

02-02-2010  
OK  
4/0420-8901-0178  
/PMK

## **In-house begrebets betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner**

1. Indledning.....	2
2. Regelgrundlaget for indgåelsen af driftsoverenskomster.....	3
3. In-house begrebet .....	4
3.1 Virksomhedskriteriet .....	6
3.2 Kontrolkriteriet .....	6
4. Kommunal kontrol over selvejende institutioner .....	7
4.1 Betydningen af manglende ejerskab.....	8
4.2 Karakteren af selvejende institutioners aktiviteter .....	8
4.3 Bestyrelsesdeltagelse .....	10
4.4 Kontrol via vedtægter og formål .....	11
4.5 Kontrol med budgettet.....	14
4.6 Kontrol med kommercielle dispositioner .....	15
4.7 Yderligere kommunal kontrol .....	17
4.8 Den kommunale tilsynsforpligtelse.....	17
4.9 Institutionens mulighed for at ansætte og afskedige forstanderen	18
5. Sammenfatning.....	18
Bilag .....	22
1. Selvejende institutioners karakteristika.....	22
2. Konkurrencestyrelsens vurdering.....	24
3. Domstolens retspraksis om betydningen af ejerskab.....	24
3.1. Teckal .....	24
3.2. Parking Brixen.....	25
3.3. Carbotermo .....	26
3.4. Tragsa .....	27
3.5. Coditel .....	28
3.6. Sea .....	30

KONKURRENCESTYRELSEN  
Nyropsgade 30  
1780 København V

Tlf. 72 26 80 00  
Fax 33 32 61 44  
CVR-nr. 64 96 46 15  
ks@ks.dk  
www.ks.dk

ØKONOMI- OG  
ERHVERVS MINISTERIET

Konkurrencestyrelsen har en række mål med relevans for styrelsens kunder. De klare mål kan ses på styrelsens hjemmeside [www.ks.dk](http://www.ks.dk) under "Om KS \ klare mål".

## 1. Indledning

Kommuner løser en lang række opgaver på social- og sundhedsområdet såsom pasning af børn og pleje af ældre. Disse opgaver udføres bl.a. i kommunale dag- og døgninstitutioner og kommunale plejehjem. Denne opgaveudførelse har ingen udbudsretlige konsekvenser, da opgaver, der udføres af myndigheden selv – d.v.s. udføres in-house – ikke er udbudspligtige.

Disse opgaver udføres dog ikke i alle tilfælde i kommunens egne institutioner, men udføres eksempelvis også af selvejende institutioner.

Forholdet mellem de selvejende institutioner og kommunerne er som oftest reguleret i en aftale, som indeholder bestemmelser om de økonomiske og indholdsmæssige rammer for driften af institutionen<sup>1</sup>. I praksis anvendes forskellige udtryk for denne aftale eksempelvis ”kontrakt”, ”driftsaftale” eller ”driftsoverenskomst”. I det følgende anvendes udtrykket ”driftsoverenskomst”.

Indgåelsen af driftsoverenskomster er som udgangspunkt omfattet af udbudsreglerne. Spørgsmålet er dog, om indgåelsen af driftsoverenskomster i alle tilfælde er omfattet af udbudsreglerne, eller om også selvejende institutioners opgavevaretagelse kan karakteriseres som opgaver, der udføres in-house og dermed ikke omfattet af udbudsreglerne.

Som det fremgår nedenfor, er det Konkurrencestyrelsens vurdering, at selvejende institutioners opgavevaretagelse kan karakteriseres som in-house, såfremt in-house begrebets kriterier i det konkrete tilfælde er opfyldt.

Det vil bero på en konkret vurdering fra sag til sag, om der er tale om in-house opgavevaretagelse. I denne vejledning behandles udvalgte forhold, der potentielt kan overvejes og – såfremt de er til stede – kan tillægges positiv betydning i forbindelse med en vurdering af om en konkret selvejende institution er omfattet af in-house begrebet.

Det skal bemærkes, at Konkurrencestyrelsen alene kan udtale sig vejledende om forståelsen af udbudsretlige regler. Styrelsen har ikke kompetence til at træffe afgørelse eller give bindende forhåndsbesked i konkrete sager. Det kan således ikke udelukkes, at Klagenævnet for Udbud i forbindelse med behandlingen af en konkret sag er af en anden holdning end styrelsen.

---

<sup>1</sup> Herudover reguleres forholdet mellem selvejende institutioner og kommuner af en eller flere offentligretlige love såsom lov om social service (LBK nr. 941 af 01/10/2009), lov om dag-, fritids- og klubtilbud m.v. til børn og unge (LOV nr. 501 af 06/06/2007), forvaltningsloven (LBK nr. 1365 af 07/12/2007), lov om offentlighed i forvaltningen (LOV nr. 572 af 19/12/1985), lov om retssikkerhed og administration på det sociale område (LBK nr. 877 af 03/09/2008) og bekendtgørelsen om kommunernes låntagning og meddelelse af garantier m.v. (BEK nr. 1097 af 19/11/2008 fx § 3).

## 2. Regelgrundlaget for indgåelsen af driftsoverenskomster

Udbudsdirektivet<sup>2</sup> regulerer ordregivende myndigheders indgåelse af offentlige kontrakter. Helt overordnet finder udbudsdirektivet anvendelse, når en ordregivende myndighed indgår en

- gensidigt bebyrdende skriftlig aftale med en anden juridisk enhed
- om anskaffelser af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser,
- som overstiger den gældende tærskelværdi, og
- som ikke er omfattet af en særlig undtagelse fra udbudsreglerne.

Udbudsdirektivet sonder mellem to typer tjenesteydelser: Bilag II A og II B tjenesteydelser. Såfremt der er tale om indgåelsen af en kontrakt vedrørende bilag II A tjenesteydelser, der overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi, skal en ordregivende myndighed følge udbudsdirektivets procedureregler fuldt ud. Kontrakter, der vedrører bilag II B tjenesteydelser, er ikke omfattet af udbudsdirektivets procedureregler men kun af enkelte af udbudsdirektivets bestemmelser. Når en myndighed indgår en kontrakt om bilag II B tjenesteydelser, der overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi, skal myndigheden således overholde udbudsdirektivets artikel 23 (anvendelse af standarder mv.) og 35, stk. 4 (pligt til at offentliggøre resultatet af kontraktindgåelsen til EU-tidende).

Den pasning og pleje, der udføres af de selvejende institutioner, vedrører udførelsen af tjenester på sundheds- og socialområdet. Sådanne tjenesteydelser fremgår af bilag II B. Det må antages af de selvejende institutioner også udfører administrationsopgaver, som er tilknyttet kontrakten om levering af pasning og pleje. Sådanne tjenesteydelser kategoriseres som bilag A-tjenesteydelser. Tilsvarende gælder aftaler om rengøring mv.

Kontrakter, der vedrører både bilag A og bilag B tjenesteydelser, kategoriseres ud fra, hvilken type ydelse der har den største værdi. Det må formodes, at driftsoverenskomster med de selvejende institutioner hovedsageligt vedrører ydelser på social- og sundhedsområdet om pasning og pleje til eksempelvis beboere i plejeboligbebyggelser. Det må derfor antages, at de driftsoverenskomster, der indgås med de selvejende institutioner, samlet kan karakteriseres som en aftale om bilag B ydelser.

Det må yderligere antages, at værdien af en driftsoverenskomst overstiger udbudsdirektivets nuværende tærskelværdi på ca. 1.44 mio. kr. Indgåelsen af en driftsoverenskomst må således antages at kunne karakteriseres som en gensidigt bebyrdende skriftlig aftale, der overstiger den gældende tærskelværdi. Dette er ensbetydende med, at indgåelse af en

---

<sup>2</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. Direktivet er implementeret i dansk ret ved BKG nr. 937 af 16. september 2004.

driftsoverenskomst med en selvejende institution omfattes af udbudsdirektivets artikel 23 og 35, stk. 4.

Indgåelsen af bilag II B tjenesteydelseskontrakter, der har en værdi over 500.000 kr., omfattes dog også af afsnit II i tilbudsloven<sup>3</sup>. Dette medfører, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at offentliggøre en annonce forud for indgåelsen af tjenesteydelseskontrakten.

Samlet set er dette ensbetydende med, at indgåelse af driftsoverenskomster med selvejende institutioner som udgangspunkt reguleres af tilbudslovens annonceringspligt samt udbudsdirektivets artikel 23 og 35, stk. 4.

Såfremt aftalerne er omfattet af en særlig undtagelse, finder udbudsdirektivet eller tilbudsloven dog ikke anvendelse. Dette ville være tilfældet, såfremt de opgaver, der udføres af de selvejende institutioner, kan karakteriseres som opgaver, der udføres in-house i kommunen.

### 3. In-house begrebet

Udbudsreglerne finder ikke anvendelse på de anskaffelser eller den aftaleindgåelse, en ordregivende myndighed foretager med sig selv – såkaldt in-house produktion. Udbudsdirektivet forholder sig dog ikke direkte til in-house produktion og begrebet har således ikke et eksplicit retligt grundlag. Imidlertid følger det af direktivet, at det er en betingelse for dets anvendelse, at der er tale om indgåelse af en gensidigt bebyrdende aftale mellem en ordregivende myndighed og en anden juridisk enhed. Når der mellem en myndighed og en afdeling i myndigheden indgås en ”aftale” om de nærmere betingelser for en given opgavevaretagelse, foreligger der derfor ikke en udbudspligtig aftale i direktivets forstand. Dette karakteriseres som in-house opgavevaretagelse.

Det skal imidlertid bemærkes, at forsyningsvirksomhedsdirektivet<sup>4</sup> indeholder bestemmelser, der vedrører in-house produktion. I medfør af direktivets artikel 23 kan ordregivere på forsyningsvirksomhedsområdet således undtage indgåelsen af kontrakter, der indgås med såkaldt ”tilknyttede virksomheder” fra direktivets anvendelsesområde. En sådan tilknyttet virksomhed defineres bl.a. som en virksomhed, som ordregiveren direkte eller indirekte kan udøve bestemmende indflydelse på som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra b). I henhold til denne artikel antages bestemmende indflydelse at foreligge, når de ordregivende myndigheder direkte eller indirekte i relation til en virksomhed:

- Besidder majoriteten af virksomhedens ansvarlige kapital

---

<sup>3</sup> Lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, jf. LBK nr. 1410 af 07/12/2007.

