

# Offentlige anskaffelser – ulovfestede kriterier for tildeling i egenregi



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 680  
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 17569 ord

17.11.2010

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>Oppgavens tema</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>Rettskildene</b>	<b>2</b>
1.2.1	Relevante rettskilder for temaet egenregi	2
1.2.2	Nærmere om praksis fra EU-domstolen	4
<b>1.3</b>	<b>Avgrensning og videre fremstilling</b>	<b>7</b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>EGENTLIG EGENREGI – TILDELING AV OPPGAVER INNENFOR SAMME RETTSSUBJEKT</u></b>	<b><u>9</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Det rettslige utgangspunkt</b>	<b>9</b>
<b>2.2</b>	<b>Kommunal- og fylkeskommunal produksjon</b>	<b>10</b>
2.2.1	Rettssubjektsgrensen	10
2.2.2	Nærmere om Hamburg-dommen	13
<b>2.3</b>	<b>Statlig produksjon</b>	<b>15</b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>UTVIDET EGENREGI – TILDELING AV OPPGAVER TIL ET SELVSTENDIG RETTSSUBJEKT</u></b>	<b><u>18</u></b>
<b>3.1</b>	<b>Det rettslige utgangspunkt</b>	<b>18</b>
<b>3.2</b>	<b>Aktivitetskriteriet</b>	<b>21</b>
3.2.1	Hoveddelen av sin aktivitet rettet mot oppdragsgiver	21
3.2.2	Kvantitativt om aktivitetskravet	22
3.2.3	Kvalitative momenter	27
<b>3.3</b>	<b>Kontrollkriteriet</b>	<b>30</b>
3.3.1	Konkret helhetsvurdering	30
3.3.2	Betydningen av formell rettslig organisering	31
3.3.3	Privat eierskap	36
3.3.3.1	Privat kapital allerede når kontrakten tildeles	36

3.3.3.2	Når privat kapital er en konkret mulighet	37
3.3.3.3	Privat deleierskap etter at en kontrakt er tildelt	39
3.3.3.4	Den doble prosedyre ved offentlig-privat samarbeid	41
3.3.4	Kontroll utøvd i fellesskap	44
3.3.4.1	Er identifikasjon mellom oppdragsgivere mulig?	44
3.3.4.2	Andre vilkår for identifikasjon?	48
3.3.5	Selveiende institusjoner	51
3.3.6	Enhetens markedsorientering og selvstendige handlefrihet	54
3.3.7	Virksomhetens formål	57
3.3.8	Andre kvalifiserende momenter?	63

---

**4    KILDER    **65****

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Temaet for denne oppgaven er i hvilken grad fellesskapsrettens regler og prinsipper begrenser offentlige myndigheters mulighet til å gjøre anskaffelser i egenregi.

For at fellesskapsrettens regler og prinsipper om offentlige anskaffelser skal komme til anvendelse er det i prinsippet tilstrekkelig at det inngås en gjensidig bebyrdende kontrakt mellom en offentlig oppdragstaker og et selvstendig rettssubjekt. Så lenge den offentlige oppgave tildeles innenfor samme juridiske person vil forholdet falle utenfor virkeområde til anskaffelsesreglene. Det blir dermed viktig å avgjøre hvem som regnes som ett og samme rettssubjekt i forhold til disse reglene.

EU-domstolen har gjennom flere avgjørelser oppstilt en modifikasjon til utgangspunktet om at rettssubjektsgrensen er avgjørende.<sup>1</sup> I visse tilfeller hvor det foreligger en sterk organisatorisk binding mellom kontraktspartene kan forholdet likevel falle utenfor virkeområdet til anskaffelsesreglene selv om kontrakten inngås med en selvstendig juridisk person. Begrunnelsen bygger på at slik virksomhet i realiteten også kan være offentlig myndighetsutøvelse, og kan sies å innebære en respekt for nasjonale myndigheters ulike organisatoriske tradisjoner i offentlig sektor.

De nærmere vilkårene for tildele en offentlig kontrakt til et selvstendig rettssubjekt, uten forutgående konkurranse, forutsetter blant annet at det føres en kontroll med den selvstendige enhet som tilsvarer den kontroll som føres med egne tjenestegrenser.

---

<sup>1</sup> EU-domstolen omtales i det følgende også som ”Domstolen”

Det er ikke gitt særlige regler om egenregi. Begrepet ”egenregi” er heller ikke definert verken i direktivene eller den norske lovgivningen som implementerer disse.<sup>2</sup>

I engelsk terminologi brukes ofte betegnelsen ”in-house production” eller ”in-house arrangements”. Et forhold hvor det tildeles en offentlig oppgave innenfor ett og samme rettssubjekt omtales som ”egentlig egenregi”. Inngås det en gjensidig bebyrdende kontrakt med en selvstendig juridisk enhet i henhold til de nærmere vilkår, omtales forholdet som ”utvidet egenregi”.

## 1.2 Rettskildene

### 1.2.1 Relevante rettskilder for temaet egenregi

EU-domstolens praksis på dette området er den dominerende rettskilden.

EØS-loven, EØS-avtalens artikkel 65, samt EØS-avtalens øvrige bestemmelser danner rammeverket i de norske reglene om offentlige anskaffelser. Skulle det oppstå konflikt med øvrige norske bestemmelser, følger det at EØS-loven § 2 at bestemmelser som tjener til oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen går foran. For øvrig vil både presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform tolkning kunne gi viktige bidrag ved behandling av EØS-rettslige spørsmål.

Norsk lovgivning bygger i tillegg på direktiv 2004/18/EF for klassisk sektor (anskaffelsesdirektivet), samt direktiv 2004/17/EF for forsyningssektoren (forsyningsdirektivet).<sup>3</sup>

Artiklene 18, 49 og 56 i EU-traktaten vil være av særlig interesse hvor tilfellene faller utenfor anvendelsesområdet til de nevnte direktiver.<sup>4</sup> Det samme gjelder de alminnelige prinsipper og hensyn som disse bestemmelsene er et spesifikt uttrykk for. Dette vil i

---

<sup>2</sup> Kommisjonen foreslo ved revideringen av anskaffelsesdirektivene som ble slutført i 2004 å lovfeste egenregiunntaket, men det ble ikke oppnådd enighet i Rådet om de nærmere vilkår. Se KOM/2003/0503 endelig.

<sup>3</sup> Direktiv 2004/18 samler de tre tidligere direktivene for klassisk sektor

<sup>4</sup> Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte fikk ny nummerering med Lisboa-traktaten

hovedsak være likebehandlingsprinsippet, prinsippet om forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, samt hensynet til gjennomsiktighet.

Norsk lovgivning om offentlige anskaffelser er gitt ved

- lov om offentlige anskaffelser 16.07.1999 nr. 69
- forskrift om offentlige anskaffelser 07.04.2006 nr. 402 (anskaffelsesforskriften)
- forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene 07.04.2006 nr. 403 (forsyningsforskriften)

Vurderingen av om vilkårene for utvidet egenregi er oppfylt forutsetter blant annet at nasjonal selskapslovgivning undersøkes. I tillegg må også annen lovgivning som kan belyse hvilken kontroll som føres med den selvstendige enhet analyseres. Foruten norsk selskapslovgivning, vil aktuelle lover i denne sammenheng være blant annet kommuneloven (lov 25.09.1992 nr. 107) og lov om interkommunale selskaper (lov 29.01 1999 nr. 6).

Norske forarbeider vil være relevante rettskilder, men ettersom reglene om egenregi i stor grad bygger på ulovfestet rett vil de bare i liten grad gi bidrag for å klargjøre gjeldende rett. I forhold til kommunalt og interkommunalt samarbeid vil Ot. prp. nr. 53 1997/98 (om lov om interkommunale selskaper og lov om endringer i kommuneloven mm.) kunne gi bidrag for hvor rettssubjektsgrensen går.

Det finnes lite veiledning i norske høyesterettsdommer om grensen for tildeling i egenregi, men problemstillingen berøres av mindretallet i Rt. 2007.983. Det nærmere innholdet i dommen behandles senere.

Som et supplement til norske domstoler håndhever KOFA brudd på anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter.<sup>5</sup> I mangel av annen norsk domstolspraksis vil denne rettskilden kunne gi veiledning for å fastlegge gjeldende norsk rett på dette felt. Også avgjørelser etter de tidligere anskaffelsesforskriftene vil være relevante.

---

<sup>5</sup> KOFA har myndighet gjennom FOR 2002-11-15 nr. 1288: Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser

Videre vil departementenes korrespondanse og veiledning om anskaffelsesreglene være relevante rettskilder. Fornøyings- og administrasjonsdepartementet publiserte i 2006 ”Veileder til reglene om offentlige anskaffelser”. Veilederens rettskildemessige vekt må nok anses for begrenset, men kan likevel gi viktige bidrag der rettstilstanden synes uklar. Tilsvarende kan nok sies om de argumenter som hentes fra ulike brev departementene har skrevet for å klargjøre hvordan anskaffelsesreglene skal tolkes, eksempelvis spørsmålet om staten, i denne sammenheng, vil være å anse som ett rettssubjekt.

For øvrig vil norsk og EU/EØS-rettslig litteratur på området også være relevante rettskilder. Den raske utviklingen av vilkårene gjennom praksis fra EU-domstolen gjør det imidlertid nødvendig å stille seg kritisk til de argumenter som utledes fra denne rettskildefaktoren. Ofte vil spørsmål som drøftes bli presisert nærmere av EU-domstolen gjennom senere praksis, noe som vil begrense hvilken vekt juridisk teori kan gis i harmoniseringsprosessen.

### 1.2.2 Nærmere om praksis fra EU-domstolen

Ettersom praksis fra EU-domstolen står sentralt i vurderingen av hvor grensen går for tildeling i egenregi, synes det hensiktsmessig å redegjøre for hvorfor denne praksis også er viktig for norsk rett.

Gjennom homogenitetsmålsetningen i EØS-avtalen, EØS art. 6 og ODA art. 3, er momenter hentet fra EU-domstolens praksis uttrykkelig gjort til relevante og tungtveiende argumenter også ved løsningen av tolkningsspørsmål EØS-avtalen gir grunnlag for.<sup>6</sup> Dette gjelder dessuten avgjørelser fra Førsteinstansretten.<sup>7</sup> Strengt tatt følger det av EØS-avtalens artikkel 6 og ODA artikkel 3 at bestemmelsene i disse avtalene skal fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser EU-domstolen har truffet *før* undertegningen av EØS-avtalen. Det blir likevel i begge bestemmelsene tatt

---

<sup>6</sup> Sejersted mfl. ”EØS-rett” 2004 s. 216

<sup>7</sup> Se blant annet uttalelse av EFTA-domstolen i REC 1994-95 s. 59

et forbehold om den fremtidige utvikling av denne rettspraksis. Dette er viktig for å overholde hensynet til ensartede regler i hele EU/EØS-området.

Høyesterett har i flere saker berørt spørsmålet om hvilken relevans og vekt etterfølgende praksis fra EU-domstolen har for norsk rett. Ofte vises det uttrykkelig til det nevnte skjæringspunktet uten at drøftelsen bærer preg av at skillet har noen praktisk betydning.<sup>8</sup> Heller ikke EFTA-domstolen synes å legge noen vekt på dette skillet.<sup>9</sup>

Homogenitetsmålsetningen fremgår av EØS-avtalens artikkel 1 og fortalens punkt 16. Selv om EØS-avtalen har blitt kraftig utvidet med en rekke rettsakter fra EU-institusjonene, har hoveddelen i EØS-avtalen ikke blitt endret og utviklet på samme måte som EU-traktatene. EØS-avtalens anvendelsesområde er dessuten betydelig snevrere enn EU-traktatens. Overfor ESA og EFTA-domstolen har Norge en rekke ganger hevdet at EØS-avtalen ikke er like inngripende i norsk rett som EU-traktatene er i medlemsstatenes nasjonale rett. I praksis har det likevel vært vanskelig å nå frem med en slik argumentasjon.

EØS-avtalen skal tolkes dynamisk og ensartet med EU. Dette forutsetter at EU-domstolen aksepteres som en viktig institusjon for å utvikle fellesskapsretten. Videre innebærer det også at nasjonale rettsmyndigheter i EU/EØS-samarbeidet må tilnærme seg den særlige juridiske metode EU-domstolen anvender. Selv om det eksisterer ulike rettslige tradisjoner i medlemsstatene, skal disse rettskildemessige forskjellene ikke overdrives. Likevel vil det være aktuelt å se hvordan Domstolen selv bruker tidligere praksis i sin argumentasjon.

I juridisk teori har det blitt hevdet at EU-domstolen inntar en friere holdning til sine tidligere avgjørelser enn eksempelvis norske og engelske domstoler.<sup>10</sup> Til tross for dette

---

<sup>8</sup> Se blant annet Rt. 1997 s. 1954 Løten kommune, Rt. 1997 s. 1965 Eidesund og Rt. 1999 s. 977 Nemko

<sup>9</sup> Slik også Sejersted mfl. "EØS-rett" 2004 s. 203

<sup>10</sup> "EU LAW" 10th edition 2009 Josephine Steiner og Lorna Woods s. 45, samt Sejersted mfl. "EØS rett" 2004 s. 214. I hvilken grad tradisjonell norsk juridisk metode er i endring er et stort tema. For ytterligere litteratur, se blant annet Finn Arnesen og Are Stenvik "Internasjonalisering og juridisk metode" 2009 s. 21 flg.



formelle utgangspunktet synes det lite tvilsomt at Domstolen i praksis stort sett følger sine tidligere uttalelser ved å tillegge dem stor vekt i harmoniseringsprosessen. Derimot vil nasjonale forarbeiders relevans og vekt være kraftig svekket. I den grad forarbeider til rettsakter i EU i det hele tatt kan brukes, tillegges disse normalt liten vekt. Ordlyden i rettsaktene tillegges vanligvis mindre vekt enn de ordlyden i norsk lovgivning har. Grunnen til dette er blant annet at rettsaktene ofte kan sees som et resultat av et politisk kompromiss. Generelle rettsgrunnsetninger og prinsipper vil derimot være svært sentrale for å sikre en ensartet tolkning av fellesskapsretten.

EU-domstolen har forskjellige oppgaver avhengig av hvilken type sak de behandler. Dette vil være aktuelt å se på når argumenter hentet herfra harmoniseres mot det øvrige rettskildematerialet. Ofte avgjør ikke EU-domstolen saken, men nøyer seg med å avgi en generell tolkningsuttalelse om hvordan fellesskapsretten er å forstå. Det blir da opp til de nasjonale domstolene å anvende tolkningsuttalelsene på den aktuelle tvisten. En slik arbeidsfordeling følger av EU-traktaten artikkel 267. Selv om EU-domstolen ikke formelt avgjør saken er det naturligvis en annen sak at slike tolkningsuttalelser i realiteten avgjør saken for den nasjonale rett. Vilkårene for tildeling i utvidet egenregi er i stor grad utviklet gjennom generelle tolkningsuttalelser. Disse vil ha vesentlig vekt når norsk rett på dette området skal klargjøres.

Avgjørelsens karakter vil kunne ha betydning for den rettskildemessige vekten. Blant annet vil EU-domstolens sammensetning i den enkelte sak kunne gi indikasjoner på hvilken vekt avgjørelsen bør tillegges.<sup>11</sup>

Videre vil dommens alder være aktuelt å se på og om den føyer seg inn i rekken av tidligere avgjørelser. En dom som følges opp av flere tilsvarende uttalelser vil gi en sterkere indikasjon på hvor grensene går enn én enkeltstående dom som avviker fra tidligere praksis. Det kan også være av betydning i hvilken avdeling dommen er avsagt.

---

<sup>11</sup> Sejersted mfl. ”EØS-rett” 2004 s. 214 og 215. Her henvises det også til reglene i EU-domstolens statutter art. 16 og prosessreglementets kap. 2 a.

Avgjørelser behandlet i storkammer eller plenum vil gi indikasjoner på at saken er særlig viktig for å tolke fellesskapsretten.

Generaladvokaten er en institusjon som ikke har noen parallell i norsk rettsvesen. I henhold til EU-traktaten artikkel 252 er generaladvokatene fullstendig upartisk og uavhengige, og skal bistå EU-domstolen med begrunnede forslag til avgjørelse i en viss type saker. Argumenter hentet fra denne forberedelsen av saken vil være rettskildemessig relevant, men hvilken vekt den har varierer.<sup>12</sup>

EU-domstolens avgjørelser publiseres normalt sett på medlemsstatenes språk. Det er imidlertid bare versjonen av dommen på prosessspråket som er ”autentisk”. Enkelte ganger kan det være hensiktsmessig å sammenholde flere språkversjoner for å avklare innholdet i uttalelsene.

### 1.3 Avgrensning og videre fremstilling

Temaet egenregi kan sies å oppstille flere problemstillinger enn det oppgavens omfang tillater å behandle. Det vil således ikke redegjøres for WTOs regelverk om offentlige anskaffelser. Det samme gjelder frihandelsavtaler og konvensjoner Norge er bundet av som berører prosedyrene for offentlige anskaffelser. Videre faller skatte- og avgiftsmessige problemstillinger knyttet til grensen for egenregi utenfor denne oppgavens tema. Rettskildemessige spørsmål knyttet til en eventuell avvikende praktisering av rettssubjektsgrensen og de øvrige vilkårene for egenregi, vil kun i liten grad bli behandlet.

I hvilken grad offentlige myndigheter kan avlyse en påbegynt anbudskonkurranse, for deretter å tildele oppgaven direkte til en selvstendig samarbeidsenhet er et sentralt, men for omfattende spørsmål å drøfte her. Tilsvarende avgrenses det mot problematikken knyttet til internbud. Heller ikke grensen mot ulovlig statsstøtte vil bli behandlet.

