

Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid¹

Av professor dr. juris Hans Petter Graver

Innledning

Temaet for denne artikkelen er anvendelse av reglene om offentlige anskaffelser i forhold til ulike former for interkommunalt samarbeid.² De problemer som nærmere bestemt behandles er hvilken adgang de deltakende kommuner har til å gi oppdrag til interkommunale sammenslutninger og samarbeidsenheter uten å følge de særlige prosedyrer for offentlige anskaffelser.³ Selv om dette reiser mange spørsmål i praksis, er disse forholdene mellom sammenslutninger og samarbeidsenheter og de deltakende kommuner verken utrykkelig eller klart regulert.

Ved interkommunalt samarbeid går kommunene utenfor sin egen organisasjon for å få utført arbeider eller levert produkter. Hovedregelen etter anskaffelsesreglene er at offentlige organer som går utenfor sin egen organisasjon for å få utført oppgaver skal kunngjøre sine behov og velge leverandør etter konkurranse, se direktivet om offentlige kontrakter artikkel 28.⁴ Men dersom slike krav også får anvendelse ved interkommunalt samarbeid, innebærer det at kommunene ikke kan etablere et slikt samarbeid uten først å invitere markedet generelt til å delta, og bare der det ikke finnes konkurransedyktige private alternativer. Dette vil i så fall i mange tilfelle innebære en bom mot samarbeid på tvers av kommunegrensene om offentlige oppgaver.

Til tross for at reglene er felles for hele EØS og tilfanget av potensielle kilder i form av praksis og litteratur burde være stort, finnes lite veiledning å hente fra

¹ Artikkelen bygger på en betenkning utarbeidet på oppdrag av Kommunaldepartementet.

² Offentlige anskaffelser reguleres i norsk rett av lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrift om offentlige anskaffelser 2001.06.15 nr 0616. De norske reglene bygger materielt sett på EØS-avtalens art. 65 og vedlegg XVI, og må tolkes på bakgrunn av praksis fra EU og EØS. De relevante EØS-regler er Rdir. 1993/37/EØF om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, Rdir. 1993/36/EØF om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige varekjøp og Rdir. 1992/50/EØF om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige tjenesteytelser. Disse reglene er nå erstattet av Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter som trådte i kraft 30 april 2004. EU-landene har 21 måneder på å gjennomføre disse i sin nasjonale rett, dvs. innen 31. januar 2006. Hvilken frist Norge og de øvrige EØS/EFTA-landene har til implementering er ennå ikke avklart. Direktivet er primært en modernisering og forenkling av gjeldende regler, og innebærer ikke store endringer i innhold. Henvisningene i det følgende er til det nye direktivet.

³ Enheter for interkommunalt samarbeid må selv følge anskaffelsesreglene, med mindre de er av rent industriell eller forretningsmessig karakter, da de faller inn under definisjonen for "ordregivende myndighet" i artikkel 1 (9) i direktivet, se nærmere nedenfor.

⁴ Etter anskaffelsesloven § 5 annet ledd skal en anskaffelse så langt det er mulig være basert på konkurranse.

slike kilder rundt spørsmålet om interkommunalt samarbeid og reglene for offentlige anskaffelser.

Interkommunalt samarbeid innebærer at to eller flere kommuner samarbeider om utførelse av oppgaver. Det kan være snakk om interne støttefunksjoner og fellestjenester knyttet til lønn, regnskap, informasjonstjenester og andre former for kontorstøtte, samarbeid om tekniske forhold eller utadrettede oppgaver i form av ulike typer av tjenester til befolkningen. Interkommunalt samarbeid med organisatorisk overbygning kan organiseres i forskjellige rettslige former.⁵ Kommuneloven § 27 gir hjemmel for å etablere et interkommunalt samarbeidsorgan. Regelen gir kommunene og fylkeskommunene adgang til å opprette felles styringsorganer for ulike typer samarbeidstiltak, og til å overføre ansvar og myndighet i saker som angår virksomhetens drift og organisering til slike styringsorganer. Rettsgrunnlaget for et interkommunalt samarbeid etter kommuneloven vil være lovens bestemmelser og de vedtektene partene blir enige om. Loven setter visse krav til hva vedtektene må omhandle i forhold til styrets sammensetning og kompetanse, deltakernes innskudd og samarbeidets adgang til å pådra deltakerne forpliktelser.

Interkommunalt samarbeid kan også organiseres i selskapsformer utenfor kommuneloven, f.eks. etter aksjeloven eller etter lov om interkommunale selskaper av 29. januar 1999 nr. 6.⁶ Loven om interkommunale selskaper gjelder bare der de deltakende kommuner er ansvarlige for selskapets forpliktelser, se § 1. Deltakerne utøver sin myndighet i selskapet gjennom representantskapet hvor samtlige deltakere er representert med minst én representant, se §§ 6 flg.. Representantskapet er selskapets øverste myndighet og behandler selskapets regnskap, budsjett og økonomiplan og andre saker som etter loven eller selskapsavtalen skal behandles i representantskapet.

Et interkommunalt samarbeid kan også skje uten en organisatorisk overbygning ved en utveksling av tjenester mellom kommune, såkalte vertskommunesløsninger.

Sett fra én synsvinkel, kan utførelse av oppdrag i samarbeid mellom forskjellige kommuner ses på som en fordeling av oppgaver mellom ulike offentlige organer, altså som noe som skjer i det offentliges egen regi uavhengig av hvordan samarbeidet nærmere er organisert. Inngåelse av samarbeid og fordeling av oppgaver mellom kommuner og deres samarbeidsorganer kan skje

⁵ Se nærmere Bernt, Overå og Hove, Kommunalrett, Oslo 2002 s. 240-252.

⁶ Loven er særlig utformet med tanke på virksomheter som har egne inntekter og som har større eller mindre preg av næringsvirksomhet. Formelt er imidlertid ingen ting i veien for at modellen med interkommunale selskaper også benyttes for mer tradisjonelle forvaltningsoppgaver, dersom den lov som legger oppgaven til kommunen eller fylkeskommunen ikke er til hinder for det. Når det gjelder myndighetsutøvelse er det reglene om delegasjon som vil være avgjørende for adgangen til å legge virksomheten til et interkommunalt selskap.

på forvaltningsrettslig eller kontraktsrettslig grunnlag. Anskaffelsesreglens krav til konkurranse gjelder bare der oppdrag tildeles på grunnlag av en kontrakt mellom to uavhengige parter, se definisjonen av offentlig kontrakt i direktivet artikkel 1 (2a). Reglene kommer derfor ikke til anvendelse på en forvaltningsrettslig fordeling av kompetanse, oppgaver og ansvar mellom offentligrettslige organer eller til private rettssubjekter. Reglene gjelder av samme grunn heller ikke der en oppdragsgiver velger å utføre et arbeid selv, såkalt egenregi.⁷ Interkommunalt samarbeid vil imidlertid etter en rent formell vurdering falle utenfor det som tradisjonelt betegnes som egenregi i henhold til innkjøpsreglene da det ikke er tale om å løse oppgaver innen oppdragsgiverens egen organisasjon.⁸

Reelle betraktninger kan likevel føre til andre resultater enn det de formelle utgangspunkter skulle tilsi. Det er på den ene siden klart at når oppgaver løses i samarbeid mellom flere kommuner, så går den enkelte kommune utenfor sin egen organisasjon for å få produsert en vare eller tjeneste. På den annen side er ofte begrunnelsen for et interkommunalt samarbeid at den eksisterende kommuneoppdelingen er uhensiktsmessig i forhold til effektiviteten i produksjon av kommunenes drift- og støttetjenester eller i forhold til å bygge opp velfungerende fagmiljøer. Mange kommuner har ikke økonomisk mulighet å kjøpe all den kompetanse som kreves for å utføre hele registeret av kommunale oppgaver. Manglende kompetanse kan føre til dårligere kvalitet på tjenestene enn det innbyggerne kan forvente. Marginale fagmiljø kan gjøre det vanskelig å rekruttere og holde på nødvendig fagkompetanse. Kommunene bør ha frihet til å kunne organisere sin virksomhet på en slik måte at den fortsatt skjer i offentlig regi, selv om den enkelte kommune er for liten som enhet for å få til en effektiv og faglig tilfredsstillende løsning. Dersom innkjøpsreglene skulle kreve konkurranse i alle tilfelle hvor den enkelte kommune selv ikke kan utføre en oppgave tilfredsstillende alene, ville i realiteten tilfeldigheter i markedet på det tidspunkt hvor en løsning etableres bli avgjørende for om en oppgave kan utføres i privat eller offentlig regi. Dessuten kan det hevdes at selv om kommunene formelt sett bruker avtaleformen seg imellom og mellom den interkommunale samarbeidsenhet og deltakerne, vil det i mange tilfelle reelt sett være snakk om forvaltningsrettslige beslutninger i kraft av den alminnelige organisasjons- og instruksjonskompetanse.

Påvirkning av et offentlig organs valg mellom å utføre en oppgave selv eller å etterspørre den fra andre aktører ligger ikke innenfor det formålet som EUs

⁷ Se Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, Oslo 1997 s. 732.

⁸ Se nærmere Marco Lilli, Konkurransetsetting av kommunale oppgaver når kommunen opptre med to hatter, LoR 2004 s. 43-71 ved s. 65

anskaffelsesregler skal vareta.⁹ Regelverket er nøytralt i så måte. Kommisjonen uttalte det slik i sitt opprinnelige forslag til tjenstedirektivet:

”EF-reglerne for offentlige innkjøb griber ikke ind i de offentlige myndigheters ret til selv at afgøre, hvor vidt de vil foretage innkjøb på markedet eller dekke deres behov med egne midler. Dette er et spørsmål, der vedrører de fundamentale økonomisk-politiske valg, der henhører under medlemsstaternes kompetence. Udførelsen af en tjenesteydelse inden for en organisation, der er én enkelt juridisk person, f.eks. hvis én division i organisationen udfører tjenesteydelser for en anden division, udgør ikke et offentligt innkjøb, selv om der kan konstateres budgetmæssige konsekvenser.”¹⁰

Det er ikke noe reelt hensyn som tilsier å tolke regelverket utvidende i forhold til å omfatte produksjon som offentlige organer velger å utføre selv ved egne enheter. Det reglene skal sikre er at når det offentlige først går ut i markedet, så skjer dette på en nøytral måte som ikke forskjellsbehandler mellom aktører ut fra forhold som om de er lokale eller nasjonale eller under offentlig eller privat kontroll. EF-domstolen har uttalt at reglene har til formål å

”beskytte interessene for de erhvervsdrivende, der er etablert i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde varer eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheter i en annen medlemsstat og, med dette formål for øje, at fjerne så vel risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende en fortrinsstilling ved indgåelse af kontrakter, som muligheden for, at en offentlig ordregivende myndighed lader sig lede af andre hensyn end økonomiske”.¹¹

Domstolen kan oppfattes noe annerledes i Stadt Halle premiss 44 hvor den sier ”at hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter som anført i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål 1 er fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater.”¹² Men den føyer straks til ”når de heri fastsatte betingelser er opfyldt” og uttaler senere i premiss 48 at det ikke eksisterer noen plikt for offentlige organer til å etterspørre tjenester i markedet fremfor å produsere dem selv. Etter mitt syn kan derfor ikke denne dommen ses som noe linjeskift med hensyn til reglenes formål.

