

Domea
Att.: Administrerende direktør Jørn Ravn
Borgergade 6
1300 København K.

9. december 2010
Sag 4/0420-0100-0139
/ KBN/PMK
Deres ref.

Klage over Boligforeningen Gives manglende udbud af administrationsopgave

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har modtaget en klage over den almene boligorganisation Boligforeningen Gives som følge af manglende udbud i forbindelse med indgåelse af administrationsaftale med den almene forretningsførerorganisation Domea s.m.b.a. (herefter Domea).

Det er klagers opfattelse, at Boligforeningen Give er forpligtet til at udbyde administrationsopgaven efter reglerne i Udbudsdirektivet¹. Det er i den forbindelse klagers opfattelse, at Boligforeningen Give er et offentligt organ omfattet af udbudsreglerne, og at der er tale om en tjenesteydelseskontrakt med en kontraktværdi, der overstiger Udbudsdirektivets tærskelværdi.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i forbindelse med behandlingen af klagen indhentet oplysninger fra både Boligforeningen Give samt Domea. Udtalelsen har ydermere været i høring hos både Domea, Boligforeningen Give og klager.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har yderligere modtaget bemærkninger fra Socialministeriet, der er ressortmyndighed for lovgivningen vedrørende almene boligorganisationer. Socialministeriets notat af 5. februar 2010 er vedlagt som bilag til nærværende udtalelse.

I det følgende har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretaget en vurdering af, om Boligforeningen Gives indgåelse af en administrationsaftale med Domea er en kontraktindgåelse, der omfattes af udbudsreglerne.

Sagens faktiske omstændigheder

Almene boligorganisationer kan administrere sig selv og sine boligafdelinger via opbygning af egen administration og ansat personale. En almen boligorganisation kan imidlertid også beslutte at lade boligafdelingerne helt eller delvist administrere af en forretningsfører. En forret-

¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. Direktivet er implementeret i dansk ret ved bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004.

KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN
Nyropsgade 30
1780 København V
Tlf. 72 26 80 00
Fax 33 32 61 44
CVR-nr. 64 96 46 15
ks@ks.dk
www.kfst.dk

ØKONOMI- OG
ERHVERVS MINISTERIET

ningsfører kan være en almen forretningsførerorganisation, et alment andelselskab, en anden almen boligorganisation med egne boligafdelinger eller en privat administrator, f.eks. en advokat.

Boligforeningen Give har oprindeligt administreret sig selv via egen administration og personale. I forbindelse med den ansatte forretningsførers pension ønskede boligorganisationen at lade administrationen af boligorganisationens boliger overgå til Domea. Domea overtog herefter administrationslokaler (kontor), og de ansatte medarbejdere fortsatte som ansatte hos Domea.

Boligforeningen Give har oplyst til styrelsen, at de samtidig med overdragelse af administrationsopgaven til Domea, på linie med andre almen boligorganisationer i organisationen, blev medejer af og garanter i Domea. Desuden har Domea oplyst, at Boligforeningen Gives beslutning om at købe garantibeviser i Domea blev truffet før den endelige godkendelse af administrationsaftalen den 28. maj 2008. Styrelsen lægger således i det følgende til grund, at administrationsaftalen blev indgået på et tidspunkt, hvor Boligforeningen Give var garant i Domea. Domea påbegynder administrationen af boligorganisationens boliger den 1. oktober 2008.

Ifølge oplysninger modtaget fra Boligforeningen Give er Domea en almen forretningsførerorganisation², der er organiseret som en garantiorganisation. Domea administrerer ca. 32.000 lejemålsenheder (i det følgende blot benævnt ”boliger”). Domea er selskabsretligt organiseret som et s.m.b.a..

Den administrerede kreds i Domea

Domea administrerer efter det oplyste boliger for 157 boligorganisationer, boligforeninger, ejerforeninger, andelsboligforeninger osv. Domea kan alene administrere de boligorganisationer samt andet støttet byggeri, som lovgivningen tillader.

Ud af de 157 boligorganisationer mv., der administreres af Domea, er der 100 almene boligorganisationer, der er garanter i Domea.³ Boligforeningen Give er blandt de 100 garanter. Ud af de resterende 57 boligorganisationer mv., der administreres af Domea, er de 20 almene boligorganisationer.⁴ Disse 20 er imidlertid ikke garanter i Domea. De resterende 37, er efter det oplyste ejerforeninger, som typisk ikke har boliger, nogle få selvejende og kommunale plejecentre og nogle få andelsboligforeninger

² Almene forretningsførerorganisationer som Domea er ”tomme” administrationselskaber, der alene er godkendt til at administrere almene boligorganisationer og andet støttet boligbyggeri.

³ De 100 almene boligorganisationer råder over 29.300 boliger ud af de 32.000 boliger Domea administrerer.

⁴ De 20 almene boligorganisationer råder over ca. 1500 boliger ud af de 32.000 Domea administrerer.

med et mindre antal boliger.⁵ Disse 37 foreninger m.v. er heller ikke garanter i Domea.

Konkurrence – og Forbrugerstyrelsens vurdering

Det skal for god ordens skyld bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen alene kan udtale sig vejledende om forståelsen af udbudsretlige regler. Styrelsen har ikke kompetence til at træffe afgørelse eller give bindende forhåndsbesked i konkrete sager. Det kan således ikke udelukkes, at Klagenævnet for Udbud i forbindelse med behandlingen af en konkret sag vil kunne være af en anden holdning end styrelsen.

Indledningsvist skal det oplyses, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved behandlingen af sagen ikke har foretaget en vurdering af, hvorvidt de af parterne fremsendte oplysninger er i overensstemmelse med anden lovgivning. Udtalelsen indeholder dog fsva. enkelte punkter et bidrag fra Socialministeriet vedr. reglerne for almene boligorganisationer.

Boligforeningen Give og Domea er omfattet af almenboligloven samt de dertil hørende bekendtgørelser. Både Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens og Socialministeriets beskrivelse og vurdering af reglerne i denne udtalelse sker på baggrund af de regler, der var gældende på tidspunktet for indgåelsen af administrationsaftalen mellem parterne, jf. bl.a. bekendtgørelse nr. 1118 af 26. september 2007 om lov om almene boliger m.v. (almenboligloven), bekendtgørelse nr. 42 af 23. januar 2008 om drift af almene boliger m.v. (driftsbekendtgørelsen) samt bekendtgørelse nr. 633 af 15. juni 2006 om normalvedtægter for en almen forretningsførerorganisation med indbetalt garantikapital (normalvedtægterne).

Er kontrakten omfattet af udbudsreglerne?

1. Er Boligforeningen Give en ordregivende myndighed?

Udbudsdirektivets art. 1, stk. 9, 3. afsnit, der omhandler definitionen af begrebet ”offentligretligt organ”, henviser til den ikke-udtømmende fortegnelse i direktivets bilag III over bl.a. de offentligretlige organer. Ifølge direktivets bilag III, afsnit II er almene boligorganisationer omfattet af begrebet ”offentligretligt organ”. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lægger i det følgende til grund, at Boligforeningen Give er et offentligretligt organ, og som følge heraf er omfattet af Udbudsdirektivets bestemmelser.

2. Overstiger kontraktværdien den gældende tærskelværdi?

For at kontrakten er omfattet af Udbudsdirektivet, er det en betingelse, at kontraktens anslåede værdi er over den i 2008 gældende tærskelværdi på 1.535.844 kr. Det følger af det materiale, som styrelsen har modtaget fra Boligforeningen Give, at det årlige administrationsbidrag vurderes at udgøre mellem 1,1 mio. kr. og 1,7 mio. kr.

⁵ De 37 foreninger råder tilsammen over 1200 boliger ud af de 32.000 boliger Domea administrerer.

Ifølge Socialministeriet skal en aftale om administration indgås skriftligt med fastsættelse af klare opsigelsesregler. Der er ikke regler om administrationsaftalers maksimale varighed eller om længden af opsigelsesvarsler.

Da der hverken som følge af lovgivningen eller som følge af selskabskonstruktionen er fastsat en tidsbegrænset kontraktperiode, skal den samlede kontraktværdi – i forhold til tærskelværdien – fastsættes til den månedlige værdi ganget med 48. Kontraktværdien er således som minimum på 4.400.000 kr. (1.100.000 kr./ 12 × 48), og dermed over Udbudsdirektivets dagældende tærskelværdi.

For at være omfattet af Udbudsdirektivets detaljerede procedureregler skal der desuden være tale om en tjenesteydelse, der er omfattet af direktivets detaljerede procedureregler (en såkaldt bilag II A-ydelse), ligesom der skal være tale om en gensidig bebyrdende aftale.

3. Er der tale om ydelser omfattet af udbudspligten?

Der er tale om en aftale om varetagelse af administrationsopgaver. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lægger til grund, at en sådan aftale kan kategoriseres som en tjenesteydelseskontrakt, der omfattes af Udbudsdirektivets bilag II A (kategori 14).