I det følgende vil fremstillingen bygge på en todeling. Først redegjøres det for regelverket ved tildeling av kontrakter innenfor ett og samme rettssubjekt, såkalt

---

<sup>12</sup> Sejersted mfl. ”EØS-rett” 2004 s. 131

egentlig egenregi. Her vil det blant annet fokuseres på hvem som i forhold til fellesskapsrettens anskaffelsesregler må regnes som en juridisk person.

Deretter vil de nærmere vilkårene for såkalt utvidet egenregi behandles. Praksis fra EU-domstolen vil være svært sentral i fremstillingen og avgjørelser som kan bidra til hvordan regelverket skal forstås vil forsøkes analysert og harmonisert med det øvrige rettskildematerialet.

## 2 Egentlig egenregi – tildeling av oppgaver innenfor samme rettssubjekt

### 2.1 Det rettslige utgangspunkt

Når oppgaver tildeles internt innen ett og samme rettssubjekt er utgangspunktet som nevnt innledningsvis at dette faller utenfor anskaffelsesreglene. Forholdet vil da ikke omfattes av det fellesskapsretten er ment å skulle regulere, men anses som et indre anliggende for offentlige myndigheter.

Et eksempel på dette kan være at en kommune som ønsker å bygge om den kommunale svømmehallen, gjør dette ved hjelp av egne ansatte og egne ressurser i park- og idrettsetaten. Slike disposisjoner gjennomfører kommunen i kraft av sin forvaltningsmessige kompetanse, gjennom pålegg, instruks eller vedtak. Hvorvidt avtaleformen benyttes, er ikke dette avgjørende. Det rettslige vurderingstema vil likevel være om det er inngått en gjensidig bebyrdende avtale mellom to forskjellige juridiske personer.

Grunnlaget for å si at fellesskapsretten ikke er ment å skulle gripe inn i nasjonale myndigheters valgfrihet ved organisering av offentlig sektor følger blant annet av EØS-avtalens artikkel 125. Her fremgår det at EØS-avtalen på ingen måte skal berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten. Tilsvarende bestemmelse finnes i EU-traktaten artikkel 345. Også bestemmelser i Lisboa-traktaten har vært anført som argument for at fellesskapsretten viderefører respekten for medlemsstatenes ulike organisatoriske tradisjoner i offentlig sektor.<sup>13</sup>

I avgjørelsen Teckal ble følgende spørsmål stilt:

---

<sup>13</sup>Blant annet anført av interesseorganisasjonen for regionale og lokale myndigheter i Europa, Council of European Municipalities and Regions (CEMR)

”For så vidt angår spørsmålet, om der foreligger en aftale, må den nationale ret undersøge, om der er indgået en aftale mellem to forskellige personer.”<sup>14</sup>

I norsk rett har det vært vanlig å se dette som et spørsmål om hva som er et ”selvstendig rettssubjekt”. Et selvstendig rettssubjekt vil i likhet med en juridisk person ha egne rettigheter og plikter. Normalt vil ikke avgrensningen by på problemer, men i visse tvilsomme tilfeller må det foretas en konkret vurdering. En annen sak er at grensen som trekkes opp i én sammenheng ikke nødvendigvis er sammenfallende med det som må legges til grunn i forhold til fellesskapsrettens anskaffelsesregler.

## 2.2 Kommunal- og fylkeskommunal produksjon

### 2.2.1 Rettssubjektsgrensen

Kommuner–og fylkeskommuner er etter norsk rett selvstendige rettssubjekter. Dette innebærer at avtaler mellom kommuner anses som gjensidig bebyrdende kontrakter som i utgangspunktet omfattes av regelverket.

Et spørsmål har likevel vært reist om kommuner kan utføre egenregiarbeid på vegne av hverandre ut i fra det synspunkt at de begge er offentlige myndigheter.

Dette har blitt svart benektende av EU-domstolen blant annet i Kommisjonen mot Spania.<sup>15</sup> Her ble det konkludert med at Spania opprettholdt en nasjonal lovgivning som var i strid med fellesskapsretten nettopp på grunn av at den tillot selvstendige offentlige enheter å kontrahere med hverandre uten kunngjøring. Tilsvarende løsning er fulgt opp i Kommisjonen mot Tyskland (heretter ”Hamburg-dommen”) hvor det uttales at den omstendighet at leverandøren er et offentlig organ, adskilt fra oppdragsgiver, ikke er til hinder for anvendelsen av anskaffelsesregelverket.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Sak C-107/98 avsnitt 49

<sup>15</sup> Sak C-84/03 avsnitt 38 og 40

<sup>16</sup> Sak C-480/06 avsnitt 33

Problemstillingen ble også berørt i KOFA sak 2005/240.<sup>17</sup> Bergen kommune hadde kunngjort en rammeavtale for teletrafikk-løsninger. I kunngjøringen fremgikk det at Bergen kommune var oppdragsgiver, men i konkurransegrunnlaget var det åpnet for at også andre nærliggende kommuner kunne knytte seg til rammeavtalen. KOFA kom til at det ville innebære en ulovlig direkteanskaffelse om andre kommuner sluttet til seg rammeavtalen uten at anskaffelsen for deres del var kunngjort. Avgjørelsen ble fulgt opp i senere praksis av klagenemnda.<sup>18</sup>

Løsningen medfører at samarbeid etter såkalte vertskommunemodeller ikke vil kunne skje uten kunngjøring. For eksempel vil en kommune som ønsker å kjøpe renovasjonstjenester fra en annen kommune i utgangspunktet måtte legge oppdraget ut på anbud dersom de aktuelle terskelverdier er overskredet. Et annet eksempel er at kommuner med egen eiendomsavdeling ikke kan prosjektere bygninger for en annen kommune uten at regelverket kommer til anvendelse.

Mer uklart kan det være om underliggende etater, avdelinger og nemnder, i forhold til anskaffelsesregelverket, må anses som selvstendige juridiske personer. Etter omstendighetene kan det anføres at disse er organisatorisk og økonomisk knyttet til den enkelte kommune eller fylkeskommune i en slik grad at de må regnes som en del av det samme rettssubjektet.

I KOFA sak 2003/2 ble ”Bærum kommune, Eiendomsforvaltningen” innklaget til KOFA av ”Bærum kommune, Prosjekt og utbygging”. Sistnevnte var en virksomhet regnet som en del av den samme kommunen og foretaket mente det urettmessig var blitt holdt utenfor en anbudskonkurranse. Spørsmålet KOFA måtte ta stilling til var følgende om klager skulle gis klagerett overfor en annen etat i Bærum kommune. Til dette konkluderte KOFA med at klager og innklagede i denne saken var del av samme juridiske person både økonomisk og organisatorisk, og ville ikke kunne inngå kontrakter med hverandre som kunne håndheves for domstolene. Det forelå etter dette

---

<sup>17</sup> Se særlig avsnitt 36

<sup>18</sup> KOFA-sak 2005/251 ”IKT-Agder” avsnitt 27

ikke klagerett. Hadde kommunen overlatt til etaten å utføre oppdraget ville forholdet blitt å betrakte som egenregi.

Også i norske forarbeider er det lagt til grunn at underliggende etater og nemnder i kommuner og fylkeskommuner ikke regnes som selvstendige rettssubjekter.

Når det gjelder kommunale og fylkeskommunale foretak, følger det av kommuneloven § 61 at disse er en del av kommunen eller fylkeskommunen. At tilsvarende oppfatning må legges til grunn i forhold til anskaffelsesregelverket, følger av Ot.prp. nr. 53 1997/98 og er i tillegg lagt til grunn i departementets veileder og korrespondanse, samt i juridisk teori.<sup>19</sup>

Interkommunale selskaper har tradisjonelt blitt regnet for å være egne rettssubjekter. Dette er lagt til grunn Rt.1997.623 hvor et interkommunalt pedagogisk – psykologisk distriktssenter med eget styre ble ansett for å være et eget rettssubjekt. At slike selskaper er en selvstendig juridisk enhet, følger videre av Ot.prp. nr. 53 1997/98. Tilsvarende løsning synes udiskutabelt å være lagt til grunn i juridisk litteratur. Et annet spørsmål er naturligvis om slike selskaper kan unngå kunngjøringsplikt dersom de nærmere vilkårene for utvidet egenregi er oppfylt. Dette vil bli behandlet senere.

Et særskilt spørsmål er om det kan tenkes tilfeller som ikke vil regnes som egenregi til tross for at det er leveranser fra ett og samme rettssubjekt, dersom enheten som leverer ytelsen har en stor grad av selvstendighet i forhold til oppdragsgiver.

Dragsten antar at spørsmålet kan være aktuelt, men at det skal mye til før det ikke foreligger egenregi i slike tilfeller.<sup>20</sup> Amdal/Roll-Matthiesen mener det avgjørende må være om den aktuelle anskaffelsen forutsetter en sivilrettslig avtaleregulering.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Se Dragsten "Offentlige anskaffelser" 2005 (kommentarutg.) s. 427

<sup>20</sup> Dragsten "Offentlige anskaffelser" 2005 kommentarutg. s. 429.

<sup>21</sup> Amdal/Roll-Matthiesen s. 116. Spørsmålet er også behandlet i Nämnden för offentlig upphandling til Högsta Domstolen av 25. september 2003.

### 2.2.2 Nærmere om Hamburg-dommen<sup>22</sup>

I Hamburg-dommen hevdet Kommisjonen at Tyskland hadde foretatt traktatbrudd ved å tillate direkte tildeling av en avtale i 1995 til et slags kommunalt foretak kalt ”Hamburg kommunes gaterengjøringstjeneste”. Tyskland anførte at avtalen var et resultat av en intern transaksjon i forvaltningen og at den derfor falt utenfor virkeområde til direktiv 92/50.

Oppdragsgiverne var fire tyske forvaltningsdistrikter, herunder Hamburg by. Enheten skulle drive et nyetablert avfallsforbrenningsanlegg og motta avfall fra de fire distriktene for å utnytte kapasiteten maksimalt. Til gjengjeld skulle distriktene overføre et årlig vederlag til enheten. Det var ubestridt at avtalen skulle vurderes som et resultat av iverksettelsen av et interkommunalt samarbeid. Videre synes det å ha vært enighet om at det ikke ble ført noen kontroll med oppdragstaker, men at partene i avtalen utøvde gjensidig kontroll med hverandre.

Det problematiske med denne saken sammenliknet med tidligere avgjørelser var at samarbeidsenheten ”Hamburg kommunes gaterengjøringstjeneste”, verken kunne regnes som et eget rettssubjekt eller for å tilhøre samme juridiske person som noen av forvaltningsdistriktene. Det var dermed valgt en slags mellomløsning for det offentlige samarbeidet. Forvaltningsdistriktene kunne ikke uttrykkelig sies å gjøre arbeider i egenregi på vegne av hverandre, men det var heller ikke opprettet et selvstendig rettssubjekt som skulle forestå leveransene.

EU-domstolen tilnærmet seg problemet ved å henvise til Kommisjonen mot Spania<sup>23</sup> og bemerket at selv om leverandøren skulle anses som et offentlig organ ville ikke dette i seg selv utelukke anvendelsen av det aktuelle direktivet. Etter å ha konstatert at det ikke føres noen kontroll av oppdragsgiverne som tilsvarer den som føres med egne tjenestegrener, fokuserer Domstolen på den aktuelle avtalen. Det gjøres dermed ikke noe forsøk på å drøfte det faktiske forholdet etter kontroll- og aktivitetskriteriene

---

<sup>22</sup> Sak C-480/06 Kommisjonen mot Tyskland (storkammer)

<sup>23</sup> Sak C-84/03 avsnitt 40



(nærmere om kriteriene under punkt 3). EU-domstolen kom samlet til at Tyskland ikke hadde brutt regelverket, men hvordan dommen skal tolkes er omstritt.

I en artikkel publisert i *Public Procurement Law Review* stiller Kristian Pedersen og Erik Olsson spørsmålet om avgjørelsen åpner for en ny tilnærming til egenregilæren. Det anføres at EU-domstolen ikke fravek tidligere praksis ettersom det ikke ble gjort noe forsøk på å strekke rekkevidden av kriteriene utover sine logiske grenser. I stedet oppstilte Domstolen en ny vurderingsmåte som er anvendelig også på rene kontraktsmessige forhold. Det blir understreket at de nye vurderingstemaene deler de samme underliggende hensyn som kriteriene i Teckal-saken, og at avgjørelsen kan innebære en tilsvarende modifikasjon for ikke-institusjonaliserte samarbeid som Teckal-kriteriene hadde for institusjonaliserte samarbeidsprosjekter.<sup>24</sup>

Det kan se ut som EU-domstolen forbeholder seg retten til å avgjøre saker om direkte tildeling av offentlige kontrakter ved å analysere den aktuelle avtale, når rettssubjektsgrensen er uklar, eller det foreligger særlige omstendigheter som ikke gjør det hensiktsmessig å se på den kontroll som føres. Om Hamburg-dommen skal tolkes som at det ble oppstilt en ny vurderingsmåte for tilsvarende kommunale samarbeidsprosjekter vil uansett være vanskelig å si noe klart om før et slikt syn er fulgt opp også i senere avgjørelser. I den etterfølgende Sea-saken ble de tradisjonelle kriteriene fra Teckal-dommen gjentatt og gjort til vurderingstema. De samme kriterier ble også nevnt i avgjørelsen Acoset. Det kan dermed sies at EU-domstolen ikke har fraveket anvendelsen av kontrollkriteriet og aktivitetskriteriet i etterfølgende saker.

Samlet sett må det kunne sies at Domstolen i Hamburg-saken viser en noe større vilje til å akseptere lokale myndigheters behov for fleksibilitet i organiseringen av offentlig virksomhet.

---

<sup>24</sup> *Public Procurement Law Review* 2010 nr. 1 “Commission v Germany – a new approach to in-house providing?”

### 2.3 Statlig produksjon

Selv om staten i henhold til norsk rett i en del henseender anses som en enhet, kan det stilles spørsmål om staten i forhold til fellesskapsrettens anskaffelsesregler kan betraktes som én enkelt juridisk person.

EU-domstolen har så langt ikke tatt stilling til dette spørsmålet.

I KOFA sak 2005/251 IKT-Agder ble det lagt til grunn at statsforvaltningen i forhold til anskaffelsesreglene i utgangspunktet konstitusjonelt, formelt og prosessuelt må anses som ett rettssubjekt.<sup>25</sup>

I et brev fra Næringsdepartementet til Samferdselsdepartementet datert juli 2000 ble det lagt til grunn at statlig forvaltningsvirksomhet som ikke er skilt ut i egne rettssubjekter kan utveksle ytelser uten konkurranse fra markedet. Begrunnelsen synes å være at staten er organisert slik at de fleste av forvaltningsorganene og mange av produksjonsenhetene ikke er skilt ut med egen formuesmasse som innretningen råder over. I tillegg vises det til at staten hefter med én formuesmasse direkte for alle enhetene. Som eksempler nevnes departementene, underliggende etater og direktorater.

Dette synet følges opp i et brev fra Administrasjons- og fornyingsdepartementet til Finansdepartementet datert januar 2005. Det uttales følgende:

”Departementets standpunkt er at staten må regnes som en juridisk person. ... Det juridiske utgangspunktet er altså klart; staten har mulighet til å kjøpe varer og tjenester fra egne etater, som SSØ, uten konkurranse. Regelverket for offentlige anskaffelser gjelder ikke for interne avtaler i staten”.<sup>26</sup>

I Administrasjons- og fornyingsdepartementets ”Veileder til reglene om offentlige anskaffelser” fra 2006 uttales det at staten i Norge er å anse som en juridisk person.

---

<sup>25</sup> Avsnitt 27

<sup>26</sup> Denne uttalelsen førte til at NHO innklaget Departementet til ESA for en uriktig oppfatning og praktisering av anskaffelsesregelverket.

Videre sies det at departementer, underliggende etater, direktorater og forvaltningsbedrifter er en del av statens juridiske person, og at anskaffelser innenfor staten kan foretas i egenregi.

En mer restriktiv fortolkning er lagt til grunn av den danske konkurrencestyrelsen. I deres ”Vejledning til udbudsdirektiverne” fra juni 2006 uttales følgende:

”Selv om staten efter dansk retspraksis i andre relationer anses for at være en enhed, så kan staten dog i relation til udbudsreglerne ikke betragtes som en enkelt juridisk person. Det enkelte ministerområde med tilhørende styrelser betragtes dog som en enhed, fordi institutionerne er under en enkelt ministers instruktionsbeføjelse.”

I Danmark praktiseres formodentlig altså det syn at hvert enkelt ministerområde med tilhørende underliggende etater, regnes som en enhet i forhold til egenregiarbeid.

I Sverige opereres det med et særlig vilkår for å benytte egenregi utover egen forvaltningsavdeling. Før det gjøres en beslutning om å utføre en oppgave i egenregi, skal det vurderes om det aktuelle statlige organet som skal utføre oppgaven har særskilte forutsetninger for å utføre oppgaven.<sup>27</sup>

Dragsten behandler også spørsmålet om staten er å anse som én juridisk person i forhold til anskaffelsesreglene, men lar løsningen stå åpen.<sup>28</sup>

I tilfeller hvor leverandøren har en svært selvstendig stilling i forhold til oppdragsgiver vil det også her kunne anføres at det bør foretas en nærmere vurdering av om ytelsene gir et reelt uttrykk for offentlig virksomhet, og i hvilken grad de eventuelt dreier konkurransen i markedet.