Hypotese

Rettsvitenskapens oppgave er først å fremst å peke på sammenhenger, mønstre og muligheter i et aktuelt rettsstoff og i mindre grad å løse enkeltspørsmål.¹³ Det er en utfordring for rettsvitenskapen å munne ut teori om retten i en mer almen vitenskapelig betydning.¹⁴ Hvordan enkeltspørsmål løses kan utgjøre råmateriale og gjenstand for rettsvitenskapens systematisering og teoribygging. En måte å bygge teorier om retten på et område på, er å stille opp hypoteser om hva som er

⁹ Se EF-domstolens dom i sak C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, ennå ikke i Saml. avsnitt 48 og videre Ruth Nielsen, Udbud av offentlige kontrakter, 2 utg. 2002 s. 139 og Schauenburg, Ausschreibungspflicht und Privilegien für In-house-Geschäfte, NZBau 2001-08241-1.

¹⁰ KOM(90) 372 endelig utgave avsnitt 77.

¹¹ Forente saker C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini mod ANAS, Saml. 2001 s. I-9233, premiss 36.

¹² Sak C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, ennå ikke i Saml.

¹³ Se nærmere Hans Petter Graver, Nyere utviklingstendenser i norsk rettsvitenskap, Lov og Rett 1998 s. 579-603.

¹⁴ Se Claes Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, Juridisk tidskrift 2004 s. 297-333.

fruktbare forklaringsmodeller for hvordan spørsmål løses og teste ut disse hypotesene ved å gjennomgå de forskjellige rettsspørsmålene på området.

I det følgende skal jeg gjennomgå de løsninger anskaffelsesreglene gir for konsekvenser av å utføre oppgaver på tvers av kommuneoppdelingen. Som vi skal se er reglene forskjellige avhengig av om det dreier seg om tjenester på den ene side og varer og bygg- og anleggsarbeider på den annen side. Ved tjenesteleveranser gir reglene stor grad av fleksibilitet med hensyn til å løse oppgaver i samarbeid mellom flere kommuner forutsatt at det ikke åpnes for at også private aktører kan konkurrere om å tilby tjenestene. Slik fleksibilitet gir ikke reglene for varekontrakter eller kontrakter om bygg- og anleggsarbeider. På den annen side vil det vel nettopp være tjenester som er mest aktuelt for utførelse i ren offentlig regi.

Siktemålet med gjennomgangen er å teste holdbarheten av en hypotese om at anskaffelsesreglene bør komme til anvendelse i alle tilfeller der oppdragene og oppdragsmottakerne er konkurranseutsatt, men ikke der kommunene ikke går ut i markedet for å dekke sine behov og der de aktører som brukes for å stå for leveransene ikke omsetter til andre enn de deltakende kommuner. Hvor det foreligger konkurranse langs den ene eller andre dimensjonen bør spørsmål om bruk av anskaffelsesreglene og konkurranseregler for øvrig være avhengig av en vurdering av på hvilken måte konkurransen i markedet påvirkes.¹⁵

Begrunnelsen for at dette er en rimelig hypotese er at konkurranse er et virkemiddel som skal sikre slik nøytralitet og samtidig fremme en mest mulig effektiv bruk av offentlige ressurser. Konkurranse er imidlertid ikke noe mål i seg selv og konkurransehensyn bør derfor ikke stenge for en hensiktsmessig offentlig organisering av oppgaveløsning på tvers av forvaltningsrettslige organisatoriske skiller.

Disse hensynene innebærer at det avgjørende for om reglene bør komme til anvendelse må være om det offentlige velger å gå ut i markedet for å få dekket et behov eller utført en oppgave, eller om det velger å stå for utførelsen selv. Dersom det offentlige går ut i markedet, bør det være konkurranse på like vilkår, enten det offentlige også selv er engasjert som markedsaktør eller ikke. Velger det offentlige på den annen side selv å utføre en oppgave, bør ikke offentligrettslige oppdelinger stenge for et slikt valg.

¹⁵ For en diskusjon av hypotesen på anvendelsen av konkurransereglene og reglene om de fire friheter på tariffrettslige spørsmål knyttet til valg av pensjonsgiver for kollektive tjenestepensjoner se Hans Petter Graver, Konkurranseregler og valg av leverandør av kollektive tjenestepensjoner, Arbeidsrettslig tidsskrift 2005 (under utgivelse).

Konkurransen og markedet kan foreligge på begge sider av forholdet mellom en eller flere kommuner som oppdragsgivere og den enheten som står for leveranse av varer eller tjenester. Det kan med andre ord foreligge konkurranse om oppdragene fra de deltakende kommunene eller de aktører som får oppdragene kan være konkurranseutsatt eller begge deler. Skjemtisk kan dette fremstilles slik:

		Oppdragsgiver(ne) (kommunene) er:	
		Eneste kunde	I konkurranse
Oppdragsmottaker har	Monopol		
	Konkurranse		

På bestillersiden kan forholdet være slik at hele behovet dekkes gjennom egenproduksjon eller produksjon som skjer i en eller annen form for interkommunalt samarbeid. Forholdet kan imidlertid også være slik at deler av behovet dekkes gjennom anskaffelse fra andre, kommersielle aktører. Hvis bestillerne dekker hele sitt behov enten gjennom egenproduksjon eller fra en interkommunal enhet, kan vi si at den interkommunale enheten har monopol eller enerett på å foreta de leveranser som de deltakende kommunene har behov for å få dekket utenfor sine egne organisasjoner. I mangel av en slik enerett foreligger det konkurranse om leveranser til kommunene. På oppdragstakersiden kan forholdet være den at hele dennes virksomhet er innrettet på å dekke de deltakende kommuners behov. Men forholdet kan også være slik at oppdragstakeren i tillegg har deler av sin omsetning innrettet mot markedet. Oppdragstakeren er i en slik situasjon konkurranseutsatt ved at den er avhengig av kommersielle oppdrag i tillegg til oppdragene fra de samarbeidende kommunene.

Særlige regler for tjenestekjøp

Reglene skiller mellom anskaffelser av varer, tjenester og bygg- og anleggsarbeider. I forhold til de spørsmål som interkommunalt samarbeid og vertskommuneproblematikken reiser, er direktivets artikkel 18 av særlig interesse.¹⁶ Bestemmelsen sier at ”dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter, som en ordregivende myndighed tildeler en anden ordregivende myndighed eller en sammenslutning af ordregivende myndigheder, på grundlag af en eksklusiv rettighed, der er tildelt dem i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser, der er forenelige med traktaten.

Bestemmelsen innebærer at en kommune i mange tilfelle kan tildele kontrakter om kjøp av tjenester til interkommunale selskaper eller til en

¹⁶ Se tilsvarende i norsk rett anskaffelsesforskriften § 1-3 annet ledd bokstav h.

annen kommune. Det følger av praksis at bestemmelsen ikke får analogisk anvendelse på kjøp av varer.¹⁷ I praksis har dette neppe så stor betydning da de fleste interkommunale samarbeid rettet mot befolkningens behov dreier seg om leveranse av tjenester.

Det er to vilkår som må være oppfylt. For det første må den person som tildeles oppdraget selv være en offentlig oppdragsgiver. For det andre må tildelingen skje med hjemmel i en enerett.

Kravet til offentlig oppdragsgiver

En kommune er uten videre en offentlig oppdragsgiver, se direktivet artikkel 1 (9). Dette innebærer at verskommuneløsninger hvor den ene kommunen kjøper tjenester fra den andre faller utenfor både norske og felleskapsrettslige anskaffelsesregler. Dette vil være tilfelle enten utvekslingen er formalisert gjennom kontrakter eller på annen måte, og enten oppgjøret skjer etter faktura eller ved at den ene kommunen ”kompenserer” den andre med et driftstilskudd som svarer til de økte driftskostnader denne har ved å utføre arbeidet. Forutsetningen er et enerettsbetingelsen er oppfylt.

Også interkommunale samarbeid må bedømmes i forhold til direktivets definisjon i artikkel 1 (9).¹⁸ Hvis samarbeidet ikke er organisert som et eget rettssubjekt må det anses som en ”sammenslutning” av de deltakende kommunene.

Se i denne forbindelse uttalelsen til Generaladvokat La Pergola: ”Fællesskabslovgiver har nemlig tillige ønsket, at bestemmelserne om aftaler skal finde anvendelse på de former for offentlige sammenslutninger, hvorved der skabes organer, der, selv om de ikke er en særlig juridisk person, fuldt ud henhører under de samarbejds- eller organisationsformer mellem de offentlige myndigheder, som omfattes af direktivet. Jeg tænker her på sammenslutninger som f.eks. konsortier mellem lokale myndigheder eller lignende gruppedannelser, der netop ikke er juridiske personer, men dog udfører opgaver af offentlig art, og som fællesskabslovgiver på grundlag af et rent funktionelt kriterium har undergivet den i direktivet omhandlede ordning.”¹⁹

Hvis samarbeidet er organisert som et eget rettssubjekt, vil det avgjørende være om det konkrete rettssubjektet kan anses som et ”offentligrettslig organ” Avgjørende for dette er om organet tjener almenhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter og at det er finansiert eller kontrollert av offentlige myndigheter. I forhold til interkommunale samarbeid er det i praksis bare spørsmålet om virksomhetens karakter som

¹⁷ Sak C-107/98, Teckal, Saml. 1999 I-8121 avsnitt 44.

¹⁸ Se Sak C-360/96 Arnhem Saml. 1998 s. I-06821 avsnitt 27

¹⁹ Generaladvokat La Pergola i Sak C-360/96 Arnhem Saml. 1998 s. I-06821 avsnitt 40.

kan reise tvil. Dette vil kunne variere med det enkelte samarbeidets formål og oppgaver.

