

Samferdselsdepartementet  
Postboks 8010 Dep  
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar)  
1999/4159 AJ OSA jhb/tlø

Dato  
05.07.2000

## **PRODUKSJONSVIRKSOMHET I STATLIGE ETATER – FORHOLDET TIL REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER.**

Det vises til brev datert 21 oktober 1999, hvor Samferdselsdepartementet ber om kommentarer fra Næringsdepartementet vedrørende innkjøpsrettslige skanker mot at statlige produksjonsvirksomheter påtar seg oppdrag i og utenom konkurranse med private entreprenører, samt hvilken mulighet det er for statlige produksjonsvirksomheter til å påta seg oppdrag for andre statlige forvaltningsenheter.

Næringsdepartementets vil bemerke at de kommentarene som gis nedenfor er av generell karakter og at redegjørelsen nedenfor ikke i detalj omhandler de ulike måter å organisere statlig produksjonsvirksomhet på.

### **1. Adgang for offentlige virksomheter til å delta i konkurranse med private leverandører – anskaffelsesregelverket**

Anskaffelsesreglene er i prinsippet ikke til hinder for at statlige forvaltningsvirksomheter utfører oppdrag for andre offentlige oppdragsgivere. Dette gjelder også i de tilfeller hvor de offentlige virksomhetene er i konkurranse med private. Ved anskaffelser som er underlagt regelverket er det imidlertid essensielt at reglene om likebehandling av leverandører vies oppmerksomhet, da offentlige etater, bedrifter eller selskap ofte vil ha informasjonsfordeler forut for konkurransen om kontrakten. Det er i slike tilfeller viktig at det er "vanntette skott" mellom oppdragsgiver og den offentlige virksomheten i forbindelse med konkurranse om kontrakten.

---

Postadresse:  
Postboks 8014 Dep  
0030 Oslo

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

Telefon - sentralbord:  
22 24 90 90 / 22 24 01 41  
Telefaks:  
22 24 01 45

Administrativ og juridisk  
avdeling

Saksbehandler:  
Johan Henrik Børge  
22 24 66 69

Samferdselsdept

For øvrig gjør vi oppmerksom på at regelverket for offentlig støtte også kan sette begrensninger for hvordan den offentlige virksomheten kan opptre når forvaltningsvirksomheten eller det offentlige selskapet utfører tjenester i konkurranse med private aktører.

## **2. Mulighet for statlige forvaltningsorgan/virksomheter til å ta oppdrag for andre forvaltningsorgan/virksomheter – uten at oppdraget settes ut på konkurranse**

Forutsetningen for at anskaffelsesregelverket skal komme til anvendelse er at det tas sikte på å inngå ”en gjensidig bebyrdende kontrakt”. Det vises til vare-, tjeneste og bygg og anleggforskriften § § 1 nr 1, gitt i medhold av lov om offentlig anskaffelser.

Det legges til grunn at alminnelig avtalerett kommer til anvendelse på spørsmålet om når en slik ”gjensidig kontrakt” inngås, herunder at begrepet ”kontrakt” forutsetter at kontrakten skal være mellom to rettssubjekter<sup>1</sup>. Dette innebærer at regelverket ikke omfatter beslutninger om transaksjoner innen samme juridiske person, selv om det skjer utveksling av ytelser mellom forskjellige forretningsenheter. Tilsvarende betraktninger legges til grunn ved forståelsen anvendelse område for instruks for statlig anskaffelsesvirksomhet (REFSA) §1.

### *Egenregi – mellom statlige etater/produksjonsvirksomheter*

I tilfeller hvor en avdeling i staten benytter en statlig produksjonsenhet som leverandør, vil det i mange tilfeller ikke foreligge en rettslig<sup>2</sup> kontrakt mellom to forskjellige juridiske personer<sup>3</sup>. Dette p.g.a. at ”kjøper” og ”selger” anses for å være en del av samme juridiske person.

