsen af min vurdering har jeg modtaget kopi af Konkurrencestyrelsens brev af 18. april 2005 om udbud af driften af en social institution, Konkurrencestyrelsens notat af 17. januar 2006 om model for friplejeboliger, e-mail af 27. januar 2006 vedrørende møde med Kommissionen, Socialministeriets notat af 30. januar 2006 om model for friplejeboliger til Kommissionen, Socialministeriets notat af 1. februar 2006 til Kommissionen med titlen "Memorandum to the Commission on a Model for Private Care Dwellings in Denmark", Socialministeriets skrivelse af 1. februar 2006 med titlen "Model for friplejeboliger", e-mail af 9. februar 2006 vedrørende møde med Kommissionen, Socialministeriets notat af 20. april 2006 om markedsvilkår for etablering og drift af friplejeboliger, Publicontras notat af 13. september 2006 om friplejeboliger og udbudsreglerne, Socialministeriets notat af 13. december 2006 om PR-moduler og takster og Socialministeriets notat af 15. januar 2007 om udbudskravet i forhold til friplejeboliglovens kvote B boliger uden støtte.

Endvidere har jeg modtaget dokumenter, der knytter sig til behandlingen af lovforslaget i Folketinget, herunder socialministerens svar af 10. januar 2007 på spørgsmål nr. 117 indeholdende Konkurrencestyrelsens kommentarer til henvendelsen af 4. januar 2007 fra Organisationen af Selvejende Institutioner. Konkurrencestyrelsens kommentarer, der vedrører de EU-retlige spørgsmål om udbud og genudbud, baserer sig på lovforslaget som fremsat den 15. november 2006. Grundlæggende er der ingen forskel mellem det lovfor-

slag, som Konkurrencestyrelsen foretog en vurdering af, og friplejeboligloven som vedtaget ved lov nr. 90 af 31. januar 2007 om friplejeboliger, som ligger til grund for min vurdering.

I det følgende redegøres i afsnit 2 for reglerne i friplejeboligloven af betydning for forståelsen af de rejste spørgsmål. Afsnit 3 indeholder min vurdering af, om der efter EU-retten er pligt til at udbyde driften af friplejeboliger. Afsnit 4 indeholder min vurdering af, hvilke krav EU-retten stiller til kontraktens varighed, herunder om EU-retten stiller krav om, at friplejeboliger skal genudbydes hvert 10. år, således som det fremgår af friplejeboliglovens § 66. Endelig findes min konklusion i afsnit 5.

For en ordens skyld bemærker jeg, at jeg ikke er blevet bedt om at vurdere forholdet imellem lovens øvrige bestemmelser og EU-retten.

2. Lov om friplejeboliger

Friplejeboligloven giver private leverandører mulighed for at etablere og drive friplejeboliger i konkurrence med de almindelige kommunale plejetilbud.

Ved en friplejebolig forstås en udlejningsbolig uden for den kommunale boligforsyning, hvor der til den samlede bebyggelse hører servicearealer for personer med behov for omfattende service og pleje efter lov om social service, jf. lovens § 1.

Friplejeboliger kan etableres med det formål at tilgodese beboere, der har et særligt etisk eller religiøst værdigrundlag, jf. socialministerens svar af 6. december 2006 på spørgsmål 68 og 69.

Personer, som kommunalbestyrelsen har visiteret til en plejebolig eller en lignende boligform, har fremover ret til at indgå en lejeaftale med en friplejeboligleverandør. Dette er betinget af, at friplejeboligleverandøren er certificeret til at levere alle de tilbud, som kommunen har truffet afgørelse om, at den pågældende person skal tilbydes, jf. friplejeboliglovens § 3, stk. 3.

2.1 Adgangen til at etablere og drive friplejeboliger

2.1.1 Kvoteordningen

Friplejeboligloven indeholder et kvotesystem, hvorefter socialministeren kan meddele private leverandører tilladelse til at etablere og drive i alt 500 friplejeboliger om året. Den samlede kvote er fordelt i to delkvoter på henholdsvis 225 boliger (kvote A) og 275 boliger (kvote B).

For at være ansøgningsberettiget til kvoterne skal en privat leverandør opfylde en række grundlæggende betingelser, herunder som nævnt krav til certificering, jf. friplejeboliglovens §§ 5-9, og krav til boligernes kvalitet og udformning, jf. friplejeboliglovens § 25.

Af Socialministeriets høringsnotat af 15. februar 2006, side 12, fremgår følgende om årsagen til størrelsen af kvoten:

"Den valgte kvotestørrelse på 500 boliger er fastsat ud fra en vurdering af potentialet for ordningens udbredelse. I vurderingen er indgået udbredelsen af de allerede eksisterende friplejehjem samt det antal boliger/institutioner på landsplan, der vil have mulighed for at omdanne sig til friplejebolig under ordningen. Potentialet for omdannelse er undersøgt for ordningens målgruppe, dvs. selvejende institutioner for ældre og personer med varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne og de øvrige boformer ordningen omfatter. I vurderingen indgår desuden nedgangen i antallet af selvejende botilbud i perioden 2000-2004, hvoraf nogle er lukket som følge af bortfald af driftsoverenskomster med kommunerne. Kvotes størrelse er således fastsat ud fra en vurdering af efterspørgslen efter en ordning for friplejeboliger."

Socialministeriet har oplyst, at Kommissionen ikke har haft bemærkninger til den samlede kvotestørrelse på 500 boliger. Jeg har derfor ikke foretaget en nærmere vurdering heraf.

2.1.2 Kvote A

Kvote A omfatter friplejeboliger med statslig ydelsesstøtte, der har til formål at nedbringe huslejen i friplejeboliger, som er etableret ved nybyggeri og ved gennemgribende ombygning af eksisterende ejendomme, der ikke er opført med offentlig støtte, jf. friplejeboliglovens § 10.

Det fremgår af friplejeboliglovens § 12, stk. 1, at finansieringen af friplejeboliger efter kvote A sker efter principper, der svarer til finansieringen af almene boliger, dog således

at friplejeboligleverandøren betaler et kapitalindskud, der træder i stedet for den kommunale grundkapital, jf. lov om almene boliger § 118, stk. 1. Heraf følger, at anskaffelsessummen for friplejeboliger efter kvote A finansieres med 14% kapitalindskud, betalt af friplejeboligleverandøren, 84% realkreditlån, hvortil der ydes statslig ydelsesstøtte, og 2% beboerindskud.

Den statslige ydelsesstøtte udgør et beløb, der svarer til forskellen mellem de samlede ydelser på lånet, der har finansieret byggeriet, og låntagers betaling, jf. lovens § 13, stk. 1.

Låntagers betaling udgør 3,4% p.a. af byggeriets godkendte anskaffelsessum, jf. friplejeboliglovens § 12, stk. 2, 1. pkt., og løbende bidrag på realkreditlånet, jf. friplejeboliglovens § 12, stk. 3.

Udover den statslige ydelsesstøtte har friplejeboligleverandøren krav på et tilskud til servicearealer, jf. friplejeboliglovens § 10, stk. 3, der henviser til § 141 i lov om almene boliger. Tilskuddet udgør 40.000 kr. pr. bolig, dog maksimalt 60% af anskaffelsessummen for servicearealet, jf. § 141 i lov om almene boliger. Friplejeboligleverandøren finansierer den resterende del af etableringsomkostningerne til servicearealet.

Hertil kommer, at staten kan yde en garanti for realkreditlån efter friplejeboliglovens § 12, stk. 1, for den del af lånet, der på tidspunktet for lånets optagelse har pantsikkerhed ud over 65% af ejendommens værdi, jf. friplejeboliglovens § 20, stk. 1.

Tilsagn om støtte til friplejeboliger etableret efter kvote A, herunder tilsagn om støtte til tilknyttede servicearealer, gives på en række nærmere angivne betingelser, lovforslaget, side 25. Bl.a. kan der ikke ydes statslig ydelsesstøtte til den del af anskaffelsessummen, der overstiger den maksimale anskaffelsessum for almene boliger, jf. friplejeboliglovens § 13, stk. 2, og friplejeboligerne skal opfylde de for almene boliger gældende indretningskrav, jf. friplejeboliglovens § 25, stk. 1.

