

# HJORT

## **Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid**

### **Forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger**



Advokatfirmaet Hjort DA / hjort.no

Besøksadresse Akersg 51

Postadresse PB 471 Sentrum 0105 Oslo

Tlf. (+47) 22 47 18 00

Faks (+47) 22 47 18 18

Bankgiro 6001 05 31880

Org.nr. 946 129 356 MVA

---

## FORORD

Denne utredningen er skrevet av Advokatfirmaet Hjort DA på oppdrag for Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD).

EU vedtok 26. mars 2014 nye anskaffelsesdirektiver for klassisk sektor (direktiv 2014/24/EU), forsyningssektorene (direktiv 2014/25/EU) og for konsesjonskontrakter (direktiv 2014/23/EU).

En sentral endring i forhold til tidligere regelverk er at direktivene lovfester et eget unntak fra anskaffelsesregelverket for samarbeid mellom offentlige aktører – såkalt offentlig-offentlig samarbeid. I utredningen redegjøres det for innholdet i bestemmelsene om offentlig-offentlig samarbeid i de tre nye anskaffelsesdirektivene, sett i lys av EU-domstolens praksis om anskaffelsesreglens anvendelse på slikt samarbeid.

Dernest utredes hvilke konsekvenser den nye unntaksreguleringen vil kunne få for kommuners og fylkeskommuners adgang til å samarbeide om å utføre oppgaver gjennom ulike former for interkommunalt samarbeid. Samarbeidsmodellene som vil bli vurdert er kommunelovens former for interkommunalt samarbeid, herunder vertskommunesamarbeid, interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27, og samarbeid gjennom opprettelsen av samkommune. Videre blir samarbeid etter lov om interkommunale selskap og etter aksjeloven vurdert. Avslutningsvis vurderes det mer uformelle, avtalebaserte, samarbeidet opp mot reglene.

Siktemålet med utredningen er å identifisere hvordan de ulike samarbeidsmodellene samsvarer med vilkårene i anskaffelsesdirektivenes nye unntak for offentlig-offentlig samarbeid.

Vi er takknemmelige for konstruktive innspill til utredningens innhold fra Elen Schmedling Gimnæs og Jørgen Jahr Hopperstad, begge ved KMD.

Oslo, 4. april 2014

Kristin Bjella

Heddy Ludvigsen

Janicke Wiggen

---

## INNHALDSFORTEGNELSE

<b>Forord</b> .....	<b>2</b>
<b>Innholdsfortegnelse</b> .....	<b>3</b>
<b>Sammendrag</b> .....	<b>7</b>
<b>Executive summary</b> .....	<b>11</b>
<b>DEL I GENERELT</b> .....	<b>16</b>
<b>1 Bakgrunn</b> .....	<b>16</b>
1.1 Nye anskaffelsesdirektiver.....	16
1.2 Mandat .....	16
1.3 Oversikt over utredningens oppbygning og innhold .....	17
<b>2 Direktivenes anvendelsesområde</b> .....	<b>18</b>
2.1 Innledning .....	18
2.2 Inngangsvilkårene for direktivenes anvendelse.....	18
2.3 Særlig om kontraktsbegrepet og visse former for offentlig-offentlig samarbeid .....	19
2.4 Øvrige unntak fra direktivene .....	21
<b>3 Overordnet om anskaffelsesreglene og samarbeid mellom offentlige aktører</b> .....	<b>21</b>
<b>4 Oversikt over reglene om offentlig-offentlig samarbeid</b> .....	<b>24</b>
<b>DEL 2 UNNTAKENE FOR OFFENTLIG-OFFENTLIG SAMARBEID</b> .....	<b>25</b>
<b>5 Innledning og utgangspunkt</b> .....	<b>25</b>
<b>6 Unntaket for utvidet egenregi</b> .....	<b>25</b>
6.1 Introduksjon av unntaket for utvidet egenregi.....	25
6.2 Utvidet egenregi – artikkel 12 nr. 1 – individuell kontroll .....	26
6.2.1 Innledning og utgangspunkt .....	26
6.2.2 Nærmere om kontrollkriteriet – artikkel 12 nr. 1 bokstav a .....	27
6.2.2.1 Utgangspunktet for kontrollvurderingen .....	27
6.2.2.2 Oppdragstakers selvstendighet .....	29
6.2.2.3 Oppdragstakers markedsorientering .....	33
6.2.2.4 Kontrollkriteriet - oppsummering.....	35
6.2.3 Særlig om kontroll i vertikale kjeder .....	36
6.2.4 Nærmere om aktivitetskriteriet – artikkel 12 nr. 1 bokstav b .....	37
6.2.4.1 Innledning og utgangspunkt .....	37
6.2.4.2 Nærmere om innholdet i aktivitetsvurderingen .....	38
6.2.4.3 Aktivitetskriteriet: oppsummering.....	40
6.2.5 Den nye bestemmelsen om privat eierskap – artikkel 12 nr. 1 bokstav c.....	40
6.3 Utvidet egenregi – artikkel 12 nr. 3 – felles kontroll.....	41
6.3.1 Innledning .....	41
6.3.2 Nærmere om anvendelsen av unntaket ved felles kontroll.....	42
6.3.3 Nærmere krav til kontrollutøvelsen ved felles kontroll .....	43
6.4 Utvidet egenregi – artikkel 12 nr. 2 – samarbeid i horisontale og omvendt vertikale forhold.....	46
6.5 Utvidet egenregi – oppsummering.....	48
<b>7 Unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid</b> .....	<b>49</b>
7.1 Introduksjon til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid .....	49
7.2 Ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid – artikkel 12 nr. 4.....	50

7.2.1	Nærmere om vilkårene i bestemmelsen.....	51
7.2.1.1	Mellom offentlige oppdragivere .....	51
7.2.1.2	Samarbeid om offentlige oppgaver.....	52
7.2.1.3	Forfølgelsen av allmenne hensyn .....	54
7.2.1.4	Begrenset markedsorientering - aktivitetskriterium .....	55
<b>8</b>	<b>Sammenlikning av bestemmelsene om utvidet egenregi og ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid .....</b>	<b>55</b>
<b>9</b>	<b>Norsk praksis og EØS-rettslig praksis om offentlig-offentlig samarbeid.....</b>	<b>56</b>
9.1	Innledning .....	56
9.2	Avgjørelser fra norske domstoler .....	57
9.3	Avgjørelser fra KOFA .....	58
<b>DEL 3</b>	<b>UNNTAKET FOR OFFENTLIG-OFFENTLIG SAMARBEID OG INTERKOMMUNALE ORGANISASJONSMODELLER.....</b>	<b>60</b>
<b>10</b>	<b>Innledning.....</b>	<b>60</b>
10.1	Forutsetninger for videre drøftelser .....	60
10.2	Oversikt over utredningens del 3 .....	61
<b>11</b>	<b>VERTSKOMMUNESAMARBEID .....</b>	<b>61</b>
11.1	Innledning .....	61
11.2	Administrativt vertskommunesamarbeid – kommuneloven § 28-1b.....	62
11.2.1	Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3 .....	62
11.2.1.1	Kontrollkriteriet .....	62
11.2.1.2	Vertskommunesamarbeidets organisatoriske selvstendighet .....	63
11.2.2	Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4.....	65
11.3	Vertskommunesamarbeid med felles folkevalgt nemnd – kommuneloven § 28-1c.....	66
11.3.1	Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3 .....	66
11.3.2	Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4.....	68
11.4	Oppsummering .....	69
<b>12</b>	<b>INTERKOMMUNALT SAMARBEID ETTER KOMMUNELOVEN § 27 .....</b>	<b>70</b>
12.1	Innledning .....	70
12.2	Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3 .....	71
12.2.1	Kontrollkriteriet .....	71
12.2.1.1	§ 27-samarbeidets organisatoriske selvstendighet fra deltakerkommunene.....	72
12.2.1.2	§ 27-samarbeidets markedsorientering .....	74
12.2.1.3	Særlig om kravene til felles kontrollutøvelse .....	74
12.2.2	Aktivitetskriteriet.....	76
12.3	Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4.....	76
12.4	Oppsummering .....	77
<b>13</b>	<b>Samkommune.....</b>	<b>78</b>
13.1	Innledning .....	78
13.2	Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3 .....	78
13.2.1	Kontrollkriteriet .....	78
13.2.1.1	Innledning .....	78
13.2.1.2	Samkommunens organisatoriske selvstendighet .....	79
13.2.1.3	Samkommunens markedsorientering.....	81
13.2.1.4	Særlig om kravene til felles kontrollutøvelse .....	82
13.2.2	Aktivitetskriteriet.....	83
13.3	Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4.....	84

13.4	Oppsummering .....	84
<b>14</b>	<b>Interkommunalt selskap etter IKS-loven .....</b>	<b>85</b>
14.1	Innledning .....	85
14.2	Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3 .....	86
14.2.1	Kontrollkriteriet .....	86
14.2.1.1	Innledning .....	86
14.2.1.2	Det interkommunale selskapets organisatoriske selvstendighet .....	86
14.2.1.3	Det interkommunale selskapets markedsorientering .....	89
14.2.2	Særlig om kravene til felles kontrollutøvelse .....	89
14.2.2.1	Innledning .....	89
14.2.2.2	Nærmere om kravene til felles kontrollutøvelse i IKSet .....	90
14.2.3	Aktivitetskriteriet .....	92
14.3	Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4 .....	93
14.4	Oppsummering .....	93
<b>15</b>	<b>Aksjeselskaper .....</b>	<b>93</b>
15.1	Innledning .....	93
15.2	Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3 – eneeier og forholdet til aksjeselskapet .....	94
15.2.1	Kontrollkriteriet .....	94
15.2.1.1	Innledning .....	94
15.2.1.2	Aksjeselskapets organisatoriske selvstendighet .....	95
15.2.1.3	Markedsorientering .....	97
15.2.2	Aktivitetskriteriet .....	98
15.3	Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3 – flere deleeiere og forholdet til aksjeselskapet .....	98
15.3.1	Innledning .....	98
15.3.2	Forholdet til private eiere .....	99
15.3.3	Kontrollkriteriet .....	100
15.3.4	Aktivitetskriteriet .....	102
15.4	Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4 .....	103
15.5	Oppsummering .....	103
<b>16</b>	<b>Særlig om samarbeid mellom aksjeselskaper og interkommunale selskaper i samme eie – artikkel 12 nr. 2 .....</b>	<b>104</b>
<b>17</b>	<b>Avtalebasert samarbeid utenfor kommuneloven .....</b>	<b>105</b>
17.1	Innledning .....	105
17.2	Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3 .....	106
17.3	Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4 .....	106

## VEDLEGG

<b>DIRECTIVE 2014/24/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL .....</b>	<b>1</b>
<i>Article 12</i> .....	<b>1</b>
<b>DIRECTIVE 2014/25/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL .....</b>	<b>3</b>
<i>Article 28</i> .....	<b>3</b>
<b>DIRECTIVE 2014/23/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL .....</b>	<b>5</b>
<i>Article 17</i> .....	<b>5</b>



---

## SAMMENDRAG

EU vedtok 26. mars 2014 nye anskaffelsesdirektiver for klassisk sektor (direktiv 2014/24/EU), forsyningssektorene (direktiv 2014/25/EU) og for konsesjonskontrakter (direktiv 2014/23/EU).

En sentral endring i forhold til tidligere regelverk er at direktivene lovfester et eget unntak fra anskaffelsesregelverket for samarbeid mellom offentlige aktører – såkalt offentlig-offentlig samarbeid. Dette gjelder både såkalt institusjonalisert – eller vertikalt – samarbeid, og såkalt ikke-institusjonalisert – ofte også benevnt horisontalt – samarbeid.

EØS-avtalen forplikter Norge til å implementere de nye anskaffelsesdirektivene, og det må legges til grunn at de vil være relevante for vurderinger av interkommunalt samarbeid etter norsk rett. Unntaksreglene vil derved få betydning for norske kommuner og fylkeskommuners valg med hensyn til å løse sine oppgaver gjennom interkommunalt samarbeid og ved selskaper de er eiere i.

Spørsmålet om anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse på offentlig-offentlig samarbeid har lenge vært blant de mest omdiskuterte i anskaffelsesretten – og grunnet stor uenighet mellom EUs medlemsstater, har det vært opp til EU-domstolen å utvikle retten på dette området. Samtidig som Domstolen har fastslått at det klare utgangspunktet er at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse også på offentlig-offentlig samarbeid, har Domstolen anerkjent at det må tas hensyn til medlemsstatenes frihet til å organisere offentlig sektor på den måten de finner mest hensiktsmessig – herunder ved at offentlige oppdragsgivere utfører sine oppgaver i samarbeid med andre.

På denne bakgrunn har EU-domstolen utviklet to hovedunntak fra regelverket for slikt samarbeid:

For det første har Domstolen i en lang rekke avgjørelser som startet med sak C-107/98, *Teckal*, utviklet det såkalte unntaket for utvidet egenregi. Tradisjonelt er unntaket anvendt på såkalt vertikalt, eller institusjonalisert samarbeid, for eksempel på kontraktstildelinger fra en eierkommune til et selskap kommunen selv eier.

For det andre utviklet Domstolen i sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, et unntak fra anskaffelsesreglene også for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid. Unntaket kan anvendes på ”løserer” eller mer ad-hoc pregete samarbeidsformer, eksempelvis tilfeller der to kommuner inngår en avtale med hverandre.

Bestemmelsene i de nye direktivene kodifiserer de to ovennevnte unntakene.

Unntaket for utvidet egenregi kodifiseres i anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 1 til 3. Tilsvarende bestemmelser gjenfinnes i forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 1 til 3 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 1 til 3. Av bestemmelsene følger det at en kontrakt som tildeles fra en offentlig oppdragsgiver til en selvstendig oppdragstaker faller utenfor anskaffelsesregelverket så fremt tre kumulative vilkår er oppfylt:

- For det første må oppdragsgiveren kunne utøve en kontroll over oppdragstakeren som tilsvarer den kontrollen oppdragsgiver kan utøve over egne tjenestegrener;

- 
- For det andre må mer enn 80 % av oppdragstakers aktivitet være rettet mot den kontrollerende oppdragsgiveren, eller andre enheter kontrollert av oppdragsgiver;
  - For det tredje vil direkte privat eierskap i oppdragstakers virksomhet som den klare hovedregel forhindre at unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse.

Av anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 2 følger at unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse også på samarbeid i ”horisontale” og ”omvendt vertikale” konstellasjoner – for eksempel der et selskap ønsker å tildele sitt søsterselskap eller sitt morselskap en kontrakt direkte. Tilsvarende bestemmelser gjenfinnes i forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 2 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 2.

Av anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 3 følger det endelig, i tråd med praksis fra EU-domstolen, at unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse også i de tilfeller oppdragsgiver ikke kan utøve nødvendig kontroll over oppdragstaker alene, så fremt oppdragsgiver kan utøve slik kontroll sammen med andre offentlige oppdragsgivere. Tilsvarende bestemmelser gjenfinnes i forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 3 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 3.

Unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid er kodifisert i anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 4. Tilsvarende bestemmelser finnes i forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 4 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 4. Av bestemmelsene følger at kontrakter som er inngått utelukkende mellom offentlige oppdragsgivere faller utenfor anskaffelsesdirektivene så lenge tre kumulative vilkår er oppfylt:

- For det første må kontrakten etablere eller implementere et samarbeid som har til formål å få utført offentlige oppgaver som realiserer formål de samarbeidende oppdragsgivere har felles;
- For det andre må gjennomføringen av samarbeidet utelukkende forfølge allmenne hensyn;
- For det tredje må deltakernes aktivitet på markedet ikke overstige 20 % av deltakernes samlede omsetning for så vidt gjelder den type aktivitet samarbeidet gjelder.

Bestemmelsene slik de fremgår ovenfor er i all hovedsak i overensstemmelse med gjeldende rett slik den kan utledes av foreliggende praksis fra EU-domstolen. På enkelte punkter innføres imidlertid endringer i forhold til gjeldende rett, og det foretas også visse presiseringer av unntakenes anvendelsesområde.

Norske kommuner og fylkeskommuners kompetanse er negativt avgrenset – de kan påta seg og iverksette enhver aktivitet så lenge det ikke strider mot lov eller ulovfestede prinsipper. Kommunene og fylkeskommunene står videre i utgangspunktet fritt ved organiseringen av egen virksomhet – de bestemmer selv om oppgaver skal utføres i egen virksomhet, i samarbeid med andre eller om de skal legges til selskaper som kommunen eller fylkeskommunen eier selv eller sammen med andre. I praksis skjer interkommunalt samarbeid på ulike måter, fra det helt formløse samarbeidet, til samarbeid innenfor en av kommunelovens definerte organisasjonsformer, til samarbeid gjennom kommunalt eller fylkeskommunalt eide aksjeselskap eller interkommunale selskap.

Spørsmålet om en interkommunal samarbeidsform kan unntas etter direktivenes bestemmelser om offentlig-offentlig samarbeid kan ikke alene avgjøres på bakgrunn av lovreguleringen av den



---

samarbeidsmodellen som er valgt. Det må foretas en konkret og dynamisk vurdering av om unntakene kommer til anvendelse i det enkelte tilfelle. Aktivitetskriteriet i både unntaket for utvidet egenregi og unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid innebærer for eksempel at de faktiske omstendigheter og den markedsmessige innvirkningen av samarbeidet må vurderes før man kan fastslå om unntakene kan komme til anvendelse.

Om et samarbeid i tråd med en av de organisasjonsmodeller som står tilgjengelige for kommunene når de ønsker å løse sine oppgaver i samarbeid med andre *i det enkelte tilfelle* er unntatt direktivene, lar seg følgelig ikke fastslå med sikkerhet. Det lar seg imidlertid fastslå hvorvidt et samarbeid organisert i tråd med de ulike samarbeidsmodellene *i prinsippet* vil kunne ha potensial for å unntas fra regelverket.

Det er etter vår vurdering vanskelig å se at vertskommunesamarbeid etter kommunelovens kapittel 5A vil kunne oppfylle vilkårene for å få unntak fra anskaffelsesregelverket i henhold til unntaket for utvidet egenregi. Dette gjelder for så vidt begge vertskommunemodellene, men slik at vertskommunesamarbeid med felles nemnd synes å ha noe mer potensial for å tilfredsstillе vilkårene i bestemmelsen enn det som gjelder det administrative vertskommunesamarbeidet.

Fordi det vil kunne være vanskelig å anvende unntaket for utvidet egenregi på samarbeid organisert i tråd med vertskommunemodellen, og fordi også anvendelsen av unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid ved samarbeid etter vertskommunemodellen er beheftet med så vidt stor usikkerhet, er det vårt syn at vertskommunesamarbeidet vil være best egnet til samarbeid som i utgangspunktet faller utenfor anskaffelsesreglene, slik tilfellet vil kunne være for oppgaver som innebærer offentlig myndighetsutøvelse.

Når det gjelder samarbeid etter kommuneloven § 27, er det vår vurdering at vilkårene i unntaket for utvidet egenregi som hovedregel vil være oppfylt, forutsatt at de faktiske forhold også legger til rette for dette. Unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid vil kunne komme til anvendelse der § 27-samarbeidet ikke utgjør et selvstendig rettssubjekt.

Etter vår vurdering legger kommuneloven kapittel 5B om samkommune opp til at kommuner kan overføre oppgaver til samkommunen i henhold til unntaket for utvidet egenregi, idet det legges til rette for at samkommunen kan underlegges den nødvendige kontroll fra deltakerkommunene, slik kontrollbegrepet i egenregidoktrinen er utledet. Unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid er ikke relevant for denne organisasjonsmodellen.

For så vidt gjelder samarbeid som organiseres i tråd med IKS-loven, er det vår vurdering at loven ikke er til hinder for at kommuner kan tildele oppdrag til selskap organisert som IKS i henhold til unntaket for utvidet egenregi, idet det er lagt til rette for at IKSet kan undergis nødvendig kontroll fra deltakerkommunene. Selv om unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse uten hensyn til om den enkelte deltakerkommune ved kontraktstildelingen kan utøve nødvendig kontroll over IKSet alene, må det imidlertid for disse tilfellene foretas en konkret vurdering av hvorvidt kommunen kan anses for å utøve den nødvendige kontroll *i fellesskap med de øvrige deltakerkommunene*.

---

Når det gjelder spørsmålet om unntaket for utvidet egenregi kan komme til anvendelse i tilfeller der en kommune ønsker å overlate utføringen av nærmere bestemte oppgaver til et aksjeselskap, er det vår vurdering at aksjeloven i seg selv ikke er til hinder for dette.

Der aksjeselskapet (oppdragstaker) er kommunens heleide selskap, legger loven i utgangspunktet til rette for at kommunen som eier kan begrense autonomien til selskapet på en slik måte at kontrollkriteriet i egenregilæren etter en konkret vurdering kan være oppfylt. Det er videre ikke til hinder for anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi at aksjeselskapet (oppdragstaker) eies av flere, men privat eierskap vil som hovedregel utelukke at unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse. Om samtlige eiere kan anses for å utøve den nødvendige kontrollen over aksjeselskapets virksomhet i fellesskap med de øvrige, beror på en konkret vurdering.

Unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid er ikke aktuelt for samarbeid organisert i tråd med IKS-loven og aksjeloven. Derimot er dette unntaket det eneste relevante der to eller flere kommuner ønsker å samarbeide med hverandre på mer uformell basis. Om unntaket kommer til anvendelse på slikt samarbeid beror på en konkret vurdering av om vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Sentralt i denne forbindelse vil være å fastslå hvorvidt det foreligger en ordinær kontrakt om ytelsen av en vare eller tjeneste mot godtgjørelse, eller om en står overfor et reelt samarbeid om å løse oppgaver i fellesskap.

---

## EXECUTIVE SUMMARY

The European Union has recently adopted three new EU directives on (i) public procurement (2014/24/EU), (ii) procurement in the utilities sector (by entities operating in the water, energy, transport and postal services) (2014/25/EU), and (iii) the award of concession contracts (2014/23/EU). The directives replace Directive 2004/18/EC on public works, supply and service contracts and Directive 2004/17/EC on procurement in the water, energy, transport and postal services sectors.

In transposition of the relevant European case law, the new directives clarify for the first time when contractual relations between public bodies are not subject to the general public procurement rules. Subject to certain requirements, the directives recognise that cooperation that takes the form of a jointly controlled third entity entrusted with the performance of a task (vertical/institutionalised cooperation) may fall outside the scope of the directives. Secondly, the directives also recognise that some forms of cooperation that do not create a new or specially appointed entity (horizontal/non-institutionalised cooperation) may fall outside the scope of the directives.

Norway – as a party to the European Economic Area (EEA) Agreement – is obliged to implement the new EU Procurement Directives into national legislation. Thus, the new rules will have an impact on the organisation of inter-municipal cooperation under Norwegian law. Accordingly, the applicability of the exemptions set out in the new directives will have implications for the way in which the municipalities and county municipalities may choose to solve their public tasks through inter-municipal cooperation and through the employment of companies that they own.

There has been an ongoing debate on whether the EU public procurement rules apply in circumstances where contracting authorities seek to ensure the performance of their public tasks through cooperation. The Court of Justice of the European Union (the "Court") has confirmed that contracts between contracting authorities do not per se fall outside the scope of EU public procurement law. At the same time, however, the Court has recognised that certain forms of cooperation between contracting authorities fall outside the scope of the public procurement regime, taking into account the contracting authorities' power of self-organisation and freedom to perform the public interest tasks conferred on them in the manner they find most appropriate.

On this basis, the Court has developed two main exemptions from EU public procurement rules available for public-public cooperation:

First, the Court in a long line of decisions following the judgment in case C-107/98, *Teckal*, developed the so-called in-house exemption for some forms of institutionalised cooperation. The exemption applies to vertical cooperation, e.g. where a municipality awards a contract to a company it owns.

Second, the Court in case C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, accepted that certain forms of non-institutional, or horizontal, cooperation fall outside the scope of EU public procurement rules as

---

well. The new exemption applies where two or more contracting authorities establish cooperation without creating or employing a separate legal entity, e.g. where two municipalities enter into an agreement with each other.

The new EU Procurement Directives codify the above-mentioned case law.

The Directive on public procurement article 12 paragraphs 1 to 3, the Directive on procurement in the utilities sector article 28 paragraphs 1 to 3, and the Directive on the award of concession contracts article 17 paragraphs 1 to 3, codify the in-house exemption.

According to the provisions, the EU public procurements rules will not apply if public contracting authorities enter into public contracts with another legal person as long as the following three cumulative conditions are met:

- the contracting authority exercises a level of control over the legal person concerned, similar to that which it exercises over its own departments; and
- more than 80 % of the activities of that legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authority, or by other legal persons controlled by the same contracting authority; and
- subject to narrow exceptions, there must be no direct private capital participation in the controlled legal person.

According to article 12 paragraph 2 of the Directive on public procurement, article 28 paragraph 2 in the Directive on procurement in the utilities sector and article 17 paragraph 2 in the Directive on the award of concession contracts, the in-house exemption applies to cooperation in “horizontal” and “reverse vertical” constellations – e.g. where a company enters into a contract with its “sister” or “parent” company.

Finally, according to the Directive on public procurement article 12 paragraph 3, the Directive on procurement in the utilities sector article 28 paragraph 3 and the Directive on the award of concession contracts article 17 paragraph 3, the in-house exemption applies even though the contracting authority may not exercise the necessary control over the legal person individually, as long as the contracting authority may exercise such control jointly with other public contracting authorities.

The Directive on public procurement article 12 paragraph 4, the Directive on procurement in the utilities sector article 28 paragraph 4, and the Directive on the award of concession contracts article 17 paragraph 4 codify the exemption for non-institutionalised, or horizontal, cooperation as developed by the Court.

According to these provisions, contracting authorities may establish non-institutionalised cooperation amongst themselves (without creating a jointly controlled in-house entity) which involves the conclusion of agreements not covered by EU public procurement law, if the following three cumulative conditions are met:

- 
- The contract must establish or implement a cooperation between the participating contracting authorities, with the aim of ensuring that the public services they have to perform are provided with a view to achieving objectives they have in common
  - The implementation of the cooperation is governed solely by considerations relating to the public interest; and
  - The participating contracting authorities perform less than 20% of the activities concerned by the cooperation on the open market.

The provisions outlined above are overall consistent with existing case law of the Court. However, the new directives introduce some changes, as well as some essential clarifications regarding which types of public-public cooperation that fall outside the EU public procurement rules.

Norwegian municipalities and county municipalities are free to undertake and implement any activity as long as this is not contrary to law or non-statutory principles. Furthermore, municipalities and county municipalities are free to organise their own tasks and to perform the public interest tasks conferred on them by using their own administrative, technical and other resources. Norwegian municipalities and county municipalities are also free to perform their tasks in cooperation with others, or to arrange to have the tasks performed by companies that they own (as sole owner or jointly with others).

In practice, inter-municipal cooperation is organised in various ways, from more informal ways of cooperation, to cooperation within one of the organisational forms subject to the Local Government Act. Inter-municipal cooperation may also be implemented through the involvement of companies organised in accordance with the Act of Inter-municipal Companies, or through public limited companies, owned by the municipalities or county municipalities.

It is not possible to determine without reservation whether inter-municipal cooperation can be excluded from the new EU Procurement Directives solely based on the legal regulation of the cooperative model chosen. In each case an individual and dynamic assessment must be made in order to consider whether the rules are applicable. The activity criterion as set out in the rules on the in-house exemption and non-institutionalized cooperation, implies for example that the actual circumstances and the market impact of the cooperation must be considered before it can be determined whether the cooperation can be excluded from the EU public procurement rules or not. Nevertheless, it is possible to determine whether different organisational models for inter-municipal cooperation *in principle* have the potential to fall within the new exemptions for public-public cooperation.

As regards cooperation through a host municipality (*vertskommunesamarbeid*) organised according to chapter 5A of the Local Government Act, we have adopted the view that it is difficult to see that this form of cooperation will be able to meet the conditions for the in-house exemption to apply as set out in the directives. This finding applies to both models falling under chapter 5A, although cooperation through a host municipality with a joint committee seems to have a somewhat greater potential for satisfying the conditions than cooperation using an administrative host municipality. Further, whether the exemption for non-institutionalised cooperation will apply to cooperation organised in accordance with the host municipality model is in our view uncertain.

---

On this basis, we have adopted the view that cooperation through a host municipality is best suited for forms of cooperation that fall outside the scope of the EU procurement rules, as the case may be for the execution of tasks that involve the exercise of public authority.

As regards cooperation pursuant to the Local Government Act section 27, we have adopted the opinion that such cooperation, subject of course to the facts of the case, will generally meet the conditions for the in-house exemption to apply. The exemption for non-institutionalised cooperation may be applicable where cooperation pursuant to section 27 does not involve the creation of an independent legal entity.

The Local Government Act chapter 5B provides for the delegation of tasks from a municipality to a joint municipality (*samkommune*). It is our opinion that the provisions of the Act provide that the participating municipalities may exercise joint control over the joint municipality in accordance with the conditions of the in-house doctrine as set out in the directives.

As regards cooperation organised under the Act on Inter-municipal Companies, we have adopted the view that the Act does not preclude municipalities from entering into contracts with such companies in accordance with the in-house exemption. The Act provides the participating municipalities with the opportunity to exercise the necessary control over the inter-municipal company. Although the in-house exemption applies regardless of whether each municipality may exercise the necessary control individually, an individual assessment must however be made, in order to ascertain that each municipality may in fact be considered to exert the necessary control *jointly* with the other participating municipalities.

As to the question of whether the in-house exemption is applicable in cases where a municipality wishes to entrust the execution of specific tasks to a public limited company, it is our opinion that the Limited Liability Companies Act in itself does not preclude this.

Where the municipality is the sole owner of the company in question, the law provides opportunity for the municipality to ensure that it is able to exercise the necessary control over the company in order for the control criterion to be met, and thus for the in-house exemption to apply.

The fact that there is more than one owner of the company does not preclude the application of the in-house exemption, even though in such circumstances each municipality may not be able to exercise the necessary control over the company individually. As a rule, private ownership will however rule out the application of the in-house exemption. Furthermore, where the company in question is owned by more than one municipality, an individual assessment must be made in order to ascertain that each municipality may in fact be considered to exert the necessary control *jointly* with other participating municipalities.

The exemption for non-institutionalized cooperation is the only relevant exemption where cooperation between two or more municipalities does not involve the creation or employment of an independent legal entity, but is instead based on more or less formal agreements between the participating municipalities.

---

Whether the exception applies to such agreements depends on whether the criteria of the new provision in the directives are met in each individual case. In order for the exemption to apply, an assessment of the cooperation at hand must show that the municipalities have entered into a genuine form of cooperation in order to solve their public interest tasks, and that this cooperation deviates from merely entering into ordinary contracts for the provision of goods or services for remuneration.

---

## **DEL I    GENERELT**

### **1            BAKGRUNN**

#### **1.1        Nye anskaffelsesdirektiver**

EU vedtok 26. mars 2014 nye anskaffelsesdirektiver for klassisk sektor (direktiv 2014/24/EU (heretter ”anskaffelsesdirektivet”), forsyningssektorene (direktiv 2014/25/EU) (heretter ”forsyningsdirektivet”) og for konsesjonskontrakter (direktiv 2014/23/EU) (heretter ”konsesjonskontraktdirektivet”).

Nytt anskaffelsesdirektiv for klassisk sektor vil erstatte direktiv 2004/18/EC som er gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser, Forskrift 07.04.2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser. Nytt anskaffelsesdirektiv for forsyningssektorene vil erstatte direktiv 2004/17/EC som er gjennomført dels i forsyningsforskriften, Forskrift 07.04.2006 nr. 402 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester), dels i forskrift om offentlige anskaffelser. Direktivet for konsesjonskontrakter<sup>1</sup> er nytt.

En sentral endring i forhold til tidligere regelverk er at direktivene lovfester et eget unntak fra anskaffelsesregelverket for samarbeid mellom offentlige aktører. Dette gjelder både såkalt institusjonalisert – eller vertikalt – samarbeid og såkalt ikke-institusjonalisert – ofte også benevnt horisontalt – samarbeid.<sup>2</sup> Lovfestingen innebærer først og fremst en kodifisering, men også dels en endring og dels en klargjøring av gjeldende rett slik den kan utledes av rettspraksis fra EU-domstolen.

EØS-avtalen forplikter Norge til å implementere de nye anskaffelsesdirektivene. Slik implementering har ennå ikke skjedd, men det må legges til grunn at de nye unntaksreglene vil gjøres til norsk rett og at de uansett vil være relevante for vurderinger av interkommunalt samarbeid etter norsk rett. Unntaksreglene vil derved få betydning for norske kommuner og fylkeskommuners valg med hensyn til å løse enkelte oppgaver gjennom interkommunalt samarbeid og ved selskaper de er eiere i.

#### **1.2        Mandat**

Vårt mandat er å gi en redegjørelse for innholdet og vilkårene i bestemmelsene om offentlig-offentlig samarbeid i de tre nye anskaffelsesdirektivene. Herunder skal det gjøres rede for

---

<sup>1</sup> En tjenestekonsesjon er en tildeling av et tjenesteoppdrag hvor vederlaget for arbeidene som skal utføres, enten utelukkende består av retten til å utnytte oppdraget eller i en slik rett sammen med betaling. Retten til utnyttelse innebærer regelmessig en rett til å oppkreve betaling av de direkte brukerne av tjenesten.

<sup>2</sup> I denne utredningen vil begrepet ”ikke-institusjonalisert” samarbeid benyttes som hovedbenevnelse på slikt samarbeid. Dette for å skille tilfellene fra de horisontale samarbeidsformene som etter de nye direktivene nå kan unntas anskaffelsesreglene gjennom unntaket for utvidet egenregi, jf. eksempelvis anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 2.



---

rettspraksis fra EU-domstolen, EFTAs overvåkningsorgan (ESA), sentrale norske dommer og relevante uttalelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA).

Videre følger det av mandatet at vi skal utrede hvilke konsekvenser den nye unntaksreguleringen etter anskaffelsesdirektivene vil kunne få for kommuners og fylkeskommuners adgang til å samarbeide om å utføre enkelte oppgaver gjennom ulike interkommunale samarbeidsordninger. Samarbeidsmodellene som vil bli vurdert er kommunelovens former for interkommunalt samarbeid, herunder interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27, vertskommune og samkommune samt samarbeid etter lov om interkommunalt samarbeid og etter aksjeloven. I tillegg vil uformelle samarbeidsformer bli vurdert.

Siktemålet med utredningen er å identifisere hvordan de ulike samarbeidsmodellene samsvarer med vilkårene i anskaffelsesdirektivenes unntak for offentlig-offentlig samarbeid, og om det eventuelt er behov for tilpasninger i regelverket.

Det faller utenfor vårt mandat å redegjøre for andre unntak etter direktivene som vil kunne være relevante ved offentlig-offentlig samarbeid. Vi vil imidlertid for ordens skyld peke på noen slike unntaksmuligheter i punkt 2.4.

### **1.3 Oversikt over utredningens oppbygning og innhold**

Utredningen er bygget opp i tre deler.<sup>3</sup>

Utredningens del 1 er en generell og innledende del. I denne delen gjør vi i punkt 2 først rede for enkelte viktige, overordnede, utgangspunkter for regelverkets anvendelse på offentlig-offentlig samarbeid. Det redegjøres så i punkt 3 for bakgrunnen for problemstillingene som skal behandles. Deretter gis en oversikt over de nye direktivenes regler om offentlig-offentlig samarbeid i punkt 4.

I utredningens del 2 behandles de nye direktivenes unntaksregler for offentlig-offentlig samarbeid. Unntaket for utvidet egenregi behandles i punkt 6, mens unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid behandles i punkt 7.

I utredningens del 3 vurderes ulike modeller for interkommunalt samarbeid i lys av regelverket som er gjennomgått i utredningens del 2. Siktemålet er som nevnt å undersøke i hvilken grad de ulike modellene samsvarer med vilkårene i anskaffelsesdirektivenes unntak for offentlig-offentlig samarbeid, og om det eventuelt er behov for tilpasninger i det norske regelverket.

---

<sup>3</sup> Utredningens del 1 og 2 bygger i stor grad på fremstillingen til Janicke Wiggen i *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor*. (Universitetsforlaget 2013).

---

## 2 DIREKTIVENES ANVENDELSESOMRÅDE

### 2.1 Innledning

Det faller utenfor vårt mandat å gjøre rede for alle grunner til at et samarbeid mellom offentlige aktører kan falle utenfor anskaffelsesregelverket. Innledningsvis er det imidlertid hensiktsmessig å gi en oversikt over rammene rundt problemstillingene som skal behandles.

Nedenfor i punkt 2.2 og 2.3 redegjøres det derfor kort for inngangsvilkårene som må være oppfylt for at direktivene skal komme til anvendelse, og for enkelte særlige former for offentlig-offentlig samarbeid som faller utenfor direktivene. I punkt 2.4 vil vi så kort peke på enkelte øvrige unntak fra anskaffelsesreglene som kan være av relevans for interkommunalt samarbeid.

### 2.2 Inngangsvilkårene for direktivenes anvendelse

Det nye anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet er alle tre skåret over samme lest hva gjelder inngangsvilkåret for anvendelsen av direktivene.

For det første kommer regelverket bare til anvendelse der det er tale om en kontrakt slik dette er definert anskaffelsesrettslig.<sup>4</sup> Den offentlige oppdragsgiveren må motta en vare eller tjeneste mot vederlag,<sup>5</sup> og denne varen eller tjenesten må utgjøre en økonomisk fordel for oppdragsgiver (gjensidig bebyrdende avtale).<sup>6</sup> For det andre må kontraktens verdi etter direktivene overstige terskelverdiene.<sup>7</sup>

Det er en rekke former for samarbeid mellom offentlige aktører som ikke vil utløse anskaffelsesdirektivenes anvendelse som følge av at samarbeidet ikke dreier seg om utøvelsen av økonomisk virksomhet. Rent faglig og politisk samarbeid vil for eksempel falle utenfor anskaffelsesreglene fordi det ikke ytes noen vare, tjeneste eller bygg- og anleggsarbeid mot godtgjørelse. Det samme gjelder utføringen av rene forvaltningsoppgaver.

Et relevant eksempel er den type samarbeid som skjer i en mengde regionråd rundt i landet. Arbeidet i disse rådene vil ofte dreie seg om planleggende og koordinerende virksomhet – eksempelvis planlegging av felles innsats for å styrke turistnæringen i regionen, eller koordinering av politisk påvirkningsarbeid på samferdselsområdet.

Der samarbeidet slett ikke utgjør noen gjensidig utveksling av ytelser, er det ikke nødvendig å vurdere eller ta stilling til om samarbeidsmodellen som er valgt i det konkrete tilfellet oppfyller vilkårene i unntaket for offentlig-offentlig samarbeid. I slike tilfeller foreligger ingen gjensidig bebyrdende (konsesjons)kontrakt, og direktivenes inngangsvilkår er ikke oppfylt.

---

<sup>4</sup> I anskaffelsesdirektivet definert: *“public contracts” means contracts for pecuniary interest concluded in writing between one or more economic operators and one or more contracting authorities and having as their object the execution of works, the supply of products or the provision of services*”.

<sup>5</sup> Dog slik for konsesjonskontraktens vedkommende at ”vederlaget” består i retten til å utnytte arbeidet eller tjenesten.

<sup>6</sup> Se f.eks. KOFA sak 2011/312

<sup>7</sup> Etter norsk rett gjelder imidlertid anskaffelsesreglene også under EØS-terskelverdiene (direktivenes anvendelsesområde). I praksis har derfor terskelverdiene mindre betydning for de spørsmål som her behandles.

---

Og selv der man tilsynelatende står overfor en gjensidig utveksling av ytelser, må anskaffelsesregelverkets anvendelse avgrenses mot visse former for offentlig-offentlig samarbeid som likevel ikke anses for å utgjøre kontrakter i direktivenes forstand, jf. punkt 2.3 nedenfor.

### 2.3 Særlig om kontraktsbegrepet og visse former for offentlig-offentlig samarbeid

Direktivenes forhold til selve (re)organiseringen av forvaltningsapparatet må avklares. I artikkel 1 nr. 6 i anskaffelsesdirektivet er det inntatt en spesifikk avgrensning mot slik (re)organisering:<sup>8</sup>

*“Agreements, decisions or other legal instruments that organise the transfer of powers and responsibilities for the performance of public tasks between contracting authorities or groupings of contracting authorities and do not provide for remuneration to be given for contractual performance, are considered to be a matter of internal organisation of the Member State concerned and, as such, are not affected in any way by this Directive.”*

Det kan være vanskelig å skille mellom kontrakter om innkjøp av varer, tjenester eller bygg- og anleggsarbeid, og det som må anses som forvaltningsintern allokering av kompetanse til, og ansvar for, å utføre offentlige oppgaver. Skillet er ikke nærmere regulert i direktivet, og så vidt vi kjenner til har EU-domstolen bare befattet seg med problemstillingen i et par saker – nærmere bestemt i *DCC* og i *Piepenbrock Dienstleistungen*.<sup>9</sup> Problemstillingen er også berørt i Kommisjonenes arbeidsdokument om offentlig-offentlig samarbeid, som på mange måter beredte grunnen for unntaksreglene i de nye direktivene.<sup>10</sup>

Essensen i praksisen som er nevnt over, og trolig også i den nye bestemmelsen som spesifikt avgrenser direktivenes anvendelse på slik reorganisering av forvaltningsapparatet, er at ansvaret for å utføre bestemte oppgaver må kunne (re)allokeres mellom ulike deler av forvaltningsapparatet uten at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse, selv om denne (re)allokeringen eventuelt måtte medføre budsjettmessige konsekvenser. Skal anskaffelsesregelverkets anvendelse være avskåret, må det imidlertid trolig være tale om en mer eller mindre permanent reorganisering av oppgavene, slik at den enheten som får seg overført myndighet og kompetanse deretter utfører oppgaven selvstendig fra den som opprinnelig hadde slikt ansvar. Kanskje kan man noe forenklet si at ikke bare oppgaven, men selve ansvaret for å få oppgaven utført, må overføres fra den ene aktøren til den andre før vi står overfor en slik forvaltningsintern (re)organisering som faller utenfor anskaffelsesregelverket.

