

PricewaterhouseCoopers DA
Karenslyst allé 12
0245 OSLO

Deres ref

Vår ref
200300098-3

Dato
12.02.2003

Interkommunalt samarbeid ihht regelverket om offentlige anskaffelser

1. INNLEDNING

Vi viser til Deres brev av 20. desember 2002 hvor De ber om Nærings- og handelsdepartementets syn på hvorvidt leveranser av tjenester fra et interkommunalt samarbeid eller interkommunalt selskap til de deltakende kommunene er underlagt regelverket om offentlige anskaffelser. På bakgrunn av forslaget om å endre kommuneloven slik at en kommune kan la andre enn egen ansatt revisjon eller distriktsrevisjon som kommunen deltar i utføre revisjonsoppgaver, vil vi omtale revisjonstjenester særskilt der det er naturlig.

Regelverket for offentlige anskaffelser omfatter i utgangspunktet alle gjensidig bebyrdende avtaler om anskaffelse av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som inngås av en kommune, jf. forskrift om offentlige anskaffelser §§ 1-3 (1) og 1-4 bokstav a. Dette omfatter også avtaler hvor en eller flere kommuner er leverandør.

Kommunene kan imidlertid velge å utføre tjenestene selv, i egenregi, noe som medfører at regelverket om offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse. Dessuten gjør forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) bokstav h unntak for tjenester som er levert av et *offentligrettslig organ*. Vi skal skissere hovedlinjene for oppdrag i egenregi under punkt 2 og gå nærmere inn på det forskriftsfesta unntaket under punkt 3.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Kaja Breivik Furuseth
0030 Oslo		Org no.	skipsfart	22246584
		972 417 890	Telefaks	
			22 24 66 69	

2. EGENREGI

Begrepet egenregi blir brukt i rettspraksis og i juridisk teori der forskriften ikke kommer til anvendelse på grunn av en sterk organisatorisk eller eiermessig nærhet mellom oppdragsgiver og leverandør. Det foreligger ikke to kontraktsparter og derfor ingen gjensidig bebyrdende avtale.

Tjenester utført av egne ansatte i kommunen er utvilsomt utført i egenregi. Problemet reiser seg i de tilfellene der en kommune eller flere kommuner organiserer utførelsen av visse tjenester gjennom et selskap. Da er det selskapet som sådan som opptrer "utad som en enhet og erverver rettigheter og plikter"¹ og ikke kommunen. Et selskap er en juridisk person, og utgangspunktet i rettspraksis er at det skal svært mye til før leveranser mellom to ulike juridiske personer kan unntas regelverket på bakgrunn av egenregibetraktninger.

Teckal-dommen oppstiller to vilkår for at en tjeneste utført av en juridisk person utenfor kommunen skal kunne regnes som egenregi²:

"Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighet både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af."

Det er noe usikkert i hvilken grad unntaket for egenregi slik det er skissert i Teckal-dommen får anvendelse på interkommunale selskaper.

3. UNNTAKET I FORSKRIFTEN § 1-3 (2) BOKSTAV H

3.1 Innledning

I de tilfellene der en tjenesteleveranse fra et interkommunalt selskap ikke oppfyller kravene til egenregi, kan anskaffelsen likevel unntas fra anskaffelsesreglene i medhold av forskriftens § 1-3 (2) bokstav h:

"kontrakter om offentlige tjenestekjøp som tildeles et organ som selv er en offentlig oppdragsgiver som definert i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften) med hjemmel i en enerett organet har i henhold til en kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak, forutsatt at bestemmelsene er forenlige med EØS-avtalen."

¹ Jf Juridisk leksikon

² Sag C-107/98 Teckal premiss 50 (dansk versjon)

Det sentrale vilkåret for at en tjenesteyting skal være unntatt forskriften om offentlige anskaffelser er at *tjenesteyteren* må være en offentlig oppdragsgiver. Til forskjell fra situasjonen ved egenregi, er det også krav om enerett og forenlighet med EØS-avtalen. Vi vil i det følgende behandle hvert enkelt vilkår og starter med definisjonen av en offentlig oppdragsgiver.