---

<sup>27</sup> I Sverige førte en avgjørelse fra Regeringsrätten (RÅ 2008 ref 26) til en lovendring basert på kriteriene fra EU-domstolen. Det er nå nedsatt et statlig utvalg i Sverige som skal se nærmere på spørsmålene knyttet til egenregi.

<sup>28</sup> Dragsten ”Offentlige anskaffelser” kommentarutg. 2005 s. 427

Samlet sett må nok staten i forhold til fellesskapsrettens anbudsprosedyrer i utgangspunktet regnes for å være ett rettssubjekt i henhold til norsk gjeldende rett. Det kan likevel ikke utelukkes at en slik oppfatning i fremtiden vil bli ansett for å være avvikende fra fellesskapsretten. I så fall vil det kunne spørres om EØS-avtalen gir rom for en avvikende praktisering av denne rettssubjektsgrensen enn det som praktiseres i de enkelte medlemstater i EU. Disse spørsmålene kan for øvrig også stilles mer generelt om det foreligger avvik mellom norsk praktisering av egenregilæren og EU-rettens tilsvarende lære. På grunn av omfanget vil slike spørsmål som nevnt falle utenfor denne fremstillingen.

Når det gjelder aksjeselskaper med statlig eierskap, stiftelser og selskaper med begrenset ansvar overfor staten, blir disse ansett for å være selvstendige rettssubjekter. De vil dermed ikke være en del av statens juridiske person.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Se ”Veileder til reglene om offentlige anskaffelser” 2006 punkt. 3.1.4

### **3 Utvidet egenregi – tildeling av oppgaver til et selvstendig rettssubjekt**

#### **3.1 Det rettslige utgangspunkt**

Utgangspunktet når det inngås en gjensidig bebyrdende kontrakt med en selvstendig juridisk person er som tidligere nevnt at kontrakten skal kunngjøres. I Teckal-saken åpnet imidlertid EU-domstolen for første gang for at rettssubjektsgrensen ikke alltid er avgjørende. Forutsetningen er for det første at den offentlige oppdragsgiveren fører en kontroll med den selvstendige juridiske enhet som tilsvarer den kontroll den fører med sine egne tjenestegrener. Dette omtales som kontrollkriteriet (punkt 3.3 nedenfor).

I tillegg må enheten utføre hovedparten av sin virksomhet sammen med den eller de lokale sammenslutninger den eies av. Dette kalles ofte aktivitetskriteriet (se punkt 3.2 nedenfor). Vurderingen av de to vilkårene vil i alle tilfeller være en konkret helhetsvurdering.

Det nærmere saksforholdet i Teckal-dommen var at flere italienske kommuner hadde gått sammen om opprettelsen av en interkommunal samarbeidsenhet, kalt "AGAC". Denne skulle levere nærmere angitte offentlige tjenesteytelser, bl.a. gass – og varmforsyning til private husstander og virksomheter. Viano kommune, som var en deltagerne i dette samarbeidet, tildelte en kontrakt til AGAC uten å avholde anbudskonkurranse. Dette medførte at Teckal, et privat selskap, gikk til søksmål mot kommunen, og hevdet at anbudsprosedurene i henhold til anskaffelsesdirektivene skulle vært fulgt.

EU-domstolen uttalte at det prinsipielt er tilstrekkelig for at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse at det blir inngått en avtale mellom

”på den ene side en lokal myndighet og på den anden side en fra denne myndighet juridisk forskjellig person”.

Deretter gav imidlertid Domstolen uttrykk for en modifikasjon av dette utgangspunktet:

”Forholdet vil alene kunne bedømmes annerledes, såfremt den lokale myndighet både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågjældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.”<sup>30</sup>

Det ble dermed åpnet for at tildeling av offentlige oppgaver til selvstendige rettssubjekter fortsatt vil bli sett på som offentlig virksomhet dersom de nærmere vilkårene er oppfylt.

Modifikasjonen må sees i lys av de siste tiårs effektivisering av offentlig sektor, i kombinasjon med fremveksten av et sterkere markedsrettslig regelverk. Offentlige myndigheter kan ønske å benytte nye organisasjonsstrukturer og virkemidler uten å miste muligheten til å beholde virksomhetsområder for seg selv.

Særlig på kommunalt nivå har stordriftsfordeler blitt trukket frem som viktige hensyn som taler for å utvide egenregibegrepet. Blant annet har interesseorganisasjonen for regionale og lokale myndigheter i Europa, Council of European Municipalities and Regions (CEMR), en rekke ganger tatt til ordet for å gi kommuner større frihet til å organisere sin virksomhet slik de selv ønsker.

Det ble i Teckal-saken ikke presisert ytterligere hva som ligger i vilkårene, bortsett fra at det var uten betydning om leverandøren selv var en ordregivende myndighet.<sup>31</sup> Senere har det imidlertid EU-domstolen kommet med viktige tolkningsbidrag for å klarlegge innholdet nærmere. Blant annet har det blitt slått fast at de nevnte kriterier er relevante for alle de tre innkjøpsdirektivene som nå er samlet i direktiv 2004/18.<sup>32</sup> I

---

<sup>30</sup> Sak C-107/98 avsnitt 50

<sup>31</sup> Avsnitt 51

<sup>32</sup> Se bl.a. sak C-84/03 Kommisjonen mot Spania avsnitt 39 (vedrørende dir. 93/36), samt sak C-26/03 Stadt Halle avsnitt 49 (vedrørende dir.92/50)

tillegg ble det i Acoset-saken uttalt at kriteriene er relevant også for tolkningen av direktiv 2004/17.<sup>33</sup>

EU-domstolen har gjentatt flere ganger at unntak fra anskaffelsesdirektivene skal tolkes innskrenkende og restriktivt, noe som også vil være av betydning for hvordan vilkårene for utvidet egenregi skal tolkes. Det er også viktig å være oppmerksom på at bevisbyrden for at de nærmere vilkår er oppfylt påhviler den som påberoper seg utvidet egenregi.<sup>34</sup>

Når både kontrollkriteriet og aktivitetskriteriet er oppfylt innebærer dette at heller ikke artiklene 12, 43 eller 49 i EU-traktaten må overholdes (for Norges del de tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalen). Det samme vil gjelde for de alminnelige prinsipper som disse artiklene er et spesifikt uttrykk for.<sup>35</sup> Dette er viktig å bemerke ettersom kontrakter som faller utenfor anvendelsesområdet til anskaffelsesdirektivene, likevel kan være underlagt nærmere regler og prinsipper. Dette vil for eksempel gjelde for tjenstekonsesjonskontrakter, som uttrykkelig er unntatt fra både direktiv 2004/17 og direktiv 2004/18. Ved tildeling av slike kontrakter er norske offentlige myndigheter i utgangspunktet forpliktet til å overholde EØS-avtalens grunnleggende bestemmelser og de prinsipper som kan utledes av EU-traktaten.<sup>36</sup>

For norsk retts vedkommende har spørsmålet om anvendelsen av anskaffelsesloven ved leveranser i utvidet egenregi vært berørt av både KOFA og Høyesterett. Særlig har det vært en problemstilling om offentlige myndigheter i slike tilfeller er fritatt fra å følge de nærmere krav og prinsipper som følger av lovens § 5, blant annet kravet om at enhver anskaffelse så langt som mulig skal være basert på konkurranse.

I KOFA sak 2003/243 uttales følgende om anskaffelseslovens virkeområde ved leveranser i utvidet egenregi:

---

<sup>33</sup> Sak C-196/08 avsnitt 52

<sup>34</sup> Se bl.a. sak C-26/03 Stadt Halle avsnitt 46

<sup>35</sup> Sak C-573/07 Sea avsnitt 40 og sak C-196/08 Acoset avsnitt 51

<sup>36</sup> Bl.a. sak C-410/04 ANAV avsnitt 18 og sak C-196/08 Acoset avsnitt 46

”I forhold til anskaffelseslovens krav om konkurranse i § 5, er det derimot isolert sett vanskelig å utlede unntak for egenregi. Klagenemnda er imidlertid kommet til at § 5 må tolkes slik at unntak for egenregi også må gjelde her, og at omfanget av unntaket, i mangel av andre holdepunkter, må tilsvare unntakene etter forsyningsforskriften og anskaffelsesforskriften.”<sup>37</sup>

En slik oppfatning av gjeldende rett har senere vært fulgt opp i flere saker av klagenemnda. I KOFA-sak 2005/251 fant klagenemnda grunn til å knytte noen bemerkninger til de særlige rettskildespørsmål som oppstår ved bruk av EU-domstolens praksis. Etter å ha sammenliknet vilkår i Ot.prp. 53 1997-98 med de kriterier som ble oppstilt i Teckal-saken, anså KOFA det hensiktsmessig å legge til grunn en presumsjon om at anskaffelsesloven og de nærmere krav utledet av lovens § 5 ikke er ment å skulle avvike fra EØS-retten. Loven måtte dermed tilpasses føringer fra EU-domstolen.

At kontrakter tildelt i henhold til vilkårene for utvidet egenregi faller utenfor virkeområde til anskaffelsesloven kan også sies å følge av Rt. 2007 s.983. Her fant mindretallet det hensiktsmessig å henvise til den nevnte KOFA-sak 2005/251. Begge disse sistnevnte sakene vil bli nærmere behandlet under spørsmålet om identifikasjon.

## 3.2 Aktivitetskriteriet

### 3.2.1 Hoveddelen av sin aktivitet rettet mot oppdragsgiver

I likhet med kontrollkriteriet har også aktivitetskriteriet<sup>38</sup> sin opprinnelse i Teckaldommen. Den selvstendige enhet måtte etter denne dommen utføre

”hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.”<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Selv om både EU-domstolen og juridisk teori ofte kaller modifikasjonen i Teckal-sakens avsnitt 50 for et unntak, er dette strengt tatt ikke en helt presis beskrivelse av forholdet. Det synes mer treffende å si at tildeling av offentlige kontrakter i utvidet egenregi faller utenfor virkeområde til fellesskapsrettens regler og prinsipper om offentlige anskaffelser.

<sup>38</sup> Omtales noen ganger som ”omsetningskriteriet”



Begrunnelsen for vilkåret er først og fremst at det skal hindre at selskapet får en konkurransemessig fordel i forhold til andre aktører som opererer i det samme markedet. Dersom enkelte aktører slipper å konkurrere om kontrakter med offentlige myndigheter, oppstår faren for at disse kan benytte overskudd fra den delen av virksomheten som ikke er konkurranseutsatt, til å krysssubsidiere virksomhet i det kommersielle markedet.

I Carbotermo-dommen påpekes det at kontrollkriteriet alene ikke er tilstrekkelig for å sikre en effektiv konkurranse fordi den utskilte enhet ikke nødvendigvis blir fratatt sin handlefrihet av den myndighet den eies av, når den kan utøve en vesentlig del av sin økonomiske aktivitet med andre aktører.<sup>40</sup> Aktivitetskriteriet er dermed også nært knyttet til den vurdering som gjøres i forhold til graden av det kontraherende selskaps selvstendige handlefrihet.

I Carbotermo-saken ble det lagt til grunn at en ikke bare skal se matematisk på omsetningstall, men at det må foretas en konkret vurdering hvor alle omstendigheter tas i betraktning, både kvalitative og kvantitative.<sup>41</sup> Dette har blitt fulgt opp i senere praksis.

### 3.2.2 Kvantitativt om aktivitetskravet

Spørsmålet som skal behandles i det følgende er hvor stor del av omsetningen den selvstendige enheten må utføre overfor oppdragsgiver for å kunne tildeles oppdrag i utvidet egenregi.

Det er ikke angitt noe eksakt tall på hvor stor prosentvis andel av omsetningen som må utføres mot oppdragsgiver for å tilfredsstille vilkåret. Ut i fra ordlyden ”hoveddelen” må den aktuelle omsetningen i alle fall overstige 50 %. Aktivitetskriteriet er imidlertid

---

<sup>39</sup> Avsnitt 50

<sup>40</sup> Sak C-340/04 avsnitt 61

<sup>41</sup> Carbotermo avsnitt 64

ikke entydig formulert i praksis fra EU-domstolen. I avgjørelsen Carbotermo formuleres vilkåret slik:

”... såfremt denne virksomheds aktivitet hovedsagelig er bestemt for denne myndighed, idet enhver anden aktivitet kun har marginal karakter.”<sup>42</sup>

Av denne dommen legges det opp til både en positiv og en negativ vurdering av kriteriet. Den negative vurderingen det legges opp til ved at øvrig aktivitet kun må ha ”marginal karakter” tilsier her at aktivitetskriteriet skal tolkes strengere enn det som ble lagt til grunn i Teckal-saken. Carbotermo-dommen kan dermed sies å tale for at omsetningen overfor oppdragsgiverne må være betydelig høyere enn 50 %.

Ettersom forsyningsdirektivet opererer med en lovfestet grense på 80/20 ble det av mange hevdet at denne kunne brukes analogisk innenfor klassisk sektor. Spørsmålet var oppe i Carbotermo-dommen, men ble besvart benektende med den begrunnelse at unntak fra direktivene skal tolkes strengt og at et slikt unntak for klassisk sektor bevisst var utelatt ved samordningen av direktivene i 2004.<sup>43</sup>

Graver antar i en artikkel fra 2005 at den lovfestede regelen fra forsyningssektoren likevel kan gi veiledning i forhold til de klassiske sektorer til tross for at den bevisst ble utelatt fra anskaffelsesdirektivet.<sup>44</sup>

I departementets ”Veileder til reglene om offentlige anskaffelser” anføres det at en absolutt fastsatt grense ikke vil være naturlig, fordi hver enkelt situasjon i henhold til rettspraksis fra EU-domstolen må vurderes konkret.

Asemfo/Tragsa-saken må også kunne sies å gi bidrag til hvordan aktivitetskriteriet skal tolkes.<sup>45</sup> Saksforholdet var her at den spanske stat og fire selvstendige regioner hadde

---

<sup>42</sup> Sak C-340/04 avsnitt 63

<sup>43</sup> Sak C-340/04 Carbotermo avsnitt 55 og 56

<sup>44</sup>Hans Petter Graver, Tidsskrift for rettsvitenskap 2005 nr. 01-02 ”Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid s.173. Artikkelen er skrevet før Carbotermo-dommen (dommen avsagt 2006)

opprettet et selvstendig samarbeidsorgan som skulle være en tjenesteyter innen blant annet landbruk, skogbruk og forvaltning av naturressurser. Den utskilte enheten ble ansett for å utføre i gjennomsnitt mer enn 55 % av sin virksomhet med de selvstyrende regionene og ca. 35 % med staten. Til sammen var altså 90 % av aktiviteten rettet mot oppdragsgiverne, mens bare 10 % var rettet mot det øvrige markedet. Dette ble ansett for å oppfylle vilkåret om at ”hoveddelen” av selskapets virksomhet var rettet mot oppdragsgiverne.

Weltzien har anført at man etter Asemfo/Tragsa-dommen opererer med en 90/10 – regel i klassisk sektor når det gjelder forståelsen av begrepet ”hoveddelen”.<sup>46</sup>

I Sea-dommen uttalte EU-domstolen at enheten må utføre ”hovedparten af sin virksomhed” overfor oppdragsgiver, men i tillegg ble henvist til Carbotermo-dommens uttrykksmåte om aktivitet av ”marginal karakter”.<sup>47</sup> Videre ble aktivitetskriteriet i større grad enn tidligere trukket inn i vurderingen av kontrollkriteriet, særlig for å tilbakevise påstander om at eksistensen av øvrig omsetning utelukket den nødvendige kontroll. Det ble uttalt at kontrollen kunne anses for tilstrekkelig når:

”det nævnte selskabs aktivitet er begrænset til de nævnte myndigheders område og i det væsentligste udføres til fordel for disse...”<sup>48</sup>

Den kvantitative delen av aktivitetskriteriet formuleres her som at enheten ”i det vesentlige” må utføres sin aktivitet overfor de ordregivende myndigheter.

Denne formuleringen ble imidlertid ikke gjentatt i den etterfølgende Acoset-saken. Her var EU-domstolen igjen tilbake til formuleringen om at enheten må utføre ”hoveddelen” av sin virksomhet overfor sine eiere.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> C-295/05

<sup>46</sup> Lov og rett 2008 nr. 8 s.494

<sup>47</sup> Sak C-573/07 avsnitt 36 og 80

<sup>48</sup> Avsnitt 90

<sup>49</sup> Sak C-196/08 avsnitt 51

Samlet sett synes rettskildebilde å lede til at det ikke kan oppstilles en eksakt grense for hvor omfattende de øvrige markedsaktivitetene kan være, men at en regel på 90/10 vil kunne godtas dersom også de kvalitative forholdene tilsier at vilkåret er oppfylt. Etter omstendighetene kan formodentlig omsetning ned mot 80/20 godtas dersom sterke kvalitative argumenter taler for dette, men en slik løsning er mer usikker og vil måtte avklares nærmere av EU-domstolen.

Særskilte spørsmål ved beregningen av den kvantitative omsetning oppstår i de tilfeller leverandøren ikke leverer direkte til oppdragsgiver, men eksempelvis også til private kunder. Problemstillingen blir da for det første om det har noen betydning at den ordregivende myndighet ikke mottar ytelsen selv, men at den går til andre brukere. Dersom dette ikke er avgjørende, kan det spørres hvem som eventuelt skal identifiseres med oppdragsgiver i denne sammenheng, og om det har noen betydning hvem som betaler leverandøren.