I tillegg til dette må direktivenes anvendelsesområde også avgrenses mot en annen form for organisering av oppgaveløsningen i offentlig sektor. I *Tragsa/Asemfo*<sup>11</sup> medførte nemlig andre overveielser enn dem som ligger bak direktivenes unntaksregler – en ”tredje linje” om man vil – at

---

<sup>8</sup> Tilsvarende bestemmelse er inntatt i konsesjonskontraktordirektivet artikkel 1 nr. 4.

<sup>9</sup> Sak C-532/03, *DCC* og C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen*. Også Domstolens overveielser i sak C-264/03, *Franske fullmektiger* kan være av relevans.

<sup>10</sup> Commission Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities (public-public co-operation), Brussels, October 4 2011, SEC(2011) 1169 final, s. 17-18.

<sup>11</sup> Sak C-295/05, *Tragsa/Asemfo*. Se også sak C-220/06, *Correos*.

---

domstolen fant at samarbeidet mellom fire kommuner og selskapet Tragsa falt utenfor anskaffelsesreglene. Der uttalte EU-domstolen følgende:

*“It must be observed that, if, which it is for the referring court to establish, Tragsa has no choice, either as to the acceptance of a demand made by the competent authorities in question, or as to the tariff for its services, the requirement for the application of the directives concerned relating to the existence of a contract is not met.”<sup>12</sup>*

EU-domstolens avgjørelse i *Tragsa/Asemfo* reflekteres ikke i noen spesifikk unntaksregel i direktivene, men i anskaffelsesdirektivets fortale punkt 34 heter det under henvisning til avgjørelsen at:

*“Certain cases exist where a legal entity acts, under the relevant provisions of national law, as an instrument or technical service to determined contracting authorities, is obliged to carry out orders given to it by those contracting authorities and has no influence on the remuneration for its performance. In view of its non-contractual nature, such a purely administrative relationship should not fall within the scope of public procurement procedures.”*

Selv om det ikke er gitt en egen unntaksbestemmelse om denne type samarbeid i direktivene, illustrerer uttalelsen at det er nødvendig å trekke opp en grense mellom slikt samarbeid og ordinære kontrakter om kjøp av varer, tjenester eller bygg- og anleggsarbeid. Grunnen er at ”oppdragstakeren” i tilfeller som dette ikke anses for å yte varer eller tjenester på bakgrunn av en kontrakt i direktivenes forstand, men snarere må anses for å yte varene eller tjenestene som følge av et forvaltningsrettslig pålegg. I slike tilfeller vil det være lov og/eller administrative bestemmelser, snarere enn en kontrakt, som danner rettsgrunnlaget for oppdragstakers ytelser.<sup>13</sup>

Det kan reises spørsmål ved om samarbeid som er organisert i tråd med samarbeidsmodellene som er omtalt i kommuneloven faller utenfor anskaffelsesreglene under henvisning til anskaffelsesdirektivets artikkel 1 nr. 6 eller i tråd med EU-domstolens overveielser i *Tragsa/Asemfo*.<sup>14</sup> Rekkevidden av bestemmelsen i artikkel 1 nr. 6 og uttalelsene i anskaffelsesdirektivets fortale er imidlertid usikker, og det finnes foreløpig sparsomt med relevant praksis å se hen til. Problemstillingen må inntil videre vurderes i lys av praksis fra EU-kommisjonen samt EU-domstolens avgjørelser i *Tragsa/Asemfo*, *DCC* og ovennevnte *Piepenbrock Dienstleistungen*.<sup>15</sup> Det faller imidlertid utenfor vårt mandat å foreta noen nærmere vurdering av disse spørsmål.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Sak C-295/05, *Tragsa/Asemfo* premiss 54.

<sup>13</sup> Domstolens avgjørelse i sak C-295/05, *Tragsa/Asemfo* er fulgt opp og presisert i sak C-220/06, *Correos*.

<sup>14</sup> Sak C-296/05, *Tragsa/Asemfo*.

<sup>15</sup> Sak C-295/05, *Tragsa/Asemfo*, sak C-532/03, *DCC* og sak C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen*

<sup>16</sup> For en nærmere drøftelse se Wiggen, *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor* (Universitetsforlaget 2013).

---

## 2.4 Øvrige unntak fra direktivene

Det faller videre utenfor vårt mandat å behandle øvrige unntak fra direktivene, og forholdet mellom disse og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid.

Vi peker likevel kort på at det er gitt unntak for samarbeid mellom tilknyttede foretak og joint ventures i forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet. Videre er det gitt et unntak for kontraktstildelinger ved enerettigheter. Det er også anledning for offentlige oppdragsgivere til å samarbeide om innkjøp.

Videre nevnes at også unntaket for offentlig myndighetsutøvelse kan være et relevant unntak for så vidt gjelder kommunenes adgang til å samarbeide om å løse offentlige oppgaver uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Dette unntaket følger ikke spesifikt av direktivene, men av at oppgaver som enn bare leilighetsvis er knyttet til offentlig myndighetsutøvelse ikke er omfattet av reglene om fri bevegelse av varer og tjenester over hodet.

Både vertskommunemodellen og samkommunemodellen er organisasjonsmodeller som legger forholdene til rette nettopp for samarbeid om den type oppgaver som vil kunne unntas direktivet under henvisning til unntaket for offentlig myndighetsutøvelse. Eksempelvis vil interkommunalt samarbeid innenfor barnevern som hovedregel kunne gjennomføres uten hensyn til anskaffelsesregelverket under henvisning til dette unntaket.

## 3 OVERORDNET OM ANSKAFFELESREGLENE OG SAMARBEID MELLOM OFFENTLIGE AKTØRER

Etter anskaffelsesregelverket står det en offentlig oppdragsgiver fritt å dekke sin etterspørsel ved å ta i bruk ressurser i egen organisasjon – såkalt *egentlig egenregi*.<sup>17</sup> Anskaffelsesregelverkets prosedyreregler må derimot følges ved valget av oppdragstaker når det mellom en offentlig oppdragsgiver og en selvstendig oppdragstaker skal inngås en skriftlig, gjensidig bebyrdende (konsesjons)kontrakt om ytelsen av en vare, tjeneste eller et bygg- og anleggsarbeid.<sup>18</sup>

Når en offentlig oppdragsgiver søker å dekke sin etterspørsel ved å samarbeide med et annet rettssubjekt, for eksempel annen kommune eller egne selskaper/enheter organisert som egne rettssubjekter, er det vanskelig å se det slik at oppdragsgiveren dekker sin etterspørsel ved fullt ut å anvende egne ressurser. I disse tilfellene oppstår det derfor spørsmål om oppdragsgiveren har inngått en gjensidig bebyrdende (konsesjons)kontrakt med en tredjeperson på markedet, med den følge at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse.

Spørsmålet om anskaffelsesreglene kommer til anvendelse på slikt offentlig-offentlig samarbeid har vært blant de mest omdiskuterte i anskaffelsesretten. Dette har sammenheng med at spørsmålet fordrer en avveining av kryssende hensyn:

---

<sup>17</sup> Dette utgangspunktet ble også slått fast av Domstolen i sak C-26/03, *Stadt Halle*.

<sup>18</sup> I tillegg må det være tale om en kontrakt som ikke er spesifikt unntatt direktivene, og som har en kontraktsverdi som tilfredsstillere direktivenes terskelverdier, se ovenfor.

---

På den ene siden taler formålet bak anskaffelsesregelverket – å åpne markedet for offentlige oppdrag og å sikre rettfærdig konkurranse på dette – for at anskaffelsesreglene skal komme til anvendelse også når en offentlig oppdragsgiver henvender seg til en annen offentlig aktør for helt eller delvis å dekke sin etterspørsel. På den annen side taler hensynet til at nasjonalstatene må stå fritt til å organisere sin offentlige sektor som de finner mest hensiktsmessig for at anskaffelsesreglene ikke griper inn i offentlige aktørers muligheter til å løse sine oppgaver gjennom samarbeid.

Som tidligere nevnt er bestemmelsene om offentlig-offentlig samarbeid en nyvinning sammenliknet med tidligere anskaffelsesdirektiver. Verken EU-traktaten eller tidligere direktiver regulerte spørsmålet om når anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse på samarbeid mellom offentlige aktører, og det har derfor vært opp til EU-domstolen å utvikle retten på området.

Det fremgår av anskaffelsesdirektivets fortale at det er behovet for klarhet og forutberegnelighet som ligger bak den nye reguleringen, samtidig som det fremgår at regelverket i hovedsak bygger på EU-domstolens praksis og må leses i lys av denne, jf. punkt 31 i direktivets fortale:

*“There is considerable legal uncertainty as to how far contracts concluded between entities in the public sector should be covered by public procurement rules. The relevant case-law of the Court of Justice of the European Union is interpreted differently between Member States and even between contracting authorities. It is therefore necessary to clarify in which cases contracts concluded within the public sector are not subject to the application of public procurement rules.*

*Such clarification should be guided by the principles set out in the relevant case-law of the Court of Justice of the European Union. The sole fact that both parties to an agreement are themselves public authorities does not as such rule out the application of procurement rules. However, the application of public procurement rules should not interfere with the freedom of public authorities to perform the public service tasks conferred on them by using their own resources, which includes the possibility of cooperation with other public authorities.*

*It should be ensured that any exempted public-public cooperation does not result in a distortion of competition in relation to private economic operators in so far as it places a private provider of services in a position of advantage vis-à-vis its competitors.”*

Utgangspunktet som oppstilles i fortalen avspeiler nettopp EU-domstolens praksis til nå.

Allerede i *Teckal* fastslo Domstolen nemlig at det klare utgangspunktet er at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse også på kontrakter mellom offentlige aktører.<sup>19</sup>

Saksforholdet var at kommunen Viano tildelte selskapet AGAC oppgaven med å forestå varmforsyning og drift av varmforsyningsanlegg i forskjellige kommunale bygninger, mot en årlig betaling på 122 millioner lire. AGAC var eiet av 45 kommuner, herunder Viano, i fellesskap. Spørsmålet for EU-domstolen var om det

---

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

---

faktum at oppdraget var tildelt et interkommunalt selskap som kommunen selv var medeier i, medførte at det dagjeldende varedirektivet ikke kom til anvendelse på kontraktstildelingen.

Domstolen slo imidlertid fast at det avgjørende for om det direktivet kom til anvendelse, var om det forelå en kontrakt i direktivets forstand, og at det i denne forbindelse var uten betydning at oppdragsgiver og oppdragstaker begge var offentlige oppdragsgivere. I prinsippet er det derimot tilstrekkelig for anskaffelsesregelverkets anvendelse at det er inngått en kontrakt mellom en offentlig oppdragsgiver og en juridisk selvstendig oppdragstaker.

Utgangspunktet stadfestet EU-domstolen senere i *Kommisjonen mot Spania*.<sup>20</sup> Bakgrunnen for saken var at det i den spanske loven om offentlige anskaffelser ble gitt et generelt unntak for samarbeidsavtaler mellom ulike forvaltningsorganer. Domstolen ga Kommisjonen medhold i at slike samarbeidsavtaler ikke kan unntas anskaffelsesreglenes virkefelt a priori. Domstolen har siden også konstatert at direktetildelinger av oppdrag fra en offentlig oppdragsgiver til fullt ut offentlig eide oppdragstakere var i strid med anskaffelsesverket i *Parking Brixen*<sup>21</sup>, *Carbotermo*<sup>22</sup> og langt på vei også i *Correos*.<sup>23</sup>

Samtidig som EU-domstolen har fastslått at det klare utgangspunktet er at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse også på samarbeid mellom offentlige aktører, har Domstolen anerkjent at det må tas hensyn til medlemsstatenes frihet til å organisere offentlig sektor på den måten de finner mest hensiktsmessig – herunder ved at offentlige oppdragsgivere utfører sine oppgaver i samarbeid med andre. På denne bakgrunn har Domstolen utviklet to hovedunntak fra regelverket for slikt samarbeid:

For det første har Domstolen i en lang rekke avgjørelser utviklet det såkalte unntaket for utvidet egenregi.<sup>24</sup> Tradisjonelt er unntaket anvendt på såkalt vertikalt, eller institusjonalisert samarbeid, for eksempel på kontraktstildelinger fra en eierkommune til et selskap kommunen selv eier.

For det andre har Domstolen utviklet et unntak fra anskaffelsesreglene også for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid. Unntaket kan anvendes på ”løserer” eller mer ad-hoc pregete samarbeidsformer, eksempelvis tilfeller der to kommuner inngår en avtale med hverandre.<sup>25</sup>

Bestemmelsene i de nye direktivene kodifiserer ovennevnte unntak, og er i all hovedsak i overensstemmelse med gjeldende rett slik den kan utledes av foreliggende rettspraksis fra EU-

---

<sup>20</sup> Sak C-84/03, *Kommisjonen mot Spania*

<sup>21</sup> Sak C-458/03, *Parking Brixen*

<sup>22</sup> Sak C-340/04, *Carbotermo*

<sup>23</sup> Sak C-220/06, *Correos*

<sup>24</sup> Egenregidoktrinen er behandlet i følgende saker: sak C-107/98, *Teckal*, sak C-94/99, *ARGE*, sak C-349/97, *Tragsa*, sak C-26/03, *Stadt Halle*, sak C-84/03, *Kommisjonen mot Spania*, sak C-231/03, *Coname*, sak C-458/03, *Parking Brixen*, sak C-29/04, *Mödling*, sak C-410/04, *ANAV*, sak C-340/04, *Carbotermo*, sak C-220/05, *Auroux*, sak C-295/05, *Tragsa/Asemfo*, sak C-337/05, *Augusta Bell*, sak C-220/06, *Correos*, sak C-323/07, *Termoraggi*, sak C-371/05, *Mantova*, sak C-324/07, *Coditel Brabant*, sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, sak C-573/07, *Sea*, sak C-196/08, *Acoset*, sak C-215/09, *Mehiläinen*, sakene C-182 og 183/11, *Econord*, sak C-159/11, *Azienda* og sak C-386/11, *Piepenbrock*.

<sup>25</sup> Unntaket ble først formulert i Domstolens avgjørelse i sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, og er siden presisert i sak C-159/11, *Azienda*.

---

domstolen. På enkelte punkter innføres imidlertid endringer i forhold til gjeldende rett, og det foretas også visse presiseringer av unntakenes anvendelsesområde. Unntakene behandles nærmere i punkt 5-8 under.

Før vi går nærmere inn på innholdet i unntaksbestemmelsen, skal det gis en oversikt over hvor i de nye direktivene man finner unntaksreglene for offentlig-offentlig samarbeid og omtale av disse:

#### **4 OVERSIKT OVER REGLENE OM OFFENTLIG-OFFENTLIG SAMARBEID**

Bestemmelsene om offentlig-offentlig samarbeid er inntatt:

##### **Anskaffelsesdirektivet:**

###### Fortalen:

Premiss (31) – (33)

###### Direktivet:

Artikkel 12 (*Public contracts between entities within the public sector*)

##### **Forsyningsdirektivet:**

###### Fortalen:

Premiss (38) – (41)

###### Direktivet:

Artikkel 28 (*Contracts between contracting authorities*)

Bestemmelser om tilknyttede foretak og joint ventures er inntatt i:

Artikkel 29 (*Contracts awarded to an affiliated undertaking*)

Artikkel 30 (*Contracts awarded to a joint venture or to a contracting entity forming part of a joint venture*)

##### **Konsesjonskontraktdirektivet:**

###### Fortalen:

Premiss (38) – (39)

Premiss (45) – (47)

###### Direktivet:

Artikkel 17 (*Concessions between entities within the public sector*)

Bestemmelser om tilknyttede foretak og joint ventures er inntatt i:

Artikkel 13 (*Concessions awarded to an affiliated undertaking*)

Artikkel 14 (*Concessions awarded to a joint venture or to a contracting entity forming part of a joint venture*)



---

## DEL 2 UNNTAKENE FOR OFFENTLIG-OFFENTLIG SAMARBEID

### 5 INNLEDNING OG UTGANGSPUNKT

Nedenfor gis en generell vurdering og gjennomgang av de nye bestemmelsene om offentlig-offentlig samarbeid som er inntatt i anskaffelsesdirektivet artikkel 12, forsyningsdirektivet artikkel 28 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17. I punkt 6 redegjøres det for unntaket for utvidet egenregi, og i punkt 7 redegjøres for unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid.

Det er kun mindre, språklige, forskjeller mellom direktivbestemmelsene om offentlig-offentlig samarbeid i de tre direktivene, og i det videre tas det for enkelthets skyld utgangspunkt i teksten i anskaffelsesdirektivet.

### 6 UNNTAKET FOR UTVIDET EGENREGI

#### 6.1 Introduksjon av unntaket for utvidet egenregi

I sin avgjørelse i *Teckal* fastslo EU-domstolen som det fremgår over at anskaffelsesregelverket i utgangspunktet kommer til anvendelse på kontrakter mellom en offentlig oppdragsgiver og en juridisk selvstendig oppdragstaker – uten hensyn til om sistnevnte selv er en offentlig aktør.

Fra dette utgangspunktet utviklet Domstolen imidlertid straks et unntak – det såkalte unntaket for utvidet egenregi:

*”The position can be otherwise only in the case where the local authority exercises over the person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments and, at the same time, that person carries out the essential part of its activities with the controlling local authority or authorities”.*<sup>26</sup>

Idet det foreligger en særlig nærhet mellom oppdragsgiver og oppdragstaker, kommer anskaffelsesregelverket følgelig ikke til anvendelse, til tross for at oppdragsgiver har henvendt seg til en oppdragstaker utenfor egen organisasjon. Slik er det dersom to vilkår er oppfylt:

- For det første må oppdragsgiver kunne utøve en kontroll med oppdragstaker som tilsvarer den kontroll oppdragsgiver har over egne tjenestegrener (det såkalte kontrollkriteriet).
- For det andre må oppdragstakers virksomhet i hovedsak være rettet mot oppdragsgiver (det såkalte aktivitetskriteriet).

Kontrollkriteriets funksjon er å skille mellom tilfellene der oppdragstaker kan sammenliknes med en av oppdragsgivers interne tjenestegrener, og tilfeller der oppdragstaker må anses som en selvstendig tredjeperson. Det relaterer seg følgelig til *relasjonen mellom oppdragsgiver og*

---

<sup>26</sup> Sak C-107/98, *Teckal*, premiss 50.

---

*oppdragstaker*. Aktivitetskriteriet relaterer seg i tillegg, og også først og fremst, til *oppdragstakers stilling på markedet*, og til hvilken virkning et eventuelt egenregioppdrag får for konkurranse-situasjonen på dette. Det følger blant annet av EU-domstolens avgjørelse i *Sea* at vilkårene for utvidet egenregi må være tilstede hele kontraktens løpetid.<sup>27</sup>

Artikkel 12 i det nye anskaffelsesdirektivet kodifiserer unntaket for utvidet egenregi,<sup>28</sup> og er formulert over samme lest som EU-domstolens formuleringer i *Teckal*.<sup>29</sup> Samtidig tar bestemmelsen høyde for etterfølgende rettsutvikling der unntakets innhold og anvendelsesområde har vært gjenstand for presisering. Det fremgår av bestemmelsens ordlyd og oppbygging, så vel som av uttalelsene i fortalen inntatt over i punkt 3, at det nærmere innholdet i artikkel 12 både kan og må fastsettes under hensyn til denne praksisen.

I det følgende vil bli behandlet:<sup>30</sup>

- Først behandles unntakets anvendelse på samarbeid der oppdragsgiver kan utøve kontroll over oppdragstaker på individuell basis i punkt 6.2.
- Deretter behandles unntakets anvendelse der flere oppdragsgivere kontrollerer oppdragstaker i fellesskap i punkt 6.3.
- Til slutt behandles spørsmålet om unntakets anvendelse i andre enn vertikale situasjoner i punkt 6.4.
- Endelig oppsummeres unntaket for utvidet egenregi i punkt 6.5.

## **6.2 Utvidet egenregi – artikkel 12 nr. 1 – individuell kontroll**

### **6.2.1 Innledning og utgangspunkt**

Artikkel 12 nr. 1 utgjør hovedbestemmelsen om anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi.<sup>31</sup> Etter sin ordlyd regulerer bestemmelsen tilfellene der en oppdragsgiver ønsker å tildele en kontrakt til en enhet som er underlagt oppdragsgiveren selv. Bestemmelsen lyder som følger:

*“A public contract awarded by a contracting authority to a legal person governed by private or public law shall fall outside the scope of this Directive where all of the following conditions are fulfilled:*

*(a) the contracting authority exercises over the legal person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments;*

---

<sup>27</sup> Sak C-573/07, *Sea*

<sup>28</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktordirektivet artikkel 17 og forsyningsdirektivet artikkel 28.

<sup>29</sup> Sak C-107/98, *Teckal*.

<sup>30</sup> Av pedagogiske hensyn har vi valgt å behandle reglene i en noe annen rekkefølge enn den som er anvendt i direktivene.

<sup>31</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktordirektivet artikkel 17 nr. 1 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 1.

---

(b) more than 80 % of the activities of the controlled legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authority or by other legal persons controlled by that contracting authority; and

(c) there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

*A contracting authority shall be deemed to exercise over a legal person a control similar to that which it exercises over its own departments within the meaning of point (a) of the first subparagraph where it exercises a decisive influence over both strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person. Such control may also be exercised by another legal person, which is itself controlled in the same way by the contracting authority.”*

Anvendelsen av bestemmelsen gjøres i tråd med gjeldende rett avhengig av at oppdragsgiver kan utøve nødvendig kontroll over oppdragstaker, og at oppdragstakers virksomhet i det vesentlige er rettet mot oppdragsgiver.

I tillegg reguleres spørsmålet om unntakets anvendelse der det finnes private interesser i oppdragstakers virksomhet i en egen bestemmelse. Som vi skal komme tilbake til innebærer den nye bestemmelsene på dette punkt enkelte endringer sammenliknet med dagens rettsstilstand.

## **6.2.2 Nærmere om kontrollkriteriet – artikkel 12 nr. 1 bokstav a**

### **6.2.2.1 Utgangspunktet for kontrollvurderingen**

Kontrollkriteriet i artikkel 12 nr. 1 bokstav a er formulert nær identisk med EU-domstolens opprinnelige formulering i *Teckal*:<sup>32</sup>

*“the contracting authority exercises over the legal person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments.”*

I artikkel 12 nr. 1 siste ledd gis videre en legaldefinisjon av når oppdragsgiver skal anses for å inneha den nødvendige kontroll over oppdragstaker: Oppdragsgiver skal anses for å utøve den nødvendige kontroll når oppdragsgiver kan utøve *“a decisive influence over both strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person”* – altså idet oppdragsgiver har sikret seg *bestemmende innflytelse over strategiske målsetninger og viktige beslutninger i oppdragstakers virksomhet*.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Sak 107/98, *Teckal*.

<sup>33</sup> Nettopp slik har Domstolen formulert seg når den har uttalt seg om det nærmere innholdet i kontrollkriteriet, først i *Parking Brixen* og deretter i en rekke etterfølgende avgjørelser, se sak C-458/03, *Parking Brixen*. Se også sak C-340/04, *Carbotermo*, premiss 36, sak C-371/05, *Mantova*, premiss 24, sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 28 og sak C-573/07, *Sea*, premiss 65.

---

Slik det er formulert, må kontrollkriteriet i den nye bestemmelsen om offentlig-offentlig samarbeid i artikkel 12 nr. 1 bokstav a anses for å være en nøyaktig videreføring av kontrollkriteriet slik det kan utledes av de avgjørelsene fra EU-domstolen som til sammen utgjør gjeldende rett i dag. Hvordan kontrollvurderingen skal foretas, og hvilke elementer som inngår i denne, må altså fastslås på bakgrunn av denne praksisen.

Utgangspunktet må derfor tas i Domstolens uttalelser i *Parking Brixen*.<sup>34</sup> Faktum i saken var at Brixen kommune tildelte Stadtwerke Brixen AG en konsesjonskontrakt på driften av en parkeringsplass i kommunen. Stadtwerke Brixen AG var nylig omdannet fra en ”særlig” kommunal virksomhet til et aksjeselskap. Ved kontraktstildelingen var selskapet 100 % eid av kommunen. Da EU-domstolen tok stilling til om unntaket for egenregi kunne komme til anvendelse uttalte den om utgangspunktet for kontrollvurderingen at;

*“That assessment must take account of all the legislative provisions and relevant circumstances. It must follow from that examination that the concessionaire in question is subject to a control enabling the concession-granting public authority to influence the concessionaire’s decisions. It must be a case of a power of decisive influence over both strategic objectives and significant decisions.”*<sup>35</sup>

Avgjørende for om kontrollkriteriet er oppfylt etter EU-domstolens praksis, er følgelig om oppdragstaker er underlagt en kontroll som sikrer oppdragsgiver *bestemmende innflytelse over oppdragstakers virksomhet – herunder på strategiske målsetninger og viktig beslutninger*. Svaret på spørsmålet fordrer at det foretas en vurdering av *alle relevante rettslige og faktiske omstendigheter*.

Vurderingen følger et tosporet system. For det første må det undersøkes om oppdragstaker er underlagt en kontroll fra oppdragsgivers side som begrenser oppdragstakers mulighet til å opptre selvstendig fra oppdragsgiver. I tillegg må oppdragstakers grad av markedsorientering undersøkes.<sup>36</sup> Domstolens praksis illustrerer at det må foretas en sammensatt vurdering der en lang rekke omstendigheter er av relevans:

---

<sup>34</sup> Sak C-458/03, *Parking Brixen*

<sup>35</sup> Sak C-458/03, *Parking Brixen*, premiss 65.

<sup>36</sup> Som det fremgår nedenfor i punkt 6.2.2.3 hviler dette kravet på en forutsetning om at oppdragstakers markedsorientering etter omstendighetene kan medføre at oppdragstaker forfølger kommersielle hensyn på bekostning av de allmenne hensyn oppdragsgiver forfølger. I artikkel 12 nr. 3 andre ledd punkt iii i de nye direktivene fremgår nå særskilt at i tilfeller av felles kontroll må oppdragstaker ikke forfølge formål som står i strid med de formål som forfølges av oppdragsgiverne, skal kontrollkriteriet anses oppfylt. På denne bakgrunn kan det reises spørsmål ved om man også har ment å fravike dette kravet når det gjelder spørsmålet om individuell kontroll i artikkel 12 nr. 1. Svaret er ikke opplagt. Som det fremgår over, henviser imidlertid formuleringen i artikkel 12 nr. 1 til utgangspunktet for kontrollvurderingen slik den er formulert i rettspraksis, og Domstolens fremgangsmåte har altså vært å undersøke oppdragstakers markedsorientering når den har foretatt sin kontrollvurdering. Etter vårt syn er det dermed risikabelt å se vekk fra oppdragstakers markedsorientering når det skal undersøkes om kontrollkriteriet er oppfylt, også i saker om individuell kontroll etter artikkel 12 nr. 1.

---

## 6.2.2.2 Oppdragstakers selvstendighet

### ▪ Eierskap i oppdragstakers virksomhet

Det mest praktiske grunnlag en oppdragsgiver har for å kunne utøve kontroll over en oppdragstaker, er gjennom eierskap i virksomheten. Det er eksempelvis lite sannsynlig at en oppdragsgiver kan tildele oppdrag til en oppdragstaker som er organisert i aksjeselskapsform, uten at oppdragsgiveren samtidig eier aksjer i virksomheten.<sup>37</sup>

Eierskap kan imidlertid ikke anses som noe absolutt vilkår for at det skal foreligge slik kontroll. Eksempelvis er det neppe utelukket at en offentlig oppdragsgiver vil kunne utøve kontroll over en stiftelse, selv om denne er selveiende. I enkelte tilfeller – som ved ulike former for interkommunalt samarbeid – gir det heller ikke mening å snakke om ”eierskap”, uten at dette i seg selv utelukker at kontrollkriteriet kan være oppfylt.

Det er imidlertid på det rene at eierskap – *selv eneeierskap* – ikke i seg selv er nok til å sikre en oppdragsgiver nødvendig kontroll over oppdragstaker. Dette følger allerede av EU-domstolens avgjørelse i *Parking Brixen*, som gjaldt den direkte tildelingen av en tjenstekonsesjon fra kommunen til kommunens 100 % eide aksjeselskap. Dette var imidlertid ikke avgjørende for Domstolen, som fant at kontrollkriteriet i den saken ikke var oppfylt. En klar illustrasjon på at eierskap ikke i seg selv er tilstrekkelig til å sikre nødvendig kontroll etter kontrollkriteriet, finnes videre i *Carbotermo*.<sup>38</sup>

Saken gjaldt spørsmålet om kommunen Busto Arizio kunne tildele en kontrakt om energiforsyning samt vedlikehold og teknisk oppgradering av varmeinstallasjonene i kommunale bygninger direkte til selskapet AGESP. Dette selskapet var et aksjeselskap som var 100 % eiet av AGESP Holding, som igjen var eiet 99,98 % av kommunen. De resterende aksjene var eid av syv andre kommuner. EU-domstolen uttalte at;

*“The fact that the contracting authority holds, alone or together with other public authorities, all of the share capital in a successful tenderer tends to indicate, without being decisive, that that contracting authority exercises over that company a control similar to that which it exercises over its own departments”.*<sup>39</sup>

Avgjørelsene viser at det ikke er noen *automatikk* i at det at oppdragsgiver alene eller sammen med andre offentlige aktører eier oppdragstaker vil medføre at kontrollkriteriet er oppfylt, og er også fastholdt senere i både *Coditel Brabant* og *Sea*.<sup>40</sup> I begge sakene fant EU-domstolen at kontrollkriteriet var oppfylt, men Domstolen lot likevel spørsmålet om eierskap være lite annet enn et utgangspunkt for kontrollvurderingen. Domstolens praksis viser følgelig at det må foreligge *noe mer enn eierskap*, skal kontrollkriteriet være oppfylt, og at det må foretas en konkret og individuell vurdering av blant annet eierens rettslige og faktiske kontrollbeføyelser over den enkelte oppdragstaker, jf. de vurderinger som gjøres i del 3.

---

<sup>37</sup> Utelukket er det imidlertid ikke, se sak C-295/05 *Tragsa/Asemfo*.

<sup>38</sup> Sak C-340/04, *Carbotermo*.

<sup>39</sup> Sak C-340/04, *Carbotermo*, premiss 37.

<sup>40</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant* og sak C-573/07, *Sea*. Vi kommer tilbake til faktum i disse sakene straks nedenfor.

---

Samtidig viser Domstolens uttalelser i *Carbotermo* så vel som *Coditel Brabant* og *Sea* at Domstolen ser det slik at eierskapsbeføyelser vil sikre oppdragsgiver en betydelig innflytelse over oppdragstakers virksomhet: At oppdragsgiver alene eller sammen med andre eier oppdragstaker ”indikerer” etter Domstolens syn at oppdragsgiver også kontrollerer sistnevnte.<sup>41</sup> Eierskapet og de eierskapsbeføyelser som følger av nasjonal regulering vil derfor være viktige elementer i kontrollvurderingen.

#### ▪ Valg av organisasjonsmodell

Det følger allerede av ordlyden i artikkel 12 nr. 1 at bestemmelsen kan komme til anvendelse på kontrakter tildelt fra en offentlig oppdragsgiver til en selvstendig juridisk person *governed by private or public law* – altså hva enten den aktuelle oppdragstakeren er organisert i privat- eller offentligrettslige former.

Utgangspunktet er i tråd med det som må sies å følge av gjeldende rett – EU-domstolen har uttalt at medlemsstatene ikke er bundet til å benytte seg av bestemte organisasjonsformer når de organiserer sin offentlige virksomhet,<sup>42</sup> og dette utgangspunktet gjentas også i punkt 31 i fortalen til anskaffelsesdirektivet.<sup>43</sup>

Organisasjonsmodellen som er valgt for oppdragstakers virksomhet har da heller ikke i seg selv avgjørende betydning i kontrollvurderingen. Domstolen har for eksempel sett det slik at en offentlig oppdragsgiver kan ha den nødvendige kontroll over oppdragstakere som er organisert som aksjeselskap.<sup>44</sup> Samtidig har Domstolen fastslått at det at det er anvendt en mer offentlig rettslig organisasjonsform ikke i seg selv er tilstrekkelig til å fastslå at den nødvendige kontroll foreligger.<sup>45</sup>

Organisasjonsformen som er valgt for oppdragstakers virksomhet kan likevel være av en viss betydning i kontrollvurderingen – som en indikasjon på oppdragstakers selvstendighet. I *Parking Brixen* var for eksempel et av de momenter som talte for at oppdragstaker hadde oppnådd en egen selvstendig status vis-à-vis kommunen etter Domstolens syn;

*“the conversion of Stadtwerke Brixen – a special undertaking of the Gemeinde Brixen – into a company limited by shares (Stadtwerke Brixen AG) and the nature of that type of company”*.<sup>46</sup>(Vår understrekning).

Motsatt kan Domstolens uttalelser i *Coditel Brabant* tas til inntekt for at kontrollkriteriet lettere vil være oppfylt der oppdragstaker er organisert i former som kan hevdes å ligge nærmere forvaltningshierarkiets styringsform enn de privatrettslige.

---

<sup>41</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant* og sak C-573/07, *Sea*.

<sup>42</sup> Se Sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*.

<sup>43</sup> Som dog retter seg mot ikke-institusjonalisert samarbeid.

<sup>44</sup> Se sak C-295/05, *Asemfo/Tragsa*, sak C-371/05, *Mantova* og sak C-573/07, *Sea*.

<sup>45</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*,

<sup>46</sup> Sak C-458/03, *Parking Brixen*, premiss 67 bokstav a.

---

I den saken sluttet den belgiske kommunen Uccle seg til det interkommunale andelselskapet Brutélé, og overlot deretter oppgaven med å drifte kommunens kabeltv-nett til andelslaget, mot en godtgjørelse beregnet ut fra inntekter fra tvabonnemeter og øvrige netjtjenester. I sin vurdering av kontrollkriteriet uttalte Domstolen følgende om organisasjonsformen som var valgt for Brutélés virksomhet;

*“it should be pointed out that Brutélé does not take the form of a société par actions, or a société anonyme, either of which is capable of pursuing objectives independently of its shareholders, but of an inter-municipal cooperative society governed by the Law on inter-municipal cooperatives”.*<sup>47</sup>

Viktigere enn hvilken organisasjonsform som er valgt, er imidlertid hvilken frihet – i positiv og negativ forstand – som er innrømmet oppdragstaker:

- **Oppdragsgivers representasjon i oppdragstakers ledende organer**

Hvordan oppdragsgiver er representert i oppdragstakers ledelse er et moment som kan være relevant i kontrollvurderingen. I *Coditel Brabant* uttalte EU-domstolen eksempelvis at;

*“Of the relevant facts which can be identified from the order for reference, it is appropriate to consider [...] the composition of its decision-making bodies [...]”.*<sup>48</sup>

Domstolen vurderte deretter sammensetningen av Brutélés styre, og vektla at styret utelukkende besto av representanter for Brutélés medlemmer, og at samtlige av disse var valgt av generalforsamlingen i selskapet. Generalforsamlingen besto på sin side utelukkende av representanter for medlemskommunene – valgt av hvert enkelt kommunestyre i samtlige av Brutélés medlemskommuner. Representantene i generalforsamlingen var enn videre valgt blant kommunestyremedlemmer, ordførere eller andre lederskikkelser i kommunenes organisasjon.<sup>49</sup> Dette viste etter Domstolens oppfatning at både generalforsamlingen og styret i Brutélé i utgangspunktet var under kontroll av de offentlige myndighetene, som følgelig kunne utøve bestemmende innflytelse over selskapets formål og viktige beslutninger.<sup>50</sup>

Liknende undersøkelser foretok Domstolen i *Sea*.<sup>51</sup> I den saken hadde kommunen Ponte Nossa tildelt det kommunalt eide aksjeselskapet Setco en kontrakt om avfallshåndtering. Domstolen vektla blant annet at det var opprettet en felles kontroll- og rådgivende komité samt flere tekniske komiteer, hver med vidtrekkende beslutningskompetanse. Hver av kommunene hadde en stemme i hver av komiteene, uansett eierandel. Komiteene bestod videre av medlemmer for hver av eierkommunene, og var valgt blant kommunenes egne ansatte med ansvar innenfor det angjeldende tjenesteområdet.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 37. Uttalelsen støtter for øvrig det syn at aksjeselskapsformen kan indikere at det foreligger en bestemt selvstendighet for oppdragstakers del.

<sup>48</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 29.

<sup>49</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 33.

<sup>50</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 34.

<sup>51</sup> Sak C-573/07, *Sea*, premiss 81-83.

<sup>52</sup> Sak C-573/07, *Sea*, premiss 16-17.

---

Foreligger slik direkte representasjon fra oppdragsgivers side i oppdragstakers virksomhet, taler dette følgelig for at oppdragsgiver har sikret seg den nødvendige innflytelse etter kontrollkriteriet.

#### ▪ **Oppdragsgivers kontroll og tilsyn med oppdragstakers virksomhet**

I både *Parking Brixen* og *Carbotermo* vektla Domstolen at oppdragstakers ledelse var tillagt vide fullmakter hva gjaldt den ordinære så vel som den mer ekstraordinære driften av selskapet – hvilket talte mot at oppdragsgiver hadde tilstrekkelig innflytelse over hvilket formål oppdragstaker forfulgte og over de beslutninger som ble fattet i oppdragstakers virksomhet.<sup>53</sup> Samtidig vektla Domstolen at oppdragsgiverne ikke hadde forbeholdt seg kontrollbeføyelser som for eksempel særlige stemmerettigheter eller forutgående godkjennelse.<sup>54</sup>

I *Mantova*, som dreide seg om hvorvidt kommunen Mantova kunne tildele et selskap kommunen eide sammen med to kommunale selskaper en kontrakt om drift, vedlikehold og utvikling av kommunens IT-tjenester i egenregi, vektla Domstolen på den annen side at kommunen selv vedtok selskapets godtgjørelse, og førte eget tilsyn med hvordan selskapet løste sine oppgaver og skjøttet sine regnskaper da den fant at kontrollkriteriet var oppfylt i den saken.<sup>55</sup>

I *Sea* så Domstolen som nevnt i sin kontrollvurdering hen til at det var opprettet en felles kontroll- og rådgivende komité samt flere tekniske komiteer med representanter fra Setcos eierkommuner. Domstolen vektla så at disse komiteene var tillagt vidtrekkende kontroll- og beslutningsmyndighet,<sup>56</sup> samtidig som generalforsamlingens og styrets selvstendighet var innskrenket.<sup>57</sup>

I kontrollvurderingen har Domstolen følgelig sett hen til hvilke positive beføyelser oppdragsgiver utstyret oppdragstaker med, samt til hvilke kontroll- og tilsynsbeføyelser som er sikret på oppdragsgivers hånd.

#### ▪ **Oppdragsgivers operasjonelle beføyelser**

I nyere praksis synes EU-domstolen ved et par anledninger å vektlegge at oppdragsgiver kan utøve en mer direkte kontroll over oppdragstaker.

For det første gjelder dette Domstolens avgjørelse i *Asemfo/Tragsa*,<sup>58</sup> der Domstolen særlig vektla at oppdragstaker ikke sto fritt til å regulere sin godtgjørelse og også var pålagt å utføre de oppgaver selskapets oppdragsgivere (blant annet kommuner) ønsket utført, etter oppdragsgivernes spesifikasjoner og innen fastsatte tidsrammer.<sup>59</sup> I *Mantova* vektla Domstolen som nevnt at det var oppdragsgiver selv som fastsatte oppdragstakers godtgjørelse.<sup>60</sup> En slik kontroll er en mer direkte kontroll med selskapets virksomhet enn en kontroll over selskapets formål og viktige beslutninger.

---

<sup>53</sup> Sak C-458/03, *Parking Brixen*, premiss 68-69 og sak C-340/04, *Carbotermo*, premiss 38.

<sup>54</sup> Sak C-458/03, *Parking Brixen*, premiss 68 og sak C-340/04, *Carbotermo*, premiss 38.

<sup>55</sup> Sak C-371/05, *Mantova*, premiss 25 og 26.

<sup>56</sup> Sak C-573/07, *Sea*, premiss 83.

<sup>57</sup> Sak C-573/07, *Sea*, premiss 84-85.

<sup>58</sup> Sak C-295/05, *Tragsa/Asemfo*.

<sup>59</sup> Sak C-295/05, *Asemfo/Tragsa*, premiss 60, sammenholdt med sakens faktum slik det blant annet fremgår av premiss 15.

<sup>60</sup> Sak C-371/05, *Mantova*, premiss 25.



---

Også i *Coditel Brabant* var oppdragsgivernes kontroll over oppdragstaker på enkelte punkter av mer direkte art.<sup>61</sup> Selv om Domstolen ikke spesifikt synes å ha lagt avgjørende vekt på disse forholdene i sin kontrollvurdering, fremgår det av faktum at Uccle hadde betinget seg autonomi med hensyn til å bestemme hvilke oppgaver som skulle utføres av Brutélé. Det forelå videre tilsvarende på forhånd fastsatte forpliktelser for Brutélé. Samtidig kunne kommunen detaljregulere enkelte aspekter ved Brutelés ytelse og den pris andelslaget kunne ta for sine tjenester. Kommunene hadde også en representant i et eget revisjonsutvalg i selskapet.

I *Sea* hadde oppdragsgiverne også betinget seg en nokså direkte kontroll med oppdragstakeren Setco.<sup>62</sup> Kommunene hadde eksempelvis gjennom den felles kontroll- og rådgivende komiteen direkte kontroll med planleggingen og finansieringen av Setcos aktiviteter. De tekniske komiteene synes videre å ha utstrakt direkte innflytelse over den konkrete organiseringen og utføringen av tjenestene selskapet skulle utføre.

