



Socialudvalget
L 80 - Bilag 11
Offentligt

Socialudvalget
Folketinget
Christiansborg
1240 København K

Den 4. januar 2007

Vedr.: Lovforslag 80 – forslag til lov om friplejeboliger

Ved foretræde den 5. december 2006 fik OSI mulighed for at fremføre synspunkter om det uheldige i, at lovforslaget indeholder en bestemmelse om, at friplejeboligerne hvert 10. år skal sættes i udbud. Ved foretrædet blev vi spurgt, om vi havde foretaget en juridisk vurdering af kravet i forhold til konkurrenceregler og EU-regler.

På tidspunktet for foretrædet havde vi ikke ladet foretage en sådan juridisk vurdering, men efterfølgende har vi bedt advokat Karen Dyekjær, Plesner Svane Grønberg advokatfirma, om at foretage en vurdering. Hendes notat vedlægges dette brev.

Det fremgår af notatet, at der ikke på basis af udbudsdirektivet kan stilles krav om udbud, da lovforslaget omhandler liste II B ydelser (notatet side 8)

Ligeledes peger notatet på, at Konkurrencestyrelsen flerdobbelt udvider principper, der ikke er eksplicit udtrykt noget sted (notatet side 14).

Det er derfor OSI's opfattelse, at der med baggrund i dansk lov eller i EU-reglerne ikke kan gøres gældende, at der skal være udbudsregler i lov om friplejeboliger.

Vedtages bestemmelsen vil der således være tale om en selvstændig dansk udvidelse af konkurrencebestemmelserne.

Med venlig hilsen
OSI – Organisationen af Selvejende Institutioner

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Torben Larsen'.
Torben Larsen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lisbeth Raahauge'.
Lisbeth Raahauge

Dette brev er sendt til socialudvalgets medlemmer og til socialministeren.

PLESNER

PLESNER SVANE GRØNBORG
ADVOKATFIRMA

STRICTLY CONFIDENTIAL - LEGAL PRIVILEGE

NOTAT

OM FORSLAG TIL LOV OM FRIPLEJEBOLIGER - PLIGT TIL GENUDBUD

NOTAT

Om forslag til Lov om friplejeboliger

1 Indledning

Lovforslag 80, "forslag til lov om friplejeboliger", blev fremsat 15. november 2006 af socialminister Eva Kjer Hansen.

Hovedformålet med lovforslaget er at etablere de legale rammer for etablering af plejeboliger i privat regi. Lovforslaget omhandler bl.a. regler om certificering af friplejeboligleverandører, et kvotesystem for etablering af støttede boliger, regler om finansiering, herunder om statsstøtte i form af lånegaranti og ydelsesgaranti, om afregning af service efter et takstsystem, om forhold relateret til beboernes lejeforhold, herunder lejebetaling, samt om udbud og afhændelse af friplejeboliger.

Af særlig interesse er de i lovforslagets kapitel 9 indeholdte bestemmelser om udbud og genudbud af friplejeboliger og om afhændelse af de dertil anvendte ejendomme efter genudbud.

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at Socialministeriet efter indstilling fra Konkurrencestyrelsen har fundet det påkrævet at indsætte bestemmelser om udbud og genudbud af friplejeboliger efter 10 år for på denne måde at sikre, at ydelserne bliver genstand for tilstrækkelig virksom konkurrence.

Formålet med dette notat er navnlig at vurdere, hvorvidt forslagens bestemmelser om sådant genudbud er baseret på et ufravigeligt EF-retligt krav.

2 Konklusion/sammenfatning

Det er ubestridt, at drift af friplejeboliger ikke er omfattet af de detaljerede regler om udbudspligt som fastsat i direktiv nr. 2004/18/EF (udbudsdirektivet). Ydelserne er såkaldt liste II B ydelser, hvorom der ikke efter direktivet gælder pligt til udbud.

Som udtalt af Konkurrencestyrelsen er de pågældende ydelser dog omfattet af generelle traktatfæstede principper såsom principperne om fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser, fri etableringsret, samt om gennemsigtighed, gensidig anerkendelse, ikke diskrimination, ligebehandling og proportionalitet. Det nærmere indhold af disse principper

afhænger af de pågældende ydelsers karakter. Der kan imidlertid hverken af disse principper eller af den medlemsstaterne påhvilende pligt til at respektere principper om åben og fri konkurrence udledes et generelt krav om, at friplejeboliger skal genudbydes efter en vis periode. I intet tilfælde er et sådant krav formuleret af De Europæiske Fællesskabers Domstol eller søgt håndhævet af Europakommissionen.