Spørsmålene ble berørt av EU-domstolen i Carbotermo-saken. Saksforholdet var her at en selvstendig enhet hadde omsetning innen energiforsyning og drift av varmeinstallasjoner for så vel offentlige som private kunder. Selve energiforsyningen skjedde overfor beboere i kommunale gårder, som også betalte for leveransene, mens drift og vedlikehold av varmeinstallasjonene var kommunens ansvar og betalt av kommunen. Problemstillingen ble dermed om omsetningen overfor kommunen var begrenset til det kommunen betalte for, eller om den også omfattet energileveranser overfor beboerne.

EU-domstolen fastslo at den relevante omsetningen var alle de aktiviteter det utskilte selskapet utførte som ledd i det aktuelle oppdraget som var tildelt fra oppdragsgiver. Det var i den sammenheng uten betydning hvem som betalte vederlaget, eller på hvilket område ytelsene ble levert.<sup>50</sup>

En slik oppfatning er også lagt til grunn i departementets veileder til anskaffelsesreglene, og synes å gi uttrykk for gjeldende rett.

---

<sup>50</sup>Sak C-340/04 Carbotermo avsnitt 67

I veilederen behandles også spørsmålet om omsetningsvurderingen gjelder alle typer aktiviteter enheten utfører.

Som eksempel nevnes det at dersom selskapet driver med aktiviteter innen både søppel, parkering og bredbånd må dette sees sammen. Det er etter departementets syn ikke mulig å oppfylle vilkårene for utvidet egenregi kun for aktiviteten knyttet til håndtering av søppel, uten samtidig å oppfylle vilkårene for bredbånd og parkering.

Denne løsningen synes å være en underliggende forutsetning ved drøftelsen av vilkårene for utvidet egenregi. Særlig kommer dette klart frem i Parking Brixen-saken hvor selskapet utførte forskjellige typer aktiviteter. Det samme kan sies om Coditel Brabant-dommen. Rettstekniske hensyn taler for å vurdere selskapets aktiviteter samlet når kontrollkriteriet og aktivitetskriteriet drøftes. Totalt sett anes dette å være i samsvar med gjeldende rett.

I Carbotermo-dommen ble det problematisert hvordan vurderingen skal gjøres når flere offentlige myndigheter i fellesskap besitter eierskapet til en utskilt enhet. Er det den aktivitet leverandøren utfører sammen med samtlige eiere som skal tas i betraktning, eller er det kun den omsetning som utføres sammen med den myndighet som i det foreliggende tilfelle opptrer som ordregivende myndighet som er relevant?

Til dette uttalte retten:

”Såfremt flere myndigheder ejer en virksomhed, kan betingelsen om hovedparten af dens aktivitet være opfyldt, hvis denne virksomhed udfører hovedparten af sin aktivitet, ikke nødvendigvis sammen med den ene eller den anden af disse myndigheder, men sammen med samtlige disse myndigheder. Den aktivitet, der skal tages i betragtning, såfremt en virksomhed ejes af flere myndigheder, er følgelig den, som denne virksomhed udfører sammen med samtlige disse myndigheder.”<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Carbotermo avsnitt 70 og 71.

Tilsvarende løsning ble senere fulgt opp i Asemfo/Tragsa-saken.<sup>52</sup>

Dersom det er flere kontrollerende myndigheter, vil gjeldende rett etter denne praksis være at omsetningen vurderes samlet for disse.

### 3.2.3 Kvalitative momenter

På bakgrunn av det som ble uttalt i Carbotermo-dommen skal det ved vurderingen av aktivitetskriteriet også foretas en gjennomgang av alle relevante kvalitative momenter. Vurderingstemaet er fortsatt om det selvstendige rettssubjektet som mottar oppdrag i utvidet egenregi utfører:

”hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.”<sup>53</sup>

En annen måte å se problemstillingen på er hvilke omstendigheter som kan gjøre det hensiktsmessig for den selvstendige enhet å utføre oppdrag også for andre enn sine eiere, og i hvilken grad slike leveranser påvirker den frie konkurranse i det indre marked.

I tillegg til å utgjøre en del av aktivitetskriteriet vil kvalitative momenter i denne sammenheng også kunne være relevant for kontrollvurderingen. Synspunktet her vil være at eierne utøver en form for kontroll over foretaket gjennom bestillerrollen, men at denne kontrollen svekkes når enheten tar oppdrag også fra andre. Relevansen av slike momenter for begge kriteriene var særlig fremtredende i Sea-saken hvor drøftelsen i større grad enn tidligere ble behandlet under ett. Det synes likevel hensiktsmessig å opprettholde en todeling av vilkårene for utvidet egenregi. Terminologien er innarbeidet i juridisk teori og skaper ryddighet og oversikt i fremstillingen.

---

<sup>52</sup> Sak C-295/05 ” avsnitt 62

<sup>53</sup> Teckal-saken avsnitt 50

Det finnes ulike kvalitative momenter i vurderingen av aktivitetskriteriet. Et relevant moment er enhetens markedsposisjon. Eksisterer det konkurrerende selskaper som kan utføre den samme ytelsen, vil aktivitetskriteriet kunne være vanskeligere å oppfylle. Grunnen til dette er som nevnt at en monopolliknende situasjon kan gjøre det mulig for det kontraherende selskap å bruke overskudd herfra til å subsidiere mer konkurranseutsatte deler av virksomheten. Det kan også oppstå fare for at selskapet får for godt betalt for sine ytelser, som igjen vil kunne skape problemer i forhold til reglene om ulovlig statstøtte. Disse reglene faller som nevnt utenfor oppgavens tema.

Gjelder kontrakten derimot en ytelse som ikke kan utføres av markedet, vil dette tale til oppdragsgivernes fordel. Det kan også ha betydning om eventuelle konkurrenter er offentlige virksomheter eller private aktører. Der det private markedet kan utføre tilsvarende ytelser er utvidet egenregi vanskeligere enn om det utelukkende er andre offentlige aktører som alternative leverandører.

EU-domstolen har flere ganger fremhevet betydningen av enhetens geografiske virkeområde. Ved regionalt samarbeid vil vilkårene for utvidet egenregi være lettere å oppfylle der det kontraherende selskap kun forestår leveranser innenfor område til oppdragsgiverne. En avgjørelse hvor dette momentet ble vektlagt er Parking Brixen-saken.<sup>54</sup>

Her medførte omdannelsen av en offentlig virksomhet til et aksjeselskap til at selskapets aktivitetsområde ble vesentlig utvidet. Tidligere opererte selskapet kun innenfor område Gemeinde Brixen, men etter opprettelsen av aksjeselskapet kunne selskapet utøve virksomhet på lokalt, nasjonalt og internasjonalt plan. Utvidelsen av det geografiske område for selskapets aktiviteter til hele Italia og utlandet, ble ansett å gi selskapet en langt større selvstendighet enn tidligere, noe som talte mot utvidet egenregi.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> C-458/03

<sup>55</sup> Sak C-458/03 avsnitt 20 og 67

Et annet moment vil være karakteren av de aktiviteter enheten utfører for andre enn sine eiere. Dersom denne aktiviteten er av utpreget kommersiell karakter, kan dette gi selskapet en større grad av selvstendighet og dermed svekke muligheten for å motta oppdrag uten konkurranse. Dette synspunktet fremgår klarere når momentet drøftes i kontrollvurderingen, men vil også ha en viss relevans i forhold til aktivitetskriteriet.

I Parking Brixen-saken skulle det kontraherende aksjeselskapet også forestå driften av nye aktiviteter utover sine tidligere tradisjonelle oppgaver. Blant annet omfattet det nye virksomhetsområdet informasjonsteknologi og telekommunikasjon. Tidligere ytelser var blant annet levert innen energiforsyning, veiarbeid og avfallshåndtering. I denne saken ble dermed den omstendighet at selskapet skulle utføre aktiviteter som skilte seg noe fra enhetens kjernevirksomhet brukt som et moment mot utvidet egenregi.

Videre vil det kunne være av betydning om enhetens øvrige aktiviteter har privat etterspørsel eller offentlig etterspørsel. Leveranser til andre offentlige myndigheter vil nok lettere bli akseptert enn hvor enheten tar oppdrag fra næringslivet.

Til illustrasjon kan det nevnes et eksempel hentet fra en veiledende uttalelse gitt av den danske konkurrenssstyrelsen i februar 2010. Det konkrete eksempelet knytter seg til tildeling av kommunale kontrakter til selveiende institusjoner, men synes å kunne illustrere mer generelt en form for offentlig etterspørsel.

Dansk lovgivning inneholder regler om fritt sykehjemvalg, noe som innebærer at borgerne også har valgfrihet på tvers av kommunegrensene. Dersom et sykehjem drevet av flere kommuner i fellesskap skulle betjene personer fra andre kommuner enn de som er med i samarbeidet, vil dette innebære at sykehjemmet utfører aktivitet for også andre kommuner. I et slikt tilfelle vil den øvrige aktivitet være knyttet til offentlig etterspørsel, noe som vil kunne tale for at aktivitetskriteriet er oppfylt.

Øvrig aktivitet som skyldes privat etterspørsel vil ikke alltid være et moment som taler mot oppdragsgiverne. Dersom en slik kommersiell aktivitet er begrunnet i hensyn til rasjonell drift, vil dette kunne anses fornuftig og hensiktsmessig. Dette vil særlig være aktuelt hvor selskapet utnytter eventuell ledig overskuddskapasitet fra



kjernevirksomheten til å utføre en annen type aktivitet for andre oppdragsgivere. Slike synspunkter vil ofte være begrunnet i hensynet til effektivitet og økt fortjeneste.

For å illustrere dette poenget kan det nevnes et eksempel hentet fra departementets ”Veileder til reglene om offentlige anskaffelser”. Det tas her utgangspunkt i at det fiktive interkommunale selskapet ”Rent og ryddig IKS” har blitt tildelt en offentlig kontrakt uten konkurranse. Selskapet skulle i henhold til kontrakten samle inn og behandle husholdningsavfallet til alle husholdninger i kommune A:

”Kommune A ligger avsidesliggende til på en øy og har et spredt bosetningsmønster. Når søppelbilen er ute og kjører sine ulike ruter har den derfor tilgjengelig kapasitet som den ikke får utnyttet. For å utnytte denne tilleggskapasiteten rasjonelt, tar søppelbilen også med seg næringsavfall for det lokale næringslivet langs ruten som den likevel kjører for å samle inn husholdningsavfallet. ”Rent og ryddig IKS” får dermed utnyttet overskuddskapasitet innenfor sitt geografiske område.”

I dette tilfelle talte praktiske hensyn og hensynet til rasjonell drift for å godta øvrig aktivitet av kommersiell karakter. Formodentlig vil også eventuelle miljømessige gevinster ved en fornuftig utnyttelse av tilleggskapasitet kunne være et relevant moment.

### 3.3 Kontrollkriteriet

#### 3.3.1 Konkret helhetsvurdering

Som nevnt tidligere stilles det også krav til den kontroll som føres med den selvstendige enheten. Utgangspunktet som ble oppstilt i Teckal-dommen er at den ordregivende myndigheten må ha en kontroll over det selvstendige rettssubjektet

”... som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene...”

Hvordan kontrollbegrepet skal forstås, er vanskelig å trekke ut av ordlyden, og innholdet av kriteriet har således vært omstridt. I en rekke saker har EU-domstolen

kommet med viktige tolkningsbidrag hvor formuleringen av utgangspunktet stort sett har vært i samsvar med det som ble uttrykt i Teckal.

Det er på det rene at det må foretas en konkret totalvurdering hvor samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstendigheter tas i betraktning. Kontrollen skal være av en slik karakter at det er mulig for den ordregivende myndighet å påvirke selskapets beslutninger. Innflytelsen skal være bestemmende både i forhold til de strategiske målsetninger og selskapets konkrete beslutninger.<sup>56</sup>

### 3.3.2 Betydningen av formell rettslig organisering

Det var etter Teckal-saken en viss tvil knyttet til spørsmålet om bruk av aksjeselskapsformen i seg selv kunne utelukke utvidet egenregi.

I Teckal var kontrakten tildelt et interkommunalt selskap og det ble her ikke sagt noe om kriteriene også kunne anvendes på kapitalselskaper.

I Kommisjonen mot Spania (Tragsa I) ble vilkårene for utvidet egenregi for første gang ansett oppfylt, og det kontraherende selskap var her et statlig kapitalselskap. Saksforholdet var likevel av en slik karakter at det knyttet seg tvil til hvilken overføringsverdi dommen hadde for senere saker. Blant annet har det blitt hevdet at Domstolen ikke var forelagt tilstrekkelige opplysninger om selskapets øvrige omsetning til å fastslå at vilkårene var oppfylt.<sup>57</sup>

I en rekke etterfølgende avgjørelser med aksjeselskap involvert kom EU-domstolen til at vilkårene ikke var tilstede. Begrunnelsen var likevel ikke at enhetene var rettslig organisert som kapitalselskaper og det kunne således hevdes at drøftelsene i seg selv talte for at bruk av aksjeselskapsformen ikke var utelukket.<sup>58</sup> Uttalelser i ANAV-

---

<sup>56</sup> Se bl.a. sak C-458/03 Parking Brixen avsnitt 65 og C-573/07 Sea avsnitt 65

<sup>57</sup> Sak C-349/97 avsnitt 204-206. Dommen henvises til også i Sak C-295/05 Asemfo/Tragsa blant annet i avsnitt 23

<sup>58</sup> I Sea-saken henvises det til Sak C-410/04 ANAV for å understreke at spørsmålet har vært berørt av EU-domstolen tidligere.

dommen syntes å tale for at EU-domstolen ikke la avgjørende vekt på at den kontraherende enhet var et aksjeselskap.<sup>59</sup>

I Asemfo/Tragsa-saken var aksjeselskapet Tragsa igjen i sentrum. Denne gang hadde et privat selskap påklaget tildelingen av en kontrakt med påstand om at den var i strid med prinsippene om inngåelse av offentlige innkjøpsavtaler og fri konkurranse. Også denne gangen kom EU-domstolen til at vilkårene for utvidet egenregi var tilstede.

I Hamburg-dommen uttalte EU-domstolen at fellesskapsretten ikke inneholder en forpliktelse for myndighetene til å anvende en særlig rettslig form for å sikre utøvelsen av offentlige oppgaver.<sup>60</sup> Denne uttalelsen ble fulgt opp i Sea-saken hvor det uttrykkelig ble uttalt at bruk av et kapitalselskap som det kontraherende selskap på ingen måte utelukker anvendelsen av vilkårene for utvidet egenregi.<sup>61</sup>

På bakgrunn av denne praksis kan det slås fast at aksjeselskapsformen ikke utelukker leveranser til oppdragsgiver i utvidet egenregi.

I forlengelsen av denne vurderingen kan det spørres om en kontroll som føres etter nasjonal selskapslovgivning er tilstrekkelig til å oppfylle kontrollvilkåret.

Spørsmålet har vært berørt i flere saker forelagt EU-domstolen, blant annet i Parking Brixen-saken. Her var problemstillingen om en kontroll som i det vesentlige var begrenset til en selskapsrettslig kontroll, ville oppfylle kontrollkriteriet.

Forholdet var at en kommune hadde opprettet et aksjeselskap og tildelt dette diverse kontrakter, herunder en konsesjonskontrakt om drift av et parkeringsanlegg. Denne sistnevnte avtalen ble påklaget av et annet konkurrerende selskap, som mente konsesjonskontrakten var underlagt nærmere regler og prinsipper om bl.a. likebehandling. Kommunen hadde tidligere henlagt driften av visse lokale offentlige

---

<sup>59</sup> Sak C-410/04 (Avgjørelsen blir også henvist til av Domstolen i Sea-saken uten at det blir eksplisitt nevnt hvilke avsnitter det siktes til)

<sup>60</sup> Sak C-480/06 avsnitt 47

<sup>61</sup> Sak C-573/07 avsnitt 41 (Domstolen henviser her til uttalelser i Anav-dommen)

tjenester til en særskilt kommunal virksomhet, utskilt som en egen juridisk person. Det var denne kommunale enheten som var blitt omgjort til et aksjeselskap og tildelt den problematiske konsesjonskontrakten.

EU-domstolen uttalte at omdannelsen av den kommunale virksomheten til et aksjeselskap, medførte at selskapet nå hadde fått en kontraktsmessig status som gjorde kommunens kontroll tvilsom. Styret i selskapet hadde i henhold til vedtektene omfattende fullmakter til å drive selskapet, herunder å foreta enhver handling den fant nødvendig for å gjennomføre selskapets formål. Blant annet kunne ledelsen i selskapet ta beslutninger med en kostnadsramme på inntil 5 millioner euro uten forutgående godkjenning av generalforsamlingen. Dette var tegn på at selskapet hadde en høy grad av selvstendig handlefrihet i forhold til aksjonærene, ettersom den kontroll kommunen førte med aksjeselskapet i det vesentlige var begrenset til den kontroll som fulgte av selskapsretten. At kommunen, i henhold til vedtektene, kunne utpeke flertallet av medlemmene i styre ble under de nærmere omstendigheter ikke ansett tilstrekkelig til å oppfylle kontrollvilkåret.

