

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Erik Hammer, Pernille Hollerup)

J.nr.: 2010-0023535

10. februar 2012

K E N D E L S E

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(kammeradvokaten ved advokat Tom Holsøe)

mod

Frederiksberg Kommune
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

Som biintervenienter til støtte for Frederiksberg Kommune:

Kommunernes Landsforening
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

Frederiksberg Skorstensfejervæsen
ved skorstensfejermester Finn Birk Pedersen
(advokat René Offersen, København)

Skorstensfejerlauget af 11. februar 1778
(advokat René Offersen, København)

Den 16. januar 1995 indgik indklagede, Frederiksberg Kommune, aftale med Frederiksberg Skorstensfejervæsen ved skorstensfejermester Finn Birk Pedersen om lovpligtig skorstensfejning i kommunen.

Efter en henvendelse fra Kommunernes Landsforening i december 2006 foretog klageren, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, en vurdering af, om aftaler om lovpligtig skorstensfejning er udbudspligtige. Klageren udtalte, at det var vurderingen, at skorstensfejning var en udbudspligtig tjeneste-

ydelse efter de til enhver tid gældende udbudsregler. Udtalelsen gav anledning til, at Skorstensfejerlauget af 11. februar 1778 stillede en række spørgsmål til klageren, idet det var skorstensfejerlaugets opfattelse, at der ikke var tale om en udbudspligtig tjenesteydelse. Kommunernes Landsforening var af samme opfattelse.

Klageren foretog herefter i oktober 2007 en markedsundersøgelse af skorstensfejning i de enkelte kommuner. Formålet med undersøgelsen var at fastlægge, hvor mange borgere der reelt skifter skorstensfejer, og om kommunerne oplyser borgerne om denne mulighed.

Ved brev af 6. juli 2010 rettede klageren henvendelse til indklagede. Det var klagerens generelle vurdering, at skorstensfejning var omfattet af udbudsdirektivet, og at aftaler om skorstensfejning derfor skulle udbydes efter procedurereglerne i direktivet, hvis aftalerne med skorstensfejerne oversteg de til enhver tid gældende tærskelværdier. Klageren anmodede om indklagedes udtalelse om, hvorvidt kommunen var enig i den vurdering.

Indklagede besvarede klagerens henvendelse den 2. september 2010. Indklagede henholdte sig i den forbindelse til svaret fra Kommunernes Landsforening, der vurderede, at skorstensfejning ikke var en udbudspligtig opgave.

Den 22. december 2010 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på et møde den 11. november 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med direktiv 92/50/EØF (tjenesteydelsesdirektivet), herunder artikel 15, stk. 2, ved i 1995 at indgå aftale om udførelse af lovpligtigt skorstensfejerarbejde med skorstensfejermester Finn Birk Pedersen uden forinden at afholde et udbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med skorstensfejermester Finn Birk Pedersen.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Biintervenienterne, Kommunernes Landsforening, Frederiksberg Skorstensfejervæsen ved skorstensfejermester Finn Birk Pedersen og Skorstensfejerlauget af 11. februar 1778, har støttet indklagedes påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Indklagede indgik den 16. januar 1995 følgende aftale med skorstensfejermester Finn Birk Pedersen om udførelse af lovpligtigt skorstensfejerarbejde i kommunen:

»...

1 a.

Aftalen omfatter Frederiksberg Kommunes område.

1 b.

Aftalen træder i kraft den 1. april 1995 og fortsætter indtil den af en af parterne ... opsiges skriftligt med 1 års varsel.

2 a.

Skorstensfejermesteren udfører det lovpligtige skorstensfejerarbejde i henhold til bekendtgørelse nr. 239 af 27. april 1993 om brandværnsforanstaltninger for skorstenene og ildsteder samt bekendtgørelse nr. 223 af 14. maj 1984 om kontrolmåling, justering og rensning af mindre oliefyrringsanlæg ...

2 b.

Skorstensfejermesteren skal gøre sig bekendt med de bestemmelser og forskrifter, der vedrører hans arbejdsområde. Han skal efterleve de påbud, der gives ham af kommunen.

3.

Skorstensfejermesteren fører et register over alle de ejendomme, hvor der er indrettet ildsteder, som er omfattet af denne aftale. Kommunen fastsætter kravene til registerets indhold. Registeret skal som minimum indeholde oplysninger om ejendommens adresse, BBR-nr. og ildsteders, rørledningers og skorstenes antal og art. Registeret er tilvejebragt ved

skorstensfejermesterens foranstaltning, og det ajourføres af denne. Kommunen kan på forlangende kræve genpart af registeret.

4.

Skorstensfejermesteren skal ansætte det fornødne antal svende og lærlinge til udførelse af skorstensfejerarbejdet og er ansvarlig for sit og sine ansattes arbejde samt for, at arbejdet udføres efter arbejdsmiljøloven. Skorstensfejermesteren er ansvarlig for, at de fornødne driftsmidler, køretøjer, arbejdsredskaber, kontor-, værksteds- og badefaciliteter er til stede. Skorstensfejermesteren leder det daglige arbejde, fører tilsyn med arbejdets udførelse og varetager de administrative opgaver.

5.

