

Kromann Reumert
Rådhuspladsen 3
8000 Århus C
Att.: Jeppe Lefevre Olsen

jol@kromannreumert.com

2. Statsforvaltningen Nordjylland
3. Frederikshavn Kommune

Frederikshavn Kommunes opsigelse af kontrakt med Blæksprutten Pleje ApS efter fritvalgsordningen

Ved brev af 25. august 2006 klagede Kromann Reumert på vegne af Blæksprutten Pleje ApS (Blæksprutten) til Indenrigs- og Sundhedsministeriet (nu Velfærdsministeriet) over statsamtmanden for Nordjyllands Amts udtalelse af 6. juli 2006 vedrørende lovligheden af Frederikshavn Kommunes opsigelse af Blæksprutten som leverandør i henhold til fritvalgsordningen i lov om social service.

Velfærdsministeriet har nu afsluttet behandlingen af sagen.

Det er Velfærdsministeriets opfattelse, at det kommunale tilsyn ikke kan tage stilling til, om der er grundlag for at opsiges en kontrakt mellem en kommune og en leverandør som følge af misligholdelse, idet kommunens dispositioner i den forbindelse hviler på privatretligt grundlag. I sager om opsigelse af leverandører efter fritvalgsordningen vil det kommunale tilsyn dog kunne påse, om kommunen har overholdt almindelige forvaltningsretlige retsgrundsætninger, herunder om beslutningen er truffet på grundlag af lovlige/saglige kriterier.

Særligt for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt en kommune har tilsidesat proportionalitetsprincippet i en sag om opsigelse af en leverandør efter reglerne om frit valg, finder ministeriet, at denne vurdering forudsætter en stillingtagen til, hvad der skal til for at statuere misligholdelse og en vurdering af, om den konkrete misligholdelse i givet fald var tilstrækkelig væsentlig til at føre til opsigelse. Efter Velfærdsministeriets opfattelse har de kommunale tilsynsmyndigheder ikke kompetence til at foretage denne vurdering.

Tilsynet vil derimod kunne påse, om en kommunalbestyrelse overholder de forpligtelser, som kommunen er pålagt i medfør af lovgivningen om fritvalgsordningen, herunder f.eks. reglerne om kommunalbestyrelsens pligt til at indgå kontrakt med de leverandører, der opfylder de af kommunen fastsatte kvalitetskrav. De kommunale tilsynsmyndigheder vil således kunne tage stilling til, om

Departementet
Holmens Kanal 22
1060 København K

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

31. juli 2008

J.nr. 2008-4616

Filnavn: mkg/tilsynssag/frit valg/
Blæksprutten.svar.sagskopi

en kommune har pligt til at godkende og indgå kontrakt med en opsagt leverandør, der på ny indgiver ansøgning herom.

I forhold til den konkrete sag er Velfærdsministeriet enig med statsamtmanden for Nordjyllands Amt i, at det isoleret set ikke kan anses for ulovligt, at Frederikshavn Kommune har indhentet oplysninger fra en kommunalt ansat sygeplejerske om de nødopkald sygeplejersken har modtaget i sin egenskab af bagvagt.

Velfærdsministeriet finder imidlertid, at det giver anledning til nærmere overvejelse, om Frederikshavn Kommunes tilrettelæggelse af bagvagtssystemet i forhold til Blækspruttens adgang til oplysninger om registrerede nødkald er i overensstemmelse med kravet om, at alle leverandører skal behandles lige.

Ved vurderingen af, om ligebehandlingsprincippet er tilsidesat i den konkrete sag, er det endvidere relevant at undersøge, om opkald fra hjemmehjælpsmodtagere til andre leverandører, herunder den kommunale leverandør, er blevet besvaret i overensstemmelse med reglerne, samt hvilke konsekvenser eventuelle svigt fra andre leverandører, herunder den kommunale leverandør, har medført.

Det fremgår ikke af de sagsakter, Velfærdsministeriet har modtaget fra statsamtmanden for Nordjyllands Amt, at statsamtmanden i tilstrækkeligt omfang har søgt oplyst, om Frederikshavn Kommunes beslutning om at opsigte Blæksprutten er truffet i strid med offentligretlige retsgrundsætninger, herunder navnlig ligebehandlingsprincippet.

Velfærdsministeriet har på den baggrund i dag bedt Statsforvaltningen Nordjylland om at genoptage behandlingen af sagen med henblik på nærmere at undersøge, om Frederikshavn Kommune har tilsidesat offentligretlige retsgrundsætninger, herunder navnlig ligebehandlingsprincippet, i forbindelse med opsigelsen af Blæksprutten som leverandør efter fritvalgsreglerne.

Velfærdsministeriet er endelig enig med statsamtmanden for Nordjyllands Amt i, at en opsigelse af en kontrakt efter fritvalgsordningen falder uden for forvaltningslovens afgørelsesbegreb, og at forvaltningslovens krav om partshøring derfor ikke finder anvendelse i den foreliggende sag. Ministeriet har herved ikke taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en kommunes stillingtagen til en eventuelt ny ansøgning om godkendelse og kontraktindgåelse fra en opsagt privat leverandør vil være omfattet af forvaltningslovens afgørelsesbegreb. Ministeriet har heller ikke i denne sammenhæng fundet anledning til at tage stilling hertil.

Velfærdsministeriet skal meget beklage den lange sagsbehandlingstid.

Nedenfor følger først en sagsfremstilling og derefter en nærmere begrundelse for Velfærdsministeriets udtalelse.

Sagsfremstilling

Det fremgår af sagen, at Blæksprutten er en privat virksomhed, der udfører plejevirkksomhed og anden praktisk hjælp hos hovedsageligt private borgere. Blæksprutten har gennem flere år haft kontrakter med en række nordjyske kommuner i henhold til ordningen om frit valg, herunder med Frederikshavn Kommune siden 1. april 2003.