Begrepet ”juridisk person” er ikke et entydig begrep i norsk rett. Men det sentrale innholdet i begrepet ansees imidlertid å være at enheten er skilt ut med ”egen formuesmasse som innretningen råder over og som innretningen hefter med for sine forpliktelser”<sup>4</sup>.

Når det gjelder staten, er staten organisatorisk organisert slik at de fleste av forvaltningsorganene og mange av produksjonsenhetene ikke er skilt ut med egen formuesmasse som innretningen råder over, samt at staten hefter med en formuesmasse direkte for alle enhetene. Dette vil f.eks. være tilfelle for alle

---

<sup>1</sup> EF-domstolen C- 107/98 pkt 49” *As to whether there is a contract, the national court must determine whether there has been an agreement between two separate persons* ”

<sup>2</sup> Med begrepet ”rettslig kontrakt” siktes det her til at kontrakten ikke etablerer juridisk virkninger mellom ”partene” som kan bringes inn for behandling i domstolene, dersom ”kontrakten” ikke oppfylles.

<sup>3</sup> Sue Arrowsmith s 414 ”*Where work is awarded to an in-house service provider which is legally part of the purchasing organisation, there is in law no contract, and the work may thus be awarded to the in-house unit without following the regulations.*”

<sup>4</sup> Jf Skoghøy i boken *Tvistemål* på side 154 og 157

departementene, underliggende etater, direktorater , herunder organ som Norges vassdrag – og energiverk, Statens kornforretning, jernbaneloverket, Statens Vegvesen m.v. Motsatt vil det imidlertid være for selskap som Statens postselskap, Telenor AS og Statsskog SF som i den senere tid er skilt ut med egne formuesmasser og med begrenset ansvar for eieren.

Det er derfor ikke avgjørende for om regelverket kommer til anvendelse at det foreligger et dokument som lyder betegnelsen ” kontrakt” som bekrefter tjenestens innhold, produktets omfang, kvalitet, regulerer utveksling av ytelser og er mellom statlige etater. Det er heller ikke avgjørende om de statlige organene har en betydelig grad av selvstendighet i forhold til hverandre<sup>5</sup>. Tilsvarende resonnement er lagt til grunn i Sverige av Nemnd for offentlig upphandling.

Den danske Konkurrancestyrelsen, har imidlertid i sin veileder gitt kommentarer til dette spørsmålet som går i annen retning :” *Selv om staten efter dansk retspraksis i andre relationer anses for at være en enhed, så kan staten dog i relation til udbudsreglerne ikke betragtes som en enkelt juridisk person. Det enkelte ministeromr de med tilhørende styrelser betragtes dog som en enhed, fordi institutionerne er under en enkelt ministers instruktionsbef jelse*”. Det har dog ikke lyktes departementet å få en kvalifisert juridisk begrunnelse om hvorfor danske myndigheter har lagt en slik forståelse til grunn.

Med bakgrunn i resonnementet ovenfor legger departementet til grunn at statlige forvaltningsvirksomheter som ikke er skilt ut i egne rettssubjekter, kan utveksle ytelser uten at utveksling av ytelsen er omfattet av anskaffelsesregelverket. Departementet kan imidlertid ikke utelukke muligheten for at EFTA- eller EF domstolen i en senere dom fortolker regelverket i en mer restriktiv retning som i større grad vektlegger hensynene bak et mest mulig åpent og liberalisert marked.

#### *Konkurranse – effektive anskaffelser*

Departementet vil bemerke at selv om man ikke kan utlede en kunngjøringsplikt fra regelverket, vil konkurranse med private aktører i mange tilfeller sikre, at best mulig behovsdekning til den mest fordelaktige pris oppnås.