4. Er der tale om en gensidig bebyrdende aftale?

Udbudsdirektivet regulerer indgåelse af offentlige kontrakter med én eller flere økonomiske aktører om levering af blandt andet tjenesteydelser. Hvad der nærmere skal forstås ved offentlige kontrakter, er defineret i direktivets art. 1, stk. 2, litra a:

”Ved ”offentlige kontrakter” forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.”

Når en almen boligorganisation vælger at lade sig administrere af økonomisk aktør, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at der som udgangspunkt er tale om indgåelsen af en gensidigt bebyrdende aftale. Dermed skal boligorganisationen i forbindelse med indgåelsen af en administrationsaftale, hvis værdi overskrider Udbudsdirektivets tærskelværdi, som udgangspunkt følge Udbudsdirektivets procedureregler.

At aftalen skal være ”gensidigt bebyrdende” indebærer imidlertid, at kontrakter, der udføres af den ordregivende myndighed egne enheder – dvs. udføres in-house - falder uden for udbudsdirektivets anvendelsesområde. Spørgsmålet er således, om administrationsaftalen mellem Boligforeningen Give og Domea skal karakteriseres som en gensidig bebyrdende aftale, eller om administrationsaftalen kan karakteriseres som en opgavevaretagelse, der udføres in-house, og dermed ikke er omfattet af udbudsreglerne.

5. In-house begrebet

Det retlige grundlag for in-house reglen er, at en ordregivende myndighed ikke kan indgå en gensidigt bebyrdende aftale med sig selv. Kontrakter, der indgås inden for samme myndighed, er således at betragte som in-house produktion og falder derved uden for udbudsreglernes anvendelsesområde.

EU-domstolen har i sag C-107/98 af 18. november 1999, Teckal (herefter Teckal-dommen), endvidere udvidet in-house reglen således, at denne også kan finde anvendelse på kontrakter indgået mellem en ordregivende myndighed og en fra denne myndighed selvstændig juridisk enhed. Dette kræver dog, at den selvstændige juridiske enhed både med hensyn til beslutningskompetence og i økonomisk henseende er så knyttet til den ordregivende myndighed, at det modsvarer en intern arbejdsdeling i myndigheden. Følgende forhold er ifølge Teckal-dommen afgørende for anvendelsen af denne in-house undtagelse, jf. præmis 50:

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

Disse forhold benævnes henholdsvis ”kontrolkriteriet” og ”virksomhedskriteriet”.

For at vurdere, hvorvidt Boligforeningen Give kan overdrage administrationsopgaven til Domea uden forudgående udbud, er det derfor nødvendigt at afgøre, om både kontrolkriteriet og virksomhedskriteriet er opfyldt i forholdet mellem Boligforeningen Give og Domea.

Det skal bemærkes, at EU-domstolen har gjort det klart, at in-house kontrakter er en undtagelse til udbudsreglerne, hvorfor reglen skal fortolkes indskrænkende, jf. C-410/04, ANAV, jf. præmis 26.

5.1. Opfyldelsen af kontrolkriteriet

Kontrolkriteriet indebærer, at den ordregivende myndighed skal underkaste den selvstændige virksomhed en kontrol, der svarer til den kontrol, myndigheden fører med sine egne tjenestegrene.

Det er endnu ikke fastslået i praksis, hvornår en almen boligorganisation udøver en kontrol med en selvstændig almen forretningsførerorganisation som Domea, der svarer til den kontrol, boligorganisationen fører med egne tjenestegrene.

I det følgende foretages denne konkrete vurdering ud fra en række momenter, der er fundet relevante i indeværende sag. De relevante momen-

ter kan variere fra sag til sag, og der vil således altid skulle foretages en konkret vurdering af, om kontrolkriteriet er opfyldt. Denne vejledende udtalelse tager alene stilling til, hvorvidt administrationsaftalen indgået mellem Domea og Boligforeningen Give kan anses for in-house, idet de konkrete omstændigheder alene relaterer sig til oplysninger fra henholdsvis Boligforeningen Give og Domea. Denne udtalelse er således ikke udtryk for en generel godkendelse af Domeas aftaler, eller administrationsaftaler mellem andre almene boligorganisationer og almene forretningsførerorganisationer.

5.1.1. Besiddelse af Domeas kapital

EU-domstolen har i deres retspraksis lagt vægt på myndighedens⁶ besiddelse af kapitalen i den kontraherende virksomhed. EU-domstolen har bl.a. udtalt følgende i C-340/04 af 11. maj 2006, Carbotermo (herefter Carbotermo-dommen), jf. præmis 37:

”Den omstændighed, at den ordregivende myndighed, alene eller sammen med andre offentlige myndigheder, besidder den samlede kapital i et kontraherende selskab, tyder på, uden at være afgørende, at denne ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene.” [Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens understregning].

EU-domstolen har bl.a. gentaget dette i dom af 10. september 2009, sag C-573/07, Sea, jf. præmis 45.

Domea har oplyst til styrelsen, at ejerkredsen i Domea udelukkende består af de 100 almene boligorganisationer, som også er garanter i Domea. Boligforeningen Give er en del af denne ejerkreds, som har indskudt den samlede ansvarlige kapital i Domea, og som dermed i fællesskab ejer den samlede kapital. Denne omstændighed tyder på, at kontrolkriteriet er opfyldt.

Socialministeriet har imidlertid oplyst følgende til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vedrørende anvendelse af begrebet ejerkreds og muligheden for besiddelse af den ansvarlige kapital:

”Ministeriet kan oplyse, at almene boligorganisationer, herunder forretningsførerorganisationer, er selskabsretligt atypiske, og det anførte moment fra EF-domstolspraksis om besiddelse af virksomhedens samlede kapital vanskeligt kan overføres til det almene område uden videre. I juridisk henseende kan man ikke tale om en ejerkreds, der besidder den samlede ansvarlige kapital i almene boligorganisationer, som det er tilfældet i selskaber efter selskabslovgivningen.”

Der er således efter Socialministeriets opfattelse ikke på det almene om-

⁶ I det følgende sidestilles Boligforeningen Give med myndigheden.

råde tale om en ejerkreds, der besidder den samlede ansvarlige kapital i boligorganisationen, og som har ret til at få denne udbetalt ved likvidation, når evt. øvrige kreditorer er tilgodeset. I en forretningsførerorganisation med indbetalt garantikapital besidder garantierne garantikapitalen. Det er kun denne kreds, der kan indløse deres garanti-beviser og få del i (nogle af) organisationens midler ved en evt. likvidation og omvendt miste deres indskudte kapital ved en sådan. Garantierne kan desuden få udbetalt udbytte. Garantikapitalen udgør dog historisk set kun en marginal del af den samlede ansvarlige kapital.

På baggrund af det af Socialministeriet oplyste, har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderet, at det ikke kan tillægges betydning, at Boligforeningen Give er en del af en ejerkreds i Domea, der har indskudt den samlede ansvarlige kapital.

Af EU-domstolens retspraksis følger, at en ordregivende myndigheds hele, delvise eller endog meget begrænsede ejerskab over en selvstændig juridisk enhed ikke er en forudsætning for at kunne statuere, at in house begrebets kontrolkriterium konkret er opfyldt. Domstolen har alene tilkendegivet, at ejerskab indgår som et vigtigt parameter, men ikke en forudsætning for opfyldelsen af kontrolkriteriet. Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering er dette ensbetydende med, at en almen forretningsførerorganisation også kan anses for at udføre opgaver in-house, såfremt kontrol- og virksomhedskriteriet konkret er opfyldt i forholdet mellem den almene boligorganisation og den almene forretningsførerorganisation.

Af *Carbotermo-dommen* (præmis 37) og af EU-domstolens praksis i eksempelvis dom af C-458/03 af 13. oktober 2005, *Parking Brixen* (herefter *Parking Brixen-dommen*), (præmis 65), fremgår, at man ved bedømmelsen af, om kontrolkriteriet er opfyldt:

*”Skal tage samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder i betragtning. Det skal fremgå af undersøgelsen, at den pågældende kontraherende virksomhed er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den ordregivende offentlige myndighed at påvirke virksomhedens beslutninger. Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger.”*⁷

I det følgende skal rækkevidden af den konkrete kontrol derfor vurderes. Her er det relevant at se på kravene til den enkelte myndigheds selvstændige kontrol (afsnit 5.1.2), mulighederne for fælleskontrol (afsnit 5.1.3.), samt hvad der skal til, før myndigheden/myndighederne konkret udøver den fornødne kontrol over den kontraherende virksomhed (afsnit 5.1.4.).

⁷ EU-domstolen fandt under henvisning til den manglende konkrete kontrol i *Parking Brixen-dommen*, at aftalen ikke var omfattet af in-house reglen, selvom den kontraherende virksomhed var fuldt ud ejet af den kommune, den indgik kontrakt med.