I det omfang lovgiver vælger at indføre et krav om genudbud, kan der siges at være tale om en friere "tilendetænkning" af principper, der bl.a. er udtrykt af Europakommissionen, men ikke om et EF-retligt krav, der ville kunne håndhæves retligt overfor Danmark. Europakommissionen ses i øvrigt ikke hverken generelt eller konkret at have forholdt sig til de særlige hensyn som følger af, at et plejehjem drives efter et særligt værdigrundlag. Tværtimod kan hensynet til konkurrence vige for andre ikke-økonomiske hensyn såsom kulturel diversitet.

Uafhængig af reglerne om udbudspligt kan modtagelsen af statsstøtte medføre særlige krav. For at undgå at der er tale om anmeldelsespligtig statsstøtte skal ydelser, hvortil der modtages statsstøtte, normalt tildeles efter et udbudslignende system. Ej heller kan der af disse regler udledes et princip om genudbud, hvortil kommer at der i givet fald intet ville være til hinder for at anmelde en afvigende ordning til Kommissionen og dermed sikre imod eventuel konflikt mod statsstøttereglerne.

3 Oversigt over de juridiske problemstillinger

De juridiske problemstillinger knytter sig navnlig til *udbudsdirektivet*¹ og det underliggende regelsæt om *fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser* (Traktatens artikel 28 - 30 samt artikel 49) og i tilslutning hertil konkurrencereglerne især i forhold til offentlige foretagender (Traktatens artikel 86).

Ud fra en udbudsretlig synsvinkel vil spørgsmålet i første række være at løse på grundlag af reglerne i udbudsdirektivet, idet det må vurderes, hvorvidt og i hvilket omfang friplejeboliger er omfattet af udbudspligten, og specielt om der af udbudsdirektivet kan udledes en pligt til at ydelserne gennem genudbud konkurrenceudsættes med jævne mellemrum, og i

¹ Direktivet, hvis fulde titel er Europaparlamentets 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, er bekendtgjort og implementeret ved bekg. nr. 937 af 16. september 2004.

bekræftende fald om en sådan på direktivet baseret pligt også gælder for denne type ydelser. Dette spørgsmål behandles under punkt 4.2.

I det omfang der ikke antages at være tale om pligt til udbud og genudbud direkte på grundlag af udbudsdirektivet, er spørgsmålet, om der af andre omliggende regelsæt og principper, udledt af Traktaten og bekræftet af de Europæiske Fællesskabers Domstol kan udledes en pligt til udbud og genudbud. Dette spørgsmål behandles under punkt 4.3.

Yderligere vil være at undersøge om en pligt til udbud opstår som følge af, at der ydes statsstøtte til opførelse og drift af friplejeboliger. Dette spørgsmål behandles under punkt 4.4.

4 Vurdering

I dette afsnit gennemgås indledningsvis under punkt 4.1 de tilgængelige oplysninger om grundlaget for Konkurrencestyrelsens holdning og OSI's synspunkter, medens punkt 4.2 - 5 indeholder vor vurdering heraf.

4.1 Grundlag for vurderingen – lovforslaget med tilhørende bemærkninger m.v.

4.1.1 Lovforslag 80, forslag til lov om friplejeboliger, som fremsat 15. november 2006

Lovforslag 80, med forslag til lov om friplejeboliger, som fremsat 15. november 2006 (friplejeboligloven), indeholder i § 66 følgende bestemmelse:

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

Hvis vinderen af et udbud er en anden friplejeboligleverandør, skal friboligen afhændes til den nye friplejeboligleverandør. Lovforslaget § 67 - 70 indeholder de nærmere regler om sådan tvungen afhændelse.

Bestemmelserne om udbud og afhændelse findes i lovens kapitel 9. Om udbudspligt angives det i bemærkningerne til kapitel 9, at det er et væsentligt element i den foreslåede lovgivning, at friplejeboligerne skal konkurrenceudsættes med jævne mellemrum ved udbud. Det anføres således at

"retten til at drive friplejeboliger vil være tidsbegrænset som led i det udbudsretlige krav om markedsprøvning"

Begrundelsen for valget af 10 års perioden motiveres som en afvejning af to modsatrettede hensyn. På den ene side skal leverandøren af friplejeboligerne sikres tid til at skabe en velfungerende ejendom, og på den anden side skal udgiften til omsorg og pleje holdes så lav som muligt.²

Ønsket om gennem priskonkurrence at sikre lavest mulige ydelser tilgodeses ved første udbud ved at tildelingen af friplejeboliger indenfor de fastlagte kvoter sker på grundlag af prisen på personlig og praktisk hjælp.³

Om forholdet til EF retten udtales i bemærkningerne

"Regeringen vurderer at der ikke er grundlag for anmeldelse af ordningen til EU Kommissionen efter reglerne om statsstøtte. Det skyldes forslaget karakter af social ordning."