Det kan opplyses at det f. eks. i Sverige opereres med et særlig vilkår for å benytte egenregi utover egen forvaltningsavdeling. Det er i egenregi tilfeller, administrativt pålagt at man skal vurdere om det aktuelle statlige organet som skal utføre oppgaven har særskilte forutsetninger for å utføre oppgaven. Egenregi ikke skal benyttes, hvor det ligger utenfor organets kjernevirksomhet   utføre slike oppgaver.

---

<sup>5</sup> Sue Arrowsmith s 414 ”This applies even if the in-house unit operates in practice on a largely independent basis, and even where it is normally required to compete for such work with the private sector.”

## 2. Mulighet for et statlige forvaltningsorgan/virksomhet å tildele et statlige selskap kontrakter direkte – ut fra egenregibetraktninger

Når det gjelder kontrakter mellom statlige selskap eller mellom et statlig forvaltningsorgan og et statlig selskap, er hovedregelen at egenregi betraktninger ikke kan legges til grunn. I slike tilfeller vil det inngås kontrakt mellom to forskjellige rettssubjekter og regelverket kommer da til anvendelse.

Under visse forhold kan imidlertid egenregi betraktningene likevel legges til grunn, selv om avtalen inngås mellom to forskjellige juridiske personer. Dette fremkommer av EF-domstolens avgjørelse i *Teckal saken* C-107/98 hvor det heter at :

*".... it is, in principle, sufficient (for at regelverket skal komme til anvendelse) if the contract was concluded between, on the one hand, a local authority and, on the other, a person legally distinct from that local authority. 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".*

I lys av denne betraktningen må det kunne legges til grunn at i de tilfeller hvor tjenesteproduksjonen er skilt ut fra den statlige administrasjonen som eget rettssubjekt, er 100 prosent eiet av staten og hvor levering i all hovedsak skjer til staten, er regelverket ikke til hinder for at kontrakttildeling kan skje direkte. Begrunnelsen er at det offentlige (her staten) skal kunne stå fritt til å organisere sin virksomhet ut fra rasjonelle, økonomiske og administrative hensyn og velge f. eks selskapsformen når dette er hensiktsmessig, uten at dette skal fremtvinge at oppgaver som tidligere ble utført i egenregi må konkurransenutsettes.

I Generaladvokatens forslag til dom i *Arnhem-saken*, EF-Domstolens sak C-360/96, gis det støtte for tilsvarende betraktninger når det gjelder å slå sammen virksomheter som tidligere har vært integrert i to forskjellige kommuner.

I saken hadde to hollandske nabokommuner opprettet et 100 prosent felles eiet renovasjonsselskap. Kommunen inngikk avtale direkte med selskapet om renovasjonstjenester. Et privat selskap klaget over manglende konkurranse om tjenesten. Saken ble forelagt EF- domstolen til prejudisiell avgjørelse. Generaladvokaten uttalte i sitt forslag til avgjørelse at :

*"dannelsen af det fælleskommunale selskab og overførelsen til dette organ af opgaver, som tidligere udførtes af kommunerne, har således til formål at slå vedkommende funktioner sammen, snarere end at betro deres udførelse til en tredjemand..... Selv om (selskabet) er et aktieselskab, er det ikke ... i væsentlig grad fremmed for kommunernes organisatoriske opbygning. Dets natur kan beskrives med begrebet organ inden for den offentlige forvaltning. Dette synspunkt bekræftes naturligvis af ..... (selskabets) totale afhængighed af kommunernes vilje, ikke blot hvad angår dets økonomiske ressourcer, men også*

*ledelsesorganets sammensætning (i det mindste flertallet af medlemmerne er kommunalt udpeget)" (Uofficiel oversættelse)*

I den endelige afgjørelse tok EF-domstolen imidlertid ikke stilling til dette spørsmålet. Generaladvokatens syn er dog blitt lagt til grunn i dansk anskaffelsespraksis<sup>6</sup>.

