



UiT

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Samarbeid i offentlig sektor

Hvordan er gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet art. 12 i norsk rett?

—

Guro Aandahl Tande

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Metodiske bemerkninger	3
1.3	Videre fremstilling	4
2	Egentlig egenregi.....	4
2.1	Innledning.....	4
2.2	Kontraktsbegrepet i anskaffelsesdirektivet	5
2.3	Hva utgjør samme rettssubjekt?	6
2.3.1	Innledning.....	6
2.3.2	Krav etter EU-retten og nasjonal rett	7
2.3.3	Oppsummert	9
2.4	Andre avgrensninger av regelverkets virkeområde.....	10
3	Utvidet egenregi	12
3.1	Innledning.....	12
3.2	Kontrollkriteriet.....	14
3.2.1	Innledning.....	14
3.2.2	Vurderingstemaet i kontrollkriteriet.....	15
3.2.3	Kontroll i vertikale kjeder	20
3.3	Aktivitetskriteriet	22
3.3.1	Innledning.....	22
3.3.2	Aktivitetskriteriets formål og funksjon	22
3.3.3	Beregning av aktivitet	23
3.4	Forbudet mot private eierandeler i oppdragstaker.....	25
3.4.1	Innledning.....	25
3.4.2	Forbudets formål og funksjon	26
3.4.3	Bestemmelsens innhold.....	27

3.4.4	Tidspunktet for vurderingen av oppdragstaker	28
3.4.5	Unntak fra forbudet mot direkte private eierandeler i oppdragstaker	29
3.5	Felles kontroll.....	30
3.5.1	Innledning.....	30
3.5.2	Kontrollkriteriet ved felles kontroll.....	31
3.5.3	Aktivitetskriteriet ved felles kontroll	33
3.6	Tildeling av kontrakt i omvendt vertikale forhold og horisontale samarbeid.	35
3.6.1	Innledning.....	35
3.6.2	Kontrollvurderingen og forbudet mot private eierandeler	36
3.6.3	Gjelder det også et aktivitetskrav ved tildeling av kontrakt i omvendt vertikale forhold og horisontale samarbeid?	37
3.6.4	Anvendelsen av anskaffelsesforskriften § 3-1 (3) ved felles kontroll.....	38
4	Horisontale samarbeidsavtaler	39
4.1	Innledning.....	39
4.2	Offentlige oppdragsgivere.....	42
4.3	Offentlig oppgave og felles mål	43
4.3.1	Utgangspunkt	43
4.3.2	Offentlig oppgave.....	44
	Felles mål	45
4.4	Utelukkende av offentlig interesse	46
4.5	Samarbeidets aktivitet i markedet	47
5	Avslutning	49
	Kildeliste	50
	Lover	50
	Forskrifter/forarbeider	50
	Praksis fra KOFA	50
	EU/EØS-rettslige kilder	50

Litteratur.....	51
Nettsteder/veileder	52

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Det offentlige foretar anskaffelser for omtrent 500 milliarder kroner i året og er underlagt detaljerte regler for hvordan anskaffelsesprosessen skal foregå.¹ I tillegg til at regelverket er detaljert, er det også omfattende. I vår sammenheng er det lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) og tilhørende forskrift av 12. august 2016 nr. 974 (anskaffelsesforskriften) som i første rekke er av interesse. EUs anskaffelsesdirektiv for klassisk sektor, direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet), er innlemmet i EØS-avtalen, og anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften er en gjennomføring i norsk rett av de krav direktivet stiller. Anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften inneholder også særnorske krav til anskaffelsene det offentlige foretar.

Anskaffelsesloven skal sørge for at offentlige innkjøp skjer på en måte som fremmer effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. anskaffelsesloven § 1, første setning. Videre skal regelverket bidra til at det offentliges innkjøp skjer i samsvar med de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet jf. anskaffelsesloven § 4.

Etter anskaffelsesdirektivet er det en målsetning at offentlige anskaffelser skal skje i overenstemmelse med prinsippene i Traktaten om den Europeiske Unions virkemåte (TEUV). Særlig viktige er prinsippene om fri bevegelse av varer, fri etableringsrett og fri utveksling av tjenester mellom medlemslandene.²

Begrunnelsen for å regulere det offentliges anskaffelser ligger følgelig på to plan, det nasjonale og det internasjonale.³ Det kan derfor være forskjeller mellom reglene på det nasjonale og det internasjonale planet. Rammene for hva nasjonal rett kan gå ut på, og hvordan nasjonal rett faktisk er, kan være forskjellig. Nasjonale anskaffelsesregler kan derfor være mer rigide enn det som kreves etter EU-retten. Samtidig må de nasjonale reglene suppleres med praksis tilknyttet de internasjonale reglene.

¹ Statistisk sentralbyrå - <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar>.

² Fortalen til anskaffelsesdirektivet punkt 1.

³ Fredrik Sejersted mfl. *EØS-rett*. 3. utgave, Oslo 2011, s. 613.

Selv om mesteparten av anskaffelsene det offentlige foretar skjer med private virksomheter som avtalepart, kan det også være aktuelt at en annen offentlig oppdragsgiver er leverandør. Anskaffelsesregelverket kan komme til anvendelse i begge tilfeller. Anskaffelsesforskriften kapittel 3 inneholder imidlertid avgrensinger av anskaffelsesregelverkets nedslagsfelt for visse typer samarbeid mellom offentlige oppdragsgivere. Avgrensingene i anskaffelsesforskriften kapittel 3 gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 12, som oppstiller avgrensninger i anskaffelsesdirektivets virkeområde for visse typer samarbeid i offentlig sektor.

Som følge av at det nasjonale anskaffelsesregelverket kan være mer rigid enn anskaffelsesdirektivet krever, kan gjennomføringen av direktivet innebære at det stilles strengere vilkår for at samarbeid mellom offentlige virksomheter ikke er omfattet av det norske regelverket. Anskaffelsesdirektivet pålegger ikke Norge å ha regler som unntar slike samarbeid fra regelverket, men setter en grense for i hvilken utstrekning offentlige samarbeid kan unntas.

I denne sammenheng kan det stilles spørsmål om anskaffelsesforskriftens kapittel 3 utnytter de mulighetene som er gitt i anskaffelsesdirektivet, og om reglene i kapittel 3 er en riktig gjennomføring av anskaffelsesdirektivet art. 12. For å kunne svare på disse spørsmålene må både rekkevidden for anskaffelsesforskriftens og anskaffelsesdirektivets regler for samarbeid mellom offentlige virksomheter klarlegges og sammenlignes. Dette vil bli gjort fortløpende gjennom oppgaven.

Virkingen av at det inngås en kontrakt mellom to offentlige virksomheter uten at anskaffelsesregelverkets prosedyreregler følges i tilfeller hvor enten det nasjonale regelverket eller anskaffelsesdirektivet krever at reglene skal følges, er at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse. Det er derfor viktig at offentlige oppdragsgivere kan reglene for når en kontrakt kan unntas anskaffelsesregelverket.

1.2 Metodiske bemerkninger

Det norske regelverket for offentlige anskaffelser implementerer EUs anskaffelsesdirektiv, og er således en gjennomføring av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. På denne bakgrunn er EU-rettens rettskilder sentrale for forståelsen av det norske regelverket. Det er derfor relevant å se til hvordan EU-domstolen har tolket anskaffelsesdirektivet i sine avgjørelser. At EU-domstolens uttalelser er sentrale også ved forståelsen av det norske regelverket, følger også av harmoniseringsformålet og homogenitetsprinsippet i EØS-avtalen.⁴

Generaladvokatens uttalelser vil også være en relevant rettskilde ved fastleggelsen av innholdet i anskaffelsesdirektivet. Generaladvokaten er en institusjon som ikke har en parallell i norsk rett. Generaladvokatens oppgave er å bistå EU-domstolens dommere ved å avgi offentlige, og fullt ut upartiske og uavhengige begrunnet innstillinger i enkelte sakstyper jf. TEUV art. 252. Uttalelsene er ikke bindende for dommerne, og hvilken vekt uttalelsene tillegges vil variere. Uttalelsene er likevel en viktig kilde for å forstå EU-retten.⁵

EU-kommisjonen avgir uttalelser om hvordan EU-retten skal forstås. Uttalelsene er ikke bindende for medlemsstatene, men er en viktig kilde til informasjon om hvordan anskaffelsesdirektivet eller uttalelser fra EU-domstolen skal forstås.

For å klarlegge innholdet i anskaffelsesforskriften er det også relevant å se til avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). KOFA er opprettet med hjemmel i anskaffelsesloven § 11, og er et klageorgan for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Hvordan saksbehandlingen i KOFA skal foregå er nærmere behandlet i forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 (klagenemndsforskriften). Etter klagenemndsforskriften § 1 er KOFA et rådgivende organ, og uttalelsene er ikke bindende for partene. Uttalelsene vil derfor som utgangspunkt ha relativt liten rettskildemessig vekt. I mangel på praksis fra de ordinære domstolene vil imidlertid KOFAs uttalelser være en relevant kilde for å fastlegge innholdet i norsk rett.

Nærings- og fiskeridepartementet har utarbeidet en veileder til reglene om offentlige anskaffelser. Veilederen kan sies å ha rettskildestatus som etterarbeider, og vil derfor ha relativt liten rettskildemessig vekt. Departementets veileder kan likevel være et nyttig

⁴ Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 3. utgave Oslo 2015, s. 26.

⁵ Sejersted mfl. (2011) s. 135.

tolkningsbidrag til det norske regelverket, og kan på mange måter sidestilles med juridisk teori.

1.3 Videre fremstilling

For å kunne behandle spørsmålet om i hvilken grad gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet art. 12 i norsk rett utnytter de mulighetene som ligger i bestemmelsen, må det først fastlegges hva som utgjør en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand. Det er bare der det foreligger en kontrakt at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Grensene for kontraktsbegrepet behandles i kapittel 2. Fra utgangspunktet om at anskaffelsesregelverket skal følges når det foreligger en kontrakt, er det gjort to avgrensinger i regelverkets virkeområde for samarbeid i offentlig sektor, utvidet egenregi og samarbeidsavtaler. I kapittel 3 vil grensene for utvidet egenregi behandles, og i kapittel 4 behandles reglene for samarbeidsavtaler. Avslutningsvis vil det i kapittel 5 gjennomgås hvordan gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet art. 12 er i norsk rett, og sentrale funn vil bli fremhevet.

2 Egentlig egenregi

2.1 Innledning

Egentlig egenregi er situasjonen hvor en offentlig oppdragsgiver tildeler et oppdrag til en av sine egne etater. Et eksempel på dette er at en kommune har en renovasjonsetat som kommunen bruker for å dekke kommunens renovasjonsbehov. I denne sammenheng kan det stilles spørsmål om kommunen kan anskaffe renovasjonstjenestene uten å følge reglene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften.

Etter anskaffelsesloven § 2 (1) og anskaffelsesforskriften § 1-1 må det finne sted en inngåelse av en vare-, tjeneste-, eller bygge- og anleggskontrakt, som i verdi overstiger 100 000 kr. eksklusiv merverdiavgift for at anskaffelsesregelverket skal komme til anvendelse. En kontrakt er definert i anskaffelsesforskriften som en gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår med en eller flere leverandører jf. § 4-1 bokstav a).

Når det kommer til hvordan kontraktsbegrepet i anskaffelsesforskriften skal tolkes har KOFA lagt til grunn at kontraktsbegrepet er et EU-rettslig begrep, og skal tolkes slik at

anskaffelsesregelverkets effektive virkning sikres.⁶ Det er derfor uten betydning hvordan de ulike medlemsstatene har definert en kontrakt på andre rettsområder. Heller ikke er det av betydning hvilket innhold kontraktsbegrepet har i annen norsk rett. For å fastlegge kontraktsbegrepets grenser er det nødvendig å se til hvordan begrepet er formulert i anskaffelsesdirektivet.

2.2 Kontraktsbegrepet i anskaffelsesdirektivet

Etter anskaffelsesdirektivet art. 1 må det foreligge en offentlig kontrakt for at direktivet skal komme til anvendelse. Hva som utgjør en offentlig kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand er definert i anskaffelsesdirektivet art. 5 nr. 1 (5). Etter bestemmelsen er en offentlig kontrakt en skriftlig avtale av økonomisk interesse mellom en eller flere offentlige oppdragsgivere, og en eller flere oppdragstakere.

For at en avtale skal være en offentlig kontrakt etter anskaffelsesdirektivet må avtalen ha en økonomisk interesse. En kontrakt vil ha økonomisk interesse når oppfyllelsen av kontrakten innebærer en utveksling av varer eller tjenester mot betaling eller andre varer eller tjenester. Det stilles således krav til at kontrakten er gjensidig bebyrdende for at den skal anses å ha en økonomisk interesse.⁷ Dette trekker en grense mot tilfeller hvor det ytes offentlig støtte til en virksomhet, uten at det offentlige får en motytelse. Slike tildelinger er regulert i reglene om statsstøtte, og vil ikke bli behandlet nærmere her.

At avtalen må være gjensidig bebyrdende innebærer at tildeling av et oppdrag innad i oppdragsgivers virksomhet, egentlig egenregi, ikke utgjør en offentlig kontrakt. I slike tilfeller skjer det ikke en utveksling av verdier mellom partene i avtalen, da oppfyllelsen av kontrakten innebærer bruk av egne ressurser.

At en avtale om å dekke et behov ved bruk av egne ressurser ikke er en offentlig kontrakt etter anskaffelsesdirektivet er også slått fast at EU-domstolen. I *Stadt Halle* uttalte EU-domstolen at en offentlig oppdragsgiver som benytter egne ressurser for å dekke et behov ikke er forpliktet til å kunngjøre kontrakten etter anskaffelsesregelverket.⁸

⁶ KOFAs uttalelse i sak 2016/1 premiss 15.

⁷ Sak C-51/15 premiss 43.

⁸ Sak C-26/03 *Stadt Halle* premiss 48.

Begrunnelsen for at en offentlig oppdragsgiver som benytter egne ressurser til å dekke et behov ikke er forpliktet til å kunngjøre slike kontrakter, er at det ikke foreligger utveksling av varer, tjenester eller arbeidskraft. Hensynet til fri bevegelighet innad i medlemsstatene gjør seg således ikke gjeldende, og tildeling av oppdrag i egentlig egenregi vil følgelig ikke være i strid med formålet bak anskaffelsesdirektivet. En annen begrunnelse for at egentlig egenregi ikke er omfattet av anskaffelsesregelverket, er at offentlige oppdragivere skal kunne velge å utføre oppgavene sine selv. Anskaffelsesregelverket pålegger ikke medlemsstatene å utkontrahere tjenester de kan og vil gjøre internt.⁹

Etter anskaffelsesforskriften § 1-1 jf. § 4-1 bokstav a), er en kontakt en gjensidig bebyrdende avtale mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører. Etter ordlyden er det klart at det norske kontraktsbegrepet er i overensstemmelse med anskaffelsesdirektivet. Tildeling av oppdrag internt i oppdragsgivers virksomhet er ikke en kontrakt som må følge anskaffelsesregelverket.

I denne sammenheng oppstår imidlertid spørsmålet om hvilke offentlige oppdragsgivere som utgjør et rettssubjekt. Anskaffelsesdirektivet inneholder ingen regler om hva som ansees som samme rettssubjekt, og det vil derfor være opp til den nasjonale rett å fastlegge grensene mellom et og flere rettssubjekter.

2.3 Hva utgjør samme rettssubjekt?

2.3.1 Innledning

I norsk rett er det på det rene at kommuner og fylkeskommuner med tilhørende etater er selvstendige rettssubjekter. Tildeling av oppdrag innad i en kommune eller fylkeskommune kan følgelig skje uten at anskaffelsesregelverket må følges.

Staten er som utgangspunkt å anse som ett rettssubjekt hvor departementer, etater, direktorater og forvaltningsbedrifter faller innunder statens juridiske person.¹⁰ Statlige eide aksjeselskaper og stiftelser faller på utsiden da disse er selvstendige rettssubjekter. Det innebærer at tildeling av kontrakt i egentlig egenregi ikke kan anvendes ved tildeling av oppdrag til slike virksomheter, og anskaffelsesregelverket må som utgangspunkt følges. Selv om staten som

⁹ Anskaffelsesdirektivets fortale punkt 5.