4.1.2 Ministerspørgsmål 8 og 13

Til lovforslaget knytter der sig en række spørgsmål. Et af disse spørgsmål retter sig direkte mod begrundelsen for lovforslagets udbudspligt. Spørgsmål nummer 8 til Socialministeren lyder:

"Ministeren bedes, med henvisning til EU-retten, beskrive, hvori kravet om udbud efter 10 års drift består?"

Socialministerens svarede hertil blandt andet:

"Konkurrencestyrelsen har oplyst, at friplejeboliger er omfattet af EU's regler om offentlige kontrakter."

Med spørgsmål 13 og 67 afæskes Socialministeren svar på, hvilken dispensation der er søgt og opnået for at genudbuddet alene skal ske hvert 10. år og ikke med kortere interval.

² Se bemærkningerne til § 66.

³ Jf. § 28 og bemærkningerne hertil.

Det anføres i besvarelsen heraf, at den maximale løbetid for sådanne kontrakter "normalt" er 5 år, men at Konkurrencestyrelsen og Ministeren i samråd har vurderet, at 10 år vil være passende, idet der er tale om bygningsinvesteringer. Der er, oplyses det, ikke tale om nogen "dispensation", og det forklares, at det er "Konkurrencerådets fortolkning af EU-reglerne på udbudsområdet, der ligger til grund for lovforslaget".

For så vidt angår sikring af et særligt værdigrundlag har Ministeren i besvarelsen af spørgsmål 68 udtalt, at "efter konkurrencestyrelsens opfattelse vil det ikke være udelukket at udforme en kravspecifikation sådan, at det af beskrivelsen fremgår, at opgaven skal udføres i forhold til borgere, der har et særligt etisk/religiøst værdigrundlag", men at det ikke kan kræves, at tilbudsgiveren selv deler dette værdigrundlag.

4.1.3 *OSI's holdning*

Det fremgår af høringssvar afgivet af Organisationen af Selvejende Institutioner (OSI), at OSI tæller 325 selvejende institutioner, der alle drives på non-profit grundlag, og som har det tilfælles, at de har rødder i et folkeligt engagement og en lang tradition for at yde omsorg og pleje på baggrund af et særligt sæt af værdier. Disse værdier kan være religiøse, etiske eller på anden måde ikke-økonomiske. Således ønsker eksempelvis en gruppe baseret på antroposofiske principper at oprette en friplejeboligenhed.

Bekymringer hos OSI's medlemmer knytter sig naturligt til, at de plejeboliger, der er eller agtes oprettet som friplejeboliger af OSI's medlemmer efter genudbud overtages af en anden organisation, som ikke kan forventes at videreføre disse principper på samme måde som en non-profit organisation, der ledes af en bestyrelse, der deler disse værdier.

4.1.4 *Baggrunden for Konkurrencestyrelsens holdning – udbudsreglerne og forslag til ændring af konkurrenceloven*

Det er oplyst, at Styrelsens holdning følger af udbudsreglerne (udbudsdirektivet) og det omkringliggende regelværk. Styrelsen finder, at det er et almindeligt princip, at offentlige og private samarbejder ikke må lukke for konkurrencen på et marked gennem langvarige kontrakter.

Regeringen og Konkurrencestyrelsen har ved flere lejligheder udtalt sig om konkurrencelovgivningens generelle formål, senest i forbindelse med det den 7. november 2006

fremsatte forslag til lov om ændringer i konkurrenceloven. Dette lovforslag indeholder bl.a. forslag om at "*indføre regler for indgåelse af kontrakter om varer og tjenesteydelser under tærskelværdierne for EU udbud samt forslag til kontrakter om liste II b tjenesteydelser, der ikke fuldt ud er omfattet af udbudsdirektiverne*". Det anføres i bemærkninger til dette forslag, at formålet er "at indføre et sæt enkle fleksible bestemmelser". Det væsentligste i så henseende er et krav om *offentliggørelse* af et udbud. Det anføres tillige, at forslaget tilsigter at udmønte regler om fri varebevægelighed, gennemsigtighed, ligebehandling proportionalitet og gensidig anerkendelse.

