

Notat vedrørende udbudspligt i forbindelse med omdannelse af fælleskommunale selskaber til aktieselskaber

Dette notat giver på baggrund af 4 EF-domme (Teckal 107/98, Parking Brixen 458/03, Carbotermo og Consorzio Alisei 340/04 og endelig Anav 410/04 en vurdering af, hvorvidt de i selskabet deltagende kommuner fortsat kan overgive affaldshåndteringsopgaven til selskabet uden at skulle foretage et udbud, jf. EU's regler herom.

Præmis 57 og 58 i Brixen (49-51 i Teckal) slår fast at:

- 57 *I den forbindelse bemærkes, at Domstolen i Teckal-dommen fastslog, at Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1) finder anvendelse, når en ordregivende myndighed, som f.eks. en lokal myndighed, påtænker skriftligt at indgå en gensidigt bebyrdende aftale om levering af varer med en fra den selv formelt forskellig enhed, som også træffer beslutninger selvstændigt i forhold til myndigheden.*
- 58 *For så vidt angår spørgsmålet om, hvornår der foreligger en sådan aftale, har Domstolen i Teckal-dommens præmis 50 præciseret, at det efter artikel 1, litra a), i direktiv 93/36 principielt er tilstrækkeligt, at aftalen er blevet indgået mellem på den ene side en lokal myndighed og på den anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person. 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 person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.*

Udbudsreglerne finder således anvendelse som udgangspunkt, når kommunen indgår aftale med en juridisk person forskellig fra kommunen. En undtagelse herfra betinges af 2 forhold:

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

I Parking Brixen sagen omdannes et kommunalt foretagende netop til et aktieselskab og sagen ender med at domstolen afviser at kommunen kan give den konkrete opgave til aktieselskabet udenom udbudsreglerne. Domstolen lægger imidlertid vægt på 6 karakteristika ved selskabet:

Stadtwerke Brixen AG har derimod erhvervet en kontraktmæssig status, der gør kommunens kontrol tvivlsom. Følgende punkter taler herfor:

- a) *Omdannelsen af Stadtwerke Brixen – Gemeinde Brixens særlige virksomhed – til et aktieselskab (Stadtwerke Brixen AG) samt karakteren af denne selskabsform.*
- b) *Udvidelsen af selskabets formål, idet det begyndte at drive virksomhed på nye vigtige områder, herunder personbefordring og varetransport samt informationsteknologi og telekommunikation. Det bemærkes, at selskabet bibeholdt den brede vifte af aktiviteter, der før blev*

udøvet af den særlige virksomhed, herunder navnlig vandforsyning, rensning af spildevand, forsyning med varme og energi samt affaldsbortskaffelse og anlæg af veje.

- c) Selskabet har pligt til inden for kortere tid at give adgang til kapitaltilførsel fra anden side.*
- d) Udvidelsen af det geografiske område for selskabets aktiviteter til hele Italien og udlandet.*
- e) De betydelige beføjelser, der blev tildelt bestyrelsen, uden at kommunen i praksis udøver driftsmæssig kontrol.*

68 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.

69 Det fremgår tillige af forelæggelseskendelsen, at det tilkommer Gemeinde Brixen at udpege flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i Stadtwerke Brixen AG. Imidlertid har den forelæggende ret understreget, at den kontrol, som kommunen fører med Stadtwerke Brixen AG, i det væsentlige er begrænset til det spillerum, som flertallet af deltagerne har i henhold til selskabsretten, hvilket betydeligt formindsker det afhængighedsforhold, der forelå mellem kommunen og den særlige virksomhed Stadtwerke Brixen, især henset til den omfattende fuldmagt, som bestyrelsen for Stadtwerke Brixen AG er tillagt.

70 Når en indehaver af en koncessionskontrakt har en selvstændig handlefrihed som den, der følger af de forhold, der er fremhævet i præmis 67-69, er det udelukket, at den ordregivende offentlige myndighed fører en kontrol med indehaveren af koncessionskontrakten, der svarer til den, den fører med sine egne tjenestegrene.

Domstolen ender med at lægge alle 6 karakteristika sammen og på den baggrund underkende Parking Brixen, som et in-house-selskab.