Den 8. maj 2006 besluttede Frederikshavn Byråd at opsigte Blæksprutten som leverandør af personlig pleje i Frederikshavn Kommune. Beslutningen blev meddelt Blæksprutten ved brev af 9. maj 2006. Som begrundelse for opsigelsen er der henvist til misligholdelse af kontrakten. Af kommunens brev fremgår bl.a. følgende:

"Afgørelsen er truffet på grundlag af en samlet vurdering af sagen, herunder en foretaget proportionalitetsvurdering, hvori er indgået følgende konkrete forhold:

- At nødopkald til leverandøren i 2 tilfælde i indeværende kontraktperiode ... er registreret i det kommunale bagvagtsystem ...
- At leverandøren i 1 tilfælde ... modtog nødkaldet, men ikke var i stand til at følge op på dette på grund af utilstrækkeligt beredskab, hvorfor leverandøren anmodede den kommunale leverandør om at iværksætte de nødvendige foranstaltninger for borgeren. ...
- At leverandøren i 1 tilfælde ... ikke besvarede et opkald på det døgndækkede telefonnummer, som var opgivet til brugeren. ...
- At leverandøren ikke i de ovennævnte tilfælde omkring nødkald har overholdt sin pligt ... til inden for en uge at afgive skriftlig begrundelse for at nødkaldene er registreret i det kommunale bagvagtsystem.
- At leverandøren i en længere periode ... ikke har foretaget elektronisk logging/registrering af alle nødkald, herunder responstid...

Endvidere er det ved den samlede vurdering af sagen taget i betragtning, at der i tidligere kontraktperioder (2003-2005) også har foreligget manglende overholdelse af pligterne i kontraktens § 11, og at en skriftlig redegørelse og handleplan vedrørende 2 af de ovennævnte tilfælde først forelå den 31.3.2006.

Det bemærkes, at Blæksprutten Pleje ApS vil have mulighed for at ansøge om godkendelse som leverandør til Ny Frederikshavn Kommune fra 2007, hvor kommunen er forpligtet til at vurdere alle ansøgere på ny."

I brev af 24. maj 2006 til Frederikshavn Kommune, der samtidig blev sendt i kopi til orientering til statsamtmanden for Nordjyllands Amt, gjorde Kromann Reumert på vegne af Blæksprutten gældende, at den gennemførte opsigelse var uberettiget og sket med baggrund i uvedkommende hensyn og motiver. I brevet bestred Kromann Reumert for hvert enkelt punkt i kommunens opsigelse, at der – faktisk eller retligt – havde været tale om misligholdelse af kontrakten, samt anførte at nogle af de anførte svigt havde haft baggrund i kommunens egne forhold. Endvidere anførtes, at Blæksprutten ikke som den kommunale hjemmepleje automatisk fik besked om eventuelle nødkald, og at det derfor ikke

var muligt for Blæksprutten at have kendskab til de registrerede nødkald, således at der kunne udarbejdes en skriftlig begrundelse herfor. Dette forhold var ifølge Kromann Reumert udtryk for en usaglig forskelsbehandling af Blæksprutten i forhold til kommunens hjemmepleje og således i strid med lighedsprincippet. Herudover anførte Kromann Reumert, at opsigelsen af Blæksprutten havde karakter af en afgørelse, og at Frederikshavn Kommune burde have partshørt Blæksprutten forud for opsigelsen. Det er Kromann Reumerts opfattelse, at den manglende partshøring indebærer, at opsigelsen var ugyldig.

Ved brev af 20. juni 2006 meddelte Frederikshavn Kommune Kromann Reumert, at byrådet – på foranledning af ét af byrådets medlemmer – havde behandlet sagen på et møde den 12. juni 2006. Et flertal af byrådets medlemmer havde besluttet ikke at genoptage sagen.

Ved brev af 4. juli 2006 anmodede Kromann Reumert Statsamtmanden for Nordjyllands Amt om at rejse en tilsynssag vedrørende Frederikshavn Kommunes opsigelse af Blæksprutten. Kromann Reumert anførte bl.a., at det følger af almindelige forvaltningsretlige principper, at også når en offentlig myndighed agerer på det privatretlige område, er myndigheden underlagt offentligretlige retsgrundsætninger. Kromann Reumert henviste endvidere til, at Konkurrencestyrelsen og det daværende Socialministerium havde tilkendegivet, at det er væsentligt, at der føres tilsyn med, at private leverandører indenfor ordningen om frit valg ikke opsiges usagligt. Endelig anførte Kromann Reumert, at Blæksprutten er godkendt efter reglerne om frit valg i en række andre kommuner, herunder Skagen og Sæby, og at et eventuelt afslag derfor skulle være begrundet i saglige hensyn ud fra særligt fastsatte kvalitetskrav i Frederikshavn Kommune.

Ved brev af 6. juli 2006 meddelte Statsamtmanden for Nordjyllands Amt, at statsamtmanden ikke fandt anledning til at foretage videre. Af statsamtmandens brev fremgår bl.a. følgende:

"I den konkrete sag betyder dette, at statsamtet vil kunne tage stilling til overholdelsen af f.eks. kommunens forpligtelse til at handle sagligt, samt overholdelsen af forvaltningslovens regler, men ikke til, hvorvidt kommunens opsigelse privatretligt måtte være i overensstemmelse med reglerne.

Krav om saglighed.

For så vidt angår overholdelsen af kravet om saglighed har De anført, at De ikke mener, at Frederikshavn Kommune har varetaget saglige hensyn i forbindelse med opsigelsen.

...

Under henvisning til kommunens begrundelse for opsigelsen, finder statsamtet ikke noget, der sandsynliggør, at Frederikshavn Kommunes beslutning ikke bygger på et sagligt grundlag.

