

Udviklingen af den i retspraksis skabte udvidede in-house regel

af METTE HØGH

Afhandlingen indeholder en gennemgang og analyse af relevant retspraksis vedr. den udvidede in-house regels kontrolkriterium fra Teckal afgørelsen til i dag. På baggrund af det skred der har været i muligheden for at opfylde kontrolkriteriet i det seneste års praksis, er der primært fokus på denne udvikling, med henblik på at fastlægge retsstillingen som den er i dag.

Det seneste års retspraksis har udvidet offentlige myndigheders muligheder for at opfylde kontrolkriteriet, idet Domstolen har vist en meget lempelig holdning i relation til fælleskontrol og offentlige samarbejder. Det er således i dag muligt for flere myndigheder samtidig at opfylde kontrolkriteriet i forhold til samme selskab. Det er dog ikke kun i relation til den udvidede in-house regel, at der er fokus på myndighedernes samarbejds muligheder, men Domstolen har yderligere etableret en helt ny undtagelse ved siden af den udvidede in-house regel. Efter denne undtagelse er der således umiddelbart mulighed for at etablere offentlige samarbejder i en hvilken som helst form. Betingelserne for at anvende den nye undtagelse er dog stadig meget usikre, da der endnu kun er afsagt en enkelt afgørelse, der fastslår den nye undtagelse.

Det er alene i relation til spørgsmålet om fælleskontrol og samarbejds muligheder, at Domstolen har anlagt en lempelig fortolkning af kontrolkriteriet, hvorimod den i forhold til muligheden for at lade private deltage i et "in-house selskab" har opretholdt og i forhold til senere privatiseringer ligefrem har skærpet sin restriktive holdning.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. INDLEDNING	3
1.1 Problemformulering	3
2. REGELGRUNDLAGET	4
2.1 Baggrunden for udbudsdirektiverne	4
2.2 Direktivets anvendelsesområde	4
2.3 Hvornår er der tale om en gensidig bebyrdende aftale?	5
3. DEN UDVIDEDE IN-HOUSE REGEL	6
4. KONTROLKRITERIET	7
4.1 Kravet om en tilsvarende kontrol.....	7
4.1.1 Kapitalandele	9
4.1.2 Slækkelse af myndighedens kontrol.....	11
4.1.2.1 Bestyrelsens betydelige beføjelser.....	11
4.1.2.2 Udvidelse af selskabets formål samt geografiske område	13

4.1.2.3 Holdingselskaber	14
4.1.3 Samlet vurdering.....	15
4.2 Delt offentligt ejerskab	15
4.2.1 Krav til størrelsen af ejerandelen?.....	17
4.2.2 Fælleskontrol	20
4.3 Muligheden for privat deltagelse	21
4.3.1 Aktuel privat kapital	21
4.3.2 Åbenhed for privat kapital	22
4.3.3 Senere privatiseringer	24
4.3.4 Kritik af praksis.....	27
5. NYERE PRAKSIS TIL ILLUSTRATION AF UDVIKLINGEN I KONTROLKRITERIET	28
5.1 Coditel-afgørelsen	28
5.1.1 Spørgsmålet om den selskabsretlige kontrol.....	30
5.1.2 Spørgsmålet om individuel eller fælles kontrol.....	32
5.2 Sea-afgørelsen	34
5.2.1 Spørgsmålet om en "tilsvarende kontrol"	35
5.2.2 Spørgsmålet om privat deltagelse	37
5.3 Sammenfattende delkonklusion på kontrolkriteriet	38
5.3.1 Vurdering af retsstillingen	41
6. SAMARBEJDSUNDTAGELSEN	42
6.1 Kommissionen mod Tyskland	42
6.2 Overordnede krav for anvendelse af samarbejdsundtagelsen	46
6.2.1 Aftalens formål: Fælles gennemførelse af en public service opgave.....	47
6.2.2 Krav til sikring af opgavens udførelse	50
6.2.3 Ingen privat deltagelse	51
6.3 Fremtidige problemstillinger	51
7. SAMMENFATNING OG KONKLUSION	54
8. LITTERATURLISTE	56

1. Indledning

I forbindelse med den tendens til selskabsgørelse og etablering af fælleskommunale samarbejder der i øjeblikket præger den danske myndighedsstruktur, er det meget relevant at få klarhed omkring de udbudsretlige konsekvenser af kontrakttildelinger til offentlige selskaber. Pligten til at gennemføre udbud vil således formegentlig indgå som et meget væsentligt moment i myndighedernes valg af strukturform, og der kan forventes stor fokus på mulighederne for at danne selskabskonstruktioner og samarbejdsformer, der ikke udløser udbudspligt. Omvendt betyder det nye kontroldirektiv, der trådte i kraft d. 20. december 2009, hvorefter kontrakter, der uretmæssigt er indgået uden udbud, kendes ugyldige, at der må sikres stor klarhed omkring, hvornår der faktisk er tale om en situation, hvor udbud kan undgås.

Der findes i udbudsdirektivet udtrykkelig hjemmel til at undtage visse typer af kontrakter fra udbudspligten¹, og det synes ikke at være fortolkningen af disse bestemmelser, der giver størst anledning til problemer, og disse vil således ikke blive behandlet i opgaven.² Derimod har retspraksis vist, at der er store problemer ved fortolkningen af og fastlæggelsen af rækkevidden af den i retspraksis skabte udvidede in-house regel. Da det særligt er forståelsen af den udvidede in-house regels *kontrolkriterium*, der har givet anledning til problemer i praksis, og da der tilmed synes at være sket et skred i Domstolens vurdering af betingelserne for dette kriteriums opfyldelse, er det meget relevant at få undersøgt og fastlagt rækkevidden af dette kriterium. Retsstillingen i relation til hovedparts-kriteriet har derimod ikke givet anledning til nær så mange problemer i praksis og vil derfor heller ikke blive behandlet i opgaven.

Den seneste praksis fra EF-Domstolen synes desuden at åbne op for endnu en mulighed for at undtage ellers udbudspligtige kontrakter fra udbudspligten. Også rækkevidden af denne undtagelse må forventes at give anledning til fortolkningstvivl, hvorfor en nærmere analyse heraf tillige er relevant for at kunne fastlægge grænsen for tilladte in-house tildelinger.

1.1 Problemformulering

Det skal i denne opgave undersøges, hvilke muligheder offentlige myndigheder i dag har for at opfylde såvel den udvidede in-house regels kontrolkriterium samt betingelserne efter den nye retspraksis-skabte undtagelse med henblik på at undtage ellers udbudspligtige kontrakter fra udbudsreglerne.

¹ Til eksempel kan nævnes UBD art. 12-18.

² Heller ikke mulighederne for at undgå udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet vil blive behandlet i opgaven.

Som led i denne undersøgelse vil jeg analysere relevant praksis fra EF-Domstolen fra Teckal afgørelsen til i dag. På baggrund af det skred der i den seneste praksis synes at være i muligheden for at opfylde kontrolkriteriet og pga. den yderligere mulighed for at undtage kontrakter fra udbudspligten, der er skabt ved den seneste praksis - og da denne praksis endnu alene er sparsomt behandlet i såvel den dansk- som engelsksprogede litteratur - vil analysen i høj grad være fokuseret omkring det seneste års praksis.³ Denne praksis vil blive sammenholdt med Domstolens tidligere praksis med henblik på at kunne redegøre for den udvikling, der har været.

2. Regelgrundlaget

2.1 Baggrunden for udbudsdirektiverne

Med det formål at gøre de grundlæggende bestemmelser om fri bevægelighed i EF-Traktaten⁴ mere effektive blev det første udbudsdirektiv vedtaget i 1970. I tiden op til i dag har udbudsdirektivet ændret form en del gange, men i 2004 blev det nye udbudsdirektiv⁵, der også er gældende i dag, vedtaget.

Formålet med UBD har været at skabe et indre marked, der også omfatter offentlige kontrakter.⁶ At det har været nødvendigt med indførelse af sådanne særlige regler om indgåelse af offentlige kontrakter skyldes, at offentlige myndigheder, i modsætning til private virksomheder, ikke er disciplinerede af markedets kræfter, hvorved risikoen for inddragelse af nationaløkonomiske overvejelser opstår.⁷

2.2 Direktivets anvendelsesområde

UBD finder anvendelse på offentlige kontrakter. Hvad der skal forstås ved en offentlig kontrakt, er defineret i UBD art. 1, stk. 2, litra a), hvorefter der "Ved "offentlige kontrakter" forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv" (min fremhævelse).

Hvad der skal forstås ved begreberne "økonomisk aktør" og "ordregivende myndigheder", vil der ikke i opgaven blive redegjort nærmere for, ligesom heller ikke den nærmere afgrænsning af

³ Det er følgende tre afgørelser, der betegnes som den "seneste" praksis: Coditel, Kommissionen mod Tyskland og Sea.

⁴ Traktaten om etableringen af det europæiske fællesskab af 25. marts 1957.

⁵ Direktiv nr. 2004/18 EF af 31. marts 2004.

⁶ Hjelmberg m.fl., s. 19 og 23.

⁷ Hjelmberg m.fl., s. 21; Steinicke s. 262f; Arrowsmith, s. 249.

hvilke typer af kontrakter, der er omfattet af UBD, samt dennes tærskelværdier vil være genstand for behandling. Opgavens kerne er derimod spørgsmålet om, hvordan man som offentlig myndighed kan organisere sin opgaveløsning, således at ellers udbudspligtige kontrakter ikke omfattes af reglerne i UBD under henvisning til, at der ikke er tale om en egentlig gensidig bebyrdende kontrakt. I det følgende forudsættes det således, at UBD's øvrige betingelser er opfyldt.

2.3 Hvornår er der tale om en gensidig bebyrdende aftale?

Ordregivende myndigheder har frihed til selv at fastlægge omfanget af opgaver, der løses internt ved brug af egne ressourcer, og der er således ikke efter UBD nogen pligt til at anvende eksterne ressourcer.⁸ Vælges opgaven løst internt, er der ikke tale om en gensidig bebyrdende aftale, idet ordregiveren logisk ikke kan stå i et gensidigt bebyrdende retsforhold med sig selv, og UBD vil således ikke finde anvendelse.⁹ Når opgaven vælges udført in-house, får det således ingen udbudsretlige konsekvenser,¹⁰ ligesom der heller ikke består nogen pligt til at overholde EF-Traktatens almindelige principper.¹¹ For at UBD finder anvendelse, er det således en betingelse, at der indgås en kontrakt mellem en ordregivende myndighed og en fra denne ordregiver *retligt adskilt og uafhængig økonomisk aktør*. At der er tale om en aftale mellem to offentlige myndigheder indebærer ikke automatisk, at aftalen falder udenfor UBD's anvendelsesområde, idet en ordregivende myndighed også selv kan optræde i rollen som økonomisk aktør, i det omfang den ordregivende myndighed selv udbyder produkter på markedet. Det afgørende i en sådan situation er så at afgrænse, hvilke offentlige myndigheder der kan siges at tilhøre samme juridiske person.

UBD's udgangspunkt for hvornår der er tale om en gensidig bebyrdende aftale – og dermed også hvornår der er tale om en in-house ydelse - er klart. Når der indgås en aftale med en fra den pågældende ordregivende myndighed formelt forskellig institution, er der tale om en gensidig bebyrdende kontrakt, og UBD finder således, forudsat at de øvrige betingelser er opfyldt, anvendelse.¹² Denne forståelse af UBD er også klart slået fast af EF-Domstolen i Teckal-dommen¹³, hvor Domstolen i præmis 50 udtaler: *"det er... principielt tilstrækkeligt, at aftalen er blevet indgået mellem på den ene side en lokal myndighed og på den anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person"*. Det præciseres ligeledes, at: *"det er uden betydning, om denne institution selv er en ordregivende myndighed"* jf. præmis 51. Når en ordregivende myndighed vælger at lægge forskellige typer af offentlige

⁸ Stadt Halle, præmis 48.

⁹ Hjelmborg m.fl., s. 86f.; Fabricius m.fl., s. 95; Steinicke, s. 167.

¹⁰ Meyer, s. 76.

¹¹ Nielsen, s. 193; Parking Brixen, præmis 61.

¹² Steinicke, s. 168.

¹³ C-107/98 af 18/11 1999.

opgaver ud i selvstændige (hel- eller delvist ejede) selskaber, hvorefter der indgås kontrakter med disse selskaber, er der derfor skabt en situation, som umiddelbart er omfattet af UBD.

Det kan dog anføres, at udbudsreglerne ikke bør hindre eller vanskeliggøre en hensigtsmæssig organisering af det offentlige, og således bør den konkrete organisationsform, som en ordregivende myndighed måtte vælge at tilrettelægge sin opgavevaretagelse i, ikke få udbudsretlige konsekvenser, så længe der ikke involveres tredjeparter i organisationen.¹⁴ Disse betragtninger er da også i en vis grad slået igennem i retspraksis, idet Domstolen i Teckal dommen anerkender, at aftaler mellem selvstændige juridiske personer kan bedømmes anderledes (dvs. undtages fra udbudspligten), *”såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.”*¹⁵ Det anerkendes altså, at der kan være tilfælde, hvor den økonomiske aktør både med hensyn til beslutningskompetence og i økonomisk henseende er så afhængig af den offentlige myndighed, at det reelt modsvarer en intern arbejdsdeling i myndigheden.¹⁶ Når dette er tilfældet, skal situationen således heller ikke behandles anderledes, end hvis myndigheden havde besluttet selv at udføre opgaven in-house. Selvom der i formen er tale om to selvstændige selskaber, behandles de altså indholdsmæssigt som en og samme enhed.¹⁷ Derfor benævnes denne i retspraksis skabte regel da også på dansk den udvidede in-house regel.¹⁸

3. Den udvidede in-house regel

Ved sin anerkendelse af den udvidede in-house regel opstillede Domstolen to kriterier, der er afgørende for, om en selvstændig juridisk person er så tæt knyttet til en ordregivende myndighed, at en aftale om den juridiske persons levering af ydelser til myndigheden ikke indebærer en gensidigt byrdende aftale i UBD's forstand. Kriterierne er herefter:

- 1) at den ordregivende myndighed underkaster den selvstændige juridiske person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene (kontrolkriteriet), og

¹⁴ Hjelmberg m.fl., s. 89; Brown, PPLR, Teckal, CS43; GA Cosmas, Teckal, pkt. 53.

¹⁵ Præmis 50.

¹⁶ Hjelmberg m.fl., s. 89; Arrowsmith, s. 398.

¹⁷ Arrowsmith, s. 391f.

¹⁸ Steinicke, s. 169.

- 2) at den selvstændige juridiske person skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af (hovedparts-kriteriet).

Begge kriterier er formulerede meget overordnet og upræcist, hvilket har medført stor usikkerhed ved fortolkningen heraf.¹⁹ Det er i særdeleshed kontrolkriteriet, der har givet anledning til fortolkningsvanskeligheder, og Teckal dommen har da også givet anledning til en lang række efterfølgende afgørelser fra EF-Domstolen med henblik på afklaring af, hvad der nærmere ligger heri. Det er denne praksis vedr. kontrolkriteriet, der i det følgende vil blive analyseret med det formål at fastlægge retsstillingen på dette område.

4. Kontrolkriteriet

I Teckal dommen fastslår Domstolen, at den udvidede in-house reglen kan udstrækkes til også at omfatte aftaler indgået mellem selvstændige juridiske personer, hvis den ordregivende myndighed *”underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene”*. Kontrolkriteriet er ikke særlig præcist formuleret i Teckal dommen, og fastlæggelsen af den nærmere udstrækning af dette kriterium må derfor bero på en undersøgelse og analyse af retspraksis fra EF-Domstolen.

I forbindelse med denne analyse er der tre hovedtemaer, der må behandles. For det første må det afklares, hvilke krav Domstolen stiller til den kontrol, den ordregivende myndighed skal føre for at opfylde kontrolkriteriet. For det andet er der spørgsmålet om, hvorvidt flere ordregivende myndigheder også i fællesskab kan opfylde kontrolkriteriet, og i bekræftende fald hvilke krav der stilles til den enkelte myndigheds deltagelse i selskabet. Endelig er der spørgsmålet vedr. kontrolkriteriets opfyldelse i den situation, hvor der aktuelt eller potentielt deltager også privat kapital i det ordredørende selskab.

4.1 Kravet om en tilsvarende kontrol

Domstolen fastslår i Teckal-afgørelsen, at for at kontrolkriteriet kan anses for opfyldt, skal myndigheden føre en kontrol med det selvstændige selskab, *der svarer til den, der føres med egne tjenestegrene*. Såvel den kommunale administration som statsforvaltningen er opbygget som et over/underordningsforhold, der indebærer, at den overordnede myndighed har en række beføjelser ift. de underordnede. De beføjelser, der bl.a. er tale om, er muligheden for at udstede generelle og

¹⁹ Weltzien, PPLR 2005, s. 245; Brown, PPLR, Stadt Halle, NA75.

konkrete tjenestebefalinger, overtage behandlingen af en konkret sag og føre tilsyn med den underordnede virksomhed.²⁰ En myndighed har således en altomfattende instruktionsbeføjelse ift. sine forvaltningsgrene, mens de underordnede tjenestegrene ikke besidder nogen selvstændig beslutningskompetence. Der forudsættes således umiddelbart i Teckal dommen en kvalificeret kontrol med den selvstændige enhed, for at den udvidede in-house regel kan finde anvendelse.

Dette kontrolbegreb er imidlertid særdeles vanskeligt at overføre på selskabsretlige forhold. Aktionærerne i et selskab er nemlig efter de selskabsretlige regler begrænsede til at udøve deres indflydelse på generalforsamlingen, hvor udgangspunktet er, at beslutninger træffes med almindeligt simpelt flertal, jf. ASL § 77. På generalforsamlingen er det efter selskabslovgivningen kun de overordnede retningslinjer for selskabet, der fastlægges, hvorimod den egentlige ledelse af selskabet varetages af en bestyrelse og en direktion, der varetager den overordnede hhv. den daglige ledelse jf. ASL § 54. Aktionærerne kan ganske vist have begrænset ledelsens beføjelser gennem vedtægtsbestemmelser, men på trods af sådanne vedtægtsbestemmelser har aktionærerne ikke fuldstændig sikkerhed for, at de af generalforsamlingen udstedte "generelle tjenestebefalinger" bliver fulgt, da selskabets ledelse ikke alene har en pligt til at varetage aktionærernes interesser, men også selskabets og dets kreditors interesse. Bestyrelsesmedlemmerne risikerer således at ifalde ansvar, såfremt de gennemfører de af aktionærerne truffede beslutninger, der går imod selskabets interesse, jf. ASL § 140.²¹ Adgangen til at udstede "konkrete tjenestebefalinger" og derved direkte gribe ind i selskabets drift eksisterer slet ikke for aktionærerne. Der er altså en risiko for, at selskabet ift. aktionærerne får en meget selvstændig status.

På trods af denne divergens i kontrolbegrebet i forvaltningsretten henholdsvis selskabsretten har EF-Domstolen dog ikke generelt afvist, at anvendelse af aktieselskabsformen med den deraf følgende selskabsretlige kontrol kan opfylde kontrolkriteriet.²² Teckal dommen stiller da også kun krav om en kontrol, der "svarer til" den, der føres med egne tjenestegrene, og der kan således ikke heri indlægges et krav om en identisk kontrol. Som anført af generaladvokat Kokott i pkt. 72 i forslag til afgørelse af Parking Brixen sagen²³ er det afgørende heller ikke, om den offentlige myndighed *formelt* set har samme *juridiske* muligheder for indflydelse som på sine egne tjenestegrene, men derimod om den ordregivende myndighed *faktisk* har mulighed for at tage hensyn til de almene formål, der forfølges. Denne forståelse må nødvendigvis accepteres, idet et krav om samme juridiske muligheder for indflydelse formegentlig ville medføre, at kontrolkriteriet aldrig ville kunne opfyldes, med

²⁰ Berg, s. 24ff.

²¹ Krüger Andersen, s. 299, 448ff.

²² GA Stix-Hackl, Carbotermo, pkt. 60.

²³ C-458/03 af 13/10 2005.

den konsekvens at selskabsformen aldrig ville kunne anvendes i forbindelse med en intern omstrukturering.²⁴

Det, der ifølge praksis er afgørende for, om en myndigheds kontrol med et selskab kan anses for at svare til den kontrol, der føres med myndighedens tjenestegrene, er, om myndigheden har mulighed for at påvirke selskabets beslutninger, hvorved indflydelsen skal være bestemmende såvel ift. selskabets strategiske formål som ift. dets vigtige beslutninger²⁵. Ved disse krav sikres ikke blot, at forholdet minder om det, der eksisterer mellem en myndighed og dennes tjenestegrene, men også at det selvstændige selskab ikke får en så uafhængig karakter, at det kan varetage også ikke almennyttige opgaver uafhængigt af den ordregivende myndighed/(hoved)aktionærens interesser.

