

EU-domstolens dom af 29. november 2012, sager C-182/11 og C-183/11, Econord

Kort resumé

Angår betingelserne for at anse en virksomhed for in house i forhold til flere ordregivende myndigheder. Bl.a. udtalt følgende: Kontrolkriteriet er opfyldt, når hver af de ordregivende myndigheder har en andel i virksomhedens kapital og ledelsesorganer. De ordregivende myndigheder kan udøve den nødvendige kontrol over virksomheden i fællesskab, men kontrollen må ikke være alene hos den af dem, der har aktiemajoriteten i virksomheden. Det tilkom den forelæggende domstol at tage stilling til, om kontrolkriteriet var opfyldt i sagen.

Kommentar

Kontrolkriteriet er en af betingelserne for at anse en virksomhed for »in house« i forhold til en ordregivende myndighed. Kontrolkriteriet er nærmere omtalt i det fulde resumé. Dommen angår spørgsmålet om, hvad der skal til for at anse kontrolkriteriet for opfyldt i tilfælde, hvor der er tale om at anse en virksomhed for in house i forhold til flere ordregiverende myndigheder.

Se om dette spørgsmål navnlig resuméet af EU-domstolens dom af 10. september 2009, sag C-573/07, Sea, der angik et lignende tilfælde. Se om emnet in house også artikler af H.P. Rosenmeier og Steen Treumer i »Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret«, Thomson Reuters 2009.

(Resuméet af Sea-dommen er indeholdt i samlingen af resuméer af afgørelse fra EU-domstolen og Retten i Første Instans afsagt i 2009, link gennem linket »Resumésamlinger« i venstre spalte på materialesamlingens forside).

Dommen her tilfører næppe udbudsretten noget nyt. Den ville nok have været mere interessant, hvis EU-domstolen havde taget stilling til, om kontrolkriteriet var opfyldt i sagen, i stedet for at overlade afgørelsen herom til den nationale domstol. EU-domstolen havde imidlertid tilsyneladende ikke tilstrækkelige oplysninger til at kunne gøre det.

Men af interesse er vel EU-domstolens udtalelse om, at kontrolkriteriet ikke kan opfyldes ved kontrol alene udøvet af den ordregivende myndighed, der har aktiemajoriteten i virksomheden.

Af interesse er måske også domstolens udtalelse om, at hver af de ordregivende myndigheder skal have en andel i virksomhedens kapital. En virksomhed kan altså kun være in house i forhold til en ordregivende myndighed, hvis den ordregivende myndighed er (med)ejer af virksomheden. Dette giver vel også sig selv, men er hermed slået udtrykkeligt fast.

Resumé

En italiensk kommune har en stor aktiemajoritet i et aktieselskab, der udfører renovation ol. for kommunen. Et antal andre italienske kommuner har desuden hver nogle få aktier i aktieselskabet, og det synes at fremgå, at aktieselskabet udfører renovationsopgaver også for disse kommuner.

Sagen angår to af de sidstnævnte kommuner. Det fremgår, at de to kommuner på et tidspunkt hver købte en enkelt aktie i aktieselskabet og i forbindelse hermed overlod aktieselskabet udførelse af renovationsopgaver for

dem. Samtidig blev der udfærdiget en aktionæroverenskomst, hvorefter de to kommuner har »ret til at blive taget i samråd, udnævne en repræsentant til tilsynsrådet og udpege et bestyrelsesmedlem efter fælles overenskomst med de øvrige kommuner...«.

En virksomhed klagede til de italienske myndigheder over, at de to kommuners overladelse til aktieselskabet af renovationsopgaverne var sket uden EU-udbud. Sagen kom for en forvaltningsdomstol (Consiglio di Stato), der forelagde sagen for EU-domstolen. Forelæggelsen skete med et spørgsmål, der sigtede til, om de to kommuner udøver tilstrækkelig kontrol med aktieselskabet til, at aktieselskabet kan anses for »in house« i forhold til de to kommuner.

EU-domstolens svar på spørgsmålet kan refereres således, af overskuelighedsgrunde opbrudt i enkeltsætninger og noget omformuleret:

Svaret angik følgende betingelse for at anse en virksomhed for »in house« i forhold til en ordregivende myndighed: Den ordregivende myndighed skal udøve en kontrol med virksomheden svarende til den kontrol, som den ordregivende myndighed udøver med sine egne tjenestegrene. Denne betingelse er opstillet i EU-domstolens praksis og omtales i denne materialesamling som »kontrolkriteriet«.

Svaret angik endvidere den situation, at flere ordregivende myndigheder sammen opretter en virksomhed til varetagelse af en offentlig tjenesteydelsesopgave, eller at en ordregivende myndighed tilslutter sig en sådan virksomhed. Svaret gik ud på følgende:

I en sådan situation er kontrolkriteriet opfyldt, når hver af de ordregivende myndigheder har en andel i virksomhedens kapital og ledelsesorganer.

Dette svar synes ikke at sige noget særligt i sig selv og skal tydeligvis forstås i sammenhæng med EU-domstolens begrundelse for det. Fra begrundelsen kan nævnes følgende, som EU-domstolen til dels også udtalte i dom af 10. september 2009 i sag C-573/07, Sea (af overskuelighedsgrunde omformuleret gengivet):

Kontrolkriteriet er det samme, hvad enten der er tale om en udbudspligtig kontrakt om en tjenesteydelse eller om en kontrakt om en tjenesteydelseskoncession (der ikke er udbudspligtig, men som ifølge EU-domstolens praksis i visse tilfælde er undergivet en slags begrænset udbudspligt, præmis 26).

Flere ordregivende myndigheder, der sammen ejer den virksomhed, der er tale om, kan i fællesskab udøve en kontrol med virksomheden svarende til den kontrol, som de udøver med deres egne tjenestegrene (præmis 28). Det er ikke nødvendigt, at hver af de ordregivende myndigheder har sin egen individuelle kontrolbeføjelse. Kontrollen kan imidlertid ikke alene være hos den af de ordregivende myndigheder, der har aktiemajoriteten i virksomheden, idet dette ville give mulighed for omgåelse (præmis 30 og 31).

Det tilkom herefter den italienske forvaltningsdomstol at tage stilling til, om de to kommuner i kraft af aktionæroverenskomsten havde mulighed for aktivt at deltage i kontrollen med det omhandlede aktieselskab (præmis 32).