Der er ved denne vurdering lagt vægt på, at kommunen har påberåbt situationer, som kommunen finder ikke er i overensstemmelse med kontrakten.

Hvorvidt de anførte begrundelser må siges at være en misligholdelse af kontrakten, kan statsamtet ikke tage stilling til, men må henvise Dem til eventuelt at søge forholdet afklaret ved domstolene.

...

Overholdelse af forvaltningsloven.

...

Som udgangspunkt gælder, at forvaltningsloven alene finder anvendelse på sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 1.

Med udtrykket truffet afgørelse sigtes til udfærdigelse af offentligretlige retsakter.

Under henvisning til, at Frederikshavn Kommune har besluttet at opsige en privatretlig aftale finder forvaltningsloven ikke anvendelse på denne beslutning.

...

Ansøgningskema tilgængeligt på kommunens hjemmeside

...

Statsamtet finder ikke, at det vil være ulovligt såfremt Frederikshavn Kommune ikke måtte have et godkendelseskema på kommunens hjemmeside. Der er i denne forbindelse lagt vægt på ordlyden i lov om social service § 75 c, stk. 1, 3. pkt.

...

Statsamtet foretager herefter ikke yderligere i anledning af Deres henvendelse."

I et brev af 26. juli 2006 har byrådsmedlem i Frederikshavn Kommune, Knud Wilson, fremsendt bemærkninger til sagen til både Kromann Reumert og statsamtmanden for Nordjyllands Amt. Han har i den forbindelse anført, at statsamtmanden for Nordjyllands Amt i sin udtalelse af 6. juli 2006

"... går uden om det væsentligste i sagen, som er, at der skal være ligestilling mellem det private og det offentlige system på pleje og serviceområdet.

Af sagen, mener jeg, det klart fremgår, at forvaltningen har misbrugt bagvagten (sygeplejersken) ved at inkorporere denne funktion som en integreret del af den offentlige pleje og service. Dette er en grundlæggende fejl og meget alvorligt, da man gør sygeplejersken afhængig af det offentlige system og i nærværende sag har misbrugt denne funktion til at opbygge en ensidig klagesag mod Blæksprutten ApS.

...

Skal man bedømme en sag, som nærværende mod Blæksprutten, skal man selvfølgelig have et sammenligningsgrundlag og dette bør naturligt være den offentlige service på samme område og sted. Dette er forgæves blevet fremført af mindretallet af byrådsmedlemmer i sagen.

Min konklusion er:

1: At forvaltningen og den tidligere forvaltningschef ... har misbrugt bagvagten (sygeplejersken) til at samle oplysninger mod Blæksprutten.

2: At de indsamlede oplysninger er bagatelagte og fremføres på et helt utilstrækkeligt grundlag.

3: At det egentlige motiv er: At forvaltningen i detaljer ønsker hele området underlagt forvaltningen til skade for de borgere, som er afhængige af hjælp på det pågældende område.

..."

I brev af 14. august 2006 til byrådsmedlem Knud Wilson har statsamtmanden for Nordjyllands Amt bl.a. anført følgende:

"Statsamtet har forstået Deres henvendelse således, at De mener, at Frederikshavn Kommunes beslutning om at opsigte Blæksprutten Pleje ApS var båret af usaglige hensyn, herunder bl.a. at kommunen ikke lovligt kunne inddrage oplysninger som en kommunalt ansat sygeplejerske havde erfaret i forbindelse med opgaven som bagvagt.

Under hensyn til, at sygeplejersken var ansat af kommunen (og således sygeplejerskens ansættelsessted) samt til, at oplysningen havde sammenhæng med kommunens vurdering af kontraktens overholdelse, finder statsamtet ikke, at det var usagligt at anvende den pågældende oplysning ved vurderingen af kontraktforholdet.

Endvidere finder statsamtet det ikke sandsynliggjort, at kommunens beslutning byggede på et ønske om at undgå private leverandører på området. Der er herved lagt vægt på kommunens begrundelse for opsigelsen, samt at der i øvrigt ikke er holdepunkter i sagens akter for en sådan antagelse."

Ved brev af 25. august 2006 klagede Kromann Reumert på vegne af Blæksprutten til Indenrigs- og Sundhedsministeriet over statsamtmanden for Nordjyllands Amts udtalelse af 6. juli 2006. I klagen gjorde Kromann Reumert bl.a. gældende, at en vurdering af, om en opsigelse er saglig eller i strid med ligebehandlingsprincippet, bl.a. må ske efter en sammenligning med kommunens øvrige leverandører inden for fritvalgsordningen, herunder også kommunens egen levering af f.eks. personlig pleje. Kromann Reumert anførte i den forbindelse, at Blæksprutten ikke har de samme rettigheder som den kommunale leverandør af hjemmepleje, og dermed heller ikke de samme muligheder for at levere på samme vilkår. Kromann Reumert oplyste, at Frederikshavn Kommune bl.a. nægter at give Blæksprutten adgang til de registreringer, der foretages i den kommunale bagvagt, hvorfor Blæksprutten aldrig vil kunne indberette et eventuelt registreret kald fra en af de borgere, der er tilmeldt Blækspruttens ordning, idet Blæksprutten hverken har eller kan få kendskab hertil. Kromann Reumert oplyste, at Frederikshavn Kommune har henvist Blæksprutten til at anmode om aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven. Kromann Reumert anførte, at en

henvielse til en sådan adgang til registreringer, der udløser en handlepligt for Blæksprutten i henhold til kontrakten om frit valg, ikke kan anses for at være udtryk for ligebehandling. Kromann Reumert bemærkede i den forbindelse, at tre af punkterne i kommunens begrundelse for opsigelse, er bygget op omkring forhold vedrørende registreringer i bagvagtsystemet. Kromann Reumert anførte endvidere, at Frederikshavn Kommune burde have partshørt Blæksprutten forud for opsigelsen. Kromann Reumert anførte endelig, at det er i strid med ligebehandlingsprincippet, at Frederikshavn Kommune kontaktede den vagthavende sygeplejerske (bagvagt) på hjemmeplejeområdet med henblik på at opnå oplysninger om Blæksprutten.

