

**SOCIALMINISTERIET**

Folketingets Socialudvalg

**Departementet**

Holmens Kanal 22  
1060 København K

Dato: 10. januar 2007

Tlf. 3392 9300  
Fax. 3393 2518  
E-mail sm@sm.dk

**Under henvisning til Folketingets Socialudvalgs brev af 5. januar 2007 følger hermed – i 5 eksemplarer – socialministerens svar på spørgsmål nr. 117 til L 80.**

MLA/ J.nr. 2006-245

---

**Spørgsmål nr. 117:**

”Ministeren bedes kommentere henvendelsen af 4. januar 2007 fra OSI, jf. L 80 - bilag 11.”

**Svar:**

OSI – Organisationen af Selvejende Institutioner har ved foretræde den 5. december 2006 og senest ved brev af 4. januar 2007 fremført det synspunkt, at lovforslagets bestemmelse om, at friplejeboligerne hvert 10. år skal sættes i udbud er uhensigtsmæssig og ikke har baggrund i dansk lov eller EU-regler.

OSI henviser til en juridisk gennemgang fra advokatfirmaet Plesner Svane Grønbog og hæfter sig navnlig ved, at der ikke på basis af udbudsdirektivet kan stilles krav om udbud, da lovforslaget omhandler de såkaldte bilag II B-ydelser, og at Konkurrencestyrelsen udvider principper, der ikke er udtrykt eksplicit noget sted.

Jeg har bedt Konkurrencestyrelsen kommentere henvendelsen, og Konkurrencestyrelsen oplyser følgende:

”Udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) sonderer på tjenesteydelsesområdet mellem to typer af tjenesteydelser. Ydelser, der er opført på direktivets bilag II A er fuldt omfattet af direktivets procedureregler, mens ydelser, der er opført på direktivets bilag II B, alene er omfattet af nogle få af direktivets bestemmelser. Det gælder forpligtelsen til at respektere direktivets regler om tekniske specifikationer samt en forpligtelse til efterfølgende at indberette kontraktindgåelsen til Kommissionen.

Bilag II B ydelser er dog samtidig omfattet af EF-traktatens generelle principper om fri bevægelighed, fri etableringsret samt om gennemsigtighed,

gensidig anerkendelse, ikke diskrimination, ligebehandling og proportionalitet.

Kommissionen omtaler bl.a. i sin meddelelse (2006/C 179/02), hvordan EF-Domstolen har udviklet en række grundlæggende normer for tildeling af offentlige kontrakter, som er direkte afledt af EF-traktatens regler og principper. Principperne om ligebehandling indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, der 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.

Disse normer finder også anvendelse på kontrakter, der ikke er omfattet af procedurereglerne i udbudsdirektivet. EF-Domstolen har således i sag C-59/00 fastslået, at selv om visse kontrakter er udelukket fra anvendelsesområdet for EF-direktiverne vedrørende offentlige kontrakter, er de ordregivende myndigheder, der indgår dem, dog forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler. Konkurrencestyrelsen udleder heraf, at ordregivende myndigheder er underlagt en forpligtelse til også at konkurrenceudsætte kontrakter om ydelser opført på bilag II B.

Indgåelsen af kontrakter, der ikke er omfattet af udbudsdirektivet, påkalder sig opmærksomhed fra Kommissionens og medlemslandenes side. De fleste EU-lande har allerede fastsat nationale regler for sådanne kontrakter, som bl.a. skal bidrage til at sikre, at der sker en konkurrenceudsættelse. Hertil kommer, at EF-Domstolen for øjeblikket behandler en række sager om omfanget og udmøntningen af EF-traktatens principper i relation til offentlige kontrakter. Kommissionen har således bl.a. rejst sag mod Irland vedrørende indgåelse af kontrakt om en bilag II B-ydelse, mod Italien vedrørende tildeling af en tjenesteydelseskoncession, mod Finland vedrørende indgåelse af kontrakt under udbudsdirektivets tærskelværdi og senest også mod Danmark vedrørende en forsyningsvirksomheds indgåelse af kontrakt under forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdi.

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.

Offentlige kontraktors varighed er kun i enkelte tilfælde direkte reguleret i udbudsdirektivet. Således må rammeaftaler som hovedregel kun have en varighed på fire år, med mindre en længere varighed kan begrundes konkret. Tilsvarende er løbetiden for et dynamisk indkøbssystem begrænset til 4 år. Det er herudover navnlig relevant at overveje kontraktens varighed i tilfælde, hvor der over en længere periode løbende er behov for en given ydelse, såle-

des som det er tilfældet med indgåelse af kontrakt om drift af friplejeboliger. I sådanne tilfælde vil en begrænsning af kontraktens løbetid føre til, at der må ske nyt udbud, før ordregiveren kan fortsætte med at modtage de ønskede ydelser fra en ekstern leverandør.

