

Udbudsretlige in-house kontrakter

af TRINE DALL

Opgaver der varetages in-house, inden for samme offentlige myndighed, kræves ikke udbudt i medfør af udbudsdirektivet. Der er i retspraksis fra EF-Domstolen blevet udviklet en såkaldt udvidet in-house regel. Reglen går ud på, at kontrakter som ordregivende myndigheder har tildelt selvstændige juridiske personer, og som derfor som udgangspunkt er udbudspligtige, under visse forudsætninger kan være undtaget reglerne i udbudsdirektivet. Der er i praksis udviklet to kriterier, der skal være opfyldt, for at kontrakttildelelse til selvstændige juridiske personer kan være undtaget udbudspligten efter udbudsdirektivet, det er kontrolkriteriet og hovedpartskriteriet. Det er disse to kriterier, der er genstand for nærmere undersøgelse i specialet. På baggrund af teori og primært praksis fra EF-Domstolen tages der stilling til, hvilke betingelser der skal være til stede for, at de to kriterier kan være opfyldt. Endvidere undersøges det hvad der kan hindre kriteriernes opfyldelse, samt hvilke momenter der skal eller kan indgå i vurderingen af kriteriernes opfyldelse. De to kriterier er i praksis afgørende for, hvornår offentlige ordregivende myndigheder kan undlade udbud af kontrakter tildelt til selvstændige juridiske personer, og opfyldelse af kriterierne er derfor yderst relevant for offentlige myndigheders udbudspligt. Det konkluderes bl.a., at udviklingen i retspraksis er gået fra at have indskrænket de to kriteriers anvendelsesområde betydeligt til, i den seneste praksis fra EF-Domstolen, muligvis at have lempet på mulighederne for opfyldelse af de to kriterier.

Efter aflevering af specialet er jeg blevet opmærksom på to domme, som kan være interessante i forbindelse med emnet og som derfor kort skal nævnes:

1. EF-domstolens dom af 18. december 2007, sag C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia.(Correosdommen).

I sagen, der vedrører postbefordring, går Domstolen ind i en vurdering af om hovedpartskriteriet er opfyldt, men derimod ikke ind i en vurdering af kontrolkriteriet. Domstolen afviser at hovedpartskriteriet er opfyldt, idet selskabet Correos ikke udfører hovedparten af sin virksomhed for det offentlige, men derimod udfører posttjenester for et ubestemt antal kunder, som er modtagere af posttjenesten.

*Domstolen udtaler endvidere, at den **aftale** der er indgået mellem den spanske regering og selskabet Correos om udførelse af postbefordring er en aftale, der er omfattet af udbudsdirektivet og derfor skulle have været udbudt. Dette gælder uanset, at selskabet er forpligtet til at udføre tjenesten både i forhold til staten og i forhold til private, som ønsker at gøre brug af posttjenesten, og uanset at selskabet udfører denne tjeneste til en fast og gennemskuelig pris, og dermed reelt ikke har nogen handlefrihed vedrørende disse to forhold. Der er stadig tale om et aftalemæssigt forhold, og alene i det tilfælde hvor aftalen udgør en ensidig administrativ retsakt, der kun opstiller betingelser for Correos, og dermed er en retsakt, der adskiller sig mærkbart fra de kommercielle betingelser, der normalt tilbydes af dette selskab, vil det kunne lægges til grund, at der ikke foreligger en aftale i direktivets forstand, og direktivet derfor ikke finder anvendelse.*

2. EF-domstolens dom af 13. november 2008, sag C-324/0, Coditel Brabant SA mod Commune d'Uccle m.fl. (Coditel-dommen).

Dommen vedrører kontrolkriteriet. Domstolen fastslår, at myndighederne i sagen udøvede tilstrækkelig fælles kontrol over et interkommunalt andelsselskab, som var 100 % ejet af kommunerne. Der gælder således ikke et krav om, at den enkelte ordregivende myndighed skal udøve en individuel kontrol over samarbejdet, når myndighederne samlet set har fælles kontrol med det interkommunale samarbejde, og at samarbejdet ikke handler uafhængigt af myndighederne. Fælles kontrol kan således godt opfylde kontrolkriteriet.

Indholdsfortegnelse

1. INDLEDNING	3
1.1. Introduktion	3
1.2. Problemformulering	3
1.3. Afgrænsning	3
2. IN-HOUSE – NÆRMERE AFGRÆNSNING	4
2.1. Ordregivende myndigheder	4
2.2. Offentlige kontrakter	4
2.3. Aftalen	5
2.3.1. Tragsa-dommen	5
2.4. Særskilt regulering af in-house situationer	6
2.4.1. Eksklusive rettigheder	6
2.4.2. Kommunale fællesskaber	6
2.4.3. Centrale indkøbsorganisationer	6
2.4.4. Forsyningsvirksomhedsdirektivet (FDV)	7
3. UDVIDET IN-HOUSE REGEL – HVILKE KRITERIER SKAL OPFYLDES?	7
3.1. Teckal-dommen	8
4. KONTROLKRITERIET – DE ENKELTE MOMENTER	10
4.1. Kontrolbegrebet i andre sammenhænge	10
4.2. Enekontrol eller fælleskontrol	11
4.3. Private ejere	11
4.3.1. Halvoffentlige selskaber – privat medejerskab	11
4.3.1.1. Stadt Halle-dommen	12
4.3.2. Åbenhed for privat kapital	14
4.3.2.1. Coname-dommen	14
4.3.2.2. ANAV-dommen	15
4.3.2.3. Parking Brixen-dommen	17
4.3.3. Faktisk efterfølgende frasalg til private - omgåelse	18
4.3.3.1. Mödling-dommen	18
4.3.4. Privatisering	20
4.4. Karakteren af kontrol	21
4.4.1. Strategiske målsætninger og vigtige beslutninger	21
4.4.2. Selskabets orientering mod markedet – kontraktmæssige status	22
4.4.3. Karakteren af selskabsformen aktieselskab og 100 % ejerskab	23
4.4.4. Udvidelse af selskabets formål og det geografiske område	24
4.4.5. Bestyrelsens betydelige beføjelser – selskabets selvstændige handlefrihed	25
4.4.5.1. Cabotermo-dommen (AGESP)	26
4.5. Øvrige ejerskabsforhold	26
4.5.1. Holdingselskaber og indirekte ejerskab	26

4.5.2. Den enkelte ejerandels størrelse	27
4.6. Konklusion vedrørende kontrolkriteriet	30
5. HOVEDPARTSKRITERIET – DE ENKELTE KRITERIER	31
5.1. Hovedparten	31
5.1.1. 80 % -reglen i forsyningsvirksomhedsdirektivet	32
5.1.2. Hvilken omsætning	32
5.1.3. Alene marginal karakter	32
5.1.4. Aktuel eller potentiel aktivitet	33
5.2. Nærmere om selskabets aktivitet	34
5.2.1. Modtager af ydelserne	34
5.2.2. Betaling af vederlag	34
5.2.3. Geografiske område	34
5.3. Ejerskabets betydning ved vurdering af hovedpartskriteriet	35
5.3.1. Samtlige ejere	35
5.3.2. Indirekte ejerskab	36
5.4. Konklusion vedrørende hovedpartskriteriet	36
6. KONKLUSION	37
7. LITTERATURLISTE	37

1. Indledning

1.1. Introduktion

In-house opgaver er opgaver som varetages internt i en offentlig myndighed uden brug af ekstern hjælp. Når en opgave varetages internt finder reglerne i udbudsdirektivet (UBD) ikke anvendelse, og EF-traktatens principper skal heller ikke varetages. Det er ikke i UBD defineret hvornår, og under hvilke forudsætninger der er tale om en in-house situation. Det beror på en vurdering af, hvornår der er tale om intern opgavevaretagelse uden ekstern hjælp, herunder om opgaven varetages inden for samme myndighed. Der er i retspraksis fra EF-Domstolen blevet udviklet en såkaldt *udvidet in-house regel*. Denne regel indebærer, at en ordregivende myndigheds kontrakttildeling til en selvstændig juridisk person under visse omstændigheder betragtes som intern opgavevaretagelse i myndigheden, og derfor er undtaget udbudspligt.

1.2. Problemformulering

På baggrund af retspraksis fra EF-Domstolen, undersøges og redegøres for, hvilke forudsætninger der skal være til stede, for at der foreligger en udvidet in-house situation eller opgave, som er undtaget reglerne i UBD. I retspraksis fra EF-Domstolen er der i Teckal-dommen opstillet to kriterier, som skal være opfyldt, førend der kan være tale om en udvidet in-house situation; *kontrolkriteriet* og *hovedpartskriteriet*. Hvilke betingelser der skal være til stede, for at de to kriterier er opfyldt, er i praksis afgørende for, hvornår myndigheder kan undlade udbud af kontrakter, som tildeles selvstændige juridiske personer. Det må derfor nærmere undersøges, hvad der kræves for, at kriterierne kan være opfyldt, og hvad der kan hindre kriteriernes opfyldelse, samt hvilke momenter der skal eller kan indgå i vurderingen af kriteriernes opfyldelse.

1.3. Afgrænsning

I redegørelsen for den praksisskabte udvidede in-house regel vil det primære fokus blive lagt på praksis fra EF-domstolen samt Generaladvokaternes forslag til afgørelse i de pågældende sager. Derudover vil generel teori og litteratur blive inddra-

get samt ikke-bindende vejledninger. Dansk rets- eller klagenævnspraksis inddrages ikke. Disse instanser anvender retspraksis fra EF-Domstolen ved fortolkning af UBD i deres afgørelser, og det må derfor som udgangspunkt antages, at denne praksis er i overensstemmelse med praksis fra Domstolen. EF-Domstolens domme er ved fortolkning af UBD og Traktaten, som udgangspunkt udtryk for gældende ret og vil derfor være bindende i national ret. Generaladvokaternes forslag til afgørelse er derimod ikke bindende men vil udgøre væsentlige fortolkningsbidrag til forståelse af retspraksis.

Den praksisskabte udvidede in-house regel relaterer sig hovedsagligt til reglerne i UBD. Imidlertid har reglen også betydning i relation til koncessioner og EF-Traktatens generelle principper. Der vil som udgangspunkt ikke blive skelnet mellem, om det er Traktaten, koncessioner eller UBD, der danner baggrund for anvendelsen af den udvidede in-house regel, idet reglens anvendelse ikke antages at afhænge heraf.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets (FDV) artikel 23 indeholder - i modsætning til UBD - en udtrykkelig regel om in-house i forhold til tilknyttede virksomheder. Reglen i FVD vil blive inddraget i specialet, i det omfang den hjælper til at belyse praksis i relation til den praksisskabte udvidede in-house regel.

Ved redegørelsen for den udvidede in-house regel forudsættes, at de øvrige betingelser for, at en given kontrakt falder ind under UBD regler er til stede, f.eks. at tærskelværdierne er opfyldt.

Forinden redegørelsen for den udvidede in-house regel, som fastslået i EF-Domstolens dom i Teckal-sagen, og dermed *kontrolkriteriet* og *hovedparts-kriteriet*, vil baggrunden for in-house reglen blive belyst, således at reglen bliver sat i en kontekst. Det omtales, hvilke myndigheder der er omfattet af reglerne i UBD og dermed også af den udvidede in-house regel. Endvidere vil der blive redegjort for, hvilke grundlæggende forudsætninger der skal være til stede, for at UBD kan finde anvendelse. Endelig nævnes kort andre regelsæt, der også regulerer in-house situationer, men som på grund af særskilt regulering ikke er omfattet af den praksisskabte udvidede in-house regel.

2. In-house – nærmere afgrænsning

2.1. Ordregivende myndigheder

Det er *ordregivende myndigheder* og disses kontraktindgåelse, der er omfattet af reglerne i UBD og den udvidede in-house regel. Ordregivende myndigheder omfatter staten, regionale og lokale myndigheder, og desuden offentligretlige organer.¹ For at kunne vurdere om en opgave varetages in-house må de forskellige myndigheder afgrænses over for hinanden, ligesom det må undersøges om myndighederne kan anses for at udgøre én samlet enhed. Staten betragtes ikke i UBD's forstand som én samlet ordregivende myndighed.² De forskellige ministerier med dertil hørende styrelser og departementer er ikke én samlet myndighed, men udgør organisatorisk uafhængige myndigheder. De enkelte kommuner og regioner betragtes ligeledes som separate ordregivende myndigheder med dertil hørende tjenestegrene.

2.2. Offentlige kontrakter

UBD gælder for *offentlige kontrakter*, der defineres som:

¹ UBD artikel 1, stk. 9.

² Hjelmborg m.fl. EU Udbudsretten, s. 88, Ruth Nielsen, s. 194, KS vejledning, punkt. 3.2.

”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...”³

En offentlig kontrakt i direktivets forstand forudsætter således indgåelse af en 1) skriftlig 2) gensidigt bebyrdende aftale, mellem på den ene side 3) en/flere økonomiske aktører, og på den anden side en forskellig fra denne økonomiske aktør 4) en/flere ordregivende myndigheder. Begrebet økonomisk aktør omfatter også ordregivende myndigheder, der udbyder arbejder, varer eller tjenesteydelser på markedet.⁴ Det afgørende er, om der indgås en gensidigt bebyrdende aftale med en fra den ordregivende myndighed retligt adskilt og uafhængig økonomisk aktør, uanset om denne selv er en ordregivende myndighed.⁵

2.3. Aftalen

Udgangspunktet er, at der skal være tale om en *skriftlig og gensidigt bebyrdende aftale* (modsat ensidige ydelser) mellem to juridisk selvstændigt adskilte personer. Heri ligger implicit, at interne aftaler inden for den enkelte ordregivende myndighed ikke i UBD's forstand anses for gensidigt bebyrdende. Myndigheden kan ikke indgå en gensidigt bebyrdende aftale med sig selv.⁶

Baggrunden for den udvidede in-house regel er en betragtning om, at der under visse forudsætninger, foreligger en så tæt og afhængig forbindelse mellem den ordregivende myndighed og en selvstændig juridisk person, at en kontrakttildelelse betragtes som en in-house situation og ikke en aftale i direktivets forstand.⁷ I en nyere dom fra EF-Domstolen fremgår det, at det er essentielt at se på, hvorvidt der overhovedet foreligger en aftale i UBD's forstand, førend der tages stilling til, om de to Teckal-kriterier er opfyldt.

2.3.1. Tragsa-dommen⁸

Tragsa var et statsligt selskab, hvis hele kapital ejedes af det offentlige. Den spanske stat ejede 99 %, og 1 % ejedes af 4 af i alt 17 regioner. Tragsa, som var forvaltningens *eget organ og tekniske tjeneste*, havde til opgave på eksklusivt grundlag selv eller gennem datterselskaber at udføre arbejder, som blev overdraget af staten og regionerne. Tragsa og dets datterselskaber var forpligtede til at udføre de arbejder, som de blev tildelt af forvaltningen, og som lå inden for selskabets formål. Den modydelse, Tragsa kunne opkræve for arbejder, var de udgifter, selskabet havde afholdt. Udgifterne blev udregnet ved anvendelse af et takstsystem, der afspejlede de reelle og samlede omkostninger.⁹

Før Domstolen behandlede de to Teckal-kriterier, tog den stilling til, om der overhovedet kunne antages at være indgået en gensidigt bebyrdende aftale af kontraktmæssig karakter mellem de ordregivende myndigheder og Tragsa.¹⁰ Domstolen fastslog, at hvis Tragsa ikke havde nogen frihed til selv at bestemme, hvad der skulle ske med bestillinger fra myndighederne, eller fastsætte den takst, som Tragsa skulle modtage for sine ydelser, var betingelsen for at anse forholdet som en kontrakt omfattet af UBD, ikke opfyldt.¹¹

³ Jf. UBD artikel 1, stk. 2, litra a.

⁴ Jf. UBD artikel 1, stk. 8.

⁵ Hjelmberg m.fl., EU Udbudsretten s. 88.

⁶ Steinicke, s.167.

⁷ GA. Léger, punkt. 50.

⁸ Sag C-295/05, Asemfo mod Tragsa, dom af 19. april 2007, (Tragsa).

⁹ Tragsa, præmis 10-14 og 58.

¹⁰ Tragsa, præmis 46-55.

¹¹ Tragsa, præmis 54.

Hermed fastslår Domstolen, at UBD ikke finder anvendelse, allerede af den grund, at der som følge af de konkrete omstændigheder ikke foreligger en gensidigt bebyrdende kontrakt mellem de ordregivende myndigheder og Tragsa. Domstolen lægger vægt på, at Tragsa er underlagt kommunernes ledelse og beslutninger, og dermed på Tragsas manglende selvstændige handlefrihed.

Tragsa anses af Domstolen for at være et eget operationelt organ for forvaltningen, og forholdet til kommunerne er af intern karakter alene, idet Tragsas forbindelser til kommunerne er kendetegnet ved afhængighed og underordning.¹² Det må på denne baggrund antages, at Domstolen betragter Tragsa, ikke blot som et organ der *minder om* en intern tjenestegren, men som en *faktisk* underordnet tjenestegren. Dette må være ensbetydende med, at kommunernes tildeling af kontrakt til Tragsa ikke falder ind under reglerne i UBD allerede af den grund, at der ikke foreligger en gensidigt bebyrdende aftale, idet Tragsa er kommunernes eget interne organ, uden selvstændig beslutningskompetence. Kommunerne kan ikke indgå en aftale med interne tjenestegrene i direktivets forstand (dvs. med sig selv), og dermed ikke med Tragsa.

Domstolen kunne være stoppet her, men valgte imidlertid under alle omstændigheder at undersøge, om Teckal-kriterierne var opfyldt i forholdet mellem Tragsa og myndighederne. Denne undersøgelse gennemgås nærmere i afsnittene 4.5.2. og 5.3.1.

2.4. Særskilt regulering af in-house situationer

Der er særlige regler, som særskilt regulerer forskellige former for in-house situationer, og som derfor ikke er omfattet af UBD regler og dermed heller ikke af den praksisskabte udvidede in-house regel.