Ved brev af 8. februar 2007 har Statsforvaltningen Nordjylland efter anmodning fremsendt sagens akter til Indenrigs- og Sundhedsministeriet. Statsforvaltningen har i den forbindelse oplyst, at statsforvaltningen ud fra de akter, statsforvaltningen havde modtaget, ikke fandt noget, der sandsynliggjorde, at opsigelsen af kontrakten med Blæksprutten var baseret på usaglige hensyn, herunder at lighedsgrundsætningen var tilsidesat. Statsforvaltningen havde herved lagt vægt på, at der ikke var nogle konkrete oplysninger, der tydede på, at kommunen ikke ville handle tilsvarende i en lignende sag. Statsforvaltningen havde derfor ikke fundet anledning til at foretage en nærmere vurdering vedrørende dette forhold. For så vidt angår proportionalitetsprincippet, fastholdt statsforvaltningen, at statsforvaltningen ikke kan vurdere, hvor meget der privatretligt skal til, for at man kan ophæve en kontrakt. Statsforvaltningen havde derfor ikke fundet anledning til at foretage en nærmere undersøgelse i denne forbindelse.

Velfærdsministeriets udtalelse

1. Tilsynet med kommunerne varetages af statsforvaltningen i den region, hvori kommunen er beliggende, jf. § 47 i lov om kommunernes styrelse (lovbekendtgørelse nr. 1060 af 24. oktober 2006). Det er således Statsforvaltningen Nordjylland, der fører tilsyn med Frederikshavn Kommune.

Det bemærkes, at tilsynet med kommunerne før den 1. januar 2007 blev varetaget af fem tilsynsførende statsamtmande. Det var således statsamtmanden for Nordjyllands Amt, der før den 1. januar 2007 varetog tilsynet med Frederikshavn Kommune, jf. § 47 i den dagældende lov om kommunernes styrelse (lovbekendtgørelse nr. 968 af 2. december 2003).

Velfærdsministeriet er ikke i almindelighed klageinstans i forhold til statsforvaltningerne, herunder Statsforvaltningen Nordjylland. Ministeriet kan af egen drift tage spørgsmål om lovligheden af kommunale dispositioner eller undladelser, som statsforvaltningen – eller statsamtmanden i en sag, som statsforvaltningen har overtaget pr. 1. januar 2007 – har udtalt sig om, op til behandling, når ministeriet skønner, at sagen er af principiel eller generel betydning eller har alvorlig karakter.

Det kommunale tilsyn er et retligt tilsyn. Tilsynsmyndighederne fører tilsyn med, at kommunerne overholder den lovgivning, der særligt gælder for offentlige myndigheder, herunder kommunale forskrifter, der er udstedt i medfør af denne lovgivning.

De kommunale tilsynsmyndigheder kan ikke tage stilling til, om kommunernes dispositioner er rimelige eller hensigtsmæssige eller til spørgsmål om skønsudøvelse, så længe skønnet udøves inden for de rammer, der er fastsat i lovgivningen.

Tilsynet kan endvidere ikke tage stilling til spørgsmål af privatretlig karakter. Tilsynet omfatter således kun den lovgivning, der særligt retter sig til offentlige myndigheder, herunder kommunerne, og ikke lovgivning, der gælder både for kommuner og private, f.eks. aftaleloven og formueretlige regler i øvrigt. Tilsynet har ikke til opgave at gennemtvinge krav, der grunder sig på privatretlige forpligtelser.

Tilsynet vil imidlertid – også i sager, hvor kommunen handler på privatretligt grundlag – kunne tage stilling til overholdelse af offentligretlige retsgrundsætninger, herunder princippet om saglighed i forvaltningen, lighedsgrundsætningen m.v. Tilsynet omfatter derimod ikke kommunernes prioritering mellem kommunens serviceområder og kommunernes beslutning om serviceniveau i det omfang, sådanne spørgsmål ikke er reguleret i lovgivningen.

Det kommunale tilsyn viger endelig i det omfang, særlige klage- eller tilsynsmyndigheder kan tage eller har taget stilling til den pågældende sag.

Der henvises til § 48 og § 53, stk. 1, i lov om kommunernes styrelse (lovbekendtgørelse nr. 1060 af 24. oktober 2006).

2. Det fremgår af § 91, stk. 5, i lov om social service (lovbekendtgørelse nr. 1117 af 26. september 2007), at hvis kommunalbestyrelsen har valgt at give kvalificerede leverandører adgang til at levere personlig og praktisk hjælp via godkendelsesmodellen, har kommunalbestyrelsen pligt til at godkende og indgå kontrakt med enhver leverandør, der opfylder de fastsatte kvalitets- og priskrav.

Der er i bekendtgørelse nr. 1614 af 12. december 2006 om kvalitetsstandarder og frit valg af leverandør af personlig og praktisk hjælp m.v. (fritvalgsbekendtgørelsen) fastsat nærmere regler om bl.a. kommunalbestyrelsens pligt til at udarbejde kvalitetsstandarder for personlig og praktisk hjælp, om kommunalbestyrelsens fastsættelse af kvalitets- og priskrav til leverandører og om kommunalbestyrelsens forpligtelser i forhold til godkendelse af leverandører. Af bekendtgørelsen fremgår bl.a. følgende:

”§ 3. ...

Stk. 2. Kommunalbestyrelsen skal sikre, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem leverandører.”