<sup>4</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (”Forsyningsvirksomhedsdirektivet”). Direktivet er implementeret i dansk ret ved BKG nr. 936 af 16. september 2004.

- råder over flertallet af de stemmer, som er knyttet til de kapitalandele, som virksomheden har udstedt, eller
- kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i virksomhedens administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan.

Det skal herudover bemærkes, at en nylig ændring af de gældende kontroldirektiver nævner in-house begrebet som en omstændighed, der kan berettige en direkte kontrakttildeling (Konkurrencestyrelsens understregning):

*”Direkte tildelte kontrakter i dette direktivs forstand kan eventuelt være berettigede i kraft af de særlige situationer, der er nævnt i artikel 10-18 i direktiv 2004/18/EF, i medfør af artikel 31, 61 eller 68 i direktiv 2004/18/EF, tildeling af tjenesteydelseskontrakter i henhold til artikel 21 i direktiv 2004/18/EF eller lovlige tildeling af in-house-kontrakter, som fortolket af Domstolen.”<sup>5</sup>*

Det er således EU-domstolen (i det følgende blot ”Domstolen”), der har udviklet rækkevidden af in-house begrebet. Domstolen har fortolket in-house begrebet således, at reglen ikke bare finder anvendelse mellem en myndighed og dens interne afdelinger, men også finder anvendelse på kontrakter indgået mellem en myndighed og en fra denne myndighed selvstændig juridisk enhed. Dette kræver dog, at den selvstændige juridiske enhed både med hensyn til beslutningskompetence og i økonomisk henseende er så tæt knyttet til myndigheden, at det modsvarer en intern arbejdsdeling. Følgende kriterier skal lægges til grund<sup>6</sup>:

1. at den pågældende virksomhed udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.
2. at den lokale myndighed underkaster den pågældende virksomhed en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene.

Disse kriterier benævnes henholdsvis ”virksomhedskriteriet” og ”kontrolkriteriet”. Kriterierne er kumulative og skal således begge opfyldes for, at in-house begrebet kan finde anvendelse.

In-house begrebet er en undtagelse til udbudsreglerne, hvorfor reglen skal fortolkes indskrænkende. Herudover påhviler bevisbyrden for, at kriterierne er opfyldt den part, der påberåber sig undtagelsen<sup>7</sup>. Bevisbyrden for, at der er tale om en in-house relation mellem en selvejende institution og en kommune, vil således skulle løftes af kommunen.

---

<sup>5</sup> Betragtning 15 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.

<sup>6</sup> Jf. den danske version af Domstolens dom i sag C-107/98, Teckal, præmis 50.

<sup>7</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-410/04, ANAV, præmis 26.

Det bemærkes herudover, at det følger af in-house begrebet, at den selvstændige juridiske person kan være kontrolleret af og udføre sin virksomhed for flere ordregivende myndigheder, jf. angivelsen af "*den eller de lokale myndigheder*". Dette muliggør, at selvejende institutioner kan betragtes som in-house, også selvom institutionen er knyttet til en flerhed af kommuner.

### **3.1 Virksomhedskriteriet**

Virksomhedskriteriet medfører, at det er en betingelse for at kunne anse opgaver, der udføres af en selvstændig juridisk enhed, som in-house, at enhedens aktiviteter hovedsagligt udføres for den eller de myndigheder, den kontrolleres af. Andre aktiviteter må alene have en marginal karakter. Ved vurderingen af om dette kriterium er opfyldt, kan alle relevante forhold inddrages.

Opfyldelsen af kriteriet beror således på en konkret vurdering. Konkurrencestyrelsen kan ikke foretage en generel vurdering, der dækker alle selvejende institutioner. Her skal derfor blot bemærkes, at såfremt den selvejende institution tilbyder sine ydelser til andre end den kontrollerende myndighed, kan dette medføre, at institutionen potentielt ikke opfylder virksomhedskriteriet. Opfyldes virksomhedskriteriet ikke, vil in-house begrebet ikke finde anvendelse.

Reglerne om frit plejeboligvalg i lov om almene lejeboliger er ensbetydende med, at borgere visiteret til en plejebolig frit kan vælge plejebolig på tværs af kommunegrænser – herunder friplejeboliger og selvejende plejeboliger/plejehjem. Dermed tilbyder selvejende institutioner potentielt ydelser til andre end den kontrollerende myndighed. Det er imidlertid Konkurrencestyrelsens opfattelse, at dette forhold ikke nødvendigvis er ensbetydende med, at selvejende institutioner ikke opfylder in-house begrebets virksomhedskriterium. Selvom der visiteres borgere fra andre kommuner, kan den selvejende institution således i det konkrete tilfælde stadig hovedsagligt udføre sine aktiviteter for den eller de myndigheder, den kontrolleres af. En afklaring vil bero på en konkret vurdering.

Såfremt den selvejende institution har indgået en specifik aftale om, at institutionen også leverer ydelser til myndigheder, der ikke har mulighed for at udøve kontrol, vil dette dog potentielt kunne påvirke en vurdering af, om virksomhedskriteriet konkret er opfyldt.

### **3.2 Kontrolkriteriet**

Det er ikke fastslået i praksis, nøjagtig hvilke omstændigheder der medfører, at en ordregivende myndighed kan siges at udøve en kontrol med en selvejende institutioner, der svarer til den kontrol, myndigheden fører med sine egne tjenestegrene.

Der må derfor foretages en vurdering, hvor samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder tages i betragtning. Det skal

fremgå, at den selvejende institution er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den ordregivende myndighed at påvirke institutionens beslutninger. Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til vigtige beslutninger<sup>8</sup>. I forholdet mellem ordregivende myndigheder og selvejende institutioner skal myndigheden alt i alt kunne udøve ”bestemmende indflydelse” over den selvejende institution.

Det skal bemærkes, at såfremt der i en konkret situation er omstændigheder, der taler imod kontrolkriteriets opfyldelse, betyder dette ikke nødvendigvis, at kontrolkriteriet ikke er opfyldt. Sådanne omstændigheder skal blot inddrages i den samlede afvejning af kontrolkriteriet.

Herudover skal det bemærkes, at kravet om en kontrol, der ”svarer til”, er ensbetydende med, at opfyldelsen af in-house begrebets kontrolkriterium ikke er betinget af, at der føres en kontrol med den selvejende institution, der er fuldstændig identisk med eller strengere end den kontrol, der føres med egne tjenestegrene.

#### **4. Kommunal kontrol over selvejende institutioner**

Ved vurderingen af kontrolkriteriet kan forhold af både forvaltningsretlig og selskabsretlig karakter inddrages. Det forvaltningsretlige kontrolbegreb vedrører fx over/underordningsforhold og instruktions- og tilsynsbeføjelser. Det selskabsretlige kontrolbegreb vedrører eksempelvis ejerskab og bestyrelseskontrol. Herudover kan også den selvstændige juridiske enheds karakter inddrages.

I forhold til selvejende institutioner inddrager bedømmelsen af kontrolkriteriet således eksempelvis karakteren af de selvejende institutioners aktiviteter og kontrol over kommercielle dispositioner, budgetforhold, fastsættelse af strategi og kompetence til at foretage ansættelse af medarbejder mv.

For det første behandles den principielle betydning af, at selvejende institutioner er karakteriseret ved at eje sig selv. Herefter behandles selve karakteren af de selvejende institutioners aktiviteter. Endelig behandles forhold, der kan fremhæves i forbindelse med en vurdering af kontrolkriteriet i forholdet mellem en kommune og en selvejende institution. Disse forhold vedrører betydningen af følgende:

- Bestyrelsesdeltagelse
- Kontrol via vedtægter og formål
- Kontrol med budget
- Kontrol med kommercielle dispositioner
- Yderligere kommunal kontrol
- Den kommunale tilsynsforpligtelse
- Institutionens mulighed for at ansætte og afskedige forstanderen

---

<sup>8</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-458/03, Parking Brixen, præmis 65.

Det skal bemærkes, at der ikke er tale om en udtømmende opregning af de forhold, der kan tillægges betydning ved vurderingen af om kontrolkriteriet er opfyldt. Andre kriterier kan således konkret have betydning. Konkurrencestyrelsens fremhævelse af ovennævnte forhold er ydermere ikke ensbetydende med, at disse forhold efter styrelsens vurdering alle skal opfyldes, for at in-house begrebets kontrolkriterium kan være opfyldt. Der er således alene tale om eksempler på forhold, der – hvis de konkret er til stede – kan indgå positivt i den samlede vurdering af kontrolkriteriets opfyldelse. Forholdene er desuden ikke nævnt i prioriteret rækkefølge.

#### **4.1 Betydningen af manglende ejerskab**

Selvejende institutioner er karakteriseret ved at eje sig selv, og ikke af den myndighed, de indgår driftsoverenskomster med. Spørgsmålet er, om dette forhold udelukker anvendelsen af in-house begrebet.

Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at det af Domstolens retspraksis følger, at en ordregivende myndigheds hele eller delvise ejerskab over den selvstændige juridiske enhed ikke er en forudsætning for, at in-house begrebets kontrolkriterium konkret er opfyldt. Af denne retspraksis følger således, at ejerskab indgår som et vigtigt parameter, men ikke som en forudsætning for opfyldelsen af kontrolkriteriet. Det er derfor Konkurrencestyrelsens vurdering, at selvejende institutioner også vil kunne udføre opgaver in-house, såfremt kontrol- og virksomhedskriteriet konkret er opfyldt i forholdet mellem institutionen og kommunen.