2.4.1. Eksklusive rettigheder

En af disse regler findes i UBD artikel 18, hvoraf det fremgår, at direktivet ikke finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter, som tildeles en anden ordregivende myndighed på grundlag af en eksklusiv rettighed, når kontrakten er tildelt i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser. Der er således tale om en udtrykkelig undtagelse til UDB.

2.4.2. Kommunale fællesskaber

For så vidt angår kommunale fællesskaber, der er godkendt i henhold til Kommune styrelseslovens § 60, betragtes aftaler mellem fællesskabet og de enkelte delta-gende kommuner ikke for gensidigt bebyrdende aftaler, idet rettigheder og forpligtelser efter lovgivningen umiddelbart påhviler det kommunale fællesskab. Der er tale om, at opgaverne via lovgivningen er pålagt det kommunale fællesskab og ikke ved en privatretlig aftale. Der opstår således en "specialkommune", hvor opgavevaretagelse inden for denne betragtes som in-house og derfor er undtaget UBD regler.¹³

2.4.3. Centrale indkøbsorganisationer

Der findes ligeledes nogle særlige regler i UBD, som fritager en ordregivende myndighed for udbudspligt, når myndigheden foretager indkøb gennem en indkøbscentral.¹⁴

¹² Tragsa, præmis 51.

¹³ KS vejledning, punkt. 3.2.

¹⁴ Jf. UBD artikel 11. Definitionen af en indkøbscentral fremgår af UBD artikel 1, stk. 10.

2.4.4. Forsyningsvirksomhedsdirektivet (FDV)

FVD indeholder ligesom UBD en lang række regler om, under hvilke forudsætninger der skal ske udbud af offentlige kontrakter. FVD vedrører i modsætning til UBD et særligt område om udbud af forsyningskontrakter. Artikel 23 i FVD indeholder en undtagelsesbestemmelse, hvori der er hjemmel til, at direktivet ikke finder anvendelse på visse kontrakter, som den ordregivende myndighed indgår med ”tilknyttede virksomheder.”

FVD finder i henhold til artikel 23, stk. 3 ikke anvendelse på kontrakter med tilknyttede virksomheder, når mindst 80 % af den gennemsnitlige omsætning af tjenesteydelser, leverancer eller bygge- og anlægsarbejder hidrører fra levering til de virksomheder, den tilknyttede virksomhed er tilknyttet. Der er altså tale om, at den tilknyttede virksomhed kun må have uvæsentlige markedsaktiviteter, som maksimalt må udgøre 20 % af selskabets samlede omsætning.

Hvad der nærmere forstås ved en ”tilknyttet virksomhed” er defineret i FVD artikel 23, stk. 1. Det er bl.a., når der foreligger konsoliderede regnskaber mellem ordregiveren og den udførende virksomhed. Endvidere hvis ordregiveren, direkte eller indirekte, kan udøve bestemmende indflydelse over virksomheden, hvilket er defineret i FVD artikel 2, stk. 1, litra b. Som det vil ses i det følgende er der forskel på de betingelser, der skal foreligge, for at opfylde kontrolkriteriet i følge den praksisudvidede in-house regel i relation til UBD, og de betingelser der skal foreligge, for at der foreligger kontrol i relation til FVD.

3. Udvidet in-house regel – hvilke kriterier skal opfyldes?

UBD omfatter ordregivende myndigheders gensidigt bebyrdende aftaler med eksternt adskilte økonomiske aktører. Imidlertid finder UBD ikke anvendelse, når den ordregivende myndighed varetager en opgave gennem en tjenestegren eller afdeling, der udgør en del af den ordregivende myndighed, idet det er en intern opgave, og dermed ikke en gensidigt bebyrdende aftale i direktivets forstand.

Usikkerhed opstår imidlertid, når den ordregivende myndighed er organiseret således, at der er udskilt grene eller områder til selvstændige juridiske personer, dvs. når den offentlige ordregivende myndighed tildeler kontrakter til selvstændige juridiske personer, som den eventuelt også ejer. Den offentlige ordregivende myndighed har ikke (længere) de samme instruktions- og kontrolbeføjelser, som myndigheden har med egne interne tjenestegrene. Der er tale om to særskilte og selvstændige juridiske personer, og aftaler mellem disse to enheder udgør som udgangspunkt - i udbudsdirektivets forstand - en gensidigt bebyrdende aftale, som skal udbydes.

EF-domstolen har i flere domme fastslået, at der dog stadig under visse betingelser kan foreligge en form for in-house situation, selv om en kontrakt er tildelt til en selvstændig juridisk person. Dette kaldes den *udvidede in-house regel* eller *kvasi in-house*.¹⁵

In-house ydelser er - bl.a. i Generaladvokats Légers forslag til afgørelse i ARGE-sagen¹⁶ - defineret som ydelser leveret til en offentlig myndighed af dets egne departementer/tjenestegrene eller leveret af leverandører, som er *afhængige* af den offentlige myndighed, *selv om de organisatorisk er adskilt* fra den ordregivende myndighed. Der kan således være en sådan afhængig forbindelse mellem to formelt set selvstændige juridiske personer, at aftalen om levering af en ydelse be-

¹⁵ Steinicke, s.169.

¹⁶ GA Léger, punkt. 50.

tragtes som en intern opgave inden for den ordregivende myndighed og derfor ikke skal udbydes. Selv om enhederne i formen betragtes som juridisk adskilte enheder, behandles de indholdsmæssigt som én og samme enhed.¹⁷

Baggrunden for at betragte sådanne aftaler som interne er formentlig - ligesom baggrunden for reglen i FVD artikel 23 - at det ikke bør være den formelle organiseringsform, f.eks. at en myndighed har valgt at udskille bestemte områder til juridisk selvstændige selskaber, der er afgørende for, om en opgave kan anses for at være intern.¹⁸ Valg af organisationsform skal således som udgangspunkt ikke komme den enkelte myndighed til skade, da det ofte blot er udtryk for en arbejdsdeling internt i myndigheden, som i nogle tilfælde kommer til udtryk i selskabsform.

I Teckal-sagen¹⁹ blev det af EF-domstolen for første gang endeligt fastslået, hvilke kriterier der skal anvendes for at afgøre, om der foreligger en sådan afhængig forbindelse mellem en ordregivende myndighed og en selvstændig juridisk person, at "kontrakttildeling" betragtes som et internt anliggende, og dermed en udvidet in-house kontrakt, der ikke kræves udbudt i medfør af UBD.

3.1. Teckal-dommen

I Teckal-sagen var Viano kommune en af i alt 45 kommuner, der var gået sammen om at stifte et konsortium AGAC, hvis formål var at levere tjenesteydelser inden for bl.a. opvarmning. Viano Kommune havde en andel på 0,9 % i AGAC's ledende organ samt i driftsoverskud/tab. Efter stiftelsen tildelte Viano kommune AGAC kontrakt om varmforsyning og drift af varmforsyningsanlæg i forskellige kommunale bygninger uden forudgående udbud. Teckal, en privat virksomhed der var aktiv i opvarmningssektoren, klagede over manglende udbud af kontrakten. På den baggrund blev der stillet præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen.²⁰

EF-Domstolen fandt, at undtagelsen fra tjenesteydelsesdirektivet ikke kunne finde analog anvendelse i forhold til ydelser efter indkøbsdirektivet, som ikke indeholdt de udtrykkelige undtagelser, som tjenesteydelsesdirektivet gjorde.²¹

Domstolen fastslog endvidere, at det var op til den nationale ret at bedømme spørgsmålet, om der var indgået en aftale mellem to forskellige personer. Principielt var det tilstrækkeligt for at der forelå en aftale i indkøbsdirektivets forstand, at der var indgået en aftale mellem en lokal myndighed og en fra denne myndighed juridisk forskellig person.²²

Domstolen og Generaladvokaten er her enige,²³ for så vidt de anerkender, at det afgørende er, at der er tale om to forskellige personer, der har indgået en skriftlig og gensidigt bebyrdende aftale, og at det er uden betydning, at det er to *ordregivende myndigheder*. Direktivet finder derfor anvendelse på aftaler mellem ordregivende myndigheder.²⁴ Domstolen tilføjede endvidere, at:

"Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, 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 per-

¹⁷ Arrowsmith, s. 391-392.

¹⁸ Brown, PPLR, Teckal, s. CS43-CS44 og Hjelmberg m.fl., EU Udbudsretten, s. 49.

¹⁹ Sag C-107/98, EF-domstolens dom af 18. november 1999, Teckal.

²⁰ GA. Cosmas, punkt 61, samt Teckal præmis 12-25.

²¹ Teckal, præmisserne 43-44.

²² Teckal, præmisserne 46-50.

²³ GA. Cosmas, punkt 68.

²⁴ Teckal, præmis 51.

son udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.”²⁵

Der opstilles i dommen således to kriterier for afgørelsen af, om der foreligger en udvidet in-house situation undtaget direktivet: *kontrolkriteriet* og *hovedparts-kriteriet*.

Domstolen og Generaladvokaten lægger vægt på, om det forhold, som kommunen har til det selvstændige selskab, kan sammenlignes med det forhold, som kommunen har til egne interne tjenestegrene. Med andre ord skal forholdet mellem myndigheden og det selvstændige selskab minde om, eller være sammenligneligt med forholdet mellem myndigheden og dennes egne tjenestegrene.

Den selvstændige - og fra myndigheden adskilte - juridiske person, skal vurderes ud fra to kriterier. Det skal vurderes, om der på trods af den formelle adskillelse alligevel eksisterer en sådan faktisk forbindelse, som gør, at selskabet ikke er *ledelsesmæssigt* selvstændigt og ikke er *økonomisk* selvstændigt, men derimod afhængigt af myndigheden.²⁶

I vurderingen af, om myndigheden fører tilstrækkelig kontrol med selskabet, må der ses på, om der foreligger et over/underordningslignende forhold, som gør det muligt at udøve kontrol. Det må endvidere vurderes, i hvor høj grad selskabet har selvstændig beslutningskompetence, og hvorvidt myndighedens kontrol med selskabet dermed kan svækkes.

Ved vurderingen af om selskabet udfører hovedparten af sin virksomhed med de myndigheder, det ejes af, må der ses på omfanget af opgaveudførelse for ejerne. Med andre ord må det vurderes, i hvor høj grad selskabet bruges som redskab for de offentlige myndigheder, der ejer det, og dermed i hvor høj grad selskabet er økonomisk afhængigt af myndighederne. Selskabet skal også på dette punkt være sammenligneligt med myndighedernes egne forvaltningsinterne redskaber. Såfremt der foreligger den tilstrækkelige grad af opgaveudførelse for de offentlige ejere, agerer selskabet alene marginalt på markedet og i forhold til eventuelle private konkurrenter, og der sker derved ikke nogen væsentlig påvirkning af konkurrenceforholdene på markedet.

Det er disse hensyn, der må antages at ligge bag EF-Domstolens afgørelse i Teckal-dommen, og dermed danner baggrund for Domstolens brug af kriterierne i efterfølgende afgørelser.

Det kan yderligere bemærkes, at selve formuleringen i Teckal-dommen af, at den ordregivende myndighed skal ”føre” en kontrol, muligvis tidligere har givet anledning til tvivl om rækkevidden af kontrollen. Denne formulering kan læses som sigtende til en efterfølgende kontrol/tilsyn.²⁷ Imidlertid må den danske oversættelse skulle læses som ”udøve” kontrol i form af kontrol og indflydelse på beslutninger, dvs. også en fremadrettet kontrol. Denne forståelse stemmer ligeledes overens med sprogbrugen i den originale italienske sprogversion samt hovedparten af de øvrige oversatte sprogversioner.²⁸

Efter Teckal-dommen kunne det derfor se ud som om, at der var skabt ret vidderammer for mulighederne for at tildele kontrakter til kontrollerede selskaber, der udfører den væsentligste aktivitet for deres ejere.²⁹ Dette ændrer og nuancerer den efterfølgende praksis imidlertid.

²⁵ Teckal, præmis 50.

²⁶ Hjelmberg m.fl. EU Udbudsretten, s. 89.

²⁷ Hjelmberg m.fl. EU Udbudsretten, s. 92, samt Steinicke s. 192, note 50.

²⁸ Denne forståelse bekræftes ligeledes i Parking Brixen og Carbotermo-dommen.

²⁹ I samme retning Fabricius, s. 100.

4. Kontrolkriteriet – de enkelte momenter

Kontrolkriteriet, som fastslået i Teckal-dommen, går ud på, at den ordregivende myndighed skal udøve en kontrol med den selvstændige juridiske person, som myndigheden ønsker at tildele kontrakten, der svarer til den kontrol, den ordregivende myndighed fører med sine egne tjenestegrene. Der skal således være et forhold mellem myndigheden og selskabet, som er sammenligneligt med forholdet mellem myndigheden og egne tjenestegrene. Det gennemgås nærmere i det følgende på baggrund af retspraksis, hvilke yderligere forudsætninger der skal være til stede, for at første Teckal-kriterium er opfyldt, samt hvilke momenter der hindrer kriteriets opfyldelse.

4.1. Kontrolbegrebet i andre sammenhænge

Der eksisterer forskellige kontrolbegreber i forskellige love og på forskellige retsområder.³⁰ For ordregivende myndigheder gælder de almindelige forvaltningsretlige regler som udgangspunkt. Det følger af den hierarkiske inddeling af myndigheder, at de overordnede myndigheder udøver deres kontrol ved at udstede tjenestebefalinger til de underordnede myndigheder i kraft af det over/underordningsforhold, der består i mellem dem. De overordnede myndigheder har både en instruktionsbeføjelse såvel som en tilsynsbeføjelse over for deres underordnede tjenestegrene. De underordnede tjenestegrene er, netop i kraft af over/underordningsforholdet, forpligtede til at følge den overordnede myndigheds tjenestebefalinger.

I dansk selskabsret gør man sin indflydelse gældende i et selskab som aktionær. Direktionen og bestyrelsen står for ledelsen af selskabet jf. aktieselskabsloven § 54. Direktionen står for den daglige ledelse og den daglige drift, mens generalforsamlingen ofte under medvirken af bestyrelsen træffer de vigtigste beslutninger.³¹ En ordregivende myndighed, der ejer et selskab 100 %, vil således som udgangspunkt skulle udøve sin indflydelse på generalforsamlingen. En majoritet på over 50 % af aktiekapitalen giver som udgangspunkt majoritetsejeren kontrollen med selskabet. Imidlertid er det bestyrelsen, som har det overordnede ansvar for, at selskabet ledes i overensstemmelse med god selskabsskik, og bestyrelsen er underlagt ansvar, såfremt selskabets interesser ikke varetages. Det vil sige, at en ordregivende myndighed, som ejer et selskab 100 % eller har majoritet på over 50 %, ikke vil kunne udstede tjenestebefalinger til selskabets direktion eller bestyrelse, på samme måde som den ordregivende myndighed kan i forhold til egne tjenestegrene. Bestyrelsen er endvidere ikke forpligtet til at følge de beslutninger truffet på generalforsamlingen, som ikke er i selskabets interesse, men f.eks. kun i aktionærens interesse, og som vil kunne være ansvarspådragende for bestyrelsen at gennemføre.³² Hvis medlemmer af bestyrelsen vil undgå bestyrelsesansvar, må de gå imod sådanne beslutninger.

Det må således antages, at kontrolkriteriet, som fastslået i Teckal-dommen, er et forvaltningsretligt kontrolbegreb (kontrol med tjenestegrene) der søges overført på ordregivende myndigheders kontrol med selvstændige selskaber (kontrol med selskabet skal svare til kontrol med tjenestegrene). Denne forskel mellem selskabsrettens regler om kontrol og forvaltningsrettens kontrolbegreb har været svært at forene på udbudsrettens område. Der er derfor gennem retspraksis søgt en nærmere afklaring af, hvad der skal til, for at de selskabsretlige muligheder for kontrol

³⁰ Se ligeledes Weltzien, PPLR, 2005, s. 10.

³¹ Schans Christensen, kapitel 18.

³² Schans Christensen, s. 488.

opfylder det forvaltningsretlige kontrolbegreb, som det bruges i udbudsretlige udvidede in-house kontrakter.

4.2. Enekontrol eller fælleskontrol

Det fremgår af Teckal-dommen, at der skal være tale om en kontrol, som myndigheden fører med sine egne tjenestegrene. Af denne formulering fremgår det derfor ikke umiddelbart, hvorvidt det er muligt for *flere* myndigheder, at udøve kontrol. Spørgsmålet om, hvorvidt kontrolkriteriet kan være opfyldt, såfremt der er flere ejere, er derfor relevant at undersøge.

Da der er tale om udøvelse af kontrol, som svarer til kontrollen med egne tjenestegrene, er kontrollen som udgangspunkt, en bestemmende positiv *enekontrol*. Det følger af, at den overordnede myndighed kan udstede tjenestebefalinger til den underordnede myndighed, og at dette nødvendigvis udelukker flere overordnede myndigheder, som kan udstede modstridende tjenestebefalinger.³³ Enekontrol stemmer dog ikke overens med det andet Teckal-kriterium, som lyder:

*”...udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med **den eller de** lokale myndigheder, den ejes af”* (min fremhævning).³⁴

Det andet Teckal-kriterium tillader således, at den juridisk selvstændige enhed, kan ejes af flere forskellige ordregivende myndigheder, og dermed er underlagt fælleskontrol af disse myndigheder. Der skal dog stadig foreligge en kontrol, der svarer til den kontrol, som de ordregivende myndigheder fører med deres egne tjenestegrene. Det vil sige, at Domstolen i Teckal-dommen i princippet anerkender, at kontrolkriteriet kan være opfyldt ved fælleskontrol. Det er ligeledes blevet bekræftet i både Carbotermo-dommen samt i Tragsa-dommen.³⁵ Af dommene fremgår det, at hvis den ordregivende myndighed enten alene eller *sammen* med andre myndigheder har hele kapitalen i selskabet, er det tegn på, at den ordregivende myndighed udøver en kontrol, der svarer til kontrollen med egne tjenestegrene.

Domstolen udtaler imidlertid ikke i Teckal-dommen, *hvor mange* myndigheder der kan være ejere af selskabet, men blot at der kan være flere ejere. Hvor mange ejere der kan være, hænger også sammen med spørgsmålet om, *hvor stor/lille en ejerandel*, de enkelte ordregivende myndigheder skal eller kan have. Dette undersøges nærmere i afsnit 4.5.2.