Af vejledning nr. 2 til serviceloven (vejledning nr. 94 af 5. december 2006) fremgår bl.a. følgende:

”179. ...

Alle leverandører kan ansøge om godkendelse hos kommunalbestyrelsen. Den kommunale leverandør skal godkendes på lige fod med andre (private) leverandører. Alle leverandører skal behandles lige.

...

Leverandører, som er godkendt i én kommune, skal som udgangspunkt betragtes som kvalificerede til også at opnå godkendelse i andre kommuner...

...

Opsigelse af leverandører

184. Opsigelse af leverandører sker i henhold til den kontrakt, der er indgået.

Opsigelse kan ske i tilfælde af misligholdelse af kontrakten. Uanset at opsigelsen sker som en privatretlig disposition i henhold til den indgåede kontrakt er kommunen undergivet den offentligtretlige retsgrundsætning om, at den kommunale myndighed ikke må forfølge usaglige formål. Opsigelse skal således altid ske på et sagligt grundlag. Det kan fx være, hvis leverandøren ikke længere lever op til de fastsatte kvalitetskrav eller overtræder andre væsentlige forhold i kontrakten. En opsigelse skal være i overensstemmelse med kontraktens bestemmelser om opsigelse. Forud for opsigelsen bør kommunalbestyrelsen foretage en samlet vurdering af leverandørens varetagelse af sit hverv. Uanset om kontrakten indeholder bestemmelser herom bør en opsigelse være skriftlig og ledsaget af en begrundelse, der redegør for de hensyn, der ligger til grund for opsigelsen.

Hvis en privat leverandør begår fejl eller forsømmelser i forbindelse med udøvelse af sit hverv, skal en sanktion fra kommunalbestyrelsens side være proportional med den begåede fejl. Opsigelse af en leverandør er den mest indgribende sanktion, og kommunalbestyrelsen skal derfor ved helhedsvurderingen overveje, om andre mindre indgribende midler kan tages i brug, fx en skriftlig advarsel til leverandøren. Kommunalbestyrelsen bør ved helhedsvurderingen tage stilling til, hvordan man ville sanktionere den pågældende fejl, hvis den var forekommet i den kommunale leverandørvirksomhed. Det følger af det grundlæggende EU-retlige princip om ligebehandling, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet.”

Regler svarende til de ovenfor nævnte var ligeledes gældende i 2004, idet vejledningen på daværende tidspunkt dog ikke indeholdt et særskilt afsnit om opsigelse. Det var imidlertid også på daværende tidspunkt forudsat i lovgivningen om fritvalgsordningen, at ændringer i leverandørkredsen kunne finde sted, eksempelvis ved opsigelse.

3. I sager vedrørende fritvalgsordningen vil det kommunale tilsyn kunne påse, om kommunalbestyrelsen overholder de forpligtelser, som kommunen er pålagt

i medfør af loven eller fritvalgsbekendtgørelsen, herunder f.eks. reglerne om kommunalbestyrelsens pligt til at indgå kontrakt med de leverandører, der opfylder de af kommunen fastsatte kvalitetskrav.

I det omfang en kommunes afgørelse af, om en leverandør opfylder de fastsatte kvalitetskrav, beror på et skøn, vil det kommunale tilsyn ikke kunne tage stilling til selve skønnet, men vil alene kunne påse kommunens overholdelse af de retlige rammer for skønnets udøvelse. Tilsynet vil således bl.a. kunne påse, at der alene er inddraget lovlige/saglige kriterier, og at ligebehandlingsprincippet ikke er tilsidesat.

Når kommunalbestyrelsen har godkendt og indgået kontrakt med en leverandør efter fritvalgsordningen, hviler retsforholdet mellem kommunalbestyrelsen og den pågældende leverandør herefter på kontrakten og på aftaleretlige regler i øvrigt.

Da lovgivningen ikke indeholder nærmere regler om misligholdelse og om adgang til opsigelse mv., vil det kommunale tilsyn ikke kunne tage stilling til, om der er grundlag for at opsige en kontrakt mellem en kommune og en leverandør som følge af misligholdelse, idet kommunens dispositioner i den forbindelse hviler på privatretligt grundlag. Et herfra forskelligt spørgsmål er, om tilsynet vil kunne tage stilling til, om en kommune har pligt til at godkende og indgå kontrakt med en opsagt leverandør, der på ny indgiver ansøgning herom, jf. punkt 4.

Det kommunale tilsyn vil dog kunne påse, om kommunen har overholdt almindelige forvaltningsretlige retsgrundsætninger i forbindelse med en beslutning om opsigelse på grund af misligholdelse, herunder om beslutningen er truffet på grundlag af lovlige/saglige kriterier. I almindelighed må misligholdelse anses for et lovligt kriterium for opsigelse af en kontrakt, og såfremt det således må lægges til grund, at en beslutning om opsigelse er baseret på en opfattelse hos kommunen af, at kontrakten er misligholdt, vil det kommunale tilsyn ikke kunne tage nærmere stilling til, om misligholdelse rent faktisk har fundet sted. En sådan tvist må i givet fald afgøres ved domstolene.

Særligt for så vidt angår proportionalitetsprincippet skal Velfærdsministeriet bemærke, at en vurdering af, om en kommune har tilsidesat denne offentligretlige retsgrundsætning i en sag om opsigelse af en leverandør efter reglerne om frit valg, efter ministeriets opfattelse forudsætter en stillingtagen til, hvad der skal til for at statuere misligholdelse og en vurdering af, om den konkrete misligholdelse i givet fald var tilstrækkelig væsentlig til at føre til opsigelse. Det er Velfærdsministeriets opfattelse, at de kommunale tilsynsmyndigheder ikke har kompetence til at foretage denne vurdering.

Det kommunale tilsyn vil således alene i meget begrænset omfang kunne tage stilling til lovligheden af en kommunes opsigelse af en leverandørkontrakt efter fritvalgsordningen.