5.1.2. Betydningen af kontrolandelens størrelse

Spørgsmålet er, om antallet af ordregivende myndigheder, der udøver den konkrete kontrol, herunder størrelsen af den enkelte myndigheds kontrolandel, er afgørende i forhold til opfyldelse af kontrolkriteriet. Det vil sige, om den enkelte myndighed (Boligforeningen Give) kan være i besiddelse af den fornødne kontrol uanset størrelsen af den kreds, der samlet udøver kontrol.

I forslag til afgørelse fremsat d. 1. juli 1999 til Teckal-dommen⁸, udtaler Generaladvokat Cosmas følgende i præmis 61:

”...jeg finder det usandsynligt, at man for så vidt angår AGAC, som er et konsortium, der er stiftet af 45 kommuner i Reggio Emilia, og som er en særskilt juridisk person, kan hævde, at Viano kommune udøver en kontrol over dette konsortium, der svarer til den, som en myndighed udøver over et internt organ.”

Konkurrencestyrelsen har da også tidligere udtalt i vejledende udtalelse af 4. marts 2003, *Jysk Miljølaboratorium*, der omhandler en situation, hvor den kontraherende virksomheds ejerkræds bestod af 12 kommuner, at:

”...en deltagende kommune synes allerede pga. antallet af aktionærer ikke at kunne underkaste selskabet en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene”.

Det afgørende i såvel Generaladvokat Cosmas forslag som *Jysk Miljølaboratorium-udtalelsen* er, at den enkelte myndighed ikke bevarer en selvstændig kontrol over den kontraherende virksomhed pga. ejerkrædsens størrelse.

Domea administrerer 157 boligorganisationer m.v. – heriblandt Boligforeningen Give – der umiddelbart potentielt har mulighed for at udøve kontrol over Domea. På den baggrund kunne det derfor tyde på, at Boligforeningen Give ikke er i stand til at opfylde kontroldirektivet og udøve den fornødne selvstændige kontrol over Domea.

Retspraksis har imidlertid udviklet sig siden da. EU-domstolen lægger i *Tragsa-dommen* i 2007 op til en mindre restriktiv bedømmelse af, om den enkelte myndigheds selvstændige kontrol med den kontraherende virksomhed er afgørende for opfyldelse af kontrolkriteriet. Dommen tager stilling til betydningen af den enkelte myndigheds kontrolandel – dvs. i hvor stort omfang skal den enkelte myndighed have kontrol over

⁸ I *Teckal-dommen* er Viano kommune en af i alt 45 kommuner, der er gået sammen om at stifte konsortiet AGAC, hvis formål er at levere tjenesteydelser inden for bl.a. opvarmning.

den kontraherende virksomhed, hvilket svarer til at tage stilling til antallet af myndigheder, der udøver kontrollen.

EU-domstolen finder i *Tragsa-dommen*, at kontrolkriteriet er opfyldt i forhold til fire selvejende regioner, der er medejere af den kontraherende virksomhed, uanset det forhold, at disse regioner hver især besidder en yderst begrænset andel af kapitalen – alene 0.25 % hver – i den kontraherende virksomhed (Tragsa). EU-domstolen vægter således ikke den enkelte myndigheds mulighed for kontrol, men anlægger en mere samlet bedømmelse i forhold til ejerkredsen som helhed, hvor de enkelte ejerandele størrelse som udgangspunkt er underordnet.

Størrelsen af den enkelte myndigheds kontrolandel synes således ikke at være afgørende for opfyldelse af kontrolkriteriet. Det er herefter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det forhold, at Domea administrerer 157 boligorganisationer m.v., der alle umiddelbart potentielt har mulighed for at udøve kontrol over Domea, ikke automatisk udelukker, at kontrolkriteriet er opfyldt i forhold til administrationsaftalen indgået mellem Boligforeningen Give og Domea.

Antallet af myndigheder, der udøver kontrollen, synes som en konsekvens heraf heller ikke at være afgørende, jf. nærmere nedenfor.

5.1.3. Betydningen af fælleskontrol

I tråd med den manglende betydning af kontrolandelens størrelse åbner den seneste retspraksis fra EU-domstolen op for en mildere bedømmelse i forhold til opfyldelsen af kontrolkriteriet. EU-domstolens praksis går således i retning af, at det er tilstrækkeligt for opfyldelse af kontrolkriteriet, at de ordregivende myndigheder udøver den fornødne kontrol over den kontraherende virksomhed i fællesskab, såkaldt **fælleskontrol**.

I C-324/07 af 13. november 2008, *Coditel* (fremover *Coditel-dommen*), udtaler EU-domstolen følgende, jf. præmis 50 og 54.

”...såfremt flere offentlige myndigheder ejer en koncessionshavende enhed, til hvilken de overdrager udførelsen af en af deres public service-opgaver, kan den kontrol, som de offentlige myndigheder fører med denne enhed, føres i fællesskab af dem.”

”... i de tilfælde, hvor en offentlig myndighed tilslutter sig et interkommunalt andelsselskab, hvis deltagere alle er offentlige myndigheder, med henblik på at overdrage dette selskab drift af en offentlig tjeneste, kan den kontrol, som de myndigheder, der er tilsluttet dette selskab, fører med det, for at kunne betragtes som svarende til den kontrol, de fører med egne tjenestegrene, føres i fællesskab af disse myndigheder, som i givet fald træffer afgørelse ved stemmeflerhed.” [Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens fremhævninger].

Det bemærkes, at Generaladvokat Trstenjak i sit forslag af 4. juni 2008 til afgørelse af *Coditel-dommen* giver udtryk for muligheden for fælleskontrol, jf. præmis 72 og 73.⁹

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at denne dom kan fremhæves til støtte for, at det ikke har betydning for kontrolkriteriets opfyldelse, at kontrollen udøves af ordregivende myndigheder i fællesskab.

Herefter skal det vurderes, om Boligforeningen Give konkret udøver den fornødne kontrol over Domea, der gør, at kontrolkriteriet kan siges at være opfyldt.

5.1.4. Vurderingen af en række momenter af betydning for kontrolkriteriets opfyldelse

Nedenfor redegøres der for en række momenter, der belyser, om Boligforeningen Give udøver den fornødne konkret kontrol over Domea. Der skal således foretages en konkret vurdering i lyset af disse momenter. De relevante momenter kan variere fra sag til sag, og der vil således altid skulle foretages en konkret vurdering af, om der er den fornødne konkrete kontrol.

Kontrol over Domeas opgaveløsning

Domea har oplyst til styrelsen, at Domea skal arbejde indenfor de rammer, som besluttet på generalforsamlingen/repræsentantskabsmødet, hvor garantierne har den afgørende indflydelse. Domea har som følge heraf ikke nogen selvstændige beslutningskompetencer.

EU-domstolen har i *Tragsa-dommen*¹⁰ præmis 60 opstillet to betingelser, der i dommen skal tillægges betydning ved vurderingen af, om de fire regioner udøvede den fornødne kontrol over Tragsa:

- a) *”At Tragsa er forpligtet til at gennemføre de bestillinger, som overdrages selskabet af de offentlige myndigheder, herunder de selvstyrende regioner og*

⁹ Under henvisning til bl.a. *Tragsa-dommen* og Generaladvokat Cosmos forslag til *Teckal-dommen* udtaler Generaladvokat Trstenjak følgende: ”Af redegørelsen vedrørende retspraksis for så vidt angår størrelsen på selskabsandelene kan det såvel systematisk som på grund af anvendelsen af flertalsformen i ordlyden af det andet Teckal-kriterium – ”såfremt den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale og regionale myndigheder, den ejes af” – grammatisk udledes, at **de pågældende offentlige organer ikke nødvendigvis skal råde over en fuldstændig individuel kontrolbeføjelse, men at det derimod er tilstrækkeligt, at der udøves en kollektiv og flertalsstyret kontrol.**” [Konkurrencestyrelsens fremhævning].

¹⁰ *Tragsa* er et statsligt selskab, hvis hele kapital er ejet af det offentlige. Den spanske stat ejer 99 % og 1 % ejes af 4 regioner.

b) at Tragsa ikke har mulighed for frit at fastsætte takster for selskabets foranstaltninger, og at dets forbindelse til de nævnte regioner ikke er af kontraktmæssig karakter.”

I forhold til nærværende problemstilling gennemgås disse to betingelser nedenfor.

Ad. a) Er Domea forpligtet til at udføre de bestillinger, som overdrages fra Boligforeningen Give?

Spørgsmålet er for det første, om Domea er forpligtet til at gennemføre de bestillinger, som overdrages til virksomheden fra Boligforeningen Give.

Socialministeriet har oplyst følgende til styrelsen:

”Almene boligorganisationer [som Domea] skal efter reglerne administrere i overensstemmelse med de enkelte administrerede boligorganisationers beslutninger, der har de samme kompetencer som inden beslutningen om administration, fx kompetencen til at indgå aftale om forhøjet kommunal anvisning til de ledige boliger, fleksibel udlejning, sælge ejendom, nedrive m.v.” [Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens indføjelser].