I udbudsdirektivets regler for opgørelse af kontraktværdien i forhold til direktivets tærskelværdi er det princip udtrykt, at hvis der ikke er fastsat en samlet pris, beregnes kontraktværdien for tidsubegrænsede aftaler, som om aftalen var indgået for en 4 års periode.

Efter Konkurrencestyrelsens opfattelse følger det forudsætningsvist af ovenstående, at offentlige kontrakter om løbende ydelser normalt ikke bør have en varighed på mere end 3-5 år, og at meget langvarige kontrakter vil være i strid med det hensyn om åbning af markedet, der ligger til grund for udbudsdirektivet. Anvendelsen af udbudsdirektivet forudsætter således, at kontrakter genudbydes med passende mellemrum, jf. også afgørelser fra Klagenævnet for Udbud herom. Fremgangsmåden er almindeligt anerkendt og praktiseret, og der ses ikke at være grund til at skelne mellem forpligtelsen til genudbud for så vidt angår bilag II A og bilag II B ydelser. Der er ikke ved den seneste revision af direktivet tilsigtet en ændring heraf.

Kontrakter af længere varighed kan dog accepteres under hensyntagen til konkrete forhold. Det kan f.eks. være, at det er nødvendigt at afskrive indsat materiel inden for kontraktens løbetid. Eller det kan være, at en længere kontrakt horisont giver mulighed for effektivitetsgevinster i forbindelse med arbejdets tilrettelæggelse. Klagenævnet har som eksempel herpå i kendelse af 5. november 2003 udtalt, at en 14-årig funktionskontrakt om vejvedligeholdelse med mulighed for forlængelse i yderligere 3 år ikke stred mod udbudsdirektiverne eller Traktaten.

Tre principper sætter således rammerne for, hvor lange kontrakter, ordregivere kan indgå:

1. Udbudsreglerne må ikke kunne omgås ved indgåelse af meget lange kontrakter
2. Det konkurrenceretlige princip om lige adgang til markedet, jf. fx konkurrencelovens § 6, gælder også i forhold til offentlige kontrakter
3. Proportionalitetsprincippet, der gælder både i forhold til forpligtelser efter EF-traktaten og som et almindeligt forvaltningsretligt princip, fører til, at kontraktens varighed ikke må indskrænke den frie konkurrence mere end nødvendigt for at sikre afskrivningerne og et rimeligt afkast af den investerede kapital, under bibeholdelse af en med driften forbunden risiko for leverandøren.

Navnlig i forbindelse med kontrakter om offentligt privat samarbejde og tildeling af koncessioner kan det være nødvendigt med kontrakter med en længere løbetid.

I Kommissionens grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner

(KOM/2004/0327) er angivet følgende vedrørende varigheden af sådanne kontrakter:

*”Herudover skal den periode, i hvilken den private partner skal varetage driften af et bygge- og anlægsarbejde eller en tjenesteydelse, fastlægges under hensyn til nødvendigheden af at sikre projektets økonomiske og finansielle ligevægt. Varigheden af partnerskabet skal bl.a. fastlægges på en sådan måde, at den frie konkurrence ikke indskrænkes mere end nødvendigt for at sikre afskrivningen på investeringerne og et rimeligt afkast af den investerede kapital. En urimelig lang varighed kan være forbudt i henhold til principperne for det indre marked [Jf. Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner, især punkt 3.1.3] eller traktatens konkurrencebestemmelser.” [Note indsat og fremhævet]*

Af Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner (2002/C 121/02) pkt. 3.1.3 fremgår følgende:

*”Proportionalitetsprincippet kræver også, at man forener konkurrence og finansiell bæredygtighed; koncessionens varighed skal derfor fastsættes på en sådan måde, at den ikke indskrænker den frie konkurrence mere end nødvendigt for at sikre afskrivningen på investeringerne og et rimeligt afkast af den investerede kapital, under bibeholdelse af en med driften forbundet risiko for koncessionshaveren.”*

Socialministeriet udtrykker med reglerne om genudbud i forslaget til lov om friplejeboliger således alene gældende principper for konkurrenceudsættelsen af de omhandlede tjenesteydelser, og har ikke med lovforslaget til hensigt at indskrænke den frie konkurrence, herunder indskrænke den mere end nødvendigt, eller at hindre nye aktørers indtræden på markedet for drift af friplejeboliger. Disse overvejelser har i forbindelse med udarbejdelsen af lovforslaget ført til et forslag om en kontraktperiode på 10 år.”

På baggrund af Konkurrencestyrelsens kommentar fastholdes lovforslagets bestemmelser om udbud og genudbud.

Eva Kjer Hansen

/Charlotte Markussen

