

Sogndalen kommune
Kristin Tofte Andresen
Pb. 53
4685 Nodeland

Deres ref
02/01341

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
2002/3730 NR NOK rmy

Dato
21.11.2002

OFFENTLIGE ANSKAFFELSER – UNNTAKET FOR EGENREGI

Det vises til Deres brev av 29.08.2002. I brevet vises det til et tilbud kommunen har mottatt fra Tet AS om å kjøpe en andel på 1,9 % av selskapet. Spørsmålet er om dette er tilstrekkelig til at kommunen kan kjøpe prosjekteringstjenester direkte fra selskapet uten at lov og forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse.

Det ligger til domstolene å ta stilling til enkeltsaker og tolkningen av regelverket. Departementet ønsker derfor ikke å ta stilling til konkrete saker. Problemstillingen er imidlertid praktisk og reiser prinsipielle spørsmål. Departementet ønsker derfor å gi noen generelle vurderinger i tilknytning til saken.

1 Utgangspunkt:

Lov av 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser gjelder alle anskaffelser foretatt av statlige, fylkeskommunale og kommunale organer og selskaper kontrollert av det offentlige, jf. loven § 3. Forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser gjelder bare anskaffelser i form av "gjensidig bebyrdende avtaler", jf. § 1-4 bokstav a).

Avtaler mellom organer innenfor samme rettssubjekt, dvs. innenfor samme kommune eller innenfor staten, vil ikke regnes for en "gjensidig bebyrdende avtale" og faller derfor utenfor regelverkets anvendelsesområde. Dette betegnes som leveranser i egenregi.

Regelverket bygger på EUs innkjøpsregler, og EF-domstolen har i sin rettspraksis lagt til grunn at unntaket for egenregi på visse vilkår også kan gjelde ved vareleveranser mellom to forskjellige juridiske personer. Det er antatt at et tilsvarende unntak kan oppstilles for tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter. Departementet

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 66 73
Telefaks:
22 24 27 79

Avdeling for
næringsregulering og
skipsfart

Saksbehandler:
Robert Myhre
22246270

Sogndalen kommune

kjenner ikke til tilsvarende avgjørelser om fortolkningen av lov om offentlige anskaffelser i Norge. Det antas imidlertid å være tilsvarende unntak også her, selv om det ikke kan utelukkes at norske domstoler ut i fra en vurdering av formålet bak lov om offentlige anskaffelser kommer til at det må stilles strengere krav for å gjøre unntak i norsk rett. I det videre vil vi likevel ta utgangspunkt i de avgrensninger EF-domstolen har lagt til grunn.

2 Vilkårene for å levere i egenregi:

Spørsmålet om det kan gjøres unntak fra regelverket ved leveranser mellom en offentlig myndighet og et selskap organisert som eget rettssubjekt ble vurdert av EF-domstolen i sak C-107/98 (Teckal). Domstolen uttalte at dersom en lokal myndighet har en kontroll over et selskapet som er like sterk som over sine egne organer og hoveddelen av selskapets virksomhet i tillegg er rettet inn mot "den eller de" lokale myndigheter den eies av, kan dette falle utenfor regelverkets anvendelsesområde.

I tolkningen av regelverket skal det gjennomgående legges til grunn en formålsbestemt tolkning. Domstolen har med dette utgangspunktet flere ganger uttalt at unntak fra regelverket skal tolkes snevert. Domstolens vektlegging av at avtalen kan falle utenfor indikerer på denne bakgrunn at det er et visst skjønn for domstolene i vurderingen av om forholdet mellom to ulike rettssubjekter skal anses som egenregi, selv om de oppstilte vilkårene er oppfylt.

3 Nærmere om kravet til kontroll:

Vilkåret EF-domstolen oppstilte i Teckal-dommen om at oppdragsgiver skal ha en like sterk kontroll over selskapet som over sine egne organer reiser flere spørsmål. Både hvilke kriterier som er relevante i undersøkelsen av hvilken kontroll som faktisk foreligger, hvor sterk kontrollen må være og om offentlige oppdragsgivere kan identifiseres med hverandre må undersøkes nærmere.

3.1. relevante kriterier i undersøkelsen av hvilken kontroll som faktisk foreligger:

Domstolen uttalte seg i Teckal-dommen ikke nærmere om hvilke kriterier som kunne være relevante i kartleggingen av hvilken kontroll oppdragsgiver faktisk hadde over selskapet.

I to senere avgjørelser, C-198/98 (RI.SAN) og C-94/99 (ARGE), har imidlertid Generaladvokaten i sitt forslag til avgjørelse gitt noe veiledning i spørsmålet. EF-domstolen har imidlertid avgjort sakene på et annet grunnlag, slik at relevansspørsmålet ikke kan anses endelig avklart.

Generaladvokaten legger i sine uttalelser til grunn at både finansielle og organisatoriske forbindelser mellom oppdragsgiver og selskapet vil være relevant. Når det gjelder finansielle forbindelse vil for eksempel det faktum at bevilgninger til selskapet gis direkte over kommunens budsjetter spille inn. Det samme gjelder dersom kommunen alene fastsetter størrelsen på det vederlag selskapet kan ta for sine varer og tjenester. I forhold til den organisasjonsmessige tilknytningen vil naturlig nok eierandeler i

selskapet ha betydning. Generaladvokaten uttaler i sak C-94/99 imidlertid at også antallet og karakteren av de poster som eies av private i selskapet vil spille inn på maktfordelingen og dermed være relevant. Det avgjørende vil med andre ord være en samlet vurdering av hvor selvstendig selskapet er i forhold til den offentlige oppdragsgiveren.

