

Henlagt ved lov – Forretningsførermodellen

1. INDLEDNING

Hovedstadens Letbane ("HL") har bedt om vores vurdering af, hvordan opgaven med at varetage den daglige ledelse og driften af HL, herunder kontraktforholdet til operatøren af letbanen, kan organiseres. I udkast til notat af 13. januar 2023, ("Notat om driftsorganisation og governance for Hovedstadens Letbane"), har vi som en del heraf anbefalet, at der gennemføres en nærmere juridisk vurdering, såfremt man ønsker en konstruktion med forretningsførermodellen, der er baseret på en henlæggelse ved lov.

HL har derfor bedt os om at redegøre for, hvad der skal til for, at opgaven kan anses for henlagt ved lov.

Vi har nedenfor beskrevet grundlaget og betingelserne for, at en opgave udbudsretligt kan anses for henlagt ved lov og derfor ikke skal udbydes. Som det fremgår, vil henlæggelsen ved lov af opgaven som forretningsfører kræve supplerende regulering i form af lov, f.eks. i lovgrundlaget for det pågældende selskab, eller anden ensidig administrativ retsakt.

I denne regulering skal forretningsføreren forpligtes til at levere ydelserne, og vilkårene herfor (ydelsernes karakter, betaling, leveringsbetingelser osv.) skal fastlægges på en måde, så der ikke er behov for forhandling mellem HL og forretningsføreren i forbindelse med bestilling og udførelse af opgaverne.

Derudover skal der etableres en relation mellem HL og forretningsføreren, der er karakteriseret ved afhængighed og underordnelse, herunder at forretningsføreren ikke kan frigøre sig for forpligtelsen til at levere, og at forretningsføreren er under instruks fra HLs bestyrelse.

2. HENLAGT VED LOV

I EU-retten har medlemsstaterne et relativt vidt skøn til at organisere den offentlige sektor, så længe det ikke sker med henblik på omgåelse af EU-retten, herunder udbudsreglerne.¹ Muligheden for at henlægge en opgave ved lov er en anerkendt måde at organisere udførelsen af opgaver i den offentlige sektor på.

Når en opgave henlægges ved lov, stilles en ydelse til rådighed for visse ordregivende myndigheder. De ordregivende myndigheder har mulighed for at anvende den udpegede leverandør uden at afholde udbud, men har ikke pligt hertil. Derimod forpligtes leverandøren, til hvem opgaven er henlagt ved lov, til at udføre de opgaver, som de ordregivende myndigheder tildeler denne.

Følgende fremgår af præambelbetragtning nr. 34 til udbudsdirektivet:²

”Der forekommer visse tilfælde, hvor en juridisk enhed i henhold til relevante bestemmelser i national ret som instrument eller teknisk tjeneste for bestemte ordregivende myndigheder er forpligtet til at udføre ordrer, som den modtager fra disse ordregivende myndigheder, og ikke har indflydelse på betalingen for ydelsen.

I lyset af den ikkekontraktmæssige art bør et sådant rent administrativt forhold ikke være omfattet af anvendelsesområdet for procedurerne for offentlige udbud.” (vores understregning)

Dette betyder, at det almindelige udbudsdirektiv (og udbudsloven)³ ikke finder anvendelse, hvis en tjenesteydelse udføres på et andet grundlag end en gensidigt bebyrdende aftale, som f.eks. lov eller administrative bestemmelser, og denne lov eller administrative bestemmelse regulerer de forhold, som parterne ellers ville have aftalt i en kontrakt. Der findes ikke en tilsvarende præambelbetragtning til forsyningsvirksomhedsdirektivet, som vil være HLs anvendelsesområde.

Udsagnet i den citerede præambelbetragtning baseres dog på begrebet ”offentlig kontrakt”, som er gennemgående for alle udbudsdirektiverne, og der ses ikke at være vægtige argumenter for, at adgangen til at organisere den offentlige sektor, omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, skulle være mere restriktiv end under de øvrige udbudsdirektiver. Således kan der også på forsyningsområdet henlægges opgaver, som ellers ville være omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, ved lov.

¹ F.eks. dom af 9. juni 2009, Kommissionen mod Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357, præmis 45-48.

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, EUT 2014 L 94/65, og tilsvarende af præambelbetragtning 48 til koncessionsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter, EUT 2014 L 94/1).

³ LBK nr. 10 af 06/01/2023.