En mere udførlig gennemgang af selvejende institutioners karakteristika og Domstolens retspraksis i relation til betydningen af ejerskab fremgår af bilaget til nærværende udtalelse.

#### **4.2 Karakteren af selvejende institutioners aktiviteter**

Domstolen har tilkendegivet, at karakteren af den selvstændige enheds aktiviteter kan inddrages i vurderingen af in-house begrebets kontrolkriterium.

I Parking-Brixen dommen tilkendegav Domstolen således, at det forhold, at den selvstændige enhed udøver markedsorienterede aktiviteter svækker formodningen for opfyldelsen af kontrolkriteriet. Forhold der peger i retning af at der er tale om markedsorienterede aktiviteter er eksempelvis, hvis enheden har aktiviteter uden for myndighedens geografiske område, eller hvis enheden udøver en form for virksomhed, som allerede varetages af private på et udviklet marked<sup>9</sup>.

I Coditel-dommen inddrog Domstolen også enhedens formål. Det peger således i retning af kontrol, såfremt enheden har til formål at udføre en opgave der har kommunal interesse, og såfremt enheden forfølger sam-

---

<sup>9</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-458/03, Parking Brixen, præmis 67.

me mål som den offentlige myndighed. Domstolen inddrog i dommen det forhold, at den selvstændige enhed konkret ikke havde erhvervs- eller forretningsmæssig karakter<sup>10</sup>. Såfremt enheden ikke har profitmaksimering som mål, men eksempelvis er et non-profit foretagende, taler dette altså for kontrol.

Det følger af Coditel-dommen, at betydningen af, at enheden udelukkende varetager opgaver, der har kommunal interesse, er, at kontrolkriteriet konkret kan opfyldes, også selv om den selvstændige enheds ledelse er tillagt væsentlige selvstændige beføjelser. I dommen var enhedens bestyrelse bl.a. tillagt beføjelsen til at kunne bestemme tarifferne for abonnement og tilslutning, investeringspolitik og arbejde, og rabat eller fordele til visse personkategorier. Herudover havde enhedens ledelse mulighed for at delegerer sine beføjelser til sektor- eller undersektorråd<sup>11</sup>. Selvom enhedens ledelse var tillagt denne selvstændighed, tilkendegav Domstolen, at kontrolkriteriet kunne opfyldes, da enhedens formål var udførelsen af en opgave af kommunal interesse.

Domstolen har også i Sea-dommen behandlet betydningen af den selvstændige enheds aktiviteter<sup>12</sup>. Sagen omhandlede en klage over en kommunes direkte tildeling af en kontrakt om indsamling, transport og bortskaffelse af byaffald til en selvstændig juridisk enhed uden afholdelsen af et forudgående udbud. Den selvstændige juridiske enhed var et aktieselskab, der var ejet i fællesskab af en række kommuner. Domstolen tilkendegav i denne sag, at enhedens kontraktmæssige status kan medføre, at kontrollen over enheden kan være tvivlsom. Denne vurdering inddrager følgende forhold:

- den geografiske rækkevidde af enhedens virksomhed,
- den faktiske rækkevidde af enhedens virksomhed og
- enhedens mulighed for at etablere forbindelser med virksomheder i den private sektor<sup>13</sup>.

Domstolen lagde således vægt på, at den selvstændige juridiske enheds formål er begrænset til at udføre offentlig serviceforvaltning i de lokalområder, der udelukkende vedrører de kommuner, der tildelte enheden kontrakter.

Domstolen inddrog også, at enhedens vedtægter fastsætter, at enheden udelukkende udfører tjenesteydelserne for de ordregivende myndigheder, der ejede enheden og inden for disse myndigheders kompetenceområde. Disse forhold tydede på:

---

<sup>10</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-324/07, Coditel, præmis 37-39.

<sup>11</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-324/07, Coditel, præmis 14.

<sup>12</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-573/07, Sea.

<sup>13</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-573/07, Sea, præmis 73.

- at det geografiske område for enhedens virksomhed ikke strakte sig ud over det område som de kommuner, der var aktionærer, dækkede
- at selskabets formål kun er at udføre offentlige tjenesteydelser for disse kommuner<sup>14</sup>.

Enhedens vedtægter gav dog også plads til, at den kunne udføre tjenesteydelser for privatpersoner, når det ikke stred med enhedens formål, eller når det bidrog til den optimale udførelse af formålet. Domstolen fastslog, at så længe disse tjenesteydelser er accessoriske til enhedens hovedaktivitet, og så længe det ikke hindrer at enhedens formål stadig er udførelsen af offentlige tjenesteydelser, kan kontrolkriteriet stadig opfyldes<sup>15</sup>.

På baggrund af ovenstående er det Konkurrencestyrelsens opfattelse, at de selvejende institutioners karakter taler for, at kontrolkriteriet er opfyldt.

I den selvejende institutions vedtægter kan det være fastsat, at institutionen udelukkende udfører tjenesteydelserne for en specifik kommune og inden for denne kommunes kompetenceområde. Dette forhold er yderligere behandlet nedenfor i pkt. 4.4..

De selvejende institutioner er desuden karakteriseret ved, at de ikke har et erhvervs- eller forretningsmæssigt formål, men at de i stedet drives som non-profit foretagender.

Endelig omhandler selvejende institutioners formål udførelsen af en tjenesteydelsesopgave af kommunal interesse og inden for disses kompetenceområde: Pasning af borgere. Selvejende ældreinstitutioner kan ligeledes være omfattet af lov om friplejeboliger, der omhandler etablering, udlejning og drift mm. af friplejeboliger uden for den kommunale ældreboligforsyning. Det er dog umiddelbart Konkurrencestyrelsens vurdering, at dette forhold ikke influerer på, at der overordnet er tale om udførelsen af tjenesteydelsesopgaver af kommunal interesse, og at selvejende institutioner forfølger samme mål som kommunen.

Hvorvidt de selvejende institutioner udøver en form for virksomhed, som allerede varetages af private på et udviklet marked, vil afhænge af en vurdering af den enkelte institutions aktiviteter sammenholdt med private aktørers tilstedeværelse på samme marked.

### **4.3 Bestyrelsesdeltagelse**

Såfremt kommunen udgjorde flertallet i den selvejende institutions bestyrelse ville dette tale for, at kontrolkriteriet er opfyldt. En sådan indflydelse ville muliggøre kontrol med institutionernes regnskaber, forretningsplaner og kommercielle dispositioner mv. Bestyrelseskontrol er da

---

<sup>14</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-573/07, Sea, præmis 73-76.

<sup>15</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-573/07, Sea, præmis 80.

også en omstændighed, der ofte fremdrages som argument for, at myndigheden har bevaret rådigheden over opgaveløsningen<sup>16</sup>.

Imidlertid begrænser tilsynspraksis kommunernes mulighed for at deltage i selvejende institutioners bestyrelse. I henhold til tilsynspraksis må en kommune således ikke overlade opgaveudførelsen til en privat organisation/selskab og stadig selv bevare rådighed over opgaveudførelsen gennem et bestyrelsesflertal. Særlige stemmerettigheder må ligeledes heller ikke medføre, at den kommunale indflydelse på selskabets ledelse overstiger 50 %<sup>17</sup>. Tilsynspraksis taler således imod, at myndigheden kan udøve en bestemmende indflydelse over den selvejende institution via bestyrelsesdeltagelse.

Selvom kommunen således ikke har mulighed for at opnå bestyrelsesflertal, vil kommunen dog stadig kunne deltage i bestyrelsen. Denne bestyrelsesdeltagelse vil således – sammen med andre forhold – kunne indgå i en samlet vurdering af, om kontrolkriteriet konkret er opfyldt. Det er derfor Konkurrencestyrelsens vurdering, at der vil kunne være tale om en samlet bestemmende indflydelse, i det omfang den selvstændige dispositionsret for den selvejende institution er begrænset på anden vis, fx gennem kontrol med den selvejende institutions vedtægter, budgetforhold, kommercielle dispositioner, personaleforhold mv., jf. nærmere nedenfor.

#### **4.4 Kontrol via vedtægter og formål**

I den selvejende institutions vedtægter er bl.a. institutionens formål beskrevet. Vedtægterne kan beskrive dette formål på forskellige måder. Formålet kan således være overordnet beskrevet som eksempelvis ”pleje og plejehjemsdrift”. Vedtægternes angivelse af, at institutionens formål er at forfølge kommunale interesser, har som nævnt ovenfor under pkt. 4.2 betydning for vurderingen af, om en kommune har kontrol over den selvejende institution. Herudover kan institutionens overordnede formål være knyttet til en bestemt kommune. Spørgsmål er, om dette kan inddrages i en vurdering af kontrolkriteriet.

##### *Institutionens formål er tilknyttet bestemt kommune*

Institutionens formål kan være knyttet til en bestemt kommune fx ved, at institutionens vedtægter angiver formålet som pleje og plejehjemsdrift begrænset til kun at vedrøre borgere fra en bestemt kommune eller borgere, som er anvist af en bestemt kommune. Institutionens formål kan også være begrænset til, at institutionen kun modtager borgere fra ”overenskomstkommunen”. I disse tilfælde vil institutionen ikke kunne udføre sin virksomhed for andre end den specifikke kommune, der er nævnt i formålet. Også i tilfælde af anvisning af borgere fra andre kommuner vil kommunens medvirken i form af en visitation være nødvendig.

---

<sup>16</sup> Jf. eksempelvis Domstolens dom i sag C-458/03, Parking Brixen (C-458/03), præmis 68.

<sup>17</sup> Jf. Karnovs kommentar til Kommunestyrelseslovens § 2.

Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at tilknytning til en bestemt kommune vil kunne tillægges positiv betydning i forbindelse med en vurdering af kontrolkriteriet. Som nævnt ovenfor i pkt. 4.2 har Domstolen således inddraget det forhold, at enhedens vedtægter fastsætter, at enheden udelukkende udfører tjenesteydelserne for de ordregivende myndigheder, der ejede enheden, og inden for disse myndigheders kompetenceområde. Disse forhold tydede på

- at det geografiske område for enhedens virksomhed ikke strakte sig ud over det område som de kommuner, der var aktionærer dækkede og
- at selskabets formål kun er at udføre offentlige tjenesteydelser for disse kommuner<sup>18</sup>.