Også oppdragsgiverens evne til å gripe mer direkte inn i driften hos oppdragstaker, gjennom det som kanskje kan kalles *operasjonell kontroll* fremstår følgelig som et relevant element i kontrollvurderingen.

Slik operasjonell kontroll vil samlet svekke oppdragstakers forhandlingsposisjon og begrense oppdragstakers muligheter til å forfølge andre interesser enn oppdragsgivers – kort og godt vil denne type kontroll redusere oppdragstakers selvstendighet betraktelig.

### 6.2.2.3 Oppdragstakers markedsorientering

#### ▪ Markedsorientering som element i kontrollvurderingen

I tillegg til å undersøke om oppdragstaker er underlagt en kontroll som begrenser oppdragstakers autonomi vis-à-vis oppdragsgiver, må oppdragstakers markedsorientering vurderes under kontrollkriteriet. At EU-domstolen følger et slikt tosporet system fremgår av EU-domstolens avgjørelse i *Coditel Brabant* og *Sea*.<sup>63</sup>

Utgangspunktet for vurderingen av oppdragstakers markedsorientering under kontrollvurderingen synes Domstolen å ta i hvilket *formål* oppdragstaker forfølger, fastsatt under hensyn til de rettslige og avtalemessige rammer for oppdragstakers virksomhet.

Når EU-domstolen i *Coditel Brabant* fant at Brutélé ikke var så markedsorientert at dette forhindret at kontrollkriteriet kunne anses oppfylt, tok Domstolen utgangspunkt i lovverket og vedtektene som regulerte Brutelés virksomhet og uttalte:

“[I]n accordance with Article 3 of that Law, inter-municipal cooperatives are not to have a commercial character.

---

<sup>61</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 14 og 17.

<sup>62</sup> Sak C-573/07, *Sea*, særlig premiss 16 og 17.

<sup>63</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, og sak C-537/07, *Sea*. Se også sak C-458/03, *Parking Brixen*, premiss 67.

---

*It seems to be apparent from that Law, which is supplemented by Brutélé's statutes, that Brutélé's object under its statutes is the pursuit of the municipal interest – that being the raison d'être for its creation – and that it does not pursue any interest which is distinct from that of the public authorities affiliated to it".<sup>64</sup>*

Også i *Sea* sto oppdragstakers vedtekter sentralt:

*"Setco's statutes, [...] provides that Setco is to manage local public services concerning only local public authorities awarding those services.*

*In addition, [...] Setco is to manage the services for contracting members exclusively and within the areas for which those members are responsible.*

*Such provisions would tend to indicate, first, that the geographical scope of the activities of the contracting company at issue in the main proceedings does not extend beyond the territory of the shareholder municipalities and, second, that that company's object is to manage public services for those municipalities alone".<sup>65</sup>*

I begge avgjørelsene vektla Domstolen at det lov- og vedtektsmessige formålet med oppdragstakers virksomhet ikke gikk lenger enn til å forfølge *medlemskommunenes interesse*. I *Sea* uttalte Domstolen eksempelvis at selv om Setco i en viss utstrekning kunne samhandle med private, var selskapet ikke så markedsorientert at kontrollkriteriet ikke var oppfylt – det var tale om en helt underordnet aktivitet, *som ikke kunne sette selskapets formål om å håndtere offentlige tjenester i fare*.<sup>66</sup>

Rationalet bak det å vurdere oppdragstakers markedsorientering under kontrollkriteriet, synes altså å være følgende: Er oppdragstakers markedsorientering begrenset, sikres at oppdragsgiver og oppdragstaker forfølger de samme overordnede formål – det foreligger følgelig interesselikheter mellom samarbeidspartene. Forfølgelsen av markedsorienterte, eller *kommersielle*, formål vil på den annen side kunne sette de mer allmenne hensyn som tradisjonelt forfølges i offentlig sektor i fare – også til tross for at det foreligger en sterk organisatorisk tilknytning mellom oppdragsgiver og oppdragstaker.

#### ▪ **Momentene i vurderingen**

Blant de momenter EU-domstolen har sett hen til når det gjelder oppdragstakers markedsorientering, er oppdragstakers **materielle virksomhetsområde**. I *Parking Brixen* fant Domstolen for eksempel at det forhold at Stadtwerke Brixen hadde utvidet sitt virksomhetsområde fra de mer tradisjonelle offentlige oppgaver til å omfatte mer kommersielle tjenester, talte for at selskapet hadde fått en så markedsorientert stilling at kontrollvilkåret ikke var oppfylt.<sup>67</sup> I *Sea* vektla Domstolen at Setcos virksomhet var *begrenset til å dreie seg om utføringen av mer tradisjonelle offentlige oppgaver* da den kom til at kontrollkriteriet var oppfylt i den saken.<sup>68</sup>

Et annet relevant moment i vurderingen av oppdragstakers markedsorientering, er oppdragstakers **geografiske ekspansjon**. Også dette momentet var fremme i Domstolens avgjørelse i *Parking Brixen*, der Domstolen vektla at Stadtwerke Brixen hadde utvidet sitt geografiske virkeområde fra

---

<sup>64</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 37 og 38.

<sup>65</sup> Sak C-573/07, *Sea*, premiss 74-76.

<sup>66</sup> Sak C-573/07, *Sea*, premiss 79.

<sup>67</sup> Sak C-458/03, *Parking Brixen*, premiss 67 bokstav b.

<sup>68</sup> Sak C-573/07, *Sea*, premiss 74 og 79.

---

det rent lokale til å omfatte hele Italia så vel som utlandet.<sup>69</sup> I *Sea* vektla Domstolen på den annen side at Setco utelukkende utførte lokale tjenester for sine eiere, og ikke opererte utenfor sine eieres territorium.<sup>70</sup>

I *Sea* vektla Domstolen videre at Setco bare i begrenset grad kunne samhandle med andre aktører enn sine kontrollerende oppdragsgivere. Et tredje relevant moment i vurderingen av oppdragstakers markedsorientering, er følgelig **oppdragstakers muligheter til å kontrahere med tredjepersoner** – kanskje særlig private aktører.<sup>71</sup>

Dersom det foreligger **planer om å privatisere oppdragstakers virksomhet**, kan dette være et moment som taler for at oppdragstaker har en viss markedsorientering. I alle fall la Domstolen til grunn at oppdragstaker hadde fått en markedsorientert stilling under henvisning til dette momentet i *Parking Brixen*.<sup>72</sup> En mulig intensjon om å åpne AGESP for privat kapital var også blant momentene generaladvokat Stix-Hackl vektla da hun vurderte kontrollkriteriets oppfyllelse i *Carbotermo*.<sup>73</sup> Siden Domstolen har slått fast at planer om (del)privatisering ikke i seg selv forhindrer at kontrollkriteriet er oppfylt, er dette imidlertid et moment av begrenset betydning.

#### 6.2.2.4 Kontrollkriteriet - oppsummering

Essensen i kontrollkriteriet er at når den nødvendige kontroll foreligger, kan oppdragstaker ikke opptre selvstendig og forfølge andre interesser enn oppdragsgiver. Oppdragstaker opptrer i disse tilfellene ikke som en selvstendig markedsaktør, men må anses for å prestere sine ytelser på bakgrunn av det underordningsforhold oppdragstaker har til oppdragsgiver. I valget mellom å henvende seg til markedet for å dekke sin etterspørsel eller å produsere ytelsen ved å ta i bruk egne tjenestegrener, har oppdragsgiver i realiteten valgt det siste. At det er en kontrakt som danner rettsgrunnlaget for tjenesten, er nær sagt utelukkende et resultat av den organisatoriske løsningen som er valgt.

Kontrollkriteriet slik det er formulert i artikkel 12 nr. 1 bokstav a er en direkte videreføring av kontrollkriteriet slik det er utviklet i rettspraksis. Kriteriets nærmere innhold og vurderingen av om det er oppfylt eller ikke, må foretas i samsvar med denne praksisen.

Etter fast rettspraksis kreves at det i denne sammenheng må foretas en konkret vurdering av alle relevante rettslige og faktiske omstendigheter.

Oppdragsgivers valg av organisasjonsform er i seg selv ikke av avgjørende betydning for om kontrollkriteriet kan anses oppfylt. At oppdragsgiver alene eller sammen med andre offentlige aktører eier oppdragstakers virksomhet er et moment av vesentlig betydning i kontrollvurderingen, men er ikke i seg selv tilstrekkelig til å sikre at oppdragsgiver har den nødvendige kontroll med

---

<sup>69</sup> Sak C-458/03, *Parking Brixen*, premiss 67 bokstav d.

<sup>70</sup> Sak C-573/07, *Sea*, premiss 73 og 91.

<sup>71</sup> Domstolen fokuserer på Setcos evne til å kontrahere med privat sektor i premiss 73. I sin vurdering av Setcos markedsorientering vektla Domstolen imidlertid at Setco bare skulle utføre tjenester for sine eiere – og tilsynelatende derfor heller ikke i særlig grad kunne kontrahere med andre offentlige aktører, se avgjørelsens premiss 75.

<sup>72</sup> Sak C-458/03, *Parking Brixen*, premiss 67 bokstav c.

<sup>73</sup> Generaladvokat Stix-Hackls forslag til avgjørelse i sak C-340/04, *Carbotermo*, avsnitt 70. Som nevnt tok Domstolen imidlertid ikke stilling til spørsmålet om oppdragstakers markedsorientering i den saken.

---

oppdragstaker. Dette innebærer at det i alle tilfeller må foretas en konkret og individuell vurdering av de rettslige og avtalemessige rammene for den enkelte oppdragstakers virksomhet, og ikke bare en vurdering av hvilken organisasjonsmodell som benyttes, før det kan konstateres at kontrollkriteriet er oppfylt.

Sentralt for vurderingen er om oppdragsgiver har sikret seg en kontroll med oppdragstaker som begrenser sistnevntes autonomi vis-à-vis oppdragsgiver. I vurderingen har EU-domstolen særlig sett hen til oppdragsgivers representasjon i oppdragstakers ledende organer samt til hvilke beføyelser oppdragstaker er innrømmet og hvilke kontroll- og tilsynsbeføyelser oppdragsgiver har forbeholdt seg.

Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver kan utøve en etterfølgende kontroll av oppdragstaker – snarere er det oppdragsgivers styringsmuligheter som er viktige. Foreløpig lar det seg imidlertid ikke utlede av praksis hvorvidt enkelte av momentene Domstolen har sett hen til i sin kontrollvurdering er nødvendige eller tilstrekkelige til å sikre oppdragsgiver den nødvendige kontroll etter kriteriet. Momentene kan trolig suppleres med hverandre, og det avgjørende må formodentlig være om en samlet vurdering viser at oppdragstakers evne til å opptre selvstendig vis-à-vis oppdragsgiver er sterkt begrenset.

Selv om oppdragstakers organisatoriske autonomi er begrenset, er det i tillegg nødvendig å vurdere oppdragstakers markedsorientering. Denne vurderingen er dynamisk, idet den må være gjenstand for løpende vurderinger sett ut fra oppdragstakers markedsorientering til enhver tid. Det sentrale vurderingstemaet i dette henseendet, er om oppdragstaker forfølger markedsorienterte formål i en slik grad at dette kan gå ut over de allmenne formål som forfølges av oppdragstakers kontrollerende oppdragsgiver(e). I denne vurderingen er det særlig spørsmålet om oppdragstakers materielle og geografiske ekspansjon som står sentralt. EU-domstolens praksis indikerer imidlertid at det, så lenge aktivitetskriteriet er oppfylt, skal mye til før oppdragstakers virksomhet er så markedsorientert at kontrollkriteriet ikke er oppfylt.

### **6.2.3 Særlig om kontroll i vertikale kjeder**

I siste ledd i artikkel 12 nr. 1 er det inntatt en presisering hva gjelder kontrollkriteriets oppfyllelse i de tilfeller en oppdragstaker ikke er direkte, men indirekte, underlagt oppdragsgivers kontroll. Som eksempel kan man tenke seg et tilfelle der en kommune ønsker å tildele datterselskapet til sitt heleide aksjeselskap en kontrakt.

For slike tilfeller foreskriver den nye bestemmelsen følgende;

*“Such control may also be exercised by another legal person, which is itself controlled in the same way by the contracting authority.”*

Bestemmelsen må anses som en presisering av gjeldende rett. Spørsmålet om og i tilfellet på hvilke vilkår kontrollkriteriet kan være oppfylt i et slikt tilfelle har vært gjenstand for en viss diskusjon i kjølvannet av EU-domstolens avgjørelse i *Carbotermo*, der kommunen Busto Arsizio

---

tildelte en kontrakt direkte til AGESP, et selskap kommunen eide gjennom et holdingselskap. Om kontrollvurderingen uttalte Domstolen der at;

*“any influence which the Comune di Busto Arsizio might have on AGESP’s decisions is through a holding company”, and that “[t]he intervention of such an intermediary may, depending on the circumstances of the case, weaken any control possibly exercised by the contracting authority”.*<sup>74</sup>

Siste ledd i artikkel 12 nr. 1 klargjør nå at det vil være tilstrekkelig for oppfyllelse av kontrollkriteriet at oppdragstaker er underlagt oppdragsgivers indirekte kontroll. Det vil si at så lenge oppdragsgiver kan utøve nødvendig kontroll over en enhet (for eksempel et aksjeselskap) som igjen kan utøve nødvendig kontroll over oppdragstaker (aksjeselskapets datterselskap), så vil kontrollkriteriet være oppfylt.

## **6.2.4 Nærmere om aktivitetskriteriet – artikkel 12 nr. 1 bokstav b**

### **6.2.4.1 Innledning og utgangspunkt**

For at unntaket for utvidet egenregi skal komme til anvendelse må ikke bare kontrollkriteriet, men også det såkalte aktivitetskriteriet være oppfylt. I følge den nye bestemmelsen i artikkel 12 nr. 1 bokstav b er kriteriet oppfylt så lenge;

*“more than 80 % of the activities of the controlled legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authority or by other legal persons controlled by that contracting authority”.*

I artikkel 12 nr. 5 heter det videre at;

*“For the determination of the percentage of activities referred to in point (b) of the first subparagraph of paragraph 1, point (b) of the first subparagraph of paragraph 3 and point (c) of paragraph 4, the average total turnover, or an appropriate alternative activity-based measure such as costs incurred by the relevant legal person or contracting authority with respect to services, supplies and works for the three years preceding the contract award shall be taken into consideration.*

*Where, because of the date on which the relevant legal person or contracting authority was created or commenced activities or because of a reorganisation of its activities, the turnover, or alternative activity based measure such as costs, are either not available for the preceding three years or no longer relevant, it shall be sufficient to show that the measurement of activity is credible, particularly by means of business projections.”*

I motsetning til det som gjelder for formuleringen av kontrollkriteriet, er aktivitetskriteriet formulert noe annerledes i den nye bestemmelsen enn EU-domstolens opprinnelige formulering i

---

<sup>74</sup> Sak C-340/04, *Carbotermo*, premiss 39.

---

*Teckal* så vel som etterfølgende avgjørelser.<sup>75</sup> Som vi skal gjøre rede for straks nedenfor, innebærer den nye bestemmelsen en endring i forhold til gjeldende rett, og den presiserer også kriteriets innhold.

#### 6.2.4.2 Nærmere om innholdet i aktivitetsvurderingen

For å besvare spørsmålet om hvorvidt aktivitetskriteriet i artikkel 12 nr. 1 bokstav b er oppfylt eller ikke, må den delen av oppdragstakers virksomhet som kan anses for å være rettet mot oppdragstakers kontrollerende oppdragsgiver, holdes opp mot den delen av oppdragstakers virksomhet som eventuelt er rettet mot tredjemenn.

Av bestemmelsen følger det i denne sammenheng for det første at aktivitet som er rettet mot andre enheter som er kontrollert av oppdragsgiver, skal telle som rettet mot oppdragsgiver selv.<sup>76</sup> Dette var tidligere et åpent spørsmål, og presiseringen bidrar til å skape klarhet når det gjelder unntakets anvendelsesområde.<sup>77</sup>

Den nye bestemmelsen presiserer videre at det er den aktiviteten som oppdragstaker utfører ”*in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authority or by other legal persons controlled by that contracting authority*”, som skal telle med.

Altså skal den aktiviteten oppdragstaker utfører *som ledd i et oppdrag tildelt fra oppdragsgiver*, eller andre enheter oppdragsgiver måtte kontrollere, anses som rettet mot oppdragsgiver eller dennes kontrollerte enheter, *selv om aktiviteten ikke er rettet mot dem direkte*. I fortalen spesifiseres også særlig at aktivitetskriteriet kan være oppfylt uansett hvem det er som nyter godt av ytelsene oppdragstaker presterer.

Bestemmelsen må anses for å være i tråd med gjeldende rett slik den kan utledes blant annet av *Carbotermo*. I denne saken uttalte EU-domstolen om innholdet av aktivitetskriteriet at;

*”The activities of a successful undertaking which must be taken into account are all those activities which that undertaking carries out as part of a contract awarded by the contracting authority, regardless of who the beneficiary is: the contracting authority itself or the user of the services.*

*It is also irrelevant who pays the undertaking in question, whether it be the controlling authority or third-party users of the services provided under concessions or other legal relationships established by that authority. The issue of in which territory those services are provided is also irrelevant”*.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Sak C-107/98, *Teckal*.

<sup>76</sup> Selv om det foreløpig må anses som et åpent spørsmål, ligger det trolig i formuleringen at oppdragsgiveren må inneha en kontroll over disse andre enhetene som tilfredsstillende egenregilærens kontrollkriterium.

<sup>77</sup> Bestemmelsen henger for øvrig sammen med bestemmelsen i artikkel 12 nr. 2, som på nærmere bestemte vilkår gir unntaket for utvidet egenregi anvendelse også mellom enheter som er kontrollert av samme oppdragsgivere, se nedenfor i punkt 6.4.

<sup>78</sup> Sak C-340/04, *Carbotermo*, premiss 66-67.

---

I lys av uttalelsene i fortalen og den formulering aktivitetskriteriet har fått i den nye bestemmelsen, må det legges til grunn at EU-domstolens syn på aktivitetskriteriets innhold slik det har kommet til uttrykk i *Carbotermo* på dette punkt fortsatt kan anses som gjeldende rett. Får oppdragstaker eksempelvis i oppdrag å kjøre buss i kommunen mot betaling fra den enkelte passasjer, er denne aktiviteten altså å anse som rettet mot oppdragsgiver, selv om det er den enkelte passasjer som nyter godt av tjenesten og betaler for denne.

I aktivitetsvurderingen skal det forøvrig ses hen til oppdragstakers samlede aktivitet – altså til all den aktivitet som utføres hos oppdragstaker, ikke bare den type aktivitet som (også) utføres i egenregi, eller den type aktivitet den enkelte kontrakten gjelder. Dette er i tråd med det som må anses å følge av EU-domstolens praksis, og følger nå spesifikt av artikkel 12 nr. 1 bokstav b sammenholdt med artikkel 12 nr. 4 c, idet det i sistnevnte bestemmelse spesifiseres at det i aktivitetsvurderingen i unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid bare skal ses hen til den type aktivitet det aktuelle samarbeidet gjelder.

Når det gjelder den nærmere vurderingen av når oppdragstakers aktivitet rettet mot eksterne tredjemenn er så vidt begrenset at aktivitetskriteriet er oppfylt, inneholder bestemmelsen i artikkel 12 nr. 1 bokstav b både en betydelig endring samt en hensiktsmessig presisering av gjeldende rett.

I *Teckal* ble aktivitetskriteriet formulert slik at oppdragstakers aktivitet *i det vesentligste* måtte være rettet mot oppdragsgiver for at kriteriet skulle være oppfylt, og av tidligere praksis fulgte det i denne sammenheng at det måtte foretas en kvantitativ så vel som en kvalitativ vurdering av oppdragstakers virksomhet etter aktivitetskriteriet.<sup>79</sup> I tillegg til at det måtte ses hen til hvor stor mengde av oppdragstakers aktivitet som var rettet mot tredjemenn, måtte det altså også foretas en *kvalitativ vurdering* av denne aktiviteten – eksempelvis måtte det ses hen til hvilken relative betydning aktiviteten hadde for oppdragstakers virksomhet og stilling på markedet.<sup>80</sup>

Av bestemmelsen i artikkel 12 nr. 1 bokstav b, også sammenholdt med artikkel 12 nr. 5, følger det at det etter aktivitetskriteriet i det nye direktivet *er tilstrekkelig å foreta en kvantitativ vurdering* av oppdragstakers aktivitet.

Den nye bestemmelsen klargjør også akkurat hvor stor andel av oppdragstakers virksomhet som kan være rettet mot andre enn kontrollerende oppdragsgiver uten at aktivitetskriteriet ikke lenger vil være oppfylt. Grensen legges på 20 %, hvilket er helt i øvre sjikt av den gråsonen på mellom 10 % og 20 % som eksisterte etter tidligere praksis.<sup>81</sup>

I det nye anskaffelsesdirektivet angis endelig hva slags indikator som skal anvendes for å fastsette de relevante prosentandelene av oppdragsgivers virksomhet.

Etter artikkel 12 nr. 5 skal det når de aktuelle prosentandelene fastsettes ses hen til den gjennomsnittlige omsetningen hos oppdragstaker de siste tre år. Alternativt kan det ses hen til en

---

<sup>79</sup> Se særlig sak C-340/04, *Carbotermo*

<sup>80</sup> Sak C-340/04, *Carbotermo*

<sup>81</sup> Sak C-340/04, *Carbotermo* og sak C-295/05, *Tragsa/Asemfo*. Av domstolens avgjørelse i *Carbotermo* fulgte at en utadrettet virksomhet på ca 20 % var for mye, mens Domstolen i *Tragsa/Asemfo* godtok at oppdragstakers utadrettede virksomhet utgjorde ca. 10 % av oppdragstakers samlede omsetning

---

annen aktivitetsbasert indikator, som eksempel nevner bestemmelsen oppdragstakers samlede kostnader gjennom de siste tre år. Bestemmelsens ordlyd åpner for at også andre aktivitetsbaserte indikatorer kan anvendes, og en slik indikator kunne muligens være å sammenlikne oppdragstakers samlede fortjeneste knyttet til henholdsvis oppdrag rettet mot kontrollerende oppdragsgiver og oppdrag utført for tredjemenn.

#### **6.2.4.3 Aktivitetskriteriet: oppsummering**

For at aktivitetskriteriet skal være oppfylt, må minst 80 % av oppdragstakers virksomhet være rettet mot oppdragstakerens kontrollerende oppdragsgiver.

I aktivitetsvurderingen skal det ses hen til all virksomhet hos oppdragstaker som er rettet mot oppdragstakers kontrollerende oppdragsgiver eller andre enheter som er underlagt oppdragsgivers kontroll. Dette gjelder uansett hvem som nyter godt av eller betaler for oppdragstakers ytelser. Det avgjørende er om oppdragstakers virksomhet utføres som følge av et oppdrag tildelt fra oppdragsgiver.

Den delen av oppdragstakers samlede aktivitet som er rettet mot kontrollerende oppdragsgiver skal holdes opp mot oppdragstakers samlede aktivitet rettet mot eksterne oppdragsgivere, uavhengig av hva slags type aktivitet en eventuell kontraktstildeling måtte gjelde, eller om enkelte av de aktiviteter oppdragstaker utfører utelukkende er rettet mot eksterne oppdragsgivere.

Den forholdsmessige vurderingen som skal foretas i aktivitetskriteriet, skal etter de nye direktivene bare bestå av en kvantitativ vurdering. Bestemmelsen åpner for at ulike indikatorer kan benyttes for å fastsette hvor stor andel av oppdragstakers aktivitet som er rettet mot henholdsvis oppdragsgiver og eksterne tredjemenn, men mest praktisk er det i denne sammenheng å se hen til oppdragstakers omsetning.

Aktivitetskriteriet bidrar til å synliggjøre den tette tilknytningen mellom en kontrollerende oppdragsgiver og oppdragstaker ved at sistnevnte bare i beskjeden grad samarbeider med andre enn oppdragsgiver selv. Det er bare i de tilfeller aktivitetskriteriet er oppfylt, at sistnevnte kan ses som en uselvstendig del av oppdragsgivers tjenestegrener.

På samme tid, og dette må sies å være aktivitetskriteriets fremste funksjon, fungerer aktivitetskriteriet som en sikkerhet mot at bruk av egenregi medfører *for* negative virkninger på konkurransen på markedet. Slik sikrer aktivitetskriteriet at anskaffelsesreglenes formål om å åpne markedet for offentlige anskaffelser og å sikre rettferdig konkurranse om oppdragene ikke undergraves.

#### **6.2.5 Den nye bestemmelsen om privat eierskap – artikkel 12 nr. 1 bokstav c**

I følge artikkel 12 nr. 1 bokstav c kommer unntaket for utvidet egenregi til anvendelse så lenge;

*“there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation*



---

*required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.*”

Bestemmelsen begrenser anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi i de tilfeller det finnes private eierinteresser i oppdragstakers virksomhet. Noe absolutt hinder for utvidet egenregi er slikt privat eierskap imidlertid ikke. Slik sett representerer bestemmelsen et brudd med fast og langvarig rettspraksis hvoretter private eierinteresser i oppdragstakers virksomhet – uansett hvor ubetydelige disse måtte være – hittil har utgjort et *absolutt og udiskutabelt hinder* for at unntaket for utvidet egenregi skulle komme til anvendelse.<sup>82</sup>

Etter det nye direktivet vil *direkte privat eierskap* i oppdragstakers virksomhet rett nok som den klare hovedregel fortsatt forhindre at unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse.

Derimot vil *indirekte privat eierskap* i oppdragstakers virksomhet ikke utelukke at unntaket kan benyttes. Eksempelvis vil en offentlig oppdragsgiver som dels ligger i offentlig og dels i privat eie, kunne tildele sitt heleide datterselskap oppdrag direkte så lenge kontroll- og aktivitetskriteriet er oppfylt. At bestemmelsen er slik å forstå er understreket i punkt 32 i fortalen til anskaffelsesdirektivet, og er begrunnet med at slike kontraktstildelinger ikke anses for å ha negativ innvirkning på konkurransen mellom private aktører.

I enkelte særlige tilfeller vil heller ikke *direkte privat eierskap* i oppdragstakers virksomhet forhindre at unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse. Dette gjelder i tilfeller der det private eierskapet er påkrevd i nasjonal rett som er i overensstemmelse med EU-traktaten. Videre er det en betingelse at de(n) private deltaker(e) verken har positiv eller negativ kontroll over virksomheten. Det må være tale om *non-controlling and non-blocking forms of private capital [...]* *which do not exert a decisive influence.*

I fortalen nevnes som eksempel offentlige enheter med obligatorisk medlemskap, for eksempel organisasjoner med ansvar for organiseringen eller utføringen av bestemte offentlige tjenester. Vi er ikke kjent med relevante eksempler på slike organisasjoner i norsk rett.

## **6.3 Utvidet egenregi – artikkel 12 nr. 3 – felles kontroll**

### **6.3.1 Innledning**

Artikkel 12 nr. 1 regulerer tilfellene der en offentlig oppdragsgiver er i stand til å utøve kontroll over oppdragstaker alene. I interkommunalt samarbeid vil situasjonen typisk være at flere offentlige oppdragsgivere – kommuner og/eller fylkeskommuner – oppretter en felles enhet – for eksempel som et aksjeselskap eller et interkommunalt selskap – som de så ønsker å tildele kontrakter for utføring av visse tjenester. I slike tilfeller er det lite praktisk at hver enkelt oppdragsgiver kan utøve nødvendig kontroll over oppdragstakeren alene. Anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi på slikt samarbeid er særskilt regulert i artikkel 12 nr. 3,<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Sak C-26/03, *Stadt Halle* og etterfølgende praksis.

<sup>83</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktordirektivet artikkel 17 nr. 3 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 3.

---

*“A contracting authority, which does not exercise over a legal person governed by private or public law control within the meaning of paragraph 1, may nevertheless award a public contract to that legal person without applying this Directive where all of the following conditions are fulfilled.*

*(a) the contracting authority exercises jointly with other contracting authorities a control over that legal person which is similar to that which they exercise over their own departments;*

*(b) more than 80 % of the activities of that legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authorities or by other legal persons controlled by the same contracting authorities; and*

*(c) there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.*

*For the purposes of point (a) of the first subparagraph, contracting authorities exercise joint control over a legal person where all of the following conditions are fulfilled:*

*(i) the decision-making bodies of the controlled legal person are composed of representatives of all participating contracting authorities. Individual representatives may represent several or all of the participating contracting authorities;*

*(ii) those contracting authorities are able to jointly exert decisive influence over the strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person; and*

*(iii) the controlled legal person does not pursue any interests which are contrary to those of the controlling contracting authorities.”*

### **6.3.2 Nærmere om anvendelsen av unntaket ved felles kontroll**

Bestemmelsen slår fast at unntaket for utvidet egenregi kan komme til anvendelse selv om oppdragsgiver ikke kan utøve kontroll over oppdragstaker alene, så lenge oppdragsgiver kan utøve den nødvendige kontroll over oppdragstaker sammen med andre offentlige oppdragsgivere.

At unntaket kan komme til anvendelse også i slike situasjoner er i tråd med EU-domstolens avgjørelse i *Tragsa/Asemfo*,<sup>84</sup> og særlig dens etterfølgende avgjørelser i *Mantova*, *Coditel Brabant*, *Sea* og *Econord*.<sup>85</sup>

I både *Coditel Brabant* og *Sea* drøftet EU-domstolen spesifikt hvorvidt det var et vilkår for at kontrollkriteriet skulle være oppfylt, at hver enkelt av eierkommunene på egenhånd kunne utøve kontroll over henholdsvis et

---

<sup>84</sup> Sak C-295/05, *Tragsa/Asemfo*.

<sup>85</sup> Sak C-371/05, *Mantova*, sak C-324/07, *Coditel Brabant*, sak C-573/07, *Sea* og forente saker C-182 og 183/11, *Econord*.

---

interkommunalt andelslag og et aksjeselskap, eller om det var tilstrekkelig at slik kontroll kunne utøves av kommunene i fellesskap.<sup>86</sup> Domstolen svarte bekreftende på det siste. I denne sammenheng understreket Domstolen at offentlige oppdragsgivere har adgang til å utføre de oppgaver som påhviler dem med hensyn til å imøtekomme allmennhetens behov ved å anvende sine egne administrative, tekniske eller andre ressurser, uten å være forpliktet til å henvende seg til eksterne aktører. Denne adgangen til å utføre oppgaver i egenregi må etter Domstolens oppfatning også omfatte samarbeid med andre offentlige oppdragsgivere. Da det i slike samarbeider sjelden vil være anledning for en enkelt oppdragsgiver å utøve nødvendig kontroll alene, må det derfor være tilstrekkelig at oppdragsgiverne kan kontrollere oppdragstaker i fellesskap.<sup>87</sup>

Bestemmelsen gjør anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi i slike saker avhengig av at kontroll- og aktivitetskriteriet er oppfylt, og gir unntaket begrenset anvendelse i tilfeller der det er private eierinteresser i oppdragstakers virksomhet. Denne delen av bestemmelsen korresponderer med bestemmelsen i artikkel 12 nr. 1, og det henvises til redegjørelsen over.

Bestemmelsen er uklar når det gjelder vurderingen av når aktivitetskriteriet er oppfylt der flere oppdragsgivere kontrollerer oppdragstaker sammen. Av bestemmelsen følger at minst 80 % av oppdragstakers aktivitet må være rettet mot oppdragstakers kontrollerende oppdragsgivere *eller andre enheter kontrollert av de samme oppdragsgiverne*.

Hvorvidt det er tilstrekkelig etter kriteriet at oppdragstaker utfører minst 80 % av sine oppgaver for sine kontrollerende oppdragsgivere og enheter underlagt de samme oppdragsgivernes *individuelle eller felles kontroll*, eller om de aktuelle enhetene må være *kontrollert i fellesskap* av de samme oppdragsgiverne som kontrollerer oppdragstaker i fellesskap fremstår imidlertid som uklart og vil måtte bli avklart av EU-domstolen. Siden det følger av fast praksis at unntaket for utvidet egenregi skal tolkes strengt, bør en likevel for sikkerhets skyld legge det siste tolkningsalternativet til grunn inntil videre.

### 6.3.3 Nærmere krav til kontrollutøvelsen ved felles kontroll

Andre ledd i artikkel 12 nr. 3 foreskriver at flere oppdragsgivere skal anses for å utøve felles kontroll over oppdragstaker når;

*“(i) the decision-making bodies of the controlled legal person are composed of representatives of all participating contracting authorities. Individual representatives may represent several or all of the participating contracting authorities;*

*(ii) those contracting authorities are able to jointly exert decisive influence over the strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person; and*

*(iii) the controlled legal person does not pursue any interests which are contrary to those of the controlling contracting authorities.”*

---

<sup>86</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 43 og sak C-573/07, *Sea*, premiss 54.

<sup>87</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 47-50, sak C-573/07, *Sea*, premiss 56-59.

---

Punkt (ii) og (iii) tilføyer lite annet enn det som følger av innholdet i kontrollkriteriet slik det er gjennomgått over i punkt 6.2.2.<sup>88</sup> Selve kontrollen som utøves over oppdragstaker må altså være den samme, hva enten oppdragstaker kontrolleres av én eller flere oppdragsgivere. På dette punkt reflekterer bestemmelsen gjeldende rett slik den kan utledes av EU-domstolens rettspraksis om felles kontroll.

I bestemmelsens punkt (i) reguleres imidlertid et særskilt aspekt ved kontrollvurderingen i tilfeller der oppdragstaker kontrolleres av flere oppdragsgivere. Etter bestemmelsen må nemlig oppdragstakers organer ("decision-making bodies") være sammensatt av representanter for *samtligede deltakende oppdragsgivere* før kontrollkriteriet anses oppfylt. Bestemmelsen reflekterer en faktisk omstendighet som EU-domstolen vektla da den kom til at andelslaget Brutelé var underlagt medlemskommunenes felles kontroll i den saken.<sup>89</sup> Det er imidlertid ikke nødvendig at hver oppdragsgiver er representert ved hver sin representant i selskapets ledende organer – da en representant kan representere flere av samarbeidspartene.

Bortsett fra bestemmelsen i artikkel 12 nr. 3, 2. ledd punkt (i) oppstilles det etter bestemmelsen ikke ytterligere krav til kontrollutøvelsen i tilfellene oppdragstaker kontrolleres av flere oppdragsgivere.

Unntaket vil derfor i prinsippet kunne komme til anvendelse uavhengig av hvor mange deltakere det er i samarbeidet, og uten hensyn til den enkelte deltakers eierandel.<sup>90</sup>

Av faktum i *Coditel Brabant* fremgår at det var mange – men ikke nærmere bestemt hvor mange – eiere i Brutelé, og at Uccles eierandel i selskapet var på 8,26 %. Av saksforholdet i *Sea* fremgår bare at selskapet var eiet av flere kommuner, hvorav én eide majoriteten, mens Comune di Ponte Nossa – hvis kontraktstildeling var oppe til vurdering i saken – var minoritetseier.<sup>91</sup> EU-domstolen gikk imidlertid ikke nærmere inn på disse forhold. I begge avgjørelsene valgte Domstolen videre spesifikt å ta avstand fra en uttalelse Domstolen lot falle i *Coname*, om at kontroll kunne være utelukket ved helt små eierandeler, samt å vise til at Domstolen i *Asemfo/Tragsa* fant at kontrollvilkåret var oppfylt for oppdragsgivere selv med en så lav eierandel som 0,25 %.<sup>92</sup> EU-domstolen levner derfor lite rom for å oppstille *minimumskrav til eierandel* for hver enkelt samarbeidskommune i tilfeller av felles kontroll. Det samme må gjelde med hensyn til om det må settes noen øvre grense for antall oppdragsgivere som kan samarbeide, selv om Domstolen har gitt færre føringer i forhold til dette spørsmålet. At Domstolen ikke problematiserer dette, indikerer imidlertid at Domstolen ikke ser det som relevant.

Det følger videre av EU-domstolens uttalelse i *Coditel Brabant* at vedtaksprosedyren som er valgt for de kollegiale organene i samarbeidet, eksempelvis at vedtak treffes av et flertall, er "uten betydning" for spørsmålet om kontroll der slik utøves i fellesskap.<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> Se likevel straks nedenfor om den nærmere ordlyden i bokstav (ii) i bestemmelsen.

<sup>89</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*

<sup>90</sup> Likevel slik at det trolig må oppstilles et krav om at den enkelte kommune må være sikret en viss *minste* innflytelse ved kontrollutøvelsen, som eventuelt må sikres gjennom særlige kontrollforanstaltninger for de tilfeller en eller flere kommuner bare eier svært små deler av oppdragstakers virksomhet, se straks nedenfor.

<sup>91</sup> Sak C-573/07, *Sea*, premiss 21-22.

<sup>92</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 52-53, sak C-573/07, *Sea*, premiss 61-62, med videre henvisninger til sak C-231/03, *Coname* og sak C-295/05, *Asemfo/Tragsa*.

<sup>93</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 51 og sak C-573/07, *Sea*, premiss 60.

---

Spørsmålet er likevel om det kan oppstilles et særlig krav om at kontrollen som utøves, må utøves av oppdragsgiverne i fellesskap, og hva som i tilfellet ligger i dette.

Spørsmålet må anses som åpent og må avklares i fremtidig praksis. Noen forhold kan likevel trekkes frem.

I følge artikkel 12 nr. 3 1. ledd bokstav a kommer unntaket for utvidet egenregi bare til anvendelse hvis oppdragsgiver ”jointly with other contracting authorities” – altså sammen med andre oppdragsgivere – utøver kontroll over oppdragstaker. Etter artikkel 12 nr. 3 tredje ledd må oppdragsgiverne anses for å utøve den nødvendige kontroll over oppdragstaker der de er ”able to jointly exert decisive influence” over oppdragstaker.

Ordlyden indikerer at det er et krav om at kontrollen må utøves av oppdragsgiverne i fellesskap, og at det altså trolig må oppstilles et krav om at det må være en viss realitet i samarbeidet mellom oppdragsgiverne. Også EU-domstolens avgjørelser tilsier at det må dreie seg om et slikt reelt fellesforetak for at unntaket skal komme til anvendelse.<sup>94</sup> Siden det i fortalen uttales at anskaffelsesdirektivets regler om offentlig-offentlig samarbeid skal tolkes i lys av denne praksisen, taler det for at det også etter de nye direktivene må oppstilles visse krav til relasjonen mellom oppdragsgiverne ved den faktiske utøvelsen av kontroll over oppdragstakeren.<sup>95</sup> Oppfatningen støttes av at også omgåelsehensyn taler for at det er nødvendig å undersøke disse forhold nærmere før det kan konstateres at kontrollkriteriet er oppfylt i denne typen saker.

Dersom flere oppdragsgivere skal kunne identifiseres under kontrollkriteriet helt uavhengig av styrkeforholdet mellom dem og uten hensyn til realiteten i samarbeidet, vil en nemlig kunne komme til stå overfor nokså paradoksale løsninger. Eksempelvis vil kommune A i utgangspunktet ikke kunne kjøpe tjenester av kommune B, eller et selskap eid av kommune B, uten å følge anskaffelsesregelverket. Kommune A kan ikke sies å inneha en kontroll med kommune B, eller kommune Bs selskap, som ”tilsvare” den kontroll kommune A har over egne tjenestegrener. Dersom kommune A kjøper seg inn i selskapet til kommune B, synes resultatet imidlertid å være at kommune A vil kunne kjøpe tjenester fra selskapet, selv om kommune B eier 99 % av dette, og uten at kommune A har betinget seg særlige foranstaltninger med hensyn til sin innflytelse i samarbeidet.

Saksforholdet i *Econord* illustrerer problemstillingen. Saken gjaldt spørsmålet om to kommuner med mindre eierandeler i selskapet ASPEM kunne tildele dette selskapet oppdrag i egenregi.<sup>96</sup> ASPEM var opprinnelig opprettet av kommunen Varese, og denne kommunen eide fortsatt den absolutte aksjemajoriteten i selskapet. Flere små kommuner hadde imidlertid etter hvert kommet til på eiersiden, og tildelte selskapet kontrakter direkte. Det private selskapet Econord bestred at det var adgang til dette, under henvisning til at de små eierkommunene ikke var sikret noen reell innflytelse over selskapet.

EU-domstolen kom langt på vei Econord i møte og viste til at selv om det i tilfeller der flere oppdragsgivere eier oppdragstaker sammen ikke er nødvendig at hver av dem på individuell basis

---

<sup>94</sup> Se forente saker C-182/11 og C-183/11, *Econord*

<sup>95</sup> Se fortalens punkt 31 der det uttales at reglene må leses i lys av Domstolens praksis.

<sup>96</sup> Forente saker C-182/11 og C-183/11, *Econord*.

---

kan utøve kontroll for å kunne tildele oppdragstakeren oppdrag direkte, så er det på den annen side heller ikke tilstrekkelig at bare én av dem kan utøve slik kontroll. Kontrollen må tvert imot utøves av oppdragsgiverne i fellesskap.

Det kan neppe utledes av *Econord* at kontrollkriteriet prinsipielt ikke vil være oppfylt for flere oppdragsgivere i fellesskap der en av dem har en dominerende eierandel i oppdragstakers virksomhet. Særlig på grunn av omgåelseshensyn må det imidlertid oppstilles krav om at hver enkelt oppdragsgiver må kunne utøve en viss *minste* innflytelse over oppdragstakers virksomhet, skal unntaket for utvidet egenregi komme til anvendelse i slike tilfeller.<sup>97</sup> Hvor langt dette rekker er imidlertid ikke mulig å si med sikkerhet.