Ved afgørelsen af om den krævede kontrol foreligger, skal samtlige relevante lovbestemmelser og relevante faktiske omstændigheder tages i betragtning.²⁶ Der ligger ikke i retspraksis et krav om, at muligheden for at påvirke virksomhedens beslutninger faktisk udnyttes,²⁷ men såfremt graden af den faktiske kontrol er ringe, vil dette uden tvivl få betydning ved vurderingen af, om kontrolkriteriet alt i alt kan anses for opfyldt.²⁸ Det er desuden værd at bemærke, at en bestemmende indflydelse i den forstand, som ASL definerer det, ikke uden videre er tilstrækkelig til at statuere bestemmende indflydelse i in-house reglens forstand.²⁹

4.1.1 Kapitalandele

Ved vurderingen af om kontrolkriteriet er opfyldt, synes EF-Domstolen at lægge stor vægt på den ordregivende myndigheds kapitalandel. Således anfører Domstolen i Carbotermo sagen,³⁰ at den omstændighed, at den ordregivende myndighed, alene eller sammen med andre offentlige myndigheder, besidder den samlede kapital i det kontraherende selskab, tyder på, uden at være afgørende, at den ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene. I Tragsa-sagen³¹ gentager Domstolen dette synspunkt om end med en anden formulering, nemlig den at besiddelse af den samlede kapital i princippet tyder på kontrol. Det må på baggrund af disse afgørelser konkluderes, at når en offentlig ordregiver alene eller sammen med andre offentlige myndigheder (vedr. fælles ejerskab se nedenfor i afsnit 4.2) ejer den

²⁴ GA Kokott, Parking Brixen, pkt. 68-70.

²⁵ Bl.a. Parking Brixen, præmis 65.

²⁶ Bl.a. Parking Brixen, præmis 65.

²⁷ Weltzien, PPLR 2005, s. 247.

²⁸ Steinicke, s. 172.

²⁹ Steinicke, s. 172.

³⁰ C 340/04 af 11/5 2006, præmis 37.

³¹ C 295/05 af 19/4 2007, præmis 57.

samlede kapital i en ordretagende myndighed, er der meget, der taler for, at førstnævnte generelt udøver en kontrol, der svarer til den kontrol, der føres med egne tjenestegrene.³² Domstolen synes således ved vurderingen af kontrollen at tage sit udgangspunkt i ordregiverens kapitalandele i den ordretagende myndighed.

Domstolen tager ikke i disse sager stilling til, om kapital ligefrem er en forudsætning for kontrol, men lægger umiddelbart op til det idet den jf. ovenfor synes at have kapitalen som udgangspunkt ved vurderingen af kontrollen. Den danske oversættelse af det andet Teckal kriterium støtter umiddelbart dette synspunkt, idet det følger heraf, at hovedparten af virksomheden skal udføres sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af. Der kan dog ikke heraf udledes et absolut krav om ejerskab, idet ordet "ejes" snarere skulle have været oversat til "kontrolleres" jf. den originale italienske samt den engelske oversættelse af dommen.³³ Steinicke når da også til den konklusion, at den fornødne grad af kontrol typisk vil foreligge i kraft af et ejerforhold, men at kontrolkriteriet næppe kræver, at kontrollen beror på et helt eller delvist ejerskab. I stedet kan kontrollen fx være baseret på lovgivning, vedtægter eller kontraktbestemmelser.³⁴

Omvendt fremgår det også klart af retspraksis, at ejerskab og den deraf følgende rene selskabsretlig kontrol ikke i sig selv er tilstrækkelig til at opfylde kontrolkriteriet jf. ordene "uden dog at være afgørende" og "i princippet" jf. ovennævnte passager fra Carbotermo- og Tragsa-sagerne. At fuldt ejerskab og den deraf følgende selskabsretlige kontrol skulle være tilstrækkelig, blev der ellers argumenteret for af Generaladvokat Kokott i forslag til afgørelse af Parking Brixen sagen. Heri anfører Kokott således, at såfremt den ordregivende myndighed er eneaktionær i datterselskabet, kan myndighedens og datterselskabets interesser normalt anses for i det væsentlige at være sammenfaldende, selv hvis datterselskabet er organiseret som et aktieselskab. Herefter tilføjer hun, at når selskabet er 100% ejet af den offentlige myndighed, er forfølgelsen af almene formål i selskabet i tilstrækkelig grad allerede, og også uden en instruktionsbeføjelse i teknisk henseende, sikret gennem de muligheder, som selskabsretten giver.³⁵ Disse synspunkter er imidlertid ikke slået igennem hos Domstolen, og ved afvisningen heraf har Domstolen dermed gjort det klart, at der på trods af et evt. 100 % ejerskab vil kunne være konkrete omstændigheder i forholdet mellem den ordregivende og den ordretagende myndighed, der indebærer, at udgangspunktet om, at kapitalandele medfører kontrol, må fraviges. Ved siden af den rent selskabsretlige kontrol kræves således faktisk udøvelse af bestemmende ind-

³² Arrowsmith, s. 392; Kaarresalo, PPLR 2008, s. 247; Perin, PPLR 2009, s. 233f.

³³ Steinicke, s. 176, n. 63.

³⁴ Steinicke, s. 176; Perin, PPLR 2009, s. 233.

³⁵ GA Kokott, Parking Brixen, pkt. 74-75.

flydelse på enhedens vigtige beslutninger el. mere konkret mulighed herfor, end hvad der normalt følger af generelle selskabsretlige ejerbeføjelser.³⁶

4.1.2 Slækkelse af myndighedens kontrol

Til belysning af hvilke konkrete omstændigheder der kan medføre, at Domstolen når frem til, at kontrolkriteriet på trods af besiddelse af den fulde kapital ikke er opfyldt, er Parking Brixen-afgørelsen den mest illustrative. I denne sag var der netop tale om et helejet offentlig selskab, ift. hvilket Domstolen ikke anså kontrolkriteriet for opfyldt med den begrundelse, at selskabet havde erhvervet en kontraktmæssig status, der gjorde den ordregivende myndigheds kontrol med selskabet vanskelig. Domstolen nævnte i denne forbindelse 5 punkter, der talte for dette resultat, nemlig selve aktieselskabsformen, udvidelsen af selskabets formål, pligten til snarlig åbning af selskabet for fremmedkapital, udvidelsen af det geografiske område samt endelig bestyrelsens betydelige beføjelser.³⁷ I Carbotermo afgørelsen var temaet ligeledes, om den ordregivende myndighed førte en tilstrækkelig kontrol med det selvstændige selskab, hvilket blev afvist under henvisning til bestyrelsens beføjelser, men også det forhold at kontrollen blev udøvet gennem et holdingselskab, blev anset for et forhold, der afsvækkede kontrollen med selskabet.³⁸

Begrundelsen for, at selve aktieselskabsformen i sig selv slækker myndighedens mulighed for kontrol, er behandlet ovenfor, og betydningen af en forestående åbning af selskabet for privat kapital behandles nedenfor i afsnit 4.3.2. Hvorfor også en udvidelse af selskabets formål og geografiske område samt bestyrelsens betydelige beføjelser og anvendelse af et holdingselskab bliver anset for forhold, der kan have betydning for kontrolkriteriets opfyldelse, vil der blive knyttet et par bemærkninger til nedenfor.

4.1.2.1 Bestyrelsens betydelige beføjelser

At bestyrelsens vidtgående beføjelser er et moment, der kan medføre, at den ordregivende myndigheds kontrol svækkes, er naturligt nok. Dette hænger sammen med de selskabsretlige regler som refereret ovenfor, hvorefter aktionærerne, såfremt de ønsker det, kan begrænse deres deltagelse i selskabet til den rene kapitalanbringelse, således at de alene besidder de beføjelser, som efter selskabsretten *skal* tilkomme dem. Vælger aktionærerne i et selskab den passive rolle, indebærer det naturligt flere beføjelser for bestyrelsen, hvorved selskabets selvstændighed ift. aktionærerne automatisk forøges. Med denne forøgede selvstændighed opstår også risikoen for, at der i selskabet vare-

³⁶ Steinicke, s. 172.

³⁷ Præmis 67.

³⁸ Præmis 39.

tages hensyn uafhængigt af aktionærernes interesser. Da det netop er den ordregivende myndigheds kontrol med det ordreudførende selskab, der er begrundelsen for, at visse kontrakter er undtaget fra udbudsreglerne, idet de som følge af denne kontrol anses for at være tildelt et reelt internt organ, er det naturligt, at muligheden for at vælge den passive aktionærrolle ikke står som en mulighed for en ordregivende myndighed, hvis den ønsker at bevare muligheden for at tildele kontrakter til selskabet uden afholdelse af udbud. Dette er også klart fastslået i såvel Parking Brixen afgørelsen som i Carbotermo afgørelsen.

I Carbotermo afgørelsen, hvor den ordregivende myndighed udøvede sin kontrol med det ordreudførende selskab gennem et holdingselskab, var der i begge selskabers vedtægter overladt bestyrelserne de mest vidtgående beføjelser med hensyn til selskabets ordinære og ekstraordinære drift. Domstolen fremhævede, at vedtægterne ikke forbeholdt den ordregivende kommune nogen særlig kontrolbeføjelse eller stemmeret, der kunne begrænse den handlefrihed, der var tillagt bestyrelserne. Dermed kunne kontrollen med selskaberne sammenfattes til det råderum, som selskabsretten giver selskabsdeltagernes flertal, hvilket betydeligt begrænsede den ordregivende myndigheds mulighed for at få indflydelse på selskabernes beslutninger.³⁹

I Parking Brixen sagen var bestyrelsen ligeledes tillagt vidtgående beføjelser og havde bl.a. fuldmagt til at foretage enhver handling, som den fandt nødvendig for gennemførelsen af selskabets formål, hvilket Domstolen ikke overraskende angav som et tegn på, at selskabet havde en høj grad af selvstændig handlefrihed ift. aktionærerne. Forskellen fra Carbotermo afgørelsen var imidlertid, at den ordregivende myndighed i Parking Brixen afgørelsen var tillagt beføjelsen til at udpege flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i selskabet. Dette forhold var imidlertid ikke tilstrækkeligt til, at kontrolkriteriet kunne anses for opfyldt, idet den kontrol, som den ordregivende myndighed faktisk førte med selskabet, fortsat var begrænset til det spillerum, som flertallet af deltagerne har i henhold til selskabsretten, hvilket betydeligt formindskede det afhængighedsforhold, der forelå mellem den ordregivende myndighed og selskabet.⁴⁰

Det kan således på baggrund af disse afgørelser konkluderes, at den rene selskabsretlige kontrol, hvorefter aktionærerne nøjes med at udøve deres bestemmende indflydelse gennem de ganske få beslutninger, som efter selskabslovgivningen er forbeholdt generalforsamlingen, klart ikke er tilstrækkelig til at opfylde kontrolkriteriet. Den ordregivende myndighed må gøre noget mere, for at sikre sig den reelle kontrol.

³⁹ Præmis 38.

⁴⁰ Præmis 69.

Heller ikke retten til at udpege flertallet af bestyrelsesmedlemmerne medfører *i sig selv*, at bestyrelsen anses for afhængig af den ordregivende myndighed, med den følge at kontrolkriteriet er opfyldt. Hertil må det tillige kræves, at myndigheden faktisk begrænser bestyrelsens beføjelser.

4.1.2.2 Udvidelse af selskabets formål samt geografiske område

I Parking Brixen sagen blev det ordreudførende selskabs formål samt geografiske område udvidet i forbindelse med omdannelse af selskabet til et aktieselskab. Herefter begyndte selskabet at drive virksomhed indenfor en række nye områder, og denne virksomhed var desuden ikke længere begrænset til lokalt plan, men kunne også udøves nationalt og internationalt.⁴¹

Med Domstolens angivelse af udvidelsen af selskabets formål samt dets geografiske område som momenter, der trækker i retning af en kontraktmæssig status for selskabet, har Domstolen signaleret, at det ikke kun er de retlige og faktiske muligheder for at udøve kontrol, der skal bedømmes, men derimod skal det også inddrages, i hvilket omfang selskabets virksomhed omfatter andre (markedsorienterede) aktiviteter end dem, der knytter sig til de almene interesser, som den ordregivende myndighed varetager.⁴²

Begrundelsen for, at også disse momenter har relevans ved vurderingen af kontrolkriteriets opfyldelse, er formegentlig, at jo mere selskabet via dets vedtægter får mulighed for at varetage aktiviteter, der er forskellige fra dem, den ordregivende myndighed kan varetage, og jo større et geografisk område selskabet kan agere på, jo mindre ligner forholdet mellem selskabet og den ordregivende myndighed forholdet mellem en myndighed og dennes tjenestegrene.⁴³ Selskabets afhængighed af myndigheden slækkes således i takt med selskabets øgede markedsorientering, indtil et vist punkt hvor selskabet har opnået en sådan selvstændighed, at en kontrakt mellem myndigheden og selskabet må betragtes som en gensidigt bebyrdende kontrakt mellem to uafhængige parter, som således falder indenfor UBD's anvendelsesområde. Selskabet kan med andre ord nå et punkt, hvor det er selskabets egne særlige forretningsmæssige interesser, der står højest på dagsordenen, hvorefter det kan blive meget vanskeligt for myndigheden at føre den fornødne kontrol med selskabet.⁴⁴

Dette resultat stemmer overens med formålet bag udbudsreglerne – nemlig sikringen af en fri og ufordrejet konkurrence. Den fri og ufordrejede konkurrence kan således ikke bevares, såfremt

⁴¹ Præmis 67b + d.

⁴² Steinicke, s. 175.

⁴³ Det må i denne forbindelse bemærkes, at myndigheder i medfør af kommunalfuldmagten kun kan udføre eller støtte aktiviteter i det omfang, der er en kommunal interesse heri, og i det omfang opgaven i geografisk henseende er afgrænset til den pågældende myndigheds område jf. Revsbech, s. 45 og 51.

⁴⁴ Steinicke, s. 175.

offentlige selskaber, der tillige agerer på det fri markedet, har mulighed for at få tildelt ordrer uden udbud fra offentlige myndigheder. Tillader man dette, vil det offentlige selskab nemlig have helt andre vilkår end de private aktører på markedet. De private aktører vil således få en mindre mængde opgaver at konkurrere om, idet de offentlige kontrakter allerede er tildelt uden udbud. Desuden vil de private aktører få flere udbydere at kæmpe imod ved tildelingen af den tilbageværende mængde kontrakter, idet også offentlige selskaber vil have mulighed for at deltage i denne konkurrence – en konkurrence som de offentlige selskaber langt fra har dårligere forudsætninger for at indgå i, idet de i forvejen er sikret en vis minimumsindtjening via de offentlige kontrakter og derfor ikke nødvendigvis behøver have helt så stort fokus på indtjeningen på kontrakterne opnået i det ”frie” marked.

At opnå en fri og ufordrejet konkurrence sikres også via hovedparts-kriteriet, der dog ikke skal behandles nærmere her.

4.1.2.3 Holdingselskaber

Endnu et forhold, der slækker den ordregivende myndigheds kontrol med det ordreudførende selskab, er, når den ordregivende myndighed kun indirekte tager del i det ordreudførende selskab gennem et holdingselskab. At dette er tilfældet fremgår direkte af Carbotermo afgørelsen, hvor Domstolen udtaler, at *”medvirken fra en sådan mellemmand kan alt efter omstændighederne i det foreliggende tilfælde afsvække den kontrol, som den ordregivende myndighed eventuelt måtte udøve med et aktieselskab blot ved at deltage i dettes kapital”*.⁴⁵

Begrundelsen for, at indirekte ejerskab medfører en slækkelse af kontrollen, er, at der jo i disse tilfælde vil være flere bestyrelser og flere (vidtgående) formålsbestemmelser nemlig både i holdingselskabet og i det ordreudførende selskab, der kan medføre, at holdingselskabets aktionær(er) får sværere ved at sikre sig mulighed for faktisk at føre kontrol med datterselskabet. For at sikre sig den fornødne kontrol også i tilfælde af indirekte ejerskab må den ordregivende myndighed således sørge for at supplere den selskabsretlige kontrol ikke kun i holdingselskabet, men også i datterselskabet, således at myndigheden også i dette selskab får mere konkrete indflydelsesmuligheder. Sikrer myndigheden sig på denne måde kontrol også med det ordreudførende selskab, synes en holdingstruktur ikke generelt at være uforenelig med den udvidede in-house regel.⁴⁶ Dette finder støtte i formuleringen i Carbotermo afgørelsen, hvorefter holdingstrukturen kun *”alt efter omstændighederne”* afsvækkede myndighedens kontrol⁴⁷, og tesen er senere blevet bekræftet i Tragsa-afgørelsen, hvor den

⁴⁵ Præmis 39.

⁴⁶ Steinicke, s. 174f.

⁴⁷ Dette resultat blev også foreslået af Generaladvokaten i Carbotermo sagen, hvorefter indirekte ejerskab ikke på forhånd generelt og abstrakt udelukker kontrol, pkt. 39.

ordregivende myndighed til dels ejede det ordredførende selskab indirekte gennem et holdingselskab, uden at dette overhovedet blev nævnt som et moment, der kunne bringe myndighedens kontrol i fare.⁴⁸

4.1.3 Samlet vurdering

Det fremgår ikke klart af Parking Brixen afgørelsen, om samtlige punkter, som Domstolen fremhæver, var nødvendige, for at Domstolen kunne nå frem til det resultat, at kontrolkriteriet ikke var opfyldt i den konkrete sag, eller omvendt om hvert enkelt punkt i sig selv var tilstrækkeligt til at fastslå, at kontrolkriteriet ikke var opfyldt.⁴⁹ Ud fra formuleringen af dommen tyder meget dog på, at Domstolen foretog en samlet vurdering af, om samtlige relevante momenter i den konkrete sag kunne føre til, at kontrolkriteriet ikke var opfyldt. Dette bekræftes også i Carbotermo afgørelsen, hvor der jo kun var to forhold, der talte imod, at kontrolkriteriet var opfyldt, og forholdene omkring holdingstrukturen synes jf. ovenfor ikke i sig selv at kunne begrunde dette, hvorfor Domstolen nødvendigvis må anlægge en konkret, samlet vurdering af de forhold, der i den enkelte sag gør sig gældende.

Retsstillingen må derfor være sådan, at når den ordregivende myndighed besidder samtlige kapitalandele i det ordredførende selskab, er der en formodning for, at myndigheden også fører kontrol med selskabet. Der kan dog være konkrete omstændigheder, der medfører, at kontrollen med selskabet anses for slækket, og jo flere forhold der tyder på en slækkelse af kontrollen, og jo mere udtalt slækkelsen af kontrollen er som følge af de enkelte punkter, jo større risiko er der for, at Domstolen når frem til den konklusion, at kontrolkriteriet ikke er opfyldt. Der er således på dette punkt tale om en skønsmæssig vurdering fra Domstolens side, der følgelig ikke giver myndighederne den store retssikkerhed, når de skal vurdere, om en given kontrakt kan tildeles et tilknyttet selskab uden udbud.

4.2 Delt offentligt ejerskab

Efter Teckal afgørelsen var der tvivl om, hvorvidt kontrolkriteriet kunne opfyldes, hvis en ordregivende myndighed indgik kontrakt med et selskab, som myndigheden ejede sammen med flere andre myndigheder. Tvivlen opstod, fordi Domstolen i Teckal afgørelsen for kontrolkriteriets opfyldelse krævede, at den ordregivende myndighed underkastede den ordremodtagende myndighed en kontrol svarende til den, der føres med egne tjenestegrene. Kontrollen med en tjenestegren er jf. oven-

⁴⁸ Præmis 58.