EF-domstolen har tatt stilling til rekkevidden av kravet om at selskapet skal tjene almenhetens behov og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter i forhold til det direktivet om tjenestekontrakter artikkel 6 i en rekke saker.²⁰ Som den sentrale avgjørelsen regnes saken om kommunene Arnhem og Rheden.²¹ Kommunene hadde stiftet et aksjeselskap og overdratt utførelsen av kommunale avfalls- og rengjøringstjenester til selskapet. Denne typen oppgaver er ikke i seg selv av særskilt offentligrettslig karakter og egner seg også til produksjon og leveranse fra kommersielle aktører. Et sentralt spørsmål var om uttrykket ”allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter” utelukker behov som også imøtekommes av private virksomheter. EF-domstolen besvarte dette med at svaret må bero på virksomhetens karakter. Etter domstolens mening kunne det ikke bestrides at innsamling og behandling av avfall imøtekommer et allment behov. Det forhold at private utfører de samme oppgaver og at de dermed kan gjøres til gjenstand for konkurranse, er med andre ord ikke i seg selv tilstrekkelig til at reglene krever at de skal gjøres til gjenstand for konkurranse. På den annen side vil konkurranse om oppgaven være et moment som taler i retning av at virksomheten må anses for å være av forretningsmessig karakter.²² Sentralt i vurderingstemaet står om det er tale om behov, ”som staten av hensyn til almenvellet vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke den ønsker at bevare en afgørende indflydelse”.

I en senere avgjørelse har domstolen avgrenset rekkevidden av begrepet ”offentligrettslig organ” negativt med å si at ”hvis organet således udøver sin virksomhed på normale markedsvilkår, har til formål at skabe indtjening, og selv bærer de tab, der er forbundet med virksomhedsudøvelsen, er det ikke sandsynligt, at de behov, den skal imødekomme, falder uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område.”²³ Oppsummert kan man si at dersom selskapet utfører en oppgave som det er av almen betydning blir utført, og ikke for øvrig opptrer som en kommersiell aktør i markedet, vil kravet være tilfredsstillt.

²⁰ Se for eksempel i forhold til offentlig trykkeri (Sak C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., Saml. 1998 s. I-73), bistand til organisering av messer, utstillinger og kongresser (Sak C-260/99, Agorà og Excelsior, Saml. 2001 s. I-3605), begravellesbyråttjenester (Sak C-373/00, Adolf Truley, Saml. 2003 s. I-1931) og tiltak for å fremme utviklingen av nærings- eller forretningsmessige aktiviteter i lokalområdet (Sak C-18/01, Taitotalo, Saml. 2003 s. I-5321).

²¹ Sak C-360/96 Saml. 1998 s. I-06821. Generaladvokat La Pergola mente det i det konkrete tilfellet var tale om egenregi og at direktivet av den grunn ikke kom til anvendelse.

²² Se Sak C- 223/99 og Sak C-260/99, Agorà og Excelsior, Saml 2001 s. I-3605.

²³ Sak C-18/0, Taitotalo, Saml. 2003 s. I-5321 avsnitt 51.

Enerettskravet

I tillegg til at organet må være en offentlig oppdragsgiver, må tildelingen av oppdraget skje ”med grundlag af en eksklusiv rettighed, der er tildelt dem i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser, der er forenelige med traktaten”, jf artikkel 18. Formuleringen tilsvarer formuleringen i direktivet om tjenestekontrakter artikkel 6. EF-domstolen har ikke uttrykkelig tatt stilling til kravet om at statusen som offentlig oppdragsgiver må være med hjemmel i en enerett. Et særlig spørsmål her er om eneretten må følge av formell lov eller bestemmelse i medhold av lov, eller om den kan være fastsatt administrativt for eksempel som ledd i at et offentlig organ bestemmer seg for å forbeholde utførelsen av sine tjenester til en bestemt aktør.²⁴

Den svenske Regeringsrätten har lagt til grunn at eneretten skal være gitt i lov eller forskrift (lag eller annan författning).²⁵ Dette er i samsvar med den svenske og norske versjonen av direktivet. Kravet til lov eller forskrift som hjemmel er ikke like åpenbart i andre versjoner av direktivet enn den svenske og norske. I den danske versjonen heter det for eksempel ”bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser”, i den engelske ”published law, regulation or administrative provision”. Ingen av disse krever mer enn at det skal foreligge en offentliggjort offentligrettslig beslutning. På denne bakgrunn er det etter mitt syn klart at det ikke er noe krav verken etter EØS-avtalen eller norsk rett at eneretten skal være fastsatt i lov eller med hjemmel i lov. Det er heller ikke noe krav om at eneretten skal være fastsatt på forhånd eller av et organ overordnet det som står for tildelingen. Eneretten kan derfor fastsettes av en kommune, enten i forbindelse med opprettelsen av et organ som skal utføre den angjeldende oppgaven for eller på vegne av kommunen, eller senere.²⁶

Kravet om at bestemmelsene om enerett skal være kunngjort betyr ikke at de skal foreligge før eneretten tildeles. Det må være tilstrekkelig at et organ opprettes med et veldefinert formål og bestemmelser om enerett fastsettes og bekjentgjøres. Eneretten kan fastsettes i en intern organisatorisk bestemmelse eller i en avtale mellom to kommuner som bygger på beslutninger om hvordan offentlige oppgaver skal organiseres såfremt denne offentliggjøres. Der det for eksempel er tale om et interkommunalt selskap som av kommunene i avtale eller på annen måte i forbindelse med stiftelsen er gitt enerett til å betjene befolkningen innen de

²⁴ I direktivet om tjenestekontrakter slik det lyder i norsk versjon må eneretten følge av ”lov eller forskrift”.

²⁵ AB Dalatrafik, RÅ 2000 ref. 60.

²⁶ Slik også Michael Steinicke og Lise Groesmeier, EU's udbudsdirektiver med kommentarer, København 2003 s. 384-386.

deltakende kommuner med tjenester innen dets virkeområde, må dette kravet kunne anses oppfylt. Typisk eksempel på dette er avfallsbehandling for husholdningene. Kravet til enerett kan også være oppfylt hvor to kommuner går sammen om at begges behov skal dekkes av den ene i en vertskommuneordning.

Hvis det dreier seg om tjenestekjøp fra et interkommunalt selskap som de samarbeidende kommuner har opprettet for å dekke befolkningens behov, vil forholdet dermed etter mitt syn falle utenfor anskaffelsesreglene. Dette vil praksis omfatte de fleste tilfeller hvor flere kommuner går sammen om å opprette et interkommunalt selskap med formål å utføre kommunale fellestjenester til befolkningen. I de fleste slike situasjoner vil jo kommunene ha avtalt at behovet skal dekkes nettopp gjennom det interkommunale samarbeidet, og dermed ha gitt dette en "enerett" til kontrakter fra de deltagende kommunene.

Vertskommunesituasjonene kan dekke over så mange forskjelligartede situasjoner at det ikke kan sies noe generelt om enerettskravet. Kravet til enerett vil utelukke at denne unntaksregelen kommer til anvendelse på leilighetstilfellene der en kommune sporadisk får dekket sitt behov for tjenester fra en annen kommune. I et slikt tilfelle kan man ikke si at kontrakten tildeles i henhold til en enerett eller konsesjon. Skal en slik situasjon falle utenfor anskaffelsesreglene må det med andre ord være på et annet grunnlag enn tjenesteunntaket. Annerledes er det i situasjoner hvor kommunene oppretter et mer formelt samarbeid om at begge kommuners behov for eksempel konsulent- eller renovasjonstjenester skal dekkes ved at den ene kommunen utfører disse for begge kommuner mot at den andre betaler etter faktura eller dekker en del av driften. I slike tilfelle vil det kunne foreligge en administrativ bestemmelse om enerett for den tjenende kommunen.

Man kan spørre om enerettskravet er brutt i tilfeller hvor kapasiteten til samarbeidet ikke er stort nok til å dekke topper i etterspørselen slik at den må dekkes i markedet. To kommuner samarbeider for eksempel om kommuneadvokattjenester. Dersom situasjonen er slik at de av og til må bruke private advokattjenester, er det da utelukket å bruke en vertskommuneordning utenfor regelverket fordi enerettskravet ikke blir oppfylt? Når tjenesten kjøpes i markedet, må selvsagt reglene om tjenestekontrakter følges. Men kan det forhold at kommunene samlet av og til må ut i markedet føre til at de overhodet ikke kan samarbeide om den tjenesteproduksjon de faktisk har kapasitet til å utføre?

I noen tilfelle vil det at et offentlig organ forbeholder seg en enerett til å utføre en tjeneste, være brudd på konkurransereglene. EF-domstolen har fastslått at det å forby andre å tilby en tjeneste, er misbruk av en dominerende stilling dersom det offentlige organet selv ikke har kapasitet til å dekke etterspørselen slik at den åpenbart ikke kan dekkes.²⁷

Forutsetningen for at det skal være et misbruk, må likevel være at det er tale om å dekke en etterspørsel fra private aktører. I motsatt fall ville jo enhver egenproduksjon hvor den offentlige kapasiteten ikke var tilstrekkelig til å dekke organets hele behov, være et misbruk der det offentlige som forbruker kan anses som et eget marked. Konsekvensen av det ville være et forbud mot at det offentlige innretter seg slik at det bare dekker en viss del av sitt behov i markedet, og et slik forbud eksisterer ikke etter konkurransereglene.

Det er liten grunn til at effektivitetsbetraktninger skulle føre til forskjellige resultater avhengig av om det er et organ eller to offentlige organer i samarbeid som dimensjonerer sin egenkapasitet ut fra betraktninger om hva som er hensiktsmessig, og dekker et overskuddsbehov i markedet. Kravet til enerett bør derfor først og fremst forstås i forhold til å dekke private aktørers behov, dvs. hvor det er tale om å levere kommunale tjenester til befolkningen.

Konsesjonskontrakter

Et annet unntak fra tjenestereglene er de såkalte konsesjonskontrakter om tjenester, se artikkel 17. Unntaket er en kodifisering av EF-domstolens praksis som var begrunnet i de tidligere reglenes tilblivelseshistorie og det forhold at konsesjonsavtaler ikke var nevnt i direktivene med unntak for direktivet om bygg- og anleggskontrakter.²⁸ En tjenestekonsesjon er etter direktivet artikkel 1 (4) 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.²⁹ Retten til utnyttelse innebærer regelmessig rett til å oppkreve betaling av de direkte brukerne av tjenesten. Hvis betalingen kommer fra det offentlige selv, dreier det seg ikke om en konsesjon i forhold til innkjøpsreglene. Drift av kommunale it-anlegg, kantiner i kommunale

²⁷ Sak C-41/90, Höfner, Saml. 1991 s. I-1979.

²⁸ Sak C 324/98 Telaustria Verlags GmbH Saml. 2000 s. I-10745. Rådets begrunnelse for ikke å inkludere konsesjonskontrakter var i henhold til EF-domstolen de store forskjeller som gjelder i medlemsstatenes regulering av konsesjoner og konsesjonskontrakter. Dommen gjaldt tjenester under forsyningsdirektivet, men EF-domstolen har i Sak C-358/00 Buchhändler-Vereinigung GmbH Saml. 2002 s. I-4685 slått fast at unntaket også gjelder i forhold til tjenstedirektivet. Ut fra begrunnelsen må det også gjelde i forhold til varedirektivet.