Ut i fra denne dommen, og senere tolkningsuttalelser fra EU-domstolen, kan det slås fast at kontrollbegrepet i vurderingen av om vilkårene for egenregi er oppfylt, ikke er det samme som i selskapsretten. Det er altså ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver har alminnelig innflytelse i kraft av å eie eller kontrollere flertallet av aksjene i et selskap. En kontroll som i det vesentlige baserer seg på slik innflytelse vil tvert imot begrense muligheten for å oppfylle vilkåret.<sup>62</sup>

Dersom oppdragsgiver besitter den samlede kapitalen i den utskilte enhet vil dette være en indikasjon på at kontrollen som føres er tilstrekkelig, men ikke automatisk lede til at kriteriet er oppfylt. Dette er lagt til grunn i en rekke saker av EU-domstolen. For eksempel uttales det følgende i Carbotermo-dommen:

”Den omstændighed, at den ordregivende myndighed, alene eller sammen med andre offentlige myndigheder, besidder den samlede kapital i et kontraherende

---

<sup>62</sup> Sak C-340/04 Carbotermo avsnitt 38

selskab, tyder på, uden at være afgørende, at denne ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab, der svarer til den, som den fører med sin egne tjenestegrene...<sup>63</sup>

Fullstendig eierskap vil altså ”tyde på” at kontrollen er tilstrekkelig, men likevel bare være et moment i en større totalvurdering.

Et særskilt spørsmål er om utøvelse av eierskap gjennom en holdingstruktur svekker muligheten for kontroll.

Problemstillingen ble berørt i Carbotermo-dommen, hvor kommunen gjennom et holdingselskap kontrollerte den selvstendige enhet. EU-domstolen uttalte følgende:

”Medvirken fra en sådan mellemand kan alt efter omstændighederne i det foreliggende tilfælde afsvække den kontrol, som den ordregivende myndighed eventuelt måtte udøve med et aktieselskab blot ved at deltage i dettes kapital.”<sup>64</sup>

Denne dommen synes dermed å tale for at kontroll som føres gjennom en holdingstruktur i visse tilfeller kan svekke muligheten til oppfylle kontrollvilkåret.

Også i Asemfo/Tragsa-saken ble kontrollen i alle fall delvis ført gjennom et holdingselskap. Kontrollkriteriet ble her ansett å være oppfylt, men saksforholdet var imidlertid så særegent at det neppe kan utledes mye i forhold til spørsmålet.

Weltzien anførte i 2008 at en skal være noe forsiktig med å legge for mye vekt på det faktum at det er en holdingstruktur. Det avgjørende må være om oppdragsgiver gjennom vedtekter eller andre selskapsdokumenter har sikret seg beføyelser som går lengre enn det som følger av den alminnelige selskapsretten.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Carbotermo avsnitt 37. Uttalelsen er blant annet gjentatt i sak C-573/07 Sea avsnitt 45

<sup>64</sup> Sak C-340/04 avsnitt 39

<sup>65</sup> Lov og rett 2008 nr. 8 s. 491

Med høyde for at selskapslovgivningen i EU/EØS-området på ingen måte er totalharmonisert, kan det samlet antas at en holdingstruktur i henhold til nasjonal lovgivning, etter omstendighetene kan svekke den kontroll som føres, men at lovgivning, vedtekter eller andre forhold, likevel kan medføre at kontrollen anses tilfredsstillende.

Selv om offentlige myndigheter står fritt til anvende aksjeselskapsformen kan det spørres om vilkårene for utvidet egenregi er lettere å oppfylle hvor oppdragstaker er et interkommunalt selskap enn der enheten er et aksjeselskap.

I avgjørelsen Coditel Brabant ble tilsynelatende det faktum at leverandøren, Brutélé, var et interkommunalt selskap, brukt som et moment for at vilkårene var oppfylt.

Begrunnelsen synes å være at lovgivningen for denne type selskaper sikrer at enheten ikke utøver virksomhet som er av ervervs- eller forretningsmessig karakter. Dommen kan dermed synes å tale for at bruk interkommunale selskapsformer taler til oppdragsgivers fordel. Tilsvarende synspunkt ble etter avgjørelsen anført av Wiggen.<sup>66</sup>

Uttalelsen i Hamburg-dommen om at offentlige myndigheter ikke har noen plikt til å anvende en særlig rettslig form, kan imidlertid tyde på det motsatte. Det samme kan sies om uttalelsen i Sea-dommen om at organisering av den kontraherende enhet i et kapitalselskap på ingen måte utelukker egenregi.

Selv om et interkommunalt selskap normalt vil være underlagt særskilte regler i nasjonal lovgivning, kan det også anføres at det ikke uten videre er gitt at slike lover går lenger i å begrense selskapets handlefrihet enn aktuell aksjelovgivning. Også kommunal virksomhet kan være av forretningsmessig virksomhet, og det må tas høyde for at det eksisterer ulike organisatoriske tradisjoner for offentlig virksomhet blant medlemsstatene.

---

<sup>66</sup> Lov og rett 2009 nr. 6 "Interkommunalt samarbeid og egenregi - en avklaring fra EF-domstolen" s.358 (artikkelen ble skrevet før avgjørelsene Hamburg og Sea)

Konklusjonen blir etter dette at det synes vanskelig å utlede av EU-domstolens praksis at organisering i interkommunale selskapsformer gjør det enklere å oppfylle kontrollkriteriet enn hvor aksjeselskapsformen blir brukt. Det avgjørende vil være om de kvalifiserende momenter i vurderingen, samlet kan sies å tale for en kontroll som svarer til den som føres med egen tjenestegrener.

### 3.3.3 Privat eierskap

#### 3.3.3.1 Privat kapital allerede når kontrakten tildeles

EU-domstolen har i en rekke avgjørelser presisert at tilstedeværelsen av privat kapital i den utskilte enhet, utelukker egenregi.<sup>67</sup> Dette gjelder selv om andelen av privat virksomhet kun utgjør en minoritetsandel. Grunnen til dette er for det første at private investeringer regnes for å forfølge andre hensyn enn de som kommer til uttrykk i forholdet mellom offentlige myndigheter og deres underliggende tjenestegrener. I avgjørelsen Stadt Halle, ble det uttalt at offentlig myndighetsutøvelse styres av hensyn og krav som forfølger allmenne formål, mens private investeringer styres av vurderinger som tjener private interesser og forfølger formål av en annen karakter.<sup>68</sup>

For det andre vil privat eierskap i leverandørselskapet være i strid med målsetningen om et velfungerende indre marked med fri konkurranse, samt med prinsippet om likebehandling. En privat virksomhet som eier en andel av den halvoffentlige virksomhet, vil kunne få en konkurransefordel som andre aktører på markedet ikke har.

I Stadt Halle-dommen var saksforholdet at den offentlige oppdragsgiver hadde tildelt en offentlig kontrakt uten forutgående anbudskonkurranse, til et selskap med 75,1 % offentlig eierskap og 24,9 % privat eierskap. EU-domstolen avviste kategorisk i sin tolkningsuttalelse at vilkårene for egenregi var oppfylt, og presiserte at anskaffelsesdirektivenes anbudsregler alltid skal følges ved tildeling av tilsvarende kontrakter til slike selskaper.

---

<sup>67</sup> Bl.a. sak C-26/03 Stadt Halle avsnitt 49, samt Acoset avsnitt 53

<sup>68</sup> Avsnitt 51

I Coname-dommen<sup>69</sup> var en tjenestekonsesjonskontrakt tildelt det italienske selskapet Padania, uten forutgående anbudsrunde. Selskapet hadde kun overveidende offentlig eierskap, men det fremgår ikke av faktum hvor stor del av kapitalen som var eid av private investorer. EU-domstolen uttalte at et selskap som er åpent for privat kapital forhindrer at det kan betraktes som et organ til intern drift av en offentlig tjenesteytelse for de kommuner som eier selskapet. Kontrollkriteriet i denne saken var dermed ikke oppfylt.<sup>70</sup>

I Sea-saken ble det uttalt klart og tydelig at privat eierskap i den selvstendige enhet

”... under alle omstendigheter...” utelukker at den ordregivende myndighet kan føre en kontroll med dette selskap, som svarer til den kontroll myndigheten fører med sine egne tjenestegrener.<sup>71</sup>

Det følger altså av en entydig praksis fra EU-domstolen at selv den minste andel av privat kapital i det kontraherende selskap, utelukker at kontrollen som føres er tilstrekkelig.

### 3.3.3.2 Når privat kapital er en konkret mulighet

Et særlig spørsmål med hensyn til tilstedeværelsen av privat kapital er hvilket tidspunkt som skal legges til grunn når det avgjøres om det foreligger privat deltagelse i den utskilte enhet.

I flere saker har EU-domstolen lagt til grunn at vurderingen av om det foreligger privat eierskap i det kontraherende selskap som hovedregel skal skje på det tidspunkt tildelingen av den offentlige kontrakt finner sted.<sup>72</sup>

I de nevnte avgjørelsene var selskapene allerede privatisert på det tidspunkt tildelingen fant sted. Dersom det foreligger omstendigheter på dette tidspunkt som tyder på at

---

<sup>69</sup> Sak C-231/03

<sup>70</sup> Avsnitt 26. Avgjørelsen også kommentert i Sea-dommen avsnitt 52.

<sup>71</sup> Avsnitt 46

<sup>72</sup> Bl.a. Stadt Halle avsnitt 15 og 52, samt Sea avsnitt 47.



selskapet senere kan bli åpnet for private investorer, kan det imidlertid spørres om slike momenter vil være relevant for kontrollvurderingen.

Dersom gjeldende nasjonal lovgivning på tidspunktet for kontraktstildeling bestemmer noe om muligheten for inntreden av privat kapital, kan dette være relevant å ta hensyn til. Særlig vil dette gjelde dersom det snarlig skal foretas en åpning av selskapet for fremmedkapital. For eksempel ble den offentlige kontrakten i avgjørelsen Conamo tildelt i henhold til et nasjonalt regelverk som åpnet for private investorer i det utskilte selskapet. Om ikke selskapet allerede var delvis eid av private investorer, ville altså dette vært et relevant.<sup>73</sup>

Tilsvarende hadde det omgjorte selskapet i Parking Brixen-saken til og med en plikt til å gi adgang til kapitaltilførsel fra det private markedet innen kort tid.<sup>74</sup> Slike omstendigheter vil det være relevant å ta hensyn til, enten de følger av lovgivning eller selskapets vedtekter.

Et annet spørsmål er om det kan stilles noen kvalitative krav til slike omstendigheter, for eksempel om det må være sannsynlig med inntreden av privat kapital, eller at slik tilførsel må kunne antas å foreligge innen en viss tid etter kontraktstildeling.

Problemstillingen ble berørt i Sea-saken. Her var saksforholdet at det kontraherende selskapet "Setco" var i fullt offentlig eierskap da det ble tildelt en kontrakt uten forutgående anbudsrunde. EU-domstolen erkjente at det generelt er vanskelig å utelukke at et selskap i fremtiden kan bli solgt til en tredjemann, men at en slik mulighet i seg selv ikke kan være avgjørende for vurderingen av om kapitalen i et selskap er av offentlig karakter. Dersom dette var tilfelle ville det komme i strid med rettssikkerhetsprinsippet. For å utdype dette nærmere uttalte Domstolen at i et tilfelle hvor det selvstendige selskap fullt ut er eiet av offentlige myndigheter

---

<sup>73</sup> Sak C-231/03 Coname avsnitt 3. Se også Sea avsnitt

<sup>74</sup> Sak C-458/03 avsnitt 67 og 72

”... kan dette selskabs åbning for kapital fra private investorer kun tages i betragtning, såfremt der på det pågældende tidspunkt er en konkret udsigt til en sådan åbning, og den er snarligt forestående.”<sup>75</sup>

Videre ble det uttalt mer spesifikt om den aktuelle saken:

”Det følger heraf, at i en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor det kontraherende selskabs kapital er fuldstændigt offentlig, og hvor der ikke er noget konkret tegn på dette selskabs snarlige åbning for kapital fra private aktionærer, er den blotte mulighed for, at privatpersoner kan deltage i det pågældende selskabs kapital, ikke tilstrækkelig til at konkludere, at betingelsen om den offentlige myndigheds kontrol ikke er opfyldt.”<sup>76</sup>

Ut i fra disse uttalelsene må det kunne legges til grunn at det stilles visse krav til de omstendigheter som peker i retning av privat kapitaltilførsel. Det må foreligge ”konkrete holdepunkter” for at selskapet kommer til å åpnes for privat kapital, og denne kapitaltilførselen må være ”snarlig forestående”. Noen eksakt tidsmessig grense settes ikke, og det må antas at dette heller ikke er hensiktsmessig da kontrollkriteriet under enhver omstendighet avgjøres etter en konkret helhetsvurdering.

### 3.3.3.3 Privat deleierskap etter at en kontrakt er tildelt

Selv om hovedregelen er at vurderingen av om privat kapital foreligger hos leverandøren skal skje på tidspunktet for kontraktstildeling, kan det videre spørres om omstendigheter inntruffet etter dette tidspunktet kan føre til at kontrakten må annulleres og legges ut på anbud.

Problemstillingen var oppe i avgjørelsen *Mödling*.<sup>77</sup> Her var saksforholdet at en Østerriksk kommune opprettet et aksjeselskap, *Abfall*, som skulle ta seg av avfallsbehandling og innkjøp i denne forbindelse. Kommunen eide 100 % av aksjene da

---

<sup>75</sup> Sak C-573/07 avsnitt 50

<sup>76</sup> Avsnitt 51

<sup>77</sup> Sak C-29/04

det uten forutgående anbuds konkurranse, tildelte selskapet en kontrakt som gav det enerett til å utføre slik virksomhet innenfor kommunens område. Kun to uker senere ble imidlertid 49 % av aksjene solgt til en privat investor, noe som medførte at Kommisjonen anla søksmål mot Østerrike.

EU-domstolen uttalte at vilkårene for egenregi vanligvis skal vurderes i lys av de betingelser som foreligger på tidspunktet for tildelingen av kontrakten, men at det i denne saken var ”særlige omstendigheter” som krevde at også begivenheter etter dette tidspunkt måtte tas i betraktning. Nærmere bestemt ble det slått fast at arrangementet fremsto som en kunstig konstruksjon utført gjennom flere faser, fra opprettelsen av selskapet Abfall, til inngåelsen av kontrakten, og den etterfølgende avståelsen av 49 % av aksjene til et privat selskap. Om vurderingen i dette konkrete tilfelle ble følgende uttalt:

”Tildelingen af denne tjenesteydelseskontrakt skal derfor vurderes i lyset af alle disse faser og deres formål og ikke blot i henhold til deres rent tidsmæssige forløb...”<sup>78</sup>

Domstolen mente at det i realiteten var tildelt en offentlig kontrakt til et halvoffentlig selskap, og at vilkårene for egenregi ikke var tilstede. Østerrike ble dermed dømt for å ha tilsidesatt sine forpliktelser i henhold til det aktuelle innkjøpsdirektivet.<sup>79</sup>

I Sea-saken fulgte EU-domstolen opp dette synet. Etter å ha presisert at eierskapsvurderingen som hovedregel skal skje når kontrakten tildeles, uttales følgende:

”Undtagelsesvis kan særlige omstendigheder kræve, at begivenheder, som er indtruffet efter datoen for tildelingen af den pågældende kontrakt, tages i betragtning. Dette gælder særligt, når dele af det kontraherende selskab, der tidligere var ejet fuldstændigt af den ordregivende myndighed, er overdraget til en privat virksomhed i en kunstig selskabskonstruktion, der er dannet med

---

<sup>78</sup> Avsnitt 41

<sup>79</sup> Avsnittene 38-40

henblik på at omgå fællesskabsreglerne på dette område, kort tid efter, at den pågældende kontrakt er blevet tildelt dette selskab.”<sup>80</sup>

I begge de to foregående sakene ble det åpnet for at ”særlige omstendigheter” unntaksvis kan medføre at vurderingen må sees i en større sammenheng. Overdras deler av selskapet til en privat virksomhet kort tid etter tildeling vil dette være en relevant begivenhet. Tilsvarende vil andre forhold som fremstår som kunstige selskapskonstruksjoner eller forsøk på omgåelse av fellesskapsreglene, også kunne kvalifisere til slike omstendigheter. Dette kan for eksempel være at det kontraherende selskaps vedtekter endres etter tidspunktet for tildeling, slik at det åpnes for privat kapital.

Når det gjelder konsekvensene av den særlige etterfølgende omstendighet, må det antas at dette må vurderes konkret i forhold til hvilken begivenhet det dreier seg om. I Sea-saken ble det uttalt at den omstendighet at private aksjonærer, i løpet av kontraktens varighet, får adgang til å delta i leverandørens selskap, vil utgjøre en endring av en grunnleggende kontraktsbetingelse, som gjør det nødvendig med en anbudsprosedyre.

#### 3.3.3.4 Den doble prosedyre ved offentlig-privat samarbeid

Generelt kan det sies at fellesskapsretten ikke stenger for samarbeid mellom offentlig og privat virksomhet, men at slikt samarbeid er underlagt nærmere regler. I det følgende skal kun en spesiell problemstilling knyttet til slikt samarbeid behandles.

Spørsmålet er om en offentlig oppdragsgiver kan tildele en tjenestekonsesjonskontrakt direkte til et halvoffentlig selskap, dersom den private deltaker i selskapet tidligere har blitt utvalgt gjennom en anbudsrunde.

Et slikt forhold vil kunne falle utenfor det som tradisjonelt regnes som egenregi, av den grunn at den private deltaker i samarbeidet må utvelges gjennom en konkurranse. EU-domstolens håndtering av problemstillingen er imidlertid interessant fordi den kan si

---

<sup>80</sup> C-573/07 avsnitt 48

noe om i hvilken grad tilstedeværelsen av privat kapital utelukker at et forhold blir regnet som offentlig myndighetsutøvelse.

EU-domstolen berørte den aktuelle problemstillingen i avgjørelsen ANAV.<sup>81</sup> Her hadde den italienske kommunen De Bari tildelt en tjenstekonsesjonskontrakt om kollektivtransport til et aksjeselskap kommunen satt med fullt eierskap i. Et konkurrerende aksjeselskap stevnet både kommunen og leverandøren som hadde fått kontrakten, for en nasjonal domstol med påstand om at den aktuelle kontrakt skulle ha vært tildelt etter en forutgående anbudsrunde.