⁴⁹ Brown, PPLR, Parking Brixen, NA 46.

for karakteriseret ved et over/underordningsforhold, der indebærer en adgang til at udstede forpligtende tjenstlige ordrer, og som derfor vanskeligt kan forenes med en fælles kontrol, idet der herved opstår risiko for indbyrdes modstridende ordrer.⁵⁰ Omvendt syntes Domstolen i Teckal dommen samtidig at forudsætte, at en fælleskontrol er mulig, idet Domstolen i relation til hovedpartskriteriet udtalte, at selskabet skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller *de* lokale myndigheder, det ejes af.⁵¹

I dag er der dog ingen tvivl om, at kontrolkriteriet kan opfyldes også i en situation, hvor den ordregivende myndighed ikke alene ejer hele kapitalen i det ordreudførende selskab, hvilket fremgår af såvel teorien⁵² som af Domstolens egen praksis efter Teckal dommen. I Coname dommen⁵³ synes afvisningen af kontrolkriteriets opfyldelse således ikke at være baseret på det forhold, at der var flere ejere af den tjenestydende myndighed, Padania, men derimod på den konkrete ordregivers minimale selskabsdeltagelse (jf. nedenfor) samt det forhold at Padania ikke udelukkende bestod af offentlig kapital.⁵⁴ Først i Carbotermo dommen blev det dog *udtrykkeligt* fastslået, at den forståelse af Teckal dommen, hvorefter delt ejerskab er mulig, var korrekt. Domstolen udtalte nemlig i præmis 37, at *"den omstændighed, at den ordregivende myndighed, alene eller sammen med andre offentlige myndigheder, besidder den samlede kapital i et kontraherende selskab, tyder på, uden at være afgørende, at denne ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene"* (min fremhævelse). Med denne præmis var al tvivl om muligheden for at opfylde kontrolkriteriet i en situation, hvor den ordregivende myndighed ikke alene ejede hele kapitalen, således forsvundet, og Domstolen har da også siden fastholdt denne opfattelse i Tragsa dommens præmis 57, i hvilken der også henvises til Carbotermo dommens præmis 37.

At dette også er den ønskelige fortolkning af kontrolkriteriet, er fremhævet af Arrowsmith. Ifølge hende ville det således være ulogisk at tillade offentlige myndigheder at varetage opgaver in-house uden også at tillade dem at samarbejde med andre offentlige enheder uden iværksættelse af en udbudsprocedure. Der kan ifølge hende være politiske og strategiske grunde til, at visse opgavers udførelse ønskes bevaret hos offentlige myndigheder. Grunde som det ikke er muligt at tage højde for i en udbudsproces, hvorfor et udbud ikke altid er en mulighed. Hvis ikke man tillader et samarbejde mellem offentlige myndigheder, vil man således risikere, at den enkelte myndighed pga. problemerne med en udbudsprocedure i relation til visse offentlige opgaver vil varetage opgaven selv, i en situation hvor et samarbejde kunne have været mere effektivt. Sammenfattende er Arrowsmiths

⁵⁰ Hjelmberg m.fl., s. 91f.

⁵¹ Præmis 50.

⁵² Arrowsmith, s. 399; Hjelmberg m.fl., s. 93; Kaarresalo, PPLR 2008, NA 249.

⁵³ C-231/03 af 21. juli 2005.

⁵⁴ Præmis 24 og 5.

konklusion den, at et samarbejde kan være den mest hensigtsmæssige måde at organisere den interne levering af varer og tjenesteydelser på.⁵⁵

4.2.1 Krav til størrelsen af ejerandelen?

Et andet spørgsmål i relation til delt ejerskab, der giver anledning til tvivl, er spørgsmålet om hvor mange ordregivere, der kan gå sammen om at eje det ordredørende selskab, og dermed spørgsmålet om hvor stor en ejerandel der kræves af den enkelte ordregivende myndighed, for at kontrolkriteriet fortsat kan anses for opfyldt ift. denne. Det er klart, at jo flere ejere der er og dermed mindre ejerandel pr. myndighed, jo mindre vil forholdet mellem de enkelte ordregivere og selskabet ligne et almindeligt over/underordningsforhold.

Allerede i Teckal dommen var Generaladvokat Cosmas opmærksom på spørgsmålet og udtalte i relation til den konkrete sag, at det var usandsynligt, at kontrolkriteriet kunne anses for opfyldt ift. ordregiveren Viano kommune, når kommunen alene ejede 0,9% af kapitalen i det ordremodtagende selskab som en af i alt 45 ejere af selskabet.⁵⁶ Domstolen udtalte sig derimod ikke om dette spørgsmål. Teckal dommen synes således ikke at bidrage til afklaringen af spørgsmålet om, hvor stor en ejerandel der kræves af den ordregivende myndighed, før kontrollen ligger for langt fra den i kontrolkriteriet forudsatte.

I Coname dommen var der flere omstændigheder, der medførte, at kontrolkriteriet ikke kunne anses for opfyldt, men Domstolen udtalte direkte, at "en selskabsdeltagelse på 0,97 % er så lille, at den ikke giver mulighed for at udøve en sådan kontrol",⁵⁷ som kræves efter kontrolkriteriet. Afgørelsen synes således at støtte Generaladvokat Cosmas' opfattelse i forslag til afgørelse af Teckal dommen, men hvor den præcise grænse går i relation til antallet af ejere og den enkelte ordregivers andel af kapitalen i det fællesjede selskab, var fortsat ganske uklart også efter denne afgørelse.

Konklusionerne i litteraturen på dette område er da også forholdsvis brede. Således anføres det i Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne alene, at "*er der mange aktionærer, kan kontrakter mellem en enkelt aktionær og selskabet næppe anses for at være in house*"⁵⁸. Steinicke er af samme opfattelse og anfører, at "*hvis der til gengæld skal være realitet i hver af de ordregivende myndigheders andel i den fælles kontrol, må et meget betydeligt antal ordregivende myndigheder dog anses for udelukket*".⁵⁹ Hjelmberg m.fl. udtaler sig ikke om et eventuelt acceptabelt antal ordregivere, men lægger derimod udelukkende vægt på, at der på trods af en accepteret fælleskon-

⁵⁵ Arrowsmith, s. 399f.

⁵⁶ Pkt. 61.

⁵⁷ Præmis 24.

⁵⁸ KS vejl., afsnit 3.2.

⁵⁹ Steinicke, s. 177.

trol fortsat må være realitet i den enkelte ordregivende myndigheds kontrol med det fælleskontrollede selskab. Dette indebærer ifølge forfatterne, at *”den enkelte ordregivende myndighed individuelt skal besidde en negativ kontrol, der sætter den i stand til at blokere relevante beslutninger i joint venture-selskabet”*.⁶⁰ Forfatterne synes således ikke at operere med et absolut krav om deltagelse i kapitalen, når blot de ordregivende myndigheder er i stand til at føre en reel kontrol.

Med Tragsa dommen sker der imidlertid en vis præcisering af, men også et vis udvidelse af retsstillingen på området for delt ejerskab. Omvendt er dommen meget konkret begrundet i de særlige faktiske omstændigheder i sagen, og derfor åbner sagen op for mindst lige så mange spørgsmål, som den besvarer.

Sagen handler kort fortalt om den spanske stat samt 4 selvstyrende regioners mulighed for at tildele det statslige selskab Tragsa visse tjenesteydelseskontrakter. Tragsas aktiekapital var for 99%’s vedkommende ejet af den Spanske stat, mens den resterende 1% var ejet af 4 selvstyrende regioner i fællesskab, og således udgjorde den enkelte regions ejerandel alene 0,25%. Tragsas aktiviteter var reguleret ved lov, og ifølge samme lovgrundlag blev Tragsa betragtet som forvaltningens eget organ og tekniske tjeneste, hvorefter Tragsa var forpligtet til at udføre de arbejder, som blev overdraget det af såvel staten som de selvstyrende regioner. Arbejderne blev afregnet til i forvejen fastsatte takster, som Tragsa ingen indflydelse havde på.⁶¹ Det var under sagen fra modpartens side gjort gældende, at kontrolkriteriet kun kunne anses for opfyldt i relation til aftaler indgået med den spanske stat, hvorimod aftaler indgået med regionerne ikke kunne opfylde denne betingelse, og derfor var underlagt udbudspligt.

Domstolen anerkender dog i denne sag, (og for første gang siden den udvidede in-house regels etablering i Teckal dommen) at Teckal-kriterierne er opfyldt også i relation til regionerne. Dette resultat begrundes med, at Tragsa ikke har nogen frihed med hensyn til accepten af bestillinger fra hverken stat eller regioner, ligesom Tragsa ikke selv har mulighed for at fastsætte taksten for selskabets arbejder, hvorfor Tragsas forbindelse til såvel stat som regioner ikke var af kontraktmæssig karakter.⁶²

Domstolen anerkender altså med denne dom endnu engang, at kontrolkriteriet også kan opfyldes ved delt ejerskab, men udvider desuden umiddelbart anvendelsesområdet for den udvidede in-house regel ift. resultatet i Coname dommen, idet det tilmed anerkendes, at kontrolkriteriet kan være op-

⁶⁰ Hjelmborg m.fl., s. 93.

⁶¹ Præmis 10, 13, 14, 17, 58.

⁶² Præmis 59, 60.

fyldt også i relation til en myndighed, der alene ejer en symbolsk andel af kapitalen på 0,25%. Domstolen går således bort fra den bagatelgrænse, som den tidligere opererede med.

Dommen synes dog ikke at give fuld sikkerhed for, hvor stor denne udvidelse af mulighederne for at opfylde kontrolkriteriet faktisk er.

Det var således for det første ikke alene regionernes andel på 0,25% af Tragsas kapital, der var udslagsgivende for, at kontrolkriteriet ansås for opfyldt, men derimod syntes det i højere grad at være Tragsas manglende selvstændighed også ift. regionerne, som følge af spanske forskrifter, der var afgørende for sagens udfald.⁶³ Om andel i kapitalen overhovedet var en nødvendig betingelse ved siden af den lovmæssige begrænsning af Tragsas selvstændighed for opfyldelsen af kontrolkriteriet, besvares således ikke klart i dommen. På den ene side efterlader Domstolens konklusion i præmis 61 klart det indtryk, at kontrolkriteriet kun er opfyldt i relation til de 4 selvejende regioner, der også ejede en del af Tragsas kapital. På den anden side er Domstolens argumentation i præmis 57-60, for at kontrolkriteriet er opfyldt, generelt baseret på Tragsas uafhængighed af såvel stat som regioner – en uafhængighed som vel er lige så udtalt i relation til de øvrige 13 selvstyrende regioner, der i medfør af lovgrundlaget havde samme mulighed for at tildele Tragsa kontrakter.⁶⁴

For det andet er rækkevidden af dommen yderligere tvivlsom, pga. Domstolens behandling af spørgsmålet om, hvorvidt betingelsen om, at en kontrakt for at være omfattet af UBD skal være gensidigt bebyrdende, overhovedet er opfyldt. Domstolen når nemlig frem til det resultat, at når Tragsa ikke har frihed hverken ift. bestillinger eller takster, er betingelsen for at anvende UBD ikke opfyldt.⁶⁵ Der er altså umiddelbart efter Domstolens opfattelse tale om en reel in-house ydelse. Hvorfor Domstolen efter denne konklusion alligevel vælger at behandle problemstillingen vedr. kontrolkriteriet, er uklart, og det bliver dermed også usikkert, på hvilket grundlag Domstolen faktisk afviser UBD's anvendelse i sagen.

Efter denne afgørelse kan det dog formegentlig konkluderes, at anvendelsesområdet for kontrolkriteriet er udvidet, idet der ikke længere kan antages at gælde et krav om en vis minimumsandel af kapitalen for kontrolkriteriets opfyldelse – og dermed er der principielt heller ikke nogen øvre grænse for, hvor mange aktionærer der kan deltage i det fællesejede selskab.

⁶³ Perin, PPLR 2009, s. 238, n. 56.

⁶⁴ Steinicke, s. 178, note 68.

⁶⁵ Præmis 48-54.

4.2.2 Fælleskontrol

På grund af Tragsa afgørelsens særlige fakta kan man også fortsat stille spørgsmålstejn ved, om kontrolkriteriet alene kan være opfyldt for én af de deltagende myndigheder (majoritetsaktionæren) uden at være det for den/de øvrige (minoritets)aktionærer,⁶⁶ eller om kontrolkriteriet blot skal være opfyldt i fællesskab, hvorved der åbnes mulighed for, at flere myndigheder samtidig kan udøve en bestemmende indflydelse.

I Tragsa dommen består regionernes kontrol med Tragsa udelukkende i en kontrol med de opgaver, som Tragsa skal udføre for regionerne – altså en kontrol med (en begrænset del af) den daglige drift, hvorimod en bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og vigtige beslutninger, som kræves ifølge Parking Brixen sagen, er yderst tvivlsom – særligt hvis man ser på hver region selvstændigt.⁶⁷

Dischendorfer foreslår to forskellige fortolkninger af dommen med henblik på at bringe den i tråd med den tidligere praksis. Enten må kontrolkriteriet fortolkes lige så bredt som hovedparts-kriteriet, således at også kontrollen kan udøves af alle aktionærene i fællesskab, eller også må den tidligere praksis' krav om bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og vigtige beslutninger fortolkes mere fleksibelt, således at kontrolkriteriet også kan opfyldes alene ved en bestemmende indflydelse på den daglige drift. Dischendorfer fremhæver dog selv, at den sidste fortolknings-model er vanskelig at forene med den ellers restriktive fortolkning af Teckal kriterierne i Parking Brixen sagen.⁶⁸

Dommen må formegentlig skulle forstås på den måde, at der ikke er noget krav om, at *hver enkelt ordregiver* selv skal have bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og vigtige beslutninger, men derimod er det tilstrækkeligt, at de ordregivende myndigheder i fællesskab fører en kontrol med selskabet svarende til den, der føres med egne tjenestegrene. Denne fortolkning af dommen er også foreslået af både Kaarresalo⁶⁹ og Steinicke⁷⁰, der anfører, at Domstolen i afgørelsen anskuede den offentlige sektor som en større helhed og foretog en mere overordnet bedømmelse ift., hvilken kontrol hver af de deltagende myndigheder skal kunne udøve.

Et krav om en negativ kontrol hos den enkelte ordregiver forstået som en mulighed for at blokere relevante beslutninger i det fælleskontrollerede selskab som foreslået af Hjlemborg m.fl. jf. ovenfor kan således ikke opretholdes efter denne afgørelse. En vis form for kontrol hos den enkelte ordregiver må dog fortsat være et krav, idet der ellers ikke ville være nogen realitet i det påståede in-

⁶⁶ Kaarresalo, PPLR, 2008, s.249. Perin, PPLR 2009, s. 239.

⁶⁷ Dischendorfer, PPLR, Tragsa, NA129.

⁶⁸ Dischendorfer, PPLR, Tragsa, NA129-130.

⁶⁹ Kaarresalo, PPLR 2008, s.249.

⁷⁰ Steinicke, s. 177f.

house forhold mellem ordregiver og selskab, hvilket også har støtte i Tragsa dommen, hvor Domstolen fremhæver den om end begrænsede kontrol, regionerne har med Tragsa via lov. Hvor grænsen præcis går for hvor megen kontrol, der kan kræves af den enkelte ordregiver, er dog efter denne afgørelse meget uvis.

Med Tragsa dommen foretager Domstolen således umiddelbart en klar udvidelse af kontrolkriteriets anvendelsesområde, der kan forekomme overraskende, henset til den ellers meget restriktive fortolkning af den udvidede in-house undtagelse Domstolen har anlagt. På denne baggrund og i øvrigt som følge af tvivlen om Domstolens grundlag for at afvise UBD's anvendelse i sagen må man derfor være forsigtig med at drage alt for vidtgående konklusioner, indtil der foreligger yderligere og mere detaljeret retspraksis fra Domstolen.⁷¹

4.3 Muligheden for privat deltagelse

4.3.1 Aktuel privat kapital

Domstolen har ved besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt den udvidede in-house regel kan finde anvendelse i en situation, hvor der i det kontrollerede selskab er indskudt privat kapital, været meget klar og konsekvent i sin praksis. Svaret på dette spørgsmål har været et klart nej. I ethvert tilfælde hvor private aktuelt ejer en del af kapitalen i det kontrollerede selskab, er anvendelse af den udvidede in-house regel udelukket, idet det ikke vil være muligt at opfylde kontrolkriteriet. Dette gælder, uanset hvilken størrelse den private andel af kapitalen antager og uanset hvilke (fraværende) indflydelsesmuligheder, der faktisk er knyttet til den private andel.⁷²

Første gang Domstolen fastslog dette synspunkt var i Stadt Halle afgørelsen,⁷³ hvor Domstolen skulle tage stilling til, om byen Halle kunne tildele en tjenesteydelseskontrakt uden udbud til et offentlig-private selskab, hvori Halle ejede 75,1% af kapitalen, mens de resterende 24,9% var ejet af et privat selskab. Generaladvokat Stix-Hackls anførte i sit forslag til afgørelse, at man i hver enkelt sag må foretage en konkret vurdering af de *faktiske muligheder* for den offentlige myndighed for at føre en kontrol med det offentlig-private selskab på trods af den private deltagelse.⁷⁴ På trods af dette forslag fastslog Domstolen uden forbehold, at den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen, udelukker, at den ordregivende myndighed kan opfylde kontrolkriteriet, også selv

⁷¹ Kaarresalo, PPLR 2008, s. 249.

⁷² Steinicke, s. 178f.

⁷³ C 26/03 af 11/1 2005.

⁷⁴ Pkt. 68 og 76.

om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel.⁷⁵ Domstolen har været konsekvent i relation til denne konklusion og har således gentaget den i senere afgørelser, bl.a. i Mödling⁷⁶, ANAV⁷⁷ og Jean Auroux⁷⁸-sagerne.

Domstolens begrundelse for dette resultat er toledet. For det første begrundes resultatet med, at forholdet mellem en offentlig myndighed og dets egne tjenestegrene styres af hensyn og krav, som tjener forfølgelsen af almene formål, hvorimod privates investeringer i virksomheder styres af overvejelser, som tjener private interesser og forfølger formål af en anden karakter.⁷⁹ For det andet er en tildeling af en kontrakt til en halvoffentlig virksomhed uden afholdelse af udbud i strid med målsætningen om en fri og ufordrejet konkurrence samt ligebehandlingsprincippet, da den private virksomhed, som ejer en andel af den halvoffentlige virksomhed, herved vil opnå en konkurrencefordel.⁸⁰

Ved fortolkningen af kontrolkriteriet i relation til aktuel privat deltagelse i det kontrollerede selskab har Domstolen således valgt at anlægge en streng forståelse af Teckal dommen, hvorved anvendelsesområdet for den udvidede in-house regel indsnævres.

4.3.2 Åbenhed for privat kapital

Det er imidlertid ikke alene i den situation, hvor der aktuelt er privat deltagelse i det kontrollerede selskab, Domstolen har anlagt en streng forståelse af kontrolkriteriet. Det samme gør sig gældende i den situation, hvor det kontrollerede selskab blot er åbent for privat kapital.

Første gang Domstolen fremkom med betragtninger vedr. den blotte åbenhed for privat kapital, forstået som en mulig fremtidig privat kapitaldeltagelse, var i Coname domme. Her udtalte Domstolen, at det tjenestydende selskab i hvert fald delvist var åbent for privat kapital, hvilket forhindrede, at det kunne betragtes som et organ til "intern" drift for de kommuner, der ejede selskabet.⁸¹ Da det kontrollerede selskab i Coname dommen dog allerede var et offentligt-privat selskab⁸², er det svært alene på baggrund af denne dom at drage nogle præcise konklusioner. At Domstolen faktisk var af den opfattelse, at åbenhed for privat kapital i sig selv kan medføre, at kontrolkriteriet ikke kan anses for opfyldt, er dog senere blevet behandlet i flere afgørelser fra Domstolen, fx i Parking Brixen samt ANAV afgørelsen.

⁷⁵ Præmis 49.

⁷⁶ C-29/04 af 10/11 2005, præmis 46.

⁷⁷ C-410/04 af 6/4 2006, præmis 31.

⁷⁸ C-220/05 af 18/1 2007, præmis 64.

⁷⁹ Stadt Halle, præmis 50. Mödling, præmis 47.

⁸⁰ Stadt Halle, præmis 51. Mödling, præmis 48.

⁸¹ Præmis 26.

⁸² Præmis 5.

I forbindelse med problemstillingen vedr. åbenhed for privat kapital må man dog være opmærksom på, at kapitalselskaber pr. definition principielt altid vil være åbne for privat kapital. Da Domstolen jf. ovenfor i afsnit 4.1 omvendt generelt har anerkendt, at den udvidede in-house regel også kan finde anvendelse, selvom det kontrollerede selskab er et kapitalselskab, vil det nødvendigvis ikke være enhver potentiel åbning for privat kapital, Domstolen vil "ramme" med denne fortolkning af den udvidede in-house regel. Der synes altså at skulle være en vis sandsynlighed for, at det kontrollerede selskab faktisk bliver åbnet for privat kapital, før den udvidede in-house regel - i hvert fald af denne grund - ikke kan finde anvendelse. Hvor konkrete planerne for en privatisering skal være, for at Domstolen ikke vil anerkende kontrolkriteriets opfyldelse, kan der endnu ikke gives et ganske klart svar på, men afgørelserne i Parking Brixen og ANAV sagerne bidrager dog i et vist omfang til afklaring heraf.