Kommunalbestyrelsen fastsætter og opkræver gebyrer hos husejerne over ejendomsskattesystemet og afregner med skorstensfejermesteren 2 gange årligt.

Kommunen fradrager 2 % af gebyromsætningen til dækning af de faktiske omkostninger, kommunen har ved administrationen af ordningen.

Gebyrerne er fastsat i henhold til de vejledende takster, der er aftalt mellem Kommunernes Landsforening og Skorstensfejerlauget. Reguleringer sker i overensstemmelse med de af Kommunernes Landsforening og Skorstensfejerlauget aftalte retningslinier herfor.

6.

I tættere bebyggede områder skal ejer eller bruger varsles, før skorstensfejningen foretages. Underrettes herom ved trykt blanket.

Skorstensfejermesteren skal til ejer eller bruger aflevere en besøgsrapport, hvoraf det fremgår, hvilke arbejder er udført.

Arbejdet skal foretages, så forurening i videst muligt omfang undgås. Sod, der ved rensningen samler sig i bunden af skorstenen og andre steder, skal fjernes af skorstensfejeren og anbringes i overensstemmelse med kommunens renovationsbestemmelser.

7.

Ved umiddelbar fare for brand, forgiftning eller eksplosion skal skorstensfejermesteren give ejer eller bruger skriftligt meddelelse om, at den pågældende skorsten, ildsted m.v. ikke bør benyttes, før manglen er afhjulpet.

Kommunen skal straks underrettes om de konstaterede forhold med henblik på udstedelse af påbud eller forbud med hjemmel i byggeloven.

Såfremt kommunen udsteder påbud eller forbud efter byggeloven, skal skorstensfejemesteren underrettes.

Dersom de konstaterede mangler ikke rettes, eller forbud og pålæg meddelt af kommunen ikke efterkommes, skal der straks gives meddelelse herom til kommunen med henblik på håndhævelse af påbud eller forbud.

8.

Skorstensfejemesteren skal have telefon på som bopæl. Det skal sikres, at han eller en af hans ansatte kan kontaktes af brandvæsenet. Ved fravær skal brandvæsenet være orienteret om, hvilke kolleger der kan kontaktes.

9.

I tilfælde af væsentlig eller gentagen misligholdelse af aftalen kan den opsiges med en måneds varsel.

...«

Aftalen mellem indklagede og skorstensfejemester Finn Birk Pedersen var baseret på en vejledende standardaftale, som var udarbejdet af Skorstensfejerlauget af 11. februar 1778 i samarbejde med Kommunernes Landsforening.

Af en udskrift af indklagedes hjemmeside af 13. december 2010 fremgår, at der via ejendomsskattebilletten bl.a. opkræves gebyr for skorstensfejning. Det er beskrevet, hvilken procedure der i værksættes, hvis ejendomsskattebilletten ikke betales. Det fremgår ikke af hjemmesiden, at borgerne kan vælge en anden skorstensfejer end den, som indklagede har en aftale med.

Kommunernes Landsforening har i samarbejde med Skorstensfejerlauget af 11. februar 1778 revideret den vejledende standardaftale om lovpligtig skorstensfejning i 2008. Det fremgår herefter af standardaftalen, at en husejer frit kan vælge at lade det lovpligtige skorstensfejerarbejde udføre af en anden uddannet skorstensfejer, og at en husejer, der vælger en anden skorstensfejer, afregner direkte med vedkommende.

I forbindelse med klagerens markedsundersøgelse af skorstensfejning i kommunerne i efteråret 2007 svarede indklagede bl.a., at borgerne i kommunen frit kunne vælge, hvilken skorstensfejer de ønskede at anvende, at kommunen oplyste borgerne om, at de kunne skifte skorstensfejer, men at dette udelukkende skete ved borgernes telefoniske henvendelse til indklagede, og at mellem 0-10 borgere havde skiftet skorstensfejer inden for det seneste år.

Klageren har oplyst, at 77 [78] ud af de i alt 98 kommuner deltog i klagerens undersøgelse. 17 af de deltagende kommuner svarede »ja« til, at borgerne i kommunen frit kunne vælge, hvilken skorstensfejer de ønskede at anvende, mens 61 svarede »nej« til samme spørgsmål. Ud af de 17 kommuner svarede 10, at de oplyste borgerne om, at de kunne skifte skorstensfejer, og at dette blev oplyst ved borgernes telefoniske henvendelser. 15 af de 17 kommuner oplyste, at 0-10 borgere havde skiftet skorstensfejer inden for det seneste år.

Skorstensfejerlauget gennemførte også en undersøgelse, men det var blandt skorstensfejerne om, i hvilket omfang den enkelte skorstensfejer foretog skorstensfejning i andre distrikter end sit eget, om kommunen i givet fald var bekendt med dette, om udefrakommende skorstensfejere foretog skorstensfejning i den enkelte skorstensfejers eget distrikt, og om kommunen i givet fald var bekendt med dette. Det fremgår af skorstensfejermester Finn Birk Pedersens besvarelse, at han også foretog skorstensfejning i andre distrikter end sit eget, at kommunen ikke var vidnede herom, og at der ikke var udefrakommende skorstensfejere, der foretog skorstensfejning i Finn Birk Pedersens distrikt.

