

Sag C-383/21**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

24. juni 2021

Forelæggende ret:

Conseil d'État (Belgien)

Afgørelse af:

15. juni 2021

Sagsøger:

Société de Logement de Service public Sambre et Biesme SCRL

Sagsøgt:

Société Wallonne du Logement

1. Tvistens baggrund og de faktiske omstændigheder:

- 1 Det almennyttige boligselskab Sambre et Biesme (herefter »SLSP Sambre et Biesme«) er et andelsselskab med begrænset ansvar, hvis hovedandelshavere er kommunerne Farciennes og Aiseau-Presles.
- 2 Det er en del af netværket af almennyttige boligselskaber, hvormed Société Wallonne du Logement (regionen Valloniens boligselskab) fører tilsyn på vegne af den vallonske regering.
- 3 I 2015 besluttede SLSP Sambre et Biesme og Farciennes kommune at etablere et økokvarter (écoquartier) i Farciennes bestående af ca. 150 boliger. Til dette formål agtede parterne at gøre brug af bistand fra selskabet Intercommunale pour la Gestion et la Réalisation d'Études techniques et Économiques (det interkommunale selskab for ledelse og udførelse af tekniske og økonomiske undersøgelser, herefter »IGRETEC«).
- 4 IGRETEC udfører offentlige tjenesteydelsesopgaver på flere områder. Med sin konstruktionsafdeling og indkøbscentral kan selskabet bl.a. bistå offentlige eller

private samarbejdspartnere med projektering og opførelse af industri- og boligejendomme, infrastruktur eller mere generelt med alle byplanlægnings- og miljøprojekter.

- 5 IGRETEC, der er stiftet af flere kommuner i et andelsselskab med begrænset ansvar, tæller på nuværende tidspunkt mere end 70 kommuner blandt sine selskabsdeltagere, herunder Farciennes kommune, og mere end 50 andre offentlige myndigheder.
- 6 Dets drift er undergivet lovgivningen om erhvervsdrivende selskaber. Dets vedtægter giver kommunerne stemmeflertal og formandskabet for de forskellige driftsorganer. Det interkommunale selskabs organer træffer deres beslutninger med et flertal af de kommunale deltageres stemmer.
- 7 IGRETEC's selskabskapital er opdelt i fem kategorier, hvoraf hovedsagelig A-andelene er tildelt kommunerne (5 054 351 andele), og C-andelene er tildelt »andre offentligretlige medlemmer« (17 126 andele). På det pågældende tidspunkt havde selskabsdeltagere i kategori C ingen repræsentant i bestyrelsen. I øvrigt talte IGRETEC's bestyrelse et medlem af kommunalbestyrelsen i Farciennes kommune, der ligeledes var bestyrelsesmedlem i SLSP Sambre et Biesme.
- 8 Den 29. oktober 2015 besluttede SLSP Sambre et Biesme at købe en andel i IGRETEC for at kunne gøre brug af selskabets ydelser som minoritetsdeltager med en endog meget lille andel.
- 9 Der blev udarbejdet et udkast til rammeaftale med henblik på at fastlægge Farciennes kommunes og SLSP Sambre et Biesmes respektive rettigheder og forpligtelser i forbindelse med projekteringen og opførelsen af økokvarteret i Farciennes.
- 10 Aftalens artikel 1 bestemmer bl.a., at der indgås fælles offentlige tjenesteydelseskontrakter og bygge- og anlægskontrakter, og at Farciennes kommune udpeges til at handle som ordregivende myndighed på begge parter vegne og alene træffe alle beslutninger om udbud og tildeling af kontrakter.
- 11 Aftalens artikel 5, der har overskriften »Valg af bistand til projektstyring med henblik på gennemførelsen af tjenesteydelseskontrakter og bygge- og anlægskontrakter og på gennemførelsen af byfornyelsesplanen«, bestemmer, at »parterne er enige om, at Farciennes kommune indgår en aftale med IGRETEC [...] om bistand til projektstyring og juridiske og miljøtekniske ydelser inden for rammerne af »in house«-forholdet mellem de enkelte parter i det nævnte interkommunale selskab«.
- 12 Den 9. februar 2017 besluttede SLSP Sambre et Biesmes bestyrelse dels »at godkende indgåelsen af en rammeaftale om fælles kontrakter med Farciennes kommune«, dels »ikke at afholde en udbudsprocedure vedrørende den offentlige tjenesteydelseskontrakt om udarbejdelse af asbestfortegnelse«, hvis særlige udbudsmateriale den tidligere havde godkendt »på baggrund af in house-forholdet

mellem [SLSP Sambre et Biesme] IGRETEC«. Dette udbudsmateriale beskrives som den første fase i gennemførelsen af økokvarterprojektet i Farciennes.