²⁹ Se Kai Krüger, Offentlig og privat samarbeid om kommunale prosjekter, LoR 2004 s. 360-378 på s. 369-372. I den nye innkjøpsdirektivet er tjenestekonsesjoner definert i artikkel 1 (4) som "en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris."

institusjoner, kontorstøtte etc. vil av denne grunn som regel ikke kunne være konsesjoner i reglens forstand.³⁰

En tjenstekonsesjon forutsetter at det er tale om tildeling av en sær- eller enerett til å tilby tjenesten. Det er jo nettopp det forhold at det er tale om en slik rettighet, som gjør at retten til å utnytte den kan utgjøre del av betalingen for det arbeidet som skal utføres. Enerettigheter til å levere tjenester til befolkningen kan enten baseres på lovhjemlede dispensasjonskompetanser som for eksempel forurensningsloven § 30.3, kompetanse til å beslutte hvem som skal ha rett til offentlige tilskudd, eller på kommunale beslutninger om subsidiering av bestemte tjenester på visse vilkår til befolkningen (refusjonsordninger). Kravet om at betalingen skal komme fra brukerne, utelukker ikke at driften er offentlig subsidiert eller at brukerne betaler med midler de får fra det offentlige. Poenget er at driften må skje på konsesjonshaverens risiko.

Interkommunalt samarbeid om levering av tjenester til befolkningen på kommersiell basis vil i slike tilfeller ofte falle inn under dette unntaket fra anskaffelsesreglene. Beslutningen om at offentlig tjeneste innen for eksempel renovasjon eller helse skal dekkes gjennom en enerett for et interkommunalt samarbeid, vil være myndighetsutøvelse enten det er snakk om dispensasjoner eller tilskudd på samme måte som det vil være myndighetsutøvelse å gi en slik enerett til en privat aktør.³¹

Selv om interkommunalt samarbeid organisert som konsesjonskontrakter om tjenester dermed faller utenfor anskaffelsesreglene, gjelder det grenser og krav til fremgangsmåten ut fra andre deler av EØS-avtalen og fellesskapsretten. Tradisjonelle konsesjoner i form av eneretter til å utøve en aktivitet innefor en eller flere kommuners områder utgjør en restriksjon på etableringsadgangen og friheten til å levere tjenester. En slik ordning må derfor være begrunnet i et alment hensyn og være proporsjonal i forhold til dette. Konkurransereglene vil dessuten sette grenser for adgangen til å forby kommersielle aktører å konkurrere om tjenester hvor det interkommunale samarbeidet ikke klarer å tilfredsstille etterspørselen fullt ut.³² I hvilken grad private aktører kan stenges ute, beror på hva som er nødvendig for å sikre utførelsen av de særlige oppgaver som er lagt til samarbeidet etter artikkel 59 EØS (86 EF). I denne forbindelse vil det være akseptabelt å forbeholde økonomisk attraktive nisjer for den offentlige aktøren slik at ikke økonomien i det offentlige prosjektet blir undergravd ved at

³⁰ Se om grensen mellom konsesjoner og kontrakter og mellom tjenstekonsesjoner og andre konsesjoner Sue Arrowsmith, *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?* *Common Market Law Review* 73: 709-737, 2000.

³¹ For en oversikt over regler som gjelder tildeling av slike enerettigheter se Hans Petter Graver, *Konsesjoner og konkurranse – om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser*, LoR 2004 s. 224-244.

³² Sak C-41/90, Höfner, Saml. 1991 s. I-1979.

private får komme inn og skumme fløten mens det ikke regningsvarende oppgavene blir overlatt til det offentlige. Men det er ikke av den grunn berettiget å utelukke konkurranse om tjenesteytelser som ikke står i forbindelse med tjenesteytelser av alminnelig interesse.³³

Eksempel på disse problemstillingene på et område som er aktuelt for interkommunalt samarbeid har vi i saken om mottak av byggavfall i København kommune.³⁴ Kommunen ga et begrenset antall mottak tillatelse til å behandle ikke-miljøfarlig byggavfall. Bakgrunnen for at antallet konsesjoner ble begrenset i antall, var at virksomhetene skulle sikres en tilstrekkelig stor tilgang av avfall for å kunne drive lønnsomt. Domstolen behandlet lovligheten av ordningen i forhold til konkurransereglene, men bygget i denne forbindelse også på praksis knyttet til artikkel 31 (handelsmonopoler). Retten konstaterte først at håndtering av bestemte former for avfall kan være gjenstand for en tjeneste av alminnelig økonomisk interesse når formålet med tjenesten er å løse et miljøproblem. I behandlingen av om en enerett for visse virksomheter var nødvendig for å få utført tjenesten tilfredsstillende, uttalte den:

”... da der ikke var nogen virksomheder, der kunne behandle det i hovedsagen omhandlede affald, kunne Københavns Kommune med rette anse det for nødvendigt at oprette et anlæg med stor kapacitet. Det var også berettiget, at der med henblik på at gøre det interessant for virksomhederne at deltage i driften af et anlæg med stor kapacitet fandtes at være behov for en eneret, der tidsmæssigt var begrænset til en normal afskrivningsperiode for investeringerne, og som geografisk var begrænset til kommunens område.”³⁵

I tillegg må tildelingen av konsesjonen skje ut fra objektive kriterier og transparente prosedyrer. Kravet til proporsjonalitet og ikke-diskriminering vil i utgangspunktet være til hinder for at en kommersiell aktører gis en slik enerett utelukkende fordi den er offentlig eid eller kontrollert. Bare dersom samarbeidende kommuner forbeholder oppgaven til et interkommunalt samarbeid som ellers ikke opptrer som kommersiell aktør i markedet, eller det finnes andre grunner til at oppgaven må utføres av en aktør som er kontrollert av det offentlige, vil kravene være oppfylt.

Hvis eneretten består i tildeling av kommunalt driftstilskudd for å utføre en oppgave av almen betydning, vil forholdet måtte vurderes i forhold til statsstøttereglene. Et slikt tilskudd vil være ulovlig statsstøtte med mindre den som mottar tilskuddet har en klart definert forpliktelse til å yte tjenester til befolkningen av almen betydning, kriteriene for beregning av den offentlige kompensasjonen er klart og objektivt definert for å unngå at tilskuddet utgjør en økonomisk fordel, tilskuddet ikke overstiger utgiftene forbundet med å utføre

³³ Se sak C-320/91 Corbeau, Saml. 1993 s. I-2533. Se Richard Whish, Competition Law, 5. utg. London 2003 s. 235.

³⁴ Sak C-209/98 Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (Sydhavnens Sten & Grus) mod Københavns Kommune, Saml. 2000 s. I-3743.

³⁵ Avsnitt 79.

oppgaven og utgiftene fastsettes ut fra en vurdering av hva en gjennomsnittlig veldrevet virksomhet behøver.³⁶ Hvis kommunene følger en anbudsprosedyre ved valg av den aktør som skal få tilskudd mot å påta seg den offentlige oppgaven, vil de fire kravene uten videre anses oppfylt.³⁷ Bestemmer kommunene seg derimot for at oppgaven skal utføres av, og tilskuddet gis til, et interkommunalt samarbeid uten konkurranse, må de fire angitte kriteriene kunne dokumenteres oppfylt helt konkret. I så fall er det på den annen side ikke noe i veien for at det interkommunale samarbeidet også i tillegg opptrer som kommersiell aktør i markedet. Er tilskuddet så stort at det langt på vei dekker utgiftene og fjerner den økonomiske risikoen for aktøren, vil det imidlertid vanskelig kunne være en konsesjonskontrakt, noe som innebærer at anskaffelsesreglene må følges.

Dersom eneretten består i å kunne tilby tjenester til befolkning i en situasjon hvor tilskudd gis direkte til brukerne om de bruker en bestemt leverandør, vil ikke statsstøttereglene utgjøre noe hinder. På den annen side vil reglene om fri adgang til å yte tjenester ofte stenge for slike ordninger. En refusjon fra kommunen som forutsetter at brukeren holder seg til en leverandør utpekt av kommunen, er etter klar praksis en restriksjon på friheten til å etterspørre tjenester fra hvem man vil. En slik restriksjon må være begrunnet i et alment hensyn. EF-domstolen har akseptert som et alment hensyn at refusjon bare gis ved bruk av visse utpekte aktører, hvor det er nødvendig for å sikre at det finnes et lokalt tilbud som er tilstrekkelig og vedvarende av en samfunnsmessig nødvendig ytelse og en utgifts- og omkostningskontroll i vid forstand.³⁸

Oppdrag tildelt på annet grunnlag enn kontrakt

Innledning

Reglene om offentlige anskaffelser får bare anvendelse på kontrakter. Reglene kommer dermed ikke til anvendelse på oppdrag som tildeles ved administrativ bestemmelse eller som en intern organisering og fordeling av oppgaver og ansvarsområde. Kravet til kontrakt forutsetter dessuten at det er tale om en avtale om levering mellom to rettssubjekter. Dersom oppdragsgiveren selv utfører den aktuelle oppgave, foreligger det ingen kontrakt som oppgaven utføres i henhold til, og forholdet går dermed ikke inn under reglene om offentlige anskaffelser. Som nevnt innledningsvis innebærer dette at reglene egentlig ikke regulerer spørsmålet om oppdrag på grunnlag av forvaltningsrettslige beslutninger eller egenregitilfeller, men at disse situasjoner faller utenfor reglenes anvendelsesområder. Likevel må avgrensningen av forholdet mellom hva som er egenregi og hva som er en kontrakt mellom to uavhengige enheter skje i lys av

³⁶ Se sak C-280/00 Altmarm Trans GmbH, Saml. 2003 s. I-7747.

³⁷ Se nærmere Hans Petter Graver, Konsesjoner og konkurranse, LoR 2004s. 223-244.

³⁸ Se Smits og Peerbooms Sak C-157/99 Saml. 2001 s. I-5473.

prinsippet om at unntak skal tolkes restriktivt og ”ud fra hensynet til den videst mulige adgang til de offentlige kontrakter, som fællesskabsbestemmelserne tilsigter”.³⁹

Når man skal ta stilling til om ytelser fra et interkommunalt samarbeid eller mellom kommuner faller inn under anskaffelsesreglene må man derfor undersøke om grunnlaget er forvaltningsrettslig eller kontraktsrettslig, og dersom det er kontraktsrettslig, om det skjer på grunnlag av en avtale mellom to uavhengige rettssubjekter eller om forbindelsene er av en slik karakter at det må anses som egenregi.