Dette forslag er tydeligvis inspireret af Kommissionens *meddelelse af 1. juli 2006 om den Fællesskabsret, der finder anvendelse på tildeling af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne*.⁴ Denne meddelelse (herefter Fortolkningsmeddelelsen) omhandler de grundlæggende normer for kontrakttildeling udenfor udbudsdirektivets anvendelsesområde, og det fremgår heraf bl.a., at der for tjenesteydelser bør sikres et passende omfang af offentlighed, der gør det muligt at åbne markedet for udbud af tjenesteydelser for konkurrence. Betydningen af meddelelsen gennemgås derfor nedenfor under punkt 4.3.

Regeringen nævner dog ikke i nævnte forslag til ændringer af konkurrenceloven et krav om genudbud med jævne mellemrum. Denne del af lovforslaget er således unik for friplejeboliger.

Lovforslaget om ændring af konkurrenceloven indeholder også nye bestemmelser om statsstøtte. Der foreslås bl.a. bedre mulighed for at gribe ind overfor afregningspriser under fritvalgsordningerne, men ej heller i denne forbindelse stilles krav om genudbud.

4.2 *Vurdering: Udbudsretlige regler*

4.2.1 *Udbudsdirektivet kræver ikke udbud af social- og sundhedsydelser*

Udbudsdirektivet gælder som udgangspunkt for alle tjenesteydelser, der udbydes af statslige eller kommunale ordregivere. Bilaget til direktivet oplister ydelserne i forskellige grupper. Sundheds- og socialydelser er anført på liste II B.

⁴ EFT C 179/2 af 1.6 2006. Meddelelsen er ledsaget af en liste over FAQ. Heraf følger, at Fortolkningsmeddelelsen er ønsket af flere medlemsstater (Østrig og Danmark)

Det følger af artikel 21 i udbudsdirektivet, at der ikke skal ske udbud af liste II B ydelser efter procedurereglerne i udbudsdirektivet. En liste B ydelse skal således kun iagttage direktivets artikel 23 (om tekniske specifikationer)⁵ og artikel 35, stk. 4 (om eventuel offentliggørelse og statistik). Dette betyder, at medlemsstaterne ikke i kraft af udbudsdirektivet har pligt til at foretage udbud efter de i direktivet herom fastsatte regler.

Allerede af denne grund kan det undre, at spørgsmålet om genudbud overhovedet kan opstå.

4.2.2 Klagenævnets praksis om genudbud

Klagenævnet for udbud har i relation til kontrakter, der er omfattet af udbudsdirektiverne udtalt, at der bør ske genudbud af løbende kontrakter med jævne mellemrum. Da også liste B ydelser principielt er omfattet af enkelte af udbudsdirektivets regler, bør det derfor tillige undersøges, hvad der er basis for denne af Klagenævnet formulerede regel om genudbud. Der findes ingen direkte bestemmelser herom i udbudsdirektivet, men genudbudspigten er behandlet af Klagenævnet for Udbud i flere tilfælde. Ifølge Klagenævnets kendelse af 28. maj 1999⁶ og Klagenævnets kendelse af 5. november 2003⁷ kan en regel om genudbud udledes af udbudsdirektivets artikel 9, stk. 8, selv om denne alene direkte handler om, hvorledes kontraktens værdi beregnes ved længerevarende kontrakter.

Reglen om genudbud var ifølge Klagenævnet for Udbud tidligere knyttet til princippet i tjenesteydelsesdirektivets artikel 7, stk. 5, og reglen blev tillige benyttet i de resterende udbudsretlige regelsæt, tilsyneladende uden en klar hjemmel. Nævnte artikel 7 er nu afløst af udbudsdirektivets artikel 9, stk. 8, der som nævnt intet udtaler om genudbud.

⁵ Den indirekte pligt til at muliggøre åben konkurrence navnlig ved ikke at bruge specifikationer, der lukker for adgang til at byde for de, der ikke råder herover, er diskriminerende, kan siges at være baseret på en forudsætning om, at specifikationerne offentliggøres og dermed konkurrenceudsættes. Denne afledte læsning er netop baggrunden for fortolkningsmeddelelsen, der analyseres særskilt nedenfor. Direktivets art 23 omhandler dog alene specifikationer på varer eller brug af standarder, og har til formål at udelukke at der eksempelvis kræves anvendelse af specielle fabrikater. For så vidt en ydelse af særlige grunde, for eksempel på grund af en eneret, alene kan tildeles en enkelt leverandør eller vanskelig kan specificeres kræves den almindelige udbudsprocedure i øvrigt ikke anvendt jf. artikel 31, 1 b og artikel 30 1 c.

⁶ LR Service mod Ringsted Kommune, omhandlede udbud af en rengøringsydelse. I kendelsen i udtales: "det må antages, at der af tjenesteydelsesdirektivet kan udledes en regel om, at vedvarende tjenesteydelse, som er omfattet af direktivet, skal udbydes en gang imellem, fx hvert 4. år, jf. princippet i direktivets artikel 7, stk. 5."