- 13 Den 10. februar 2017 blev disse to afgørelser af 9. februar 2017 anfægtet af Société Wallonne du Logement, som fører tilsyn med de almennyttige boligselskaber, med den begrundelse, at betingelserne for anvendelse af »in house«-undtagelsen på nuværende tidspunkt ikke er opfyldt i forholdet mellem SLSP og IGRETEC, og at de ordrer, som SLSP afgiver til IGRETEC, er underlagt reglerne om offentlige kontrakter.
- 14 Den 25. februar 2017 annullerede Société Wallonne du Logement SLSP Sambre et Biesmes afgørelser, hvorved IGRETEC var blevet tildelt kontrakten vedrørende teknisk bistand (rammeaftalens artikel 5) og tjenesteydelseskontrakten vedrørende udarbejdelse af asbestfortegnelse, uden at der var afholdt en udbudsprocedure.
- 15 Ifølge Société Wallonne du Logement kan der rejses rimelig tvivl om, at SLSP Sambre et Biesme øver afgørende indflydelse på IGRETEC, navnlig fordi selskabet kun ejer en enkelt andel i IGRETEC's selskabskapital, og IGRETEC's vedtægter derimod tillægger kommunerne en overvejende indflydelse.
- 16 Udpegelsen af Farciennes kommune som ledende ordregivende myndighed i rammeaftalens artikel 1 er ikke tilstrækkelig til at begrunde, at kontrakterne tildeles IGRETEC direkte på vegne af de forskellige parter i rammeaftalen, selv om Farciennes kommune selv er omfattet af »in house«-undtagelsen i forholdet til IGRETEC. I forbindelse med en fælles tildeling af kontrakter er de forskellige parter sammen om planlægningen af ordren, men de sædvanlige udbudsprocedurer skal overholdes af parterne hver især.
- 17 Denne afgørelse om annulation er genstand for den foreliggende sag.

2. De relevante retsfor skrifter:

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

- 18 Artikel 12 bestemmer:

»Offentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor

1. En offentlig kontrakt, som en ordregivende myndighed tildeler en privatretlig eller offentligretlig juridisk person, falder uden for direktivets anvendelsesområde, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

- a) den ordregivende myndighed underkaster den pågældende juridiske person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene.

b) mere end 80% af aktiviteterne i den kontrollerede juridiske person udføres i forbindelse med gennemførelsen af de opgaver, den har fået betroet af den kontrollerende ordregivende myndighed eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af den pågældende ordregivende myndighed, og

[...]

En ordregivende myndighed anses for at udøve en kontrol over en juridisk person, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, jf. første afsnit, litra a), hvis den udøver en bestemmende indflydelse på både strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i den kontrollerede juridiske person. [...]

2. [...]

3. En ordregivende myndighed, der ikke udøver kontrol over en privatretlig eller offentligretlig juridisk person som omhandlet i stk. 1, kan alligevel uden at anvende dette direktiv tildele en offentlig kontrakt til den pågældende juridiske person, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

a) den ordregivende myndighed udøver sammen med andre ordregivende myndigheder en kontrol over den juridiske person, der svarer til den kontrol, de udøver over deres egne afdelinger.

b) mere end 80% af aktiviteterne i den juridiske person udføres i forbindelse med gennemførelsen af opgaver, den har fået betroet af de kontrollerende ordregivende myndigheder eller af andre juridiske personer, der kontrolleres af de samme ordregivende myndigheder, og

[...]

I henhold til første afsnit, litra a), kontrollerer ordregivende myndigheder i fællesskab en juridisk person, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

i) den kontrollerede juridiske persons beslutningstagende organer sammensættes af repræsentanter fra alle deltagende ordregivende myndigheder. De enkelte repræsentanter kan repræsentere flere eller alle deltagende ordregivende myndigheder.

ii) de ordregivende myndigheder kan i fællesskab udøve bestemmende indflydelse på de strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i den kontrollerede juridiske person og

iii) den kontrollerede juridiske person varetager ikke en interesse, der er i modstrid med de kontrollerende ordregivende myndigheders interesser.«