Domea har samtidig oplyst til styrelsen, at Domea - på samme måde som en almen boligorganisationens interne administration - er forpligtet til at udføre alle de bestillinger, som Domea efter almenboliglovgivningen har ret til at udføre. Desuden har Domea oplyst, at Domea har pligt til at udføre de bestillinger, som overdrages til virksomheden fra de administrerede organisationer. På det foreliggende grundlag lægger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen således til grund, at den første betingelse er opfyldt.

Ad. b – første led) Kan Domea frit fastsætte sine takster?

Ifølge Socialministeriet skal almene boligorganisationer efter reglerne i driftsbekendtgørelsen altid budgettere kostægte ved fastsættelsen af administrationsbidrag, dvs. vederlaget for administration skal svare til udgifterne ved administrationen.

Boligforeningen Give har samtidig oplyst til styrelsen, at Domea i henhold til lovgivningen om almene forretningsførerselskaber er et non-profit foretagende, som afregner sine ydelser til omkostningsbaserede priser. Domea har altså, i henhold til disse oplysninger, ikke frihed ved fastlæggelsen af taksterne for sine ydelser. Styrelsen lægger derfor til grund, at den første del af den anden betingelse også er opfyldt.

Ad. b – andet led) Har forbindelsen mellem Domea og Boligforeningen Give ”kontraktmæssig karakter”?

EU-Domstolen uddyber ikke nærmere i *Tragsa-dommen*, hvad der ligger i, at enhedens forbindelse til myndigheden ikke må være af kontrakt-

mæssig karakter.

Domstolen fremhæver, at et lovkrav kan være ensbetydende med, at den juridiske enheds forhold til de offentlige myndigheder ikke er af kontraktmæssig karakter. Udbudsreglerne forudsætter da også indgåelsen af en kontrakt mellem mindst to selvstændige juridisk enheder, der er i stand til at træffe beslutninger uafhængigt af hinanden¹¹. Dette betyder, at parterne grundlæggende selv kan bestemme, om de ønsker at indlede eller afslutte et kontraktforhold eller forhandle om indholdet af de ydelser, der skal leveres, og de takster der skal finde anvendelse¹². Til forskel herfra er en ordregivende myndigheds forhold til sine interne enheder ikke reguleret ved en kontrakt, der har karakter af en privatretlig aftale.

Det er således umiddelbart Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at forbindelsen mellem Boligforeningen Give og Domea ikke er af kontraktmæssig karakter.

Samlet set er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen opfattelse, at Domeas mulighed for selvstændigt at disponere over opgaveløsningen er begrænset. Dette tyder således på, at Boligforeningen Give udøver en kontrol over Domea der indebærer, at kontrolkriteriet konkret er opfyldt.

Kontrol via deltagelse i Domeas ledende organer

EU-domstolen har lagt vægt på, at de ordregivende myndigheder har kontrol over den kontraherende virksomheds ledelse, særligt bestyrelsen. I *Coditel-dommen*¹³ udtaler domstolen følgende i præmis 34:

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

I *Carbotermo-dommen* var det en klar svækkelse af kontrollen, at de ordregivende myndigheder ikke var en del af den kontraherende virksomheds bestyrelse.¹⁴

¹¹ Jf. eksempelvis Domstolens dom i sag C-107/98, Teckal, præmis 51.

¹² Jf. Domstolens dom i sag C-295/05, Tragsa, præmis 54, og Domstolens dom i sag C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, præmis 55.

¹³ I *Coditel-dommen* er de ordregivende myndigheder en del af det kontraherende selskabs besluttende organer, herunder en del af selskabets bestyrelse.

¹⁴ Domstolen udtaler følgende i *Carbotermo-dommen* præmis 38: *”Det fremgår af sagen, at AGESP Holdings og AGESP’s vedtægter giver hvert af disse selskabers bestyrelse de mest vidtgående beføjelser med hensyn til selskabets ordinære og ekstraordinære drift. Disse vedtægter forbeholder ikke Busto Arsizio kommune nogen særlig kontrolbeføjelse eller stemmeret, der kan begrænse den handlefrihed, der er tillagt disse bestyrelser.”*

De 157 boligorganisationers mv. der potentielt har mulighed for at udøve kontrol med og deltage i Domeas ledelse vil således have betydning for, om der udøves en kontrol, der svarer til den kontrol, en ordregivende myndighed udøver over dens egne tjenestegrene.

Vedrørende organisering af ledelsen i Domea har Socialministeriet oplyst følgende:

”Ministeriet kan oplyse, at der i en forretningsførerorganisation med indbetalt garantikapital er 2 besluttende organer: øverste myndighed og organisationsbestyrelsen. Øverste myndighed er efter almenboliglovens § 10, stk. 2, et valgt repræsentantskab. Øverste myndighed består af organisationsbestyrelsen og mindst 1 repræsentant for beboerne fra hver af datterorganisationernes og de administrerede organisationers bestyrelse, jf. almenboliglovens § 11, stk. 1, 2 pkt., samt normalvedtægternes § 4, stk. 2. Det er øverste myndighed, der vælger alle eller flertallet af bestyrelsens medlemmer. Garantforsamlingen vælger et eller flere medlemmer. Herudover vælges bestyrelsesmedlemmer i overensstemmelse med vedtægterne, jf. almenboliglovens § 33, stk. 1.

*Det er øverste myndighed, der varetager organisationens overordnede og tværgående anliggender, herunder bl.a. boligorganisationens administrations og byggepolitik, erhvervelse eller salg af boligorganisationens ejendomme, iværksættelse af nyt byggeri, godkendelse af regnskab og beretning, jf. driftsbekendtgørelsens § 6. Det er organisationsbestyrelsen, der har det overordnede juridiske og økonomiske ansvar for organisationens drift, herunder for udlejning, budgetlægning, regnskabsaflæggelse, lejefastsættelse og den daglige administration, jf. driftsbekendtgørelsens § 12. **Strategiske målsætninger for virksomheden og vigtige beslutninger anses således for at finde sted i øverste myndighed.** Organisationsbestyrelsen kan dog være overladt at træffe mere konkrete beslutninger inden for deres bemyndigelse. Det følger af § 8 i driftsbekendtgørelsen samt §§ 13-17 i normalvedtægterne, at der - udover de 2 nævnte besluttende organer - findes en garantforsamling, som består af garantterne. Garanternes indflydelse begrænser sig i dag til, at der afholdes en årlig garantforsamling, hvor garantterne kan vælge et mindretal af medlemmerne til organisationsbestyrelsen. Derudover træffer garantforsamlingen beslutning om udbetaling af udbytte under nærmere betingelser. Beslutning om udbetaling af udbytte kan dog tilsidesættes af øverste myndighed, der har kompetencen til endeligt at godkende organisationens regnskab og dermed en foreslået overskudsdisponering, jf. driftsbekendtgørelsens § 6, stk. 3, samt normalvedtægternes § 4, stk. 4. Der udbetales kun i meget begrænset omfang udbytte til garantterne.*

Kredsen af garantter anses efter ministeriets opfattelse ikke for at have besluttende indflydelse i fællesskab på en forretningsførerorganisations beslutninger. Det er derimod den samlede kreds af

administrerede boligorganisationer, herunder datterorganisationer, der er repræsenteret i øverste myndighed, der kan ses for at have besluttende indflydelse. Garantforsamlingen anses i dag for et organ med meget begrænset indflydelse på virksomhedens drift.” [Konkurrence – og Forbrugerstyrelsens understregning og fremhævning].

Herudover har Boligforeningen Give oplyst, at Domeas repræsentantskab er selskabets øverste myndighed. Repræsentantskabet (øverste myndighed) består af medlemmer fra de i alt 157 boligorganisationer, som Domea administrerer. Hver boligorganisation har ret til maksimalt 7 medlemmer i repræsentantskabet, og der kan vælges én repræsentant for hver påbegyndt 200 lejemålenheder i drift. Antallet afhænger dermed af boligorganisationens størrelse. Repræsentantskabet består af 230 pladser, hvoraf de 157 boligorganisationer besidder størstedelen af pladserne med undtagelse af 4 pladser i organisationsbestyrelsen, jf. næste afsnit. På nuværende tidspunkt, har Boligforeningen Give to medlemmer i repræsentantskabet.

Organisationsbestyrelsen, der har den overordnede ledelse af Domea og er ansvarlig for driften, består af 15 medlemmer, hvoraf de 11 medlemmer skal være beboere fra de 157 boligorganisationers bestyrelser. På nuværende tidspunkt har Boligforeningen Give ingen repræsentant i Domeas bestyrelse.

Ifølge Domeas oplysninger deltager de 100 boligorganisationer, der er garanter i Domea, desuden i den årlige garantforsamling, hvor de får forelagt en virksomhedsberetning samt tager stilling til udbetaling af udbytte. Garanterne kan desuden stille forslag til beslutning vedrørende Domeas virksomhed.