Ovennevnte betraktninger åpner for at staten må kunne slå sammen virksomheter som i dag er organisert under forskjellige organer for så å etablere et selskap som utfører de oppgaver som tidligere lå under organene, uten at dette i seg selv utløser en plikt til offentlig konkurranse om oppdragene. Imidlertid må det understrekes at en slik betraktning er forankret i at oppgavene legges til et eget rettssubjekt av organisatoriske og administrative grunner, og ikke for å konkurrere i markedet om oppdrag.

Det er også antatt at en mindre del av selskapets omsetning kan komme fra andre oppdragsgivere enn den statlige, uten at dette i seg selv utelukker egenregi betraktninger. Det kan i denne sammenheng argumenteres for at Tecaldommen gir støtte for at en "ikke helt ubetydelig del" av omsetningen kan komme fra andre oppdragsgivere enn den som har kontrollen over organet eller selskapet, jf uttalelsen " .... and, at the same time, that person carries out the essential part of its activities with the controlling local authority or authorities".

For virksomheter som er underlagt forsyningsdirektivet kan det nevnes at grensen er satt til 20 prosent av omsetningen over tre år. Regelverket for klassisk sektor (som bl. a omfatter Statens vegvesen) har ikke tilsvarende regel, men det kan argumenteres for at bestemmelsens prinsipper med varsomhet kan anvendes på klassisk sektor. Det har dog formodningen mot seg at domstolen har ment å gå lengre enn forsyningsdirektivet med formuleringen "*essential part*" i Tecalsaken, da regelverket for forsyningssektoren (som også omfatter private aktører) jevnt over fremstår som mer liberalt enn regelverket for klassisk sektor. I tillegg vil begrunnelsen for egenregibetraktninger ovenfor selskap som har en betydelig del av omsetningen fra andre oppdragsgivere harmonere dårlig med hensynet bak regelverket, samt at faren for krysssubsidiering vil øke. Departementet vil derfor presisere at det er usikkert hvor en slik grense går og at en "gjensidig bebyrdende kontrakt" mellom to rettssubjekt som hovedregel skal ut på offentlig konkurranse.

---

<sup>6</sup> *Klagenemden for utbud*: "Det følger af det netop nævnte, at man i udgangspunktet ikke kan tale om in house produktion, når der er tale om aftaler mellem to selvstændige juridiske personer. Klagenævnet har imidlertid i kendelsen af 11. oktober 1996 (*Odense kommune*) udtalte, at selve selskabsdannelsen (i den konkrete saken) fandtes ikke udbudsudløsende." Beslutningen om at indgå aftale med selskabet og overlade ydelserne til dette fandtes efter en samlet vurdering  
– i hvert fald så længe kommunen havde den bestemmende indflydelse i selskaberne  
– at være en divisionering af kommunens samlede dispositioner, der ikke kunne sidestilles med et udbud af ydelser."

#### 4. Egenregibetraktninger mellom statlige selskap?

Når det gjelder inngåelse av kontrakter mellom to selvstendige statlige selskap (som omfattes av anskaffelsesreglene), er det ingen rettspraksis på området som behandler spørsmålet. Forholdet faller imidlertid innunder begrepet ” gjensidig bebyrdende kontrakt” og hvilket innebærer at kontrakten i utgangspunktet må kunngjøres. Videre vises det til EF- domstolen i *Teckal saken* uttalelse :

*”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.....”.*

Domstolen vektlegger her at det ene subjektet skal ha en betydelig formell og faktisk kontroll med det andre rettssubjektet. Dette kan antagelig ikke sies å være tilfelle med to sideordnede statlige selskap. Det kan imidlertid reises spørsmål om domstolens forutsetninger er oppfylt, dersom det ene selskapet er et heleiet datterselskap.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)  
avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge  
førstekonsulent

Kopi: Marianne Bråthen, Vegdirektoratet  
Kurt Welzien, Rettsvitenskaplig seksjon,  
Magnus Lagabøtes plass 1, 5010 Bergen