I Carboterma-sagen diskuteres betingelse 1 yderligere:

36 Ved bedømmelsen af, om den ordregivende myndighed udøver en kontrol svarende til den, som den fører med sine egne tjenestegrene, skal samtlige relevante lovbestemmelser og relevante faktiske omstændigheder tages i betragtning. Det skal fremgå af undersøgelsen, at det kontraherende selskab er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den ordregivende offentlige myndighed at påvirke selskabets beslutninger. Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til dette selskabs strategiske formål som i forhold til dets vigtige beslutninger (jf. dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 65).

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.

38 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.

39 Desuden udøves Busto Arsizio kommunes eventuelle indflydelse på AGESP's beslutninger gennem et holdingselskab. Medvirken fra en sådan mellemmand kan alt efter omstændighederne i det foreliggende tilfælde afsvække den kontrol, som den ordregivende myndighed eventuelt måtte udøve med et aktieselskab blot ved at deltage i dettes kapital.

40 Det følger heraf, at under sådanne omstændigheder, med forbehold af, at den forelæggende ret i hovedsagen efterprøver deres rigtighed, udøver den ordregivende myndighed ikke en kontrol med det kontraherende selskab, der har fået tilslag for den pågældende offentlige aftale, der svarer til den kontrol, som den fører med sine egne tjenestegrene.

Domstolen udtaler i præmis 37 at det at alle selskabets aktier er ejet af kommuner tyder på at de kan udøve den kontrol, som modsvarer kontrollen over egne tjenestegrene. I den konkrete sag er aktierne imidlertid til salg til private, selskabet ejes gennem et holdingselskab med vide selvstændige beføjelser gennem vedtægterne og selskabet selv har fået vide handlebeføjelser. Under disse omstændigheder afvises at kontrollen er god nok.

Betingelse nr. 2

Domstolen tager også stilling til den anden betingelse i Carbotermo-sagen:

60 Kravet om, at den pågældende person skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, som den ejes af, har navnlig til formål at sikre, at direktiv 93/36 også finder anvendelse i det tilfælde, at en virksomhed, der kontrolleres af en eller flere myndigheder, er aktiv på markedet og således kan konkurrere med andre virksomheder.

61 En virksomhed berøves nemlig ikke nødvendigvis sin handlefrihed, alene fordi de beslutninger, der vedrører den, kontrolleres af den myndighed, den ejes af, hvis den stadig kan udøve en væsentlig del af sin økonomiske aktivitet med andre aktører.

62 Desuden kræves det, at denne virksomheds ydelser i det væsentlige er bestemt for denne ene myndighed. Inden for disse grænser forekommer det berettiget, at denne virksomhed ikke er omfattet af kravene i direktiv 93/36, da disse er dikteret af ønsket om at bevare en konkurrence, der i dette tilfælde ikke længere er anledning til.

63 Når disse principper anvendes, kan det kun antages, at den pågældende virksomhed udfører hovedparten af sin aktivitet sammen med den myndighed, som den ejes af, som omhandlet i Teckaldommen, såfremt denne virksomheds aktivitet hovedsagelig er bestemt for denne myndighed, idet enhver anden aktivitet kun har marginal karakter.

64 Ved sin stillingtagen til, om dette er tilfældet, skal den kompetente ret tage alle omstændigheder i det foreliggende tilfælde i betragtning, såvel kvalitative som kvantitative.

Heraf kan uddrages at aktiviteten hovedsageligt skal være bestemt for myndigheden, mens andre aktiviteter alene må have marginal karakter. Domstolen afviser samtidig anvendelsen af art. 13 i direktiv 93/38 og dermed den der indeholdte 80/20 fordeling.

67 *Det er uden betydning, hvem der betaler den pågældende virksomhed vederlag, hvad enten det er den myndighed, som den ejes af, eller tredjemænd, der er brugere af de ydelser, der erlægges i henhold til koncessioner eller andre retsforhold tilvejebragt af den nævnte myndighed. Det er ligeledes uden betydning, på hvilket område disse ydelser leveres.*

Myndigheden behøver dog ikke at finansiere aktiviteten. Det er alene selv opgaven, som myndigheden overgiver. Ved affaldsforbrænding betales omkostningerne af kunderne, mens selve opgaven er givet af kommunerne, idet den er deres via anvisningsretten.