2.1.3 Kvote B

Kvote B omfatter friplejeboliger, som etableres ved nybyggeri og ombygning uden statslig ydelsesstøtte. Endvidere er friplejeboliger, der etableres ved omdannelse af eksisterende ejendomme, som bebos af personer med plejebenhov, omfattet af kvote B, jf. friplejeboliglovens § 11.

Det er forudsat, at kvote B primært vil blive anvendt til omdannelse af eksisterende tidsvarende plejehjem eller tidssvarende almene plejeboliger til friplejeboliger.

Ved omdannelse af almene plejeboliger, der har modtaget tilsagn om offentlig støtte efter § 114, stk. 2, eller §§ 143 a eller 143 c i lov om almene boliger, og som tilhører en selvejende almen ældreboliginstitution, overtager staten på uændrede vilkår beliggenhedskommunens garantiforpligtelse efter § 127 i lov om almene boliger, jf. friplejeboliglovens § 21.

2.1.4 Administration af kvoterne

Kvoterne administreres af Socialministeriet via en årlig ansøgningsrunde, jf. lovforslagets side 24.

Hvis en ansøger opfylder de grundlæggende betingelser, herunder kravene til certificering og kravene til boligernes kvalitet og udformning, fremgår det af § 28, stk. 1, og § 30, stk. 1, at det afgørende for udvælgelsen af ansøgerne er, hvem der til den laveste pris kan tilbyde at levere personlig og praktisk hjælp efter § 83 og § 87 i lov om social service.

Ved afgørelsen af, hvilken ansøger der tilbyder at levere personlig og praktisk hjælp efter § 83 og § 87 i lov om social service til den laveste pris, skal socialministeren vægte priserne i forhold til det nationale takstsystem for plejebøvsrelaterede moduler, som forudsættes udstedt i medfør af friplejeboliglovens § 32, jf. lovforslagets side 56-57. Derved sikres en lige konkurrence mellem ansøgere, uanset hvor i landet der ansøges, jf. lovforslagets side 54. Det nationale takstsystem indeholder endvidere en maksimumsberegning af, hvad leverandøren kan kræve betalt for leveringen af de pågældende ydelser, jf. nedenfor i afsnit 2.2.2.

Hvis flere ansøgere ved fordelingen efter friplejeboliglovens § 28, stk. 1 (kvote A), og § 30, stk. 1 (kvote B), tilbyder at levere personlig og praktisk hjælp efter § 83 og § 87 i lov om social service til den samme pris, meddeles tilsagn til den ansøger, hvis boliger ligger i den kommune, hvor der er etableret eller er givet tilsagn til etablering af det laveste antal friplejeboliger pr. indbygger, jf. friplejeboliglovens § 28, stk. 2, og § 30, stk. 2.

Hvis flere ansøgere efter friplejeboliglovens § 28, stk. 2, og § 30, stk. 2, er ligestillede, meddeles tilsagn efter lodtrækning, jf. friplejeboliglovens § 28, stk. 3, og § 30, stk. 3.

Konsekvensen af ovenstående er således, at tildelingen af kvoterne sker efter en priskonkurrence på personlig og praktisk hjælp, herunder tilkøbsydelse, efter § 83 og § 87 i lov om social service. Derimod har forhold, der angår bygningerne, f.eks. indretning og beboernes husleje, ingen betydning for tildelingen af kvoter.

2.2 Betaling mv.

2.2.1 Udlejning af friplejeboligerne

Friplejeboliger er private udlejningsboliger, og forholdet mellem friplejeboligleverandøren og beboerne reguleres af lejeloven med de nødvendige tilpasninger, jf. friplejeboliglovens § 34, stk. 1.

Lejen for boligerne fastsættes ud fra et balancелеjningsprincip, jf. friplejeboliglovens §§ 42-47. Dette indebærer, at friplejeboligleverandøren kun må opkræve så meget i leje fra beboerne, som kræves for at kunne afholde udgifter til den løbende drift af boligerne samt kapitaludgifter i tilknytning til boligerne, jf. lovforslagets side 30 og 63. Ejendommens nødvendige driftsudgifter omfatter bl.a. udgifter til skatter, afgifter, forsikringer, renholdelse, administration og passende henlæggelser til vedligeholdelse, jf. friplejeboliglovens § 42, stk. 2.

Konsekvensen er, at friplejeboligleverandøren som altovervejende hovedregel ikke kan opnå overskud ved selve udlejningen af friplejeboligerne, jf. lovforslagets side 30, 1. spalte.

2.2.2 Serviceydelse

Friplejeboligleverandøren skal levere serviceydelser, som kommunen har visiteret borgerne til efter lov om social service, herunder navnlig personlig og praktisk hjælp efter § 83 og § 87 i lov om social service.

Efter friplejeboliglovens § 32 er socialministeren bemyndiget til at fastsætte regler om etablering af en afregningsmodel mellem kommunerne og friplejeboligleverandørerne. Reglerne skal omfatte oprettelsen og driften af et nationalt takstsystem baseret på plejebehovsrelaterede moduler ("PR-moduler"), jf. lovforslagets side 28-29.

Taksterne vil afspejle et landsgennemsnit af omkostningen forbundet med et givet plejebenhov korrigeret centralt for strukturelle forhold af betydning for det regionale omkostningsniveau, jf. lovforslagets side 29, og vil blive reguleret en gang om året, jf. lovforslagets side 57.

Socialministeriet har oplyst, at der endnu ikke er udstedt regler om oprettelsen af et nationalt takstsystem i medfør af friplejeboliglovens § 32.

Friplejeboligleverandørens fortjeneste på at levere vlsiterede serviceydelser vil afhænge af, om leverandørens omkostninger forbundet med at levere ydelserne er lavere end det beløb, som leverandøren har krav på fra kommunen i medfør af det nationale takstsystem.

For så vidt angår leverandørens fortjeneste på at levere personlig og praktisk hjælp efter §§ 83 og 87 i lov om social service, vil denne dog være afhængig af den pris, som tildeelingen af kvoter efter friplejeboliglovens §§ 28, stk. 1 og 30, stk. 1, er sket på baggrund af.

Friplejeboligleverandøren kan ikke kræve egenbetaling fra beboerne for levering af vlsiterede serviceydelser, medmindre der er hjemmel hertil i lovgivningen, jf. f.eks. § 161, stk. 3, i lov om social service, hvoraf fremgår, at beboerne kan afkræves betaling for mad.

Konsekvensen af ovenstående er, at friplejeboligleverandøren kan tjene penge på at levere serviceydelser efter lov om social service ved at være effektiv i den forstand, at leverandørens omkostninger ved at levere ydelsen er lavere end den pris, som leverandøren kan kræve i medfør af det nationale takstsystem.

Hertil kommer som nævnt, at leverandøren kan tjene penge på at levere tilkøbsydelser til borgerne.

2.3 Potentielle friplejeboligleverandører

Det fremgår af Socialministeriets skrivelse af 1. februar 2006 til Kommissionen, at ministeriet har forventning om, at det i praksis navnlig vil være mindre danske plejehjem og plejeboliger, der vil omdanne sig til friplejeboliger. Ministeriet forventer dog også, at flere større danske organisationer med almene formål og få private selskaber, både danske og udenlandske, vil etablere friplejeboliger.

Endvidere fremgår det af bemærkningerne til friplejeboliglovens § 6, at juridiske personer i andre EU-lande eller EØS-lande vil kunne certificeres som friplejeboligleverandører, jf. lovforslagets side 44.

Det kan således lægges til grund, at der er i EU-retlig terminologi kan være tale om en grænseoverskridende aktivitet.

2.4 Lovens udbudskrav

Friplejeboliglovens kapitel 9 fastsætter regler om udbud og afhændelse af friplejeboliger. Kapitlet indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

"§ 66. Socialministeren skal hvert 10. år sætte friplejeboligerne i udbud.

§ 67. Hvis vinderen af et udbud er en anden friplejeboligleverandør, skal friplejeboligerne afhændes til den nye friplejeboligleverandør.

Stk. 2. Socialministeren skal godkende afhændelsen efter udbud.

§ 88. Socialministeren kan i en bekendtgørelse fastsætte regler om udbud og om afhændelse m.v. af friplejeboliger, herunder om prisen ved andre afhændelser m.v. end omhandlet i dette kapitel. ..."