2.1 Adgangen til at henlægge en opgave ved lov

Det følger af nyere praksis, at det vide skøn, som medlemsstaterne har med hensyn til den organisering, som de finder egnet til gennemførelse af forskellige (ellers udbudspligtige) opgaver, skal udøves under overholdelse af EUF-traktatens grundlæggende regler og principper.⁴

Det er dog omdiskuteret, hvilke aktive handlinger, der mere præcist skal udføres, for at overholde de EU-retlige principper i situationen, hvor der vælges mellem organiseringsformer.⁵

Da der ikke i praksis er udviklet konkrete handlepligter i forbindelse med valget mellem organiseringsformer, er der efter vores vurdering ikke tale om *nye* forpligtelser. Derimod er der tale om den generelle pligt, som medlemsstater – og dermed ordregivere – har til at handle i overensstemmelse med deres EU-retlige forpligtelser, f.eks. forbuddet mod diskrimination pga. nationalitet.

I denne sammenhæng bemærkes, at EU-retten over tid har pålagt overholdelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i en række situationer, som ikke er omfattet af – eller ligefrem undtaget fra – udbudsdirektivet.⁶ I forhold til ”henlagt ved lov” har retspraksis endnu ikke angået spørgsmålet om, hvorvidt disse principper pålægger forpligtelser for medlemsstaterne i forbindelse med, hvordan den enhed, hvortil opgaven henlægges, udvælges, herunder heller ikke tilfælde, hvor henlæggelse af opgaven potentielt kunne ske til mere end én enhed. Der skal dog formentlig være tale om ganske alvorlige brud på EU-retten i forbindelse med valg mellem organiseringsformer, før EU-Domstolen vil gribe ind i medlemsstaternes vide skøn.

Baseret på de nærmere betingelser for at anvende henlagt ved lov, jf. afsnit 2.2 nedenfor, er det vores vurdering, at der i den konkrete sag næppe gælder en forpligtelse til at annoncere opgaven, hvis den henlægges til en offentlig enhed ved lov.

⁴ Dom af 3. oktober 2019, Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, præmis 48, om valget mellem in-house og ex-house. Dette er gentaget f.eks. i kendelse af 6. februar 2020, Azienda ULSS nr. 6 Euganea, C-11/19, EU:C:2020:88, præmis 45, om både in-house og undtagelsen i udbudsdirektivets artikel 10(h) om non-profitorganisationer, og kendelse af 6. februar 2020, Rieco, C-89-91/19, EU:C:2020:87, præmis 37. Endvidere kan henvises til dom af 6. oktober 2021, Conacee, C-598/19, EU:C:2021:810, præmis 33, og forslag til afgørelse fra generaladvokaten af 29. januar 2020 vedrørende C-796/18, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH mod Stadt Köln, pkt. 35, hvor Irgita-dommen tilsyneladende fortolkes bredere end de nævnte domme, som alle angår overholdelse af principperne ved national regulering af valg mellem organiseringsformer.

⁵ Se også Mario Sörm, Carri Ginter og Mari Ann Simovart: ”Transparency obligations for make or buy decisions”, PPLR (1) 2023, 1, hvor litteraturen om dette spørgsmål gennemgås.

⁶ Der henvises til noget af denne praksis i dom af 3. oktober 2019, Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, præmis 48.

2.2 Betingelser for henlæggelse ved lov

Muligheden for at henlægge opgaver ved lov er baseret på retspraksis,⁷ der ikke direkte er kodificeret i udbudsdirektiverne. Grundlæggende baserer denne praksis sig, som nævnt i afsnit 2, på, at hvis opgaven er henlagt ved lov, er der ikke tale om en udbudspligtig kontrakt. Retspraksis er dog på dette område særdeles begrænset og omfatter alene to ældre EU-domme. Der foreligger ingen dansk retspraksis på området. Grundlaget for beskrivelse af betingelserne er derfor sparsomt, med dertil knyttet fortolkningsusikkerhed.