I Parking Brixen dommen fremhæves selskabets pligt til inden for 2 år at give adgang til kapitaltilførsel fra anden side således som et af de punkter, der taler for, at det kontrollerede selskab har erhvervet en kontraktmæssig status, der gør kommunens kontrol tvivlsom.⁸³ Det fremgår jf. også ovenfor i afsnit 4.1.3 ikke klart af afgørelsen, om hvert enkelt punkt i sig selv var tilstrækkeligt til at fastslå, at kontrolkriteriet ikke var opfyldt. Man må dog formode, at såfremt Domstolen var af den opfattelse, at den pligt, der fulgte af den nationale lovgivning til at foretage et frasalg inden 2 år,⁸⁴ i sig selv medførte, at kontrolkriteriet ikke kunne anses for opfyldt, ville Domstolen have fastslået dette lige så præcist, som den har fastslået forbuddet mod en aktuel privat kapital.

En forestående privatisering, som der dog ikke er nogle mere konkrete planer om, og som kan ligge op til 2 år ud i fremtiden, synes således ikke at udgøre en "åbenhed for privat kapital", som i sig selv medfører, at kontrolkriteriet ikke kan anses for opfyldt. Dette ligger også i tråd med generaladvokatens forslag til afgørelse, hvori hun anfører, at der ud fra et retssikkerhedsprincip højst kan tages hensyn til omstændigheder, der indtræder senere, hvis de allerede med sikkerhed kunne forudses på indgåelsestidspunktet. Dette ville således have været tilfældet, hvis en konkret tredjemands erhvervelse af en andel i selskabet havde været umiddelbart forestående.⁸⁵ Samme opfattelse af situationen ses hos Weltzien, der anfører, at hver omstrukturering skal analyseres individuelt, og den mest sandsynlige situation skal være grundlaget for vurderingen af, om betingelserne for en in-house tilde-ling er til stede.⁸⁶

⁸³ Præmis 67c.

⁸⁴ Præmis 11.

⁸⁵ GA Kokott, Parking Brixen, pkt. 56-57.

⁸⁶ Weltzien, PPLR 2005, s. 254.

Denne forståelse af Parking Brixen afgørelsen modsiges ikke i ANAV afgørelsen, hvor åbenheden for privat kapital ganske vist *i sig selv* medførte, at kontrolkriteriet ikke blev anset for opfyldt, men i denne sag havde den ordregivende myndighed også mere konkrete planer om en delvis privatisering. På tidspunktet for den i sagen omtvistede kontrakttilde­ling var ordremodtageren stadig et helej­et offentlige selskab, men der var på dette tidspunkt hos den ordregivende myndighed truffet beslutning om at afstå 80% af aktierne i selskabet, og udbudsproce­duren med henblik på udvælgelsen af den private majoritetsaktionær var også indledt.⁸⁷ Domstolen udtalte generelt, at hvis private aktionærer har adgang til det kontrollerede selskab i den periode, der er omfattet af den tildelte kontrakt, vil det betyde, at en offentlig kontrakt bliver tildelt til en halvoffentlig virksomhed uden afholdelse af udbud, hvilket er i strid med de formål, som fællesskabsretten forfølger.⁸⁸ Kontrolkriteriet var således ikke opfyldt i denne sag alene ud fra den betragtning, at der var konkrete planer om at åbne det kontraktmodtagende selskab for privat kapital, og pligten til at overholde de fællesskabsretlige regler bestod derfor.

Det må herefter kunne konkluderes, at såfremt der på tidspunktet for kontrakttilde­lingen består en mulighed for fremtidig privat deltagelse i det ordremodtagende selskab, kan dette forhold under visse omstændigheder medføre, at den ordregivende myndighed ikke kan betragte et udskilt selskab som et organ til "intern" drift. Det er dog også klart, at ikke enhver potentiel åbning for privat kapital har disse konsekvenser, men derimod må det kræves, at hensigten om at privatisere skal have bestået på tidspunktet for kontrakttilde­lingen, således at der er vis sandsynlighed og et kortere tidsperspektiv for privatiseringen. Først når dette er tilfældet, er kontrolkriteriet ikke opfyldt, med den konsekvens at kontrakten skal sendes i udbud.

4.3.3 Senere privatiseringer

Det, der efter ovenstående praksis fortsat er uklart, er, om det også udgør et brud på UBD og EF-Traktaten og de bagvedliggende principper at foretage en hel eller delvis privatisering efter kontrakttilde­lingen.

Hvis hensigten om at frasælge en andel af det kontrollerede selskab består allerede på tidspunktet for en kontrakttilde­lingen uden udbud, er der ingen tvivl om, at den senere privatisering udgør et brud på udbudsreglerne, således at kontrakten skulle have været sendt i udbud allerede på tildelingstidspunktet. Dette blev klart fastslået i Mödling afgørelsen, hvor kommunalbestyrelsen i

⁸⁷ Præmis 27.

⁸⁸ Præmis 29-30.

Mödling ca. 2 uger efter tildelingen af en tidsubegrænset kontrakt til det nyligt etablerede, 100% offentligt ejede selskab Abfall besluttede at afstå 49% af byens andele i selskabet.⁸⁹ Domstolen udtalte, at denne konstruktion var kunstig, hvilket gav anledning til at fravige det almindelige udgangspunkt om, at pligten til at gennemføre et udbud ud fra retssikkerhedsmæssige årsager skal vurderes i lyset af de betingelser, der er gældende på tildelingstidspunktet. Således måtte der pga. de særlige omstændigheder i denne sag også tages hensyn til de begivenheder, der var indtruffet efter kontrakttildelingen. De særlige omstændigheder, der henvistes til, var, at afståelsen fandt sted meget kort tid efter tildelingen af den tidsubegrænsede kontrakt, samt at selskabet først blev funktionsdygtigt efter den private aktørs indtræden i selskabet. Domstolen fandt, at denne særlige konstruktion havde haft til hensigt at sløre, at der skete tildeling af en kontrakt til en halvoffentlig virksomhed, hvilket naturligvis ikke kunne tillades, da formålene bag udbudsreglerne nemlig fri bevægelighed og en ufordrejet konkurrence i så fald ville blive bragt i fare.⁹⁰

I en sådan situation som denne, hvor hensigten om privatisering klart foreligger på tidspunktet for kontrakttildelingen, og hvor konstruktionen med et efterfølgende salg således klart fremstår som et forsøg på omgåelse af udbudspligten, er der ingen tvivl om, at udbudsreglerne naturligvis bør og også faktisk fortsat finder anvendelse. Det konkrete udfald i denne sag synes også at være accepteret i litteraturen som værende korrekt.⁹¹

Den situation, der dog fortsat giver anledning til en vis tvivl samt kritiske røster i litteraturen, er den, hvor intentionen om at frasælge en del af det kontrollerede selskab *reelt* først opstår efter kontrakttildelingen – er det også udtryk for et brud på udbudsreglerne, hvis der ikke iværksættes en udbudsprocedure ift. allerede tildelte kontrakter i forbindelse med en efterfølgende ændring af ejerkredsen i det ordredførende selskab?

Steinicke anfører, at der på den ene side aftaleretligt foreligger en bindende aftale, hvis beståen som udgangspunkt ikke påvirkes af, at en af kontraktparterne er forpligtet af udbudsdirektiverne. Omvendt kan der ud fra forudsætningssynspunktet sammenholdt med grundlaget for den oprindelige kontraktindgåelse uden EU-udbud argumenteres for, at en forudsætning for at fastholde kontrakten er, at betingelserne for at anvende den udvidede in-house regel fortsat er opfyldt. I og med at den udvidede in-house regel ikke under nogen omstændigheder kan anvendes ift. selskaber med et

⁸⁹ Præmis 6-9.

⁹⁰ Præmis 38-42.

⁹¹ Brown, PPLR, Mödling, NA54; Steinicke, s. 186.

blandet offentligt og privat ejerskab, må forudsætningssynspunktet ifølge Steinicke antages at skulle tillægges væsentlig betydning.⁹²

Efter Mödling afgørelsen tydede noget dog på, at det kun var i de situationer, hvor særlige omstændigheder, der tydede på omgåelse, gjorde sig gældende, der ikke kunne foretages en efterfølgende privatisering, uden at dette udløste udbud om den allerede tildelte kontrakt. Denne afgørelse lagde således op til en konkret vurdering af omstændighederne i hver enkelt sag, men der var ikke fra Domstolens side givet yderligere vejledning omkring, hvornår en konstruktion skulle anses for at være kunstig.

Den tidsmæssige sammenhæng mellem kontraktindgåelsen og frasalget samt det forhold, om det frasolgte selskab selv kan opfylde kontrakten, eller om dette forudsætter, at der ydes et ikke ubetydeligt bidrag fra den købende private virksomhed, er selvfølgelig afgørende momenter som også påpeget af Hjelmberg m.fl., der ligeledes fremhæver, at disse forhold forstærkes i takt med varigheden af den kontrakt, der er indgået uden forudgående udbud.⁹³ Denne begrænsede vejledning er dog ikke tilstrækkelig til at skabe en sikker retstilstand på området for privatisering, og spørgsmålet om, hvornår en konstruktion fremstår som kunstig, er derfor fortsat ubesvaret.⁹⁴

Med ANAV afgørelsen skabtes der desuden yderligere tvivl om, hvorvidt det i det hele taget udelukkende er ved privatiseringer, der har karakter af omgåelse, at et manglende udbud udgør et brud på udbudsreglerne, eller om der ligeledes er en pligt til at følge udbudsreglerne i de situationer, hvor såvel intentionen om som det reelle frasal først sker efter kontrakttildelingen. Denne usikkerhed skyldes Domstolens generelle udtalelse om, at hvis blot private aktionærer har adgang til kapitalen i det kontrollerede selskab i den tildelte kontrakts løbetid, betyder det, at der er sket tildeling til en halvoffentlig virksomhed uden afholdelse af udbud, hvilket er i strid med udbudsreglerne.⁹⁵ Denne udtalelse kom vel at mærke i en situation, hvor der ingen tegn var på omgåelse, og der opstår derfor det spørgsmål, om der gælder et krav om, at in-house konstellationen skal bestå i hele kontraktens løbetid som anført af Generaladvokat Geelhoed i pkt. 19. Domstolen forholder sig ikke til generaladvokatens synspunkt, men dømmer dog i overensstemmelse med hans anbefaling. Grunden til, at det alligevel ikke med sikkerhed kan siges, at Domstolen har villet opstille et sådant krav, er, at intentionen om at åbne selskabet for privat kapital i ANAV sagen faktisk bestod allerede på tidspunktet for kontrakttildelingen, hvilket formegentlig har haft betydning for Domstolens udtalelse. Det har altså

⁹² Steincike, s. 185.

⁹³ Hjelmberg m.fl., s. 99.

⁹⁴ Avarkioti, PPLR 2007, s. 30; Weltzien, PPLR 2005, s. 254.

⁹⁵ Præmis 30.

ikke nødvendigvis været Domstolens mening at ændre på retstilstanden efter Mödling afgørelsen. Domstolens udtalelse i præmis 30 forekommer dog meget generel og tager ikke forbehold for de situationer, hvor hensigten om privatisering først opstår længe efter kontraktindgåelsen. Efter denne præmis synes reststillingen således nærmere at være den, at uanset hvornår intentionen om en hel eller delvis privatisering opstår, og uanset hvornår det faktiske salg sker, er der pligt til at sende de stadig løbende kontrakter, der oprindeligt er tildelt uden udbud og som "medoverdrages" ved privatiseringen i udbud.

At retsstillingen på dette punkt stadig er uklar fremgår også af litteraturen. Steinicke anfører således, at i den situation hvor kontrakten er indgået på et tidspunkt, hvor der hverken er hensigt eller forventning om en privatisering, må retstilstanden anses for uafklaret. Hvis beslutningen om et frasalg til private utvivlsomt og reelt er efterfølgende ift. kontraktindgåelsen, argumenterer han dog for, at udbudsreglerne ikke finder anvendelse.⁹⁶ Heller ikke Arrowsmith anser det for muligt at komme med nogle præcise konklusioner på dette område og anfører således blot, at det ikke er klart, hvordan EF-Domstolen vil forholde sig til denne situation.⁹⁷

4.3.4 Kritik af praksis

Domstolens meget strenge fortolkning af kontrolkriteriet i relation til muligheden for at lade private deltage i et ordredørførende selskab har været udsat for stor kritik fra mange sider.

I relation til det generelle forbud mod privat kapital, som uden tvivl er fastslået af Domstolen, er det blevet anført, at vi risikerer, at dette forbud medfører, at offentlige myndigheder føler sig afskrækkede fra at bruge den populære samarbejdsform, og det på trods af at de tjenester, der udbydes til offentligheden, ofte er af bedre kvalitet, når private er involveret.⁹⁸ Denne holdning kommer også til udtryk hos Brown,⁹⁹ som støttes af Arrowsmith, der yderligere anfører, at i situationer, hvor den private minoritetspost er ubetydelig, eller hvor den private andel har karakter af en passiv investering, der ikke giver nogen reel kontrol eller indflydelse, er der ikke grund til så skrap en fortolkning af kontrolkriteriet.¹⁰⁰ Disse forfattere foretrækker således Generaladvokat Stix-Hackl's mere fleksible forslag til afgørelse i Stadt Halle sagen.¹⁰¹ Forfatterne anerkender dog alle, at Domstolen med afgørelsen i Stadt Halle sagen skaber retssikkerhed i relation til anvendelsen af kontrolkriteriet, og at Domstolen ved sin strenge fortolkning heraf sikrer gennemsigtighed og så vid en anvendelse af ud-

⁹⁶ Steinicke, s. 186.

⁹⁷ Arrowsmith, s. 413.

⁹⁸ Avarkioti, PPLR 2007, s. 33.

⁹⁹ Brown, PPLR, Stadt Halle, NA75.

¹⁰⁰ Arrowsmith, s. 393.

¹⁰¹ Brown, PPLR, Stadt halle, NA76; Arrowsmith, s. 393..

budsreglerne som muligt på offentlige opgaver.¹⁰² Forfatterne er dog også enige om, at disse hensyn ikke bør veje tungere end de fordele, der kan komme ud af et offentligt-privat samarbejde.

Den retsstilling, der formegentlig er blevet skabt med Domstolens afgørelser i Mödling og ANAV sagerne, hvorefter enhver overdragelse af en kontrakt indgået uden iværksættelse af en udbudsprocedure ifbm. en senere privatisering medfører en pligt til at sende kontrakten i udbud, har også fået kritiske ord med på vejen. Brown har således flere gange fremført, at Domstolens praksis har nogle uønskede konsekvenser.¹⁰³ I den situation hvor en myndighed ønsker at privatisere en offentlig instans, kan det således blive nødvendigt at gøre enheden mere attraktiv gennem en "medgift" i form af en kontrakt, der kan garantere en fortsat virksomhed i en vis periode efter privatiseringen. Brown foreslår således, at når en sådan "medgifts"-kontrakt ikke er af længere varighed, end der er nødvendig for at sikre privatiseringens gennemførelse, bør en sådan kontrakt behandles som en undtagelse til udbudsreglerne. Brown anerkender dog, at dette fleksible forslag bliver meget svært at passe ind i den nuværende retspraksis. Lignende betragtninger vedr. det uhensigtsmæssige i Domstolens praksis er fremført af Fabricius m.fl., der dog argumenterer for, at Domstolens praksis ikke nødvendigvis udelukker, at der kan indgås en leveranceaftale uden udbud i forbindelse med en privatisering, hvis leveranceaftalen indgår i et større kontraktkompleks, som også omfatter aktieoverdragelsesaftalen.¹⁰⁴ Der synes ikke umiddelbart i Domstolens praksis at være støtte for sådanne betragtninger.

5. Nyere praksis til illustration af udviklingen i kontrolkriteriet

Indenfor det seneste år har Domstolen afsagt yderligere to afgørelser af relevans for fortolkningen af kontrolkriteriet. Disse afgørelser præciserer rækkevidden af kontrolkriteriet og medfører også i et vist omfang en udvidelse heraf.

5.1 Coditel-afgørelsen

Baggrunden for denne sag var Uccle kommunes direkte tildeling af en kontrakt vedrørende driften af det kommunale teledistributionsnet til det interkommunale andelsselskab Brutélé. Der opstod hos den nationale domstol tvivl om, hvorvidt Uccle kommunes kontrol med Brutélé kunne opfylde den udvidede in-house regels kontrolkriterium, således at kontrakten lovligt kunne tildeles uden udbud.

¹⁰² Avarkioti, PPLR 2007, s. 29, Arrowsmith, s. 393, Brown, PPLR, Stadt Halle, NA75.

¹⁰³ Brown PPLR, Mödling samt Parking Brixen, NA46f og NA54.

¹⁰⁴ Fabricius m.fl., s. 102f.

Uccle kommunes grundlag for kontrol med Brutéle var en andel af selskabets kapital på 8,26%, og denne kapitalfordeling var afgørende for stemmefordelingen på generalforsamlingen. Derudover var sådanne interkommunale andelsselskaber som Brutéle reguleret i den nationale lovgivning i Belgien, hvoraf det fulgte, at uanset selskabernes form og formål kunne de dog aldrig have erhvervs- eller forretningsmæssig karakter. I overensstemmelse med lovgivningen var Brutéle heller ikke åbent for private deltagere, og såvel generalforsamlingen som bestyrelsen var udvalgt blandt kommunale repræsentanter af kommunalbestyrelsen i hver af de deltagende kommuner. Uccle kommune rådede over én repræsentant i selskabets bestyrelse, der havde de mest vidtrækkende beføjelser. Herudover var Brutéle dog inddelt i flere undersektorer, til hvilke bestyrelsen kunne delegere visse af sine beføjelser. De besluttende organer i sektorerne var sektorrådene, som bestod af repræsentanter fra kommunerne, og disse sektorer var oprettet med henblik på at sikre kommunerne en mere præcis kontrol med selskabets aktiviteter i netop den undersektor, den enkelte kommune var en del af.¹⁰⁵

På baggrund af at Uccle kommune alene ejede 8,26% af Brutéles selskabsandele og på baggrund af bestyrelsens vidtrækkende kompetence, var det private selskab Coditel, der også havde interesse i den tildelte tjenesteydelsekontrakt, af den opfattelse, at Uccle kommune ikke havde mulighed for at kontrollere Brutéle. Tværtimod anså Coditel det yderligere for tvivlsomt, om de i Brutéle deltagende myndigheder overhovedet havde en kollektiv kontrol i medfør af den delte indflydelse og i betragtning af det store antal medlemmer.¹⁰⁶

Heroverfor gjorde Uccle kommune flere synspunkter gældende. For det første fremførtes det, at en udbudspligt ved indgåelse af kontrakter med fælleskommunale selskaber ville være i strid med myndighedernes frihed til at udføre de offentlige opgaver ved egne midler, idet et sådant udbud ville være ensbetydende med en tvungen outsourcing af myndighedernes opgaver. Iht. kommunens primære anbringende er det således slet ikke nødvendigt at opfylde kontrolkriteriet, idet udbudsreglerne efter kommunens opfattelse kun har til formål at ramme den situation, hvor myndighederne henvender sig til markedet for at få sine opgaver udført.¹⁰⁷

Uccle kommune var dog af den opfattelse, at kontrolkriteriet faktisk var opfyldt – både i fællesskab med de øvrige ejere af Brutéle, men også individuelt af kommunen selv. Kommunen mente dog ikke, at der kunne opstilles noget krav om en individuel kontrol, idet et sådant krav ville udgøre en hindring for selve den interkommunale selskabsform, der pr. definition indebærer et samarbejde. I

¹⁰⁵ Vedr. sagens fakta se præmis 3-7, 13, 16-17, 25.

¹⁰⁶ GA Trstenjak, Coditel, pkt. 33-34.

¹⁰⁷ GA Trstenjak, Coditel, pkt 36-37.

relation til den individuelle kontrol ansås den dog af kommunen for at være til stede i kraft af kommunens repræsentation i såvel generalforsamling som bestyrelse og i sektorrådene.¹⁰⁸

Temaet for Domstolens præjudicielle afgørelse er således, om kontrolkriteriet kan anses for opfyldt i en situation, hvor kontrollen udøves via ejerskab og dermed som en selskabsretlig kontrol; og for det andet om kontrolkriteriet skal opfyldes individuelt af hver enkelt ordregivende myndighed, eller om det er tilstrækkeligt, at indflydelsen og kontrollen udøves i fællesskab.