Af bemærkningerne til kapitel 9 fremgår bl.a.:

"Et væsentligt element i den foreslåede ordning om den nye boligtype er, at plejen og omsorgen skal konkurrenceudsættes med jævne mellemrum. Det skal ske ved udbud. Hvis friplejeboligleverandøren ikke vinder retten til fortsat at levere pleje og omsorg, er konsekvensen, at friplejeboligleverandøren må afhænde ejendommen til den nye friplejeboligleverandør.

... Udgangspunktet er således, at det ikke skal være muligt at opnå fortjeneste hverken ved at sælge ejendommen inkl. servicearealerne, eller at tage den i brug til anden anvendelse. Der er således behov for regler, som regulerer prisen for ejendommen i disse situationer. Også behovet for at sikre, at der i forbindelse med udbud ikke opstår en fastlåst situation, gør det nødvendigt, at der fastsættes regler om prisen efter afhændelse efter udbud. ..."

Af bemærkningerne til § 66 fremgår bl.a.:

"Det foreslås, at plejen og omsorgen skal konkurrenceudsættes hvert 10. år. Herved sikres det på den ene side, at friplejeboligleverandøren får en rimelig tidshorison til at skabe en velfungerende ejendom, og på den anden side at udgifterne til plejen og omsorgen holdes på det lavest mulige niveau. ..."

Det foreslås endvidere, at konkurrenceudsættelsen af plejen og omsorgen skal ske ved udbud forestået af socialministeren. ..."

Af bemærkningerne til § 88 fremgår, at ministeren kan fastsætte nærmere regler om udbudsproceduren, herunder om at der vil blive afholdt ét årligt udbud.

3. Udbudspligt i medfør af EU-retten

I medfør af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (herefter udbudsdirektivet), skal offentlige kontrakter omfattet af direktivets anvendelsesområde som udgangspunkt undergives EU-udbud.

Efter udbudsdirektivets artikel 7 falder kontrakter, hvis anslåede værdi ekskl. moms er under tærskelværdien, uden for direktivets anvendelsesområde. For statslige myndigheder er tærskelværdierne for de såkaldte bilag II A-tjenesteydelser og bilag II B-tjenesteydelser i 2007 henholdsvis kr. 1.019.516,- og kr. 1.570.203,-. Ved beregning af tærskelværdien skal der tages udgangspunkt i det samlede vederlag for kontrakten i hele kontraktens løbetid.

Kategoriseringen af kontrakter under bilag II A og bilag II B har ikke kun betydning for tærskelværdien, men også for omfanget af EU-udbudspligten, idet den fulde udbudspligt kun gælder for tjenesteydelser omfattet af bilag II A, jf. udbudsdirektivets artikel 20. For tjenesteydelser omfattet af bilag II B gælder som udgangspunkt udelukkende direktivets artikel 23 om tekniske specifikationer og artikel 35, stk. 4, om offentliggørelse af kontraktens indgåelse. Opregningen af tjenesteydelser i udbudsdirektivets bilag II A er udtømmende. Tjenesteydelser, der ikke kan henføres under en af kategorierne i bilag II A, er

derfor omfattet af udbudsdirektivets bilag II B. Tjenesteydelser i forbindelse med sundheds- og socialvæsen er omfattet af bilag II B.

Som anført ovenfor under afsnit 2 har friplejeboligleverandøren mulighed for at tjene penge ved leveringen af de serviceydelser, som kommunen har visiteret beboerne til efter lov om social service. Derimod har friplejeboligleverandøren som altovervejende udgangspunkt ikke mulighed for at tjene penge på selve udlejningen af boligerne, idet lejen fastsættes ud fra et balanceløseprincip, jf. afsnit 2.2.1 ovenfor.

På denne baggrund er det min opfattelse, at retten til at drive friplejeboliger skal anses som en tjenesteydelse i kategorien "Sundheds- og socialvæsen" i udbudsdirektivets bilag II B. Dette understøttes endvidere af, at friplejeboligleverandørens ydelse ikke kan henføres til en af kategorierne i bilag II A.

Der er derfor ikke pligt til at foretage et EU-udbud af friplejeboligerne efter udbudsdirektivet.

EF-Domstolen har på nuværende tidspunkt kun taget stilling til, hvorvidt kontrakter vedrørende tjenesteydelser omfattet af bilag II A, som ligger under tærskelværdien, og tildeling af koncessioner, der ikke er omfattet af udbudsdirektivet, alligevel kan være undergivet visse krav i medfør af traktatens almindelige økonomiske frihedsrettigheder, dvs. artikel 43 og artikel 49, om henholdsvis den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser.

Ved dom af 7. december 2000 i C-324/98, Telaustria, fastslog Domstolen, at koncessionsaftaler ikke var omfattet af det dagældende direktiv 93/38 på forsyningsområdet. Efter dommen er ordregivende myndigheder, der indgår sådanne aftaler, imidlertid forpligtet til at overholde EF-Traktatens almindelige regler, herunder reglerne i artikel 43 og 49, og navnlig diskriminationsforbuddet i artikel 12. Dette indebærer, at den ordregivende myndighed er underlagt en gennemsigtighedsforpligtelse. Domstolen udtaler i dommens præmis 62 herom:

"Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske."

Ved fortolkningen af Telaustria-dommen er det vigtigt at holde sig for øje, at forpligtelsen til at sikre en passende grad af "offentlighed" tilsyneladende har et forskelligt meningsindhold i de forskellige sproglige versioner af dommen.

Den engelske version af dommen anvender ordet "advertising", den tyske "öffentlichkeit" og den franske "publicité". Mens den engelske sprogversion således kan forstås som et krav om en eller anden form for forudgående annoncering f.eks. udbud, peger de øvrige versioner mere i retning af et krav om offentlighed i forvaltningen.

Forbuddet mod forskelsbehandling blev præciseret af Domstolen i dommen af 21. juli 2005 i sagen C-231/03, Coname. Dommen blev afsagt af Domstolens Store Afdeling og må derfor anses for at være den ledende dom på området. Domstolen udtalte her, at tildeling af en koncessionskontrakt til en virksomhed i den ordregivende myndigheds medlemsstat kan udgøre en indirekte nationalitetsdiskrimination, hvis der ikke er gennemsigtighed, medmindre den manglende gennemsigtighed er begrundet i objektive omstændigheder.

Af Coname-dommens præmis 17-19 fremgår:

"17 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at for så vidt som den omhandlede koncessionskontrakt også kan have interesse for en virksomhed, der er beliggende i en anden medlemsstat end den, hvori Cingia de' Botti kommune ligger, kan tildelingen af denne koncessionskontrakt til en virksomhed, der er beliggende i sidstnævnte medlemsstat, udgøre en forskelsbehandling af virksomheden i den anden medlemsstat, hvis der ikke er gennemsigtighed (jf. i denne retning Telaustria og Telefonadressdommen, præmis 61).

18 Hvis der ikke er gennemsigtighed, har sidstnævnte virksomhed nemlig ingen reel mulighed for at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af den omhandlede koncessionskontrakt.

19 Medmindre den er begrundet ud fra objektive omstændigheder, er en sådan forskelsbehandling, som ved at udelukke alle virksomheder, der ligger i en anden medlemsstat, er til skade for disse virksomheder, udtryk for indirekte forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, hvilket er forbudt i henhold til artikel 43 EF og 49 EF (jf. i denne retning bl.a. dom ...).

Domstolen tilføjede, at kravet til gennemsigtighed ikke nødvendigvis indebærer en forpligtelse til at afholde udbud, jf. præmis 21 og 28, der har følgende ordlyd:

"21 Herefter tilkommer det den forelæggende ret at undersøge, om Cingia de' Botti kommunes tildeling af en koncessionsaftale til Padania opfylder de krav til gennemsigtighed, som - uden nødvendigvis at indebære en forpligtelse til at afholde et udbud - bl.a. skal gøre det muligt for en virksomhed i en anden medlemsstat end Den Italienske Republik at få adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende den omhandlede koncessionskontrakt, før denne tildeles, således at denne virksomhed, hvis den måtte have ønsket det, ville have været i stand til at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af koncessionskontrakten. (min fremhævelse)

...