Det kan dog af retspraksis udledes, at i hvert tilfælde følgende forhold skal gøre sig gældende, for at en opgave kan siges at være henlagt ved lov:

- 1) Leverandørens relation til aftagerne (ordregivende myndigheder) skal være af ren intern karakter, kendetegnet ved afhængighed og et underordningsforhold (instrument/teknisk tjeneste),
- 2) opgaven pålægges leverandøren ved lov, f.eks. i lovgrundlaget for det pågældende selskab, eller anden ensidig administrativ retsakt,
- 3) leverandøren kan ikke selv afgøre, om det vil tage imod konkrete ordrer,
- 4) leverandøren må ikke kunne forhandle det konkrete indhold af ydelser, der skal ligge indenfor selskabets formål,
- 5) leverandøren kan ikke selv fastsætte taksten for at udføre opgaven, og
- 6) der må ikke skulle indgås en kontrakt.

Punkterne er yderligere uddybet nedenfor. Hvis opgaven henlægges ved lov, skal det sikres, at alle ovenstående punkter opfyldes, og det ligger i kriterierne, at lovgrundlaget/den administrative akt bør regulere forholdet så udtømmende som muligt.

Særligt vedrørende punkt 1)

At der består en situation, hvor relationen mellem HL og forretningsføreren er af ”**ren intern karakter, kendetegnet ved afhængighed og underordningsforhold**”, skal ses i modsætning til et kontraktforhold.⁸

⁷ Dom af 19. april 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales, C-295/05, EU:C:2007:227, dom af 18. december 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, EU:C:2007:815.

⁸ Dom af 19. april 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales, C-295/05, EU:C:2007:227, præmis 51.

Organiseringsformen, herunder det forhold at HL kan instruere forretningsføreren i at udføre visse opgaver, skal således mere minde om en form for intern relation.⁹ En privat virksomhed vil næppe have en relation af ”ren intern karakter” til ordregivende myndigheder. Underordningsforholdet skal gælde for alle de opgaver, som HL ønsker udført, herunder også i den del af opgaveløsningen, hvor forretningsføreren agerer som den daglige leder og direktion i HL, jf. straks nedenfor. Også direktionen skal således være under reel instruks fra bestiller, dvs. HLs bestyrelse.

At relationen skal have en karakter, hvor forretningsføreren er et ”*instrument/teknisk tjeneste*” skal ses ift. ydelseernes karakter. I foreliggende retspraksis var der tale om ydelser til ”udvikling af landdistrikterne og miljøbeskyttelse”¹⁰, henholdsvis posttjenester.¹¹ Der var, som det er tilfældet med HL, tale om tjenesteydelser, men disse ydelser havde dog umiddelbart en anden karakter, end de ydelser, som HL ønsker, at forretningsføreren skal udføre.

Forretningsføreren skal således særligt udføre opgave ift.:

- Indtægtsstyring og deling samt takstfastsættelse
- Tilsyn og kontrol med operatør samt øvrige kontraktparter
- Samarbejder, bl.a. deltagelse i DOT og kontakt med vejmyndigheder
- Økonomi, herunder varetagelse af langtidsbudget og gældspleje
- Kommunikation og presse
- Markedsføring
- Reinvesteringer og vedligeholdelse af infrastruktur (infrastrukturforvaltning)
- Evt. yderligere anlægsopgaver (forlængelser af letbanen)

Hertil skal forretningsføreren agere daglig leder og direktion i HL.

Der ses imidlertid ikke i praksis at blive lagt særlig vægt på ydelseernes karakter, men på at ydelserne skal falde indenfor leverandørens formålsbestemmelser, jf. også punkt 4) nedenfor. Det er vores forståelse, at de fleste ydelser, som HL ønsker, at forretningsføreren skal stå for, har væsentlige tekniske aspekter og kan beskrives relativt præcist. Selvom HL-ydelserne således er af en anderledes karakter end den, der er omtalt i den hidtidige retspraksis, mener vi, at der er gode argumenter for, at også disse ydelser som udgangspunkt kan falde inden for de af EU-domstolen opstillede rammer.

⁹ Dog uden at de udbudsretlige krav ift. kontrol- og virksomhedskriterierne skal være opfyldt. Se punkt 5.1.4 i ”Notat om driftsorganisation og governance for Hovedstadens Letbane”.

¹⁰ Dom af 19. april 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales, C-295/05, EU:C:2007:227, præmis 10.

¹¹ Dom af 18. december 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, EU:C:2007:815, præmis 21.

Såfremt rollen som direktion kan ses som en øverste ”administrativ” ledelse af de bestilte opgaver, og direktionen ikke tillægges en ubegrænset handlefrihed, der bevirker, at forholdet til HL ikke længere er kendetegnet ved ”afhængighed og underordnelse”, jf. ovenfor, kan direktionsopgaven formentlig også opfylde kriteriet.