¹⁰ Departementenes veileder til anskaffelsesforskriften 2017, s. 30.

utgangspunkt er å anse som ett rettssubjekt, har det vært stilt spørsmål om enkelte statlige virksomheter er så selvstendige og markedsorienterte, at det ikke bør være adgang til å tildele oppdrag i egentlig egenregi.

Et eksempel hvor denne problemstillingen gjør seg gjeldende er ved tildeling av IT-tjenester.¹¹ Universitetet i Oslo har en egen IT-avdeling (USIT), hvor universitetet med tilhørende fakulteter kan henvende seg for å dekke sitt behov for IT-tjenester i egentlig egenregi. Det som kanskje ikke er like sikkert er om fakultetene ved eksempelvis Universitetet i Bergen kan gjøre det samme, selv om både Universitetet i Oslo, USIT og Universitetet i Bergen tilhører den samme juridiske personer, staten. Dette er fordi USIT og Universitetet i Bergen opererer med en viss selvstendighet fra hverandre. Spørsmålet om tildeling av oppdrag i egentlig egenregi i et slik tilfelle må løses på bakgrunn av hvilke grenser EU-retten og nasjonal rett setter.

2.3.2 Krav etter EU-retten og nasjonal rett

EU-domstolen har vært tilbakeholden med å uttale seg om hvordan organiseringen av offentlig sektor i medlemsstatene bør være, og har vært varsom med å tolke anskaffelsesdirektivets kontraktsbegrep dit hen at samarbeid mellom to enheter innenfor samme rettssubjekt omfattes av direktivet.¹²

Kontraktsbegrepet må imidlertid tolkes formålsrettet slik at tolkningsresultatet ivaretar anskaffelsesdirektivets formål, og at det blir en mest mulig effektiv anvendelse av reglene.¹³ En slik tolkning av kontraktsbegrepet taler for at tildeling av oppdrag innad i samme rettssubjekt ikke i alle tilfeller kan unntas direktivet. Dette vil særlig gjøre seg gjeldende i de tilfeller hvor enhetene har en selvstendig stilling opp mot hverandre, selv om de formelt tilhører samme rettssubjekt.

Konsekvensen av at alle tildelinger innad i samme rettssubjekt, uten en vurdering av enhetenes selvstendighet, faller utenfor anskaffelsesdirektivets kontraktsbegrep kan være at offentlig myndigheter organiserer seg slik at store deler av den økonomiske virksomhet som utføres i nasjonalstaten blir lagt til mer eller mindre uavhengige enheter innad i staten.¹⁴ Disse

¹¹ Janicke Wiggen, *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor*, Oslo 2013, s. 182.

¹² Wiggen (2013) s. 184.

¹³ Wiggen (2013) s. 187.

¹⁴ Wiggen (2013) s. 187.

enhetene vil da kunne handle fritt med hverandre uten å følge anskaffelsesregelverket. En slik situasjon vil stride både mot grunnleggende prinsipper om fri bevegelighet og fri konkurranse i anskaffelsesdirektivet, og prinsippene i anskaffelsesloven § 4.

På det nasjonale plan vil en slik situasjon også stride mot effektiv bruk av samfunnets ressurser jf. anskaffelsesloven § 1, første setning. For å kunne bruke samfunnets ressurser effektivt er det lagt til grunn i anskaffelsesregelverket at kontrakter skal konkurranseutsettes. Utstrakt bruk av egentlig egenregi kan forhindre dette.¹⁵

På det internasjonale plan vil en slik situasjon hindre private aktører, og aktører fra andre medlemsland tilgang på markedet. Følgelig vil det være i strid med anskaffelsesreglens formål om konkurranse og et åpent marked for medlemsstatene.¹⁶ Ved tildeling av kontrakt i egentlig egenregi stilles det ikke aktivitetskrav, slik det gjør ved tildeling av kontrakt ved bruk av utvidet egenregi. Dette medfører at enhetene som får tildelt kontrakt også kan operere i markedet, uten at det får betydning for adgangen til å tildele enheten oppdrag i egentlig egenregi. Tildeling av kontrakt i slike tilfeller kan ha en konkurransevridende virkning, da enheten vil få en fordel sammenlignet med sine konkurrenter. På denne bakgrunn kan det tenkes situasjoner hvor anskaffelsesregelverket burde komme til anvendelse selv om tildeling av oppdrag skjer innenfor samme rettssubjekt. Siden EU-domstolen ikke har uttalt seg om spørsmålet, må det imidlertid ansees som uavklart etter EU-retten.

I norsk rett er det lagt til grunn at alle enheter innad i staten, som ikke er skilt ut som egne rettssubjekter, fritt kan utveksle varer og tjenester uten å følge anskaffelsesregelverket.¹⁷ Dette synet er fulgt opp i en uttalelse fra KOFA i sak 2012/188. Selv om avgjørelsen ikke er avsagt under gjeldende regelverk, er den fremdeles relevant i vurderingen av om det kan foreligge tilfeller hvor staten ikke kan ansees som ett rettssubjekt i anskaffelsesrettslig forstand, og således ikke kan tildele kontrakt i egentlig egenregi.

Saken gjaldt et politidistrikt som tildelte en kontrakt om leie av lokaler for etablering av kontor direkte til Statsbygg. Både politidistriktet og Statsbygg er en del av staten, og tilhører således samme rettssubjekt. Tildelingen var derfor som utgangspunkt ikke i strid med anskaffelsesforskriften da, det var en tildeling i egentlig egenregi. KOFA fremhevet imidlertid

¹⁵ Kurt Weltzien, «Ulovfestet egenregi i klassisk sektor» *Lov og Rett* vol. 47, 8, 2008 s. 483-496 (s. 949).

¹⁶ Wiggen (2013) s. 187-188.

¹⁷ Wiggen (2013) s. 194.

at det kan være tilfeller hvor tildeling av kontrakt innad i samme rettssubjekt likevel må følge anskaffelsesregelverket.

Som eksempel på en situasjon hvor anskaffelsesregelverket kunne komme til anvendelse fremhevet KOFA de tilfeller hvor en enhet driver næringsvirksomhet i konkurranse med private virksomheter.¹⁸ I slike tilfeller vil det kunne oppstå en konkurransefordel dersom enheter innenfor samme juridiske person fritt kan kjøpe tjenester av hverandre, samtidig som de opererer i det private markedet. KOFA uttalte at det på denne bakgrunn kunne stilles spørsmål ved om det bør stilles krav til enhetens aktivitet på markedet for at tildeling av oppdrag i egentlig egenregi kan skje utenfor anskaffelsesregelverket.

Mot dette argumentet fremhevet KOFA at når to enheter innad i samme rettssubjekt handler med hverandre, er man utenfor det markedet som anskaffelsesregelverket etter sin formål skal regulere.¹⁹ Det er likevel begrenset hvor mye vekt dette argumentet kan tillegges. I de tilfeller hvor tildeling av kontrakt innad i samme rettssubjekt strider mot grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten, bør det stilles krav om at anskaffelsen følger prosedyrereglene i anskaffelsesregelverket.

KOFA gikk ikke nærmere inn i vurderingen av om tildeling av kontrakt innad i samme rettssubjekt i noen tilfeller må følge anskaffelsesregelverket, da det ikke var holdepunkter for at Statsbygg drev virksomheten sin på en måte som kunne medføre konkurransevridning.²⁰ Videre slo KOFA fast at spørsmålet om det kan foreligge en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand mellom to enheter innenfor samme rettssubjekt ikke er avklart i gjeldende rett.

2.3.3 Oppsummert

Tildeling av oppdrag internt i oppdragsgivers juridiske person faller som utgangspunkt på utsiden av anskaffelsesregelverket da det ikke er å anse som en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand. Hvorvidt slike tildelinger aldri er omfattet av anskaffelsesregelverket er imidlertid et uavklart spørsmål. I mange tilfeller vil ikke situasjonen skille seg nevneverdig fra tildeling av kontrakt i utvidet egenregi. Det taler for at det bør stilles tilsvarende aktivitetskrav ved egentlig egenregi som ved utvidet egenregi. I tillegg kan det stilles spørsmål om enheter innenfor samme juridiske person i noen tilfeller er så selvstendige at tildeling av oppdrag i

¹⁸ KOFAs uttalelse i sak 2012/188 premiss 21.

¹⁹ KOFAs uttalelse i sak 2012/188 premiss 21.

²⁰ KOFAs uttalelse i sak 2012/188 premiss 22.

egentlig egenregi ikke bør finne sted av hensynet til fri konkurranse og fri bevegelighet av varer og tjenester innenfor EU/EØS-området.

2.4 Andre avgrensninger av regelverkets virkeområde

Ved anskaffelser i egentlig egenregi kommer anskaffelsesregelverkets prosedyreregler ikke til anvendelse. Ved andre typer anskaffelser er utgangspunktet etter anskaffelsesregelverket at der en offentlig oppdragsgiver vurderer å tildele et oppdrag til et annet rettssubjekt, skal valget av medkontrahent skje etter de prosedyrereglene anskaffelsesregelverket gir anvisning på. Dette gjelder også der en eventuell medkontrahent selv er en offentlig oppdragsgiver etter anskaffelsesforskriften § 1-2.²¹ Fra denne hovedregelen er det imidlertid gjort to sentrale unntak. Det ene unntaket omtales som utvidet egenregi og det andre som horisontale samarbeidsavtaler.

Unntakene om utvidet egenregi og horisontale samarbeidsavtaler var frem til vedtakelsen av anskaffelsesforskriften i 2016 ikke lovregulert. Ved gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet i norsk rett ble regler om samarbeid i offentlig sektor inntatt i anskaffelsesforskriften kapittel 3.

Heller ikke i anskaffelsesdirektivet var unntaket om samarbeid i offentlig sektor lovfestet før vedtakelsen av direktiv 2014/24/EU. Før vedtakelsen av anskaffelsesdirektivet i 2014 bygde unntakene på praksis fra EU-domstolen. Da denne praksisen ble tolket forskjellig i medlemsstatene, og blant ulike offentlige oppdragsgivere i medlemsstatene, var det nødvendig med lovfesting av unntakene.²² Lovfestingen skal bidra til større grad av klarhet og forutberegnelighet. Unntakene er derfor nå nedfelt i anskaffelsesdirektivet art. 12. Artikkel 12 bygger på den praksis som forelå fra EU-domstolen, og denne praksisen er derfor en viktig kilde for fastleggingen av unntakenes innhold.

Spørsmålet om anskaffelsesregelverket skal komme til anvendelse på ulike typer samarbeid i offentlig sektor har vært et omdiskutert tema innenfor anskaffelsesretten. Det ble blant annet vurdert om unntakene om utvidet egenregi og samarbeidsavtaler skulle lovfestet ved

²¹ Sak C-109/98 *Teckal* Premiss 51.

²² Direktivets fortale punkt 31.

revisjonen av anskaffelsesdirektivet i 2006.²³ Da Det Europeiske Råd ikke ble enig om formuleringen av unntaksreglene ble forslaget utelatt.

Bakgrunnen for at spørsmålet er omdiskutert, er at vurderingen av om og hvor langt slike unntak skal rekke, beror på ulike og kryssende hensyn.²⁴ På den ene siden kan formålet om å åpne markedet for offentlig oppdrag og å sikre rettferdig konkurranse, tale for at anskaffelsesregelverket bør komme til anvendelse også i tilfeller hvor både oppdragsgiver og oppdragstaker er offentlige oppdragsgivere etter anskaffelsesforskriften § 1-2. Dette gjelder særlig hvor oppdragstakeren også leverer varer eller tjenester i konkurranse med andre virksomheter. I de tilfellene hvor oppdragstakeren bare leverer til det offentlige vil ikke dette hensynet gjøre seg gjeldende på samme måte. Vilkårene som stilles for at tildeling av kontrakt faller utenfor anskaffelsesregelverkets anvendelsesområdet skal imidlertid bidra til at det ikke oppstår konkurransevridende situasjoner, eller at konkurransevridningen begrenses.

På den annen side taler hensynet til at medlemsstatene skal kunne organisere seg slik de finner mest hensiktsmessig, for at visse typer samarbeid i offentlig sektor bør være unntatt anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde.²⁵ Anskaffelsesregelverket bør ikke gripe for mye inn i offentlige myndigheters muligheter til å løse sine oppgaver gjennom samarbeid.

I det følgende vil rekkevidden for unntakene for utvidet egenregi og samarbeidsavtaler etter anskaffelsesforskriften og anskaffelsesdirektivet gjennomgås. Det vil være fokus på om lovgiver, ved gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet i norsk rett, har utnyttet de muligheter som anskaffelsesdirektivet gir.

²³ Weltzien (2008) s. 484.

²⁴ Kristin Bjella, Heddy Ludviksen og Janicke Wiggen, *Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid*, Oslo 2014, s. 22.

²⁵ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014) s. 22.

3 Utvidet egenregi

3.1 Innledning

Utgangspunktet er at før en offentlig oppdragsgiver inngår en kontrakt med et annet rettssubjekt, må prosedyrereglene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften følges. Dette gjelder selv om begge partene i kontrakten er offentlige oppdragsgivere.

Fra dette utgangspunktet er det gjort en avgrensning i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriftens anvendelsesområde for tildeling av kontrakt ved bruk av utvidet egenregi. Med utgangspunkt i eksemplet om kommunen som tildelte oppdrag til sin egen rennovasjonsetat, er situasjonen ved utvidet egenregi at rennovasjonsetaten er skilt ut som et eget rettssubjekt. Kommunen kan derfor ikke tildele kontrakt i egentlig egenregi, men kan, dersom vilkårene er oppfylt, tildele kontrakten gjennom utvidet egenregi.

Unntaket for utvidet egenregi ble første gang oppstilt av EU-domstolen i *Teckal*. EU-domstolen uttalte at det kunne gjøres unntak fra hovedregelen om at en kontrakt mellom to offentlige oppdragsgiver måtte kunngjøres, dersom nærmere vilkår var oppfylt.²⁶

For at en offentlig oppdragsgiver skal kunne tildele en kontrakt ved bruk av utvidet egenregi er det tre kumulative vilkår som må være oppfylt. Oppdragsgiveren må ha tilstrekkelig kontroll over oppdragstakeren, mer enn 80 % av oppdragstakerens aktiviteter må utføres for oppdragsgiveren og det må ikke være privat kapital eller eierandeler i oppdragstakerens virksomhet, jf. anskaffelsesforskriften § 3-1. Vilråene blir gjerne omtalt som kontrollkriteriet, aktivitetskriteriet og forbudet mot private eierandeler i oppdragstakers virksomhet.

Vilkårene i anskaffelsesforskriften § 3-1 må være oppfylt gjennom hele kontraktsperioden.²⁷ Det innebærer at oppdragsgiveren må foreta en forsvarlig vurdering av hvorvidt vilkårene for utvidet egenregi er oppfylt i forkant av kontraktsinngåelsen. Oppdragsgiveren må også vurdere om vilkårene er oppfylt underveis i kontraktsperioden, særlig hvis det inntreffer forhold av betydning som kan påvirke hvorvidt vilkårene for utvidet egenregi er oppfylt. Slike forhold kan være endringer i oppdragstakerens vedtekter, selskapsform, eierstruktur eller inngåelse av

²⁶ Sak C-107/98 *Teckal* premiss 50.

²⁷ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 26 og KOFAs uttalelse i sak 20118/338 premiss 40.

nye kontrakter. Hvis slike endringer medfører at vilkårene for anvendelsen av utvidet egenregi ikke lengre er oppfylt, må oppdragsgiveren ta stilling til om endringene skal foretas, og hvis de foretas må kontrakten termineres og kunngjøres i tråd med anskaffelsesregelverket. At vilkårene må være oppfylt i hele kontraktsperioden er i tråd med hvordan EU-domstolen har oppstilt vilkårene.²⁸ At vilkårene for bruk av utvidet egenregi må være oppfylt i hele kontraktsperioden reiser interessante spørsmål i de tilfellene hvor det er snakk om helt eller delvis å privatisere et rettssubjekt som er eid av det offentlige. Dette vil bli behandlet nærmere i delkapittel 3.4.4.