Indklagede har fremlagt et brev af 26. januar 2011 fra kommunen til skorstensfejermester Finn Birk Pedersen vedrørende halvårsafregning. I brevet står:

»...

Under henvisning til den mellem Frederiksberg Skorstensfejervæsen og Frederiksberg Kommune indgåede aftale, gældende fra 1. april 1995, om opkrævning af ejendomsskatter mv., skal BorgerServiceCentret meddele Dem, at afgiften for 1. halvår 2011

vil blive opkrævet med
minus opkrævningsvederlag

945.406,09 kr. incl. moms
18.908,13 kr. incl. moms

I alt	926.497,96 kr. incl. moms
-------	---------------------------

For 2. halvår 2011 vil afgiften blive

opkrævet med	945.406,07 kr. incl. moms
minus opkrævningsvederlag	18.908,13 kr. incl. moms
I alt	926.497,94 kr. incl. moms

Beløbet vedrørende 1. halvår 2011 vil blive overført til Arbejdernes Landbank ... primo februar 2011.

...«

Indklagede har endvidere fremlagt en »Finanskladde«, hvor det fremgår, at en person med initialerne »BP« den 31. januar 2011 har godkendt afregning for skorstensfejning på 926.497,96 kr. for 1. halvår 2011.

Konkurrencerådet traf den 15. december 1999 afgørelse om, at dele af den vejledende standardaftale om lovpligtig skorstensfejning mellem Skorstensfejerlauget af 11. februar 1778 og Kommunernes Landsforening udgjorde en konkurrencebegrænsning, som var omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3. Det drejede sig nærmere om de dele af aftalen, hvor skorstensfejeren tidsubestemt blev tildelt et geografisk område, og aftalens bestemmelse om vejledende gebyrer. Da der var tale om integrerede bestanddele af standardaftalen, blev Kommunernes Landsforening og Skorstensfejerlauget af 11. februar 1778 påbudt at ophæve standardaftalen i sin helhed.

Afgørelsen blev indbragt for Konkurrenceankenævnet, der ved afgørelse af 16. januar 2011 (sag nr. 00-32.169) ophævede Konkurrencerådets afgørelse, idet Konkurrenceankenævnet udtalte, at der var tale om en aftaletype, som ikke var omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Erklæringer

Kontorchef Jørgen Skjødt, Ejendomsbeskatningen, Borgerservice, Frederiksberg Kommune, har den 10. november 2011 afgivet følgende skriftlige erklæring:

»...

Opkrævning af skorstensfejerbidrag ... sker på følgende måde

- a. Frederiksberg Kommune meddeler skorstensfejermester Finn Birk Pedersen, hvad gebyrtaksten for skorstensfejning er i medfør af de vejledende takster og evt. regulering, der er aftalt mellem Kommunernes Landsforening og Skorstensfejerlauget.
- b. Ifølge aftalen med skorstensfejermesteren skal skorstensfejermesteren levere oplysningerne til kommunen om, hvilken opkrævning der herefter skal foretages fra den enkelte ejendom baseret på disse gebyrer. Af praktiske årsager har kommunen bedt skorstensfejermesteren om at levere oplysningerne direkte til kommunens IT-leverandør KMD.
- c. Skorstensfejermesteren (hans IT-leverandør) fremsender en datafil med oplysningerne til KMD. Datafilen fra Skorstensfejermesteren aflæses af KMD og lægges direkte ned i kommunens bidragsregister hos KMD. Der foretages ikke af kommunen eller KMD nogen kontrol af eller beregninger på de meddelte oplysninger. KMD foretager alene kontrol af formatet på den leverede datafil.
- d. Oplysningerne fra datafilen udskrives af KMD tillige med andre oplysninger om ejendomsskatter, renovation, rottebekæmpelse m.m. direkte på ejendomsskattebilletten (faktura) for den pågældende ejendom. Der fremsendes således ikke faktura fra skorstensfejermesteren til kommunen, idet den til husejeren fremsendte ejendomsskattebillet fungerer som faktura fra skorstensfejermesteren.
- e. Kommunen fremsender en opgørelse til skorstensfejermesteren over det opkrævede beløb og fradrager 2 % af gebyromsætningen til dækning af omkostninger ved administration af ordningen.«

Skorstensfejermester Finn Birk Pedersen har den 9. november 2011 afgivet følgende skriftlige erklæring:

»... han er uddannet skorstensfejer i 1979 og har fungeret som skorstensfejer i Frederiksberg Kommune siden 1986. I perioden 1986 til 1995 arbejdede Finn Birk Pedersen som svend under daværende skorstensfejermester Bernt Nørbæk. Da Bernt Nørbæk gik på pension i 1995, konkurrerede Finn Birk Pedersen mod en anden svend om at blive skorstensfejermester i kommunen. På baggrund af kvalifikationer indgik Frederiksberg Kommune aftale med Finn Birk Pedersen.

Grundlæggende viderefører 1995-aftalen de samme vilkår, som Bernt Nørbæk havde haft siden 1994. Før 1994 var ordningen på Frederiksberg sammenlignelig med den nuværende ordning i Københavns Kommune, dvs. at skorstensfejerne var ansat.