Under partenes innlegg for EU-domstolen ble det blant annet fremsatt påstander om at kommunen allerede på tidspunktet for kontraktstildelingen hadde besluttet å avstå 80 % av aksjene til en privat aktør og at det senere ble innledet en anbudsrunde med henblikk på utvelgelsen av den private majoritetsaksjonær. Dette fikk kommunen til å presisere at den hadde tatt beslutningen om å avstå deler av aksjene til et privat selskap opp til fornyet overveielse. EU-domstolen bemerket i forhold til disse anførslene at det var opp til den nasjonale domstol å avgjøre om kommunen hadde til hensikt å gi private aksjonærer adgang til det kontraherende selskaps kapital.<sup>82</sup>

Det synes som om Domstolen her uttalte seg generelt om tilstedeværelse av privat kapital og ikke kun siktet til privat deltakelse etter en anbudsrunde. Dommen kan dermed sies å tale mot å akseptere direkte tildeling av offentlige kontrakter til et selvstendig selskap hvor den private deltaker er utvalgt gjennom en anbudsrunde.

I avgjørelsen Acoset var spørsmålet igjen et tema for EU-domstolen. Saksforholdet var at en italiensk provins inngikk et samarbeid med noen kommuner om opprettelsen av et aksjeselskap som skulle ha ansvar for vannforsyning innenfor provinsens område. Det ble satt i gang en anbudskonkurranse for å velge ut en privat aktør som skulle stille med 49 % av aksjekapitalen i dette selskapet. Meningen var deretter å tildele den

---

<sup>81</sup> Sak C-410/04

<sup>82</sup> Se avsnitt 28 og 29

selvstendige samarbeidsenheten en konsesjonskontrakt uten noen ytterligere anbudsrunde.

Imidlertid var det knyttet usikkerhet til om en slik løsning ville være i strid med fellesskapsretten. Anbudskonkurransen ble derfor annullert med den følge at en av deltakerne i anbudsrunderen gikk til søksmål om erstatning. Den nasjonale rett ønsket å konsultere EU-domstolen og spørsmålet var om den modell de offentlige oppdragsgiverne opprinnelig hadde tenkt å gjennomføre var i overensstemmelse med fellesskapsretten.

EU-domstolen antok at det var tale om en tjenestekonsesjonskontrakt og bemerket at tildeling av slike kontrakter må overholde visse prinsipper dersom de nærmere vilkårene oppstilt i Teckal-saken ikke er oppfylt. Etter å ha fastslått utgangspunktet om at privat kapital utelukker en slik kvalifisert kontroll stilles det aktuelle spørsmål:

”Under disse omstendigheder skal det fastlægges mere præcist, om tildelingen af den omhandlede kontrakt om offentlige tjenesteydelser til et halvoffentligt selskab uden afholdelse af offentligt udbud er forenlig med fællesskabsretten, eftersom udbudsproceduren med henblik på udvælgelsen af den private selskabsdeltager, der skal forestå driften af den samlede vandforsyning, blev afholdt under overholdelse af artikel 43 EF og 49 EF samt principperne om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet og den forpligtelse til at sikre gennemskuelse, der følger heraf.”

Etter å ha drøftet ulike prosessøkonomiske hensyn en slik dobbelt prosedyre ville innebære fant Domstolen at en slik løsning kunne aksepteres. Det ble likevel oppstilt en forutsetning om at et slikt delprivatisert selskap utelukkende hadde et samfunnsmessig formål og at dette formålet måtte bevares gjennom hele konsesjonens varighet.<sup>83</sup>

Acoset-dommen kan sies å gi uttrykk for en noe mer liberal holdning fra EU-domstolens side når det gjelder offentlige myndigheters valgfrihet ved organisering av offentlig

---

<sup>83</sup> Sak C-196/08 Acoset avsnitt 62 og 63

virksomhet. Fortsatt synes det å være et absolutt krav om at privat kapital uten avholdelse av anbudsrunder overhode, utelukker muligheten for utvidet egenregi. For aktiviteter som utelukkende har et samfunnsmessig formål synes Acoset-saken å åpne for muligheten til tildele en konsesjonskontrakt direkte til det kontraherende selskap. Forutsetningen vil imidlertid være at den private deltaker utvelges gjennom en kvalifisert anbudsrunde i henhold til EU-traktaten og nærmere prinsipper.

Om det eksisterer noen grense for hvor stor andel en slik privat aktør kan eie av det kontraherende selskap sies det ikke noe om i dommen. Spørsmålet kan sies å være åpent og må avklares ytterligere av EU-domstolen i senere avgjørelser.

### 3.3.4 Kontroll utøvd i fellesskap

#### 3.3.4.1 Er identifikasjon mellom oppdragsgivere mulig?

I noen tilfeller velger offentlige myndigheter å samarbeide med hverandre for å utføre de oppgaver som påligger dem. På kommunalt og fylkeskommunalt nivå er samarbeid i interkommunale selskaper en mulig måte å organisere slik virksomhet. Samarbeid på oppdragsgiversiden er også mulig med Staten som en av deltagerne, for eksempel i aksjeselskaper. Slike selvstendige enheter vil som nevnt regnes som selvstendige rettssubjekter, slik at tildeling av kontrakter til disse i utgangspunktet forutsetter anbud.

Dersom myndighetene vil påberope seg utvidet egenregi, må det føres en kontroll med dette selskapet som svarer til den kontroll som føres med egne tjenestegrener. I denne forbindelse oppstår spørsmålet om kontrollen må føres individuelt av hver enkelt deltager, eller om den kan føres i fellesskap av alle disse myndigheter.

Spørsmålet var lenge uklart og ble debattert i juridisk litteratur med ulike meninger. Opphavet til uklarheten kom blant annet på grunn av formuleringen til EU-domstolen i avgjørelsen Teckal. For aktivitetskriteriet ble det her oppstilt et vilkår om at oppdragsgiver må utføre hoveddelen av sin virksomhet sammen med

”...den eller de lokale myndigheder, den ejes af.”<sup>84</sup>

For kontrollkriteriet ble det imidlertid benyttet en annen formulering, nemlig at ”den lokale myndighet” må underkaste den selvstendige juridiske person en kontroll, som svarer til den kontroll, den fører med ”sine egne” tjenestegrener.

Dommen åpnet dermed for ulike tolkningsalternativer med hensyn til spørsmålet om identifikasjon på oppdragsgiversiden. Også generaladvokatens forslag til avgjørelse bidro til uklarhet. I følge generaladvokaten var det ”tvilsomt” om Viano kommune, med en eierandel på 0,9 % i det interkommunale selskapet, kunne føre en tilstrekkelig kontroll.<sup>85</sup>

I Coname-saken fant EU-domstolen at den italienske kommunens eierandel på 0,93 % i det kontraherende selskapet, var for liten til å føre en individuell kontroll som kunne godtas. Spørsmålet om oppdragsgiverne i fellesskap kunne utføre en samlet kontroll som oppfylte kontrollvilkåret ble imidlertid ikke berørt. I juridisk teori ble det likevel anført av enkelte at saken gav uttrykk for at oppdragsgivere med små eierandeler ikke kunne identifiseres med øvrige eiere.

Spørsmålet om identifikasjon mellom oppdragsgivere ble som nevnt også berørt av Norges Høyesterett i Rt.2007 s. 983. Saken omhandlet krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse fra en av deltakerne i en anbudskonkurranse omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Høyesterett fant at anbudet som vant frem, skulle vært avvist og at saksbehandlingsfeilene samlet utgjorde vesentlige feil i anbudskonkurransen. Erstatning ble tilkjent uten at flertallet fant det nødvendig å behandle en anførsel om vilkårene for egenregi var tilstede. Det gjorde imidlertid mindretallet som sa seg enig i det syn som var lagt til grunn i KOFA-saken IKT-Agder i 2005/251. Mindretallet tok i begrunnelsen med følgende uttalelse hentet fra den nevnte saken:

---

<sup>84</sup> Sak C-107/98 avsnitt 50

<sup>85</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-107/98 avsnitt 61



”Flertallet kan ikke se at saklig begrunnet samarbeid mellom kommuner gjennom interkommunale selskaper ikke skal kunne kombineres med egenregi i de tilfellene hvor det interkommunale selskapet er opprettet med det hovedformål å dekke eierkommunenes behov, og eierkommunene samlet utøver en kontroll som er på linje med den som gjelder for interne etater.”<sup>86</sup>

Spørsmålet i den aktuelle KOFA-saken var om Arendal kommune kunne tildele et oppdrag til et interkommunalt selskap i utvidet egenregi. Kontrakten omhandlet utførelsen av drift, vedlikehold og kjøp av IKT-systemer i skolen. Arendal kommune eide 40 % av selskapet, mens øvrige eiere var Aust-Agder fylkeskommune med 36 %, Grimstad kommune med 19 %, samt Froland kommune med 5 %.

Som det fremgår av klagenemndens uttalelse i denne saken, ble det lagt vekt på at tildeling i utvidet egenregi til interkommunale selskaper kan sees på som et saklig begrunnet samarbeid mellom kommuner. Det ble videre bemerket at formålet bak reglene om offentlige anskaffelser ikke syntes å stå i veien for at flere kommuner går sammen om en rasjonell utførelse av oppgaver som hver enkelt av den kan være for liten til å utføre selv. Etter en samlet vurdering, kom klagenemnda til at det var adgang til å identifisere eierkommunene ved vurderingen av om kontrollvilkåret var oppfylt. Avgjørelsen ble avsagt under dissens.

I Asemfo/Tragsa-dommen ble vurderingen rettet mer mot den kontroll som ble ført i fellesskap av oppdragsgiverne. Tragsa hadde både statlig og kommunalt eierskap. Det fremgikk at 99 % av aksjene var eid av den spanske stat, et holdingselskap og et garantifond, mens fire selvstendige regioner eide den resterende prosenten i fellesskap. Den lokale myndighet som tildelte kontrakten, eide dermed 0,25 % av selskapet, noe som ut i fra omstendighetene i saken var tilstrekkelig til å oppfylle kontrollkriteriet. Selv om oppdragsgivernes forhold til den kontraherende enhet i dette tilfelle var svært

---

<sup>86</sup> Rt.2007.983 avsnitt 103

grundig regulert i nasjonal lovgivning, synes det likevel som at denne dommen mer generelt taler for å akseptere identifikasjon av flere oppdragsgivere.<sup>87</sup>

Etter avgjørelsen Coditel-Brabant ble en slik oppfatning enda klarere.<sup>88</sup> Denne saken har i juridisk teori blitt fremhevet som avklarende i forhold til spørsmålet om identifikasjon på oppdragsgiversiden, ettersom løsningen i Asemfo/Tragsa-saken var nært knyttet opp mot faktum i saken, og således kunne sies å ha noe begrenset overføringsverdi for senere dommer.<sup>89</sup>

Samarbeidet i Coditel-saken var knyttet til et belgisk interkommunalt selskap, Brutélé, som utelukkende var eid av flere kommuner og sammenslutninger av kommuner. Selskapet skulle blant annet forestå driften av kabeltv-nettet for deltakerne. En annen kommune, commune d'Uccle, kjøpte seg inn i Brutélé og tildelte selskapet en tjenestekonsesjonskontrakt uten å gjennomføre en anbudskonkurranse. Et konkurrerende selskap, Coditel, mente tildelingen av kontrakten ikke var i overensstemmelse med fellesskapsrettens krav til likebehandling og gjennomsiktighet, og gikk til søksmål mot blant annet commune d'Uccle.

Et av hovedspørsmålene EU-domstolen var bedt om å ta stilling til, var om eierne kunne føre en kontroll med selskapet i fellesskap, eller om det var nødvendig for hver av dem å føre en individuell kontroll. Domstolen henviste til avgjørelsen Asemfo/Tragsa, og uttalte videre:

”... i det tilfælde, hvor en offentlig myndighed tilslutter sig et interkommunalt andelsselskab, hvis deltagere alle er offentlige myndigheder, med henblik på at overdrage dette selskab driften af en offentlig tjeneste, kan den kontrol, som de myndigheder, der er tilsluttet dette selskab, fører med det, for at kunne betegnes

---

<sup>87</sup> Sak C-295/05 avsnitt 58-61. Også Weltzien anførte i Lov og rett 2008 nr. 8 s. 490 at dommen må leses slik at oppdragsgiverne i fellesskap førte en kvalifisert kontroll.

<sup>88</sup> Sak C-324/07

<sup>89</sup> Lov og rett 2009 nr.6 Wiggen s. 347-348

som svarende til den kontroll, den fører med sine egne tjenestegrene, føres i fællesskab af disse myndigheder...”<sup>90</sup>

Det ble dermed uttalt tydelig at det ikke stilles krav til individuell kontroll såfremt den kontroll som føres i fellesskap, er tilfredsstillende. Tilsvarende løsning er fulgt opp i Sea-dommen.<sup>91</sup> Begrunnelsen synes å bygge på en erkjennelse av at det som regel ikke er kun en av de ordregivende myndighetene alene som fører kontrollen med en slik samarbeidsenhet. Dersom identifikasjon ikke var mulig, ville løsningen kunne medføre et inngrep i offentlige myndigheters valgfrihet til å samarbeide om utførelsen av offentlige oppgaver.<sup>92</sup>

I tillegg til den nevnte praksis og de særlige hensynene, vil ofte generelle rettsøkonomiske effektivitetsvurderinger tale for identifikasjon mellom oppdragsgivere. Synspunktet her vil være at en offentlig samarbeidsenhet i mange tilfeller vil ha stordriftsfordeler og gi en mer effektiv utnyttelse av ressursene.

Etter dette må det kunne legges til grunn at det ikke oppstilles noe krav om at den enkelte deltaker i en offentlig samarbeidsenhet må sikre seg noen form for selvstendig kontroll over leverandøren, såfremt den kontroll som føres i fellesskap er tilstrekkelig. Dersom de øvrige vilkårene for utvidet egenregi er oppfylt, vil dermed en minoritetseier kunne tildele oppdrag uten å følge nærmere regler og prinsipper om konkurranse og likebehandling.

#### 3.3.4.2 Andre vilkår for identifikasjon?

Spørsmålet om identifikasjon på oppdragsgiversiden reiser også andre problemstillinger. Blant annet har EU-domstolen funnet grunn til å presisere at den prosedyre som anvendes når det dreier seg om samarbeid i et kollegialt sammensatt organ, er uten betydning for spørsmålet om identifikasjon. Kontroll som føres i

---

<sup>90</sup> Avsnitt 54

<sup>91</sup> Sak C-573/07 avsnitt 55

<sup>92</sup> Hensyn som taler for identifikasjon ble behandlet eksplisitt i Sea-saken avsnitt 56-59

felleskap ved stemmeflerhet, vil dermed være tilstrekkelig for å oppfylle kontrollkriteriet.<sup>93</sup>

Et særlig spørsmål er om det kan settes noen øvre grense for antall deltakere som kan identifiseres.

EU-domstolen har ikke kommet med en uttrykkelig avklaring av denne problemstillingen.

Steinicke og Groesmeyer har anført at et ”meget betydelig antall” eiere vil utelukke at kontrollkriteriet er oppfylt.<sup>94</sup> Tilsvarende oppfatning fremgår også av Administrasjonsdepartementets ”Veileder til reglene om offentlige anskaffelser” som blant annet viser til Teckal-saken, hvor selskapet hadde 45 eiere.

I Asemfo/Tragsa-saken var det kun få deltagere med i den utskilte samarbeidsenheten. I Coditel Brabant fremgår det imidlertid at selskapet hadde mange deltagere, uten at noe eksakt antall angis. Også i Sea-dommen omfattet samarbeidet i aksjeselskapet en rekke kommuner.

Det faktum at EU-domstolen ikke har gått inn på spørsmålet om en slik grense, taler for at dette ikke anses hensiktsmessig eller særlig praktisk, så lenge kontrollen kan føres i felleskap på en tilfredsstillende måte.

Vurderingen blir i stor grad den samme som for det generelle spørsmålet om identifikasjon. Hensynet til den lokale myndighets valgfrihet taler for at det ikke settes noen slik grense. Offentlige myndigheter kan ha behov for å benytte nye organisasjonsformer for å sikre at visse ytelser forblir i offentlig virksomhet.

De nevnte uttalelser i teori og departementets veiledning tar utgangspunkt i rettspraksis før Asemfo/Tragsa, og vil således ha begrenset rettskildemessig vekt. EU-domstolens

---

<sup>93</sup> Coditel Brabant avsnitt 51, samt Sea avsnitt 60

<sup>94</sup> Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, 2003 ”EU’s udbudsdirektiver med kommentarer” s.94

praksis på dette felt er ikke klar. Totalt sett synes det derfor ikke hensiktsmessig å oppstille noen øvre grense for antall deltakere, men likevel holde muligheten åpen for at et meget høyt antall kan bli brukt som et argument mot de offentlige oppdragsgivere.

Et annet spørsmål er om det kan oppstilles en nedre grense for eierskap for å kunne identifiseres med de øvrige oppdragsgiverne i samarbeidet.

Heller ikke til dette spørsmålet foreligger det noen klar uttalelse av EU-domstolen. Gjennom de vurderinger som har blitt gjort i flere avgjørelser kan det likevel sies noe om hvordan Domstolen ser på problemstillingen.