Domea har imidlertid oplyst, at de 37 foreninger m.v. (der ikke er almene boligorganisationer, jf. afsnit 1) ikke har bestemmende indflydelse på Domea. Det er alene de 120 almene boligorganisationer, som kan deltage i Domeas øverste myndighed. Ifølge Domea er der altså ingen indflydelse fra disse 37 foreninger. De har desuden ikke indskudt kapital i Domea, og de betyder marginalt i forhold til Domeas samlede produktion.

Socialministeriet har desuden oplyst, at ejerforeninger, som Domea administrerer som sideaktiviteter, ikke kan være repræsenteret i øverste myndighed. Kun organisationer mv., som Domea kan administrere som sit hovedformål, kan have repræsentation i den øverste myndighed. I det følgende lægges disse oplysninger til grund. Boligforeningen Give er således en del af kredsen på 120 almene boligorganisationer, der via deltagelse i repræsentantskabet har mulighed for at udøve kontrol over Domea.

Konkurrence – og Forbrugerstyrelsen vurderer på baggrund af ovenstående, at de 120 almene boligorganisationer råder over langt størstedelen

af pladserne i repræsentantskabet, herunder over 11 ud af 15 pladser i organisationsbestyrelsen.

Medlemskabet af Domeas repræsentantskab giver Boligorganisationerne mulighed for at påvirke beslutninger vedrørende Domeas overordnede og tværgående anliggender, herunder administrations og byggepolitik, erhvervelse eller salg af ejendomme, iværksættelse af nyt byggeri, godkendelse af regnskab og beretning mv. Det er således umiddelbart Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at dette tyder på, at de 120 almene boligorganisationer udøver bestemmende indflydelse på Domeas strategiske målsætninger og vigtige beslutninger. Dermed er dette et element, der peger i retning af, at Boligforeningen Give udøver en kontrol over Domea, der indebærer, at kontrolkriteriet konkret er opfyldt.

Kontrollen via Boligforeningen Gives medlemskab af Domeas repræsentantskab vil dog være påvirket af de afstemningsregler der gælder for repræsentantskabet. Det skal derfor vurderes, om stemmerettighederne der følger af medlemskabet af repræsentantskabet konkret giver mulighed for at udøve den bestemmende indflydelse, jf. nærmere nedenfor.

Det skal bemærkes, at Domea som nævnt ovenfor yderligere administrerer boliger for 37 ejerforeninger, selvejende og kommunale plejecentre og andelsboligforeninger. Disse foreninger m.v. deltager ikke i repræsentantskabet. Da de heller ikke er garant, deltager de derfor heller ikke i garantforsamlingen. Betydningen af, at 37 foreninger mv. ikke har mulighed for at udøve kontrol over Domea via deltagelsen i Domeas ledelse eller på andre måder i øvrigt, gennemgås nedenfor i afsnittet om virksomhedskriteriet.

Stemmerettigheder

Af *Coditel-dommen* følger, at det bl.a. er afgørende, at de ordregivende myndigheder kan træffe afgørelse ved stemmeflertal i den kontraherende virksomhed, jf. præmis 54.

Socialministeriet har vedrørende stemmerettigheder oplyst følgende til styrelsen:

”Efter reglerne træffes beslutninger i repræsentantskabet og organisationsbestyrelsen som altovervejende hovedregel blandt de tilstedeværende ved almindelig stemmeflertal. Der er dog særlige regler om kvalificeret flertal blandt såvel fremmødte som afgivne stemmer ved repræsentantskabets beslutning om ændring af vedtægterne eller opløsning af forretningsførerorganisationen.”

Ifølge notat Domeas advokatfirma LETT fremgår det af Domeas vedtægter, at hver repræsentant har én stemme, og at beslutninger – på nær om ændring af vedtægterne, eller opløsning af selskabet – træffes ved almindeligt stemmeflertal. Domea har desuden oplyst følgende:

”Beslutning om opløsning af selskabet eller en vedtægtsændring kræver at 2/3 af stemmerne er til stede, og at 2/3 af de afgivne stemmer er for forslaget. Hvis der ikke er mødt 2/3 af stemmerne, holdes der umiddelbart efter et nyt møde, hvor det alene kræves, at 2/3 af de afgivne stemmer er for forslaget.”

Domeas vedtægter afspejler på dette punkt helt normalvedtægterne.

På det foreliggende grundlag er det samlet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurdering, at Boligorganisationen Give har bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og vigtige beslutninger i Domea. Såfremt der er privat medejerskab af Domea, kan der dog ikke være tale om in-house opgaveudførelse, jf. nærmere nedenfor.

5.1.5. Privat deltagelse

EU-domstolen har afvist, at kontrolkriteriet kan være opfyldt, når der er privat medejerskab af den selvstændige juridiske person, jf. *Stadt Halle*, C-26/03 af 11. januar 2005 (herefter *Stadt Halle-dommen*).¹⁵ EU-domstolen udtaler følgende i *Stadt Halle-dommens* præmis 49:

”Derimod udelukker den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, også selvom den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel.” [Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens understregning].

EU-domstolen slår hermed fast, at selv en minoritetsandel¹⁶ af privat kapital i den kontraherende virksomhed udelukker, at kontrolkriteriet kan være opfyldt.

EU-domstolen har senest i C-576/07 af 10. september 2009 *Sea* (herefter *Sea-dommen*) udtalt, at privat kapital i den kontraherende virksomhed under alle omstændigheder udelukker en opfyldelse af kontrolkriteriet (præmis 46). Den blotte mulighed for privat kapital i virksomheden udelukker imidlertid ikke kontrol (præmis 51), men hvis der i kontraktens løbetid indtræder privat kapital, kan dette gøre det nødvendigt at foretage udbud (præmis 53).

¹⁵ Udover *Stadt Halle-dommen* har EU-domstolen bl.a. taget stilling til betydningen af privat medejerskab i følgende sager: C-231/03 *Coname-dommen*, C-220/05 *Jean Auroux-dommen*, C-410/04 *ANAV-dommen* og C-458/03 *Parking Brixen-dommen*.

¹⁶ Byrådet i *Stadt Halle* gav selskabet RPL Lochau til opgave at udarbejde et projekt for bl.a. bortskaffelse af kommunens affald uden forudgående udbud. Selskabet RPL Lochau var for 24,9 % vedkommende ejet af et privat anpartsselskab.

Baggrunden for, at privat kapital er til hinder for opfyldelse af kontrolkriteriet, udtrykker EU-domstolen i præmis 50-51 i *Stadt Halle-dommen*:

”[...] forholdet mellem en offentlig myndighed, som er en ordregivende myndighed, og dets egne tjenestegrene styres af hensyn og krav, som tjener forfølgelsen af almene formål. Derimod styres private investeringer i virksomheder af overvejelser, som tjener private interesser og forfølger formål af en anden karakter. For det andet bemærkes, at tildelingen af en offentlig kontrakt til en halvoffentlig virksomhed uden afholdelse af et udbud er i strid med målsætningen om en fri og ufordrejet konkurrence samt med princippet om ligebehandling af de interesserede parter, som er fastsat i direktiv 92/50 [tjenesteydelsesdirektivet], for så vidt som en sådan fremgangsmåde bl.a. giver den private virksomhed, som ejer en andel af den halvoffentlige virksomhed, en konkurrencefordel.” [Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tilføjelse].

Spørgsmålet er, om dette har betydning for in-house vurderingen i nærværende sag. Som tidligere nævnt er det Socialministeriet vurdering, at der ikke på det almene område er tale om en ejerkreds. Socialministeriet har angivet følgende:

”Ministeriet kan oplyse, at almene boligorganisationer, herunder forretningsførerorganisationer, er selskabsretligt atypiske, og det anførte moment fra EF-domstolspraksis om besiddelse af virksomhedens samlede kapital kan vanskeligt overføres til det almene område uden videre. I juridisk henseende kan man ikke tale om en ejerkreds, der besidder den samlede ansvarlige kapital i almene boligorganisationer, som det er tilfældet i selskaber efter selskabslovgivningen.

Almene boligorganisationers kapital kaldes egenkapital. Egenkapitalen er reguleret i driftsbekendtgørelsens § 33 og består for forretningsførerorganisationers vedkommende af en evt. arbejdskapital og af et evt. oprindeligt indskudt kapitalgrundlag. Herudover udgøres egenkapitalen af midler i dispositionsfonden, hvis kommunalbestyrelsen har fastsat et maksimum for organisationens arbejdskapital, eller hvis organisationen har besluttet at etablere en dispositionsfond. Om der er et oprindeligt indskudt kapitalgrundlag afhænger af den konkrete organisationsform for boligorganisationen.

Forretningsførerorganisationer kan efter almenboliglovens § 9 være organiseret som selvejende boligorganisationer, andelsboligorganisationer eller garantiorganisationer. I forretningsførerorganisationer organiseret som en garantiorganisation har garantterne indskudt et beløb mod at få garantibeviser, som udgør garantikapitalen. I selvejende forretningsførerorganisationer er der ikke indskudt nogen oprindeligt kapital. De stiftes principielt uden kapi-

talindskud. I forretningsførerorganisationer organiseret som andelsboligorganisationer har medlemmerne indskudt en organisationsandel.