Finn Birk Pedersens distrikt er afgrænset af kommunegrænsen. Frederiksberg Skorstensfejervæsen består ud over Finn Birk Pedersen af 2 svende og 1 lærling. Den ene svend er dog opsagt, således at forretningen for fremtiden vil bestå af Finn Birk Pedersen, 1 svend og 1 lærling.

I starten af 1990'erne var der under Bernt Nørbæk ansat op til 6 svende. De servicerede dengang ca. 2.700 ejendomme. I dag servicerer Frederiksberg Skorstensfejervæsen ca. 2.200 ejendomme. Afgangen på ca. 500 ejendomme skyldes hovedsagelig omlægning til fjernvarme.

Finn Birk Pedersens eksisterende aftale med Frederiksberg Kommune er opsagt med henblik på indgåelse af fornyet aftale baseret på den reviderede standardaftale.

Om de individuelle beløb, som opkræves hos husejeren, har han om beregningen forklaret:

Frederiksberg Kommune fastsætter gebyrerne ud fra de vejledende gebyrer udsendt af Kommunernes Landsforening.

Skorstensfejermesteren beregner herefter vederlaget for hver enkelt ejendom ud fra de fastsatte gebyrsatser. Beregningen indeholder de sammenlagte ydelser på ejendommen sammenregnet med antallet af fejninger på ejendommen. Det betyder, at vederlaget for hver enkelt ejendom beregnes og efterfølgende opkræves husejeren nøjagtigt den sum, som ejendommens individuelle ydelse beregnes til.

Skorstensfejermesteren indsender efter beregning af vederlag en datafil til kommunen med samtlige ejendommens individuelt beregnede beløb.

Datafilen bearbejdes af kommunen og udsendes herefter via ejendomsskattebilletten eller forbrugsafgifterne. Vederlaget for skorstensfejning fremgår som et særskilt beløb, at ejendomsskattebilletten fra Frederiksberg Kommune. Han modtager herefter sin betaling fratrukket kommunens administrationsgebyr.

Al efterfølgende regulering, som eksempelvis ekstra betaling eller tilbagebetaling, foregår udelukkende mellem skorstensfejermesteren og husejeren. Der foreligger således ingen faktura mellem skorstensfejermesteren og kommunen, da faktura skrives til den enkelte husejer via datafilen.«

Skorstensfejermester Keld L. Jensen, Skorstensfejerlauget af 11. februar 1778, har den 4. november 2011 afgivet følgende erklæring:

»...

1. Skorstensfejermester Keld L. Jensen har siden 2006 været oldermand i Skorstensfejerlauget af 11. februar 1778. Som oldermand har han det overordnede ansvar for lauget. Han har været selvstændig skorstensfejermester siden 1988. I dag er han skorstensfejermester i Ringsted Kommune, dele af Faxe Kommune og dele af Holbæk Kommune.
2. Keld L. Jensen har forklaret, at der i kommunerne anvendes to forskellige fremgangsmåder, enten en hvor skorstensfejermesteren opkræver selvstændigt gebyr hos husejerne, eller en hvor kommunen opkræver gebyret på skorstensfejermesterens vegne. Han benytter selv førstnævnte metode i Faxe Kommune, mens den anden metode anvendes i Ringsted Kommune og Holbæk Kommune. I alle landets 98 kommuner anvendes en af disse to fremgangsmåder.
3. Keld L. Jensen har forklaret, at historisk set har skorstensfejermesteren selv opkrævet betalingen hos de private husejere. Baggrunden, for introduktionen af kommunen som opkræver, har rod i administrative overvejelser og kan føres tilbage til 1920'erne, hvor IT ikke var eksisterende, og hvor kommunens varetagelse af opgaven således var forbundet med en betydelig administrativ gevinst for skorstensfejermesteren.

Der ligger ikke risikomæssige overvejelser bag ordningen, og skorstensfejermestrene opnår ingen reel økonomisk gevinst herved. De skorstensfejermestre, der selv forestår opkrævningen, har ikke nødvendigvis større tab på debitorer end de skorstensfejermestre, hvor kommunen varetager opkrævning. Hertil kommer, at skorstensfejermestrene ved kommunens opkrævning ikke har mulighed for at opkræve rykkergebyr og lignende. Debitoradministrationen er dog fortsat et arbejde, som mange skorstensfejermestre gerne betaler kommunerne for at foretage.

Hvor kommunen på vegne af skorstensfejermesteren sørger for opkrævning af husejernes betaling, er dette en administrationsydelse, som skorstensfejermesteren køber hos kommunen. Skorstensfejermesteren betaler en aftalt procentsats af det opkrævede beløb til dækning af kommunens faktiske omkostninger forbundet med opkrævningen. Betalingen har i øvrigt ikke noget at gøre med borgerenes betaling for skorstensfejerydelsen. Skorstensfejermesteren driver i øvrigt erhvervsvirksomhed uafhængigt af kommunen.

Hvor opkrævning ikke sker gennem kommunen, opkræver skorstensfejermesteren selv gebyrerne hos husejerne ved fremsendelse af almindelig faktura, som husejeren indbetaler direkte til skorstensfejermesteren. Der går ingen betalinger til eller fra kommunen.