Anskaffelsesforskriften § 3-1 er en gjennomføring av anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1. Ved tolkingen av forskriftsbestemmelsen vil utgangspunktet være hvordan anskaffelsesdirektivet oppstiller vilkårene for utvidet egenregi. Dette er fordi norsk rett ikke kan definere utvidet egenregi videre enn det direktivet tillater. Anskaffelsesdirektivet art. 12 er igjen en kodifisering av EU-domstolens praksis, som derfor også er sentral ved fastleggingen av unntakets innhold.

Begrunnelsen for at det oppstilles en adgang for offentlige oppdragsgivere å tildele kontrakt ved bruk av utvidet egenregi, er at det offentlige skal kunne organisere seg slik som de finner mest hensiktsmessig.²⁹ Det kan være ulike tradisjoner for hvordan det offentlige organiserer seg i de ulike medlemsstatene, og et unntak som åpner for tildeling av kontrakt i utvidet egenregi vil sørge for at like tilfeller blir behandlet likt. Hvis en offentlig oppdragsgiver har organisert seg gjennom flere rettssubjekt og regulerer forholdet mellom rettssubjektene gjennom kontrakt, vil ikke dette nødvendigvis innebære en realitetsforskjell fra om virksomheten hadde vært organisert som et rettssubjekt med tilhørende etater.

På denne måten er unntaket om utvidet egenregi tett knyttet opp til egentlig egenregi. I valget mellom å henvende seg til markedet for å dekke sitt behov og å dekke behovet ved bruk av egne ressurser, har oppdragsgiver i realiteten valgt sistnevnte.³⁰ Ved tildeling av kontrakt i utvidet egenregi er oppdragsgiverens kontroll over oppdragstaker, og tilknytningen mellom dem, så stor at oppdragsgiver i realiteten foretar en intern arbeidsdeling. Kontrakten som

²⁸ Sak C-573/07 *Sea* premiss 48.

²⁹ Morten Goller mfl. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, Oslo 2017 s. 34-35.

³⁰ Veileder til Udbudsloven, 2016, s. 39.

danner grunnlaget for ytelsen er et direkte resultat av den organisatoriske løsningen som oppdragsgiveren har valgt for sin virksomhet.³¹

I det følgende vil vilkårene for når utvidet egenregi kan benyttes, bli behandlet. I delkapittel 3.2 vil kontrollkriteriet gjennomgås. Aktivitetskriteriet vil bli gjennomgått i delkapittel 3.3, og forbudet mot private eierandeler i oppdragstakers virksomhet vil bli behandlet i delkapittel 3.4. Videre vil det i delkapittel 3.5 bli gjennomgått problemstillinger knyttet til situasjoner hvor det er flere oppdragsgivere som sammen utøver kontroll over oppdragstaker. Til sist vil tildeling av kontrakt i institusjonaliserte samarbeid og omvendt vertikale forhold behandles i delkapittel 3.6.

3.2 Kontrollkriteriet

3.2.1 Innledning

Det første vilkåret som må være oppfylt for at en offentlig oppdragsgiver skal kunne tildele kontrakt ved bruk av utvidet egenregi, knytter seg til oppdragsgiverens kontroll over oppdragstakeren. Kontrollkriteriet fremgår av anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav a), som er en gjennomføring av anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1 (1) bokstav a).

Vurderingstemaet etter bestemmelsene er om oppdragsgiveren utøver en kontroll over oppdragstakeren som er lik den kontrollen oppdragsgiveren utøver over sin egen virksomhet.

Kontrollkriteriet knytter seg til relasjonen mellom oppdragsgiver og oppdragstaker, og tar sikte på at unntaket om utvidet egenregi bare kan anvendes i de tilfeller hvor oppdragstaker kan sammenlignes med en av oppdragsgivers egne etater.³² Oppdragsgiver er da i en tilsvarende situasjon som ved egentlig egenregi, og det er da rimelig at oppdragsgiver kan tildele kontrakt direkte til oppdragstaker. Når oppdragsgivers kontroll over oppdragstaker skal vurderes, kreves det imidlertid ikke at kontrollen er identisk med den kontrollen oppdragsgiver har med sine etater.³³

Kontrollkriteriet skal videre bidra til at oppdragsgiver og oppdragstaker etterstreber de samme interesser. I de tilfeller hvor kontrollkriteriet er oppfylt kan oppdragstaker ikke opptre

³¹ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 35.

³² Wiggen, (2013) s. 83.

³³ Sak C-247/07 *Coditel Brabant* premiss 46.

selvstendig, og må handle i tråd med oppdragsgivers interesser.³⁴ Det er bare der det foreligger et interessefellesskap mellom oppdragsgiver og oppdragstaker at hensynene bak utvidet egenregi gjør seg gjeldende, og kontrakten kan tildeles direkte til oppdragstaker. Når det foreligger et slikt interessefellesskap er tilfellet så likt som mulig egentlig egenregi, og det er bare organisatoriske forskjeller mellom tilfellene.

3.2.2 Vurderingstemaet i kontrollkriteriet

3.2.2.1 Generelt

Etter anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav a), er vurderingstemaet for kontrollvurderingen om oppdragsgiver utøver en kontroll over oppdragstaker som svarer til den kontrollen oppdragsgiver utøver over sin egen virksomhet. Hva som skal til for at oppdragsgiver anses å ha tilstrekkelig kontroll er inntatt i anskaffelsesforskriften § 3-1 (2). Etter bestemmelsen er kontrollkriteriet oppfylt når oppdragsgiveren «utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet».

Anskaffelsesforskriften § 3-1 (2) er en gjennomføring av anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1 (2), hvor det fremgår at oppdragsgiver har den nødvendige kontroll over oppdragstaker når oppdragsgiver kan utøve «a decisive influence over both strategic objectives and significant decisions of the controlled legal body».

Vurderingstemaet for når oppdragsgiver har tilstrekkelig kontroll over oppdragstaker er formulert på samme måten som EU-domstolen oppstilte vurderingstemaet i blant annet *Parking Brixen* og *Carbotermo*.³⁵ Disse dommene vil derfor bidra til å illustrere hvilke elementer som inngår i vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt, og hvordan den konkrete vurderingen skal foretas.

For å kunne vurdere om kontrollkriteriet er oppfylt, er det to vurderinger som må besvares bekreftende. For det første må oppdragsgiver ha en bestemmende innflytelse over oppdragstakers strategiske mål. For det andre må oppdragsgiver ha en bestemmende innflytelse over oppdragstakers viktige beslutninger. I vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt kan det sees hen til hvilken organisasjonsform som er valgt for oppdragstakers virksomhet, betydningen av at oppdragsgiver har selskapsrettslig kontroll og hvor

³⁴ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 35.

³⁵ Sak C-458/03 *Parking Brixen* og sak C-340/04 *Carbotermo*.

markedsorientert oppdragstakers virksomhet er. Det skal i vurderingen tas hensyn til alle relevante lovbestemmelser, selskapets vedtekter og andre faktiske omstendigheter.³⁶

3.2.2.2 Oppdragsgivers valg av organisasjonsform

Det er verken i anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) eller anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1 oppstilt begrensinger i oppdragsgivers valg av organisasjonsform for oppdragstakers virksomhet ved bruk av utvidet egenregi. Etter anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1 fremgår det at oppdragsgiver kan anvende unntaket om utvidet egenregi når han tildeler kontrakt til en privatrettslig eller offentligrettslig juridisk person, som oppdragsgiver har kontroll over. Dette er i tråd med utgangspunktet i anskaffelsesdirektivets fortale om at det offentlige ikke er forpliktet til å velge en bestemt organisasjonsform for å gjennomføre sine oppgaver.³⁷ Begrunnelsen for at det ikke stilles krav til hvilken organisasjonsform som benyttes, er at medlemsstatene har ulik praksis når det kommer til hvordan offentlig virksomhet kan og skal organiseres.

Hvilken organisasjonsform oppdragsgiver har valgt for oppdragstakers virksomhet kan imidlertid ha betydning i den konkrete vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt, og det kan fungere som en indikasjon på hvor selvstendig oppdragstaker er. Dette ble blant annet fremhevet av EU-domstolen i *Parking Brixen*.³⁸

I *Parkin Brixen* hadde kommunen som oppdragsgiver tildelt kontrakt om drift av et parkeringsanlegg direkte til Stadtwerke Brixen. Stadtwerke Brixen hadde tidligere vært en særlig juridisk del av kommunen, men som følge av en lovendring hadde selskapet blitt omdannet til et aksjeselskap. EU-domstolen uttalte i den forbindelse at omdannelse til et aksjeselskap, og arten av et slikt type selskap, talte for at oppdragstaker hadde fått en mer selvstendig stilling opp mot oppdragsgiver.³⁹ Følgelig ville kommunens kontroll over selskapet være mer begrenset enn den var da aktivitetene selskapet utførte var en særlig juridisk del av kommunen.

Selv om organisasjonsformen til oppdragstakers virksomhet kan ha betydning i kontrollvurderingen, er det likevel ikke avgjørende for om kontrollkriteriet er oppfylt eller

³⁶ Goller mfl. (2017) s. 36.

³⁷ Anskaffelsesdirektivets fortale punkt 33.

³⁸ Sak C-458/03 *Parking Brixen*.

³⁹ Sak C-458/03 *Parking Brixen* premiss 67 a).

ikke. Så fremst oppdragsgiver kan utøve bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i oppdragstakers virksomhet, vil kontrollkriteriet være oppfylt jf. anskaffelsesforskriften § 3-2. Der enheten er skilt ut som et eget rettssubjekt, for eksempel et aksjeselskap, må det foretas en vurdering av hvilken kontroll som kreves over aksjeselskapet, for at kontrollkriteriet anses oppfylt.

3.2.2.3 Selskapsrettslig- eller anskaffelsesrettslig kontrollbegrep?

Selv om organisasjonsformen som benyttes for oppdragstakers virksomhet ikke har direkte betydning for om kontrollkriteriet er oppfylt, kan det være et moment i den konkrete kontrollvurderingen. Et spørsmål som da oppstår er om selskapsrettslig kontroll er tilstrekkelig for at oppdragsgiver kan sies å ha bestemmende innflytelse over oppdragstakers strategiske mål og viktige beslutninger.

Spørsmålet er blant annet behandlet av EU-domstolen i *Parking Brixen*.⁴⁰ Da Stadtwerke Brixen ble omdannet til et aksjeselskap medførte det at styret, gjennom selskapets vedtekter, fikk en handlefrihet som kunne begrense kommunens innflytelse over selskapets beslutninger. Styret i Stadtwerke Brixen hadde blant annet fått fullmakt til å utføre alle handlinger som de mente var nødvendige for å gjennomføre selskapets formål. Videre kunne styret ta beslutninger for selskapet med en kostnadsramme på inntil fem millioner euro uten godkjenning fra generalforsamlingen. Styret ble derfor ansett å ha stor grad av selvstendighet overfor kommunen.

Som eneaksjonær i Stadtwerke Brixen hadde kommunen myndighet til å utnevne styret på generalforsamlingen, og hadde således selskapsrettslig kontroll over selskapet. EU-domstolen fremhevet imidlertid at kommunens kontroll var begrenset til den kontroll som flertallet av aksjonærene eller deltakerne kan utøve etter selskapsretten.⁴¹ Avhengighetsforholdet mellom kommunen og Stadtwerke Brixen var derfor betydelig redusert, og kommunen utøvde ikke tilstrekkelig kontroll over selskapet. Kontrakten kunne følgelig ikke tildeles ved bruk av utvidet egenregi. EU-domstolen anså ikke den selskapsrettslige kontrollen som tilstrekkelig for å kunne slå fast at kommunen hadde bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i selskapet.

⁴⁰ Sak C-458/03 *Parking Brixen*.

⁴¹ Sak C-458/03 *Parking Brixen* premiss 68 og 69.

At selskapsrettslig kontroll ikke er tilstrekkelig til å oppfylle kontrollkriteriet ble gjentatt av EU-domstolen i *Carbotermo*.⁴² I denne saken var kontrollkriteriet ikke oppfylt selv om oppdragsgiver eide 99,98 prosent av oppdragstakers selskap, og således hadde selskapsrettslig kontroll. EU-domstolen kom frem til, etter en konkret vurdering av selskapets vedtekter og andre relevante lovbestemmelser, at når oppdragsgiver ikke har større kontroll over selskapet enn det som følger etter selskapsretten, kan dette begrense oppdragsgivers mulighet til ha bestemmende innflytelse over selskapets beslutninger.⁴³

På bakgrunn av EU-domstolens praksis kreves det mer enn ren selskapsrettslig kontroll for at kontrollkriteriet i anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1 (1) bokstav a), kan anses oppfylt. Tilsvarende gjelder også for oppfyllelsen av kontrollkriteriet i anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav a). Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver har alminnelig innflytelse gjennom aksjemajoritet eller har skutt inn majoriteten av selskapskapitalen i oppdragstakers virksomhet. I tillegg til selskapsrettslig kontroll må det foretas en konkret vurdering av oppdragsgivers rettslige og faktiske beføyelser over oppdragstaker med sikte på om oppdragsgiver faktisk kan påvirke oppdragstakers beslutninger. I denne vurderingen kan man se til hvordan oppdragsgiver er representert i oppdragstakers ledende organer, om oppdragsgiver kan utøve innflytelse over fastsettelse av oppdragstakers formål og strategiske valg av betydning for oppdragstakers planer.⁴⁴ Videre vil det være av interesse om oppdragsgiver har kontroll og tilsyn med økonomiske og kommersielle disposisjoner, eller annen daglig ledelse.

På denne bakgrunn er det klart at etterfølgende tilsyn eller sanksjoner ikke vil være tilstrekkelig for å kunne oppfylle kontrollkriteriet.⁴⁵ Det vil eksempelvis ikke være tilstrekkelig at oppdragsgiver kan avsette og velge et nytt styre i oppdragstakers virksomhet. Oppdragsgiver må ha innflytelse og mulighet for kontroll i den konkrete utførelsen av oppdragstakers virksomhet for å kunne anse å oppfylle kontrollkriteriet i anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav a) jf. § 3-2 (2).

⁴² Sak C-340/04 *Carbotermo*.

⁴³ Sak C-340/04 *Carbotermo* premiss 38.

⁴⁴ Goller mfl. (2017), s. 36.

⁴⁵ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 39.

3.2.2.4 Oppdragstakers markedsorientering

Et annet moment i vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt, er oppdragstakers markedsorientering.⁴⁶ Formålet med en vurdering av oppdragstakers markedsorientering er å identifisere hvilke formål oppdragstaker forfølger i sin virksomhet. Dersom oppdragstaker forfølger markedsorienterte formål vil det kunne sette de allmenne hensynene som tradisjonelt etterstrebes i offentlig sektor til side. Det skal i vurderingen av oppdragstakers markedsorientering legges vekt på de rettslige og avtalemessige rammene for oppdragstakers virksomhet.

En vurdering av oppdragstakers markedsorientering kan delvis inngå i vurderingen av om aktivitetskriteriet er oppfylt, men vurderingen har også en selvstendig betydning i relasjon til kontrollvurderingen. Hensikten med å vurdere oppdragstakers markedsorientering også under kontrollvurderingen, er at hvis oppdragstakers markedsorientering er begrenset sikres det at oppdragsgiver og oppdragstaker etterstreber de samme overordnede formål. Det foreligger da et interessefellesskap mellom partene.⁴⁷ Det er i imidlertid indikert i EU-domstolens praksis at det skal mye til for at oppdragstakers virksomhet er så markedsorientert at kontrollkriteriet ikke er oppfylt dersom aktivitets er oppfylt.⁴⁸

I *Parking Brixen* ble oppdragstakers markedsorientering vurdert i forbindelse med kontrollvurderingen.⁴⁹ EU-domstolen la vekt på at Stadtwerke Brixens formål var utvidet sammenlignet med da selskapet var en særlig juridisk enhet i kommunen. Selskapet hadde utvidet sin virksomhet til nye forretningsområder, og selskapet hadde utvidet sitt geografiske virkeområde til å gjelde hele Italia og utlandet.

