

# Udbudsdirektivets modificering af in house-begrebet - juridiske og økonomiske overvejelser

## The Modification of the EU Public Procurement Rules regarding In-House - legal and economic considerations

af MICHAEL TERKELSEN

*Den centrale problemstilling for afhandlingen har været, at afdække udbudsdirektivets retsstilling for offentlige myndigheders in house-samarbejder. I relation til dette behandles både det juridiske genstandsfelt samt de økonomiske betragtninger, der fremkommer på baggrund af en direkte tildeling af kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor. Udbudsdirektivets artikel 12 tillader, at europæiske medlemsstaters offentlige enheder etablerer en forbindende struktur med hinanden således, at tildeling af kontrakter falder uden for direktivets anvendelsesområde (vertikale og horisontale samarbejder). Det domstolsskabte in house-begreb ses delvis kodificeret i artikel 12. Afhandlingen udpeger de områder, hvor der både skabes større juridisk sikkerhed og usikkerhed. Analysen viser, at modificeringen har udvidet in house-begrebets spændvidde til fordel for fleksible kontrakttildelingsmuligheder. Dette kommer især til udtryk gennem accepten af privat kapital i den kontraktmodtagende enhed, hvilket EU-Domstolen tidligere har afvist.*

*EU-Domstolen har i en længere årrække søgt at sikre en balance mellem EU-Kommissionens mål om et åbent marked med lige konkurrence på den ene side og friheden for myndighederne til at organisere sig på den mest hensigtsmæssige måde på den anden side. Artikel 12 indeholder denne balance, og afhandlingen italesætter løbende de faktorer, som trækker i hver sin retning. Med økonomiske teorier illustreres, hvordan reglerne for in house-produktion via artikel 12 fungerer, som et markedsbaseret instrument, der kan tilpasses. Artiklens modificering af in house-begrebet danner således grobund for nye løsningsmodeller for det offentlige organ til at træffe den økonomisk mest fordelagtige beslutning i relation til udførelsen af en offentlig opgave. Navligt synes muligheden for at samarbejde med små og mellemstore virksomheder, at være forøget.*

*At myndighederne gives et større råderum i forhold til beslutningen om egenproduktion eller køb betyder, at elementer som interessekonflikt og konkurrence på markedet i højere grad kan inkorporeres i beslutningsprocessen. Artiklen tager derfor højde for et dynamisk marked, hvorfor myndighedens øgede mulighed for at vælge enten en in house- eller ex house-leverance, sikre et bredere beslutningsgrundlag.*

## Indholdsfortegnelse

ABSTRACT.....	3
1 KAPITEL – INTRODUKTION .....	4
1.1    INDLEDNING .....	4
1.2    PROBLEMFOMULERING .....	4
1.3    AFGRÆNSNING.....	5
1.3.1    Juridisk afgrænsning.....	5
1.3.2    Økonomisk afgrænsning .....	5

1.4	TEORETISK TILGANG OG METODE .....	6
1.5	STRUKTUR .....	6
<b>2</b>	<b>KAPITEL – UDBUDSDIREKTIVETS ART. 12'S JURIDISKE ANVENDELSESOMRÅDE .....</b>	<b>7</b>
2.1	INTRODUKTION AF IN HOUSE-BEGREBET .....	7
2.1.1	<i>Generelt om in house-begrebet</i> .....	7
2.1.1.1	Det udvidede in house-begreb .....	8
2.2	UDBUDSDIREKTIVETS INDVIRKNING PÅ IN HOUSE-BEGREBET .....	9
2.2.1	<i>Introduktion til artikel 12</i> .....	9
2.2.1.1	Vertikale samarbejder .....	9
2.2.1.2	Horisontale samarbejder .....	10
2.2.2	<i>Individuel vertikal kontrol – art. 12, stk. 1</i> .....	10
2.2.2.1	Art. 12, stk. 1's titel .....	10
2.2.2.2	Kontrolkriteriet .....	11
2.2.2.3	Aktivetskriteriet .....	12
2.2.2.4	Privat kapitaldeltagelse .....	13
2.2.2.4.1	Ikkekontrollerende og ikkeblokkerende former for privat deltagelse .....	15
2.2.2.5	Afrunding .....	15
2.2.3	<i>Samarbejder i en horisontal og omvendt vertikal konstellation - art. 12, stk. 2</i> .....	16
2.2.3.1	Horisontal kontrakttildeling .....	17
2.2.3.2	Omvendt vertikal kontrakttildeling .....	17
2.2.3.2.1	Privat deltagelse .....	17
2.2.3.3	Afrunding .....	18
2.2.4	<i>Fælles kontrol – art. 12, stk. 3</i> .....	18
2.2.4.1	Kontrolkriteriet .....	18
2.2.4.1.1	Kontrol gennem ordregiver på forskelligt organisatorisk niveau .....	19
2.2.4.1.2	Omvendt og horisontal tildeling ved fælles kontrol .....	20
2.2.4.2	Varetagelse af interesser, som er i overensstemmelse med de kontrollerende myndigheders .....	20
2.2.4.3	Aktivetskriteriet .....	21
2.2.4.4	EU-kommissionens tidligere forslag til indholdet af art. 12, stk. 3 .....	21
2.2.4.5	Afrunding .....	22
2.2.5	<i>Samarbejder mellem offentlige organisationer – art. 12, stk. 4</i> .....	22
2.2.5.1	Den videre domsudvikling af horisontale samarbejder .....	23
2.2.5.2	Samarbejdsmetoden .....	24
2.2.5.3	Public service-begrebet .....	25
2.2.5.3.1	EU-Domstolens public service-betragtning .....	25
2.2.5.3.2	Christopher H. Bovis' public service-betragtning .....	25
2.2.5.3.3	Medlemsstaternes individuelle public service-betragtninger .....	26
2.2.5.3.4	Skal public service-aftalerne mellem enhederne i det offentlige være administrative? .....	26
2.2.5.4	Involvering af privat kapital .....	27
2.2.5.5	Aktivetskriteriet .....	28
2.2.5.6	Afrunding .....	28
2.2.6	<i>Reglerne for beregningen af aktivitet – art. 12, stk. 5</i> .....	29
<b>3</b>	<b>KAPITEL – UDBUDSDIREKTIVETS ART. 12'S SAMFUNDSØKONOMISKE PÅVIRKNING .....</b>	<b>29</b>
3.1	DET OFFENTLIGES PRODUCER-ELLER-UDLICITER BESLUTNING .....	30
3.1.1	<i>Bevæggrunde for udlicitering</i> .....	31
3.1.2	<i>Bevæggrunde for egenproduktion</i> .....	32
3.1.2.1	Vertikal integration – assets specificity og assured supply .....	32
3.1.2.2	Egenkontrol .....	33
3.1.2.3	Principal-agent problematikken .....	34
3.1.2.3.1	Redskaber til at minimere opportunistisk adfærd .....	35
3.1.3	<i>Afrunding</i> .....	36
3.2	KONSEKVENSER VED TILLADELSE AF PRIVAT DELTAGELSE I EN IN HOUSE-TILDELING .....	36
3.2.1	<i>Fleksibel kontrakttildeling – samfundsgavnlig effekt?</i> .....	37
3.2.2	<i>Fleksibel kontrakttildeling – konkurrenceforvridende?</i> .....	38

3.2.2.1	Spill-over effekter .....	38
3.2.2.2	In house-enhedens aktiviteter.....	39
3.2.3	Afrunding .....	39
<b>4</b>	<b>KAPITEL – KONKLUSION .....</b>	<b>40</b>
	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>42</b>
	BØGER 42	
	ARTIKLER .....	42
	TRAKTATER .....	43
	EU DIREKTIVER, MEDDELELSER M.V.....	43
	DOMME43	
	ANDRE UDGIVELSER .....	44
	HJEMMESIDER.....	44

## Abstract

In January 2011, the European Commission released their reasoning about how public procurement should be modernized in order to make it better suited to deal with the evolving political, social and economic context<sup>1</sup>. Directive 2014/24/EU on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC is a result of this. The main focus when making the legislative framework was to make it flexible, ensure greater legal certainty and form the basis of increased efficiency of public spending.

From that starting point, this thesis aims to analyse the new rules on co-operations in the public sector which is regulated in article 12 in the new Public Procurement Directive. Furthermore, the thesis examines the impact of allowing contracting authorities greater freedom to decide whether to award the contract in-house or ex-house. In addition to this, the thesis will point out the effect art. 12 could have on competition by awarding public contracts without a call for tenders.

The thesis explains the legal scope of art. 12 by examining relevant case law. This is done to illustrate the concept of in-house and the extent of the rule. Then a thorough evaluation of similarities and discrepancies are compared with previous practice developed by the Court of Justice of the European Union.

Hereinafter it will be examined which parameters the public authorities are affected by, when making the decision to put out to tender or to keep in-house. This entails an evaluation of the economic balancing a public authority has to make, using microeconomic theories that point out what public authorities should be aware of in specific situations. Furthermore, the thesis aims to emphasize the possibility of undermining competition.

Finally, it will be discussed how the interpretation of in-house can change due to art. 12. In that context it will also be analyzed that art. 12 will most likely have an effect on the outcome of future case law. To strengthen the discussion and the conclusion both the legal and economic findings are used.

---

<sup>1</sup> KOM(2011) 15, Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, side 4

# 1 Kapitel – Introduktion

I denne afhandling behandles både det juridiske genstandsfelt og de økonomiske betragtninger, som fremkommer på baggrund af en direkte tildeling af kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor. Problemstillingen anskues med udgangspunkt i udbudsdirektivet 2014/24/EU's<sup>2</sup> artikel (art.) 12 vedrørende myndigheders valg, om enten at løse offentlige opgaver ved hjælp af egne ressourcer (in house), eller ved anskaffelse gennem markedet (ex house).

## 1.1 Indledning

Offentlige kontrakter spiller en væsentlig faktor i de europæiske medlemsstaters økonomi og skønnes at udgøre 16 % af Den Europæiske Unions (EU's) bruttonationalprodukt (BNP).<sup>3</sup> I EU-Kommissionens meddelelse af 3. marts 2010 gives der udtryk for, at drivkraften for fremtidig vækst kræver bedre allokering af offentlige midler til støtte for samfundsmæssige mål.<sup>4</sup> Blandt andet af den årsag vedtog EU's ministerråd i 2014 et revideret udbudsdirektiv med formålet, at sikre et effektivt udbudsregelsæt med sigte på at forenkle procedurerne og øge fleksibiliteten. Med de reformerede regler er et af succeskriterierne, at alle økonomiske aktører i EU har adgang til EU-markedet. Navligt retter dette sig mod, at forbedre små og mellemstore virksomheders (SMV'er) mulighed for at deltage i offentlige kontrakter.

I lyset af dette vil afhandlingen behandle udbudsdirektivets regler for tildeling af offentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor. Selvom de fleste offentlige kontrakter tildeles den private sektor, er det ikke unormalt, at tildelinger sker imellem offentlige enheder. EU-retten har gennem tiden accepteret, at en offentlig instans ikke nødvendigvis har en pligt til at udbyde kontrakter de selv kan producere. En myndigheds forbrug af egne ydelser – en in house-leverance – er i en sådan situation ikke omfattet af udbudsdirektivet. Hvornår en kontrakt kan anses som intern, og der med falder uden for udbudsdirektivet er med dette direktiv blevet skrevet ind i faktisk lovtekst. På flere områder lægges der op til en øget frihedsgrad for myndigheder i forbindelse med anvendelse af in house-reglerne, hvilket kommer til udtryk i direktivets art. 12 og præambelens betragtninger 31-33. Særligt synes artiklen både at øge mulighederne for tværgående samarbejder offentlige instanser imellem, samt øge muligheden for tilstedeværelse af privat kapital i de indgåede in house-kontrakter.

Ved udførelsen af en offentlig opgave skal der typisk tages hensyn til forskelligartet forhold – det være sig både almene og økonomiske interesser, samt retlige aspekter. At offentlige organer gennem art. 12 øjensynligt opnår en øget fleksibilitet gennem tilladelse af flere in house-løsninger giver, anledning til at undersøge de juridiske rammer og de samfundsøkonomiske bevæggrunde og virkninger herfor.

## 1.2 Problemformulering

Den centrale problemstilling er:

*At afdække udbudsdirektivets retsstilling for offentlige myndigheders in house-samarbejder.*

Formålet med nærværende afhandling er, at analysere det juridiske indhold af art. 12 – *offentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor*. I relation til dette vurderes offentlige myndigheders incitament til at få udført en opgave enten in house eller ex house. Der vil ydermere foretages en undersøgelse af, hvorvidt art. 12 kan fordreje konkurrencen på det åbne marked.

Afhandlingen vil indledningsvist afdække den juridiske rækkevidde af art. 12, under inddragelse af artiklens ordlyd og relevant retspraksis. I denne forbindelse vil rammerne for offentlige enheders indbyrdes kontrakttildelelse minutøst blive gennemgået, med det mål at redegøre for hvornår art. 12's in house-kriterier forventes opfyldt.

---

<sup>2</sup> Herefter direktivet eller udbudsdirektivet

<sup>3</sup> Europa-Parlamentet, Emneblad om Den Europæiske Union – 2015, side 1

<sup>4</sup> KOM(2010) 2020, En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst, 2010, side 14

Hernæst foretages en gennemgang af, hvorvidt art. 12's implementering har betydning for, om en offentlig myndighed vælger in house-produktion. I tilknytning hertil undersøges det, hvilke samfundsøkonomiske efficiensbetragtninger art. 12 kan bygge på. Herunder bliver det vurderet, hvilke faktorer der påvirker offentlige myndigheders beslutning til at vælge enten egenproduktion eller udlicitering. Således gives en vurdering af den økonomiske afvejning myndigheden kan gøre sig. Samtidig inddrages der overvejelser om konkurrenceforvridende elementer ved art. 12.

Der vil blive foretaget en løbende vurdering af det juridiske indhold og de samfunds- og konkurrencemæssige hensyn, som kan ligge bag udformningen af art. 12. Her findes det relevant at udpege, hvornår og om artiklen lever op til EU-Kommissionens formål, samt hvilke dele af art. 12, som henholdsvis flugter eller afviger fra den linje, EU-Domstolen tidligere har anlagt. Vurderingen leder således hen til en diskussion af art. 12 og dens fremtidige anvendelse.

### 1.3 Afgrænsning

Neden for følger to afsnit med en begrundet afgrænsning af afhandlingens spændvidde. Dette sker for at sikre en passende behandlingsdybde af afhandlingens problemfelter.

#### 1.3.1 Juridisk afgrænsning

Afhandlingen tager sit udgangspunkt i udbudsdirektivet. Dette regelsæt danner rammen for vurderingen af, om der er tale om en offentlig kontrakt, og hvornår denne skal udbydes. Direktivets art. 2, stk. 1 nr. 5 fastslår her hvad, der forstås ved en gensidig bebyrdende kontrakt: "*Gensidige bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder...*" En ordregivende myndighed er efter udbudsdirektivet, som udgangspunkt forpligtet til at udbyde opgaven forinden indgåelsen af en gensidig bebyrdende kontrakt. Her forudsættes, at værdien af kontrakten mindst svarer til direktivets artikel 4's angivne tærskelværdier, samt at anskaffelsen ikke er omfattet af særlige undtagelser fra udbudsreglerne.

En af disse undtagelser findes i direktivets art. 12, hvilket afhandlingen hovedsageligt vil benytte til at vurdere grænserne mellem in house- og ex house-produktion. Artiklen fastsætter rammerne for tildeling af kontrakter mellem offentlige organisationer, hermed menes en in house-tildeling. Yderligere inddrager afhandlingen ikke de særlige udbudsregler, som gælder for centrale indkøbsorganisationer samt reglerne for offentlig privat partnerskab. Ej heller vil der blive differentieret mellem de forskellige typer af private virksomheder, som kan blive tildelt en offentlig in house-kontrakt. Afhandlingens hovedfokus vil således være på de betingelser og kriterier, der gælder for udbudsdirektivets art. 12 i situationer, hvor der er tale om aftaler mellem i princippet selvstændige juridiske personer.

Den retspraksis, som berøres i afhandlingen er udvalgt på baggrund af EU-Domstolens tidligere behandling af spørgsmål om hvorvidt offentlige kontrakter mellem selvstændige ordregivende myndigheder kunne anses som værende in house.

#### 1.3.2 Økonomisk afgrænsning

Direktivets regler bygger ikke udelukkende på juridiske overvejelser, men også økonomiske. Litteraturen er fyldt med brugbare økonomiske betragtninger og argumenter omkring det offentliges allokering af deres ressourcer. Denne afhandling afgrænses derfor til at vurdere den samfundsøkonomiske nytte gennem anvendelse af udvalgte teorier med uensartede synspunkter på, hvornår og hvorfor en offentlig kontrakt bør udliciteres eller forblive in house. Afhandlingens økonomiske overvejelser vil derfor behandle de forhold, som påvirker en offentlige aktør til at vælge enten egenproduktion eller udlicitering, herunder hvordan art. 12 påvirker denne beslutning.

Samtidig vil der opstilles modsatrettede argumenter for økonomiske incitament og overvejelser bag konstruktionen af de samarbejdsformer, som art. 12 tillader.

Afhandlingen vil ikke tage højde for, hvilken selskabsform den ikke-offentlige kontraktmodtagende part besidder under og efter tildelingen af en in house-kontrakt.

## 1.4 Teoretisk tilgang og metode

Afhandlingen er primært inspireret af den retsdogmatiske metodetilgang, hvilket skal forstås som et redskab til fortolkning af den juridiske metode. Formålet med denne er at udlede gældende ret gennem analyse og systematisering af alle relevante retskilder på området.<sup>5</sup> Den retsdogmatiske metodetilgang bidrager derfor til, at retskilderne behandles med respekt for deres retskildemæssige værdi. Igennem afhandlingen vil disse relevante retskilder blive anvendt med øje for det eksisterende retskildehierarki. Udgangspunktet vil være i relation til, hvordan den udbudsretlige retstilstand er for kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor. Dette indebærer en undersøgelse af gældende ret vedrørende in house-begrebet i forbindelse med offentlige udbud. Anvendelsen af den retsdogmatiske metode sker derfor med henblik på, at opnå en saglig og objektiv fortolkning af det valgte kildemateriale.

Afhandlingen finder sit klare udgangspunkt i EU-retlige regler, som bygger på en metode tilpasset de EU-retlige krav.<sup>6</sup> Det betyder, at fortolkningen af en tekst sker ud fra dens ordlyd og i dens rette sammenhæng.<sup>7</sup> EU-rettens karakter er samtidig af en særlig retsorden, hvor EU-traktaterne har etableret en kompetence til at lovgive med bindende virkning for medlemsstaterne.<sup>8</sup> I denne specifikke afhandling tages der udgangspunkt i et EU-retligt direktiv, hvilket er bindende for enhver medlemsstat, men det overlades til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.<sup>9</sup> I kraft af, at afhandlingen adresserer et retsområde, som stadig er præget af retlig usikkerhed, grundet direktivets nylige vedtagelse, vil analysen i nogen grad inddrage lavere rangerede retskilder. Dog vil størstedelen af afhandlingen finde sit belæg i lovregulering og retspraksis.

Koblingen mellem juridiske regler og økonomisk teori ses ofte at forekomme. Økonomiske overvejelser kan figurere såvel implicit som eksplicit i regeldannelsen.<sup>10</sup> Udbudsdirektivets fremkomst og dets betragtninger afspejler i al tydelighed dette sammenspil. Her fremgår det, at offentlige indkøb skal være åben for konkurrence for at sikre, at anvendelsen af offentlige midler sker effektivt. I direktivet indgår der således elementer af økonomisk metode i form af netop økonomiske betragtninger. Sådanne økonomiske overvejelser benyttes til at analysere det potentiale art. 12 har i form af sit omfang. Dette holdes i nærværende afhandling op imod de samfundsøkonomiske forhold, der skaber økonomisk vækst og innovation.

I forbindelse med afhandlingens undersøgelse af konkurrenceforvridende faktorer, beslutningsmæssige afvejninger og offentlige opgavers konkurrencemæssige effekt, anvendes økonomisk teori. Her tages udgangspunkt i en mikroøkonomisk metode, som er et studie af, hvordan enkeltindivider virker på et marked. Kernen i denne standardøkonomiske tilgangsvinkel findes i antagelsen, om spillet mellem de enkelte agents økonomiske ageren i et samfund. Betydningen heraf er, at der ud fra de opstillede præmisser kan konstateres en given økonomisk adfærd på mikroniveau. Den valgte teori understøtter i høj grad genstandsfeltet for industriel organisering, hvor virksomheders profit afhænger af deres effektivitet.<sup>11</sup> Offentlige organers købekraft gør, at de ligeledes fungerer som aktører på det åbne marked. Således vil mikroøkonomiske overvejelser i en industri være væsentlige at inddrage, når offentlige organer skal beslutte, om de vil udbyde en offentlig opgave.

## 1.5 Struktur

Afhandlingen er opdelt i fire kapitler, hvor dette afsnit er en del af første kapitel.

Kapitel 1 har til formål, at introducere rammerne for afhandlingens genstandsområde, samt danne et grundlag for læsningen af de følgende kapitler. Der er ligeledes blevet redegjort for metodevalget. Kapitlerne 2 og 3 gennemgår og analyserer de juridiske og økonomiske problemstillinger i relation til problemformuleringen. Kapitlerne har hver deres udgangspunkt, hvor kapitel 2 analyserer de juridiske

<sup>5</sup> Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder og retsteorier*, 3. udgave 2011, side 32

<sup>6</sup> Grith S. Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, 1. udgave 2015, side 30

<sup>7</sup> C-283/81, *CLIFIT*, præmis 20

<sup>8</sup> Karsten E. Sørensen, Poul R. Nielsen og Jens H. Danielsen, *EU Retten*, 6. udgave 2014, side 94

<sup>9</sup> *Traktaten om Den Europæiske Funktionsmåde*, art. 288

<sup>10</sup> Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder og retsteorier*, 3. udgave 2011, side 446

<sup>11</sup> John L., John O.S.W., John G., *Industrial organization*, 4. Udgave, 2013, side 4

aspekter af art. 12 og kapitel 3 har blik for artiklens påvirkning af samfundsøkonomien. Der vil dog i begge kapitler forekomme krydsreferencer til hinandens afsnit. Formålet er både at illustrere deres afhængighed, men også for at skabe dybde i afhandlingen. Kapitel 4 vil fungere som afhandlingens konklusion, hvor de løbende overvejelser og fund vil blive sammenholdt.

## 2 Kapitel – Udbudsdirektivets art. 12's juridiske anvendelsesområde

I udbudsdirektivet foreligger der ikke nogen generel forpligtigelse for offentlige myndigheder til at udbyde deres indkøb. Direktivet bestemmer ikke om myndigheden skal udbyde opgaven, eller om den selv varetager udførelsen. I tilfælde af, at visse betingelser er opfyldt, har ordregivende myndigheder dog pligt til at udbyde en opgave.

### 2.1 Introduktion af in house-begrebet

Udbudsdirektivet er et regelsæt, der regulerer ordregivende myndigheders indgåelse af offentlige kontrakter. Direktivets bestemmelser aktiveres, når den ordregivende myndighed vurderer, at det mest fordelagtige vil være at købe fra det åbne marked. Vælges der derimod fra myndighedens side, at de selv kan håndtere ydelsen, vil de ikke være forpligtigede til at sende kontrakten i udbud. Reguleringen sker derfor først, når en offentlig myndighed vælger at købe fra markedet.

Udgangspunktet for anvendelsen af direktivet bygger på, at en myndighed ikke kan indgå en gensidig bebyrdende aftale med sig selv. Således vil en anvendelse af egne ydelser og kompetencer, ”in house-leverancer”, ikke være omfattet af udbudsdirektivet. Når disse ydelser udføres af den ordregivende myndighed selv, vil anskaffelsen kategoriseres som faldende uden for udbudsdirektivets anvendelsesområde. Traktatens andre principper om ligebehandling og gennemsigtighed med videre finder ej heller anvendelse i en sådan situation.<sup>12</sup> Rækkevidden af in house-leverancer har gennem retspraksis vist, at kunne strække sig til samarbejder med selvstændige juridiske personer, både på samme og forskelligt organisatorisk niveau.