4.3. Private ejere

Teckal-dommen omtaler ikke nærmere *hvem* - ud over myndigheder - der kan være ejere. Et spørgsmål, der er relevant ved vurderingen af, om der kan foreligge en udvidet in-house situation, er følgelig spørgsmålet om, hvorvidt andre end offentlige myndigheder, navnlig private, kan være medejere af det selskab, der tildeles kontrakt.

4.3.1. Halvoffentlige selskaber – privat medejerskab

Selskaber, hvori private er medejere, kaldes også halvoffentlige selskaber. Første gang privates medejerskab blev afvist af Domstolen, var i Stadt Halle-dommen.³⁶

³³ Hjelmborg m.fl. EU Udbudsretten, s. 91-92.

³⁴ Teckal, præmis 50.

³⁵ Carbotermo, præmis 37, Tragsa, præmis 57. Dommene gennemgås i afsnit 2.3.1. og 4.4.5.1.

³⁶ Sag C-26/03 af 11. januar 2005, Stadt Halle mod TREA Leuna.

4.3.1.1. Stadt Halle-dommen

Byrådet i Stadt Halle gav selskabet RPL Lochau til opgave at udarbejde et projekt for bl.a. bortskaffelse af kommunens affald uden forudgående udbud.³⁷ Selskabet RPL Lochau var et anpartsselskab, der for 75,1 % vedkommende indirekte var ejet af Stadt Halle. Mellem Stadt Halle og RPL Lochau var indskudt et anpartsselskab, hvis eneanpartshaver var Stadt Halle. De sidste 24,9 % af RPL Lochau var ejet af et privat anpartsselskab. Selskabet TREA Leuna, der selv var interesseret i at udføre opgaven, klagede over, at der ikke var blevet afholdt udbud.³⁸

EF-Domstolen henviste til, at de to kriterier i Teckal-dommen kan føre til, at der ikke er pligt til afholdelse af udbud, selv om en opgave tildeles en fra den ordregivende myndighed juridisk forskellig person. Domstolen bemærkede imidlertid yderligere, at det selvstændige organ i Teckal-dommen var fuldt ud ejet af *offentlige myndigheder*.³⁹

Domstolen fortsatte i præmis 49 således:

”Derimod udelukker den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, også selv om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel.”

Domstolen tilkendegav således, at selv en minoritetsandel af privatkapital udelukker, at kontrolkriteriet kan være opfyldt, og dermed også muligheden for, at der foreligger en udvidet in-house situation. Domstolen gav desuden to grunde til, at privat medejerskab udelukker, at der foreligger en udvidet in-house situation, som er undtaget udbudsreglerne.

For det første, at forholdet mellem en offentlig ordregivende myndighed og dens tjenestegrene er styret af krav og hensyn, som tilgodeser og forfølger almene formål. Private investorer tjener derimod private interesser og forfølger derfor andre formål end de almene. For det andet bemærkede Domstolen, at kontrakttildeling til en halvoffentlig virksomhed uden forudgående udbud er i strid med formålet bag UBD. Navnlig ligebehandlingsprincippet og målsætningen om en fri og ufordrejet konkurrence. Den private investor, som ejer en andel af den halvoffentlige virksomhed, kan nemlig ved direkte tildeling uden udbud opnå en konkurrencefordel.⁴⁰

Domstolen konkluderede, at en ordregivende myndighed, som tildeler en kontrakt til en juridisk forskellig person, som den ordregivende myndighed ejer sammen med en eller flere private virksomheder, altid skal følge reglerne i direktivet.⁴¹ Det gælder uanset størrelsen af den private ejerandel.

Man kan måske synes, at det er en meget streng anvendelse af kontrolkriteriet, idet en lille minoritetsandel ikke ville kunne gøre særligt meget indflydelse gældende. Minoriteten vil formentlig kun have de få minoritetsbeskyttelsesregler at bringe i anvendelse. Baggrunden for, at domstolen alligevel tillægger det en så afgørende betydning, er de interesser og hensyn, der ligger bag privatkapital. Privatkapital forfølger som udgangspunkt økonomiske og kommercielle formål, og der sigtes til profitmaksimering. Disse formål og hensyn er afgørende forskellige fra de

³⁷ Stadt Halle, præmis 14.

³⁸ Stadt Halle, præmisserne 14-19.

³⁹ Stadt Halle, præmis 49.

⁴⁰ Stadt Halle, præmis 50 og 51.

⁴¹ Stadt Halle, præmis 52.

hensyn og formål, som det offentlige forfølger, nemlig hensynet til den almene samfundsinteresse. Ræsonnementet bliver nødvendigvis, at det ikke er muligt i et selskab at forfølge begge disse - i udgangspunktet modstridende - interesser, og Domstolen lader det således heller ikke komme an på en prøve. Risikoen for, at der i selskabet vil blive varetaget private interesser, som kan kolliderer med de offentlige interesser, er til stede, blot der er en privat minoritetsandel i selskabet.

Et andet moment, Domstolen lægger vægt på, er, at privat medejerskab giver den private medejer en konkurrencefordel. Den private medejer får ved deltagelse i netop det selskab, der får tildelt kontrakten, en fordel i forhold til andre konkurrenter, der ikke har fået tildelt kontrakten. Alene ved at være aktionær i en del af en offentlig virksomhed, vil den private investor få den fordel at være deltager i et selskab, der får tildelt en kontrakt uden forudgående udbud og konkurrence. Såfremt den private investor er et selskab, som agerer på markedet i konkurrence med andre, får denne således en fordel ved indirekte at få tildelt kontrakten uden udbud. Øvrige selskaber skal konkurrere med andre aktører på markedet om at få tildelt kontrakt, men udelukkes imidlertid, fordi kontrakten tildeles et halvoftentligt selskab uden konkurrence.⁴²

Det er således helt afgørende, at der ved kontrakttildelem, ikke handles i strid med *formålet* bag UBD, og at der ikke sker en begrænsning af konkurrencen på markedet for offentlige kontrakter. Det skal sikres, at der ikke varetages private interesser gennem privat medejerskab, men at der derimod varetages offentlige interesser. Dette sikres netop ved et forbud mod privat kapitalanbringelse i de selskaber, som tildeles offentlige kontrakter uden forudgående udbud.⁴³

Domstolens infleksible afgørelse har den fordel, at den skaber retssikkerhed.⁴⁴ Afgørelsen skaber i hvert tilfælde ikke meget rum for fortolkning, da den klare konklusion er, at selv den mindste form for privat medejerskab udelukker, at der foreligger en udvidet in-house situation, og *når* der foreligger privat medejerskab *skal* UBD regler *altid* følges.⁴⁵ Et andet spørgsmål, der ikke vil blive forfulgt yderligere her, er *hvornår*, der kan siges at være tale om privat medejerskab. Denne vurdering går Domstolen ikke nærmere ind i.

Som anført af *Brown*,⁴⁶ er reglen imidlertid ikke lige passende i alle situationer. Der kan være tilfælde, hvor minoritetsandelen er så lille, f.eks. under 1 %, eller hvor den private investor er en "sleeping investor", og der derfor ikke kan være tale om, at den private har faktisk kontrol eller bestemmende indflydelse over selskabet.

Dette er dog umiddelbart uden betydning, da Domstolens konklusion er klar på dette punkt. Selv om der muligvis kunne argumenteres fornuftigt for at have en form for "de minimis regel", for meget små minoriteter, er der ikke på nuværende tidspunkt åbnet mulighed herfor af Domstolen, modsat Generaladvokatens mere fleksible forslag til afgørelse.

Brown anfører,⁴⁷ at reglen kan have den uheldige virkning, at den afskrækker offentlige myndigheder fra at søge private (selv minoritets) investeringer, når de

⁴² *Avarkioti* anfører i PPLR 2007, s. 8-9, at det ikke er klart på hvilket niveau, Domstolen finder, at den konkurrencemæssige fordel befinder sig. Om det er på niveauet, hvor den private investor der deltager i det halvoftentlige selskab, befinder sig, eller det er på niveauet, hvor det halvoftentlige selskab selv befinder sig. Som analyseret ovenfor må det umiddelbart antages, at konkurrencefordelen i hvert fald opnås på den private investors niveau, hvilket bekræftes af formålet med UBD.

⁴³ Generaladvokaten lagde mere vægt på myndighedens konkrete mulighed for kontrol, som hun fandt stadig eksisterede på trods af privat medejerskab. GA. Stix-Hackl i Stadt Halle, punkt 96 (2) og (3).

⁴⁴ *Brown*, PPLR, Stadt Halle, NA76.

⁴⁵ Stadt Halle, præmis 54 (2). Forudsat de øvrige betingelser for anvendelse af direktivet er til stede.

⁴⁶ *Brown*, PPLR, Stadt Halle, NA76.

⁴⁷ *Brown*, PPLR, NA76.

opretter (halv)offentlige selskaber med henblik på udførelsen af en offentlig opgave.

Dette er imidlertid også netop det, som Domstolen forsøger at forhindre. Som nævnt med den begrundelse, at private investorer forfølger private formål og interesser, og disse gives en konkurrencefordel, som er i strid med formålet bag direktivet. Denne begrundelse gælder uanset hvor stor eller lille minoritet, der er tale om. Det er rigtigt, som anført af *Brown*, at en minoritet på under 1 % eller en "sleeping investor" ikke har faktisk kontrol med selskabet. Dette ændrer dog ikke ved, at private investeringer repræsenterer andre interesser, som selskabet sandsynligvis ikke kan se bort fra, og at der består en risiko for, at private interesser vil blive varetaget.

Uanset tilkendegivelser om hensigtsmæssigheden af afgørelsen, er den imidlertid klar på det punkt, at den/de offentlige ordregivende myndigheder skal eje den selvstændige juridiske person, der bliver tildelt kontrakt, 100 %. Der må end ikke være en privat minoritet som medejer, for at det første Teckal-kriterium vedrørende kontrol kan være opfyldt. Som det fremgår af senere praksis, er 100 % ejerskab dog ikke alene nok til at opfylde kontrol-kriteriet. Efter Stadt Halle-dommen er der flere afgørelser vedrørende privat medejerskab, der har bekræftet dommen i Stadt Halle-sagen.⁴⁸

4.3.2. Åbenhed for privat kapital

Ud over at halvoffentlige selskaber, udelukker anvendelse af den udvidede in-house regel, er der i retspraksis ligeledes afgørelser, der omhandler, hvorvidt den blotte *mulighed eller åbenhed* for privat medejerskab i selskabet får indflydelse på, om kontrolkriteriet og dermed den udvidede in-house regel finder anvendelse.

4.3.2.1. Coname-dommen⁴⁹

I denne sag ejede den ordregivende kommune alene 0,97 % af selskabet, som kommunen tildelte en offentlig koncessionskontrakt. Da der var tale om en koncessionskontrakt, fandt direktiverne ikke anvendelse, men spørgsmålet var, om der forelå en udvidet in-house situation, således at EF-traktaten og principperne heri heller ikke skulle varetages.

Selskabet var overvejende offentligt ejet af kommunerne i den pågældende provins. De 0,97 %, som den ordregivende myndighed ejede, var ifølge Domstolen ikke tilstrækkeligt til at muliggøre udøvelsen af en kontrol over selskabet, der kunne begrunde en eventuel forskelsbehandling af selskabet, (i form af direkte kontrakttildeling uden en gennemsigtig procedure) og dermed en fravigelse af de grundlæggende principper.⁵⁰

Domstolen bemærkede yderligere, at der var tale om et selskab, der i hvert fald *delvist var åbent for privat kapital*. Dette forhindrede, at selskabet kunne betragtes som et organ til "intern" drift af en offentlig tjenesteydelse for de kommuner, der var ejere af selskabet.⁵¹

Domstolen bekræfter (i hvert fald indirekte) afgørelsen i Stadt Halle-dommen, idet Domstolen afviser, at der kan foreligge en udvidet in-house relation, når der er private kapitalandele i det selskab, der skal tildeles kontrakten.

Domstolen åbner muligvis også op for en nuancering af retstilstanden, når der indgår privat kapital. Domstolen henviser til, at der i hvert fald "*delvist er åbent*

⁴⁸ Sag C-220/05, Jean Auroux-dommen vedrørende bygge- og anlægskontrakter og sag C-337/05, Kommissionen mod Italien, der ligeledes bekræfter, at Teckal-kriterierne gælder for statslige myndigheder.

⁴⁹ Sag C-231/03 Coname, dom af 21. juli 2005.

⁵⁰ Coname, præmis 23 og 24.

⁵¹ Coname, præmis 26.

for privat kapital.”⁵² Dette synes at være en henvisning til en *fremtidig adgang* for privat kapital i selskabet, og ikke nødvendigvis en nuværende privat kapital i selskabet. Det vil være ensbetydende med, at såfremt der blot er åbnet mulighed - på den ene eller på den anden måde - for indskud af privat kapital, udelukker det muligheden for direkte tildeling fra den ordregivende myndighed til selskabet, selv om der forligger et hidtil og til stadighed 100 % offentligt selskab.

Det fremgår ikke nærmere af dommen, hvad der menes med ”*delvist åbent for privat kapital*”, men det anførte er en mulig forståelse. Det skal dog tilføjes, at det fremgår af dommen, at selskabet er et ”*overvejende offentligt ejet selskab*.”⁵³ Det må ud fra denne formulering modsætningsvist antages, at selskabet *ikke* er udelukkende offentligt ejet, men at der også er en mindre privat ejerandel i selskabet.

Det må imidlertid konkluderes, at det ikke af dommen klart fremgår, om der rent faktisk var privat kapital i selskabet eller ej.⁵⁴ Uanset må en naturlig sproglig forståelse af ”*delvist åbent for*”, henvise til, at det også kan være *muligheden* for fremtidig privat kapital, der udelukker, at kontrolkriteriet kan anses for opfyldt.⁵⁵ Denne mulighed var i sagen skabt direkte ved en national lovbestemmelse. Lovbestemmelsen åbnede op for muligheden for kontrakttildelem til et aktie- eller anpartsselskab, hvor også private operatører kunne deltage.⁵⁶ Det er således ikke nødvendigt, at der rent *faktisk* er privat kapital i selskabet, det er tilstrækkeligt, at der er åbnet *mulighed* for privat kapitalanbringelse.

Domstolen udvider således i Coname-dommen rækkevidden af forbuddet mod privat medejerskab i selskaber, der direkte tildeles offentlige kontrakter i medfør af den udvidede in-house regel. Dermed indsnævres anvendelsesområdet for den udvidede in-house regel tilsvarende.

4.3.2.2. ANAV-dommen⁵⁷

ANAV-dommen omhandlede Bari kommunes direkte tildeling af en kontrakt vedrørende lokal offentlig transport i Bari kommune til aktieselskabet AMTAB, der var 100 % ejet af Bari kommune. Kommunen ønskede på et tidspunkt selskabet delvist solgt (80 %) til en privat virksomhed, men denne beslutning blev trukket tilbage igen. Domstolen berørte herved problemstillingen i forhold til private medejere af selskabet, og hvorvidt kontraktuddeling under disse omstændigheder var i strid med EF-traktaten og principperne heri.⁵⁸

Domstolen fastslog, at anvendelsen af de grundlæggende traktatbestemmelser og principper, var udelukket på området for offentlige tjenesteydelseskoncessioner, når betingelserne i Parking Brixen-dommen var opfyldte.⁵⁹ Det vil sige de to Teckal-kriterier anvendt på koncessionskontrakter.⁶⁰

Domstolen tilføjede yderligere, at *såfremt private aktionærer i kontraktperioden* havde adgang til AMTAB's kapital, ville det være ensbetydende med, at en offentlig kontrakt blev tildelt direkte til en halvoffentlig virksomhed, i strid med fællesskabsrettens formål.⁶¹

⁵² Det fremgik direkte af en national italiensk lov, der tilladte kontrakttildelem til et aktie- eller anpartsselskab, som også havde private operatører som deltagere, jf. dommens præmis 3.

⁵³ Coname, præmis 15 og 28.

⁵⁴ Brown antager i PPLR, Coname, NA 159, at selskabet i Coname-dommen var delvist ejet af private investorer. Dette er muligvis korrekt, men fremgår dog ikke klart af dommen.

⁵⁵ Se ligeledes Trepte, s. 201.

⁵⁶ Coname-dommen, præmis 3.

⁵⁷ Sag C-410/04, ANAV mod Comune di Bari, AMTAB, dom af 6. april 2006.

⁵⁸ ANAV, præmis 8-14.

⁵⁹ Parking Brixen-dommen gennemgås i næste afsnit, punkt 4.3.2.3.

⁶⁰ ANAV, præmis 24.

⁶¹ ANAV, præmis 30.