Det er i juridisk teori poengtert at en vurdering av oppdragstakers markedsorientering under kontrollvurderingen ikke i seg selv er relevant for å fastlegge om det foreligger tilstrekkelig kontroll, men det er veiledende i saker hvor kontroll i de beslutningstakende organer er fraværende.⁵⁰

⁴⁶ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 33.

⁴⁷ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 34.

⁴⁸ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 36.

⁴⁹ Sak C-458/03 *Parking Brixen* Premiss 67 b og c.

⁵⁰ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, 3. Utgave, England 2014 s. 508 punkt 6-173.

Det kan også diskuteres om oppdragstakers virksomhet bør være markedsorientert for å ivareta hensynet til forsvarlig ressursbruk i anskaffelsesloven § 1, første setning. For at det offentlige skal benytte sine ressurser på en forsvarlig og samfunnsnyttig måte, bør både oppdragsgiver og oppdragstaker være markedsorienterte. Dette innebærer at de bør etterstrebe de samme mål som private markedsaktører. En vurdering av oppdragstakers markedsorientering under kontrollkriteriet, bør derfor være begrenset til en vurdering av om oppdragstaker forfølger andre interesser enn oppdragsgivers interesser. Dersom det er tilfellet, vil ikke oppdragsgiver utøve bestemmende innflytelse over oppdragstakers viktige beslutninger og strategiske mål.

3.2.2.5 Oppsummert

Som redegjørelsen ovenfor viser er det sentrale i kontrollvurderingen at oppdragstaker ikke kan opptre selvstendig overfor oppdragsgiver, men på mange måter er å anse som en del av oppdragsgivers egne tjenestegrener. Det må foretas en konkret vurdering av de rettslige og faktiske omstendigheter i forholdet mellom oppdragsgiver og oppdragstaker, og det er bare der oppdragsgiver kan utøve bestemmende innflytelse over både viktige beslutninger og strategiske mål i oppdragstakers virksomhet at kontrollkriteriet er oppfylt.

3.2.3 Kontroll i vertikale kjeder

I anskaffelsesforskriften § 3-1 (2), siste setning, er det innatt en presisering om at kontrollkriteriet kan være oppfylt i tilfeller hvor oppdragsgiverens kontroll utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer på samme måte. Slike situasjoner omtales som kontroll i vertikale kjeder. I sin ordlyd er bestemmelsen tilsvarende anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1 (2), andre setning.

Presiseringen i anskaffelsesforskriften § 3-1 (2), siste setning, tar sikte på å regulere tilfeller hvor en oppdragstaker mer indirekte er underlagt oppdragsgivers kontroll. Et eksempel på en slik situasjon er at en kommune vil tildele en kontrakt til datterselskapet til sitt heleide aksjeselskap.⁵¹ For at kommunen skal kunne tildele kontrakt ved bruk av utvidet egenregi i et slikt tilfelle må det være tilstrekkelig kontroll mellom kommunen og aksjeselskapet, og mellom aksjeselskapet og datterselskapet. Kontrollvurderingen blir således to forskjellige,

⁵¹ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 36.

uavhengige vurderinger.⁵² Selve kontrollvurderingen i de enkelte leddene vil følge momentene som er gjennomgått ovenfor.

Før unntaket om utvidet egenregi ble lovfestet var det diskutert om kontrollkriteriet kunne være oppfylt i slike tilfeller. Problemstillingen var særlig aktuell etter EU-domstolens uttalelser i *Carbotermo*.⁵³ EU-domstolen påpekte at det forhold at kommunen utøvde kontroll gjennom et holdingselskap, kunne bidra til å svekke kontrollen kommunen kunne utøve over oppdragstaker.

Selv om at det nå fremgår av anskaffelsesdirektivet og anskaffelsesforskriften at kontroll i vertikale kjeder ikke hindrer at kontrollkriteriet er oppfylt, er rekkevidden av denne bestemmelsen likevel usikker. Det er stilt spørsmål ved om bestemmelsen innebærer en annerkjennelse av at kontrollkriteriet kan være oppfylt i slike tilfeller, eller om det stadfester at det er uten betydning om kontrollen over oppdragstaker er indirekte, og at bestemmelsen dermed bryter med uttalelsene i *Carbotermo*.⁵⁴

I departementets veileder til anskaffelsesforskriften er det lagt til grunn at oppdragsgiver ikke trenger å utøve direkte kontroll over oppdragstaker, så fremst det foreligger tilstrekkelig kontroll mellom oppdragsgiver og rettssubjektet som igjen utøver kontroll over oppdragstaker.⁵⁵ Dette indikerer at kontrollkriteriet er oppfylt i alle tilfeller hvor det er tilstrekkelig kontroll i alle ledd, og at bestemmelsen således er ment å stadfeste at det ikke spiller noen rolle om kontrollen over oppdragstaker er indirekte.

At departementet legger til grunn at kontrollkriteriet kan være oppfylt så fremst det foreligger kontroll i alle ledd, er ikke nødvendigvis problematisk da den usikkerhet som forelå før lovfestingen av unntaket om utvidet egenregi nå ikke lengre gjør seg gjeldene. Etter anskaffelsesforskriften § 3-2 (2), siste setning, skal det foretas en vurdering av kontrollen i alle ledd, noe som medfører at det sikres tilstrekkelig kontroll over oppdragstaker. Det skal også tilføyes at tildeling av kontrakt bare kan skje hvis de to siste vilkårene også er oppfylt. Så fremst alle vilkårene er oppfylt, vil ikke bruken av utvidet egenregi ved kontroll i vertikale

⁵² Steen Treumer, *Udbudsloven*, Danmark 2016, s. 100.

⁵³ Sak C-340/04 *Carbotermo* premiss 39.

⁵⁴ Arrowsmith (2014), s. 507, note 6-172.

⁵⁵ Departementets veileder til anskaffelsesforskriften 2017, s. 34.

kjeder være i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesforskriften og anskaffelsesdirektivet.

3.3 Aktivitetskriteriet

3.3.1 Innledning

Aktivitetskriteriet er det andre vilkåret som må være oppfylt for at unntaket om utvidet egenregi kan anvendes ved tildeling av kontrakt. Kriteriet fremgår av anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav b), som er en gjennomføring av anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1 (1) bokstav b). Av anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav b), fremgår det at oppdragstaker må utføre mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiver, eller andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer.

Før lovfestingen av unntaket om utvidet egenregi var vurderingstemaet for om aktivitetskriteriet var oppfylt om oppdragstaker utførte «the essential parts of its activities' with the controlling local authority or authorities».⁵⁶ Ved å fastsette en konkret prosent for når aktivitetskriteriet er oppfylt, har lovfestingen av unntaket bidratt til større klarhet for når kravet er oppfylt.

Ut fra ordlyden i anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav b), er ikke aktivitetsberegningen avgrenset til å gjelde aktivitet av samme art som det som anskaffes i det konkrete tilfellet. Det vil følgelig være oppdragstakers samlede aktivitet som skal legges til grunn ved beregningen av om aktivitetskriteriet er oppfylt.

3.3.2 Aktivitetskriteriets formål og funksjon

Aktivitetskriteriet skal sikre at anskaffelsesreglens formål om et åpent marked for offentlige anskaffelser ivaretas, og sikre at målet om rettferdige konkurranser ikke undergraves.⁵⁷ En begrensning av oppdragstakers mulighet til å utføre aktiviteter for andre enn oppdragsgiver, vil fungere som en sikkerhet for at bruk av utvidet egenregi ikke får for negative konsekvenser i markedet, både internt i medlemsstaten og innad i EU/EØS-området.

⁵⁶ Sak C-107/98 *Teckal* Premiss 50.

⁵⁷ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 40.

Videre er aktivitetskriteriet begrunnet i at en offentlig eid virksomhet som opererer i et marked, bør ha like konkurransevilkår som konkurrentene.⁵⁸ En oppdragstaker som får tildelt kontrakt uten konkurranse vil være sikret inntekt og har ikke måtte bruke ressurser i en krevende anskaffelsesprosess. Det er derfor rimelig å begrense oppdragstakers deltakelse i markedet, og hvis oppdragstaker utfører mer enn 20 prosent av sin aktiviteten i markedet bør oppdragstaker ha samme konkurransevilkår som sine konkurrenter.

Aktivitetskriteriet skal også avverge at det oppstår forskjellbehandling mellom private foretak og foretak som er eid av det offentlige.⁵⁹ På denne måten sikres kravet til likebehandling i anskaffelsesloven § 4. Når selskaper som er kontrollert av det offentlige operer i et marked skal de behandles på lik linje som private foretak, og konkurrere på like vilkår. Offentlig kontrollerte selskaper skal ikke ha en fordel vis-à-vis private foretak.

3.3.3 Beregning av aktivitet

I vurderingen av om aktivitetskriteriet i anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav b), er oppfylt må den delen av oppdragstakers virksomhet som er rettet mot oppdragsgiver, holdes opp mot den delen av virksomheten som er rettet mot andre. Etter bestemmelsen skal også aktivitet som er rettet mot andre rettssubjekter som er kontrollert av oppdragsgiveren regnes med i den aktivitet som er rettet mot oppdragsgiveren. Dette innebærer at der det foreligger kontroll i vertikale kjeder jf. anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav a) jf. (2), siste setning, skal både aktivitet rettet direkte mot oppdragsgiver, og aktivitet rettet mot selskapet som har direkte kontroll over oppdragstaker, regnes med i oppfyllelsen av aktivitetskriteriet.

Når det kommer til hvordan beregningen av oppdragstakers aktivitet skal foregå, har det skjedd en endring som følge av lovfestingen av unntaket om utvidet egenregi. Før kodifiseringen ble det lagt til grunn at det skulle foretas både en kvalitativ og en kvantitativ vurdering av oppdragstakers virksomhet. Det ble blant annet uttalt av generaladvokaten i *Stadt Halle* at det ved formuleringen av aktivitetskravet i *Teckal* ikke ble oppstilt en konkret metode for å beregne oppdragstakers aktivitet.⁶⁰ Det var derfor ikke grunnlag for å legge til grunn at det bare var oppdragstakers omsetning som var vurderingstemaet. Generaladvokaten mente derfor at man måtte ta hensyn til både kvalitative og kvantitative omstendigheter i

⁵⁸ Goller mfl. (2017), s. 39.

⁵⁹ Arrowsmith (2014), s. 510 note 6-175.

⁶⁰ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Stadt Halle* premiss 88 og 89.

aktivitetsvurderingen. Relevante momenter var etter generaladvokatens syn, i tillegg til omsetning, oppdragstakers stilling på markedet og hvordan konkurransesituasjonen overfor konkurrentene var. I *Carbotermo* fulgte EU-domstolen opp generaladvokatens syn, og slo fast at det ved den nasjonale domstolens behandling av saken måtte foretas både en kvalitativ og kvantitativ analyse av oppdragstakers virksomhet i vurderingen av om aktivitetskriteriet var oppfylt.⁶¹

Hvordan beregningen av oppdragstakers aktivitet skal foretas følger nå av anskaffelsesforskriften § 3-4 og anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 5. Av bestemmelsene fremgår det at det skal tas hensyn til den gjennomsnittlige, samlede omsetningen eller en annen egnet aktivitetsbasert metode. Dette innebærer at det etter gjeldende regelverk bare skal foretas en kvantitativ vurdering av oppdragstakers virksomhet, og det vil følgelig ikke være anledning til en vurdering av kvalitative momenter.⁶²

Beregningen etter anskaffelsesforskriften § 3-4 skal ta utgangspunkt i omsetningen de siste tre årene før kontrakten tildeles, med mindre det foreligger særlig grunn til å fravike dette. En særlig grunn til å fravike utgangspunktet er at oppdragstakers virksomhet ikke har hatt aktiviteter i denne tidsperioden.⁶³ Det kan entes skyldes at oppdragstakers virksomhet ikke har eksistert i tre år eller at det har skjedd en omorganisering som gjør at tallene fra de siste tre årene ikke er relevante. I slike tilfeller vil det være tilstrekkelig å vise til en beregning av fremtidig aktivitet, og at aktivitetskriteriet vil være oppfylt.

At det tas utgangspunkt i oppdragstakers omsetning innebærer at det skal ses hen til den samlede inntekten til oppdragstakers virksomhet. Av denne må 80 prosent være for oppdragsgiver, eller andre rettssubjekter oppdragsgiver kontrollerer. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om en slik beregning av oppdragstakers aktivitet åpner for at det oppstår tilfeller hvor oppdragstaker får bedre betalt for oppdraget enn det som er markedspris, for å oppfylle aktivitetskriteriet. En slik situasjon vil kunne skape en konkurransevridning og stride mot statsstøttereglene i EØS-avtalen art. 61 (1).

⁶¹ Sak C-340/04 *Carbotermo* premiss 64.

⁶² Treumer, (2016), s. 104.

⁶³ Goller mfl. (2017) s. 39.

For å beregne oppdragstakers aktivitet kan det også anvendes en annen egnet aktivitetsbasert metode. Hva som er en annen egnet aktivitetsbasert metode faller utenfor oppgavens hovedtema, og vil ikke bli behandlet nærmere.

Når det kommer til beregning av aktivitetskriteriet er det ikke av betydning hvem som betaler for ytelsen, eller hvem som mottar den. Et eksempel på dette er hvis et busselskap får i oppdrag å kjøre en bussrute i kommunen mot betaling fra den enkelte passasjer. Denne aktiviteten skal regnes som rettet mot oppdragsgiver, selv om det er den enkelte passasjer som både betaler for tjenesten og får nytte av den.⁶⁴ Bakgrunnen for at også slik aktivitet skal tas med i beregningen er at det sentrale er at det er kommunen som har tildelt oppdraget, selv om det er passasjerene som betaler for og får direkte nytte av tjenesten. Busselskapet utfører på dette grunnlag aktivitet på vegne av kommunen.

Etter kontrakten er tildelt må aktivitetskriteriet fremdeles være oppfylt gjennom hele kontraktperioden. Det innebærer at hvis aktiviteten til oppdragstaker ender seg slik at aktivitetskriteriet ikke lengre er oppfylt, må kontrakten tildeles etter anskaffelsesregelverkets prosedyreregler. Aktivitetsvurderingen er således en løpende vurdering, hvor oppdragsgiver kontinuerlig må følge med på oppdragstakers aktiviteter i markedet.

3.4 Forbudet mot private eierandeler i oppdragstaker

3.4.1 Innledning

Det tredje vilkåret som må være oppfylt for at en kontrakt kan tildeles ved bruk av utvidet egenregi, er at det ikke må være private eierandeler i oppdragstakers virksomhet jf. anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav c). Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1 (1) bokstav c), og er et nytt vilkår som ble inntatt i forbindelse med kodifiseringen av unntaket om utvidet egenregi.

Under den ulovfestede læren om utvidet egenregi ble private eierandeler i oppdragstakers virksomhet vurdert som en del av kontrollkriteriet. Uttalelser knyttet til disse vurderingene vil likevel være relevant i fastleggelsen av hvordan vilkåret i anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1

⁶⁴ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 40 og anskaffelsesdirektivets fortale punkt 32.

(1) bokstav c), og følgelig anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav c, skal forstås da vilkåret i stor grad bygger på EU-domstolens praksis.

3.4.2 Forbudets formål og funksjon

Begrunnelsen for hvorfor det oppstilles et forbud mot private eierandeler i oppdragstakers virksomhet, er behandlet av EU-domstolen i blant annet *Stadt Halle*.⁶⁵ I *Stadt Halle* var saksforholdet at oppdragsgiver hadde tildelt en kontrakt ved bruk av utvidet egenregi til oppdragstaker. Oppdragstaker var et selskap med 75,1 prosent offentlig eierskap, og 24,9 prosent privat eierskap. EU-domstolen uttalte at private eierandeler i oppdragstakers virksomhet var et absolutt hinder for anvendelsen av utvidet egenregi.⁶⁶ Etter Domstolens syn ville private eierandeler i oppdragstakers virksomhet medføre at oppdragsgiver ikke kunne utøve en kontroll over oppdragstaker tilsvarende den kontroll han utøvde over sine egne etater, selv om de private eierandelene utgjorde en minoritetsandel.