In house-begrebet blev før dette direktivs ikrafttrædelse udviklet gennem EU-Domstolen. Med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelsen af direktiv 2004/18/EF, er en ny art. 12 blevet implementeret. Netop denne artikel dækker over: ”*Offentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor*”, hvorfor begrebet in house nu positivt er tilføjet udbudsdirektivets regelsæt. Da denne artikel i høj grad er et produkt af EU-Domstolens udvikling af in house-begrebet, vil det være væsentligt at foretage en undersøgelse af foreneligheden mellem direktivet og den tidligere praksis. Det er især centralt, da begrebet gennem art. 12 så at sige har taget et skridt op af den juridiske og lovmæssige stige – fra retspraksis til regulering. Betydningen af dette er blandt andet, at in house ikke længere i samme grad skal støtte sig op ad retspraksis, men nu skal tage sit udgangspunkt i art. 12.

Interessant er det, at undersøge in house-begrebets spændvidde og dens overensstemmelse med tidligere retspraksis, samt potentielle fremtidige tvivlsspørgsmål. Til at vurdere dette vil artiklens ordlyd blive sammenholdt med tidligere retspraksis, for at skabe et overblik over hvilke elementer der er relevante i bedømmelsen af en eventuel in house-leverance.

#### 2.1.1 Generelt om in house-begrebet

Konsekvensen af tilfælde, hvor der indgås en aftale mellem to afdelinger inden for samme juridiske enhed er, at der ikke foreligger en udbudspligtig aftale i udbudsdirektivets forstand.<sup>13</sup> EU-retten begrænser der med ikke de offentlige myndigheders frihed til selv at løse de opgaver, som påhviler dem i forbindelse med imødekomme af almenhedens behov.

I forbindelse med offentlige indkøb har EU-Domstolen tilladt, at eksterne aftaler om varetagelse af en given opgave også kan falde uden for udbudsdirektivets anvendelsesområde grundet in house. Denne

<sup>12</sup> C-458/03, Parking Brixen GmbH, præmis 61

<sup>13</sup> Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret*, 1. udgave 2011, side 76

mulighed fremkom efter *Teckal-dommen*<sup>14</sup>, der banede vejen for en bredere rækkevidde for in house-reglerne, end den traditionelle snævre fortolkning gav.<sup>15</sup> Sondringen af om aftalen er omfattet af in house-begrebet, kan derfor både opfyldes når der er tale om en "aftaleindgåelse" inden for samme retssubjekt (traditionel in house), eller hvis der tildeles en kontrakt direkte mellem særskilte juridiske enheder (udvidet in house). En sådan aftaleindgåelse kan falde uden for direktivets anvendelsesområde grundet in house, på baggrund af både vertikale eller horisontale samarbejder. Ved begge samarbejdsformer forstås aftaler indgået mellem selvstændige juridiske personer.

#### 2.1.1.1 *Det udvidede in house-begreb*

I tilfælde af at der er tale om en kontrakt mellem to selvstændige juridiske personer, er det derfor relevant at se på det udvidede in house-begreb.<sup>16+17</sup> Det væsentlige spørgsmål er, hvornår en sådan aftale kan falde uden for direktivets anvendelsesområde for offentlige indkøb med begrundelse i reglen om in house i art. 12. Den tidligere domspraksis og den nu lovregulerede art. 12 åbner op for denne mulighed, og kortlægger derfor hvad der skal forstås, som henholdsvis in house og ex house aftaler. Essensen af artiklen er dens stillingtagen til netop, hvornår en tildeling af en offentlig kontrakt kan falde uden for EU-lovgivningens anvendelsesområde, til trods for at der er tale om en kontrakt mellem selvstændige juridiske personer.

I præambelens betragtning 31 fastslås det dog, at udgangspunktet i det nye udbudsdirektiv ikke er at give carte blanche til brugen af in house, selvom der er tale om en aftale mellem eksempelvis to myndigheder: *at den kendsgerning, at begge aftaleparter selv er offentlige myndigheder, udelukker ikke i sig selv anvendelsen af reglerne om udbud*.<sup>18</sup> Det er imidlertid ikke hensigten, at reglerne skal indvirke på friheden for de offentlige myndigheder til at udføre de arbejdsopgaver, som de har fået pålagt. Ovenstående udgangspunkt bekræfter i høj grad EU-Domstolens tidligere afgørelser om handlende offentligt samarbejde. Mulighederne for, om der kan kontraheres med en anden myndighed uden at følge direktivets regler, er i et vidt omfang en kodificering af EU-Domstolens tidligere praksis.

EU-Domstolen anerkendte i *Teckal-dommen*<sup>19</sup> at en juridisk uafhængig person stiftet af kommuner, kan være en så integreret del af den ordregivende myndighed, at der lovligt kunne ske direkte tildeling af en kontrakt. Tildeles en sådan kontrakt til en selvstændig, men offentlig ejet enhed, skal henholdsvis kontrolkriteriet og virksomhedskriteriet opfyldes for at opgaveudførelsen kan tildeles in house (*vertikalt samarbejde*).

I *Hamburg-dommen*<sup>20</sup> bekræfter EU-Domstolen, at offentlig-offentlig samarbejder ikke kræver, at ordregivende myndigheder anvender en særlig retlig form for at sikre en sådan opgaveudførelse. Således er kontrollen med de andre enheder ikke nødvendigvis et afgørende element. Der kan på den baggrund også etableres et samarbejde, hvis dette vedrører aftaler med det formål at sikre levering af offentlige tjenester, som de skal udøve. Direktivet tillader derfor, at en varetagelse af en given opgave kan falde uden for dens anvendelsesområde, når offentlige myndigheder på samme niveau samarbejder (*horisontalt samarbejde*).

Betingelserne for in house-leverancer og vurderingen af, om de er udbudspligtige, hviler typisk på de to ovenstående samarbejder.

---

<sup>14</sup> C-107/98, Teckal

<sup>15</sup> Før Teckal-dommen, var det ikke klart, at to selvstændige juridiske personer kunne indgå en in house-kontrakt

<sup>16</sup> Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret*, 1. udgave 2011, side 77

<sup>17</sup> Det udvidede in house-begreb, er en udvidelse af en klassisk in house-leverance, som foreligger, når der mellem to afdelinger inden for samme juridiske enhed indgås en "aftale".

<sup>18</sup> Direktiv 2014/24/EU, præambelens betragtning 31

<sup>19</sup> C-107/98, Teckal

<sup>20</sup> C-480/06 Stadtreinigung Hamburg, præmis 47

## 2.2 Udbudsdirektivets indvirkning på in house-begrebet

Indholdet af direktivets art. 12 om offentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor er i høj grad en kodificering af det domstolsskabte in house-begreb. Spørgsmålet om, under hvilke omstændigheder offentlige enheder kan kontrahere med hinanden, uden at blive omfattet af udbudsdirektivets regler vil neden for blive analyseret.

### 2.2.1 Introduktion til artikel 12

Direktivets art. 12's overordnede anvendelsesområde dækker over ”*Offentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor*”, også mere populært kaldet in house-reglerne. Disse regler vil således regulere den fremtidige praksis på området og in house vil fremadrettet skulle tage sit udgangspunkt i en fortolkning af art. 12. Omfanget af artiklen vil systematisk blive gennemgået for at udpege, hvor der er tale om eventuelle ændringer eller nyskabelser i forhold til kendt praksis.

I og med at art. 12 i høj grad bruger tidligere domspraksis til at bestemme anvendelsesområdet – i visse tilfælde ses en tæt på direkte kodificering af denne praksis – vil art. 12's ordlyd blandt andet blive fortolket ud fra disse domme. Dette vil give en ide om reglernes udformning. Dommene vil også kunne bruges, som et relevant fortolkningsredskab, da der her gives konkrete eksempler på nogle af de begreber, som anvendes i art. 12's ordlyd. Yderligere vil art. 12's eventuelle afvigelser fra retspraksis kunne udpeges og kritisk diskuteres.

#### 2.2.1.1 Vertikale samarbejder

Med afsæt i retspraksis vil dette underkapitel fokusere på de to vurderingskriterier for vertikal samarbejde: ”*kontrolkriteriet*” og ”*virksomhedskriteriet*”.<sup>21</sup> Disse har dannet grobund for vurderingen af in house-begrebet. Kriterierne begrænser muligheden for at tildele kontrakter som in house-kontrakter. De skal læses kumulative, hvorfor begge skal være opfyldt, hvis en kontrakttildelelse skal kunne betragtes som en in house-aftale. Den løbende præcisering har over tid givet en stadig mere nuanceret afklaring af hvad kriterierne dækker over. Deres omfang er gennem nyere domme, og nu lovgivning yderligere blevet defineret.

Af *Teckal-dommens* præmis 50 fremkom disse to kriterier:

1. Den ordregivende myndighed underkaster den pågældende virksomhed en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene (kontrolkriteriet).
2. Den pågældende juridiske person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af (virksomhedskriteriet).

Kriterierne udtrykker der med ideen om den tilladelige (u)afhængighedsgrad. EU-Domstolen ville med de to kriterier sikre, at den selvstændige juridiske enhed svarer til en intern enhed. Dette er opfyldt når blandt andet virksomhedens beslutningskompetencer, samt varetagelse af opgaver og økonomi er knyttet til den ordregivende myndighed. Kriterierne skal fortolkes strengt, da in house er en undtagelse til udbudsdirektivet.<sup>22</sup>

Begge kriterier kan fremstå upræcise, hvorfor de i deres blotte formulering kan fortolkes, hvilket skaber usikkerhed. Efter *Teckal-dommen* er EU-Domstolen i flere henseender blevet konfronteret med dette og har derfor skulle tage stilling til in house-begrebet mange gange siden hen. Eksempelvis kan der opstå situationer, hvor en myndighed har kontrol over flere offentlige organer. Disse kontrollerede enheder har ret beset ingen direkte kontrol over hinanden. Til trods for det, hjemler art. 12 en in house-tildeling fra den ene kontrollerede enhed til den anden kontrollerede enhed. Det skyldes deres fælles ordregivende myndighed, som kontrollerer begge enhederne. Med andre ord er det muligt for et horisontalt samarbejde, som bygger på kontrol eksempelvis når to datterselskaber direkte tildeler opgaver til hinanden.

---

<sup>21</sup> C-107/98, *Teckal*, præmis 50

<sup>22</sup> C-410/04, *ANAV*, præmis 26

Essensen af vertikal samarbejder, er, at den selvstændige juridiske person, der får tildelt kontrakten skal være tæt knyttet til den kontrollerende ordregivende person, både hvad angår beslutningskompetencen og enhedens aktivitet.

### 2.2.1.2 Horisontale samarbejder

Et horisontalt samarbejde kan som nævnt falde uden for direktivets anvendelsesområde. Der er i *Hamburg-dommen*<sup>23</sup> taget stilling til, og accepteret at en kontraktuel samarbejdsaftale mellem juridiske personer på samme organisatoriske niveau kan falde uden for direktivets anvendelsesområde. Der er stadig en del usikkerhed om betingelserne for horisontale samarbejder, men det er forfatterens overbevisning, at karakteren af kontrakten er det springende punkt. Sådanne kontrakter er ikke omfattet af direktivets regler, til trods for at ingen af de juridiske personer fører nogen form for kontrol med samarbejdspartneren, der kan anses for at ligne den kontrol de fører med deres egne tjenestegrene.<sup>24</sup> Af dommen fremgår det, at de juridiske personer i fællesskab ikke fører den nødvendige og tilstrækkelige kontrol, men alligevel kan in house-undtagelsen gøres gældende, grundet samarbejdets art.

Hvorledes horisontale kontrakter er inkorporeret i art. 12 vil blive beskrevet dybere i løbet af afhandlingen.

### 2.2.2 Individuel vertikal kontrol – art. 12, stk. 1

I relation til art. 12, stk. 1 hedder det, at en offentlig kontrakt, som en offentlig myndighed tildeler en privatretlig eller offentlig juridisk person, falder uden for direktivets anvendelsesområde, når visse betingelser er opfyldt. Artiklen fastsætter således de overordnede karakteristika som gør, at kontrakten falder uden for direktivets anvendelsesområde. Samtidig præciserer et underafsnit til artiklen endvidere, hvilke parametre kontrol skal vurderes ud fra.

Udformningen af kravene for individuel og reguler vertikal kontrol korresponderer i høj grad med den linje, som EU-Domstolen har lagt gennem sin tidligere domspraksis. Det er derfor relevant, at vurdere karakteren og rækkevidden af artiklen, dens underpunkter og præambelens betragtninger. Dette gøres med fortolkningsbidrag fra retspraksis for på den måde at kunne diskutere afvigelser, ligheder og artiklens faktiske indhold.

#### 2.2.2.1 Art. 12, stk. 1's titel

Indledningsvis bør der ses på hvad artiklen faktisk omfatter eller rettere, hvad den ikke omfatter. Art. 12, stk. 1 beskriver hvilke kontrakter der *falder uden for* direktivets anvendelsesområde, i stedet for at formulere det som en faktisk undtagelse, eksempelvis med "*skal undtages*".

I kraft af at in house er blevet kategoriseret som en undtagelse til udbudsdirektivet, må spørgsmålet nødvendigvis være, om den tidligere praksis der var udtryk for en restriktiv fortolkning af in house-reglerne, stadig er gældende eller om direktivets formulering åbner op for en mindre restriktiv fortolkning?<sup>25</sup>

Ser man først på art. 12's titel "offentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor" giver ordlyden mening, da kontrakten falder uden for selve udbudspligten, men ikke nødvendigvis selve kontraktbegrebet. Artiklens titel betyder, at kontrakter af denne art ikke falder uden for konceptet af "en offentlig kontrakt", men begrænser rækkevidden for direktivets anvendelsesområde. Denne betragtning stemmer også overens med princippet om, at sådanne interne kontrakttildelinger også falder uden for EUF-Traktatens almindelige regler.<sup>26</sup> Således er der ræson i formuleringen, der alene er en undtagelse til udbudspligten og ikke en undtagelse til det udbudsretlige kontraktbegreb.

<sup>23</sup> C-480/06, Stadtreinigung Hamburg

<sup>24</sup> Ibid. præmis 34

<sup>25</sup> Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret*, 1. udgave 2011, side 79

<sup>26</sup> C-26/03 Stadt Halle, præmis 48

Yderligere fastslår artiklen også, at karakteren af den juridiske person, som får tildelt kontrakten er uden betydning. Her menes at den modtagende enhed gerne må udgøre et kapitalsselskab og altså have offentligretlig eller privatretlig karakter, hvilket er på linje med tidligere retspraksis.<sup>27</sup>

#### 2.2.2.2 Kontrolkriteriet

Art. 12, stk. 1, litra a fremhæver overordnet, hvilken form for kontrol en ordregivende myndighed skal have med en pågældende juridisk person for at udbudspligten kan undtages. Her synes *Teckal-dommens* kontrolbetingelse at være kodificeret. Kontrollen skal være svarende til den, som føres med sine egne tjenestegrene, hvilket stadig må anses for at være et forholdsvist upræcist begreb. Derfor vil der blive dykket ned i de centrale domme, for at vurdere litra a's egentlige omfang.

I artiklen inkorporeres også en sætning, som besvarer spørgsmålet om, hvordan indirekte kontrol via et mellemlid eksempelvis (fra "bedstemor" til "barnebarn") kan lade sig gøre. Direktivet understreger at: "*En sådan kontrol kan også foretages af en anden juridisk person, der selv kontrolleres på samme måde af den ordregivende myndighed*". Det bekræftes der med, at det er muligt at springe et led over i den vertikale kæde, hvorfor ordregiver indirekte kan eje en in house-enhed gennem en af dens andre in house-enheder og stadig opfylde kontrolkriteriet. Derfor må artiklens ordlyd også hjemle en tildelelse endnu længere ude i organisationskæden end blot til et "barnebarn", så længe denne kontrolleres på samme måde af den ordregivende myndighed.

Det fremgår yderligere af artiklen, at kontrol vurderes ud fra, om der udøves en bestemmende indflydelse på både strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i den kontrollerede juridiske person. Dette må siges at være en kodificering af forslaget til *Stadt Halle-dommen*<sup>28</sup> og afgørelsen i *Parking Brixen-dommen*<sup>29</sup>. I sidstnævnte dom valgte Domstolen at efterse samtlige elementer i sagen, og på det grundlag bestemme, om der eksisterede en tilsvarende kontrol. Bedømmelsen af kontrol skal derfor vurderes ud fra samtlige relevante betragtninger.<sup>30</sup> I dommens præmis 67-69 uddybes det, at in house-enhedens bestyrelse havde en omfattende fuldmagt til driften af selskabet, blandt andet gennem en fuldmagt til at forestå alle handlinger for opnåelse af selskabets formål. Til trods for, at kommunen kunne udpege flertallet i in house-enhedens bestyrelse, var den faktiske kontrol tvivlsom, og derfor ikke tilstrækkelig i og med flertallet kun gav en kontrol, som flertallet af deltagerne i henhold til selskabsretten har. I tilknytning til dette fandt *Carbotermo-dommens* præmis 37 også, at besiddelsen af kapital i et kontraherende selskab kun tyder på udøvelse af kontrol, hvilket således ikke kan siges at være en afgørende indikator for bestemmende indflydelse. I forlængelse heraf kan det derfor siges, at en kontrol over en anden enhed, som kun består af de beføjelser, som selskabsretten giver, ikke alene er tilstrækkelig. I *Parking Brixen-dommen* lagde EU-Domstolen især vægt på den brede handlefrihed og administrativ virkekraft bestyrelsen havde.<sup>31</sup> Dette element gentages i *Carbotermo-dommen*, hvor den administrative dag-til-dag forvaltning af det ordremodtagende organ var signifikant for vurderingen af kontrol.<sup>32</sup> Yderligere kan påpeges, at kontrol derfor ikke er givet, til trods for at kapitalen udelukkende stammer fra offentlige enheder. Kontrol er ifølge *Econord-dommen* tilstrækkelig, når den ordregivende enhed udøver en effektiv strukturel og funktionel kontrol,<sup>33</sup> samtidig skal ordregivende myndighed spille en rolle i beslutningsorganerne.<sup>34</sup> I *Sea-dommens* verificering af tilsvarende kontrol stod og faldt det i høj graden på den uafhængighed en selvstændig enhed har.<sup>35</sup>

Det synes med ovenstående gennemgang væsentligt, at medtage den ordregivende myndigheds kontrolmekanismer til vurdering af kontrol.

<sup>27</sup> C-573/07, *Sea*, præmis 41 og C-410/04, *ANAV*, præmis 8

<sup>28</sup> Forslag til afgørelsen C-26/03, præmis 78

<sup>29</sup> C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, præmis 65

<sup>30</sup> *Ibid.* præmis 65

<sup>31</sup> C-458/03, *Parking Brixen*, præmis 68

<sup>32</sup> C-340/04, *Carbotermo*, præmis 38

<sup>33</sup> C-182/11, *Econord SpA*, præmis 27

<sup>34</sup> *Ibid.* præmis 33

<sup>35</sup> C-573/07, *Sea*, præmis 81-89

At en enhed besidder en vis handlefrihed udelukker dog ikke muligheden for, at en ordregivende myndighed kan tildele denne enhed en kontrakt direkte. I *Sea-dommen*, hvor den kontraktmæssige status gjorde kontrollen usikker, blev den geografiske og faktiske rækkevidde for in house-enheden undersøgt.<sup>36</sup> Dette blev gjort for at vurdere om selskabet, trods at det var fuld ud offentlig ejet, var markedsorienteret. Samme doms præmis 74-76 understregede herefter, at enhedens formål og dens aktivitet var begrænset til netop et geografiske område, hvilket taler for at kontrollen var tilstrækkelig. Dette var netop nogle af punkterne, som kunne siges ikke at være opfyldt i *Parking Brixen-dommen*, hvorfor en indskrænket handlefrihed inden for et geografisk område kan være en indikator for den nødvendige kontrol. *Coditel-dommen* gør det klart, at administrativ handlefrihed fra bestyrelsen ikke automatisk umuliggør en in house-tildeling.<sup>37</sup> Enhedens formål er også et centralt element. Hvis den kontrollerede enheds mål bestræber sig på at forfølge de samme interesser som den ordregivende myndighed, så vil enheden ikke anses for at være markedsorienteret. Ved vertikale samarbejder, som kun sigter mod sådanne interesser, må det antageligvis findes, at denne enhed ikke er uafhængig af den ordregivende myndighed.

I *Piepenbrock-dommen*<sup>38</sup> blev det yderligere gjort klart, at en kontrol med kun visse dele af aktiviteter foretaget af den kontrollerede enhed opfattes, som at stride mod idéen om fyldestgørende kontrol, hvilket blev slået fast i *Dantenlotsen-domme*.<sup>39</sup> I forslaget til dommen udledes det da også, at kontrol skal omfatte alle aktiviteter hos den kontraherende enhed, og kan derfor ikke blot begrænses gennem en segmentering af aktiviteterne.<sup>40</sup> Her ligger øjensynligt også en betragtning om at kontrol skal være strukturel og funktionel.

Der har gennem tiden været en vis usikkerhed omkring hvilke selskabsformer, der potentielt kunne svække den fornødne kontrol, hvilket eksempelvis holdingselskaber øjensynligt gør. Her refererer *Carbotermo-dommens*<sup>41</sup> direkte til at en "sådan" mellemmand, underforstået, at holdingselskab som selskabsform kan svække ordgivers kontrol. Ligeledes fremhæver *Coditel-dommen*,<sup>42</sup> at selskabsformen kan være en indikator for, om in house-enheden har den fornødne kontrol, og om sådanne omstændigheder kan svække ordregivers strategiske beslutninger. Heraf kan man udlede fra dommen, at indirekte kontrol stadig kan være omfattet in house-begrebet, hvilket udbudsdirektivet med denne artikel bekræfter. Vurderingen af, hvor langt ude i organisationskæden, der kan tildeles en kontrakt mellem enheder, som kontrolleres af samme moderenhed må nødvendigvis stadig bygge på *Teckal-kriterierne*. *Carbotermo-dommens* præmis 39, har gjort det klart, at EU-Domstolen er opmærksom på, at indirekte ejerskabskonstellationer svækker kontrollen, hvorfor rækkevidden af sådanne tildelinger i et vist omfang må være begrænset.

### 2.2.2.3 Aktivitetskriteriet

Et krav til om en direkte tildeling af en kontrakt kan anses som in house er, at den kontrollerede enhed minimum udfører 80 % af sine aktiviteter i forbindelse med udførelsen af de tildelte opgaver. Dette krav kan ses som et værn mod, at konkurrencen på de markeder, hvor in house-enheden agerer i fordrejes. Formålet er derfor, både at sikre konkurrencen på markedet og samtidig bevare enhedens handlefrihed.<sup>43</sup> Aktivitetskriteriet ses at være inkorporeret gennem litra b, hvor det kræves, at mere end 80 % af aktiviteterne i den kontrollerende juridiske person er tilknyttet kontrakter med den ordregivende myndighed. Aktivitet skal måles i forhold til art. 12, stk. 5. Med denne sammenkobling bliver der både givet svar på - og der med mere sikkerhed om - hvornår dette kriterium er opfyldt.

At 80 % af aktiviteterne nu er slået fast, og således fungerer som en målbar grænse, kan med rette siges, at betyde en større juridisk sikkerhed. Sikkerheden ligger i, at "... hovedparten af sin virksomhed" fra *Teckal-dommen* nu er defineret i faktisk lovtekst, og fastslår, at hovedparten ikke blot er

<sup>36</sup> Ibid. præmis 73

<sup>37</sup> C-324/07, Coditel Brabant, præmis 37-39

<sup>38</sup> C-386/11, Piepenbrock, præmis 34-35

<sup>39</sup> C-15/13, Dantenlotsen, præmis 32

<sup>40</sup> Forslag til C-15/13, Dantenlotsen, pkt. 71

<sup>41</sup> C-340/04, Carbotermo, præmis 39

<sup>42</sup> C-324/07, Coditel Brabant, præmis 37

<sup>43</sup> C-340/04, Carbotermo, præmis 59-61

mere end halvdelen. Senere domme har da også vist, at hovedparten nærmere skulle ses som den klare overvægt, dog uden at der helt konkret er blevet sat et tal på, hvilket art. 12 gør. EU-Kommissionen anbefalede i sit forarbejde<sup>44</sup>, at procentdelen burde være 90 % med begrundelse i *Asemfo-dommen*<sup>45</sup>. I denne dom fandt Domstolen, at udførelse af opgaver for omkring 10 % for andre end ejerne, var en så lille andel, at virksomhedskriteriet stadig var opfyldt.