Domstolen bekræfter således umiddelbart, hvad der er fastslået i Stadt Halle- og Coname-dommen. Selv den mindste private kapitalandel, samt den omstændighed at selskabet delvist er åbent for privat kapitalanbringelse i kontraktperioden, udelukker, at der foreligger en udvidet in-house situation. I Parking Brixen-dommen førte en pligt inden for kortere tid til at frasælge andele,⁶² imidlertid *ikke alene* til, at der ikke forelå en udvidet in-house situation. Praksis må derfor umiddelbart antages at være uklar eller divergerende på dette punkt.⁶³

Hvad der præcis menes med ”åbenhed” for privat kapital er ikke umiddelbart klart. Hvorvidt selskabet er *åbent* for privat kapital, må nødvendigvis afgøres konkret. Som udgangspunkt er kapitalselskaber åbne for privat kapital, og det er derfor som udgangspunkt op til den/de enkelte offentlige myndigheder, der ejer et kapitalselskab, om de vil frasælge andele til private.⁶⁴

Det synes dog som om, at Domstolen ikke har haft en sådan *generel* adgang for de offentlige myndigheder til at frasælge til private for øje i dens afgørelser, men snarere en *lovreguleret pligt/mulighed* for at åbne op for privat kapital i selskabet.⁶⁵ Såfremt Domstolens praksis om, at åbenhed for privat kapital udelukker en udvidet in-house situation, må antages at gælde uden egentlig *lovbestemt* eller eventuelt vedtægtsmæssig åbenhed, vil det medføre, at en ordregivende myndigheds kontrakttildeling, til dets 100 % ejede selskab altid skal i udbud. Det følger af, at myndigheden som udgangspunkt altid konkret vil kunne beslutte at frasælge kapital til private. Private aktionærer vil dermed altid have adgang til selskabets kapital i kontraktperioden, og selskabet vil være åbent for privat kapital. En sådan forståelse vil imidlertid være problematisk for den ordregivende myndigheds valg af kontrakttildeling til et 100 % ejet aktie- eller anpartsselskab. Det vil derfor vanskelig- eller umuliggøre myndighedens anvendelse af denne selskabsform. Dette scenario må antages alene at kunne undgås og afhjælpes, hvis den nationale selskabslov forbyder den ordregivende myndighed at sælge andele til private, så selskabet ikke længere er åbent for privat kapital.⁶⁶

Det må umiddelbart antages - på baggrund af de nævnte domme - hvor det var egentlige lovbestemmelser, der åbnede for muligheden for privat kapital, at Domstolen dog har haft en mere konkret og lovbestemt/vedtægtsmæssig adgang til frasalg til private for øje. Således at der med ”åbenhed for privat kapital” menes åbenhed *i kraft af lov* eller vedtægter o.l., og at anvendelse af aktie- eller anpartsselskabsformen derfor principielt er muligt uden afholdelse af udbud ved kontrakttildeling til selskabet. Selvfølgelig under forudsætning af, at de øvrige betingelser for tildeling til selskabet uden udbud, er opfyldt.

Selv om selskabet i ANAV-dommen således var 100 % ejet af myndigheden, går Domstolen alligevel ind i forholdet vedrørende åbenhed for privat kapital. Dette er formentlig på grund af, at det af sagen fremgik, at det havde været myndighedens *hensigt* at sælge til private. Domstolen fastslår derfor, at myndigheden ikke kan ”slippe uden om” udbudspligten ved - efter kontrakttildeling til selskabet - i den efterfølgende kontraktperiode faktisk at frasælge andele af selskabet til private.⁶⁷

⁶² Parking Brixen, præmis 11 og 67.

⁶³ Steinicke, s. 180. I afsnit 4.3.2.3. gives en mulig forståelse af Parking Brixen-dommen, som indebærer et bud på, hvordan de umiddelbart modstridende afgørelser på dette punkt kan forenes.

⁶⁴ Trepte, s. 201-202.

⁶⁵ I Coname-dommen, er der jf. præmis 3 og ANAV-dommen jf. præmis 7, åbnet op for muligheden for privat deltagelse ved *lov*.

⁶⁶ Trepte, s. 202.

⁶⁷ GA. Geelhoed, punkt 19, lægger i sit forslag til afgørelse vægt på, at de to Teckal-kriterier *forsat* skal være opfyldt *efter* kontrakttildeling og tilføjer således et nyt tredje kriterium til de to Teckal-kriterier.

Domstolen fastholder således kriteriet om, at (lovbestemt) åbenhed for privat kapital i kontraktperioden udelukker en udvidet in-house situation, der er undtaget Traktatens principper (og UBD).

4.3.2.3. *Parking Brixen-dommen*⁶⁸

Domstolen anlægger en lidt anden tilgang til spørgsmålet om åbenhed for privat kapital i *Parking Brixen-dommen*. I denne sag var der en egentlig *pligt* til at afgive kapital inden for to år. Dette bevirkede dog ikke alene, at kontrolkriteriet ikke var opfyldt, idet pligten til at afgive kapital indgik som ét blandt flere momenter, der sammenlagt førte til, at der ikke forelå en udvidet in-house situation.

Den italienske kommune, *Gemeinde Brixen*, havde i henhold til italiensk lov overladt til *Stadtwerke Brixen*, der var en særlig virksomhed og juridisk person ejet af kommunen, at drive nogle lokale offentlige tjenester. Med lovhjælp omdannede *Gemeinde Brixen* i 2001 den særlige virksomhed *Stadtwerke Brixen* til et aktieselskab ved navn "*Stadtwerke Brixen AG*". Det fulgte af vedtægterne i det nystiftede aktieselskab, at de rettigheder og forpligtelser, som forinden omdannelsen var stiftet af den særlige virksomhed *Stadtwerke Brixen*, forsat bestod efter omdannelsen. Det nystiftede selskab, *Stadtwerke Brixen AG*, indtrådte således i samtlige aktive og passive retshandler.⁶⁹ Det var bl.a. en række koncessionskontrakter vedrørende svømmehal, byggeret og parkeringspladser mv., som *Brixen kommunalbestyrelse* havde overdraget til *Stadtwerke Brixen* uden forudgående udbud. Dette anfægtede selskabet *Parking Brixen*.⁷⁰

For det første slog domstolen fast, at der var tale om en offentlig tjenesteydelseskoncession, og at det dagældende tjenesteydelsesdirektiv derfor ikke fandt anvendelse.^{71,72} Imidlertid fandt ligebehandlingsprincippet, forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, artikel 43 EF og 49 EF, anvendelse, såfremt en offentlig myndighed overdrog en tredjepart at udføre økonomiske tjenesteydelser. Domstolen konkluderede dog, at fællesskabsbestemmelserne og principperne ikke fandt anvendelse på området for offentlige tjenesteydelseskoncessioner, når de to Teckal-kriterier var opfyldt.⁷³

Det vil sige, at også for så vidt angår offentlige tjenesteydelseskoncessioner, kan der være tale om en udvidet in-house situation, hvor de almindelige fællesskabsbestemmelser og forpligtelser ikke finder anvendelse, når den offentlige myndighed udøver en kontrol, der svarer til kontrollen med egne tjenestegrene. Derudover skal hovedparts-kriteriet ligeledes være opfyldt.

Konkret anså Domstolen ikke kontrolkriteriet for opfyldt, navnlig henset til 5 forskellige forhold. Et af disse forhold, var kommunernes pligt til at give adgang til kapitaltilførsel fra anden side inden for 2 år.⁷⁴ Denne pligt til at afgive kapital anses således ikke *alene* for afgørende i *Parking Brixen-dommen*, i modsætning til i *Co-name* og *ANAV-dommen*. I *Parking Brixen* er det ét moment blandt andre, der medvirker til at svække kommunens kontrol. Det særlige i *Parking Brixen* er tilmed, at der består en egentlig *pligt* til at afgive kapital, og ikke blot en mulighed herfor. Umiddelbart virker dommene derfor på dette punkt divergerende. *ANAV-dommen* er den senest afsagte dom, og det må derfor formentlig antages, at afgø-

⁶⁸ Sag C-458/03, *Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, dom af 13. oktober 2005.

⁶⁹ *Parking Brixen*, præmisserne 12-16.

⁷⁰ *Parking Brixen*, præmisserne 16-29.

⁷¹ *Parking Brixen*, præmis 43.

⁷² Det nugældende udbudsdirektiv finder heller ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskoncessioner, da disse er specifikt undtaget jf. Direktiv 2004/18 artikel 17 jf. artikel 1, stk. 4.

⁷³ *Parking Brixen*, præmis 62.

⁷⁴ *Parking Brixen*, præmis 11 og 67 (c).

relsen i denne sag, for så vidt angår åbenhed for privat kapital, er udtryk for den gældende retstilstand.

Parking Brixen-dommen kan dog muligvis fortolkes i samme retning som Coname- og ANAV-dommen. Domstolen opremser i Parking Brixen-dommen 5 momenter, der medvirker til at svække kommunens kontrol. Domstolen siger derimod ikke, at hver enkelt af disse punkter ikke *alene*, kan bevirke, at kontrolkriteriet ikke kan anses for opfyldt. Det kan derfor ikke udelukkes, at hvert enkelt punkt i sig selv kan være tilstrækkeligt under givne omstændigheder, til at kontrolkriteriet ikke kan anses for opfyldt. Ud fra en sådan forståelse må det på baggrund af Coname-, ANAV- og Parking Brixen-dommene formentlig kunne antages, at åbenhed for privatkapital i kontraktperioden via lovgivning (eller vedtægter) udelukker at kontrolkriteriet kan anses for opfyldt, og dermed at der kan foreligge en udvidet in-house situation.

4.3.3. Faktisk efterfølgende frasalg til private - omgåelse

Domstolen behandler den udvidede in-house regel i relation til privat medejerskab i Mödling-dommen, som dog adskiller sig fra de gennemgåede domme, da den vedrører *faktisk efterfølgende* frasalg til private, og ikke lovbestemt *mulighed* for frasalg af kapital til private.

4.3.3.1. Mödling-dommen⁷⁵

Den 21. maj 1999 havde Mödling kommune i Østrig besluttet at etablere et af kommunen uafhængigt og 100 % ejet affaldsselskab, Abfall. Den 15. september 1999 tildelte kommunen, uden udbud, Abfall en tidsbegrænset kontrakt, om eneret til affaldsbehandling på kommunens område, med tilbagevirkende kraft til 1. juli 1999. Allerede 2 uger efter kontrakttildelingen, den 1. oktober 1999, besluttede Mödling kommune at afstå 49 % af kommunens kapitalandele i Abfall til et privat selskab. Abfall påbegyndte derefter sin virksomhed den 1. december 1999.⁷⁶

Domstolen udtalte, at det almindeligvis er tildelingstidspunktet, der er afgørende for vurderingen af, om betingelserne i direktivet er opfyldt, men at de særlige omstændigheder i sagen krævede, at begivenheder som var indtruffet *efterfølgende* skulle tages i betragtning.⁷⁷

Domstolen lagde herved vægt på, at kommunens afståelse af 49 % af andelene i Abfall, fandt sted kort tid efter (ca. 2 uger), at Abfall havde fået tildelt en tidsbegrænset eneret til affaldsbehandling. Endvidere at Abfall først blev funktionsdygtigt *efter* salg af 49 % af andelene til det private selskab. Domstolen fandt derfor, at der var tale om en kunstig konstruktion, som var opdelt i flere forskellige faser. Disse faser indebar 1) oprettelse af selskabet Abfall, 2) indgåelse af kontrakt om affaldsbortskaffelse med Abfall, og 3) afståelse af 49 % af kapitalandelene i Abfall til en privat investor. Ved hjælp af denne kunstige konstruktion tildelte kommunen en offentlig tjenesteydelseskontrakt direkte til en halvoffentlig virksomhed, hvoraf en privat virksomhed ejede 49 % af andelene.⁷⁸

Med henvisning til Stadt Halle-dommen afviste Domstolen, at der kunne være tale om en kontrol over selskabet, der bevirkede, at der forelå en udvidet in-house situation, og at det var i strid med udbudsreglerne at tildele en kontrakt til et selskab med privat medejerskab uden udbud.⁷⁹

⁷⁵ Sag C- 29/04, Kommissionen mod Østrig, dom af 10. november 2005 (Mödling).

⁷⁶ Mödling, præmis 6-15.

⁷⁷ Mödling, præmis 38.

⁷⁸ Mödling, præmis 39 og 40.

⁷⁹ Mödling, præmis 46-49.

Ved første øjekast ser det umiddelbart ud som om, at Mödling kommune tildelede en offentlig kontrakt til et 100 % ejet selskab. 100 % ejerskab kunne muligvis have været nok til at anse kontrolkriteriet for opfyldt, såfremt de yderligere betingelser ligeledes bekræftede dette.⁸⁰ Domstolen udtalte, at det imidlertid kan være nødvendigt for at sikre den *effektive virkning* af direktivet også at se på efterfølgende omstændigheder.⁸¹

Dette må antages at være specielt nødvendigt, når omstændighederne tyder på, at der har været forsøg på at omgå direktivet. Dette antyder Domstolen ret kraftigt, da det anføres, at der er tale om en kunstig opdeling af hændelsesforløbet i faser. Disse faser skal derfor vurderes samlet og ud fra deres formål netop for at sikre, at ordregivende myndigheder ikke tilslører kontrakttildelelse i strid med den effektive virkning af UBD. Man skal således ikke kunne omgå direktivet og derved udbudspligten ved en kunstig *formel* opdeling, når den *faktiske* og reelle situation er omfattet af udbudsreglerne.

Frasalget af 49 % af kapitalandelene til en privat virksomhed lige efter kontrakttildelelsen samt det faktum, at kommunen havde undersøgt mulighederne for salg af ejerandele til private umiddelbart efter stiftelsen af selskabet, og at kontrakten først trådte i kraft efter frasalget til den private virksomhed, udgjorde sådanne omstændigheder, som indikerede forsøg på omgåelse af udbudsreglerne. Det lignede et forsøg på at opfylde kriterierne i Teckal-dommen, som de er uddybet i Stadt Halle-dommen vedrørende privat kapital.⁸² Det vil sige et forsøg på at undgå privat kapital i selskabet på kontrakttildelelsestidspunktet.

Domstolen afviser således, at der foreligger en udvidet in-house situation, *når* der tildeles en kontrakt, og der på tidspunktet for tildelelsen er tale om et 100 % ejet selskab, *når* der umiddelbart efterfølgende sker frasalg af kapitalandele til en privat investor, og *når* de efterfølgende omstændigheder i øvrigt viser, at man allerede ved kontrakttildelelsen førte forhandlinger/havde kontakt til den private virksomhed, som kapitalandelene efterfølgende sælges til.

På denne baggrund må det antages, at hvis *hensigten* med oprettelsen af et selskab og kontrakttildelelsen til dette selskab, har været senere frasalg af kapitalandele til private, vil betingelserne for at anvende den udvidede in-house regel ikke længere være opfyldte. Dette fremgår også af Generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse.⁸³

Det vil formentlig også være tilstrækkeligt til, at der ikke kan antages at foreligge en udvidet in-house situation, at der umiddelbart efter kontrakttildelelse til et 100 % offentligt ejet selskab sker frasalg af kapitalandele til en privat virksomhed, uden at der er omstændigheder, der indikerer forsøg på eller hensigt til omgåelse af udbudsreglerne. Sker frasalget umiddelbart efter eller kort tid efter, vil dispositionerne, som fastslået af Domstolen, formentlig skulle anskues samlet. Det vil uanset motiv for frasalg være vanskeligt at forestille sig en situation, hvor den ordregivende myndighed ikke allerede ved kontrakttildelelsen kunne have forudset et nært forestående frasalg af ejerandele til private investorer. Det vil i hvert tilfælde formentlig blive svært for myndigheden at bevise, at der ikke har været en hensigt på kontrakttildelelsestidspunktet.

Hvor lang tid der så eventuelt skal eller kan gå efter (en langvarig) kontrakttildelelse til et 100 % offentligt ejet selskab, førend myndigheden kan frasælge kapitalandele til private, eller om det overhovedet er muligt på noget tidspunkt, udta-

⁸⁰ Disse yderligere momenter, der indgår i vurderingen af kontrolkriteriet, er bl.a. fastslået i Parking Brixen-dommen, som gennemgås nærmere i afsnit 4.4.

⁸¹ Mödling, præmis 42.

⁸² Brown, PPLR, Mödling, NA54.

⁸³ GA. Geelhoed i Mödling, punkt 57.

ler Domstolen sig imidlertid ikke om. Det følger af bl.a. Coname- og ANAV-dommene, at såfremt det offentligt ejede selskab blot er delvist åbent for privat kapital i kontraktperioden, udelukker det kontrakttildelelse uden forudgående udbud. Som tidligere anført, må det imidlertid antages, at det skal være tale om en lovbestemt (eller vedtægtsmæssig) åbenhed for privat kapitalanbringelse for at udelukke anvendelse af den udvidede in-house regel.

Domstolen fremhæver de *særlige omstændigheder* i sagen som baggrund for fravigelsen af udgangspunktet om at vurdere udbudspligten på kontrakttildelelsestidspunktet.⁸⁴ Disse særlige omstændigheder må antages at være det åbenlyse forsøg på omgåelse af udbudsreglerne ved den kunstige opdeling af handelsforløbet i faser.

Modsætningsvist kan det muligvis antages, at såfremt der er forløbet lang tid⁸⁵ efter en kontrakttildelelse til et 100 % offentligt ejet selskab, og det ikke kan bevises, at der på kontrakttildelelsestidspunktet var en hensigt om, på et senere tidspunkt, at frasælge ejerandele til private investorer, og det senere rent faktisk viser sig at være hensigtsmæssigt med frasalg af ejerandele til en privat virksomhed, foreligger der ikke sådanne særlige omstændigheder, som Domstolen fastslog i Mödling-dommen. Man falder således tilbage til udgangspunktet om, at hvorvidt ordregivende myndigheder skal anvende bestemmelserne i direktivet, skal vurderes på kontrakttildelelsestidspunktet.

Dette er imidlertid ikke afklaret i praksis, men det kan konstateres, at Domstolens praksis skaber vanskeligheder for ordregivende myndigheders fremtidige salg af ejerandele til private.⁸⁶

4.3.4. *Privatisering*

Ved vurderingen af kontrolkriteriet og den udvidede in-house regel kan det være relevant at undersøge, hvad der gør sig gældende ved efterfølgende salg af *samlige* ejerandele til private, det vil sige egentlig privatisering, og ikke blot salg af en del af selskabet.

*Fabricius m.fl.*⁸⁷ argumenterer for, at det eventuelt vil være muligt uden udbud at indgå en leveranceaftale i forbindelse med en privatisering, såfremt leveranceaftalen indgår som et underordnet element i et større kontraktkompleks, som f.eks. omfatter en virksomhedsoverdragelse. *Forfatterne* mener, at der muligvis kan argumenteres for, at der foreligger en sammensat eller blandet kontrakt, hvor den ikke udbudspligtige del af kontraktforholdet er størst eller mest central, og det derfor medfører, at kontraktkomplekset som helhed (og dermed også selve kontrakttildelelsen) falder uden for udbudsreglerne. Det må dog ske under forudsætning af, at kontraktkomplekset indgås efter en gennemsigtig procedure.

Det må imidlertid antages, at såfremt dette skal kunne udgøre en mulig løsning, må det kræve, at der ikke foreligger særlige omstændigheder, som fastslået i Mödling-dommen. Der skal således ikke være omstændigheder, som indikerer omgåelse af udbudsreglerne.