Såfremt en selvejende institutions formål er knyttet til en bestemt kommune tyder dette ligeledes på

- at det geografiske område for institutionens virksomhed ikke strækker sig ud over det område som kommunen dækker og
- at institutionens formål kun er at udføre offentlige tjenesteydelser for kommunen.

#### *Kontrol med ændringer af vedtægterne*

Herudover opstår spørgsmålet om, hvorvidt det har betydning for vurderingen af kontrolkriteriet, at kommunen har kontrol med den selvejende institutions mulighed for at foretage ændringer af vedtægter og formål.

Dette skyldes, at sådanne ændringer eksempelvis kan medføre, at institutionens tilknytning til en bestemt kommune ophører, eller at ændringerne indebærer, at den selvejende institution ændrer karakter.

Som anført ovenfor kan institutionens formål være knyttet til en bestemt kommune. En ophævelse af denne binding til kommunen vil kræve en vedtægtsændring. Såfremt kommunen skal godkende denne vedtægtsændring, vil dette indebære, at det er kommunens beslutning, om institutionen fortsat alene skal udføre opgaver for kommunen. Det er dermed Konkurrencestyrelsens vurdering, at dette forhold kan inddrages som en omstændighed, der taler for, at kommunen har kontrol over den selvejende institution.

Herudover kan en vedtægtsændring rent hypotetisk indebære afgørende ændringer af den selvejende institutions karakter. Dette ville eksempelvis være tilfældet, hvis der åbnes for mulighed for privat medejerskab af den selvejende institution, eller hvis institutionens formål ændres til et formål der ikke har kommunal interesse. Sådanne beslutninger vedrører netop den selvejende institutions strategiske målsætninger. Det er derfor Konkurrencestyrelsens vurdering, at kommunens mulighed for at kontrollere sådanne ændringer kan tillægges positiv betydning i forbindelse med kontrolkriteriets opfyldelse.

---

<sup>18</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-573/07, Sea, præmis 75-76.

Konsekvensen af, at sådanne ændringer foretages, kan således være, at den selvejende institution ikke længere kan opfylde in-house begrebets kontrolkriterium.

I relation til muligheden for privat medejerskab skal det bemærkes, at Domstolen har udtalt, at muligheden for åbning for kapital fra private investorer kun udelukker, at den nødvendige kontrol er til stede, såfremt der er konkret udsigt til denne åbning, og den er nært forestående. Den blotte mulighed for privat kapital er således ikke tilstrækkelig til at konkludere, at betingelsen om den offentlige myndigheds kontrol ikke er opfyldt<sup>19</sup>. Herudover bemærker domstolen, at når en kontrakt er tildelt en 100 pct. offentlig ejet virksomhed uden udbud som følge af in-house begrebet, vil det indebære krav om udbud, hvis private i løbet af kontraktperioden får mulighed for medejerskab af virksomheden<sup>20</sup>.

#### *Kontrol med driftsoverenskomstens ophør*

Herudover opstår spørgsmålet om, hvorvidt det har betydning for vurderingen af kontrolkriteriet, at vedtægterne indeholder en uopsigelighedsbestemmelse.

Umiddelbart vil en sådan bestemmelse indebære kommunal kontrol over den selvejende institution. Uopsigelighedsbestemmelsen vil således indebære, at driftsoverenskomsten ikke kan opsiges af den selvejende institution, men alene af kommunen.

Det er dog Konkurrencestyrelsens vurdering, at en uopsigelighedsbestemmelse ikke er nødvendig for opfyldelsen af in-house begrebets kontrolkriterium.

Som nævnt ovenfor har Domstolen i Sea-dommen konkret bemærket, at når en kontrakt er tildelt en 100 pct. offentlig ejet virksomhed uden udbud som følge af in-house begrebet, vil det indebære krav om udbud, hvis private i løbet af kontraktperioden får mulighed for medejerskab af virksomheden<sup>21</sup>.

Dommen kan således tages til udtryk for, at in-house begrebets kriterier kan være opfyldt i en periode. Selve muligheden for at opsiges in-house ordningen har således ikke betydning for, om in-house begrebets kriterier i den periode er opfyldt. Opsigelsen vil dog naturligvis have den konsekvens, at in-house ordningen ophører.

---

<sup>19</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-573/07, Sea, præmis 50-51. Kommissionen har ligeledes tilkendegivet dette i fodnote 14 i Kommissionens fortolkningsmeddelelse om anvendelsen af fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner på institutionelle offentlig-private partnerskaber (IOPP'er), Bruxelles, den 05.02.2008 C(2007)6661.

<sup>20</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-573/07, Sea, præmis 53.

<sup>21</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-573/07, Sea, præmis 53.

#### **4.5 Kontrol med budgettet**

Kommunal kontrol med den selvejende institutions budget vil udgøre et væsentligt led i vurderingen af kommunal kontrol over en institution. Følgende omstændigheder kan nævnes som forhold, der kan inddrages i forbindelse med en vurdering, af om der er kommunal kontrol med budgettet:

##### *Institutionens bevillingsramme/budget kræver kommunal godkendelse*

Såfremt kommunen selv udarbejder eller skal godkende den selvejende institutions budget, vil kommunen have kontrol med selve grundlaget for de selvejende institutionernes økonomi og vil dermed have væsentlige muligheder for at udøve en bestemmende indflydelse på både strategi og beslutninger. De selvejende institutioner vil således alene have mulighed for at disponere indenfor den godkendte økonomiske ramme. Budgetkontrollen er ensbetydende med, at kommunen har fuld kontrol med den selvejende institutions samlede økonomi og dermed eksempelvis den væsentligste post på de selvejende institutioners driftsbudget: lønudgifterne.

Budgetkontrollen påvirkes ikke af, at en selvejende institution selv ansætter og afskediger personalet. Forholdet påvirkes heller ikke af budgettets tilblivelse fx, om der er tale om årlig bevilling på baggrund af normering eller en successiv tildeling af bevillinger på baggrund af beboernes visitation (der er afhængig af, hvor meget hjælp beboerne på institutionen har behov for). I begge tilfælde har kommunen stadig kontrol over budgettet.

Det bemærkes, at budgetforudsætningerne dermed vil være de samme som for kommunale enheder. Eneste forskel vil være et selvstændigt budget til revision og forsikring, da de selvejende institutioner er undtaget fra kommunens selvforsikring, ligesom der skal udarbejdes revisionspåtegnet regnskab.

##### *Budgetopfølgning underlægges kommunal kontrol*

Såfremt institutionerne underlægges et krav om løbende kommunal budgetkontrol, og at institutionens regnskab skal revideres efter regler fastsat af kommunen, vil dette være ensbetydende med, at institutionen – på samme måde som kommunens egne institutioner – skal leveres rapporteringstal til det politiske niveau, samt at økonomistyringskrav skal overholdes. Dette er således et forhold, der kan tillægges positiv betydning ved en vurdering af, om der udøves kommunal kontrol over den selvejende institution.

##### *Institutionen anvender kommunale styringssystemer*

Såfremt institutionerne forpligtes til at anvende de styringssystemer vedrørende både økonomi, lån og visitation/dokumentation, der anvendes af kommunens egne enheder, vil institutionens økonomi i højere grad være knyttet til kommunen. Som det er tilfældet for kommunens egne enheder overføres dermed ikke fysisk likviditet og et opstået merforbrug finansie-

res i sidste ende ved et mertræk hos kommunen. Dette er således et forhold, der kan tillægges positiv betydning ved en vurdering af, om der udøves kommunal kontrol over den selvejende institution.

#### *Overførselsadgang for overskud og underskud*

Såfremt selvejende institutioner har mulighed for at overføre et overskud/underskud fra år til år, vil institutionen umiddelbart opnå en grad af økonomisk selvstændighed. Dette er et forhold, der taler for, at kontrolkriteriet ikke er opfyldt.

Det er imidlertid Konkurrencestyrelsens forståelse, at kommunale institutioner i henhold til Indenrigs- og Socialministeriets bevillingsregler har en overførselsadgang på 2 % af det samlede budget pr. år. Såfremt de selvejende institutioners overførselsadgang har samme begrænsede omfang, er det Konkurrencestyrelsens opfattelse, at overførselsadgangen ikke har betydning for en vurdering af kontrolkriteriet. Overførselsadgangen påvirker da heller ikke de selvejende institutioners forpligtelse til at skulle disponere indenfor en økonomiske ramme, der er godkendt af kommunen.

#### *Institutionen får del i kommunale puljepenge*

Såfremt den selvejende institution bevilges penge til konkrete projekter fra kommunens egne puljer, eller når kommunen søger eksterne puljer, vil institutionen i lighed med kommunens egne institutioner få del i kommunale puljepenge. Dette vil indebære en øget kommunal kontrol med den selvejende institutions økonomi.

#### **4.6 Kontrol med kommercielle dispositioner**

Følgende omstændigheder kan nævnes som forhold, der peger i retning af øget kommunal kontrol med en selvejende institutions kommercielle dispositioner:

#### *Institutionerne har alene en afgrænset selvstændig dispositionsret*

Den selvejende institutions selvstændige dispositionsret kan være afgrænset således, at institutionen ikke uden kommunens samtykke må anvende midler til økonomiske dispositioner af større betydning. Sådanne større dispositioner kan fx være forbedring/udvidelse af boligmassen, optagelse af lån, ændring af lånevilkår, ekstraordinært indkøb af inventar eller ekstraordinært vedligehold. Såfremt dette er tilfældet, er det Konkurrencestyrelsen opfattelse, at kompetencen for institutionens bestyrelse dermed reelt er begrænset til den daglige drift, der holder sig inden for budgetrammen – og at alle større økonomiske og strategiske beslutninger skal foretages i samråd med og godkendes af kommunen. Dette vil kunne fremhæves, i forbindelse med en vurdering af, om en kommune har kontrol over institutionen.