Tildeling av oppgaver på forvaltningsrettslig grunnlag

Utgangspunktet etter norsk rett er at kommunene som egne rettssubjekter har samme evne som private rettssubjekter til å påta seg forpliktelser og erverve rettigheter.⁴⁰ I utgangspunktet kan kommunene selv bestemme om de vil utføre kommunale oppgaver selv, eller overlate dem til private. De vil derfor ha stor frihet til på rent kontraktrettslig grunnlag å inngå avtaler om organisering og utførelse av kommunal virksomhet med andre kommuner og med selvstendige rettssubjekter enten disse er private eller offentlige.

Dreier det seg om lovpålagte oppgaver er likevel utgangspunktet et annet. Her vil det være spørsmål om hva den enkelte lov krever av kommunal virksomhet, og om oppgaven kan delegeres til private. Kan oppgaven ikke delegeres til et privat rettssubjekt kan den heller ikke overlates til et interkommunalt samarbeid.

Skillet mellom lovpålagte oppgaver og andre oppgaver må få betydning for bedømmelsen av det rettslige grunnlaget for det interkommunale samarbeidet også i forhold til anskaffelsesreglene. Etter EF-domstolens praksis er det likevel oppgavens karakter og ikke rubriseringen av dem etter nasjonal rett som forvaltningsrett eller kontraktsrett som er avgjørende for om det er snakk om arbeider eller produkter som går inn under reglene og om tildelingen er kontraktsrettslig eller administrativ.⁴¹ Der det er snakk om samarbeid om lovpålagte oppgaver må utgangspunktet være at opprettelsen av samarbeidet og fastsettelsen av oppgavefordeling mellom kommunene og det interkommunale samarbeidet skjer på forvaltningsrettslig, ikke på kontraktsrettslig grunnlag. Tildeling av oppdrag til det interkommunale samarbeidet

³⁹ Se EF-domstolen i sak C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, ennå ikke i Saml. avsnitt 46-47.

⁴⁰ Se Bernt, Overå og Hove, Kommunalrett, Oslo 2002 s. 85.

⁴¹ Se sak C-399/98, Ordine degli Architetti delle province di Milano m.fl. Saml. 2001 s. I-5409.

behøver derfor ikke skje etter anskaffelsesreglens prosedyrer dersom det fastsettes på en tilstrekkelig klar måte i hvilket omfang samarbeidet er kompetent og skal utføre oppgaver til eller på vegne av de deltakende kommuner.⁴² Det må imidlertid være en forutsetning at de deltakende kommunene ikke har noen frihet i det enkelte tilfellet til å bestemme hvorvidt oppdraget skal tildeles det interkommunale samarbeidet eller en annen aktør. Forhold så som pris og leveringsvilkår behøver imidlertid ikke være administrativt fastsatt på forhånd.⁴³

Etter norsk rett har en kommune frihet til utover sine lovbestemte oppgaver å påta seg enhver oppgave den finner hensiktsmessig. Rettslig sett er det følgelig ikke noe til hinder for at en kommune kan engasjere seg i alminnelig næringsvirksomhet. Heller ikke er det noe i veien for at en kommune som har økonomi til det, kan tilby sine innbyggere andre tjenester enn det kommunen er pålagt ved lov. Friheten gjelder også adgangen til å beslutte hvilke støttefunksjoner kommunen vil produsere selv og hvilke den vil kjøpe i markedet. Innenfor rammen av denne frihet, må kommunene også anses å ha en organisasjonskompetanse i kraft av den alminnelige privatautonomien.⁴⁴ Dersom de velger å benytte seg av denne til å organisere et samarbeid seg imellom, må forholdet bedømmes på kontraktsrettslig grunnlag også i forhold til anskaffelsesreglene.

Tildeling av oppgaver som ledd i egenregi

Skal fordeling av oppgaver mellom samarbeidende kommuner hvor samarbeidet har et kontraktsrettslig grunnlag falle utenfor anskaffelsesreglene, må begrunnelsen være at forbindelsene er så tette at tildelingen av oppgaver ikke skjer på grunnlag av avtale mellom selvstendige personer. Det vil derfor som nevnt innledningsvis i utgangspunktet ikke være egenregi der deltakende kommuner tildeler oppdrag til et interkommunalt selskap. Mellom to kommuner vil utveksling av ytelser selvsagt ikke være tale om egenregi.

I praksis har man likevel antatt at rettssubjektgrensen ikke alltid er avgjørende, dersom det rettssubjektet som tildeles oppdraget er tilknyttet oppdragsgiveren. Anskaffelsesreglene kan sies å inneholde en utvidet egenergiregel.⁴⁵

⁴² Slik også for dansk rett Justitsministeriets tværministerielle embedsmandsudvalg om fælleskommunale selskaber, DELRAPPORT om visse EU-rettlige spørsmål vedrørende danske kommuners samarbejde om affaldsbortskaffelse, December 1997 pkt. 6.3 tilgjengelig via <http://www.jm.dk/wimpdoc.asp?page=document&objno=54676>.

⁴³ Slik Michael Steinicke og Lise Groesmeier, EU's udbudsdirektiver med kommentarer, København 2003 s. 87-88.

⁴⁴ Se NOU 1995:17 Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet s. 110.

⁴⁵ Se Michael Steinicke og Lise Groesmeier, EU's udbudsdirektiver med kommentarer, København 2003 s. 91.

I forsyningssektoren er en slik regel lovfestet, se forsyningsdirektivet artikkel 23.⁴⁶ Bestemmelsen unntar på visse betingelser kontrakter som tildeles en tilknyttet virksomhet eller en virksomhet som deltar i et joint venture. Bakgrunnen for unntaket er at anskaffelsesreglene ikke skal hindre en rasjonell organisering av selskapsstrukturen innenfor forsyningssektoren. Dette hensynet har relevans også i forhold til offentlig sektor mer generelt.⁴⁷ Tidligere har ikke spørsmålet vært særlig aktuelt i forhold til offentlige organer. Men i den senere tiden har utviklingen gått i retning av å organisere tjenesteproduserende enheter som egne rettssubjekter enten virksomheten har vært rettet mot almenheten eller det offentlige selv og uavhengig av om virksomheten drives kommersielt og i konkurranse med private.⁴⁸ Situasjonen innenfor offentlig sektor er derfor i denne henseende blitt mer lik situasjonen innenfor næringslivet, hvor hensynet til effektivitet og fleksibilitet spiller større rolle for organiseringen enn tradisjonelt i organiseringen av statlig og kommunal virksomhet.

Kommisjonen foreslo under behandlingen av det nye anskaffelsesdirektivet en tilsvarende bestemmelse med formål ”at utelukke kontrakter, der indgå af en ordregivende myndighed med en enhed, som det kontrollerer fuldt ud, eller med et joint-venture dannet af den ordregivende myndighed sammen med andre ordregivende myndigheder, fra direktivets anvendelsesområde.” Det ble imidlertid ikke oppnådd enighet i Rådet om et slikt forslag, og den nærmere utforming av egenregiunntaket er derfor overlatt til praksis.⁴⁹ Det må likevel antas at regelen fra forsyningssektoren kan gi veiledning for hva som må anses som egenregi også i forhold til de klassiske sektorer.

Som det fremgår av behandlingen ovenfor, vil tildeling av kontrakt om tjenestekjøp til et interkommunalt samarbeid eller en annen kommune ofte falle utenfor innkjøpsreglene på grunn av det spesielle unntaket for kjøp fra offentlige oppdragsgivere med enerett. Ved kjøp av varer og ved bygg- og anleggskontrakter er det imidlertid ikke noe lovfestet unntak for tildeling til tilknyttede foretak eller foretak som selv er oppdragsgivere.⁵⁰ I Teckal slo EF-domstolen fast at utenfor tjenstedirektivet har det ingen betydning for anvendelsen av anskaffelsesreglene om den enhet som får oppdraget selv er en offentlig oppdragsgiver.⁵¹ Utenfor tjenestekjøp er det således ikke noe argument for at en leverandørs tjenesteytelse kan sees som egenregi i forhold til oppdragsgiver, at begge omfattes av reglene om offentlige anskaffelser. Unntaket omfatter heller ikke kjøp av tjenester fra

⁴⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF av 31. mars 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.

⁴⁷ Slik Adrian Brown comment to ECJ judgment in Case C-107/98 Teckal, (2000) 9 Public Procurement Law Review CS41.

⁴⁸ Se om dette generelt med særlig vekt på beskrivelse av utviklingen innen statsforvaltningen i Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 2. utg. 2002 s. 158-163.

⁴⁹ Se uttalelse fra Kommissjonen om Europa-Parlamentets ændringer til Rådets fælles holdning til forslag til Europa-Parlamentets og rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter KOM/2003/0503 endelig udg. - COD 2000/0115.

⁵⁰ Dette skillet mellom tjenestekontrakter og øvrige kontrakter videreføres i det nye samledirektivet, se artikkel 18.

⁵¹ Sak C-107/98, Saml. 1999 s. I-8121 avsnitt 42.

rent forretningsdrivende interkommunale foretak eller foretak uten enerett. Dette vil ofte være tilfellet ved produksjon av tjenester for kommunene selv som for eksempel renhold og vedlikehold av kommunale bygninger og anlegg.

Det innebærer på den annen side ikke at anskaffelsesreglene uten videre kommer til anvendelse. I den utstrekning tildeling av oppdrag til et interkommunalt selskap kan anses som utførelse av oppgaven i oppdragsgiverens egenregi, kommer som nevnt innledningsvis heller ikke reglene til anvendelse. Spørsmålet blir derfor hvor langt unntaket for egenregi kan komme inn og supplere tjenesteunntaket i situasjoner uten enerett og ved kjøp av varer og i bygge- og anleggskontraktene. Reelt sett blir det spørsmål om de hensyn som tilsier at en offentlig myndighet bør ha fleksibilitet i forhold til innkjøpsreglene med hensyn til hvordan den organiserer sin egen virksomhet, også tilsier fleksibilitet i forhold til samarbeid mellom ulike offentlige myndigheter.

En tilnærming kunne være å si at reglene selv gir svar på dette ved at de unntar utveksling av tjenester mellom offentlige myndigheter på visse vilkår, men ikke andre kontrakter. Som nevnt følger det av EF-domstolens avgjørelse i Teckal at unntaket for tjenester ikke skal anvendes analogisk på varekjøp og bygg- og anleggskontrakter. På den annen side fremgår det av den samme dommen at den grensen som regelverket her trekker, ikke i seg selv er et argument mot at egenregiunntaket kan komme til anvendelse på samarbeid mellom flere oppdragsgivere.

Teckalsaken gjaldt kontrakt om varmforsyning og drift av varmforsyningsanlegg i forskjellige kommunale bygninger. Kommunen tildelte denne kontrakten til et interkommunalt konsortium som hadde til formål at stå for produksjon og forvaltning av forskjellige, nærmere angitte offentlige tjenesteydelser, bl.a.