28 På denne baggrund skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 43 EF og 49 EF under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende er til hinder for, at en kommune tildeler en koncessionskontrakt vedrørende driften af den offentlige gasforsyning direkte til et overvejende offentligt ejet selskab, som den pågældende kommune ejer 0,97% af, hvis tildelingen ikke opfylder de krav til gennemsigtighed, som - uden nødvendigvis at indebære en forpligtelse til at afholde et udbud - bl.a. skal gøre det muligt for en virksomhed i en anden medlemsstat end den, hvori den pågældende kommune ligger, at få adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende den omhandlede koncessionskontrakt, før denne tildeles, således at denne virksomhed, hvis den måtte have ønsket det, ville have været i stand til at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af koncessionskontrakten. (min fremhævelse)"

Det fremgår af dommens præmis 20, at der skal foreligge en grænseoverskridende interesse i at opnå tildeling af den pågældende kontrakt, og at det igen kræver, at kontrakten har mere end en meget begrænset økonomisk betydning.

Ved dom af 13. oktober 2005 i sag C-458/03, Parking Brixen, præmis 49-50, udtalte Domstolen, at det ikke er i overensstemmelse med artikel 43 og 49 samt diskriminationsforbuddet og gennemsigtighedsforpligtelsen slet ikke at afholde offentlige udbud i forbindelse med tildelingen af en offentlig tjenesteydelseskoncession:

" 49 Ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet indebærer navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at principperne overholdes. Denne

gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelseskoncessioner for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. i samme retning dommen i sagen *Telaustria og Telefonadress*, præmis 61 og 62).

50 Det tilkommer den ordregivende myndighed under de kompetente retsinstansers kontrol at tage stilling til, om der er et rimeligt forhold mellem de betingelser, hvorunder tildelingen er sket, og den pågældende offentlige tjenesteydelseskoncession. Det er dog ikke i overensstemmelse med de i artikel 43 EF og artikel 49 EF fastsatte krav samt principperne om ligebehandling, om forbud mod diskrimination og om gennemsigtighed slet ikke at afholde offentligt udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig tjenesteydelseskoncession som den i hovedsagen omhandlede."

Ligesom *Telaustria*-dommen har de forskellige sprogversioner af *Parking Brixen*-dommen et forskelligt meningsindhold. Formuleringen "slet ikke at afholde offentligt udbud" i den danske sprogversion hedder i den engelske version "a complete lack of any call for competition", i den franske "l'absence totale d'une mise en concurrence" og i den tyske "das völlige Fehlen einer Ausschreibung".

I *Coname*-dommen var den danske sprogversions udtryk "uden nødvendigvis at indebære en forpligtelse til at afholde et udbud", på engelsk formuleret således: "without necessarily implying an obligation to hold an invitation to tender", på fransk "sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres" og på tysk "ohne notwendigerweise eine Verpflichtung zur Vornahme einer Ausschreibung zu umfassen".

Det er min opfattelse, at *Parking Brixen*-dommen har en begrænset betydning, når det drejer sig om at definere de nationale myndigheders præcise forpligtelse, da den danske sprogversion ligesom den tyske ikke er i overensstemmelse med *Coname*-dommen, da den danske sprogversion har et andet meningsindhold end i hvert fald den franske og engelske version, da *Parking Brixen*-dommens beskrivelse af medlemsstatens forpligtelse i den engelske og franske sprogversion ikke er entydig og ikke er i klar strid med *Coname*-dommen, og da dommen, i modsætning til *Coname*-dommen, der blev afsagt af Domstolens store afdeling, blev afsagt af et 5-mandskammer.

Siden har Domstolen ved dom af 6. april 2006 i sag C-410/04, *ANAV*, præmis 22, endnu engang anført, at den totale mangel på afholdelse af offentligt udbud i forbindelse med

tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt ikke er forenelig med de i artikel 43 og 49 fastsatte krav og heller ikke med diskriminationsforbuddet og gennemsigtighedsforpligtelsen.

ANAV-dommen blev afsagt af et 5-mandskammer, hvoraf 3 af dommerne også deltog i afslgelsen af Parking Brixen-dommen. Dommens præmis 22 baserer sig på præmis 50 i Parking Brixen-dommen, som er citeret ovenfor. Den engelske, tyske og franske sprogversion anvender således også samme udtryk som Parking Brixen-dommen. Af samme grunde som anført vedrørende Parking Brixen-dommen er det derfor min opfattelse, at ANAV-dommen har en begrænset betydning ved bedømmelse af, hvilken præcis forpligtelse nationale myndigheder er underlagt.

Uanset sprogversionernes indbyrdes forskellighed kan det imidlertid lægges til grund, at både Parking Brixen-dommen og ANAV-dommen stiller krav om en eller anden form for konkurrenceudsættelse af kontrakterne.

I relation til offentlige kontrakter om bilag II A-ydelser, hvis værdi ikke overskrider de tærskelværdier, der er fastsat i udbudsdirektiverne, og dermed falder uden for anvendelsesområdet af direktiverne, har Domstolen ved kendelse af 3. december 2001 i sag C-59/00, Vestergaard, og dom af 20. oktober 2005 i sag C-264/03, slået fast, at kontrakterne stadig skal overholde Traktatens grundlæggende regler, herunder reglerne i artikel 43 og artikel 49.

De ovenfor gennemgåede domme giver ikke et udtrykkeligt svar på, om Domstolen vil mene, at tilsvarende principper gælder for kontraktsindgåelse for bilag II B-ydelser.

Den afgørende forskel mellem kontrakter om bilag II B-ydelser og kontrakter under tærskelværdierne eller koncessionskontrakter er, at bilag II B-ydelser ikke er undtaget anvendelsesområdet for udbudsdirektivet. Kontrakter om bilag II B-ydelser reguleres således af direktivets artikel 23 om tekniske specifikationer og artikel 35, stk. 4, om offentliggørelse af kontraktens indgåelse.

Spørgsmålet om, hvorvidt tilsvarende principper gælder for bilag II B-ydelser, er under behandling ved Domstolen i sag C-507/03, Kommissionen mod Irland.

Kommissionens synspunkt er, at EF-Traktatens almindelige principper, herunder den gennemsigtighedsforpligtelse, der fremgår af Telaustria-dommen, også gælder for ydelser omfattet af det tidligere tjenesteydelsesdirektivs bilag I B (svarende til det nugældende udbudsdirektivs bilag II B). Heraf udleder Kommissionen også en pligt til at sikre en passende udbudsprocedure ved kontrakternes tildeling.

Den irske regering bestrider dette synspunkt. Danmark, Nederlandene, Finland og Frankrig har afgivet indlæg i sagen til støtte for Irland. Det fremgår af den danske regerings indlæg af 7. juli 2004, at man ikke mener, at den gennemsigtighedsforpligtelse, der blev opstillet i Tel-austria-dommen, kan udstrækkes til at omfatte et krav om en bestemt procedure for tildeling af kontrakter omfattet af det tidligere tjenesteydelsesdirektivs bilag I B. Der er derimod alene tale om en forpligtelse for den ordreglvende myndighed til at sikre en "vis offentlighed" om aftalen.

Justitsministerens svar på spørgsmål nr. 130 af 21. januar 2004 fra Folketingets Retsudvalg, der vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt juridiske tjenesteydelser udført for den danske stat er udbudspligtige, indeholder Justitsministeriets vurdering af spørgsmålet om, hvorvidt bilag II B-ydelser (tidligere bilag I B-ydelser) er omfattet af Telaustria-dommens gennemsigtighedsforpligtelse. Det fremgår bl.a. heraf:

"Det er Justitsministeriets opfattelse, at Rådet med vedtagelsen af tjenesteydelsesdirektivet udtømmende har reguleret, hvilke tjenesteydelsesaftaler der kan anses for udbudsegnete og dermed er oplistet i direktivet bilag I A, og hvilke tjenesteydelsesaftaler der ikke kan anses som udbudsegnete og dermed er oplistet i bilag I B. Efter Justitsministeriets opfattelse kan det princip, som Domstolen har fastslået i Telaustria-sagens præmis 60-62, ikke anvendes i den foreliggende situation, hvor tjenesteydelsesdirektivet udtrykkeligt fastslår, at aftaler om juridiske tjenesteydelser faktisk omfattes af direktivets anvendelsesområde (i modsætning til koncessionsaftaler), men at sådanne tjenesteydelsesaftaler ikke skal i udbud eller på anden måde forudgående offentliggøres. Domstolen har heller ikke i senere sager fastslået, at der eksisterer en pligt til udbud eller anden forudgående offentliggørelse i sådan situation".