Hvorvidt denne konstellation er mulig at gennemføre uden afholdelse af udbud, er ikke afklaret i praksis. Bevæggrunden for en virksomhedsoverdragelse i form af en privatisering vil ofte fra den private fremtidige ejers side være sikkerheden for, at selskabet også fremover vil kunne fortsætte med at udføre det arbejde, det har fået tildelt, netop i henhold til den offentlige kontrakt.⁸⁸

⁸⁴ Mödling, præmis 38.

⁸⁵ Hvor længe det er, er uvist. Det må antages, at der mindst skal gå flere måneder, muligvis et par år, men det må antages at bero på en konkret vurdering af omstændighederne.

⁸⁶ Brown, PPLR, Mödling, NA54 s. 102-103.

⁸⁷ Fabricius s. 102-103.

⁸⁸ Se også Brown, PPLR, Parking Brixen, NA46.

Som udgangspunkt må det antages, at såfremt der som led i privatisering indgås en samtidig kontrakt om udførelse af ydelser for myndigheden fremover, skal der ske udbud af tildelingskontrakten. Dette kan afholde mulige investorer fra at ønske at deltage i sådanne selskaber, da det ofte vil være en forudsætning for overhovedet at købe andele i selskabet, at der i fremtiden er sikkerhed for fortsat samarbejde og for at udføre det arbejde, som tildeling af kontrakten medfører.⁸⁹

Et alternativ kunne være,⁹⁰ at Domstolen udviklede en undtagelse for udviklede in-house kontrakter, som går forud for privatisering, og som så ikke måtte have en længere varighed end det, som ville være nødvendigt for at sikre gennemførelse af privatiseringen. Dette er dog ikke umiddelbart muligt, på baggrund af den nuværende praksis.

4.4. Karakteren af kontrol

Teckal-dommen siger som nævnt ikke meget om, hvad der nærmere skal forstås ved kontrol. Det skal være en kontrol, der svarer til den kontrol, som den ordregivende myndighed fører med egne tjenestegrene. Hvilke momenter, der indgår i vurderingen af kontrolkriteriets opfyldelse, fremgår ikke af Teckal-dommen, og heller ikke, hvorvidt selskabsrettens muligheder for kontrol som udgangspunkt gennem besiddelse af aktiemajoriteten opfylder kontrolkriteriet. Disse enkelte momenter behandles i flere domme, der vil blive redegjort nærmere for i det følgende.

4.4.1. Strategiske målsætninger og vigtige beslutninger

Den nærmere analyse af, om kontrolkriteriet rent faktisk er opfyldt, indebærer ifølge Domstolen i Parking Brixen-sagen⁹¹ en undersøgelse af, om den ordregivende myndighed har mulighed for at påvirke virksomhedens beslutninger. Domstolen præciserede kontrolkriteriet således:

*”Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger.”*⁹²

Domstolen lægger i sin afgørelse bl.a. vægt på, at kontrollen skal gøre det muligt for myndigheden, at påvirke virksomhedens beslutninger. Heri må der antages at ligge et krav om *mulighed for faktisk kontrol*, idet en påvirkning af beslutninger relaterer til en faktisk og reel handling.⁹³ Det er ikke nødvendigvis et krav, som også anført af Generaladvokaten⁹⁴, at der er samme *formelle* muligheder for kontrol, som over egne tjenestegrene, så længe det reelt og *faktisk er muligt* for myndigheden at påvirke virksomhedens beslutninger. Den mulighed for påvirkning af virksomhedens beslutninger, der skal foreligge, skal være i form af en bestemmende indflydelse både i forhold til strategiske målsætninger samt i forhold til vigtige beslutninger.⁹⁵ Heri må antages at ligge et krav om indflydelse på selskabets ordinære drift og overordnede målsætninger for driften, men også indflydelse på selskabets mere ekstraordinære drift. Det må derfor antages, at Domstolen ligesom General-

⁸⁹ Fabricius s. 102.

⁹⁰ Brown, PPLR, Mödling, NA54, ligeledes Brown, PPLR, Parking Brixen, NA 47.

⁹¹ Faktum i Parking Brixen-dommen er gennemgået i afsnit 4.3.2.3.

⁹² Parking Brixen, præmis 65.

⁹³ Se tilsvarende i FVD artikel 2, stk. 1, litra b. Myndigheden skal i henhold til FVD have bestemmende indflydelse på en virksomhed, for at der kan foreligge en offentlig virksomhed i direktivets forstand.

⁹⁴ Ifølge Generaladvokat Kokott i Parking Brixen, punkt 72, er det afgørende, at der er faktisk mulighed for at tage hensyn til de almene formål, der forfølges.

⁹⁵ Parking Brixen, præmis 65.

advokaten ikke opstiller et krav om identisk kontrol, men at en lignende kontrol, eller en kontrol der svarer til, er tilstrækkelig.⁹⁶

På dette grundlag kan det ligeledes anføres, at der ikke er et krav om, at myndigheden *faktisk skal* udøve bestemmende indflydelse. Imidlertid må det nødvendigvis få indflydelse på vurderingen af, om kontrolkriteriet er opfyldt, om der rent faktisk udøves bestemmende indflydelse, idet det ellers kan antyde, at der ikke er nogen realitet i *muligheden* for bestemmende indflydelse.⁹⁷

De fem punkter Domstolen i Parking Brixen-dommen konkret lægger vægt på ved vurderingen af kommunens kontrol er følgende:

- 1) Omdannelsen af Stadtwerke Brixen til et aktieselskab (Stadtwerke Brixen AG) samt karakteren af denne selskabsform.
- 2) Udvidelsen af selskabets formål, idet selskabet begyndte at drive virksomhed på nye vigtige områder.
- 3) Selskabets pligt til inden for kortere tid at give adgang til kapitaltilførsel fra anden side.
- 4) Udvidelsen af det geografiske område for selskabets aktiviteter til hele Italien og udlandet.
- 5) De betydelige beføjelser, der blev tildelt bestyrelsen, uden at kommunen i praksis udøvede driftsmæssig kontrol.⁹⁸

Domstolen fandt i sagen, at kommunen på baggrund af de fem momenter, ikke udøvede tilstrækkeligt bestemmende indflydelse og dermed kontrol.

Disse fem punkter vil der blive redegjort nærmere for i de følgende afsnit, idet de hjælper til en præcisering af, hvad Domstolen mener, der kan svække myndighedens mulighed for udøvelse af kontrol med selskabet.

4.4.2. Selskabets orientering mod markedet – kontraktmæssige status

Ved vurderingen af om der forligger tilstrækkelig kontrol, kan det indgå som et moment, hvilket grundlag der er for at udøve kontrol.

Domstolen lægger i sin afgørelse i Parking Brixen-dommen, vægt på, at selskabet Stadtwerke Brixen AG har erhvervet en *kontraktmæssig* status, der gør kommunens kontrol tvivlsom.⁹⁹ Domstolens fremhævelse af den kontraktmæssige status kan muligvis ses som en henvisning til, at Domstolen anser kontraktindgåelsen mellem kommunen og Stadtwerke Brixen AG, som en gensidigt bebyrdende aftale mellem to selvstændige personer, og at kontrakttildelingen af den grund mangler den interne karakter, der kræves, for at den udvidede in-house regel kan finde anvendelse.¹⁰⁰ Med andre ord, at Stadtwerke Brixen AG har opnået en kontraktmæssig status via en gensidigt bebyrdende aftale med kommunen.

Den danske oversættelse af præmis 67 i Parking Brixen-dommen stemmer imidlertid ikke på dette punkt overens med bl.a. den engelske, tyske og franske sprogversion.¹⁰¹

⁹⁶ Bestemmende indflydelse i FVD's forstand foreligger, når myndigheden enten besidder aktiemajoriteten i selskabet, eller råder over flertallet af stemmerne, eller kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i selskabets bestyrelse jf. FVD art. 2, stk. 1, litra b. Disse forhold er iht. UBD ikke nok til at udøve bestemmende indflydelse og opfylde kontrolkriteriet, men kan indgå i den samlede vurdering af kontrolkriteriets opfyldelse.

⁹⁷ Steinicke, s. 172.

⁹⁸ Parking Brixen, præmis 67.

⁹⁹ GA. Kokott i Parking Brixen, punkt. 72-73 og Parking Brixen, præmis 67.

¹⁰⁰ Parking Brixen-dommen præmis 60 og 61.

¹⁰¹ Processproget var tysk. Den franske sprogversion er den autentiske, idet Domstolen voterer på fransk.

Af den engelske sprogversion fremgår, at: ”*Stadtwerke Brixen AG became market-oriented*”, og af den tyske fremgår, at: ”*hat die Stadtwerke Brixen AG eine Marktausrichtung erreicht*”. Det fremgår således af disse sprogversioner, at Stadtwerke Brixen AG var blevet *markedsorienteret* eller *orienteret mod markedet*, hvilket gjorde kommunens kontrol svag eller svær.

Der må antages at være forskel på, om kommunens kontrol er svækket på grund af selskabets kontraktmæssige status eller på grund af selskabets orientering mod markedet. Den kontraktmæssige status må antages at relatere til aftalegrundlaget indadtil mellem myndigheden og selskabet, hvorimod den markedsorienterede status må antages at relatere til selskabets adfærd udadtil. Den danske oversættelse må derfor på dette punkt antages at være misvisende. Resultatet bliver dog muligvis det samme i sidste ende, men der er forskel på udgangssituationen.

Domstolens henvisning til selskabets markedsorienterede status må antages at henvise til, at selskabet ikke, når det i for høj grad agerer på markedet, kan bevare den interne karakter, som er nødvendig, for at myndigheden kan udøve kontrol. Myndigheden har ikke samme styringsmuligheder og kontrolbeføjelser over for et selskabs adfærd på markedet, som over for dets opgaveudførelse for kommunen. Når selskabet virker på markedet forfølges der endvidere andre interesser, f.eks. kommercielle, end når selskabet udelukkende udfører opgaver for kommunen. Selve grundlaget for kontrol og styring svækkes, da selskabet har en ekstern og markedsorienteret karakter. Selskabet kan ikke sammenlignes med myndighedens egne tjenestegrene og den kontrol, myndigheden udøver over disse. Dette følger ligeledes af, at kommuner som udgangspunkt ikke i deres virke er markedsorienterede. Det må på denne baggrund antages, at såfremt et selskab i for høj grad er orienteret mod markedet, kan kontrolkriteriet ikke anses for opfyldt. Dette er også i overensstemmelse med formålet bag reglerne, som bl.a. er at sikre mod fordrejning af konkurrencen på markedet. Dette sikres netop bl.a. ved, at hvis man er en generel aktør på markedet, skal man i konkurrence med øvrige aktører via udbud, og ikke have en konkurrencefordel ved direkte tildeling.

4.4.3. Karakteren af selskabsformen aktieselskab og 100 % ejerskab

Omdannelse til aktieselskab og karakteren af denne selskabsform er et af de fem momenter, Domstolen i Parking Brixen-dommen tillægger vægt ved vurderingen af, hvorvidt kontrolkriteriet er opfyldt. Selskabsformen aktieselskab anses således for at være en selskabsform, der svækker den ordregivende myndigheds kontrol.¹⁰²

I Parking Brixen-dommen finder Domstolen således, at kommunen ikke udøver tilstrækkelig kontrol med selskabet, på trods af at kommunen ejer selskabet 100 %. De handlemuligheder og beføjelser, der selskabsretligt følger af at være eneejer, er ikke i udbudsretlig henseende nok til at opfylde kontrolkriteriet. Aktiemajoriteten er rent selskabsretligt tilstrækkeligt til at udøve kontrol over selskabet. I udbudsretlig henseende er eneejerskab end ikke nok, der skal altså *mere* end 100 % ejerskab til for at opfylde kontrolkriteriet.

Baggrunden for, at 100 % ejerskab ikke alene opfylder kontrolkriteriet, må antages at være, at myndigheden ikke herved er sikret tilstrækkelig mulighed for bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og vigtige beslutninger. Dette følger af som beskrevet under punkt 4.1. at aktieselskabets daglige drift er styret af direktionen og bestyrelsen, og således ikke af generalforsamlingen. Myndigheden har derfor som udgangspunkt ikke kontrol med de vigtige beslutninger, der træffes, og som ikke kræver generalforsamlingens godkendelse. Aktieselskabsformen medfører, at selskabet mangler den afhængighed af en myndighed, som myndighedens egne tjenestegrene har. Selskabsformen indebærer en for høj grad af

¹⁰² Parking Brixen, præmis 67 a).

selvstændighed i forhold til myndigheden. Selskabet kan uden myndighedens medvirken og kontrol træffe vigtige beslutninger, og uden at myndigheden nødvendigvis har mulighed for at ændre trufne beslutninger. Dette forhold mellem selskabet og myndigheden er derfor ikke sammenligneligt med forholdet mellem myndigheden og dennes egne tjenestegrene.

Dette må nødvendigvis medføre, at kommuners udskillelse af opgaver til særligt oprettede aktieselskaber vil blive vanskeliggjort, såfremt anvendelse af UBD regler og fællesskabsrettens principper søges undgået. For at sikre ordregivende myndigheders tilstrækkelige kontrol med 100 % ejede aktieselskaber skal der således yderligere tiltag til.

Vanskeliggørelsen af brug af aktieselskabsformen var en del af baggrunden for Generaladvokat Kokotts velvilje i Parking Brixen-sagen til at anse kontrolkriteriet for opfyldt i forholdet mellem den ordregivende myndighed og dets 100 % ejede selskab.¹⁰³ Ifølge Generaladvokaten ville det første Teckal-kriterium aldrig kunne opfyldes, hvis man krævede, at den offentlige ejer skulle have samme juridiske muligheder for indflydelse, i forhold til kapital-selskaber, som myndigheden havde over egne tjenestegrene.¹⁰⁴

Kokott anlagde hermed en interesseorienteret synsvinkel, som hun mente, var i overensstemmelse med Stadt Halle-dommen.¹⁰⁵ Kokott anførte, at når den offentlige myndighed ejede 100 % af kapitalandelene i selskabet, var forfølgelsen af almene formål i selskabet tilstrækkeligt sikret. Det vil sige at de muligheder selskabsretten gav, var nok til at forfølge almene formål, hvilket var det afgørende ifølge Kokott.¹⁰⁶

Imidlertid var Domstolen ikke enig med Generaladvokaten. Det kan således konkluderes, at myndigheden skal have mere kontrol end den kontrol, der følger af 100 % ejerskab i medfør af selskabsretten generelt. 100 % ejerskab indebærer almindeligvis udøvelse af bestemmende indflydelse på generalforsamlingen og ret til at udpege flertallet af medlemmerne i bestyrelsen. Der skal dog sikres en yderligere mulighed for indflydelse på vigtige og strategiske beslutninger. Det kan f.eks. sikres ved at fastsætte bestemmelser herom i vedtægterne for selskabet.¹⁰⁷

4.4.4. Udvidelse af selskabets formål og det geografiske område

Ved vurderingen af om kontrolkriteriet er opfyldt, kan det indgå som et moment, om der er sket udvidelse af området for selskabets virke. Både i forhold til selve selskabets aktiviteter, men også i forhold til aktiviteterens geografiske udbredelse.¹⁰⁸

Dette må primært antages at være relevant, hvis der foreligger en form for omdannelse eller omstrukturering af selskabet. Imidlertid kan Domstolens udtalelse i Parking Brixen-dommen om, at udvidelsen af selskabets formål og geografiske område kan svække myndighedens mulighed for kontrol, muligvis også tages til indtægt for den forståelse, at selskabets opgaveområde generelt ikke må være for bredt. Domstolen bruger udtrykkeligt formuleringen ”udvidelse”, og sigter dermed til den konkrete udvidelse af selskabets formål og geografiske område. Imidlertid følger det af almindelige kommunalretlige principper, at en kommune alene kan

¹⁰³ GA. Kokott i Parking Brixen, punkt 69 og 70.

¹⁰⁴ GA. Kokott i Parking Brixen, punkt 70 og 72.

¹⁰⁵ GA. Kokott i Parking Brixen, punkt 73.

¹⁰⁶ GA. Kokott i Parking Brixen, punkt 75 og 76.

¹⁰⁷ Som anført af Stenicke s. 176, kan den nødvendige kontrol muligvis ligeledes foreligge på andet grundlag end ejerskab, så længe kontrollen svarer til myndighedens kontrol med egne tjenestegrene. F.eks. kontrol via lovgivning, vedtægter eller kontraktbestemmelser. Praksis fra EF-Domstolen har indtil nu dog primært vedrørt kontrol i form af ejerskab af selskabet.

¹⁰⁸ Parking Brixen, præmis 67 b) og d).

varetage opgaver, som er geografisk afgrænset til kommunens område, medmindre opgaven har en interessemæssig tilknytning til kommunen. Der skal ligeledes som udgangspunkt være en interesse i en opgave for kommunen eller dens borgere.

Det må på denne baggrund kunne antages, at der generelt må være en grænse for, hvilke aktiviteter en kommune og dermed et selskab, der får tildelt opgaverne, kan udføre. Ligeledes må der være en grænse for den geografiske udstrækning af selskabets aktiviteter, da der er en territorial grænse for kommunens aktiviteter.

Udvidelse af samt en for bred afgrænsning af selskabets formål og selskabets geografiske område svækker således kommunens kontrol med selskabet.¹⁰⁹ Dette hænger som nævnt af Domstolen i Parking Brixen-dommen ligeledes sammen med, at selskabet bliver mere orienteret mod markedet. Herved mister selskabet den interne karakter og afhængighed af myndigheden og dermed også ligheden med myndighedens egne tjenestegrene.

Selskabets formål, som beskrevet i vedtægterne, og selskabets geografiske virkeområde, bliver derved et moment i vurderingen af, om kontrolkriteriet kan anses for opfyldt i relation til en ordregivende myndigheds kontrakttildelelse til et aktieselskab.