#### *Kontrol med institutionens opgaveløsning*

Herudover har Domstolen anerkendt, at muligheden for selvstændigt at disponere over opgaver samt betaling herfor har betydning vurderingen

af kontrolkriteriet. Domstolen har således i en konkret sag anerkendt, at kontrolkriteriet var opfyldt, som følge af, at den juridiske enhed ved lov var forpligtet til at gennemføre de bestillinger, som enheden fik overdraget af de offentlige myndigheder, og da enheden ikke havde mulighed for frit at fastsætte takster for selskabets foranstaltninger<sup>22</sup>. Dermed var forbindelsen til myndighederne ikke af ”kontraktmæssig” men af ”intern karakter, kendetegnet ved afhængighed og underordning”<sup>23</sup>.

Efter Konkurrencestyrelsens vurdering er dette ensbetydende med, at den selvstændige juridiske enheds mulighed for selvstændigt at disponere over opgaveløsningen kan inddrages i en vurdering af, om der udøves kontrol. I forbindelse med en vurdering af, om en kommune har kontrol over selvejende institutioner kan det således fremhæves om den selvejende institution:

- er forpligtet til at gennemføre de bestillinger, som overdrages institutionen af kommunen og
- ikke har mulighed for frit at fastsætte takster for institutionens foranstaltninger.

Domstolen fremhæver, at et lovkrav kan være ensbetydende med, at den juridiske enheds forhold til de offentlige myndigheder ikke er af kontraktmæssig karakter. Udbudsreglerne forudsætter da også indgåelsen af en kontrakt mellem mindst to selvstændige juridisk enheder, der er i stand til at træffe beslutninger uafhængigt af hinanden<sup>24</sup>. Det betyder, at parterne grundlæggende selv kan bestemme, om de ønsker at indlede eller afslutte et kontraktforhold eller forhandle om indholdet af de ydelser, der skal leveres, og de takster der skal finde anvendelse<sup>25</sup>. Til forskel herfra er en ordregivende myndigheds forhold til sine interne enheder ikke reguleret ved en kontrakt, der har karakter af en privatretlig aftale. Det kan derfor ikke udelukkes, at denne forskel er ensbetydende med, at en aftale mellem en kommune og en selvejende institution ikke bør indeholde kontraktbestemmelser, der er møntet på at regulere forholdet mellem kommunen og private kontraktparter eksempelvis beføjelser i forbindelse med misligholdelse. Dette er dog ikke ensbetydende med, at det er udelukket at regulere andre forhold af betydning for forholdet mellem kommunen og den selvejende institution. Eksempelvis kan det konkret være nødvendigt, at specificere hvorledes udligning af tab i forbindelse med driftsoverenskomstens ophør skal håndteres. Herudover kan det være nødvendigt at tilføje bestemmelser om, at faciliteterne ved driftsoverenskomstens ophør skal bringes i en stand, så de kan anvendes til andre formål, eller at afvikling af medarbejderomkostninger efter en opsigelsesperiode skal finansieres over kommunens budget.

---

<sup>22</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-295/05, Tragsa, præmis 53-61.

<sup>23</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-295/05, Tragsa, præmis 51.

<sup>24</sup> Jf. eksempelvis Domstolens dom i sag C-107/98, Teckal, præmis 51.

<sup>25</sup> Jf. Domstolens dom i sag C-295/05, Tragsa, præmis 54, og Domstolens dom i sag C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, præmis 55.

#### 4.7 Yderligere kommunal kontrol

Kommunen har mulighed for at betinge sig en kontrol på det faglige område. Denne kontrol kan eksempelvis vedrøre særlige faciliteter og tilbud til specielle målgrupper, pligt til at følge kommunens politikker (fx kostpolitik), deltagelse i brugertilfredshedsundersøgelser og informationsmateriale, krav om overholdelse af kommunens kvalitetsstandarder samt krav om udarbejdelse af plejeplaner. En sådan yderligere kommunal kontrol vil i givet fald modsvare den kontrol, de kommunale institutioner er underlagt. Det kan derfor overvejes om sådanne omstændigheder skal inddrages ved vurderingen af kontrolkriteriet.

Klagenævnet for Udbud har i sin resumésamling (*"Resuméer af afgørelser om udbud fra EF-Domstolen og Retten af første instans fra og med 2009"*) i forbindelse med gennemgangen af sag C-573/07, Sea, tilkendegivet følgende (Konkurrencestyrelsens understregning):

*"Det væsentligste nye i forhold til EF-domstolens hidtil seneste afgørelse om in house-spørgsmålet, dvs. Coditel Brabant-dommen af 18. november 2008, er formentlig [...] angivelsen af, at kontrolkriteriet er opfyldt, når de ejende ordregivende myndigheder (i fællesskab) udøver bestemmende indflydelse på selskabets strategi og vigtige beslutninger. I det sidste må ligge, at kontrolkriteriet er opfyldt, selvom de ordregivende myndigheder kun udøver indflydelse på selskabets strategi og vigtige beslutninger, dvs. ikke har indflydelse på selskabets daglige ledelse."*

Klagenævnet udelukker således ikke, at kontrol over den daglige ledelse også kan tillægges betydning. Klagenævnet fremhæver alene, at kontrolkriteriet kan være opfyldt, selvom de ordregivende myndigheder kun har indflydelse på strategi og vigtige beslutninger.

Det er derfor Konkurrencestyrelsens opfattelse, at der ved vurderingen af kontrolkriteriet også kan lægges vægt på en yderligere faglig kontrol.

En regulering af den daglige ledelse kan eksempelvis følge af lovgivningsmæssige krav. Et eksempel på et sådant krav er den kommunale tilsynsforpligtelse, jf. nærmere nedenfor.

#### 4.8 Den kommunale tilsynsforpligtelse

Kommuner er forpligtet til at føre tilsyn med løsningen af de kommunale opgaver. Dette gælder også, selvom de kommunale opgaver udføres af selvejende institutioner<sup>26</sup>.

Tilsynsforpligtelsen vedrører både et generelt driftsorienteret tilsyn med personale, bygninger og økonomi og et skærpet fagligt tilsyn i for-

---

<sup>26</sup> Jf. § 16 i retssikkerhedsloven (bekendtgørelse af lov om retssikkerhed og administration på det sociale område, lovbekendtgørelse nr. 877 af 3. september 2008).

hold til de kvalitetsstandarder kommunalbestyrelsen har vedtaget. Der kan dog være forskel på den konkrete udmøntning af tilsynet.

Tilsynsforpligtelsen indebærer, at en kommune har adgang til at besøge den selvejende institution og tale med beboere og personale. Dette giver kommunerne mulighed for at påse, om opgaverne løses med den kvalitet fagligt såvel som økonomisk, som kommunen har besluttet, og om borgerne får den hjælp, de har krav på. Tilsynet medvirker dermed alene til at sikre, at de kvalitetskrav som stilles til leverandører af ydelserne opretholdes. Selvejende institutioner er således stadig – med respekt af kvalitets- og lovkraV – overladt en betydelig selvbestemmelse med hensyn til den pleje der skal udføres. Det er dermed Konkurrencestyrelsens forståelse, at tilsynsforpligtelsen ikke umiddelbart bevirker, at der udøves en sådan kontrol over den selvejende institution, at dette automatisk indebærer, at kontrolkriteriet skal betragtes som opfyldt.

Imidlertid indebærer den kommunale tilsynsforpligtelse over selvejende institutioner, at institutionerne er underlagt det samme tilsyn som kommunens egne interne enheder. Kontrolkriteriets opfyldelse forudsætter som nævnt, at en ordregivende myndighed udøver en kontrol med den selvejende institution, der svarer til den kontrol, myndigheden fører med sine egne tjenestegrene. Dermed er det ikke udelukket, at tilsynsforpligtelsen kan inddrages som en omstændighed, der underbygger en argumentation for, at den selvejende institution er underlagt kommunal kontrol.

#### ***4.9 Institutionens mulighed for at ansætte og afskedige forstanderen***

På kommunale institutioner ansætter/afskediger kommunen forstanderen. På de selvejende institutioner er det som udgangspunkt bestyrelsen, der ansætter/afskediger forstanderen.

Såfremt kommunen i øvrigt har kontrol med budget og kommercielle dispositioner, jf. nærmere pkt.4.5, er det imidlertid Konkurrencestyrelsens vurdering, at den selvejende institutions kompetence til selv at ansætte og afskedige personale – herunder forstander - ikke har betydning for kommunal mulighed for at udøve en bestemmende indflydelse over institutionen.

### **5. Sammenfatning**

Indgåelsen af driftsoverenskomster mellem kommuner og selvejende institutioner er som udgangspunkt omfattet af tilbudslovens annonceringspligt samt udbudsdirektivets artikel 23 og 35, stk. 4.

Såfremt de opgaver, der udføres af de selvejende institutioner, kan karakteriseres som opgaver, der udføres in-house i kommunen, vil indgåelsen af driftsoverenskomster imidlertid ikke være omfattet af hverken tilbudsloven eller udbudsdirektivet. Dette vil kræve opfyldelsen af in-house begrebets virksomheds- og kontrolkriterium.

Opfyldelsen af virksomhedskriteriet vil indebære, at den selvejende institutions aktiviteter hovedsagligt udføres for den kommune, den selvejende institution kontrolleres af. Opfyldelsen af dette kriterium beror på en konkret vurdering.

Opfyldelsen af kontrolkriteriet indebærer, at en ordregivende myndighed skal udøve en kontrol med en selvejende institutioner, der svarer til den kontrol, myndigheden fører med sine egne tjenestegrene. Ved bedømmelsen skal samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder tages i betragtning.

Det er ikke fastslået i praksis, nøjagtig hvilke omstændigheder der medfører, at en ordregivende myndighed har den nødvendige kontrol over en selvejende institution at kontrolkriteriet er opfyldt. Bedømmelsen heraf må derfor inddrage kontrol via ejerskab eller kontrol over kommercielle dispositioner, budgetforhold, fastsættelse af strategi og kompetence til at foretage ansættelse af medarbejder mv.