Forholdet er grundet den sparsomme retspraksis forbundet med usikkerhed, men vil dog kunne understøttes positivt, hvis eksempelvis alle principielle beslutninger skal forelægges bestyrelsen i HL til godkendelse, hvis bestilling af opgaver hos forretningsføreren foretages af HLs bestyrelse (dvs. direktionen bestiller ikke opgaver hos sig selv), og hvis bestyrelsen har en klar instruksbeføjelse ift. direktionen/forretningsføreren.

Som beskrevet i udkast til notat af 13. januar 2023 ”Notat om driftsorganisation og governance for Hovedstadens Letbane”, afsnit 3.2.3, er ”Fjordforbindelsen Frederikssund” et praktisk eksempel, hvor Vejdirektoratet som forretningsfører varetog den daglige ledelse og driften af virksomheden.¹² Til eksempel skal dog fremhæves, at selskabet var 100 % ejet af staten,¹³ og at der allerede derfor formentlig er tale om en udbudsretlig in-house relation.

Særligt vedrørende punkt 3) og 5)

Det skal af lovgrundlaget/den ensidige administrative akt fremgå, at forretningsføreren er forpligtet til at udføre ordrer fra HL om at levere de ydelser, der er defineret deri, og på de vilkår der er fastlagt deri. Der må altså ikke være adgang til, at forretningsføreren egenhændigt kan frigøre sig for forpligtelserne (dvs. det må ikke være en aftale, der kan opsiges af forretningsføreren, og skal forretningsføreren frigøres, skal dette ske ved lov).

Forretningsførerens modtagelse af vederlag for opgaveudførelsen skal også være fastlagt på forhånd. Ifølge praksis kan betalingen være omkostningsbaseret,¹⁴ men praksis synes ikke at udelukke andre afregningsformer.

¹² Vi har ikke foretaget en nærmere vurdering af, hvorvidt konstruktionen omkring Fjordforbindelsen opfylder de udbudsretlige kriterier for henlagt ved lov.

¹³ Selskabet er nu afviklet, da passagen over broen blev gjort gratis og indtægtsgrundlaget derfor bortfaldt.

¹⁴ Dom af 19. april 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales, C-295/05, EU:C:2007:227, præmis 10 og 14. Det bemærkes i denne sammenhæng, at det i forbindelse med spørgsmålet om betaling bør sikres, at statsstøttere reglerne overholdes. Denne vurdering kan foretages i forbindelse med implementering af den ønskede løsning.

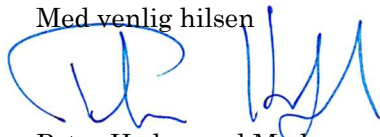
Hvis forretningsføreren også leverer ydelserne til private kunder, indebærer kriterierne, at grundlaget for opgavevaretagelsen skal adskille sig mærkbart fra de kommercielle betingelser, der normalt tilbydes.¹⁵

Særligt vedrørende punkt 4) og 6)

Som nævnt bør lovgrundlaget/den administrative akt regulere forholdet så udtømmende som muligt. Det vil sige, at alle de opgaver, som forretningsføreren skal udføre, skal beskrives så udførligt, at der ikke er behov for at forhandle om indholdet af ydelserne eller de vilkår, de skal leveres på, ligesom der ikke er behov for at indgå en kontrakt herom. Modsat ses der ikke noget krav om, at lovgrundlaget skal beskrive den præcise udførelsesmetode. Eksempelvis skal lovgrundlaget ikke nødvendigvis beskrive, hvordan forretningsføreren i praksis udfører opgaven vedrørende indtægtsdeling.

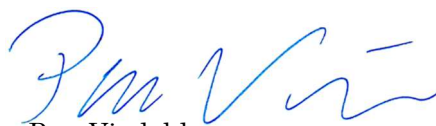
Det bør sikres, at rollen som forretningsfører fremgår eksplicit af forretningsførerens formålsbestemmelse, samt at de påtænkte opgaver i øvrigt ligger inden for forretningsførerens formål.

Med venlig hilsen



Peter Hedegaard Madsen

Advokat, partner



Paw Vindahl

Partner, Erhvervsjuridisk rådgiver

¹⁵ Dom af 18. december 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, EU:C:2007:815, præmis 54.