I avgjørelsen Coname ble en eierandel på 0,97 % ansett for liten til føre en individuell kontroll. Vurderingen berørte imidlertid ikke spørsmålet om kontrollen kunne føres i fellesskap. Det kan dermed hevdes at dommen ikke tar stilling til om det eksisterer en nedre grense for eierskap.

I Asemfo/Tragsa ble som nevnt en eierandel på 0,25 % funnet tilstrekkelig. Her ble dessuten kontrollvilkåret ansett å være oppfylt, formodentlig også ut i fra det synspunkt at den samlede kontrollen over selskapet var god nok. At den spanske stat i dette tilfelle var markert sterkere enn de øvrige partene i samarbeidet synes ikke å ha vært særlig relevant for vurderingen.

I Coditel-saken eide den innstevnede kommunen 8,26 % av det interkommunale selskapet. EU-domstolen fant det heller ikke her nødvendig å ta stilling til om det eksisterer noen nedre grense for eierskap, men presiserte likevel at Coname-dommen ikke berørte spørsmålet om samlet kontroll, og at det i Asemfo/Tragsa-saken var tilstrekkelig med en eierskapsandel på 0,25 %. Ettersom problemstillingen ikke ble nærmere vurdert utover disse henvisningene, kan dette tale for at det ikke anses hensiktsmessig å sette noen absolutt nedre grense for eierskap.

Dette synspunktet kommer også frem i Sea-saken, nærmere bestemt i begrunnelsen for hvorfor kontrollen kan føres i fellesskap. Her fremheves som nevnt hensynet til den

enkelte offentlige myndighets valgfrihet, og at slike lokale myndigheter ikke skal pålegges en konkurranse utover det fellesskapsretten er ment å skulle regulere.

Den samme begrunnelsen kan sies å gjelde også i forhold til spørsmålet om eierskap og styrkeforholdet mellom deltakerne. Dersom det settes en absolutt grense, vil dette kunne innebære et inngrep i de enkelte myndigheters valgfrihet til å bestemme om de ønsker å bruke egne ressurser eller henvende seg til utenforstående aktører. Når EU-domstolen har tatt et bevisst rettspolitisk valg i forhold til å fokusere på den samlede kontrollen, kan det hevdes at en streng tolkning av dette standpunkt ikke kan utledes av denne praksis. Såfremt samarbeidet er et uttrykk for reell offentlig myndighetsutøvelse, taler dette for at det indre styrkeforholdet mellom deltakerne ikke er relevant.

Wiggen har anført at senere rettspraksis taler for at det antagelig ikke eksisterer noe minimumskrav til eierandel, men at det likevel ikke kan utelukkes at spørsmålet kommer på spissen i fremtidige saker.<sup>95</sup>

Samlet sett synes rettskildebildet å lede til at det ikke kan oppstilles noen slik nedre grense for eierskap og at også eierskap under 0,25 % i det kontraherende selskap vil kunne oppfylle kontrollkriteriet dersom kontrollen som føres i fellesskap er tilstrekkelig.

### 3.3.5 Selveiende institusjoner

Spørsmålet i det følgende er om vilkårene for utvidet egenregi kan anvendes på selveiende institusjoner.

Begrepet ”selveiende institusjoner” er ikke entydig definert, men det finnes visse karakteristikk som avgrenser begrepet. I tillegg til å være karakterisert ved å eie seg selv, vil blant annet slike institusjoner regnes som selvstendige rettssubjekter.

Formodentlig vil de også gjøre det i forhold til fellesskapsrettens anskaffelsesregler, slik at de ikke kan utføre leveranser i egentlig egenregi.

---

<sup>95</sup>Lov og rett 2009 nr.6 (Artikkelen er skrevet med utgangspunkt i Coditel som den seneste dommen)

Selveiende institusjoner er også organisatorisk autonome. De vil dermed ha et styre som øverste myndighet med ansvar for å drive institusjonen etter særskilte formål fastsatt i vedtektene. Videre vil slike enheter ha en formue som er adskilt fra stifternes og innskytternes formue. Det er dermed ikke mulig for ordregivende myndigheter eller andre juridiske enheter å eie slike institusjoner helt eller delvis. Kontrollen må derfor føres på annet vis enn gjennom eierskap. Spørsmålet er om det faktisk at slike enheter er selveiende, i seg selv utelukker muligheten for anvendelse av kontroll- og aktivitetskriteriet.

EU-domstolen har ikke uttrykkelig tatt stilling dette spørsmålet.

Det kan anføres at ordlyden i den danske oversettelsen av aktivitetskriteriet taler mot å anvende vilkårene på selveiende institusjoner. Selskapet må i henhold til denne språkversjonen av Teckal-saken utføre hoveddelen av virksomheten sammen med den eller de lokale myndigheter "... den ejes af".<sup>96</sup> Etter en slik formulering skulle det dermed være en forutsetning for å oppfylle vilkårene at den lokale myndigheten deltar i eierskapet.

Imidlertid fremgår ikke denne forutsetningen like klart av den engelske oversettelsen av Teckal-saken:

"... The position can be otherwise only in the case where the local authority exercises over the person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments and, at the same time, that person carries out the essential part of its activities'with the controlling local authority or authorities."<sup>97</sup>

I henhold til denne språkversjonen synes det mer nærliggende å oversette vilkåret med at hoveddelen av aktiviteten må utføres overfor den eller de myndigheter enheten "kontrolleres av".

---

<sup>96</sup> Se for eksempel sak C-107/98 Teckal premiss 50

<sup>97</sup> Avsnitt 50

I en veiledende betenkning fra februar 2010 uttaler den danske konkurrencestyrelsen at selveiende institusjoner, etter deres oppfatning, også kan anses å utføre oppgaver i utvidet egenregi, såfremt kontroll- og aktivitetskriteriet konkret er oppfylt i forholdet mellom institusjonen og den ordregivende myndighet. Etter konkurrencestyrelsens syn har EU-domstolen gjennom sin praksis lagt til grunn at eierskap inngår som en viktig parameter, men ikke en forutsetning for oppfyllelsen av kontrollkriteriet. Det synes å fremgå av betenkningen at løsningen er usikker ettersom det bemerkes at det ikke kan utelukkes at Klagenævnet for Udbud i en konkret sak vil komme til et annet resultat.<sup>98</sup>

Det kan hevdes at den helhetsvurdering det legges opp til i Parking Brixen-saken og etterfølgende avgjørelser, taler for at eierskap kun inngår som et moment i en større vurdering. EU-domstolen foretar en konkret totalvurdering hvor kontroll i henhold til nasjonal lovgivning og selskapets vedtekter inngår som viktige momenter. Det kan dermed hevdes at en offentlig oppdragsgiver vil kunne sikre seg en tilstrekkelig kontroll gjennom deltakelse i institusjonens styre, og ved å føre kontroll via vedtekter, budsjett og øvrig lovgivning.

I Carbotermo-dommen uttalte som nevnt EU-domstolen at fullstendig eierskap ”tyder på, uden at være afgørende” at denne ordregivende myndighet utøver en kvalifisert kontroll.<sup>99</sup> Denne uttalelsen kan også sies å antyde at eierskap kun er et moment i en konkret helhetsvurdering.<sup>100</sup> Det er imidlertid vanskelig å utlede en sikker slutning av disse sakene om Domstolen hadde til hensikt å ta stilling til spørsmålet.

Samlet sett synes uttrykksmåten i den engelske oversettelsen, sammenholdt med muligheten for å føre en sterk kontroll på andre måter, å lede til at vilkårene for utvidet

---

<sup>98</sup> ”In-house begreps betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner” 02.02.2010 s. 24

<sup>99</sup> Sak C-340/04 avsnitt 37

<sup>100</sup> I Asemfo/Tragsa-saken ble det valgt en lignende formulering om at slikt eierskap ”i prinsippet tyder på” at kontrollkriteriet er oppfylt. I Coditel-Brabant var Domstolen igjen tilbake til formuleringen i Carbotermo.



egenregi kan anvendes også ved tildeling til selveiende institusjoner. Løsningen er imidlertid usikker og det vil kunne oppstå særlige tolkningsspørsmål som må avklares gjennom senere rettspraksis.

### 3.3.6 Enhetens markedsorientering og selvstendige handlefrihet

Et viktige moment i kontrollvurderingen er enhetens grad av selvstendig handlefrihet i forhold til oppdragsgiver. Dette ble først på påpekt i Parking Brixen-saken, men er senere ytterligere presisert og benyttet som utgangspunkt for helhetsvurderingen i en rekke saker forelagt EU-domstolen. Blant annet ble det i Coditel Brabant stilt følgende spørsmål av Domstolen:

”Der opstår det spørsmål, om Brutélé på dette grundlag har erhvervet en vis form for kontraktmessig status og selvstændighed, som overflødiggør den kontrol, der føres af de offentlige myndigheder, som er tilsluttet Brutélé.”<sup>101</sup>

I teorien har Wiggen anført at den danske oversettelsen kan gi et noe upresist uttrykk for Domstolens formulering.<sup>102</sup> Ved tolkningstvill som kan skyldes språklige uklarheter, vil det som nevnt innledningsvis være hensiktsmessig å sammenlikne flere oversettelser. Den engelske oversettelsen ser slik ut:

”The question arises as to whether Brutélé has thus become market-oriented and gained a degree of independence which would render tenuous the control exercised by the public authorities.”<sup>103</sup>

Med ordlyden ”kontraktmessig status” sammenholdt med den engelske ”market-oriented” kan det sentrale vurderingstema her sies å være om enheten har oppnådd en markedsorientering som kan svekke oppdragsgivernes kontroll og påvirke konkurransen i det indre marked. Deler av de forhold som er relevant for aktivitetskriteriet, vil dermed

---

<sup>101</sup> C-324/07 avsnitt 36

<sup>102</sup> Lov og rett 2009 nr. 6 s. 351 og 352

<sup>103</sup> Det kan nevnes at prosessspråket i Coditel Brabant var fransk, men at prosessspråket i Parking Brixen var tysk.

være også inngå i kontrollkriteriet. Dette presiseres ytterligere i Sea-saken hvor det uttales følgende:

”For så vidt angår spørsmålet, om det pågældende selskab har en kontraktmessig status, der gør kontrollen udført af de myndigheder, der er aktionærer, tvivlsom, skal den geografiske og faktiske rækkevidde af dette selskabs virksomhed såvel som selskabets mulighet for at etablere forbindelser med virksomheder i den private sektor undersøges.”<sup>104</sup>

Det er særlig de kvalitative momentene i aktivitetskriteriet som her er relevante. Enhetens geografiske og faktiske rekkevidde må bedømmes, i tillegg til selskapet mulighet til å inngå kontrakter med private aktører. Dette er forhold som EU-domstolen også tidligere har trukket inn i både i aktivitetskriteriet og i kontrollvurderingen, men som nå særlig fremheves som viktige vurderingstemaer.

Et av disse momentene synes å bli strammet noe til, sammenliknet med tidligere praksis. I forhold til enhetens geografiske rekkevidde uttales det at den kontroll myndighetene fører med selskapet kan anses for å svare til den kontroll som føres med sine egne tjenestegrener når:

”... det nævnte selskabs aktivitet er begrenset til de nævnte myndigheders område...”<sup>105</sup>

Ut i fra denne uttalelsen virker det som EU-domstolen legger opp til at øvrig aktivitet enheten utfører *utenfor* område til sine oppdragsgivere vil gjøre det vanskelig, eller til og med utelukke at det føres en kvalifisert kontroll. I alle fall synes uttalelsen å indikere at spørsmålet om selskapets geografiske rekkevidde er et svært viktig moment i kontrollvurderingen.

---

<sup>104</sup> C-573/07 avsnitt 73

<sup>105</sup> Avsnitt 90

I Sea-saken fremgikk det av Setcos vedtekter at selskapet utelukkende utførte tjenesteytelser for de ordregivende selskapsdeltakerne og innenfor disse myndigheter kompetanseområder. De samme vedtekter åpnet likevel for at selskapet kunne utføre tjenesteytelser for privatpersoner når dette ikke var i strid med selskapets formål eller kunne bidra til en optimal gjennomføring av dette formålet.

EU-domstolen fant at denne delen av Setcos vedtekter tydet på at det geografiske området av selskapets virksomhet ikke strakk seg ut over området for de kommunene som var aksjonærer i enheten.

Når det gjelder de muligheter Setco hadde til å handle med virksomheter i privat sektor, hevdet selskapet at denne delen av driften var et nødvendig og naturlig tilskudd til selskapets øvrige aktiviteter. Som eksempel ble det nevnt sortering av avfall, som kunne gjøre det nødvendig å videreselge visse kategorier av gjenbruksmaterialer til virksomheter som spesialiserte seg i slik gjenvinning. EU-domstolen synes å ha funnet en slik argumentasjon fornuftig.

I avgjørelsen Asemfo/Tragsa var foretakets faktiske rekkevidde og selvstendighet et viktig vurderingstema. Som tidligere nevnt fremgikk det av spansk lovgivning at Tragsas formål var å utføre en rekke tjenesteytelser innen blant annet landbruk, skogbruk og distriktsutvikling. EU-domstolen tok utgangspunkt i at selskapet var fullt ut eiet av offentlige myndigheter, noe som tydet på at oppdragsgiverne førte tilstrekkelig kontroll.

Det ble bemerket at Tragsa tidligere hadde vært et tema i en sak for Domstolen, men at omstendighetene nå var noe annerledes. I forbindelse med en grundig gjennomgang av nasjonal lovgivning som regulerte Tragsas aktiviteter, ble det fremhevet at selskapet i henhold til slike bestemmelser var forpliktet til å gjennomføre bestillinger det mottok fra sine oppdragsgivere på de områdene som hørte under selskapets formål. Foretaket sto heller ikke fritt til å fastsette vederlaget for sine ytelser.

I et kongelig dekret fremgikk det at Tragsa var et særlig operasjonelt organ og en teknisk tjeneste for den alminnelige statlige forvaltning og visse selvstyrte regioner.

Videre sto det i disse administrative bestemmelser at selskapets aktiviteter ikke skulle være av kontraktmessig, men av intern karakter, kjennetegnet ved avhengighet og underordning.

EU-domstolen synes å ha lagt avgjørende vekt på at forholdet til oppdragsgiverne var av instrumentell karakter, og at selskapets selvstendighet og faktiske rekkevidde var begrenset gjennom detaljerte lovbestemmelser. At deler av kontrollen ble ført gjennom et holdingselskap, synes ikke å ha vært noe tema.

Det var på det rene at Tragsa også opererte i det øvrige markedet med en omsetning på 10 % av selskapets samlede omsetning. Karakteren av disse øvrige aktivitetene fremgår ikke uttrykkelig, og heller ikke i hvilken grad de var begrunnet i hensyn til rasjonell drift. Samlet sett ble foretakets markedsmessige posisjon ikke ansett å true den fire konkurranse eller hindre den spanske stat og de øvrige oppdragsgiverne å føre en tilstrekkelig kontroll. Vilåårene for utvidet egenregi var dermed oppfylt.

### 3.3.7 Virksomhetens formål

Spørsmålet i det følgende er i hvilken grad aktivitetens karakter er relevant for kontrollvurderingen og om oppdragsgivernes formål med den utskilte enhet kan tillegges betydning. Dette kan strengt tatt sees på som to separate momenter, men vurderingen er ikke mer ulik enn at det synes hensiktsmessig å behandle dem under ett.

Det kan anføres at muligheten for å føre en kvalifisert kontroll med det kontraherende selskap i liten grad påvirkes av karakteren av den ytelse som leveres. Ut i fra ordlyden i kontrollkriteriet om å føre en kontroll som svarer til den som føres med egne tjenestegrener, synes det ikke opplagt at formålsbetraktninger vil være relevante momenter.

Imidlertid fremgår det av praksis fra EU-domstolen at slike argumenter kan være relevant både i forhold til aktivitetskriteriet og kontrollkriteriet. Dette gjelder også i andre saker enn Parking Brixen.

Begrunnelsen for å utelukke egenregi når privat kapital er involvert bygger i stor grad på det synspunkt at private investeringer forfølger formål av en annen karakter enn de målsetninger som tilstrebes ved rent offentlig eierskap. Dette ble som nevnt fremhevet i avgjørelsen Stadt Halle hvor Domstolen bemerket betydningen av å overholde hensyn som styres av allmenne formål.

Hvilke løsninger av offentlig organisering som kan sies å forfølge ”allmenne formål” sies det imidlertid ikke noe om. Likevel indikerer dommen at formålsbetraktninger vil være et relevant moment i kontrollvurderingen. Synspunktet er da at det vil være vanskeligere å føre en kvalifisert kontroll med det utskilte selskap dersom enheten tjener private interesser enn om den utfører oppgaver som tradisjonelt oppfattes som offentlig virksomhet.

I KOFA-saken Høyesterett henviste til i Rt. 2007 s. 983 ble det interkommunale selskapets formål i henhold til sine vedtekter brukt som et moment for at oppdragsgiverne førte en tilstrekkelig kontroll. IKT Agders formål var i henhold til selskapsavtalens § 4 som følger:

”Selskapet skal være deltakernes drifts- og innkjøpselskap og faglig instans for eiernes informasjons- og kommunikasjonsteknologiske løsninger.”

Videre var det i merknadene til formålsbestemmelsen uttalt:

”Det ligger som en klar forutsetning at selskapet skal styrke deltakernes kompetanse på IKT, herunder bidra til større effektivitet og bedret kostnadskontroll.” ... ”Selskapet er eiernes forlengede arm og det må være god kontakt mellom selskapet og kommunens/fylkeskommunens driftsenheter. Det er deres behov som skal dekkes av selskapet. Selskapets fokus er eiernes behov.”