Det kan konstateres, at selvejende institutioner er karakteriseret ved at eje sig selv og således ikke af den myndighed, de indgår driftsoverenskomster med. En ordregivende myndigheds hele, delvise eller endog meget begrænsede ejerskab over den selvstændige juridiske enhed er imidlertid ikke en forudsætning for at kunne statuere, at in house begrebets kontrolkriterium konkret er opfyldt. Herudover medfører tilsynspraksis, at en kommune ikke har mulighed for at opnå flertal i den selvejende institutions bestyrelse. Kommunen vil dog stadig kunne deltage i bestyrelsen.

Domstolen har inddraget betragtninger om karakteren af de aktiviteter, den selvstændige enhed udfører. Såfremt disse ikke er markedsorienterede eller har erhvervs- eller forretningsmæssig karakter, styrkes formodningen for kontrol. Det samme er tilfældet, hvis enheden er stiftet med det formål at udføre en opgave, der har kommunal interesse, og såfremt enheden forfølger samme mål som den offentlige myndighed.

Det er Konkurrencestyrelsens opfattelse, at de selvejende institutioners karakter er en omstændighed, der taler for, at kontrolkriteriet er opfyldt. Selvejende institutioner er således bl.a. non-profit foretagender. Herudover kan selvejende institutioner via formålet være knyttet til at udføre sine ydelser for en specifik kommune og inden for denne kommunes geografiske område. Herudover er selvejende institutioner generelt stiftet med det formål at udføre en opgave af kommunal interesse. Der må dog foretages en konkret vurdering af disse forhold for den enkelte selvejende institution.

Herudover er den kommunale tilsynsforpligtelse relevant. Tilsynsforpligtelsen for selvejende institutioner er den samme som for kommunale institutioner og medfører, at kommunen har en ubegrænset adgang til at besøge den selvejende institution og tale med beboere og personale.

Dermed er det ikke udelukket, at tilsynsforpligtelsen kan inddrages som en omstændighed, der taler for, at den selvejende institution er underlagt kommunal kontrol.

Selvom kommuner ikke har mulighed for at udøve bestemmende indflydelse på den selvejende institution via ejerskab eller via flertal i institutionens bestyrelse, er det Konkurrencestyrelsens vurdering, at der alligevel kan være tale om en samlet bestemmende indflydelse, i det omfang dispositionsretten for den selvejende institution er begrænset på anden vis. Dette kan fx ske gennem kontrol med den selvejende institutions vedtægter, budget, kommercielle dispositioner, personaleforhold mv. Der kan være tale om forhold af både forvaltningsretlig og selskabsretlig karakter. Eksempelvis kan følgende elementer således indgå positivt i forbindelse med en vurdering af kontrolkriteriet:

Bestyrelseskontrol	I den selvejende institutions bestyrelse deltager medlemmer udpeget af kommunalbestyrelsen.
Formåls- og vedtægtskontrol	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Den selvejende institutions formål er knyttet til en bestemt kommune.</li> <li>• Kommunen skal godkende ændringer af formål og vedtægter, hvorved den selvejende institution ikke selvstændigt kan ændre tilknytningen til en bestemt kommune, eller foretage afgørende ændringer af institutionens karakter.</li> </ul>
Budgetkontrol	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bevillingsrammen/budgettet er udarbejdet af myndigheden eller betinget af myndighedens godkendelse.</li> <li>• Institutionen er underlagt samme krav til budgetopfølgning og regnskabsrevision som myndighedens egne interne afdelinger.</li> <li>• Institutionen er underlagt krav om brug af myndighedens styringssystemer vedrørende økonomi, lån, visitation/dokumentation.</li> <li>• Institutionen er underlagt samme regler om overførsel af over/underskud som myndighedens egne enheder.</li> <li>• Institutionens bevilges puljepenge på lige fod med myndighedens egne enheder.</li> </ul>
Kontrol med kommercielle dispositioner	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Institutionens selvstændige dispositionsret er afgrænset, hvilket giver myndigheden kontrol over dispositioner af større betydning.</li> <li>• Institutionen er forpligtet til at gennemføre de bestillinger, som overdrages institutionen af kommunen.</li> <li>• Institution har ikke mulighed for frit at fastsætte takster for institutionens foranstaltninger.</li> </ul>
Yderligere kommunal kontrol	<p>Institutionen er underlagt samme faglige kontrol som kommunale institutioner fx for så vidt angår:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Forhold vedr. særlige faciliteter og tilbud til spe-</li> </ul>

	<p>cielle målgrupper.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Pligt til at følge kommunale politikker på fx kostområdet.</li><li>• Deltagelse i brugertilfredshedsundersøgelser og informationsmateriale.</li><li>• Krav om overholdelse af kommunens kvalitetsstandarder samt krav om udarbejdelse af plejeplaner.</li></ul>
--	---

Det bemærkes, at såfremt aftalen mellem kommunen og de selvejende institutioner indeholder kontraktbestemmelser, der er møntet på at regulere forholdet til private kontraktparter såsom misligholdelsesbeføjelser mv., vil dette muligvis svække argumentation for at in-house reglens kontrolkriterium er opfyldt.

## Bilag

02-02-2010  
OK  
4/0420-8901-0153  
/PMK

### Betydningen af ejerskab for selvejende institutioners opfyldelse af in-house begrebets kontrolkriterium

#### 1. Selvejende institutioners karakteristika

Begrebet ”selvejende institution” er ikke entydigt defineret. Derimod findes en række karakteristika, som afgrænser begrebet.

KONKURRENCESTYRELSEN

Først og fremmest er de selvejende institutioner karakteriseret ved, at institutionerne ejer sig selv. Dette er ensbetydende med, at institutionen har en formue, der er uigenkaldeligt udskilt fra stifternes eller indskydernes formue. Det er således ikke muligt – hverken for de ordregivende myndigheder eller andre juridiske enheder – at eje selvejende institutioner helt eller delvist.

ØKONOMI- OG  
ERHVERVSMINISTERIET

Herudover er de selvejende institutioner kendetegnet ved, at de har et eller flere særskilte formål, som er fastlagt i institutionens vedtægter. Dette formål vil oftest være af almen interesse. Herudover vil de selvejende institutioner kun sjældent drives med profitformål.

I vedtægterne er institutionens værdigrundlag endvidere fastlagt. De selvejende institutioner kan være tilknyttet en paraplyorganisation, fx KFUM, Dansk Røde Kors o.l., og institutionens værdier fastlægges i så fald på baggrund heraf. Det er imidlertid ikke udelukket, at kommunerne indfører fælles etiske retningslinier for alle kommunens institutioner, herunder de selvejende institutioner, hvilket kan medføre, at institutionernes ret til selv at fastsætte deres værdigrundlag mindskes.

For så vidt angår forholdet til kommunalbestyrelsen er de selvejende institutioner kendetegnede ved at være organisatorisk autonome. Et karakteristika ved de selvejende institutioner er således, at de har en bestyrelse som øverste myndighed. Det er bestyrelsen, der har ansvaret for at drive den selvejende institution efter vedtægterne. Det er imidlertid ikke usædvanligt, at en kommune udpeger en eller flere af bestyrelsens medlemmer, og at kommunen derigennem har indflydelse på institutionens beslutninger.

Endvidere er de selvejende institutioner karakteriseret ved, at deres formue er uigenkaldeligt adskilt fra den kommunale formue. En kommune har således som udgangspunkt ikke nogen rettigheder til den formue, der oparbejdes i den selvejende institution. Det kan dog være bestemt, at

hvor institutionen nedlægges, har kommunalbestyrelsen rettighederne over institutionens formue, herunder rettigheden til at bestemme, at formuen skal tildeles en anden selvejende institutioner med lignende formål.

Endelig er de selvejende institutioner karakteriseret ved, at de udgør et selvstændigt retssubjekt. De selvejende institutioner kan således indgå aftaler i eget navn samt forpligte deres egen formue.

I relation til de selvejende institutioners karakteristika skal det bemærkes, at Domstolen har slået fast, at den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel – selv en minoritetsandel - af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder udelukker, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene<sup>27</sup>.

Ifølge Domstolen er det ikke kun en tredjeparts *faktiske* deltagelse med kapital i en offentlig virksomhed, som kan udelukke at virksomheden betragtes som intern. Den ordregivende enheds *vilje* til på et senere tidspunkt at give den private sektor adgang til at indskyde kapital i virksomheden er således tilstrækkelig<sup>28</sup>.

Domstolen har for nylig i en konkret sag udtalt, at muligheden for åbning for kapital fra private investorer kun udelukker at den nødvendige kontrol er til stede, såfremt der er konkret udsigt til denne åbning, og den er nært forestående. Den blotte mulighed for privat kapital er således ikke tilstrækkelig til at konkludere, at betingelsen om den offentlige myndigheds kontrol ikke er opfyldt<sup>29</sup>.

Hvorvidt selvejende institutioner giver adgang for privat kapital må naturligvis afgøres konkret. Det er imidlertid Konkurrencestyrelsens vurdering, at forbudet mod privat kapital ikke har betydning for de selvejende institutioner da private ejerandele i selvejende institutioner hverken forekommer eller er mulig i henhold til vedtægt eller driftsoverenskomst. De selvejende institutioner er således karakteriseret ved, at institutionernes formue er uigenkaldeligt udskilt fra stifternes eller indskydernes formue, og således ikke har offentlige eller private ejere. De selvejende institutioner omfattes således af et vedtægtsmæssigt forbud mod åbenhed for privat kapital.

---

<sup>27</sup> Jf. eksempelvis Domstolens dom af 11. januar 2005, sag C-26/03, Stadt Halle, præmis 49-52 og Domstolens dom af 18. januar 2007, sag C-220/05, Auroux, præmis 64.

<sup>28</sup> Jf. Domstolens dom af 6. april 2006, sag C-410/04, ANAV, præmis 29-32.