Det skal i den forbindelse endvidere bemærkes, at tilsynsmyndighederne i almindelighed behandler sager på skriftligt grundlag. Der er således grænser for tilsynets muligheder for at skabe klarhed over en sags faktiske omstændigheder, såfremt der foreligger indbyrdes modstridende oplysninger i sagen, og det skriftlige grundlag – kommunens sagsakter og udtalelse og eventuelt supplerende sagsakter – ikke giver grundlag for en entydig fastlæggelse af faktum. Det bemærkes herved, at adgangen efter § 49, stk. 5, i lov om kommunernes styrelse til at iværksætte indenretligt forhør, alene forudsættes anvendt i yderst begrænset omfang.

Selv i de begrænsede tilfælde, hvor tilsynsmyndighederne principielt har kompetence til at behandle sagen, vil det således i praksis kunne være ganske vanskeligt for tilsynet at tilvejebringe et oplysningsgrundlag, der giver mulighed for at fastslå, om der ligger usaglige hensyn til grund for en opsigelse, som over for virksomheden er begrundet i misligholdelse.

4. For god ordens skyld bemærkes – selv om den foreliggende sag omhandler spørgsmålet om opsigelse – at tilsynet som tidligere nævnt vil kunne påse, om en kommunalbestyrelse overholder de forpligtelser, som kommunen er pålagt i medfør af lovgivningen om fritvalgsordningen, herunder f.eks. reglerne om kommunalbestyrelsens pligt til at indgå kontakt med de leverandører, der opfylder de af kommunen fastsatte kvalitetskrav. De kommunale tilsynsmyndigheder vil således kunne tage stilling til, om en kommune har pligt til at godkende og indgå kontrakt med en opsagt leverandør, der på ny indgiver ansøgning herom.

Det bemærkes herved, at en kommunalbestyrelse har pligt til at tage stilling til en eventuel ny ansøgning fra en opsagt leverandør inden for rimelig tid. En kommune kan således ikke afvise at tage stilling til en ansøgning fra en leverandør med den begrundelse, at den pågældende leverandør tidligere er blevet opsagt af kommunen, f.eks. på grund af misligholdelse. Kommunen har pligt til inden for rimelig tid at forholde sig til nye ansøgninger, herunder fra opsagte leverandører.

Kommunens vurdering af, om leverandøren skal godkendes, skal udover at følge lovgivningen om fritvalgsordningen bl.a. ske i overensstemmelse med den almindelige retsgrundsætning om saglighed i forvaltningen samt ligebehandlingsprincippet. Det vil f.eks. være et led i en saglighedsvurdering at se på, om eventuelle ændringer i kvalitetskravene, der følger af ændrede kvalitetsstandarder, er af en sådan karakter, at de sagligt kan begrunde en ændret vurdering af, om en given leverandør opfylder betingelserne for godkendelse. Det vil endvidere være lovligt og efter omstændighederne pligtmæssigt for kommunalbestyrelsen at inddrage tidligere erfaringer med den pågældende leverandør i vurderingen. I tilfælde af, at kommunalbestyrelsen inddrager oplysninger om tidligere problemer i samarbejdet mellem leverandøren og kommunen i vurderingen, vil det endvidere være pligtmæssigt tillige at inddrage i vurderingen, om leverandøren har iværksat tiltag siden sidst for at imødekomme disse problemer.

De kommunale tilsynsmyndigheder vil som nævnt kunne påse, om kommunalbestyrelsens beslutning om godkendelse eller ikke godkendelse af en tidligere opsagt leverandør er i truffet overensstemmelse med de retlige rammer, der er fastsat i lovgivningen om fritvalgsordningen, og med almindelige forvaltningsretlige retsgrundsætninger.

5. Et af formålene med reglerne om frit valg er at sikre, at alle leverandører behandles lige, eksempelvis i forhold til konkurrencevilkår mellem den kommunale og den private leverandør.

Velfærdsministeriet er enig med statsamtmanden for Nordjyllands Amt i, at det isoleret set ikke kan anses for ulovligt, at Frederikshavn Kommune har indhentet oplysninger fra en kommunalt ansat sygeplejerske om de nødopkald sygeplejersken har modtaget i sin egenskab af bagvagt.

Velfærdsministeriet finder imidlertid, at det giver anledning til nærmere overvejelse, om Frederikshavn Kommunes tilrettelæggelse af bagvagtsystemet i forhold til Blækspruttens adgang til oplysninger om registrerede nødkald er i overensstemmelse med kravet om, at alle leverandører skal behandles lige.

Ved vurderingen af, om ligebehandlingsprincippet er tilsidesat i den konkrete sag, vil det endvidere være relevant at undersøge, om opkald fra hjemmehjælpsmodtagere til andre leverandører, herunder den kommunale leverandør, er blevet besvaret i overensstemmelse med reglerne, samt hvilke konsekvenser eventuelle svigt fra andre leverandører, herunder den kommunale leverandør, har medført.

Det fremgår ikke af de sagsakter, Velfærdsministeriet har modtaget fra statsamtmanden for Nordjyllands Amt, at statsamtmanden i tilstrækkeligt omfang har søgt oplyst, om Frederikshavn Kommunes beslutning om at opsigte Deres klient er truffet i strid med offentligretlige retsgrundsætninger, herunder navnlig ligebehandlingsprincippet.

Velfærdsministeriet skal herved navnlig bemærke, at statsforvaltningen ikke i forbindelse med behandlingen af Kromann Reumerts klage af 4. juli 2006 har indhentet en udtalelse samt yderligere faktuelle oplysninger fra Frederikshavn Kommune.