En annen begrunnelse for å oppstille et forbud mot private eierandeler i oppdragstakers virksomhet, er at det er en forskjell i hvilke formål som forfølges av offentlige myndigheter og private eiere.⁶⁷ Det offentlige, og deres tjenestegrener, styres av hensyn og krav som tar sikte på å forfølge allmenne formål. Private investeringer i en virksomhet styres i midlertid av hensyn og formål av en annen karakter. I vurderingen av de private eierandeler i oppdragstakers virksomhet er det ikke avgjørende om eierandelene stammer fra en kommersiell eller en ideell aktør.⁶⁸ Det avgjørende er at de private eierne kan forfølge andre interesser og formål enn de offentlige eierne, og dette gjør seg gjeldende både hvor det er ideelle og kommersielle aktører.

Videre begrunnes forbudet mot private eierandeler i oppdragstakers virksomhet med at tildeling av kontrakt ved bruk av utvidet egenregi i slike tilfeller vil kunne ha en konkurransevridende effekt, samt stride mot likebehandlingsprinsippet.⁶⁹ En privat virksomhet som eier en andel av oppdragstakers virksomhet vil få en konkurransefordel i markedet. Tildeling av kontrakt ved bruk av utvidet egenregi vil i slike tilfeller være i strid

⁶⁵ Sak C-26/03 *Stadt Halle*.

⁶⁶ Sak C-26/03 *Stadt Halle* premiss 49.

⁶⁷ Sak C-26/03 *Stadt Halle* premiss 50.

⁶⁸ Sak C-574/12 *Such* premiss 39 og 40.

⁶⁹ Sak C-26/03 *Stadt Halle* Premiss 51.

med det grunnleggende prinsippet om et velfungerende indre marked med fri konkurranse og likebehandling.

I tillegg vil en slik konkurransefordel kunne bli ansett som ulovlig statsstøtte, og dermed være i strid med TEUV art. 107 nr. 1 samt EØS-avtalen art. 61 (1). Av EØS-avtalen art. 61 (1) fremgår det at statsstøtte eller støtte gitt av statsmidler i en hver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte virksomheter, er uforenelig med det indre marked i den grad støtten påvirker handelen mellom medlemsstatene.⁷⁰ En privat virksomhet som har eierandeler i oppdragstakers virksomhet vil kunne få en fordel som vrir konkurransen i markedet ved at det ikke foreligger en konkurransesituasjon som styrer prisene. Prisene vil utelukkende styres av oppdragstakers og oppdragsgivers interesser. Hvis det ved tildeling av kontrakt i utvidet egenregi betales mer enn markedspris vil det kunne grense mot ulovlig statsstøtte gjennom kryssubsidiering. Kryssubsidiering beskrives ofte som situasjoner er inntekt av en aktivitet benyttes til å subsidiere aktivitet i et annet marked. Ved at prisen mellom oppdragstaker og oppdragsgiver er høy, kan oppdragsgiver bidra til at oppdragstaker, eller de private eierne i oppdragstakers virksomhet kan finansiere annen aktivitet i markedet. Ved slik kryssubsidiering er det ikke konkurranse på like vilkår, og situasjonen vil stride mot statsstøtteforbudet.

3.4.3 Bestemmelsens innhold

Etter anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav c), omfatter forbudet bare et forbud mot direkte private eierandeler i oppdragstakers virksomhet. Med private eierandeler menes eksempelvis aksjekapital eller annet kapitalinnskudd i oppdragstakers virksomhet. I anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1 (1) bokstav c), brukes formuleringen «private capital participation» i den engelske versjonen, mens det i den danske brukes «privat kapitalandel». På dette punkt tilsvarende den norske bestemmelsen direktivets avgrensning av hvilke investeringer i oppdragstakers virksomhet som utelukker tildeling av kontrakt ved bruk av utvidet egenregi.

Som følge av at det bare er aksjekapital eller annet kapitalinnskudd som omfattes av forbudet mot private eierandeler, medfører det at private lån eller annen representasjon i oppdragstakers virksomhet ikke innebærer at forbudet aktiveres.⁷¹ Begrunnelsen for dette er at slik privat deltakelse ikke gir status som eier, og deltakelsen vil således ikke innebære en

⁷⁰ Ølykke mfl. *EU Procurement Directives – Modernisation, growth & innovation*, Danmark 2012, s.162.

⁷¹ Arrowsmith, (2014) s. 514 note 6-181.

eierinteresse i oppdragstakers virksomhet. Så lenge kontrollkriteriet er oppfylt, vil tildeling av kontrakt ved bruk av utvidet egenregi være mulig. Hvordan konvertible obligasjoner, et lånedokument som er utstedt av private selskaper som eieren kan kreve å få ombyttet i aksjer i selskapet, skal behandles reiser særlige spørsmål. Det vil imidlertid føre for lagt å gå inn på slike situasjoner her.

Videre er det bare direkte private eierandeler som avskjærer muligheten for tildeling av kontrakt ved bruk av utvidet egenregi. Med direkte private eierandeler menes private eierandeler som er i oppdragstakers virksomhet. Til forskjell vil indirekte private eierandeler være kapitalinnskudd i oppdragsgivers virksomhet. Begrunnelsen for at det bare er direkte private eierandeler som avskjærer muligheten for tildeling av kontrakt i utvidet egenregi, er at slikt indirekte eierskap ikke vil ha en konkurransevridende effekt.⁷² Det kan likevel ikke utelukkes at deltakelsen av private eierandeler i oppdragsgivers virksomhet ikke medfører visse fordeler for de private eierne, men en slik konkurransefordel vil være av en indirekte karakter, og er en risiko som er akseptert i de nye reglene om utvidet egenregi.

Slik forbudet mot private eierandeler er formuler innebærer at en oppdragsgiver som er delvis i privat og delvis i offentlig eie, kan tildele en kontrakt til sitt heleide datterselskap gjennom utvidet egenregi. Dette vil særlig være relevant når det kommer til offentligrettslige organers muligheter til å tildele kontrakter ved bruk av utvidet egenregi. At offentligrettslige organer med privat eierskap kan tildele kontrakt i utvidet egenregi må anses som en hensiktsmessig løsning, da det stiller offentligrettslige organer likt som andre offentlige oppdragsgivere.⁷³

3.4.4 Tidspunktet for vurderingen av oppdragstaker

Utgangspunktet er at vurderingen av om det er private eierandeler i oppdragstakers virksomhet skal foretas ved tildeling av kontrakt.⁷⁴ Forbudet mot private eierinteresser gjelder likevel gjennom hele kontraktperioden. Det innebærer at det ikke kan tildeles en kontrakt ved bruk av utvidet egenregi til en oppdragstaker hvor oppdragsgiver senere selger hele eller deler av aksjene til private aktører, eller på en annen måte slipper til private eierandeler. Hvis slike former for delprivatisering av oppdragstakers virksomhet skulle vært tillatt, ville det åpne for omgåelser av regelverket.

⁷² Treumer, (2016) s. 106.

⁷³ Treumer, (2016) s. 106.

⁷⁴ Sak C-26/03 *Stadt Halle* Premiss 15 og 52, og Sak C-573/07 *Sea* Premiss 47.

At delprivatisering av oppdragstakers virksomhet ikke er mulig etter tildeling av kontrakten ble stadfestet av EU-domstolen i *Möding*.⁷⁵ Saken omhandlet en kommune som solgte 49 prosent av oppdragstakers virksomhet til private eiere etter kontrakten var tildelt ved bruk av utvidet egenregi. Spørsmålet var om en slik handling medførte at kontrakten måtte annulleres, og tildeles etter de alminnelig prosedyrereglene. EU-domstolen besvarte spørsmålet bekræftende, med den begrunnelse at det forelå særlige omstendigheter som medførte at man måtte vurdere situasjonen også etter tildeling av kontrakt var skjedd. Det ble videre uttalt at delprivatisering av oppdragstakers virksomhet anses som en endring av kontraktbetingelsene, slik at kontrakten må tildeles etter prosedyrereglene i anskaffelsesregelverket.

Da vurderingen av private eierandeler i oppdragstakers virksomhet var en del av kontrollvurderingen ble det stilt spørsmål om muligheten for privat deltakelse i oppdragsgivers virksomhet kunne danne grunnlag for at kontrollkriteriet ikke var oppfylt. Dette spørsmålet ble besvart benektende av EU-domstolen i *Sea*, hvor Domstolen uttalte at muligheten for privat deltakelse i oppdragstakers virksomhet ikke vil være tilstrekkelig til å slå fast at kontrollkriteriet ikke er oppfylt.⁷⁶ At muligheten for privatisering ikke medfører at anvendelse av utvidet egenregi er avskåret må fremdeles gjelde, da vurderingen etter anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav c), er om det ved tildeling av kontrakten, eller senere, faktisk er private eierandeler i oppdragstakers virksomhet.

3.4.5 Unntak fra forbudet mot direkte private eierandeler i oppdragstaker

Forbudet mot direkte private eierandeler i oppdragstakers virksomhet er etter anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1 (1) bokstav c), ikke absolutt. Det er åpnet for unntak i de tilfeller hvor det er ikke-kontrollerende og ikke-blokkerende former for privat kapitalinnskudd som er pålagt av nasjonal lov, og som er i tråd med EU-traktaten.

I direktivets fortale punkt 32 er det oppstilt eksempler på hva som kan medføre at dette unntaket kan komme til anvendelse. Det kan eksempelvis være offentlige enheter med obligatorisk medlemskap, som organisasjoner med ansvar for organisering eller utføring av bestemte offentlige tjenester. Bakgrunnen for at det er inntatt et slikt unntak fra forbudet mot private eierandeler i oppdragstakers virksomhet, kan være at bestemmelsen prøver å fange opp og likestille de ulike rettslige tradisjonene som er i medlemslandene. I Tyskland finnes

⁷⁵ Sak 29/04 *Möding*.

⁷⁶ Sal C-573/07 *Sea* premiss 51.

det for noen tyske delstater en plikt til å ha deltakelse av private aktører, og uten dette unntaket ville ikke disse kunne få tildelt kontrakt ved bruk av utvidet egenregi.⁷⁷

I anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav c), er dette unntaket ikke tatt med, og det er følgelig en forskjell mellom direktivet og det norske regelverket. En mulig begrunnelse for en slik forskjell er at det etter norsk rett ikke er nødvendig med et slikt unntak da det ikke finnes eksempler i norsk rett på offentlige enheter som har obligatorisk medlemskap.⁷⁸ Det norske regelverket er på dette punkt strengere enn det EU-retten krever, uten at dette i realiteten innebærer en snevrere adgang til å tildele kontrakt ved bruk av utvidet egenregi.

3.5 Felles kontroll

3.5.1 Innledning

Det som er gjennomgått ovenfor omhandler situasjonen hvor en oppdragsgiver alene oppfyller kravet til kontroll i anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav a). Etter anskaffelsesforskriften § 3-2 fremgår det at en oppdragsgiver som ikke alene oppfyller kravet til kontroll, på nærmere vilkår likevel kan tildele kontrakt ved bruk av utvidet egenregi.

Bestemmelsen tar sikte på å regulere de tilfeller hvor oppdragsgiveren utøver kontroll over oppdragstaker sammen med andre oppdragsgivere, såkalt felles kontroll.

Anskaffelsesforskriften § 3-2 en gjennomføring av anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 3, som i særlig grad er basert på uttalelser fra EU-domstolen.

For at en kontrakt kan tildeles ved bruk av utvidet egenregi etter anskaffelsesforskriften § 3-2 er det tre kumulative vilkår som må være oppfylt. Vilkårene omhandler et krav til kontroll, et aktivitetskrav og et forbud mot private eierandeler i oppdragstakers virksomhet. Ved felles kontroll er det en egen kontrollvurdering og aktivitetsvurdering om skiller seg fra vurderingene ved individuell kontroll. Forbudet mot direkte private eierinteresser er imidlertid tilsvarende som etter anskaffelsesloven § 3-1 (1) bokstav c), og vil derfor ikke bli behandlet her.

Anskaffelsesforskriften § 3-2 er særlig relevant ved ulike typer interkommunalt samarbeid. Et eksempel er interkommunalt samarbeid hvor flere kommuner eller fylkeskommuner sammen

⁷⁷ Treumer, (2016) s. 107.

⁷⁸ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 41.

har opprettet et foretak jf. lov 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskaper (interkomsel.) § 1. Det kan også være at flere kommuner sammen har opprettet et aksjeselskap. I disse tilfellene vil ikke den enkelte kommune eller fylkeskommune oppfylle kravet til kontroll slik det er oppstilt i anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav a), jf. (2).

Også andre typer interkommunale samarbeid vil kunne være relevante, eksempelvis ulike typer samarbeid som er regulert i lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven). Hvorvidt vilkårene for å unnta et samarbeid på grunn av felles kontroll vil bero på en konkret vurdering av samarbeidet. Det forhold at kommuneloven tillater samarbeidsformen ikke vil være tilstrekkelig til å kunne unnta samarbeidet fra anskaffelsesregelverket.⁷⁹ Hvordan anskaffelsesregelverket forholder seg til samarbeid hvor det ikke er opprettet et eget rettssubjekt eller hvor et av vilkårene etter anskaffelsesforskriften § 3-2 ikke er oppfylt vil bli behandlet i kapittel 4.

3.5.2 Kontrollkriteriet ved felles kontroll

Anskaffelsesforskriften § 3-2 (1) bokstav a), slår fast at unntaket om utvidet egenregi kan komme til anvendelse der oppdragsgiver sammen med andre offentlige oppdragsgivere utøver samme kontroll over oppdragstaker som de gjør over sine egne etater. Hva som skal til for at kontrollkriteriet er oppfylt fremgår av anskaffelsesforskriften § 3-2 (2). I motsetning til hva som gjelder ved individuell kontroll, er det ved felles kontroll tre kumulative vilkår som må være oppfylt, for at kontrollkriteriet skal være oppfylt. Vilråene i anskaffelsesforskriften § 3-2 (2) er en gjennomføring av anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 3 (2).

Det første vilkåret som må være oppfylt er at oppdragstakers beslutningsorgan må være sammensatt av representanter fra alle deltakende offentlige myndigheter, jf. anskaffelsesforskriften § 3-2 (2) bokstav a). Videre fremgår det at den enkelte representant kan representere flere eller alle deltakende offentlige myndigheter. For interkommunale selskaper vil dette vilkåret være oppfylt da interkomsel. § 6 (1) stiller krav om at hver deltaker må være representert med minst én representant i representantskapet, som er det styrende organet i det interkommunale selskapet. Hvilken vedtaksprosedyre som er valgt for det styrende organet i samarbeidet er uten betydning for spørsmålet om kontrollkriteriet er oppfylt, selv om enkelte vedtaksprosedyrer innebærer at enkelte av deltakerne vil bli nedstemt

⁷⁹ Prop. 46 L (2017-2018) Lov om kommuner og fylkeskommuner s. 208.

i enkeltsaker.⁸⁰ Det sentrale er at hver deltaker skal ha mulighet til å utøve kontroll gjennom sin representant.