⁷ Tilsynsrådet mod Rønnede Kommune om Rønnede kommunes vejnet, hvor udtales at der ikke af direktivet kan udledes en bestemt periode, men derimod nok at bygge og anlægsarbejder kun kan indgås for en længere årrække, når valget er begrundet i økonomisk tekniske forhold vedrørende det pågældende bygge og anlægsarbejder. Konkret godkendtes 14 år.

Det forekommer ud fra en umiddelbar ordlydsorienteret læsning af artiklen ikke klart, hvorledes genudbudsprincippet kan udledes af artikel 9, stk. 8. Der er snarere tale om tilendetækning af formålet med direktivet.

Uanset dette er det afgørende imidlertid, at liste II B ydelser kun er omfattet af direktivets artikel 23 og 35, stk. 4, og således heller ikke omfattet af en underforståethed baseret på artikel 9, stk. 8.

Der kan således heller ikke på grundlag af Klagenævnets praksis udledes en regel om, at udbudsdirektivet kræver genudbud af friplejeboliger.

Dette gælder også om liste II B ydelser, som udbydes som led i en blandet løsning indeholdende et bygge- og anlægsprojekt, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2 d.

4.2.3 *Specielt om undtagelse fra udbudspligten for at varetage ikke-økonomiske hensyn*

Udbudsdirektivet er vedtaget med baggrund i de traktatfæstede principper om den fri bevægelighed. Det følger heraf, at reglerne i udbudsdirektivet skal fortolkes i overensstemmelse med disse principper, og de regler der kan udledes af Domstolens praksis herom. Det fremgår endvidere direkte af udbudsdirektivets betragtning 2, at Traktatens principper om fri bevægelighed finder anvendelse på udbudsdirektivet, og der henvises i betragtning 6 til de undtagelser, der gør sig gældende på området for den fri bevægelighed.

Det følger af princippet om begrænsninger i den fri bevægelighed, at forbuddet mod begrænsninger i den fri bevægelighed eller foranstaltninger med tilsvarende virkninger, der indeholder den undtagelse, ikke er gældende, hvor begrænsningen har sit grundlag i et særligt beskyttelsesværdigt eller EU-ankendelsesværdigt, offentligt, og ikke-økonomisk hensyn.⁸ Det er således ikke i strid med den bagvedliggende traktatmæssige hjemmel, at ydelser, der efter deres karakter ikke egner sig til konkurrenceudsættelse på grund af særligt beskyttelsesværdige eller EU-ankendelsesværdige, offentlige, og ikke-økonomiske hensyn, kan undtages fra udbud.

⁸

Jf. sag 120/78 "Cassis de Dijon", der etablerer en doktrin af samme navn og en lang række sager. Det forudsættes dog, at undtagelsen kan retfærdiggøres og er proportional, dvs. ikke går videre end påkrævet. Der foreligger i øvrigt ingen direkte sammenlignende sager, netop fordi ydelser af den relevante type er generelt undtaget.

4.3 *Underliggende konkurrenceretlige og udbudsretlige principper, der også gælder for liste II B tjenesteydelser*

Som det fremgår, er Konkurrencestyrelsens vurdering i høj grad af inspireret af de igangværende overvejelser, der foregår på europæisk plan om, hvorledes offentligt og privat partnerskab bedst etableres indenfor Unionen på en måde, der respekterer de principper og hensyn, der ligger bagved såvel reglerne om konkurrence (herunder særligt artikel 86 om konkurrencereglernes anvendelse på offentlige eller koncessionerede foretagende) som reglerne om fri varebevægelighed m.v. artikel 28 - 30, artikel 43 og artikel 49 kombineret med andre generelle principper.

4.3.1 *Kommissionens Meddelelse af 26. april 2006*

Et væsentligt grundlag herfor er Kommissionens Meddelelsen af 26. april 2006 om "Social Services of General Interest". Denne Meddelelse har til formål at klargøre de krav, EF reglerne stiller til indretningen af sådanne ydelser. Det bærende princip for Meddelelsen er, at medlemsstaterne selv definerer de ydelser, som de mener bør ydes, og de hensyn, der i så henseende skal prioriteres, men at de derefter overholder Traktatens overfor nævnte almindelige principper, når de indgår offentlige og private partnerskaber om disse ydelser. Medlemsstaterne bør således selv ud fra friere overvejelser:

"... define services of general economic interest and particularly social services of general interest, and define the obligations and missions relating to such services and their organisational principles"

men:

"The member states must comply with Community law and the case law of the Court of Justice when establishing the means of implementing the objectives and principles they have set themselves"

og

"Analysis of the compatibility with the Community law of the organisational arrangements for social services must be carried out on a case-by-case basis."