3.2 Er et interkommunalt selskap en offentlig oppdragsgiver som definert i § 1-2?

3.2.1 Innledning

Formene for kommunalt samarbeid vil variere med hva kommunene ønsker å oppnå med samarbeidet. Måten kommunene institusjonaliserer sitt samarbeid på avgjør hvilken del av § 1-2 som kommer til anvendelse. Første ledd retter seg mot "statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter, eller offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse." Hva som er et offentligrettslig organ er nærmere definert i andre ledd.

Et offentligrettslig organ skiller seg fra kommunale myndigheter først og fremst ved at det er et "selvstendig rettssubjekt", jf § 1-2 (2) bokstav b. Som nevnt under punkt 2 ovenfor, innebærer opprettelsen av et selskap at det blir skilt ut fra kommunen og kan erverve rettigheter og pådra seg plikter på egne vegne. Et interkommunalt selskap vil derfor oppfylle kravene til et selvstendig rettssubjekt. For å bli å bli regnet som offentlig oppdragsgiver, må selskapet derfor oppfylle vilkårene til offentlige organ i bokstav a og c i andre ledd. Selskapet må tjene "allmennhetens behov" og ikke være av "industriell eller forretningsmessig karakter", jf § 1-2 (2) bokstav a, dessuten må selskapet ha en nær tilknytning til det offentlige som beskrevet i bokstav c.

3.2.2 Allmennhetens behov

Ordlyden i § 1-2 (2) bokstav a peker mot at bestemmelsen inneholder to kumulative vilkår. Organet må både tjene allmennhetens behov og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter. EF-domstolen har også uttalt at kravet om at behovet ikke skal være av industriell eller forretningsmessig karakter er et kriterium som skal presisere begrepet allmennhetens behov i bestemmelsens forstand.³ Man kan altså tenke seg tjenester som oppfyller allmennhetens behov, men som likevel er av forretningsmessig karakter og dermed ikke oppfyller vilkårene til et offentligrettslig organ.

³ Sag C-360/96 Arnhem premiss 32

I dommer som behandler dette vilkåret har EF-domstolen vurdert vilkårene under ett. Spørsmålet vi må stille er derfor hva som kjennetegner allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter. Premiss 51 i Arnhem-dommen gir en viss veiledning (dansk versjon):

”En gennemgang af denne fortegnelse viser, at der i almindelighed er tale om behov, som staten *af hensyn til almenvellet* (mi utheving) vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke den ønsker at bevare en afgørende indflydelse.”

Kort sagt kan vi si at det er tale om behov som det normalt tilligger samfunnet å ivareta. Eksempel på tjenester som EF-domstolen har godtatt er renovasjonstjenester og produksjon av offisielle administrative dokument som pass og førerkort, jf dommene Arnhem og Mannesmann⁴.

Begrunnelsen for at tjenestene omfattes kan gi veiledning for tolkinga. I Arnhem argumenterte domstolen for at renovasjonstjenester var omfatta av allmennhetens behov fordi det var nødvendig for staten å ha en avgjørende innflytelse på tjenesten av hensyn til ”den offentlige sundhed og miljøbeskyttelsen”.⁵ Når det gjaldt produksjonen av visse offentlige dokument i Mannesmann-saken hevda domstolen at de var tett forbundet med ”den offentlige orden og statsinstitusjonernes virke” fordi det var viktig at forsyninga var sikra og at produksjonen foregikk under vilkår som sikra at reglene om fortrolighet og sikkerhet ble overholdt.⁶

Anvendelse av EF-domstolens utsagn på spørsmålet om kommunal revisjon er et allment behov som ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter tilsier en vurdering av formålene med kommunal revisjon. Revisjon skal sikre en kontroll med det offentliges midler og at kommunale myndigheter overholder de reglene som gjelder for dem. Dette er viktig for å ivareta tilliten i befolkningen. Disse hensynene ligger tett opp mot den offentlige orden og statsinstitusjonenes virke som nevnt i Mannesmann.