Hvis der findes et oprindeligt kapitalgrundlag, f.eks. garantikapital i en forretningsførerorganisation med indbetalt garantikapital, vil dette typisk kun udgøre en mindre post af egenkapitalen. Dette vil konkret kunne ses af boligorganisationens regnskab. For at den samlede ansvarlige kapital kun udgøres af garantikapitalen, som man kan sige indskyderne/garanterne ejer, kræves, at der ikke findes hverken arbejdskapital eller dispositionsfond. I selvejende forretningsførerorganisationer er der som nævnt ikke et oprindeligt kapitalgrundlag.

I tilfælde af likvidation af en forretningsførerorganisation anvendes organisationens midler efter driftsbekendtgørelsens § 99 til betaling af gæld. I forretningsførerorganisationer med indbetalt garantikapital vil garantierne få indløst deres garantibeviser. Overskydende beløb ved en likvidation anvendes herefter til bygge- og boligformål efter Velfærdsministeriets (nu Indenrigs- og Socialministeriets) bestemmelse.

Der er således efter ministeriets opfattelse ikke på det almene område tale om en ejerkreds, der besidder den samlede ansvarlige kapital i boligorganisationen, og som har ret til at få denne udbetalt ved likvidation, når evt. øvrige kreditorer er tilgodeset. I en forretningsførerorganisation med indbetalt garantikapital besidder garantierne garantikapitalen. Det er kun denne kreds, der kan indløse deres garantibeviser og få del i (nogle af) organisationens midler ved en evt. likvidation og omvendt miste deres indskudte kapital ved en sådan. Garantierne kan desuden få udbetalt udbytte. Garantikapitalen udgør dog historisk set kun en marginal del af den samlede ansvarlige kapital.”

Domea er en almen forretningsførerorganisation, der er organiseret som en garantiorganisation. På baggrund af det af Socialministeriet oplyste, udgør Domeas garantikapital af de beløb, garantierne har indskudt mod at få garantibeviser. Denne garantikapital udgør dog potentielt kun en del af den samlede ansvarlige kapital. Som oplyst af Socialministeriet kræves det, for at den samlede ansvarlige kapital kun udgøres af garantikapitalen, at der ikke findes hverken arbejdskapital eller dispositionsfond.

Domea har den 9. december 2010 oplyst, at ”...der ikke findes nogen form for privat kapital i Domea. Garantierne i Domea er alene boligorganisationer, som er omfattet af lov om almene boliger, og kontrollen kan alene udøves af Domeas øverste myndighed, som alene har repræsentanter for boligorganisationer omfattet af lov om almene boliger.”

Herudover har Domea gengivet et uddrag af § 3 stk.3 i Domeas vedtægter:

”§ 3 Stk. 3 Alene almene boligorganisationer, der administreres af boligorganisationen, har ret til at eje garantibeviser.”

Domea fremhæver, at det heraf fremgår, at det kun er almene boligorganisationer, som kan indskyde kapital i form af garantibeviser. Desuden har Domea tilkendegivet, at der ikke findes andre måde, hvorpå der kan indskydes ansvarlig kapital i Domea. På baggrund af det oplyste lægger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens til grund, at der ikke er et privat medejerskab af Domea. Dette forhold er således ikke til hinder for opfyldelsen af kontrolkriteriet.

5.1.6. Delkonklusion vedrørende kontrolkriteriet

På det foreliggende grundlag er det samlet set Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens umiddelbare opfattelse, at Boligforeningen Give er i besiddelse af en sådan kontrol over Domea, at kontrolkriteriet må antages at være opfyldt.

Spørgsmålet er dernæst om virksomhedskriteriet er opfyldt, jf. nærmere nedenfor.

5.2. Virksomhedskriteriet

Ifølge virksomhedskriteriet skal den pågældende virksomhed udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den kontrolleres af¹⁷. Andre aktiviteter må alene have en marginal karakter, jf. *Carbotermo-dommen* præmis 63.

Formålet med virksomhedskriteriet er at sikre, at kontrakter, der indgås med virksomheder, der kontrolleres af en eller flere myndigheder, er underlagt udbudsreglerne i det omfang, virksomheden er aktiv på markedet og således kan konkurrere med andre virksomheder. En virksomhed berøves nemlig ikke nødvendigvis sin handlefrihed, alene fordi de beslutninger, der vedrører virksomheden, kontrolleres af andre, hvis den stadig kan udøve en væsentlig del af sin økonomiske aktivitet med andre aktører, jf. *Carbotermo-dommen* præmis 60 og 61.

¹⁷ Af den danske oversættelse af Teckal dommens virksomhedskriterium fremgår det således, at det er et krav, at hovedparten af virksomheden udføres sammen med den eller de lokale myndigheder, ”den ejes af”. En umiddelbar forståelse heraf medfører, at den ordregivende myndigheds fuldstændige ejerskab af den selvstændige juridiske enhed er en forudsætning for anvendelse af in-house reglen. I den engelske udgave af Teckal dommen er de 2 kriterier imidlertid formuleret anderledes. Kontrolkriteriet er formuleret således: *”...the local authority [shall] exercise[] over the person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments and”*. Virksomhedskriteriet er formuleret således: *“that person carries out the essential part of its activities with the controlling local authority or authorities.”*. Der tages således udgangspunkt i, at Virksomhedskriteriet skal opfyldes af de kontrollerende myndigheder.

Som anført direkte i *Carbotermo-dommens* præmis 70, er der under henvisning til ordlyden af virksomhedskriteriet ingen tvivl om, at kravet om hovedparten af sin aktivitet ikke nødvendigvis skal opfyldes i forhold til den ene eller den anden af de myndigheder, der udøver kontrol, men kan opfyldes i forhold til samtlige disse myndigheder.

Virksomhedskriteriet er således opfyldt, hvis Domea udfører hovedparten af sine aktiviteter for de 120 almene boligorganisationer, der kontrollerer Domea.

I *Tragsa-dommen* fastslog domstolen, at idet Tragsa i gennemsnit udførte mere end 55 % af sin virksomhed med de selvstyrende regioner og ca. 35 % med staten, blev hovedparten af Tragsas virksomhed udført sammen med ejerkredsen (i alt 90 %). Der kan efter styrelsens opfattelse ikke siges noget generelt om, hvilken procentvis andel der udgør en tilstrækkelig "hovedpart". Det er dog styrelsen vurdering, at der ikke generelt kan stilles krav om 90 %.

Boligforeningen Give har oplyst til styrelsen, at den alt overvejende del af Domeas virksomhed består i at levere ydelser til de 100 almene boligorganisationer, der er garanter i Domea. Domea har yderligere oplyst, at det kun er en lille del af Domeas ydelser, som leveres til de resterende 57 boligorganisationer m.v., der ikke er garanter i Domea.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen må således ud fra det af Boligforeningen Give og Domea oplyste lægge til grund, at Domea udfører hovedparten af sin virksomhed for de 120 almene boligorganisationer, der kontrollerer Domea, og at Domeas udførelse af administration for 37 ejerforeninger, selvejende og kommunale plejecentre og andelsboligforeninger alene har marginal karakter. Samlet set er det således vurderingen, at virksomhedskriteriet må anses for opfyldt.

Sammenfatning

For at betragte en kontrakt som in-house i forholdet mellem to selvstændige juridiske enheder, er det for det første afgørende, at den ordregivende myndighed udøver en kontrol med den kontraherende virksomhed, der svarer til den kontrol, myndigheden udøver med egne tjenestegrene. Den fornødne kontrol kan dog udøves af flere ordregivende myndigheder i fællesskab, dvs. som fælleskontrol.

Opfyldelsen af kontrolkriteriet er betinget af, at de administrerede boligorganisationer skal have bestemmende indflydelse i forhold til strategiske målsætninger og vigtige beslutninger i Domea. Følgende momenter er i den konkrete sag fundet afgørende for, at kontrolkriteriet anses for opfyldt:

- At Domea har pligt til at udføre bestillinger fra de 120 almene boligorganisationer.
- At Domea har ikke frihed til at fastsætte sine egne takster.

- At Domea ikke har en selvstændig beslutningskompetence.
- At de 120 almene boligorganisationer udøver kontrol gennem Domeas ledelse, da de besidder størstedelen af de 230 pladser i repræsentantskabet (øverste myndighed) og 11 ud af 15 pladser i organisationsbestyrelsen, herunder:
 - At bestyrelsen har den overordnede ledelse af selskabet og er ansvarlig for driften.
 - At de 120 almene boligorganisationer har kompetencen til at træffe beslutningerne om Domeas virksomhed, herunder opløsning af selskabet og ændringer af vedtægterne.

For at betragte en kontrakt som in-house i forholdet mellem to selvstændige juridiske enheder, er det for det andet afgørende, at den pågældende virksomhed udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, den kontrolleres af. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lægger ud fra det af Boligforeningen Give oplyste til grund, at Domea udfører hovedparten af sin virksomhed for de 120 almene boligorganisationer, den kontrollerer Domea.