Det bemærkes, at den danske regerings indlæg og Justitsministeriets svar er afgivet i 2004, dvs. inden afsigelsen af dommene i sag C-231/03, Coname, sag C-458/03, Parking Brixen og sag C-410/04, ANAV.

Generaladvokat Stix-Hackl lægger i sit forslag til afgørelse af 14. september 2006 i sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, op til, at Kommissionen skal gives medhold. Ifølge generaladvokatens opfattelse gælder EF-Traktatens almindelige principper, herunder den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger af Telaustria-dommen, også for bilag I B-ydelser i det tidligere tjenesteydelsesdirektiv (bilag II B-ydelser i udbudsdirektivet). Tjenesteydelsesdirektivet, der nu er erstattet af udbudsdirektivet, kan således ikke antages udtømmende at regulere forpligtelsen til gennemsigtighed. Generaladvokaten udtaler i præmis 67 og 68:

"67 Dette indledende spørgsmål skal besvares med, at direktiv 92/50 ikke indeholder nogen fuldstændig regulering med hensyn til gennemsigtighed i forbindelse med indgåelse af aftaler om ikke-prioriterede tjenesteydelser, men at den primære ret skal inddrages for at supplere direktivet.

68 Den modsatte opfattelse ville ellers føre til, at der ved indgåelse af aftaler, der ligger helt uden for direktiv 92/50, som f.eks. tjenesteydelseskoncessioner, ville gælde strengere bestemmelser, nemlig dem, som er blevet fastslået i sagerne Telaustria og Coname, end for ikke-prioriterede tjenesteydelser. En alternativ løsning kunne naturligvis være at sænke standarden, dvs. graden af gennemsigtighed, for indgåelse af aftaler uden for direktivet, og så anvende denne lavere standard eller en i forhold til denne let forhøjet standard på ikke-prioriterede tjenesteydelser."

Yderligere udtaler generaladvokaten i præmis 77 følgende om gennemsigtighedsforpligtelsen:

"Det princip, ifølge hvilket der skal lagttages en passende grad af gennemsigtighed, betyder altså som hovedregel offentliggørelse af en (udbuds)bekendtgørelse (såkaldt licitation). Der findes imidlertid en række undtagelser og hensyn herfor,"

Udtrykket "offentliggørelse af en (udbuds)bekendtgørelse (såkaldt licitation)" har nogenlunde samme meningsindhold i de øvrige sprogversioner. Den engelske sprogversion taler således om "the publication of a (contract) notice (a call for tenders)", den franske om "la publication d'un avis de marché (appel d'offres)" og den tyske (generaladvokatens eget sprog) om "die Veröffentlichung einer (Vergabe) Bekanntmachung (sogenannte Ausschreibung)". Generaladvokaten støtter altså Kommissionens synspunkt, hvorefter offentlige ordregivere er underlagt en pligt til at sikre en passende udbudsprocedure ved

tildelingen af kontrakter omfattet af det tidligere tjenesteydelsesdirektivs bilag I B (udbudsdirektivets bilag II B).

Det er ikke oplyst, hvornår EF-Domstolen afsiger dom i sagen mod Irland.

Kommissionen har allerede den 1. august 2006 afgivet en fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne. Meddelelsen er offentliggjort i EUT 2006/C/179, side 2. Kommissionen anfører bl.a. følgende i fortolkningsmeddelelsen:

"Ifølge EF-Domstolen indebærer principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling en gennemsigtighedsforpligtelse, der består i at sikre en passende grad af offentliggørelse til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for konkurrence.

Forpligtelsen til gennemsigtighed indebærer, at en virksomhed i en anden medlemsstat skal have adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende kontrakten, før denne tildeles, således at den, hvis den ønsker det, vil være i stand til at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af kontrakten."

Endvidere fremgår det af fortolkningsmeddelelsen:

"Derfor er den eneste måde, hvorpå EF-Domstolens krav kan opfyldes, at offentliggøre en tilstrækkelig tilgængelig bekendtgørelse forud for tildelingen af kontrakten. Denne bekendtgørelse skal offentliggøres af ordregiveren med henblik på at åbne kontrakttildelingen for konkurrence."

Ifølge fortolkningsmeddelelsen finder denne pligt anvendelse både på tildelingen af kontrakter, der vedrører bilag II B-tjenesteydelser og på tildelingen af kontrakter, der ligger under tærskelværdierne. Det fremgår af fortolkningsmeddelelsen, at de normer, der er afledt af EF-Traktaten, kun finder anvendelse på kontrakttildelinger, som i tilstrækkelig grad indvirker på det indre marked. Dette svarer til Domstolens udtalelse i Conameddommens præmis 20. Det er i denne forbindelse Kommissionens opfattelse, at det er den enkelte ordregiver, der bærer ansvaret for selv at vurdere, om den påtænkte kontrakttildeling vil kunne interessere økonomiske aktører i andre medlemsstater.

Kommissionens fortolkning af Domstolens retspraksis svarer i det væsentlige til den retsopfattelse, der er blevet lagt til grund ved vedtagelsen af lov nr. 572 af 6. juni 2007 om ændring af konkurrenceloven, retsplejeloven, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren og lov om Klagenævnet for Udbud.

Loven indfører en annonceringspligt for offentlige tjenesteydelseskontrakter omfattet af udbudsdirektivets bilag II B, hvis værdien af kontrakten overstiger kr. 500.000,-. Annonceringspligtens omfang fremgår nærmere af § 15 c i lov om indhentning af tilbud m.v., hvorefter en annonce skal offentliggøres i pressen eller i et elektronisk medie. Annoncen skal indeholde en beskrivelse af opgaven, kontaktoplysninger, frist for modtagelsen af tilbud eller anmodninger om deltagelse og kriterier for tildeling af opgaven. Efter § 15 c, stk. 3, kan annonceringspligten fraviges i særlige tilfælde.

Af lovforslagets, L 152, side 33 fremgår bl.a.:

"Bilag II B-ydelserne er derimod ikke i dag underlagt direktivets procedureregler, herunder regler om annoncering. Disse typer af ydelser er alene omfattet af nogle få af direktivets regler samt underlagt EF-traktatens almindelige principper om gennemsigtighed, ikke-diskrimination, ligebehandling og proportionalitet. I gruppen af bilag II B-ydelser figurerer bl.a. jernbane- og søtransport, hotel- og restaurationsydelser, social- og sundhedsydelser, juridiske ydelser, undervisning, kultur m.v."

Endvidere fremgår af lovforslagets side 34:

"Annonceringspligten bidrager til at udmønte EF-traktatens krav om gennemsigtighed. Valget af en minimumsgrænse på 500.000 kr. indebærer dog, at der ikke er tale om en fuld implementering af gennemsigtighedsprincippet. Ved indkøb under 500.000 kr. skal ordregiver fra sag til sag vurdere, hvorvidt kontrakten har en sådan karakter og relevans for det indre marked, at der skal gennemføres en annoncering for at imødekomme de EU-retlige krav. Når denne vurdering foretages, kan der bl.a. lægges vægt på forhold som kontraktens genstand, markedets størrelse og struktur, handelspraksis samt leveringssted."

Af økonomi- og erhvervsministerens besvarelse af 10. april 2007 af spørgsmål 5 ad L 152, stillet af Erhvervsudvalget den 29. marts 2007, fremgår bl.a.:

"Afslutningsvis skal jeg bemærke, at jeg er enig i foreningernes betragtninger om, at EF-traktatens principper om gennemsigtighed og ligebehandling gælder, uanset om en kontrakt er over eller under tærskelværdien for et EU-udbud.

Disse principper medfører efter min opfattelse, at der er en forpligtelse for den ordregivende myndighed til at sørge for en vis offentlighed om kontrakten og til at respektere ligebehandlingsprincippet, når en kontrakt under tærskelværdien kan have en grænseoverskridende interesse. Det er væsentligt at mærke sig, at forpligtelsen også vedrører selve det forhold, at en myndighed ønsker at indgå en kontrakt. Der kan derfor ikke ses bort fra forpligtelsen selvom der ikke gælder en dansk annonceringspligt, således som foreningerne synes at antage.

Betydningen af lovforslaget om annonceringspligt er i denne sammenhæng, at en ordregivende myndighed pr. automatik vil have opfyldt gennemsigtighedskravet over 500.000 kr."

