

stramme tidsplan, hvor ansættelserne forløb parallelt med udbudet, blev yderligere oplysninger om de ansatte personer ikke tilgængelige for de øvrige tilbudsgivere – JRS deltog således i en ansættelsessamtale den 20. november 1998, 11 dage efter spørgemødet for tilbudsgiverne.

Iflg. materialet fra tilsynsrådet synes JRS dog ikke at have deltaget i beslutningerne om udvælgelsen af personalet og derved afgørende at have sat sit præg på det personale, der skulle overtages. Det bemærkes i den forbindelse, at efter Klagenævnets kendelse af 1. juli 1998 (Vestsjællands Amt) er en særlig viden hos en tilbudsgiver ikke diskvalificerende, hvis den ikke har givet tilbudsgiveren »noget nævneværdigt forspring«. Ordregiveren var derfor i sagen for Klagenævnet ikke berettiget til at se bort fra tilbudet fra den tidligere rådgiver.

En ordregiver der ønsker at benytte sig af et tilbud fra en tilbudsgiver, der har indgået i en forudgående teknisk dialog, har imidlertid efter klagenævnets praksis (fx klagenævnets kendelse af 23. august 1995) bevisbyrden for, at ligebehandlingsprincippet ikke er overtrådt i denne dialog. Det bemærkes i den sammenhæng, at en ordregiver kan have en saglig begrundelse for at drøfte med private leverandører, hvad markedet kan tilbyde. Eventuelle markedssonderinger må dog ikke give kontaktede leverandører et nævneværdigt forspring ift. andre tilbudsgivere. Det modtagne materiale dokumenterer endvidere ikke, at der var en saglig begrundelse for at lade JRS deltage i ansættelsessamtalerne. Kommunen synes efter det foreliggende ikke at have haft behov for teknisk assistance til at gennemføre samtalerne. Som nævnt synes JRS' rolle ved ansættelsessamtalerne alene at have været en observatør.

Hertil kommer, at det her nævnte forløb op til tildelingen af kontrakten efter Konkurrencestyrelsens opfattelse synes at understøtte indikationen af, at kommunens ledelse allerede forud for modtagelsen af tilbudene havde indstillet sig på at tildele ordren til JRS, jf. ovf. under a. om en fair sammenligning af tilbudene.

## 2. Aftalen fra 1999

Kommunens adgang til uden et nyt udbud at indgå aftale om de resterende 3 boligblokke, repræsenterende 75% af plejehjemmets boliger skal bedømmes efter forskellige regler, afhængig af om værdien af de ydelser i den nye kontrakt, der er omfattet af tjenesteydelsesdirektivets bilag I A, overstiger værdien af kontraktens bilag I

B-ydelser. I bekræftende fald skal hele kontrakten følge direktivets detaljerede procedureforskrifter. I modsat fald skal hele kontrakten som nævnt under 2 følge reglerne for bilag I B-ydelser.

Kommunen har oplyst at udbudet i 1998 blev afholdt som et EU-udbud, blandt andet fordi der var tvivl om, hvorvidt bilag I A-ydelserne oversteg bilag I B-ydelserne.

Det bemærkes hertil, at angivelsen i kommunens evalueringssdokument af de indkomne tilbud i 1998 af de i tilbudene indeholdte delpriser tyder på, at værdien af bilag I B-ydelser væsentligt overstiger værdien af bilag I A-ydelser. Konkurrencestyrelsen går derfor ud fra, at tilsvarende gør sig gældende for så vidt angår 1999-aftalen, og at denne aftale derfor skal bedømmes efter reglerne for bilag B-ydelser.

For bilag B-ydelser gælder *efter tjenesteydelsesdirektivet* – udover ovennævnte ligebehandlingsprincip – reglerne for anvendelsen af tekniske specifikationer ved beskrivelsen af opgaven samt kravet om at indgåede kontrakter annonceres i EF-Tidende. Det bemærkes herved, at hverken 1998-aftalen eller 1999-aftalen efter kontraktindgåelsen ses at have været annonceret i EF-Tidende.

Tjenesteydelsesdirektivets detaljerede procedureregler gælder derimod som nævnt ikke for bilag B-ydelser.

For offentlige kontrakter, der ikke er omfattet af direktiverne, gælder efter EF-Domstolens praksis, jf. *Telaustria-dommen* (C 324/98), følgende:

»De ordregivende myndigheder [er] forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed, hvilket princip navnlig indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet 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 tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurene er upartiske.«

Der foreligger ikke for nærværende bindende afgørelser af, hvorvidt denne »offentlighed« skal have form af en egentlig annonce, eller om konkurrencen kan baseres på direkte henvendelser til et passende antal tilbudsgivere. Det fremgår