Det anføres, at den sociale sektor er under udvikling og undergivet tiltagende konkurrenceudsættelse, som kan antage forskellige former, herunder "*outsourcing of public*

service task to the private sector with the public authorities regulating competition and the development of public private partnerships" m.v.

Der er næppe tvivl om, at Konkurrencestyrelsen ønsker at leve op til den her beskrevne opgave, d.v.s. at fungere som regulator for den rette form for konkurrenceudsættelse. På den anden side må det fremhæves, at Meddelelsen ikke indeholder nogen nærmere beskrivelse af, hvorledes dette skal ske og ikke noget specifikt krav om, at ydelser konkurrenceudsættes gennem genudbud.

Endvidere fremgår det, at kravet om konkurrenceudsættelse kun gælder, når det drejer sig om økonomiske hensyn, jf.

When services of economic nature are involved the member states must ensure that their organisational arrangements are compatible with competition law in particular and also with the rules on freedom to provide services and freedom of establishment "(udh tilføjet)

Også heraf følger således at medlemsstaterne lovligt kan undtage hensyn, der ikke er økonomiske, jf. det almindelige princip nævnt ovenfor under punkt 4.2.3.

Meddelelsen om Social Services Fortolkningsmeddelelsen er resultatet af en foregående dialog. Kommissionen udgav således den 12. maj 2004 et *White Paper on services of general interest*. Dokumentet har til formål at gengive Kommissionens forståelse af, hvorledes sociale ydelser indpasses i det EF retlige system. Det anføres, at der trods store meningsforskelle foreligger en *"concessus on the need to ensure harmonious combination of market mechanisme and public service mission"*. Metodisk kan dette gøres ved, at medlemsstaterne definerer de ydelser, der kræves, men at disse derefter udbydes under overholdelse af generelle principper om ikke-diskrimination m.v.

På den anden side angives det også, at

"The diversity of services must be maintained because of the different needs and preferences of users and consumers resulting from different economic, social, geographical or cultural situations. This is true in particular for social services, health care and broadcasting".

Det gengives i øvrigt, at Europaparlamentet i en udtalelse 13. januar 2004 om det forudgående Green Paper meddeler, at denne differentierede holdningsbaserede tilgang til reglerne omhandlende visse ydelser hilses velkommen, men også at parlamentet ikke ønsker, at udbudsreglerne skal anvendes på denne type ydelser. Endvidere fremgår af White Paper at Kommissionen ikke finder det hensigtsmæssigt at uarbejde et forslag til bindende sekundær EF ret om disse emner.

4.3.2 *Kommissionens Meddelelse af 1. august 2006*

Et andet lige så væsentligt bidrag er Kommissionens Meddelelse af 1. august 2006⁹ om den udbudsretlige fællesskabsret, der finder anvendelse på kontrakter, der ikke er omfattet fuldt af udbudsdirektivet (Fortolkningsmeddelelsen). Med henvisning til Traktatens almindelige principper samt med henvisning til en række domme fra EF Domstolen indenfor udbudsretten når Kommissionen frem til at fremsætte krav om, at der sker en *offentliggørelse* af ikke udbudspligtige kontrakter, der vurderes at kunne interessere potentielle bydende fra andre medlemsstater, og at der skal sikres en ikke-diskriminerende beskrivelse af ydelserne, ligesom der ved tildelingen skal sikres overholdelse af et ikke-diskriminationsprincip. Hvis antallet af ansøgere begrænses (således som det sker ved brug af et kvotesystem) skal det ifølge meddelelsen ske på en gennemsigtig ikke-diskriminerende måde, hvor man ved udvælgelsen lægger vægt på objektive kriterier.

Det kan således tiltrædes, at Kommissionen også med denne Meddelelse lægger op til, at principperne om konkurrenceudsættelse kan kombineres med fri ret til at definere vigtigheden og tyngden af sociale hensyn. Den anerkendelse af ikke-økonomiske hensyn, der principielt kan legitimere udelukkelse af konkurrence og begrænsninger i fri varebevægelighed, kan ifølge Kommissionen - der i så henseende kan påberåbe sig proportionalitetshensynet - ikke gå videre end nødvendigt for at sikre disse hensyn.

Ikke desto mindre følger det også af denne meddelelse, at medlemslandene står meget frit i deres vurdering af, hvilke sociale hensyn der skal have forrang frem for hensynet til konkurrencen, og at der ikke kan opstilles generelle regler om vægten af disse hensyn, men at denne afvejning skal foretages sag for sag, område for område.

