



Socialudvalget
Folketinget
Christiansborg
1240 København K.

Socialudvalget
L 80 - Bilag 19
Offentligt

MODTAGET

17 JAN. 2007

Den Centrale Indlevering

16. januar 2007

Ang. lovforslag L80 (lovforslag om friplejeboliger)

Vi har tidligere fremsendt et juridisk notat til Socialudvalget vedrørende kravet om udbud i det ovenstående lovforslag.

Vi fremsender hermed et supplerende notat som vores advokat har udarbejdet på baggrund af Konkurrencestyrelsens bemærkninger (svar på spm. 117)

Med venlig hilsen

OSI

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Torben Larsen', written over the printed name.

Torben Larsen

Tillæg til Notat af 4. januar 2007

om Forslag til Lov om Fripolejerboliger

1

I mit Notat af 4. januar 2007 om forslag til lov om fripolejerboliger – pligt til genudbud (herefter Notatet) er konkluderet, at fællesskabsretten ikke indebærer et krav om, at lovgivningen om fripolejerboliger indeholder et krav om genudbud.

Konkurrencestyrelsen har ifølge Socialministerens besvarelse af spørgsmål 117 fra Folketingets Socialudvalg fastholdt, at der er tale om at udtrykke "gældende principper for konkurrenceudsættelse" af de omhandlede tjenesteydelser.

Det i besvarelsen anførte giver ikke anledning til at ændre den i Notat anførte konklusion. Derimod bekræfter besvarelsen, at der er tale om et krav, som Konkurrencestyrelsen selvstændigt har formuleret uden klart autoritativt EF-retligt grundlag.

2

Det fremgår af besvarelsen, at Konkurrencestyrelsen har baseret sin vurdering på de grundprincipper, der sammenfattende etablerer det indre marked (fri bevægelighed af varer, tjenesteydelser og kapital, fri etableringsret, ikke diskrimination), og herunder ganske naturligt specielt Kommissionens Fortolkningsmeddelelse 2006 om anvendelsen af disse principper på kravene til offentlig og privat partnerskab om kontrakter, der er nævnt i udbudsdirektivets liste II b. Det er i denne meddelelse, man i givet fald måtte forvente at finde kilden til det af Konkurrencestyrelsen påberåbte "udbudsretlige princip om markedsprøvning". Som anført i Notatet indeholder denne meddelelse imidlertid ingen bestemmelser om genudbud, og der findes ej heller domme der autoritativt udtrykker noget sådant¹. Det følger heraf, at der intet nyt tilføjes i besvarelsen i forhold til Notatet.

¹

Den i besvarelsen omtalte dom C-59/00, Vestergård, er en kendelse på grundlag af en forelæggelse fra Vestre landsret, der handler om specifikationer i et udbudsgrundlag og ikke hverken direkte eller indirekte om genudbud.

3

Konkurrencestyrelsen har fundet det relevant tillige at henvise til Kommissionens fortolkningsmeddelelse fra 2006 om koncession (2000/C 121/02²), til hvilken der er henvist i en Grøn bog om offentlige/private partnerskaber. Derfor bør tilføjes, at denne henvisning efter min opfattelse ikke kan ændre konklusionen. For det første er en Grøn bog ikke udtryk for gældende ret, men et diskussionsoplæg, og i dette tilfælde et diskussionsoplæg om flere typer samarbejder, herunder navnlig såkaldte koncessionskontrakter, hvor den private får en eksklusiv ret til at drive en infrastruktur og vederlægges gennem brugerbetaling. Den citerede sætning henviser til varigheden af en sådan eksklusiv eller semiekklusiv koncession, hvor problemet knytter sig til den begrænsning af markedsadgangen, der følger af eksklusiviteten, men dog igen kan begrundes med behovet for at tjene en investering hjem. Der må således være tale om analogi, hvor problemet ansues som en følge af kvoteordningen, der sidestilles med en eksklusiv eller semiekklusiv ret til at drive en offentligretlig service³. Det er efter min opfattelse en meget strakt retsanvendelse, når der af denne grund og på grundlag af en note i en Grøn bog udledes et generelt gældende "udbudsretligt krav om markedsprøvning" for ydelser, som fællesskabslovgiver netop ikke har villet undergive udbudspligt.

4

Henvisning til konkurrencelovens § 6 (jf. Konkurrencestyrelsens besvarelse punkt 2) er overraskende, idet § 6 handler om horisontale eller vertikale samarbejder mellem markedsdeltagere og ikke om forholdet mellem private og det offentlige.

5

Mere generelt kan supplerende anføres, at der ikke er autoritativ dækning for at udstrække de af EF-Domstolen nidkært håndhævede regler om fri bevægelighed af kapital, tjenesteydelser, fri etableringsret, og forbud mod diskrimination til et absolut krav om konkurrenceudsættelse med jævne mellemrum af ydelser som de her omhandlede.⁴

² Ved en skrivefejl gengivet som 2002/C 121/02 i besvarelsen.

³ Jf. herved Konkurrencerådets meget omfattende afgørelse og analyse af en aftale om afvikling af RH98 affaldsmonopol, offentliggjort 25.10.2006 under titlen "affaldsmonopol skrottes". Denne afgørelse er tilblevet efter drøftelser i ECN (dvs et ikke offentligt forum for drøftelser mellem Kommissionen og nationale konkurrencemyndigheder) og udtrykker ifølge Styrelsens pressemeddelelse en vigtig milepæl. Afgørelsen vedrører ikke udbudsreglerne.

⁴ Reglerne om det indre marked er ifølge Traktatens system ikke en undergruppe under konkurrencereglerne, men selvstændige regelsæt, der administreres af et andet generaldirektorat under Kommissionen. På det helt overordnede plan er der naturligvis en sammenhæng, jf. EF-Traktatens art 4 om at fællesskabets politikker skal baseres på "princippet om åben

Udtrykt på anden måde kan reglerne om det indre marked vel indebære et krav om, at man ikke må hindre virksomheder fra andre medlemsstater i at konkurrere på lige fod med danske virksomheder og derfor ikke må diskriminere i *tildelingsfasen*, men ikke i tillæg hertil et krav om at der skal være et vindue hvert 10. år, hvor driften af et dansk friplejehjem og den tilhørende ejendom skal kunne overgå til andre (fra andre medlemsstater) på ekspropriationslignende vilkår, og specielt ikke at hensynet til i øvrigt at drive et friplejehjem på særligt værdigrundlag skal kompromitteres.

6

Som nævnt i Notatet vil kvoteordningen snarere give anledning til overvejelser om statsstøttere reglerne, men dette forhold er afklaret, jf. Notatet punkt 4.4. og bemærkningerne til lovforslaget.

7

Disse bemærkninger er alene supplerende, og tilsigter ikke at være polemiske, men er anført fordi Notatet ikke medtog alle henvisninger, som nu påberåbes af Styrelsen.

København, den 16. januar 2006

Karen Dyekjær

markedsøkonomi med fri konkurrence, og Traktatens art 86 indgår i et samspil mellem principperne.