I både *Coditel Brabant* og *Sea* var *alle oppdragsgiverne* representert i både de ledende organene og i særlige, kontrollerende underseksjoner i oppdragstakers virksomhet, hvilket illustrerer at det var tale om reelt fellesforetak i de sakene.<sup>98</sup> I begge sakene viste EU-domstolen videre til at en oppdragsgivers rett til å utføre tjenester i egenregi omfatter retten til å *samarbeide med andre* offentlige oppdragsgivere, da den fant at oppdragsgiverne kunne identifiseres under kontrollkriteriet.<sup>99</sup> Uttalelsene kan tas til inntekt for at Domstolen nettopp bare vil være villig til å identifisere de enkelte oppdragsgiverne med hverandre under kontrollkriteriet der den står overfor et reelt samarbeid – med andre ord et fellesforetak der det foreligger en reell gruppetilhørighet blant de forskjellige oppdragsgiverne.

Dersom oppdragsgivers tilknytning til oppdragstaker utelukkende fremstår som en ren formalitet gjennomført for å kunne tildele kontrakter utenfor anskaffelsesregelverket, og ordningen derfor fremstår som et forsøk på omgåelse av anskaffelsesreglene, vil EU-domstolen trolig gripe inn mot dette.<sup>100</sup>

#### **6.4 Utvidet egenregi – artikkel 12 nr. 2 – samarbeid i horisontale og omvendt vertikale forhold**

Artikkel 12 nr. 1 og nr. 3 som er gjennomgått over regulerer anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi i vertikale relasjoner – altså tilfeller der en oppdragsgiver ønsker å tildele en kontrakt til en underliggende enhet. Som eksempel kan man tenke seg at en kommune ønsker å tildele sitt eget aksjeselskap en kontrakt.

Et samarbeid mellom offentlige aktører kan imidlertid også finne sted i andre konstellasjoner enn de vertikale. Eksempelvis kan et aksjeselskap ønske å tildele sitt morselskap en kontrakt – såkalt ”omvendt vertikalt” samarbeid. Eller selskapet kan ønske å tildele en kontrakt til sitt søsterselskap – såkalt ”horisontalt” samarbeid.<sup>101</sup>

For andre samarbeidsmodeller enn de vertikale gjelder at det som regel er vanskelig å finne kontroll- og aktivitetskriteriet oppfylt dersom forholdet mellom samarbeidspartene vurderes isolert

---

<sup>97</sup> Forente saker C-182/11 og C-183/11, *Econord*, premiss 30-32.

<sup>98</sup> Se sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 16-17 og sak C-573/07, *Sea*, premiss 16 -17.

<sup>99</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 49 og sak C-573/07, *Sea*, premiss 58.

<sup>100</sup> Sml. Domstolens avgjørelse i sak C-29/04, *Mödling*.

<sup>101</sup> Må ikke forveksles med horisontalt samarbeid i betydningen ikke-institusjonalisert samarbeid.

---

sett. Eksempelvis vil et aksjeselskap sjelden kunne utøve noen kontroll over sin ”mor” eller sin ”søster”.

Artikkel 12 nr. 2 regulerer anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi i slike tilfeller.<sup>102</sup> Bestemmelsen bidrar med en avklaring i forhold til gjeldende rett, der spørsmålet om unntaket kommer til anvendelse i slike tilfeller lenge har stått åpent;

*“Paragraph 1 also applies where a controlled legal person which is a contracting authority awards a contract to its controlling contracting authority, or to another legal person controlled by the same contracting authority, provided that there is no direct private capital participation in the legal person being awarded the public contract with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.”*

Av bestemmelsen følger at unntaket for utvidet egenregi kan komme til anvendelse også på samarbeid i omvendt vertikale og horisontale situasjoner. De nærmere kriterier for dette fremstår imidlertid etter bestemmelsens ordlyd som uklart.

Det som må kunne fastslås, er at betingelsen om at det i utgangspunktet ikke må finnes noe direkte privat eierskap hos aktøren som tildeles kontrakten, også gjelder for unntakets anvendelse i disse samarbeidskonstellasjonene.

For så vidt gjelder samarbeid i horisontale konstellasjoner, altså mellom ”søstre”, kan det videre fastslås at det må foretas en kontrollvurdering som viser at søsterselskapene begge er underlagt den nødvendige kontroll av sin felles eier for at unntaket skal komme til anvendelse på kontraktstildelinger mellom dem.

Noe tilsvarende kontrollkriterium for så vidt gjelder kontroll i de omvendt vertikale konstellasjonene oppstilles ikke. Dette er vel også naturlig siden det vil være nokså ukurant å tilpasse kontrollvurderingen til disse situasjonene.

Noen spesifikk regulering av aktivitetskriteriet inneholder bestemmelsen heller ikke, verken for de horisontale eller omvendt vertikale samarbeidskonstellasjonene.

Om det må foretas en aktivitetsvurdering etter artikkel 12 nr. 2, og hvordan man i tilfellet må gå frem, er derfor i noen grad et åpent spørsmål. Artikkel 12 nr. 2 viser imidlertid til at ”artikkel 12 nr. 1 kommer til anvendelse også på” samarbeidskonstellasjonene som reguleres i artikkel 12 nr. 2, hvilket indikerer at de to bestemmelsene må leses i sammenheng. Da må det i tilfellet også ved anvendelsen av artikkel 12 nr. 2 ses hen til aktivitetskriteriet som oppstilles i artikkel 12 nr. 1. Leses et slikt vilkår inn i bestemmelsen, vil dette også skape best harmoni i regelverket – og sikre mot omgåelsesfare.

---

<sup>102</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 2 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 2

---

Når det gjelder unntakets anvendelse i horisontale samarbeidskonstellasjoner, (typisk kontraktstildelinger mellom to søsterselskap), må det derfor trolig oppstilles et krav om at selskapet som tildeles kontrakten bare i begrenset grad opptrer markedsorientert, selv om bestemmelsen ikke inneholder noen uttrykkelig henvisning til noe aktivitetskriterium. Unntaket for utvidet egenregi vil i så fall bare komme til anvendelse i disse tilfellene dersom ”søsterens” aktivitet på markedet ikke utgjør mer enn 20 % av enhetens samlede aktivitet.

Hvorvidt og hvordan en eventuell aktivitetsvurdering skal foretas i de omvendt vertikale konstellasjonene, er imidlertid mer komplisert. Muligens kan det oppstilles krav om at den kontrollerende oppdragsgiveren som tildeles kontrakten ikke kan utføre mer enn 20 % av sine aktiviteter på det åpne markedet hvis unntaket skal komme til anvendelse i slike tilfeller.

Det er verdt å nevne at artikkel 12 nr 2 viser til artikkel 12 nr. 1, og ikke i tillegg til artikkel 12 nr. 3 om felles kontroll. Siden artikkel 12 nr. 3 om felles kontroll på sin side ikke inneholder noen henvisning til artikkel 12 nr. 1, tyder dette på at unntaket for samarbeid i andre konstellasjoner enn de vertikale ikke kommer til anvendelse i tilfeller der flere oppdragsgivere i felleskap kontrollerer oppdragstakeren som ønsker å tildele henholdsvis en av sine ”mødre” eller ”søstre” en kontrakt.

At man eventuelt er avskåret fra å anvende unntaket i disse tilfellene kan være utslag av at unntaket i tilfellet vil få en nokså uoversiktlig rekkevidde, og at både hensynene bak kontroll- og aktivitetskriteriet vil bli nokså utvannet. Det kan imidlertid også være utslag av dårlig lovgivningsteknikk. At det ved aktivitetsvurderingen i artikkel 12 nr. 3 b skal ses hen til aktivitet oppdragstaker utfører for sine oppdragsgivere *så vel som aktører som er kontrollert av de samme oppdragsgiverne*, kan eksempelvis tyde på at man har sett for seg at unntaket kan komme til anvendelse også på samarbeid mellom to enheter underlagt kontroll av flere oppdragsgivere.

Det er umulig å spekulere i hvorfor unntakets anvendelse tilsynelatende er utelukket i disse tilfellene, og det må bli opp til EU-domstolen å avgjøre dette spørsmålet i fremtiden.

## 6.5 Utvidet egenregi – oppsummering

- Utgangspunktet er at enhver offentlig oppdragsgiver kan utføre sine oppgaver ved å ta i bruk ressurser i egen organisasjon, i såkalt *egentlig egenregi*. Dersom oppdragsgiver henvender seg til et selvstendig rettssubjekt for å få oppgavene utført, kommer anskaffelsesregelverket på den annen side i utgangspunktet til anvendelse med mindre vilkårene for *utvidet egenregi* er oppfylt.
- Som den klare hovedregel kommer unntaket for utvidet egenregi bare til anvendelse så lenge det ikke er private interesser representert i oppdragstakers virksomhet.
- Anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi er videre betinget av at oppdragsgiver kan utøve en kontroll med oppdragstaker som tilsvarer den kontroll oppdragsgiver har over egne tjenestegrener (det såkalte kontrollkriteriet). For det andre må oppdragstakers virksomhet i hovedsak være rettet mot oppdragsgiver (det såkalte aktivitetskriteriet).



- 
- Etter kontrollkriteriet må det i denne sammenheng foretas en vurdering av alle relevante rettslige og faktiske omstendigheter, og denne vurderingen må vise at oppdragstaker er underlagt en kontroll som sikrer oppdragsgiver bestemmende innflytelse over oppdragstakers virksomhet – herunder på strategiske målsetninger og viktig beslutninger.

Vurderingen følger et tosporet system. For det første må det undersøkes om oppdragstaker er underlagt en kontroll fra oppdragsgivers side som begrenser oppdragstakers autonomi. I tillegg må oppdragstakers grad av markedsorientering undersøkes.

EU-domstolens praksis illustrerer at det må foretas en sammensatt vurdering der en lang rekke omstendigheter er av relevans. Domstolen har særlig lagt vekt på hvorvidt oppdragsgiver er representert i oppdragstakers ledende organer, samt på hvilke kontrollmekanismer oppdragsgiver har forbeholdt seg over oppdragstaker – i både positiv og negativ forstand.

- Aktivitetskriteriet er oppfylt så lenge mer enn 80 % av oppdragstakers omsetning stammer fra virksomhet som er utført for oppdragstakers kontrollerende oppdragsgiver(e) eller enheter underlagt kontrollerende oppdragsgiver(e).
- Unntaket for utvidet egenregi kommer også til anvendelse på horisontale og omvendt vertikale forhold – eksempelvis der et aksjeselskap ønsker å tildele kontrakter til sitt søsterselskap eller til sitt morselskap.
- Det er etter direktivet ikke nødvendig at hver enkelt oppdragsgiver kan utøve nødvendig kontroll over oppdragstaker på individuell basis, så lenge de kan utøve nødvendig kontroll i felleskap. I denne sammenheng må det trolig oppstilles krav om at hver enkelt oppdragsgiver har en viss *minste* innflytelse i samarbeidet, før den enkelte deltakeren kan anses for å være del av denne felles kontrollutøvelsen.

## **7 UNNTAKET FOR IKKE-INSTITUSJONALISERT (HORISONTALT) SAMARBEID**

### **7.1 Introduksjon til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid**

Mange kommuner samarbeider mer eller mindre uformelt om å løse en mengde oppgaver, uten at de tradisjonelle organisasjonsformene for interkommunalt samarbeid tas i bruk. Dette gjelder gjerne samarbeid på ad-hoc basis, men det er ingen ting i veien for at det inngås også fastere og mer langsiktig samarbeid basert utelukkende på avtale mellom kommunene.

Det var lenge tvilsomt hvorvidt slikt samarbeid kunne unntas anskaffelsesreglene idet vilkårene for utvidet egenregi ikke vil være oppfylt i slike tilfeller – en kommune kan ikke inneha noen kontroll over en annen kommune. I sin avgjørelse i *Stadtreinigung Hamburg* fastslo imidlertid EU-domstolen at også slikt ikke-institusjonalisert samarbeid i visse tilfeller kan falle utenfor anskaffelsesregelverket.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*.

---

I saken hadde fire tyske kommuner inngått et samarbeid innenfor avfallshåndtering med renovasjonstjenesten i Hamburg kommune, Stadtreinigung Hamburg. Stadtreinigung Hamburg påtok seg å stille kapasitet ved sitt forbrenningsverk til disposisjon for de fire kommunene, mot at kommunene gjennom Stadtreinigung Hamburg overførte bestemte beløp til aktøren som sto for selve driften av avfallshåndteringsanlegget.<sup>104</sup> Fordi ingen av kommunene kunne utøve noen kontroll over *Stadtreinigung Hamburg* eller aktøren som drev forbrenningsanlegget, mente EU-Kommisjonen at avtalen skulle ha vært satt på anbud.

EU-domstolen understreket imidlertid at EU-retten ikke stiller krav til organisasjonsformen offentlige oppdragsgivere benytter når de samarbeider om å løse oppgaver. Videre uttalte Domstolen at offentlig-offentlig samarbeid ikke undergraver anskaffelsesreglenes formål når samarbeidet styres utelukkende av allmenne hensyn og ingen private parter får noen fordeler i forhold til sine konkurrenter.<sup>105</sup> Etter en konkret vurdering kom Domstolen så til at anskaffelsesregelverket ikke fikk anvendelse.

I en senere avgjørelse i *Azienda*, tok EU-domstolen stilling til rekkevidden av det unntaket den hadde formulert i *Stadtreinigung Hamburg*. I den saken uttalte Domstolen at det finnes et unntak fra anskaffelsesreglene i tillegg til unntaket for utvidet egenregi, og at dette gjelder kontrakter;

*“which establish cooperation between public entities with the aim of ensuring that a public task that they all have to perform is carried out [...]*

*In those circumstances, European Union rules on public procurement are not applicable in so far as, in addition, such contracts are concluded exclusively by public entities, without the participation of a private party, no private provider of services is placed in a position of advantage vis-à-vis competitors and implementation of that cooperation is governed solely by considerations and requirements relating to the pursuit of objectives in the public interest.”<sup>106</sup>*

Basert på EU-domstolens avgjørelser er det nå inntatt en egen unntaksbestemmelse for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i anskaffelsesdirektivets artikkel 12 nr. 4.<sup>107</sup>

## **7.2 Ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid – artikkel 12 nr. 4**

Artikkel 12 nr. 4 lyder;

*“A contract concluded exclusively between two or more contracting authorities shall fall outside the scope of this Directive where all of the following conditions are fulfilled:*

---

<sup>104</sup> Kontraktene om byggingen av anlegget og driften av det, var ikke gjenstand for behandling i saken, se sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, premiss 31.

<sup>105</sup> Sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, premiss 47.

<sup>106</sup> Sak C-159/11, *Azienda*.

<sup>107</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 4 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 4.

---

*(a) the contract establishes or implements a cooperation between the participating contracting authorities with the aim of ensuring that public services they have to perform are provided with a view to achieving objectives they have in common;*

*(b) the implementation of that cooperation is governed solely by considerations relating to the public interest; and*

*(c) the participating contracting authorities perform on the open market less than 20 % of the activities concerned by the cooperation.”<sup>108</sup>*

På bestemte vilkår fritar bestemmelsen altså samarbeid der to eller flere oppdragsgivere går sammen om å utføre oppgaver, selv om ingen av samarbeidspartene har noen kontroll over den eller de andre.

Det bestemmelsen tar sikte på å regulere, er skillet mellom samarbeid som hviler på en reell fordeling av praktiske arbeidsoppgaver mellom partene, og samarbeid som hviler på ordinære kontrakter hvorved en eller flere offentlige oppdragsgivere kjøper varer og tjenester av andre offentlige oppdragsgivere.

## **7.2.1 Nærmere om vilkårene i bestemmelsen**

### **7.2.1.1 Mellom offentlige oppdragsgivere**

Av artikkel 12 nr. 4 1. ledd følger det for det første at samarbeid mellom en eller flere *offentlige oppdragsgivere* kan unntas anskaffelsesregelverket etter bestemmelsen.

Det innebærer at ikke bare offentlige myndigheter, eksempelvis kommuner, men også offentlige oppdragsgivere i privatrettslige former kan benytte seg av unntaksmuligheten i bestemmelsen.<sup>109</sup>

I punkt 32 i anskaffelsesdirektivets fortale er det enn videre spesifisert at unntaket kan komme til anvendelse også i de tilfeller det er private interesser representert i oppdragsgivers virksomhet. Det betyr at også oppdragsgivere som for eksempel dels eies av kommuner og dels av private aktører kan samarbeide uten at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse.

Dette siste er en klar endring i forhold til dagens rettstilstand, idet EU-domstolen har oppstilt som vilkår for at et samarbeid skal kunne unntas anskaffelsesreglene at samarbeidet består utelukkende mellom offentlige aktører.<sup>110</sup>

Endringen gjenspeiler imidlertid lovgivers mer fleksible syn på privat eierskap, og er i tråd med de endringer som er gjennomført også når det gjelder unntaket for utvidet egenregi.

---

<sup>108</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 4 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 4.

<sup>109</sup> Dette er trolig i tråd med det som tidligere fulgte av rettspraksis.

<sup>110</sup> Se særlig premiss 35 i sak C-159/11 *Azienda*.

---

I punkt 31 og 33 i fortalen til anskaffelsesdirektivet er det imidlertid presisert at det fortsatt skal være slik at ingen private leverandører skal få fordeler vis-à-vis sine konkurrenter gjennom samarbeidet. Dette betyr at idet samarbeidet mellom oppdragsgiverne ikke dekker alle aspekter ved oppgaven som skal utføres, slik at enkelte varer eller tjenester må skaffes fra tredjepersoner, så må disse kontraktene utlyses.

### 7.2.1.2 Samarbeid om offentlige oppgaver

For det andre, følger det av bestemmelsen i artikkel 12 nr. 4 bokstav a at samarbeidet bare unntas fra anskaffelsesreglenes anvendelsesområde dersom samarbeidet har til formål å utføre offentlige oppgaver, som realiserer formål de samarbeidende oppdragsgivere har felles, jf. ”with the the aim of ensuring that public services they have to perform are provided with a view to achieving objectives they have in common”.

Ordlyden ”public services they have to perform” indikerer at samarbeidet må dreie seg om lovpålagte oppgaver for at unntaket skal komme til anvendelse. Selv om samarbeid om lovpålagte oppgaver nok ligger i kjernen av unntakets anvendelsesområde, er det imidlertid presisert i fortalen at unntaket kommer til anvendelse uansett om oppdragsgiverne er pålagt å utføre oppgavene samarbeidet gjelder, eller om oppdragsgiverne har påtatt seg å utføre disse frivillig.<sup>111</sup>

Følgelig gis offentlige oppdragsgivere vid adgang til å samarbeide hva gjelder *hvilke oppgaver* et slikt samarbeid kan dreie seg om – det kan dreie seg om alt fra håndtering av husholdningsavfall til støttefunksjoner som IKT og regnskap, og over til oppgaver med mer frivillig preg, eksempelvis sektorovergripende næringsutvikling. Det følger imidlertid av artikkel 12 nr. 4 bokstav b at samarbeidet utelukkende skal forfølge allmenne hensyn, og heri ligger en avgrensning mot rent forretningsmessig virksomhet, se nærmere om dette nedenfor i punkt 7.2.1.3.

Det er trolig likevel ikke tilstrekkelig for unntak etter bestemmelsen at samarbeidet dreier seg om utføringen av offentlige oppgaver. Det må dreie seg om utføringen av *felles oppgaver*, i alle fall må samarbeidet dreie seg om utføringen av oppgaver som realiserer en *målsetning som er felles* for alle oppdragsgiverne som deltar i samarbeidet.

I *Stadtreinigung Hamburg*, der EU-domstolen fritok samarbeidet fra anskaffelsesregelverket, dreide det seg om et samarbeid mellom kommunene og Stadtreinigung Hamburg om å sikre forsvarlig avfallshåndtering, som var en oppgave samtlige av samarbeidspartene var pålagt å utføre.<sup>112</sup> I *Azienda* gikk Domstolen på den annen side langt i å fastslå at samarbeidet hørte inn under anskaffelsesregelverket nettopp under henvisning til at det i den saken *ikke* dreide seg om et samarbeid om oppgaver samarbeidspartene begge var pålagt å utføre.<sup>113</sup>

Saken dreide seg om tildelingen av et konsulentoppdrag fra de lokale helsemyndighetene i provinsen Lecce i Italia til Universitetet i Salento. Oppdraget gikk ut på å undersøke sykehusene i Lecce med henblikk på å vurdere bygningenes motstandsdyktighet mot jordskjelv. Domstolen fant at selv om de hadde et vitenskapelig grunnlag, kunne tjenestene som var omhandlet i

---

<sup>111</sup> Fortalens punkt 33.

<sup>112</sup> Sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*.

<sup>113</sup> Sak C-159/11, *Azienda*.

---

kontrakten ikke anses som vitenskapelig forskning, som er universitetets primære oppgave. I motsetning til saksforholdet i *Stadtreinigung Hamburg*, dreide *Azienda* seg følgelig ikke om samarbeidet om oppgaver som begge samarbeidspartene var pålagt å utføre.<sup>114</sup>

Dersom det først er brakt på det rene at samarbeidet mellom partene dreier seg om løsningen av felles oppgaver, eller i det minste om løsningen av oppgaver som forfølger målsetninger samtlige oppdragsgivere har felles, kan samarbeidet imidlertid omfatte en rekke ulike oppgaver knyttet til realiseringen av dette hovedformålet.

Den virkelige begrensningen i artikkel 12 nr. 4 bokstav a ligger i at det må dreie seg om et *reelt samarbeid*, skal en avtale kunne unntas regelverket etter bestemmelsen. I punkt 33 i fortalen i anskaffelsesdirektivet heter det nemlig om bestemmelsen at:

*“Contracts for the joint provision of public services should not be subject to the application of the rules set out in this Directive provided that they are concluded exclusively between contracting authorities, that the implementation of that cooperation is governed solely by considerations relating to the public interest and that no private service provider is placed in a position of advantage vis-à-vis its competitors.*

*In order to fulfil those conditions, the cooperation should be based on a cooperative concept. Such cooperation does not require all participating authorities to assume the performance of main contractual obligations, as long as there are commitments to contribute towards the cooperative performance of the public service in question.*” (Vår understreking).

I dette ligger at det ikke kan dreie seg om en ordinær kontrakt, der en oppdragsgiver kjøper varer eller tjenester fra en annen. Snarere må det være tale om et tilfelle der alle samarbeidspartene *bidrar aktivt for å få oppgavene utført*.

Hva som nærmere ligger i dette er ikke avklart og det er etter gjeldende praksis ikke mulig å angi generelt hva et slikt bidrag til løsningen av oppgaven må bestå i, eller hvor aktive de enkelte samarbeidspartene må være for at vilkåret i artikkel 12 nr. 4 bokstav a vil anses for oppfylt.

Som det fremgår er det trolig ikke nødvendig at samtlige samarbeidsparter bidrar ved utføringen av samtlige oppgaver, eller ved utføringen av hoveddelen av dem. Dette er i tråd med gjeldende rett – i *Stadtreinigung Hamburg* fritok EU-domstolen eksempelvis en arbeidsfordeling mellom partene som gikk ut på at *Stadtreinigung Hamburg* stilte til rådighet kapasitet ved forbrenningsanlegget, og at kommunene påtok seg visse forpliktelser med hensyn til deponering av avfallet etter at det var behandlet.

---

<sup>114</sup> Sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg* og sak C-159/11, *Azienda*.

---

Det er imidlertid etter vårt syn avgjørende at hver enkelt oppdragsgiver er pålagt visse forpliktelser til å bidra aktivt ved utføringen av oppgaven. Det er dette som skiller et *samarbeid om å utføre oppgaver* fra tilfellene der en oppdragsgiver *kjøper varer eller tjenester* fra en ekstern leverandør.

### 7.2.1.3 Forfølgelsen av allmenne hensyn

Endelig er det etter artikkel 12 nr. 4 bokstav b et vilkår for at unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid skal komme til anvendelse at gjennomføringen av samarbeidet utelukkende forfølger allmenne hensyn. Dette kravet oppstilte EU-domstolen som vilkår for at samarbeidet skal kunne styre fri fra anskaffelsesregelverket både i *Stadtreinigung Hamburg* og i *Azienda*.<sup>115</sup>

Trolig ligger det i vilkåret at samarbeidet må ha som formål å utføre offentlige oppgaver, snarere enn å drive kommersiell virksomhet. Vilkåret har dermed for så vidt en side til hva slags oppgaver samarbeidet gjelder – men disse forhold er også regulert i artikkel 12 nr. 4 bokstav a. Vilkåret har videre en side til oppdragsgivers muligheter til å drive markedsorientert virksomhet i tillegg til å delta i samarbeid med andre oppdragsgivere utenfor anskaffelsesregelverket. Dette spørsmålet er imidlertid nå særskilt regulert i artikkel 12 nr. 4 bokstav c, se straks nedenfor i punkt 7.2.1.4.

Bestemmelsen i artikkel 12 nr. 4 bokstav b relaterer seg derfor trolig først og fremst til de økonomiske transaksjonene mellom partene – hvilket også synes å fremgå av punkt 33 i anskaffelsesdirektivets fortale. Her heter det at;

*”any financial transfers between the participating contracting authorities, should be governed solely by considerations relating to the public interest.”*

EU-domstolen har ikke uttalt seg nærmere om hva som ligger i at samarbeidet utelukkende kan forfølge allmenne hensyn. I *Stadtreinigung Hamburg*, der Domstolen frifant samarbeidet, var det imidlertid tale om et tilfelle der kommunene overførte et beløp til Stadtreinigung Hamburg, som Stadtreinigung Hamburg så videreførte til aktøren som etter avtale driftet forbrenningsanlegget. I den saken dreide det seg følgelig om et tilfelle der oppdragsgiverne fordelte kostnadene ved avfallshåndteringen mellom seg, men uten at det egentlig tilfløt noen av partene noen godtgjørelse (selv i form av kostnadsdekning).<sup>116</sup>

I de tilfeller det ikke foreligger transaksjoner mellom partene overhodet, må det da også ganske enkelt kunne slås fast at samarbeidet ikke forfølger kommersielle hensyn. Uttalelsene i anskaffelsesdirektivets fortale indikerer imidlertid at det ikke utelukker unntakets anvendelse at det finner sted økonomiske transaksjoner mellom partene.

Skal disse transaksjonene utelukkende styres av allmenne hensyn, må de etter vår oppfatning trolig begrenses til å utgjøre kostnadsdekning. Idet en eller flere av partene oppnår profitt, er det ikke lenger bare allmenne hensyn, men også kommersielle, som er styrende for samarbeidet.

---

<sup>115</sup> Sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg* og sak C-159/11, *Azienda*.

<sup>116</sup> Det var aktøren som etter avtale med Stadtreinigung Hamburg drev forbrenningsanlegget, som mottok godtgjørelsen som kommunene betalte.

---

### **7.2.1.4 Begrenset markedsorientering - aktivitetskriterium**

I artikkel 12 nr. 4 bokstav c innføres det et eget aktivitetskriterium også for ikke-institusjonalisert samarbeid. Bestemmelsen er en nyvinning sammenliknet med gjeldende rett, der EU-domstolen ikke har oppstilt noe slikt vilkår.

Av bestemmelsen følger det at for at unntaket skal komme til anvendelse må samarbeidspartenes aktivitet på markedet ikke overstige 20 % av oppdragsgivernes aktivitet – for så vidt gjelder den type aktivitet samarbeidet gjelder.

Det er verdt å merke seg at det er en viktig forskjell på aktivitetsvurderingen som skal foretas etter unntaket for utvidet egenregi, og unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid. Mens det i aktivitetsvurderingen i unntaket for utvidet egenregi skal ses hen til oppdragstakers samlede aktivitet, skal det etter aktivitetskriteriet i unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid utelukkende ses hen til den type aktivitet som samarbeidet gjelder.

Unntaket er imidlertid ellers skåret over samme lest som aktivitetskriteriet i unntaket for utvidet egenregi, og skal følge de samme reglene for beregning i artikkel 12 nr. 5. Det henvises derfor for øvrig til behandlingen av aktivitetskriteriet i punkt 6.2.4 over.

## **8 SAMMENLIKNING AV BESTEMMELSENE OM UTVIDET EGENREGI OG IKKE-INSTITUSJONALISERT (HORISONTALT) SAMARBEID**

Forskjellen mellom unntaket for utvidet egenregi og ikke-institusjonalisert samarbeid ligger i at unntakene kommer til anvendelse i ulike situasjoner.

For de tilfeller to eller flere kommuner har organisert samarbeidet seg imellom slik at utføringen av bestemte oppgaver overlates til et selvstendig rettssubjekt, må unntaket for utvidet egenregi være oppfylt for at unntaket for offentlig-offentlig samarbeid skal kunne komme til anvendelse. Typiske eksempler på slikt samarbeid, er der to eller flere kommuner går sammen om å etablere et aksjeselskap eller et interkommunalt selskap som deretter utfører oppgaver for de to.

For de tilfeller en eller flere kommuner organiserer et samarbeid seg i mellom uten at det eksisterer noen organisatorisk overbygning, er det vilkårene for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid som må vurderes før samarbeidet eventuelt unntas reglene. Slik vil det typisk ligge an dersom samarbeidet mellom to eller flere kommuner er avtalebasert.

I enkelte tilfeller vil interkommunalt samarbeid kunne organiseres i tråd med modeller som befinner seg i en mellomposisjon sammenliknet med de ovennevnte. Dette gjelder for vertskommunesamarbeid med nemnd og visse former for samarbeid etter kommunelovens § 27. I disse modellene kan det forefinnes en organisatorisk overbygning, likevel uten at enheten som utfører oppgaver for samarbeidskommunene utgjør et eget rettssubjekt.

Hvilken av unntaksreglene som kan komme til anvendelse i disse tilfellene må i noen grad anses som et åpent spørsmål. Spørsmålet om forholdet mellom unntaksreglene og et mulig rangforhold

---

mellom dem er ikke berørt i direktivene, og vi kjenner ikke til at problemstillingen er drøftet, verken i teori eller praksis.

I slike tilfeller vil det trolig være fruktbart å gå frem slik EU-domstolen synes å gjøre, nemlig ved å vurdere om unntaket for utvidet egenregi kan komme til anvendelse først, for deretter å undersøke om vilkårene for unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid er til stede hvis så ikke er tilfellet.

Det kan påpekes at begge unntaksmuligheter oppstiller som betingelse for at samarbeidet skal kunne unntas regelverket at samarbeidskommunene må være nokså direkte involvert i måten oppgavene utføres på etter at de er skilt ut fra kommunen. I unntaket for utvidet egenregi ved at kommunene må kunne utøve inngående kontroll over oppdragstakers virksomhet, og i unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid ved at samtlige samarbeidskommuner må bidra ved løsningen av oppgavene. Det kan også påpekes at det i begge unntaksreglene oppstilles et aktivitetskriterium, og at selv om kriteriene er noe ulikt utformet, vil bruken av begge unntaksregler være betinget av at samarbeidet i liten grad får virkning på markedet. Den kanskje viktigste forskjellen mellom bestemmelsene utover forskjellen i deres praktiske virkeområde, er at oppdragstaker ikke er forhindret fra å opparbeide seg fortjeneste etter unntaket for utvidet egenregi, mens anvendelsen av unntaket for horisontalt samarbeid trolig er betinget av at eventuelle finansielle transaksjoner mellom samarbeidspartene begrenser seg til kostnadsdekning.

Utover dette gir det liten mening å forsøke å fastslå hvilke relative fordeler eller ulemper det vil være å organisere et aktuelt samarbeid i tråd med den ene eller andre unntaksmuligheten. Unntakene tar sikte på å regulere forskjellige situasjoner, og oppstiller derfor ulike vilkår som det kan være mer eller mindre vanskelig å oppfylle. Kort og litt upresist kan man kanskje si at en kommune kan kjøpe varer og tjenester fra en annen offentlig oppdragsgiver bare dersom vilkårene for utvidet egenregi er til stede, men at kommunen kan *samarbeide* med en annen offentlig oppdragsgiver om å løse oppgaven dersom vilkårene for ikke-institusjonalisert samarbeid er til stede.

Snarere enn hvilket unntak det er hensiktsmessig å kunne benytte, er det hensiktsmessigheten ved å organisere et aktuelt samarbeid i tråd med den ene eller den andre organisasjonsmodellen som bør være det avgjørende for valget for hvordan to eller flere kommuner best kan samarbeide om å løse sine oppgaver. Den valgte organisasjonsmodellen må deretter holdes opp mot den relevante unntaksmuligheten, se nærmere om dette i del 3.

## **9 NORSK PRAKSIS OG EØS-RETTLIG PRAKSIS OM OFFENTLIG-OFFENTLIG SAMARBEID**

### **9.1 Innledning**

Vi kjenner ikke til praksis fra ESA eller EFTA-domstolen som berører de problemstillingene som behandles i utredningen, utover en sak som nylig er klaget inn for ESA. Bakgrunnen for klagen er at Universitetssykehuset Nord-Norge HF (UNN) tildelte en kontrakt til Helse Nord IKT uten å kunngjøre og gjennomføre en anbudskonkurranse. UNN er heleid av det regionale helseforetaket



---

Helse Nord, mens Helse Nord IKT er en egen driftsavdeling i helseforetaket. Saken dreier seg med andre ord om anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi i omvendt vertikale/horisontale konstellasjoner. Saken er ennå ikke avgjort.

I norsk rett finnes imidlertid flere avgjørelser som berører problemstillingene. I punkt 9.2 gis en oversikt over avgjørelser fra norske domstoler, mens det gis en oversikt over relevante avgjørelser fra Klagenemnda for Offentlige anskaffelser (KOFA) i punkt 9.3.

## 9.2 Avgjørelser fra norske domstoler

Det er etter det vi har kunnet se ingen avgjørelser fra norske domstoler som direkte tar stilling til spørsmål knyttet til egenregi. Vi nevner likevel to avgjørelser som til en viss grad berører temaet:

### **Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest)**

Retten tok stilling til en rekke saksbehandlingsfeil ved inngåelsen av en kontrakt etter konkurranse. Oppdragsgiver var Reno-Vest, et IKS mellom 6 kommuner, og oppdraget ble tildelt Miljøtransport Nord AS, et datterselskap av Reno-Vest.

Retten vurderte i første rekke betydningen av enkelte saksbehandlingsfeil, lemping på vilkår om bankgaranti og rollesammenblanding. Reno-Vest anførte imidlertid også at selskapet uansett ikke hadde noen kontraheringsplikt, da de hadde tatt forbehold om at oppdraget kunne utføres i egenregi.

Retten delte seg i et mindretall og et flertall. **Mindretallet** (to dommere) uttalte at

*“Reno-Vest har gjort gjeldende at hvis kontrakten ikke kunne tildeles Miljøtransport, ville Reno-Vest forkastet alle anbudene med sikte på å utføre arbeidet i egenregi eller gjennomføre en ny anbudsrunde. Slik saken har vært presentert, ser jeg egenregi som det reelle alternativet.” (avsnitt 90).”*

Mindretallet tok dernest stilling til om Reno-Vest hadde adgang til å utføre oppdraget i egenregi. Etter å ha pekt på at saksøkers anbud var over 10 % høyere enn Miljøtransports anbud, legger den til grunn at det ville være en

*“fullt ut forsvarlig vurdering å forkaste alle anbudene og utføre oppdraget i egenregi” (avsnitt 101).*

**Flertallet** på sin side kom til at det ikke forelå forsvarlig grunnlag for å avvise de øvrige anbudene, og tok dermed ikke stilling til om oppdraget kunne vært utført i egenregi.

### **Rt. 2001 s. 473**

Høyskolen i Sogn og Fjordane (HSF) kunngjorde oppføring av nytt skolebygg, men avlyste konkurransen for i stedet å bygge i egenregi. Saksøker (Concord AS, en av anbyderne) gikk til sak og anførte at totalavvisning til fordel for bygging i egenregi var ulovlig fordi det ikke var tatt forbehold om dette i utlysningen. Høyesterett viste til lagmannsrettens vurdering som kom til at

---

det ikke ville dreie seg om en avlysning til fordel for bygging i egen regi ettersom det ville dreie seg om en løsning hvor man bygger inntil et allerede eksisterende bygg i offentlig eie.

### **9.3 Avgjørelser fra KOFA**

#### **KOFA 2003/2**

En etat i en kommune hadde ikke klagerett overfor en annen etat i samme kommune etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. De var begge deler av samme juridiske person både økonomisk og organisatorisk og kunne derfor ikke inngå kontrakt med hverandre som kan håndheves for domstolene.

#### **KOFA 2003/73**

I forbindelse med en omorganisering overdro et interkommunalt avfallsselskap, driftsansvaret for sine avfallsanlegg samt ansatte og utstyr ved anleggene til et privat selskap hvor avfallsselskapet eide 34 % av aksjene, og hvor daglig leder hos det interkommunale selskapet satt som styremedlem. Resten av selskapet var privateid. Samme selskap ble tildelt ulike sporadiske og løpende oppdrag fra avfallsselskapet samt transportoppdrag etter en uformell konkurranse.

Under henvisning til *Teckal* uttalte Klagenemnda at ”*grensen mellom egenregi og kontrakts-tildeling synes nå langt på vei avklart i EF-domstolens praksis*”. Fordi avfallsselskapets eierandel bare var på 34 % og det ikke forelå andre omstendigheter som skulle tilsi at kontrollkravet var oppfylt, fant KOFA at unntaket for egenregi ikke var oppfylt og at driftsavtalen, transportavtalene og løpende oppdrag ellers falt inn under regelverket for offentlige anskaffelser.

#### **KOFA 2005/247**

Unntaket for egenregi kom til anvendelse i et tilfelle der Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF foretok løpende tjenesteanskaffelser fra GenDia AS, et selskap heleid av Medinnova AS, som igjen var heleid av Rikshospitalet-Radiumhospitalet AS. Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF ble ansett å ha kontroll med GenDia på samme måte som med et internt organ og GenDia hadde hele si omsetning knyttet til Rikshospitalet-Radiumhospitalet HFs virksomhet.

#### **KOFA 2005/251**

Arendal kommune hadde sammen med andre kommuner opprettet et interkommunalt selskap i landsdelen med formål å være deltakerkommunenenes drift- og innkjøpsselskap for IKT-løsninger. Arendal kommune vedtok en opptrappingsplan for IKT i skoler, barnehager og voksenopplæring og ville tildele selskapet oppdrag om kjøp av infrastruktur, programvare, driftstjenester samt kjøp og leie av utstyr.

Klagenemndas flertall kom til at oppdraget kunne tildeles som egenregi, mens mindretallet kom til motsatt resultat. Flertallet viste til at selv om det interkommunale selskapet i henhold til selskapsavtalen og rammer fastsatt av styret kunne påta seg oppdrag også for andre offentlige og private organer/instanser var denne muligheten ikke benyttet og omsetningskriteriet var da oppfylt.

#### **KOFA 2009/246**

Askøy kommune utsatte renovasjonstjenester for næringsavfall til BIR Bedrift AS. Klagenemnda uttalte at omsetningskravet refererer til den aktuelle juridiske person, og ikke konsernets samlede

---

omsetning. Fordi hoveddelen av BIR Bedrift AS' virksomhet ble drevet i konkurranse med andre private selskap, var grunnlaget for egenregi ikke tilstede. Av denne grunn kunne samarbeidet heller ikke unntas etter prinsippene i *Stadtreinigung Hamburg*.

#### **KOFA 2010/338**

Sykehuset Innlandet HF tildelte vaskeri- og renserikontrakter til selskapet Tekstilvask Innlandet AS, et selskap eiet i fellesskap av Sykehuset Innlandet HF og 12 kommuner.

Basert på en helhetsvurdering der det særlig ble lagt vekt at selskapet også solgte sine tjenester i et konkurranseutsatt marked og at de aktuelle tjenestene ikke er tjenester av typisk offentlig karakter, kom klagenemnda til at omsetningsvilkåret ikke var oppfylt. Det forelå da ikke grunnlag for å tildele kontrakter i egenregi. Klagenemnda drøftet ikke kontrollkriteriet.

#### **KOFA 2010/346**

Saken ble avvist som følge av at klagers anførsler måtte anses avgjort ved klagenemndas behandling i sak 2010/338. Fordi klagenemnda i sak 2010/338 ikke uttalte seg om kontrollkriteriet, tilla klagenemnda i denne saken at kontrollvilkåret mest sannsynlig ville være oppfylt. Det ble vist til at leverandørselskapet i henhold til vedtektene hadde som formål å utføre tjenester for sine eiere, som alle var offentlige organer. Alle aksjeoverdragelser krevde styrets samtykke, og aksjonærene hadde forkjøpsrett ved enhver form for eierskifte. Aksjonærene hadde innflytelse gjennom sin stemme på generalforsamlingen, både for så vidt gjaldt vedtektsendringer, styrevalg og andre forhold. Det hadde ingen betydning for kontrollkriteriet at en av eierkommunene bare eide 1,64 % av aksjene.

#### **KOFA 2011/58, 2011/59, 2011/60, 2011/61, 2011/62, 2011/63, 2011/64, 2011/65**

Eierkommunene til BIR Bedrift AS tildelte kontrakt om anskaffelse av innhenting, transport og behandling av næringsavfall til BIR Bedrift AS. Under henvisning til sak 2009/246 la klagenemnda til grunn at omsetningskriteriet ikke var oppfylt og at kontrakten derved ikke kunne tildeles i egenregi. Kontrollvilkåret ble derimot ansett oppfylt.

Når det gjaldt spørsmålet om samarbeidet kunne unntas etter prinsippene i *Stadtreinigung Hamburg* opprettholdt nemnda konklusjonen i sak 2009/246, og kom til at dette heller ikke unntok samarbeidet fra anskaffelsesreglene.

#### **KOFA 2012/188**

Øst-Finnmark politidistrikt inngikk kontrakt med Statsbygg om leie av lokaler for etablering av nytt politikontor i Vardø. Fordi begge partene tilhører staten som juridisk person, og ikke utgjør selvstendige juridiske personer, var spørsmålet om anskaffelsesregelverket etter omstendighetene kan få anvendelse også for avtaler mellom ulike enheter under samme juridiske person.