Keld L. Jensen har nyligt ændret opkrævningsformen i Faxe Kommune, fra selv at udsende opkrævninger til husejerne, til at lade Nets (tidligere PBS) stå for dette arbejde.

Her betaler skorstensfejermesteren i stedet Nets for denne administrationsydelse.

4. Uanset hvilken ordning der indgås mellem kommunen og skorstensfejermesteren, er det ifølge Keld L. Jensen skorstensfejermesteren, der bærer risikoen for husejernes betaling for den udførte skorstensfejning. Kommunen betaler ikke skorstensfejermesteren for at udføre arbejde, og kommunen dækker ikke husejernes eventuelle manglende betaling.

Den eksisterende økonomiske risiko er i begge situationer placeret alene hos skorstensfejermesteren. Såfremt det ikke lykkes kommunen at inddrive skorstensfejermesterens tilgodehavende, bærer skorstensfejermesteren tabet. Kommunen dækker ikke et eventuelt tab overfor skorstensfejermesteren. Hertil kommer, at det påhviler skorstensfejermesteren at holde kommunen skadesløs for omkostninger forbundet med inddrivelsen.

Ved siden af den betalingsmæssige risiko, bærer skorstensfejermesteren tillige den driftsrisiko, der i øvrigt er forbundet med hvervet. Keld L. Jensen har forklaret, at aftalen mellem kommunen og skorstensfejermesteren sikrer ikke mod omsætningsnedgang som følge af f.eks. tab af kundekreds til konkurrenter, omlægning til fjernvarme, nedlægning af skorstene eller lovændringer, tilskudsordninger og kampagner for alternativ opvarmning mv. En risiko, der forventeligt bliver større i fremtiden. At skorstensfejermesteren er afhængig af vejrliget. I aftalen mellem kommunen og skorstensfejermesteren er der ikke dækning for tabt indtjening i perioder med streng vinde eller andre vejrformer, der afskærer skorstensfejermesteren fra at udføre sit arbejde. At skorstensfejermesteren er ansvarlig for ansættelse af de fornødne personale, for arbejdes udførelse, samt for tilstedeværelsen af fornødne driftsmidler, køretøjer, arbejdsredskaber og kontor-, værksteds- og badefaciliteter, jf. Aftalens § 4. Og at skorstensfejermesteren kan opsiges af kommunen med 1 års varsel. I tilfælde af opsigelse bærer skorstensfejermesteren risikoen for nyttiggørelse af investeringer i driftsmidler, lokaler mv.

...«

Skorstensfejermester Teddy W. Nielsen har den 4. november 2011 afgivet følgende skriftlige erklæring:

»...

1. Skorstensfejermester Teddy W. Nielsen ... fungerer i dag som konsulent for lauget. Teddy W. Nielsen er skorstensfejermester i Slagelse-området, hvilket han har været siden 1980.
2. Teddy W. Nielsen har forklaret, at Konkurrencestyrelsen i 2007 gennemførte en undersøgelse i kommunerne, og herunder bl.a. forespurgte, om borgeren har mulighed for at vælge anden skorstensfejer. Skorstensfejerlauget anser ikke undersøgelsen for repræsentativ. De personer i kommunerne, der besvarede henvendelsen, havde sandsynligvis ikke kendskab til fritvalgsmuligheden, ligesom mange af de adspurgte sandsynligvis kun har forholdt sig til, at kommunen havde en fast aftale med en skorstensfejermester. Kommunerne var ikke nødvendigvis vidende om, at der foretoges skorstensfejning udenfor de etablerede aftaler på tværs af distriktsgrænserne. Hvis en kunde ønsker at skifte skorstensfejermester, ordnes dette ofte mellem skorstensfejermestrene uden kommunens indblanding. Skorstensfejermestrene blev ikke inddraget i undersøgelsen.
3. Teddy W. Nielsen har forklaret, at han varetog Skorstensfejerlaugets interesser ved ændringen af standardaftalen i 2008. Baggrunden var, at Konkurrencestyrelsen i 2007 havde tilkendegivet, at skorstensfejning efter styrelsens opfattelse var udbudspligtig.

Konsekvensen af lavets dialog med styrelsen blev, at Kommunernes Landsforening og Skorstensfejerlauget i 2008 udarbejdede den reviderede standardaftale, hvor det bl.a. præciseredes, at borgerne frit kan vælge anden skorstensfejer end den, kommunen har aftale med. Ligeledes præciseredes, at skorstensfejermesterens betaling alene består af de beløb, han på grundlag af de fastsatte gebyrer beregner og opkræver hos den enkelte private husejer. Der var alene tale om indskrivning af forhold, der tilsvarende var gældende under dagældende standardaftale.

Der har således hele tiden været fri mulighed for, at en skorstensfejer kan nedsætte sig som konkurrent til eksisterende skorstensfejermester. Muligheden (og dermed risikoen) for, at enkeltpersoner eller firmaer tilbyder sig på markedet, er både reel og eksisterende. F.eks. har der i Århus Kommune i et par år været en skorstensfejer, der har tilbudt sine ydelser til husejerne som konkurrent til de etablerede skorstensfejermestre, der har aftale med kommunen baseret på den tidligere standardaftale. I Sønderjylland er der ligeledes ti skorstensfejere, der udøver skorstensfejning som konkurrenter til de »etablerede« skorstensfejermestre.