”gasforsyning til private husstande og virksomheder; varmforsyning til private husstande og virksomheder; levering af andre ydelser, der er forbundet hermed eller leveres i tilknytning hertil”.

Retten slo fast at innkjøpsreglene gjelder ved tildeling til en fra kommunen ”formelt forskjellig institusjon, som også selvstændigt i forhold til den træffer beslutninger”.

I premissene utdypet retten hva som ligger i selvstendighetskravet, ved at den i avsnitt 50 slo fast at utgangspunktet er rettssubjektgrensen. Tildeling til et annet rettssubjekt kan bare anses som egenregi ”såfremt den lokale myndighed 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 av”.

Dommen er entydig og klar med hensyn til utgangspunktet om at rettssubjektgrensen i utgangspunktet er avgjørende og at det ikke gjelder noe unntak utenfor tjenestekontraktene for tildeling til rettssubjekter som selv er offentlige oppdragsgivere. Det er også på den annen side klart at dommen ikke avviser at tildeling til tilknyttede virksomheter kan være egenregi i forhold til anskaffelsesreglene. Dommen stiller her opp et selvstendighetskrav, som presiseres i to retninger, et kontrollkriterium og et omsetningskriterium. Hva som ligger i disse to kriteriene er imidlertid ikke like klart oppstilt i dommen.

Domstolen har senere fått seg forelagt tre prejudisielle spørsmål (sakene C-26/03, C-231/03 og C-458/03) med sikte på en avklaring av anvendelsesområdet for de kriterier som gjør det mulig å fastslå at et gitt forhold er et "in-house"-forhold. I sak C-26/03 har EF-domstolen avgjort at egenregi er utelukket i forhold til et selskap hvor også private har eierandeler. Begrunnelsen er at i slike tilfelle kan ikke den offentlige oppdragsgiveren føre samme kontroll med rettssubjektet som den fører med sine egne enheter og at private investeringer styres ut fra andre interesser enn hensyn og krav som "tjener forfølgelsen af almene formål", se avsnitt 49 og 50. I sak C-231/03 spør Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia om det er utelukket å anse tildeling av oppdrag til et selskap som kommunen eier 0,97% av og hvor eierandelen utelukker noen direkte kontroll over selskapets ledelse som "in-house". I sak C-485/03 er det spørsmål om driften av kommunale parkeringsanlegg kan overlates til et heleid kommunalt selvsagt hvor styret er gitt full kommersiell frihet i transaksjoner som ikke har en verdi på mer enn EURO 5 000 000,00. De spørsmål som drøftes i det følgende vil derfor kunne bli bedre avklart i fremtiden. På den annen side er ingen av sakene slik at det nødvendigvis blir noen avklaring av spørsmål som mer spesifikt knytter seg til interkommunalt samarbeid.

Både i Teckal og i Stadt Halle formulerer domstolens kontrollkriteriet som en kontroll "som svarer til den kontroll, den fører med sine egne tjenestegrene". Det har vært hevdet at måten EF-domstolen har utformet kontrollkriteriet på i seg selv utelukker at det kan være oppfylt i forhold til interkommunale selskaper med mindre oppdragsgiverkommunen alene er den dominerende eieren i selskapet.⁵² Begrunnelsen for dette er dels at kontroll som svarer til den kontroll den fører med sine egne tjenestegrener vanskelig kan tenkes hos annen enn en dominerende eier, og dels at dommen omhandler kontrollkriteriet i entall mens omsetningskriteriet omtales i flertall. En slik tolkning kan synes plausibel hvis man utelukkende ser på den danske språkversjonen av dommene. Tolkningen er

⁵² Se uttalelse fra NHD til Sogndalen kommune 2002/3730 NR NOK rmy: "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 mellom ulike offentlige oppdragsgivere kun kan skje i forhold til omsetningsvilkåret, ikke i forhold til kontrollvilkåret." Se også Marco Lilli, Konkurransetsetting av kommunale oppgaver, LoR 2004 s. 43-71 på s. 68-69.

imidlertid ikke like opplagt i andre språkversjoner og blant annet de engelske, italienske og nederlandske versjonene indikerer klart kontroll kan innehas av flere kommuner i fellesskap.⁵³ Det er etter min mening ikke mulig ut fra en språklig analyse av dommene å slutte at kontrollkriteriet ikke kan oppfylles for flere deltagende kommuner i et interkommunalt selskap.

I Teckaldommen dreide det seg om et konsortium stiftet av 45 kommuner. Den angjeldende kommune hadde en andel på 0,9% i konsortiets ledende organ og i dets driftsresultat. Konsortiet sto etter sine vedtekter fritt til å påta seg oppdrag for andre enn eierne, både private og andre offentlige organer. I denne saken var det dermed klart at omsetningskriteriet ikke var oppfylt, samtidig som det ut fra den aktuelle kommunens lille andel i konsortiet vanskelig kunne hevdes at den utøvde noen som helst slags form for kontroll. I Stadt Halle dreide det seg om et ”offentlig-privat samarbeid” med formål å drive et gjenbruks- og avfallsbehandlingsanlegg. Selskapet ble eid med 75,1% av kommunen og 24,9% av en privat aktør. Eierandelene ble fastlagt i vedtektene i forbindelse med tildelingen av en kontrakt på utførelsen av det omhandlede prosjekt. Dermed kan det heller neppe fra saksforholdet sies at dommene generelt utelukker tildeling som egenregi fra de kommuner som deltar i et interkommunalt selskap.

Avgjørende for om kontrollkriteriet er oppfylt, er hva som ligger i at kontrollen ”svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene”. Den kontroll kommunen fører innen sin egen organisasjon utøves i medhold av forvaltningsrettslige regler. Kontroll over uavhengige rettssubjekter utøves rettslig og faktisk ut fra helt andre regelsett. Det er således ikke tale om identiske størrelser, og bedømmelsen av om kontrollen er tilsvarende eller ikke, beror derfor på en vurdering, ikke en objektiv konstatering. Det må skje en sammenligning på bakgrunn av innkjøpsreglens formål hvor en rekke momenter trekkes inn.⁵⁴

EUs innkjøpsregler må ses på bakgrunn av reglene om de fire friheter og forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Det er ikke noe formål med reglene å hindre offentlige myndigheter i selv å produsere de varer og tjenester som trengs for den offentlige virksomheten. Reglene pålegger med andre ord ikke liberalisering eller konkurranseutsetting av offentlige aktiviteter, men gir regler som skal følges når det er truffet

⁵³ Se for gjennomgang og dokumentasjon Hans Petter Graver, Interkommunale selskaper og egenregioppdrag, LoR 2004 s. 317-318.

⁵⁴ Slik også generaladvokat Stix-Hackl i forslag til avgjørelse i sak C-26/03 avgitt 23. september 2004 hvor hun sier at kontrollkriteriet må tolkes formålsbestemt og ikke formelt, se avsnitt 63.

beslutning om å etterspørre varer og tjenester i markedet. Som uttalt av Generaladvokat La Pergola i Arnhem:

”At en offentlig myndighet har adgang til at organisere sin struktur på en sådan måte, at den bedst imødekommer almenhedens behov, forekommer mig ikke at være et spørsmål, det er umagen værd at dvæle ved. En offentlig myndigheds valg af en organisationsmodel kan under ingen omstændigheder muliggøre anvendelse af bestemmelser, der er fastsat for at regulere en anden, ganske bestemt situation, der består i en privat virksomheds udførelse af en tjenesteydelse mod vederlag for en offentlig myndighed.”⁵⁵

Reglene tar heller ikke sikte på å hindre at to eller flere kommuner går sammen om en rasjonell utførelse av oppgaver som hver enkelt av dem er for liten til selv å utføre rasjonelt. Generaladvokat La Pergola mente i forhold til interkommunalt selskap, hvor det var to deltakende kommuner med en 50% andel hver, at det var

”tale om en form for delegation mellom offentlige myndigheter, der ikke falder uden for den administrative sfære i de kommuner, der ved at overlade ARA de pågældende aktiviteter på ingen måde har haft til hensigt at privatisere de funktioner, som de tidligere varetog i denne sektor. Alt taget i betragtning kan forholdet mellem kommunerne og ARA ikke betragtes som en aftale i direktivets forstand.”⁵⁶

Domstolen gikk ikke inn på dette, men løste saken med utgangspunkt i artikkel 6 i tjenstedirektivet.

Et springende punkt i forhold til interkommunalt samarbeid er hva slags kontrollbegrep som ligger til grunn for bedømmelsen av om kontrollkriteriet er oppfylt. Det er flere tenkelige tilnærminger til dette spørsmålet. Alternative kontrollbegreper som kan anlegges, er det kontrollbegrep anskaffelsesreglene selv opererer med i definisjonene av offentlig oppdragsgiver, et selskapsrettslig kontrollbegrep, et konkurranserettslig kontrollbegrep eller et autonomt kontrollbegrep utformet spesielt med sikte på avgrensningen av egenregitilfellene.

Det kontrollbegrepet som anskaffelsesreglene opererer med i definisjonen av offentlig oppdragsgiver, er meget vidt og kan i tillegg til eierskap oppfylles gjennom finansiering, oppnevning av flertallet av medlemmer i de styrende organer eller mer alment ved å ha ”kontroll”. Dersom anskaffelse fra et organ under oppdragsgivers kontroll i denne forstand falt utenfor reglene, ville det gi bra sammenheng i oppbyggingen av regelverket. Hvor en offentlig oppdragsgiver organiserer seg slik at den lar oppdrag utføres av et rettssubjekt det formelt eller reelt kontrollerer, og det rettssubjektet ikke i noen særlig grad utfører oppdrag fra andre, er det liten grunn til å la spørsmålet om anskaffelsesreglenes anvendelse bero på den

⁵⁵ Sak C-360/96 Saml. 1998 s. I-6821. Generaladvokat La Pergola Premiss 37.

⁵⁶ Sak C-360/96 Saml. 1998 s. I-6821. Generaladvokat La Pergola Premiss 38.

formelle organisasjonsstrukturen som er valgt. Generaladvokat Stix-Hackl avviser imidlertid at oppfyllelse av kontrollbegrepet i definisjonen av offentlig oppdragsgiver kan være "tilstrekkelig".⁵⁷ Hennes argumentasjon er basert på formelle betraktninger om at EF-domstolen ikke viser til denne definisjonen og at det er snakk om et unntak som skal tolkes restriktivt. Hennes svar er at det må "finde en omfattende kontrollmulighet. Denne må under alle omstendigheter ikke kun være begrenset til strategiske markedsbeslutninger, men skal også omfatte de enkeltbeslutninger, som treffes af ledelsen."⁵⁸ Med en slik formålsoverordnet tilnærming blir det vanskelig å se forskjellen mellom det å anvende direktivets kontrolldefinisjon og det ikke å gjøre det, muligens utover det å stille visse krav til kontrollens intensitet.