Klagenemnda viste til at det er ulik praksis i EU-landene, delte meninger i juridisk teori om avtaler mellom enheter innen én og samme juridiske person alltid er unntatt fra regelverket og at EU-domstolen ikke hadde tatt stilling til spørsmålet. Fordi det ikke var holdepunkter for at Statsbygg driver på en måte som kan virke konkurransevidende, fant imidlertid klagenemnda ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet, men konkluderte at kontrakten kunne inngås uten at det forelå brudd på anskaffelsesregelverket.

---

## **KOFA 2013/99**

Helse Nord RHF etablerte i 2005 Helse Nord IKT som en avdeling underlagt Helse Nord RHF. Universitetssykehuset Nord-Norge HF, som er et datterselskap til Helse Nord RHF, inngikk senere en avtale med Helse Nord IKT om kjøp av driftstjenester knyttet til maskinvare, infrastruktur og programvare.

Spørsmålet KOFA måtte ta stilling til, var om unntaket for utvidet egenregi kunne komme til anvendelse i saken, til tross for at det dreide seg om såkalt ”omvendt vertikalt samarbeid”, altså et samarbeid der et datterselskap tildeler en kontrakt til sitt morselskap. KOFA kom til at unntaket for utvidet egenregi kunne komme til anvendelse også på slikt samarbeid.

## **DEL 3 UNNTAKET FOR OFFENTLIG-OFFENTLIG SAMARBEID OG INTERKOMMUNALE ORGANISASJONSMODELLER**

### **10 INNLEDNING**

#### **10.1 Forutsetninger for videre drøftelser**

I del 1 redegjorde vi for enkelte sentrale utgangspunkter for spørsmålet om anskaffelsesreglene kommer til anvendelse på ulike former for offentlig-offentlig samarbeid. Når det nå skal foretas en vurdering av de enkelte norske modellene for interkommunalt samarbeid sett opp mot anskaffelsesregelverkets unntaksregler, er det betimelig å minne om dette.

For det første vil som nevnt flere former for samarbeid mellom offentlige aktører dreie seg om politisk, snarere enn økonomisk virksomhet. Der samarbeidet ikke dreier seg om utvekslingen av varer, tjenester eller bygg- og anleggsarbeid mot vederlag, kommer anskaffelsesreglene heller ikke til anvendelse.

Visse former for samarbeid faller også utenfor regelverket som følge av at det må anses som et utslag av intern (re)organisering av forvaltningsapparatet. Det kan også ligge slik an at oppdragstaker i tråd med EU-domstolens avgjørelse i *Tragsa/Asemfo* må anses for å utføre sine oppgaver på bakgrunn av et forvaltningsrettslig pålegg snarere enn en kontrakt i anskaffelsesdirektivenes forstand.<sup>117</sup>

Endelig kan samarbeid om visse typer oppgaver være unntatt direktivenes virkefelt selv om samarbeidet isolert sett bygger på en gjensidig bebyrdende (konsesjons)kontrakt. Dette gjelder for eksempel samarbeid om oppgaver som innebærer offentlig myndighetsutøvelse.

Når de ulike organisasjonsmodellene i det videre skal vurderes i lys av direktivenes unntak for offentlig-offentlig samarbeid, er det følgelig en forutsetning at det er brakt på det rene at samarbeidet overhodet faller inn under direktivenes anvendelsesområde.

---

<sup>117</sup> Sak C-295/05, *Tragsa/Asemfo*.

---

Spørsmålet om et interkommunalt samarbeid kan unntas etter direktivenes bestemmelser om offentlig-offentlig samarbeid kan videre ikke avgjøres alene på bakgrunn av lovreguleringen av den samarbeidsmodellen som er valgt. Som det fremgår av gjennomgangen i del 2 må det foretas en konkret vurdering av om unntakene kommer til anvendelse i det enkelte tilfelle.

Aktivitetskriteriet i både unntaket for utvidet egenregi og unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid innebærer for eksempel at de faktiske omstendigheter og den markedsmessige innvirkningen av samarbeidet må vurderes før man kan fastslå om unntakene kan komme til anvendelse.

Om et samarbeid i tråd med en av de organisasjonsmodeller som skal gjennomgås i det videre i det enkelte tilfelle er unntatt direktivene lar seg følgelig ikke generelt fastslå med sikkerhet. Det lar seg imidlertid fastslå hvorvidt et samarbeid organisert i tråd med modellene som behandles nedenfor i *prinsippet* vil kunne ha potensial for å unntas fra regelverket.

## **10.2 Oversikt over utredningens del 3**

Nedenfor skal vi først behandle den interkommunale samarbeidsmodellen vertskommunesamarbeid i punkt 11. Deretter følger behandlingen av interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 i punkt 12, og av samkommunemodellen i punkt 13.

Interkommunalt samarbeid som organiseres i tråd med lov om interkommunale selskaper behandles i punkt 14, mens samarbeid organisert gjennom opprettelsen av aksjeselskaper behandles i punkt 15. I punkt 16 behandles enkelte særlige problemstillinger knyttet til samarbeid mellom selskaper i kommunal eie.

Til slutt behandles avtalebasert samarbeid i punkt 17.

## **11 VERTSKOMMUNESAMARBEID**

### **11.1 Innledning**

Vertskommunesamarbeid etter kommuneloven 5 A skiller mellom to modeller:

- Administrativt vertskommunesamarbeid, jf. kommuneloven § 28-1b; og
- Vertskommunesamarbeid med felles folkevalgt nemnd, jf. kommuneloven § 28-1c.

Vertskommunemodellen er i utgangspunktet ment å være rettet mot samarbeid om forvaltningsoppgaver, gjerne oppgaver som innebærer offentlig myndighetsutøvelse. Der samarbeidet dreier seg om å utføre oppgaver som, om enn bare leilighetsvis, innebærer offentlig myndighetsutøvelse, faller samarbeidet av den grunn utenfor anskaffelsesregelverket, og det er ikke nødvendig å undersøke om noen av unntakene for offentlig-offentlig samarbeid i artikkel 12 kommer til anvendelse.<sup>118</sup> For den type samarbeid som utføres i vertskommunemodellen, kan

---

<sup>118</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 og forsyningsdirektivet artikkel 28.

---

således unntaket for myndighetsutøvelse være særlig aktuelt. Dette gjelder for eksempel som den store hovedregel samarbeid innenfor barnevernssektoren.

Kommuneloven Kap. 5A legger imidlertid etter sin ordlyd ingen begrensninger på hvilke typer oppgaver kommunene kan benytte vertskommunesamarbeidet til. I prinsippet kan derfor vertskommunesamarbeid også benyttes til samarbeid om for eksempel administrative støttetjenester som IKT og regnskap eller annen mer forretningspreget virksomhet. Hvis det i denne sammenheng også ytes vederlag for tjenestene, antas anskaffelsesreglene å komme til anvendelse. I så fall må det vurderes om samarbeidet potensielt kan unntas regelverket under henvisning til unntakene for offentlig-offentlig samarbeid. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene.<sup>119</sup>

Departementet la i høringsnotatet for lovforslaget til grunn at vertskommunemodellen i første rekke ble utarbeidet ”med sikte på verksemd og avgjerds makt som ligg innanfor kjerneoppgåvene til kommunane”, og at vertskommunesamarbeidet i utgangspunktet ikke var ment for virksomheter som tilbyr ytelser i et marked. Fordi kommunene imidlertid ikke er rettslig forhindret fra å drive slik virksomhet gjennom vertskommunemodellen, la departementet til grunn at anvendelsen av anskaffelsesreglene ”vil vere avgjerande for om det i slike tilfelle er mogleg for ein kommune å kjøpe tenester frå den interkommunale eininga utan å setje oppdraget ut på anbod. Dette inneber at kommunane på same måten som ved interkommunale samarbeidsordningar etter reglane som gjeld i dag, vil måtte vurdere spørsmålet om tenester som fell inn under lova om offentlege innkjøp, kan leggjast til ein annan kommune (vertskommune) [...] ” Videre ble det lagt til grunn at ”[e]i hovudutfordring for kommunane på dette området er at særleg det domstolsskapte unntaket for eigenregi ikkje utan vidare set klare grenser for når unntaket for eigenregi kan nyttast i interkommunale samarbeidsforhold.”

Vurderingen av om unntakene for offentlig-offentlig samarbeid kommer til anvendelse må vurderes særskilt for de to samarbeidsformene. Dette gjøres i det følgende.

## **11.2 Administrativt vertskommunesamarbeid – kommuneloven § 28-1b**

### **11.2.1 Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3**

#### **11.2.1.1 Kontrollkriteriet**

Som det fremgår av punkt 6.2.2 i del 2, er det sentrale etter kontrollkriteriet at oppdragstaker ikke kan opptre selvstendig og forfølge andre interesser enn oppdragsgiver. Oppdragstaker skal ikke opptre som en selvstendig markedsaktør, men må heller anses for å prestere sine ytelser på bakgrunn av underordningsforholdet til sin oppdragsgiver.

Det følger av praksis at oppfyllelsen av kontrollkriteriet må vurderes konkret i lys av alle relevante rettslige og faktiske omstendigheter, herunder de rettslige og avtalemessige rammene for oppdragstakers virksomhet. Sentralt for vurderingen er om oppdragsgiver etter en samlet

---

<sup>119</sup> Ot.prp.nr. 95 (2005-2006). Om lov om endringer i lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (interkommunalt samarbeid), punkt 8.2

---

vurdering har sikret seg en kontroll med oppdragstaker som begrenser sistnevntes autonomi vis-à-vis oppdragsgiver, der særlig følgende momenter er ansett relevante:

- Oppdragsgivers representasjon i oppdragstakers ”ledende organer”; og
- Hvilke kontroll- og tilsynsbeføyelser oppdragsgiver har forbeholdt seg.

Selv om oppdragstakers autonomi er begrenset, må i tillegg oppdragstakers markedsorientering vurderes, herunder særlig i hvilken grad oppdragstaker forfølger markedsorienterte formål.

I det videre ses nærmere på hvordan administrativt vertskommunesamarbeid forholder seg til denne kontrollvurderingen.

### **11.2.1.2 Vertskommunesamarbeidets organisatoriske selvstendighet**

Å inngå et administrativt verskommunesamarbeid innebærer at kommunestyret i en kommune (samarbeidskommunen) inngår avtale med en annen kommune (vertskommunen) om at vertskommunen får delegert myndighet fra samarbeidskommunen til å utføre de oppgaver og treffe avgjørelser i de typer saker som inngår i samarbeidsavtalen. Etter kommuneloven § 28-1 bokstav b kan det bare delegeres myndighet i saker som ikke er av prinsipiell betydning. Delegering skjer formelt ved at kommunestyret i samarbeidskommunen gir instruks til egen administrasjonssjef om å delegere myndigheten sin til administrasjonssjefen i vertskommunen.

Vertskommunemodellen innebærer ikke at det etableres en egen juridisk person. I administrativt vertskommunesamarbeid er det heller ingen organisatorisk overbygning for samarbeidet. Fordi det ved administrativt vertskommunesamarbeid ikke overlates kompetanse til en felles enhet, er vertskommunesamarbeidet et avtalebasert samarbeid mellom to selvstendige juridiske enheter. Dette viser seg også ved at en vertskommune kan inngå avtale om utførelse av de samme oppgavene for flere kommuner, men slik at samarbeidsavtalen alltid vil være individuell i forhold til den enkelte samarbeidskommunen.

Mangelen på en felles organisatorisk overbygning medfører at det fremstår nokså ukurant å vurdere det administrative vertskommunesamarbeidet i tråd med unntaket for utvidet egenregi. Det er imidlertid ikke noe absolutt hinder for å oppfylle kontrollkriteriet at oppdragsgiver – her kommune A – ikke eier eller på annen måte opptrer som deltaker i oppdragstakers – her kommune Bs virksomhet.<sup>120</sup> Spørsmålet er i tilfellet om samarbeidskommunen(e) vil kunne anses for å utøve noen form for kontroll over vertskommunen, slik at kontrollkriteriet i unntaket for utvidet egenregi vil anses oppfylt.

Delegasjon av myndighet til vertskommunen innebærer ikke at samarbeidskommunen gir fra seg eller overfører sin myndighet. Av kommunelovens § 28-1 bokstav b nr. 4 følger eksempelvis at de folkevalgte organer i vertskommunen ikke har instruksjons- eller omgjøringsmyndighet der samarbeidskommunen har delegert myndighet til vertskommunen til å utføre oppgaver eller treffe

---

<sup>120</sup> I sak C-295/05, *Tragsa/Asemfo*, dreide det seg trolig om et tilfelle der ikke alle Tragsas oppdragsgivere også var eiere av Tragsa, og derfor representert i et eierskapsorgan eller liknende. Domstolens la opp til at unntaket for utvidet egenregi kunne komme til anvendelse likevel. Saksforholdet i den saken var imidlertid så spesielt at det er vanskelig å trekke sikre konklusjoner basert på denne avgjørelsen.

---

vedtak. Slik begrenses den innvirkning vertskommunens ledende organer kan ha på oppgavene som delegeres fra samarbeidskommunen til vertskommunen.

Samarbeidskommunen kan videre i medhold av § 28-1 bokstav b nr. 5 instruere vertskommunens administrasjon om utøvelsen av den delegerte myndigheten i saker som utelukkende gjelder samarbeidskommunen eller dennes berørte innbyggere. Samarbeidskommunen har også omgjøringsadgang i sakene vertskommunen avgjør på bakgrunn av den delegerte myndigheten, jf. § 28-1 bokstav b nr. 6, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd. Det følger dessuten av alminnelige forvaltningsrettslige regler om delegasjon at samarbeidskommunen – som fortsatt har det politiske ansvaret for oppgavene som er delegert til vertskommunen – når som helst kan trekke sin delegasjon tilbake. Samarbeidskommunen må dermed også selv kunne treffe vedtak i utvalgte saker. Endelig vil samarbeidskommunen kunne kreve lovlighetskontroll av vertskommunenes avgjørelser, jf. kommuneloven § 28-1 bokstav h.

Selv om samarbeidskommunen(e) etter dette har en ikke ubetydelig kontroll med hvordan de aktuelle oppgavene utføres av vertskommunens administrasjon, er det flere forhold som tilsier at denne kontrollen likevel ikke er tilstrekkelig for å oppfylle kontrollkriteriet i unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12.<sup>121</sup>

Det følger for det første av kommuneloven § 28-1 bokstav e at det er samarbeidsavtalen mellom partene som regulerer samarbeidet. Bestemmelsen angir visse minimumskrav til avtalens innhold, herunder at samarbeidskommunen skal underrettes om vedtak som fattes i vertskommunen – noe som til en viss grad tilrettelegger for kontroll fra samarbeidskommunens side. De nærmere detaljer, eksempelvis hvilke oppgaver som skal utføres og hvilken godtgjørelse som skal ytes, overlates det imidlertid til kommunene å bli enige om – og i denne sammenheng kan samarbeidskommunen ikke utøve noen form for kontroll over vertskommunen.

Det er videre vertskommunen som har organisasjons- og styringsretten når samarbeidet iverksettes. Og mens samarbeidskommunens instruksjonsrett er egnet til å sikre demokratisk kontroll med eventuelle vedtak vertskommunen måtte fatte, synes instruksjonsretten ikke å være rettet mot kontroll av andre oppgaver vertskommunen måtte ha fått i oppgave å utføre, så som regnskapsførsel el. Samarbeidskommunen vil heller ikke ha adgang til å instruere eller omgjøre i de saker som ikke alene gjelder samarbeidskommunens forhold. Siden vertskommunesamarbeid administrativt ligger under vertskommunen, er også kontrollutvalget i samarbeidskommunen i utgangspunktet avskåret fra å føre nærmere kontroll med oppgavene som er overlatt til vertskommunen.

For det andre er samarbeidskommunens kontroll i form av informasjonsrett og omgjøringsadgang av etterfølgende art. Den kontrollen samarbeidskommunen kan utøve over vertskommunen er følgelig mer indirekte enn i de tilfeller samarbeidskommunen selv er representert i oppdragstakers virksomhet som eier eller deltaker med kompetanse til å gripe direkte inn i virksomheten. Som det fremgikk av del 2, er et viktig moment i kontrollvurderingen i hvilken grad oppdragsgiver kan øve påvirkning gjennom sin tilstedeværelse i de ledende organer i oppdragstakers virksomhet mv. – et moment som ikke kan anses ivaretatt ved det administrative vertskommunesamarbeidet.

---

<sup>121</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 og forsyningsdirektivet artikkel 28.



---

Selv om det ikke kan utelukkes at kontrollkriteriet i visse tilfeller vil kunne anses som oppfylt ved konkrete avtaler om administrativt vertskommunesamarbeid, er det derfor vår oppfatning at dette fremstår som svært tvilsomt. Til dette kommer at det fremstår som lite trolig at man i tråd med de retningslinjer for aktivitetsvurderingen som det er gjort rede for i punkt 6.2.4 i del 2, vil kunne finne aktivitetskriteriet oppfylt ved administrativt vertskommunesamarbeid, ettersom vertskommunens aktivitet etter sin natur aldri vil være rettet mot samarbeidskommunen i den utstrekning dette kreves.

Etter vårt skjønn er det følgelig vanskelig å se at vilkårene for utvidet egenregi vil være oppfylt for det administrative vertskommunesamarbeidets del. Denne organisasjonsmodellen fremstår dermed som en lite egnet samarbeidsmodell der det er ønskelig å oppnå unntak etter artikkel 12 nr. 1-3.

### **11.2.2 Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4**

Som redegjort for under punkt 7 i del 2 følger det av anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 4 og EU-domstolens praksis at anskaffelsesreglene ikke gjelder der to eller flere offentlige oppdragsgivere går sammen om å utføre oppgaver, selv om ingen av samarbeidspartene har kontroll over den andre.<sup>122</sup>

Forutsetningen er at det dreier seg om et *reelt samarbeid* som:

- Involverer offentlige oppdragsgivere;
- dreier seg om utføringen av offentlig oppgave som realiserer en målsetning som er felles for alle oppdragsgiverne som deltar i samarbeidet; og
- utelukkende forfølger allmenne hensyn.

Selv om det ikke følger direkte av loven, vil administrativt vertskommunesamarbeid som hovedregel gjelde utføringen av slike offentlige oppgaver som vil være felles for de samarbeidende kommunene. Når samarbeidet dreier seg om slike offentlige – gjerne lovpålagte – oppgaver, og ikke virksomhet av mer forretningsmessig preg, vil samarbeidet også som hovedregel styres av allmenne snarere enn kommersielle hensyn. Herunder vil samarbeidet ofte være slik utformet at vertskommunens godtgjørelse for å utføre de oppgaver samarbeidet dreier seg om, er begrenset til å utgjøre en proratarisk kostnadsdekning. Slik sett skulle det ligge vel til rette for at unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid skulle kunne komme til anvendelse.

Når vi likevel anser det som utfordrende å unnta det administrative vertskommunesamarbeidet fra anskaffelsesregelverket under henvisning til unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid, skyldes dette at selve oppgaveutførelsen legges nettopp til vertskommunen, mens samarbeidskommunen bare forbeholder seg enkelte kontrollfunksjoner.

Som det fulgte av vår redegjørelse i punkt 7.2.1.2 i del 2, er det trolig et vilkår for at unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid skal kunne komme til anvendelse at samtlige samarbeidsparter

---

<sup>122</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 4 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 4.

---

bidrar ved den praktiske utføringen av oppgavene samarbeidet dreier seg om. Som fremgår av drøftelsene, er det ikke avklart hva det praktiske samarbeidet må bestå i, herunder akkurat hvilke oppgaver og hvor mye ”praktisk arbeid” hver enkelt kommune må utføre for at den enkelte kommunen i tilstrekkelig grad skal kunne anses for å bidra. Det er for eksempel etter gjeldende praksis ikke mulig, slik vi ser det, å angi et minstekrav for hvilken praktisk deltakelse som må til for at vilkåret vil anses oppfylt.

Der det administrative vertskommunesamarbeidet innebærer at vertskommunen alene utfører arbeid på vegne av samarbeidskommunen, er det imidlertid tvilsomt om unntaket vil kunne komme til anvendelse, idet det i et slikt tilfelle vil være administrasjonen i vertskommunen som er den som faktisk utfører oppgavene, uten deltakelse fra samarbeidskommunen(e) for øvrig.

Der vertskommunesamarbeidet er slik lagt opp at de samarbeidende kommunene foretar en arbeidsfordeling, ved at for eksempel kommune A er vertskommune for landbruk, mens kommune B er vertskommune for sosiale tjenester, er det et spørsmål om slik arbeidsdeling vil kunne føre samarbeidet inn under unntaket. Om unntaket vil kunne anvendes på slike ”byttehandler” er verken klarlagt i bestemmelsen i artikkel 12 nr. 4 eller praksis fra EU-domstolen.<sup>123</sup> I slike tilfeller forutsetter for så vidt samarbeidet at begge parter bidrar ved den praktiske utføringen av oppgaver som det ”overordnede” samarbeidet dreier seg om, men slik at kommunene ikke samarbeider om å utføre den enkelte oppgaven isolert sett. Det kan ikke utelukkes at samarbeidet i slike tilfeller vil kunne unntas regelverket. Den enkelte kommunen gir imidlertid fra seg kontroll med oppgaven som delegeres til den andre kommunen når kommunen ikke selv deltar ved utføringen av oppgaven. Om en slik oppgavefordeling kan unntas regelverket fremstår derfor som usikkert.

En forutsetning for at unntaket skal komme til anvendelse er under enhver omstendighet at samarbeidskommunenes aktivitet på markedet ellers ikke overstiger 20 % av samarbeidskommunenes samlede aktivitet for så vidt gjelder *den type oppgaver samarbeidet gjelder*. Om dette vilkåret er oppfylt vil bero på en konkret vurdering.

### **11.3 Vertskommunesamarbeid med felles folkevalgt nemnd – kommuneloven § 28-1c**

#### **11.3.1 Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3**

Når det gjelder innholdet i kontrollkriteriet vises til punkt 6.2.2 i del 2 og punkt 11.2.1 foran.

I motsetning til ved administrativt vertskommunesamarbeid innebærer vertskommunesamarbeid med felles folkevalgt nemnd at det etableres en organisatorisk overbygning for samarbeidet i og med opprettelsen av nemnden. Selv om nemnden hører inn under vertskommunens organisasjon og ikke utgjør et selvstendig rettssubjekt, passer unntaket for utvidet egenregi rent organisatorisk derfor bedre til denne samarbeidsmodellen.

I prinsippet er samarbeidskommunens kontroll ved vertskommunesamarbeid med felles nemnd den samme som ved det administrative vertskommunesamarbeidet for så vidt gjelder flere av de kontrollmekanismer samarbeidskommunen har: Samarbeidskommunen kan instruere

---

<sup>123</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 4 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 4.

---

vertskommunen i saker som gjelder egne forhold og/eller innbyggere, omgjøre vedtak truffet i medhold av den delegerte myndigheten og/eller trekke tilbake den delegerte myndigheten, samt kreve lovlighetskontroll av vertskommunenes avgjørelser, jf. kommuneloven § 28-1 bokstav h. Som for det administrative vertskommunesamarbeidets del gjelder videre at kommuneloven § 28-1 bokstav e fastslår at det skal finne sted en informasjonsstrøm mellom deltakerne, men utover dette overlates de nærmere detaljer i samarbeidsavtalen til samarbeidskommunene.

Det som særlig skiller vertskommunesamarbeid med felles nemnd fra administrativt vertskommunesamarbeid, er samarbeidskommunenes representasjon i en felles nemnd. Etter kommuneloven § 28-1 bokstav c, 4. ledd skal hver av deltakerkommunene velge minst to representanter til nemnda. I tillegg følger det av kommuneloven § 28-1 bokstav c nr. 5 at deltakerkommunenes ordførere, administrasjonssjefer, kommunerådsledere og eventuelt rådsmedlemmer med ledelsesansvar vil ha møte- og talerett i nemnda. Derved sikres forbindelseslinjene til den enkelte deltakerkommune slik at denne mer effektivt kan utøve sin instruksjons- og omgjøringsmyndighet. Den kontrollen samarbeidskommunene kan utøve må dermed kunne sies å være mer direkte enn det som gjelder for den administrative vertskommunemodellen.

Instruksjonsretten gjelder likevel bare i saker som alene gjelder samarbeidskommunen eller berørte innbyggere, jf. § 28-1 bokstav c nr. 6. I saker av felles betydning er følgelig samarbeidskommunens instruksjonsrett begrenset. Det følger videre § 28-1 bokstav c nr. 3 at avgjørelser av ikke-prinsipiell betydning kan videredelegeres til vertskommunens administrasjon, og dermed ut av deltakerkommunenes mer umiddelbare kontroll. Endelig vil deltakerkommunenes kontrollutvalg som utgangspunkt være avskåret fra å kontrollere vertskommunens virksomhet også når vertskommunesamarbeid med felles nemnd er anvendt.

Selv om det etableres en felles overbygning i form av felles nemnd som sikrer samarbeidskommunen mer kontroll enn det som er tilfellet i det administrative vertskommunesamarbeidet, er det vår vurdering at det også for så vidt gjelder vertskommunesamarbeid med felles nemnd vil være tvilsomt om kontrollkriteriet i unntaket for utvidet egenregi vil anses oppfylt.

Til dette kommer at det også ved denne modellen er vanskelig å finne aktivitetskriteriet oppfylt etter de retningslinjer for vurderingen som er gjennomgått i punkt 6.2.4 i utredningens del 2. Selv om det ved vertskommunesamarbeid med felles nemnd forefinnes en organisatorisk overbygning, slik at muligheten for å vurdere den virksomheten som utføres i nemnda separat i aktivitetsvurderingen kanskje fremstår som større enn ved det administrative vertskommunesamarbeidet, anser vi muligheten som tvilsom all den tid nemnden hører inn under vertskommunen som rettssubjekt.

Følgelig er det vår vurdering at det, som for det administrative vertskommunesamarbeidets del, er vanskelig å se at vilkårene for utvidet egenregi slik de fremgår av artikkel 12 nr. 1 og 3 vil være oppfylt, også for så vidt gjelder vertskommunesamarbeid med felles nemnd.

---

### 11.3.2 Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4

Som nevnt under punkt 11.2.2 foran (jf. også punkt 7 i del 2) følger det av anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 4 og EU-domstolens praksis at anskaffelsesreglene ikke gjelder der to eller flere offentlige oppdragsgivere går sammen om å utføre oppgaver, selv om ingen av samarbeidspartene har kontroll over den andre.<sup>124</sup>

Forutsetningen er at det dreier seg om et *reelt samarbeid* som:

- Involverer offentlige oppdragsgivere;
- dreier seg om utføringen av offentlig oppgave som realiserer en målsetning som er felles for alle oppdragsgiverne som deltar i samarbeidet; og
- utelukkende forfølger allmenne hensyn.

Som for det administrative vertskommunesamarbeidet gjelder at vertskommunesamarbeid med felles nemnd i de fleste tilfeller vil gjelde slike offentlige oppgaver som vil være felles for de samarbeidende kommunene. Som regel vil samarbeidet også styres av allmenne snarere enn kommersielle hensyn, herunder slik at vertskommunens godtgjørelse for å utføre de oppgaver samarbeidet dreier seg om, er begrenset til kostnadsdekning.

Som vist til under punkt 7.2.1.2 i del 2, er det imidlertid trolig et vilkår for at unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid skal kunne komme til anvendelse at samtlige samarbeidsparter også bidrar ved den praktiske utføringen av oppgavene samarbeidet dreier seg om. Som nevnt er det imidlertid ikke avklart hva det praktiske samarbeidet må bestå i, herunder akkurat hvilke oppgaver og hvor mye ”praktisk arbeid” hver enkelt kommune må utføre for at den enkelte kommunen i tilstrekkelig grad skal kunne anses for å bidra. Det er for eksempel ikke mulig, slik vi ser det, å angi et minstekrav for hvilken praktisk deltakelse som må til for at vilkåret vil anses oppfylt.

Som vi konkluderte med i punkt 11.2.2 foran, er det tvilsomt om unntaket vil komme til anvendelse der vertskommunesamarbeidet med felles nemnd innebærer at vertskommunen alene utfører arbeid på vegne av samarbeidskommunen. Dette fordi det i et slikt tilfelle vil være administrasjonen i vertskommunen som er den som faktisk utfører oppgavene, uten deltakelse fra samarbeidskommunen(e) for øvrig.<sup>125</sup>

Spørsmålet er likevel om opprettelsen av en felles nemnd, der hver samarbeidskommune er representert, medfører at samtlige deltakerkommuner kan anses for å bidra aktivt i samarbeidet om å løse oppgaver, i motsetning til det som gjelder for det administrative vertskommunesamarbeidet.

---

<sup>124</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 4 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 4.

<sup>125</sup> Som det fremgår over i punkt 11.2.2, kan imidlertid vertskommunesamarbeidet etter omstendighetene inngå som del av et større avtalekompleks, eksempelvis ved at flere kommuner inngår flere vertskommunesamarbeid, og det er ikke utelukket at unntaket vil kunne komme til anvendelse i slike tilfeller.

---

Ved opprettelsen av nemnden kommer en, slik vi ser det, nærmere ”kjernen” i unntakets anvendelsesområde enn det som gjelder for det administrative vertskommunesamarbeidet. Samarbeidskommunene stiller gjennom sine representanter i nemnden menneskelige ressurser til disposisjon, og sikrer seg dermed ved nemnden mer direkte kontroll over måten vertskommunen utfører oppgavene på. Derved kan det anses slik at samarbeidskommunene yter et mer direkte bidrag til samarbeidet enn ved det administrative vertskommunesamarbeidet.

På den annen side følger det av vertskommunemodellen som sådan at det er vertskommunen som påtar seg å løse nærmere bestemte oppgaver for deltakerkommunene. Dette gjelder også i de tilfeller det opprettes felles nemnd. Som for det administrative vertskommunesamarbeidet vil det dermed være slik at det er vertskommunen som stiller ressurser til disposisjon og som står for den daglige utførelsen av oppgavene, mens samarbeidskommunens forpliktelser etter samarbeidsmodellen vil være begrenset til å fatte vedtak i nemnden. Det altoverveiende arbeidet utføres dermed fortsatt av vertskommunen.

Som det fremgikk av vår redegjørelse i punkt 7.2.1.2 i del 2, følger det imidlertid av anskaffelsesdirektivets fortale at unntaket vil kunne komme til anvendelse selv om ikke samtlige samarbeidsparter deltar ved løsningen av hoveddelen av oppgavene som skal løses ved samarbeidet. Om det i denne sammenheng er tilstrekkelig at samarbeidskommunens eneste deltakelse skjer i kraft av sin representasjon i nemnden fremstår likevel som usikkert.

En forutsetning for at unntaket skal komme til anvendelse er under enhver omstendighet at samarbeidskommunenenes aktivitet på markedet ellers ikke overstiger 20 % av samarbeidskommunenenes aktivitet for så vidt gjelder *den type oppgaver samarbeidet gjelder*. Om dette vilkåret er oppfylt vil bero på en konkret vurdering.

#### **11.4 Oppsummering**

Det er etter vår vurdering vanskelig å se at vertskommunesamarbeid etter kommunelovens kapittel 5A vil kunne oppfylle vilkårene for å få unntak fra anskaffelsesregelverket i tråd med unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3.<sup>126</sup> Dette gjelder for så vidt begge vertskommunemodellene, men slik at vertskommunesamarbeid med felles nemnd synes å ha noe mer potensial for å tilfredsstille vilkårene i bestemmelsen.

Når det gjelder unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid, hefter det betydelig usikkerhet ved hvordan de nærmere vilkårene for anvendelsen av unntaket er å forstå. Særlig gjelder dette hvilke krav som stilles til samarbeidspartenes bidrag for å få oppgavene utført, og unntakets nærmere anvendelsesområde vil trolig utvikles i EU-domstolens praksis. Det er dermed vanskelig både å utelukke og å fastslå om unntaket kan komme til anvendelse på samarbeid organisert i tråd med vertskommunemodellen eller ikke.

Vår vurdering er imidlertid at svaret trolig kan stille seg ulikt for så vidt gjelder det administrative vertskommunesamarbeidet og vertskommunesamarbeid med felles folkevalgt nemnd.

---

<sup>126</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 1 og 3 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 1 og 3.

---

Det er vår vurdering at unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid neppe vil være oppfylt for det administrative vertskommunesamarbeidets del. Dette fordi samarbeidsmodellen nettopp legger opp til at løsningen av de aktuelle oppgavene er ment overlatt til vertskommunen, uten nærmere forpliktelser for samarbeidskommunen. Det er da vanskelig å se det slik at vi står overfor et *samarbeid* som kan unntas etter bestemmelsen.<sup>127</sup>

Når det gjelder vertskommunesamarbeid med opprettelse av felles nemnd, ligger forholdene bedre til rette for at unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid skal kunne komme til anvendelse. I denne modellen vil en kunne se det slik at også samarbeidskommunen bidrar ved løsningen av oppgavene, i alle fall gjennom å stille menneskelige ressurser til disposisjon i nemnden.

Fordi unntaket for utvidet egenregi neppe vil komme til anvendelse på samarbeid organisert i tråd med vertskommunemodellen, og fordi svaret på om unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid kommer til anvendelse på slikt samarbeid er beheftet med så vidt stor usikkerhet, er det dermed vårt syn at vertskommunesamarbeidet trolig vil være best egnet til samarbeid som i utgangspunktet faller utenfor anskaffelsesreglene, slik tilfellet ofte for eksempel vil være for samarbeid innenfor barnevern.

## **12 INTERKOMMUNALT SAMARBEID ETTER KOMMUNELOVEN § 27**

### **12.1 Innledning**

Et interkommunalt og interfylkeskommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 kan være organisert som et løserer prosjektsamarbeid, eller det kan inngås på mer varig basis. Hva enten samarbeidet er opprettet for å løse en begrenset oppgave, eller for å løse slike oppgaver løpende, opprettes en organisatorisk overbygning ved opprettelsen av et § 27-styre. Det etableres en egen samarbeidsordning, det vil si et selvstendig interkommunalt beslutningsnivå, et organ med beslutningsmyndighet på et begrenset område. Det nærmere samarbeidet etter kommuneloven § 27 er i liten grad regulert, og det er i stor grad opp til kommunene å bestemme rammene for og innholdet i virksomheten.

Før det vurderes om oppgaver som overføres til et § 27-samarbeid faller inn under unntaket for utvidet egenregi, bør det vurderes om overføringen av oppgaver er av en slik art at det faller utenfor virkeområdet til anskaffelsesreglene.

For det første kan samarbeidet være organisert slik at det ikke uten videre vil anses for å utgjøre en kontrakt i direktivens forstand. For sammenhengens skyld gjentas henvisningen til EU-domstolens avgjørelse i *Tragsa/Asemfo* og følgende uttalelse i fortalen til anskaffelsesdirektivet;

*“Certain cases exist where a legal entity acts, under the relevant provisions of national law, as an instrument or technical service to determined contracting authorities, is*

---

<sup>127</sup> Som det fremgår over i punkt 11.2.2, kan imidlertid vertskommunesamarbeidet etter omstendighetene inngå som del av et større avtalekompleks, eksempelvis ved at flere kommuner inngår flere vertskommunesamarbeid, og det er ikke utelukket at unntaket vil kunne komme til anvendelse i slike tilfeller.

---

*obliged to carry out orders given to it by those contracting authorities and has no influence on the remuneration for its performance. In view of its non-contractual nature, such a purely administrative relationship should not fall within the scope of public procurement procedures.*”<sup>128</sup>

For det andre vil samarbeid organisert i tråd med kommuneloven § 27 kunne falle utenfor anskaffelsesregelverket som følge av at det ikke dreier seg om økonomisk virksomhet. For eksempel vil det samarbeidet som utføres i ulike regionråd ofte ikke omfattes av regelverket, idet dette gjerne dreier seg om rent faglig og politisk samarbeid, for eksempel koordinerende planleggingsvirksomhet mv.

For mer produksjonsrettet samarbeid vil det imidlertid kunne dreie seg om utføring av tjenester som i utgangspunktet må antas å falle inn under regelverket. Kommuneloven § 27 er heller ikke til hinder for at § 27-samarbeidet organiseres slik at det mellom § 27-samarbeidet og den enkelte kommune inngås kontrakter hvoretter samarbeidet yter nærmere bestemte tjenester mot en godtgjørelse fra den enkelte kommune. Særlig når det gjelder løpende tjenesteytelser, og utvidelser av allerede eksisterende samarbeid, vil spørsmålet om samarbeidet må vurderes etter direktivene settes på spissen. Er samarbeidet av en slik art at det omfattes av anskaffelsesreglene må det derfor vurderes om samarbeidet kan unntas regelverket i henhold til unntaket for utvidet egenregi slik det nå følger av artikkel 12.

Kommuner og fylkeskommuner kan inngå § 27-samarbeid, mens verken private parter eller staten kan delta i samarbeidet. For vurderingen av forholdet til unntaket for utvidet egenregi er det følgelig ikke nødvendig å ta stilling til betydningen av eventuell privat deltakelse.

## **12.2 Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3**

### **12.2.1 Kontrollkriteriet**

Som det fremgår av punkt 6.2.2 i del 2, er det sentrale etter kontrollkriteriet slik det nå følger av artikkel 12 at oppdragstaker ikke kan opptre selvstendig og forfølge andre interesser enn oppdragsgiver. Oppdragstaker skal ikke opptre som en selvstendig markedsaktør, men må anses for å prestere sine ytelser på bakgrunn av underordningsforholdet til sin oppdragsgiver.

Det følger av praksis at oppfyllelsen av kontrollkriteriet må vurderes konkret i lys av alle relevante rettslige og faktiske omstendigheter, herunder de rettslige og avtalemessige rammene for oppdragstakers virksomhet. Sentralt for vurderingen er om oppdragsgiver etter en samlet vurdering har sikret seg en kontroll med oppdragstaker som begrenser sistnevntes autonomi vis-à-vis oppdragsgiver, der særlig følgende momenter er ansett relevante:

- Oppdragsgivers representasjon i oppdragstakers ”ledende organer”; og
- hvilke kontroll- og tilsynsbeføyelser oppdragsgiver har forbeholdt seg.

---

<sup>128</sup> Se premiss 34 i Anskaffelsesdirektivets fortale.

---

Selv om oppdragstakers autonomi er begrenset, må i tillegg oppdragstakers markedsorientering vurderes, herunder særlig i hvilken grad oppdragstaker forfølger markedsorienterte formål.

I det videre ses nærmere på hvordan samarbeidsmodellen i kommunelovens § 27 forholder seg til denne kontrollvurderingen.

### **12.2.1.1 § 27-samarbeidets organisatoriske selvstendighet fra deltakerkommunene**

§ 27-samarbeidet kjennetegnes ved at det enkelte kommunestyret gjør vedtak om opprettelse av et styre. Styret er samarbeidets øverste organ, og til styret kan kommunestyret selv gi myndighet til å *”treffe avgjørelser som angår virksomhetens drift og organisering”*. Uavhengig av om samarbeidet er organisert som del av kommunen eller som selvstendig rettssubjekt, kan den enkelte deltakerkommune ikke instruere § 27-samarbeidet direkte, men må styre gjennom sine representanter i § 27-styret. Dette innebærer at oppgavene som utføres i § 27-samarbeidet tas ut av deltakerkommunenes umiddelbare kontrollsfære. Dette kan ha en politisk side, men i forhold til kontrollkriteriet er det sentrale spørsmålet om kommunene likevel har sikret at § 27-samarbeidet bare i begrenset grad kan opptre selvstendig fra deltakerkommunene.

Når det gjelder spørsmålet om med hvilken selvstendighet § 27-samarbeidet kan opptre, vil svaret variere alt ettersom samarbeidet organiseres som del av deltakerkommunene eller som selvstendig rettssubjekt. Hvorvidt samarbeidet er et eget rettssubjekt eller ikke avgjøres ut fra en konkret vurdering der en rekke momenter vil være relevante.<sup>129</sup> Dersom vedtektene bestemmer at styret skal representere deltakerne utad og kunne binde disse med sine disposisjoner, ta opp lån på vegne av deltakerne mv. vil styret fremstå som et selvstendig organ og ventelig bedømmes som et eget rettssubjekt. Styret vil da kunne opptre utad, herunder inngå avtaler og ansette personale. Dersom kommunene velger å organisere samarbeidet som del av kommunene fremfor som et selvstendig rettssubjekt, viser dette at kommunene har søkt å begrense samarbeidets evne til å opptre selvstendig fra deltakerkommunene.

Når det gjelder § 27-samarbeidet som organisasjonsmodell følger det av forarbeidene til kommuneloven § 27 at samarbeidet er tenkt som et alternativ til selskapsrettslige organisasjonsmodeller. Samtidig er det i forarbeidene pekt på at loven åpner for at det kan tas hensyn til at styret får en balansert partipolitisk sammensetning, samt at dersom det er ønskelig at styrets kompetanse til å pådra deltakerkommunene økonomisk ansvar er vid, bør andre organisasjonsmodeller overveies.<sup>130</sup> Uavhengig av om § 27-samarbeidet organiseres som selvstendig rettssubjekt eller ikke, indikerer altså også valget av § 27-samarbeidet som organisasjonsmodell i seg selv at deltakerkommunene i utgangspunktet har ønsket å begrense oppdragstakers selvstendighet.

Valg av organisasjonsmodell er imidlertid ikke tilstrekkelig for oppfyllelse av kontrollkriteriet. I tillegg må det vurderes om deltakerkommunene sikres representasjon i samarbeidets ledende organer og tilstrekkelig kontroll og tilsyn med samarbeidets virksomhet. Kommuneloven sikrer i denne sammenheng deltakerkommunene flere viktige kontrollforanstaltninger.

---

<sup>129</sup> Se også Rt. 1997 s. 623.

<sup>130</sup> NOU 1990:13 Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner § 58. Interkommunalt styre (§ 27 i den vedtatte loven), s. 416-417.



---

Det er for det første kommunestyrene i den enkelte deltakerkommune som fastsetter vedtekter for samarbeidet. Ved at både fastsettelsen og endringer av vedtektene fortsatt hører under kommunestyrene selv, sikres deltakerkommunene inngående kontroll med virksomheten § 27-samarbeidet skal drive og de formål som skal forfølges.