Når det gjelder formålet med dannelsen av IKT Agder fremgår dette i merknadene til selskapsavtalens § 8:

For deltakerne ligger rasjonaliserings- og effektivitetsmulighetene som et felles samarbeid gir som det viktigste motivet for selskapsdannelsen. Samtidig sikres eierne bred kompetanse på et sentralt felt i den kommunale virksomheten.”<sup>106</sup>

Innledningsvis bemerket KOFA i denne saken at tildeling av kontrakter i egenregi til interkommunale selskaper er forutsatt i Ot.prp. nr.53 (1997-98). Klagenemnda tok også utgangspunkt i at slike enheter regnes som egne rettssubjekter slik at spørsmålet om vilkårene for utvidet egenregi dermed måtte avgjøres etter en konkret helhetsvurdering basert på kriteriene oppstilt i Teckal-saken. Avgjørelsen ble avsagt under dissens, men uenigheten knyttet seg kun til spørsmålet om identifikasjon. Flertallet av klagenemndas medlemmer synes å ha lagt avgjørende vekt på motivet med opprettelsen av det interkommunale selskapet som var å dekke et kommunalt behov om økt kompetanse innen informasjonsteknologi.

Betydningen formålsbetraktninger hadde i denne avgjørelsen ble kritisert av Weltzien i en artikkel i 2008. Det ble anført at den formåls- og helhetsorienterte holdningen flertallet i KOFA og Høyesteretts mindretall gav uttrykk for, ikke kunne gjenfinnes i rettspraksis fra EU-domstolen. I følge artikkelen skulle spørsmålet om egenregi baseres på en konkret vurdering av kontroll – og aktivitetskriteriet, uavhengig av oppdragsgiverens formål med organiseringen.<sup>107</sup>

EU-domstolen har også i senere saker uttalt seg om hvilken relevans aktivitetens karakter har ved kontrollvurderingen. I avgjørelsen Coditel Brabant ble det bemerket at en nasjonal lov om interkommunale selskaper hindret leverandøren å utøve virksomhet av ervervs- eller forretningsmessig karakter. Videre uttalte Domstolen følgende:

”Det synes at kunne udledes af denne lov – som suppleret ved Brutélés vedtægter – at selskabets vedtægtsmessige formål er udførelsen af en opgave af kommunal interesse, med henblik på hvis gennemførelse det blev stiftet, og at

---

<sup>106</sup> KOFA 2005/251

<sup>107</sup> Lov og rett 2008 nr. 8 s. 496

det ikke forfølger en interesse, der er forskjellig fra oppgaven for de offentlige myndigheter, som er tilsluttet det.”<sup>108</sup>

Det ble ikke nærmere presisert hva som menes med virksomhet av ”ervervs- eller forretningsmessig karakter”, og heller ikke hva som utgjør ”kommunale interesser”. De aktiviteter det interkommunale selskapet Brutélé skulle utføre i henhold til den tildelte avtale var blant annet drift, vedlikehold og oppgradering av kommunens kabelnett. I tillegg kunne selskapet om ønskelig tilby et utvidet tilbud bestående av en rekke tjenester herunder betalings-tv, internetttilgang, ulike telefontjenester, samt høyhastighetsoverføringer av data.

Slike aktiviteter kan nok sies å være sammenfallende med kommunale interesser, men det synes vanskelig ut i fra disse uttalelsene å si noe konkret om hvor grensen mot virksomhet av forretningsmessig karakter går. En annen ting er at også aktiviteter som dekker kommunale interesser og behov kan gi kommunene gode inntekter og således sies å være av mer ervervsmessig formål. Muligheten til å tjene penger på deltakelsen i det interkommunale samarbeidet var da også en av grunnene til at den belgiske kommunen Uccle sluttet seg Brutélé.

Til tross for at EU-domstolen tilsynelatende ikke anså de nevnte aktiviteter som forretningsmessige, men tvert imot mente karakteren av selskapets aktiviteter talte til oppdragsgivernes fordel, synes det som Domstolen la betydelig vekt på at Brutélé oppfylte formålet med opprettelsen av selskapet. Det var hensiktsmessig for kommunene å samarbeide gjennom det interkommunale selskapet og virksomheten tok sikte på og var forbeholdt de tilsluttede kommunene. Slik sett kan Domstolens drøftelse sies å være i samsvar med den formålsorienterte helhetsvurderingen av KOFA og Høyesteretts mindretall i avgjørelsen nevnt overfor.

I juridisk teori har Wiggen gitt uttrykk for at EU-domstolen i Coditel-saken inntok en mer formåls- og helhetsorientert innstilling enn tidligere. Det bemerkes også at

---

<sup>108</sup> Sak C-324/07 avsnitt 38

avgjørelsen går temmelig langt i å se hen til kommunenes valgfrihet når det gjelder hvordan de ønsker å løse sine oppgaver.<sup>109</sup>

Dette synes å være en riktig slutning av dommen også sett i forhold til de senere avgjørelser.

Også Hamburg dommen kan sies å gi uttrykk for at EU-domstolen ved interkommunalt samarbeid legger noe mer vekt på formålet med samarbeidet og hvilken type aktivitet som utføres. I denne saken var det som nevnt etablert et samarbeid om avfallshåndtering for fire regionale områder i Tyskland. Det synes som EU-domstolen oppfattet karakteren av denne tjenesten for å tale til oppdragsgivernes fordel. Dette fremgår blant annet av uttalelsen om at fellesskapsretten ikke inneholder en forpliktelse for offentlige myndigheter til å anvende en særskilt rettslig form for å sikre deres ”public service-oppgaver”.<sup>110</sup> Tyskland gjorde gjeldende at ingen av partene i samarbeidet ville vært i stand til å gjennomføre de pålagte offentlige oppgaver uten inngåelsen av den omstridte kontrakten. Det ble anført at Hamburg kommune ikke kunne iverksatt oppførelsen av et anlegg med overkapasitet for deretter, uten noen garanti for resultatet, forsøke å selge den ubrukte kapasitet på markedet.<sup>111</sup>

En slik argumentasjon ble formodentlig oppfattet som fornuftig av EU-domstolen. Dommen kan således sies å tale for at offentlige myndigheter har større spillerom enn tidligere ved utførelsen av oppgaver som tradisjonelt oppfattes som offentlige oppgaver. Særlig vil dette kunne gjelde ved regionalt samarbeid hvor stordriftsfordeler og andre rasjonelle hensyn taler for å godta leveranser uten konkurranse.

Også Sea-saken omhandlet avfallsbehandling. Den omstridte avtalen tildelt aksjeselskapet Setco, innebar at selskapet skulle utføre tjenester bestående av innsamling, transport og bortskaffelse av fast byavfall i kommunens område. Artikkel 3 i Setcos vedtekter med overskriften ”Selskapets formål” lød som følger:

---

<sup>109</sup> Lov og rett nr.6 s. 353 og 357.

<sup>110</sup> Sak C-480/06 avsnitt 47

<sup>111</sup> Avsnitt 30



”Selskabet har driften af den offentlige serviceforvaltning i lokalområder og den offentlige serviceforvaltning i kommuneområder, som udelukkende vedrører de lokale offentlige myndigheder, der tildeler de nævnte tjenesteytelser...”<sup>112</sup>

Videre fremgikk det av vedtektene at Setco utelukkende utførte tjenester for de ordregivende selskapsdeltakerne, og innenfor disse myndigheters kompetanseområder. Samlet uttalte Domstolen at disse bestemmelsene tydet på at selskapet hadde som formål utelukkende å utføre offentlige tjenester for disse kommunene.

Drøftelsen av selskapets formål ble i hovedsak foretatt i tilknytning til spørsmålet om Setco hadde en kontraktmessig status som gjorde kontrollen tvilsom. Heller ikke i denne avgjørelsen ble det funnet hensiktsmessig å presisere nærmere hvilke aktiviteter som kan tale for å akseptere en slik organisasjonsløsning. Det kan se ut som domstolen mener innsamling og transport av avfall innenfor oppdragstakernes geografiske område naturlig faller inn under den offentlige serviceforvaltning.

Videre ble det fremhevet at Setcos vedtekter ble endret av oppdragsgiverne nettopp for å styrke kontrollen utover det som fulgte av den nasjonale selskapslovgivningen. Slik sett ble oppdragsgivernes formål om å sikre seg leveranser uten konkurranse tillagt vekt. Ut i fra domstolens drøftelse på disse punktene kan dommen sies å tale for at aktivitetens karakter og oppdragsgivernes formål med organiseringen vil være et moment i kontrollvurderingen.

Acoset-saken omhandlet som nevnt innførselen av en dobbelt prosedyre med en innledende utvelgelse av den private part til det halvoffentlige selskap og deretter tildelingen av konsesjonen. En av forutsetningene for at den aktuelle løsning ble akseptert var at det kontraherende selskap var stiftet særskilt med henblikk på utførelsen av en tjeneste som utelukkende hadde et samfunnsmessig formål. I dette tilfelle ble ansvar for en regions samlede vannforsyning ansett å omhandle utførelsen av et

---

<sup>112</sup> Sak C-573/07 avsnitt 13, samt avsnitt 74-76

samfunnsmessig formål. Det ble imidlertid ikke presisert hvilke andre aktiviteter som kunne tenkes å falle inn under denne kategorien.

Samlet sett synes rettskildematerialet å indikere at virksomhetens karakter kan være relevante momenter i kontrollvurderingen, men at det vil være vanskelig å avgjøre om aktiviteten dekker allmenne hensyn eller private interesser. Innholdet i begreper som brukes for å kategorisere offentlig virksomhet vil kunne variere med de øvrige samfunnsforhold. En ytelse som tradisjonelt har blitt oppfattet som utøvelse av offentlig myndighet kan senere bli oppfattet som kommersiell virksomhet.

Det som først og fremst kan utledes av denne rettspraksis kan derfor sies å være at lokale myndigheter har fått større valgfrihet i hvordan de ønsker å løse sine pålagte oppgaver. I denne forbindelse kan det faktum at et eventuelt regionalt samarbeid fungerer etter sin hensikt være et tungtveiende moment i kontrollvurderingen.

### 3.3.8 Andre kvalifiserende momenter?

Ved regionalt og interkommunalt samarbeid kan det spørres om sammensetningen av de vedtaksføre organer i den selvstendige enhet er relevant for kontrollvurderingen.

Avgjørelsen Coditel Brabant kan sies å gi uttrykk for dette. I denne saken bemerket EU-domstolen at Brutélés vedtaksføre organer var sammensatt av representanter for de offentlige myndigheter som var tilsluttet samarbeidet. Dette tydet i følge domstolen på at oppdragsgiverne var i stand til å utøve bestemmende innflytelse både i forhold til selskapets strategiske målsetninger og virksomhetens viktige beslutninger.<sup>113</sup>

I juridisk teori har Wiggen anført at avgjørelsen gir føringer på at sterk representasjon fra alle kommuner involvert i samarbeidet, er av betydning.<sup>114</sup>

I Sea-dommen var som nevnt hensikten med å endre aksjeselskapet Setcos vedtekter å styrke oppdragsgivernes kontroll med selskapet. I henhold til vedtektenes skulle

---

<sup>113</sup> Sak C-324/07 avsnitt 33 og 34

<sup>114</sup> Lov og rett 2009 nr. 6 s. 357

kontrollen sikres dels via en felles tilsynsmyndighet og dels via et teknisk utvalg i hver avdeling som var ansvarlig for Setcos forskjellige aktiviteter. EU-domstolen understreket at det fulgte av selskapets vedtekter at den felles tilsynsmyndighet og de tekniske utvalg besto av representanter fra myndighetene som deltok i samarbeidet.<sup>115</sup>

Samlet kan det derfor konkluderes med at sammensetningen av de vedtaksførende organer i et regionalt samarbeid er av betydning for kontrollvurderingen og at sterk representasjon fra alle deltakere i samarbeidet vil være et moment som taler for at kontrollkriteriet er oppfylt.

Wiggen har i en artikkel fra 2009 reist spørsmålet om det kan oppstilles et krav om en viss funksjonell kontroll, eller eventuelt i hvilken grad en slik kontroll kan moderere betydningen av en mer overordnet kontroll?<sup>116</sup>

I artikkelen henvises det til tre saker hvor vilkårene for utvidet egenregi ble ansett oppfylt, hvor det kan synes som EU-domstolen la vekt på at det forelå en direkte eller mer funksjonell kontroll.<sup>117</sup>

I Hamburg-dommen ble det tilsynelatende også lagt vekt på at kontrollen var av en mer funksjonell karakter. Dette ble dessuten bemerket av Pedersen og Olsson i den nevnte artikkel publisert i *Public Procurement Law Review*.<sup>118</sup>

Ut i fra de sakene hvor EU-domstolen har behandlet vilkårene for utvidet egenregi synes det i alle fall vanskelig å utelukke at et slikt argument kan tale til oppdragsgivernes fordel. Dette spørsmålet vil formodentlig, i likhet med andre problemstillinger, avklares ytterligere i senere avgjørelser.

---

<sup>115</sup> Sak C-573/07 avsnitt 81 og 82

<sup>116</sup> Lov og rett 2009 nr. 6 s. 359 og 360.

<sup>117</sup> En av disse avgjørelsene, sak C-371/05 Mantova, er ikke behandlet i denne oppgaven til tross for at vilkårene for utvidet egenregi ble ansett oppfylt. Grunnen er at dommen gjennom EUR-Lex kun er tilgjengelig på italiensk og fransk.

<sup>118</sup> P.P.L.R. 2010 nr. 1 ”Commission v Germany – a new approach to in-house providing? s. 16

## 4 Kilder

### Domsregister EU-domstolen

- C-107/98 Teckal (18.11.1999)
- C-349/97 Tragsa I (08.05.2003)
- C-26/03 Stadt Halle (11.01.2005)
- C-84/03 Kommisjonen mot Spania (13.01.2005)
- C-231/03 Coname (21.07.2005)
- C-458/03 Parking Brixen (13.10.2005)
- C-29/04 Kommisjonen mot Østerrike (Mödling) (10.11.2005)
- C-410/04 ANAV (06.04.2006)
- C-340/04 Carbotermo (11.05.2006)
- C-295/05 Asemfo/Tragsa (19.04.2007)
- C-324/07 Coditel Brabant (13.11.2008)
- C-480/06 Kommisjonen mot Tyskland (Hamburg) (09.07.2009)
- C-573/07 Sea (10.09.2009)
- C-196/08 Acoset (15.10.2009)

### Domsregister Høyesterett

- Rt. 1997 s. 623 PPD-senteret
- Rt. 1997 s. 1954 Løten kommune
- Rt. 1997 s. 1965 Eidesund
- Rt. 1999 s. 977 Nemko
- Rt. 2007 s. 983 Reno-Vest IKS

### Avgjørelser KOFA - Klagenemnda for offentlige anskaffelser

- KOFA 2003/2
- KOFA 2003/243

- KOFA 2005/240
- KOFA 2005/251

### **Svensk praksis**

- Avgjørelse fra Regeringsrätten - RÅ 2008 ref 26
- Nämnden för offentlig upphandling til Högsta Domstolen - 25.09.2003

### **Traktater og direktiver fra EU**

- Traktaten om den Europeiske Unions funksjonsmåte
- Lisboa-traktaten (13.12.2007)
- Europaparlamentets og Rådets Direktiv 2004/17/EF
- Europaparlamentets og Rådets Direktiv 2004/18/EF

### **Norske lover**

- Lov 25.09.1992 nr. 107      Kommuneloven
- Lov 27.11.1992 nr. 109      EØS-loven
- Lov 29.01.1999 nr. 6      Lov om interkommunale selskaper
- Lov 16.07.1999 nr. 69      Lov om offentlige anskaffelser

### **Norske forskrifter**

- FOR 2002-11-15 nr. 1288      Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser
- FOR 2006-04-07 nr. 402      Forskrift om offentlige anskaffelser
- FOR 2006-04-07 nr. 403      Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)

### **Norske forarbeider**

- Ot.prp. nr. 53 1997/1998      Om lov om interkommunale selskaper og lov om endringer i kommuneloven m.m.

### **Bøker**

- 2009    Internasjonalisering og juridisk metode - Finn Arnesen og Are Stenvik

- 2009 EU LAW 10th edition - Josephine Steiner og Lorna Woods
- 2005 Offentlige anskaffelser: kommentarutgave – Marianne H. Dragsten
- 2004 Lov og forskrift om offentlige anskaffelser: kommentarutgave - Inger Roll-Matthiesen, Gro Amdal
- 2004 EØS rett - Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn, Kolstad
- 2003 EU's udbudsdirektiver med kommentarer – Michael Steinicke og Lise Groesmeyer

### **Artikler**

- Public Procurement Law Review 2010 nr. 1 Commission v Germany – a new approach to in-house providing? Kristian Pedersen og Erik Olsson
- Lov og rett 2009 nr. 6 Interkommunalt samarbeid og egenregi – en avklaring fra EF-domstolen – Jannicke Wiggen
- Lov og rett 2008 nr. 8 Ulovfestet egenregi i klassisk sektor – Kurt Weltzien
- Lov og rett 2005 nr. 01-02 Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid – Hans Petter Graver

### **Norske veiledninger og departementenes korrespondanse**

- Veileder til reglene om offentlige anskaffelser - Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet November 2006
- Brev fra Administrasjons- og fornyingsdepartementet til Finansdepartementet Januar 2005
- Brev fra Næringsdepartementet til Samferdselsdepartementet Juli 2000

### **Veiledninger fra den danske Konkurrencestyrelsen**

- In-house begrebets betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner Februar 2010
- Vejledning til udbudsdirektiverne Juni 2006