Et annet kontrollbegrep er det selskapsrettslige. Ut fra et rent selskapsrettslig kontrollbegrep vil fokus lett komme på eierkontroll og forholdet mellom flere eiere som et forhold mellom majoritetseierens kontroll og hensynet til minoritetseiere. Det er et slikt kontrollbegrep Marco Lilli antyder når han setter som vilkår for kontroll at det ikke finnes eiere med et blokkerende mindretall i forhold til aksjeretten.⁵⁹ En slik tilnærming blir imidlertid for snever. Det er ingen ting i verken EF-domstolens tilnærming eller de hensyn som ligger bak reglene som tilsier at analysen skal være begrenset til eierskapskontroll.⁶⁰ En begrensning til bare å se på eierandeler vil dessuten heller ikke samsvare med den funksjonelle tilnærming som må anlegges på kontrollspørsmålet.

Går vi til konkurranseretten finner vi et tredje kontrollbegrep, hvor en ren majoritetsandel som regel er tilstrekkelig til at kontroll anses å foreligge, men hvor kontroll også etter forholdene kan foreligge ut fra andre kriterier enn eierskap. Det konkurranserettslige kontrollbegrepet er nærmere definert i fusjonskontrollforordningen.⁶¹ I konkurranseretten er det dessuten velkjent at kontroll kan foreligge hos flere uavhengige foretak i fellesskap. Etter forordningen artikkel 3 nr. 3 "kan kontroll oppnås gjennom rettigheter, avtaler eller andre midler som enkeltvis eller sammen, de faktiske eller juridiske forhold tatt i betraktning, gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet". Uttrykket "avgjørende innflytelse" er ikke avhengig av majoritetskontroll, men tar sikte på å

⁵⁷ Se i samme retning Michael Steinicke og Lise Groesmeier, EU's udbudsdirektiver med kommentarer, København 2003 s. 93 som sier at kontrollkriteriet ikke nødvendigvis er oppfylt i situasjoner hvor det foreligger en slik kontroll som kreves for at et selvstendig rettssubjekt skal inngå i definisjonen av offentlig oppdragsgiver.

⁵⁸ Generaladvokat Stix-Hackl i forslag til avgjørelse i sak C-26/03 avgitt 23. september 2004 avsnitt 78.

⁵⁹ Marco Lilli, konkurransesetting av kommunale oppgaver, LoR 2004 s. 43-71.

⁶⁰ Slik og Michael Steinicke og Lise Groesmeier, EU's udbudsdirektiver med kommentarer, København 2003 s. 93.

⁶¹ Rådsforordning EØF nr 4064/89 om konkurranseregler for foretak.

avgrense mot minoritetsinnflytelse som for eksempel de rettigheter aksjeloven gir til minoriteter på 10%.⁶²

Konkurransereglene har langt på vei samme formål som anskaffelsesreglene, nemlig beskyttelsen av en effektiv konkurranse og vern mot ulike konkurransebetingelser i markedet. På bakgrunn av nærheten i formål og systematikk mellom anskaffelsesreglene og konkurransereglene i EØS kan det være nærliggende å søke veiledning konkurranserettslige kontrollbegrep.⁶³ EF-domstolens tilnærming i Stadt Halle synes likevel å utelukke det konkurranserettslige kontrollbegrepet, i alle fall der det også er private interesser inne på eiersiden. Med en eierandel på 75,1% og vedtekter som sa at beslutninger på generalforsamlingen treffes enten ved simpelt flertall eller ved kvalifisert flertall på 75% av stemmerne, ville kommunen klart ha hatt kontroll og konkurranserettslig forstand.

Verken definisjonen av offentlig organ, selskapsrettslige regler eller konkurranserettslige regler kan således være avgjørende. Kontrollbegrepet i forhold til egenregiregelen må etter dette baseres på en selvstendig vurdering. Utgangspunktet må være en sammenligning til et offentligrettslig kontrollbegrep siden kontrollen skal være som den oppdragsgiver fører over sine egne tjenestegrener. At det er tale om et offentligrettslig kontrollbegrep har støtte i den kategoriske avvisningen EF-domstolen foretok i Stadt Halle av at kontroll kan foreligge der det er private inne på eiersiden. Begrunnelsen for denne avvisningen var av utpreget formell karakter knyttet til at det er en forskjell på private og offentlige organer og at private investeringer i virksomheder styres av ”overvejelser, som tjener private interesser og forfølger formål af en anden karakter” enn det å forfølge almene formål.⁶⁴

Det at kontrollbegrepet må utformes som et selvstendig offentligrettslig kontrollbegrep løser imidlertid ikke spørsmålet om kontroll kan innehas av flere kommuner i fellesskap som et joint venture. At kontroll kan foreligge av flere i fellesskap også i forhold til reglene om offentlige innkjøp har som nevnt ovenfor støtte i flere språkversjoner av Teckal-dommen og dessuten av argumentasjonen til Generaladvokat La Pergola i Arnhem. Det har også støtte både i praksis og teori. I Danmark er oppgaver som kommunale fellesskaper utfører for de deltakende kommunene, generelt unntatt fra plikten til å lyse ut en oppgave før den tildeles en annen

⁶² Se Anders Ryssdal, Joint Ventures – en konkurranserettslig analyse, Oslo 2003 s. 95.

⁶³ Se i samme retning Schauenburg, Ausscheidungspflicht und Privilegien für In-house-Geschäfte, NZBau 2001-08241-1 s. 9.

⁶⁴ Sak C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, ennå ikke i Saml. i avsnitt 50.

kommune.⁶⁵ Den svenske utredningen ”Mer värde för pengarna” legger uten nærmere argumentasjon til grunn at et foretak som eies av flere kommuner i fellesskap, må likestilles med et foretak som er fullt ut eiet av en kommune i forhold til reglene om egenregi.⁶⁶ I forarbeidene til lov om interkommunale selskaper er det antatt at dersom et interkommunalt selskap er opprettet med det formål å tilgodese eiernes egne behov, vil tildeling av oppdrag kunne bli godtatt som egenregi.⁶⁷ Steinicke og Groesmeyer mener at det neppe er grunnlag i seg selv for å sette grenser for antallet av oppdragsgivere som kan være knyttet til en selvstendig juridisk person og påberope seg egenregiregelen, men at et ”meget betydelig antal” dog må anses utelukket dersom kontrollen skal ha noen realitet.⁶⁸

Avgjørende må etter min mening være en helhetsvurdering som legger vekt på reelle, ikke formelle forhold og hvor vurderingstemaet må være om den enhet som tildeles oppdraget inngår som del av den organisasjon kommunen eller kommunene bygger opp for å løse sine oppgaver. Dersom hele virksomheten til det interkommunale samarbeidet er innrettet på å dekke de deltakende kommuners behov, så opererer det ikke som et konkurranseutsatt foretak. Hvis det i tillegg er eiet av de deltakende kommunene og avskåret fra å søke oppdrag fra andre aktører, gir det ikke særlig mening å snakke om noen kommersiell uavhengighet selv om de deltakende kommuner ikke skulle legge seg opp i foretaksledelsens beslutninger. Hvorvidt kontrollkriteriet er oppfylt der en del av foretakets omsetning er innrettet mot markedet, vil avhenge av en konkret vurdering hvor både formålet med samarbeidet, den virksomhet som drives og den innflytelse kommunen eller kommunene har over enheten etter nasjonal lovgivning og etter de nærmere bestemmelser i vedtekter og instruksjoner som er fastsatt av de deltakende kommunene må trekkes inn.⁶⁹

Legger man slike utgangspunkter til grunn, blir det klart at noen form for kontroll ikke forelå på kommunens hånd i Teckal. Resultatet i denne dommen er derfor ikke noe avgjørende argument mot at det kan foreligge slik kontroll over et interkommunalt samarbeide at oppdrag for dette må anses som egenregi i forhold til de deltakende kommunene. Resultatet i Stadt Halle kan også avgrenses mot situasjonen ved et interkommunalt samarbeide. I denne saken måtte det felleseide selskapet for ca 40% av sin virksomhet rette seg mot markedet. Dessuten var det tale om et offentlig

⁶⁵ Lov nr 378 af 14/06/1995 om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder § 1 Stk. 2.

⁶⁶ Se SOU 2001:31 s. 294.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 53 (1997-98) avsnitt 7.3.2.

⁶⁸ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU's udbudsdirektiver med kommentarer, København 2003 s. 94.

⁶⁹ Se i samme retning Generaladvokat Stix-Hackl i forslag til avgjørelse i sak C-26/03 avgitt 23. september 2004.

privat samarbeid hvor den privates deltakelse ikke var fastlagt på forhånd, men ble bestemt nettopp i forbindelse med tildelingen av oppdraget. Dette er eksempel på en type arrangement som nettopp kan gi mulighet for å omgå de regler som er gitt for sikre transparens og likebehandling i tildeling av offentlige kontrakter.

Godtar man at kontroll kan foreligge av flere i fellesskap, er det ikke grunn til å kreve at eierandelene må være like store. I mange praktiske tilfeller av interkommunalt samarbeid er forholdet slik at en stor kommune går sammen med flere mindre nabokommuner i et samarbeid. Hvis strukturen i samarbeidet er lagt opp slik at de har felles innflytelse over organisering og opplegg av virksomheten, vil kontrollkriteriet være oppfylt for alle deltakerne. Svaret vil kunne bli annerledes dersom reglene om innflytelse er slik at virksomheten kontrolleres av et fåtall store aktører, mens de mindre bare er med som ”passasjerer”.

Kontrollkriteriet vil ut fra en slik betraktningssmåte som regel være oppfylt i forhold til interkommunalt samarbeid organisert etter kommuneloven § 27. Ofte vil et slikt samarbeid ikke være et eget rettssubjekt, og derfor ikke ha noen uavhengighet i forhold til de deltakende kommunene. Men spørsmålet om kontrollkravet er oppfylt må vurderes i det enkelte tilfelle ut fra hvilken grad av selvstendighet de deltakende kommuner har valgt å gi de styrende organene i det interkommunale samarbeidet.