Det er viktig å merke seg at bestemmelsen ikke utelukker tjenester som kan utøves av private.⁷ Dessuten har det ikke betydning for vurderinga om organet ved siden av å betjene det offentlige også utøver tjenester av forretningsmessig karakter⁸. Det er

⁴ Sag C-360/96 Arnhem og Sag C-44/96 Mannesmann

⁵ Premiss 52.

⁶ Premiss 24.

⁷ Arnhem premiss 53

⁸ Sag C-44/96 Mannesmann premiss 25 ”Det bemærkes videre, at det fremgår af bestemmelserne i § 1, stk. 1, og § 2, stk. 1, i StDrG, at ÖS er oprettet specielt med henblik på at imødekomme disse behov hos almenheden. Det er i den forbindelse *uden betydning, at et sådant organ ud over denne opgave frit kan udøve andre former for virksomhed* (mi utheving) såsom fremstilling af andre tryksager samt udgivelse og forhandling af bøger. Den omstændighed - der er påpeget af den østrigske regering i dennes skriftlige indlæg - at imødekomme af almenhedens behov kun udgør en relativt ubetydelig andel af den virksomhed, ÖS faktisk udøver, er ligeledes uden relevans, når et sådant organ fortsat påtager sig at opfylde de behov, ÖS specielt er forpligtet til at imødekomme.

derfor ingen hindring for anvendelsen av § 1-2 (2) bokstav a at et interkommunalt selskap også påtar seg revisjonsoppdrag for andre enn kommuner.

3.2.3 Nær tilknytning til det offentlige

Bokstav c nevner tre former for innflytelse det offentlige kan ha over selskapet for å oppfylle kravet til offentligrettslig organ.⁹

” i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer, eller hvis forvaltning er underlagt slike organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer.”

Vilkårene er alternative, det er nok at ett av disse er oppfylt. Graden av innflytelse blir brukt som et tolkingsmoment ved de ulike vilkårene. I Cambridge-dommen uttalte EF-domstolen i tilknytning til vilkåret om finansiering at det ikke omfatter enhver betaling. Bare de ytelser som ”finansierer eller støtter den berørte virksomheds aktiviteter ved et økonomisk bidrag *uden særlig modydelse* [mi utheving], kan kvalifiseres som ”offentlig finansiering”¹⁰.

For et interkommunalt revisjonsselskap vil det derfor ikke være tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret om finansiering at selskapet har mer enn halvparten av inntektene sine fra det offentlige så lenge det dreier seg om betaling for tjenester. Finansiering kan ellers omfatte både virksomhetens låneopptak og direkte tilskudd til driften.

Når det gjelder alternativet om at forvaltningen må være underlagt offentlig kontroll, vil dette oftest være en administrativ kontroll- eller instruksjonsmyndighet

Den tredje formen det offentlige kan utøve innflytelse på, er å utnevne minst halvparten av medlemmene til et administrasjons-, ledelses-, eller kontrollorgan. Administrasjons- og ledelsesorganer synes å henseile på typiske styrefunksjoner. Offentlig eierskap i selskapet vil oftest være utslagsgivende for at en virksomhet omfattes av reglene, fordi eierskapet normalt vil gi rett til å oppnevne styremedlemmer i virksomheten. Aksjonæravtaler eller vedtekter kan imidlertid begrense innflytelsen over virksomheten. Også her må vi derfor vurdere om utnevnelsen sikrer en nær tilknytning til det offentlige.

⁹ jf Sag 380-98 Cambridge premiss 20: ”Med hensyn til de alternative betingelser, der findes i artikel 1, litra b), andet afsnit, tredje led, i direktiv 92/50 [art 1], 93/36 [art 1] og 93/37 [art 1], følger det af præmis 20 i **Mannesmann** Anlagenbau-dommen, at de hver især er udtryk for organets nære tilknytning til staten, lokale myndigheder eller andre offentligrettlige organer. Den nævnte bestemmelse definerer derfor de tre former for offentligrettlige organer, som tre varianter af en ”nær tilknytning” til en anden ordregivende myndighed.”