I henhold til ovenstående er det på det foreliggende grundlag Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens samlede vurdering, at Boligforeningen Gives kontraktindgåelse med Domea om administration af boligorganisationen uden forudgående udbud ikke var i strid med udbudsreglerne, idet opgaveudførelsen umiddelbart kan karakteriseres som in house produktion..

Klagenævnet for Udbud

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal endvidere for god ordens skyld gøre opmærksom på, at enhver med retlig interesse heri har mulighed for at indbringe sagen for Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet kan afgøre en sag i realiteten. I særlige tilfælde kan Klagenævnet erklære en kontrakt for uden virkning eller pålægge en økonomisk sanktion, annullere ulovlige beslutninger eller pålægge ordregiver at lovliggøre en udbudsforretning. Nævnet kan tillige i visse tilfælde pålægge udbyderen at udrede en erstatning til den eller de parter, der har lidt et økonomisk tab som følge af fejl begået under udbudsprocessen.

Klagenavnets adresse er: Klagenævnet for Udbud, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Kampmannsgade 1, 1780 København V.

De kendelser, klagenævnet afsiger, kan ses på hjemmesiden: www.klfu.dk.

Det koster 4000 kr. i gebyr at indgive klage til Klagenævnet for Udbud. Får man medhold i en klagesag, kan nævnet beslutte, at udbyder skal betale et beløb til klager til dækning af sagsomkostningerne.

Offentliggørelse

Konkurrence – og Forbrugerstyrelsen skal afslutningsvis henlede opmærksomheden på, at styrelsen agter at offentliggøre denne udtalelse på

styrelsens hjemmeside www.kfst.dk. Såfremt der måtte være bemærkninger til dette, bedes disse være styrelsen i hænde inden 10 arbejdsdage fra modtagelsen af denne udtalelse.

Såfremt der måtte være spørgsmål til denne udtalelse, er I velkommen til at kontakte Peter Kring på e-mail pmk@kfst.dk.

Med venlig hilsen

Peter Moesgaard Kring
Specialkonsulent
Tlf. direkte 72268124
pmk@kfst.dk

Konkurrencestyrelsen
Nyropsgade 30
1780 København V

Departementet
Holmens Kanal 22
1060 København K

Tlf. 3392 9300
Fax. 3393 2518
E-mail ism@ism.dk
www.ism.dk

**Bemærkninger til Konkurrencestyrelsens udkast til vejledende udtalelse
vedr. klage over en almen boligorganisations manglende udbud af
administrationsopgave**

5. februar 2010

Indenrigs- og Socialministeriet har ved e-mail af 29. januar 2010 modtaget Konkurrencestyrelsens udkast til vejledende udtalelse vedr. klage over en almen boligorganisations (Give Boligforenings) manglende udbud i forbindelse med indgåelse af administrationsaftale med en almen forretningsførerorganisation (Domea s.m.b.a.). Konkurrencestyrelsen har bedt om Indenrigs- og Socialministeriets eventuelle bemærkninger til udkastet som ressortmyndighed for lovgivningen vedrørende almene boligorganisationer.

J.nr. 2009-1481

1. Hjemmelsgrundlag

Indenrigs- og Socialministeriet kan indledningsvist oplyse, at almene boligorganisationer er omfattet af almenboligloven samt de dertil hørende bekendtgørelser. Ministeriet forudsætter, at den vejledende udtalelse fra Konkurrencestyrelsen skal udarbejdes på baggrund af de regler i lovgivningen, der var gældende på tidspunktet for den endelige indgåelse af administrationsaftalen den 28. maj 2008 mellem Give Boligforening og Domea. Dette kan med fordel præciseres i den vejledende udtalelse.

Ministeriets bemærkninger tager derfor også udgangspunkt i tidligere lovbekendtgørelse til almenboligloven samt bekendtgørelser til loven, jf. bekendtgørelse nr. 1118 af 26. september 2007 om lov om almene boliger m.v. (almenboligloven) samt bekendtgørelse nr. 42 af 23. januar 2008 om drift af almene boliger m.v. (driftsbekendtgørelsen). Domea er efter det oplyste en forretningsførerorganisation, der er organiseret som en garantiorganisation, hvorfor ministeriets bemærkninger desuden knytter sig til bekendtgørelse nr. 633 af 15. juni 2006 om normalvedtægter for en almen forretningsførerorganisation med indbetalt garantikapital (normalvedtægterne).

Det bemærkes, at der særligt pr. 1. januar 2010 er sket væsentlige ændringer i bl.a. organiseringen af de almene boligorganisationer, herunder hvem der f.eks. er repræsenteret i øverste myndighed. Ministeriet har ikke taget hensyn hertil i sin vejledende beskrivelse af reglerne.

2. Administrationsaftaler

Ministeriet kan indledningsvist oplyse, at der findes forskellige typer af almene boligorganisationer, der i hovedsagen kan opdeles i 2 hovedtyper: boligorganisationer med egne boligafdelinger (selvejende boligorganisationer, andelsboligorganisationer eller boligorganisationer med indbetalt garantikapital), og boligorganisationer uden egne boligafdelinger (forretningsførerorganisationer og andelsselskaber). Der er forskelle i reglerne mellem de forskellige organisationstyper.

Almene boligorganisationer med egne boligafdelinger kan administrere sig selv via opbygning af egen administration og ansat personale. En almen boligorganisation kan efter driftsbekendtgørelsens § 27, stk. 1, beslutte at lade afdelingerne helt eller delvist administrere af en forretningsfører. En forretningsfører kan være en almen forretningsførerorganisation, et alment andelsselskab, en anden almen boligorganisation med egne boligafdelinger eller en privat administrator, f.eks. advokat. Når en boligorganisation vælger at lade sig administrere, skal de gældende udbudsregler følges.

En aftale om administration skal efter driftsbekendtgørelsens § 12, stk. 3, indgås skriftligt med fastsættelse af klare opsigelsesregler. Der er ikke regler om administrationsaftalers maksimale varighed eller om længden af opsigelsesvarsler. Efter § 28 i driftsbekendtgørelsen skal der altid budgetteres kostægte ved fastsættelsen af administrationsbidraget, dvs. vederlaget for administrationen skal svare til udgifterne til administrationen.

Forretningsførerorganisationer med indbetalt garantikapital kan som led i sin virksomhed stifte og adoptere datterorganisationer, jf. normalvedtægternes § 2, stk. 1. Datterorganisationer er selvstændige boligorganisationer med egne boligafdelinger. Forretningsførerorganisationen har mulighed for indflydelse på datterorganisationen via repræsentation i datterorganisationens bestyrelse. Datterorganisationen kan til enhver tid opbygge egen administration eller vælge at lade sig administrere af en anden administrator som beskrevet ovenfor.

Det følger af almene boligorganisationers hovedformål i almenboliglovens § 6, stk. 1, at boligorganisationer kan administrere andre almene boligorganisationer samt andet støttet byggeri. Det er for almene forretningsførerorganisationer med indbetalt garantikapital anført i normalvedtægternes § 2, stk. 3, hvem forretningsførerorganisationer nærmere bestemt kan administrere. Den kreds af organisationer m.v., som forretningsførerorganisationer lovligt kan administrere, omfatter også f.eks. pensionskasser, når disse ejer ældreboliger.

Boligorganisationer, der administrerer andre boligorganisationer m.v., skal administrere i overensstemmelse med de enkelte administrerede boligorganisationers beslutninger, der har de samme kompetencer som inden beslutningen om administration, fx kompetencen til at indgå aftale om forhøjet kommunal anvisning til de ledige boliger, fleksibel udlejning, sælge ejendom, nedrive m.v.

En aftale om administration fratager således ikke boligorganisationerne deres karakter af selvstændige almene boligorganisationer med ansvar for opførelse og drift af boligerne. Det kan dog i mere eller mindre omfang være overladt til administrationen at træffe beslutninger inden for givne rammer/politik, der er fastsat af den administrerede boligorganisation.

Såvel almene boligorganisationer med egne boligafdelinger som almene boligorganisationer uden egne boligafdelinger er underlagt offentligt tilsyn af den kommune, hvori organisationen ifølge vedtægterne har hjemsted, jf. almenboliglovens § 164 samt driftsbekendtgørelsens §§ 108 og 109.

3. Den ansvarlige kapital i en almen boligorganisation

I udkastet til vejledende udtalelse lægger Konkurrencestyrelsen på baggrund af udtalelser fra Domea og Give Boligforening til grund, at der er 100 garanter i Domea, herunder Give Boligforening, og at de i fællesskab ejer den samlede kapital og dermed kan anses for at være en ejerkreds i kraft af garanternes indskud af garantikapital. Domea administrerer bl.a. også 20 andre almene boligorganisationer, der ikke er garanter, men i et vist omfang datterorganisationer, men disse regnes efter det oplyste ikke som en del af ejerkredsen.