Også når det gjelder interkommunale selskaper etter norsk rett, må utgangspunktet etter mitt syn være at kontrollkravet kan være oppfylt. Loven gir deltakerkommunene større mulighet for styring og kontroll med selskapet enn det aksjeselskapsformen legger opp til. Reglene om representantskapet og dets myndighet, samt reglene om deltakerkommunenes kontroll over selskapsavtalen trekker alle i retning av at kontrollkravet må være oppfylt i forhold til interkommunaleselskaper. Lovens normalregel er at hver deltakerkommune har ett medlem i representantskapet og at de har en stemme hver. Selskapsavtalen kan fravike dette for eksempel for å reflektere forskjeller i eierandeler bedre. På den annen side kan selskapsavtalen bestemme at visse vedtak bare skal kunne treffes ved kvalifisert flertall eller enstemmighet. Representantskapsmedlemmene representerer sine respektive kommuner og fylkeskommuner i selskapsforholdet og vedkommende (fylkes)kommune har instruksjonsrett overfor sine medlemmer i representantskapet.⁷⁰ Det er med en slik selskapskonstruksjon under enhver omstendighet vanskelig å tenke seg at kontrollkravet ikke er

⁷⁰ Se Ot.prp.nr.53 (1997-1998) Om lov om interkommunale selskaper og lov om endringer i kommuneloven m m (kommunalt og fylkeskommunalt foretak) s. 95.

oppfylt dersom omsetningskravet er oppfylt, siden deltakerkommunene i et slik tilfelle også vil ha økonomisk kontroll over selskapets virksomhet. Kontrollkravet får derfor etter min mening liten selvstendig betydning i forhold til de interkommunale selskaper som har den alt vesentligste delen av sin virksomhet rettet mot eierkommunene. Hvor en stor del av virksomheten er rettet ut mot markedet for øvrig, vil den nærmere utforming av selskapsavtalen kunne ha betydning for bedømmelsen av om kontrollkravet er oppfylt for den enkelte deltakers vedkommende. I slike tilfelle vil egenregi likevel fort kunne være utelukket med grunnlag i omsetningskriteriet.

Når det gjelder samarbeid organisert i aksjeselskapsformen, kan kontrollkriteriet by på mer tvil. Sikkert må det være at kommunene i vedtektene kan sikre seg tilstrekkelig kontroll til at kriteriet er oppfylt. Hvis det ikke er mange kommuner som deltar, og de deltar med relativt like eierandeler, vil en konkurranserettslig tilnærming føre til at kontrollkriteriet er oppfylt. Er det på den annen side mange deltakere, kanskje også private, vil det ikke være så naturlig å se selskapet som i et slikt joint venture. I så fall kan det ikke utføre oppgaver som egenregi i forhold til aksjonærene.

Oppsummering

Innledningsvis ble det fremsatt en hypotese om at anskaffelsesreglene bør komme til anvendelse i alle tilfeller der oppdragene og oppdragsmottakerne er konkurranseutsatt, men ikke der kommunene ikke går ut i markedet for å dekke sine behov og der de aktører som brukes for å stå for leveransene ikke omsetter til andre enn de deltakende kommuner. Hvor det foreligger konkurranse langs den ene eller andre dimensjonen bør spørsmål om bruk av anskaffelsesreglene og konkurranseregler for øvrig være avhengig av en vurdering av på hvilken måte konkurransen i markedet påvirkes.

Som vi har sett vil tildeling av oppdrag mellom kommuner og til interkommunale samarbeidsenheter falle utenfor anskaffelsesreglenes krav om utlysning og konkurranse i en rekke sammenhenger. Grovt sett kan vi si at det er to veier utenom reglene forbeholdt tjenester og en for alle typer av oppdrag. Tjenester kan falle utenfor der de tildeles til en enhet som selv er offentlig oppdragsgiver og har en enerett til å utføre tjenesten for eller på vegne av kommunen. De faller videre utenfor dersom de utføres for kommunen i kraft en enerett eller særrett i form av konsesjon, tilskuddsordning eller refusjonsordning. Endelig faller alle typer av tildelinger som ikke skjer på grunnlag av kontrakt utenfor. Det gjelder for det første der samarbeidet må anses som en forvaltningsrettslig fordeling av myndighet, oppgaver og ansvar mellom samarbeidende kommuner og

organer disse oppretter for sitt samarbeide. Videre gjelder det der det etableres samarbeidsenheter som kontrolleres av de deltakende kommuner, og hvis vesentlige virksomhet består i å betjene de samarbeidende kommunene.

Sett under ett kan vi konstatere visse fellesstrekk for disse alternativene. Et viktig moment er i hvilken grad den enhet som er opprettet opptrer kommersielt i markedet i tillegg til å betjene de deltakende kommuner. Dette er av betydning for anvendelse av tjenesteunntaket, for adgangen til å gi enheten en særrett til å betjene kommunene i forhold til reglene om tjeneste- og etableringsfrihet, og for muligheten til å betrakte forholdet som egenregi. Et annet viktig moment er graden av frihet som den enkelte kommune har til å gå utenom det interkommunale samarbeidet for å få utført oppgavene. Det er av betydning for bedømmelsen av om det foreligger en enerett og for bedømmelsen av om ordningen som er etablert må karakteriseres som kontraktsrettslig eller forvaltningsrettslig. Hvis den etablerte enheten ikke i nevneverdig grad opptrer i andre markeder enn i forhold til de deltakende kommunene og de deltakende kommunene ikke i tillegg i vesentlig grad dekker sine behov i markedet, kommer anskaffelsesreglene ikke til anvendelse. Ordningen vil heller ikke reise problemer i forhold til traktatens frihetsregler eller konkurransereglene selv om det er snakk om å yte tjenester til befolkningen, så lenge det er snakk om et behov som det er knyttet offentlig interesse til blir dekket på en bestemt måte og hvor en offentlig enerett er nødvendig for dette. Interkommunalt samarbeid er ikke det samme som konkurranseutsetting, og et interkommunalt samarbeid som ikke er konkurranseutsatt reiser ikke særlig spørsmål i forhold til anskaffelsesreglene.

Er det snakk om at det interkommunale samarbeidet skal opptre som kommersiell aktør i markedet i konkurranse med andre aktører om andre oppdrag, er kommunenes handlefrihet straks mer begrenset. Egenregi vil her straks være utelukket på grunn av omsetningskravet. Hvis samarbeidet også konkurrerer med private aktører om oppdrag til de samarbeidende kommunene, dvs. at det ikke har noen enerett på leveranser til disse, må konkurransen skje på like vilkår, dvs. i overensstemmelse med anskaffelsesreglens krav. Er derimot konkurransen begrenset slik at det bare er gjennom det interkommunale samarbeidet at kommunene dekker sine eller sine befolkningers behov, kan tildeling skje uten bruk av anskaffelsesreglene under forutsetning av at det dreier seg om tjenester som det knytter seg en offentlig interesse til. En slik begrensning kan imidlertid bare skje i forhold til tjenestefriheten og konkurransereglene i den utstrekning det er nødvendig for å få utført de særlige oppgaver som er definert ut fra offentlige hensyn.

Uansett hvilke deler av reglene forholdet bedømmes under, blir med andre ord resultatene ganske like. Det vesentlige er om kommunene har adgang til å reservere visse typer av oppgaver til en aktør uten konkurranse i henhold til reglene om fri bevegelse og konkurransereglene. Er det snakk om særlige offentlige oppgaver, er svaret klart. Er det snakk om oppgaver som også kan dekkes innenfor et marked, må begrunnelsen for den restriksjon en enerett er være at dette er en forutsetning for at særlige offentlige hensyn kan varetas. Der konkurransen lovlig avskjæres, er både kravene etter tjenestereglens enerettsalternativ og konsesjonsalternativet oppfylt.

Neste spørsmål er hvilken aktør som kan få en slik enerett og ut fra hvilke prosedyrer. Det offentlige kan selv velge å stå for produksjonen gjennom sine enheter. Men dersom kommersielle enheter trekkes inn, blir bildet mer sammensatt enten de eies av det offentlige eller av private. Med mindre tildeling av en slik posisjon til et interkommunalt samarbeid som en kommersiell aktør kan begrunnes i særlige behov for offentlig styring og kontroll, vil tildeling av en slik enerett til et interkommunalt foretak uten bruk av objektive kriterier og åpne prosedyrer være i strid med generelle krav til ikke-diskriminering og proporsjonalitet. Siden et behov for kontroll vanskelig kan tilfredsstilles uten at man faktisk også har en kontroll som overstiger den man har etter vanlige regler over kommersielle aktører, har det ikke nevneverdig betydning om forholdet bedømmes etter kontrollkravet i egenregiregelen eller etter de alminnelige krav til ikke å diskriminere mellom aktører uten en objektiv begrunnelse for det.

Hvis det interkommunale samarbeidet ikke opptrer som en kommersiell aktør, behøver ikke tildeling av oppdrag til samarbeidet skje etter konkurranse. At det ikke opptrer som en kommersiell aktør, betyr at det ikke er konkurranseutsatt på sitt område, at det ikke har kommersielle aktiviteter på andre områder og at styring med det skjer ut fra andre prinsipper enn vanlige prinsipper for styring av kommersielle foretak.

Annerledes blir det der oppdraget tildeles et interkommunalt selskap som opptrer som en kommersiell aktør. Skal aktøren gis en form for enerett eller konsesjon, så er det ikke noe vilkår at oppdraget for de deltakende kommunene utgjør noen stor del av selskapets omsetning. Det springende punkt i denne forbindelse er selve eneretten i forhold til de deltakende kommunene og lovligheten av denne. Og denne er neppe lovlig uten konkurranse med mindre selskapet kontrolleres av deltakerne og denne kontrollen er viktig for utførelsen av oppgavene. Dersom det interkommunale selskap ikke skal ha noen enerett i forhold til de

deltakende kommunene, følger det av egenregiregelen at leveransene i forhold til disse må utgjøre en vesentlig del av omsetningen. I tillegg må de deltakende kommuner ha tilstrekkelig kontroll over selskapet. Kontroll er dermed uansett en forutsetning for å avskjære andre fra å konkurrere om oppdraget, omsetning er avhengig om det skal gis en enerett eller ikke og om det er snakk om en tjeneste eller andre former for oppgaver.

Forutsetningen for tildeling av oppdrag uten konkurranse er dermed enten at det interkommunale selskapet ikke opptrer som en kommersiell aktør, eller at det er under kontroll av de deltakende kommunene og enten gis en enerett eller utelukkes fra i særlig grad å betjene andre enn de deltakende kommunene. Restriksjonsforbudet, ikke-diskrimineringsprinsippet og konkurransereglene setter grenser for adgangen til å gi et interkommunalt foretak en enerett uten konkurranse.

På denne bakgrunn må vi derfor kunne konkludere med at en gjennomgang av det rettslige materialet gir støtte til vår hypotese at anskaffelsesreglene ikke kommer til anvendelse der kommunene ikke går ut i markedet for å dekke sine behov og der de aktører som brukes for å stå for leveransene ikke omsetter til andre enn de deltakende kommuner. Hvor det foreligger konkurranse langs den ene eller andre dimensjonen er det avgjørende på hvilken måte konkurransen i markedet påvirkes.