Det er videre forutsatt både i lovens forarbeider og i juridisk teori at samtlige deltakere i samarbeidet må være representert i styret, som er § 27-samarbeidets øverste styrende organ. I motsatt fall vil ikke den enkelte deltakerkommune anses for å ha overdratt beslutningsmyndighet til § 27-styret, men snarere til representantene for de øvrige deltakerkommunene.<sup>131</sup> Av del 2 fremgikk at et viktig element i kontrollvurderingen nettopp er hvorvidt oppdragsgiver er representert i oppdragstakers ledelse, noe som altså vil være tilfellet for § 27-samarbeidet. Det er videre opp til deltakerkommunene å bestemme hvorvidt deres representanter skal velges blant kommunens "egne", eksempelvis kommunestyrerepresentanter eller kommunens administrativt ansatte, eller blant eksterne kandidater. Dersom vedtektene bestemmer at kommunene skal være direkte representert gjennom egne politiske eller administrative representanter, styrker dette kommunenes kontroll.

Styrets kompetanse er dessuten i loven positivt angitt – og dermed også begrenset – til å løse kommunenes felles oppgaver. Videre er kompetansen begrenset i den forstand at styret utelukkende kan gis myndighet å treffe avgjørelser som angår virksomhetens *drift og organisering*. I forarbeidene heter det om dette at "*de funksjoner som styret kan tildeles må være relatert til den faktiske virksomhet som samarbeidsprosjektet omfatter*".<sup>132</sup>

Også styrets økonomiske frihet er begrenset i den forstand at det er opp til deltakerkommunene selv å fastsette hvor store budsjetter samarbeidet skal rå over, samt bestemme hvorvidt styret har myndighet til å ta opp lån eller på annen måte pådra deltakerne økonomiske forpliktelser. Det følger for øvrig av kommuneloven § 80 om innsyn og undersøkelser i selskaper, at kommunene kan underlegge § 27-samarbeid en inngående kontroll hva gjelder virksomhetens økonomiske forhold.

§ 27-styret utstyres etter loven følgelig med svært begrensede fullmakter hva gjelder hvilke oppgaver det kan befatte seg med og hvilke beslutninger det kan fatte. Dermed synes det å følge av loven selv at de viktige beslutningene angående virksomheten og de strategiske formål som skal forfølges i § 27-samarbeidet, fortsatt ligger nettopp hos deltakerkommunene selv.

I tillegg til de styringsmekanismer loven eksplisitt forbeholder deltakerkommunene, står det deltakerkommunene fritt å sikre seg ytterligere kontroll – i både positiv og negativ forstand – gjennom fastsettelsen av vedtektene for samarbeidet.

Det synes etter dette å være liten tvil om at deltakerkommunene vil kunne utøve tilstrekkelig kontroll over et § 27-samarbeid til at kontrollkriteriet i utgangspunktet vil anses oppfylt.

---

<sup>131</sup> Se Bernt og Overå, *Kommuneloven med kommentarer* (2001), s. 199.

<sup>132</sup> Ot. prp. nr. 42 (1991-1992), s. 111.

---

### 12.2.1.2 § 27-samarbeidets markedsorientering

Som det fremgår under punkt 6.2.2 i del 2, er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig å fastslå at oppdragstaker er underlagt oppdragsgivers kontroll rent organisatorisk for at kontrollkriteriet skal anses oppfylt. I tillegg må oppdragstakers markedsorientering vurderes. Det må sikres at oppdragsgiver og oppdragstaker forfølger de samme overordnede formål – det må foreligge interesselikheter mellom samarbeidspartene.

Lovens forutsetning om at samarbeidet kan opprettes for å løse kommunenes ”felles oppgaver” tilsier at § 27-samarbeidets markedsorientering i utgangspunktet er ment å være begrenset. Det samme gjelder lovens forutsetning om at styrets kompetanse er begrenset til å dreie seg om drift og organisering av disse oppgavene. For mye av det samarbeid som er organisert etter kommuneloven § 27 vil det da også gjelde at formålet med samarbeidet er å utføre kommunenes offentlige oppgaver for deltakerkommunene, og at samarbeidets markedsorientering vil være av mindre betydning.

Loven begrenser imidlertid ikke kommunenes adgang til å samarbeide om mer forretningspreget virksomhet gjennom § 27-modellen – og det er på det rene at slikt samarbeid også rent faktisk finner sted. Flere § 27-samarbeider selger i varierende utstrekning varer og tjenester til andre enn sine deltakerkommuner (for eksempel renovasjon). I prinsippet vil derfor innrettelsen av § 27-samarbeidet kunne være slik at samarbeidets materielle og geografiske virkeområde og mulighet til å kontrahere med selvstendige tredjeparter kan bidra til å svekke den kontrollen deltakerkommunene i utgangspunktet er sikret gjennom loven og vedtektene.

Som det fremgikk av punkt 6.2.2.3 i utredningens del 2 synes EU-domstolen å ta utgangspunkt i hvilket *formål* oppdragstaker forfølger, fastsatt under hensyn til de rettslige og avtalemessige rammer for oppdragstakers virksomhet, når oppdragstakers markedsorientering skal vurderes.

Etter kommuneloven § 27 kan deltakerkommunene både fastsette hvilke oppgaver samarbeidet skal utføre, og hvilken myndighet som konkret skal delegeres. Videre følger det av § 27 andre ledd at deltakerkommunene i vedtektene kan fastsette området for § 27-styrets virksomhet. Dette innebærer at deltakerkommunene enkelt kan fastsette at hovedformålet med virksomheten som utføres i § 27-samarbeidet skal være å utføre offentlige tjenester for deltakerkommunene, og dermed begrense § 27-samarbeidets virksomhet både materielt og geografisk.

### 12.2.1.3 Særlig om kravene til felles kontrollutøvelse

Et § 27-samarbeid forutsetter at to eller flere kommuner er felles deltakere i samarbeidet. Av EU-domstolens praksis følger det at unntaket for utvidet egenregi i utgangspunktet kan komme til anvendelse uavhengig av hvor mange deltakere det er i samarbeidet, og uten hensyn til den enkelte deltakers eierandel, jf. punkt 6.3 del 2. Selv om den enkelte deltakerkommune som oppdragsgiver ikke kan utøve kontroll over § 27-samarbeidet som oppdragstaker på individuell basis, er dette altså ikke til hinder for at den enkelte deltakerkommune overfører oppgaver til § 27-samarbeidet etter unntaket for utvidet egenregi, så lenge deltakerkommunen kan utøve den nødvendige kontroll

---

over samarbeidet sammen med de øvrige deltakerkommunene. Dette utgangspunktet fremgår nå i artikkel 12 nr. 3.<sup>133</sup>

Som det fremgår av vår redegjørelse i punkt 6.3 i utredningens del 2, følger det imidlertid trolig av ordlyden i artikkel 12 nr. 3, sett i sammenheng med EU-domstolens praksis, at det må oppstilles visse krav om at den kontrollen deltakerkommunene samlet sett kan utøve over oppdragstaker, også må utøves av kommunene *i fellesskap*, for at kontrollkriteriet anses oppfylt ved felles kontroll.

Hvor langt dette kravet rekker er etter den praksis som foreligger ikke mulig å angi med sikkerhet. Det følger imidlertid av EU-domstolens avgjørelse i *Econord*, at det i alle fall trolig må oppstilles krav om at hver enkelt deltakerkommune må kunne utøve en viss *minste* innflytelse over § 27-samarbeidets virksomhet, for at kontrollkriteriet skal være oppfylt.

Spørsmålet er dermed om § 27-samarbeidet som samarbeidsmodell legger til rette for slik felles kontrollutøvelse fra deltakerkommunenes side.

Som det fremgikk i punkt 6.3, er det eneste vilkåret som i denne sammenheng eksplisitt oppstilles i artikkel 12 nr. 3, at;

*“the decision-making bodies of the controlled legal person are composed of representatives of all participating contracting authorities. Individual representatives may represent several or all of the participating contracting authorities;”*

Et § 27-samarbeid forutsetter som nevnt at samtlige av deltakerkommunene må være representert i § 27-samarbeidets øverste organ – styret. Det kan også opprettes underliggende organer i et § 27-samarbeid for å ivareta utførelsen av oppgavene som er tillagt styret, og som vil være direkte underlagt styrets instruksjonsmyndighet. Styret fremstår da mer som et eierorgan, som i for eksempel det interkommunale selskap. Slik kommunelovens intensjon må forstås, med krav om full medbestemmelsesrett for alle deltakende kommuner, antar vi at deltakerkommunenes representasjon i § 27-styret i seg selv vil tilfredsstille bestemmelsen i om representasjon i § 12 nr. 3.

Utover de forhold som er omtalt over, regulerer ikke kommuneloven § 27 det nærmere forholdet mellom deltakerkommunene, og den enkeltes innflytelse over samarbeidet. Det er følgelig opp til deltakerkommunene å regulere det innbyrdes forholdet seg imellom. Gjennom sine representanter til styret, vil den enkelte deltakerkommune imidlertid i utgangspunktet ha en viss *minste* innflytelse i samarbeidet.

Det er dessuten hvert enkelt kommunestyre som må fatte beslutningen om å opprette § 27-samarbeidet, og overføre den nødvendige myndighet tildette. Denne myndigheten kan ikke delegeres, og senere endringer hva gjelder § 27-samarbeidets virksomhetsområde eller kompetanse må dermed forutsettes vedtatt av det enkelte kommunestyre, og for eksempel ikke av et flertall av

---

<sup>133</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 3 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 3.

---

deltakerkommunene eller deres representanter. Slik sikres hver enkelt kommune direkte innflytelse over samarbeidet.

Samarbeidsmodellen i kommuneloven § 27 må etter vårt syn dermed anses for å legge til rette for at kravet om at deltakerkommunene skal kunne utøve den nødvendige kontroll over § 27-samarbeidet i fellesskap er oppfylt.

### **12.2.2 Aktivitetskriteriet**

Som fremgår av punkt 6.2.4 i del 2, følger det av direktivene at minst 80 % av oppdragstakers virksomhet må være rettet mot oppdragstakerens kontrollerende oppdragsgiver for at aktivitetskriteriet kan anses oppfylt. I dette ligger blant annet at:

- Det skal foretas en kvantitativ vurdering som (mest praktisk) tar utgangspunkt i oppdragstakers omsetning;
- all virksomhet hos oppdragstaker som er rettet mot kontrollerende oppdragsgiver eller enheter underlagt denne skal medtas.

Aktivitetsvurderingen i egenregilæren relaterer seg til faktiske forhold, og må foretas konkret i det enkelte tilfellet. Kommuneloven § 27 reiser i seg selv ikke særlige spørsmål for så vidt gjelder spørsmålet om aktivitetskriteriet kan være oppfylt når samarbeidet er organisert i tråd med bestemmelsen, men slik at det etter en konkret vurdering må kunne påvises at minst 80 % av virksomheten i § 27-samarbeidet er rettet mot deltakerkommunene eller andre enheter som er underlagt de samme kommunenes kontroll.

Som det fremgikk av våre drøftelser i punkt 6.3.2 i utredningens del 2 er det imidlertid usikkert om virksomhet som rettes mot enhver enhet som er kontrollert av en eller flere av deltakerkommunene skal telle med i aktivitetsvurderingen, eller om det bare er virksomhet som er rettet mot enheter som er kontrollert *av de samme kommunene som sammen kontrollerer § 27 samarbeidet* som skal telle med. Som nevnt bør nok, under hensyn til at unntak fra anskaffelsesregelverket skal tolkes strengt, det siste legges til grunn inntil EU-domstolen eventuelt har uttalt seg i motsatt retning.

Det er for øvrig grunn til å påpeke at deltakerkommunene ved utforming av vedtektene og angivelse av området for styrets virksomhet også vil kunne begrense § 27-samarbeidets ”utadrettede virksomhet”, og dermed langt på vei legge til rette for at aktivitetskriteriet vil anses oppfylt.

### **12.3 Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4**

Der § 27-samarbeidet ikke utgjør et eget rettssubjekt, kan det også være relevant å vurdere om det kan gjøres unntak fra anskaffelsesreglene for ikke-institusjonalisert samarbeid. Dette fordi man i tilfelle ikke trenger å ta stilling til om kontrollkriteriet er oppfylt, og fordi aktivitetsvurderingen vil arte seg noe annerledes enn etter unntaket for utvidet egenregi.

---

Som det fremgår av drøftelsene i punkt 7.2.1.2 i del 2, forutsetter anvendelsen av unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid trolig at samtlige av deltakerkommunene må bidra til den praktiske løsningen av oppgavene. Videre må samarbeidet utelukkende forfølge allmenne hensyn. Det følger av våre drøftelser i punkt 7.2.1.3 i utredningens del 2 at det i dette trolig ligger at samarbeidet ikke kan dreie seg om virksomhet av utpreget forretningsmessig karakter, og at eventuelle finansielle transaksjoner mellom partene må begrense seg til kostnadsdekning.

Som det fremgår foran, legger kommuneloven § 27 selv opp til at et § 27-samarbeid nettopp opprettes for å løse deltakerkommunenes *felles oppgaver*. Enn videre vil det i de tilfeller samarbeidet ikke er skilt ut i et eget rettssubjekt nettopp ligge slik an at samarbeidskommunene deltar rent faktisk i samarbeidet ved å stille sine egne ressurser – eksempelvis i form av egne ansatte eller øvrige produksjonsmidler – til disposisjon. Forholdene synes dermed å ligge vel til rette for at unntaket skal kunne komme til anvendelse.

Når det gjelder aktivitetskriteriet, følger det av våre vurderinger under punkt 7.2.1.4 i del 2 at samarbeidskommunenes opptreden på markedet parallelt med deres deltakelse i § 27-samarbeidet må være begrenset. Etter aktivitetskriteriet i anskaffelsesdirektivets artikkel 12 nr. 4 innebærer det at av den omsetningen hver av deltakerkommunene har som knytter seg til den typen aktivitet som utføres i § 27-samarbeidet, kan ikke mer enn 20 % stamme fra det åpne markedet. Hvorvidt dette vil være oppfylt beror på en individuell og konkret vurdering.

## **12.4 Oppsummering**

Utgangspunktet må etter vårt syn være at vilkårene i unntaket for utvidet egenregi vil være oppfylt ved § 27-samarbeid, der samarbeidet ikke utgjør et selvstendig rettssubjekt, men også i de tilfeller § 27-styrets selvstendighet tilsier at § 27-samarbeidet er et eget rettssubjekt, forutsatt at de faktiske forhold også legger til rette for dette.

Unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse uten hensyn til om den enkelte deltakerkommune ved kontraktstildelingen kan utøve nødvendig kontroll over § 27-samarbeidet alene, så lenge kommunen kan utøve den nødvendige kontroll i fellesskap med de øvrige deltakerkommunene. Samarbeidsmodellen legger til rette for at deltakerkommunene vil anses for å utøve slik kontroll i fellesskap.

Det må ved anvendelsen av § 27-samarbeid som samarbeidsform sikres at samarbeidet har minst 80 % av sin aktivitet rettet mot deltakerkommunene. Selv om vurderingen beror på de faktiske forhold, kan deltakerkommunene ved utforming av vedtektene og angivelse av området for § 27-styrets virksomhet kunne begrense § 27-samarbeidets ”utadrettede virksomhet”, og dermed langt på vei legge til rette for at aktivitetskriteriet vil anses oppfylt.

Unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid vil kunne komme til anvendelse på § 27-samarbeid som ikke utgjør et selvstendig rettssubjekt. Den enkelte deltakerkommunen kan i tilfellet bare i begrenset grad kan være aktiv i markedet når det gjelder den typen aktivitet § 27-samarbeidet gjelder, jf. artikkel 12 nr. 4.

---

## 13 SAMKOMMUNE

### 13.1 Innledning

Samkommunen som interkommunal samarbeidsmodell er regulert i kommuneloven kapittel 5B.

Samkommunemodellen er som vertskommunemodellen utformet for å gi kommunene anledning til å overlate kommunale kjerneoppgaver med innslag av offentlig myndighetsutøvelse til et interkommunalt samarbeid. Loven legger imidlertid ingen begrensninger på hvilke typer oppgaver og hvilken myndighet som kan overføres fra deltakerkommunene til samkommunen.

Samarbeid i form av en samkommune innebærer at deltakerkommunene overfører bestemte oppgaver og avgjørelsesmyndighet til samkommunen. Det fremheves i forarbeidene om samarbeidsmodellen at fra det tidspunkt ansvaret for å utføre oppgavene er overført til samkommunen, er det samkommunen selv som har det rettslige ansvaret for å utføre oppgavene.<sup>134</sup> Deltakerkommunene har ingen instruksjonsrett eller omgjøringsadgang for så vidt gjelder oppgavene som er overført til samkommunen.

For samkommunemodellen gjelder følgelig at kommunene ikke bare overlater til samkommunen å utføre bestemte oppgaver, men at de overfører sitt eget ansvar for å utføre oppgavene til samkommunen. Når vi står overfor et samarbeid organisert i tråd med samkommunemodellen, kan det på denne bakgrunn reises spørsmål ved om vi som hovedregel vil stå overfor en slik (re)organisering av forvaltningsapparatet som faller utenfor anskaffelsesregelverket etter anskaffelsesdirektivets artikkel 1 nr. 6. Det kan også, basert på EU-domstolens overveielser i *Tragsa/Asemfo*, reises spørsmål ved om kontraktsbegrepet vil være oppfylt for samkommunesamarbeidets del.<sup>135</sup> Se i denne sammenheng våre drøftelser i punkt 2.3 i del 2.

I den grad løpende samarbeid i tråd med samkommunemodellen likevel skulle kunne sies å utgjøre en kontrakt, eller for det tilfellet at en av deltakerkommunene skulle kontrahere særlig med samkommunen – noe forarbeidene til innføringen av samkommunemodellen synes å forutsette at skal være mulig – må det vurderes om vilkårene for utvidet egenregi slik de nå følger av artikkel 12 er til stede.<sup>136</sup>

### 13.2 Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3

#### 13.2.1 Kontrollkriteriet

##### 13.2.1.1 Innledning

Som det fremgår av punkt 6.2.2 i del 2, er det sentrale etter kontrollkriteriet slik det nå følger av artikkel 12 nr. 1 og 3 at oppdragstaker ikke kan opptre selvstendig og forfølge andre interesser enn oppdragsgiver. Oppdragstaker skal ikke opptre som en selvstendig markedsaktør, men må anses for å prestere sine ytelser på bakgrunn av underordningsforholdet til sin oppdragsgiver.

---

<sup>134</sup> Prop.49 L (2011-2012). Endringer i kommunelova m.m. (samkommune mv.) punkt 4.3.3

<sup>135</sup> Sak C-295/05, *Tragsa/Asemfo*

<sup>136</sup> Se Prop.49 L (2011-2012). Endringer i kommunelova m.m. (samkommune mv.) punkt 4.3.1

---

Det følger av praksis at oppfyllelsen av kontrollkriteriet må vurderes konkret i lys av alle relevante rettslige og faktiske omstendigheter, herunder de rettslige og avtalemessige rammene for oppdragstakers virksomhet. Det må i denne sammenheng vurderes om samkommunen bare i begrenset grad kan opptre selvstendig fra sine deltakerkommuner, der særlig følgende momenter er relevante:

- Oppdragsgivers representasjon i oppdragstakers "ledende organer"; og
- hvilke kontroll- og tilsynsbeføyelser oppdragsgiver har forbeholdt seg.

Selv om oppdragstakers autonomi er begrenset, må i tillegg oppdragstakers markedsorientering vurderes, herunder særlig i hvilken grad oppdragstaker forfølger markedsorienterte formål.

I det videre ses nærmere på hvordan samarbeidsmodellen samkommune forholder seg til denne kontrollvurderingen.

### **13.2.1.2 Samkommunens organisatoriske selvstendighet**

Samkommunen er et eget rettssubjekt som rettslig og økonomisk er adskilt fra den enkelte deltakerkommune.

Når kommuner inngår samarbeid etter samkommunemodellen, innebærer det at man har ønsket å legge til rette for effektive beslutningsprosesser og styringsdyktighet i et eget organ, men slik at man samtidig har ønsket å bevare kommunal innflytelse. Ved å velge samkommunen som organisasjonsform signaliserer derfor kommunene at man ikke har ønsket å løfte oppgavene helt ut av den "offentlige sfære". Organisasjonsformen i seg selv taler derfor i utgangspunktet for at kontrollkriteriet vil kunne være oppfylt, jf. punkt 6.2.2.2 i del 2.

Valg av organisasjonsform er imidlertid ikke tilstrekkelig for at kontrollkriteriet kan anses oppfylt. I tillegg må det vurderes om deltakerkommunene sikres representasjon i samkommunens ledende organer og tilstrekkelig kontroll og tilsyn med samkommunens virksomhet, jf. punkt 6.2.2.2 i del 2.

Departementet la i forarbeidene til grunn at "*deltakarkommunane vil kunne ha tilsvarande kontroll over samkommunen som med eiga verksemd*". Det ble i denne sammenheng pekt på at

*"deltakarkommunane utarbeider ein gjensidig og forpliktande avtale for samarbeidet, og at det blir etablert eit eige samkommunestyre der kvar deltakarkommune skal vere representert med minst tre medlemmer. Det er vidare lagt til grunn at deltakarkommunen kan utarbeide detaljerte føringar for korleis samkommunen skal løyse dei overførte oppgåvene."*<sup>137</sup>

Departementet presiserte imidlertid at "*ein også her må vurdere konkret om kontrollkriteriet faktisk er oppfylt i det enkelte tilfellet*".

---

<sup>137</sup> Prop.49 L (2011-2012). Endringer i kommunelova m.m. (samkommune mv.) punkt 8.2.2

---

Regulering av samkommunen i kommuneloven innebærer at kommunelovens regler gjelder så langt de passer for samkommunen, jf. kommuneloven § 28-2 a nr. 4. Videre får både forvaltningsloven og offentleglova anvendelse, jf. kommuneloven § 28-2 c. Dette innebærer at samkommunen som sådan styres av de samme prinsipper som det som ellers gjelder for deltakerkommunene. Samkommunens organisasjonsstruktur er imidlertid løsrevet fra den enkelte deltakerkommune i den forstand at samkommunestyret er samkommunens øverste organ, jf. kommuneloven § 28-2 h. I tillegg har samkommunen en administrativ leder, som ansettes av samkommunestyret.

Kommuneloven begrenser derved den enkelte kommunes umiddelbare kontroll i den forstand at deltakerkommunene ikke har noen direkte instruksjonsmyndighet eller omgjøringsadgang for så vidt gjelder de samarbeidsområder som legges til samkommunen.<sup>138</sup> Spørsmålet om kommunenes kontroll i denne sammenheng er imidlertid mer et spørsmål om politisk kontroll. For kontrollvurderingen etter unntaket for utvidet egenregi er dette av mindre betydning så lenge kommunene gjennom sin deltakelse i samkommunen som sådan, har slike kontrollbeføyelser at det sikrer kontroll med forvaltningen av den virksomheten som utføres i samkommunen i henhold til den praksis som er redegjort for under punkt 6.2.2 i del 2.

Den enkelte deltakerkommune utøver styring og ivaretagelse av egne interesser i samkommunen gjennom *samkommunestyret*.

Av kommuneloven § 28-2 h følger at samtlige deltakerkommuner skal være representert i samkommunestyre med minst tre representanter. Antall representanter utover dette er etter loven løsrevet fra den enkelte deltakerkommunes eier- og ansvarsandel, men slik at det nærmere antall medlemmer fra den enkelte deltakerkommune i samkommunestyret skal fastsettes i samarbeidsavtalen, jf. kommuneloven § 28-2 e nr 3 bokstav b. Utover de tre representantene står derved deltakerkommunene i prinsippet til å avtale annen fordeling av representanter i samkommunestyret.

Representantene i samkommunestyret representerer sine respektive kommuner i samkommunen og velges av og blant det enkelte kommunestyrets medlemmer, jf. kommuneloven § 28-2 h. Det følger klart at kommunestyret har full instruksjonsrett overfor sine representanter og som øverste organ i samkommunen, kan deltakerkommunene dermed gjennom samkommunestyret utøve innflytelse over samarbeidet og sentrale beslutninger gjennom sine representanter. Dertil kommer at deltakerkommunenes ordførere og administrasjonssjefer har møte- og talerett i samtlige av samkommunens organer, dog slik at administrasjonssjefene ikke har disse rettighetene vis-à-vis kontrollutvalget. Videre følger det av kommuneloven § 28-2 e bokstav j at det skal skje en viss informasjonsutveksling mellom samkommunen og dens deltakere ved at deltakerkommunene skal underrettes om vedtak som treffes i samkommunen.

Av kommuneloven § 28-2 j følger at deltakerkommunene kan avtale at stillingen som administrativ leder i samkommunen skal gå på omgang mellom administrasjonssjefene i deltakerkommunene. Også denne løsningen legger opp til en klar begrensning i samkommunens

---

<sup>138</sup> Se Se Prop.49 L (2011-2012). Endringer i kommunelova m.m. (samkommune mv.) punkt 4.3.1



---

praktiske muligheter til å opptre selvstendig fra sine deltakerkommuner – siden samkommunens administrasjonssjef til enhver tid hentes fra en av deltakerkommunene selv. Endelig er samkommunens muligheter til å opptre med særlig grad av autonomi fra sine deltakerkommuner begrenset som følge av at samkommunen bare kan oppta lån dersom dette følger av samarbeidsavtalen, jf. kommuneloven § 28-2 m.

Kommunelovens krav til inngåelse og innhold i samarbeidsavtalen gir videre deltakerkommunene innflytelse over sentrale spørsmål for samarbeidet, jf. kommuneloven § 28-2 e. Vedtakelse av samarbeidsavtalen krever tilslutning fra samtlige deltakerkommuners kommunestyre, og er i så måte løst fra samkommunestyrets sammensetning. Fordi samarbeidsavtalen blant annet regulerer hvilke oppgaver og beslutningsmyndighet som legges til samkommunen og samkommunen ikke har noen legalkompetanse, sikres deltakerkommunene ved dette direkte innflytelse med hensyn til det nærmere innhold i samarbeidet og utformingen av hvilken virksomhet som skal utføres i samkommunen. Også endringer i avtalen som gjelder de forhold som er særskilt nevnt i kommuneloven § 28-2 e krever tilslutning fra samtlige kommunestyre.

Når det gjelder etterfølgende kontroll av virksomheten som utføres i samkommunen, er kontrollutvalget i den enkelte deltakerkommune i utgangspunktet forhindret fra å føre kontroll med samkommunens virksomhet. Derimot skal det opprettes et eget kontrollutvalg for samkommunen. Etter kommuneloven § 28-2 o skal hver deltakerkommune være representert i kontrollutvalget med minst ett medlem, og medlemmet skal velges blant medlemmene i kommunestyret, fylkestinget eller kontrollutvalget i de enkelte deltakerkommunene. Også på denne måten er den enkelte deltakerkommune dermed sikret kontroll over virksomheten som utføres i samkommunen.

Etter kommuneloven § 28-2 q kan videre tre eller flere medlemmer i samkommunestyret eller tre eller flere medlemmer av deltakerkommunenes kommunestyre eller fylkesting sammen bringe avgjørelser truffet av samkommunens organer inn for lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59.

Kommunelovens bestemmelser om samkommunen og den enkelte deltakerkommunes innflytelse over samarbeidet i form av representanter i samkommunestyret og krav til inngåelse og innhold i samarbeidsavtalen, tilsier at den enkelte kommune gjennom sin deltakelse i samkommunen vil ha slik rettslig og faktisk mulighet til å styre og kontrollere samkommunen, at kontrollkriteriet kan anses oppfylt.

### **13.2.1.3 Samkommunens markedsorientering**

Som det fremgår under punkt 6.2.2 i del 2, er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig å fastslå at oppdragstaker er underlagt oppdragsgivers kontroll rent organisatorisk for at kontrollkriteriet skal anses oppfylt. I tillegg må oppdragstakers markedsorientering vurderes. Det må sikres at oppdragsgiver og oppdragstaker forfølger de samme overordnede formål – altså må det sikres at samkommunen ikke forfølger kommersielle formål i en slik grad at dette kan gå ut over de mer allmenne formål som forfølges av deltakerkommunene.

På samme måte som når det gjelder § 27-samarbeid synes det å følge av kommuneloven § 28-2 a at samkommunens markedsorientering i praksis vil være begrenset, ettersom samarbeidet etter

---

lovens ordlyd kan opprettes for å løse kommunenes ”felles oppgaver”. For mye av det samarbeid som eventuelt organiseres etter samkommunemodellen vil det da også gjelde at formålet med samarbeidet er å utføre kommunenes offentlige oppgaver for deltakerkommunene, slik at samarbeidets markedsorientering vil være av mindre betydning.

Samkommunens anvendelsesområde er imidlertid ikke begrenset til lovpålagte oppgaver, og forarbeidene synes å forutsette at samkommunen i enkelte tilfeller vil kunne tilby tjenester på markedet. I slike tilfeller må det vurderes om samarbeidets materielle og geografiske virkeområde samt mulighet til å kontrahere med selvstendige tredjeparter kan bidra til å svekke den kontrollen deltakerkommunene i utgangspunktet er sikret gjennom loven og vedtektene.

Som det fremgikk av punkt 6.2.2.3 i utredningens del 2 synes EU-domstolen å ta utgangspunkt i hvilket *formål* oppdragstaker forfølger, fastsatt under hensyn til de rettslige og avtalemessige rammer for oppdragstakers virksomhet, når oppdragstakers markedsorientering skal vurderes.

For samkommunens del framgår av kommuneloven § 28-2 e nr. 3 bokstav d at det er opp til deltakerkommunene å fastsette hvilke oppgaver og myndighet som skal overføres til samkommunen. Selv om vurderingen beror på de konkrete faktiske forhold, følger det derved at deltakerkommunene kan sikre begrenset markedsorientering ved å fastsette at hovedformålet med de oppgaver som skal overføres til samkommunen skal begrense seg til det å utføre offentlige oppgaver for deltakerkommunene.

#### **13.2.1.4 Særlig om kravene til felles kontrollutøvelse**

Samkommunemodellen forutsetter at flere kommuner er felles deltakere i samarbeidet. Av EU-domstolens praksis følger det at unntaket for utvidet egenregi kan komme til anvendelse uavhengig av hvor mange deltakere det er i samarbeidet, og uten hensyn til den enkelte deltakers eierandel, jf. punkt 6.3 i del 2. Selv om den enkelte deltakerkommune som oppdragsgiver ikke kan utøve kontroll over samkommunen som oppdragstaker på individuell basis, er dette altså ikke til hinder for at den enkelte deltakerkommune overfører oppgaver til samkommunen etter unntaket for utvidet egenregi, så lenge deltakerkommunen kan utøve den nødvendige kontroll over samkommunen sammen med de øvrige deltakerkommunene. Dette utgangspunktet fremgår nå i artikkel 12 nr. 3.<sup>139</sup>

Som det fremgår av vår redegjørelse i punkt 6.3 i utredningens del 2, følger det imidlertid av ordlyden i artikkel 12 nr. 3, sett i sammenheng med EU-domstolens praksis, at det trolig må oppstilles visse krav om at den kontrollen samarbeidskommunene samlet sett kan utøve over oppdragstaker, også nettopp må utøves av kommunene *i fellesskap*, for at kontrollkriteriet anses oppfylt ved felles kontroll.

Hvor langt dette kravet rekker er etter den praksis som foreligger ikke mulig å angi med sikkerhet. Som det fremgikk i punkt 6.3, er det eneste vilkåret som i denne sammenheng eksplisitt oppstilles i artikkel 12 nr. 3 at;

---

<sup>139</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 3 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 3.

---

*”the decision-making bodies of the controlled legal person are composed of representatives of all participating contracting authorities. Individual representatives may represent several or all of the participating contracting authorities;”*

Det følger videre av EU-domstolens avgjørelse i *Econord*, at det i alle fall trolig må oppstilles krav om at hver enkelt deltakerkommune må kunne utøve en viss *minste* innflytelse over samkommunens virksomhet, for at kontrollkriteriet skal være oppfylt.

Spørsmålet er dermed om samkommunen som samarbeidsmodell legger til rette for slik *felles kontrollutøvelse* fra deltakerkommunenes side.

Samkommunemodellen forutsetter som nevnt at samtlige av deltakerkommunene må være representert i samkommunens øverste organ – samkommunestyret – med tre representanter hver.

Utover de forhold som er omtalt over, regulerer ikke kommuneloven det nærmere forholdet mellom deltakerkommunene, og den enkeltes innflytelse over samarbeidet. Det er følgelig opp til deltakerkommunene å regulere det innbyrdes forholdet seg imellom. Gjennom sine representanter til samkommunestyret, vil den enkelte deltakerkommune imidlertid i utgangspunktet ha en viss *minste* innflytelse over kontrollen av samarbeidet.

Den enkelte deltakerkommune vil dessuten ha kontroll over samkommunen ved at det positivt må delegeres myndighet til samkommunen. Den myndighet som i samarbeidsavtalen blir lagt til samkommunen må være likelydende for deltakerne, og er da betinget av at samtlige deltakerkommuner har delegert samme kompetanse. Dermed er det vanskelig å se at den enkelte deltakerkommune ikke vil anses å ha en slik *minste innflytelse* i samarbeidet at kontrollen som utøves over samkommunen må sies å utøves av deltakerkommunene i felleskap.

### **13.2.2 Aktivitetskriteriet**

Som fremgår av punkt 6.2.4 del 2, følger det av direktivene at minst 80 % av oppdragstakers virksomhet må være rettet mot oppdragstakerens kontrollerende oppdragsgiver for at aktivitetskriteriet kan anses oppfylt. I dette ligger blant annet at:

- Det skal foretas en kvantitativ vurdering som (mest praktisk) tar utgangspunkt i oppdragstakers omsetning; og
- all virksomhet hos oppdragstaker som er rettet mot kontrollerende oppdragsgiver eller enheter underlagt denne skal anses som rettet mot kontrollerende oppdragsgiver;

Aktivitetsvurderingen i egenregilæren relaterer seg til faktiske forhold, og må foretas konkret i det enkelte tilfellet. Samkommunemodellen reiser i seg selv ikke særlige spørsmål for så vidt gjelder spørsmålet om aktivitetskriteriet kan være oppfylt når samarbeidet er organisert i tråd med modellen, men slik at det etter en konkret vurdering må kunne påvises at minst 80 % av virksomheten i samkommunen er rettet mot deltakerkommunene eller andre enheter som er underlagt de samme kommunens kontroll.

---

Dette har også departementet lagt til grunn. I forarbeidene vises til at aktivitetskriteriet (omtalt som “omsetningskriteriet”) i utgangspunktet vil være oppfylt for samkommunen “ *i og med at han er oppretta for å løyse oppgåver for deltakarkommunane*”, men at dette etter en konkret vurdering vil kunne fravikes dersom samkommunen også skal løse oppgaver for kommuner som ikke er tilsuttet samkommunen eller skal levere tjenester til andre tredjeparter og dette “ *ikkje utgjør ein ubetydeleg del*”.<sup>140</sup>

Som det fremgikk av våre drøftelser i punkt 6.3.2 i utredningens del 2 er det imidlertid usikkert om virksomhet som rettes mot enhver enhet som er kontrollert av en eller flere av deltakerkommunene skal telle med i aktivitetsvurderingen, eller om man bare skal se hen virksomhet som er rettet mot enheter som er kontrollert *av de samme kommunene som sammen kontrollerer samkommunen*. Som nevnt bør nok, under hensyn til at unntak fra anskaffelsesregelverket skal tolkes strengt, det siste legges til grunn inntil EU-domstolen eventuelt har uttalt seg i motsatt retning.

Det er for øvrig grunn til å påpeke at deltakerkommunene ved utforming av samarbeidsavtalen vil kunne begrense samkommunens ”utadrettede virksomhet” ved angivelse av hvilke oppgaver og hvilken avgjørelsesmyndighet som legges til samkommunen, og dermed langt på vei sikre at aktivitetskriteriet kan anses oppfylt.

### **13.3 Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4**

Samkommunemodellen er en av de samarbeidsmodeller som står tilgjengelig for kommunene når de ønsker å samarbeide om å løse felles oppgaver. Som den store hovedregel vil denne typen samarbeid trolig organiseres slik at kostnadene ved samarbeidet fordeles mellom deltakerkommunene, og uten at samkommunen, eller en enkelt deltakerkommune, vil oppbære fortjeneste ved samarbeidet.

I samkommunemodellen ligger det imidlertid nettopp at de enkelte deltakerkommuner legger til samkommunen – et selvstendig rettssubjekt – å utføre nærmere bestemte oppgaver. Ingen av deltakerkommunene kan dermed sies å bidra i den praktiske løsningen av oppgavene, og det synes derfor ikke relevant å vurdere om unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid kan tenkes å komme til anvendelse på samarbeidet.

### **13.4 Oppsummering**

Kommuneloven kapittel 5B om samkommune er ikke til hinder for at kommuner overfører oppgaver til samkommunen i henhold til unntaket for utvidet egenregi, idet det legges til rette for at samkommunen kan underlegges den nødvendige kontroll fra deltakerkommunene.

Unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse selv om den enkelte deltakerkommunen ikke ved kontraktstildelingen kan utøve nødvendig kontroll over samkommunen alene, så lenge deltakerkommunen kan utøve den nødvendige kontrollen i felleskap med de øvrige deltakerkommunene. Fordi samkommunemodellen forutsetter at samtlige deltakerkommuner må

---

<sup>140</sup> Prop.49 L (2011-2012). Endringer i kommunelova m.m. (samkommune mv.), punkt 8.2.2

---

overføre de samme oppgavene og den samme myndighet fra samme tidspunkt, er det vanskelig å se det annerledes enn at hver enkelt kommune vil ha den nødvendige innflytelse i samarbeidet til at de også må anses for å utøve kontrollen i felleskap.

Det må i alle tilfeller ved anvendelsen av samkommunen som samarbeidsform sikres at minst 80 % av aktiviteten er rettet mot deltakerkommunene. Selv om vurderingen beror på de faktiske forhold, kan samarbeidsavtalen angi samkommunens oppgaver og avgjørelsesmyndighet på en slik måte at dette ”oppdrar” og sikrer oppfyllelsen av kriteriet.

## **14 INTERKOMMUNALT SELSKAP ETTER IKS-LOVEN**

### **14.1 Innledning**

Interkommunale selskaper (IKS) etter lov om interkommunale selskap av 29. januar 1999 nr. 6 (IKS-loven), er i følge forarbeidene ment å være en selskapsform for organisering av kommunal virksomhet med mer eller mindre preg av forretningsdrift, men hvor det er behov for noe større grad av politisk styring og kontroll enn det aksjeselskapsformen åpner for.<sup>141</sup> Intensjonen er at de selskapsrettslige regler for IKS-formen skal styrke deltakerkommunenes eierinnflytelse, sammenlignet med hva aksjeselskapsformen tillater. Selv om IKS-loven i stor grad bygger på de samme forvaltningsmessige prinsipper som aksjeloven, er loven derfor både med hensyn til forvaltningsstruktur og økonomiforvaltning særlig tilpasset kommunale eiere, og er av samme grunn harmonisert med kommunelovens bestemmelser.

Der flere kommuner går sammen om å løse sine oppgaver ved å opprette et IKS og overlate til dette å utføre oppgavene fortløpende, vil anskaffelsesdirektivenes regler som det klare utgangspunkt komme til anvendelse. Det er vanskelig å se for seg at denne typen samarbeid vil kunne falle utenfor anskaffelsesregelverket i tråd med anskaffelsesdirektivet artikkel 1 nr 6 eller EU-domstolens avgjørelse i *Tragsa/Asemfo*, jf. punkt 2.3 i utredningens del 1. Spørsmålet som derfor må vurderes er om IKS som organisasjonsform kan gi grunnlag for å unnta kommunenes kjøp av tjenester etter unntaket for utvidet egenregi slik det nå følger av direktivet artikkel 12.

Både kommuner, fylkeskommuner og andre interkommunale selskaper kan være deltakere i et interkommunalt selskap regulert etter IKS-loven.<sup>142</sup> På samme måten som for samarbeid etter kommuneloven § 27, kan imidlertid verken staten eller private være deltakere i slike selskap. Følgelig er det, når det skal tas stilling til om unntaket for utvidet egenregi kan komme til anvendelse, ikke nødvendig å vurdere forholdet til private deltakere ved vurderingen av om samarbeidet er organisert slik at det tilfredsstillende direktivets kontroll- og aktivitetskriterier, jf. punkt 6 i del 2.

Om samarbeidet tilfredsstillende vilkårene for at unntaket for utvidet egenregi skal komme til anvendelse, beror på en sammensatt vurdering av om de konkrete faktiske og rettslige omstendighetene innebærer at kommunene kan utøve bestemmende innflytelse over viktige

---

<sup>141</sup> Se NOU 1995:17 s. 132 og 140, og Ot.prp.nr.53 (1997-1998) s. 45 og 73. Loven er imidlertid ikke forbeholdt næringsvirksomhet, jf. Ot.prp.nr.53 (1997-1998) s. 47.

<sup>142</sup> For enkelthets skyld vil vi i det følgende kun omtale kommuner.

---

beslutninger og strategiske målsetninger for det interkommunale selskapets virksomhet, herunder om IKSet bare i begrenset grad kan opptre selvstendig fra sine deltakerkommuner, og bare i begrenset grad kan opptre markedsorientert.

## **14.2 Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3**

### **14.2.1 Kontrollkriteriet**

#### **14.2.1.1 Innledning**

Som det fremgår av punkt 6.2.2 i del 2, er det sentrale etter kontrollkriteriet slik det nå følger av direktivets artikkel 12 nr. 1 og 3 at oppdragstaker ikke kan opptre selvstendig og forfølge andre interesser enn oppdragsgiver. Oppdragstaker skal ikke opptre som en selvstendig markedsaktør, men må anses for å prestere sine ytelser på bakgrunn av underordningsforholdet til sin oppdragsgiver.