At art. 12, stk. 1 går videre end, hvad EU-Domstolen positivt gennem *Asemfo-dommen* havde bekræftet kunne opfylde aktivitetskriteriet, medfører at de kontrollerede selskaber har mulighed for en større selvstændig markedsaktivitet, end hvad EU-Kommissionen foreslog. At følge grænsen på de 80 %, som øjensynligt stammer fra *Carbotermo-dommen*, kan vække en smule undren. Forundringen skyldes, at EU-Domstolen tidligere har taget direkte afstand fra, at kunne udvide art. 23, stk. 3 (tidligere art. 13) i forsyningsdirektivet til andre direktiver. I *Carbotermo-dommens* præmis 55-57, bliver det eksplicit gjort klart, at der er tale om en undtagelsesbestemmelse til forsyningsdirektivet, og den derfor skulle fortolkes restriktivt, hvorfor den ikke uden videre kan overføres til andre direktiver. Alligevel blev enhedens selvstændige handlefrihed vægtet højest, og valget af 80 % i stedet for 90 % uafhængighed giver alt andet lige den kontrollerede enhed samt den kontrollerende enhed mere albuerum til at indrette sig.

Det er *Teckals* virksomhedskriterium, om "*hovedparten af sin virksomhed*" der baner vejen for opfattelsen af, at aktivitet der ikke udføres for den ordregivende myndighed gerne må finde sted så længe, den er af marginal karakter.<sup>46</sup> Eftersom litra b's krav om aktivitetsniveau tilsyneladende vurderes ud fra *Carbotermo-dommen* må dens uddybning af virksomhedskriteriet også tillægges værdi. Det understreges her, at alle de aktiviteter, en in house-enhed udfører, som en del af en kontrakt med den kontrollerende part skal medregnes. De vurderingsparametre der ligger bag udregningen af aktivitet findes både i art. 12, stk. 5, op til flere domme og bliver uddybet i *afsnit 2.2.6*.

Den accessoriske andel er vigtig at få belyst, da den kontrollerede virksomheds mulighed for at udføre aktivitet med andre end sin kontrollerende myndighed ikke er uvæsentlig. Med litra b opstår et potentiale for den kontrollerede virksomhed til at have en selvstændig markedsaktivitet, og det accepteres således, at den etablerer tilknytninger med andre formål end dem den kontrollerende virksomhed har.

Argumentationen for, at sideløbende aktivitet accepteres synes valid. Men et aktivitetsniveau på lige under de 20 % anses efter forfatterens mening, at være mere end blot accessorisk. At den kontrollerede virksomhed må sælge, hvad der svarer til næsten 20 % af sin aktivitet til andre formål, end hvad den fik tildelt in house af den kontrollerende ordregivende myndighed, synes markant og ikke marginalt. Samme holdning synes generaladvokat Mengozzi at anlægge, hvilket kommer til udtryk i hans stillingtagen til levering af ydelser, som ikke var med sin kontrollerende myndighed.<sup>47</sup> Uddybende finder han, at en femtedel af en enheds omsætning alene ud fra et kvantitativt synspunkt ikke kan defineres som marginalt.

Under 20 % må dog fra EU-lovgivers side være blevet vurderet til ikke at fordreje konkurrencen i en sådan grad, at man ikke vil acceptere det. Litra b's aktivitetskriterie er derfor med til at skabe en øget fleksibilitet for de offentlige enheder. Hvordan og i hvilken grad aktivitetskriteriet påvirker konkurrencen fremgår i *afsnit 3.2.2.2*.

#### 2.2.2.4 Privat kapitaldeltagelse

Det er især relevant, at vurdere betydningen af formuleringen om privat ejerskab art. 12, stk. 1, litra c, da den synes vidtrækkende i forhold til hvad der tidligere har været gældende. Interessen skyldes i høj grad, at in house-reglerne kan finde anvendelse, selvom der indgår private kapitalandele, hvilket må siges at være nye toner for, hvad in house-begrebet tidligere har omfattet. Godt nok specificerede *Teckal-dommen* ikke, hvilken form for kapital enheden måtte sammensættes af. Udgangspunktet har

<sup>44</sup> KOM(2011) 896, forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb s. 45

<sup>45</sup> C-295/05, *Asemfo*, præmis 63

<sup>46</sup> C-340/04, *Carbotermo*, præmis 63

<sup>47</sup> Forslag til C-574/12, *Centro Hospital* pkt. 62

dog været, at inddragelse af privat kapital ikke er forenelig med in house-betragtningen, nu er der tilføjet et *men* til dette.

EU-Domstolen har tidligere været meget berøringsangst, for selv den mindste indblanding eller mulighed for indblanding af privat karakter.<sup>48+49</sup> Domspraksis har derfor tidligere afvist muligheden for privat kapital i den kontrollerede enhed.<sup>50</sup> Det er blevet fastslået, at afvisningens rækkevidde også galt, selvom den kontrollerende enhed egenhændigt og uden hensyn til den private kapital traf beslutningerne.<sup>51</sup> Ligeledes fremkom det, at en ren kapital indsprøjtning af privat karakter, uden nogen form for operationel tilknytning i den kontrollerede enhed heller ikke kunne accepteres.<sup>52</sup> Således har retspraksis vist, at privat kapital umuliggør en tilsvarende kontrol, hvorfor *Teckals* første kriterium ikke fandtes at være opfyldt.

Som hovedregel skulle eksistensen af privat kapital i den ordremodtagende enhed, vurderes ud fra tidspunktet for selve tildelingen. Fremtidig åbenhed til anden kapital skulle derfor kun tages med i vurderingen, hvis der var en faktisk udsigt til en sådan åbning.<sup>53</sup> I henhold til dette må det skulle forstås, at den blotte teoretiske sandsynlighed for fremtidig privat deltagelse i en in house-enhed, ikke skulle underminere muligheden for direkte tildeling af en kontrakt. *Sea-dommens* præmis 53 viser, at efterfølgende privat deltagelse vil være en ændring af grundlæggende betingelser for tildelingen af kontrakten og forekommer dette, skal der afholdes et udbud.<sup>54</sup>

Med direktivets nye tilgangsvinkel vil det fremadrettet være muligt at tildele en offentlig kontrakt direkte, selvom der er privat kapitalandel i såvel den kontrollerede, som den kontrollerende juridiske enhed. I forbindelse med førstnævnte står det således eksplicit skrevet, nemlig at privat kapitalandel må være til stede, hvis den er ikkekontrollerende eller ikkeblokerende og krævet af national lov. Dette må derfor forstås sådan, at art. 12 kan finde anvendelse til trods for, at der indgår både direkte og indirekte private kapitalandele i en offentlig kontrakttildelelse. I forbindelse med privat kapitalandel i den kontrollerende enhed, kan der refereres direkte til i præambelens betragtning 32, hvor privat kapital accepteres, så længe det ikke skader konkurrencen mellem private økonomiske aktører.

Noget tyder på, at EU-Kommissionen er gået tilbage og har set på *Teckal-dommen* og de to grundlæggende kriterier, og vurderet at kontrolkriteriet faktisk kan være opfyldt, selvom der er privat minoritetsdeltagelse. En sådan anskuelse havde generaladvokat Stix-Hackl allerede i relation til *Stadt Halle-dommen*.<sup>55 +56</sup> Domstolen valgte dog dengang, at gå i den modsatte retning, da den betvivlede, at et sådant samarbejde kunne tage hensyn til offentligheden alene. Det skyldes at private selskaber, uanset myndighedens kontrolmuligheder, altid vil influere enheden mod særlige private, og således ikke offentlige interesser. Derfor kan retningskiftet fra EU-Domstolen betragtning også tolkes, som en form for indrømmelse af, at fortolkningen af *Teckals* kontrolkriterium i visse henseender har været for streng. På linje med dette, har Michael Steinicke tidligere stillet en skarp kritik af netop den snævre fortolkning fra EU-Domstolens praksis. Han fremhæver, at den tidligere fortolkning udhulede argumentet om, at det offentlige skal kunne organisere sig på en sådan måde, som giver de bedste muligheder for at løse de opgaver de bliver pålagt.<sup>57</sup> Adrian Brown finder også domsafsigelsen for uhenigtsmæssig ufleksibel, da en ganske ubetydelig privat kapital andel på en til to procent alene vil tjene som en ”*sleeping investment*”, hvorfor andelen ikke vil påvirke hverken kontrol eller indflydelse over den kontrollerede enhed.<sup>58</sup> Det ændrer dog ikke på, at retspraksis har været meget entydig omkring

<sup>48</sup> C-26/03, Stadt Halle, præmis 49-51

<sup>49</sup> C-215/09, Mehiläinen, præmis 32

<sup>50</sup> Rhodri Williams, public-public cooperation – Teckal in practice, P.P.L.R., 2015, side 3

<sup>51</sup> C-26/03, Stadt Halle, præmis 49

<sup>52</sup> Ibid. præmis 49

<sup>53</sup> C-573/07, Sea, præmis 53

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Forslag til C-26/03, Stadt Halle, pkt. 64-78

<sup>56</sup> Michael Steinicke, Den udbudsretlige in house-regel: en kritik af udviklingen i EF-Domsstolens praksis, 2009 side262

<sup>57</sup> Ibid. side 270

<sup>58</sup> Adrian Brown, A note on case C-26/03 Stadt Halle, P.P.L.R., 2005, side NA72

spørgsmålet om privat deltagelse. At den påståede in house-enhed drives af private organisationer uden gevinst for øje, har derfor også været udelukket fra muligheden for in house-tildeling.<sup>59</sup> Begrundelsen har været, at vedtægterne ikke sikrer, at sådanne organisationer afholder sig fra, at udøve økonomisk aktivitet med en privatretlig tankegang, hvorfor konkurrencen således kunne forvrides i forhold til andre økonomiske aktører. Her vil afhandlingens afsnit vedrørende spill-over effekter udpege konkrete eksempler på uhensigtsmæssige fordele, som private virksomheder kan opnå gennem en direkte tildeling til private aktører.

Det kan derfor tænkes, at Stix-Hackls betragtninger i forslaget til *Stadt Halle-dommen* om, at privat deltagelse ikke er en udelukkende faktor i vurderingen af kontrol, men i stedet et vurderingsparameter for fremtidig praksis.<sup>60</sup>

#### 2.2.2.4.1 Ikkekontrollerende og ikkeblokkerende former for privat deltagelse

At *Stadt Halle-dommens* terminologi nu i nogen grad fraviges, ses gennem den nationalt bestemte ikkekontrollerende og ikkeblokkerende private kapitaldeltagelse. Her kan det forventes, at kapital uden nogen vedhæftede rettigheder for fremtiden vil accepteres. Denne tankegang vil også i nogen grad kunne forenes med kontrolvurderingen i *Teckal-dommen*, hvor man godt kan forestille sig, at der forelægger en kontrol, hvis den private deltagelse ikke giver nogen egentlig indflydelse. Om art. 12, stk. 1, litra c går videre og åbner op, for en faktisk deltagelse er et yderst interessant spørgsmål. I forarbejderne til direktivets udformning og med den tidligere meget konservative holdning til privat deltagelse, kan alt andet end passiv indflydelse synes urealistisk. Omvendt er direktivets faktiske tekst noget mere liberal end forarbejdet og ”... ikke udøver en afgørende indflydelse...” må siges at kunne tolkes, som om den private aktør gerne må deltage. Således kan det tænkes, at den nationalt bestemte private kapital kan give adgang til udøvelse af områder, som ikke retter sig mod beslutninger, men eksempelvis mod drift. På den måde opnås der fagkundskab fra det private, men med beslutningskompetencen bibeholdt hos ordregiver. Inddrager man endnu en gang generaladvokat Stix-Hackls overvejelser til *Stadt Halle-dommen*, finder hun at tilsvarende kontrol kan finde sted trods privat minoritetsdeltagelse. Det kræver, at den kontrollerende myndighed har en omfattende kontrol med strategiske markedsbeslutninger samt enkelt beslutninger, som træffes af ledelsen.<sup>61</sup>

Den faktiske rækkevidde af ikkekontrollerende og ikkeblokkerende kontrol kan blandt andet få indflydelse på private selskabers lyst til overhovedet at deltage. Det forventelige motiv fra et selskab må oftest være, at det kan tilføre en form for komplementær operationel kompetence, som både det offentlige og den private virksomhed kan have gavn af. Den samfundsøkonomiske effekt af dette afhænger derfor i høj grad af omfanget af disse to begreber, hvilket også vil blive diskuteret i *afsnit 3.2*.

At det i høj grad er op til medlemsstaterne at bestemme, hvornår deres nationale lovgivning fordrer privat kapital i den kontrollerede juridiske person, tyder også på at rammerne for private aktørers ageren i en sådan juridisk person kommer til at variere imellem medlemsstaterne. Harmoniseringen af art. 12 i medlemsstaterne synes derfor, at være begrænset af en skønsmæssig magtbeføjelse til medlemsstaterne. Dette kan skabe uensartet privat deltagelse, alt efter hvilken medlemsstat man befinder sig i. Det er derfor ikke usandsynligt, at medlemsstaterne afprøver forskellige samarbejdskonstruktioner til at identificere deres råderum. Myndighedernes forskelligartede tolkning af reglerne kan derfor bidrage til at skabe juridisk usikkerhed om art. 12's anvendelsesområde.

#### 2.2.2.5 Afrunding

Gennemgangen af artiklen afspejler de overvejelser, som retspraksis har taget i brug ved bedømmelse af vertikal kontrol. Samtidig pointerer afsnittet, hvor disse overvejelser enten fraviges eller er på linje med retspraksis. Hvilket fortolkningsmæssigt bidrag retspraksis vil have på fremtidige kendelser er i sagens natur uvis, men fordi artiklens struktur og rygrad findes i netop praksis, må bestemmelserne stadig være relevante.

<sup>59</sup> C-574/12, Centro Hospital og C-573/07 SEA

<sup>60</sup> Forslag til C-26/03, Stadt Halle, pkt. 96.2

<sup>61</sup> Ibid. pkt. 70 og 78

Opfyldelsen af individuel vertikal kontrol, hviler fortrinsvist på graden af den selvstændighed et datterselskab besidder, hvilket tydeliggøres gennem myndighedens eksisterende indflydelse. Umiddelbart måles denne på tre overordnede faktorer, nemlig: Kapitalsammensætningen, markedsorienterede interesser og kontrol over beslutningsprocessen. Faktorerne synes inkorporeret i artiklen og gensidigt afhængige. Yderligere synes art. 12, stk. 1 i visse tilfælde at anlægge en mere fleksibel anskuelse end EU-Domstolens praksis har gjort hidtil.

Det må med direktivet kunne konstateres, at der i fremtiden vil kunne udformes kontrakter med et miks af offentlige og private kapitalandele, som myndigheden frit kan vælge direkte at tildele til sit datterselskab eller endnu længere ned i værdikæden. Det konkluderes, at det er de nationale regler, der giver mulighed for, hvordan privat kapital kan indgå ved en tildeling af en in house-kontrakt. Her konkretiserer præambelens betragtning 32, hvilke former for offentlige organisationer der kunne tænkes at benytte sig af denne mulighed. Her nævnes *organisationer med ansvar for forvaltning eller udførelse af visse offentlige tjenesteydelser*. Omend denne formulering er bred, så er der i en vis grad taget stilling til, hvilke dele af offentligheden der kan bruge denne artikel.

Udgangspunktet for art. 12, stk. 1 og retspraksis synes overordnet, at være det samme. Betydningen af artiklen ses af ovenstående gennemgang, og må imidlertid flytte forståelsen af hvad der forstås ved en tilstrækkelig grad af kontrol over den eksterne enhed. Den tidligere afvisning af nogen form for privat deltagelse er nu blødt op. Muligheden for at få anerkendt en konstellation af både privat og offentlig deltagelse, forhindrer ikke længere myndigheden fra at have en tilsvarende kontrol, hvilket skaber en øget frihed for, hvem der kan indgås aftaler med og hvordan de gør det. I den sammenhæng vurderer *afsnit 3.2.1* hvilke private aktører, som eventuelt vil nyde godt af denne tilladelse. Her afvejes især SMV'ers mulighed for at komplettere offentlige organers in house-opgaveløsning.

Samtidig er niveauet af tilladt aktivitet med andre end den kontrollerende enhed relativt højt, i forhold til, hvad der kunne forventes. Art. 12, stk. 1, sidste led slår fast, at ordregivers kontrol kan eksistere også selvom ordregiver ikke direkte ejer enheden, men i stedet ejer enhedens moderselskab. Her strækkes in house-begrebet formodentlig videre end EU-Domstolen har tilladt.

### 2.2.3 Samarbejder i en horisontal og omvendt vertikal konstellation - art. 12, stk. 2

Artikel 12, stk. 2 fastslår, at betingelserne for at der kan være tale om in house også kan finde sted gennem en "bottom-up kontrakt". Her menes, at den kontrollerede enhed tildeler den kontrollerende enhed en kontrakt. Samtidig gives der også mulighed for, at der kan tildeles en kontrakt mellem søsterenheder, altså at der udformes en kontrakt mellem to in house-enheder, som kontrolleres af den samme moder.

I og med at horisontale og omvendt vertikale konstellationer har fået sin egen artikel, tyder det på at denne bør læses isoleret. Den oplister hovedsageligt art. 12, stk. 1, litra a's anvendelsesområde, dog med modificeringen af mulige tildelingsmetoder samt art. 12, stk. 1, litra c's krav om mængden af privat deltagelse. Således er der ikke eksplicit nævnt noget om art. 12, stk. 1, litra b's krav om aktivitetsniveauet, hvilket vækker underen. Janicke Wiggen finder opbygningen af underartiklen problematisk, da den skaber usikkerhed om, hvordan den skal forstås.<sup>62</sup> Forvirringen grunder i, at en særskilt læsning eksempelvis kan give det indtryk, at den ene kontrollerede enhed kan tildele en kontrakt direkte til sin søster, selvom søsterens aktivitet på et andet marked eksempelvis overstiger de 20 % fastsat i art. 12, stk. 1, litra b.

Forfatteren er dog af den overbevisning, at art. 12, stk. 2 med sin startfrase: "*Stk. 1 gælder også...*" (egen understregning) betyder, at art. 12, stk. 1's kriterier kan overføres til denne anden del af artiklen. Således må bestemmelserne sammenholdes, hvilket er ensbetydende med, at en tildeling fra den ene søster til den anden blandt andet kræver, at den modtagende søster ikke har en aktivitet på mere end lige under 20 % på et andet marked. Denne aktivitet må ligeledes skulle beregnes i forhold til den ordregivende myndighed og ikke søsterenheden. Det ændrer dog ikke på, at art. 12, stk. 2's ordlyd fremkommer en smule forvirrende, da det eksemplificerede tilfælde ville skabe en uretmæssig balan-

<sup>62</sup> Janicke Wiggen, Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector, 2014, side 87

ce, i forhold til medlemsstaternes mulighed for at kunne organisere sig uden om en "almindelig" udbudsrunde. Dette ville også gå imod målet om en åben konkurrence for leverandører inden for det indre marked. At der eksempelvis ikke er taget forbehold i aktivitetsbetingelserne er uheldig, især da klarhed over in house-reglerne er et af formålene med artiklen.

### 2.2.3.1 Horisontal kontrakttildelelse

At søsterenheder har mulighed for at tildele hinanden opgaver, som falder uden for direktivets anvendelsesområde, skal ses i lyset af, at de er under den samme ordregivers kontrol. Det betyder, at de i sagens natur ikke har en direkte kontrol over hinanden, men hvis de begge opfylder art. 12, stk. 1's kriterier gennem moderenheden, vil de ikke have nogen reel uafhængighed overfor hinanden. Det betyder, at der kan tildeles en kontrakt, hvor kontrollen mellem den tildelende og den tildelte kun er indirekte. At direktivet nu fastsætter, at en sådan situation hører ind under in house, må siges at være en mere pragmatisk betragtning af in house-logikken end domspraksis har indikeret. Ser man eksempelvis på *Parking Brixen-dommens* præmis 63, bliver der oplyst, at in house er en undtagelse, og de to betingelser (kontrolkriteriet og virksomhedskriteriet) derfor skal fortolkes restriktivt.<sup>63</sup> Dette peger i retning af, at in house-logikken er indskrænkende frem for udvidende, hvilket ikke kommer til udtryk i art. 12, stk. 2. Derfor synes direktivet, at give medlemsstaterne videre beføjelser, end hvad der anskueligvis følger af retspraksis.

EU-Domstolen pegede i *Dantenlotsen-dommen* på, at grundet byen Hamburgs manglende kontrol over universitet, så skulle en horisontal in house-tildeling mellem universitet og et offentlig ejet andelselskab ikke undersøges nærmere.<sup>64</sup> Havde *Teckals* kriterier om kontrol været opfyldt, skulle EU-Domstolen således have eftersat konceptet om anvendelsen af en horisontal aftale mellem enheder kontrolleret af samme ordregiver. Derfor må det også være sandsynligt, at denne form for tildeling fremadrettet vil finde sted.

### 2.2.3.2 Omvendt vertikal kontrakttildelelse

Tildelingen af en kontrakt "opad", hvor moderenheden får tildelt en kontrakt af sit datterselskab, kan ske uden at kontrolkriteriet er direkte opfyldt. Muligheden for disse tildelinger af kontrakter har med art. 12, stk. 2 taget hensyn til en mere funktionel tilgangsvinkel til offentlige kontrakttildelelse. At en moderenhed kan få tildelt opgaver reciprok uden at udbudsprocedurerne skal sættes i værk, giver organisationens interne fællesskab mere fleksibilitet.

#### 2.2.3.2.1 Privat deltagelse

Reglerne må forstås sådan, at selvom der bliver foretaget en omvendt vertikal tildeling af en offentlig kontrakt, vil det stadig være datterselskabet, som er underlagt art. 12, stk. 1's kriterier og ikke moderselskabet. Strengt taget vil kontrolkriteriet mellem den tildelende og den tildelte myndighed ikke være opfyldt, da den tildelte enhed ikke er underlagt en kontrol af den tildelende enhed, men omvendt. I forlængelse af dette skal det også nævnes, at der med præambelens betragtning 32's accept af private kapitalandele i moderselskabet opstår en interessant situation:

*"Privat kapitaldeltagelse i den eller de kontrollerende ordregivende myndigheder udelukker derfor ikke tildeling af offentlige kontrakter, til den kontrollerede juridiske person uden anvendelse af procedurerne i dette direktiv...".*

Med andre ord er det muligt, at den kontrollerende enhed besidder privat kapital og tildeler en kontrakt til in house-enheden, uden at udbudsreglerne bliver aktiveret. Hvis et datterselskab vil tildele en kontrakt til en sådan moderenhed, kan det diskuteres om moderenheden alligevel skal opfylde visse begrænsende krav om privat deltagelse. Her er det måske relevant, at rette blikket mod art. 12, stk. 2's formulering om, at der ikke må være nogen direkte privat kapitalandel i den juridiske person, som den offentlige kontrakt tildeles undtagen, hvis kapitalen er ikkekontrollerende eller ikkeblokerende. De samme krav til indholdet af kapital kan der argumenteres for, at skulle gøre sig gældende for moderselskabet, hvis datterselskabet tildeler denne en kontrakt. At lovgiver ikke eksplicit nævner begrænsningen for, hvad moderselskabet må indeholde af kapital trækker dog i modsat retning, nemlig at der

<sup>63</sup> C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, præmis 63

<sup>64</sup> C-15/13, *Dantenlotsen*, præmis 33

ikke er nogen begrænsning. Begrundelsen ligger i, at det bør kunne forventes, at der ved udfærdigelsen af reglerne er blevet overvejet denne situation, hvorfor en undladelse af at nedskrive dette mulige krav kan være en bevidst handling. Derfor må der siges, at være en begrundet usikkerhed om, hvordan den konkrete problemstilling skal gribes an.

### 2.2.3.3 Afrunding

Sammenkobler man af art. 12, stk. 2 og retspraksis ses det, at udbudsdirektivet igen prioriterer fleksibiliteten frem for en snæver tilgangsvinkel til in house-begrebets rækkevidde. Dette udledes ud fra bestemmelsens anerkendelse af, at også kontrakter inden for en fælles sammenslutning af et moderselskab og dets døtre kan tildele hinanden kontrakter. Interessant er det, om denne direkte tildelingsform får en faktisk effekt på markedet, og om der er aktører der med denne artikel uforholdsmæssigt bliver holdt ude. Det synes klart, at myndighederne med denne artikel gives en bredere handlefrihed i forhold til organisatorisk, at indrette sig. Derfor er der nu skabt en sikkerhed om at kontrakter fra ”datter” til ”moder” og ”søster” til ”søster” kan være omfattet af direktivets regler.

Ved en normal vertikal tildeling må det skulle forstås sådan, at ordregivers indhold af privat kapital er underordnet. Relevant er betragtningen, om hvorvidt der er en problematik ved privat deltagelse i det ordregivende organ, hvis denne får tildelt en kontrakt af datterselskabet. Dette spørgsmål er endnu ikke taget op af EU-Domstolen, men tilsyneladende kan en ordregivende myndighed med blandet kapital, frit tildele og få tildelt kontrakter af sine datterselskaber, uden at udbudsreglerne træder i kraft, så længe kontrol- og aktivitetskriterierne er opfyldt. Den tilladte mængde af privat kapital i den ordregivende myndighed skal derfor ikke findes i art. 12, men skal holdes op imod art. 2, hvor definitionerne af en ordregivende myndighed indgår.

### 2.2.4 Fælles kontrol – art. 12, stk. 3

Hvis den ordregivende myndighed ikke egenhændigt besidder den fornødne kontrol over en juridisk person, kan betingelserne for anvendelsen af en in house-tildeling af en kontrakt ske i fællesskab med andre ordregivere. Dette ses af art. 12, stk. 3.

Fra *Teckal-afgørelsen* bestemmes det, at kontrol skulle svare til den, man havde over *sine egne* tjenestegrene, hvilket kan synes uforenelig med muligheden for fælles kontrol, da *egne* hentyder til den enkelte myndighed.<sup>65</sup> Ordlyden af virksomhedskriteriet fra selv samme dom er dog: "*den pågældende juridiske person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af*". Tvetydigheden skaber grundlag for tvivl, men *Asemfo-dommen*<sup>66</sup> og senere hen *Coditel-dommen*<sup>67</sup> og *Econord-dommen*<sup>68</sup> bekræftede, at kontrolkriteriet kan opfyldes gennem fælles kontrol. Derfor er denne artikel i sin form på linje med, hvad EU-Domstolen har fundet, at kunne opfylde in house-betingelserne for ordregivers fælles kontrol, dog med nogle ændringer og fornyelser. Det ses i art. 12, stk. 3, at myndighederne kan tildele en kontrakt direkte til en juridisk person, så længe den besidder en kontrol sammen med andre myndigheder, omend den ikke selvstændigt kan udøve kontrollen. Direktivet udspecificerer yderligere, hvordan de ordregivende myndigheder sammen kan have kontrol over en juridisk person gennem art. 12, stk. 3, andet led, nr. i-iii.

#### 2.2.4.1 Kontrolkriteriet

Med 12, stk. 3, litra a, andet led nr. i-iii defineres "fælles kontrol" og med *Coditel-dommens*<sup>69</sup> betragtninger bliver det synliggjort, hvordan begrebet skal forstås. Af ovennævnte dom fremgår det, at myndighederne skal føre en kontrol, som svarer til den, den fører med sine egne tjenestegrene. Dog uden at kontrollen på alle punkter er individuel, så længe den er effektiv. Kontrol er således stadig et centralt element, men det er ikke absolut nødvendigt, at den er identisk med Teckal-kriterierne. At kræve en individuel kontrol ville ifølge EU-Domstolens bevirke et u hensigtsmæssigt og rigidt system for den offentlige myndighed at agere i, da den kun sjældent ville kunne lade sig gøre i et fællesskab sam-

<sup>65</sup> C-107/98, Teckal, præmis 50

<sup>66</sup> C-295/05, Asemfo, præmis 57

<sup>67</sup> C-324/07, Coditel Brabant, præmis 31

<sup>68</sup> C-182/11, Econord, præmis 27

<sup>69</sup> C-324/07, Coditel Brabant, præmis 46

mensat af offentlige myndigheder.<sup>70</sup> Ydermere uddyber præmisserne 48-49, at en afvisning af fælles kontrol ikke ville være i overensstemmelse med fællesskabsreglerne på området for offentlige kontrakter.<sup>71</sup>

Hvordan "tilsvarende kontrol" inden for konceptet fælles kontrol skal opfattes, kan konkretiseres gennem *Econord-dommens* præmis 27.<sup>72</sup> Her fremgår det, at den ordregivende myndighed skal have mulighed for at påvirke den underlagte enheds beslutninger, og at indflydelsen skal være bestemmende i forhold til enhedens strategiske målsætninger og dens vigtige beslutninger. Uddybende i præmissen forklares tilsvarende kontrol som et krav til ordregiver, om at være i stand til at udøve strukturel og funktionel kontrol med enheden. Der bliver yderligere lagt vægt på fælles kontrol og ikke det enkelte organs kontrol, hvilket ses i *Asemfo-dommen*.<sup>73</sup> Her fremkommer det, at selvstyrende regioner med hver en minoritetsjerandel på mindre end 1 % af den fælles kontrollerede enhed, stadig kan tildele enheden en kontrakt. Den individuelle andel af kontrol er for så vidt irrelevant, så længe den fælles kontrol er opretholdt, og denne svarer til, hvad en ordregivende myndighed har med sine egne tjenestegrene. Læser man dog *Econord-dommens* præmis 31 fremgår det, at myndigheder, som har kapitalandele i in house-enheden, men ingen mulighed for at medvirke til at føre kontrol med enhedens beslutninger, kun vil være formel ejer, og det vil derfor være en omgåelse af de EU-retlige regler. Dette kan være et udtryk for, at kontrol ikke nødvendigvis måles ud fra aktieandele, men nærmere ud fra de beføjelser aktionæraftalerne giver aktionærerne. Hvis en kapitalandel ikke giver adgang til beslutningsmæssig kontrol, kan kriteriet kun opfyldes, såfremt deltageren kan udøve kontrol ved på en anden måde at udpege repræsentanter til de styrende organer. EU-Domstolen har der med gennem sin praksis bestemt, at kontrolkriteriet først findes opfyldt, når ordregiver både besidder andele i in house-enheden og spiller en rolle i enhedens forvaltning.

For så vidt angår muligheden for at kunne tildele kontrakter gennem fælles kontrol, må siges at give medlemsstaterne en frihed til at kunne benytte egne og andre myndigheders ressourcer. Dette kan ske til trods for at ordregivers besiddelse af kapital i in house-enheden er næsten ikke eksisterende. Dog stilles der krav om at ordregiver kan sikre kontrol gennem andre forhold end gennem ejerandele. At der er krav om at ordregivende myndigheder skal kunne påvirke in house-enheden synes meningsfuld og korrekt. "Påvirke" kan opfyldes forskelligt, men det er nu lovbestemt, og skal måles på *strategiske målsætninger* og *væsentlige beslutninger* og således have mulighed for at udføre en strukturel og funktionel kontrol med in house-enheden.<sup>74</sup> Med andre ord kan det med rette antages, at kontrolkriteriet er opfyldt, når samtlige af de relevante myndigheder er involveret.

#### 2.2.4.1.1 Kontrol gennem ordregiver på forskelligt organisatorisk niveau

Interessant er det også, at stille spørgsmålstegn ved situationen, hvor en in house-enhed ikke er underlagt den nødvendige kontrol hverken gennem morderselskabet eller en mellemmand individuelt, men dog i fællesskab. Her bør det overvejes om art. 12, stk. 3 hjemler en sådan kontrol, hvor ordregivere på forskelligt organisatorisk niveau fælles kan siges at have den nødvendige kontrol.

Kigger tilbage på den tidligere praksis for kollektiv kontrol kan det efter forfatterens overbevisning forventes at være muligt. Ser man netop på den tidligere praksis synes det sandsynligt, at kontrollen kan være tilstrækkelig, selvom den ikke udspringer af offentlige organer på et organisatorisk tilsvarende niveau. Det kan blandt andet begrundes med, at der er en faktisk forbindelse, omend indirekte, hvilket i højere grad peger i retning af tilknytning end situationer, hvor mange uafhængige parter fælles ejer et organ. Dette taler for, at samlet kontrol af organer på forskelligt niveau vil kunne accepteres. Yderligere lægges der i art. 12 op til at in house kan ske på kryds og tværs, så hvis der allerede er en in house-kobling synes rammerne for tildelingsmuligheder at være mange.

---

<sup>70</sup> Ibid. præmis 47

<sup>71</sup> Ibid. præmis 48-49

<sup>72</sup> C-182/11, *Econord*, præmis 27

<sup>73</sup> C-295/05, *Asemfo*, præmis 60

<sup>74</sup> C-371/05, *Kommissionen mod Italien*, præmis 26

#### 2.2.4.1.2 Omvendt og horisontal tildeling ved fælles kontrol

Om direktivet hjemler en omvendt tildeling til de kontrollerende myndigheder, fremgår ikke. Bestemmelsen nævner intet om dette, og den tager heller ikke stilling til, om det kontrollerende organ direkte må tildele en kontrakt til et selskab, der ligesom den selv er under en fælles kontrol af de samme myndigheder. At dette ikke er udspecificeret, som det er ved individuel kontrol peger i retningen af, at disse konstellationer ikke kan accepteres. Omvendt kan ovenstående ræsonnement om, at hvis man først er inden for in house-sfæren, så har direktivet anlagt en fleksibel og pragmatisk tilgangsvinkel.

Tildelingssceneriet af kontrakter mellem søsterenheder, hvor de har flere moderselskaber og identiteten af ejerskabet er ens, er derfor interessant kort at belyse. Umiddelbart synes tvisten at skulle behandles med udgangspunkt i den interne organisation. Alt andet lige vil det være op til de kontrollerende enheder, at varetage datterselskabernes ageren, hvorfor en afvisning af kontrakttildelelse mellem søsterenheder i stedet ville kunne resultere i en fusion af enhederne. Forlanges moderselskaberne at skulle igennem en sådan omorganisering, vil reglerne synes at vægte form over virkeligt indhold.<sup>75</sup> Det faktum, at direktivet ikke eksplicit tillader en sådan tildeling, bør ikke hindre EU-Domstolen i senere hen, at acceptere dette, grundet de anførte overvejelser.

#### 2.2.4.2 Varetagelse af interesser, som er i overensstemmelse med de kontrollerende myndigheders

Med art. 12, stk. 3, andet led nr. i-iii skabes nye spørgsmål, blandt andet hvad der præcist skal forstås ved ”interesse”. At den kontrollerede juridiske person skal have de samme interesser, som de kontrollerende enheder fremkommer som et helt nyt vurderingsparameter. Hvordan begrebet skal defineres kræver derfor en uddybende udredning, hvorfor det bør påpeges, at nedstående i høj grad bygger på antagelser.

Af *Coditel-dommen* blev det klart, at interesserne i in house-enheden ikke måtte være modstridende med den ordregivende myndigheds.<sup>76</sup> Disse interesser var vedtægtsmæssigt bestemt og må nødvendigvis følge almenhedens behov. I denne dom var in house-enheden bestående af medlemmer fra forskellige kommuner, hvorfor deres interesser også må siges at skulle følge almenhedens. Der bliver ikke gået mere i detaljer om, hvad interesse skal måles på, og det synes derfor stadig noget uklart, hvordan ordet skal defineres. Ved at påtvinge tilsvarende interesser, synes der at være trukket endnu et værn op imod sandsynligheden for, at den kontrollerede enhed agerer selvstændigt. *Sea-dommen* synes indirekte at forfine interesse, i et sådant omfang, at det ikke må være markedsorienteret.<sup>77</sup> Dette begreb er dog mest brugt, som en vurdering af om en kontrolleret juridisk person opfylder *Teckals* kontrolkriterium. Men ved at se på ordlyden af art. 12, stk. 3, andet led nr. iii ”... en interesse” fremstår kriteriet, muligvis også som en begrænsning af associerede aktivitet. Med andre ord skal alt, hvad enheden foretager sig være på linje med de kontrollerende ordregiveres interesse. En sådan forståelse vil muligvis konflikte med art. 12, stk. 3, litra b, hvilket næppe kan være hensigten.

En anden relevant betragtning er, at vurdere ”interesse” i lyset af muligheden for privat deltagelse, da dette må kunne indikere modsatrettede interesser imellem in house-enheden og ordregiverne. Som tidligere nævnt, tillader direktivet privat kapital i både ordregivende og ordremodtagende organ. Spørgsmålet er derfor, om man kan have ikke-modstridende interesser, når besiddelse af privat kapital accepteres? Umiddelbart knytter *Sea-dommens* begrænsning sig på, at opfyldelse af kontrol kræver udførelse af opgaver inden for de kontrollerende myndigheders aktivistområde. Således synes ens formål at indikere en opfyldelse af begrebet interesse. Derfor kan den kontrollerede enhed etablere relationer med den private sektor, forudsat at aktiviteterne forbliver i tilknytning til moderselskabernes kerneaktivitet, og stadig varetage ensartede interesser. Derfor vil det ikke være mængden af kommerciel aktivitet, der bestemmer om interessekriteriet er opfyldt, da denne aktivitet også kan være en varetagelse af de kontrollerede enheders interesser.

<sup>75</sup> James Falle, Hamburg again: shared services and public sector corporation in the case of Technische Universität Hamburg-Hamburg v Dantenlotsen Informationssysteme, P.P.L.R., 2014, 5, NA128

<sup>76</sup> C-324/07, Coditel Brabant, præmis 38

<sup>77</sup> C-573/07, Sea, præmis 66

Bestemmelsens ordlyd kan som nævnt være udtryk for et værn mod, at den kontrollerede juridiske person har modstridende interesser, hvorfor dette ville konflikte med ordregivers formål. En sådan betragtning stemmer fint overens med *Coditel-dommen* i og med, at EU-Domstolen undersøgte om Brutélés kontrolbeføjelser overgik kommunernes, hvilket det ikke gjorde, hvorfor kommunerens formål stadig var under deres kontrol. EU-Domstolen slog fast, at Brutélés selskabsmæssige struktur gjorde, at den ikke havde forretningsmæssig karakter. Havde selskabsstrukturen været anderledes, og altså med kommerciel forretning for øje, ville interessen mellem den ordregivende og den tildelte være forskellig, og kriteriet ville øjensynligt ikke være opfyldt. Denne antagelse har sit afsæt i den tidligere kendte argumentation om total udelukkelse af privat deltagelse, da dette ville medføre en kommerciel tankegang. Bestemmelsen kan derfor også tolkes som et værn mod private interesser. Man kan dog stille sig spørgende overfor, om ikke interessekriteriet kan være opfyldt, når både den kontrollerede og kontrollerende enhed besidder privat kapital, altså kommercielle interesser. At direktivet fastsætter, at interesserne skal være ensartede, kan tænkes at skyldes en iagttagelse af netop denne situation. Ved at tillade ikke-modstridende interesser mellem kontrollerede og kontrollerende juridiske personer, synes direktivet, at have taget højde for at privat interesse i enhederne ikke nødvendigvis skal bremse muligheden for fælles kontrol.

Hvordan vi præcist skal forholde os til begrebet er stadig uklart, og skaber et uønskværdigt usikkerhedsmoment, hvorfor det bliver op til fremtidig domspraksis at skulle beslutte, hvilke kriterier interesse skal vurderes efter. Udgangspunktet må efter forfatterens overbevisning være på, om den kontrollerede enheds formål og interesse i væsentlig grad stemmer overens med den kontrollerende enheds. Heri ligger, at den fælles tilslutning af enheder ikke kan pådutte den kontrollerede enheds formål, som de enkelte ordregivere ikke har.

#### 2.2.4.3 Aktivitetskriteriet

Lige så vel som, kontrolkriteriet skal være opfyldt, stilles der i art. 12. stk. 3 også krav vedrørende virksomhedskriteriet, og at der ikke må indgå nogen direkte privat kapitalandel. Aktivitetskriteriet findes opfyldt, når mere end 80 % af aktiviteten udføres for alle de kontrollerede ordregivere og for andre juridiske personer, som kontrolleres af de samme ordregivere.<sup>78</sup> Aktiviteten udregnes på samme vis, og altså gennem udregningsmodeller oplistet fra art. 12, stk. 5. Således skal samtlige af den kontrollerede enheds aktiviteter medregnes.<sup>79</sup> Det betyder at alle indtægter fra den fælles kontrollerende enheds skal indkalkuleres, gennem de betalinger denne enhed modtager fra samtlige af dens brugere.

#### 2.2.4.4 EU-kommissionens tidligere forslag til indholdet af art. 12, stk. 3

En sidebemærkning til denne artikels regler er det fravalg, der er blevet fortaget i forhold til EU-Kommissionens forslag om art. 11, stk. 3 andet led, nr. iii.<sup>80</sup> Indholdet gik ud på, at den kontrollerede juridiske enhed ikke måtte opnå andre fordele, end godtgørelse af aktuelle omkostninger i forbindelse med kontrakten. At punktet er taget ud skyldes ifølge Janicke Wiggen i høj grad dens manglende tilknytning til tidligere retspraksis.<sup>81</sup> EU-Kommissionen kan i dette tilfælde være inspireret af eksempelvis *Hamburg-dommen*, hvor finanstransaktioner mellem deltagerne i den fælles aftale om samarbejde kun skulle svare til godtgørelse for udgifterne.<sup>82</sup> Med art. 11, stk. 3 andet led, nr. iii synes der at have været en tilbøjelighed fra EU-Kommissionen til at ville reducere muligheden for, at der kan skabes uhensigtsmæssige konkurrencemuligheder. Var også dette punkt blevet implementeret, havde der været tale om et helt nyt tiltag inden for konceptet fælles kontrol, hvilket ikke umiddelbart kan spores i tidligere relevant retspraksis. Det er også nærliggende at undre sig over, hvorfor EU-Kommissionen kun vil inkorporere dette krav til art. 12, stk. 3 og ikke også 12, stk. 1-2, da den foreslåede idé om godtgørelse vel også kunne være relevant der? Heri ligger sandsynligvis også argumentet for, at forslaget ikke kom med.

<sup>78</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, 2014, s. 533

<sup>79</sup> C-340/04, Carbotermo, præmis 65

<sup>80</sup> EU-Kommissionens forslag til in house kom til udtryk i deres art. 11

<sup>81</sup> Janicke Wiggen, Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector, 2014, side 89

<sup>82</sup> C-480/06 Stadtreinigung Hamburg, præmis 43

#### 2.2.4.5 Afrunding

I forhold til sammenkoblingen af retspraksis og art. 12, stk. 3, må formodes, at relationerne mellem de deltagende ordregivende myndigheder og den faktiske kontrol de individuelt og i fællesskab fører, skal vurderes fra sag til sag. Denne underartikel har i høj grad lagt sig op ad allerede kendt retspraksis. Der er igennem art. 12, stk. 3 skabt en sammenfatning af relevante domme, dog uden at fremhæve, at pro forma-deltagelse anses som en omgåelse af reglerne, hvilket *Econord-dommen* understregede.<sup>83</sup> Nødvendigheden af at udspecificere de individuelle deltageres minimums forpligtelser, skal derfor stadig i nogen grad ses i retspraksis. Der er således blevet givet tre vurderingskriterier gennem artiklens andet led nr. i-iii, som kumulativt skal være opfyldt. Afslutningsvist bør det pointeres, at disse tre betingelser fungerer som værn mod fri sammensætning af fælles kontrol, og derfor i vist omfang begrænser myndighedernes frihed til at vælge mellem egenproduktion eller udlicitering.

Analysen af fælles kontrol indikerer, at dette er et område, hvor der er mange tænkelige konstellationer, som hverken artiklen eller domspraksis endnu har taget stilling til. Det bliver derfor interessant at følge med i, hvordan de nye begreber skal fortolkes, og hvor omfattende in house-sfæren er.

#### 2.2.5 Samarbejder mellem offentlige organisationer – art. 12, stk. 4

Dette stykke adresserer muligheden for, at et samarbejde, hvis mål er at opfylde offentlige opgaver i fællesskab, kan være undtaget af udbudsdirektivet. Hvad der præcist ligger i opfyldelse af opgaver i fællesskab, er fra EU-Domstolen ikke klart defineret, men efter EU-Kommissionens overbevisning bør opgaver fortolkes bredt.<sup>84</sup> Gennem en række EU-domme er der blevet formet en praksis for, hvordan et samarbejde mellem enheder i den offentlige sektor kan falde uden for reglerne om offentligt indkøb. Hvor vi tidligere har kendt til "kontrolkriteriet" og "virksomhedskriteriet" er det forfatterens overbevisning, at vi nu befinder os i en situation, hvor "samarbejdskriteriet" bliver relevant at vurdere. Begge kategorier af samarbejde skal opfylde en række kriterier for at kunne være undtaget fra direktivets regler. Med andre ord er der tale om to forskellige typer af kontrakter, hver med sine egne separate kriterier. Således behøver en direkte tildeling af en kontrakt ikke nødvendigvis, at efterkomme *Teckal-dommens* kriterier.

Domstolens første stillingtagen til samarbejdskriteriet blev behandlet i *Hamburg-dommen*, hvor der blev vurderet en række faktiske omstændigheder, hvilket i sig selv gør det vanskeligt at overføre og anvende den på andre tilfælde. Derfor er vi stadig et stykke fra, at have nogen form for generel test af senere lignende retlige tvister.<sup>85</sup> Dog er det i samspil med en lille håndfuld nyere EU-domme muligt, at drage nogle konklusioner af, hvad EU-Domstolen har fundet væsentligt. Dette er forsøgt kodificeret i direktivet art. 12, stk. 4. Hvad samarbejdskriteriets rækkevidde er, og i hvilket omfang dommene er indlemmet i direktivet, vil straks nedenfor blive undersøgt.

Kort kan siges, at direktivet i høj grad har inkorporeret *Hamburg-dommens* argumenter, hvilket især ses på art. 12, stk. 4, litra a-b. Rækkevidden af disse er således gennem retspraksis i nogen grad blevet testet, hvilket både er med til at afbillede deres egentlige omfang og forme selve samarbejdskriteriet. *Hamburg-dommen* havde mange potentielle betingelser, og EU-Domstolen gjorde det ikke klart, hvilke eksakte principper der lå bag konklusionen. I stedet opremsede den blot aftalens kriterier uden at være specifik på, hvilke der var væsentlige. Senere domme fastslår dog, at *Hamburg-dommen* finder anvendelse på samarbejder, der oprettes mellem offentlige enheder med det formål at sikre gennemførelsen af en fælles public service-opgave.<sup>86</sup>

Med afsæt i *Hamburg-dommen* og andre senere EU-domme samt art. 12, stk. 4, vil det derfor blive undersøgt, hvilke særlige omstændigheder, der også kan bringe en offentlig kontrakt uden for udbudspligten. Først noterer forfatteren sig, at artiklen tidligere har været konsekvent med at anvende ordly-

<sup>83</sup> C-182/11, *Econord*, præmis 31

<sup>84</sup> SEK (2011) 1169, Arbejdsdokument om anvendelse af EU-lovgivningen om offentlige indkøb på forbindelser mellem ordregivende myndigheder ("offentligt-offentligt samarbejde"), side. 13

<sup>85</sup> Kristian Pedersen og Erik Olsson, *Commission v Germany – a new approach to in-house providing?* P.P.L.R. 2010, 1, side 42

<sup>86</sup> C-159/11, *Azienda*, præmis 34

den ”offentlig kontrakt”. I art. 12, stk. 4’s beskrivelse adresseres kun en ”kontrakt”, altså uden at specificere den som offentlig.

Tilgang til bedømmelse af en direkte tildeling af en kontrakt mellem offentlige enheder, har som tidligere nævnt bygget på *Teckal-dommens* praksis, dette gør sig dog ikke gældende her. Der er således tale om en tilføjelse af, hvordan in house også kan betragtes.

#### 2.2.5.1 Den videre domsudvikling af horisontale samarbejder

Den nyere *Azienda-dom*<sup>87</sup> fastslog nogle af *Hamburg-dommens* betingelser, her i blandt formål af almen interesse og synet på privat deltagelse, men der tilkom også nye vurderingskriterier, som bør nævnes. Dommen bemærker, at der overordnet set findes to typer af kontrakter indgået mellem offentlige enheder, som grundet in house falder uden for EU-reglernes anvendelsesområde. Den første er *Teckal-dommens* kriterier, og den anden er oprettelsen af samarbejde mellem offentlige enheder med formål at gennemføre en fælles public service-opgave.<sup>88</sup> Således blev praksis for in house gennem samarbejdskriteriet blåstemplet. Vurderingen af om aftalen i *Azienda-dommen* opfyldte samarbejdskriteriet, bygger på de betingelser som opremses i dommens præmis 35. Her bliver det tydeliggjort, at forbuddet mod privat deltagelse strækker sig til at gælde, når en privat tjenesteyder opnår en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter. Dommen synes, at kunne åbne lidt op i forhold til den tidligere afvisning af nogen form for privat deltagelse. ”... *Kontrakter udelukkende indgået mellem offentlige enheder uden nogen privat parts deltagelse, for så vidt som ingen privat tjenesteyder opnår en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter, og for så vidt som krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse*”. (Egen understregning). Umiddelbart kan den kursiverede sætning læses på to måder, enten: At privat deltagelse kan accepteres, hvis der ikke opnås en favorabel situation, og at forfølgelsen af formål af almen interesse består, *eller* at ingen af de offentlige myndigheder, som er parter i aftalen, må benytte private underleverandører i forbindelse med aftalens udførelse. Sidstnævnte anskuelse synes at vække mest gehør hos fageksperter.<sup>89</sup> Synspunktet kommer da også til udtryk i dommens præmis 38-39, som pointerer, at universitetet blev bistået af private partnere i deres levering, hvorfor disse partnere kunne opnå en favorabel situation. Det bliver ligeledes slået fast, at betingelserne for samarbejdsaftaler er kumulative<sup>90</sup> således må ingen privat part stilles favorabelt og opgaven skal forfølge almen interesse. En yderligere betragtning til kravene i relation til samarbejder mellem enheder i den offentlige sektor er, at disse public service-opgaver skal sikre opfyldelse af fælles mål.<sup>91</sup>

Det må kunne konkluderes, at retspraksis på området er, at en ordregivende myndighed kan etablere et samarbejde mellem offentlige enheder uden, at disse er omfattet af EU-lovgivningen. Samarbejdskriteriet er derfor opfyldt, når nedenstående punkter kumulativt kan bekræftes:

- En privat tjenesteyder må ikke opnå en favorabel situation i forhold til andre og kontrakten skal udelukkende være indgået af offentlige enheder
- Oprettelsen af samarbejdet skal varetage fælles public service-opgaver i forbindelse med udførelsen af fælles formål
- Samarbejdet må kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse

Det sidste led i første ovenstående punkt er efter forfatterens overbevisning med til indikere, at der ikke er nogen skelnen mellem en ”ordregivende myndighed”, en ”offentlig enhed” eller en ”offentlig myndighed”. Begreberne synes også at være blevet brugt i flæng, eksempelvis *Hamburg-dommen*, som benytter sig af alle tre. Væsentligheden af dette er, at fokus derfor ligger på udførelsen af en offentlig opgave og ikke enhedens status. Stadig synes det dog at være op til EU-lovgiver at vurdere, om

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> Ibid. præmis 31-34

<sup>89</sup> Grith S. Ølykke og Ruth Nielsen, EU’s Udbudsregler – i dansk kontekst, 1. udgave 2015, side 434f og H.P. Rosenmeier, Kommentarer til afgørelser fra EU-Domstolen og Retten i Første Instans fra sidste 2010 og fremefter med korte resuméer af afgørelserne, side 32

<sup>90</sup> C-159/11, *Azienda*, præmis 36

<sup>91</sup> Ibid. præmis 37

enheden er etableret for at imødekomme almen interesse, om den har kommercielle formål, og om hvordan den er finansieret. Med andre ord er det ikke op til EU-lovgiver, at diktere hvordan udformningen af et samarbejdsorgan tager sig ud, altså dens selskabsstruktur, men i stedet dens eksistensgrundlag. At der ikke kræves nogen særlig retlig juridisk form ved et sådan samarbejde kommer ligeledes til udtryk i EU-Kommissionens arbejdsdokument<sup>92</sup> og *Hamburg-dommens* præmis 47.

Ser man på hvordan samarbejds-kriteriet er blevet implementeret i direktivet, kommer det frem, at præambels betragtning 33, uddybende indeholder de tre ovenstående punkter. Kriterierne ses også, at gøre sig gældende i art. 12, stk. 4, med undtagelse af litra c.

Der er yderligere tre spørgsmål, der især presser sig på. For det første, hvad forskellen på et samarbejde og en normal offentlig kontrakt er? For det andet hvad der menes med en public service-opgave? Og for det tredje, hvordan sammenkoblingen mellem privat deltagelse og de EU-retlige regler i art. 12, stk. 4 skal forstås?

#### 2.2.5.2 Samarbejdsmetoden

Til besvarelsen af førstnævnte spørgsmål, kan præambels betragtning 33 være en hjælp. Her fremgår det, at et samarbejde skal være baseret på en samarbejdsmetode. Mere specifikt skal samarbejdet være reguleret ud fra overvejelser, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse. Der er derfor tale om en situation, hvor alle parter forpligtiger sig overfor hinanden. Det er dog ikke et krav, at alle påtager sig udførelsen af hovedforpligtigheden, dog er man forpligtet til at deltage. De forskellige deltagers ydelser behøver dog ikke være identiske, for stadig at kunne opfylde fælles mål, men må også gerne være komplementære.<sup>93</sup> Hvad komplementær præcis dækker over er endnu uvist. Generaladvokat P. Mengozzi giver dog i sit forslag til *Dantenlotsen-dommen* sin holdning til kende. Her fremgår det, at der skal foreligge en specifik komplementaritet mellem opgaven, der udføres af de pågældende myndigheder, og at samarbejdet netop skal vedrøre disse specifikt komplementære opgaver.<sup>94</sup> Komplementariteten skal være specifik således, at den med henvisning til alle de øvrige involverede enheder specifikt vedrører den opgave, der er genstand for samarbejdet. Hermed giver begrebet ”komplementær” ikke uden videre mulighed for anvendelse ved samarbejde, hvor komplementariteten mellem aktiviteten og opgaven blot er simpel. Konceptet samarbejdsmetode ville efter forfatterens overbevisning også have været for snæver, hvis udførelsen af public service-opgaven fra hver af enhederne skulle være identisk. Argumentationen ligger blandt andet i, at gennemførelse af en fælles opgave, hvor enhederne hver især udfører separate dele, samlet set må antages at være et gyldigt samarbejde.

Aftalen i *Piepenbrock-dommen* ikke karakter af en fælles public service-opgave, fordi ydelsen skete mod vederlag.<sup>95</sup> Hvad angår finansielle overførsler mellem de deltagende offentlige samarbejdspartnere, må dette således kun ske i forbindelse med betaling af faktiske omkostninger til tjenesteydelser/varer. Det må derfor kunne slås fast, at samarbejdet skal have en reel gensidig forpligtende karakter, modsat en normal offentlig kontrakt, hvor en af parterne udfører en opgave mod betaling, altså ensidet. Forbundsrepublikken Tysklands betragtning om, at et samarbejde bygger på princippet ”noget for noget” synes derfor at kunne holdes i hævd.<sup>96</sup>

Artiklens formulering, præambels betragtninger, og den domsmæssige baggrund giver stadig anledning til en vis usikkerhed om udstrækningen af samarbejds-kriteriet. Dog synes reglerne at pege på, at et samarbejde kan finde sted på et rent kontraktmæssigt plan. Samarbejdsformen skal ske ved hjælp af egne ressourcer, et fælles mål og med inddragelse af fælles forpligtigelser og rettigheder, der rækker ud over ”udførelse af en opgave mod vederlag”, i forfølgelsen af almen interesse.<sup>97</sup> Denne opremssning er også at finde i art. 12, stk. 4, litra a og b. Således har man ikke prøvet at trække *Teckals* krite-

<sup>92</sup> SEK (2011) 1169, Arbejdsdokument om anvendelse af EU-lovgivningen om offentlige indkøb på forbindelser mellem ordregivende myndigheder (”offentligt-offentligt samarbejde”), side. 15ff

<sup>93</sup> Direktiv 2014/24/EU, præambels betragtning 33

<sup>94</sup> Forslag til C-15/13, *Dantenlotsen*, pkt. 59

<sup>95</sup> C-386/11 *Piepenbrock*, præmis 41

<sup>96</sup> C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg*, præmis 22

<sup>97</sup> KOM(2011) 15, Grønbog om modernisering af EU’s politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, side 22

rier ned over kontraktuelle samarbejder mellem myndigheder, men har i stedet udviklet en ny og mere velegnet række af kriterier til netop sådanne samarbejder.

### 2.2.5.3 Public service-begrebet

For at en kontrakt, der udelukkende er indgået mellem ordregivende myndigheder, kan være undtaget af udbudsreglerne, har retspraksis vist, at kontrakten blandt andet skal kunne kategoriseres som en public service-aftale (offentlig tjeneste). Det bemærkes, at den ovenfor gennemgåede retspraksis ikke oversætter public service-begrebet til offentlig tjenester, hvilket tyder på at dette er et EU-retligt begreb.<sup>98</sup>

EU-Kommissionen har forsøgt, at formulere public service i forbindelse med, at de ville skabe klarhed om EU-reglernes anvendelse af almen interesse.<sup>99</sup> I meddelelsen ses public service, som værende en gren af almen interesse, hvilket indikerer begrebets snævre spændvidde.<sup>100</sup> Det fremgår, at almen interesse strækker sig til at rumme to grupper: almen økonomisk aktivitet og ikke-økonomisk aktivitet.<sup>101</sup> Førstnævnte adresserer ydelser med almennyttige formål, der ikke ville blive gennemført via markedet, hvis ikke det offentlige greb ind. Ikke-økonomisk interesse defineres som værende tjenesteydelser, der ikke er tilstrækkelige til at kunne kvalificeres som økonomisk virksomhed, eksempelvis visse former for obligatoriske sociale tjenesteydelser og universaltjenesteforpligtigelser.<sup>102</sup>

#### 2.2.5.3.1 EU-Domstolens public service-betragtning

De to ovenfor nævnte grupper er begge anført i direktivets præambel 6 og deres genstandsfelt synes også, at have været en overvejelsesfaktor i retspraksissen af public service-aftaler. Den retlige rækkevidde af begrebet er trods EU-kommissionens bidrag stadig aktuell at få belyst i forhold til offentlige indkøb. Til at vurdere hvordan public service-opgaver inkorporeres i en udbudsretlig kontekst, kan man for det første se på nogle af de domme, som anvender begrebet. I Domstolens stillingtagen til public service, kan nævnes *Azienda-dommen* og *Hamburg-dommen*. I førstnævnte dom kom det frem, hvad public service-opgaver både var og ikke var. Trækker man EU-kommissionens forståelse ned over aktiviteterne i dommen ses det, at der vurderes på, om markedet ville være interesseret i at gennemføre opgaven. Her fremgår det af præmis 37, at ingeniører og arkitekter ville have en sådan interesse. Dernæst slår samme præmis fast, at karakteren af opgaven ej heller kan anses som værende af ikke-økonomisk interesse, fordi den var beslægtet med videnskabelig forskning. I afgørelsen giver Domstolen derfor et praj om, at vurderingen af public service faktisk sker ud fra både almen økonomisk interesse og ikke-økonomisk interesse. Samtidig kommer det frem i den konkrete dom, at forskning umiddelbart lever op til ikke-økonomisk interesse, hvilket sandsynligvis også betyder, at forskning kan være omfattet af public service-begrebet. I *Hamburg-dommen* betragtes kommunens pålagte aktivitet som public service, blandt andet fordi ydelsen ikke leveres af markedet, altså opfyldes testen om almen økonomisk interesse. Det er forfatterens opfattelse, at forståelsen af almen interesse og betragtninger omkring dette fremgår af art. 12, stk. 4, litra a og b.

#### 2.2.5.3.2 Christopher H. Bovis' public service-betragtning

Christopher H. Bovis påpeger, at enheder, der er i direkte konkurrence med private aktører udelukker, at der er tale om en public-service opgave.<sup>103</sup> Han bedømmer således almen økonomisk interesse og ikke-økonomisk interesse efter aktivitetens specifikke formål, nemlig om den imødekommer almenhedens interesse uden indblanding af industriel eller kommerciel karakter.<sup>104</sup> Finder en sådan indblanding sted opfyldes kravene efter hans mening ikke og der vil ikke være tale om en public service-opgave. Det bør her pointeres, at visse aktiviteter kan være tæt knyttet til almindelig økonomisk interesse, og kan betragtes som kvalitetskrav, der stilles af staten for at hæve kvaliteten af delvist kommercielle ydelser.<sup>105</sup> Yderligere fremgik det af EU-kommissionens definition af tjenesteydelser af

<sup>98</sup> Grith S. Ølykke og Ruth Nielsen, EU's Udbudsregler – i dansk kontekst, 1. udgave 2015, side 436f

<sup>99</sup> COM(2011) 900, A Quality Framework for Services of General Interest in Europe, side 2

<sup>100</sup> Ibid. side 3

<sup>101</sup> KOM(2011) 900, En kvalitetsramme for tjenesteydelser af almen interesse I Europa, side 3

<sup>102</sup> Ibid. side 3+4

<sup>103</sup> Christopher H. Bovis, Future Directions in Public Partnerships in the EU, side 33

<sup>104</sup> Ibid. side 33

<sup>105</sup> Grith S. Ølykke og Ruth Nielsen, EU's Udbudsregler – i dansk kontekst, 1. udgave 2015, side 437

almen økonomisk interesse, at en sådan ikke ville blive løst, hvis ikke offentligheden greb ind. Der står således ikke, at offentligheden *alene* skal påtage sig opgaveløsningen, for at der kan være tale om en aktivitet af almen økonomisk interesse. Christopher H. Bovis' betragtning pointerer måske lige præcis, hvorfor EU-Domstolen har valgt, at bruge terminologien "public service" i stedet for "tjenesteydelser af almen interesse". Det er som nævnt i starten fordi public service blot er en gren af almen interesse, hvorfor hans noget mere snævre betragtning understøtter, at public service skal tolkes mere indskrænket end almen interesse. Christopher H. Bovis og den gennemgæede domspraksis synes derfor ikke at være modstridende i deres håndtering af public service.

#### 2.2.5.3.3 Medlemsstaternes individuelle public service-betragtninger

Både præambelens betragtning 6 og direktivets art. 12, stk. 4 synes i nogen grad, at have kodificeret EU-Kommissionens definition af public service, dog uden eksplicit at nævne begrebet. Trods den umiddelbare enighed om begrebets karakteristika er det stadig nemt at forestille sig en variation af medlemsstaternes forståelse af public service-aftaler, da det er op til dem enkeltvis, at klassificere tjenesteydelserne. I relation hertil blev det i *Hamburg-dommen* netop pointeret, at kontrakten var underkastet fællesskabsretlig regulering.<sup>106</sup> Heri ligger en anskuelse af, at alene opgaver der er underkastet den nationale regulering, kan kvalificeres som opgaver til varetagelse af public service-opgaver. Hverken direktivet eller de senere domme har dog lagt vægt på denne betragtning. Dette er da også fornuftigt, da en sådan regulering bygger på nationale valg, hvilket ikke synes at være formålet med direktivet at skulle regulere.<sup>107</sup> Dog er medlemsstaternes frihed til at definere public-service ikke ubegrænset.<sup>108</sup> Den retlige usikkerhed omkring public service-begrebet er, som det fremgår af ovenstående antagelser, stadig stor i forhold til hvordan terminologien skal forstås.

#### 2.2.5.3.4 Skal public service-aftalerne mellem enhederne i det offentlige være administrative?

Grith S. Ølykke og Ruth Nielsen er af den overbevisning, at kernen i EU-Domstolens praksis er bevareret i art. 12, stk. 4, litra a og b, idet kontrakten skal gennemføre et samarbejde om leveringen af public service-opgaver med henblik på opfyldelsen af fælles mål.<sup>109</sup> De finder der med, at art. 12, stk. 4's undtagelse til direktivet kun gælder ved rent administrative aftaler om organisering af en public service-opgave – ikke selve udførelsen.<sup>110</sup> Deres udgangspunkt for denne overbevisning om, at kontrakten skal ses som en administrativ aftale mellem to offentlige myndigheder stammer fra *Hamburg-dommens* præmis 44.<sup>111</sup> Betydningen af denne præmis er ifølge dem, at ikke-institutionelle samarbejder svarer til administrative aftaler og at undtagelsen derfor kun gælder ved sådanne rent administrative aftaler. "Rühle-rapporten"<sup>112</sup> drager samme konklusion, nemlig at et samarbejde uden involvering af privat deltagelse, og som alene udføres mellem offentlige enheder med henblik på at sikre fælles formål, understreger det faktum, at overførsel af opgaver imellem offentlige enheder er et anliggende for medlemsstaternes interne administrative organisering. Dette udgangspunkt vil antageligvis også være i overensstemmelse med Christopher H. Bovis overbevisning.

Karsten N. Olesen og Michael Steinicke finder det dog vanskeligt at konstatere, om EU-Domstolens argumentation bygger på almene hensyn, varetagelse af fællesskabsregulering eller ikke-kommercielle aftaler.<sup>113</sup> Med ikke-kommercielle aftaler menes som ovenfor nævnt, at kontrakten ikke har nogen kommerciel værdi. Anlægges denne tilgangsvinkel vil kontrakten slet ikke have interesse for private aktører, hvorfor de derfor mener, at kontrakten godt kan tolkes, som en aftale med det formål at organisere administrative aftaler ved den offentlige opgavevaretagelse. Kristian Pedersen og Erik Olsson forholder sig ligeledes eksplicit til *Hamburg-dommens* præmis 44, dog uden at nævne administrativt samarbejde. I stedet peger de på, at Domstolen fremhæver de ikke-kommercielle karakteristika.

<sup>106</sup> C-480/06 Stadtreinigung Hamburg, præmis 37

<sup>107</sup> Karsten Naundrup Olesen og Michael Steinicke, EU-retlige rammer for offentlig organisering af opgaverne, Ugeskrift for retsvæsen, 2010, side 4

<sup>108</sup> T-289/03, BUPA, præmis 168

<sup>109</sup> Grith S. Ølykke og Ruth Nielsen, EU's Udbudsregler – i dansk kontekst, 1. udgave 2015, side 435-436

<sup>110</sup> Ibid. side 432

<sup>111</sup> Ibid. side 432

<sup>112</sup> Rapport om modernisering af offentligt udbud (2011/2048(INI)), side 6

<sup>113</sup> Karsten Naundrup Olesen og Michael Steinicke, EU-retlige rammer for offentlig organisering af opgaverne, 4f

terer kontrakten besidder.<sup>114</sup> Mere uddybende lægger de vægt på Domstolens hensyntagen til, at kontrakten fungerer som et redskab for de lokale myndigheder til at sikre, at offentlige opgaver bliver udført. Yderligere finder de, at dommens præmisser (39-42) giver det overordnede indtryk, at kontrakten ikke var af en type, som private aktører kunne være interesserede i. Kontrakten indeholdt således en del karakteristika, som er specifik for netop forholdet mellem to afdelinger i en myndighed. At aftalen skal have karakter af administrativ organisering af aftaler, synes dog ikke direkte at kunne læses ud fra dette.

Koger man fageksperternes argumenter sammen, tyder det på, at horisontale samarbejder kan ses som en administrativ aftale. Altså snævres art. 12, stk. 4 ind, hvis man ligesom Grith S. Ølykke og Ruth Nielsen mener, at denne type aftaler alene sigter mod organisering af public service-opgaver. Kobler man dette samme med Christopher H. Bovis argumenter, vil han formentlig anerkende administrativ organisering, som en public service-opgave, da dette ligger i forvaltningen, og derfor ikke har indblanding af industriel karakter.

Fagekspertter synes dog, at være varierende i deres overbevisning om opfyldelse af kriterierne for samarbejde mellem ordregivende myndigheder afhænger af, om der er tale om en administrativ aftale. Men alle synes enige om, at aftalen om en public service-opgave kan ses i et indsnævret lys uden kommerciel værdi. Læser man art. 12, stk. 4 litra a og b, ligner den unægtelig EU-kommissionens noget bredere formulering af tjenesteydelser af almen interesse, altså almen økonomisk aktivitet og ikke-økonomisk aktivitet. Det bliver derfor interessant, at følge udviklingen på dette område.

#### 2.2.5.4 *Involvering af privat kapital*

Ser man på EU-Kommissionens opfattelse af samarbejde gennem art. 12, stk. 4 viser det sig, at det betragtes som værende horisontalt.<sup>115</sup> Præambelens betragtning 32, sidste afsnit må derfor forstås sådan, at den ordregivende myndighed kan indeholde private kapitalandele, og stadig falde uden for direktivets anvendelsesområde. Derfor må betragtningens lidt kryptiske formulering forstås sådan, at samarbejdsaftaler, hvor privat kapital er involveret kan accepteres, hvis denne kapital lever op til: "... *Alle andre betingelser i forbindelse med horisontalt samarbejde*".<sup>116</sup> Disse forpligtigelser må henvise til blandt andet samarbejde af hensyn til almenhedens interesser, med det formål at sikre gennemførelse af fælles public service-opgaver, uden at nogle private virksomheder opnår en favorabel situation. Dette synes der med at flugte med domspraksis.

Det fastslås i præambelens betragtning 32, at de ordregivende myndigheder gerne må indeholde privat kapital. Dette er dog i klar modsætning til den fortolkning, fagekspertter tidligere har givet udtryk for. EU-Kommissionens fortolkning af den ordregivende myndigheds mulighed for, at indeholde privat kapital i et sådant horisontalt samarbejde har ligeledes været afvisende for denne involvering.<sup>117</sup> Det kan derfor fremkomme nyt, at EU-lovgiver ikke er afvisende overfor privat kapitaldeltagelse, men tværtimod gennem denne betragtning accepterer den, så længe alle de øvrige betingelser er opfyldt.

At der øjensynligt ej heller stilles de samme krav til den private deltagelse, som der gør i resten af art. 12 (ikkekontrollerende og ikkeblokerende) gør det svært, at vurdere betragtning 32's omfang.<sup>118</sup> Betragtningen er derfor en signifikant forandring af den kendte retspraksis på området, hvor kravet har været at alle samarbejdspartnere var offentlige enheder uden privat kapital. Forfatteren finder det i den forbindelse svært, at forene både begreberne public service-aftaler mellem offentlig enhed med privat involvering, hvorfor EU-Kommissionens afvisning af privat kapital synes mest sandsynlig. *Hamburg-dommens* præmis 44 anfører, at samarbejdet alene må involvere offentlige myndigheder, uden involvering af privat part i kontekst af de karakteristika der gælder for en offentlig myndighed,

---

<sup>114</sup> Kristian Pedersen og Erik Olsson, *Commision v Germany – a new approach to in-house providing?* P.P.L..R. 2010, 1, side 42

<sup>115</sup> SEK (2011) 1169, Arbejdsdokument om anvendelse af EU-lovgivningen om offentlige indkøb på forbindelser mellem ordregivende myndighed ("offentligt-offentligt samarbejde"), side. 15

<sup>116</sup> Direktiv 2014/24/EU, præambel 32

<sup>117</sup> SEK (2011) 1169, Arbejdsdokument om anvendelse af EU-lovgivningen om offentlige indkøb på forbindelser mellem ordregivende myndighed ("offentligt-offentligt samarbejde"), side. 14

<sup>118</sup> Grith S. Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, 1. udgave 2015, side 438

hvilket ikke synes at udelukke medvirken fra en juridisk person, som i dens kendetegn og definition er en offentlig myndighed, bare med indhold af privat indskud.<sup>119</sup>

#### 2.2.5.5 Aktivitetskriteriet

Interessant er også ræsonnementet bag valget af det tilladte aktivitetsniveau på det åbne marked med mindre end 20 %. Altså, at deltagende myndigheder ikke er aktive på det frie marked med 20 % eller der over, hvad angår de aktiviteter der er relevante i forbindelse med aftalen. Art. 12, stk. 4 litra c berettigelse må findes i dens værn mod konkurrenceforvridning. I og med at den ordregivende myndighed øjensynligt gerne må indeholde privat deltagelse – hvis beføjelse findes i direktivets præambel 32 – sikrer denne artikels litra c, at begrænse den mulige favorable situation, en privat virksomhed kan opnå gennem accessorisk aktivitet på det åbne marked. Yderligere vil den også forhindre, at det offentlige organ gennem sin kontrakt, ikke markant generer det frie marked. Denne tilladelse går dog i nogen grad imod princippet om public service, hvis primære hensyn er af almen interesse altså modsat kommercielle. I forhold til dette underpunkt, gives der ikke noget svar på, hvorfor det er tilføjet. Forfatteren er af den overbevisning, at de 20 % må være analog til dem opremset i artikel 12, stk. 1 og 3. At EU-lovgiver har valgt ikke at udelukke accessorisk aktivitet med enheder, som ikke deltager i samarbejdet skal også ses i forhold til økonomisk fornuft.<sup>120</sup> Altså accepteres marginal aktivitet på det åbne marked, selvom denne kan stride imod almene interesser.

#### 2.2.5.6 Afrunding

Overordnet set har art. 12, stk. 4 været udsat for en del omformulering efter trilogforhandlingerne. Vender man således blikket mod EU-Kommissionens tidligere forslag ses det, at den etablerede aftale skulle bygge på et *ægte* samarbejde.<sup>121</sup> Det må forventes stadig at gøre sig gældende, nemlig at samarbejde mellem offentlige organisationer ikke vil være omfattet af artiklen, hvis den ene part blot anskaffer sig en service fra den modsatte part.<sup>122</sup> Med præambelens betragtning 33 for øje, må der således blot være tale om en simplificering af formuleringen, og ikke en egentlig ændring af reglerne.

Der synes stadig at være en del fortolkningsusikkerhed for, hvordan sammenkoblingen mellem retspraksis og art. 12, stk. 4 skal forstås. Især er der tvivl om, hvilke vurderingskriterier EU-Domstolen faktisk vil lægge vægt på i fremtidige sager. Med de gennemgåede mulige konsekvenser af art. 12, stk. 4 forekommer det ikke definitivt, at offentlig-offentlig samarbejder, forhindrer private aktører i at opnå en relativ konkurrencemæssig fordel.

Med indførelsen af horisontal samarbejder, som en undtagelse til udbudsreglerne kan det konkluderes, at der er kommet en større juridisk sikkerhed på området. Yderligere synes indførelsen af aktivitetskriteriet, at ligne et levn fra de vertikale bestemmelser, men ikke desto mindre nødvendig. Klarheden og modificeringen af reglerne har udvidet bestemmelsens omfang, til fordel for en mere fleksibel tilgangsvinkel.

Der er med samarbejdskriteriet skabt endnu en arbejdsmetode, hvorved offentlige organer kan indrette deres aktivitet således, at den normale udbudsprocedure kan undgås. Med aftaler mellem offentlige organisationer er der gjort op med, at in house kun kunne accepteres i det omfang, at det foregår gennem kontrol, som kunne sammenlignes med *Teckal-dommens* kontrolkriterier.

Et springende punkt for horisontale samarbejder, er det endnu udefinerede public service-begreb, som forekommer væsentligt i betragtningen af, om parternes aktivitet kan falde uden for udbudsdirektivets anvendelsesområde. Såfremt begrebet specifikt refererer til en bestemt administrativ metode at skulle håndtere opgaver på, synes dette ikke at begrænse samarbejdet væsentligt, da udtagelsen i forvejen er knyttet til at tilvejebringe opgaver for den offentlige administration. At medvirken i et sådant samarbejde ikke kræver ens bidrag, indikerer at nogle af parterne eksempelvis alene behøver at stille en

---

<sup>119</sup> Sue Arrowsmith, *The law of Public and Utilities procurement*, 3 udgave 2014, side 524. Modsat overbevisning findes i Janicke Wiggins, *Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector*, 2014, side 91

<sup>120</sup> *Ibid.* side 15

<sup>121</sup> KOM(2011) 896, forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, side 46

<sup>122</sup> Direktiv 2014/24/EU, præambel 33

efterspørgselsgaranti. Dette vil give en fleksibilitet i forhold til sammensætningen af enheder i samarbejdet.

### 2.2.6 Reglerne for beregningen af aktivitet – art. 12, stk. 5

*Teckal-dommens* virksomhedskriterie ses kodificeret i reglerne, som procentdelen af den aktivitet den kontrollerede enhed tilladeligt kan udføre på markedet, hvis den stadig ønsker sig undtaget af reglerne for udbud. Med andre ord skal den ordremodtagende enheds hovedsagelige aktivitet, her fastsat til mindst 80 %, udføres for den kontrollerende myndighed. Gennem retspraksis ses det, at hovedparten af aktiviteterne måles ud fra alle aktiviteterne, den kontrollerede enhed leverer. Således tages der hensyn til alle de aktiviteter, som enheden udfører som led i tildelingen. Netop dette kommer til udtryk i *Carbotermo-dommens* præmis 65-66, hvor det bliver slået fast, at vurderingen af aktivitet ikke bygger på, hvem der modtager ydelsen, men i stedet, om ydelsen leveres på baggrund af den ordregivende myndigheds beslutning. Identiteten af modtageren er for så vidt irrelevant, da det er de selvstændige aktiviteter, som selskabet udfører ved siden af den tildelte kontrakt med den ordregivende myndighed, som kun må være accessoriske. Såfremt en virksomhed ejes af flere myndigheder er det aktiviteten, som virksomheden udfører sammen med samtlige af disse ejere.<sup>123</sup>

Art. 12, stk. 5's beregningsmetode skal derfor ses i dette lys. Kvantitativt skal dette aktivitetsbaserede mål udgøre mere end 80 % af aktiviteterne. Den kvalitative beregning skal ske ud fra enten: den gennemsnitlige samlede omsætning, et hensigtsmæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål eller en troværdig beregning i tilfælde af, at de tre forudgående år ikke var relevante. Brugen af omsætning til at bestemme aktivitets niveauet stammer fra EU-Domstolens praksis, hvor der dog ikke er taget direkte stilling til, hvilket kriterium der skal bruges.<sup>124</sup> At der i *Teckal-dommen* ikke henvises til, hvilken metode der skal anvendes ved beregning af aktivitet, får Christine Stix-Hackl til at påpege, at omsætningen ikke nødvendigvis udelukkende skal tillægges betydning, yderligere italesætter hun muligheden for, at en beregning kan baseres på forventninger.<sup>125</sup> Det bør her pointeres, at omsætningen kan være et misvisende redskab til beregning af aktivitet grundet risikoen for krydssubsidiering.<sup>126</sup> Problematikken omkring netop omsætning som omdrejningspunkt for beregning af aktivitet vil blive uddybet i *afsnit 3.2.2.2*.

## 3 Kapitel – Udbudsdirektivets art. 12's samfundsøkonomiske påvirkning

Beslutningen om at tildele offentlige opgaver enten internt eller eksternt vil som oftest være en afvejning af fordele og ulemper mellem udlicitering og egenproduktion. Afvejningen sker både på grundlag af myndighedernes kompetencer og deres forpligtigelser, samt markedssituationen. Men det handler også om politiske hensigter, hvilket EU-Kommissionens 2020-strategi fra 2011 gør klart.<sup>127</sup> Her satte de i 2011 en offentlig høring i gang, med det formål at ændre udbudsreguleringen, hvorfor vision eksplicit blev fremlagt. Denne er baseret på tre sammenhængende og gensidige prioriteter: Udvikling af en økonomi baseret på viden og innovation, fremme en ressourceeffektiv og mere konkurrencedygtig økonomi samt fremme en økonomi med høj beskæftigelse. I denne vision spiller en modernisering af offentlig indkøb en vigtig rolle, som et af de markedsbaserende instrumenter, der kan anvendes til opnåelse af disse mål. Mere konkret bliver der blandt andet nævnt, at offentlige indkøb skal prioritere, at:

1. Forbedre rammebetingelserne for erhvervslivets innovationsmuligheder
2. Forbedre erhvervsklimaet, navnlig for innovative små og mellemstore virksomheder (SMV'er)

<sup>123</sup> C-340/04, *Carbotermo*, præmis 71

<sup>124</sup> Grith S. Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, 1. udgave 2015, side 439

<sup>125</sup> Forslag til afgørelse C-26/03, *Stadt Halle*, pkt. 96

<sup>126</sup> Grith S. Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, 1. udgave 2015, side 440

<sup>127</sup> Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb

Det ses, at innovation er en fremtrædende faktor. Det skyldes blandt andet en forventning om, at mere innovative løsninger udmunder i øget økonomisk vækst. Hvordan visionen skal effektueres besvarer EU-Kommissionen også. De lægger blandt andet op til, at offentlige indkøb i højere grad skal kunne substitueres fra in house produktion til private leverandører, da den væsentligste innovation finder sted i den private sektor.<sup>128</sup>

Efter afhandlingens gennemgående analyse af art. 12's omfang fremstår det klart, at rækkevidden for in house-tildelinger er forøget. Ligeledes er det blevet pointeret, at et samarbejde med en privat aktør i en in house-kontekst ikke længere er en umulighed. Beslutningen om hvorvidt en opgave skal varetages in house eller ex house, må med de nye regler derfor øge sandsynligheden for at opgaven beholdes internt. Et øget omfang af det interne samarbejde risikerer ifølge Dario Casalini, at snævre det indre marked ind, og derfor også reducere økonomisk vækst.<sup>129</sup> Med andre ord kan det umiddelbart synes at være et mismatch mellem hvad EU-Kommissionen ønsker at fremme, og hvordan de har udformet reglerne for offentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor.

Muligheden for at in house-kontrakter for fremtiden kan tildeles offentlige organer med et indhold af privat kapital, kan blandt andet ses som en mere fleksibel tilgangsvinkel til, hvad der kan lade sig gøre in house. Virkningen er, at et offentligt selskab i højere grad kan påtage sig at udføre opgaver, som de før ikke var i stand til eksempelvis grundet manglende specialviden. Fremadrettet vil disse opgaver øjensynligt kunne løses in house, hvilket må siges at flugte med EU-kommissionens vision, fordi erhvervslivet i nogen grad vil deltage, hvilket de ikke ellers ville. Dog kan en bi-effekt af dette være en forfordeling af nogle økonomiske aktører frem for andre, hvilket kan skævvride konkurrencen.

Der er på baggrund af den juridiske analyse lagt op til en grundig gennemgang af art. 12's sammenkobling med EU-kommissionens vision og de bagvedliggende økonomiske og samfundsøkonomiske efficiensbetragtninger. Overordnet set må det kunne antages, at direktivets ændringer handler om at maksimere det samfundsøkonomiske overskud. Dette sker her gennem regelændringer, som er motiveret ud fra et bredt hensyn om samfundsøkonomisk velfærd.

### 3.1 Det offentliges producer-eller-udliciter beslutning

Motivationen for et ordregivende organ om enten at tildele en kontrakt direkte (producere) eller outsource (udlicitere), beror på en lang række forhold. Et af disse er helt åbenbart, nemlig om ordregiver har muligheden for in house at levere det efterspurgte. I og med at denne omstændighed øjensynligt er forøget, må incitamentet til at anvende in house ligeledes være det. Med dette in mente er det interessant at vurdere hvordan offentlige organers strategi fremadrettet vil være i forhold til at tildele kontrakter.

Valget mellem egenproduktion og udlicitering af eksempelvis en ydelse beror på den konkrete situation. Der er dog varierende holdninger til hvilken af disse to muligheder, der er mest gavnlig for samfundet. Ofte hviler argumentet for at outsource på opfattelsen af, at offentlige instanser i sig selv er ineffektive og at der gennem ex house kontraktuddeling, som udgangspunkt vil sikres et minimum af omkostninger.<sup>130</sup> Således må det skulle forstås, at den private sektor opfattes som mere økonomisk vækstskabende og en stimulering af in house er i denne henseende ikke ønskværdig. Omvendt pointerer Trevor L. Brown blandt flere, at en udlicitering af offentlige kontrakter til private, plejer at ske på bekostning af centrale offentlige interesser.<sup>131</sup> Argumentet bygger derfor på hver sin hensyntagen til henholdsvis økonomiske og almenhedens hensyn. Begge påstandes sandhedsværdi skal diskuteres.

For det første er der ved en ex house-kontraktuddeling flere faktorer, som kan gøre det uhensigtsmæssigt for en offentlig sektor at vælge udlicitering, eksempelvis når de samlede transaktionsomkostnin-

<sup>128</sup> KOM(2011) 896, forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, s. 11

<sup>129</sup> Grith S. Ølykke, Carina R. Hansen og Christina D. Tvarnø, *Modernisation growth & innovation*, 1. udgave 2012, side 27f

<sup>130</sup> Ahmed Shafiqul Huque, *Contracting Out and Trust in the Public Sector: Cases of Management from Hong Kong*, 2005, side 69

<sup>131</sup> Trevor L. Brown, *Managing Public Service Contracts: Aligning Values, Institutions, and Markets*, 2006, side 323

ger overstiger gevinsten. Der er også visse opgaver, som det er helt naturligt, at den offentlige sektor tager sig af eksempelvis bløde velfærdsydelser, hvor garantien for tilstrækkelig god varetagelse og høj kvalitet er særdeles væsentlig.<sup>132</sup> Disse ligger typisk tæt op ad myndighedernes kernekompetencer, og selvom både private og offentlige kan producere ydelserne, kan førstnævnte have større tilskyndelse til at slække på kvaliteten af ydelsen for at tjene flere penge. En sådan opportunistisk adfærd kan resultere i utryghed hos borgerne, samt i højere priser relativt til kvaliteten, hvilket gør udliciteringen mindre økonomisk interessant end egen fremstilling.

Hvad angår argumentet om almene hensyn bør det gøres klart, at ikke alt hvad den offentlige myndighed køber ind har til formål at varetage en almen interesse, hvorfor bekymringen vedrørende private aktøres motivation ved forvaltning af disse offentlige opgaver kan synes irrelevant. Ydermere må det formodes, at virksomheder generelt ønsker en så god "track record" som muligt, så de også for fremtiden kan komme i betragtning ved en udlicitering. At slække på udførelsens kvalitet kan derfor være risikofyldt.

Om en kontrakt bør sendes i udbud, eller tildeles direkte er således ikke kun et juridisk spørgsmål, men i høj grad også en økonomisk balancegang. Det vil være afhandlingens formål at skabe en forståelse af, hvilke hensyn og økonomiske betragtninger, der kan ligge bag valget om, enten at opfylde en opgave internt eller købe den eksternt, samt hvordan disse påvirkes af art. 12. Fra et juridisk perspektiv bør der ligeledes nævnes, at medlemsstaterne er egenrådige til selv eller i fælleskab med andre at udføre de opgaver, som de ønsker gennem deres offentlige ejerskab, dog med øje for konkurrencereglerne.<sup>133+134</sup> Således er der ikke gennem EU-lovgivning nogen forpligtigelse til enten at favorisere ex house eller in house-kontrakttildelinger, hvilket giver myndighederne den skønsmæssige vurdering.

### 3.1.1 Bevæggrunde for udlicitering

At udlicitere refererer til den proces, hvor forvaltningen af en pålagt offentlig opgave beslutes, at skulle udføres af eksterne private virksomheder mod betaling fra det offentlige organ. Som det fremgår af ovenstående skitsering, er det ikke altid det mest gunstige valg, at tildele en kontrakt til private virksomheder. Dog er der i litteraturen en overvejende tilgang til at kontrakter udliciteres. Disse betragtninger bygger på deisen om, at når det er muligt bør udlicitering være den foretrukne strategi, fordi den private sektor er mest effektiv.<sup>135</sup> Muligheden for at vælge en ex house-tildeling, hvor det økonomisk er mest fordelagtigt, vil øjensynligt ofte være til stede. De væsentligste argumenter for hvornår en sådan strategi er mest effektiv skal derfor udpensles.

Først og fremmest skaber ex house-tildelinger positive effekter i forbindelse med konkurrencen i markedet, da offentlig udlicitering af opgaver forøger leverandørmarkedet, hvorfor en stigende grad af effektiv konkurrence kan opstå.<sup>136</sup> Det er netop dette ræsonnement, som er en af grundstenene i argumentet om at udgangspunktet bør være privatiseringen, altså at konkurrence fungerer som en drivkraft for produktivitet. Produktivitets Kommissionen påpeger, at konkurrence på markedet giver leverandørerne tilskyndelse til at introducere nye metoder og teknologi, hvorfor højproduktive virksomheder vil vinde markedsandele fra lavproduktive.<sup>137</sup> Desuden må argumentet for de positive effekter ved øget konkurrence bunde i mere værdi for pengene, hvilket også er EU-Kommissionens holdning. I en undersøgelse af næsten 13.000 EU-udbud, blev der fundet en positiv sammenhæng mellem besparelser relativt til de udgifter man forventede at have og et højt antal bud.<sup>138+139</sup> Således ses det, at antallet af bud generelt sænker prisen, og myndigheden ender ud med en besparelse. Konkurrencen fungerer derfor som en katalysator for bedre priser. Ved at købe produktet vil forventningen således være, at

<sup>132</sup> Produktivitets Kommissionen, Offentlig-privat samarbejde -analyserapport 6, 2014, side 11

<sup>133</sup> Albert Sanchez Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules, 2. udgave 2015, side 249-250

<sup>134</sup> C-295/05, Asemfo, præmis 65

<sup>135</sup> Steven Tadelis, Complexity, Flexibility, and the Make-or-buy Decision, side 433

<sup>136</sup> Office of Fair Trading, Assessing the impact of public sector procurement on competition, 2004, side 20

<sup>137</sup> Produktivitets Kommissionen, Offentlig-privat samarbejde -analyserapport 6, 2014, side 10

<sup>138</sup> Europa-Kommissionen, Price comparison – measuring Competition, Savings and their Interlink, 2008 og Konkurrencestyrelsen, konkurrenceredegørelse 2009, side 88f

<sup>139</sup> En diskussion af den anvendte statistiske metode ligger uden for afhandlingens rammer, hvorfor der tages forbehold for dette.

omkostningerne forbundet hermed samlet set er lavere grundet den åbne konkurrence. Således er det i det offentlige interesse at bevare en høj konkurrence på markedet, da det også sikrer, at den samlede produktivitet i samfundet stiger.<sup>140</sup>

En anden faktor, der taler for udlicitering findes i situationer, hvor mængden af de offentlige opgaver inden for et givent område er udsat for stor variation. Hvis efterspørgslen af en vare eller ydelse er uregelmæssig, vil det oftere være en fordel at tildele en sådan til en virksomhed, da det er mindre omkostningstungt, at forny en kontrakt, end det er løbende at skulle hyre og fyre medarbejdere i organisationen.<sup>141</sup> Denne argumentation bygger følgelig også på en overvejelse, om man ønsker variable eller faste omkostninger i en given situation. En udlicitering vil derfor kunne konvertere faste udgifter til variable, hvorfor der ved svingende efterspørgsel kan ske en reducere af omkostninger og samtidig en frigivelse af midler til brug andet sted.

Yderligere påpeges det, at opgaver med et ekstraordinært kompleksitetsniveau eller arbejdsområder, hvor offentlige instanser kan have mere vanskeligt ved at tiltrække de nødvendige kompetencer, er udlicitering det bedre valg. Dette kunne forekomme i situationer, hvor den offentlige instans skal have løst branchespecifikke opgaver, og derfor behøver specifikke færdigheder.

Samlet set synes disse kort gennemgåede faktorer alle at sigte på argumentet om, at tildelingen af kontrakten bør bygge på, hvad der er mest økonomisk værdiskabende. Dette skyldes i høj grad, at drivkraften i en privat virksomhed er profitmaksimering, hvilket ikke synes uforeneligt med EU-Kommissionens ønske om, at maksimere udbyttet af offentlige indkøb gennem markedsintegration.<sup>142</sup>

### 3.1.2 Bevæggrunde for egenproduktion

At benytte private aktører til at levere ydelser og varer for det offentlige er almindeligt kendt. Der kan være mange årsager til at vælge at købe en ydelse, og ofte er det med en forventning om at opnå mest kvalitet for pengene. Det kan dog være svært at måle og sammenligne kvalitet. Det kan ligeledes være vanskeligt at vurdere den endelige pris på en udlicitering inden beslutningen om ex house- eller in house-tildeling. En af de største problematikker findes i estimeringen af, hvilke transaktionsomkostninger der kan være forbundet med valget. Til at vurdere disse potentielle omkostninger vil beslutningen blandt andet anskues i forhold til vertikal integrationsteori, da denne er baseret på ”make-or-buy” beslutningen.<sup>143</sup> Fordi behovet for ydelsen stammer fra en offentlig myndighed er der flere parametre, der skal tages med i overvejelserne, når en kontrakt skal tildeles. Det være sig interessekonflikter og almene hensyn samt en sikring af, at man ikke ødelægger konkurrencestrukturen og dermed servicekapaciteten på et givet marked. Til at vurdere en interessekonflikts transaktionsomkostninger vil principal-agent konflikten<sup>144</sup> blive anvendt, da dette er en fundamental årsag til netop sådanne udgifter.

Yderligere er der som antydte visse velfærdsydelser, hvor følsomheden over for en lav kvalitet er særdeles stor, hvorfor det af almene hensyn kan være mere hensigtsmæssigt at varetage opgaven in house. Slutteligt kræver visse opgaver et bredt tværgående samarbejde mellem flere offentlige instanser, hvorfor in house-produktion er nødvendigt.<sup>145</sup>

Transaktionsomkostningerne fungerer således som en modvægt til den påståede effektivitetsgevinst ved ex house-kontrakttildelelse. Generelt må det antages at situationer, hvor transaktionsomkostningerne er højere ved en udlicitering, vil egenproduktion blive foretrukket

#### 3.1.2.1 Vertikal integration – assets specificity og assured supply

I forbindelse med bevæggrunde for at vælge egenproduktion, findes op til flere argumenter med rod i vertikal integrationsteori, omhandlende overvejelser om, hvilke aktiviteter der bør bringes inden for i

<sup>140</sup> Produktivitets Kommissionen, Offentlig-privat samarbejde -analyserapport 6, 2014, side 10

<sup>141</sup> S. Fernandez., C. Smith., & J. Wenger, Employment, Privatization, and Managerial Choice: Does Contracting Out Reduce Public Sector Employment? 2007, side 59

<sup>142</sup> Grith S. Ølykke, Carina R. Hansen og Christina D. Tvarnø, Modernisation growth & innovation, 1. udgave 2012, side 110

<sup>143</sup> John L., John O.S.W., John G, Industrial organization, 4. Udgave, 2013, side 589

<sup>144</sup> Francis Amagoh, Information Asymmetry and the Contracting Out Process, 2009, side 3

<sup>145</sup> Produktivitets Kommissionen, Offentlig-privat samarbejde -analyserapport 6, 2014, side 11

virksomhedens forsyningskæde, og hvilke af virksomhedens aktiviteter der bør varetages eksternt.<sup>146</sup> Teorien finder sit udgangspunkt i data lavet på baggrund af private aktører.<sup>147</sup> Ikke desto mindre er forfatteren af den overbevisning, at visse af teoriens betragtninger også kan tages med, når en offentlig virksomhed skal vælge netop integrationsniveauet (in house- eller ex house-tildeling).

I antagelser om, hvornår det kan være mest fordelagtigt, at have udførelsen af en opgave i et kontrolleret datterselskab fremfor i en ekstern virksomhed vil især to argumenter være relevante at fremhæve. Det drejer sig om "assets specificity" og "assured supply". Førstnævnte handler i høj grad om det afhængighedsforhold, der opstår når en offentlig virksomhed entrerer med en ekstern virksomhed omkring en opgave. Her kan myndigheden i visse situationer være nødsaget til, i en vis mængde, at investere i aktiver for overhovedet at være i stand til at entrere med udbyderen. Her kan eksempelvis nævnes, at myndigheden nødvendigvis skal besidde ekspertise for overhovedet at være i stand til at modtage produktet. Med en investering i sådanne specifikke aktiver kan der opstå et hold-up-problem. Herved forstås, at den offentlige virksomhed i højere grad gøres afhængig af udbyderen, hvorfor der i samme ombæring skabes en adgangsbarriere for andre virksomheder.<sup>148</sup> Afhængighedseffekten gør det relativt dyrere at vælge andre leverandører, hvorfor der skabes et motiv for et senere samarbejde. Dette vil den private virksomhed udnytte gennem opportunistiske tiltag, som gør, at den offentlige instans ved fremtidige kontrakter ender med at betale en overpris for produktet. Omkostningerne for en sådan afhængighed er ifølge Oliver E. Williamson en funktion af aktivitetens særegenhed.<sup>149</sup> At en myndigheds specifikke investering er rettet mod blot én leverandør øger derfor udgifterne. Derfor kan det være en fordel at varetage sådanne opgaver in house.

Yderligere kan der forekomme situationer, hvor der i realiteten kun findes meget få aktører, hvilket både kan gøre, at konkurrencen er svag og ikke-attraktiv, men det kan også afføde en stigende risiko for utilstrækkelig kvalitet. Sidstnævnte relaterer sig til teorien om assured supply. Her vil risikoen ligge i, at den private leverandørs ydelser forsvinder fra markedet, hvilket vil være yderst problematisk, hvis virksomheden var den eneste, som var i stand til at levere den nødvendige servicekvalitet. En vertikal integrering af aktiviteten reducerer derfor risikoen for ydelsens potentielle forsvinden.

### 3.1.2.2 Egenkontrol

I forlængelse af ovenstående må en væsentlig faktor for valget af in house være muligheden for egenkontrol. Ved at beholde en kontrakt in house fjernes interessekonflikten mellem leverandør og modtager, da in house-konstellationen normalt foregår inden for samme juridiske person. Art. 12, stk. 4 anses ligeledes som en in house samarbejdsform. Også her synes kontrol- og samarbejdskravene derfor at indkapsle fælles interesser og således også affeje interessekonflikten. En udlicitering vil i høj grad være ensbetydende med en overdragelse af kontrolrettigheder til den private virksomhed. Heri ligger derfor også overvejelse, om den aktuelle kontrakt er af en sådan karakter, at det offentlige organ tør slippe kontrollen, og der med også den direkte udførelse af opgaven. I forlængelse af dette kan man rette blikket mod Keanes argumenter. Han peger på, at opgaver der i væsentlig grad eller mængde ligger op ad den offentlige myndigheds kernekompetencer, eller politiske område bør varetages af organisationens egne tjenestegrene.<sup>150</sup> Især lægges der her vægt på, at nogle opgaver er af en sådan karakter, at det kun er offentligheden som bør varetage dem. Dette argument bunder i, at private virksomheder eksempelvis kan være truet af konkurs, eller at de blot tænker kortsigtet, hvilket tilskynder en slækkelse på kvaliteten af ydelsen.<sup>151</sup>

Yderligere negative eksternaliteter kan findes i borgernes tillid, eller mangel på samme til den private leverandørs pålidelighed. Her kan blandt andet tænkes, at borgerne kan føle sig usikre på private virksomheders håndtering af personfølsomme oplysninger. Derfor kan en, på papiret perfekt løst opgave,

<sup>146</sup> Jay Barney, *Gaining and Sustaining Competitive Advantages*, 2014, side 161

<sup>147</sup> Teorien bygger på R. H. Coase, "The Nature of the Firm" omhandlende, hvorfor virksomheder eksisterer.

<sup>148</sup> John L., John O.S.W., John G, *Industrial organization*, 4. Udgave, 2013, side 589

<sup>149</sup> Michael H. Riordan og Oliver E. Williamson, *Assets specificity and economic organization*, IJIO, 1985, side 365

<sup>150</sup> Keane, C., Mrax, J., Ricci, E., & Barron, G., *The perceived impact of privatization on local health departments*, 2002, side 1179

<sup>151</sup> Produktivitets Kommissionen, *Offentlig-privat samarbejde - analyserapport 6*, 2014, side 11

af den eksterne leverandør alligevel skabe en disnytte hos dem, der gør brug af ydelsen. Det må derfor skulle forstås sådan, at både personfølsomme opgaver og manglende redskaber til at kunne måle virksomhedens præstation er en vigtig indikator for egenproduktion.

### 3.1.2.3 *Principal-agent problematikken*

Det skal pointeres, at udgangspunktet for hvordan og hvorfor en beslutning bliver taget, er forskelligt for offentlige organer og for private virksomheder. Grundantagelsen er, at private aktører er profitmaksimerende, hvor myndigheder har en bred vifte af økonomiske, politiske og sociale formål som skal tilgodeses, hvorfor økonomisk effektivitet ikke altid er en topprioritet. En offentlig instans forpligtelser over for offentligheden, og de private virksomheders effektivitets tilgang til varetagelse af opgaver gør derfor principal-agent problematikken til et væsentligt overvejsesmoment. Den offentlige instans bør nøje betragte eventuelle incitamenter fra leverandøren, om at begå enten ”moral hazard” og/eller ”adverse selection”.

Principale-agent-teorien benyttes til at analysere interessekonflikter. I et udbudsretligt øjemed opstår konflikten, når et offentligt organ (principalen) tildeler en kontrakt til en ekstern udbyder (agenten). Teorien bygger således på det samarbejdsforhold, der opstår når en opgave udliciteres. Principalen er afhængig af agentens udførelse af opgaven, men er i varierende grad uinformeret om både agenten og selve udførelsens kvalitet (asymmetrisk information). Agenten vil i videst muligt omfang agere ud fra egne interesser, og da denne er den informerede part, risikerer principalen at få mindre for pengene grundet agentens opportunistiske adfærd.

Parternes deltagelse i samarbejdet sker grundet individuelle målsætninger, som ikke nødvendigvis flugter med hinanden. Ved informationssymmetri vil agenten handle efter principalens ønsker, men er dette ikke tilfældet vil agenten udnytte denne situation på bekostning af principalen. Således opstår der et spillerum for opportunistisk adfærd i situationer, hvor der er varierende vidensspænd mellem køber og leverandør. Den asymmetriske information principalen og agenten imellem kan derfor munde ud i væsentlige omkostninger for myndighederne. *Moral hazard* og *adverse selection* er de typer som asymmetrisk information opdeles i.<sup>152</sup> *Moral hazard* opstår *efter* kontrakten er blevet indgået og udmønter sig i principalens manglende evne til at føre tilsyn med agentens aktiviteter.<sup>153</sup> *Adverse selection* problematikken ligger i at principalen ikke er i stand til at vurdere agentens baggrund, motivation og faktisk kunnen. Mængden af transaktionsomkostninger falder derfor både tilbage på principalens manglende evne til dels at skelne mellem udbyderne *inden* kontrakttildelingen<sup>154</sup>, til dels grundet agentens bevidste tilbageholdelse af oplysninger om dens faktiske fagkundskaber, samt principalens manglende viden *under* udførelsen af opgaven grundet produktets grad af særpræg.

Interessekonflikten fremkommer i de tilfælde, hvor udbyderen er relativt bedre vidende inden for det udbudte område, hvorfor det kan være vanskeligt for principalen at vurdere agentens præstation og kvalifikationer. Dette betyder således, at der er en asymmetrisk information principalen og agenten imellem, og at sidstnævnte derfor motiveres til at handle opportunistisk. Heri ligger blandt andet, at private aktører handler med profit for øje, og derfor vil de, hvis det er økonomisk fordelagtigt, favorisere deres egne interesser over den offentlige myndighed.<sup>155</sup> Graden af den asymmetriske information påvirker således sandsynligheden for, at agenten kan optræde opportunistisk. En konsekvens af dette er øgede transaktionsomkostninger, som er omkostninger der opstår, når agenten handler efter egeninteresse, og derfor slækker på udførelsen inden for de områder, hvor principalen har svært ved at føre effektiv kontrol. Med andre ord vil principalen ikke opnå samme værdi for pengene i de tilfælde, hvor det økonomisk set er en fordel for agenten at sænke kvaliteten, men stadig få den samme betaling. Disse transaktionsomkostninger dækker således over alle de agentudgifter, der kan associeres med potentiel eller faktisk opportunistisme, samt de nødvendige tilsynsordninger, som er foretaget for at

---

<sup>152</sup> Robin Gauld, *Principal-Agent Theory and Organisational Change*, 2007, side 3

<sup>153</sup> *Ibid.* side 3

<sup>154</sup> *Ibid.* side 3

<sup>155</sup> Francis Amagoh, *Information Asymmetry and the Contracting Out Process*, 2009, side 3

sikre at leverandøren opfører sig som forlangt.<sup>156</sup> Her ses netop koblingen mellem moral hazard og principal-agent teorien.

Udfærdigelsen af en udliciteringskontrakt sker ex ante, og en forudgående undersøgelse af markedet, som skal sikre informationssymmetri, altså en komplet og fuldstændig kontrakt, anses i praksis for umuligt. Stræben herefter kan blive så høj, at udarbejdelsesomkostningerne i sidste ende ikke modsvarer værdien af det indkøbte produkt. Går man derfor et skridt tilbage i tildelingsprocessen, vil eksistensen af asymmetrisk information altid kunne fordreje principalens mulighed for, at verificere agentens faktiske evner til at varetage en kontrakt. Denne anskuelse er som nævnt kendt som adverse selection og pointerer ligesom moral hazard-teorien, at principalen, inden et udbud har et behov for viden om det ønskede produkt. Eksempelvis ved køberen(principalen) ikke nødvendigvis om sælgeren(agenten) producerer produkter af høj eller lav kvalitet. Således pointerer begrebet adverse selection, at det kan være vanskeligt for principalen at vurdere agentens færdigheder forinden kontrakttildelingen. Myndigheden kan i denne situation trække på agentens tidligere præstationer, da disse i nogen grad signalerer agentens faktiske evner.

### 3.1.2.3.1 Redskaber til at minimere opportunistisk adfærd

Principal-agent teorien illustrerer begge parterens interesser. I grove træk ønsker principalen, at kvaliteten er som forventet, mens agenten vil slække på kvaliteten i tilfælde af, at der ikke er informationssymmetri for at tjene flere penge. Ringe kendskab til det udbudte område, en utilstrækkelig kontrakt og vanskeligt tilsyn med agenten besværliggør derfor koblingen af disse interesser.<sup>157</sup> Det skyldes igen den bagvedliggende tanke om, at agenten vil træffe beslutninger, der fremmer eget bedste på bekostning af principalen. Ifølge Ahmed S. Huque er det umuligt at eliminere agentens forsøg på at udnytte sin situation, og den kun kan minimeres ved at have sikret netop at principalen er informeret i videst mulig omfang.<sup>158</sup> Med andre ord lægges der op til, at streng kontrol med agenten er en nødvendighed for at sikre mest værdi for pengene. Men en tæt overvågning er i sagens natur ikke gratis, hvorfor det offentlige organ med et sådan tilsyn pålægger sig en ekstra omkostning, der måske ikke modsvarer den øgede pris, som virksomheden gennem sin opportunistiske adfærd ville have erhvervet sig.

Indskrænkningen af virksomhedernes opportunistiske adfærd er efter forfatterens mening, ikke alene begrænset af den ordregivende myndigheds viden om markedet og dens tilsynsmuligheder. En høj konkurrence efter kontrakten vil alt andet lige trække muligheden for at forlange merpris relativt til kvalitet ned. Sandsynligheden for at træffe et ikke-optimalt valg (adverse selection) vil skrumpes, da agentens tidligere referencer i nogle tilfælde vil kunne afsløre dennes faktiske kvalitet. Yderligere vil konsekvensen ved at blive opdaget i at have udført en opgave ineffektivt, på længere sigt betyde et fravalg, hvilket må svække incitamentet for moral hazard.

I nogen grad hviler disse redskaber dog stadig på, at en ordregiver er i stand til at identificere mængden af leverandører, der kan varetage opgaven, og at de, i tilfælde af en mangelfuld opgaveudførelse, rent faktisk bliver opmærksom på dette. Er konkurrencen lav synes sandsynligheden for opportunistisk adfærd at være høj. Dette skyldes både, at en høj pris ikke i samme grad kan presses ned, og fordi sandsynligheden for at en alternativ leverandør kan varetage kontrakten mere effektivt er mindre. Ydermere rykker en høj konkurrence ved agentens mulighed for at kunne fremstå mere kvalificeret, end hvad der faktisk er tilfældet. Frygten for de fremtidige konsekvenser ved at blive opdaget i at være ineffektiv vil ligeledes få større konsekvenser, da det er nemmere at substituere til en ny leverandør. Afslutningsvis, må en høj konkurrence også forventes at indvirke positivt på, hvor svært det er at danne sig et overblik over markedet. Ved konkurrence på markedet må principalen således nemmere kunne få en idé om de omkostninger, der vil være forbundet med en ex house-tildeling.

---

<sup>156</sup> Francis Amagoh, *Information Asymmetry and the Contracting Out Process*, 2009, side 6

<sup>157</sup> Ibid. side 6

<sup>158</sup> Ahmed S. Huque, *Contracting Out and Trust in the Public Sector: Cases of Management from Hong Kong*, 2005, side 71

### 3.1.3 Afrunding

Som offentligt organ er man pålagt almene hensyn, men også en pligt til at få mest værdi for forvaltningen af skatteydernes penge. Som nævnt er der en gennemgående holdning om, at det kun er opgaver, som ligger inden for myndighedens kerneaktiviteter, der bør tildeles internt. Her vil myndigheden nemlig være kompetent til at påtage sig kontrakten, da de vil fungere som en effektiv aktør. Omvendt må tanken nødvendigvis også være, at alle andre opgaver bør varetages af den private sektor. Gennemgangen har dog vist, at en sikkerhed for centrale offentlige interesser, graden af asymmetrisk information og henholdsvis den nuværende og fremtidige konkurrence i markedet, også bør vægtes i beslutningen om en kontrakttildelelse. Især synes tanken om at skulle udlicitere branchespecifikke opgaver, at have særdeles modstridende argumenter. Både den vertikale integrationsteori og principal-agent teorien påpeger igen og igen, at områder hvor principalen ikke har evnen til hverken at vurdere leverandørerne inden tildelingen, eller føre tilstrækkeligt løbende tilsyn vil hæve transaktionsomkostningerne. Yderligere beskrives netop disse specialiserede opgaver ofte som værende udsat for en lav konkurrence, hvorfor prisen i forhold til kvaliteten vil være høj. På den anden side, vil det være utrolig dyrt, og måske endda umuligt for principalen at tiltrække ressourcer og viden til selv at producere. Netop derfor foreslår Oliver E. Williamson, at lejlighedsvis behov for sådanne ydelser bør findes *ex house*, hvorimod tilbagevendende fornødenheder af denne karakter bør integreres *in house*.<sup>159</sup>

Det offentlige besidder, grundet sin størrelse, en stor købekraft som markedet har interesse i at komplettere gennem de ydelser/varer, de stiller til rådighed. Myndighederne har derfor interesse i at sikre konkurrencen leverandører imellem. Således vil det ikke være ønskværdigt at tildele en kontrakt til en leverandør, som gennem denne vil opnå en fremtidig monopollignende stilling. Det skyldes især det førnævnte argument om hold-up-problemet. Dette kunne gøre myndigheden afhængig af denne ene leverandør, som yderligere vil agere opportunistisk. Myndighederne skal derfor ikke kun varetage sine kernekompetencer, men også i nogen grad have øje på at sikre konkurrencen i markedet med det formål, at opnå mest værdi for pengene – også på længere sigt.

Med art. 12's udvidende beføjelser pålægges der i højere grad myndighederne et ansvar for, at forvalte og træffe de bedst mulige beslutninger. Det bunder i den øgede mulighed for, at kunne anvende *in house*, hvorfor myndighederne ikke i samme grad er tvunget ud på markedet. Med andre ord, så har myndigheden i højere grad mulighed for at fungere, som konkurrent til dens potentielle leverandører. Effekten heraf er, at private virksomheder, til trods for den lave konkurrence på markedet, alligevel er nødsaget til at være effektive, i og med at behovet for deres levering er skrumpet. En sådan form for trussel vil munde ud i, at virksomhederne bliver nødt til at levere en fornuftig kvalitet. Flexibilitet for offentlige organer kan derfor også skabe en øget konkurrence på et ellers konkurrenceforladt marked, hvilket er en positiv effekt set med samfundsøkonomiske briller.

### 3.2 Konsekvenser ved tilladelse af privat deltagelse i en *in house*-tildeling

Muligheden for, at der kan tildeles en kontrakt direkte fra en kontrollerende myndighed til en *in house*-enhed med besiddelse af privat kapital, er et decideret retnings skift fra, hvad der tidligere er blevet tilladt. Ser man på Europa-Kommissionens arbejdsdokument og således dens forslag til, hvordan reglerne for *in house* burde udformes, er der gang på gang oplyst, at en af betingelserne for, at der kan ske direkte tildeling af en kontrakt er, at *der ikke er nogen privat deltagelse i den kontrollerede juridiske person*.<sup>160</sup> Det samme blev slået fast af EU-Domstolen i *Stadt Halle-dommen*, hvor det blev udelukket, at der kunne være tale om en *in house*-situation, da kontrol ikke ville være muligt, når den kontrollerede enhed havde private medejere.<sup>161</sup> I samme dom blev der udpeget to hovedårsager til at afvise en sådan tildeling. For det første forfølger og styres private virksomheder af private formål, hvorimod en offentlig myndighed forfølger almene formål. For det andet ville en sådan direkte tildeling stride mod målsætningen om en fri og ufordrejet konkurrence, samt ligebehandling af de interesserede parter.

<sup>159</sup> Oliver E. Williamson, *The economic institution of capitalism: firms, markets, relational contracting*, The Free Press, 1985, side 79

<sup>160</sup> KOM(2011) 896, forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, side 45f

<sup>161</sup> C-26/03 *Stadt Halle*, præmis 49-51

Det vil være dette afsnits formål, at udpege og belyse de konkurrencemæssige konsekvenser, som kan opstå grundet art. 12's tilladelse af privat kapital ved en in house-tildeling. Hvad reglerne fører med sig af enten samfundsgavnige effekter gennem sine nu mere fleksible forhold til privat deltagelse, eller om konkurrencen i markedet forvrides i en uhensigtsmæssig grad, vil blive diskuteret.

Overordnet set synes EU-Kommissionen med det nye direktiv, at have tillagt en mere liberal holdning til in house-reglerne. Således har man valgt at lægge snittet for, hvornår privat deltagelse ved en in house-tildeling kan accepteres, noget anderledes end tidligere set. Der er i analysen af artiklen flere steder blevet gjort opmærksom på eventuelle implikationer, som kan stille en privat tjenesteyder i en mere fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter. Ligeledes er der pletvis blevet pointeret mulige markedsforstyrrende og samfundsgavnige momenter ved artiklens rækkevidde. Disse fremhævelser vil nu blive taget under lup til brug for denne diskussion.

### 3.2.1 Flexibel kontrakttildelelse – samfundsgavnlig effekt?

Fleksibiliteten i sammensætningen af kapital for både det ordregivende og det ordremodtagende organ strækker sig nu til, at begge parter kan bestå af både offentlig og privat kapital uden at udbudsreglerne bliver aktiveret.<sup>162</sup> Ved at tillade en mere vidtrækkende brug af privat kapital, vil der efter forfatterens mening blive skabt nogle anderledes løsninger af de tildelte in house-opgaver.

Førhen har myndighederne i visse tilfælde været tvunget til at udlicitere eller slække på kvaliteten af opgaveudførelsen, da de ikke i tilstrækkelig grad kunne løfte opgaven selv. Ved at kunne lave en in house-tildeling til offentlige organer med privat deltagelse, mindskes sandsynligheden for enten at sænke kvaliteten eller tvangsudlicitere. På den måde kan det private erhvervsliv i nogen grad blive mere involveret i opgaver de ellers ikke ville have haft adgang til. Omvendt risikerer de kun at få tildelt en brøkdel af kontrakten i forhold til hele kontrakten ved en tvungen udlicitering.

Ræsonnementet bag art. 12 må efter forfatterens overbevisning både ligge i hensynet til myndighedernes mulighed for at organisere sig, og en forventning om synergieffekter gennem nye samarbejds-konstruktioner. Med andre ord ønskes det ikke, at in house-reglerne skal bremse forskellige typer af samarbejder, også selvom det i nogen grad udvander tidligere domspraksis. Dette spejler også meget godt den bekymring, General Advokat Trstenjak havde i forhold til *Coditel-dommen*, nemlig at der kunne opstå den uhensigtsmæssige situation, hvor alment nyttige opgaver ville blive tvunget i udbud.<sup>163</sup> Med mulighed for at undgå et udbud, men stadig opnå private aktørs ekspertise underbygges hendes pointer om, at medlemsstaterne på denne måde kan sikre selvstændig forvaltningsret og dermed også deres kompetencer. Direktivet beskriver også i art. 1, at dette ikke skal berøre friheden til at bestemme, hvordan tjenesteydelser skal organiseres. Synergieffekten kan eksempelvis findes i den situation, hvor det offentlige organs datterselskab besidder en lang række af kompetencer, dog stadig med få mangler til at kunne løfte den tildelte opgave selv. Her kan private virksomheder komplettere den manglende færdighed. Det er nemt at forestille sig, at især SMV'er aldrig ville have fået muligheden for at byde ind på en opgave, hvor samtlige elementer skulle udføres. Dog kan de komplettere den samlede opgave med en unik viden, om netop den specifikke del myndigheden mangler. Derfor skabes der gennem nedbrydningen af barriererne en adgang og derfor også en synergieffekt, som ikke før har været til stede. Dette harmoniserer med EU-Kommissionens ønske om at stimulere og imødekomme SMV'erne. Et af formålene med revideringen og moderniseringen af den lovgivningsmæssige ramme for offentlige kontrakter var netop at gøre dem mere fleksible,<sup>164</sup> hvor det især var vigtigt, at SMV'erne skal have nemmere adgang til disse kontrakter. Den bagvedliggende tankegang er, at offentlige kontrakter kan fungere som løftestang for blandt andet et innovativt indre marked,<sup>165</sup> hvilket EU-Kommissionen finder, at være lig med øget økonomisk vækst. Synergiens faktiske effekt, hviler dog stadig på graden af den mulige indblanding en privat aktør må have, hvilket leder tilbage til dis-

---

<sup>162</sup> Direktivet 2014/24/EU, artikel 12 og betragtning 32, samt Janicke Wiggen, Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector, 2014, side 85f

<sup>163</sup> Forslag til C-324/07, *Coditel Brabant*, pkt. 83

<sup>164</sup> COM(2011) 205, "Twelve levers to boost growth and strengthen confidence", side 19

<sup>165</sup> *Ibid.* side 19

kussionen i *afsnit 2.2.2.4.1* om, hvilken rolle en privat aktør faktisk får lov at spille i et sådan datterselskab.

Samarbejdskonstruktionerne bestående af blandet kapital, danner således grundlag for en mere innovativ udførelse af opgaver, som ellers kun ville være blevet varetaget af offentligheden. Således vil en økonomisk mere effektiv håndtering frembringe et bedre slutprodukt, og det private erhvervsliv opnår en adgang til et marked, de ikke før kunne blive en del af. Derfor danner art. 12's fleksible kontrakttildelelse et samfundsgavnligt potentiale. Afsnit 3.1.2.1's pointering af mulige problematikker ved et afhængighedsforhold til en privat leverandør står dog i en vis grad i kontrast til innovationen og synergieffekterne. Yderligere vil afsnittet nedenfor påpege mulige konkurrenceforvridende aspekter af art. 12's fleksibilitet.

### 3.2.2 Flexibel kontrakttildelelse – konkurrenceforvridende?

Der vil her blive fokuseret på to elementer, som kan være med til at forvride konkurrencen på det åbne marked: for det første de potentielle spill-over effekter en virksomhed kan opnå i relation til in-house-tildelingen, og for det andet kriterierne for de sideløbende aktiviteter den kontrollerede enhed må udføre og stadig kunne opfattes som en in-house-enheds.

#### 3.2.2.1 Spill-over effekter

Muligheden for at offentlige kontrakter tildeles direkte, på trods af privat deltagelse, afføder også muligheden for direkte at tildele en konkurrencemæssig fordel. Dette er det helt klare billede i litteraturen, hvor de nye tiltag udløser reaktioner, som "*negativ chokeffekt*"<sup>166</sup> og "*et vildspor, som skaber en signifikant risiko for konkurrenceforvridning*".<sup>167</sup> Rigtigheden af disse kommentarer vil blive undersøgt med baggrund i den juridiske analyse af art. 12. Formuleringen af art. 12, stk. 1, litra c, stk. 2 og stk. 3, litra c, synes at være forholdsvis vidtrækkende, og ikke i samme grad som tidligere knyttet op på en konkurrencemæssig tilgangsvinkel. Dette afsnit vil udpege, hvornår konkurrencen kan blive fordrejet, som konsekvens af in-house-tildelingen.

At en privat aktør kan tilegne sig en in-house-tildeling kan ødelægge konkurrencen på op til flere måder. Den tildelte aktør vil blandt andet nyde godt af det kontinuerlige flow af efterspørgsel efter sin arbejdskraft. Samtidig vil tildelingen have en positiv effekt på virksomhedens muligheder, for at udføre andre opgaver i det åbne marked. Her tænkes ikke i væsentlig grad på den betaling der finder sted, men nærmere muligheden for at tilegne sig ny viden både om produktet, og om den faktiske efterspørgsel fra markedet. Samtidig kan der være omkostningsbesparelser forbundet med tildelingen, da virksomheden til fulde vil kunne udnytte sit produktionsapparat, altså dens kapacitet. Desuden anses den finansielle risiko ved at indgå i et samarbejde med en offentlig myndighed for lav, da denne altid vil sikre betaling til tiden.<sup>168</sup> En sådan sikkerhed vil alt andet lige holde omkostningerne for sikring af betaling nede og således skabe muligheden for at løbe en større risiko på andre af virksomhedens markeder.

Grith S. Ølykke og Cecilie F. Andersen påpeger, at det etablerede samarbejde vil kunne effektuere fremtidige aftaler, da man nu er en kendt aktør på området, og derfor et potentielt positivt image.<sup>169</sup> Med andre ord skabes der en positiv spill-over effekt på både den nyvundne know-how, men også på anseelsen fra andre mulige udbydere. I forhold til førstnævnte findes fordelene i, at denne viden vil blive udvekslet internt i virksomheden, og vil således kunne udnyttes af hele organisationen. Her kunne det eksempelvis tænkes, at virksomheden kunne inspireres til at tilpasse og implementere lignende arbejdsgange eller produktionsmetoder, hvilket potentielt kan gavne deres fremtidige produktivitet. I forhold til anseelse kan spill-over effekten opstå ved fremtidige tilsvarende opgaver, hvor de med in-house-tildelingen kan opnå en status, hvor den tidligere opgave vil fungere som en solid reference, hvilket kan sikre kommende opgaver hos andre udbydere. Samtidig vil dette også kunne gøre sig gæl-

<sup>166</sup> Charles M. Clarke, The CJEU's evolving interpretation of "in-house" arrangements under the EU Public Procurement rules: A functional or formal approach? 2015, side 122

<sup>167</sup> Sánchez Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules, 2. udgave 2015, side 271

<sup>168</sup> Grith S. Ølykke & Cecilie F. Andersen, A State Aid Perspective on Certain Elements of Article 12 of the New Public Sector Directive on In-house Provision, 2015, side 6

<sup>169</sup> Ibid. side 6

dende ved den samme udbyder, da de nu blandt andet kender virksomhedens kvalitet. Virksomhedens forstærkede image vil ligeledes kunne afføde opgaver inden for andre af virksomhedens kompetencer grundet en stærk brandingværdi. På den måde vil virksomheden kunne drage en fremtidig økonomisk fordel af in house-tildelingen, gennem forøget viden og styrket image i markedet.

Med spill-over effekterne for øje synes det klart, at private virksomheder kan opnå langsigtede konkurrencemæssige fordele grundet en in house-kontrakttildelelse. Således opbygges der gennem foregående samarbejde en barriere for andre virksomheder, til senere hen at kunne konkurrere om lignende kontrakter, både med det samme offentlige organ, men også om andre opgaver af samme karakter. I yderste konsekvens kan man forestille sig, at en in house-tildeling vil kunne være medvirkende til, at en virksomhed får skabt sig en dominerende position, og på den måde blive u hensigtsmæssig svær at konkurrere med. Heri ligger ufravigeligt et konkurrenceforvridende element. Yderligere synes flere af de nævnte faktorer også at skabe et tilhørsforhold myndigheden og den private aktør imellem, hvilket afsnit 3.1.2 forholder sig kritisk til.

### 3.2.2.2 *In house-enhedens aktiviteter*

Fleksibiliteten skal i denne sammenhæng ikke forstås som kombinationen af de involverede parter kapital, hvis opgave udelukkende er at varetage den tildelte kontrakt. Med art. 12, stk. 1, litra b, stk. 3, litra b og stk. 4 litra c tillades accessoriske aktiviteter også. Den tildelte enhed må udføre opgaver på det åbne marked, så længe denne forbliver under 20 %. Denne procentdel fastsættes ud fra den gennemsnitlige samlede omsætning, eller et hensigtsmæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål jf. art. 12, stk. 5. Dette er en bestemmelse, som vil kunne forstyrre og i værste fald ødelægge konkurrencen.

Når en in house-enhed har muligheden for at foretage sideløbende aktiviteter er det ikke usandsynligt, at det tildelte juridiske organ vil udnytte dette potentiale. Især med viden om, at enheden kan indeholde privat kapital, synes det endog mere sandsynligt. Det bunder igen i tanken om at den profitmaksimerende virksomhed må formodes, at forsøge at drage fordel af denne mulighed. I og med at enheden har en overlevelsessikkerhed gennem efterspørgslen af dens hovedaktivitet, er det rimeligt at antage, at den har mulighed for at presse konkurrencen på det åbne marked, hvor den udøver sin accessoriske aktivitet. Således vil SMV'er, som befinder sig på disse markeder, kunne opleve en faldende efterspørgsel grundet in house-enhedens udvidede beføjelser til at agere netop der.<sup>170</sup> Dette stemmer dårligt overens med direktivets umiddelbare hensigt, hvorfor en sådan udvanding af virksomheder må siges at være en høj pris for øget fleksibilitet.

I relation til dette er der også en udbredt bekymring for, at der kan finde krydssubsidiering sted, og på den måde manipulering med den procentvise accessoriske aktivitet.<sup>171</sup> Dette vil kunne ske ved, at enheden tager lavere priser på det åbne marked, og højere priser i forbindelse med udførelsen af opgaver for den kontrollerende ordregivende myndighed. Således vil konsekvensen både være, at andre virksomheder på det åbne marked ikke kan konkurrere med in house-enhedens uforholdsmæssige lave priser, og aktiviteten vil i realiteten svare til mere end blot lige under de 20 %. En yderligere virkning ved dette er den modsvarende høje pris den offentlige myndighed skal betale, for at enheden kan være rentabel og samtidig forvride konkurrencen på det åbne marked. Derfor bør man være varsom med ukritisk at anvende omsætningen som aktivitetsudregning, hvilket ligeledes pointeres i afsnit 2.2.6.

### 3.2.3 Afrunding

Afsnittets gennemgang af momenter, som påvirkes af privat kapital peger både på samfundsgavnligge effekter og konkurrenceforvridende elementer. Ved at tillade privat deltagelse i et organ tildeles der ligeledes en ny ekspertise, som kan fremme innovation og forbedre in house-enhedens opgaveudførelse. Myndighedens mulighed for i højere grad at sammensætte en enhed med de kompetencer den finder nødvendig, må efter forfatterens holdning give en fleksibilitet, som kan skabe bedre løsninger. Samtidig vil myndighederne sandsynligvis i mindre grad være tvunget til at skulle udlicitere opgaver, hvilket sikrer en tættere kontrol med opgaveudførelsen.

<sup>170</sup> Grith S. Ølykke & Cecilie F. Andersen, A State Aid Perspective on Certain Elements of Article 12 of the New Public Sector Directive on In-house Provision, 2015, side 8

<sup>171</sup> Roberto Caranta, The change to the public contract directives and the story they tell about how EU Law works, 2015, side 440

Omvendt influerer den private kapital potentielt på in house-samarbejdets interesser. En sådan konflikt kan betyde, at in house-enheden bliver trukket i en retning, hvor økonomiske interesser i mere udbredt grad tilskyndes. Her tænkes især på den aktivitet, som forekommer accessorisk til in house-enhedens varetagelsesområde. Netop denne mulighed kan potentielt gå ud over SMV'er, som ikke vil være i stand til at konkurrere på det pågældende marked. Sådanne virksomheder stimuleres dog positivt via øget mulighed for at udføre supplerende opgaver, som før alene var forbeholdt den fuldt ud offentlig ejede in house-enhed.

Den økonomiske analyse har vist, at konkurrencen forvrides via den viden og anseelse, samt omkostningsbesparelser en virksomhed kan opnå, gennem in house-kontrakttildelelse. Hermed overdrages denne økonomiske aktør en række fordele, som afsnittet har vist kan hæmme konkurrencen på det aktuelle marked, samt på de fremtidige forretningsområder, hvor in house-enheden vil befinde sig. Dette blev belyst gennem de spill-over effekter, som kan opstå ved en in house-tildeling. Her påvises det, at aktørerne blandt andet har mulighed for at tilegne sig evner og anseelse tilsikret af staten, hvilket kan give dem et forspring ved fremtidige kontrakttildelelser. Dette er en faktor, som er med til at holde virksomhedens konkurrenter fra fadet, hvilket er et forvridende element.

Det kompromis EU-lovgiver har foretaget mellem hensynet til myndighedernes fleksibilitet overfor konkurrencemæssige forvridninger synes klart, at have hældet til førstnævnte. At reglerne eksplicit påpeger, at den private deltagelse skal være begrundet i national lovgivning, og at private medejere ikke må udøve afgørende indflydelse, kan dog indskrænke interessen for en privat aktør. Som tidligere nævnt er det dog ikke nødvendigvis den aktuelle indflydelse, som vil drive virksomhederne ind i et samarbejde, men nærmere de afledte muligheder tildelingen bibringer. Stadig synes fortolkningen af ikkekontrollerende og ikkeblokkerende kapital uden afgørende indflydelse, at være væsentlig, da dette formentlig vil bestemme graden af interesse efter at deltage i en sådan kontrakt, og således også omfanget af in house-tildelinger med private kapitalandele.

## 4 Kapitel – Konklusion

Af udbudsdirektivet følger det, at offentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor fortsat er underlagt de udbudsretlige regler. Dog kan de offentlige myndigheder etablere en forbindende struktur med hinanden således, at tildelingen af kontrakten falder uden for direktivets anvendelsesområde. Reglerne er med andre ord ikke relevante, når et offentligt organ tildeler en kontrakt til tredje part, som opfylder art. 12's kriterier. I den henseende skelner direktivet mellem to situationer: vertikal og horisontal samarbejde med selvstændige juridiske enheder. Ved vertikal kontrakttildelelse tager art. 12 mål af interaktionen og altså graden af selvstændighed hos den kontrakttildelte enhed. Udstrækningen af dette bestemmer om direktivet finder anvendelse. Ved horisontalt samarbejde er det ikke selvstændigheden, men formålet med kontrakten, som er af afgørende betydning. Hensigten med kontrakten skal være rettet mod gennemførelsen af en offentlig tjeneste, som de samarbejdende parter alle er pålagt, at skulle håndtere. Lige præcis sidstnævnte moment er efter forfatterens overbevisning årsagen til, at art. 12, stk. 3 andet led, nr. iii bruger formuleringen "*interesse*" for at opnå vertikal fælles kontrol, hvor retspraksis for horisontalt samarbejde bruger "*public service*". Af public service-begrebet ses et behov for, at tydeliggøre, at kontrakten skal være en indskrænkende form af almen interesse. Art. 12, stk. 3 andet led, nr. iii, har således ikke samme behov for at indsnævre den vertikale varetagelse af offentlige kontrakter, da håndteringen er bundet op på kontrol. Selvom kravene til vertikal og horisontalt samarbejde opfyldes på forskellige måder gennem hver deres kriterier, synes begge at give udtryk for samme grundtanke. Denne er, at hvis en aktør opnår en kommerciel fordel på markedet, så kan direktivet aktiveres. En sådan fordel anses efter udbudsdirektivet ikke, at kunne finde sted, hvis aktøren ikke handler selvstændigt (underlagt art. 12's vertikale kontrolkriterier) eller hvis aktøren alene påtager sig opgaver af generel offentlig interesse (kravet om public service).

Med en delvis kodificering af tidligere retspraksis i direktivets art. 12 bliver in house-undtagelsen nu løftet op på et højere retskildemæssigt niveau. Som produkt af dette, bliver der i lovtæksten også anvist i hvilke situationer in house kan forekomme, og hvilke krav der stilles hertil. EU-Domstolen har i en længere årrække søgt at sikre en balance mellem EU-Kommissionens mål om et åbent marked med

lige konkurrence på den ene side og friheden for myndighederne til at organisere sig på den mest hensigtsmæssige måde på den anden side. Art. 12 indeholder denne balancerende, og afhandlingen har løbende italesat de faktorer, som trækker i hver sin retning.

Retspraksis ses i høj grad at være baseret på økonomiske overvejelser i forhold til in house-kontraktens mulige implikationer i forhold til det indre marked. Om direktivets regler kan finde anvendelse vurderes på om kontrakttildelingen påvirker det indre marked, hvilket afhandlingen gentagne gange påpeger at visse in house-kontrakter gør – alligevel kan de falde uden for direktivets anvendelsesområde. Begrundelsen må blandt andet kunne findes i formålet med direktivet, som har været, at sikre en udvikling af reglerne baseret på økonomisk viden, herunder med fokus på, at fremme et ressourceeffektivt og konkurrencedygtigt regelsæt. Dette er netop EU-Kommissionens ønske, da et sådan marked vil sikre en bedre allokering af både offentlige og private ressourcer gennem de nye udbudsregler. Kapitel 3 illustrerer via økonomiske teorier, hvordan reglerne for in house-produktion via art. 12 fungerer, som et markedsbaseret instrument, der kan tilpasses. Med art. 12's modificering af in house-begrebet dannes grobund for nye løsningsmodeller for det offentlige organ til at træffe den økonomisk mest fordelagtige beslutning i relation til udførelsen af en offentlig opgave. Artiklens indhold er hele afhandlingen igennem blevet holdt op imod at skulle korrespondere med de hensyn en myndighed i udgangspunktet skal tage, det være sig især almene og konkurrencemæssige. Det ses, at begge bliver både positivt og negativt stimuleret af art. 12.

Kapitel 3 udpeger yderligere, hvilke konkrete økonomiske effekter man som myndighed bør holde sig for øje i valget af opgaveløsning. Dette gælder både på de kort- og langsigtede konkurrencemæssige konsekvenser en beslutning kan have. Her adresseres henholdsvis skjulte og synlige virkninger ved egenproduktion og udlicitering. I relation til dette bliver det yderst interessant at følge udviklingen af begreberne ikkekontrollerende og ikkeblokkerende privat kapital. Rækkevidden af disse to forhold vil i høj grad bestemme omfanget af den private deltagelse og således også i hvilken mængde eksterne leverandører vil have interesse i at komplettere myndigheden. Med andre ord vil der gennem en streng fortolkning fremkomme knap så stor interesse. Forholder man sig til EU-Kommissionens betragtning om ligheden mellem innovative løsninger og synergieffekter, er det fristende at tro, at en bred fortolkning af ikkekontrollerende og ikkeblokkerende privat kapital vil være samfundsgavnligt. Dog har både vertikal integrationsteori og principal-agent teori vist, at private aktører handler opportunistisk, hvilket forfatteren er af den overbevisning, at de fortsat vil gøre selvom de befinder sig i et in house-samarbejde. Samtidig vil en bred fortolkning øge spill-over effekten ved blandt andet, at give den private aktør en indsigt og know-how til senere brug, hvilket forvrider konkurrencen. En streng fortolkning vil derfor resultere i en mindre konkurrenceforvridding og ikke nødvendigvis ændre på synergieffekten.

Revideringen af direktivet var, som tidligere nævnt blandt andet med henblik på, at åbne flere døre for SMV'er. I forlængelse af ovenstående er det sandsynligt, at SMV'er nu i højere grad har mulighed for at være aktør i en offentlig kontrakt. Disse virksomheder vil i sagens natur sjældent kunne varetage større offentlige opgaver fra start til slut. Med muligheden for at komplettere en offentlig kontrakt, vil SMV'er potentielt kunne levere den fornødne ydelse, da den kun skal supplere opgaveløsninger på få områder. Således vil disse virksomheder i øget mængde kunne bidrage med deres kompetencer. Direktivets aktivitetskriterie synes dog, at skabe en indskrænkende efterspørgsel, hvilket rammer SMV'ernes erhvervs-klima negativt.

For ikke-institutionelt samarbejde, har der været begrænset praksis, hvorfor art. 12 også er med til at give en mere klar forståelse af samarbejdets muligheder. Art. 12 giver af samme årsag stadig anledning til en række spørgsmål, som EU-Domstolen kommer til at skulle afklare. Især Domstolens fremtidige anskuelse af public service samt karakteren af de medvirkende parters komplementære delta-gels synes åbne for fortolkning.

Det ses, at afvejningen af, hvornår et offentligt organ skal påtage sig opgaven in house eller tildele den ex house, hviler på flere betragtninger end blot juridiske. De mere fleksible in house-regler vil alt andet lige betyde, at en myndighed i højere grad har mulighed for at lægge vægt på økonomiske incitamenter, da de nu i højere grad kan anvende egne ressourcer, hvis det skønnes mest fordelagtigt. At myndighederne gives mere råderum i forhold til beslutningen om egenproduktion eller køb betyder, at

elementer som interessekonflikt og konkurrence på markedet i højere grad kan inkorporeres i beslutningsprocessen. Artiklen tager derfor højde for et dynamisk marked, hvorfor myndighedens øgede mulighed for at vælge enten en in house- eller ex house-leverance, sikre et bredere beslutningsgrundlag.

## Litteraturliste

### Bøger

- Albert Sanchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2. udgave 2015
- Grith Skovgaard Ølykke, Carina Risvig Hansen og Christina D. Tvarnø, *modernisation growth & innovation*, 1. udgave 2012
- Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, 1. udgave 2015
- John L., John O.S.W., John G, *Industrial organization*, 4. udgave, 2013
- Karl E. Case og Ray C. Fair, *Principles of Economics*, 4. udgave 2007
- Karsten E. Sørensen, Poul R. Nielsen og Jens H. Danielsen, *EU Retten*, 6. udgave 2014
- Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret*, 1. udgave 2011
- Oliver E. Williamson, *The economic institution of capitalism: firms, markets, relational contracting*, The Free Press, 1985
- Robin Gauld, *Principal-Agent Theory and Organisational Change*, 2007
- Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder og retsteorier*, 3. udgave 2011
- Sue Arrowsmith, *The law of Public and Utilities procurement*, 3. udgave 2014

### Artikler

- Adrian Brown, *Application of the Procurement Directive to Contracts Awarded by Public Bodies to Subsidiaries and the Scope of the Remedies Directive: A note on case C-26/03 Stadt Halle*, Public Procurement Law Review, 2005
- Ahmed Shafiquil Huque, *Contracting Out and Trust in the Public Sector: Cases of Management from Hong Kong*, 2005
- Charles M. Clarke, *The CJEU's evolving interpretation of "in-house" arrangements under the EU Public Procurement rules: A functional or formal approach?* European Procurement & Public Private Partnership Law Review, vol. 10, 2015
- Christopher H. Bovis, *Future Directions in Public Partnerships in the EU*, 2013
- Christopher Keane, John Mrax, Edmund Ricci and Gerald Barron, *The perceived impact of privatization on local health departments*, American Journal of Health, Bind 92, 2002
- Dominique Bessire, *Transparency: a two-way mirror?*, International Journal of Social Economics, 2005
- Francis Amagoh, *Information Asymmetry and the Contracting Out Process*, The Innovation Journal, 2009
- Grith S. Ølykke & Cecilie F. Andersen, *A State Aid Perspective on Certain Elements of Article 12 of the New Public Sector Directive on In-house Provision*, Public procurement Law Review, 2015
- H.P. Rosenmeier, *kommentarer til afgørelser fra EU-Domstolen og Retten i Første Instans fra 2010 og fremefter med korte resuméer af afgørelserne*, 2015
- James Falle, *Hamburg again: shared services and public sector corporation in the case of Technische Universität Hamburg-Hamburg v Datenlotsen Informationssysteme*, Public Procurement Law Review, 2014
- Janicke Wiggen, *Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector*, 2014
- Jay Barney, *Resource-Based Theory - Creating and Sustaining Competitive Advantages*, 2014
- Karsten Naundrup Olesen og Michael Steinicke, *EU-retlige rammer for offentlig organisering af opgaverne*, Ugeskrift for retsvæsen, 2010

- Kristian Pedersen og Erik Olsson, *Commission v Germany – a new approach to in-house providing?* Public Procurement Law Review, 2010
- Michael H. Riordan og Oliver E. Williamson, *Assets specificity and economic organization*, International Journal of Industrial Organization, 1985
- Michael Steinicke, *Den udbudsretlige in house-regel: en kritik af udviklingen i EF-Domstolens praksis*, Juridiske emner ved Syddansk Universitet, 2009
- Rhodri Williams, *public-public cooperation – Teckal in practice*, Public Procurement Law Review, 2015
- Roberto Caranta, *The change to the public contract directives and the story they tell about how EU Law works*, Common Market Law Review, 2015
- Sergio Fernandez, Craig Smith., & Jeffrey Wenger, *Employment, Privatization, and Managerial Choice: Does Contracting Out Reduce Public Sector Employment?* Journal of Policy Analysis and Management, Bind 26, 2007
- Steven Tadelis, *Complexity, Flexibility, and the Make-or-buy Decision*, The American Economic Review, Bind 92, 2002
- Trevor L. Brown, *Managing Public Service Contracts: Aligning Values, Institutions, and Markets*, 2006

## Traktater

- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

## EU direktiver, meddelelser m.v.

- COM(2011) 900, *A Quality Framework for Services of General Interest in Europe*
- Europa-Parlamentets og rådets direktiv af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF
- KOM (2010) 2020, *En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst*
- KOM(2011) 15, *Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb*
- KOM(2011) 896, *forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb*
- KOM(2011) 900, *En kvalitetsramme for tjenesteydelser af almen interesse i Europa*
- SEK(2011) 1169, *arbejdsdokument om anvendelse af EU-lovgivningen om offentlige indkøb på forbindelser mellem ordregivende myndighed ("offentligt-offentligt samarbejde")*

## Domme

### Afgørelser fra EU-Domstolen

- C-283/81, *CLIFIT*
- C-107/98, *Teckal*
- C-26/03, *Stadt Halle*
- C-458/03, *Parking Brixen GmbH*
- C-29/04, *Kommissionen mod Østrig*
- C-340/04, *Carbotermo*
- C-410/04, *ANAV*
- C-295/05, *Asemfo*
- C-371/05, *Kommissionen mod Italien*
- C-480/06, *Kommissionen mod Tyskland*
- C-324/07, *Coditel Brabant*
- C-573/07, *Sea*
- C-215/09, *Mehiläinen*
- C-159/11 *Azienda*
- C-182/11, *Econord SpA*
- C-386/11, *Piepenbrock*
- C-574/12, *Centro Hospital*
- C-15/13, *Dantenlotsen Informationssysteme*

### Afgørelse fra retten i Første instans

- T-289/03, *BUPA*

### Andre udgivelser

- Erhvervs- og økonomiministeriet: *Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning*, 2014
- Europa-Parlamentets emneblad om Den Europæiske Union, *vedrørende offentlige kontrakter*, 2015
- Europa-Parlamentets betænkning *om modernisering af offentlige indkøb*, 2011
- Generaladvokat Christine Stix-Hackl: Forslag fremsat den 23. september 2004 – sag C-26/03 *Stadt Halle*
- Generaladvokat P. Mengozzi: Forslag fremsat den 23. januar 2014 – sag C-15/13, *Dantenlot-sen Informationssysteme*
- Generaladvokat P. Mengozzi: Forslag fremsat den 27. februar – sag C-547/12, *Azienda*
- Office of Fair Trading, *Assessing the impact of public sector procurement on competition*, 2004
- Produktivitets Kommissionen, *Offentlig-privat samarbejde -analyserapport 6*, 2014

### Hjemmesider

- Set den 15-09-2015  
Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, Vejledende udtalelse om hvorvidt staten i relation til de klassiske in-house begreb kan betragtes som én enhed  
<http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/Regler-og-vejledninger-mm/Vejledende-udtalelser/Klager-og-vejledende-udtalelser-2011/Vejledende-udtalelse-om-hvorvidt-staten-kan-betragtes-som-en-enhed>