3.2. Hvor sterk må kontrollen være:

I Teckal-dommen hadde den aktuelle oppdragsgiver, Viano kommune, en eierandel på 0,9% og tilsvarende innflytelse i ledelsen og andel i driftsoverskudd/driftstap. Siden dette gjaldt en prejudisiell uttalelse¹ uttalte EF-domstolen seg ikke i spørsmålet om dette ville være tilstrekkelig kontroll over selskapet til å kunne handle i egenregi. Generaladvokaten uttaler imidlertid i premissene til sitt forslag til avgjørelse at det er "helt usannsynlig" at Viano kommune utøvet en kontroll over selskapet tilsvarende som for egne organer. Departementet deler denne oppfatningen.

I sak C-108/98 (R.I.SAN) var det tale om et finansieringsselskap 100% eid av den italienske stat. Generaladvokaten uttaler i premissene til forslaget til avgjørelse at denne eierandelen gjør det mulig uten nærmere kjennskap til selskapets organisasjon å konkludere med at selskapet utgjorde en del av den italienske stat. Det er imidlertid uklart hvilke slutninger Generaladvokaten trekker av dette, og EF-domstolen valgte å avgjøre saken på et annet grunnlag uten å kommentere spørsmålet. Etter departementets oppfatning vil imidlertid 100% eierandel i et selskap innebære tilstrekkelig kontroll over selskapet i forhold til vilkårene for egenregi.

I sak C-94/99 (ARGE) gjaldt saksforholdet et forskningssenter som var 49,5 % eid av private og 50,5 % av et annet selskap som igjen var 100% eid den Østerrikske stat. Generaladvokaten uttalte at selv om den Østerrikske stat måtte anses for å være majoritetseier i forskningssenteret måtte man undersøke hvilken selvstendighet organet har i forhold til staten. Videre uttalte han at den nasjonale domstolen må undersøke om selskapets beslutninger treffes av dets private eiere til tross for at staten har majoriteten av aksjene.

Departementet oppfatter rettskildebildet slik at det vanskelig kan tenkes en tilstrekkelig kontroll over et selskap man ikke er majoritetseier i. 100% eierandel vil i utgangspunktet være tilstrekkelig, mens det ved lavere eierandeler må gjøres en konkret vurdering av den faktiske kontrollen.

3.3. Kan ulike oppdragsgivere identifiseres:

I Teckal-dommen uttaler domstolen at oppdragsgiver, omtalt i entall, må sterk kontroll over selskapet og at hoveddelen av omsetningen må være rettet inn mot "den eller de" offentlige oppdragsgivere den eies av. Ordlyden trekker i retning av at en identifikasjon

¹ Den endelige vurderingen tillå derfor de nasjonale domstoler.

mellom ulike offentlige oppdragsgivere kun kan skje i forhold til omsetningsvilkåret, ikke i forhold til kontrollvilkåret.

I ARGE saken uttalte Generaladvokaten at den nasjonale domstolen må forsikre seg om at den offentlige myndighet som utøver kontroll er "ett og samme organ" som den offentlige myndighet som er oppdragsgiver, og ikke en annen myndighet, jf. art. 65 flg. i uttalelsen. Dersom det offentliges eierandel i selskapet kunne anses å tilhøre flere delstater i Østerrike kunne dette resultere i at ingen av dem hadde tilstrekkelig kontroll.

I RI.SAN saken var saksforholdet at selskapet som var 100% eid av den Østerrikske stat eide 49 % av et selskap og Ischia kommune 49%. Generaladvokaten uttalte at det ville være for formelt å sondre mellom staten og kommunen som eiere. Altså at kommunen og staten kunne identifiseres. Uttalelsen ble imidlertid gitt før Teckal-dommen, og kan ikke anses for lenger å gi uttrykk for gjeldende rett.

Slik departementet ser rettskildebildet er det etter dette ikke anledning til å identifisere ulike offentlige oppdragsgivere med hverandre i forhold til vilkåret om kontroll over selskapet.

4 Nærmere om omsetningskravet

I Teckal-dommen uttalte EF-domstolen at *hoveddelen* av sin virksomhet måtte være rettet inn mot den eller de oppdragsgivere den eies av. Dette kan tolkes slik at man kan identifisere offentlige oppdragsgivere som har eierandeler i virksomheten. Omsetning til private og til offentlige myndigheter som ikke har eierandeler, kan med andre ord ikke regnes med. Videre er det et åpent spørsmål om enhver eierandel (uansett størrelse) vil være relevant.

Det foreligger ingen praksis som kan gi nærmere avklaring på hvor mye "hoveddelen" av omsetningen vil være. I Generaladvokatens uttalelse i sak 94/99 (ARGE) heter det at dersom leverandøren driver kommersiell virksomhet kommer direktivet til anvendelse med mindre det utgjøre en *marginal* del av virksomheten. Dette trekker i retning av en streng fortolkning. Den endelige avklaringen av omsetningskravet må foretas av domstolene.

Med hilsen

Irene Standnes (e.f.)
underdirektør

Robert Myhre
rådgiver