Det fremgår af lovforslaget, at udbyderen ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af proceduren skal sørge for, at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier, og at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne.

På baggrund af ovenstående gennemgang kan det indledningsvist konstateres, at EU-retten ikke stiller krav om afholdelse af EU-udbud, altså et udbud, der følger procedure-reglerne i udbudsdirektivet, ved fordelingen af kvoterne i medfør af friplejeboliglovens § 28 og § 30, ligesom et sådant krav ikke kan stilles ved en efterfølgende tildeling af kontrakterne i medfør af friplejeboliglovens § 66.

Selv om EU-retten ikke stiller krav om afholdelse af et EU-udbud, følger det af Domstolens retspraksis, at der er pligt til at overholde EF-Traktatens almindelige regler, herunder navnlig forbuddet mod nationalitetsdiskrimination.

For så vidt angår kontrakter vedrørende tjenesteydelser omfattet af bilag II A, som ligger under tærskelværdien, og tildeling af koncessioner, der ikke er omfattet af udbudsdirektivet, indebærer dette et krav om gennemsigtighed med henblik på at sikre, at interesse-rede virksomheder i andre medlemslande opnår en reel mulighed for at tilkendegive deres

interesse i at opnå tildeling af kontrakterne, jf. Domstolens domme i sag C-324/98, Telaustria, sag C-231/03, Coname, sag C-458/03, Parking Brixen og sag C-410/04, ANAV.

Der er endnu ikke nogen endelig afklaring på, om denne gennemsigtighedsforpligtelse også gælder for bilag II B-tjenesteydelser. Dette spørgsmål forventes afgjort ved Domstolens dom i den verserende sag C-507/03, Kommissionen mod Irland. Tidspunktet for domsafsigelsen kendes som anført endnu ikke.

Det kan konstateres, at Kommissionen er af den opfattelse, at gennemsigtighedsforpligtelsen også gælder for bilag II B-tjenesteydelser. Endvidere kan det konstateres, at denne opfattelse er blevet lagt til grund ved vedtagelsen af lov nr. 572 af 6. juni 2007 om ændring af konkurrenceloven, retsplejeloven, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren og lov om Klagenævnet for Udbud.

Efter min opfattelse er det nærliggende at antage, at Domstolen ved afgørelsen af sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, kommer frem til, at der for kontrakter omfattet af udbudsdirektivets bilag II B gælder en gennemsigtighedsforpligtelse svarende til den, som er fastslået i Domstolens domme i sag C-324/98, Telaustria, sag C-231/03, Coname, sag C-458/03, Parking Brixen og sag C-410/04, ANAV.

Socialministeriet er derfor formentlig underlagt en EU-retlig pligt til at konkurrenceudsætte kontrakterne om friplejeboliger for at sikre en passende grad af offentlighed, både ved fordelingen af kvoterne i medfør af friplejeboliglovens § 28 og § 30 og ved den efterfølgende tildeling af kontrakterne i medfør af friplejeboliglovens § 66.

En sådan konkurrenceudsættelse er ikke sammenfaldende med et krav om afholdelse af EU-udbud eller en anden form for udbud, idet kravet om konkurrenceudsættelse er mindre vidtgående end et krav om afholdelse af EU-udbud eller en anden form for udbud.

Friplejeboliglovens § 66, hvorefter friplejeboligerne hvert 10. år skal i "udbud", går således efter min opfattelse strengt taget længere end påkrævet i henhold til EU-retten.

Selv om kravet om "udbud" ikke skal forstås som et krav om EU-udbud, altså et udbud, der følger procedurereglerne i udbudsdirektivet, må det stadig forstås som et udbud, der overholder nogle grundlæggende betingelser om udbudsbekendtgørelse, tilbudsrunde og

tildelingskriterier m.v. Kravet om konkurrenceudsættelse ville imidlertid efter EU-retten også kunne opfyldes på andre måder.

Kravet om konkurrenceudsættelse ville kunne opfyldes ved, at Socialministeriet offentliggør en tilstrækkelig tilgængelig bekendtgørelse forud for fordelingen af kvoterne og den efterfølgende konkurrenceudsættelse, jf. også Kommissionens fortolkningsmeddelelse ovenfor.

Hvorvidt Socialministeriet vil kunne opfylde kravet om konkurrenceudsættelse på en anden måde, f.eks. ved at kontakte et antal potentielle friplejeboligleverandører, er tvivlsomt. En sådan fremgangsmåde er efter Kommissionens opfattelse ikke tilstrækkelig.

Hvilke kommunikationsmidler der bør anvendes, og hvilke oplysninger der bør offentliggøres, afhænger bl.a. af kredsen af potentielle friplejeboligleverandører, både i Danmark og i andre medlemsstater, samt kontraktens værdi.

Socialministeriet har tilkendegivet, at ministeriet forventer, at enkelte virksomheder i andre medlemsstater vil have interesse i at blive friplejeboligleverandører, jf. ovenfor afsnit 2.3. Valget af metode til offentliggørelse bør naturligvis tilpasses herefter.

Eksempler på tilstrækkelige kommunikationsmidler kan f.eks. være offentliggørelse i dagblade, Socialministeriets hjemmeside, den Europæiske Unions Tidende (EUT) eller Udbudsavisen. I den forbindelse bemærker jeg, at der gælder formulartvang ved offentliggørelser i EUT af udbud vedrørende bl.a. anskaffelse af tjenesteydelser. Men den udfærdigede formular omfatter også tjenesteydelser på bilag II B.

Lov nr. 572 af 6. juni 2007 om ændring af konkurrenceloven, retsplejeloven, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren og lov om Klagenævnet for udbud indfører som nævnt en annonceringspligt for ordregivere ved kontrakter over 500.000 kr. omfattet af udbudsdirektivets bilag II B og fastlægger i § 15 c reglerne for annonceringen.

Socialministeriet kan til brug for vurderingen af, hvordan en passende grad af offentlighed sikres, søge inspiration i disse regler.

Under alle omstændigheder bør ministeriet ved annonceringen angive, hvilke objektive kriterier der lægges vægt på ved tildelingen af kontrakterne. Kriterierne skal være saglige og må ikke være nationalitetsdiskriminerende.

Kravet om konkurrenceudsættelse af kontrakter om bilag II B-ydelser gælder ikke, såfremt en fravigelse er nødvendig på grund af objektive omstændigheder. Ministeriet har imidlertid ikke oplyst forhold, der efter min opfattelse kan udgøre sådanne objektive omstændigheder.

Endvidere bemærkes, at ministeriet ikke vil være underlagt kravet om konkurrenceudsættelse af kontrakter om friplejeboliger, der har en meget begrænset økonomisk betydning, jf. Domstolens dom i sag C-231/03, Coname og Kommissionens fortolkningsmeddelelse. Det afgørende vil være, om aktører i andre medlemsstater har en interesse i at opnå tildeling af kontrakten (kravet om grænseoverskridende karakter).

Det fremgår af forslaget til lov om friplejeboliger, side 24, at fordelingen af kvoterne i medfør af friplejeboliglovens § 28 og § 30 vil ske ved én årlig ansøgningsrunde. Ministeriet vil derfor ikke kunne undlade at overholde kravet om konkurrenceudsættelse på grund af kontraktens værdi ved fordelingen af kvoterne, idet kvoterne har en sådan størrelse, at de formentlig altid vil kunne være af interesse for aktører i andre medlemsstater, og idet aktører i andre medlemsstater ikke af andre grunde reelt er afskåret fra eller er uden interesse i at indgå kontrakten.

Ved den efterfølgende tildeling i medfør af friplejeboliglovens § 66 vil visse kontrakter imidlertid potentielt kunne undtages fra kravet om konkurrenceudsættelse, når henses til deres mindre økonomiske betydning.

For en ordens skyld skal jeg endelig bemærke, at de konkrete forhold i sektoren kan være af en sådan karakter, at det alene giver mening med en konkurrenceudsættelse i form af et udbud. Det må herved nok være af betydning, at konsekvensen af, at en friplejeboligleverandør ved et genudbud mister tilladelsen til en anden leverandør, er, at friplejeboligerne skal afhændes til den nye leverandør. Loven regulerer udførligt, hvordan afhændelsen skal foregå, og hvordan prisen fastsættes, men det forekommer mig ikke urimeligt at kræve, at konkurrenceudsættelsen skal foregå under iagttagelse af nogle formelle og på forhånd fastlagte udførlige regler, når et udbud og et genudbud kan have så vidtgående følger.