Velfærdsministeriet har på den baggrund i dag anmodet Statsforvaltningen Nordjylland om – inden for de ovenfor angivne rammer for tilsynsmyndighedens kompetence – at genoptage behandlingen af sagen med henblik på nærmere at undersøge, om Frederikshavn Kommune har tilsidesat offentligretlige retsgrundsætninger, herunder navnlig ligebehandlingsprincippet, i forbindelse med opsigelsen af Blæksprutten som leverandør efter fritvalgsreglerne.

6. Kromann Reumert har anført, at Frederikshavn Kommune skulle have parts-hørt Blæksprutten forud for opsigelsen.

Forvaltningsloven (lovbekendtgørelse nr. 1365 af 7. december 2007) indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 2. Loven gælder for behandlingen af sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed.

Stk. 2. Bestemmelserne i kapitel 2 om inhabilitet gælder også for behandlingen af sager om indgåelse af kontraktsforhold eller lignende privatretlige dispositioner.”

”§ 19. Kan en part i en sag ikke antages at være bekendt med, at myndigheden er i besiddelse af bestemte oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, må der ikke træffes afgørelse, før myndigheden har gjort parten bekendt med oplysningerne og givet denne lejlighed til at fremkomme med en udtalelse. Det gælder dog kun, hvis oplysningerne er til ugunst for den pågældende part og er af væsentlig betydning for sagens afgørelse. Myndigheden kan fastsætte en frist for afgivelsen af den nævnte udtalelse.”

Det har således betydning for vurderingen af omfanget af en myndigheds pligt til at foretage partshøring i forbindelse med en disposition, som myndigheden træffer, at det fastlægges, om den pågældende disposition kan antages at udgøre en afgørelse, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 1. Det følger af forvaltningslovens § 2, stk. 2, modsætningsvis, at bl.a. lovens bestemmelser om partshøring ikke omfatter sager om indgåelse af kontraktsforhold eller lignende privatretlige dispositioner.

Følgende fremgår af de almindelige bemærkninger til forvaltningsloven (Folketingstidende 1985/86, tillæg A, sp. 76):

”2. Formålet med lovforslaget er at gennemføre en samlet lovfæstelse af de væsentligste rettigheder og beføjelser, der tilkommer den, der er part i en forvaltningssag. Gennemførelsen af lovforslaget skal medvirke til at forbedre sagsbehandlingen i den offentlige forvaltning og dermed øge sikkerheden for, at myndighedernes afgørelser bliver lovlige og rigtige. Lovforslaget skal endvidere sikre, at den enkelte borger kan få indflydelse på de beslutningsprocesser, der vedrører den pågældendes egne forhold, og forøge den enkeltes mulighed for at forstå indholdet af de trufne afgørelser og baggrunden herfor.”

Følgende fremgår af bemærkninger til forvaltningslovens § 2 (Folketingstidende 1985/86, tillæg A, sp. 114 ff):

”...

Bestemmelsen i stk. 1 indeholder hovedreglen om, at forvaltningsloven kun gælder for behandlingen af sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed.

Med udtrykket "truffet afgørelse" sigtes til udfærdigelse af retsakter, dvs. udtalelser, der går ud på at fastlægge, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde. Uden for lovens anvendelsesområde falder således navnlig den administrative sagsbehandling, der har karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed, så som patient- og anden klientbehandling, undervisning og rådgivning. Denne virksomhed tager netop ikke sigte på at træffe retligt bindende afgørelser i forhold til de implicerede enkeltpersoner. Det følger endvidere af bestemmelsens formulering "truffet afgørelse", at loven kun omfatter sagsbehandlingen i forbindelse med udfærdigelsen af offentligretlige retsakter i modsætning til indgåelse af kontraktsforhold eller andre privatretlige dispositioner, jfr. dog udvidelse i stk. 2.

...

Det centrale anvendelsesområde for forvaltningsloven er herefter den administrative sagsbehandling i forbindelse med udfærdigelsen af konkrete forvaltningsakter."

Følgende fremgår af Forvaltningsloven med kommentarer, John Vogter, 2001, side 125 f vedrørende forvaltningslovens anvendelsesområde:

"2.3. Indgåelse af kontrakt forhold, erstatning, disposition over offentlig ejendom og andre privatretlige dispositioner

Det følger af lovens forarbejder, at "loven kun omfatter sagsbehandlingen i forbindelse med udfærdigelsen af offentligretlige retsakter i modsætning til indgåelse af kontraktsforhold eller andre privatretlige dispositioner", jf. dog stk. 2. Sager om indgåelse af købeauftaler, entrepriseaftaler, lejeaftaler ..., o. lign. er således ikke omfattet af reglerne i kap. 3-7.

Spørgsmålet om, hvornår der foreligger privatretlige dispositioner, kan give anledning til en vis tvivl.

...

Dette indebærer, at alle sager om ansættelse i det offentlige tjeneste som udgangspunkt er omfattet af forvaltningsloven ... Det samme gælder sager om afskedigelse, disciplinærsager og andre personalesager, hvor myndigheden kan siges at træffe "afgørelse" i forhold til den ansatte...

...

Det er kun sager om egentlige ansættelsesforhold, dvs. etablering af et tjenesteforhold i det offentlige tjeneste, der er omfattet af forvaltningsloven. Indgåelse af kontrakter med entreprenører og andre selvstændige om frembringelse af et arbejdsresultat eller præstation af en tjenesteydelse er derimod som udgangspunkt ikke omfattet af loven."

Følgende fremgår af Forvaltningsret, Gammeltoft-Hansen m.fl., 2002, side 30:

"Forvaltningslovens § 2 forudsætter selv en sondring mellem afgørelsessager (stk. 1) og "sager om indgåelse af kontraktsforhold eller lignende privatretlige dispositioner" (stk. 2). Det er således klart at det offentlige privatretlige dispositioner som f.eks. aftaler om køb eller salg, udlejning, tjenesteydelser mv. falder uden for afgørelsesbegrebet. Aftaler om ansættelse i det offentlige, det være sig som tjenestemand eller overenskomstansat, anses dog traditionelt for at være afgørelser i forvaltningslovens forstand...