Det andre vilkåret som må være oppfylt er at de oppdragsgivende myndigheter i felleskap må utøve bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger hos oppdragstaker jf. anskaffelsesforskriften § 3-2 (2) bokstav b). Her er vurderingen av om vilkåret er oppfylt tilsvarende som ved individuell kontroll, som ble gjennomgått i delkapittel 3.2. Vilkaåret innebærer at selve kontrollen som utøves over oppdragstaker må være den samme, uavhengig av om oppdragstaker er underlagt felles eller individuell kontroll.⁸¹

Det tredje vilkåret for at kontrollkravet er oppfylt, er at oppdragstaker ikke kan forfølge interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser jf. anskaffelsesforskriften § 3-2 (2) bokstav c). Dette er også en del av vurderingen ved individuell kontroll, og det vil i denne sammenheng være relevant å se til oppdragstakers vedtekter eller lignende der oppdragstakers formål fremgår.⁸²

Ut over disse tre vilkårene stilles det som utgangspunkt ikke krav til oppdragsgivernes kontrollutøvelse. Felles kontroll kan derfor foreligge uavhengig av hvor mange deltakere det er i samarbeidet, og uten hensyn til den enkelte deltakers eierandel i samarbeidet.⁸³ Det må likevel ut fra ordlyden i både anskaffelsesforskriften § 3-2 (1) bokstav a), og anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 3 (1) bokstav a), oppstilles et krav til at kontrollen må utøves i felleskap, og at det må være en viss realitet i samarbeidet. Også uttalelser fra EU-domstolen taler for at det må dreie seg om et reelt fellesskap for at tildeling av kontrakt i utvidet egenregi kan finne sted.

Et eksempel som kan illustrere kravet til et reelt felleskap er EU-domstolens uttalelser i *Econord*.⁸⁴ Saken gjaldt spørsmålet om to kommuner, som begge hadde mindre eierandeler i et offentlig eid selskap, kunne tildele en kontrakt til dette selskapet ved bruk av utvidet egenregi. Det ble fra *Econord*, et privat selskap, hevdet at det ikke var anledning til å tildele

⁸⁰ Departementets veileder til anskaffelsesforskriften 2017, s. 38 og Sak C-324/07 *Coditel Barbant* Premiss 51.

⁸¹ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 44.

⁸² Departementenes veileder til anskaffelsesforskriften 2017, s. 39.

⁸³ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 44-45.

⁸⁴ Forente saker C-182/11 og C-183/11 *Econord*.

kontrakt ved bruk av utvidet egenregi i dette tilfellet, da det ikke var en realitet i samarbeidet for de to kommunenes del, da de ikke hadde en reell innflytelse over selskapet.

EU-domstolen påpekte at det ikke var nødvendig at hver av oppdragsgiverne kunne utøve kontroll på individuell basis, men at det ikke var tilstrekkelig at bare en av oppdragstakerne kunne utøve slik kontroll.⁸⁵ Konsekvensen av denne uttalelsen er at dersom det er en samarbeidspart som har en så stor del av kapitalen eller innflytelsen i oppdragstakers virksomhet at parten alene kan utøve en effektiv kontroll, vil ikke felles kontroll foreligge. De andre deltakerne i samarbeidet kan følgelig ikke tildele kontrakt til selskapet ved bruk av utvidet egenregi.

Begrunnelsen for at det oppstilles et krav om at det må være en realitet i samarbeidet, er at det ellers ville være muligheter for omgåelse av regelverket.⁸⁶ Kommune A kan la kommune B kjøpe 1 prosent av kommune As heleide datterselskap, for på denne måten kunne kjøpe tjenester fra datterselskapet uten å måtte følge prosedyrereglene i anskaffelsesregelverket. Det vil i disse tilfellene fremstå som at samarbeidet bare er en ren formalitet for å kunne bruke unntaket for utvidet egenregi i større grad enn det hensynene bak reglene gir adgang til. Det er derfor nødvendig at tildeling av kontrakt i tilfeller hvor samarbeidet ikke er reelt må følge anskaffelsesregelverkets prosedyreregler. På denne måten sikres de grunnleggende prinsippene om fri konkurranse og et åpent marked.

3.5.3 Aktivitetskriteriet ved felles kontroll

Som ved individuell kontroll stilles det ved felles kontroll krav til hvor mye av oppdragstakers aktivitet som kan utføres for andre enn oppdragsgiverne. Etter anskaffelsesforskriften § 3-2 (1) bokstav b), må oppdragstaker utføre mer enn 80 prosent av sin aktivitet for de kontrollerende oppdragsgiverne, eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer. Etter anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 3 (1) bokstav b), må oppdragstaker utføre minst 80 prosent av sin aktivitet for de kontrollerende oppdragsgiverne eller andre rettssubjekt som kontrolleres av de samme oppdragsgiverne.

Slik anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 3 (1) bokstav c), er formulert skal aktivitet som er rettet mot de kontrollerende oppdragsgiverne tas med i beregningen av om aktivitetskriteriet er

⁸⁵ Forente saker C-182/11 og C-183/11 *Econord* premiss 30 og Arrowsmith, (2014) s. 506 note 6-171.

⁸⁶Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 45.

oppfylt. Ut fra ordlyden skal også aktivitet som er rettet mot andre rettssubjekt som er underlagt felles kontroll av de kontrollerende oppdragsgiverne tas med i beregningen, jf. formuleringen «other legal persons controlled by the same contracting authorities» i art. 12 nr. 3 (1) bokstav b). Hvorvidt aktivitet som er rettet mot andre rettssubjekter som er underlagt oppdragsgivernes individuelle kontroll også skal tas med i beregningen, er imidlertid ikke klart ut fra bestemmelsens formulering.⁸⁷

Slik anskaffelsesforskriften § 3-2 (1) bokstav b), er formulert taler det for at også aktivitet som er rettet mot andre rettssubjekter som en eller flere av de kontrollerende oppdragsgiverne kontrollerer skal tas med i beregningen jf. «andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer». En slik tolkning av bestemmelsen er lagt til grunn i departementets veileder til anskaffelsesforskriften. Der fremgår det at også aktivitet som er rettet mot andre rettssubjekter som bare én eller noen av oppdragsgiverne kontrollerer, trolig også skal tas med i beregningen.⁸⁸ På denne måten avgrenser bestemmelsen hvilke rettssubjekter aktiviteten må rettes mot til oppdragsgivere som deltar i den felles kontrollen, og deres datterselskaper. Gjennom formuleringen «trolig» må likevel problemstillingen anses som uavklart. Spørsmålet er likevel om en slik tolking av aktivitetskravet er forenelig med anskaffelsesdirektivet, da en slik tolkning innebærer en utvidelse av unntaket sammenlignet med den naturlige tolkingen av anskaffelsesdirektivet.

Formålet bak aktivitetskriteriet er å sikre at anskaffelsesreglenes formål om et åpent marked for offentlige anskaffelser ivaretas, og sikre at målet om rettferdige konkurranser ikke undergraves.⁸⁹ Disse formålene sikres ved å begrense oppdragstakers mulighet til å utføre aktivitet for andre enn oppdragsgiverne. At oppdragstakers aktivitet for andre enn oppdragsgiverne må begrenses, taler for at aktivitetskriteriet ved felles kontroll ikke bør være oppfylt hvis en for stor andel av oppdragstakers aktivitet er rettet mot rettssubjekter som er underlagt individuell kontroll av de enkelte oppdragsgiverne. Ved å åpne for at oppdragstaker kan utføre aktivitet for rettssubjekt som blir kontrollert av den enkelte oppdragsgiver, vil aktiviteten være spredt. På den annen side vil en tolking av bestemmelsen dithen at både aktivitet knyttet til rettssubjekt som er underlagt individuell og felles kontroll fortsatt

⁸⁷ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 43.

⁸⁸ Departementets veileder til anskaffelsesregelverket 2017, s. 39.

⁸⁹ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 40.

innebære en avgrensning i hvem aktiviteten kan rette seg mot, og det vil fortsatt gjelde en begrensning i oppdragstakers muligheter for å delta i det åpne markedet.

Det er imidlertid lag til grunn av EU-domstolen at unntaket for utvidet egenregi bør tolkes strengt. Det kan derfor være fornuftig å legge til grunn at det bare er aktivitet knyttet til felles kontrollerte rettssubjekt som skal medregnes i aktivitetsvurderingen.⁹⁰ Anskaffelsesforskriften bør derfor tolkes innskrenkende frem til EU-domstolen har tatt stilling til hvordan anskaffelsesdirektivets aktivitetskriterium skal forstås ved felles kontroll.

Ved beregningen av oppdragstakers aktivitet gjelder anskaffelsesforskriften § 3-4. Dette er behandlet i delkapittel 3.3.3 og vil ikke bli behandlet her.

3.6 Tildeling av kontrakt i omvendt vertikale forhold og horisontale samarbeid.

3.6.1 Innledning

Det som er gjennomgått ovenfor knytter seg til tildeling av kontrakt i vertikale forhold. Med vertikale forhold menes tilfeller hvor oppdragsgiver ønsker å tildele en kontrakt til et underordnet rettssubjekt. Tildeling av oppdrag kan imidlertid også finne sted i andre sammensetninger enn de vertikale.⁹¹ Et eksempel er at et datterselskap vil tildele kontrakt til sitt morselskap, såkalt omvendt vertikalt samarbeid. Det kan også være at en virksomhet ønsker å tildele kontrakt til sitt søsterselskap, såkalt institusjonalisert horisontalt samarbeid. Sistnevnte må ikke forveksles med ikke-institusjonalisert horisontalt samarbeid som vil bli gjennomgått i kapittel 4, og omhandler de spørsmål som oppstår der offentlige oppdragsgivere inngår samarbeidsavtaler seg mellom.

Tildeling av kontrakt i omvendt vertikale forhold og horisontale samarbeid er regulert i anskaffelsesforskriften § 3-1 (3), som gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 2. Bestemmelsene innebærer en avklaring sammenlignet med hva som gjaldt før lovfestingen av unntaket om utvidet egenregi.⁹² Spørsmålet om tildeling av kontrakt ved bruk av utvidet

⁹⁰ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 43.

⁹¹ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 46.

⁹² Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 47.

egenregi i omvendt vertikale forhold og horisontale samarbeid var lenge et åpent spørsmål, og har ikke vært behandlet av EU-domstolen.⁹³

3.6.2 Kontrollvurderingen og forbudet mot private eierandeler

Kontrollvurderingen etter anskaffelsesforskriften § 3-1 (3) er ulik avhengig av om tildeling av kontrakt er mellom datter- og morselskap eller om tildelingen er mellom søsterselskaper.

For søsterselskaper må det foretas en kontrollvurdering lik den som gjelder etter anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav a), som viser at begge selskapene er underlagt nødvendig kontroll av en felles eier, jf. § 3-1 (3) bokstav b). Ved tildeling fra datter- til morselskapet vil kontrollvurderingen knytte seg til om kontrollkriteriet er oppfylt mellom morselskapet og datterselskapet jf. anskaffelsesforskriften § 3-1 (3) bokstav b). Det kan ikke oppstilles en egen kontrollvurdering mellom datter og morselskapet, da et datterselskap ikke har kontroll over sitt eget morselskap. Anskaffelsesforskriften § 3-1 (3) bokstav a) og b) oppstiller en lik kontrollvurdering som den som fremgår av anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 2.

Forbudet mot direkte private eierandeler i det rettssubjekt som får tildelt kontrakten, innebærer at et morselskap som er et offentligrettslig organ, som kan tildele kontrakt til sitt datterselskap etter anskaffelsesforskriften § 3-1 (1), ikke kan få tildelt kontrakt fra sitt datterselskap uten at anskaffelsesregelverket må følges jf. § 3-1 (3), siste setning.

Begrunnelsen for at det oppstilles en slik begrensning er at hvis tildeling av kontrakt kunne skjedd uten bruk av prosedyrereglene i anskaffelsesregelverket, ville de private eierne få en fordel. I tillegg ville tildeling av kontrakt til morselskapet være styrt av private interesser, og ikke interesser av en mer allmenn karakter som forfølges av det offentlige.

Ved tildeling av kontrakt mellom søsterselskap medfører forbudet mot direkte private eierandeler at det kan være private eierandeler i morselskapet, da disse eierandelene vil være indirekte i søsterselskapet som får tildelt kontrakten. Søsterselskap som eies av et offentligrettslig organ kan derfor tildele kontrakt til hverandre etter anskaffelsesloven § 3-1 (3).

⁹³ Spørsmålet var oppe i Sak C-15/13, men på grunn av manglende kontroll over rettssubjektene var det ikke nødvendig for EU-domstolen å ta stilling til hvordan anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 2 er å forstå.

Etter anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 2 oppstilles det også et forbudt mot private eierandeler i det rettssubjekt som får tildelt kontrakt. Til forskjell fra anskaffelsesforskriften § 3-1 (3) fremgår det et unntak fra forbudet, tilsvarende unntaket i anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1 (1) bokstav c). Begrunnelsen for at dette unntaket ikke er tatt med i den norske gjennomføringen er antagelig også her at det ikke finnes eksempler i norsk rett på slik privat deltakelse, og det på dette grunnlag ikke ville vært en realitet i unntaket.

3.6.3 Gjelder det også et aktivitetskrav ved tildeling av kontrakt i omvendt vertikale forhold og horisontale samarbeid?

Selv om anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 2 innebærer en avklaring av gjeldende rett, er det noe usikkerhet rundt de nærmere vilkårene for tildeling av kontrakt i omvendt vertikale forhold og horisontale samarbeid. Det er stilt spørsmål om det ved tildeling av kontrakt i slike tilfeller skal gjelde et aktivitetskrav tilsvarende det som gjelder etter anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1 bokstav a). Artikkelen 12 nr. 2 inneholder ikke et eget aktivitetskrav, noe som taler for at det ikke skal gjelde et slikt krav ved tildeling av kontrakt til morselskap eller søsterselskap. Samtidig er det henvist til art. 12 nr. 1, noe som taler for at det skal stilles krav til at alle vilkårene i art. 12 nr. 1 må være oppfylt så langt de passer for at unntaket skal komme til anvendelse.

På den annen side er det fremhevet hvilket kontrollkrav som stilles ved tildeling av kontrakt i omvendt vertikale forhold og horisontale samarbeid, samt fremhevet at det gjelder et vilkår om at det ikke skal være direkte private eierandeler i det rettssubjektet som får tildelt kontrakt. At det er oppstilt egne vilkår i art. 12 nr. 2 taler for at henvisningen til art. 12 nr. 1 bare referer til det forhold at kontrakten kan tildeles uten bruk av prosedyrereglene i anskaffelsesregelverket, ikke til de enkelte vilkårene i bestemmelsen.

I juridisk teori er det lagt til grunn at det ved tildeling av kontrakt etter anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 2 må gjelde et aktivitetskrav tilsvarende det som fremgår av art. 12 nr. 1 (1) bokstav b), og at bestemmelsene må leses i sammenheng.⁹⁴ Begrunnelsen for dette er at hvis et slikt vilkår leses inn i bestemmelsen, vil dette skape best harmoni i regelverket, og hindre omgåelse av regelverket.

⁹⁴ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 47.

For horisontale samarbeid vil det uten et aktivitetskrav kunne oppstå tilfeller hvor oppdragsgiver kan tildele kontrakt til sitt søsterselskap, uten at morselskapet kan gjøre det samme fordi søsterselskapet utfører for mye av sin aktivitet i markedet. På dette grunnlag bør det oppstilles et aktivitetskrav for tildeling av kontrakt i slike tilfeller, da det vil skape best harmoni i regelverket.

For tildeling av kontrakt i omvendt vertikale forhold er en aktivitetsvurdering mer komplisert, og kanskje heller ikke like nødvendig som i horisontale forhold. Hvis et datterselskap skal tildele morselskapet kontrakt, vil ikke dette nødvendigvis påvirke markedet, da morselskapet alltid vil kunne trekke tilbake en oppgave og utføre den selv.⁹⁵

Hvorvidt det skal gjelde et aktivitetskrav etter anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 2 er det til sist EU-domstolen som må avgjøre, og frem til det foreligger en uttalelse anses spørsmålet som uavklart. Det er imidlertid mange hensyn som taler for at det bør gjelde et aktivitetskrav etter anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 2.