⁹ Nævnt ovenfor punkt 4.1.4.

Man kan endvidere notere sig, at Kommissionen ikke går videre end at påbyde en offentliggørelse, der sikrer, at også ikke-lokale bydende får mulighed for at indrette sig på at byde med. Der er ej heller i denne Meddelelse omtalt noget krav om genudbud.¹⁰

4.3.3 *Kan der gælde særlige undtagelser for fripleje-boliger der er baseret på særligt værdigrundlag?*

Som nævnt ovenfor har Kommissionen anerkendt, at de ikke-økonomiske hensyn, der kan tilgodeses ved administration af reglerne om offentligt privat partnerskab er hensynet til "the diversity of services and situations".

Det forekommer umiddelbart oplagt, at hensynet til at tillade forskellighed ikke kan kombineres med præcist definerede objektive kriterier.

Dette fremhæves, idet det fremgår af Konkurrencestyrelsens udtalelse som gengivet under besvarelsen af spørgsmål 68, jf. punkt 4.1.2 ovenfor, at der ikke i systemet er plads til, at et særligt værdigrundlag kan indgå i udbuds- eller tildelingskriterierne. Herved har man formentlig følt sig bundet af, at Kommissionens i sine fortolkningsmeddelelser lægger op til, at lovgiver må definere de sociale hensyn som bydende skal kunne varetage, og de kvalifikationer, der hertil kræves på *objektiv* måde, således at hvem som helst, der på objektiv basis kan siges at have de definerede kvalifikationer, skal kunne byde. Det er imidlertid efter min opfattelse både logisk nødvendigt og fuldt traktatmedholdeligt at gøre undtagelse fra konkurrenceudsættelsespligten eller i hvert fald genudbudspligten i tilfælde, hvor et genudbud ville kompromittere muligheden for at tilgodese netop denne forskellighed.

Ikke at indrømme disse leverandører en undtagelse vil være i strid med Kommissionen og Parlamentets holdning i de citerede Meddelelser og stride mod Traktatens generelle principper om undtagelser for fri bevægelighed for at varetage anerkendelsesværdige ikke-økonomiske hensyn.

¹⁰

Fortolkningsmeddelelsen henviser som baggrund til reglerne om de traktatbestemte regler om fri bevægelighed af varer og tjenesteydelse, fri etableringsret, men ikke direkte til konkurrencereglerne (art 86). Dette er naturligt, da udbudsdirektiverne ikke er baseret på konkurrencereglerne men på netop reglerne om fri varebevægelighed m.v. Det kan dog med rimelighed lægges til grund, at Fortolkningsmeddelelsen udtømmer de principper, der kan påberåbes i forhold til udbud og genudbud, jf. at det forudgående White Paper inddrager artikel 86, og også at Konkurrencestyrelsen selv bruger Fortolkningsmeddelelsen som grundlag for ændring i konkurrenceloven, jf. punkt 4.1.4 ovenfor.

4.3.4 *Sammenfatning om udbudsreglerne og omliggende principper*

Selv om det retligt logiske grundlag for Konkurrencestyrelsen holdning på det generelle plan kan indpasses i generelle EF-retlige principper, herunder princippet om at fravigelse af fri konkurrence kun kan begrundes i det omfang det under overholdelse af en proportionalitetsgrundsætning er påkrævet, er Konkurrencestyrelsens holdning dog baseret på en flerdobbelt udvidelse af principper, der ikke er eksplicit udtrykt noget sted. Konkurrencestyrelsens holdning kan med god vilje betragtes som en selvstændig eksegese over EF-rettens krav, støttet af Kommissionens opfordring til decentral administration af konkurrencereglerne gennem de nationale regulatorers overvågning. Selv med dette udgangspunkt går fortolkningen dog videre end nødvendigt ved ikke at tilgodese hensynet til diversitet, når der er tale om friplejeboliger på særligt værdigrundlag.

Det vil generelt efter min opfattelse være mere korrekt at betegne Konkurrencestyrelsens holdning som en retspolitisk intervention båret af ønsket om, at offentligt privat samarbejde her i landet i alle sektorer indrettes på en måde, der sikrer løbende og gentagen konkurrenceudsættelse.

4.4 *Statsstøtte*

Uanset dette ikke klart fremgår af bemærkninger bør det også vurderes, om Socialministerens/Konkurrencestyrelsens krav om genudbud kan være hjemlet i de regler, der har udviklet sig omkring statsstøtte.