3. Parternes standpunkter:

A. *SLSP Sambre et Biesme*

- 19 SLSP Sambre et Biesme er af den opfattelse, at den anfægtede afgørelse med urette har bestridt, at der er et »in house«-forhold mellem dette selskab og IGRETEC. Selskabet har anført, at denne undtagelse er fastsat i artikel 12 i direktiv 2014/24, som kodificerer Domstolens praksis. Det har gjort gældende, at betingelserne for »in house«-undtagelsen – i modsætning til, hvad der er anført i den anfægtede afgørelse – er opfyldt i den foreliggende sag. Det har navnlig gjort gældende, at den ordregivende myndighed sammen med andre ordregivende myndigheder udøver en kontrol over IGRETEC, der svarer til den kontrol, de udøver over deres egne afdelinger, hvilket forudsætter, at: 1° den kontrollerede juridiske persons beslutningstagende organer sammensættes af repræsentanter fra alle deltagende ordregivende myndigheder, idet de enkelte repræsentanter kan repræsentere flere eller alle deltagende ordregivende myndigheder, og 2° de ordregivende myndigheder kan i fællesskab udøve bestemmende indflydelse på de strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i den kontrollerede juridiske person.
- 20 Det har gjort gældende, at alle de påkrævede betingelser er opfyldt i det foreliggende tilfælde, eftersom det sammen med andre ordregivende myndigheder, bl.a. almennyttige boligselskaber og kommuner, udøver en kontrol over IGRETEC, »der svarer til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene«, og at det har en andel »i IGRETEC's kapital og ledelsesorganer« (dom af 29.11.2012, Econord, C-182/11 og C-183/11, EU:C:2012:758, præmis 33).
- 21 Det har endvidere gjort gældende, at artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 havde direkte virkning på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, og at denne bestemmelse derfor skal anvendes med henblik på at afgøre, om betingelserne for en fælles tilsvarende kontrol er opfyldt.
- 22 Det har for det første anført, at det ifølge Domstolens praksis er uvæsentligt, at selskabet kun ejer en enkelt andel af IGRETEC's kapital, og at denne andel ifølge selskabet kun udgør 0,0000000197% af de andele, der giver stemmeret på generalforsamlingen.
- 23 Det har for det andet tilføjet, at det i henhold til artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 ikke er nødvendigt, at hver enkelt ordregivende myndighed råder over en repræsentant i bestyrelsen, men at det er tilstrækkeligt, at de ordregivende myndigheder er repræsenteret i det interkommunale selskabs beslutningstagende organer, idet den samme person kan repræsentere flere eller alle deltagende ordregivende myndigheder. Det har forklaret, at EU-lovgiver således har lempet de betingelser, der fulgte af Econord-dommen, som krævede, at hver enkelt offentlig myndighed »har en andel i nævnte enheds kapital og ledelsesorganer«. Det har desuden forklaret, at IGRETEC's vedtægter i den affattelse, der finder

anvendelse i den foreliggende sag, i artikel 13, stk. 4, tredje afsnit, bestemmer, at »hver af disse kategorier af selskabsdeltagere mødes hver for sig for at udpege et antal kandidater til bestyrelsen svarende til det antal mandater, der skal tildeles på forslag af den pågældende kategori«, at medlemmerne af kategori C, som SLSP Sambre et Biesme tilhører, således er repræsenteret i IGRETEC's bestyrelse, og at denne således er sammensat af personer, der bl.a. repræsenterer SLSP Sambre et Biesme, i overensstemmelse med betingelsen i artikel 12, stk. 3, andet afsnit, litra i), i direktiv 2014/24.

- 24 Det har for det tredje gjort gældende, at det i overensstemmelse med artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 sammen med de øvrige ordregivende myndigheder (kommuner og andre almenyttige boligselskaber), der er medlemmer af IGRETEC, udøver en kontrol over dette interkommunale selskab, der svarer til den kontrol, de udøver over deres egne afdelinger, dvs. en bestemmende indflydelse på det interkommunale selskabs strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger. Det har præciseret, at ingen ordregivende myndighed i IGRETEC ejer en majoritetsandel, hvorfor den situation, der er nævnt i Econorddommens præmis 30, ikke er til stede i den foreliggende sag. Det har tilføjet, at artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 henviser til andre ordregivende myndigheder i den kontrollerede enhed, og at den omstændighed, at der er oprettet forskellige kategorier af deltagere, ikke er til hinder for, at samtlige ordregivende myndigheder udøver en fælles kontrol over denne enhed. Som bevis herfor har det henvist til den omstændighed, at det gennemfører det aktuelle projekt i samarbejde med Farciennes kommune, der tilhører en anden kategori af deltagere. SLSP Sambre et Biesme har tilføjet, at dets to hovedandelshavere er Farciennes kommune og Aiseau-Pressles kommune, der ligeledes er medlemmer af IGRETEC, og har heraf udledt, at Farciennes kommune, der er kategori A-medlem, udøver kontrol over SLSP Sambre et Biesme, som er kategori C-medlem i IGRETEC, at disse to enheder i fællesskab udøver kontrol over IGRETEC, at de sammen kan udøve en bestemmende indflydelse på det interkommunale selskabs strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger, og at det i øvrigt er i denne situation, at de påtænker i fællesskab at etablere et økokvarter ved brug af IGRETEC's ekspertise.
- 25 Selskabet har heraf konkluderet, at det har en andel i IGRETEC's kapital og ledelsesorganer, således at det udøver en tilsvarende kontrol som omhandlet i artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 og i Domstolens praksis, og at der er tale om et »in house«-forhold med IGRETEC.
- 26 SLSP Sambre et Biesme har anført, at et medlem af kommunalbestyrelsen for Farciennes kommune på samme tid var medlem af IGRETEC's og af SLSP Sambre et Biesmes bestyrelse. Selskabet har fremhævet, at der skal tages hensyn til sagens konkrete omstændigheder, og gentaget, at en symbolsk deltagelse er begrundet, eftersom SLSP's formål ikke er at investere, men at drage fordel af de fælles tjenester og det interkommunale selskabs struktur. Det har understreget, at loven om lokalt demokrati og decentralisering begrænser antallet af bestyrelsesmedlemmer i et interkommunalt selskab, og har anført, at de