5.1.1 Spørgsmålet om den selskabsretlige kontrol

Ved Domstolens stillingtagen til om en kontrol gennem vedtægtsmæssige organer er tilstrækkelig til at opfylde kontrolkriteriet, anlægger Domstolen en samlet konkret vurdering. I denne konkrete sag lægger Domstolen vægt på tre forhold, der er afgørende for, om kontrollen kan anses for at svare til den, der føres med egne tjenestegrene - nemlig myndighedens indehavelse af kapital, sammensætningen af de besluttende organer og endelig rækkevidden af bestyrelsens beføjelser.¹⁰⁹

Ordregiverens indehavelse af **kapital** i selskabet bliver af Domstolen anset for et forhold, der kraftigt trækker i retningen af kontrolkriteriets opfyldelse. Således udtaler Domstolen, at det forhold, at den ordregivende myndighed sammen med andre offentlige myndigheder besidder den samlede kapital, *tyder på* en kontrol svarende til den, der føres med egne tjenestegrene, *uden dog at være afgørende*.¹¹⁰

Med denne præmis fastholder Domstolen således den tidligere retsstilling som beskrevet ovenfor i afsnit 4.1.1, hvorefter udgangspunktet er, at kapitalandele medfører kontrol, men Domstolen bekræfter også, at ejerskab og den deraf følgende rene selskabsretlig kontrol fortsat ikke i sig selv er tilstrækkelig til at opfylde kontrolkriteriet.

Foruden ordregiverens besiddelse af kapital fremhæver Domstolen endnu et forhold, der taler for, at kontrolkriteriet er opfyldt. Således udtaler Domstolen, at det forhold, at de **besluttende organer** er sammensat af repræsentanter for de offentlige myndigheder, der er tilsluttet selskabet, *tyder på*, at de offentlige myndigheder kontrollerer selskabet. Således vil de herigennem være i stand til at udøve en bestemmende indflydelse såvel ift. strategiske målsætninger som ift. virksomhedens vigtige beslutninger.¹¹¹

At det således er afgørende, at offentlige myndigheder ikke alene udøver deres indflydelse på generalforsamlingen men også i bestyrelsen, er ikke noget nyt, idet det længe har været klart, at den be-

¹⁰⁸ GA Trstenjak, Coditel, pkt. 24, 39-42.

¹⁰⁹ Præmis 29.

¹¹⁰ Præmis 31.

¹¹¹ Præmis 34.

grænsede deltagelse på generalforsamlingen efter selskabslovgivningen i hvert fald ikke er tilstrækkelig til opfyldelse af kontrolkriteriet. Det må som følge heraf naturligvis klart være et plus, at myndigheden også deltager i bestyrelsen. At det forhold, at bestyrelsen udelukkende består af repræsentanter for de deltagende myndigheder, ligefrem "tyder på" kontrol, er dog en præcisering af den tidligere praksis, og giver derfor myndighederne yderligere vejledning og dermed også større retssikkerhed, når de skal vurdere, om en given kontrakt kan tildeles et tilknyttet selskab.

Når indehavelse af kapital og deltagelse i bestyrelsen fortsat kun *tyder på* kontrol, vil der stadig skulle foretages en konkret vurdering af, om andre momenter medfører en slækkelse af kontrollen. I den konkrete sag er det det forhold, at bestyrelsen udøver de mest vidtgående **beføjelser**, der ifølge Domstolen medfører, at der kan stilles spørgsmålstejn ved, om Brutélé har erhvervet en vis form for kontraktmæssig status og selvstændighed, der gør de offentlige myndigheders kontrol med selskabet vanskelig.¹¹²

Domstolen finder dog, at Brutélé ikke har en selvstændighed, der udelukker, at de tilsluttede kommuner kan føre en kontrol med selskabet.¹¹³ Dette resultat begrundes med, at Brutélé ikke er stiftet som et aktie- eller andelsselskab, der kan forfølge formål uafhængigt af dets aktionærer, men derimod som et interkommunalt andelsselskab der er reguleret ved lov, ifølge hvilken selskabet ikke er af erhvervs- eller forretningsmæssig karakter. Som følge af denne begrænsning af selskabets formål ved lov, som suppleret ved selskabets vedtægter, er Brutélé således begrænset til at udføre opgaver af kommunal interesse for de offentlige myndigheder, som er tilsluttet selskabet.¹¹⁴

Kombinationen af, at bestyrelsen består af repræsentanter fra de ordregivende myndigheder, sammenholdt med at bestyrelsen er væsentligt begrænset af selskabets formålsbestemmelser, er, som jeg læser dommen, ifølge Domstolen tilstrækkelig til at begrænse bestyrelsens selvstændighed, således at ordregiverne kan siges at føre en kontrol med selskabet, der svarer til den, der føres med egne tjenestegrene. Det forhold, at der i den konkrete sag er mulighed for bestyrelsen for at delegerer sin kompetence til sektorråd, hvorved de ordregivende myndigheders kontrol med beslutninger i myndighedens eget område bliver forstærket, er således ikke udslagsgivende for, om den krævede kontrol kan siges at foreligge. Men Domstolen fastslår, naturligvis, at betragtningerne omkring Bruté-

¹¹² På baggrund af den engelske og tyske sprogversion må præmis 36 skulle forstås på den måde, at selvstændigheden gør myndighedens kontrol med bestyrelsen *vanskelig* - ikke overflødig som efter den danske sprogversion.

¹¹³ Domstolen følger her som på alle andre punkter generaladvokatens forslag til afgørelse, men generaladvokaten udtaler ligefrem, at der *intet* er, der tyder på, at reglerne for hvornår en udbudsprocedure kan undlades, skulle være overskredet jf. pkt. 77.

¹¹⁴ Præmis 37-39.

lés manglende selvstændighed så meget desto mere gælder i de tilfælde, hvor afgørelserne henlægges til sektorrådene.¹¹⁵

Vurderingen af Brutéles selvstændighed synes at lægge i tråd med Domstolens tidligere praksis. At Domstolen i Parking Brixen og Carbotermo sagerne nåede frem til det modsatte resultat, kan således begrundes i sagernes konkrete omstændigheder. I Parking Brixen sagen var det foruden vidtgående beføjelser for bestyrelsen jo også udvidelsen af selskabets formål og geografisk område samt en forestående åbning af selskabets kapital for private, der samlet set førte til en for stor selvstændighed for bestyrelsen. I Carbotermo sagen var der ingen deltagelse i bestyrelsen fra myndighedens side, ligesom der ingen begrænsning var af bestyrelsens vidtgående beføjelser – i modsætning til Coditel afgørelsen hvor bestyrelsen netop bestod af repræsentanter fra myndighederne, og hvor bestyrelsen var begrænset af selskabets formålsbestemmelser. Yderligere var der også holdingstrukturen i Carbotermo afgørelsen, der medførte en slækkelse af kontrollen.

Havde der i Coditel afgørelsen forelagt sådanne lignende yderligere omstændigheder som i de to tidligere sager, er det min vurdering, at Domstolen også i Coditel afgørelsen ville være nået til et andet resultat, end den faktisk gjorde. Ved den konkrete vurdering af selskabets selvstændighed synes Domstolen således ikke at have foretaget nogen ændringer i retstilstanden med Coditel afgørelsen, og afgørelsen tjener således på dette punkt blot til yderligere præcisering af retsstillingen.

5.1.2 Spørgsmålet om individuel eller fælles kontrol

Vedr. spørgsmålet om hvorvidt kontrollen med Brutélé skal føres individuelt af hver enkelt myndighed, eller om den kan føres af myndighederne i fællesskab, fastslår Domstolen indledningsvis, at det ifølge Domstolens praksis er muligt at opfylde hovedpartskriteriet i fællesskab, og at den argumentation, der ligger til grund for dette resultat, også kan anvendes i relation til kontrolkriteriet.¹¹⁶ Domstolen opstiller således ikke et krav om, at kontrollen skal være individuel.

Begrundelsen for, at Domstolen ikke vil opstille et krav om individuel kontrol, er, at opstilling af et sådant krav i de fleste tilfælde vil medføre en konkurrence blandt de offentlige selskabsdeltagere om at blive den kontrollerende deltager, på trods af at den faktiske hensigt med deltagelsen i selskabet hos de enkelte offentlige myndigheder blot er at etablere et arbejdsfællesskab. Ifølge Domstolen ville dette resultat ikke være i overensstemmelse med systemet af fællesskabsregler på området for offentlige kontrakter, efter hvilke myndighederne efter Domstolens opfattelse har mulighed for at

¹¹⁵ Præmis 40.

¹¹⁶ Præmis 44-45. Domstolen fastslår hermed, at Dischendorfers fortolkning af Tragsa dommen jf. ovenfor i afsnit 4.2.2, var korrekt.

bruge deres frihed til at løse public service-opgaver gennem egne ressourcer også i samarbejde med andre offentlige myndigheder.¹¹⁷

Domstolen udtrykker altså med denne afgørelse klart, at den bestemmende indflydelse kan udøves i fællesskab af flere offentlige myndigheder, således at flere myndigheder samtidig kan opfylde kontrolkriteriet, og afgørelsen synes derfor at gå et skridt videre end den tidligere praksis. Domstolen udtrykker imidlertid explicit, at Coditel afgørelsen ligger i tråd med Domstolens tidligere praksis, og der henvises i denne forbindelse bl.a. til Tragsa afgørelsen.¹¹⁸

Det er korrekt, at der efter Tragsa afgørelsen er rimelig sikkerhed for, at der ikke for opfyldelsen af kontrolkriteriet kan opstilles et krav om indehavselse af en vis andel af kapitalen, og således kan en minoritetsaktionær også udgøre en ordregivende myndighed, når blot denne på anden vis fører kontrol med det ordredørende selskab. Jeg mener dog jf. også ovenfor i afsnit 4.2.2, at der efter Tragsa afgørelsen fortsat bestod en vis usikkerhed ift., om flere myndigheder samtidig kunne opfylde kontrolkriteriet, og ift. hvilken kontrol der i så fald krævedes af den enkelte myndighed. Det var således usikkert, om anerkendelsen af, at kontrolkriteriet var opfyldt for flere parter i Tragsa afgørelsen, skyldtes de særlige konkrete omstændigheder i denne sag – nemlig den lovmæssige pligt for det ordredørende selskab til også at udføre opgaver for minoritetsaktionærerne. Det var således efter denne afgørelse stadig et åbent spørgsmål, om det var disse særlige omstændigheder, der medførte, at der ikke i det konkrete tilfælde kunne stilles krav om, at også minoritetsaktionærerne for sig selv skulle opfylde kontrolkriteriet; eller om det faktisk med denne afgørelse var anerkendt, at en sådan indflydelse også kunne udøves i fællesskab. Med Coditel afgørelsen afliver Domstolen imidlertid denne usikkerhed, og såfremt afgørelsen ikke ligefrem kan siges at udvide anvendelsesområdet for kontrolkriteriet, så bidrager den dog i høj grad til præciseringen af retsstillingen på området.

Resultatet ligger også i tråd med Generaladvokatens forslag til afgørelse, men han går dog lidt videre i sine begrundelser for, hvorfor resultatet må være sådan. Ifølge ham vil konsekvensen af et krav om individuel kontrol således være tvungen privatisering af almennyttige opgaver, hvilket vil give de konkurrenceretlige hensyn en urimelig overvægt ift. kommunernes selvstyre.¹¹⁹

Kommunerne skal således selv kunne bestemme, om de ønsker at opfylde almennyttige opgaver ved hjælp af egne ressourcer, ved samarbejde med andre myndigheder eller ved offentligt-privat samarbejde/privatisering. Som begrundelse for at kommunerne skal have mulighed for at samarbejde, anføres det, at det ikke altid er let for især de mindre kommuner at løse de almennyttige opgaver,

¹¹⁷ Præmis 46-51.

¹¹⁸ Præmis 52-53.

¹¹⁹ GA Trstenjak, Coditel, pkt. 83-84.

der påhviler dem, ligesom ikke alle opgaver alene er et rent kommunalt anliggende. I disse situationer er anvendelsen af den synergieffekt, der opstår gennem et interkommunalt samarbejde, en metode til på effektiv og billig vis at udføre almennyttige opgaver.¹²⁰

Domstolen kommenterer ikke de fremførte argumenter vedr. tvungen privatisering eller spørgsmålet om vægtingen af de konkurrenceretlige hensyn overfor hensynet til kommunernes frihed til selv at organisere deres opgaveløsning, og det kan derfor ikke sluttes, at Domstolen har været ubetinget enig i disse argumenter. Det kan dog efter afgørelse konkluderes, at Domstolen lægger stor vægt på kommunernes ret til selvstyre og har en vis velvilje overfor interkommunale samarbejder.

I dag må det således kunne konkluderes, at der for det første ikke består noget krav til størrelsen af den enkelte ordregivende myndigheds andel af selskabets kapital. Derudover er det nu også sikkert, at der ikke består noget krav om, at den enkelte ordregivende myndighed for at opfylde kontrolkriteriet *alene* skal øve indflydelse på strategiske målsætninger og vigtige beslutninger – denne indflydelse kan udøves i fællesskab, og flere ordregivende myndigheder kan derfor samtidig opfylde kontrolkriteriet.

Med Domstolens betoning af at alle ordregivende myndigheder i Coditel sagen var repræsenterede i selskabets bestyrelse, er det dog fortsat et krav, at samtlige ordregivende myndigheder, såfremt de ønsker at opfylde kontrolkriteriet, skal tage del i udøvelsen af denne fælles indflydelse, således at der bliver tale om en *reel fælles kontrol*. En majoritetsaktionær må således ikke blot kunne sætte sin egen vilje igennem.¹²¹ Om muligheden for denne faktiske deltagelse i kontrollen med selskabet følger af lov som i Tragsa afgørelsen eller af vedtægtsbestemmelser som i Coditel afgørelsen, er efter sidstnævnte afgørelse underordnet.

5.2 Sea-afgørelsen

Forud for denne afgørelse havde Commune di Ponte Nossa uden udbud tildelt det fælleskommunale aktieselskab Setco en tjenesteydelsekontrakt vedr. bortskaffelse af affald. Baggrunden for tvivlen om kontrolkriteriets opfyldelse i denne sag var, at der formegentlig efter Setcos vedtægter og den italienske civillovbog i øvrigt potentielt var mulighed for, at private personer kunne deltage i Setcos kapital, samt at kommunen kun ejede en minoritetsaktiepost i Setco.¹²² Denne sag gav således Domstolen anledning til både at udtale sig om, hvad der gælder i den situation, hvor det kontrollerede sel-

¹²⁰ GA Trstenjak, Coditel, pkt. 86-87.

¹²¹ Perin, PPLR 2009, s. 239f.

¹²² Vedr. sagens fakta se præmis 20-30.

skab potentiel er åbent for privat kapital, og om hvad der nærmere ligger i kravet om en tilsvarende kontrol i en situation, hvor kontrollen føres i fællesskab med andre myndigheder.

Domstolen har afsagt sin dom uden et forudgående forslag til afgørelse fra en generaladvokat, hvilket ifølge Statutten for Domstolens art. 20 er muligt, når Domstolen efter at have hørt generaladvokaten finder, at sagen ikke rejser nogen nye retsspørgsmål.

5.2.1 Spørgsmålet om en "tilsvarende kontrol"

I relation til indholdet af kravet om en tilsvarende kontrol i en situation hvor kontrollen føres i fællesskab med andre myndigheder, udtaler Domstolen da heller ikke noget nyt, ift. hvad den allerede tidligere har fastslået.

Domstolen er meget præcis i sine konklusioner vedr. dette spørgsmål og fastslår indledningsvis, at retspraksis ikke kræver, at kontrollen er individuel. Begrundelsen for dette resultat svarer til den, Domstolen gav i Coditel afgørelsen, nemlig at det normalt i tilfælde af et sameje er udelukket, at én af ejerne alene fører en afgørende kontrol. Yderligere begrundes resultatet med, at offentlige myndigheder ikke har pligt til at udlicitere, men derimod kan opfylde de opgaver, der påhviler dem, gennem anvendelse af egne ressourcer, og denne mulighed for anvendelse af egne ressourcer står også åben i samarbejde med andre offentlige myndigheder.¹²³

På trods af denne accept af muligheden for at føre kontrol i fællesskab fastslår Domstolen, at det dog i hvert enkelt tilfælde konkret må vurderes, om den kontrol, som myndighederne i fællesskab har med det ordredførende selskab, i dette tilfælde Setco, kan siges at svare til den kontrol, der føres med egne tjenestegrene. Domstolen fastholder i denne forbindelse det i Parking Brixen opstillede krav til kontrollen, nemlig at myndighederne skal have bestemmende indflydelse såvel ift. de strategiske målsætninger som ift. selskabets vigtige beslutninger.¹²⁴ Ved vurderingen af om dette krav er opfyldt, foretager Domstolen derfor en vurdering svarende til den, den foretog i bl.a. Parking Brixen og Coditel afgørelserne, hvorefter Domstolen skønner, om der i den konkrete situation findes omstændigheder, der medfører, at selskabet har erhvervet en sådan selvstændighed, at myndighedernes kontrol med selskabet bliver vanskelig.

I den konkrete sag angiver Domstolen såvel den geografiske som faktiske rækkevidde af selskabets virksomhed samt selskabets mulighed for at etablere forbindelser med virksomheder i den private sektor som momenter, der må vurderes. Af Setcos vedtægter følger det, at selskabets formål

¹²³ Præmis 55-58.

¹²⁴ Præmis 65.

er at udføre *offentlig serviceforvaltning i lokalområderne* omkring de offentlige myndigheder, der tildeler de nævnte tjenesteydelser. Disse vedtægtsbestemmelser taler således umiddelbart imod, at Setco skulle have opnået en kontraktmæssig status. Omvendt fremgår det også af selskabets vedtægter, at selskabet kan udføre *tjenesteydelser for privatpersoner*, når dette ikke strider mod selskabets formål. Domstolen fastslår dog, at når blot beføjelserne til at udføre tjenesteydelser for private er af accessorisk karakter, og når disse beføjelser ikke hindrer, at selskabets primære formål fortsat er udførelse af offentlige tjenesteydelser, så er *"eksistensen af en sådan beføjelse således ikke tilstrækkelig til at antage, at det nævnte selskab har en kontraktmæssig status, der gør kontrollen udført af de myndigheder, der ejer det, tvivlsom."*¹²⁵ Domstolen begrundede yderligere dette resultat med henvisning til det andet Teckal-kriterium, hovedpartskriteriet, der ville blive formålsløst, såfremt kontrolkriteriet blev fortolket sådan, at det forbyder enhver form for accessorisk aktivitet herunder med den private sektor.¹²⁶

Heller ikke kontrolmekanismen i selskabet, der ellers jf. fx Parking Brixen afgørelsen kan udgøre et forhold, der slækker myndighedernes kontrol, anser Domstolen for i denne konkrete sag at have denne virkning. Dette begrundes med, at selskabsdeltagerne ikke alene fører kontrol i henhold til de beføjelser, de som aktionærer har i henhold til de selskabsretlige bestemmelser men også via en fælles tilsynsmyndighed samt et fælles kontroludvalg. Disse organer har i medfør af selskabets vedtægter vidtgående rådgivende, tilsynsførende og beslutningsmæssige beføjelser, der begrænser såvel generalforsamlingens som bestyrelsens beslutningsautonomi. Under henvisning til disse kontrol- og beslutningsbeføjelser som tilsyns- og kontrolorganerne er tillagt og under henvisning til, at disse særlige organer jf. selskabets vedtægter består af repræsentanter fra alle de deltagende myndigheder, konkluderer Domstolen, at vedtægtsbestemmelserne gør det muligt for de deltagende myndigheder at føre en kontrol, der svarer til den, der føres med egne tjenestegrene.¹²⁷ Også på dette punkt er afgørelsen således en gentagelse af retstilstanden som fastslået i Coditel afgørelsen, hvor det også var afgørende, at alle aktionærerne var repræsenterede i de besluttende organer, som tillige var begrænsede i deres beslutninger via selskabets vedtægter el. lignende.

Afgørelsen udvider således hverken retstilstanden ift. vurderingen af, hvad der ligger i kravet om en "tilsvarende kontrol" eller ift. spørgsmål om fælleskontrol, men for hver enkelt afgørelse, der henholder sig til den tidligere praksis, præciseres retstilstanden naturligvis også med en deraf følgende større retssikkerhed for de myndigheder, der skal anvende reglen.

¹²⁵ Præmis 79.

¹²⁶ Præmis 80.

¹²⁷ Præmis 81-86.

5.2.2 Spørgsmålet om privat deltagelse

Også i relation til spørgsmålet om det er muligt at opfylde kontrolkriteriet i en situation, hvor det kontrollerede selskab potentiel er åbent for privat kapital, er denne afgørelse i vidt omfang blot en gentagelse af Domstolens tidligere konklusioner på området.