I de tilfælde hvor der foreligger en aftalesituation med egentlige forhandlinger mellem myndigheder og private, giver det ikke mening at den private samtidig skulle kunne udøve partsbeføjelser. Men undertiden er der, trods det formelle aftalegrundlag, tale om situationer som ligner egentlig myndighedsudøvelse så meget at forvaltningslovens bestemmelser om partsbeføjelser finder anvendelse. Dette er således tilfældet ved ansættelser og afskedigelser...”

Følgende fremgår af Forvaltningsret – retssikkerhed, proces, sagsbehandling, Rønsholdt, 2. udg. 2006, side 108-111:

”I medfør af hovedreglen er det offentliges købs-, salgs-, leje- og entrepriseaftaler således ikke omfattet af forvaltningsloven. Det betyder også, at de retlige og faktiske foranstaltninger, en myndighed må træffe i forbindelse med gennemførelse af privatretlige dispositioner som begæring af udlæg, konkurs, arrest eller fremføring af erstatningskrav etc., heller ikke er afgørelser i forvaltningslovens forstand.

Hvor derimod en forvaltningsmyndighed qua sin kompetence som offentlig myndighed skal tage stilling til – evt. godkende eller kontrollere – private kontraktsforhold, vil myndighedens beslutning i den anledning have status af forvaltningsafgørelse i lovens forstand. Som eksempel på tilfælde, hvor den privatretlige disposition således er genstand for den offentligretlige kompetence, kan nævnes huslejenævns afgørelser i spørgsmål om (kontrakts)forholdet mellem privat lejer og udlejer. Tilsvarende kan nævnes konkurrencemyndighedernes afgørelser i sager vedrørende kontraktforhold mellem private virksomheder.

...

Som en omfattende og væsentlig afvigelse fra lovens hovedregel kan peges på beslutninger om ansættelse, afskedigelse eller disciplinære foranstaltninger i forhold til offentligt ansat personale...

...

Det er alene *egentlige* ansættelsesforhold som er omfattet af forvaltningsloven. Aftaler og kontrakter om levering af tjenesteydelser, indgåelse af entrepriser etc. med selvstændigt erhvervsdrivende, omfattes af hovedreglen om privatretlige dispositioner, og er således ikke omfattet af forvaltningsloven.”

Følgende fremgår endelig af Forvaltningsret – Sagsbehandling, Garde m.fl., 5. udg. 2001, side 10-11:

”Hovedområdet for forvaltningsloven er herefter den sagsbehandling, der finder sted i forbindelse med udfærdigelse af konkrete forvaltningsakter, d.v.s. udtalelser, hvorved en forvaltningsmyndighed i forhold til en bestemt adressat eller afgrænset kreds af adressater ensidigt fastsætter, hvad der er eller skal være ret i et konkret foreliggende tilfælde...”

...

Endvidere gælder loven som hovedregel ikke for indgåelse af kontraktsforhold og lignende privatretlige dispositioner. Dette følger af formuleringen ”truffet afgørelse” og fremgår i øvrigt forudsætningsvis af § 2, stk. 2, hvor lovens bestemmelser om inhabilitet gøres anvendelige for sådanne dispositioner.

Sager om ansættelse og afskedigelse af tjenestemænd er omfattet af hovedreglen i § 2, stk. 1, idet der er tale om afgørelsessager. ...”

Det er i forlængelse af den ovenfor anførte litteratur Velfærdsministeriets opfattelse, at afgørelsesbegrebet ikke omfatter en kommunalbestyrelses beslutning om at opsig en gensidig kontrakt mellem kommunen og en privat leverandør om levering af ydelser inden for fritvalgsordningen.

Det er i den forbindelse Velfærdsministeriets opfattelse, at opsigelse af en leverandør, der har været godkendt i henhold til fritvalgsreglerne i lov om social service, ikke kan sidestilles med f.eks. opsigelse af et egentligt ansættelsesforhold, jf. ovenfor.

Velfærdsministeriet er på den ovennævnte baggrund enig med statsamtmanden for Nordjyllands Amt i, at en kommunes opsigelse af en kontrakt efter fritvalgsordningen falder uden for forvaltningslovens afgørelsesbegreb, og at forvaltningslovens krav om partshøring derfor ikke finder anvendelse i den foreliggende sag.

Det bemærkes, at ministeriet herved ikke har taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en kommunes stillingtagen til en eventuelt ny ansøgning om godkendelse og kontraktindgåelse fra en opsagt privat leverandør vil være omfattet af forvaltningslovens afgørelsesbegreb. Ministeriet har heller ikke i denne sammenhæng fundet anledning til at tage stilling hertil.

Velfærdsministeriet skal meget beklage den lange sagsbehandlingstid.

Kopi af dette brev er sendt til Statsforvaltningen Nordjylland og Frederikshavn Kommune.

Med venlig hilsen

Pernille Christensen
Kontorchef

2. Statsforvaltningen Nordjylland, nordjylland@statsforvaltning.dk
3. Frederikshavn Kommune, post@frederikshavn.dk

2. Not.

Hvilket herved meddeles, idet Velfærdsministeriet skal anmode Statsforvaltningen Nordjylland om at genoptage behandlingen af sagen med henblik på nærmere at undersøge, om Frederikshavn Kommune har tilsidesat offentligretlige retsgrundsætninger, herunder navnlig ligebehandlingsprincippet, i forbindelse med opsigelsen af Blæksprutten som leverandør efter fritvalgsreglerne.

3. Not.

Hvilket herved meddeles til orientering.