EF-reglerne om statsstøtte er komplicerede. En forudsætning for at der er tale om statsstøtte i Traktatens forstand er, at der er tale om selektive ydelser til fordel for enkelte virksomheder, således at ydelsen kan fordreje konkurrence, og derudover er det en forudsætning, at støtten kan påvirke handlen mellem medlemsstaterne, jf. Traktatens artikel 87. Disse betingelser er normalt ikke opfyldt ved opførelse og drift af plejehjem. I øvrigt bestemmer Traktatens artikel 87, stk. 2, at ydelser af social karakter altid er forenelige med Traktaten (og således ikke anmeldelsespligtige) forudsat den ydes til enkelte forbrugere og i øvrigt uden forskelsbehandling. Problemet i det foreliggende tilfælde kunne være, at støtten kun indirekte kan siges at gives til forbrugerne, og derfor ikke klart er omfattet af nævnte undtagelse. Der findes ej heller rådsforordninger¹¹, der direkte undtager denne form for støtte. Nyordningens stærke islæt af vigtigheden af at konkurrenceudsætte området taler

¹¹ Det forudsættes herved at den overstiger minimumstøtten på 100.000 Euro over en treårig periode, jf. Kommissionens forordning 69/2001.

for, at der rent faktisk generelt kunne være tale om et område, hvor konkurrencen kan fordrejes, således at støtten i hvert fald ex tunc burde anmeldes til Kommissionen¹².

I relation til udbudskravet kunne støtten paralleliseres med støtte til drift af aktiviteter, der har en almindelig økonomisk interesse, men samtidig opfylder et alment behov, såsom transport, tv, post m.v. For denne type ydelser, der i øvrigt ofte tildeles efter et koncessionsprincip, er det på grundlag af EF Domstolens retspraksis¹³ nu fastlagt, at der *ikke* er tale om statsstøtte, og dermed heller ikke om anmeldelsespligt for så vidt der er tale om veldefinerede opgaver, der tildeles interesserede firmaer i henhold til principper, der sikrer, at muligheden for at drive den pågældende service med hjælp af støtten tildeles efter principper, der minder om udbud. Da der i dette tilfælde ikke ses alene at være tale om en sådan driftsstøtte, er disse regler ikke direkte anvendelige¹⁴, men selv en analog anvendelse ses heller ikke at kunne føre til noget krav om genudbud.

Ifølge bemærkninger til lovforslaget henvises i øvrigt *kun* til områdets sociale karakter og generelle art som grundlag for ikke at betragte støtten som omfattet af EU reglerne. Efter det oplyste har man således navnlig lagt vægt på at støtten i hvert fald indirekte ydes til forbrugerne og således er direkte omfattet af artikel 87, stk. 2, samtidig med at man også har påpeget, at der er tale om objektive kriterier.

Uanset der ikke foreligger nogen klar udtalelse herom kan det herefter lægges til grund, at kravet om genudbud ikke er baseret på reglerne om statsstøtte, herunder Kommissionens bemærkninger i relation hertil.

4.5 *Afledte problemer - afståelse af ejendommen*

Genbuddet indebærer en række problemer med administrationen af loven. Selve genbudspligten medfører således, at man ikke kan drive en friplejebolig i en lejet bygning, idet dette ville indebære et krav om afståelsesret, som det ville være problematisk at sikre alle operatører (se nærmere bemærkninger til lovforslaget punkt 2.3).

¹² Med henblik på at støtten efter en individuel sagsbehandling kan blive konkret erklæret forening med traktaten, jf. traktatens artikel 87, stk. 3, § 88 og 89 og procedureforordningen (forordning 88/669/99).

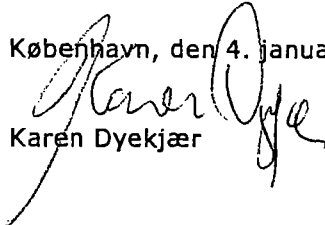
¹³ Altman Trans, C-280/00, dom af 24. juli 2003.

¹⁴ Reglerne i lovforslaget § 20 omhandler således en statslig garanti, ydelsesstøtten efter § 10, jf. § 13 fremtræder som driftsstøtte. Der er ikke hermed tilsigtet en nærmere gennemgang af støttens omfang.

Denne problematik forekommer dog at være mindre end den, der er skabt gennem de meget komplicerede regler om afståelse af boligen til en eventuelt ny byder, jf. lovforslaget §§ 67 - 70.

Med dette notat er ikke vurderet, hvorledes denne særegne ordning forholder sig til grundlovens regler om ekspropriation og om fideikommiser.

København, den 4. januar 2007


Karen Dyekjær