Socialministerens svar af 10. januar 2007 på spørgsmål 117 indeholder Konkurrencestyrelsens opfattelse af EU-retten på dette område, der sammenfatter overvejelserne således:

"Det ligger fast, at ordregiveren ved kontrakter, der ikke er omfattet af udbudsdirektivet, ikke er forpligtet til at anvende de procedurer, der er beskrevet i direktivet, men blot skal sørge for at respektere de anførte principper, bl.a. om ligebehandling og proportionalitet. Styrelsen skal bemærke, at det endnu er uafklaret, om ordregiverens forpligtelse alene kan løftes ved en forudgående annoncering af opgaven eller f.eks. også ved direkte henvendelse til et antal potentielle leverandører. Ordregiveren er dog friere stillet end ved udbud, der gennemføres efter direktivets regler. Der er i overensstemmelse hermed i forslaget lagt op til, at den konkrete procedure for udbud af friplejeboligerne kan fastsættes ved bekendtgørelse."

Jeg er enig med Konkurrencestyrelsen i, at ordregivende myndigheder - på grundlag af Domstolens praksis - har en pligt til at konkurrenceudsætte kontrakter om bilag II B-tjenesteydelser. Endvidere er jeg enig med styrelsen i, at der ikke kan stilles krav om et EU-udbud.

Efter min opfattelse indeholder EU-retten ikke en pligt for medlemsstaterne til at gennemføre en konkurrenceudsættelse i form af udbud, og strengt taget går anvendelsen af ordet "udbud" i friplejeboliglovens § 66 således videre end påkrævet i henhold til EU-retten.

Da der ved friplejeboliglovens § 88 er givet ministeren hjemmel til at fastsætte de nærmere regler for udbudsproceduren, og da der ved lov 572/2007 om ændring af bl.a. lov om tilbudsindhentning er indført en annonceringspligt vedrørende andre bilag II B-ydelser, herunder aftaler om bl.a. social- og sundhedsydelser, kunne det overvejes at ændre kravet om "udbud" i friplejeboliglovens § 66 til et krav om "konkurrenceudsættelse".

På grund af sammenhængen mellem (gen)udbud i § 66 og pligten til afhændelse af friplejeboligerne efter lovens § 67, er det dog ikke givet, at socialministerens bekendtgørelse efter § 88 bør fastsætte samme regler som tilbudsindhentningslovens § 15 c. Det fore-

kommer mig endvidere ikke urimeligt, at der tilsigtes fastsat regler af en vis fasthed og ensartethed, således at konkurrenceudsættelsen beskytter deltagerne mod vilkårlighed.

4. Kontraktens varighed

EU-retten indeholder ikke regler, der regulerer varigheden af en tildelt ret til at drive friplejebolliger.

I forbindelse med gennemgangen ovenfor af EU-rettens krav til konkurrenceudsættelse af tjenesteydelser fremhævede jeg, at gennemsigtighedsprincippet er et udslag af forbuddet mod indirekte nationalitetsdiskrimination og kravet om ligebehandling i EF-Traktatens artikel 43 og 49.

Domstolen har dermed også tilkendegivet, at manglende konkurrenceudsættelse af en tjenesteydelseskontrakt er en restriktion for den frie bevægelighed af tjenesteydelser. Sådanne restriktioner er kun lovlige, såfremt de er begrundet i almene samfundsmæssige hensyn og overholder proportionalitetsprincippet.

Selv om Domstolen ikke udtrykkeligt har udtalt sig direkte om spørgsmålet, er det på denne baggrund min opfattelse, at der er en grænse for, hvor lang en tjenesteydelseskontrakt kan være efter EU-retten, idet en ikke-sagligt begrundet varighed af en offentlig tjenesteydelseskontrakt udgør en uproportional restriktion for tjenesteydernes frie bevægelighed.

Til sammenligning kan det anføres, at tildeling af særlige rettigheder efter artikel 86, stk. 2, i EF-Traktaten også skal overholde proportionalitetsprincippet.

Da der er tale om en proportionalitetsvurdering, kan der ikke siges noget generelt om, hvor lang en varighed der vil blive accepteret af Domstolen, idet dette vil afhænge af de konkrete forhold i den enkelte sag.

De principper, der er udviklet i forbindelse med anvendelsen af udbudsdirektiverne, vil dog formentlig med de nødvendige tilpasninger kunne overføres til kravet om konkurrenceudsættelse, idet de bygger på samme grundlæggende hensyn om ligebehandling og proportionalitet.

Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, indeholder en bestemmelse om, at rammeaftaler højst må gælde for en periode på fire år. Bestemmelsen finder dog kun anvendelse på rammeaftaler og gælder således ikke for andre aftaler omfattet af direktivet, endelige for aftaler der ikke er omfattet af direktivet.

Udbudsdirektivet indeholder ikke en bestemt grænse for varigheden af tjenesteydelseskontrakter, men normalt accepterer Kommissionen kontrakter med en varighed på mellem 3-5 år afhængig af investeringer, pris mv.

På visse områder, hvor store investeringer er nødvendige, eller hvor ydelser er særligt komplekse, accepteres en længere løbetid.

Tildelingen af en meget langvarig kontrakt kan i visse tilfælde også udgøre statsstøtte i strid med EF-Traktatens artikel 87, hvis - i dette tilfælde - friplejeboligleverandøren opnår en ugrundet økonomisk fordel, fordi kontraktens længde ikke er begrundet i saglige hensyn, f.eks. afskrivninger på nødvendige investeringer, kontraktens kompleksitet og eventuelle effektivitetsgevinster ved en længere varighed. Praksis på dette område kan derfor også være vejledende for vurderingen af spørgsmålet om varighed.

Ved renoveringen af London Underground accepterede Kommissionen undtagelsesvist en kontraktslængde på hele 30 år på grund af de særlige forhold i sagen, herunder at kontraktslængden var begrundet i omfanget af de foretagne investeringer, afskrivningsperioder mv., og der dermed ikke var mulighed for overkompensation, jf. Kommissionens afgørelse nr. 264/2002 af 2. oktober 2002

Af afgørelsens pkt. 105 fremgår bl.a.:

"In this particular, the Commission notes that the duration of the contract (30 year period) is proportional in the light of the complexities of this project, which aims at developing a better London Underground through an efficient public sector operator working with an enhanced infrastructure managed by the private sector. This is particularly the case in order to ensure that the initial investment (quite significant) is paid off during the whole life of the contract.

The Commission notes that during this initial period, regular payments (ISC) will not suffice to compensate the need for investment to face the modernisation of the



Underground (i.e. stations, trains, etc) and consequently, the duration of 30 years appears necessary to reach the agreed rates of return."

Klagenævnet for Udbud har ved flere lejligheder taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt vedvarende kontrakters løbetid begrænses i medfør af EU-retten.

Ved kendelse af 15. november 2003 i sagen Tilsynsrådet mod Rønnede Kommune udtalte klagenævnet generelt om spørgsmålet:

"Der er ikke i Bygge- og anlægsdirektivet eller i øvrigt i EU-udbudsretten fastsat tidsmæssige begrænsninger for, hvor langvarige kontrakter vedrørende ydelser, der er omfattet af Bygge- og anlægsdirektivet, må være, og der kan heller ikke af EU-udbudsretten udledes ufravigelige tidsmæssige begrænsninger for sådanne kontrakter. Derimod kan det af de hensyn, der ligger bag EU-udbudsretten, udledes, at offentlige ordregivere – uden at handle i strid med EU-udbudsretten – kun kan indgå kontrakter om bygge- og anlægsarbejder for en længere årrække, når valget af den pågældende kontraktperiode er begrundet i økonomisk-tekniske forhold vedrørende de pågældende bygge- og anlægsarbejde."

I den konkrete sag fandt klagenævnet ikke, at en kontraktperiode på 14 år med mulighed for forlængelse i yderligere 3 år i en kontrakt om vejvedligeholdelse var i strid med udbudsdirektiverne eller EF-Traktaten.