Det forhold, at der ikke måtte være nævneværdig trafik mellem di-

strikerne, er ikke ensbetydende med, at valgfrihed ikke eksisterer. Den begrænsede trafik er begrundet i ydelsens karakter og pris. Kunderne er loyale, så længe de får en ordentlig behandling.

4. Teddy W. Nielsen har forklaret, at det er vigtigt for skorstensfejermesteren, at kommunen ikke modtager henvendelser fra utilfredse kunder, da dette kan resultere i kommunens opsigelse af aftalen, hvilket tidligere er forekommet i flere kommuner. En sådan opsigelse har voldsomme konsekvenser for den ramte skorstensfejermester, der ingen mulighed har for at nyttiggøre driftsmidler, lokaler mv. Ingen af de berørte skorstensfejermestre har nogensinde opnået at få en aftale med en anden kommune. Tilsvarende kan skorstensfejermesteren risikere, at skorstensfejermesteren fra nabolokalområdet tager over, hvis kunderne er utilfredse.

Han kender ingen eksempler på, at en kommune har nægtet en husejer at vælge en anden skorstensfejer.«

Brandværsbekendtgørelsen

Af bekendtgørelse nr. 239 af 27. april 1993 om brandværsforanstaltninger for skorstene og ildsteder, ændret ved bekendtgørelse nr. 1308 af 23. november 2007 og bekendtgørelse nr. 1335 af 15. december 2009, fremgår bl.a.

»§ 1. Kommunalbestyrelsen skal sørge for, at lovpligtigt skorstensfejerarbejde tilbydes kommunens borgere.

Stk. 2. Kommunalbestyrelsen træffer afgørelse om, hvorledes pligten til at tilbyde borgerne det lovpligtige skorstensfejerarbejde nærmere skal tilrettelægges. ...

Stk. 3. Lovpligtigt skorstensfejerarbejde skal udføres af faglærte personer, der har bestået skorstensfejerfagets svendep prøve eller mesterskole eller anden tilsvarende uddannelse ...

...

§ 2. Skorstene tilsluttet oliefyrede anlæg med større indfyret effekt end 120 kW skal renses 2 gange årligt.

...

§ 3. Skorstene tilsluttet oliefyrede anlæg med en mindre indfyret effekt end 120 kW skal renses 1 gang årligt.

§ 4. Skorstene tilsluttet pejse, brændeovne eller lignende ildsteder for

fast brændsel skal renses 1 gang årligt.

...

§ 9. Skorstensfejeren kan efter forhandling med ejeren eller brugeren

- 1) fastsætte hyppigere fejningsterminer end de i § 2, stk. 1, og § 3 og § 4, stk. 1, fastsatte, såfremt det ud fra en konkret vurdering af anlæggets drifts- og vedligeholdelsestilstand, anvendelseshyppighed og omfanget af de aflejrede sodmængder er påkrævet, eller såfremt ejeren eller brugeren ønsker dette.
- 2) fastsætte sjældnere fejningsterminer end de i § 2, stk. 1, og § 3 og § 4, stk. 1, fastsatte, såfremt det ud fra en konkret vurdering af anlæggets drifts- og vedligeholdelsestilstand, anvendelseshyppighed og omfanget af de aflejrede sodmængder er forsvarligt.

...

§ 14. Kommunalbestyrelsen kan beslutte, at husejerne skal betale gebyr for lovpligtigt skorstensfejerarbejde.

Kommunalbestyrelsen fastsætter beregningsmåden for gebyrerne, gebyrstørrelsen og forfaldstid. Efter kommunalbestyrelsens beslutning kan gebyrerne opkræves sammen med de kommunale ejendomsskatter.

Stk. 2. Gebyrer, som kommunalbestyrelsen har udredt forskudsvis, kan inddrives ved udpantning i den pågældende ejendom. Gebyrerne har samme fortrinsret i ejendommen som kommunale ejendomsskatter. ...

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagedes aftale med skorstensfejermester Finn Birk Pedersen om lovpligtigt skorstensfejerarbejde i kommunen er i strid med EU's udbudsregler, herunder tjenesteydelsesdirektivet, der var gældende på tidspunktet for aftalens indgåelse. Aftalen er en gensidigt bebyrdende aftale i tjenesteydelsesdirektivets forstand, og den fastsætter både rettigheder og forpligtelser for parterne. Det fremgår således, hvordan skorstensfejeren skal udføre sine opgaver, og hvilke forpligtelser indklagede har vedrørende fastsættelse og afregning af gebyrer. Efter lovgivningen skal indklagede stille skorstensfejerydelser til rådighed for kommunens borgere, og medmindre indklagede selv stiller ydelsen til rådighed, er indklagede forpligtet til at indgå aftale med en eller flere skorstensfejere, som kan udføre arbejdet. Aftalen mellem indklagede og skorstensfejermester Finn Birk

Pedersen udmønter de krav, der følger af lovgivningen. Den betaling, som skorstensfejmesteren modtager i henhold til aftalen, udgør en økonomisk modydelse for udførelsen af skorstensfejerarbejdet. Det forhold, at indklagede via ejendomsskattebilletten opkræver et gebyr fra borgerne, ændrer ikke ved denne kendsgerning. Skorstensfejning er en tjenesteydelse, som er omfattet af tjenesteydelsesdirektivets bilag I A, kategori 14, og derfor fuldt udbudspligtig. Værdien af ydelserne i henhold til aftalen oversteg de tærskelværdier, der var gældende, da aftalen blev indgået.