Således fastslår Domstolen indledningsvist, at det forhold, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen, under alle omstændigheder udelukker, at den ordregivende myndighed kan føre en kontrol svarende til den kontrol, der føres med egne tjenestegrene, uanset at den private virksomhed kun ejer en minoritetsandel.¹²⁸

Der må derfor på tidspunktet for kontrakttildelingen foretages en omhyggelig kontrol af, om der foreligger privat deltagelse. Undtagelsesvis kan særlige omstændigheder tilmed kræve, at begivenheder, som først er indtruffet efter kontrakttildelingen, også skal tages i betragtning, hvilket fx vil være tilfældet, hvor man med henblik på omgåelse af fællesskabsreglerne umiddelbart efter kontrakttildelingen vælger at privatisere det ordremodtagende selskab.

Omvendt fastslår Domstolen dog også, at den blotte mulighed for et salg af selskabsandele ikke på ubestemt tid skal kunne suspendere skønnet om, hvorvidt kapitalen i selskabet har offentlig karakter eller ej, idet dette ikke ville være i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet. Således vil et selskabs åbning for privat kapital kun kunne tages i betragtning, såfremt der på tidspunktet for kontrakttildelingen er *konkret udsigt til en sådan åbning, og den er snarlig forestående*.¹²⁹ Domstolen når derfor også i den konkrete sag frem til, at når Setcos kapital er fuldstændig offentlig, og når der ikke er noget konkret tegn på selskabets snarlige åbning for kapital fra private aktionærer, så er den blotte mulighed for, at privatpersoner kan deltage i selskabets kapital ikke tilstrækkelig til at konkludere, at kontrolkriteriet ikke er opfyldt.¹³⁰

Som nævnt er dette blot en præcisering af den retstilstand, Domstolen allerede har skabt ved Parking Brixen, ANAV og Mödling afgørelserne, og afgørelsen følger således de ovenfor i afsnit 4.3.2 foretagne konklusioner. Ovenstående konklusioner, vedr. spørgsmålet om hvor aktuell en forestående privatisering skal være for at udelukke en opfyldelse af kontrolkriteriet, var dog baserede alene på en fortolkning af disse afgørelser, men med Sea afgørelsen er der ved Domstolens udtrykkelige udtalelse herom, nu skabt sikkerhed for at disse konklusioner var korrekte.

¹²⁸ Præmis 46.

¹²⁹ Præmis 47-50.

¹³⁰ Præmis 51.

Således er retstilstanden på dette punkt i dag den, at for at en potentiel privatisering kan medføre, at kontrolkriteriet ikke anses for opfyldt, skal der være en konkret udsigt til en snarligt forestående åbning af kapitalen.

På trods af at det ikke var et aktuelt problem i Sea-afgørelsen, vælger Domstolen yderligere at udtale sig om, hvad der gælder i den situation, hvor en stadig løbende kontrakt, der oprindeligt er lovligt tildelt uden udbud, overdrages i forbindelse med en privatisering. Ved denne udtalelse bidrager Domstolen til en væsentlig afklaring af denne problemstilling, som jf. ovenfor i afsnit 4.3.3 tidligere var ganske uklar.

Retsstillingen er således nu med sikkerhed den, at under omstændigheder som i Sea afgørelsen udgør det forhold, at private aktionærer senere, men stadig i en tildelt kontrakts løbetid, får adgang til at deltage i det ordredførende selskabs kapital, en ændring af en grundlæggende kontraktbetingelse, som gør det nødvendigt at afholde en udbudsprocedure.¹³¹ Det er i denne forbindelse væsentligt at være opmærksom på, at der i Sea afgørelsen ikke var konkrete tegn på en snarlig åbning for privat kapital. Hermed har Domstolen således fastslået, at der ikke kun består en pligt til at overholde udbudsreglerne i de situationer, hvor en forudgående kontrakttildelelse tidsmæssigt har en sådan sammenhæng med en efterfølgende privatisering, at det har karakter af omgåelse, men også i de tilfælde hvor såvel intentionen om som det reelle frasalg først sker efter kontrakttildelelsen. Retsstillingen er med andre ord den, som allerede fremført af Generaladvokaten i forslag til afgørelse af ANAV sagen¹³², at der gælder et krav om, at in-house konstellationen skal bestå i hele kontraktens løbetid.

Det er positivt for retssikkerheden, at retstilstanden med denne afgørelse nu også er blevet afklaret på dette punkt, men i betragtning af den kritik der i forvejen har været af mulighederne for at lade private deltage i offentlige selskaber, kan det ikke forventes, at der i hverken teori eller praksis vil blive taget godt imod denne afgørelse.

5.3 Sammenfattende delkonklusion på kontrolkriteriet

På baggrund af disse to seneste afgørelser vedr. kontrolkriteriet, Coditel og Sea, kan det konkluderes, at den udvikling, der allerede i den tidligere retspraksis var i gang, hvorefter Domstolen viste stor

¹³¹ Præmis 53.

¹³² GA Geelhoed, ANAV, pkt. 19.

velvilje overfor fælleskommunale samarbejder og omvendt havde en meget restriktiv praksis i relation til privat deltagelse, er fortsat.

Retsstillingen i relation til kontrolkriteriet må i dag kunne sammenfattes således, at **kravet til kontrollen** er ens, uanset om der er tale om et hel- eller fællesejet offentligt selskab, og kravet består i en bestemmende indflydelse på både strategiske målsætninger og vigtige beslutninger. At samtlige kapitalandele er ejet enten af én eller flere myndigheder i fællesskab indebærer en formodning for, at kontrolkriteriet er opfyldt, men det er dog i ingen af situationerne en tilstrækkelig betingelse – kontrollen skal være baseret på andet og mere end den rene selskabsretlige kontrol. Således foretager Domstolen i hvert enkelt tilfælde en konkret vurdering af, om der foreligger sådanne forhold, der indebærer en slækkelse af myndighedens kontrol med selskabet, med den følge at selskabet reelt er selvstændigt. De forhold, der kan medføre en slækkelse af kontrollen, er fx en udvidelse af selskabets formål eller geografiske område, en forestående pligt til at åbne selskabet for privat kapital, en holdingstruktur eller vidtgående beføjelser til bestyrelsen.

Det er bestyrelsens vidtgående beføjelser, der i praksis har givet anledning til de største problemer, men med den seneste praksis er det blevet klart, at dette forhold ikke automatisk indebærer, at kontrolkriteriet ikke kan anses for opfyldt. Det afgørende i en sådan situation er derimod, om bestyrelsen består af repræsentanter fra den eller de kontrollerende myndigheder, og om bestyrelsen er begrænset således af selskabets vedtægter eller lovgivning, at selskabet ikke kan varetage interesser uafhængigt af selskabets aktionærer. Er dette tilfældet vil vidtgående beføjelser for bestyrelsen ikke blokere for kontrolkriteriets opfyldelse. Retsstillingen i relation til karakteren af kontrollen er således blevet præciseret med den seneste retspraksis og er i dag forholdsvis sikker.

I relation til spørgsmålet om muligheden for **fælles kontrol** er retsstillingen ikke blot blevet præciseret med den seneste retspraksis, men den er også blevet udvidet. Som det allerede blev fastslået i den tidligere praksis, er der ikke noget krav om, at én myndighed for at opfylde kontrolkriteriet alene skal eje alle kapitalandele i selskabet, men med den seneste praksis er det blevet præciseret, at der heller ikke stilles noget krav om en bestemt minimumsandel af kapitalen, for at den enkelte myndighed kan opfylde kontrolkriteriet. Det mest opsigtsvækkende i relation til fælles kontrol er imidlertid, at der i dag desuden ikke er noget krav om, at den enkelte ordregivende myndighed selv skal have bestemmende indflydelse på de strategiske målsætninger samt vigtige beslutning – det er tilstrækkeligt, at denne kontrol føres af myndighederne i fællesskab. Der er dog krav om, at denne kontrol *reelt* skal føres i fællesskab, hvilket synes at være opfyldt, når blot hver enkelt deltagende myndighed i medfør af enten vedtægter eller lov er repræsenteret i selskabets bestyrelse. Selv en minoritetsakti-

onær med blot en enkelt repræsentant i selskabets bestyrelse synes således at kunne opfylde kontrolkriteriet og dermed - såfremt hovedpartskriteriet også er opfyldt – at kunne tildele kontrakter til selskabet uden udbud. Evt. var dette allerede retsstillingen efter Tragsa afgørelsen, men afgørelsen var i denne henseende ikke særlig klar, jf. også ovenfor, og med Coditel-afgørelsen er der således skabt sikkerhed for, at dette nu er retsstillingen.

Domstolens begrundelse for denne retsstilling vedr. fælleskontrol er, at friheden for offentlige myndigheder til at anvende egne ressourcer ved løsningen af offentlige opgaver for at stemme overens med fællesskabsreglerne, også skal kunne udnyttes i fællesskab.

Med denne udvikling i adgangen til fælles kontrol er der i dag ingen tvivl om, at den udvidede in-house regel også kan opfyldes ift. fælleskommunale selskaber oprettet iht. KSTL § 60¹³³, hvorefter de deltagende kommuner kan tildele disse selskaber kontrakter uden udbud. De noget anstrengte betragtninger om, at det fælleskommunale selskab udgør en "specialkommune"¹³⁴, behøver således ikke nødvendigvis blive opretholdt efter den seneste udvikling i retspraksis.

Spørgsmålene om hvilken form for kontrol der kræves, samt i hvilket omfang også en fælles kontrol kan opfylde kontrolkriteriet, synes således i dag at være forholdsvis afklarede. Det bemærkes dog, at den nuværende retsstilling er baseret på en meget vidtgående fortolkning af kontrolkriteriet som det kom til udtryk i Teckal dommen, og der er derfor i dag ikke megen realitet i kontrolkriteriets ordlyd. En omformulering af kontrolkriteriet fra EF-Domstolens side ville derfor være passende.

I relation til muligheden for at lade **private deltage** i et ordredudførende selskabs kapital fastholder Domstolen som sagt den tidligere fastlagte restriktive fortolkning af kontrolkriteriet. Herefter er selv den mindste andel af privat kapital til hinder for opfyldelse af kontrolkriteriet. Med de nyeste afgørelser er det dog præciseret, i hvilket omfang også en potentiel åbning for privat kapital skal medføre, at kontrolkriteriet ikke kan anses for opfyldt, og afgørelserne har derfor bidraget til retssikkerheden på området. Det er således i dag klart, at for at en åbenhed for privat kapital kan hindre kontrolkriteriets opfyldelse, skal der være en konkret udsigt til en sådan åbning, og den skal desuden være snarligt forestående.

Det restriktive syn på privat kapital er tilmed yderligere blevet skærpet med Sea afgørelsen, idet det her blev fastslået, at også i forbindelse med en privatisering efter en kontrakttildelelse er der

¹³³ Lov om kommuners styrelse, nr. 581 af 24. juni 2009.

¹³⁴ KS vejl. pkt. 3.2.

pligt til at sende de tidligere tildelte kontrakter, der stadig løber, i udbud. Disse allerede tildelte kontrakter kan således ikke ”medoverdrages” ved en privatisering, medmindre det nu privatiserede selskab vinder udbuddet herom.

5.3.1 Vurdering af retsstillingen

Som anført ovenfor er den fleksible fortolkning af kontrolkriteriet i relation til muligheden for fælleskontrol blevet bifaldet i litteraturen, hvorimod det restriktive syn på privat kapital er meget kritiseret. Også Steinicke¹³⁵ er kritisk overfor den restriktive holdning ift. privat kapital, men han stiller derudover spørgsmålstejn ved det rimelige i at give myndigheder så stor frihed som sket til at organisere sig i forskellige typer af samarbejder og derved nedtone konkurrencehensynene bag udbudsreglerne, samtidig med at enhver form for privat kapital er udelukket.

Ifølge Steinicke er der således ikke efter UDB nogen pligt til at fortolke den udvidede in-house regel på en sådan måde, at fælleskontrol kan tillades. Denne fortolkning er derimod udelukkende baseret på et politisk og praktisk ønske. De fordele, der opnås ved denne fortolkning af kontrolkriteriet i form af bl.a. en mere effektiv og billig udførelse af offentlige opgaver som følge af den synergi-effekt, der opstår ved samarbejder, er netop også de fordele, der vil opstå i forbindelse med etablering af offentlig-private samarbejder. Der er således ikke ifølge Steinicke nogen overbevisende begrundelse for, at disse samarbejder ikke også skulle kunne være omfattet af den udvidede in-house regel.

Steinicke anerkender, at private virksomheder typisk varetager andre typer af hensyn end offentlige hensyn, men mener ikke, at dette kan begrunde, at offentlig-private selskaber ikke kan opfylde kontrolkriteriet, idet selskabets formål kan begrænses til rent offentlige via selskabets vedtægter. Argumentet om, at det vil virke konkurrenceforvridende, at private deltagere i et offentligt selskab får adgang til offentlige opgaver uden afholdelse af udbud, mener Steinicke heller ikke, er stærkt nok til at begrunde en fuldstændig afvisning af den udvidede in-house regel ved privat deltagelse. Således anfører han, at den private fordel vil være begrænset, ligesom selskabet ikke nødvendigvis forfølger profitmaksimering.

Steinicke kan have ret i, at når baggrunden for at tillade fælleskommunale samarbejder er hensynet til en mere effektiv forvaltning, kan der også argumenteres for, at privates deltagelse i offentlige selskaber ligeledes bør tillades, uden at det pr. definition medfører, at kontrolkriteriet ikke kan opfyldes. Det er således korrekt, at risikoen for, at der varetages ikke-almennyttige hensyn i det fællesjede selskab som følge af et privat medejerskab, kan elimineres via vedtægtsbestemmelser.

¹³⁵ Steinicke, Den udbudsretlige in house-regel.

Steinickes afvisning af, at private deltageres adgang til offentlige opgaver uden udbud skulle kunne begrunde den restriktive fortolkning af kontrolkriteriet, under henvisning til at den private deltagers profit kan være begrænset, forekommer dog noget unuanceret.

Det er korrekt, at den økonomiske gevinst ved deltagelse i et offentlig-privat selskab kan være meget begrænset enten som følge af en begrænset deltagelse eller som følge af vedtægtsbestemmelser. Man må dog være opmærksom på, at den privates gevinst ikke nødvendigvis alene består i en økonomisk profit, men at den også kan bestå i form af erhvervet know-how, som kan give den private aktør en konkurrencefordel i konkurrencen med de øvrige private aktører på det fri marked. Det må i denne forbindelse have for øje, at UBD netop har som formål at sikre en ufordrejet konkurrence, hvilket ikke kan fastholdes, såfremt privat kapital tillades.

Domstolen synes således ikke ved fortolkningen af kontrolkriteriet at have et valg i relation til, om den vil tillade privat kapital, hvis den samtidig skal holde principperne bag UBD i hævd. Dette står i kontrast til Domstolens fortolkningsmuligheder i relation til spørgsmålet om fælleskontrol. Det er korrekt som anført at Steinicke, at der ikke efter UBD består nogen pligt til at fortolke den udvidede in-house regel på en sådan måde, at fælleskontrol kan tillades, men omvendt er der heller ikke i UBD nogen begrænsning af Domstolen i relation til dette spørgsmål. Det er således ikke et formål med UBD, at flere opgaver skal sendes i udbud, men derimod er formålet alene, at de opgaver, som *faktisk sendes i udbud*, er genstand for en fri og ufordrejet konkurrence. Så længe myndighederne således selv – evt. i et samarbejde – kan udføre de offentlige opgaver, består der ikke efter UBD nogen *pligt* til at sende opgaverne i udbud. Det er således alene nationalpolitiske overvejelser, der kan føre til en pligt i denne henseende.

6. Samarbejdsundtagelsen

Uanset hvad man måtte mene om Domstolens hensyntagen til myndighedernes muligheder for at etablere samarbejder på bekostning af konkurrencehensynet, er det et faktum, at denne udvikling ikke er stoppet med Coditel afgørelsen. Tvært imod er Domstolen ved en senere afgørelse, hvor den udvidede in-house regel ikke kunne finde anvendelse, gået et skridt videre og har etableret endnu en undtagelse til UBD ved siden af den udvidede in-house regel jf. straks nedenfor.

6.1 Kommissionen mod Tyskland

Forud for denne traktatbrudssag mod Tyskland var der i 1990'erne blevet projekteret og opført et nyt fjernvarmeværk i Hamburg. Værket blev projekteret med henblik på, at det ikke alene skulle

forbrænde renovation fra Hamburg kommune, men derudover også fra 4 nærmere angivne "Landkreise", idet stordrift ville gøre det muligt for Hamburg kommune at opføre og drive fjernvarmeværket under de mest gunstige økonomiske forudsætninger. I den forbindelse blev der, uden at en udbudsprocedure var iværksat, indgået en aftale mellem Hamburg kommune (gaderengøringstjenesten) og de 4 Landkreise om bortskaffelse af affald.

Aftalen gik nærmere ud på, at rengøringstjenesten hvert år skulle stille en vis affaldsbehandlingskapacitet til rådighed for Landkreisene, hvorimod rengøringstjenesten på ingen måde var ansvarlig for driften af fjernvarmeværket. Landkreisenes modydelse bestod primært i betaling af et vist beløb til rengøringstjenesten, men derudover også i en forpligtelse for disse til at aftage slagge fra fjernvarmeværket samt en pligt til at stille den bortskaffelseskapacitet til rådighed for rengøringstjenesten som Landkreisene ikke selv anvendte. Endelig indeholdt aftalen også en bestemmelse om, at kontrahenterne om fornødent skulle yde hinanden bistand inden for rammerne af gennemførelsen af deres forskriftsmæssige pligt til at bortskaffe affald.¹³⁶

Som begrundelse for at tildelingen af denne kontrakt uden udbud kunne danne grundlag for en stævning af Tyskland, anførte Kommissionen, at betingelserne for, at aftalen var omfattet af udbudspligten, var opfyldt, herunder at de fire Landkreise udgjorde ordregivende myndigheder, og at aftalen var gensidig bebyrdende. Kommissionen henviste til Domstolens tidligere praksis, hvorefter også horisontale samarbejdsaftaler er undergivet udbudsreglerne, dvs. at det principielt er tilstrækkeligt til at UBD finder anvendelse, at en aftale er indgået mellem to forskellige juridiske personer, uanset at der er tale om to offentlige myndigheder. Den eneste mulighed for, at de 4 Landkreise kunne undgå udbud, var således at opfylde betingelserne efter den udvidede in-house regel, hvilket dog ikke af Kommissionen vurderedes at være muligt, da ingen af de ordregivende myndigheder førte kontrol med rengøringstjenesten.¹³⁷ Kun i de tilfælde hvor samarbejdet finder sted i form af et offentligretligt organ, til hvilket de forskellige ordregivere tildeler public service-opgaver, og over hvilket disse ordregivere kan føre en kontrol, ville Kommissionen anerkende, at udbudsreglerne ikke finder anvendelse.¹³⁸

Tyskland forsvarede sig med, at udbudsreglerne slet ikke finder anvendelse på en sådan samarbejdsaftale som den i sagen omhandlede. Aftalen var således efter Tysklands opfattelse alene udtryk for en intern transaktion i forvaltningen, hvorfor rengøringstjenesten ikke kunne anses for at udgøre en tjenesteyder i direktivets forstand. Som følge af Landkreisenes pligt til også at bidrage med

¹³⁶ Vedr. fakta i sagen se præmis 4-6 og 39-43 samt Generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse pkt. 13-15.

¹³⁷ Præmis 12, 19, 21.

¹³⁸ Præmis 46.

real-modydelser mente de tillige, at aftalen gik ud over det, der følger af begrebet tjenesteydelsesaftale i direktivets forstand.¹³⁹ Desuden mente Tyskland, at den udvidede in-house regels kontrolkriterium var opfyldt, hvilket begrundedes i alle involverede parter interesse i at overholde aftalen som følge af det "noget for noget" princip, der var en del af aftalen, og som følge af at en afvigelse fra de formål, der var fastlagt i aftalen, ville indebære et ophør af hele samarbejdet. Som følge heraf mentes de berørte myndigheder således at kontrollere hinanden.¹⁴⁰

Temaet for Domstolens afgørelse er således, om kontrolkriteriet kan opfyldes alene under henvisning til et fælles formål, og såfremt dette ikke findes at være tilfældet, om visse "løse" samarbejdsaftaler mellem adskilte offentlige myndigheder, der iværksættes uden oprettelse af et fælleskontrolleret selskab, i så fald kan undtages fra udbudsreglernes anvendelsesområde med en anden begrundelse.

Generaladvokaten og Domstolen er enige i relation til det første spørgsmål - om et fælles formål kan udgøre en tilstrækkelig kontrol til at opfylde kontrolkriteriet. Begge mener således, at det er ubestrideligt, at de 4 Landkreise ikke fører en kontrol svarende til den, der føres med egne tjenestegrene, og afviser derfor Tysklands anbringende om, at kontrollen kan bestå i et fælles mål.¹⁴¹

I relation til spørgsmålet vedr. muligheden for at indgå samarbejdsaftaler uden først at sende dem i udbud ophører enigheden mellem Generaladvokaten og Domstolen imidlertid. Da Generaladvokaten som nævnt ikke mener, at kontrolkriteriet er opfyldt, og da han heller ikke anerkender Tysklands anbringende om, at aftalen er udtryk for en intern transaktion, hvorved Landkreisene anvender egne midler, må Generaladvokaten nødvendigvis nå frem til det resultat, at samarbejdsaftalen er omfattet af tjenesteydelsesdirektivets anvendelsesområde.¹⁴² Generaladvokatens resultat forekommer da heller ikke overraskende, da han blot følger Domstolens tidligere praksis.

Som nævnt går Domstolen imidlertid med denne afgørelse et skridt videre i retning af at anerkende myndighedernes muligheder for at organisere sig på den af dem ønskede måde, uden at det skal medføre udbudsretlige konsekvenser. Domstolen fastholder dog fortsat, at offentlige samarbejder ikke pr. definition er undtaget fra udbud under henvisning til, at den omstændighed, at tjenesteyderen selv er et offentligt organ, ikke er til hinder for anvendelsen af UBD.¹⁴³ Det er i stedet i relation til hvilke former for samarbejder, der kan anses for at udgøre anvendelse af egne ressourcer, Domstolen rykker ganske betydeligt ved sin tidligere praksis. Domstolen fastslår således med denne

¹³⁹ Præmis 8, 13-17.

¹⁴⁰ Præmis 22.

¹⁴¹ GA Mazák, pkt. 44-45. Dommens præmis 36.

¹⁴² GA Mazák, pkt. 39, 47-48.

¹⁴³ Præmis 33.

afgørelse ganske som i Coditel afgørelsen, at muligheden for at anvende egne ressourcer ved opfyldelsen af public service-opgaver også består i samarbejde med andre offentlige myndigheder.¹⁴⁴ Det særlige ved samarbejdet i denne sag ift. samarbejdet i Coditel afgørelsen er imidlertid, at samarbejdsaftalen er indgået direkte mellem flere myndigheder og ikke mellem de enkelte myndigheder og et offentligt selskab, ift. hvilket myndighederne kan have et sådant særligt forhold, at den udvide in-house regel kan være opfyldt. Også sådanne joint venture samarbejder kan således efter Domstolens nye praksis være udtryk for anvendelse af egne ressourcer.

Kommissionens synspunkt, om at aftalen kun kunne have været undtaget fra udbud, såfremt samarbejdet fandt sted i form af et oprettet offentligretligt organ, afvises således fuldstændigt af Domstolen, der i stedet fastslår, at fællesskabsretten ikke indeholder nogen forpligtelse for offentlige myndigheder til med henblik på i fællesskab at sikre deres public service-opgaver at anvende en særlig retlig form.¹⁴⁵

Domstolen fremhæver dog flere forhold, der særligt gør sig gældende i denne sag, før den når til sin konklusion. Det bemærkes således, at aftalen i denne sag har til formål at sikre den fælles gennemførelse af en public service opgave – nemlig bortskaffelse af affald. Denne public service opgave påhviler medlemsstaterne i medfør af et direktiv, hvorefter medlemsstaterne nærmere er forpligtede til at udarbejde planer for håndtering af affald. Der tilskyndes i dette direktiv til at rationalisere indsamlingen, sorteringen og behandlingen af affaldet, hvoraf en af de vigtigste af disse foranstaltninger er at muliggøre bortskaffelse af affald på et af de nærmeste anlæg. Det anføres ligeledes, at det er ubestridt, at aftalen indeholder krav, der faktisk kan sikre opgaven med bortskaffelse af affald. De krav, der henvises til, er gaderengøringstjenestens primære forpligtelse til at stille en given affaldsbehandlingskapacitet til rådighed for Landkreisene hvert år, men også Landkreisenes modydelse i form af ikke blot et årligt vederlag men også i form af visse realydelser, således at Landkreisene selv er direkte involverede i public service-opgaven. Det er således netop som følge af disse krav i aftalen, hvorefter begge aftaleparter har pligt til at yde reel bistand i forbindelse med løsningen af public service opgaven, at Hamburg kommune har haft mulighed for at opføre og drive fjernvarmeanlægget under de mest gunstige økonomiske forudsætninger. Endelig bemærker Domstolen, at aftalen udelukkende er indgået af offentlige myndigheder uden deltagelse fra en privat part.¹⁴⁶

Sammenfattende bliver Domstolens konklusion altså, at også mindre formaliserede samarbejder mellem offentlige myndigheder vedr. udførelsen af en fælles public service-opgave kan undtages fra

¹⁴⁴ Præmis 45.

¹⁴⁵ Præmis 47.

¹⁴⁶ Præmis 37-42, 45.

udbudspilgten – i hvert fald under de konkrete omstændigheder som gjorde sig gældende i den foreliggende sag, og Tyskland måtte derfor frifindes. Domstolen godkender således (om end ikke udtrykkelig udtalt) Tysklands anbringende om, at kontrakten alene er udtryk for en intern transaktion i forvaltningen, hvorved der hverken er tale om en tjenesteyder eller en tjenesteydelseskontrakt i direktivets forstand.

Alt i alt er afgørelsen meget konkret begrundet, men Domstolen udtaler dog afslutningsvist generelt, at *”et sådant samarbejde [som det i hovedsagen behandlede] mellem offentlige myndigheder ikke [kan] anfægte den primære målsætning med fællesskabsreglerne på området for udbud, dvs. den frie udveksling af tjenesteydelser og en fri og ufordrejet konkurrence i alle medlemsstaterne, når gennemførelsen af dette samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse, og hvis princippet om ligebehandling af de berørte i direktiv 92/50 er sikret, således at ingen private virksomheder får en konkurrencefordel”*.¹⁴⁷

6.2 Overordnede krav for anvendelse af samarbejdsundtagelsen

Som allerede nævnt udvikler Domstolen med afgørelsen i denne sag endnu en undtagelse til udbudspilgten efter UBD ved siden af den udvidede in-house regel. Denne nye undtagelse vil i det følgende blive benævnt samarbejdsundtagelsen.

Dommens fremstilling af sagens fakta er forholdsvis kortfattet, men samtidig er dommen meget konkret begrundet i de faktiske omstændigheder i sagen. De specifikke fakta i sagen vil uden tvivl have en begrænsende effekt på anvendelsen af afgørelsen, men præcis hvor stor betydning de konkrete omstændigheder skal tillægges, er det endnu kun muligt at gisne om, så længe der stadig kun er tale om en enkeltstående afgørelse i denne retning. Konklusionerne på baggrund af denne ene afgørelse vil således være præget af en vis usikkerhed.¹⁴⁸ Det skal dog her forsøges at opstille visse kriterier, som må være opfyldt, før denne nye undtagelse kan benyttes også i andre tilfælde. På baggrund af dommen kan der formegentlig opstilles tre overordnede betingelser, som må være opfyldt, for at undtagelsen kan bringes i anvendelse.

¹⁴⁷ Præmis 47.

¹⁴⁸ Afgørelsen er endnu stort set ubehandlet i såvel dansk som engelsksproget litteratur. Analysen i PPLR, 2009, NA212 af Kotsonis begrænser sig stort set til et referat af afgørelsen, men de forhold, der i artiklen fremhæves som værende afgørende for Domstolens resultat, er ikke i strid med mine nedennævnte konklusioner.

6.2.1 Aftalens formål: Fælles gennemførelse af en public service opgave

Som det første synes Domstolen at opstille det som en betingelse, at samarbejdsaftalen skal have til formål at sikre den fælles gennemførelse af en public service-opgave.¹⁴⁹

I udtalelsen om, at der skal være tale om en **fælles** public service-opgave, ligger formegentlig et krav om, at *alle de i aftalen deltagende myndigheder* skal have en *pligt* til at stille denne public service ydelse til rådighed for borgerne i hver deres område. Samtlige deltagende parter skal således være forpligtede til enten at udføre opgaven internt ved hjælp af egne midler eller udlicitere opgaven og dermed blive ordregivere i UBD's forstand. Kendetegnende for samarbejdsaftalen i den konkrete sag er således også, at samtlige aftaleparter er forpligtede til at stå for affaldsbortskaffelsen i hver deres område, og aftalen bliver således ikke en traditionel tjenesteydelsesaftale mellem en ordregiver og en tjenesteyder med kommercielle interesser, men derimod en *samarbejdsaftale mellem ene potentielle ordregivere* der har en fælles interesse i at løse den opgave, der påhviler dem alle. Med dette krav sikres det således, at det er almenhedens interesser, der er i fokus ved opgaveløsningen, og ikke en enkelt myndigheds kommercielle interesser.

I den konkrete sag hvilede pligten til at sørge for affaldsbortskaffelsen på et direktiv. Spørgsmålet bliver herefter, om det kan opstilles som et generelt krav, at public service-opgaven skal have hjemmel i et direktiv, lov eller anden retsforordning, for at et samarbejde om udførelse af opgaven kan være omfattet af samarbejdsundtagelsen. Spørgsmålet skal formegentlig besvares benægtende. Domstolen synes i hvert fald ikke at opstille det som et ubetinget krav, idet den i præmis 37, efter at have fastslået at aftalen opretter et samarbejde med det formål at sikre den fælles gennemførelse af en public service-opgave, blot anfører: "*Det bemærkes, at denne opgave er knyttet til gennemførelsen af Rådets direktiv*". Domstolen synes således nærmere at betragte det som en kvalificerende omstændighed, som den kan bruge som et blandt flere momenter ved vurderingen af opfyldelsen af det første kriterium i samarbejdsundtagelsen, men ikke som et egentligt krav. Også opgaver, som danske myndigheder lovligt kan gennemføre med hjemmel i uskreven ret, fx kommunalfuldmagten, må således antages konkret at kunne være omfattet af samarbejdsundtagelsen, såfremt de øvrige konkrete omstændigheder også taler herfor. Det eneste egentlige krav i relation til retsgrundlaget, der således formegentlig kan opstilles, er, at opgaven lovligt skal kunne udføres af en offentlig myndighed.

At der således ikke kan opstilles et egentligt krav om, at opgaven skal hvile på en retsforordning, indebærer ikke, at retsgrundlaget ikke kan tillægges stor betydning ved vurderingen af, om det første kriterium for anvendelsen af samarbejdsundtagelsen er opfyldt. I sagen mod Tyskland fremhæves det

¹⁴⁹ Præmis 37.

således i præmis 37, at direktivet, der indeholdt forpligtelsen til at bortskaffe affald, forpligtede myndighederne til at udarbejde planer for håndtering af affald og tilskyndede til at rationalisere indsamlingen, sorteringen og behandlingen af affaldet, og en af de vigtigste foranstaltninger i denne forbindelse var at muliggøre bortskaffelse af affald på et af de nærmeste anlæg. At det ligefrem ved direktiv var gjort til en pligt for medlemsstaterne at lave planer for affaldshåndteringen, understreger vigtigheden af denne public-service opgave. Det forhold, at direktivet tilskynder til rationalisering fx gennem bortskaffelse på et af de nærmeste anlæg, giver desuden Domstolen et fastere grundlag for at konkludere, at et samarbejde med henblik på netop at sikre en effektiv affaldsbortskaffelse og med henblik på, at dette sker på et lokalt fjernvarmeværk, må tillægges større vægt end pligten til i det konkrete tilfælde at sende denne opgave i udbud.

På trods af en fælles forpligtelse – evt. gennem et direktiv - til at stille en public service ydelse til rådighed for borgerne er det dog min vurdering, at ikke enhver form for **public service opgave** kvalificerer sig til at være omfattet af samarbejdsundtagelsen. Dette baseres på, at Domstolen i præmis 47 foruden at gentage kravet om, at der skal være tale om en public service opgave, yderligere præciserer kravene til opgavens karakter ved at udtale, at kun når samarbejdet vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse, kommer samarbejdet ikke i konflikt med målsætningen med fællesskabsreglerne. Ganske vist må der være en vis grad af almen interesse i en opgave, for at den overhovedet kan siges at være en public service opgave, men med præciseringen synes det alligevel at kunne udledes, at Domstolen stiller et vist krav til graden af opgavens almene samfundsmæssige karakter, for at den kan være omfattet af samarbejdsundtagelsen. Den tyngde, som det således formegentlig kræves, at opgaven har, kan fx udledes af retsgrundlaget for opgavens udførelse.

Opgavens almene og tungtvejende karakter og retsgrundlaget for opgaven vil således formegentlig altid hænge sammen, sådan at jo vigtigere en opgave er rent samfundsmæssigt, jo fastere et retsgrundlag vil opgaven også have. Både opgavens karakter og dens retsgrundlag er således begge omstændigheder, der kan trække i retning af samarbejdsundtagelsens første kriteriums opfyldelse, men det afgørende for Domstolen må i medfør af ovenstående antages at være opgavens karakter frem for det konkrete retsgrundlag. Er der tale om en tilpas tungtvejende almen samfundsmæssig opgave, vil den således også naturligt påhvile alle myndigheder, uanset om og hvordan denne pligt så er kommet til udtryk, og med denne pligt er der således også skabt det fælles formål vedr. gennemførelse af opgaven.

Ved Domstolens konkrete anerkendelse af at et samarbejde med henblik på rationalisering af den samfundsmæssige vigtige opgave, affaldsbehandling, kan veje tungere end forpligtelsen til at konkurrenceudsætte den pågældende opgave, må det forudsættes, at Domstolen generelt har anerkendt, at visse formål og visse offentlige opgaver er så tungtvejende, at disses gennemførelse kan begrunde en fravigelse fra UBD's almindelige udbudspligt. Denne "regel" leder naturligt tankerne hen på såvel EF-Traktatens som Domstolens tilsvarende anerkendelse af, at der findes visse legitime hensyn, der er så tungtvejende, at de kan begrunde en fravigelse af diskriminations- og restriktionsforbuddene i EF-Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed.¹⁵⁰

Når det er accepteret, at visse hensyn kan være så legitime og tungtvejende, at de berettiger til at opstille restriktioner eller endog ligefrem til diskrimination i relation til EF-Traktatens bestemmelser om det indre marked, og henset til at UBD har hjemmel i EF-Traktaten og er vedtaget netop med henblik på at sikre det indre marked, synes det nærliggende, at Domstolen også i forbindelse med afgørelser om efterlevelsen af UBD er berettigede til at skele til de legitime hensyn ift. de fri bevægeligheder.

Med samarbejdsundtagelsen synes Domstolen således at introducere en mulighed for også ift. opfyldelsen af UBD's forpligtelser at foretage en afvejning af hensynet til den fri konkurrence, som er hovedhensynet bag såvel EF-Traktaten og UBD, overfor visse legitime hensyn. Vurderingen af, om formålet med et givent offentligt samarbejde kan kvalificeres under samarbejdsundtagelsen, vil således formegentlig svare til den Domstolen foretager, når den skal afgøre, om der er mulighed for at opretholde ellers traktatstridige restriktioner ift. EF-Traktatens regler om fri bevægelighed. Det legitime hensyn, som Domstolen anerkender som berettigende til en fravigelse af UBD's regler, er den almene interesse i sikkerheden for en vigtig samfundsopgaves udførelse. Domstolen udtrykker selv denne konklusion på interesseafvejningen i præmis 47, hvor den udtaler, at et "samarbejde mellem offentlige myndigheder ikke [kan] anfægte den primære målsætning med fællesskabsreglerne på området for udbud, dvs. den frie udveksling af tjenesteydelser og en fri og ufordrejet konkurrence i alle medlemsstaterne, når gennemførelsen af dette samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse..." (mine fremhævelser).

¹⁵⁰ Til eksempel kan nævnes art. 28 EF vedr. varer, art. 39 EF vedr. arbejdskraft, art. 43 EF vedr. etableringsfriheden, art. 49 EF vedr. tjenesteydelser, art. 56 EF vedr. kapitalbevægelser samt det generelle forbud mod diskrimination i art. 12 EF.

6.2.2 Krav til sikring af opgavens udførelse

For det andet synes Domstolen at opstille det som en betingelse, at aftalen indeholder krav, som faktisk sikrer, at der kan ske en fælles gennemførelse af public service opgaven.¹⁵¹

For at der kan være tale om en fælles gennemførelse, er det ikke tilstrækkeligt, at opgaven påhviler samtlige de i kontrakten deltagende myndigheder jf. ovenfor, men Domstolen opstiller efter denne anden betingelse tillige et krav om en reel fælles gennemførelse, hvilket kommer til udtryk ved Domstolens krav om gensidige forpligtelser. Domstolen udtrykker ikke dette krav om gensidige forpligtelser klart, men efter i præmis 38 at have fastslået at den konkrete aftale *"indeholder krav, der kan sikre opgaven med bortskaffelse af affald"*, bruges de næste 5 præmisser i den ellers kortfattede dom på at gennemgå indholdet af aftalen og de forpligtelser, der påhviler ikke blot *"tjenesteyderen"* (rengøringstjenesten), men også de pligter der påhviler *"ordregiverne"* (Landkreisene). Det synes således at være en forudsætning for Domstolen, at for at en aftale kan falde ind under samarbejdsundtagelsen, må aftalen indeholde forpligtelser for alle parter. Der lægges i afgørelsen betydelig vægt på, at de forpligtelser, der påhviler de 4 Landkreise, ikke alene har karakter af et årligt vederlag, men tillige består af visse tjenesteydelser¹⁵², ligesom der efter aftalen består en pligt for kontrahenterne til om fornødent at yde hinanden bistand.¹⁵³ Det må på baggrund af denne meget omhyggelige behandling af omfanget samt karakteren af de gensidige forpligtelser kunne konkluderes, at Domstolens betingelse om, at aftalen skal indeholde krav, som faktisk sikrer opgavens fælles gennemførelse, nærmere indebærer, at samtlige kontraktsparter aktivt skal bidrage til opgavens gennemførelse ved at stille *realydelser* til rådighed. Derimod er den blotte pengeydelse ikke tilstrækkelig. Alene ved en aktiv indsats fra alle parter sikres det, at der de facto sker en fælles gennemførelse af public service opgaven.

Det har således formegentlig ved anerkendelsen af samarbejdsundtagelsen ligget som en forudsætning for Domstolen, at de situationer, der skal kunne omfattes af undtagelsen, er dem, hvor myndighederne, såfremt de ikke var indgået i dette samarbejde, kunne have løst opgaven selv ved hjælp af egne ressourcer. Samarbejdet må med andre ord ikke have til formål at tilføre myndigheden nogle kompetencer, den ikke selv besidder, men må alene være udtryk for en bedre udnyttelse af allerede foreliggende ressourcer, hvilket sikres gennem denne betingelse om en reel indsats fra alle kontraktparter side.

Domstolen stiller dog ikke krav om, at alle parters realydelser skal være af samme karakter, og den stiller heller ikke krav om, at der skal være tale om en ren *"byttehandel"*, idet det i den konkrete

¹⁵¹ Præmis 38.

¹⁵² Præmis 41.

¹⁵³ Præmis 42.

sag blev tilladt, at de 4 Landkreise foruden visse realydelser også opfyldte deres del af kontrakten ved erlæggelse af et årligt vederlag. Om selv en marginal realydelse kan medføre, at den anden betingelse i samarbejdsundtagelsen kan anses for opfyldt, tager dommen ikke stilling til.

På trods af Domstolens manglende udtalelse herom bør det også for den anden betingelses opfyldelse endelig kunne kræves, at aftalen kun har til formål at sikre opfyldelsen af én specifik tjenesteydelse, der påhviler alle de deltagende parter. Samarbejdsundtagelsen skal naturligvis ikke kunne anvendes til at gennemføre formålsubegrænsede byttehandler med hinanden, således at en myndighed, der har en overkapacitet af én ydelse, kan bytte sig til en overkapacitet af en anden ydelse hos en anden myndighed med henblik på opfyldelse af vidt forskellige opgaver. Det forhold, at myndigheden selv stiller en modydelse til rådighed, er altså langt fra tilstrækkeligt til at kvalificere situationen under samarbejdsundtagelsen.

6.2.3 Ingen privat deltagelse

Den tredje og sidste betingelse, der må være opfyldt, for at samarbejdsundtagelsen kan finde anvendelse, er, at aftalen udelukkende indgås af offentlige myndigheder uden deltagelse fra nogen privat part.¹⁵⁴

I forhold til denne sidste betingelse udtrykker Domstolen sig meget klart, og forbuddet mod privat deltagelse fastslås således både i præmis 44 og igen i præmis 47. Her siges det, at et samarbejde mellem offentlige myndigheder ikke kan anfægte den primære målsætning med fællesskabsreglerne på området for udbud, når samarbejdet kun vedrører formål af almen interesse og *”hvis princippet om ligebehandling af de berørte i direktiv 92/50 [det gamle tjenesteydelsesdirektiv] er sikret, således at ingen private virksomheder får en konkurrencefordel”*. Domstolen begrundes altså dette forbud mod privat deltagelse i den konkurrenceforvridning, en sådan deltagelse ville medføre på det fri marked, hvilket ville være i direkte strid med fællesskabsreglerne. På dette punkt giver dommen således ikke anledning til fortolkningstvivel.

6.3 Fremtidige problemstillinger

Det er problematisk, at anvendelsesområdet for samarbejdsundtagelsen pga. Domstolens meget upræcise og konkrete udtalelser ikke kan fastlægges mere nøjagtigt end forsøgt ovenfor. Da det heller ikke kan forventes, at de nationale domstole og Kommissionen vil være i stand til at fastslå retsstillingen klart alene på baggrund af én enkelt afgørelse, må det derfor forventes, at Domstolen i

¹⁵⁴ Præmis 44.

kølvandet på denne afgørelse vil blive anmodet om at tage stilling til fakta i en lang række lignende sager med henblik på en nærmere afklaring af anvendelsesområdet for denne undtagelse.

Det kan dog allerede på nuværende tidspunkt fastslås, at Kommissionen har anerkendt, at der eksisterer endnu en retspraksis-skabt undtagelse fra UBD ved siden af den udvidede in-house regel. Det fremgår således af en pressemeddelelse fra Kommissionen af den 8. oktober 2009¹⁵⁵, at den i lyset af de seneste domme fra EF-Domstolen vælger at trække en traktatbrudssag mod Tyskland vedr. en samarbejdsaftale mellem offentlige myndigheder tilbage.

Fakta i den nu aflyste sag er beskrevet meget kortfattet i pressemeddelelsen¹⁵⁶, men det fremgår heraf, at sagen omhandlede to forskellige typer af kontrakter – både en vertikal samarbejdsaftale hvor flere myndigheder var gået sammen om at udføre en offentlig opgave via et fælleskontrolleret offentligretligt organ, og en horisontal samarbejdsaftale hvor flere myndigheder havde indgået en samarbejdsaftale - dog uden oprettelse af et særskilt organ til at udføre den offentlige opgave.

I relation til den vertikale samarbejdsaftale henviser Kommissionen til Coditel og Sea afgørelserne, der begge anerkender fælleskontrol, og fastslår herefter, at også samarbejdsaftalen i denne nu afviste sag kan kvalificeres under den udvidede in-house regel.

I relation til den horisontale samarbejdsaftale, der er væsentlig mere interessant i denne sammenhæng, refererer Kommissionen indledningsvis Domstolens konklusion fra sagen Kommissionen mod Tyskland. Kommissionen lægger således vægt på, at *"samarbejdet udelukkende er baseret på overvejelser og krav, der relaterer sig til forfølgelsen af offentlige formål indenfor området for bortskaffelse af affald"*. Hvad den konkrete aftale nærmere gik ud på, er som sagt kun gengivet meget kortfattet, men samarbejdet synes at basere sig på en i fællesskab udviklet plan for affaldshåndtering udarbejdet for den delstat, som alle myndighederne var en del af. Planen indeholdt en nærmere fordeling af opgaverne i relation til affaldsbehandlingen af hensyn til sikkerheden for affaldsbortskaffelsen og af hensyn til en økonomisk drift af delstatens affaldsfaciliteter.

Det kan ikke på baggrund af denne meget kortfattede gennemgang af fakta nærmere afklares, hvilke betingelser, Kommissionen finder, må være opfyldt, for at samarbejdsundtagelsen finder anvendelse, og pressemeddelelsen giver således heller ikke større sikkerhed for, at de af mig dragne konklusioner også er dem, der virkelig har ligget til grund for Domstolen. Omvendt afkræfter Kommissionens udtalelser heller ikke de ovenfor opstillede betingelser for samarbejdsundtagelsens an-

¹⁵⁵ IP/09/1465.

¹⁵⁶ Jeg søgte d. 5/11 hos Kommissionen om aktindsigt i den nu tilbagetrukne sag. Først d. 24/11 blev jeg kontaktet med henblik på uddybende informationer, men har efter min øjeblikkelige besvarelse endnu ikke hørt mere fra Kommissionen. Vurderingen af denne pressemeddelelses betydning for udviklingen i retspraksis vil således alene blive foretaget ud fra pressemeddelelsens sparsomme oplysninger.

vendelse. Således fremgår det ikke klart af pressemeddelelsen, om alle myndighederne faktisk deltog aktivt som tjenesteydere i forbindelse med denne aftale, men noget tyder dog herpå, idet det fremgår, at opgaverne blev fordelt. Pressemeddelelsen afklarer heller ikke, om pligten til at udføre opgaven skal følge af et bestemt retsgrundlag, men omvendt synes der at blive lagt større vægt på, at der er tale om forfølgelse af et mål, der har offentlighedens interesse, end på hvilket retsgrundlag pligten følger af jf. ovenstående udtalelse fra pressemeddelelsen. Det er ikke hermed direkte udtalt af Kommissionen, at den også finder, at der skal være en vis grad af almen interesse, i den opgave samarbejdsaftalen vedrører, men en sådan forståelse hos Kommissionen kan heller ikke afvises på baggrund af pressemeddelelsen.

Arbejdet med at fastlægge det nærmere anvendelsesområde for samarbejdsundtagelsen er som det ses allerede i gang, men processen må forventes at blive langvarig med en masse afgørelser fra Domstolen, der gradvist vil præcisere retsstillingen.

Endnu en problemstilling, som Domstolen fortsat ikke har taget stilling til, men som må forventes at blive meget aktuel i den nærmeste fremtid i forbindelse med tendensen til selskabsgørelse, er spørgsmålet om, hvad der gælder i den "omvendte in-house" situation. Den "omvendte in-house" situation er den, hvor det er det kontrollerede selskab, der har brug for at indgå aftaler med det kontrollerende selskab - fx tjenesteydelseskontrakter vedr. administrative ydelser. Det er endnu uafklaret i praksis, om en sådan omvendt in-house tildeling skal sendes i udbud.

Den "omvendte in-house" situation er ikke umiddelbart omfattet af den udvidede in-house regel, da det kontrollerede selskab ikke har kontrol over det kontrollerende selskab, ligesom hovedparts-kriteriet formegentlig heller aldrig vil være opfyldt. Kriterierne efter samarbejdsundtagelsen må vurderes heller ikke at kunne opfyldes i en sådan "omvendt in-house"-situation, da der ikke vil være tale om en fælles opgave, og den vil formegentlig heller aldrig have den krævede tungtvejende karakter. På trods af dette kan der dog argumenteres for, at også denne situation må undtages fra udbud, idet at hvis der anerkendes en in-house relation "den ene vej", synes det logisk og rimeligt også at anerkende en sådan situation "den anden vej". At Domstolen må nå frem til dette resultat, støttes tillige af den seneste udvikling i Domstolens praksis, efter hvilken myndighedernes muligheder for at samarbejde i den grad er blevet anerkendt.

7. Sammenfatning og konklusion

Det må konkluderes, at det seneste års retspraksis har udvidet offentlige myndigheders muligheder for at undtage ellers udbudspligtige kontrakter fra udbud. Det er særligt overfor samarbejder mellem offentlige myndigheder, at Domstolen har udvist stor velvilje. Denne lempelige holdning i relation til offentlige samarbejder synes at hvile på den betragtning, at hvis flere myndigheder for sig selv ved hjælp af egne ressourcer har mulighed for at udføre sine public service opgaver, er det ikke udbudsreglerne, der skal stå i vejen for, at disse ressourcer også anvendes i fællesskab. Herved vil der formegentlig og forhåbentlig etableres en mere effektiv forvaltning.

Velviljen overfor interkommunale samarbejder i forhold til den udvidede in-house regel er helt konkret kommet til udtryk i Coditel afgørelsen, hvor det for første gang helt tydeligt blev fastslået, at flere myndigheder i relation til samme selskab kunne opfylde kontrolkriteriet. Kontrolkriteriet er således i relation til mulighederne for fælleskontrol blevet fortolket meget lempeligt af Domstolen.

Det er dog ikke kun i relation til den udvidede in-house regel, at der er fokus på myndighedernes samarbejds muligheder, men Domstolen har yderligere etableret en helt ny undtagelse ved siden af den udvidede in-house regel. Efter denne nye undtagelse er der umiddelbart mulighed for at etablere offentlige samarbejder i en hvilken som helst form, idet Domstolen i afgørelsen Kommissionen mod Tyskland udtalte, at fællesskabsretten ikke indeholder nogen forpligtelse til at anvende en særlig retlig form med henblik på et samarbejde.

Den nye undtagelse er dog ikke fuldstændig betingelsesløs. Præcis hvilke forudsætninger, der må være til stede, for at undtagelsen finder anvendelse, er imidlertid i høj grad uafklaret. Det eneste, der med sikkerhed kan fastslås, er, at Domstolen i et eller andet omfang anerkender, at også visse mindre formaliserede samarbejder kan være undtaget fra udbudspligten efter UBD, og at der ikke må være private deltagere i samarbejdet, men derudover er rækkevidden af den nye samarbejdsundtagelse højest tvivlsom. Det vil således endnu være særdeles vanskeligt at vurdere, hvilke tilfælde der vil falde ind under den nye undtagelse, og hvilke der ikke gør.

Som modstykke til de fordele der i visse situationer vil kunne være ved de mindre formaliserede samarbejder, må myndighederne derfor være opmærksomme på den usikkerhed, der er forbundet med rækkevidden af samarbejdsundtagelsen. Ved myndighedernes valg af samarbejdsform og dermed også valg af "udbuds-undtagelse" (udvidet in-house eller samarbejdsundtagelsen) må man derfor også forvente, at myndighederne vil være meget tilbageholdende med at vælge joint venture samarbejdsformen, så længe kriterierne for samarbejdsundtagelsen er så usikre, som de endnu er. Denne situation er dog ikke ny for hverken Domstolen eller de øvrige aktører, der må forholde sig til offentlige myndigheders udbudspligt, idet situationen på sin vis minder om den, der forelå efter

Teckal dommens afsigelse. Også i Teckal dommen var Domstolen således meget vag i sine udtalelser vedr. hvilke betingelser, der måtte være opfyldt, for at den udvidede in-house regel kunne finde anvendelse, og først i dag over 10 år efter Teckal dommens afsigelse er der nogenlunde sikkerhed for, hvad der nærmere skal forstås ved Teckal dommens hovedparts- og kontrolkriterium. Det skal dog i denne forbindelse bemærkes, at retsstillingen i relation til den udvidede in-house regel langt fra kan læses direkte ud af Teckal kriteriernes ordlyd, men derimod må man for at få kendskab hertil være bekendt med hele udviklingen i retspraksis.

Det er alene i relation til spørgsmålet om fælleskontrol og samarbejdsmuligheder, at Domstolen har anlagt en lempelig fortolkning af kontrolkriteriet, hvorimod den i forhold til muligheden for at lade private deltage i et "in-house selskab" har opretholdt og i forhold til senere privatiseringer ligefrem har skærpet sin restriktive holdning.

Den restriktive holdning i relation til privat kapital synes dog at være i tråd med UBD's bagvedliggende formål, nemlig en fri og ufordrejet konkurrence, som ikke fuldstændig vil kunne opretholdes, såfremt der åbnes op for privat kapital. Privates deltagelse i et offentligt selskab vil altid indebære visse fordele for den private part, og der er stor fare for, at disse fordele i et eller andet omfang vil fordreje konkurrencen på det fri marked.

Generelt synes der, såvel ved Domstolens udvidede fortolkning af Teckal kriterierne i relation til mulighederne for fælleskontrol som ved Domstolens anerkendelse af den nye undtagelse til udbudspligten, fra Domstolens side at være kommet forøget fokus på, at udbudsreglerne ikke regulerer spørgsmålet om, hvorvidt en opgave skal varetages internt eller sendes i udbud, men derimod at formålet med udbudsreglerne er at sikre, at konkurrencen om en *faktisk* udbudt opgave bliver fri og ufordrejet.

8. Litteraturliste

Henvisningsforkortelser er angivet kursiveret i parentes efter værket

Bøger:

- Andersen, Paul Krüger: Aktie- og anpartsselskabsret, 10. udgave, 2008. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (*Krüger Andersen*)
- Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement, 2. udgave, 2005. Sweet & Maxwell. (*Arrowsmith*)
- Berg, Bendt: Almindelig forvaltningsret, 3. udgave, 2007. Forlaget Thomson A/S. (*Berg*)
- Fabricius, Jesper; Offersen, René: EU's udbudsregler i praksis, 2. udgave, 2006. Forlaget Thomson A/S. (*Fabricius m.fl.*)
- Hjelmberg, Simon Evers; Jakobsen, Peter Stig; Poulsen, Sune Troels: EU udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, 1. udgave, 2005. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (*Hjelmberg m.fl.*)
- Meyer, Peter Lund: EU's udbudsregler, 1. udgave, 1998. GadJura. (*Meyer*)
- Nielsen, Ruth: Udbud af offentlige kontrakter, 3. udgave, 2005. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (*Nielsen*)
- Revsbech, Karsten: Kommunernes opgaver – Kommunalfuldmagten m.v., 1. udgave, 2005. Jurist- (*Revsbech*)
- Steinicke, Michael; Groesmeyer, Lise: EU's Udbudsdirektiver med kommentarer, 2. udgave, 2008. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (*Steinicke*)

Artikler:

- Avarkioti, Fotini: The Application of EU Public Procurement Rules to "In-house" Arrangements, PPLR, 2007, nr. 1, s. 22-35. (*Avarkioti, PPLR 2007*)
- Brown, Adrian: Case Comment, Case C-107/98 (Teckal): Application of Directive 93/36 Where a Contracting Authority Entrusts Supply of Products to a consortium in which it has a Holding, PPLR 2000, nr. 2, CS41-CS44. (*Brown, PPLR, Teckal*)
- Brown, Adrian: Application of the Procurement Directives to Contracts Awarded by Public bodies to Subsidiaries and the Scope of the Remedies Directive: A Note on Case C-26/03, Stadt Halle, PPLR 2005, nr. 3, NA72-NA77. (*Brown, PPLR, Stadt Halle*)
- Brown, Adrian: The Application of the EC Treaty to a Services Concession Awarded by a Public Authority to a Wholly Owned Subsidiary: Case C-458/03, Parking Brixen, PPLR 2006, nr. 2, NA40-NA47. (*Brown, PPLR, Parking Brixen*)
- Brown, Adrian: The Treatment of a Contract Which is Awarded by a Public Authority to a Wholly Owned Subsidiary Shortly Before Shares in that Subsidiary are sold to a Third Party: a Note on C-29/04, Commission v. Austria, PPLR 2006, nr. 2, NA52-NA54. (*Brown, PPLR, Mödling*)
- Dischendorfer, Martin: The Compatibility of Contracts Awarded Directly to "Joint Executive Services" with the Community Rules on Public Procurement and Fair Competition: A Note on Case C-295/05, Asemfo v. Tragsa, PPLR 2007, NA123-NA130. (*Dischendorfer, PPLR, Tragsa*)
- Kaarresalo, Toni: Procuring In-house: The Impact of the EC Procurement Regime, PPLR, 2008, nr. 6, s. 242-254. (*Kaarresalo, PPLR 2008*)
- Kotsonis, Dr. Totis: Co-operative Arrangements between Public Authorities in the Pursuit of a Public Interest Task: Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany (C-480/06), PPLR 2009, nr. 6, NA212-NA216. (*Kotsonis, PPLR, Kommissionen mod Tyskland*)

- Kotsonis, Dr. Totis: Application of the Teckal Exemption to a Services Concession Contract: Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale (C-324/07), PPLR, 2009, nr. 3, NA73-NA78. (*Kotsonis, PPLR, Coditel*)
- Perin, Roberto Cavallo; Casalini, Dario: Control over In-house Providing Organisations, PPLR 2009, nr. 5, s. 227-240. (*Perin, PPLR 2009*)
- Steinicke, Michael: Den udbudsretlige in house-regel – en kritik af udviklingen i EF-Domstolens praksis. Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2009, s. 260-273. (*Steinicke, Den udbudsretlige in house-regel*)
- Weltzien, Kurt: Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of the Procurement Directives in the Classical Sector, PPLR 2005, nr. 5, s. 237-255. (*Weltzien, PPLR 2005*)

Domme fra EF-Domstolen, kronologisk:

- C-107/98 af 18. november 1999, Teckal Srl mod Comune di Viano. Saml. 1999, s. I-08121. (*Teckal*)
- C-26/03 af 11. januar 2005, Stadt Halle RPL Lochau GmbH mod TREA Leuna. Saml. 2005, s. I-00001. (*Stadt Halle*)
- C-231/03 af 21. juli 2005, Coname mod Comune di Cingia de' Botti. Saml. 2005, s. I-07287. (*Coname*)
- C-458/03 af 13. oktober 2005, Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen og Stadtwerke Brixen AG. Saml. 2005, s. I-08585. (*Parking Brixen*)
- C-29/04 af 10. november 2005, Kommissionen mod Østrig. Saml. 2005, s. I-09705. (*Mödling*)
- C-410/04 af 6. april 2006, ANAV mod Comune di Bari, AMTAB. Saml. 2006, s. I-03303. (*ANAV*)
- C-340/04 af 11. maj 2006, Carbotermo Spa mod Comune de Busto Arsizio og AGESP SpA. Saml. 2006, s. I-04137. (*Carbotermo*)
- C-220/05 af 18. januar 2007, Jean Auroux m.fl. mod Commune de Roanne. Saml. 2007, s. I-00385. (*Jean Auroux*)
- C-295/05 af 19. april 2007, Asemfo mod Tragsa. Saml. 2007, s. I-02999. (*Tragsa*)
- C-324/07 af 13. november 2008, Coditel Brabant SA mod Commune d'Uccle. Saml. 2008, s. I-08457. (*Coditel*)
- C-480/06 af 9. juni 2009, Kommissionen mod Tyskland. Endnu ikke i samlingen af afgørelser. (*Kommissionen mod Tyskland*)
- C-573/07 af 10. september 2009, Sea Srl mod Comune de Ponte Nossa. Endnu ikke i samlingen af afgørelser. (*Sea*)

Generaladvokaters forslag til afgørelse, kronologisk:

- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Cosmas, fremsat 1. juli 1999, sag C-107/98, Teckal. (*GA Cosmas, Teckal*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Stix-Hackl, fremsat 23. september 2004, C-26/03, Stadt Halle. (*GA Stix-Hackl, Stadt Halle*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Kokott, fremsat 1. marts 2005, C-458/03, Parking Brixen. (*GA Kokott, Parking Brixen*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Geelhoed, fremsat 12. januar 2006, C-410/04, ANAV. (*GA Geelhoed, ANAV*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Stix-Hackl, fremsat 12. januar 2006, C-340/04, Carbotermo. (*GA Stix-Hackl, Carbotermo*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Geelhoed, fremsat 28. september 2006, C-295/05, Tragsa. (*GA Geelhoed, Tragsa*)

- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Trstenjak, fremsat 4. juni 2008, C-324/07, Coditel. (*GA Trstenjak, Coditel*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Mazák, fremsat 19. februar 2009, C-480/06, Kommissionen mod Tyskland. (*GA Mazák, Kommissionen mod Tyskland*)

Lovgivning:

- EF-Traktaten: Traktat af 25. marts 1957 om oprettelse af det Europæiske Fællesskab
- Udbudsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. (*Udbudsdirektivet/UBD*)
- Kommunestyrelsesloven: Bekendtgørelse af lov om kommuners styrelse, nr. 581 af 24. juni 2009. (*KSTL*)
- Aktieselskabsloven: Bekendtgørelse af lov om aktieselskaber, nr. 649 af 15. juni 2006. (*Aktieselskabsloven /ASL*)
- Statutten for Domstolen – Den Europæiske Unions Tidende 2008 C 115/210

Vejledninger:

- Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, 2006. (*KS vejl.*)

Pressemeddelelser:

- Kommissionens pressemeddelelse af 8. oktober 2009 – IP/09/1465 (*IP/09/1465*)

Link:

- Kommissionens pressemeddelelse:
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1465&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>