I klagenævnets kendelse af 28. maj 1999 i sagen L.R. Service ApS mod Ringsted Kommune udtalte klagenævnet bl.a.:

"Det må antages, at der af Tjenesteydelsesdirektivet kan udledes en regel om, at en vedvarende tjenesteydelse, som er omfattet af direktivet, skal udbydes en gang imellem, fx hvert 4. år, jf. princippet i direktivets artikel 7, stk. 5."

Klagenævnet for Udbud har således anerkendt, at EU-retten stiller krav om, at varigheden af offentlige kontrakter skal være begrundet i saglige hensyn.

Ved den konkrete vurdering af, om tildelingen af en kontrakt til en friplejeboligleverandør skal konkurrenceudsættes efter en vis periode og i givet fald hvornår, skal det indled-

ningsvis anføres, at der reelt er tale om sammensat kontrakt, nemlig dels en servicedel og dels en bygningsdel.

Service delen adskiller sig som udgangspunkt ikke væsentligt fra andre tilsvarende kontrakter, og dette taler for, at Domstolen vil anse 10 år som for lang en periode.

Imidlertid indeholder kontrakten jo også en bygningsdel, og på dette område accepteres det ofte ud fra hensynet til afskrivninger m.v., at varigheden overstiger 10 år. Bygningsdelen kan dog ikke nødvendigvis fuldt ud sammenlignes med almindelige kontrakter på dette område. Det kan således på den ene side anføres, at friplejeboligleverandørens etableringsomkostninger er forholdsvis beskedne, både for så vidt angår friplejeboliger efter kvote A og kvote B.

Hertil kommer, at friplejeboligleverandøren kan opkræve en leje, der svarer til leverandørens udgifter til den løbende drift af boligerne samt kapitaludgifter i tilknytning til boligerne, jf. ovenfor afsnit 2.2.1.

Endvidere fremgår det af lovforslagets side 32-33, at salgsprisen, når friplejeboligleverandøren skal frasælge boligerne efter et genudbud, vil blive fastsat således, at leverandører i kvote A får tilbagebetalt det kapitalindskud, der er betalt ved anskaffelsen, jf. friplejeboliglovens § 12, stk. 1. Leverandører i kvote B får tilbagebetalt de beløb, der måtte være betalt ved omdannelsen og eventuelt ved den oprindelige finansiering af anskaffelsessummen. Beløbene reguleres til prisniveauet på salgstidspunktet. Friplejeboligleverandører får altså de væsentligste etableringsudgifter tilbage, når friplejeboligerne sælges efter et genudbud. Friplejeboligleverandørens økonomiske risiko er således ikke stor.

På den anden side taler det for at tillade en længere kontraktperiode, hvis friplejeboliger bliver drevet som store projekter, f.eks. hvis én ansøger et år bliver tildelt hele eller store dele af kvote A eller kvote B. Jo større projektet er, jo mere planlægning og administrative ressourcer vil der være investeret i projektet, selv om den økonomiske risiko i sidste ende måske ikke er så stor. Der må derfor afsættes passende periode til afskrivninger af disse investeringer.

Friplejeboligleverandøren løber også risikoen for, at en andel af boligerne i perioder kan stå tomme. Hvis kontraktperioden er meget kort, vil den økonomiske risiko forbundet

med, at boligerne i perioder kan stå tomme, være større, end hvis friplejeboligleverandøren indrømmes en længere periode. Det må forventes, at friplejeboligleverandøren vil indkalkulere denne risiko i sit tilbud, hvorfor varigheden af kontrakterne må kunne afpasses med henblik på at optimere ressourceanvendelsen.

Hertil kommer, at friplejeboligleverandøren formentlig må kalkulere med et underskud på driften i opstartsfasen. Da friplejeboligleverandørens tilbud vil afspejle denne risiko, bør der afsættes en passende periode til, at leverandøren kan skabe en overskud på driften af friplejeboligerne.

Hensynet til beboerne i friplejeboligerne kan endvidere formentlig tale for, at kontrakternes varighed har en vis længde, herunder fordi friplejeboligerne kan være etableret på et særligt etisk/religiøst værdgrundlag.

Om den nærmere vurdering af, hvor lang en varighed Domstolen vil acceptere, bemærker jeg yderligere, at da kravet om konkurrenceudsættelse er et udslag af reglerne om fri bevægelighed af tjenesteydelser mv., og tildelingen af tjenesteydelseskontrakterne dermed skal overholde proportionalitetsprincippet i relation til beregningen af kontraktens varighed, er det principielt ikke muligt at fastsætte en generel fast grænse for varigheden af kontrakterne.

Proportionalitetskravet vil således strengt taget føre til, at hver eneste tjenesteydelseskontrakt skal vurderes for sig med henblik på at sikre, at varigheden af den enkelte kontrakt ikke går videre end nødvendigt af hensyn til de sagligt økonomiske baggrunde for tildelingen af kontrakten.

Dette er naturligvis ikke praktikabelt i relation til fastsættelse af en lovregel, men illustrerer dog, at der skal udvises forsigtighed ved fastsættelsen af en bestemt tidsfrist for varigheden af kontrakterne med henblik på fornyet konkurrenceudsættelse, herunder fordi omfanget af de enkelte kontrakter kan være ganske forskellig, idet kontrakterne har varierende størrelse. Det kunne på denne baggrund overvejes at indsætte en hjemmel til at fravige fristen for efterfølgende konkurrenceudsættelse i friplejeboliglovens § 66 afhængig af de konkrete forhold.

Sammenfattende er det min vurdering, at Domstolen generelt vil acceptere en varighed på 7-8 år for kontrakterne, og jeg kan ikke afvise, at en varighed på 10 år også vil kunne accepteres af Domstolen.

5. Konklusion

På denne baggrund er det sammenfattende min opfattelse, at EU-retten ikke stiller krav om afholdelse af et EU-udbud ved fordelingen af kvoterne i medfør af friplejeboliglovens § 28 og § 30, ligesom et sådant krav ikke kan stilles ved en efterfølgende tildeling af kontrakterne i medfør af friplejeboliglovens § 66.

Derimod følger det nok af EU-retten, at der skal ske en konkurrenceudsættelse i forbindelse med tildelingen af tjenesteydelseskontrakterne, således at der sikres en passende grad af offentlighed, hvorved potentielle tilbudsgivere fra andre medlemslande har mulighed for at tilkendegive deres interesse i kontrakterne. Dette gælder dog ikke for kontrakter, der har en meget begrænset økonomisk betydning (ikke er egnede til at påvirke samhandelen).

Efter min opfattelse indeholder EU-retten ikke en pligt for medlemsstaterne til at gennemføre konkurrenceudsættelsen i form af udbud, og strengt taget går anvendelsen af ordet "udbud" i friplejeboliglovens § 66 således videre end påkrævet i henhold til EU-retten.

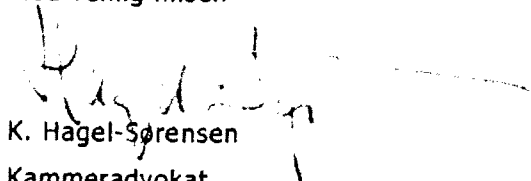
På grund af sammenhængen mellem (gen)udbud i § 66 og pligten til afhændelse af friplejeboligerne efter § 67, er det ikke givet, at de bestemmelser, som socialministeren kan fastsætte efter § 88 vedrørende udbudsproceduren, bør indeholde samme regler om annonceringspligt m.v. som § 15 c i lov om Indhentning af tilbud som affattet ved lov nr. 572 af 6. juni 2007. Men det forekommer mig ikke urimeligt, at der tilsigtes fastsat regler af en vis fasthed og ensartethed, således at konkurrenceudsættelsen beskytter deltagerne mod vilkårlighed.

Endelig er det min vurdering, at der ikke efter EU-retten gælder bestemte grænser for varigheden af en bilag II B-tjenesteydelseskontrakt, men kontrakterne bør dog konkurrenceudsættes med passende intervaller. Varigheden må afhænge af en konkret vurdering i det enkelte tilfælde af saglige tekniske og økonomiske hensyn bag tildelingen af kontrakten.



Formentlig vil Domstolen dog generelt for de omhandlede kontrakter acceptere en varighed på 7-8 år, og jeg kan ikke afvise, at en varighed på 10 år også vil kunne accepteres af Domstolen.

Med venlig hilsen


K. Hagel-Sørensen
Kammeradvokat