<sup>29</sup> Jf. Domstolens dom i af 10. september 2009, sag C-573/07, Sea, præmis 50-51.

Kommissionen har ligeledes tilkendegivet dette i fodnote 14 i Kommissionens fortolkningsmeddelelse om anvendelsen af fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner på institutionelle offentlig-private partnerskaber (IOPP'er), Bruxelles, den 05.02.2008 C(2007)6661.

## 2. Konkurrencestyrelsens vurdering

Spørgsmålet er om de selvejende institutioners karakteristika som netop selvejende medfører, at anvendelsen af in-house begrebet på forhånd er udelukket. Såfremt dette er tilfældet, skal de aftaler om drift af fx plejehjem eller plejeboliger der indgås mellem institutioner og kommuner konkurrenceudsættes i henhold til gældende regler om indgåelsen af offentlige kontrakter.

Dette spørgsmål vedrører opfyldelsen af in-house begrebets kontrolkriterium. Hittidig praksis om in-house begrebet har imidlertid ikke afklaret, om den nødvendige kontrol kan foreligge i forholdet mellem en myndighed og en selvstændig juridisk enhed som myndigheden slet ikke har en ejerandel af. Det er således ikke afklaret, om in-house begrebet kan finde anvendelse i forholdet mellem en kommune og en selvejende institution.

Af Domstolens retspraksis følger dog, at en ordregivende myndigheds hele, delvise eller endog meget begrænsede ejerskab over en selvstændig juridisk enhed ikke er en forudsætning for at kunne statuere, at in-house begrebets kontrolkriterium konkret er opfyldt. Domstolen har alene tilkendegivet, at ejerskab indgår som et vigtigt parameter, men ikke en forudsætning for opfyldelsen af kontrolkriteriet, jf. pkt. 3 nedenfor.

Efter Konkurrencestyrelsens vurdering er dette ensbetydende med, at selvejende institutioner også kan anses for at udføre opgaver in-house, såfremt kontrol- og virksomhedskriterierne konkret er opfyldt i forholdet mellem institutionen og den ordregivende myndighed. Opfyldelsen af kriterierne indebærer, at der ikke er krav om konkurrenceudsættelse i forbindelse med indgåelsen af konkrete driftsoverenskomster.

## 3. Domstolens retspraksis om betydningen af ejerskab

### 3.1. Teckal

Domstolen har i Teckal dommen<sup>30</sup> tilkendegivet, at in-house begrebet kan finde anvendelse på kontrakter indgået mellem en offentlig myndighed og en fra denne myndighed selvstændig juridisk enhed. Domstolen har fremhævet, at 2 kriterier – kontrolkriteriet og virksomhedskriteriet – skal opfyldes. I den danske udgave af dommen er følgende angivet<sup>31</sup>:

*...såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af. ”*

---

<sup>30</sup> Domstolens dom af 18. november 1999, sag C-107/98, Teckal..

<sup>31</sup> Jf. sag C-107/89, Teckal, præmis 50.

Af den danske oversættelse af Teckal dommens virksomhedskriterium fremgår det således, at det er et krav, at hovedparten af virksomheden udføres sammen med den eller de lokale myndigheder, ”den ejes af”. En umiddelbar forståelse heraf medfører, at den ordregivende myndigheds fuldstændige ejerskab af den selvstændige juridiske enhed er en forudsætning for anvendelse af in-house reglen.

I den engelske udgave af Teckal dommen er de 2 kriterier imidlertid formuleret anderledes. Kontrolkriteriet er formuleret således:

*”...the local authority [shall ] exercise[] over the person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments and”.*

Virksomhedskriteriet er formuleret således:

*“that person carries out the essential part of its activities with the controlling local authority or authorities.”*

Heraf fremgår ikke, at den ordregivende myndigheds hele eller delvise ejerskab af den selvstændige juridiske enhed er en forudsætning for anvendelsen kontrolkriteriet. Domstolen har også i efterfølgende retspraksis afholdt sig fra at konstatere, at den nødvendige kontrol er en direkte følge af ejerskab.

### **3.2. Parking Brixen**

Domstolen uddybede i Parking Brixen<sup>32</sup> dommen Teckal dommens kontrolbegreb. Dommen angik den direkte tildeling af en koncessionskontrakt til et aktieselskab (Stadtwerke Brixen), der var 100 % ejet af Brixen kommune. En sådan direkte tildeling er kun lovlig, såfremt in-house begrebets kontrolkriterium og virksomhedskriterium var opfyldt. Om kontrolkriteriet siger domstolen følgende om den bedømmelse der skal foretages<sup>33</sup>:

*”Denne bedømmelse skal tage samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder i betragtning. Det skal fremgår af undersøgelsen, at den pågældende kontraherende virksomhed er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den ordregivende offentlige myndighed at påvirke virksomhedens beslutninger. Indflydelser skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger.”*

Ejerskab er således ikke angivet som en forudsætning eller en omstændighed der medfører at kontrolkriteriet er opfyldt. I stedet skal der foretages en samlet vurdering.

---

<sup>32</sup> Dom af 13. oktober 2005, sag C-458/03, Parking Brixen.

<sup>33</sup> Jf. sag C-458/03, Parking Brixen, præmis 65.

I dommen fandt domstolen samlet, at in-house betingelserne ikke var opfyldt. Domstolen fremdrog bl.a. virksomhedens omdannelse til aktieselskabsform og karakteren af denne selskabsform som argument. Herudover fremhævede domstolen, at bestyrelsen havde betydelige beføjelser, uden at kommunen i praksis udøvede en driftsmæssig kontrol<sup>34</sup>. Om bestyrelsens beføjelser fremhæver Domstolen følgende<sup>35</sup>:

*”For så vidt angår bestyrelsens beføjelser i den konkrete sag fremgår det af forelæggelseskendelsen, at Stadtwerke Brixen AG’s vedtægter, og navnlig artikel 18 heri, giver bestyrelsen en omfattende fuldmagt til drift af selskabet, eftersom den har mulighed for at foretage enhver handling, den finder nødvendig for gennemførelsen af selskabets formål. Herudover er den i artikel 18 fastsatte beføjelse til at stille sikkerheder med en værdi på indtil 5 mio. EUR eller gennemføre andre transaktioner uden forudgående godkendelse fra generalforsamlingen, tegn på, at selskabet har en høj grad af selvstændig handlefrihed i forhold til aktionærerne.”*

De handlemuligheder og beføjelser, der selskabsretligt følger af at være ejer, er således ikke tilstrækkeligt til at opfylde udbudsrettens kontrolkriterium.

Baggrunden herfor må antages at være, at myndigheden ved et ejerskab ikke er sikret en tilstrækkelig mulighed for bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og vigtige beslutninger. De beslutninger, der træffes af et aktieselskabs direktion og bestyrelse, og som ikke kræver generalforsamlingens godkendelse, svækker således myndighedens kontrol over selskabet – og dermed er der ikke samme kontrol som med egne tjenestegrene. Opfyldelsen af kontrolkriteriet forudsætter således en kontrol over de beslutninger, der normalt træffes af den selvstændige bestyrelse.

### **3.3. Carbotermo**

I Carbotermo-dommen<sup>36</sup> tildelte en kommune (Busto Arsizio kommune) en kontrakt direkte til et selskab (AGESP), der var 100 % ejet af et holdingselskab (AGESP Holding), som kommunen ejede i sammen med 6 andre kommuner. Busto Arsizio kommune ejede 99,98 % af holdingselskabet.

Domstolen gentager Parking Brixens krav til opfyldelsen af kontrolkriteriet<sup>37</sup>. Domstolen bemærker derefter følgende om betydningen af ejerskab<sup>38</sup>:

---

<sup>34</sup> Jf. sag C-458/03, Parking Brixen, præmis 67.

<sup>35</sup> Jf. sag C-458/03, Parking Brixen, præmis 68.

<sup>36</sup> Dom af 11. maj 2006, sag C-340/04, Carbotermo.

<sup>37</sup> Jf. sag C-340/04, Carbotermo, præmis 36.

<sup>38</sup> Jf. sag C-340/04, Carbotermo, præmis 37.

*”Den omstændighed, at den ordregivende myndighed, alene eller sammen med andre offentlige myndigheder, besidder den samlede kapital i et kontraherende selskab, tyder på, uden at være afgørende, at denne ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene som omhandlet i Teckal-dommens præmis 50.” (Konkurrencestyrelsens fremhævning)*

Domstolen tilkendegiver således, at ejerskab ikke er afgørende. Domstolen kigger herefter på andre muligheder for kontrol, fx via vedtægter mv. Domstolen bemærker således følgende om den kommunale kontrol med selskabet<sup>39</sup>:

*”Det fremgår af sagen, at AGESP Holdings og AGESP’s vedtægter giver hvert af disse selskabers bestyrelse de mest vidtgående beføjelser med hensyn til selskabets ordinære og ekstraordinære drift. Disse vedtægter forbeholder ikke Busto Arsizio kommune nogen særlig kontrolbeføjelse eller stemmeret, der kan begrænse den handlefrihed, der er tillagt disse bestyrelser. Den kontrol, som Busto Arsizio kommune udøver med disse to selskaber, kan i det væsentlige sammenfattes til det råderum, som selskabsretten giver selskabsdeltagernes flertal, hvilket betydeligt begrænser dens mulighed for at få indflydelse på disse selskabers beslutninger.”*

Domstolen fandt således samlet, at den fornødne kontrol ikke kunne antages at foreligge.

### **3.4. Tragsa**

Tragsa-sagen<sup>40</sup> angik et statsligt selskab (Tragsa), der var 99 % ejet af den spanske stat. Den sidste procent var ejet af 4 selvstyrende regioner, der hver ejede 0,25 %. National lovgivning muliggjorde, at Tragsa efter direkte ordre fra disse ejere udførte arbejder uden at denne kontrakttilde-  
ling var omfattet af fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter

Domstolen udtalte at det forhold, at den ordregivende myndighed alene eller sammen med andre offentlige myndigheder besidder den samlede kapital i det kontraherende selskab, ”i princippet tyder på”, at kontrolkriteriet er opfyldt<sup>41</sup>. Fsva. vurderingen af betydningen af ejerskabet går Domstolen således fra formuleringen ”tyder på, uden at være afgørende” til den mildere formulering ”i princippet tyder på”.