Klageren har endvidere gjort gældende, at aftalen af 16. januar 1995 mellem indklagede og skorstensfejmester Finn Birk Pedersen ikke er en koncessionsaftale. Der var ikke i tjenesteydelsesdirektivet en definition på en koncessionsaftale, men det findes i det nugældende udbudsdirektiv artikel 1, stk. 4, hvorefter der ved en koncessionskontrakt om tjenesteydelser forstås en kontrakt med samme karakteristika som tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består af retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris. Aftalen opfylder hverken disse krav eller de krav, som EU-domstolen har fastlagt ved sin praksis. Skorstensfejmester Finn Birk Pedersen har således ikke fået overdraget en ret til at udnytte tjenesteydelsen, herunder ansvaret for at udnytte ydelsen, og skorstensfejeren påtager sig heller ikke en betydelig økonomisk risiko ved udførelsen af tjenesteydelsen, idet der ikke er (væsentlig) risiko for svigtende indtægter eller for forgæves afholdte udgifter. Der skal være tale om en reel betydelig forretningsmæssig risiko forbundet med indtjeningen, som tjenesteyderen må bære, før der er tale om en koncessionsaftale. Der er ingen reel risiko for, at borgerne, der efter klagerens markedsundersøgelse i realiteten ikke gøres bekendte med, at de kan vælge en anden skorstensfejer, vælger en anden skorstensfejer end den, som indklagede har en aftale med. Skorstensfejmester Finn Birk Pedersen er desuden fritaget for enhver risiko, som er forbundet med inddrivelsen af betalingen for ydelsen, da denne er sikret ved panteret i ejendommen.

Indklagede har i første række gjort gældende, at indklagedes aftale med skorstensfejmester Finn Birk Pedersen ikke er en gensidigt bebyrdede aftale i tjenesteydelsesdirektivets forstand. Skorstensfejmester Finn Birk Pedersen leverer således ikke nogen tjenesteydelse til indklagede i henhold til aftalen, og indklagede betaler heller ikke for nogen tjenesteydelse i henhold til aftalen. Indklagede skal efter lovgivningen alene sikre, at kommu-

nens borgere tilbydes skorstensfejning, men har ikke ansvaret for, at skorstensfejning gennemføres. Dette er husejernes ansvar i samarbejde med skorstensfejeren. Dette ændres ikke ved, at indklagede har påtaget sig at foretage opkrævning af gebyrer for borgernes brug af skorstensfejeren via ejendomsskattebilletten. Indklagede forestår i den sammenhæng alene opkrævning og betalingsformidling mod et særskilt vederlag fra skorstensfejermesteren på 2 % af det opkrævede beløb.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at aftalen mellem indklagede og skorstensfejermester Finn Birk Pedersen er en koncessionsaftale eller en koncessionslignende aftale, der efter sin karakter ikke er omfattet af tjenesteydelsesdirektivet, idet direktivet ikke omfatter koncessionsaftaler. En tjenesteydelseskoncession er kendetegnet ved, 1) at tjenesteyderen modtager en ret til at udnytte tjenesteydelsen, 2) at en betydelig del af betalingen hidrører direkte fra brugerne, og 3) at tjenesteyderen overtager den risiko, der er forbundet med udøvelsen af tjenesteydelsen. Aftalen mellem indklagede og skorstensfejermester Finn Birk Pedersen har så væsentlige fællestræk med en koncession, at den enten bør anses som en koncessionsaftale eller bør sidestilles med en sådan. Betalingen for skorstensfejningen kommer direkte fra borgerne, og skorstensfejeren modtager ikke direkte eller indirekte betaling fra indklagede. Det forhold, at indklagede opkræver og afregner brugerbetalingen til Finn Birk Pedersen har ikke karakter af indirekte betaling, da Finn Birk Pedersen kompenserer indklagede for udgifterne i forbindelse hermed ved gebyret på 2 % af det opkrævede beløb. Skorstensfejermester Finn Birk Pedersen har endvidere fået overdraget både den driftsmæssige og økonomiske risiko ved udøvelsen af tjenesteydelsen. Han er ikke via aftalen med indklagede eller på anden måde sikret et bestemt antal brugere eller en bestemt indkomst, da den enkelte husejer har mulighed for frit at vælge, hvilken skorstensfejer denne ønsker at anvende. Det er ikke efter EU-domstolens praksis som anført af klageren opstillet et væsentlighedskriterium ved bedømmelsen af den risiko, som tjenesteyderen overtager.