konklusioner, der kan udledes af Econord-dommen, begrænser sig til en bekræftelse af, at der ikke kan være en majoritetsdeltager, som gennemtvinger sit synspunkt over for alle, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag. I det foreliggende tilfælde udøves den tilsvarende kontrol via Farciennes kommune, der både er andelshaver i IGRETEC og i SLSP Sambre et Biesme og har en repræsentant i begge disse enheders bestyrelser.

B Société Wallonne du Logement

- 27 Société Wallonne du Logement har indledningsvis anført, at artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24, som SLSP Sambre et Biesme har påberåbt sig, ikke har direkte virkning. Selskabet har henvist til, at kun bestemmelser, som udgør en forskrift, og som følgelig tillægger borgerne subjektive rettigheder, kan have direkte virkning, hvorimod den nævnte bestemmelse i direktiv 2014/24 ikke opfylder dette krav, eftersom den ikke pålægger staten nogen handle- eller unndladespligt til fordel for en økonomisk aktør. Efter dets opfattelse giver denne bestemmelse derimod blot staten mulighed for at undlade at afholde en udbudsprocedure, når visse betingelser er opfyldt. Société Wallonne du Logement har heraf udledt, at SLSP Sambre et Biesme ikke kan påberåbe sig denne bestemmelse som begrundelse for en tilsidesættelse af princippet om fri konkurrence i det foreliggende tilfælde. Såfremt Conseil d'État (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) ikke deler dets opfattelse, har det foreslået, at Domstolen forelægges et spørgsmål vedrørende denne bestemmelses direkte virkning.
- 28 Société Wallonne du Logement har videre forklaret, hvorledes betingelserne for et »in house fællesskab« mellem på den ene side SLSP Sambre et Biesme og på den anden side IGRETEC efter dets opfattelse ikke er opfyldt i den foreliggende sag.
- 29 Det har gjort opmærksom på, at aftaleforholdet mellem to juridisk selvstændige personer ifølge Domstolens praksis kan kvalificeres som et »in house«-forhold, når den, der afgiver ordre på et produkt eller en tjenesteydelse, udøver en kontrol over den, der leverer produktet eller tjenesteydelsen, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og når denne person realiserer hovedparten af sine aktiviteter med den eller de offentlige myndigheder, som den udgøres af.
- 30 Det har påpeget, at den enhed, der afgiver ordrer, skal være en ordregivende myndighed og råde over en kontrolbeføjelse, der kan »påvirke virksomhedens beslutninger, [og at i]ndflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger« (dom af 13.11.2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, præmis 28), således at den tilsvarende kontrol indebærer mere end en simpel afgørende indflydelse, eftersom den forudsætter en kontrol med virksomheden, der omfatter såvel strategiske som individuelle ledelsesbeslutninger. Det har tilføjet, at der bør foretages en samlet bedømmelse af omfanget af den kontrol, der føres, henset til den pågældende enheds samlede forvaltning og struktur, og ikke i forhold til enhedens specifikke adfærd i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure (jf.

dom af 17.7.2008, Kommissionen mod Italien, C- 371/05, ikke trykt i Sml., EU:C:2008:410).

- 31 Det har anført, at det følger af Domstolens praksis, at selv om det ikke længere kræves, at hver enhed individuelt, i relation til den kontrollerede enhed, har den samme afgørende indflydelse, som man ville have, såfremt man selv havde tilrettelagt »in-house«-virksomheden, eller at den offentlige enhed har en majoritetsandel, således at kontrollen kan udøves i fællesskab, er det bl.a. på den betingelse, at der ikke er nogen interessekonflikt i den løbende drift af de offentlige tjenesteydelsesopgaver, som er overdraget til den kontrollerede enhed, at den pågældende enhed ikke kan forfølge sine mål uafhængigt af sine andelshavere, og at den følgelig ikke har en kontraktmæssig status. Det har fremhævet, at Domstolen i en senere dom af 29. november 2012, Econord (C-182/11 og C-183/11, EU:C:2012:758, præmis 31), har uddybet betingelserne for en tilsvarende kontrol, hvor der er tale om »in house-fællesskab«, idet den har præciseret, at hver af de ordregivende myndigheder skal have en andel i den kontraherende enheds kapital og ledelsesorganer, at kontrollen med denne enhed ikke blot kan bestå i den kontrolbeføjelse, der tilkommer den offentlige myndighed, som har aktiemajoriteten i den berørte enhed, for så vidt som »[h]vis en ordregivende myndighed indtog en sådan stilling i en enhed, som er tilslagsmodtager og ejet sammen med andre myndigheder, at den ingen mulighed havde for at medvirke til kontrollen med enheden, ville det nemlig åbne mulighed for en omgåelse af de EU-retlige regler om offentlige kontrakter eller koncessionskontrakter om tjenesteydelser, eftersom en rent formel tilslutning til en sådan enhed eller dennes fælles ledelsesorgan ville fritage denne ordregivende myndighed for forpligtelsen til at iværksætte en offentlig udbudsprocedure i henhold til EU-retten, selv om sidstnævnte på ingen måde tog del i den »tilsvarende kontrol« med denne enhed. Det har anført, at Domstolen i denne sag opfordrede Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) til at afgøre, om den aktionæraftale, som de ordregivende myndigheder havde indgået, gjorde det muligt for disse effektivt at tage del i kontrollen med den enhed, der var tilslagsmodtager, for så vidt som de hver især kun havde en aktie i det pågældende selskab. Société Wallonne du Logement har anført, at Domstolen ved denne afgørelse vil undgå risikoen for, at bestemmelserne om offentlige kontrakter omgås ved brug af en rent formel tilslutning til en fælles enhed, og bekræfter sin tidligere retspraksis, der kræver, at der skal være en effektiv strukturel og funktionel kontrol med tilslagsmodtageren, selv om de ordregivende myndigheder ejer en meget lille minoritetsandel af kapitalen.
- 32 Det har konkluderet, at den afgørelse om at erhverve en andel i IGRETEC, som den 29. oktober 2015 blev truffet af SLSP Sambre et Biesme bestyrelse, alene havde til formål at omgå anvendelsen af loven om offentlige kontrakter, og selv om benyttelsen af en enhed, der ejes i fællesskab af flere ordregivende myndigheder, i princippet ikke er til hinder for anvendelse af »in house«-undtagelsen, er det på betingelse af, at den ordregivende myndighed, der benytter sig af den pågældende enhed, udøver en effektiv strukturel og funktionel kontrol over denne enhed, hvilket forudsætter en andel i såvel tilslagsmodtagerens kapital

som dens ledelsesorganer, og at denne kontrol er af en sådan art, at myndigheden udøver en bestemmende indflydelse på tilslagsmodtagerens strategiske mål og vigtige beslutninger.

- 33 Société Wallonne du Logement har derefter nærmere forklaret, hvorledes SLSP Sambre et Biesmes deltagelse, henset til antallet af tegnede andele i IGRETEC – idet selskabet kun ejer en enkelt andel i IGRETEC's selskabskapital – er fuldstændig symbolsk, eftersom den ifølge dets beregninger kun udgør 0,000000197% af de andele, der giver stemmeret på generalforsamlingen (selskabsdeltagere i kategori A, C og P). Det har endvidere anført, at SLSP Sambre et Biesme ikke har en repræsentant i IGRETEC's bestyrelse, mens kommunerne (selskabsdeltagere i kategori A) har en overvejende indflydelse i IGRETEC's organer. Ifølge Société Wallonne du Logement er den beføjelse, som selskabsdeltagerne i kategori A (kommuner) har, for så vidt som IGRETEC's vedtægter tillægger dem majoriteten i bestyrelsen, til hinder for, at medlemmerne i de øvrige kategorier, herunder SLSP Sambre et Biesme, kan deltage effektivt i den strukturelle og funktionelle kontrol med IGRETEC og øve afgørende indflydelse på dets strategiske målsætninger og vigtige beslutninger.
- 34 Société Wallonne du Logement har anført, at »in house«-undtagelsen skal fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden påhviler den, der påberåber sig undtagelsen. Det har gjort opmærksom på, at tilslagsmodtagerens beslutningstagende organer, for at begrunde en fælles tilsvarende kontrol, skal sammensættes af repræsentanter fra alle ordregivende myndigheder, men at SLSP Sambre et Biesme ikke har nogen repræsentant i IGRETEC's bestyrelse. Det har tilføjet, at Farciennes kommunes kommunalbestyrelsesmedlem i denne bestyrelse kun er repræsentant for Farciennes kommune og ikke for SLSP Sambre et Biesme. Heraf har Société Wallonne du Logement udledt, at betingelsen for, at der er tale om kontrol inden for et »in house-fællesskab«, ikke er opfyldt.

4. Bemærkninger fra Conseil d'État (appeldomstol i forvaltningsretlige sager):

- 35 Den omstændighed, at to aftaleparter selv er offentlige myndigheder, udelukker ikke anvendelsen af reglerne om udbud (dom af 18.11.1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, præmis 50 og 51; 31. betragtning til direktiv 2014/24). »In house«-forholdet udgør en undtagelse til anvendelsen af disse regler. De betingelser, der er fastsat for at kunne påberåbe sig dem, skal derfor fortolkes indskrænkende, og det påhviler den part, der påberåber sig dem, at føre bevis for, at disse betingelser er opfyldt (dom af 13.10.2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, præmis 63; og af 8.5.2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, præmis 23).
- 36 I et »in house-fællesskab« ejer flere ordregivende myndigheder en enhed og udøver »i fællesskab« en kontrol over denne enhed, der »svarer til« den kontrol, de udøver over deres egne afdelinger.

- 37 Det fremgår af Domstolens praksis, at udøvelsen af en »tilsvarende kontrol« (simpel eller fælles kontrol) under alle omstændigheder forudsætter, at den eller de ordregivende myndighed(er) alene eller i fællesskab udøver en effektiv strukturel og funktionel kontrol over det kontraherende selskab, hvorved den eller de ordregivende myndighed(er) kan udøve bestemmende indflydelse såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til dette selskabs vigtige beslutninger. Der skal foretages en samlet bedømmelse af omfanget af den kontrol, der udøves, under hensyntagen til den pågældende enheds samlede forvaltning og struktur. Denne bedømmelse skal tage samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder i betragtning (dom af 13.10.2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, præmis 65, af 11.5.2006, Carbotermo og Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, præmis 36, af 17.7.2008, Kommissionen mod Italien, C-371/05, ikke trykt i Sml., præmis 24, af 13.11.2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, præmis 28, af 10.9.2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, præmis 65, og af 8.5.2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, præmis 24).
- 38 Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at den omstændighed, at tilslagsmodtagerens besluttende organer er sammensat af repræsentanter for den eller de ordregivende myndigheder(er), tyder på, at denne eller disse kontrollerer disse besluttende organer og således er i stand til at udøve bestemmende indflydelse såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til denne virksomheds vigtige beslutninger (dom af 13.11.2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, præmis 34).
- 39 Hvad særligt angår tilfældet med en tilsvarende kontrol, der udøves »i fællesskab« af flere ordregivende myndigheder, fremgår det af Domstolens praksis, at den omstændighed, at en af de ordregivende myndigheder har en rent symbolsk andel i det selskab, der er tilslagsmodtager, ikke i sig selv gør det muligt at fastslå, at betingelsen om en »tilsvarende kontrol« ikke er opfyldt i forhold til dette selskab (dom af 19.4.2007, Asemfo, C-295/05, EU:C:2007:227, præmis 61-58).
- 40 SLSP Sambre et Biesme har imidlertid selv anerkendt, at den ordregivende myndighed, for at kunne påberåbe sig en »fælles tilsvarende kontrol«, skal godtgøre, at den er i stand til på en vis måde at deltage i kontrollen med tilslagsmodtageren. SLSP Sambre et Biesme har imidlertid ikke godtgjort nogen kontrolbeføjelse i forhold til IGRETEC. Det fremgår i denne forbindelse af den anfægtede afgørelse, at »IGRETEC's vedtægter tillægger de kommunale selskabsdeltagere (kategori A) større betydning end de øvrige offentlige enheder (kategori C)«, at »[k]ategori C-deltagerne – som SLSP Sambre et Biesme er en del af – ikke er garanteret repræsentation ved deres egne medlemmer i bestyrelsen og råder over det samme antal stemmer, som de har selskabsandele«, at en »meget lille andel af IGRETEC's selskabskapital [medfører] [...] en begrænset indflydelse«, at »alene de tilknyttede kommuner har mulighed for at blokere beslutninger på generalforsamlingen«, at »IGRETEC's vedtægter åbenbart giver kommunerne (kategori A) væsentlige kontrolbeføjelser«, og at »IGRETEC's vedtægter på nuværende tidspunkt tillægger kommunerne en overvejende

indflydelse, hvorved SLSP Sambre et Biesme ikke kan godtgøre, at de øvrige offentlige deltagere også har en faktisk og afgørende indflydelse«.

- 41 Det fremgår af dom af 29. november 2012, Econord (C- 182/11 og C- 183/11, EU:C:2012:758, præmis 31 og 33), at den ordregivende myndighed for at kunne påberåbe sig en »tilsvarende fælles kontrol« skal »ha[ve] en andel i nævnte enheds kapital og ledelsesorganer«, således at den »effektivt [kan] tage del i kontrollen« med denne enhed. Domstolen fremhævede, at begrebet »fælles kontrol« ikke kan miste sin betydning, og præciserede, at »[h]vis en ordregivende myndighed indtog en sådan stilling i en enhed, som er tilslagsmodtager og ejet sammen med andre myndigheder, at den ingen mulighed havde for at medvirke til kontrollen med enheden, ville det nemlig åbne mulighed for en omgåelse af de EU-retlige regler om offentlige kontrakter eller koncessionskontrakter om tjenesteydelser, eftersom en rent formel tilslutning til en sådan enhed eller dennes fælles ledelsesorgan ville fritage denne ordregivende myndighed for forpligtelsen til at iværksætte en offentlig udbudsprocedure i henhold til EU-retten, selv om sidstnævnte på ingen måde tog del i den »tilsvarende kontrol« med denne enhed«.
- 42 Spørgsmålet er imidlertid, i hvilket omfang og på hvilken måde den ordregivende myndighed skal »have en andel« i den kontrollerede enheds ledelsesorganer og »effektivt tage del i kontrollen«. I dom af 8. maj 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C- 15/13, EU:C:2014:303, præmis 28), fastslog Domstolen, at der ikke foreligger nogen form for kontrolforhold mellem den ordregivende myndighed og tilslagsmodtageren, når myndigheden ikke har nogen andel i denne enheds kapital og »ingen juridiske repræsentanter i dens ledelsesorganer«.
- 43 Artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24 synes at tydeliggøre begrebet »andel« i den kontrollerede enheds besluttende organer ved at bestemme følgende:
- »den kontrollerede juridiske persons beslutningstagende organer sammensættes af repræsentanter fra alle deltagende ordregivende myndigheder. De enkelte repræsentanter kan repræsentere flere eller alle deltagende ordregivende myndigheder«.
- 44 I den foreliggende sag erhvervede SLSP Sambre et Biesme den 29. oktober 2015, for et beløb på 6,20 EUR, en andel i IGRETEC's kapital med henblik på at gøre direkte brug af sidstnævntes tjenesteydelser. Denne ene selskabsandel udgjorde pr. 31. december 2015 0,0000049% af de 20 366 778 andele i det interkommunale selskab og 0,0000197% af de 5 071 477 andele, der giver ret til at stemme på generalforsamlingen. Det fremgår ligeledes af disse sagsakter, at selskabsdeltagerne i »kategori C« på samme tidspunkt tilsammen repræsenterede 0,084% af andelene i det interkommunale selskab og 0,34% af de selskabsandele, der giver ret til at stemme på generalforsamlingen. Selskabsdeltagerne i »kategori C«, bl.a. SLSP Sambre et Biesme, befandt sig således i en situation, hvor de var andelshavere med en meget lille minoritetsandel i IGRETEC.

- 45 Denne meget begrænsede minoritetsstilling gjorde det ikke muligt for selskabsdeltagerne i kategori C effektivt at tage del i kontrollen IGRETEC. Hertil kommer, at vedtægterne i alle henseender og i alle de besluttende organer gav kommunerne (kategori A-deltagere) en overvejende indflydelse. SLSP Sambre et Biesme kan ikke gives medhold i, at kategori C-medlemmerne var repræsenteret i IGRETEC's bestyrelse. I betragtning af den meget begrænsede antal bestyrelsesmedlemmer giver den meget begrænsede minoritetsstilling, som kategori C-medlemmerne har som minoritetsandelshavere, dem ikke mulighed for reelt at være repræsenteret af et bestyrelsesmedlem, idet IGRETEC's vedtægter på ingen måde garanterede, at kategori C-medlemmerne kunne udpege en repræsentant til bestyrelsen. Det er således med rette, at det i den anfægtede afgørelse anføres, at »[s]elskabsdeltagerne i kategori C, som SLSP Sambre et Biesme tilhører, [...] ikke [er] sikret repræsentation ved egne medlemmer i bestyrelsen«. Det følger af det ovenfor anførte, at selskabsdeltagerne i kategori C, som SLSP Sambre et Biesme tilhører, i intet omfang og på ingen måde deltager i udøvelsen af en fælles kontrol over IGRETEC.
- 46 SLSP Sambre et Biesme har imidlertid under retsforhandlingerne gjort gældende, at et kommunalbestyrelsesmedlem fra Farciennes kommune, som samtidig var bestyrelsesmedlem i SLSP Sambre et Biesme, på tidspunktet for de faktiske omstændigheder var medlem af IGRETEC's bestyrelse. SLSP Sambre et Biesme har imidlertid ikke kunnet godtgøre, at denne situation var foreskrevet og garanteret ved lov. I øvrigt sad denne person i IGRETEC's bestyrelse i sin egenskab af »kommunalbestyrelsesmedlem i Farciennes«. Der er ikke grundlag for at antage, at den pågældende i denne henseende ligeledes skulle anses for at repræsentere SLSP Sambre et Biesmes interesser, uanset at vedkommende reelt ligeledes var bestyrelsesmedlem i dette selskab.
- 47 SLSP Sambre et Biesme har imidlertid gjort gældende, at denne faktiske omstændighed er tilstrækkelig til at godtgøre SLSP Sambre et Biesmes »andel« i IGRETEC's beslutningstagende organer og til at lægge til grund, at dette selskab udøver en »fælles tilsvarende kontrol« over dette interkommunale selskab via Farciennes kommune, der er andelshaver i både IGRETEC og SLSP og har et bestyrelsesmedlem i begge disse enheder. SLSP Sambre et Biesme har i denne forbindelse anført, at en efterprøvelse af en sådan kontrol skal være konkret, idet der tages hensyn til de faktiske omstændigheder i sagen, og at det er tilstrækkeligt, at denne kontrol finder sted, uanset hvorledes den rent faktisk udøves.
- 48 Domstolen bør forelægges et spørgsmål om dette emne. Det skal imidlertid præciseres, at selv om SLSP Sambre et Biesme har gjort gældende, at Farciennes kommune både er andelshaver i SLSP Sambre et Biesme og i IGRETEC og udøver kontrol over disse to enheder, har selskabet ikke gjort gældende, at der foreligger et parallelt »in house-forhold, som gør det muligt for to enheder, der kontrolleres af den samme ordregivende myndighed, at indgå kontrakter indbyrdes uden et forudgående udbud. Under alle omstændigheder synes denne form for kontrol kun at foreligge, såfremt de to enheder, der indgår aftalen, alene kontrolleres af en og samme myndighed (generaladvokat Mengozzis forslag til

afgørelse *Datenlotsen Informationssysteme* (C- 15/13, EU:C:2014:23, punkt 44 og 45), hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag, idet Farciennes kommune kun ejer IGRETEC og SLSP Sambre et Biesme sammen med andre offentlige og endog – hvad den sidstnævnte enhed angår – private andelshavere.

- 49 Parterne i tvisten synes i øvrigt at være af den opfattelse, at svaret på dette spørgsmål kan være forskelligt afhængigt af, om det anerkendes, at artikel 12, stk. 3, i direktiv 2014/24, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, har direkte virkning eller ej. Det er derfor også nødvendigt at forelægge Domstolen spørgsmålet om, hvorvidt den nævnte bestemmelse skal tillægges en sådan virkning, idet Domstolen i dom af 3. oktober 2019, *Irgita* (C-285/18, EU:C:2019:829, præmis 46 og 49), uden at tage stilling til den direkte virkning af nævnte direktivs artikel 12 allerede – med hensyn til denne bestemmelses stk. 1 – fastslog, at denne bestemmelse ikke kan forpligte medlemsstaterne til at indgå en »in house«-aftale, når de betingelser, der er fastsat i denne bestemmelse, er opfyldt, og at medlemsstaten frit kan pålægge en ordregivende myndighed krav, som ikke er fastsat i artikel 12, stk. 1, med henblik på at kunne indgå in house-aftaler.

5. De præjudicielle spørgsmål:

- 50 Conseil d'État (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) ønsker følgende spørgsmål besvaret:

1) Skal artikel 12, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014, som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 2015/2170 af 24. november 2015, om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF fortolkes således, at denne bestemmelse har direkte virkning?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 12, stk. 3, i nævnte direktiv 2014/24/EU da fortolkes således, at betingelsen for, at en ordregivende myndighed, i det foreliggende tilfælde et almennyttigt boligselskab, er repræsenteret i den kontrollerede juridiske persons beslutningstagende organer, i det foreliggende tilfælde et interkommunalt andelsselskab, er opfyldt alene med den begrundelse, at en person, der er medlem af dette interkommunale andelsselskabs bestyrelse, i sin egenskab af medlem af kommunalbestyrelsen i en anden deltagende ordregivende myndighed, i det foreliggende tilfælde en kommune, alene på grund af faktiske omstændigheder, og uden at der foreligger en retlig garanti for repræsentation, ligeledes er bestyrelsesmedlem i det almennyttige boligselskab, samtidig med at kommunen er andelshaver (ikke eneandelshaver) i såvel den kontrollerede enhed (det interkommunale andelsselskab) som det almennyttige boligselskab?

3) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, skal en ordregivende myndighed, i det foreliggende tilfælde et almennyttigt boligselskab, da anses for at »have en andel« i den kontrollerede juridiske persons beslutningstagende organer, i det foreliggende tilfælde et interkommunalt andelsselskab, med den

begrundelse alene, at en person, der er medlem af dette interkommunale andelsselskabs bestyrelse i sin egenskab af medlem af kommunalbestyrelsen i en anden deltagende ordregivende myndighed, i det foreliggende tilfælde en kommune, alene på grund af faktiske omstændigheder, og uden at der foreligger en retlig garanti for repræsentation, også er bestyrelsesmedlem i det almennyttige boligselskab, samtidig med at kommunen er andelshaver (ikke eneandelshaver) i såvel den kontrollerede enhed (det interkommunale andelsselskab) som det almennyttige boligselskab?

ARBEJDSDOKUMENT