4.4.5. Bestyrelsens betydelige beføjelser – selskabets selvstændige handlefrihed

Et andet og vigtigt element ved vurderingen af kontrolkriteriet er, *om og i hvilket omfang* selskabets bestyrelse er tillagt yderligere beføjelser, der ikke nødvendigvis følger af de love, som er gældende for selskaber, og hvorvidt disse beføjelser svækker myndighedens kontrol.

Hvis selskabets bestyrelse er tillagt for vidtrækkende beføjelser, der indebærer en høj grad af selvstændig handlefrihed for selskabet, er der givet en *mulig* frihed til at handle uafhængigt af ejerne, og dermed har den ordregivende myndighed, ikke den nødvendige kontrol med selskabet.¹¹⁰ Det kan være beføjelser tillagt bestyrelsen i henhold til selskabets vedtægter, som det var tilfældet i Parking Brixen-dommen, hvor bestyrelsen havde fuldmagt til drift af selskabet og til enhver handling inden for formålet. (Formålet var endvidere betydeligt udvidet). Det forhold, at det tilkom kommunen at udpege flertallet af medlemmerne i bestyrelsen, kunne ikke ændre ved, at der var en svækkelse af kommunens kontrol.¹¹¹ Bestyrelsens meget omfattende fuldmagt til drift af selskabet, som den kunne udøve selvstændigt, uden at kommunen i praksis udøvede en driftmæssig kontrol, var for vidtgående.

Såfremt kommunen rent faktisk havde udøvet en driftmæssig kontrol i praksis, ville det ud fra Domstolens formulering muligvis ikke have bevirket en negativ bedømmelse af kommunens kontrol med selskabet, på trods af bestyrelsens betydelige beføjelser.¹¹²

Ved udformning af vedtægterne i selskabet, er det derfor af afgørende betydning, at bestyrelsen ikke får for vide rammer til at træffe vigtige og store beslutninger. Den økonomiske frihed for bestyrelsen, må også antages at spille en rolle. I Parking Brixen-dommen havde bestyrelsen fuldmagt til at anskaffe og afhænde aktiver for en værdi op til 5 mio. EUR pr. retshandel uden generalforsamlingens samtykke, idet det ansås for at falde inden for den daglige drift af selskabet.¹¹³ En sådan selvstændig økonomisk handlefrihed svækker ligeledes ejernes mulighed for bestemmende indflydelse på vigtige beslutninger og dermed kontrollen,¹¹⁴ idet be-

¹⁰⁹ Parking Brixen, præmis 67.

¹¹⁰ Parking Brixen, præmis 68.

¹¹¹ Det er derimod i henhold til FVD artikel 2, stk.1, litra b, tilstrækkeligt til at udøve bestemmende indflydelse, at myndigheden udpeger over halvdelen af medlemmerne af bestyrelsen.

¹¹² Parking Brixen, præmis 67 e).

¹¹³ Parking Brixen, præmis 18.

¹¹⁴ Parking Brixen, præmis 68.

slutninger af stor økonomisk værdi som udgangspunkt må antages, at være beslutninger af stor vigtighed for selskabet.

4.4.5.1. *Cabotermo-dommen (AGESP)*¹¹⁵

I denne dom tildelte Busto kommune i Italien, uden udbud, en kontrakt direkte til selskabet AGESP om levering af brændsel mv. Moderselskabet AGESP holding SPA var ejet med 99,98 % af Busto kommune, mens de resterende aktier var ejet af en række øvrige kommuner. AGESP var stiftet som et 100 % ejet datterselskab af AGESP holding, og selskaberne var mere eller mindre tillagt samme formål.¹¹⁶

I Carbotermo-dommen anførte Domstolen, at selskabernes vedtægter tillagde bestyrelserne meget vidtgående beføjelser med hensyn til ordinær og ekstraordinær drift, og at kommunen ikke i vedtægterne var tillagt nogen særlig kontrolbeføjelse eller stemmeret, som kunne begrænse bestyrelsernes handlefrihed. Kommunes kontrol med de to selskaber kunne i det væsentligste sammenfattes til det råderum, som selskabsretten gav selskabsdeltageres flertal. Dette begrænsede betydeligt kommunens mulighed for at få indflydelse på selskabernes beslutninger.¹¹⁷

I Carbotermo-dommen bekræftes det således, at de almindelige ejerbeføjelser, som følger af den generelle selskabsret, ikke er nok til at opfylde kontrolkriteriet.

Aktieselskabsformen som sådan udelukker omvendt heller ikke i sig selv muligheden for en tilstrækkelig kontrol. Der skal dog mere til end eneejerskab, som fastslået i Parking Brixen-dommen. Det fremgår endvidere af Carbotermo-dommen, at myndigheden, for at kunne have begrænset bestyrelsens vidtgående handlefrihed, skulle have været tillagt særlige kontrolbeføjelser i vedtægterne.¹¹⁸

Det må følgelig antages, at myndigheden i vedtægterne (eller evt. ved lovregulering) skal tillægges særlige kontrolbeføjelser, for at kontrolkriteriet kan være opfyldt, når bestyrelsen er tillagt vidtgående beføjelser. Det skal via vedtægterne sikres, at myndigheden har mulighed for bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og vigtige beslutninger. Endvidere skal det sikres, at selskabets selvstændige handlefrihed begrænses, således at forholdet mellem myndigheden og selskabet er sammenligneligt med det forhold myndigheden har til egne tjenestegrene.

4.5. Øvrige ejerskabsforhold

Det kontrakttildelte selskabs ejerforhold har væsentlig betydning for, hvorvidt kontrolkriteriet kan opfyldes. Det blev konstateret i afsnit 4.3., at private ikke kan have ejerandele i selskabet. Det er imidlertid også relevant at se på, om det alene er muligt at udøve tilstrækkelig kontrol via *direkte* ejerskab, eller om *indirekte* ejerskab kan være nok. Endvidere er det relevant at undersøge, om *størrelsen* af den enkelte myndigheds ejerandel har betydning for kontrolkriteriets opfyldelse.

4.5.1. *Holdingselskaber og indirekte ejerskab*

Allerede i Stadt Halle-dommen var der tale om, at kommunen alene indirekte ejede det selskab, der blev tildelt kontrakt uden forudgående udbud. Sagen blev som beskrevet i punkt 4.3.1.1. afgjort på baggrund af privat medejerskab, og Domstolen nævner ikke i sagen omstændighederne vedrørende indirekte ejerskab. Imidlertid er indirekte ejerskab et element, der kan indgå i vurderingen af kontrolkriteriet, og

¹¹⁵ Sag C-340/04, Cabotermo SpA mod Busto kommune og AGESP, dom af 11. maj 2006.

¹¹⁶ Carbotermo, præmis 10-27.

¹¹⁷ Carbotermo, præmis 38.

¹¹⁸ Carbotermo, præmis 38.

som kan svække myndighedens mulighed for kontrol med selskabet. Dette blev fastslået i Carbotermo-dommen.¹¹⁹

Domstolen lagde i Carbotermo-dommen vægt på, at kommunens eventuelle indflydelse på selskabet AGESP's beslutninger udøvedes gennem et holdingselskab. Medvirken gennem en sådan mellemmand ville kunne afsvække den kontrol, som den ordregivende myndighed eventuelt måtte udøve med et aktieselskab. Domstolen konkluderede, at den ordregivende myndighed ikke udøvede en kontrol med det selskab, som havde fået tildelt kontrakten, der svarede til den kontrol, som den førte med egne tjenestegrene.¹²⁰ Som nævnt i forrige afsnit var et væsentligt moment i vurderingen af, at kontrolkriteriet ikke var opfyldt i sagen, også bestyrelsens betydelige beføjelser og kommunens manglende kontrol via vedtægterne.

Det må antages, at Domstolen rent faktisk tillægger det betydning, at kommunens indflydelse udøves gennem et holdingselskab.¹²¹ Det er imidlertid vigtigt at bemærke, at Domstolen anfører, at det ”*alt efter omstændighederne i det foreliggende tilfælde*” *kan* afsvække den ordregivende myndigheds kontrol. Det vil sige, at indskydelse af et holdingselskab *kan* betyde, at myndigheden har mindre kontrol, men det afhænger af de konkrete omstændigheder, *om* indskydelsen af holdingselskabet rent faktisk bevirker, at den ordregivende myndighed har en så afsvækket kontrol, at kontrolkriteriet ikke er opfyldt. Det er klart, at myndighedens mulighed for at styre et selskab gøres mere besværlig, når det skal ske via et holdingselskab i andet led, eller endog tredje eller fjerde led, hvis der er indskudt mere end ét selskab. Domstolen tager ikke stilling til den situation, at der er indskudt mere end ét selskab.

Vurderingen af om myndigheden kan udøve den tilstrækkelige kontrol, må antages at bero på en afvejning af, hvor tilfældig myndighedens muligheder for bestemmende indflydelse er, i forhold til hvor mange selskaber, der er indskudt. Jo mere indirekte og tilfældigt myndighedens forhold til de enkelte selskaber bliver, jo mere svækkes myndighedens mulighed for kontrol. Hvis den ordregivende myndighed er 100 % ejer af alle selskaber, vil myndigheden formentlig have videre mulighed for indflydelse end hvis der er flere myndigheder, der ejer de forskellige selskaber. Myndighedens reelle muligheder for faktisk indflydelse og kontrol må antages at være afgørende, og ikke blot de formelle muligheder.

Det må på baggrund heraf kunne konstateres, at indskydelse af et holdingselskab i sig selv *ikke* bevirker, at kontrolkriteriet ikke er opfyldt. Der skal mere til, som svækker kontrollen. Det kan endvidere ikke udelukkes, at netop bestyrelsens vidtgående beføjelser, havde været tilstrækkeligt i Carbotermo-sagen til ikke at anse kontrolkriteriet for opfyldt, såfremt der ikke havde været indskudt et holdingselskab. Tilstedeværelsen af et holdingselskab indgår som et moment i Domstolens vurdering af kontrolkriteriet på linje med bestyrelsens beføjelser.

4.5.2. Den enkelte ejerandels størrelse

Ved vurderingen af kontrolkriteriet kan det også, såfremt der er flere ejere, være relevant at undersøge, hvorvidt størrelsen af den enkelte myndigheds ejerandel får indflydelse på kontrolkriteriets opfyldelse.

Generaladvokat Cosmas udtalte i sit forslag til afgørelse i Teckal-sagen, at det måtte anses for usandsynligt, at Viano kommune, som var en af i alt 45 ejere af selskabet, kunne udøve kontrol over selskabet i samme omfang, som den kontrol en myndighed udøver over egne interne tjenestegrene.¹²²

¹¹⁹ Dommen gennemgås også i afsnit 4.4.5.1.

¹²⁰ Carbotermo, præmis 38-40.

¹²¹ Carbotermo, præmis 39.

¹²² GA. Cosmas i Teckal, punkt 61.

Generaladvokaten tillægger det således vægt, hvor mange ejere der er, og dermed også størrelsen af den enkelte myndigheds ejerandel. Som udgangspunkt vil hver enkelt ejer have mindre ejerandele, jo flere ejere der er. Domstolen anerkender i sin dom heller ikke, at kontrolkriteriet i Teckal-sagen er opfyldt. Domstolen må hermed antages at anerkende, at størrelsen af ejerandelen og antallet af ejere har betydning ved vurderingen af, om kontrolkriteriet kan anses for opfyldt.

Ud fra denne betragtning vil der nok være en grænse for, hvor mange ejere der kan være, førend en kontrakt mellem en enkelt af ejerne og selskabet, ikke kan anses for at opfylde kontrolkriteriet.¹²³ Jo flere ejere og jo mindre ejerandele, jo mindre ligner forholdet mellem den enkelte myndighed og selskabet et over/underordningsforhold. Med en lille ejerandel (i Teckal-sagen alene 0,9 %), får selskabet i forhold til den enkelte myndighed en for stor selvstændig handlefrihed, og myndigheden kan ikke udøve bestemmende indflydelse over selskabet, som myndigheden kan med egne interne tjenestegrene. Forholdet mellem selskabet og myndigheden er således ikke tilstrækkeligt sammenligneligt med forholdet mellem myndigheden og dennes egne tjenestegrene. Hvor lille en ejerandel eller hvor stort et antal ejere, der må antages at kunne opfylde kontrolkriteriet, siger dommen ikke noget om. Det må antages at bero på en konkret vurdering af, om forholdet er sammenligneligt med en myndigheds forhold til egne tjenestegrene.

I en nyere dom fra EF-Domstolen, Tragsa-sagen, er Domstolen imidlertid gået i en lidt anden retning. Domstolen vægter i denne sag ikke den enkelte myndigheds mulighed for kontrol, men anlægger derimod en mere samlet bedømmelse, hvor ejerandelens størrelse som udgangspunkt er underordnet.

Selskabet Tragsa var ejet af den spanske stat for 99 % vedkommende, og for 1 % vedkommende af 4 af i alt 17 regioner. Med hensyn til spørgsmålet om henholdsvis staten og regionernes ejerskab og kontrol afviste Domstolen påstanden om, at kontrolkriteriet alene var opfyldt for så vidt angik staten, som ejede 99 % af Tragsa.¹²⁴ Ifølge Domstolen var en ejerandel på 1 %, som de 4 regioner *tilsammen* ejede, tilstrækkeligt til at anse kontrolkriteriet for opfyldt også i forhold til regionerne.¹²⁵ De omstændigheder, Domstolen lagde til grund herfor, var, for det første at Tragsa var forpligtet ved lov til at gennemføre bestillinger som blev overdraget til Tragsa af offentlige myndigheder, også bestillinger fra regionerne. For det andet havde Tragsa ikke selv mulighed for at fastsætte takster for betaling af selskabets foranstaltninger. Tragsas forbindelse til regionerne var ikke af kontraktmæssig karakter.¹²⁶ Tragsa kunne derfor ikke anses for at være en tredjemand i forhold til de selvstyrende regioner, som ejede en andel af Tragsas kapital.

Domstolen slår således umiddelbart fast, at kontrolkriteriet må anses for opfyldt, når den ordregivende myndighed blot ejer en andel af den samlede offentlige andel, og når denne myndighed kan pålægge selskabet at udføre et arbejde. Domstolen siger intet om, hvor stor en andel, der skal være tale om, blot at der er tale om en ejerandel. I sagen ejede de 4 regioner tilsammen en andel på 1 %, og det må derfor kunne udledes heraf, at kontrolkriteriet ifølge Domstolen er opfyldt, uanset størrelsen af den ordregivende myndigheds enkelte ejerandel, selv hvor myndigheden blot ejer en symbolsk andel.¹²⁷

Dette stemmer imidlertid ikke helt overens med Domstolens dom i Parking Brixen-sagen. I denne dom blev det fastslået, at den ordregivende myndighed skal udøve bestemmende indflydelse over selskabets strategiske målsætninger såvel

¹²³ Se ligeledes KS vejledning 2006, s. 31.

¹²⁴ Tragsa, præmis 59.

¹²⁵ Tragsa, præmis 59 og 61.

¹²⁶ Tragsa, præmis 60.

¹²⁷ Dischendorfer, PPLR, Tragsa, NA129.

som de vigtige beslutninger, og at selskabet ikke må opnå for stor selvstændig handlefrihed.¹²⁸ En ordregivende myndighed med en fælles ejerandel på 1 % eller en egen andel på under 1 % vil unægtelig have betydelige vanskeligheder med at udøve bestemmende indflydelse over vigtige beslutninger og strategiske målsætninger.¹²⁹

Regionerne kunne i sagen pålægge Tragsa at udføre givne opgaver inden for selskabets formål, men denne bestemmende indflydelse på den daglige drift er næppe sammenlignelig med kriterierne fastslået i Parking Brixen-dommen om bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og vigtige beslutninger. En bestemmende indflydelse over den daglige drift ville ifølge *Dischendorfer* ellers kunne forklare, hvorfor Domstolen anså kontrolkriteriet for opfyldt i forhold til regionerne, i lyset af Parking-Brixen-dommen.¹³⁰ Dette harmonerer - som anført af *Dischendorfer* - dog næppe med den mere restriktive fortolkning af Teckal-undtagelserne, som Domstolen anlægger i Parking Brixen-dommen.

En opgavemæssig kontrol, hvor regionerne kontrollerede de enkelte opgaver, som blev tillagt Tragsa af regionerne selv, er ifølge Domstolen tilstrækkeligt til at anse kontrolkriteriet for opfyldt, og dermed Tragsas selvstændige handlefrihed begrænset. Som anført af *Steinicke*, har Domstolen - formentlig med fundament i statens brede kontrol med Tragsa - set forholdet ud fra en samlet bedømmelse af det offentlige som ejer.¹³¹

Det offentlige, i form af staten og regionerne, ejede tilsammen 100 %. Derudover var Tragsa, som var et selskab opført ved lov, forpligtet til at udføre opgaver, som blev pålagt, ikke alene af staten, men også af regionerne.

Forholdet til staten må derfor antages at være sammenligneligt med et over/underordningsforhold, idet staten som udgangspunkt har mulighed for indflydelse på vigtige beslutninger, og Tragsas selvstændige handlefrihed er begrænset, idet Tragsa har pligt til at følge statens ordrer.

I forhold til regionerne har disse formentlig ingen mulighed for indflydelse på strategiske målsætninger eller vigtige beslutninger, men de er dog delvist overordnede Tragsa, idet Tragsa har pligt til at udføre opgaver, der pålægges af regionerne. Tragsa har derfor ingen selvstændig beslutningskompetence i forhold til opgaveudførelse for regionerne, og er underordnet regionerne med hensyn til udførelse af opgaver. Der må derfor, for så vidt angår opgaveudførelse, antages at bestå et over/underordningslignende forhold mellem Tragsa og regionerne.

Set i forhold til Parking Brixen-dommens krav er kontrolkriteriet i Tragsa-dommen således lempet. Den enkelte ordregivende myndighed skal ikke nødvendigvis kunne udøve bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og vigtige beslutninger, når myndigheden på anden vis har mulighed for indflydelse og kontrol med enkelte opgaver, og når selskabet samlet set er offentligt ejet og kontrolleret.