Ministeriet kan oplyse, at almene boligorganisationer, herunder forretningsførerorganisationer, er selskabsretligt atypiske, og det anførte moment fra EF-domstolspraksis om besiddelse af virksomhedens samlede kapital kan vanskeligt overføres til det almene område uden videre. I juridisk

henseende kan man ikke tale om en ejerkreds, der besidder den samlede ansvarlige kapital i almene boligorganisationer, som det er tilfældet i selskaber efter selskabslovgivningen.

Almene boligorganisationers kapital kaldes egenkapital. Egenkapitalen er reguleret i driftsbekendtgørelsens § 33 og består for forretningsførerorganisationers vedkommende af en evt. arbejdskapital og af et evt. oprindelig indskudt kapitalgrundlag. Herudover udgøres egenkapitalen af midler i dispositionsfonden, hvis kommunalbestyrelsen har fastsat et maksimum for organisationens arbejdskapital, eller hvis organisationen har besluttet at etablere en dispositionsfond. Om der er et oprindeligt indskudt kapitalgrundlag afhænger af den konkrete organisationsform for boligorganisationen.

Forretningsførerorganisationer kan efter almenboliglovens § 9 være organiseret som selvejende boligorganisationer, andelsboligorganisationer eller garantiorganisationer. I forretningsførerorganisationer organiseret som en garantiorganisation har garantierne indskudt et beløb mod at få garantibeviser, som udgør garantikapitalen. I selvejende forretningsførerorganisationer er der ikke indskudt nogen oprindelig kapital. De stiftes principielt uden kapitalindskud. I forretningsførerorganisationer organiseret som andelsboligorganisationer har medlemmerne indskudt en organisationsandel.

Hvis der findes et oprindeligt kapitalgrundlag, f.eks. garantikapital i en forretningsførerorganisation med indbetalt garantikapital, vil dette typisk kun udgøre en mindre post af egenkapitalen. Dette vil konkret kunne ses af boligorganisationens regnskab. For at den samlede ansvarlige kapital kun udgøres af garantikapitalen, som man kan sige indskyderne/garanterne ejer, kræves, at der ikke findes hverken arbejdskapital eller dispositionsfond. I selvejende forretningsførerorganisationer er der som nævnt ikke et oprindeligt kapitalgrundlag.

I tilfælde af likvidation af en forretningsførerorganisation anvendes organisationens midler efter driftsbekendtgørelsens § 99 til betaling af gæld. I forretningsførerorganisationer med indbetalt garantikapital vil garantierne få indløst deres garantibeviser. Overskydende beløb ved en likvidation anvendes herefter til bygge- og boligformål efter Velfærdsministeriets (nu Indenrigs- og Socialministeriets) bestemmelse.

Der er således efter ministeriets opfattelse ikke på det almene område tale om en ejerkreds, der besidder den samlede ansvarlige kapital i boligorganisationen,

og som har ret til at få denne udbetalt ved likvidation, når evt. øvrige kreditorer er tilgodeset. I en forretningsførerorganisation med indbetalt garantikapital besidder garanterne garantikapitalen. Det er kun denne kreds, der kan indløse deres garantibeviser og få del i (nogle af) organisationens midler ved en evt. likvidation og omvendt miste deres indskudte kapital ved en sådan. Garantene kan desuden få udbetalt udbytte. Garantikapitalen udgør dog historisk set kun en marginal del af den samlede ansvarlige kapital.

Hvis man skal fortolke EF-domstolspraksis om en ejerkreds ind i det almene system, skal man efter ministeriets opfattelse lægge vægt på den kreds, der har bestemmende indflydelse i organisationen, altså dispositionsret. Det afgørende i relation til bestemmende indflydelse vil være den konkrete repræsentation i de besluttende organer. Reglerne for repræsentation i de besluttende organer er gennemgået nedenfor. Repræsentation er et tæt lovreguleret område af hensyn til at sikre beboerne flertal i de besluttende organer. Det at være garant giver i denne sammenhæng ingen eller kun en marginal større indflydelse end andre administrerede boligorganisationer.

4. Bestemmende indflydelse i en almen boligorganisation

I udkastet til vejledende udtalelse anfører Konkurrencestyrelsen, at ejerkredsen på de 100 almene boligorganisationer, der er garant, har afgørende indflydelse såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til virksomhedens vigtige beslutninger. Dette argumenteres ud fra sammensætningen af Domeas repræsentantskab og bestyrelse. Domeas ledelse består således af repræsentantskabet, hvor ejerkredsen på de 100 almene boligorganisationer, der er garant, besidder 206 ud af 230 pladser, og af bestyrelsen, hvor ejerkredsen besidder 11 ud af 15 bestyrelsesposter. Give Boligforening har ingen repræsentant i bestyrelsen.

Konkurrencestyrelsen lægger desuden vægt på, at ejerkredsen på de 100 almene boligorganisationer, der er garant, deltager i den årlige garantforsamling, hvor de får forelagt virksomhedsberetning, tager stilling til udbetaling af udbytte samt kan stille forslag til beslutning vedr. Domeas virksomhed.

Ministeriet kan oplyse, at der i en forretningsførerorganisation med indbetalt garantikapital er 2 besluttende organer: øverste myndighed og organisationsbestyrelsen. Øverste myndighed er efter almenboliglovens § 10, stk. 2, et valgt repræsentantskab. Øverste myndighed består af organisationsbestyrelsen og mindst 1 repræsentant for beboerne fra hver af

datterorganisationernes og de administrerede organisationers bestyrelse, jf. almenboliglovens § 11, stk. 1, 2 pkt., samt normalvedtægternes § 4, stk. 2. Det er øverste myndighed, der vælger alle eller flertallet af bestyrelsens medlemmer. Garantforsamlingen vælger et eller flere medlemmer. Herudover vælges bestyrelsesmedlemmer i overensstemmelse med vedtægterne, jf. almenboliglovens § 33, stk. 1.

Det er øverste myndighed, der varetager organisationens overordnede og tværgående anliggender, herunder bl.a. boligorganisationens administrations- og byggepolitik, erhvervelse eller salg af boligorganisationens ejendomme, iværksættelse af nyt byggeri, godkendelse af regnskab og beretning, jf. driftsbekendtgørelsens § 6. Det er organisationsbestyrelsen, der har det overordnede juridiske og økonomiske ansvar for organisationens drift, herunder for udlejning, budgetlægning, regnskabsaflæggelse, lejefastsættelse og den daglige administration, jf. driftsbekendtgørelsens § 12. Strategiske målsætninger for virksomheden og vigtige beslutninger anses således for at finde sted i øverste myndighed. Organisationsbestyrelsen kan dog være overladt at træffe mere konkrete beslutninger inden for deres bemyndigelse.

Det følger af § 8 i driftsbekendtgørelsen samt §§ 13-17 i normalvedtægterne, at der - udover de 2 nævnte besluttende organer - findes en garantforsamling, som består af garanterne. Garanternes indflydelse begrænser sig i dag til, at der afholdes en årlig garantforsamling, hvor garanterne kan vælge et mindretal af medlemmerne til organisationsbestyrelsen. Derudover træffer garantforsamlingen beslutning om udbetaling af udbytte under nærmere betingelser. Beslutning om udbetaling af udbytte kan dog tilsidesættes af øverste myndighed, der har kompetencen til endeligt at godkende organisationens regnskab og dermed en foreslået overskudsdisponering, jf. § driftsbekendtgørelsens § 6, stk. 3, samt normalvedtægternes § 4, stk. 4. Der udbetales kun i meget begrænset omfang udbytte til garanterne.

Kredsen af garanters anses efter ministeriets opfattelse ikke for at have besluttende indflydelse i fællesskab på en forretningsførerorganisations beslutninger. Det er derimod den samlede kreds af administrerede boligorganisationer, herunder datterorganisationer, der er repræsenteret i øverste myndighed, der kan ses for at have besluttende indflydelse. Garantforsamlingen anses i dag for et organ med meget begrænset indflydelse på virksomhedens drift. Dette bør efter ministeriets opfattelse afspejles i Konkurrencestyrelsens udtalelse.

5. Stemmerettigheder

I udkastet til vejledende udtalelse behandles stemmerettigheder som afgørende moment i EF-domstolspraksis. Ministeriet kan oplyse, at efter § 9 og § 12, stk. 3, i normalvedtægterne træffes beslutninger i repræsentantskabet og organisationsbestyrelsen som altovervejende hovedregel blandt de tilstedeværende ved almindelig stemmeflertal. Der er dog særlige regler om kvalificeret flertal blandt såvel fremmødte som afgivne stemmer ved repræsentantskabets beslutning om ændring af vedtægterne eller opløsning af forretningsførerorganisationen.

Hvis ministeriets bemærkninger giver anledning til spørgsmål, er Konkurrencestyrelsen velkommen til at kontakte ministeriet for yderligere oplysninger.

Med venlig hilsen

Mette Rudbeck
Specialkonsulent