Etter anskaffelsesforskriften § 3-1 (3) er det imidlertid klart at det gjelder et aktivitetskrav. Bestemmelsen henviser til at vilkårene i anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) må være oppfylt for at kontrakt kan tildeles til mor- eller søsterselskaper. På dette punkt er anskaffelsesforskriften mulig strengere enn den trenger å være ut fra de krav som stilles etter anskaffelsesdirektivet. Siden spørsmålet om det gjelder et aktivitetskrav etter art. 12 nr. 2 er uklart, er forskriften imidlertid ikke i strid med direktivet hvis EU-domstolen kommer til at det må innfortolkes et aktivitetskrav i art. 12 nr. 2. Hvordan den konkrete aktivitetsvurderingen skal foretas, og hvilket organ som må oppfylle aktivitetskravet er imidlertid usikkert.⁹⁶

3.6.4 Anvendelsen av anskaffelsesforskriften § 3-1 (3) ved felles kontroll

Anskaffelsesforskriften § 3-1 (3) viser bare til anskaffelsesforskriften § 3-1 (1), og ikke til § 3-2. Anskaffelsesforskriften benytter samme henvisningsmetode som anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 2, som også bare henviser til anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 1, og ikke til art. 12 nr. 3. At det er valgt en slik henvisningsmetode medfører at det kan stilles spørsmål ved om tildeling av kontrakt i omvendt vertikale forhold og horisontale samarbeid kan skje hvor det

⁹⁵Janicke Wiggen, *Public Procurement law and public-public co-operation: Reduced flexibility, but greater legal certainty ahead? The Commission's Staff Working Paper on the application of the EU public procurement law to relations between contracting authorities and the 2011 proposal for a new Directive*. s 229.

⁹⁶ Departementets veileder til anskaffelsesregelverket 2017, s. 37.

er flere oppdragsgivere som i fellesskap utøver kontroll over oppdragstakeren som ønsker å tildele kontrakt til ett av sine mor- eller søsterselskap.⁹⁷

Henvisningsmetoden i både anskaffelsesforskriften og anskaffelsesdirektivet taler mot at det er adgang til å tildele kontrakt i omvendt vertikale forhold og horisontale samarbeid hvor det foreligger felles kontroll. Bestemmelsene viser bare til individuell kontroll, og har ikke en tilsvarende henvisning til felles kontroll. En slik måte henviser på kan fra lovgivers side være en måte å vise at muligheten til å anvende utvidet egenregi i disse tilfellene er avskåret.

Begrunnelsen for dette kan være at bruk av utvidet egenregi ved felles kontroll i slike tilfeller vil få en uoversiktlig rekkevidde, og at hensynene bak både kontroll- og aktivitetsvurderingen vil bli svekket.⁹⁸ Det kan imidlertid tenkes at manglende henvisning til felles kontroll er et utslag av dårlig lovgivningsteknikk.

Om tildeling av kontrakt i omvendt vertikale forhold og horisontale samarbeid kan skje ved felles kontroller er imidlertid et uavklart spørsmål, både etter anskaffelsesdirektivet og anskaffelsesforskriften. Spørsmålet må avklares gjennom tolkningsuttalelser fra EU-domstolen. Før EU-domstolen har tatt stilling til spørsmålet bør det ved anvendelsen av anskaffelsesforskriften § 3-1 (3) legges til grunn tildeling av kontrakt i omvendt vertikale forhold og horisontale samarbeid ikke er mulig ved felles kontroll. Ved en slik tolkning av bestemmelsen vil det ikke oppstå situasjoner hvor tildeling av kontrakt er i strid med anskaffelsesdirektivet, skulle EU-domstolen komme til at tildeling av kontrakt i slike tilfeller er avskåret ved felles kontroll.

4 Horisontale samarbeidsavtaler

4.1 Innledning

I tillegg til at kontrakter som tildeles i ulike former for utvidet egenregi er unntatt anskaffelsesregelverkets virkeområde, er det også åpnet for at visse typer tildeling av kontrakt som del av en samarbeidsavtale mellom offentlige oppdragsgivere, ikke skal være omfattet av anskaffelsesregelverket. Unntaket for samarbeidsavtaler er regulert i anskaffelsesforskriften § 3-3, og gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 4 i norsk rett. Artikkel 12 nr. 4 bygger på praksis fra EU-domstolen. Ved lovfesting av unntaket ble det gjennomført noen

⁹⁷ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 47.

⁹⁸ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 48.

endringer, som har bidratt til større klarhet og gjort reglene for samarbeidsavtaler mer anvendbare.⁹⁹

De samarbeidsavtaler som er unntatt anskaffelsesregelverket etter anskaffelsesforskriften § 3-3 skiller seg fra de tildelingene av kontrakt som faller innenfor unntaket om utvidet egenregi. En vesentlig forskjell er at partene i samarbeidsavtalen ikke kan utøve kontroll over hverandre. Det kan for eksempel være to eller flere kommuner som inngår et samarbeid om utførelsen av en offentlig oppgave, uten at de tar i bruk organisasjonsformen interkommunalt selskap.¹⁰⁰ Det vil i slike tilfeller ikke være aktuelt å anvende unntaket om utvidet egenregi, da en kommune ikke kan ha kontroll over en annen kommune.

Samarbeidsavtalene som er omfattet av anskaffelsesforskriften § 3-3 er ikke-institusjonaliserte horisontale samarbeidsavtaler. Det innebærer at avtalene inngås av uavhengige rettssubjekter, og skiller seg således fra institusjonaliserte horisontale samarbeid som reguleres i anskaffelsesforskriften § 3-1 (3), og er gjennomgått i delkapittel 3.6. Samarbeidsavtalene kan også innebære at det opprettes et felles organ, men at kravet til felles kontroll over oppdragstaker i anskaffelsesforskriften § 3-2 ikke er oppfylt.

Det var lenge uklart om slike ikke-institusjonaliserte samarbeid kunne unntas anskaffelsesregelverket. EU-domstolen tok imidlertid stilling til spørsmålet i *Hamburg*.¹⁰¹ I denne saken hadde fire tyske kommuner inngått en avtale med renovasjonstjenesten i Hamburg. Renovasjonstjenesten skulle stille ledig kapasitet ved sitt forbrenningsanlegg til disposisjon for kommunene, mot at kommunene overførte bestemte beløp, gjennom renovasjonstjenesten, til aktøren som sto ansvarlig for selve driften av avfallsanlegget. I en slik situasjon kunne ingen av kommunene utøve kontroll over verken renovasjonstjenesten eller aktøren som drev forbrenningsanlegget. På dette grunnlag kunne ikke unntaket om utvidet egenregi komme til anvendelse, og tildelingen av oppdraget skulle som utgangspunkt fulgt anskaffelsesregelverkets prosedyreregler.

EU-domstolen vurderte imidlertid den konkrete avtalen mellom renovasjonstjenesten og de fire kommune, og slo fast at en slik samarbeidsavtale i visse tilfeller kan være unntatt

⁹⁹ Treumer, (2016), s. 113.

¹⁰⁰ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 49.

¹⁰¹ Sak C-480/09 *Hamburg*.

anskaffelsesregelverket.¹⁰² Domstolen begrunnet unntaket med at samarbeid mellom to offentlige oppdragsgivere ikke undergraver anskaffelsesregelverkets formål om fri bevegelse av tjenester og uhindret konkurranse i alle medlemsstatene. Det ble videre lagt vekt på at når samarbeidet utelukkende styres av allmenne hensyn og ingen private parter får noen fordeler i forhold til sine konkurrenter, kan samarbeidet unntas anskaffelsesregelverket. Etter en konkret vurdering av samarbeidet kom EU-domstolen til at anskaffelsesregelverkets prosedyreregler ikke kom til anvendelse, selv om vilkårene for utvidet egenregi ikke var oppfylt. EU-domstolen oppstilte således et nytt unntak fra anskaffelsesregelverket.

I en senere avgjørelse, *Lecce ASL*, tok EU-domstolen stilling til rekkevidden av unntaket som ble oppstilt i *Hamburg*.¹⁰³ Saken gjaldt et samarbeid mellom et universitet og en lokal helsemyndighet, og omhandlet undersøkelser og vurderinger av sårbarheter av sykehusbygninger i regionen i tilfellet det skulle komme jordskjelv. Universitetet gjorde også slikt arbeid for private parter. Etter avtalen skulle universitetet få dekket sine utgiftene i forbindelse med utførelsen av arbeidet. Spørsmålet for EU-domstolen var om samarbeidsavtalen kunne unntas anskaffelsesregelverket, eller om tildeling av oppdraget skulle fulgt anskaffelsesregelverkets prosedyreregler.

EU-domstolen uttalte at det, i tillegg til unntaket om utvidet egenregi, var oppstilt et unntak for visse typer samarbeid mellom offentlige oppdragsgivere, i de tilfeller hvor samarbeidet hadde som formål å sikre gjennomføringen av en felles offentlig oppgave.¹⁰⁴ Videre uttalte Domstolen at de nærmere vilkårene for at samarbeidet kunne unntas anskaffelsesregelverket var at samarbeidet besto utelukkende av offentlige oppdragsgivere, det måtte ikke være noen private aktører med i samarbeidet, ingen private parter måtte få en fordel av samarbeidet og samarbeidet måtte bare reguleres av hensyn og krav som omhandlet formål av allmenn interesse. EU-domstolen kom til at vilkårene ikke var oppfylt i den foreliggende saken da samarbeidet mellom universitetet og den lokale helsemyndigheten ikke dreide seg om en felles oppgave som de begge måtte utføre.

På bakgrunn av avgjørelsene fra EU-domstolen ble unntaket for horisontale samarbeidsavtaler lovfestet i anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 4, og senere i anskaffelsesforskriften § 3-3.

¹⁰² Sak C-480/09 *Hamburg* premiss 47.

¹⁰³ Sak C-159/11 *Lecce ASL* og Sak-480/09 *Hamburg*.

¹⁰⁴ Sak C-159/11 *Lecce ASL* premiss 34-35.

Bestemmelsene oppstiller flere kumulative vilkår som må være oppfylt for at samarbeidsavtalen kan unntas anskaffelsesregelverkets virkeområde. Bestemmelsene tar sikte på å regulere skillet mellom tilfeller hvor samarbeidet er en reell fordeling av arbeidsoppgaver mellom partene, og hvor det er ordinære kontrakter om kjøp av varer og tjenester mellom offentlige oppdragsgivere.¹⁰⁵ Sistnevnte må følge anskaffelsesregelverkets prosedyreregler.

For at et samarbeid mellom offentlige oppdragsgivere kan unntas anskaffelsesregelverket er det en forutsetning at kravet til likebehandling er oppfylt, og at ingen av aktørene i samarbeidet får en konkurransefordel gjennom deltakelsen i samarbeidet.¹⁰⁶ Det kan derfor ikke tildeles kontrakt til en virksomhet som er i markedsmessig konkurranse med andre virksomheter. Hvis en av aktørene som deltar i samarbeidet får en konkurransefordel vil det kunne oppstå konkurransevridding i markedet. Vilåårene som er oppstilt i anskaffelsesforskriften § 3-3 og anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 4 skal imidlertid bidra til at det ikke oppstår konkurransevridding i markedet som fólge tildeling av kontrakt som del av en samarbeidsavtale. Anskaffelsesforskriften § 3-3 oppstiller fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at samarbeidet kan unntas anskaffelsesloven og forskriften. Disse vilåårene må, som ved utvidet egenregi, være oppfylt i hele kontraktsperioden.¹⁰⁷

4.2 Offentlige oppdragsgivere

Etter anskaffelsesforskriften § 3-3 (1) er det en absolutt forutsetning at samarbeidsavtalen er inngått utelukkende mellom to eller flere offentlige oppdragsgivere. Dette innebærer at det bare er oppdragsgivere etter anskaffelsesloven § 2 (2) og anskaffelsesforskriften § 1-2 som kan delta i samarbeidet for at tildeling av kontrakt skal være unntatt anskaffelsesregelverket. Dette samsvarer med anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 4.

Etter anskaffelsesforskriften § 3-3 (1) er det ingen begrensinger i hvilke oppdragsgivere som kan delta i samarbeidet. Offentligrettslige organer vil derfor også kunne delta i samarbeidet. Det må i den forbindelse vurderes om et organ er å anse som et offentligrettslig organ etter anskaffelsesforskriften § 1-2 (2), og fólgelig kan delta i samarbeidet. Denne vurderingen faller imidlertid utenfor oppgavens tema, og vil fólgelig ikke behandles nærmere.

¹⁰⁵ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 51.

¹⁰⁶ Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013 s. 108, samt sak C-480/06 *Hamburg* premiss 47 og KOFAs uttalelse i sak 2011/65 Premiss 190-191.

¹⁰⁷ Departementets veileder til anskaffelsesforskriften 2017, s. 40.

Offentligrettslige organer vil imidlertid kunne ha private eierandeler i sin virksomhet. Etter EU-domstolens praksis var det et forbud mot private deltakelse i samarbeidet, uten at det var presisert om forbudet gjaldt privat deltakelse i et offentligrettslig organ, eller om det innebar at ingen private aktører kunne delta i samarbeidet.¹⁰⁸ Lovfestingen av unntaket har på dette punkt medført en klargjøring da det i bestemmelsen bare oppstilles som krav at alle deltakerne i samarbeidet er offentlige oppdragsgivere, uten at det stilles krav til hvordan oppdragsgiverne er organisert. Dette indikerer at det ikke er et forbud mot private eierandeler i oppdragsgivernes virksomhet, og at offentligrettslige organer med private eierandeler kan delta i samarbeidet.

At det ikke oppstilles et forbud mot private eierandeler i samarbeidet fremgår av direktivets fortale punkt 32, tredje avsnitt, hvor det er uttalt at unntaket for horisontale samarbeidsavtaler også kan komme til anvendelse hvor det er privat kapitaldeltakelse i et offentligrettslig organ. Det innebærer at offentligrettslige organer som er delvis i offentlig og delvis i privat eie vil kunne delta i samarbeidet, uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Det foreligger imidlertid et forbud mot at private aktører kan delta i samarbeidet. Dette innebærer at dersom samarbeidet mellom oppdragsgiverne ikke dekker alle deler av den oppgaven som skal utføres, slik at enkelte varer eller tjenester må anskaffes fra andre, må disse kontraktene følge anskaffelsesregelverkets prosedyreregler.¹⁰⁹

I tillegg til at alle deltakerne i samarbeidet må være offentlige oppdragsgivere, oppstiller anskaffelsesforskriften § 3-3 bokstav a-c) tre kumulative vilkår som må være oppfylt for at samarbeidet skal kunne unntas anskaffelsesregelverket. Disse vilkårene vil bli behandlet i det følgende.

4.3 Offentlig oppgave og felles mål

4.3.1 Utgangspunkt

For at en tildeling av kontrakt i samarbeidet skal kunne unntas anskaffelsesregelverket må samarbeidet ha til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål jf. anskaffelsesforskriften § 3-3 bokstav a). Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 4 bokstav a), hvor det fremgår at for at samarbeidet skal kunne unntas regelverket

¹⁰⁸ Arrowsmith, (2014), s. 524-525, note 6-194.

¹⁰⁹ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 52.

må samarbeidet ha til formål å sikre at offentlige oppgaver som det offentlige må utføre blir oppfylt, med målsetning om å oppnå et felles mål.

Ut fra bestemmelsene er det to vurderinger som må foretas for å at unntaket skal kunne anvendes. Det første som må vurderes er hvilke oppgaver som er å anse som offentlige oppgaver. Deretter må det vurderes hva som ligger i at samarbeidet må ha som målsetning å oppnå et felles mål.

4.3.2 Offentlig oppgave

I prinsippet vil alle oppgaver det offentlig utfører kunne kategoriseres som en offentlig oppgave.¹¹⁰ Det er imidlertid klart at ikke alle deler av den offentlige virksomhet kan være unntatt regelverket, da dette ville åpnet for å unnta mer enn det som er rimelig med hensyn til formålet bak anskaffelsesregelverket. Spørsmålet er følgelig hvor grensen skal trekkes mellom de oppgaver som kan danne grunnlag for å unnta kontrakt fra regelverket gjennom samarbeid, og de som ikke kan det.

Ordlyden i anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 4 bokstav a), «public services they have to perform», taler for at det må være lovpålagte oppgaver som danner grunnlaget for samarbeidet, for at unntaket skal komme til anvendelse. Det fremgår imidlertid av direktivets fortale at samarbeidet kan omfatte både lovpålagte oppgaver, og oppgaver som det offentlige har påtatt seg.¹¹¹ Det sentrale er ikke hvilken grunnlag det offentlige har for å utføre de offentlige oppgavene. Det fremgår imidlertid ikke av direktivets fortale hva som menes med en offentlig oppgave.