Det kan bemærkes, at det er de samme omstændigheder, som bevirker, at der ikke foreligger et kontraktmæssigt forhold og dermed ikke en gensidigt bebyrdende aftale i UBD's forstand, som også bevirker, at der foreligger et sådant internt forhold mellem myndighederne og Tragsa, at kontrolkriteriet er opfyldt. Tragsas pligt til at udføre opgaver, samt Tragsas manglende mulighed for at fastsætte den takst, det modtager for udførelsen af ydelser. Med andre ord, Tragsas mangel på selvstændighed og afhængighed af myndighederne. Som nævnt i afsnit 2.3.1., er det i Tragsa-sagen ikke først og fremmest et spørgsmål om, hvorvidt kontrolkriteriet er

¹²⁸ Parking Brixen, præmis 65 og 70.

¹²⁹ *Dischendorfer*, PPLR, Tragsa, NA129.

¹³⁰ *Dischendorfer*, PPLR, Tragsa, NA130.

¹³¹ *Steinicke*, s. 178.

opfyldt, men ligeså vel et spørgsmål om, hvorvidt der overhovedet er tale om en aftale mellem myndighederne og Tragsa. Domstolen vælger imidlertid alligevel at kommentere problemstillingen vedrørende kontrolkriteriet.

Det må antages at være usikkert, om Domstolen mener, at der ikke er udbudspligt, fordi der ikke foreligger en kontrakt og aftale i direktivets forstand, eller fordi der er tale om en udvidet in-house situation. Umiddelbart fremhæver Domstolen begge forhold. De begrundelser, Domstolen anfører, for at anse kontrolkriteriet for opfyldt, er, at Tragsa ikke kan anses for tredjemand, og at der ikke foreligger et kontraktmæssigt forhold mellem Tragsa og myndighederne.¹³² Disse forhold indebærer også, at der ikke foreligger en aftale i direktivets forstand. Dette kunne tyde på, at sagen i realiteten bliver afgjort på grundlag af, at der ingen offentlig kontraktindgåelse er, hvilket er en grundlæggende forudsætning for UBD anvendelse, og ikke fordi der foreligger en udvidet in-house situation. Imidlertid fastslår Domstolen udtrykkeligt, at de to Teckal-betingelser er opfyldt i sagen, og der derfor foreligger en udvidet in-house relation undtaget UBD.¹³³ Det må antages, at det ikke er klart, på hvilket grundlag Domstolen afviser UBD anvendelse i sagen.

4.6. Konklusion vedrørende kontrolkriteriet

Kontrolkriteriet kan være opfyldt, selv om der er flere myndigheder, der udøver fælleskontrol. Private ejerandele i det selskab, der tildeles kontrakt, udelukker, at kontrolkriteriet kan være opfyldt. En pligt til at give adgang til privat kapital samt lovbestemt (og muligvis vedtægtsmæssig) delvis åbenhed i selskabet for privat kapital i kontraktperioden udelukker ligeledes, at kontrolkriteriet kan være opfyldt.

Tidspunktet for vurdering af kontrolkriteriets opfyldelse er som udgangspunkt på kontrakttildelelingstidspunktet, medmindre der foreligger særlige omstændigheder, der f.eks. indikerer hensigt til at omgå direktivet. Hvis der ikke på kontrakttildelelingstidspunktet har været en hensigt om senere frasalg til private, og der senere rent faktisk sker delvist frasalg til private, kan kontrolkriteriet muligvis stadig være opfyldt. Kontrakttildeleling, der går umiddelbart forud for egentlig privatisering, må antages almindeligvis at skulle følge reglerne i UBD. Hvis privatisering sker lang tid efter kontrakttildeleling, må kontrolkriteriets opfyldelse antages at bero på en vurdering af, om der er indikationer på omgåelse af UBD.

Kontrollen skal som udgangspunkt gøre det muligt for myndigheden at udøve bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og vigtige beslutninger. Selskabet må ikke i for høj grad være orienteret mod markedet.

De muligheder for kontrol selskabsretten generelt giver, herunder gennem 100 % ejerskab, er ikke tilstrækkelige til at opfylde kontrolkriteriet. Aktieselskabsformen udelukker ikke i sig selv kontrolkriteriets opfyldelse. Der skal dog yderligere tiltag til for at sikre myndighedens mulighed for kontrol, hvilket f.eks. kan løses ved i vedtægterne at sikre generalforsamlingens godkendelse af vigtige beslutninger. Således at bestyrelsens beføjelser, og dermed selskabets selvstændige handlingsfrihed bliver begrænset. Omfanget af selskabets formål og geografiske aktivitetsområde, samt at der er indskudt et holdingselskab mellem selskabet og myndigheden, er forhold, der efter omstændighederne kan svække myndighedens kontrol med selskabet.

Hvor mange myndigheder der kan være ejere af selskabet, og hvor lille den enkelte myndigheds ejerandel i selskabet kan være, for at udøve tilstrækkelig kontrol, kan muligvis antages at være uden betydning, hvis blot myndighederne samlet set ejer selskabet og har kontrollen, og den enkelte myndighed har en opgavemæssig kontrol over selskabet.

¹³² Tragsa, præmis 60 og 61.

¹³³ Tragsa, præmis 64.

Generelt er der gennem retspraksis sket en indskrænkning af mulighederne for at opfylde kontrolkriteriet siden Teckal-dommen. Den nyeste praksis åbner dog muligvis med Tragsa-dommen op for en lempning af kriteriets opfyldelse.

5. Hovedpartskriteriet – de enkelte kriterier

Som fastslået i Teckal-dommen er det andet kriterium, der skal opfyldes for tildeling af kontrakt til en juridisk selvstændig person uden udbud, at;

*”den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.”*¹³⁴

Der er således ved vurderingen af hovedpartskriteriet fokus på omfanget af opgaveudførelse for ejerne. Selskabet skal være sammenligneligt med myndighedens egne tjenestegrene, således at det udfører opgaver for myndigheden i lignende omfang som myndighedens egne tjenestegrene, og som et redskab for forvaltningen. Selskabet skal være opgavemæssigt afhængigt og dermed også økonomisk afhængigt af myndigheden, således at selskabet ikke er nogen væsentlig aktør på markedet generelt, og dermed heller ikke er i konkurrence med andre private aktører. Med andre ord må selskabet ikke i for høj grad være opgavemæssigt og økonomisk selvstændigt i forhold til den myndighed, der tildeler selskabet kontrakt.

Formålet med UBD er bl.a. at hindre forvridning af konkurrencen, ved at virksomheder gives en konkurrencefordel. Dette vil være tilfældet såfremt virksomheden, som tildeles kontrakten, er en betydelig aktør på markedet, og som ved tildeling af kontrakten undgår konkurrence med de øvrige markedsaktører.¹³⁵

Det er værd at bemærke, at selskabet skal udføre hovedparten af sine aktiviteter *sammen* med de myndigheder, der er ejere, og ikke blot *til brug for dem*.¹³⁶ Dette understreger således den interne karakter, som selskabets aktivitet må antages at skulle have ved opfyldelse af hovedpartskriteriet.

Det andet Teckal-kriterium har Domstolen ikke taget stilling til i samme omfang, som Domstolen har behandlet kontrolkriteriet i sager om den udvidede in-house regel. Ofte har Domstolen fundet det uforholdsmæssigt at behandle spørgsmålet, idet Domstolen har afvist at der kunne foreligge en udvidet in-house situation, allerede fordi kontrolkriteriet ikke fandtes opfyldt.¹³⁷

Imidlertid har flere Generaladvokater givet deres bud på, hvornår hovedpartskriteriet kan anses for opfyldt, og selv om disse bud ikke er blevet behandlet nærmere af Domstolen, vil de blive inddraget som fortolkningsbidrag.

5.1. Hovedparten

Spørgsmålet er først og fremmest hvorledes *”hovedparten af sin virksomhed”* skal forstås. Helt bogstaveligt forstås det som mere end halvdelen eller over 50 %. Henset til at formålet med UBD bl.a. er, at der ikke må gives visse virksomheder en konkurrencefordel på markedet, må det antages, at der skal *mere end 50 %* intern aktivitet til, for at udelukke en sådan konkurrencefordel og bevare den interne karakter.¹³⁸ Selskabet vil formentlig ikke kunne antages at være opgavemæssigt og

¹³⁴ Teckal, præmis 50.

¹³⁵ Carbotermo, præmis 59 og 60.

¹³⁶ Se ligeledes Steinicke, s. 182.

¹³⁷ C-26/03, Stadt Halle, præmis 53 og C-458/03, Parking Brixen, præmis 71.

¹³⁸ Hjelmborg m.fl. EU Udbudsretten, s. 94, Hjelmborg m.fl. Procurement Law, s. 101.

økonomisk afhængigt af myndigheden ved alene at udføre 50 % af den samlede aktivitet for myndigheden, der skal mere til.

5.1.1. 80 % -reglen i forsyningsvirksomhedsdirektivet

Det har tidligere i teorien været antaget, at selskabet skulle have en omsætning på mindst 80 % for den ordregivende myndighed, førend hovedparts-kriteriet kunne anses for opfyldt.¹³⁹ Denne antagelse byggede på reglen i FVD. De 80 %, som fremgår af FVD artikel 23, er et af minimumskravene for at anse et forhold som in-house i henhold FVD område. Der har hersket usikkerhed om, i hvilket omfang denne regel har betydning, ved vurderingen af det andet Teckal-kriterium og den udvidede in-house regel i relation til UBD.

Spørgsmålet er imidlertid endeligt afklaret med Carbotermo-dommen. Heri slår EF-domstolen fast, at idet reglen i FVD er en undtagelsesregel, der skal fortolkes strengt, finder den ikke analog anvendelse på UBD. Resultatet bekræftes tilmed af, at undtagelsen er videreført i det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv, men netop ikke i det nye udbudsdirektiv.¹⁴⁰

Det må på baggrund heraf antages, at der ikke kan fastsættes en bestemt andel eller procentsats for, hvor meget aktivitet selskabet skal udføre for myndigheden, førend hovedparts-kriteriet er opfyldt. Dog må det antages, at selskabet som minimum skal udføre over 50 % af sin aktivitet for myndigheden, og formentlig også væsentligt mere, som det vil ses i det følgende.

5.1.2. Hvilken omsætning

I Carbotermo-dommens præmis 65 blev det fastslået, hvilken omsætning, der skal tages i betragtning ved vurderingen af selskabets omsætning.

Det afgørende er først og fremmest, at selskabets aktivitet og omsætning *skyldes en beslutning om tildeling*, der er *truffet af den ordregivende myndighed*, som selskabet ejes af. Endvidere medregnes i omsætningen den omsætning, som selskabet opnår med *brugere* ved udførelsen af beslutningen om tildeling. Domstolen nævner intet om, at selve omsætningen skal antage en bestemt størrelse.

5.1.3. Alene marginal karakter

Et yderligere moment, der bidrager til en afgrænsning af hvordan hovedparten skal forstås, er omfanget af selskabets anden aktivitet, det vil sige aktivitet, der ikke udføres for eller med den eller de myndigheder, der ejer og kontrollerer selskabet.

I Carbotermo-dommen fastslog Domstolen, at anden aktivitet alene må være af marginal karakter, men definerede ikke nærmere hvor meget det var.¹⁴¹

Det må på baggrund heraf antages, at aktivitet for andre end de myndigheder, der er ejere, skal være så minimal og dermed betydningsløs, at aktiviteten ikke påvirker selskabets virksomhed for myndigheden. Baggrunden for, at aktiviteten for andre alene må være af marginal karakter, må ligeledes antages at hænge sammen med formålet med udbudsreglerne, navnlig at undgå forvridding af konkurrencen. For at undgå forvridding af konkurrencen må selskabets aktivitet på markedet i konkurrence med andre alene udgøre en marginal del af selskabets samlede aktiviteter. Hvis aktiviteterne for andre end de kontrollerende myndigheder bliver for omfattende, mister selskabet den interne karakter og økonomiske samt opgavemæssige afhængighed af myndighederne. Desuden bliver selskabet derved en for væsentlig aktør på markedet og får en konkurrencefordel i strid med formålet med UBD, såfremt det får tildelt kontrakt direkte.

¹³⁹ Hjelmborg m.fl. EU Udbudsretten s. 94, Steinicke, 2003, s. 95, Ruth Nielsen s. 197.

¹⁴⁰ Carbotermo, præmis 55-57.

¹⁴¹ Carbotermo, præmis 63.

I Tragsa-dommen går Domstolen ikke nærmere ind i vurderingen af, i hvilket omfang selskabet Tragsa kan udføre virksomhed for andre end ejerne. Generaladvokaten mente ikke, at det andet Teckal-kriterium var opfyldt, bl.a. henset til, at Tragsas aktivitet med andre udgjorde ca. 8,5 % af den samlede aktivitet, og at der ikke var fastsat nogen begrænsninger for aktiviteten for andre.¹⁴²

Domstolen fandt derimod umiddelbart det andet Teckal-kriterium for opfyldt. Som anført af *Dischendorfer*,¹⁴³ kan det på baggrund heraf muligvis antages, at Domstolen finder at selskabet udfører hovedparten af sin virksomhed for ejerne, når omsætningen for andre end ejerne, ikke overstiger 8,5 % af den samlede omsætning. Endvidere må det antages, at Domstolen ikke anser det som en nødvendig forudsætning - som Generaladvokaten gør - at der er en begrænsning af muligheden for aktivitet for andre end ejerne.

På baggrund af Tragsa-dommen og Carbotermo-dommen kan det derfor konstateres, at selskabets aktiviteter og virksomhed med andre end ejerne alene må være af marginal karakter. Det kan *muligvis* ligeledes på baggrund af Tragsa-dommen antages, at kravet om at selskabets anden aktivitet alene må have marginal karakter er opfyldt, hvis aktiviteten for andre ikke overstiger 8,5 % af selskabets samlede omsætning. Ifølge Domstolen var Tragsas virksomhed på mere end 90 % for ejerne i den konkrete sag tilstrækkeligt til, at hovedparts-kriteriet var opfyldt.¹⁴⁴

5.1.4. Aktuel eller potentiel aktivitet

Hvorvidt det er den *faktiske* eller *potentielle* aktivitet og virksomhed, som selskabet udfører eller kan udføre for myndigheden, der skal tages i betragtning, er endvidere afgørende for bedømmelsen af hovedparts-kriteriet.

Domstolen udtaler ikke i Carbotermo-dommen udtrykkeligt og på samme vis som Generaladvokaten, om det alene er den faktiske aktivitet, eller om også potentiel aktivitet f.eks. selskabets formål ifølge vedtægterne, skal tages i betragtning. Dette foreslås ellers afklaret af Generaladvokaten i dennes forslag til afgørelse.¹⁴⁵ Som anført af Generaladvokat Stix-Hackl vil en bedømmelse af de potentielle aktiviteter, som evt. fastsat i selskabsformålet i vedtægterne, være en meget usikker og vanskelig bedømmelse. Det må således antages, at Generaladvokaten ikke finder det hensigtsmæssigt at lade selskabets formål og heri liggende mulige og potentielle aktiviteter indgå i bedømmelsen af, om det andet Teckal-kriterium er opfyldt.

Domstolens formulering tyder ligeledes på, at det er den aktuelle aktivitet, der indgår i bedømmelsen, idet Domstolen anfører, at det er den aktivitet, selskabet ”*udfører*”, der skal tages i betragtning.¹⁴⁶ Domstolen kunne have valgt en formulering, som ud over at henvise til aktiviteter, som virksomheden ”*udfører*”, ligeledes henviste til aktiviteter, som virksomheden ”*kan udføre*”. Det gjorde Domstolen ikke, og dette kan muligvis tages til indtægt for en afvisning af hensyntagen til potentielle aktiviteter.

Som anført af Generaladvokaten, vil bedømmelsen af, om virksomheden udfører hovedparten af dens aktiviteter sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af, vanskeliggøres, såfremt eventuelle mulige fremtidige og usikre aktiviteter skal inddrages. Henset hertil, samt til at Domstolen anfører, at det afgørende er, om selskabets aktivitet udføres på grundlag af en tildeling foretaget af den ordregivende myndighed,¹⁴⁷ må det antages, at det er den *faktiske aktivitet*, som selskabet udfører på baggrund af beslutningen truffet af myndigheden, som er afgø-

¹⁴² GA. Geelhoed i Tragsa, punkt 108.

¹⁴³ Dischendorfer, PPLR, Tragsa, NA130.

¹⁴⁴ Tragsa, præmis 63.

¹⁴⁵ GA. Stix-Hackl, punkt 100.

¹⁴⁶ Carbotermo, præmis 72.

¹⁴⁷ Carbotermo, præmis 66 og 72.

rende. Dette understøttes endvidere af Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Parking Brixen-sagen,¹⁴⁸ og ligeledes Stix-Hackls forslag til afgørelse i Stadt-Halle-sagen.¹⁴⁹

5.2. Nærmere om selskabets aktivitet

I Carbotermo-dommen fastslår Domstolen en række momenter, der er uden betydning ved vurderingen af selskabets aktivitet for myndigheden.

5.2.1. Modtager af ydelserne

Ved vurderingen af, om hovedparts-kriteriet kan anses for opfyldt, er det underordnet, hvem der er modtager af de ydelser og aktiviteter, som selskabet præsterer for kommunen.

Dette slog Domstolen fast i Carbotermo-dommen.¹⁵⁰ Det må derfor være uden betydning, om det er den ordregivende myndighed selv eller andre brugere af ydelserne (eksempelvis borgerne i en kommune), der er modtagere. Ydelser, der ikke leveres direkte til den ordregivende kommune, men direkte til andre i kommunen, anses for ydelser til den ordregivende kommune, når det er den ordregivende kommunes beslutning, at selskabet skal levere ydelserne til borgerne i kommunen. Det afgørende må antages at være, om ydelserne leveres til den pågældende modtager på baggrund af kommunens beslutning herom. Såfremt dette er tilfældet, kan hovedparts-kriteriet være opfyldt, uanset modtagerens identitet.

Baggrunden for, at det er kommunens beslutning, der er afgørende, må antages at være, at selskabets aktivitet skal være et udslag af opgaveudførelse netop for kommunen og ikke for andre. Selskabet må ikke være opgavemæssigt og økonomisk uafhængigt af kommunen.