Det følger av praksis at oppfyllelsen av kontrollkriteriet må vurderes konkret i lys av alle relevante rettslige og faktiske omstendigheter, herunder de rettslige og avtalemessige rammene for oppdragstakers virksomhet. Det må i denne sammenheng vurderes om IKSet bare i begrenset grad kan opptre selvstendig fra sine deltakerkommuner, der særlig følgende momenter er relevante:

- Oppdragsgivers representasjon i oppdragstakers "ledende organer"; og
- hvilke kontroll- og tilsynsbeføyelser oppdragsgiver har forbeholdt seg.

Selv om oppdragstakers autonomi er begrenset, må i tillegg oppdragstakers markedsorientering vurderes, herunder særlig i hvilken grad oppdragstaker forfølger markedsorienterte formål.

I det videre ses nærmere på hvordan samarbeidsmodellen etter IKS-loven forholder seg til denne kontrollvurderingen.

#### **14.2.1.2 Det interkommunale selskapets organisatoriske selvstendighet**

Et IKS er et eget rettssubjekt som rettslig og økonomisk er adskilt fra den enkelte deltakerkommune.

Når kommuner etablerer et IKS for deretter å la dette utføre tjenester, innebærer det i sin alminnelighet at kommunene har ønsket å skille ut virksomheten til et selvstendig organ, løsrevet fra anvendelsen av de alminnelige forvaltningsrettslige regler. Ved å velge IKS-formen signaliserer derved kommunene at samarbeidet skal organiseres i mer "armlengdes avstand" fra eierkommunene enn det som gjelder for § 27-samarbeidet og samarbeid gjennom opprettelsen av samkommune. Fordi IKS-formen som nevnt er tenkt anvendt når eierkommunene ønsker mer politisk styring og kontroll enn det kommunene i alminnelighet sikres etter aksjeloven, signaliserer kommunene likevel ved valget av denne organisasjonsformen, at eierkommunene ikke har ønsket å løfte oppgaven fullstendig ut av den "offentlige sfære". Dette taler isolert sett for at kontrollkriteriet vil kunne være oppfylt, jf. våre drøftelser om valg av organisasjonsmodell i punkt 6.2.2.2 i del 2.

---

Valg av organisasjonsform er imidlertid ikke tilstrekkelig for oppfyllelse av kontrollkriteriet. I tillegg må det vurderes om deltakerkommunene sikres representasjon i IKSets ledende organer og tilstrekkelig kontroll og tilsyn med selskapets virksomhet, jf. punkt 6.2.2.2 i del 2.

IKS-lovens regler om forvaltning av selskapets drift, innebærer at verken kommuneloven eller alminnelige forvaltningsrettslige regler om instruksjonsmyndighet, bevilgningsmyndighet og delegasjon mv. får anvendelse på kommunenes styring av selskapet. I stedet reguleres saksbehandlingen i selskapsorganene av IKS-loven.

IKSets selskapsrettslige organisasjonsform har likhetstrekk med aksjeselskapslovens regler om forholdet mellom eierskap og ledelse. I likhet med aksjeselskapet har IKSet en hierarkisk organisasjonsstruktur med representantskapet som øverste organ (tilsvarende generalforsamlingen i aksjeselskaper), jf. IKS-loven § 7. Etter IKS-loven § 10 skal et styre forestå forvaltningen av selskapet, mens den daglige ledelse forestås av daglig leder, jf. § 14.

Kommunene utøver som deltaker i IKSet styring og ivaretagelse av egne interesser i selskapet gjennom *representantskapet*.

IKS-loven § 6 fastsetter at samtlige deltakere i IKSet skal være representert i representantskapet. Lovens hovedregel er at samtlige deltakerkommuner skal ha minst ett medlem i representantskapet og én stemme hver med mindre annet er bestemt i selskapsavtalen.

Representantskapsmedlemmene representerer sine respektive kommuner i selskapsforholdet og oppnevnes av den enkelte eierkommunes kommunestyre (eller fylkesting for fylkeskommunene). Oppnevningen kan etter loven ikke delegeres til andre, jf. § 6 første ledd. Eierkommunene står imidlertid fritt til å velge representanter fra sine egne folkevalgte eller administrativt ansatte.<sup>143</sup> Det følger klart at kommunestyret har full instruksjonsrett overfor sine representanter.

Etter IKS-loven § 7 utøver deltakerkommunene gjennom representantskapet den øverste myndighet i IKSet. Spesielt for IKSet er at enkelte saker som i aksjeselskapet hører under styrets alminnelige forvaltningsansvar, i et IKS må behandles i representantskapet. Dette gjelder for eksempel selskapets budsjett og salg og investeringer av vesentlige eiendeler (fast eiendom). IKS-loven inneholder dessuten særlige regler for økonomistyring som ligger tettere opp mot kommunelovens økonomibestemmelser, for eksempel krav om økonomiplan, jf. IKS-loven § 20. I likhet med kommuneloven kan IKSet heller ikke ta opp lån med mindre det særskilt følger av selskapsavtalen (som i tilfelle må være godkjent av det enkelte kommunestyret), jf. § 22 første ledd, og selskapet kan ikke stille garanti eller pantsettes sine eiendeler, jf. § 22 fjerde ledd. Disse bestemmelsene har sammenheng med deltakerkommunenes økonomiske ansvar i selskapet.

---

<sup>143</sup> EU-domstolen har tidligere vektlagt forekomsten av slik direkte representasjon i kontrollvurderingen, se eksempelvis avgjørelsen i sak C-324/07, *Coditel Brabant*. Hvorvidt slik direkte (og ofte politisk) representasjon er ønskelig, kan være et omdiskutert spørsmål. Selv om slik direkte representasjon har blitt vektlagt positivt i kontrollvurderingen, kan det neppe utledes at slik representasjon er absolutt nødvendig for å sikre tilstrekkelig kontroll etter kriteriet.

---

Fordi kommunestyret i den enkelte deltakerkommune har instruksjonsrett overfor sine representanter i representantskapet, får deltakerkommunene derved direkte innflytelse og kontroll over vedtak og beslutninger i de sentrale sakene som loven, og eventuelt selskapsavtalen, legger til representantskapet.

I tillegg til deltakerkommunenes innflytelse over sentrale forhold ved selskapets drift som følge av deltakelse i representantskapet og dets kompetanse, kan kommunene også sikre styring og kontroll over selskapet ved valg av styrets sammensetning. Etter IKS-loven § 10 annet ledd, velges styret av representantskapet, og representantskapet kan etter samme bestemmelse når som helst fjerne styremedlemmer det selv har valgt. Representantskapet velger også styrets leder og nestleder, med mindre annet er bestemt i selskapsavtalen. Ved at det enkelte kommunestyre har full instruksjonsrett overfor sine medlemmer i representantskapet, kan kommunestyret i den enkelte deltakerkommunen følgelig også gi sine representanter instruksjoner om hvordan de skal stemme ved sammensetningen av styret og i så måte sikre innflytelse over styrets sammensetning.

Når det gjelder forholdet til daglig leder, forholder deltakerkommunene seg gjennom representantskapet til styret – og i utgangspunktet ikke til daglig leder. Daglig leder utpekes av styret og er også underlagt styrets tilsyn, men slik at IKS-loven § 14 åpner for at det i selskapsavtalen kan fastsettes at daglig leder kan ansettes av representantskapet. I så fall vil kommunenes innflytelse over selskapets daglige ledelse styrkes ytterligere enn det som allerede følger av lovens normalordning.

IKS-lovens krav til selskapsavtalen gir videre deltakerkommunene innflytelse over sentrale spørsmål for samarbeidet, jf. IKS-loven § 4. Selskapsavtalen motsvares av aksjeselskapets vedtekter, og mens det er generalforsamlingen som i aksjeselskapet har kompetanse til å endre vedtektene, er det den enkelte deltakerkommune ved kommunestyret som vedtar og endrer selskapsavtalen. Vedtakelse av selskapsavtalen krever tilslutning fra samtlige medlemmer i representantskapet og den enkelte deltakerkommune er derved sikret kontroll over de særlige forhold som reguleres i selskapsavtalen, herunder antall styremedlemmer og antall representanter i representantskapet. Også endringer i de sentrale forholdene for samarbeidet som følger av IKS-loven § 4 tredje ledd, krever tilslutning fra samtlige medlemmer i representantskapet.

Selv om utgangspunktet etter IKS-loven er at kommuneloven ikke gjelder for IKS-formen, følger det av kommuneloven § 80 at deltakerkommunenes kontrollutvalg og revisor også har betydelig kontrollmyndighet i IKSer. Myndigheten omfatter rett til å kreve opplysninger kontrollutvalget mener er nødvendig for deres kontroll. Av dette følger at deltakerkommunene også etter denne bestemmelsen kan underlegge selskapet en vidtgående kontroll hva gjelder virksomhetens økonomiske forhold.

Disse forhold sett i sammenheng med hvilke saker som skal behandles i representantskapet tilsier at deltakerkommunene etter IKS-loven har rettslig og faktisk mulighet til å gå svært langt i å styre og kontrollere IKSer, også i saker som gjelder forvaltningen av selskapets daglige virksomhet. Dertil kommer at deltakerkommunene i selskapsavtalen kan sikre ytterligere positive kontrollbeføyelser. IKS-lovens ordning tilsier etter dette at det er vanskelig å se at ikke deltakerkommunene etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle vil kunne ha den nødvendige innflytelse etter kontrollkriteriet, jf. våre drøftelser over i punkt 6.2.2 i del 2.



---

### 14.2.1.3 Det interkommunale selskapets markedsorientering

Som det fremgår under punkt 6.2.2 i del 2, er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig å fastslå at oppdragstaker er underlagt oppdragsgivers kontroll rent organisatorisk for at kontrollkriteriet skal anses oppfylt. Det må også sikres at oppdragsgiver og oppdragstaker forfølger de samme overordnede formål – altså må det sikres at IKSet ikke forfølger kommersielle formål i en slik grad at dette kan gå ut over de mer allmenne formål som forfølges av deltakerkommunene.

IKS-loven legger ikke tilsvarende føringer på hva slags oppgaver som kan legges til et IKS som det kommuneloven legger opp til for det interkommunale samarbeidet som organiseres som § 27-samarbeid eller som samkommune. Loven forbeholder altså ikke IKSet for løsningen av kommunenes ”lovpålagte” eller ”felles” oppgaver, og i prinsippet kan IKSet derved benyttes som organisasjonsform for enhver oppgave kommunene ønsker utført.

For mye av det samarbeid som er organisert som IKS vil det likevel gjelde at formålet med samarbeidet er å utføre offentlige oppgaver for deltakerkommunene, og at samarbeidets markedsorientering vil være av mindre betydning. Samtidig følger det av lovens forarbeider at IKSet gjerne benyttes (og også er ment) for kommunenes virksomhet av mer forretnings- og næringspreget art. I slike tilfeller må IKSets materielle og geografiske virkeområde, samt mulighet til å kontrahere med selvstendige tredjeparter derfor særlig vurderes, idet dette kan bidra til å svekke den kontrollen deltakerkommunene i utgangspunktet er sikret gjennom loven og selskapsavtalen. Forholdet til IKSets markedsorientering beror i utgangspunktet på en konkret vurdering av de faktiske omstendighetene. Spørsmålet i denne sammenheng er derfor hvorvidt IKS-loven legger til rette for at deltakerkommunene kan sikre at IKSets markedsorientering ikke reduserer kontrollen kommunene kan utøve over IKSet.

Som det fremgikk av punkt 6.2.2.3 i del 2, synes EU-domstolen ved denne vurderingen å ta utgangspunkt i hvilket *formål* oppdragstaker forfølger, fastsatt under hensyn til de rettslige og avtalemessige rammer for oppdragstakers virksomhet.

Selskapsavtalens formålsangivelse vil etter dette være et sentralt virkemiddel for å sikre at IKSets markedsorientering ikke fratrar den kontroll kommunen organisatorisk og på andre måter har over IKSet. Formålet slik det følger av selskapsavtalen er likevel ikke avgjørende, idet det sentrale må være selskapets faktiske materielle og geografiske virksomhetsområde. Deltakerkommunene kan likevel ved fastsettelsen av IKSets hovedformål og virksomhet øve innflytelse med hensyn til å påse at denne begrenses til det å utføre nærmere angitte tjenester for deltakerkommunene, eventuelt på annen måte sikre at IKSets virksomhet etter selskapsavtalen begrenses både materielt og geografisk.

## 14.2.2 Særlig om kravene til felles kontrollutøvelse

### 14.2.2.1 Innledning

IKS-loven forutsetter at flere kommuner er felles deltakere i selskapet. Av EU-domstolens praksis følger det at unntaket for utvidet egenregi i prinsippet kan komme til anvendelse uavhengig av

---

hvor mange deltakere det er i samarbeidet, og uten hensyn til den enkelte deltakers eierandel, jf. punkt 6.3 i del 2. Selv om den enkelte deltakerkommune som oppdragsgiver ikke kan utøve kontroll over IKSet som oppdragstaker på individuell basis, er dette altså ikke til hinder for at den enkelte deltakerkommune tildeler IKSet oppdrag etter unntaket for utvidet egenregi, så lenge deltakerkommunen kan utøve nødvendig kontroll over IKSet (oppdragstaker) sammen med de øvrige deltakerkommunene. Dette utgangspunktet er nå også fastslått i artikkel 12 nr. 3.<sup>144</sup>

Som det fremgår av vår redegjørelse i punkt 6.3 i utredningens del 2 og som vi allerede har vært inne på, følger det imidlertid av ordlyden i artikkel 12 nr. 3, sett i sammenheng med EU-domstolens praksis, at det trolig må oppstilles visse krav om at den kontrollen eierkommunene samlet sett kan utøve over oppdragstaker, også må utøves av kommunene *i fellesskap*, for at kontrollkriteriet i det enkelte tilfellet anses oppfylt ved felles kontroll.

Hvor langt dette kravet rekker er etter den praksis som foreligger ikke mulig å angi med sikkerhet. Som det fremgikk i punkt 6.3 i del 2, er det eneste vilkåret som eksplisitt oppstilles for tilfellene av felles kontroll i artikkel 12 nr. 3 at;

*” the decision-making bodies of the controlled legal person are composed of representatives of all participating contracting authorities. Individual representatives may represent several or all of the participating contracting authorities; ”*

Det følger videre av EU-domstolens avgjørelse i *Econord*, at det i alle fall trolig må oppstilles krav om at hver enkelt deltakerkommune må kunne utøve en viss *minste* innflytelse over IKSets virksomhet, for at kontrollkriteriet skal være oppfylt.

Selv om vi foran har konkludert med at IKS-loven som sådan legger til rette for at kontrollkriteriet vil kunne være oppfylt ved denne samarbeidsmodellen, må det derfor også vurderes om det for at kontrollkriteriet skal anses oppfylt ved den enkelte kontraktstildeling, må oppstilles enkelte krav til det innbyrdes forholdet mellom eierkommunene.

Spørsmålet er om IKSet som samarbeidsmodell legger til rette for slik *felles kontrollutøvelse* fra deltakerkommunenes side. Dette vurderes nedenfor.

#### **14.2.2.2 Nærmere om kravene til felles kontrollutøvelse i IKSet**

IKS-loven § 6 fastsetter at samtlige deltakere i IKSet skal være representert i representantskapet, som er det interkommunale selskapets øverste organ. Gjennom sin representasjon i representantskapet, og rett til å stemme over valg til styret og i beslutninger om å instruere styret, vil den enkelte kommune være sikret en viss *minste* innflytelse i samarbeidet, også om eierandelen eller stemmeretten er liten. Også det faktum at vedtakelse (og endring) av selskapsavtalen krever tilslutning fra samtlige deltakerkommuner ved deres kommunestyre, jf. IKS-loven § 4, innebærer at den enkelte deltakerkommune til enhver tid sikres en viss *minste* innflytelse over selskapets virksomhet. Dette til forskjell fra aksjeselskapet, der endringer i vedtektene bestemmes med kvalifisert flertall i generalforsamlingen.

---

<sup>144</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 3 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 3.

---

Hva som konkret ligger i kravene til felles kontrollutøvelse lar seg som nevnt ikke med sikkerhet utlede av artikkel 12 nr. 3 eller praksis, og vil trolig være gjenstand for presisering fra EU-domstolen. Vår oppfatning er imidlertid at ovennevnte aspekter ved IKSet som samarbeidsform i henhold til gjeldende rett trolig er tilstrekkelige til å sikre den enkelte deltakerkommunen en viss *minste* innflytelse i samarbeidet, slik at kommunen vil anses å utøve den nødvendige kontrollen over IKSet i fellesskap med de øvrige deltakerne.

Det kan likevel ikke utelukkes at det også er nødvendig å vurdere den enkelte deltakerkommunes representasjon og stemmerett i IKSet konkret, før det kan fastslås at den nødvendige kontroll over IKSet kan sies å utøves av samtlige deltakerkommuner *i fellesskap*.

IKS-lovens hovedregel etter § 9 fjerde ledd er at representantskapet treffer vedtak med alminnelig flertall av de avgitte stemmer. Utgangspunktet etter samme bestemmelse første ledd er at hver representant har én stemme. IKS-loven § 6 fastsetter som nevnt at samtlige deltakere i IKSet skal være representert i representantskapet, men forutsetter samtidig at hver deltakerkommune kan være representert med flere representanter. Det nærmere antall medlemmer av representantskapet og hvor mange den enkelte deltaker oppnevner, fastsettes i selskapsavtalen, jf. § 4, som slik bestemmer det nærmere innholdet i deltakernes representasjonsrett og innflytelse i eierorganet. Kommunene bestemmer ved vedtakelsen av selskapsavtalen og dermed stiftelsen av selskapet hvilken innflytelse den enkelte kommunedeltaker skal ha. I prinsippet kan dermed de enkelte deltakerkommunene ha forskjellig antall representanter for slik å reflektere ulike eierandeler.

I tilfeller der det følger av selskapsavtalen at enkelte deltakerkommuner har flere antall stemmer, og ved det større innflytelse enn andre som følge av flertallskravet, vil én deltakerkommune kunne få bestemmende innflytelse over for eksempel styresammensetningen og andre sentrale beslutninger som ligger til representantskapet. Spørsmålet er om dette vil være til hinder for at kontrollen som utøves over IKSet, kan anses som utøvd av samtlige deltakerkommuner i fellesskap.

Flertallskrav for representantskapets vedtak er i seg selv ikke i veien for at kontrollkriteriet kan tenkes oppfylt. Dette følger som nevnt under punkt 6.3 del 2 av EU-domstolens avgjørelse i *Coditel Brabant*.<sup>145</sup> Det er også på det rene at forskjeller i eierandel ikke isolert sett er til hinder for unntakets anvendelse. EU-domstolens avgjørelser i *Coditel Brabant*, *Sea* og *Econord* omtalt under punkt 6.3 i del 2, medfører imidlertid at det ikke kan utelukkes at for at det skal kunne sies å foreligge et reelt samarbeid mellom deltakerkommunene, og for at hver enkelt av deltakerne skal kunne sies å være sikret en viss *minste* innflytelse i samarbeidet, bør ikke én av deltakerkommune kunne utøve bestemmende innflytelse over oppdragstaker alene.

Dette innebærer at der en (eller flere) deltakerkommune(r)s innflytelse over IKSet er begrenset som følge av at annen deltakerkommune har mer enn 50 % av stemmene, er det en risiko for at man i praksis vil anse kravet til felles kontroll for ikke å være oppfylt der disse tildeler IKSet kontrakter direkte. Det kan følgelig være formålstjenlig å sikre mindretallet større innflytelse for eksempel ved at selskapsavtalen sikrer at ingen deltakerkommune får et antall representanter i

---

<sup>145</sup> Sak C-324/07, *Coditel Brabant*

---

representantskapet som innebærer at denne i praksis alene har bestemmende innflytelse på de vedtak som treffes. Videre kan det i selskapsavtalen for eksempel fastsettes stemmeregler som sikrer at alle deltakerkommunene har en viss innflytelse, for eksempel at visse vedtak bare kan treffes ved kvalifisert flertall eller enstemmighet.

Hvilke kontrollbeføyelser som vil være tilstrekkelig for å sikre at den nødvendige kontroll med IKSet utøves av deltakerkommunene i fellesskap, må imidlertid vurderes i det enkelte tilfelle. IKS-loven i seg selv stiller uansett kommunene relativt fritt i dette henseendet: Kommunene står i utgangspunktet fritt til å fastsette det nærmere antall representanter i representantskapet og hvor mange den enkelte deltaker kan oppnevne, og også IKS-lovens flertallskrav kan fravikes.

Følgelig legger IKSet som samarbeidsmodell etter vårt syn opp til at hver enkelt deltakerkommune kan sikres en viss minsteinnflytelse over samarbeidet, slik at deltakerkommunen i det enkelte tilfellet og etter en konkret vurdering vil kunne sies å utøve den nødvendige kontroll over IKSet i fellesskap med de øvrige deltakerkommunene.

### 14.2.3 Aktivitetskriteriet

Som fremgår av punkt 6.2.4 i del 2, følger det av direktivene at minst 80 % av oppdragstakers virksomhet må være rettet mot oppdragstakerens kontrollerende oppdragsgiver for at aktivitetskriteriet kan anses oppfylt. I dette ligger blant annet at:

- Det skal foretas en kvantitativ vurdering som (mest praktisk) tar utgangspunkt i oppdragstakers omsetning; og
- all virksomhet hos oppdragstaker som er rettet mot kontrollerende oppdragsgiver eller enheter underlagt denne skal anses som rettet mot kontrollerende oppdragsgiver.

IKS-formen reiser i seg selv ikke særlige spørsmål for så vidt gjelder spørsmålet om aktivitetskriteriet kan være oppfylt når samarbeidet er organisert i tråd med IKS-loven. Siden aktivitetsvurderingen i egenregilæren relaterer seg til faktiske forhold, må vurderingen foretas konkret i den enkelte tilfellet, og som nevnt vise at minst 80 % av virksomheten i IKSet er rettet mot deltakerkommunene eller andre enheter som er underlagt de samme kommunens kontroll.

Som det fremgikk av våre drøftelser i punkt 6.3.2 i utredningens del 2, er det usikkert om virksomhet som rettes mot enhver enhet som er kontrollert av en eller flere av eierkommunene skal telle med i aktivitetsvurderingen, eller om det bare er virksomhet som er rettet mot enheter som er kontrollert *av de samme eierkommunene som sammen kontrollerer IKSet* som skal telle med. Som nevnt bør nok, under hensyn til at unntak fra anskaffelsesregelverket skal tolkes strengt, det siste legges til grunn inntil EU-domstolen eventuelt har uttalt seg i motsatt retning.

For øvrig er det som over grunn til å påpeke at deltakerkommunen ved utforming av selskapsavtalen også vil kunne begrense selskapets ”utadrettede virksomhet”, og dermed langt på vei vil kunne sikre at aktivitetskriteriet også i praksis vil anses oppfylt.

---

### **14.3 Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4**

Der kommunene ønsker å samarbeide om å løse sine oppgaver gjennom å opprette et interkommunalt selskap – et selvstendig rettssubjekt – og overlate til dette å utføre oppgavene, er det unntaket for utvidet egenregi som vil være det relevante unntaket å vurdere. Vi går derfor ikke nærmere inn på unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid her.

Det er imidlertid ikke utelukket at unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid kan komme til anvendelse der et IKS samarbeider med en kommune om å utføre oppgaver de har felles. I så fall må det foretas en vurdering i tråd med våre drøftelser under i punkt 17.

### **14.4 Oppsummering**

IKS-loven er i seg selv ikke til hinder for at kommuner kan tildele oppdrag til selskap organisert som IKS i henhold til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12, idet det er lagt til rette for at IKSet kan undergis nødvendig kontroll fra deltakerkommunene.

Unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse uten hensyn til om den enkelte deltakerkommune ved kontraktstildelingen kan utøve nødvendig kontroll over IKSet alene, så lenge kommunen kan utøve den nødvendige kontroll i fellesskap med de øvrige deltakerkommunene.

Om kommunene kan anses for å utøve slik kontroll i fellesskap, beror på en nærmere og konkret vurdering, der det etter praksis er uklart hvilken innflytelse hver enkelt deltakerkommune må ha i samarbeidet. I tilfeller med én dominerende deltakerkommune, representerer imidlertid IKS-lovens flertallsprinsipp en usikkerhet, idet dette etter omstendighetene vil kunne innebære at kravet ikke vil være oppfylt. I slike tilfeller bør det derfor vurderes å sikre innflytelse for deltakerkommunene med mindretall ved utforming av selskapsavtalens krav til representantskapets sammensetning og/eller stemmeregler.

Det må ved anvendelsen av IKS som samarbeidsform sikres at selskapet har minst 80 % av sin aktivitet rettet mot deltakerkommunene. Selv om vurderingen beror på de faktiske forhold, kan selskapsavtalen angi selskapets formål og virksomhet på en slik måte at dette ”oppdrar” og sikrer oppfyllelsen av kriteriet.

## **15 AKSJESELSKAPER**

### **15.1 Innledning**

Aksjeselskapet er den vanligste formen for organisering av næringsvirksomhet. Også kommuner deltar regelmessig som eier i aksjeselskap – enten som eneeier eller som en av flere eiere. Hva slags virksomhet som et aksjeselskap med kommunal deltakelse kan drive faller utenfor vårt mandat å vurdere, men det er på det rene at kommunen(e) ikke sjelden oppretter aksjeselskap for det formål å overlate kommunale oppgaver til aksjeselskapet.

---

Uansett om kommunen er eeneier eller deleier i et aksjeselskap, vil anskaffelsesdirektivens regler som det klare utgangspunkt komme til anvendelse for kommunens kjøp av tjenester fra selskapet. Som når det gjelder IKS-modellen, er det vanskelig å se for seg at denne typen samarbeid vil kunne falle utenfor anskaffelsesregelverket i tråd med artikkel 1 nr 6 eller EU-domstolens avgjørelse i *Tragsa/Asemfo*.<sup>146</sup> Spørsmålet som må vurderes er derfor om aksjeselskapsformen kan gi grunnlag for å unnta kommunens kjøp av tjenester etter unntaket for utvidet egenregi slik det nå følger av direktivets artikkel 12.

I punkt 15.2 nedenfor vil vi vurdere direktivets unntak for utvidet egenregi der aksjeselskapet (som oppdragstaker) er heleid av kommunen (som oppdragsgiver). I punkt 15.3 vurderes deretter de særlige spørsmål som oppstår for anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi der aksjeselskapet eies av flere kommuner. Aksjeselskapsformen er den eneste av de samarbeidsformene vi vurderer som åpner for at private deltar som eiere i selskapet sammen med kommunen(e), og vi vil derfor i denne sammenheng også vurdere hvilken betydning dette får for anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi, jf. punkt 15.3.2 nedenfor.

## **15.2 Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3 – eeneier og forholdet til aksjeselskapet**

### **15.2.1 Kontrollkriteriet**

#### **15.2.1.1 Innledning**

Som det fremgår av punkt 6.2.2 i del 2, er det sentrale etter kontrollkriteriet slik det nå følger av direktivet artikkel 12 nr. 1 og 3 at oppdragstaker ikke kan opptre selvstendig og forfølge andre interesser enn oppdragsgiver. Oppdragstaker skal ikke opptre som en selvstendig markedsaktør, men må anses for å prestere sine ytelser på bakgrunn av underordningsforholdet til sin oppdragsgiver.

Det følger av praksis at oppfyllelsen av kontrollkriteriet må vurderes konkret i lys av alle relevante rettslige og faktiske omstendigheter, herunder de rettslige og avtalemessige rammene for oppdragstakers virksomhet. Det må i denne sammenheng vurderes om aksjeselskapet bare i begrenset grad kan opptre selvstendig fra sine deltakerkommuner, der særlig følgende momenter er relevante:

- Oppdragsgivers representasjon i oppdragstakers ”ledende organer”; og
- hvilke kontroll- og tilsynsbeføyelser oppdragsgiver har forbeholdt seg.

Selv om oppdragstaker autonomi er begrenset, må i tillegg oppdragstaker markedsorientering vurderes, herunder særlig i hvilken grad oppdragstaker forfølger markedsorienterte formål.

I det videre ses nærmere på hvordan samarbeidsmodellen etter aksjeloven forholder seg til denne kontrollvurderingen.

---

<sup>146</sup> Sak C-295/05, *Tragsa/Asemfo*

---

### 15.2.1.2 Aksjeselskapets organisatoriske selvstendighet

Et aksjeselskap er eget rettssubjekt som rettslig og økonomisk er adskilt fra kommunen. Aksjeselskaper reguleres i aksjeloven av 13. juni 1997 nr. 44 (aksjeloven). Aksjeselskapets øverste organ er generalforsamlingen, jf. aksjeloven § 5-1, og det er generalforsamlingen som velger styret, jf. aksjeloven § 6-3. Styret har ansvar for forvaltningen av selskapet, jf. aksjeloven § 6-12. Daglig leder ansettes av og står ansvarlig overfor styret, jf. aksjeloven § 6-2.

Som nevnt under punkt 6.2.2 i del 2, er oppdragsgivers valg av organisasjonsform ikke i seg selv av avgjørende betydning for om kontrollkriteriet kan anses oppfylt. Den valgte organisasjonsformen kan likevel være av en viss betydning i kontrollvurderingen, idet dette gir en indikasjon på oppdragstakers selvstendighet og oppdragsgivers ønske om å kontrollere oppdragstaker. Når en kommune etablerer et aksjeselskap for deretter å la dette utføre tjenester, innebærer det i sin alminnelighet at kommunen har ønsket å skille ut virksomheten til et selvstendig organ.

Aksjeselskap som organisasjonsform må anses å være den av mulige organisasjonsformer som ligger lengst fra forvaltningshierarkiets styringsform og som organisasjonsform taler dette derfor mot at kontrollkriteriet vil være oppfylt.

Anvendelsen av aksjeselskapsformen utelukker etter praksis likevel ikke i seg selv at kontrollkriteriet kan tenkes oppfylt dersom eierkommunen sikres representasjon i aksjeselskapets ledende organer og tilstrekkelig kontroll og tilsyn med selskapets virksomhet, jf. punkt 6.2.2 i del 2.

Aksjelovens regler om forvaltning av selskapets drift, innebærer at forvaltningen av selskapet ikke hører under kommunale organer, men under selskapets generalforsamling, styre og daglig leder. Kommunestyret eller andre politiske eller administrative organer har derved ingen direkte myndighet i aksjeselskapet. Skal kommunen kunne utøve kontroll med selskapet, må dette i tilfellet skje gjennom kommunens representasjon i generalforsamlingen, og ved fastsettelse av selskapets formål og vedtekter.

Kommunen utøver som eier styring og ivaretagelse av egne interesser i selskapet gjennom *generalforsamlingen*. Det sentrale i forhold til kontrollvurderingen etter unntaket for utvidet egenregi etter artikkel 12, er i denne sammenheng at kommunestyret som eier kan gi sin (eller sine) representant(er) instruks om den konkrete stemmegivningen i generalforsamlingen. Representanten(e) er da forpliktet til å avgi stemme i samsvar med instruksene og kommunen sikres dermed direkte representasjon i og kontroll med selskapets øverste organ, generalforsamlingen. Om dette skjer ved direkte votering i kommunestyret i egenskap av generalforsamling, eller ved ordførerens stemmegivning på generalforsamling etter instruks fra kommunestyret, er i denne sammenheng uten betydning.

Etter aksjeloven § 5-1 utøver aksjeeierne gjennom generalforsamlingen den øverste myndighet i aksjeselskapet. Selskapets ledelse og ansvar for forvaltning av selskapet ligger imidlertid i utgangspunktet til styret. Styret har i så måte en lovbestemt kompetanse og plikt til å handle på vegne av selskapet. Generalforsamlingen er på sin side etter loven tildelt få obligatoriske

---

oppgaver. At styret i oppdragstakers virksomhet er innrømmet vide fullmakter, er et moment EUDomstolen har vektlagt når den har funnet at kontrollkriteriet ikke har vært oppfylt.<sup>147</sup>

Også utenfor de oppgavene loven spesifikt legger til generalforsamlingen, har imidlertid generalforsamlingen i kraft av sin stilling som ”øverste myndighet” en alminnelig instruksjonsmyndighet overfor alle andre selskapsorganer, inkludert styret. Instruksjonsmyndigheten innebærer at generalforsamlingen kan gi styret rettslig bindende pålegg i enkeltsaker. For kommunens kontrollbeføyelser som eier innebærer dette at kommunen gjennom generalforsamlingen kan instruere styret og gi generelle instruksjoner om utøvelse av styrets lovbestemte funksjoner og saksbehandling, så som virksomhetens strategi, økonomiske rammer for investeringer og andre retningslinjer for den vurdering som de underordnede organer må foreta ved utøvelsen av sine oppgaver.

Videre kan kommunen gjennom generalforsamlingen omgjøre et underordnet organs avgjørelse, og kan treffe avgjørelsen selv, eller bestemme at visse saker eller enkeltsaker kan fremlegges for avgjørelse eller godkjenning på generalforsamling. Den alminnelige instruksjonsretten kan også benyttes til å bestemme at visse saker som etter loven og vedtektene ligger til styret, skal fremlegges for generalforsamlingen, for informasjon eller vedtak.

For øvrig vil kommunen i et heleid aksjeselskap som eneste aksjonær i generalforsamling ha full kontroll over valg av styret, og kan når som helst, gjennom generalforsamlingen, fjerne styremedlemmer og foreta nyvalg.

Når det gjelder forholdet til daglig leder, forholder kommunen som aksjeeier seg gjennom generalforsamlingen til styret – og ikke til daglig leder. Daglig leder er etter aksjeloven styrets underordnede, og styret har i forhold til generalforsamlingen et tilsynsansvar med daglig leder. Særlig i heleide kommunale aksjeselskaper vil det likevel være naturlig med en viss uformell kontakt mellom kommunens og selskapets administrasjon. Aksjeloven er ikke til hinder for slik kommunikasjon, som i en viss utstrekning kan være hensiktsmessig. Blir slik kommunikasjon for omfattende kan det imidlertid oppstå uklare ansvarsforhold. Uansett må det holdes fast ved at instruksjoner og andre vedtak som er ment å være bindende for selskapet, må skje ved formelle vedtak i generalforsamlingen.

Det følger av kommuneloven § 80 at kommunens kontrollutvalg og revisor også har betydelig kontrollmyndighet i aksjeselskaper der en eller flere kommuner eier alle aksjer. Myndigheten omfatter rett til å kreve opplysninger kontrollutvalget mener er nødvendig for deres kontroll. Av dette følger at kommunen også etter denne bestemmelsen kan underlegge selskapet kontroll hva gjelder virksomhetens økonomiske forhold.

Selv om aksjelovens ordinære system er at den daglige ledelse og forvaltning av selskapets virksomhet er lagt til styre og daglig leder, har kommunen som det fremgår over rettslig og faktisk mulighet til å gå svært langt i å styre og kontrollere selskapet, også i saker som gjelder den daglige virksomheten. Som eneeier i selskapet har kommunen full innflytelse over selskapets formål, vedtekter, valg av styre og om ønskelig også selskapets løpende virksomhet, avhengig av hvor

---

<sup>147</sup> Se eksempelvis sak C-458/03, *Parking Brixen*.



---

mye myndighet som lagt til selskapets administrative organer (styre og daglig ledelse). Vedtektene i selskapet kan i stor grad tilpasses eierens ønsker i så måte. Som eiere kan følgelig kommunen legge forvaltningen av et aksjeselskap tett opp til kommunens instruksjon om det er ønskelig.

En for detaljert innblanding i driften vil imidlertid kunne harmonere dårlig med den generelle rollefordelingen mellom selskapsledelsen og eierne som aksjeloven forutsetter, og en kommunes beføyelser over det enkelte aksjeselskap vil derfor kunne variere. Hvorvidt kontrollkriteriet vil være oppfylt i det enkelte tilfellet må derfor vurderes konkret.

Oppsummert, legger aksjeloven til rette for at en kommune (oppdragsgiver) kan begrense autonomien til et heleid selskap organisert som aksjeselskap (oppdragstaker) vis-à-vis eierkommunen på en slik måte at kontrollkriteriet etter en konkret vurdering vil kunne tenkes oppfylt, jf. punkt 6.2.2 i del 2.

### **15.2.1.3 Markedsorientering**

Som det fremgår under punkt 6.2.2 i del 2, er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig å fastslå at oppdragstaker er underlagt oppdragsgivers kontroll rent organisatorisk for at kontrollkriteriet skal anses oppfylt. Det må sikres at oppdragsgiver og oppdragstaker forfølger de samme overordnede formål – altså må det sikres at aksjeselskapet ikke forfølger kommersielle formål i en slik grad at dette kan gå ut over de mer allmenne formål som forfølges av deltakerkommunene.

Aksjeloven § 1-1 annet ledd nr. 2 fastslår at loven bare har obligatorisk anvendelse på selskaper med økonomisk formål – det vil si formål å gi økonomiske fordeler og fremskaffe et overskudd. Bestemmelsen gir uttrykk for at selv om det ikke er utelukkert å organisere virksomheter som ikke har overskudd som sitt primære formål som aksjeselskap, vil aksjeselskaper som en klar hovedregel ha økonomisk overskudd som formål.

Fordi det således av loven følger at aksjeselskapet i praksis ofte er slik innrettet at det må anses å forfølge andre interesser enn de mer overordnede allmenne hensyn som forfølges av eierkommunen, må det foretas en særlig konkret vurdering av aksjeselskapets markedsorientering. Særlig gjelder dette når EU-domstolen, som omtalt under punkt 6.2.2.3 i del 2, synes å ha tatt utgangspunkt i hvilket formål, fastsatt under hensyn til rettslige og avtalemessige rammer, oppdragstaker forfølger ved sin virksomhet. I denne sammenheng vil det være relevant i hvilken grad selskapets virksomhet dreier seg om å utføre mer tradisjonelle offentlige oppgaver enn mer kommersielle tjenester.

Selskapets vedtektsfestede formål vil etter dette være et sentralt virkemiddel for å sikre at selskapets markedsorientering ikke fratrukker kommunen organisatorisk og på andre måter har over selskapet. Kommunen kan gjennom generalforsamlingen for eksempel vedtektsfeste at selskapets formål skal være av ikke-økonomisk karakter eller at selskapet i virksomhetsbeskrivelsen skal ivareta visse ikke-økonomiske hensyn. Kommunen bør derfor ved fastsettelsen av selskapets formål og virksomhetsbeskrivelse i vedtektene være seg bevisst selskapets materielle og geografiske virkeområde. Sett hen til at vurderingen må ta utgangspunkt i de faktiske forhold er det likevel slik at det vedtektsfestede formålet ikke vil være tilstrekkelig for at kravet anses oppfylt dersom de faktiske forhold tilsier en annen vurdering.

---

Et særlig spørsmål for aksjeselskap er potensiell mulighet for privatisering. Som nevnt under punkt 6.2.2.3 i del 2, vil planer om å privatisere oppdragstakers mulighet, være et moment som taler for at oppdragstaker har en viss markedsorientering. Dette er imidlertid et forhold som først og fremst vil være relevant i den konkrete vurderingen av de faktiske omstendighetene, og praksis viser at kontrollkriteriet ikke krever at det er nødvendig å innta bestemmelser som på forhånd begrenser muligheten for potensiell privatisering av oppdragstaker.<sup>148</sup>

### **15.2.2 Aktivitetskriteriet**

Som fremgår av punkt 6.2.4 i del 2, følger det av direktivene at minst 80 % av oppdragstakers virksomhet må være rettet mot oppdragstakerens kontrollerende oppdragsgiver for at aktivitetskriteriet kan anses oppfylt. I dette ligger blant annet at:

- Det skal foretas en kvantitativ vurdering som (mest praktisk) tar utgangspunkt i oppdragstakers omsetning;
- All virksomhet hos oppdragstaker som er rettet mot kontrollerende oppdragsgiver eller enheter underlagt denne skal anses som rettet mot kontrollerende oppdragsgiver.

Aksjeselskapsformen reiser i seg selv ikke særlige spørsmål for så vidt gjelder spørsmålet om aktivitetskriteriet kan være oppfylt når samarbeidet er organisert i tråd med aksjeloven. Siden aktivitetsvurderingen i egenregilæren relaterer seg til faktiske forhold, må vurderingen foretas konkret i den enkelte tilfellet og, som nevnt må slik individuell vurdering vise at mer enn 80 % av virksomheten i aksjeselskapet er rettet mot eierkommunen eller andre enheter som er underlagt kommunens kontroll.

Det er grunn til å påpeke at eierkommunen ved utforming av vedtektene for aksjeselskapet vil kunne begrense selskapets ”utadrettede virksomhet”, og slik bidra til å sikre at aktivitetskriteriet også i praksis vil anses oppfylt.

## **15.3 Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3 – flere deleiere og forholdet til aksjeselskapet**

### **15.3.1 Innledning**

Som nevnt er det i prinsippet ingen begrensninger med hensyn til eiernes egenskaper i et aksjeselskap. Både staten, fylkeskommuner, kommuner og private kan følgelig være deleiere i ett og samme selskap. Flere kommuner går derfor gjerne sammen om å stifte aksjeselskap for at dette skal løse felles kommunale oppgaver.

Av EU-domstolens praksis følger det at utvidet egenregi i prinsippet kan komme til anvendelse uavhengig av hvor mange deltakere det er i samarbeidet, og uten hensyn til den enkelte deltakers eierandel, jf. punkt 6.3 i del 2. Selv om den enkelte eierkommune ikke kan utøve kontroll over aksjeselskapet som oppdragstaker på individuell basis, er dette altså ikke til hinder for at den

---

<sup>148</sup> Jf. sak C-573/07, *Sea*.