Anskaffelsesdirektivets fortale indikerer likevel at offentlige oppdragsgivere er gitt en vid adgang til å opprette samarbeid. Dette gjelder også når det kommer til hvilke oppgaver samarbeidet kan dreie seg om.¹¹² Oppgavene som samarbeidet omfatter kan for eksempel være av en mer avledet karakter, typisk støttefunksjoner, som er knyttet til en offentlig oppgave.¹¹³ Samarbeidet kan således omfatte alt fra renovasjonstjenester, til regnskaps- og IKT-tjenester, så lenge det er et grunnlag for at det offentlige skal utføre disse oppgavene, eller det knytter seg til utførelsen av slike oppgaver.

¹¹⁰ Wiggen, (2013) s. 219.

¹¹¹ Anskaffelsesdirektivets fortale punkt 33.

¹¹² Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 52.

¹¹³ Arrowsmith, (2014) s, 527, note 6-201.

Selv om det ikke ligger noen særlige begrensinger i hvilke oppgaver som kan omfattes av samarbeidet, begrenses adgangen til å inngå samarbeidsavtaler gjennom de andre vilkårene i anskaffelsesforskriften § 3-3. På denne måten sikres at samarbeid mellom offentlige oppdragsgivere undergraver anskaffelsesregelverkets formål.

Felles mål

Etter anskaffelsesforskriften § 3-3 bokstav a), er det ikke tilstrekkelig at samarbeidet har til formål å utføre en offentlig oppgave. Samarbeidet må i tillegg ha til formål å oppnå et felles mål. Det innebærer at samarbeidet tar sikte på å realisere en målsetning som er felles for alle som deltar i samarbeidet.¹¹⁴ Videre innebærer det at samarbeidet må være et reelt samarbeid, med felles utøvelse av en felles oppgave, i motsetning til en kontakt som innebærer levering av en vare mot betaling.¹¹⁵

Grensen mellom hva som utgjør et reelt samarbeid og hva som er en ordinær kontrakt, kan være vanskelig å trekke. EU-kommisjonen har imidlertid uttalt at et reelt samarbeid er preget av deltakelse og gjensidige forpliktelser.¹¹⁶ Det kreves ikke at hver av samarbeidspartene må delta på samme måte. Samarbeidet kan således innebære at oppgaver deles mellom samarbeidspartene, noe som også er fremhevet i anskaffelsesdirektivets fortale punkt 33, tredje avsnitt. Det kreves altså ikke at alle samarbeidspartene bidrar til hovedytelsen, og ytelsene trenger ikke være identiske, de kan være komplementære.¹¹⁷

Et eksempel på et reelt samarbeid som fremheves av EU-kommisjonen er et samarbeid som omfatter utførelsen av renovasjonstjenester.¹¹⁸ Hvis en av partene er ansvarlig for innhenting av avfall mens den andre parten er ansvarlig for forbrenningen, vil det foreligge et reelt samarbeid. Hadde imidlertid den ene partens ytelse utelukkende bestått i å betale den andre parten for å utføre renovasjonsarbeidet, ville det vært en vanlig kontrakt og tildelingen måtte fulgt anskaffelsesregelverkets prosedyreregler.

Så lenge alle partene deltar aktivt i samarbeidet foreligger det et reelt samarbeid, og vilkåret om at samarbeidet må ha til mål å sikre at offentlige oppgaver utføres for å oppnå et felles

¹¹⁴ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 52.

¹¹⁵ Anders Tue, Anne Buan og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, Oslo 2013 s. 259.

¹¹⁶ Commission staff working paper, SEC(2011) 1169 final, s. 13.

¹¹⁷ Anskaffelsesdirektivets fortale punkt 33 og departementets veileder til anskaffelsesforskriften 2017 s. 41.

¹¹⁸ Commission staff working paper, SEC(2011) 1169 final, s. 13.

mål, er oppfylt. Hvor mye den enkelte samarbeidspart må delta med for at skal ansees som et reelt samarbeid er uklart, men sentralt i vurderingen er om samarbeidet bærer preg av å være et forsøk på å omgå anskaffelsesregelverket. Det sentrale er likevel at hver enkelt oppdragsgiver er pålagt visse forpliktelser for å bidra til utførelsen av oppgaven, utover en ren betalingsforpliktelse.¹¹⁹

4.4 Utelukkende av offentlig interesse

Etter anskaffelsesforskriften § 3-3 (1) bokstav b), må samarbeidet bli utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser. Denne delen av bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 4 bokstav b), hvor det fremgår at gjennomføringen av samarbeidet utelukkende må relatere seg til allmenne formål. Dette innebærer at formålet med samarbeidet ikke kan være å drive forretningsvirksomhet.¹²⁰

Vilkåret om at samarbeidet må utføres utelukkende på bakgrunn av offentlige interesser har både en side til vilkåret om hvilke oppgaver som kan være omfattet av samarbeidet i bokstav a), og en side til oppdragsgivers muligheter til å drive markedsorientert virksomhet i tillegg til å delta i samarbeidet, som er regulert i bokstav c).¹²¹ Anskaffelsesforskriften § 3-3 bokstav b), retter seg derfor trolig først og fremst til de økonomiske transaksjonene mellom partene, og begrenser deres mulighet til å drive kommersiell virksomhet. Det fremgår av anskaffelsesdirektivets fortale punkt 33, tredje avsnitt, at samarbeidet, inkludert en hver finansiell overføring mellom partene, utelukkende må utføres på bakgrunn av offentlige interesser. Uttalelsen utelukker ikke at det i samarbeidet finner sted økonomiske transaksjoner mellom partene, men det stilles krav om at transaksjonene må være styrt av offentlige interesser. Dette innebærer at de økonomiske transaksjonene må være begrenset til å gjelde kostnadsdekning, og at ingen av deltakerne i samarbeidet kan få en profitt som følge av sin deltakelse i samarbeidet. Får en eller flere av partene en profitt som følge av samarbeidet, vil det ikke bare være allmenne hensyn som gjør seg gjeldende, men også kommersielle, og samarbeidsavtalen vil ikke kunne unntas anskaffelsesregelverket.¹²²

¹¹⁹ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 54.

¹²⁰ Departementets veileder til anskaffelsesforskriften 2017, s. 42.

¹²¹ Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 54.

¹²² Bjella, Ludviksen og Wiggen, (2014), s. 54.

Skulle det vise seg at samarbeidet går med overskudd, kan det tenkes at dette kan godtas hvis overskuddet skytes inn i samarbeidet igjen.¹²³ Dersom overskuddet går med til å drifte samarbeidet, og ikke tas ut som profitt, er det ingen kommersielle hensyn som gjør seg gjeldende. Hvis samarbeidet ikke kan gå med overskudd, er alternativet at det overskytende beløp føres tilbake til deltakerne i samarbeidet, i stedet for at overskuddet brukes til å dekke kostnadene knyttet til samarbeidet. Resultatet ville blitt det samme i begge situasjoner, noe som taler for at overskudd kan tillattes dersom det utelukkende blir anvendt i samarbeidet, og kommer alle deltakerne til gode.

At samarbeidet skal utføres utelukkende av hensyn til offentlige interesser innebærer også at ingen private parter skal få en fordel som følge av samarbeidet. Siden det tillattes at offentligrettslige organer med delvis privat eierskap kan delta i samarbeidet, kan ikke de private eierne få fordeler ved å delta i samarbeidet.

4.5 Samarbeidets aktivitet i markedet

Som ved utvidet egenregi oppstilles det et aktivitetskrav også ved anvendelsen av unntaket for samarbeidsavtaler. Vilkåret er nytt sammenlignet med hva som gjaldt etter EU-domstolens praksis. Det ble likevel fremhevet av EU-kommisjonen at også ved horisontale samarbeid er det viktig å være oppmerksom på at unntaket ikke undergraver de grunnleggende prinsippene i EU-retten, særlig fri bevegelse av varer og tjenester, og fri og uhindret konkurranse i alle medlemslandene.¹²⁴ Ivaretagelsen av disse formålene kan bare skje der samarbeidet ikke har kommersiell aktivitet i markedet.

Aktivitetskriteriet ved samarbeidsavtaler fremgår av anskaffelsesforskriften § 3-3 (1) c), hvor det står at mindre enn 20 prosent av aktivitetene samarbeidet omfatter, kan utføres for andre enn oppdragsgiverne for at unntaket kan anvendes. Bestemmelsen tilsvarer anskaffelsesdirektivet art. 12 nr. 4 bokstav c), hvor det fremgår at de deltakende oppdragsgiverne utøver mindre enn 20 prosent av aktivitetene som er omfattet av samarbeidet i det åpne markedet.

Selv om det både ved unntaket om utvidet egenregi og ved samarbeidsavtaler oppstilles et aktivitetskrav, er det forskjeller på hvilke aktivitet som skal danne grunnlag for

¹²³ Departementets veileder til anskaffelsesforskriften, 2017 s. 42.

¹²⁴ Commission staff working paper, SEC(2011) 1169 final, s. 15.

aktivitetsvurderingen. Aktivitetsvurderingen ved utvidet egenregi skal ta utgangspunkt i hele oppdragstakers aktivitet jf. anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav c). Aktivitetsvurderingen ved samarbeidsavtaler tar imidlertid utgangspunkt i de aktivitetene som er omfattet av samarbeidet. Annen aktivitet deltakerne i samarbeidet utfører i markedet skal følgelig ikke tas med i vurderingen.

Bakgrunnen for at det er ulik aktivitetsvurdering etter anskaffelsesforskriften § 3-3 (1) bokstav c), er at en aktivitetsvurdering som tar for seg all aktivitet oppdragsgiverne eller samarbeidet utfører ville medført at det ville være vanskelig for offentlige oppdragsgivere å benytte seg av unntaket. Skulle all aktivitet vært med i beregningen ville det vært nærmest umulig for en rekke offentlige oppdragsgivere å inngå samarbeid. Mange oppdragsgivere utfører en rekke andre oppgaver i tillegg til de oppgavene som er grunnlaget for samarbeidet. En kommune vil eksempelvis være ansvarlig for å utføre flere oppgaver av ulik karakter samtidig. Kommunen kan ha et samarbeid som omhandler utførelsen av renovasjonstjenester, og et annet samarbeid som omhandler utførelsen av sykehjemstjenester. Skulle all aktivitet kommunen utføre være grunnlag for aktivitetsvurderingen ville kommunen bare kunne inngå et av disse samarbeidsavtalene. En slik begrensning i adgangen til å benytte seg av samarbeid ville ikke vært en hensiktsmessig løsning.

Hensynet bak aktivitetskriteriet ved samarbeidsavtaler er at det ikke skal oppstå en konkurransevridning i markedet på grunn av samarbeidet, og tildeling av kontrakter mellom samarbeidspartene. Uten en begrensning i samarbeidets aktivitet i markedet vil et samarbeid kunne brukes til å underby konkurrenter i det åpne markedet.¹²⁵

Med unntak av hvilken aktivitet som er relevant for aktivitetsvurderingen, skal selve aktivitetsvurderingen foretas etter beregningsmetoden oppstilt i anskaffelsesforskriften § 3-4. Hvordan beregningen skal foregå etter § 3-4 er gjennomgått i delkapittel 3.3, og vil ikke bli gjennomgått på nytt her.

¹²⁵ Peter Jacobsen, Sune Poulsen og Simon Kalsmose-Hjelmborg, *EU Udbudsretten*, Danmark 2016, s. 115-116.

5 Avslutning

Oppsummert kan det sies at den norske gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet art. 12 i stor grad samsvarer med direktivet, og at lovgiver således kan sies å ha unyttet de muligheter som anskaffelsesdirektivet gir. På noen området, som ved unntaket fra forbudet mot direkte privat eierskap i oppdragstakers virksomhet, har ikke det norske regelverket tilsvarende unntak. På dette punkt kan anskaffelsesforskriften tilsynelatende oppstille noe strengere vilkår for anvendelsen av utvidet egenregi enn hva anskaffelsesdirektivet åpner for. Siden unntaket ikke ville hatt praktisk betydning i norsk rett, er dette imidlertid ikke av betydning.

Tidvis er både anskaffelsesdirektivet og anskaffelsesforskriften noe uklar i sin ordlyd. Siden det er lagt til grunn av EU-domstolen at unntak fra anskaffelsesregelverket skal tolkes strengt, vil det være fornuftig å legge til grunn en innskrenkende tolkning av regelverket i slike tilfeller. Ved å tolke anskaffelsesregelverket innskrenkende unngås tildeling av kontrakter i strid med regelverket.

Kildeliste

Lover

Lov-1992-09-25-107 – Lov om kommuner og fylkeskommuner.

Lov-1999-01-29-6 – Lov om interkommunale selskaper.

Lov-2016-06-17-73 – Lov om offentlige anskaffelser.

Forskrifter/forarbeider

FOR-2002-11-15-1288 – Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser.

FOR-2016-08-12-974 – Forskrift om offentlige anskaffelser.

Prop. 46 L (2017-2018) – Lov om kommuner og fylkeskommuner.

Praksis fra KOFA

Sak 2011/65

Sak 2012/188

Sak 2016/1

EU/EØS-rettslige kilder

Direktiver og traktater

Direktiv 2014/24/EU

Avtale om det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet (EØS-avtalen)

Traktaten om den Europeiske Unions virkemåte (TEUV)

Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak C-107/98 *Teckal*

Sak C-26/03 *Stadt Hall*

Sak C-458/03 *Parking Brixen*

Sak C-29/04 *Möding*

Sak C-340/04 *Carbotermo*

Sak C-26/06 *Stadt Halle*

Sak C-247/07 *Coditel Barbant*

Sak C-573/07 *Sea*

Sak C-480/09 *Hamburg*

Sak C-159/11 *Lecce ASL*

Forente saker C-182/11 og C-183/11 *Econord*

Sak C-574/12 *SUCH*

Sak C-51/15

Uttalelser fra kommisjonen og generaladvokaten

Forslag til avgjørelse fra generaladvokaten i sak C-26/03 *Stadt Halle*, fremsatt den 23. september 2004.

Commission's staff working paper, SEC (2011) 1169 final.

Litteratur

Arnesen, Finn og Are Steinvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, (Oslo 2015).

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement – regulation in the EU and UK*, vol. 1, 3. Utgave (England 2014).

Bjella, Kristin, Heddy Ludviksen og Janicke Wiggen, *Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid – Forholdet til norske interkommunale selskapsordninger*, rapport til Kommunal- og moderniseringsdepartementet 2014.

Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger* (Oslo 2013).

Goller, Morten mfl. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utgave (Oslo 2017).

Jacobsen, Peter, Sune Poulsen og Simon Kalsmose-Hjelmborg, *EU Udbudsretten*, 3. utgave, (Danmark 2016).

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011).

Treumer, Steen (red.) *Udbudsloven*, (Danmark 2016).

Tue, Anders, Anne Buan og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, (Oslo 2013).

Weltzien, Kurt, «Ulovfestet egenregi i klassisk sektor», *Lov og rett* 2008 s. 483-496.

Wiggen, Janicke, *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor – kontraktsbegrepets grenser*, (Oslo 2013).

Wiggen, Janicke, *Public Procurement law and public-public co-operation: Reduced flexibility, but greater legal certainty ahead? The Commission's Staff Working Paper on the application of the EU public procurement law to relations between contracting authorities and the 2011 proposal for a new Directive*. *Public Law Review*, 5. Utgave (2012).

Ølykke, Risvik og Tvarnø (red.) *EU Procurement Directives – Modernisation, Growth & Innovation. Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives*, (Danmark 2012).

Nettsteder/veileder

<https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar> (sist lest 13.04.2018).

Nærings- og fiskeridepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, (2017)

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/>

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, *Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne* (2016)

<https://www.bedreudbud.dk/files/media/documents/vejledninger/Udbudsloven%20-%20Vejledning%20om%20udbudsreglerne.pdf>