5.2.2. Betaling af vederlag

Et yderligere moment ved vurderingen af hovedparts-kriteriet, der ikke skal tillægges afgørende betydning, er, hvem der betaler selskabet for udførelse af aktiviteterne. Hvorvidt det er den ordregivende myndighed, der ejer selskabet, eller tredje-mænd som er brugere af ydelserne, som betaler selskabet, er således uden betydning.¹⁵¹

Bevæggrunden for, at det er uden betydning, må antages at være, at beslutningen om at selskabet skal udføre den pågældende aktivitet, er truffet af myndigheden. Det er således også i denne sammenhæng alene afgørende, om det er den ejende myndighed, der har truffet beslutningen, og at aktiviteten således udføres for eller sammen med denne myndighed. Hvem, der betaler vederlaget til selskabet, har ingen indflydelse på, hvorvidt selskabet udfører hovedparten af dets aktiviteter sammen med de myndigheder, det ejes af.

5.2.3. Geografiske område

Et moment der kan være interessant at se på i forbindelse med vurderingen af hovedparts-kriteriet, er betydningen af det geografiske område, hvorpå selskabets aktiviteter udføres eller ydelser leveres.

Generaladvokat Kokott omtalte allerede i Parking Brixen-sagen¹⁵² betydningen af det geografiske område, hvorpå selskabets ydelser leveres. Kokott fastslog, at en virksomheds udøvelse eller mulighed for udøvelse af aktiviteter uden for

¹⁴⁸ GA. Kokott i Parking Brixen, punkt 81, 86 og 87.

¹⁴⁹ GA. Stix-Hackl i Stadt Halle, punkt 83.

¹⁵⁰ Carbotermo, præmis 66.

¹⁵¹ Carbotermo, præmis 67.

¹⁵² GA. Kokott i Parking Brixen, punkt. 83-85.

kommunens grænser ikke nødvendigvis udelukkede, at virksomheden udførte hovedparten af sin virksomhed for kommunen. Endvidere var det aktivitetsområde, der var fastsat i selskabets vedtægter, og som tillod aktiviteter uden for kommunens grænser, under ingen omstændigheder til hinder for faktisk opfyldelse af hovedpartskriteriet.¹⁵³ I Generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse i Carbotermosagen anførtes, at et synspunkt, hvorefter alene ydelser til personer med bopæl i kommunen ville kunne medregnes, ville være for snævert.¹⁵⁴ Domstolen fastslår uden nærmere begrundelse, at det er uden betydning, på hvilket område selskabets virksomhed udøves.¹⁵⁵

Det må på denne baggrund antages, at det geografiske område, hvorpå selskabet udøver aktiviteterne/leverer ydelserne, således godt kan være uden for den ordregivende myndigheds territoriale grænser, uden at det udelukker opfyldelse af det andet Teckal-kriterium. Dette forudsætter nødvendigvis, at det i henhold til kommunalretlige principper er i kommunens eller borgerne i kommunens interesse, og at det selvsagt er kommunens beslutning, at aktiviteten skal udføres et andet sted.

De to generaladvokater omtaler i deres forslag til afgørelse alene kommuner som ordregivende myndigheder, men dette kan ikke antages at udelukke andre ikke-kommunale ordregivende myndigheder, hvilket også bekræftes af Domstolens henvisning til ordregivende myndigheder generelt.¹⁵⁶ Det er dog hovedsagligt relevant at behandle myndigheders geografiske område, når der er tale om kommuner eller regioner.

5.3. Ejerskabets betydning ved vurdering af hovedpartskriteriet

Såfremt der er flere myndigheder, der sammen ejer selskabet, kan det ved vurderingen af hovedpartskriteriet være relevant at se på, om det har betydning, for *hvilke ejere* aktiviteterne udføres.

5.3.1. Samtlige ejere

I Carbotermo-dommen konkluderedes, i lighed med Generaladvokatens forslag til afgørelse,¹⁵⁷ at når flere myndigheder ejer et selskab, er den relevante aktivitet, der skal tages i betragtning, den aktivitet som selskabet udfører sammen med *samtlig* disse myndigheder.

Hovedparten af selskabets aktiviteter skal således måles i forhold til den *samlede ejerkreds under ét*, og hvis selskabet udfører hovedparten af dets aktiviteter sammen med samtlige myndigheder, der ejer det, vil det andet Teckal-kriterium være opfyldt. Dette gælder uanset, at det kun er én af ejerne, der er ordregivende myndighed i forhold til den konkrete kontrakttildelelse til selskabet.¹⁵⁸

I Tragsa-dommen fastslog Domstolen, at idet Tragsa gennemsnitligt udførte mere end 55 % af sin virksomhed med de selvstyrende regioner og ca. 35 % med staten, indebar det, at hovedparten af Tragsas virksomhed udførtes sammen med ejerne af Tragsa, nemlig de selvstyrende regioner og de offentlige organer.¹⁵⁹

Domstolen bekræfter hermed, at hovedparten af selskabets aktivitet skal måles i forhold til samtlige ejere, og at en aktivitet for samtlige ejere på ca. 90 % af selskabets samlede virksomhed er nok til at udgøre hovedparten og dermed opfylde det andet Teckal-kriterium. Domstolen går ikke ind i en vurdering af *fordelingen* af

¹⁵³ Som tidligere nævnt, tog Domstolen ikke stilling til det andet Teckal-kriterium.

¹⁵⁴ GA. Stix-Hackl i Carbotermo, punkt. 111.

¹⁵⁵ Carbotermo, præmis 67 og 72.

¹⁵⁶ Carbotermo, præmis 72.

¹⁵⁷ GA. Stix-Hackl i Carbotermo, punkt 103, Carbotermo, præmis 70.

¹⁵⁸ Se også GA. Stix-Hackl i Carbotermo, punkt 104 og 105.

¹⁵⁹ Tragsa, præmis 63.

selskabets aktivitet for de enkelte ejere, ligesom Generaladvokaten gør. Vurderingen af, om kriteriet er opfyldt, skal således foretages i forhold til samtlige ejere uanset hvor lille en andel af selskabet de ejer. Domstolen følger på dette punkt sin afgørelse i Carbotermo-dommen.¹⁶⁰

Generaladvokat Geelhoed var i sit forslag til afgørelse i sagen, ligesom vedrørende kontrolkriteriet, ikke enig med Domstolen i dens vurdering af, om det andet Teckal-kriterium var opfyldt.

Generaladvokaten fandt, at regionernes symbolske ejerandel på 1 % tilsammen ikke var udtryk for tilstrækkelig kontrol med Tragsa, og i forhold til regionerne udgjorde Tragsas omsætning over 50 % af Tragsas samlede omsætning. Omvendt ejede staten 99 % af Tragsa, hvilket var udtryk for tilstrækkelig kontrol, men Tragsa udførte ikke hovedparten af sin aktivitet for staten, idet aktiviteten for staten alene udgjorde ca. 30 % af Tragsas samlede omsætning. Det betød ifølge Generaladvokaten, at Tragsa ikke udførte hovedparten af sin virksomhed sammen med de myndigheder, Tragsa kontrolleredes af, nemlig staten.

Domstolen anlægger - i modsætning til Generaladvokaten - en mere *opgavemæssig* bedømmelse af kontrollen med Tragsa, og vurderer, at idet Tragsa har pligt til at udføre opgaver for samtlige ejere, skal aktiviteterne for samtlige ejere indgå i bedømmelsen af hovedparts-kriteriet.

5.3.2. Indirekte ejerskab

Ved vurderingen af hovedparts-kriteriets opfyldelse kan det være relevant - ligesom ved vurdering af kontrolkriteriet - at se på, om indskydelse af et holdingselskab mellem myndigheden og selskabet, får betydning for kriteriets opfyldelse.

Det faktum, at der er tale om indirekte ejerskab i form af indskydelse af et holdingselskab, må ikke antages at udelukke, at det andet Teckal-kriterium kan anses for opfyldt. Dette fastslår Generaladvokaten udtrykkeligt i punkt 116 i sit forslag til afgørelse i Carbotermo-dommen. Det må antages, at Domstolen ligeledes anerkender dette, idet den aktivitet virksomheden udfører med samtlige ejere (det vil sige også indirekte medejere) skal tages i betragtning.¹⁶¹ Dette slås også fast i Generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse i Stadt Halle-sagen.¹⁶²

5.4. Konklusion vedrørende hovedparts-kriteriet

Ved et selskabs udførelse af hovedparten af aktiviteterne for den myndighed, der ejer selskabet, må det antages, at det er alle selskabets *aktuelle* aktiviteter, der skal tages i betragtning, og ikke usikre potentielle aktiviteter. Selskabets afgørende omsætning er den omsætning, selskabet opnår på baggrund af en beslutning truffet af myndigheden, der ejer selskabet.

80 % -reglen i FVD artikel 23 finder ikke analog anvendelse på UBD ved vurdering af *hovedparten* af et selskabs aktiviteter. *Hovedparten* forstås bogstaveligt som mere end 50 % af selskabets samlede omsætning. Imidlertid må selskabets aktiviteter med andre end de myndigheder, der ejer selskabet, alene være af marginal karakter. Når selskabets aktivitet med *andre end ejerne* udgør ca. 8,5 % af selskabets samlede omsætning, er denne anden aktivitet *muligvis* alene af *marginal karakter*. Hovedparts-kriteriet må antages konkret at kunne være opfyldt, hvis selskabets aktivitet med samtlige offentlige ejere udgør ca. 90 % af selskabets samlede omsætning.

Der er ved vurderingen af hovedparts-kriteriet uden betydning, hvem der er *modtager* af ydelserne leveret af selskabet, om det er borgere eller myndigheden

¹⁶⁰ Carbotermo, præmis 71.

¹⁶¹ Carbotermo, præmis 68 og 71.

¹⁶² GA. Stix-Hackl i Stadt Halle, punkt 80.

selv. Det er ligeledes uden betydning, hvem der *betaler* selskabets vederlag, om det er myndigheden eller f.eks. borgere, der modtager ydelsen. Endvidere er det uden betydning, på hvilket *geografisk område* selskabets ydelser leveres. Det kan således som udgangspunkt godt være uden for en kommunes territoriale område. Der afgørende er, hvorvidt *beslutningen* om henholdsvis modtagere af selskabets ydelser, betaling af selskabets ydelser og området for levering af selskabets ydelser, er truffet af myndigheden.

Når der er flere offentlige ejere af selskabet, er det selskabets aktiviteter for *samtlig ejerne* under ét, der indgår i vurderingen af hovedparts-kriteriet. Aktiviteter for *indirekte ejere*, når der er indskudt et holdingselskab, indgår ligeledes i vurderingen af hovedparts-kriteriet.

6. Konklusion

Som det fremgår af redegørelsen i de forrige afsnit, er det muligt for ordregivende myndigheder at tildele kontrakt til selvstændige juridiske selskaber uden forudgående offentligt udbud af kontrakten, når to betingelser er opfyldt: *kontrolkriteriet* og *hovedparts-kriteriet*. Dette kaldes den *udvidede in-house regel*.

Kontrolkriteriets opfyldelse beror på en lang række forhold, men indebærer grundlæggende en vurdering af, om den kontrol myndigheden kan udøve over selskabet, er sammenlignelig med den kontrol myndigheden kan udøve over egne interne tjenestegrene. Når selskabets selvstændige handlefrihed er begrænset, og myndigheden kan udøve bestemmende indflydelse på selskabets strategiske målsætninger og vigtige beslutninger, er forholdet sammenligneligt med det over/underordningsforhold, der eksisterer mellem myndigheder og deres underordnede tjenestegrene. Kontrolkriteriet vil således kunne anses for opfyldt. Dog vil den enkelte myndigheds *opgavemæssige kontrol* når samtlige ejere samlet set har kontrollen over selskabet muligvis være nok til, at anse kontrolkriteriet for opfyldt. Dette tyder på en lempning i retspraksis af betingelserne for kontrolkriteriets opfyldelse.

Selskabet udfører *hovedparten* af sine aktuelle aktiviteter for samtlige myndigheder, det ejes af, når selskabets omsætning på ca. 90 % af selskabets samlede omsætning, opnås på baggrund af en beslutning truffet af den eller de ordregivende myndigheder, der er ejere. Selskabet må kun udføre opgaver for andre end ejerne i marginalt omfang, således at selskabet ikke i for høj grad bliver en aktør i konkurrence på markedet. Ved vurderingen af *hovedparts-kriteriet* skal selskabet være sammenligneligt med forvaltningens egne interne tjenestegrene, som er økonomisk og opgavemæssigt afhængige af myndigheden. Når dette er tilfældet, kan hovedparts-kriteriet være opfyldt.

7. Litteraturliste

Henvisningsforkortelser er angivet kursiveret i parentes efter værket.

Bøger:

- Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2. udgave, 2005. (*Arrowsmith*)

- Christensen, Jan Schans: Kapital Selskaber, 2. udgave, 2007. (*Schans Christensen*)
- Fabricius, Jesper og René Offersen: EU's udbudsregler i praksis, 2. udgave, 2006. (*Fabricius*)
- Hjelmberg, Simon Evers, Peter Stig Jakobsen og Sune Troels Poulsen: EU udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, 1. udgave, 2005. (*Hjelmberg m.fl., EU Udbudsretten*)
- Hjelmberg, Simon Evers, Peter Stig Jakobsen og Sune Troels Poulsen: Public Procurement Law – the EU directive on public contracts, 1. udgave, 2006. (*Hjelmberg m.fl., Procurement Law*)
- Nielsen, Ruth: Udbud af offentlige kontrakter, 3. udgave, 2005. (*Ruth Nielsen*)
- Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer: EU's udbudsdirektiver med kommentarer, 1. udgave, 2003. (*Steinicke 2003*)
- Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer: EU's udbudsdirektiver med kommentarer, 2. udgave, 2008. (*Steinicke*)
- Trepte, Peter: Public Procurement in the EU, 2. udgave, 2007. (*Trepte*)

Artikler fra tidsskriftet Public Procurement Law Review (PPLR):

- Avarkioti, Fotini: The application of EU public procurement rules to "in-house" arrangements, PPLR, 2007, 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, 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, 3, NA72-NA77. (*Brown, PPLR, Stadt Halle*)
- Brown, Adrian: Transparency obligation under the EC Treaty in relation to public contracts that fall outside the procurement directives: A note on C-231/03, CONAME, PPLR, 2005, 6, NA153-NA159. (*Brown PPLR, Coname*)
- 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, 15, NA52-NA54. (*Brown, PPLR, Mödling*)
- Brown, Adrian: The application of the EC Treaty to services concession awarded by a public authority to a wholly owned subsidiary, Case C-458/03, Parking Brixen, PPLR, 2006, 15, NA40-NA47. (*Brown, PPLR, Parking Brixen*)
- 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, 16, NA123-NA130. (*Dischendorfer, PPLR, Tragsa*)
- Henty, Paul: Carbotermo SpA and Consorzio Alisei v Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA, Identity crisis: When is a subsidiary part of a contracting authority? PPLR, 2006, 15, NA150-NA154. (*Henty, PPLR, Carbotermo*)
- Weltzien, Kurt: Avoiding the procurement rules by awarding contracts to an in-house entity – scope of the procurement directives in the classical sector, PPLR, 2005, 5, s. 237-255. (*Weltzien, PPLR*)

Domme fra EF-Domstolen, kronologisk:

- Sag C-107/98, dom af 18. november 1999, Teckal Srl mod Comune di Viano. (*Teckal*)
- Sag C-26/03, dom af 11. januar 2005, Stadt Halle mod TREA Leuna. (*Stadt Halle*)
- Sag C-231/03, dom af 21. juli 2005, Coname mod Comune di Cingia de' Botti. (*Coname*)
- Sag C-458/03, dom af 13. oktober 2005, Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG. (*Parking Brixen*)
- Sag C-29/04, dom af 10. november 2005, Kommissionen mod Østrig. (*Mödling*)
- Sag C-410/04, dom af 6. april 2006, ANAV mod Comune di Bari, AMTAB. (*ANAV*)
- Sag C-340/04, dom af 11. maj 2006, Cabotermo Spa mod Comune de Busto. (*Carbotermo*)
- Sag C-220/05, dom af 18. januar 2007, Jean Auroux m. fl. mod Commune de Roanne. (*Jean Auroux*)
- Sag C-295/05, dom af 19. april 2007, Asemfo mod Tragsa. (*Tragsa*)
- Sag C-337/05, dom af 8. april 2008, Kommissionen mod Italien. (*Kommissionen mod Italien*)

Generaladvokaters forslag til afgørelse, kronologisk:

- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Cosmas, fremsat 1. juli 1999, i sag C-107/98, Teckal. (*GA. Cosmas*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Léger, fremsat 15. juni 2000, i sag C-94/99, ARGE. (*GA. Léger*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Christine Stix-Hackl, fremsat 23. september 2004, i sag C-26/03, Stadt Halle. (*GA. Stix-Hackl i Stadt Halle*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Juliane Kokott, fremsat 1. marts 2005, i sag C-458/03, Parking Brixen. (*GA. Kokott i Parking Brixen*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat L.A. Geelhoed, fremsat den 21. april 2005, i sag C-29/04, Mödling. (*GA. Geelhoed i Mödling*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat L.A. Geelhoed, fremsat 12. januar 2006, i sag C-410/04, ANAV. (*GA. Geelhoed i ANAV*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Christine Stix-Hackl, fremsat 12. januar 2006 i sag C-340/04, Carbotermo. (*GA. Stix-Hackl i Carbotermo*)
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat L.A. Geelhoed, fremsat 28. september 2006, i sag C-295/05, Tragsa. (*GA. Geelhoed i Tragsa*)

Lovgivning:

- Udbudsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindgåelseskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. (*Udbudsdirektivet/UBD*)

- Forsyningsvirksomhedsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester. (*Forsyningsvirksomhedsdirektivet/ FVD*)
- Kommunestyrelsesloven: Bekendtgørelse af lov om kommunernes styrelse, nr. 696 af 27/06/2008. (*Kommunestyrelsesloven*)
- Aktieselskabsloven: Bekendtgørelse af lov om aktieselskaber, nr. 649 af 15/06/2006. (*Aktieselskabsloven*)

Vejledninger:

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