69 *I denne forbindelse bemærkes, at Domstolen har præciseret, at den pågældende juridisk forskellige person skal udføre hovedparten af sin aktivitet sammen med »den eller de lokale myndigheder, den ejes af« (Teckal-dommen, præmis 50). Domstolen har således taget den mulighed i betragtning, at den fastsatte undtagelse ikke blot gælder for det tilfælde, at en sådan juridisk person kun ejes af en enkelt myndighed, men også at den ejes af flere.*

70 *Såfremt flere myndigheder ejer en virksomhed, kan betingelsen om hovedparten af dens aktivitet være opfyldt, hvis denne virksomhed udfører hovedparten af sin aktivitet, ikke nødvendigvis sammen med den ene eller den anden af disse myndigheder, men sammen med samtlige disse myndigheder.*

71 *Den aktivitet, der skal tages i betragtning, såfremt en virksomhed ejes af flere myndigheder, er følgelig den, som denne virksomhed udfører sammen med samtlige disse myndigheder.*

To ting kan uddrages heraf. Flere myndigheder kan være ejere af selskabet og det kan fortsat leve op til såvel betingelse 1 som 2 og det er den samlede aktivitet med de pågældende ejerkommuner, som skal lægges til grund for bedømmelse i betingelse 2.

Anav-sagen kaster yderligere lys over betingelse 1, idet domstolen her udtaler at

31 *Den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel – om end kun en minoritetsandel – af kapitalen i et selskab, som den pågældende offentlige myndighed også ejer en andel af, udelukker under alle omstændigheder, at den offentlige myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene (jf. i denne retning dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 49).*

32 *For så vidt som koncessionsselskabet er et selskab, der i hvert fald delvist er åbent for privat kapital, er denne omstændighed til hinder for at anse det for et organ til »intern« drift af en offentlig tjenesteydelse for den kommune, der ejer selskabet (jf. i denne retning Coname-dommen, præmis 26).*

33 *Herefter skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF samt ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og princippet om gennemskuelse ikke er til hinder for en national ordning, som giver en offentlig myndighed mulighed for at tildele en offentlig tjenesteydelseskontrakt direkte til et*

selskab, som myndigheden ejer 100%, hvis den kontrol, som myndigheden fører med dette selskab, svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og hvis selskabet udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed, det ejes af.

Domstolen kvalificerer dermed ejerskabet af selskabet til at kun 100 % kommunalt ejede selskaber kan leve op til betingelse nr. 1. Det skal forstås som en nødvendig, men ikke tilstrækkelig betingelse, idet den konkrete kontrol fortsat skal vurderes, jf. de andre domme.

Opsamling

Domstolen har således opstillet 2 betingelser for at en kontrakt kan overgives til et selskab uden udbud:

1) såfremt den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene og

2) den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.

Betingelse 1 er blevet yderligere skærpet, idet alene 100 % kommunalt ejede selskaber kan opfylde betingelsen. Det er også klart at flere kommuner kan være ejere af selskabet. Det behøver ikke være ejet af kun én kommune. Domstolen har alene afvist de aktuelle aktieselskaber på baggrund af yderligere karakteristika. Det må således være klart at et aktieselskab ejet af flere kommuner kan leve op til betingelserne. Det er således muligt at bevare muligheden for at overgive affaldshåndteringsopgaverne til et 100 % kommunalt ejet aktieselskab uden udbud.

Dette forudsætter blot at kommunerne har hele den indflydelse på selskabet som deres 100 % direkte ejerskab naturligt vil give, at selskaberne kun varetager de aktiviteter, som kommunerne har givet dem og at kommunerne kan fastsætte selskabets mål og midler via generalforsamling og bestyrelse. Der kan ikke gives brede fuldmagter til selskabets bestyrelse, ligesom alene kommunalt politisk valgt/ansat personale kan sidde i bestyrelsen.

Såfremt anvisningsretten ophæves for erhvervsaffald, bør selskaberne formentlig alene have mulighed for at udnytte teknologisk bestemt overkapacitet (nærmest rentable størrelse over det strengt nødvendige) på markedet, da opfyldelsen af betingelse 2 ellers kan blive diskutabel.