---

enkelte eier tildeler et aksjeselskap med flere eiere oppdrag etter unntaket for utvidet egenregi, så lenge eierkommunen kan utøve den nødvendige kontroll over selskapet (oppdragstaker) sammen med de øvrige eierkommunene. Dette følger nå også eksplisitt av artikkel 12 nr. 3.<sup>149</sup>

Spørsmålet er hvordan kravet til nødvendig kontroll kan tenkes oppfylt i disse tilfellene. Dette vurderes i punkt 15.3.3. I punkt 15.3.2 kommenteres forholdet til private eiere.

### 15.3.2 Forholdet til private eiere

Fordi også private etter aksjelovgivningen kan være medeier sammen med kommunen i aksjeselskapet, er det nødvendig å vurdere betydningen av private eieres eventuelle deltakelse i aksjeselskapet før det tas stilling til om kontroll- og aktivitetskriteriet kan tenkes oppfylt.

Som det fremgår av punkt 6.2.5 i del 2 foran, begrenser de nye direktivene anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi i de tilfeller det finnes private eierinteresser i oppdragstakers virksomhet. I motsetning til hva som har vært gjeldende rett, følger det nå av direktivene at privat eierskap ikke er et absolutt hinder for utvidet egenregi, men likevel slik at direkte privat eierskap fortsatt som den klare hovedregel vil forhindre at unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse. Fortsatt må det derfor legges til grunn at kommuner ikke kan inkludere private eiere i aksjeselskap kommunen oppretter for det formål å utføre tjenester i utvidet egenregi.<sup>150</sup>

Som nevnt under punkt 6.2.5 i del 2, vil *direkte privat eierskap* i oppdragstakers virksomhet i enkelte særlige tilfeller likevel ikke forhindre at unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse. Dette gjelder i tilfeller der det private eierskapet er påkrevd i nasjonal rett som er i overensstemmelse med EU-traktaten. Videre er det en betingelse at de(n) private deltaker(e) verken har positiv eller negativ kontroll over virksomheten. Det må være tale om *non-controlling and non-blocking forms of private capital [...] which do not exert a decisive influence*. Dette alternativet fremstår imidlertid som lite praktisk for norsk retts vedkommende.

*Indirekte privat eierskap* vil ikke utelukke at unntaket kan benyttes. Dette betyr at kommuner etter omstendighetene kan inkludere private eiere i et aksjeselskap som står som oppdragsgiver, og at dette deretter kan tildele oppdrag til sitt heleide datterselskap, forutsatt at vilkårene for øvrig er til stede. Vi går imidlertid ikke inn på dette her.

Gitt at det ikke er private eiere i aksjeselskapet, er spørsmålet om denne organisasjonsformen vil kunne oppfylle kontroll- og aktivitetskriteriet der aksjeselskapet eies av flere kommuner i fellesskap.

---

<sup>149</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 3 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 3.

<sup>150</sup> For å sikre at det ikke deltar private eiere i aksjeselskapet (oppdragstaker) kan det i vedtektene fastsettes krav til aksjeeiernes "egenskaper", jf. asl § 4-18. EU-domstolen har imidlertid fastslått at det ikke er nødvendig å innta slike bestemmelser som på forhånd forhindrer privat eierskap for at kontrollkriteriet skal anses oppfylt, jf. sak C-573/07, *Sea*.

---

### 15.3.3 Kontrollkriteriet

Over i punkt 15.2.1 konkluderte vi med at selv om aksjelovens ordinære system er at den daglige ledelse og forvaltning av selskapets virksomhet er lagt til styre og daglig leder, har en eneier rettslig og faktisk mulighet til å gå svært langt i å styre og kontrollere selskapet, også i saker som gjelder den daglige virksomheten.

Spørsmålet om aksjeselskapet, der det er eiet av flere, er underlagt en kontroll fra sine eiere som samlet sett tilfredsstillende kontrollkriteriet, vil måtte undersøkes og besvares på samme måte, og vi nøyer oss her i hovedsak med å vise til drøftelsene i punkt 15.2.1. Her skal vi kort peke på at flere eierkommuner samlet vil ha innflytelse over selskapets formål, vedtekter, valg av styre og om ønskelig også selskapets løpende virksomhet, avhengig av hvor mye myndighet som lagt til selskapets administrative organer (styre og daglig ledelse). Vedtektene i selskapet kan i stor grad tilpasses eiernes ønsker i så måte. Kommunene kan følgelig legge forvaltningen av aksjeselskapet slik opp at selskapet må anses for å være underlagt den nødvendige kontroll fra eierkommunene samlet sett.

Som det fremgår av vår redegjørelse i punkt 6.3 i utredningens del 2, følger det imidlertid av ordlyden i artikkel 12 nr. 3,<sup>151</sup> sett i sammenheng med EU-domstolens praksis, at det trolig også må oppstilles visse krav om at den kontrollen samarbeidskommunene samlet sett kan utøve over oppdragstaker, nettopp må utøves av kommunene i *felleskap*, for at kontrollkriteriet i det enkelte tilfellet anses oppfylt der flere kommuner eier oppdragstaker sammen. Hvor langt dette kravet rekker er etter den praksis som foreligger ikke mulig å angi med sikkerhet.

Det eneste vilkåret som i denne sammenheng eksplisitt oppstilles i artikkel 12 nr. 3 er at;

*”the decision-making bodies of the controlled legal person are composed of representatives of all participating contracting authorities. Individual representatives may represent several or all of the participating contracting authorities;”*

Det følger videre av EU-domstolens avgjørelse i *Econord*, at det i alle fall trolig må oppstilles krav om at hver enkelt deltakerkommune må kunne utøve en viss *minste* innflytelse over aksjeselskapets virksomhet, for at kontrollkriteriet skal være oppfylt.

Selv om vi foran har konkludert med at aksjeloven som sådan legger til rette for at kontrollkriteriet vil kunne være oppfylt ved denne samarbeidsmodellen, må det derfor også vurderes om det for at kontrollkriteriet skal anses oppfylt ved den enkelte kontraktstildeling, oppstilles enkelte krav også til det innbyrdes forholdet mellom eierkommunene.

Spørsmålet er dermed om aksjeselskapet som samarbeidsmodell legger til rette for slik *felles kontrollutøvelse* fra eierkommunenes side.

---

<sup>151</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 3 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 3.

---

Den enkelte eierkommunen vil som nevnt være representert i generalforsamlingen, og vil også være sikret en viss minsteinnflytelse over samarbeidet gjennom sin representasjon og stemmerett her.

Generalforsamlingen i et aksjeselskap har imidlertid videre fullmakter enn representantskapet i et interkommunalt selskap, blant annet ved at generalforsamlingen fastsetter vedtektene for selskapet. Rett nok vil kommunene ved stiftelsen av selskapet ha hatt full innflytelse på utformingen av de første vedtektene. Men senere endringer vil være lagt til generalforsamlingen ved kvalifisert flertall, med mindre det følger av vedtektene at det kreves annet flertall, og eventuelt også enstemmighet for enkelte endringer. Siden aksjelovens hovedregel er at vedtektsendringer må skje med to tredelsflertall, vil en kommune med begrenset eierandel dermed kunne ha begrenset innflytelse – noe som kan reise spørsmål ved om kommunen kan anses for å delta i den felles kontrollutøvelsen.

Ettersom loven ikke er til hinder for at det i vedtektene fastsettes strengere flertallskrav, for eksempel enstemmighetskrav, slik ordningen er etter IKS-loven for så vidt gjelder selskapsavtalen – vil den enkelte kommunen imidlertid kunne sikre seg kontroll gjennom en slik fravikelse av lovens ordning. Vi kan ikke imidlertid ikke utelukke at det også må foretas nærmere undersøkelser av styrkeforholdene mellom aksjeeierne før det kan fastslås at kontrollkriteriet vil anses oppfylt i det enkelte tilfellet.

Aksjelovens hovedregel etter § 5-17 er at generalforsamlingen treffer vedtak med alminnelig flertall av de avgitte stemmer. Som nevnt, følger det av aksjeloven § 5-3 at hver aksje gir én stemme i generalforsamlingen (med mindre annet følger av loven eller vedtektene). I tilfeller der eierne er representert med ulik eierandel betyr dette at enkelte kommuner etter lovens normalordning vil ha flere antall stemmer, og ved det større innflytelse, enn andre. Dersom en kommune representerer mer enn 50 % av stemmene på generalforsamlingen, vil kommunen for eksempel etter aksjelovens utgangspunkt ha dominerende innflytelse i selskapet, og ved det kontroll over blant annet styresammensetningen og forvaltningen av selskapet.

Flertallskrav for generalforsamlingens beslutninger er i seg selv ikke til hinder for at kontrollkriteriet vil kunne anses oppfylt. Dette følger som nevnt under punkt 6.3 i del 2 av EU-domstolens avgjørelse i *Coditel Brabant*. Av Domstolens praksis følger videre at det i seg selv ikke er til hinder for unntaket for utvidet egenregi at eierandelene er ulikt fordelt. På bakgrunn av EU-domstolens avgjørelser i *Coditel Brabant*, *Sea* og *Econord*, omtalt under punkt 6.3 i del 2, kan det imidlertid ikke utelukkes at det, for at det skal kunne sies å foreligge et reelt samarbeid mellom eierne i tilfeller av felles kontroll, muligens kreves at ikke én aksjonær kan utøve kontroll over selskapet alene.

Aksjelovens mindretallsvern er derfor muligens ikke tilstrekkelig til å sikre den enkelte eier nødvendig innflytelse i samarbeidet der én kommune har dominerende innflytelse (minst 50 % eierandel) over aksjeselskapets virksomhet. Den sentrale, materielle skranken for flertallets beslutninger, er den alminnelige misbruksregelen i § 5-21 som forbyr generalforsamlingens flertall å treffe noen beslutning som er egnet til å gi visse aksjeeiere eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning. Bestemmelsen gir imidlertid ikke grunnlag for å anse mindretallsaksjonærene for å utøve noen innflytelse over aksjeselskapets virksomhet. Tilsvarende

---

gir ufravikelige bestemmelser i aksjeloven minoritetsaksjonærene liten grad av kontroll, idet disse i første rekke har til formål å verne kreditorinteressene og andre tredjemannsinteresser.

Fordi aksjeloven i begrenset grad gir vern til kommuner med liten eierandel, er det derfor en risiko for at man i praksis vil mene at det må noe mer til for at kontrollen aksjeselskapet er underlagt kan sies å utøves av eierkommunene i fellesskap.

Dette kan for eksempel gjennomføres ved at de kommunale eierne ved stiftelsen av selskapet øver innflytelse på vedtektenes innhold, og også sikrer vetorett for viktige beslutninger.<sup>152</sup> Videre kan det vedtektsfestes særlige krav til flertall for valg av styre, at styreleder skal velges av generalforsamlingen, og det kan inngås aksjonæravtale som bestemmer hvordan styret skal sammensettes, og som binder aksjeeierne til å stemme i samsvar med dette i generalforsamlingen når styret skal velges. Aksjonæravtaler kan generelt benyttes som styringsredskap for å sikre større grad av eierstyring enn det loven tillater.

Hvilke kontrollbeføyelser som vil være nødvendig og tilstrekkelig må vurderes i det enkelte tilfelle blant annet sett hen til eierandelens fordeling i det enkelte selskap. For vårt formål er det imidlertid tilstrekkelig å fastslå at aksjeselskapsmodellen gir rom for å sikre hver enkelt eierkommune en slik *minste* innflytelse i samarbeidet at eierkommunen i det enkelte tilfellet vil kunne anses for å utøve den nødvendige kontroll med aksjeselskapet i fellesskap med de øvrige aksjeeierne.

#### **15.3.4 Aktivitetskriteriet**

Når det gjelder aktivitetskriteriet og dets oppfyllelse i de tilfeller flere kommuner eier aksjeselskapet sammen, kan det i stor grad vises til våre betraktninger over i punkt 15.2.2.

Et særlig spørsmål der aksjeselskapet har flere eiere, er imidlertid om virksomhet som rettes mot enhver enhet som er kontrollert av en eller flere av eierkommunene skal telle med i aktivitetsvurderingen, eller om det bare er virksomhet som er rettet mot enheter som er kontrollert *av de samme eierkommunene som sammen kontrollerer aksjeselskapet* som skal telle med.

Som nevnt i punkt 6.3.2 i utredningens del 2, er dette ikke avklart og under hensyn til at unntak fra anskaffelsesregelverket skal tolkes strengt bør nok det siste legges til grunn inntil EU-domstolen har uttalt seg i motsatt retning.

For øvrig er det som over grunn til å påpeke at eierkommunen ved utforming av vedtektene for aksjeselskapet ved å angi selskapets virksomhet vil kunne begrense selskapets ”utadrettede virksomhet”, og dermed langt på vei vil kunne sikre at aktivitetskriteriet kan anses oppfylt også i praksis.

---

<sup>152</sup> Aksjeloven § 2-2 angir minimumskrav til vedtektenes innhold. I tillegg følger det av loven at enkelte beslutninger som fraviker lovens normalordning må treffes i vedtektsbestemmelses form. Utover dette setter loven ingen grenser for hvilke beslutninger som kan treffes som vedtektsbestemmelse.

---

#### **15.4 Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4**

Der kommunene ønsker å samarbeide om å løse sine oppgaver gjennom å opprette et aksjeselskap – et selvstendig rettssubjekt – og overlate til dette å utføre oppgavene, er det unntaket for utvidet egenregi som vil være det relevante unntaket å vurdere. Vi går derfor ikke nærmere inn på unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid her.

Det er imidlertid ikke utelukket at unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid kan komme til anvendelse der et Aksjeselskap samarbeider med en kommune om å utføre oppgaver de har felles. I så fall må det foretas en vurdering i tråd med våre drøftelser under i punkt 17.

#### **15.5 Oppsummering**

Aksjeloven er i seg selv ikke til hinder for at kommuner kan tildele oppdrag til selskap organisert som aksjeselskap i henhold til unntaket for utvidet egenregi.

Der aksjeselskapet (oppdragstaker) er kommunens heleide selskap, legger loven i utgangspunktet til rette for at kommunen som eier kan begrense autonomien til selskapet på en slik måte at kontrollkriteriet etter en konkret vurdering vil være oppfylt. Dette forutsetter imidlertid at selskapet ikke i praksis er slik innrettet at det opptrer så markedsorientert at det må anses for å forfølge andre interesser enn eierkommunens. Denne muligheten vil kunne begrenses ved fastsettelse av selskapets formål i vedtektene. Det må også sikres at minst 80 % av selskapets aktivitet er rettet mot eierkommunen.

Det er ikke noe til hinder for unntaket for utvidet egenregi at aksjeselskap (oppdragstaker) eies av flere. Privat eierskap vil imidlertid som hovedregel utelukke at unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse.

Om kommunene kan anses for å utøve den nødvendige kontroll i fellesskap, beror på en nærmere og konkret vurdering, der det etter praksis er uklart hvilken innflytelse hver enkelt eierkommune må ha i samarbeidet. I tilfeller med én dominerende eierkommune, representerer imidlertid aksjelovens flertallsprinsipp en usikkerhet, idet dette etter omstendighetene vil kunne innebære at kravet ikke vil være oppfylt. I slike tilfeller bør det derfor vurderes å sikre innflytelse for eierkommunene med mindretall, eksempelvis gjennom vedtekter og aksjonæravtaler.

Det må ved anvendelsen av aksjeselskapet som samarbeidsform sikres at selskapet har minst 80 % av sin aktivitet rettet mot eierne. Selv om vurderingen beror på de faktiske forhold, kan selskapsavtalen angi selskapets formål og virksomhet på en slik måte at dette ”oppdrar” og sikrer oppfyllelsen av kriteriet.

---

## 16 SÆRLIG OM SAMARBEID MELLOM AKSJESELSKAPER OG INTERKOMMUNALE SELSKAPER I SAMME EIE – ARTIKKEL 12 NR. 2

En kommune kan eie flere aksjeselskap, eller være deleier i flere aksjeselskaper og interkommunale selskaper. To eller flere kommuner kan også eie flere selskaper sammen. Et praktisk spørsmål som kan oppstå i slike tilfeller, er om to eller flere av kommunen(e)s selskaper kan samarbeide seg imellom utenfor anskaffelsesregelverket.

For så vidt gjelder unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid skiller ikke vurderingen av hvorvidt unntaket *potensielt sett kan komme* til anvendelse på samarbeid mellom offentlig eide selskaper seg fra vurderingen av om unntaket kommer til anvendelse på samarbeid mellom andre offentlige oppdragsgivere, for eksempel eierne av selskapene.<sup>153</sup>

Som nevnt i del 2 i utredningen, var det imidlertid lenge usikkert om unntaket for utvidet egenregi kunne komme til anvendelse på slikt samarbeid, fordi det som regel er vanskelig å se det slik at søsterselskaper kan utøve noen kontroll over hverandre, og fordi et selskaps aktivitet sjelden i det vesentlige er rettet mot dets søsterselskap.

Som det fremgår av artikkel 12 nr. 2, vil unntaket for utvidet egenregi nå kunne komme til anvendelse også på slikt samarbeid.<sup>154</sup> Spørsmålet er imidlertid på hvilke vilkår dette vil gjelde.

Bestemmelsen regulerer etter sin ordlyd bare tilfellene der selskapene som ønsker å samarbeide er underlagt én og samme eier. For slike tilfeller følger det av bestemmelsen at skal unntaket komme til anvendelse må samarbeidspartene – her selskapene – i tilfellet være underlagt nødvendig kontroll av sin felles eier. Dersom selskap A ønsker å tildele sitt søsterselskap B en kontrakt, må følgelig deres felles ”mor” kunne utøve en kontroll over dem begge som tilfredsstillende egenregilærens kontrollkriterium.

Når det gjelder om – og i tilfellet hvordan – en aktivitetsvurdering skal foretas i et slikt tilfelle, er imidlertid mer usikkert. Som det fremgikk av våre drøftelser i punkt 6.4 i del 2, er det vår vurdering at det må foretas en aktivitetsvurdering også etter artikkel 12 nr. 2, selv om bestemmelsen språklig sett er svært uklar med hensyn til om og eventuelt hvordan en slik vurdering skal gjennomføres.

Skal selskap A tildele sitt søsterselskap B en kontrakt uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse, er det etter vår oppfatning trolig et vilkår at minst 80 % av Bs virksomhet må være rettet inn mot selskapenes felles mor, eller andre virksomheter underlagt tilsvarende kontroll fra selskapenes felles mor – herunder selskap A.

Spørsmålet er så om unntaket for utvidet egenregi kan komme til anvendelse på samarbeid mellom to eller flere selskaper som ligger i *felles eie* mellom to eller flere kommuner. Som det fremgår av

---

<sup>153</sup> Fordi selskapene i større grad enn sine eiere kan være drevet av kommersielle hensyn, kan unntaket for ikke-institusjonalisert samarbeid imidlertid praktisk sett være avskåret av den grunn at det ikke anses for utelukkende å forfølge allmenne hensyn.

<sup>154</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 2 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 2.



---

våre drøftelser i del 2, synes artikkel 12 ikke å åpne for en slik løsning, men svaret må i noen grad anses som åpent.

Slik vi ser det vil mulighetene være størst for at unntaket kan komme til anvendelse i de tilfeller det er akkurat de samme eierne som kontrollerer begge selskapene. Som eksempel kan man tenke seg to interkommunale selskaper som begge er eiet av kommune A og kommune B. I slike tilfeller vil hensynene bak kontroll- og aktivitetskriteriet la seg ivareta ved at de to selskapene, så lenge de er underlagt den nødvendige kontroll og begge oppfyller aktivitetskriteriet vis-à-vis sine felles ”mødre”, vil måtte anses for å forfølge de samme interesser, i tillegg til at kontraktstildelingen får liten innvirkning på markedet. Anvendelsesområdet for unntaket blir heller ikke alt for uoversiktlig i slike tilfeller. Det vil imidlertid innebære en viss risiko å gå inn på slikt samarbeid uten at anskaffelsesdirektivenes prosedyreregler følges.

Dersom selskapene bare delvis kontrolleres av de samme eierne, er det vår vurdering at hensynene bak kontroll- og aktivitetskriteriet kan tilsi at unntaket ikke bør kunne komme til anvendelse. Følgelig er det etter vår oppfatning svært usikkert at et selskap som er eid av kommune A og kommune B kan samarbeide med et selskap som er eiet bare av den ene kommunen, eller med et selskap eiet av de samme kommunene og kommune C. Når samarbeidspartene bare delvis er kontrollert av de samme oppdragsgiverne, kan man ikke oppstille samme presumsjon for interesselighet mellom dem. I disse tilfellene vil det også være meget usikkert hvordan en eventuell aktivitetsvurdering skal foretas. Unntakets rekkevidde blir også uklart om det åpnes for at samarbeid mellom aktører som bare delvis kontrolleres av de samme eierne.

Etter vårt syn er det tryggest å forbeholde anvendelsen av unntaket for utvidet egenregi for de tilfeller der selskapene som samarbeider eies av én og samme eier. Det kan imidlertid ikke utelukkes at unntaket vil kunne komme til anvendelse også i tilfeller selskapene som ønsker å samarbeide eies av flere eiere. Unntakets anvendelse bør i så fall etter vårt syn i slike tilfeller begrenses til de tilfellene der eierskapet i selskapene er identisk – altså der selskapene kontrolleres av akkurat de samme eiere *i fellesskap*.

## **17 AVTALEBASERT SAMARBEID UTENFOR KOMMUNELOVEN**

### **17.1 Innledning**

Når samarbeidet ikke omfatter myndighetsoppgaver, er det ingen lovmessige sperrer for hvilken organisasjonsmodell kommunene kan velge for sitt samarbeid. Som vi allerede har vært inne på, er det da også slik at mange kommuner samarbeider mer eller mindre uformelt om å løse en mengde oppgaver, uten at de tradisjonelle organisasjonsformene for interkommunalt samarbeid tas i bruk. Dette gjelder gjerne samarbeid på ad-hoc basis, men det er ingen ting i veien for at det inngås også fastere og mer langsiktig samarbeid basert utelukkende på avtale mellom kommunene.

Denne gruppen avtalebaserte samarbeid kan skje ved at kommuner kjøper og mottar tjenester fra en annen kommune, for eksempel administrative støttetjenester innenfor innkjøp, regnskap, IKT og juridiske tjenester. Det rettslige grunnlaget for samarbeidet i slike situasjoner består typisk i at det inngås en privatrettslig avtale mellom kommunene, der den ene kommunen bestiller og betaler for en tjeneste som den andre kommunen skal utføre. Det kan imidlertid også forekomme at to

---

eller flere kommuner inngår i et arbeidsfellesskap med hverandre, og løser en oppgave de begge må utføre ved å slå sammen sine ressurser og utføre oppgaven i fellesskap, enten ved at de utfører en oppgave i fellesskap, eller at de fordeler ulike oppgaver mellom seg.

En forutsetning for etablering av slikt samarbeid er fra kommunens side ofte av anskaffelsesreglene ikke kommer til anvendelse. Derved må det tas stilling til om samarbeidet faller inn under regelverket om offentlige anskaffelser, og om samarbeidet i tilfellet kan omfattes av unntakene for offentlig-offentlig samarbeid.

### **17.2 Forholdet til unntaket for utvidet egenregi i artikkel 12 nr. 1 og 3**

For slikt avtalebasert samarbeid som det her er tale om, gjelder at det er ikke-institusjonalisert – med andre ord finnes ikke noen organisatorisk overbygging. Det er nær sagt umulig å tenke seg at vilkårene for utvidet egenregi vil kunne være oppfylt der to eller flere kommuner inngår i et slikt avtalebasert samarbeid. Idet en kommune ikke kan inneha noen kontroll over en annen kommune, vil kontrollkriteriet ikke være oppfylt.

For denne typen samarbeid er det derfor helt ukurant å vurdere unntaket for utvidet egenregi – det er eventuelt unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid som vil kunne komme til anvendelse.

### **17.3 Forholdet til unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid i artikkel 12 nr. 4**

Som nevnt i del 2 var det lenge tvilsomt hvorvidt slikt avtalebasert samarbeid som behandles her kunne unntas anskaffelsesreglene. I sin avgjørelse i *Stadtreinigung Hamburg* fastslo imidlertid EU-domstolen som nevnt at også slikt ikke-institusjonalisert samarbeid i visse tilfeller kan falle utenfor anskaffelsesregelverket.<sup>155</sup> Unntaket er nå nedfelt i artikkel 12 nr. 4.<sup>156</sup>

Som redegjort for under punkt 7 i del 2 følger det av bestemmelsen så vel som EU-domstolens praksis at anskaffelsesreglene ikke gjelder der to eller flere offentlige oppdragsgivere går sammen om å utføre oppgaver, selv om ingen av samarbeidspartene har kontroll over den andre.

Forutsetningen er at det dreier seg om et *reelt samarbeid* som:

- kun involverer offentlige oppdragsgivere;
- dreier seg om utføringen av offentlig oppgaver som realiserer en målsetning som er felles for alle oppdragsgiverne som deltar i samarbeidet; og
- utelukkende forfølger allmenne hensyn.

---

<sup>155</sup> Sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*.

<sup>156</sup> De tilsvarende bestemmelsene finnes i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 17 nr. 4 og forsyningsdirektivet artikkel 28 nr. 4.

---

Når to kommuner samarbeider om å løse sine oppgaver, står vi nettopp overfor et samarbeid mellom to eller flere offentlige oppdragsgivere – og unntaket kan av denne grunn komme til anvendelse.<sup>157</sup>

Når det gjelder hvilke oppgaver kommunene kan samarbeide om, er det som det fremgår av vår redegjørelse over i punkt 7.2.1.2 i del 2, samarbeid om lovpålagte oppgaver som ligger i kjernen av bestemmelsens anvendelsesområde. Imidlertid er det ikke til hinder for å anvende artikkel 12 nr. 4, at de oppgavene kommunene samarbeider om å utføre ikke er lovpålagte – eksempelvis er samarbeid om administrative støttefunksjoner som IKT, regnskap, juridiske tjenester mv. i utgangspunktet omfattet av unntaksbestemmelsen. Samarbeid om oppgaver begge kommuner har valgt å påta seg, for eksempel oppgaver innenfor turisme eller friluftsliv, vil også være omfattet. Fordi det er et vilkår for at unntaket kommer til anvendelse at samarbeidet utelukkende følger allmenne hensyn, er det imidlertid slik at samarbeid om forretningsdrift ikke kan unntas etter artikkel 12 nr. 4.

Det følger av ovennevnte at unntakets anvendelsesområde er romslig når det gjelder hvilke oppgaver samarbeidet kan dreie seg om. En forutsetning for at selve oppgaven kommunene samarbeider om å utføre er omfattet av unntaksbestemmelsen, er imidlertid at samtlige samarbeidsparter i utgangspunktet er pålagt eller har påtatt seg å utføre oppgaven – altså at samarbeidet gjelder løsningen av en *felles oppgave*, i alle fall må samarbeidet realisere et *formål som er felles* for dem alle.

Som fremholdt i punkt 7.2.1.2 i del 2, er det noe uklart hva som ligger i nevnte vilkår, men i de tilfeller flere kommuner samarbeider, er det vanskelig å tenke seg at vilkåret ikke skulle være oppfylt. Grunnen til at kommunene eventuelt skulle ønske å løse en oppgave i fellesskap, tør være at de alle har et behov for å få oppgaven utført. Består samarbeidet mellom en eller flere kommuner og andre offentlige oppdragsgivere, eksempelvis et offentlig eiet foretak, kan problemstillingen imidlertid settes på spissen. I slike tilfeller er det ikke alltid like innlysende at samtlige samarbeidsparter i utgangspunktet er pålagt, eller har påtatt seg, å løse den pågjeldende oppgaven.

Som eksempel på ulikhetene ved disse typetilfellene kan en tenke seg et samarbeid mellom kommune A og B om snømåking av veinettet i kommunene. Dette samarbeidet vil trolig kunne unntas etter artikkel 12 nr. 4 dersom de øvrige vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Dersom kommune A og kommune B involverer også sitt felleseide kraftselskap i snømåkingen, er det ikke like innlysende av unntaket vil komme til anvendelse. Siden det ikke naturlig hører under et kraftselskaps virke å måke det kommunale veinettet, oppstår i dette tilfellet derfor spørsmål om samarbeidet mellom partene vil kunne anses for å dreie seg om løsningen av *felles oppgaver*, eller for å *realisere formål samtlige av samarbeidspartene har felles*. Selv om svaret i noen grad står åpent, er vi i tråd med EU-domstolens avgjørelse i *Azienda* omtalt over i punkt 7.2.1.2, tilbøyelige til å anta at unntaket ikke vil komme til anvendelse i et slikt tilfelle.

---

<sup>157</sup> Det er likevel verdt å minne om at unntaket ikke er reservert for samarbeid mellom kommuner, men etter omstendighetene også kan gjelde samarbeid mellom en eller flere kommuner og en eller flere andre offentlige oppdragsgivere.

---

Hvis samarbeidet anses for å forfølge samarbeidspartenes felles formål, mest praktisk; det dreier det seg om utføringen av felles oppgaver, kan det unntas anskaffelsesregelverket etter artikkel 12 nr. 4. Vilkaaret er imidlertid at det dreier seg om et *samarbeid*, og ikke bare om et ordinært kjøp av varer eller tjenester. Som det fremgikk av våre drøftelser over i punkt 7.2.1.2 i del 2, består utfordringen knyttet til anvendelsen av bestemmelsen i artikkel 12 nr. 4 først og fremst i å trekke et slikt skille mellom ordinære kontrakter som gjelder kjøp og salg av varer eller tjenester, og det som må sies å utgjøre et reelt samarbeid om å utføre en eller flere oppgaver.

For sammenhengens skyld inntas fortalens uttalelser om dette her:

*“the cooperation should be based on a cooperative concept. Such cooperation does not require all participating authorities to assume the performance of main contractual obligations, as long as there are commitments to contribute towards the cooperative performance of the public service in question.”<sup>158</sup>*

I dette ligger at det ikke kan dreie seg om en ordinær kontrakt, der en oppdragsgiver kjøper varer eller tjenester fra en annen. Snarere må det være tale om et tilfelle der alle samarbeidspartene bidrar for å få oppgavene utført.

Det er altså ikke tilstrekkelig til å få unntak fra direktivene at to eller flere kommuner løser sine offentlige oppgaver ved å kjøpe tjenesten av andre offentlige oppdragsgivere som løser tilsvarende oppgaver selv. Eksempelvis vil et tilfelle der en kommune kjøper plasser ved nabokommunens omsorgsboliger ikke utgjøre *et samarbeid* om å løse felles oppgaver. I et slikt tilfelle dreier det seg om et ordinært tjenestekjøp. Dersom kommunene inngår en avtale hvoretter de sammen bekoster oppføringen av omsorgsboliger, og kommune A står for bemanningen, mens kommune B tar seg av den administrative driften av boligene, vil samarbeidet imidlertid utgjøre et *reelt samarbeid* om å dekke kommunenes felles behov for omsorgsboliger.

Som påpekt under punkt 7.2.1.2 i del 2, lar det seg per i dag ikke med sikkerhet stadfeste akkurat hva hver enkelt kommune må bidra med, eller hvor mye hver enkelt kommune må gjøre før vi står overfor et samarbeid om å løse felles oppgaver snarere enn et innkjøp som foretas for å løse oppgaven. Et minstekrav må være at den enkelte kommune bidrar utover å finansiere utføringen av oppgavene, ved at hver enkelt oppdragsgiver er pålagt visse forpliktelser til å bidra ved utføringen av oppgaven. Det er dette som skiller et *samarbeid om å utføre oppgaver* fra tilfellene der en oppdragsgiver *kjøper varer eller tjenester* fra en ekstern leverandør.

For øvrig må gjennomføringen av samarbeidet utelukkende forfølge allmenne hensyn. Som vi konkluderte i punkt 7.2.1.3 i del 2, ligger det trolig i dette at samarbeidspartene ikke kan oppbære profitt ved samarbeidet – idet samarbeidet i et slikt tilfelle også vil styres av kommersielle hensyn. Finansielle overføringer mellom partene som består i kostnadsdekning vil imidlertid trolig være greit.

---

<sup>158</sup> Anskaffelsesdirektivets fortale, punkt 33.

---

En forutsetning for at unntaket skal komme til anvendelse er under enhver omstendighet at samarbeidskommunenenes aktivitet på markedet ellers ikke overstiger 20 % av samarbeidskommunenenes aktivitet for så vidt gjelder *den type oppgaver samarbeidet gjelder*. Om dette vilkåret er oppfylt vil bero på en konkret vurdering.



# HJORT

## VEDLEGG

**DIRECTIVE 2014/24/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL**

**of 26 February 2014**

**on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC**

*Article 12*

**Public contracts between entities within the public sector**

1. A public contract awarded by a contracting authority to a legal person governed by private or public law shall fall outside the scope of this Directive where all of the following conditions are fulfilled:
- (a) the contracting authority exercises over the legal person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments;
  - (b) more than 80 % of the activities of the controlled legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authority or by other legal persons controlled by that contracting authority; and
  - (c) there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

A contracting authority shall be deemed to exercise over a legal person a control similar to that which it exercises over its own departments within the meaning of point (a) of the first subparagraph where it exercises a decisive influence over both strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person. Such control may also be exercised by another legal person, which is itself controlled in the same way by the contracting authority.

2. Paragraph 1 also applies where a controlled legal person which is a contracting authority awards a contract to its controlling contracting authority, or to another legal person controlled by the same contracting authority, provided that there is no direct private capital participation in the legal person being awarded the public contract with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.
3. A contracting authority, which does not exercise over a legal person governed by private or public law control within the meaning of paragraph 1, may nevertheless award a public contract to that legal person without applying this Directive where all of the following conditions are fulfilled.



- (a) the contracting authority exercises jointly with other contracting authorities a control over that legal person which is similar to that which they exercise over their own departments;
- (b) more than 80 % of the activities of that legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authorities or by other legal persons controlled by the same contracting authorities; and
- (c) there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

For the purposes of point (a) of the first subparagraph, contracting authorities exercise joint control over a legal person where all of the following conditions are fulfilled:

- (i) the decision-making bodies of the controlled legal person are composed of representatives of all participating contracting authorities. Individual representatives may represent several or all of the participating contracting authorities;
- (ii) those contracting authorities are able to jointly exert decisive influence over the strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person; and
- (iii) the controlled legal person does not pursue any interests which are contrary to those of the controlling contracting authorities.

4. A contract concluded exclusively between two or more contracting authorities shall fall outside the scope of this Directive where all of the following conditions are fulfilled:

- (a) the contract establishes or implements a cooperation between the participating contracting authorities with the aim of ensuring that public services they have to perform are provided with a view to achieving objectives they have in common;
- (b) the implementation of that cooperation is governed solely by considerations relating to the public interest; and
- (c) the participating contracting authorities perform on the open market less than 20 % of the activities concerned by the cooperation.

5. For the determination of the percentage of activities referred to in point (b) of the first subparagraph of paragraph 1, point (b) of the first subparagraph of paragraph 3 and point (c) of paragraph 4, the average total turnover, or an appropriate alternative activity-based measure such as costs incurred by the relevant legal person or contracting authority with respect to services, supplies and works for the three years preceding the contract award shall be taken into consideration.

Where, because of the date on which the relevant legal person or contracting authority was created or commenced activities or because of a reorganisation of its activities, the turnover, or alternative activity based measure such as costs, are either not available for the preceding three years or no longer relevant, it shall be sufficient to show that the measurement of activity is credible, particularly by means of business projections.

**DIRECTIVE 2014/25/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL**  
**of 26 February 2014**

**on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services  
sectors and repealing Directive 2004/17/EC**

*Article 28*

**Contracts between contracting authorities**

1. A contract awarded by a contracting authority to a legal person governed by private or public law shall fall outside the scope of this Directive where all of the following conditions are fulfilled:
  - (a) the contracting authority exercises over the legal person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments;
  - (b) more than 80 % of the activities of the controlled legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authority or by other legal persons controlled by that contracting authority;
  - (c) there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

A contracting authority shall be deemed to exercise over a legal person a control similar to that which it exercises over its own departments within the meaning of point (a) of the first subparagraph where it exercises a decisive influence over both strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person. Such control may also be exercised by another legal person, which is itself controlled in the same way by the contracting authority.

2. Paragraph 1 also applies where a controlled person which is a contracting authority awards a contract to its controlling contracting authority, or to another legal person controlled by the same contracting authority, provided that there is no direct private capital participation in the legal person being awarded the public contract with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.
3. A contracting authority, which does not exercise over a legal person governed by private or public law control within the meaning of paragraph 1, may nevertheless award a contract to that legal person without applying this Directive, where all of the following conditions are fulfilled:
  - (a) the contracting authority exercises jointly with other contracting authorities a control over that legal person which is similar to that which they exercise over their own departments;
  - (b) more than 80 % of the activities of that legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authorities or by other legal persons controlled by the same contracting authorities; and
  - (c) there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national

legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

For the purposes of point (a) of the first subparagraph, contracting authorities shall be deemed to exercise joint control over a legal person where all of the following conditions are fulfilled:

- (i) the decision-making bodies of the controlled legal person are composed of representatives of all participating contracting authorities. Individual representatives may represent several or all of the participating contracting authorities;
- (ii) those contracting authorities are able to jointly exert decisive influence over the strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person; and
- (iii) the controlled legal person does not pursue any interests which are contrary to those of the controlling contracting authorities.

4. A contract concluded exclusively between two or more contracting authorities shall fall outside the scope of this Directive, where all of the following conditions are met:

- (a) the contract establishes or implements a cooperation between the participating contracting authorities with the aim of ensuring that public services they have to perform are provided with a view to achieving objectives they have in common;
- (b) the implementation of that cooperation is governed solely by considerations relating to the public interest; and
- (c) the participating contracting authorities perform on the open market less than 20 % of the activities concerned by the cooperation.

5. For the determination of the percentage of activities referred to in point (b) of the first subparagraph of paragraph 1, point (b) of the first subparagraph of paragraph 3 and point (c) of paragraph 4, the average total turnover, or an appropriate alternative activity based measure such as costs incurred by the relevant legal person with respect to services, supplies and works for the three years preceding the contract award shall be taken into consideration.

Where, because of the date on which the relevant legal person was created or commenced activities or because of a reorganisation of its activities, the turnover, or alternative activity based measure such as costs, are either not available for the preceding three years or no longer relevant, it shall be sufficient to show that the measurement of activity is credible, particularly by means of business projections.

**DIRECTIVE 2014/23/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL**  
**of 26 February 2014**  
**on the award of concession contracts**

*Article 17*

**Concessions between entities within the public sector**

1. A concession awarded by a contracting authority or a contracting entity as referred to in point (a) of Article 7(1) to a legal person governed by private or public law shall fall outside the scope of this Directive where all of the following conditions are fulfilled:

- (a) the contracting authority or contracting entity exercises over the legal person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments;
- (b) more than 80 % of the activities of the controlled legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authority or contracting entity or by other legal persons controlled by that contracting authority or contracting entity; and
- (c) there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

A contracting authority or contracting entity as referred to in point (a) of Article 7(1) shall be deemed to exercise over a legal person a control similar to that which it exercises over its own departments within the meaning of point (a) of the first subparagraph of this paragraph, where it exercises a decisive influence over both strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person. That control may also be exercised by another legal person, which is itself controlled in the same way by the contracting authority or contracting entity.

2. Paragraph 1 also applies where a controlled legal person which is a contracting authority or contracting entity as referred to in point (a) of Article 7(1) awards a concession to its controlling contracting authority or contracting entity, or to another legal person controlled by the same contracting authority or contracting entity, provided that there is no direct private capital participation in the legal person being awarded the concession with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

3. A contracting authority or a contracting entity as referred to in point (a) of Article 7(1), which does not exercise over a legal person governed by private or public law control within the meaning of paragraph 1 of this Article, may nevertheless award a concession to that legal person without applying this Directive where all of the following conditions are fulfilled:

- (a) the contracting authority or contracting entity as referred to in point (a) of Article 7(1) exercises jointly with other contracting authorities or contracting entities a control over that legal person which is similar to that which they exercise over their own departments;
- (b) more than 80 % of the activities of that legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authorities or contracting entities or by other legal persons controlled by the same contracting authorities or contracting entities; and
- (c) there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

For the purposes of point (a) of the first subparagraph of this paragraph, contracting authorities or contracting entities as referred to in point (a) of Article 7(1) exercise joint control over a legal person where all of the following conditions are fulfilled:

- (i) the decision-making bodies of the controlled legal person are composed of representatives of all participating contracting authorities or contracting entities. Individual representatives may represent several or all of the participating contracting authorities or contracting entities;
- (ii) those contracting authorities or contracting entities are able to jointly exert decisive influence over the strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person; and
- (iii) the controlled legal person does not pursue any interests which are contrary to those of the controlling contracting authorities or contracting entities.

4. A contract concluded exclusively between two or more contracting authorities or contracting entities as referred to in point (a) of Article 7(1) shall fall outside the scope of this Directive where all of the following conditions are fulfilled:

- (a) the contract establishes or implements a cooperation between the participating contracting authorities or contracting entities with the aim of ensuring that public services they have to perform are provided with a view to achieving objectives they have in common;
- (b) the implementation of that cooperation is governed solely by considerations relating to the public interest; and
- (c) the participating contracting authorities or contracting entities perform on the open market less than 20 % of the activities concerned by the cooperation;

5. For the determination of the percentage of activities referred to in point (b) of the first subparagraph of paragraph 1, point (b) of the first subparagraph of paragraph 3 and point (c) of paragraph 4, the average total turnover or an appropriate alternative activity based measure such as costs incurred by the relevant legal person, contracting authority or contracting entity as referred to in point (a) of Article 7(1) with respect to services, supplies and works for the three years preceding the concession award shall be taken into consideration.

Where, because of the date on which the relevant legal person, contracting authority or contracting entity was created or commenced activities or because of a reorganisation of its activities, the turnover, or alternative activity based measure such as costs, are either not available for the

preceding three years or no longer relevant, it shall be sufficient to show that the measurement of activity is credible, particularly by means of business projections.