---

<sup>39</sup> Jf. sag C-340/04, Carbotermo, præmis 38.

<sup>40</sup> Dom af 19. april 2007, sag C-295/05, Asemfo/Tragsa.

<sup>41</sup> Jf. sag C-295/05, Asemfo/Tragsa, præmis 57, under henvisning til Carbotermo dommens præmis 37.

Domstolen tilkendegiver herudover at de selvstyrende regioners meget begrænsede ejerandel på 0,25 % ikke har nogen betydning<sup>42</sup>. Domstolen vægter således ikke den enkelte myndigheds mulighed for kontrol, men anlægger en mere samlet bedømmelse, hvor ejerandelens størrelse som udgangspunkt er underordnet. Domstolen opstiller dog følgende betingelser for opfyldelse af kontrolkriteriet<sup>43</sup>:

- At Tragsa er forpligtet til at gennemføre de bestillinger, som overdrages selskabet af de offentlige myndigheder, herunder de selvstyrende regioner og
- At Tragsa ikke har mulighed for frit at fastsætte takster for selskabets foranstaltninger, og at dets forbindelse til de nævnte regioner ikke er af kontraktmæssig karakter.

Forudsat at disse betingelser er opfyldt, synes størrelsen af den enkelte myndigheds ejerandel således ikke at være afgørende for opfyldelse af kontrolkriteriet.

### 3.5. *Coditel*

Coditel-dommen<sup>44</sup> omhandlede virksomheden Coditel's klage over, en belgisk kommunes tildeling af driften af sit kommunale teledistributionsnet til et interkommunalt andelsselskab (Brutéfé) uden forudgående udbud eller offentliggørelse.

Driftskontrakten vedrører tildelingen af en koncessionskontrakt, der i medfør af udbudsdirektivets artikel 17 ikke omfattes af EU's udbudsregler. Domstolen har imidlertid tilkendegivet, at også indgåelsen af koncessionskontrakter skal ske efter en passende offentliggørelse. Denne passende offentliggørelse er dog ikke nødvendig, hvis kontrakten udføres in-house. Afgørende for, om der var tale om en overtrædelse, var derfor om Brutéfé's opgavevaretagelse kunne anses for in house i forhold til kommunen. Domstolen udtaler sig herefter om forståelsen af kontrolkriteriet og virksomhedskriteriet.

Domstolen gentager for det første Parking Brixen dommens krav om, at man ved vurderingen af kontrolkriteriet skal tage samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder i betragtning, og herudover at der skal være tale om bestemmende indflydelsen såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger<sup>45</sup>. Domstolen bemærker, at der konkret skulle tages stilling til 3 omstændigheder<sup>46</sup>:

---

<sup>42</sup> Jf. sag C-295/05, Asemfo/Tragsa, præmis 59.

<sup>43</sup> Jf. sag C-295/05, Asemfo/Tragsa, præmis 60.

<sup>44</sup> Dom afsagt 13. november 2008, sag C-324/07, Coditel.

<sup>45</sup> Jf. sag C-324/07, Coditel, præmis 28.

<sup>46</sup> Jf. sag C-324/07, Coditel, præmis 29.

1. En undersøgelse af ordregivers indehavelse af kapital i den koncessionshavende enhed
2. Sammensætningen af ordregiverens besluttende organer
3. Rækkevidden af de beføjelser, der tillægges dens bestyrelse.

Om den første omstændighed – ejerskabet – udtaler domstolen følgende<sup>47</sup>:

*”Uden at være afgørende, tyder den omstændighed, at den koncessionsgivende offentlige myndighed sammen med andre offentlige myndigheder besidder den samlede kapital i et koncessionshavende selskab, derimod på, at denne offentlige myndighed fører en kontrol med dette selskab, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene...”* (Konkurrencestyrelsens fremhævnings)

Domstolen går altså tilbage til den oprindelige formulering om ejerskabets betydning, der kendes før Tragsa-sagen.

Om den anden omstændighed påpeger Domstolen af Brutélé’s besluttende organer er sammensat af repræsentanter, der alle er kommunalt udpeget. Domstolen udtaler herom<sup>48</sup>:

*”Den omstændighed, at Brutélés besluttende organer er sammensat af repræsentanter for de offentlige myndigheder, der er tilsluttet selskabet, tyder på, at sidstnævnte kontrollerer Brutélés besluttende organer og således er i stand til at udøve bestemmende indflydelse såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til denne virksomheds vigtige beslutninger.”* (Konkurrencestyrelsens fremhævnings)

Da repræsentantskabet i organerne alene tydede på muligheden for at udøve bestemmende indflydelse på de besluttende organer behandler domstolen rækkevidden af bestyrelsens beføjelser. Om denne tredje omstændighed udtaler Domstolen følgende<sup>49</sup>:

*”... det er Brutélés bestyrelse, der udøver de mest vidtgående beføjelser. Det er bl.a. bestyrelsen, der fastsætter tariffene. Bestyrelsen har derudover mulighed for – men ikke pligt til – at delegere sine beføjelser vedrørende visse særlige problemer med hensyn til sektorerne eller undersektorerne til sektor- eller undersektorrådene.”*

Som i Parking Brixen dommen opstår herved spørgsmålet, om Brutélé’s bestyrelse herved havde så store beføjelser uden egentlig mulighed for

---

<sup>47</sup> Jf. sag C-324/07, Coditel, præmis 31.

<sup>48</sup> Jf. sag C-324/07, Coditel præmis 34.

<sup>49</sup> Jf. sag C-324/07, Coditel, præmis 35.

kommunal kontrol af de myndigheder der var tilsluttet Brutélé at in-house reglen ikke kunne finde anvendelse.

Domstolen påpeger her, at Brutélé ikke er et andelsselskab eller et aktieselskab, men et interkommunalt andelsselskab, der ikke har erhvervs- eller forretningsmæssig karakter. Ydermere er selskabets vedtægtsmæssige formål udførelsen af en opgave af kommunal interesse, der ikke forfølger en interesse, der er forskellig fra opgaven for de offentlige myndigheder, som er tilsluttet det<sup>50</sup>.

Domstolen konkluderer herefter, at Brutélé – til trods for udstrækningen af de beføjelser, der er tillagt selskabets bestyrelse – ikke har en selvstændighed, som udelukker, at de kommuner, der er tilsluttet Brutélé, fører en kontrol, der svarer til den kontrol, som kommunerne fører med deres egne tjenestegrene<sup>51</sup>.

### 3.6. Sea

Sea-dommen<sup>52</sup> omhandlede virksomheden Sea Srl's (Sea) klage over Commune di Ponte Nossa's (Ponte Nossa-kommune) direkte tildeling af en kontrakt om indsamling, transport og bortskaffelse af byaffald til aktieselskabet Se.T.Co. SpA (Setco) uden afholdelsen af et forudgående udbud.

Setco var et aktieselskab der var ejet af en række kommuner. Ponte Nossa-kommune indtrådte imidlertid i ejerkredsen som minoritetsdeltager, med henblik på at kunne tildele kontrakter direkte til Setco uden afholdelse af et udbud.

Med henvisning til Teckal-dommen, gør Domstolen det klart, at en direkte kontrakttildeling uden afholdelsen af et udbud til en selvstændig juridisk enhed er lovlig, såfremt kontrolkriteriet og virksomhedskriteriet er opfyldt<sup>53</sup>. Spørgsmålet er dog om Ponte Nossa-kommune over for Setco har udført en kontrol svarende til den, som den fører med sine egne tjenestegrene.

Domstolen bemærker herefter, at den omstændighed, at den ordregivende myndighed sammen med andre offentlige myndigheder besidder den samlede kapital i Setco, *"uden at være afgørende tyder på"*, at myndigheden fører en kontrol med Setco, der svarer til den kontrol den fører med egne tjenestegrene<sup>54</sup>. Domstolen fastholder således at ejerskab er et moment der kan inddrages i forbindelse med en vurdering af kontrolkriteriet. Herefter fremhæver Domstolen de andre relevante faktorer der kan fremhæves. Det drejer sig om

---

<sup>50</sup> Jf. sag C-324/07, Coditel, præmis 38.

<sup>51</sup> Jf. sag C-324/07, Coditel, præmis 39.

<sup>52</sup> Dom af 10. september 2009, sag C-573/07, Sea.

<sup>53</sup> Jf. sag C-573/07, Sea, præmis 36.

<sup>54</sup> Jf. sag C-573/07, Sea, præmis 45.

- lovgivning
- selskabets kontraktmæssige status
- de kontrolmekanismer der er fastlagt i Setco's vedtægter<sup>55</sup>.

Vedrørende lovgivningen konstaterer Domstolen, at lovgivning og vedtægter gentager Teckal's definition på opfyldelsen af kontrolkriteriet<sup>56</sup>. Vedrørende den kontraktmæssige status fremhæver Domstolen, at der skal ses på den geografisk og faktiske rækkevidde af selskabets virksomhed, og selskabets mulighed for at etablere forbindelser med virksomheder i den private sektor<sup>57</sup>. Vedrørende vedtægterne konstaterer Domstolen, at under de foreliggende omstændigheder kan de kontrolmekanismer der er fastlagt i Setco's vedtægter, være tilstrækkelige til at opfylde kontrolkriteriet. Relevansen af vedtægtsbestemmelserne skal dog fortolkes nationalt<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Jf. sag C-573/07, Sea, præmis 66.

<sup>56</sup> Jf. sag C-573/07, Sea, præmis 67-72.

<sup>57</sup> Jf. sag C-573/07, Sea, præmis 73.

<sup>58</sup> Jf. sag C-573/07, Sea, præmis 89.