¹⁰ jf Sak 380-98 Cambridge premiss 21

Et sentralt spørsmål er om graden av innflytelse skal vurderes i forhold til hver enkelt kommune som deltar i samarbeidet, eller det offentlige sett under ett. Ordlyden tyder ikke på at det er noe krav at ett organ alene har den nødvendige innflytelsen. De ulike kommunene som deltar i et interkommunalt selskap kan derfor identifiseres med hverandre. Antallet kommuner som deltar i et interkommunalt selskap vil derfor ikke være noe relevant moment ved vurderinga av innflytelsen.

3.3 Enerett

Dersom et interkommunalt selskap oppfyller kravene til et offentligrettslig organ, , oppstår spørsmålet om selskapet har enerett til å levere tjenesteytelsen med hjemmel i en lov, forskrift eller administrativt vedtak. Et administrativt vedtak kan trolig treffes både på politisk og administrativt nivå. Det er imidlertid et krav at vedtaket som tildeler eneretten skal være kunngjort. Det er ikke noe eksplisitt krav til hvordan kunngjøringen skal skje, og det er derfor usikkert om for eksempel en elektronisk kunngjøring på kommunens hjemmeside på Internett vil være tilstrekkelig.

3.4 Forenlig med EØS-avtalen

Det er videre en forutsetning at tildelingen av eneretten er forenlig med EØS-avtalen. Departementet antar at tildeling av en enerett i utgangspunktet er en restriksjon på adgangen til å yte tjenester, jf EØS-avtalens hoveddel art. 36. Etableringen av en enerett må derfor forankres i den domstolsskapte læra om tvingende eller allmenne hensyn.

EF-domstolen har oppstilt tre vilkår som alle må være oppfylt for å godta ei nasjonal ordning som i utgangspunktet er i strid med de fire friheter. For det første må formålet med regelen være omfatta av et hensyn som EF-domstolen har oppstilt; formålet må være et allment hensyn. For det andre må den nasjonale regelen være egna til å nå formålet med regelen, og for det tredje må skje en avveining av om hensynene er tilstrekkelig tunge til å kunne gripe inn i den frie bevegelighet av tjenester. Et viktig vurderingstema i proporsjonalitetsvurderinga er om det samme formålet kan nås med mindre inngripende tiltak.

Når det gjelder vilkåret om at formålet må være omfattet av et hensyn som EF-domstolen har oppstilt, er det viktig å legge merke til at domstolen aldri har gitt en uttømmende oppregning av de allmenne hensynene. Eksempel på hensyn EF-domstolen har godtatt er beskyttelse av forbrukere, arbeidstakere, tjenestemottakere, ytringsfrihet og kunstneriske verdier. I forhold til kommunal revisjon, kan Arblade¹¹ og Bachmann-dommen¹² gi muligens gi veiledning. De allmenne hensynene som er belyst i dommene er henholdsvis kontrolltiltak og skattekontroll.

¹¹ Sag 104/75

¹² Sag C 204/90

Selv om domstolen har godtatt en rekke ulike hensyn, er det to typer den uttrykkelig har avvist: økonomiske og forvaltningsmessige hensyn. Kjernen i begrepet økonomiske hensyn er tiltak for å beskytte eget lands næringsliv. Forvaltningsmessige hensyn dreier seg om hensynet til forenkling av forvaltningens saksbehandling.

Den strengeste vurderinga har domstolen likevel anlagt når det gjelder vilkårene om egnethet og proporsjonalitet. Disse vilkårene gir domstolen et bredt skjønn, og det skal mye til før domstolen godtar et nasjonalt tiltak som tungtveiende nok til å rettferdiggjøre et inngrep i den frie bevegeligheten for tjenester.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Kaja Breivik Furueth
førstekonsulent