Biintervenienterne Kommunernes Landsforening, Frederiksberg Skorstensfejervæsen ved skorstensfejermester Finn Birk Pedersen og Skorstensfejerslauget af 11. februar 1778 har til støtte for indklagedes påstand om, at klagen ikke tages til følge, også gjort gældende, at indklagedes aftale med skorstensfejermester Finn Birk Pedersen ikke er en gensidigt bebyrdede aftale i tjenesteydelsesdirektivets forstand, subsidiært at aftalen er en konces-

sionsaftale eller en koncessionslignende aftale, der efter sin karakter ikke er omfattet af direktivet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagedes indgåelse af aftalen om lovpligtig skorstensfejning uden afholdelse af forudgående udbud udgør en overtrædelse af forbuddet mod direkte tildeling, jf. tjenesteydelsesdirektivets artikel 15, stk. 2. Dette er den alvorligste tilsidesættelse af EU's udbudsregler, og klagenævnet skal derfor annullere aftalen mellem indklagede og skorstensfejermester Finn Birk Pedersen.

Indklagede har gjort gældende, at den omhandlede aftale ikke er udbudspligtig. Der er derfor ikke grundlag for at annullere den.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede er efter brandværnsbekendtgørelsens § 1, stk. 1, forpligtet til at tilbyde borgerne i kommunen skorstensfejning. Aftalen mellem indklagede og skorstensfejermester Finn Birk Pedersen opfylder denne forpligtelse. Indklagede er ikke efter lovgivningen forpligtet til at sørge for, at skorstensfejning faktisk sker. Denne forpligtelse påhviler den enkelte borger. Aftalen omfatter ikke skorstensfejning for indklagede.

Efter aftalens pkt. 5 fastsættes gebyret for skorstensfejningen af indklagede i henhold til de vejledende takster, som er aftalt mellem Kommunernes Landsforening og Skorstensfejerlauget. Indklagede opkræver gebyret hos borgerne og afregner dette til skorstensfejermester Finn Birk Pedersen. Indklagede fradrager 2 % af det opkrævede beløb til dækning af udgifterne ved administration af ordningen. Opkrævningen hos husejerne sker over ejendomsskattebilletten, hvor gebyret for skorstensfejningen fremgår som en selvstændig post.

Klagenævnet lægger efter de foreliggende oplysninger til grund, at skorstensfejermester Finn Birk Pedersen fra indklagede får oplyst, hvad gebyret for skorstensfejning er i medfør af de vejledende takster, der er aftalt mellem Kommunernes Landsforening og Skorstensfejerlauget. Han beregner

herefter vederlaget for hver enkelt ejendom ud fra de fastsatte gebyrer og antallet af fejninger. Finn Birk Pedersen – eller hans it-leverandør – sender elektronisk oplysninger om de enkelte ejendomme til indklagedes afgiftssystem hos KMD. Oplysningerne fra Finn Birk Pedersen udskrives direkte på ejendomsskattebilletten til den enkelte husejer. Finn Birk Pedersen sender således ikke faktura for skorstensfejning til indklagede. Indklagede sender en opgørelse til Finn Birk Pedersen over det opkrævede beløb og fradrager 2 % af gebyromsætningen til dækning af omkostningerne ved administration af ordningen.

I tjenesteydelsesdirektivets artikel 1, litra a, defineres offentlige tjenesteydelsesaftaler som »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed...«. EU-domstolen udtaler i afgørelsen C-458/03: Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen m.fl., præmis 39, at »en offentlig tjenesteydelsesaftale i direktivets forstand indebærer en modydelse, der betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen«. I en senere afgørelse C-451/08: Helmut Müller GmbH mod Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, der vedrører udbudsdirektivet, udtaler EU-domstolen i præmis 60, at gensidigt bebyrdende aftaler »bygger på den tanke, at den ordregivende myndighed forpligter sig til at gennemføre den ydelse, der er genstand for kontrakten, mod et vederlag«. For at der kan blive tale om en gensidigt bebyrdende aftale i direktivets forstand, er det således et krav, at den ordregivende myndighed får leveret en ydelse mod at betale et vederlag.

Indklagede opkræver gebyret for skorstensfejningen hos den enkelte borger og afregner det fulde beløb til skorstensfejermester Finn Birk Pedersen med fradrag af 2 % for indklagedes administration af ordningen. Indklagede har således ingen udgifter til ordningen, idet indklagede ikke betaler noget vederlag til Finn Birk Pedersen for hans skorstensfejning hos kommunens borgere. Aftalen indebærer derimod, at indklagede opfylder sin forpligtelse efter brandværnsbekendtgørelsen til at sikre, at husejerne får tilbudt lovpligtig skorstensfejning, og at indklagede modtager betaling for sin ydelse til Finn Birk Pedersen for opkrævning af gebyrerne hos de enkelte husejere og afregningen heraf.

Da det efter det anførte er de enkelte husejere og ikke indklagede, der modtager skorstensfejerydelsen, og da det også er de enkelte husejere, som betaler vederlaget for ydelsen, foreligger der ikke en gensidigt bebyrdende afta-

le mellem parterne, og aftalen er derfor ikke omfattet af tjenesteydelsesdirektivet.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstanden om annullation til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig