

Finansdepartementet
Emma C. Jensen Stenseth
Postboks 8008 Dep
0030 OSLO

Deres referanse
04/2522 C ejs/sin

Vår referanse
200404659-/KGR

Dato
18. januar 2005

Svar: SSØ Statens senter for økonomistyring deltagelse i anbudskonkurranser forholdet mellom innkjøpsregelverket og bestemmelsene om forbud mot statsstøtte i EØS avtalen

Vi viser til ovennevnte brev av 15. november 2004 der Finansdepartementet stiller spørsmål ved bruk av Statens senter for økonomistyrings (SSØ) deltagelse i konkurranser og forholdet til henholdsvis anskaffelsesreglene og EØS-reglene om statsstøtte.

Regelverket for offentlige anskaffelser

Slik vi forstår henvendelsen deres, er dette et spørsmål om hvordan statlige myndigheter skal gå fram når de skal skaffe seg tjenester og produkter som SSØ kan tilby.

Innledningsvis vil vi presentere utgangspunktet for drøftinga, at staten kan tildele oppdrag til SSØ uten konkurranse i egenregi. Begrepet egenregi blir brukt i rettspraksis og i juridisk teori der regelverket om offentlige anskaffelser ikke får anvendelse på grunn av en sterk organisatorisk eller eiermessig nærhet mellom oppdragsgiver og leverandør. Virkeområdet til anskaffelsesforskriften er definert til å gjelde *"varekontrakter, tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som nevnt i § 1-3 (hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften) som inngås av oppdragsgivere som nevnt i § 1-2 ..."*. En kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand er en *"gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en oppdragsgiver og en leverandør"*, jf § 1-4. EF-domstolen har uttalt at utgangspunktet for avgjørelsen av om det foreligger en kontrakt, er om det er tale om to forskjellige juridiske personer.¹ Departementets standpunkt er

¹ Jf. C-107/98 Teckal, premiss 49-50-

at staten må regnes som en juridisk person. Ikke alle land har samme forståelse av begrepet; Danmark hevder for eksempel at egenregi bare kan skje innenfor samme myndighetsområde (f.eks. mellom et departement og underliggende etat). Statlige aksjeselskap er avskåret fra å erverve varer og tjenester fra statlige etater i egenregi, siden de er skilt ut fra staten som eget rettssubjekt.²

Det juridiske utgangspunktet er altså klart; staten har mulighet til å kjøpe varer og tjenester fra egne etater, som SSØ, uten konkurranse. Regelverket for offentlige anskaffelser gjelder ikke for interne avtaler i staten.

Det neste spørsmålet er hvordan en statlig oppdragsgiver skal gå frem når den ønsker å ha en anbudskonkurranse hvor SSØ inngir et tilbud. I tilfeller der en statlige virksomhet ønsker konkurranse fra markedet og samtidig ønsker å vurdere et internt bud, er ikke prosedyrene like klare. Det finnes ikke et klart svar i rettspraksis på hvilken fremgangsmåte som er den juridisk korrekte, verken i Norge eller i EU. Vi ønsker likevel å gjøre rede for rettstilstanden og vise til viktige vurderingsmomenter.

Det som er klart er at det den offentlige oppdragsgiver må opplyse markedet om at den vil vurdere et internt bud, når dette er tilfelle. Dette gjøres gjennom informasjon i kunngjøring og konkurransegrunnlag. Generelt er det også viktig at det er et klart organisatorisk skille mellom enheten som utfører tjenesten og enheten som kjøper tjenesten.

Det vanskelige spørsmålet er om et bud fra samme juridiske person fortsatt faller utenfor regelverket om offentlige anskaffelser, når det er iverksatt en konkurranse etter regelverket.

En mulig tolkning er at et internt bud ikke kan regnes som et tilbud i anskaffelsesregelverkets forstand, og at det da heller ikke tildeles noen kontrakt slik dette er definert i forskriftens

§ 1-4 bokstav a. Konsekvensen ved en slik forståelse blir at konkurransen må avlyses og oppdraget tildeles i egenregi.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser avviste f.eks. en klage fra en enhet i Bærum kommune mot samme kommune med den begrunnelsen at enheten manglet saklig interesse. Begrunnelsen for avgjørelsen synes å bygge på at regelverket om offentlige anskaffelser ikke gjelder forholdet mellom to enheter i samme kommune.

² EF-domstolen åpner for at egenregi også kan foreligge mellom to atskilte juridiske personer. Ett av vilkårene for egenregi er imidlertid at oppdragsgiveren må ha en kontroll som tilsvarende kontrollen med egne tjenestegrener. I tilfeller hvor det er oppdragsgiveren som er organisert som et aksjeselskap, vil ikke den kunne ha kontroll over en statlig etat. Egenregi vil derfor ikke være aktuelt dersom et statlig aksjeselskap ønsker å kjøpe varer og tjenester fra en statlig etat som SSØ. Se Teckal, premiss 50.

Klager og innklagede er i denne saken begge deler av samme juridiske person både økonomisk og organisatorisk og vil ikke kunne inngå kontrakter med hverandre som kan håndheves for domstolene. Det er ikke endelig avklart om begrepet "kontrakt" i forskrift om offentlige anskaffelser i alle tilfeller vil samsvare med spørsmålet om kontrakten kan håndheves gjennom domstolene, eller om grensene i stedet må trekkes opp etter spørsmålet om leverandøren eller oppdragsgiver er fritatt fra instruksjonsmyndighet. Det vil i dette tilfellet uansett ikke kunne finne sted noen "tildeling" av en tjenestekontrakt mellom klager og innklagede i den forstand som er omhandlet i § 1-3 i forskrift 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser. Klageren må dermed etter klagenemndas oppfatning anses å falle utenfor kretsen av rettighetshavere som beskyttes av forskriften, og dermed utenfor dens virkeområde, jf. også lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 5.³

Avgjørelsen fra klagenemnda synes å tyde på at regelverket om offentlige anskaffelser ikke gjelder mellom to enheter innenfor en juridisk person selv i tilfeller der oppdragsgiveren har iverksatt konkurranse om oppdraget.

Også den danske klagenemnda, "Klagenævnet for Udbud" har tatt stilling til tilbud fra samme juridiske person i en avgjørelse fra 18. september 1998.

Klagenævnet udtaler:

Ad F.R.I.'s klage vedrørende kontrolltilbud, dvs. påstandene 1)-3):

Et kontrolltilbud fra en udbyder er ikke et tilbud i henseende til EU's udbudsregler, men er blot en teknik for udbyderens vurdering af, at om det er hensigtsmæssigt at udlicitere den pågældende opgave. Endvidere må en udbyder principielt kunne annullere et udbud med henvisning til, at et kontrolltilbud har vist sig bedre end de eksterne tilbud, idet det som almindelig regel må stå en udbyder frit for at opgive sin kontraheringshensigt og annullere et udbud, hvis udbyderen ikke finder nogen af de indkomne tilbud tilfredsstillende. Det ses herefter ikke at være en overtrædelse af EU's udbudsregler, at en udbyder lader sin organisation udarbejde et kontrolltilbud.

Den danske klagenævnden synes på samme måte som den norske klagenemnda å legge til grunn at et bud fra samme juridiske person faller utenfor regelverket om offentlige anskaffelser selv om det er iverksatt en konkurranse.

Det er imidlertid også argumenter for en annen tolkning av hvordan et internt bud skal håndteres. I norsk praksis brukes ofte terminologien tilbud og kontrakt også om interne bud. Dersom en intern enhet har det beste budet, blir konsekvensen for de andre leverandørene langt på vei den samme, uavhengig av om oppdragsgiveren hevder at de avlyser konkurransen og tildeler i egenregi eller at kontrakten ble tildelt en intern enhet fordi de hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Resultatet i begge tilfeller er at de ikke får kontrakten. Hensynet til en gjennomiktig prosess taler i

³ Jf. Klagenemndas avgjørelse 2/2003 av 24.01.03

og for seg for at oppdragsgiveren følger regelverket om offentlige anskaffelser fullt ut, også i forhold til interne enheter, fordi leverandørene da ville bli sikret krav prosessuelle rettigheter, som krav til begrunnelse.

Anbefalinga vår er at uavhengig av hvilken framgangsmåte og terminologi statlige virksomheter bruker, er det viktig for å sikre leverandørenes forutberegnelighet at det i kunngjøringa eller konkurransegrunnlaget på forhånd gjøres oppmerksom på at et internt bud vil bli vurdert. Dersom det etter konkurranse viser seg at SSØ har det beste budet, anbefaler vi at det gis en så utførlig begrunnelse som mulig på hvorfor SSØ er valgt. Hvorvidt oppdragsgiver formelt avlyser konkurransen eller følger prosedyren i regelverket fullt ut, er således ikke avgjørende.

Dersom det synes klart på forhånd at markedet ikke kan konkurrere med SSØ, vil vi anbefale å ikke gjennomføre noen konkurranse. Av hensyn til leverandørene og deres tillit til anskaffelsesprosedyrene, er det viktig at de oppfatter konkurransen som reell.

Kan valg av en egenregiløsning komme i konflikt med EØS-reglene om statsstøtte

Problemstillingen som skal drøftes er hvorvidt valg av en egenregiløsning kan komme i konflikt med EØS-reglene om offentlig støtte. Utgangspunktet for vurderingen er EØS-avtalens artikkel 61 (1) som nedlegger forbud mot å tildele offentlig støtte til foretak dersom støtten vrir eller truer med å vri konkurransen samt påvirker samhandelen i EØS-området. Et forvaltningsorgan som driver økonomisk virksomhet i et konkurransemarked, vil for den konkurranseutsatte delen av virksomheten i utgangspunktet være underlagt regelverket om offentlig støtte.

Når samme organ driver både konkurranseutsatt og ikke-konkurranseutsatt virksomhet vil det derfor tidvis bli spørsmål om det er gitt ulovlig støtte i form av kryssubsidiering. Kryssubsidiering forekommer når en konkurranseutsatt del av en virksomhet kan tilby sine tjenester til en lavere pris enn det er økonomisk grunnlag for, fordi en ikke-konkurranseutsatt del av virksomheten er med på å dekke kostnader og utgifter til aktiviteten.

Kan ulovlig kryssubsidiering forekomme når forvaltningsorganet kun tilbyr sine tjenester til samme juridiske person?

Spørsmålet i denne saken er hvorvidt et forvaltningsorgan som driver økonomisk virksomhet, men kun tilbyr sine tjenester til samme juridiske person, er underlagt reglene om offentlig støtte. Spørsmålet om egenregi og offentlig støtte er ikke omtalt direkte i regelverket. Vi har heller ikke funnet avgjørelser fra EF eller EFTA-domstolen som utdyper problemstillingen.

Et forvaltningsorgan vil i utgangspunktet alltid kunne velge om de vil sette ut et oppdrag til eksterne eller om de vil utføre det selv. At et forvaltningsorgan velger å

utføre en oppgave selv vil ikke true med å vri konkurransen i markedet, og er derfor ikke i strid med forbudet mot offentlig støtte i artikkel 61 (1) EØS' forstand. I dette tilfellet vil nemlig ikke organet gå ut på det åpne markedet med sine tjenester, men heller konkurrere indirekte ved at andre private aktører ikke får solgt sine tjenester til kjøperen. Enheten vil derfor ikke styrke sin posisjon i forhold til andre virksomheter den konkurrerer mot.

Dersom et oppdrag er lagt ut på anbud og forvaltningsorganet etter en vurdering av tilbudene velger å utføre oppdraget selv, er vurderingen i utgangspunktet den samme. Så lenge oppgaven tildeles og utføres innenfor den samme *juridiske og økonomiske* enhet vil ikke en egenregiløsning vri konkurransen i markedet. En slik løsning vil derfor etter all sannsynlighet heller ikke være i strid med reglene om offentlig støtte.

Kan ulovlig kryssubsidiering forekomme når forvaltningsorganet tilbyr sine tjenester til leverandører som ikke ligger innenfor den samme juridiske og økonomiske enheten?

Avgrensningen mot konkurransevridende adferd går der forvaltningsorganet tilbyr sine tjenester til leverandører som ikke ligger innenfor den samme juridiske og økonomiske enheten. Hvis forvaltningsorganet opptrer på denne måten vil enheten konkurrere i markedet på lik linje med andre aktører, og kryssubsidiering kan bli et problem.

For å hindre kryssubsidiering bør et forvaltningsorgan som driver virksomhet i konkurranse med private aktører skille ut den konkurranseutsatte delen av virksomheten. Et slikt skille kan gjennomføres ved separat regnskapsføring eller deling av virksomheten. Dersom et skille gjennomføres må alle variable og en forholdsmessig del av faste kostnader beregnes. I tillegg må virksomheten pålegges skatt og avgifter, samt normale avkastningskrav. Se ESAs avgjørelse i AFI-saken⁴ for en nærmere beskrivelse av kravene til separate regnskaper for kommersiell og ikke-kommersiell virksomhet innenfor samme forskningsinstitutt. På denne måten blir virksomheten bedre sikret dersom det skulle komme en klage.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Kristin Gregusson
rådgiver

⁴ ESAs avgjørelse av 16. juli 2003 142/03/COL.