

Europautredningen  
Senter for europarett, Pb 6706 St. Olavs plass  
0130 Oslo

Vår referanse: 11/01527-1  
Arkivkode: 0  
Saksbehandler: Nina Ramstad Aatlo  
Deres referanse:  
Dato: 24.08.2011

## Ytterligere innspill fra KS til Utvalget for vurdering av Norges avtaler med EU

### 1. Innledning

Vi viser til våre innspill av 24.01.2011 til Europautredningen.

Vi ønsker i dette notatet å presentere enkelte ytterligere utfordringer knyttet til praktiseringen av regelverket for anskaffelser og offentlig støtte. I tillegg ønsker kort å kommentere noen erfaringer med regelverket og poengtere hvor det særlig er behov for regelendringer.

I tillegg til de tidligere innspillene, knytter det seg utfordringer til når anskaffelses- og støtteregelverket kommer til anvendelse.

Begge disse typene utfordringer knytter seg til friheten til å velge hvordan man organiserer offentlig virksomhet og mulighet til å etablere virksomhet.

Nedenfor redegjøres det kort for de juridiske problemstillingene og det gis eksempler på de utfordringene disse gir kommuner og fylkeskommuner. Redegjørelsen er ikke ment å være uttømmende.

Når begrepet "kommune" brukes nedenfor, menes både primærkommune og fylkeskommune.

### 2. Når kommer anskaffelsesregelverket til anvendelse?

#### 2.1. Innledning

Spørsmålet her er når det foreligger en anskaffelse i regelverkets forstand. Redegjørelsen nedenfor er en forenklet variant som ikke er utdypende, men kun ment å gi en oversikt over problemstillingene.

#### 2.2. Ikke anvendelse på egenregi og utvidet egenregi

Egenregi er tilfellene der et rettssubjekt produserer varen eller tjenesten selv, dvs. innenfor eget rettssubjekt. I et slikt tilfelle foreligger naturligvis ingen anskaffelse, og regelverket kommer dermed heller ikke til anvendelse. EU-domstolen har gjennom sin praksis utvidet grensene for egenregi til også å omfatte det mange betegner som utvidet egenregi. Dette er tilfeller der et rettssubjekt

bestiller varer, tjenester eller bygge- og anleggsoppdrag fra et annet rettssubjekt som har så nær tilknytning til det bestillende rettssubjektet, at det anses som et internoppdrag (egenregi). Domstolen har stilt to hovedkrav for at utvidet egenregi kan benyttes; kontrollkriteriet og omsetningskriteriet.

- Kontrollkravet innebærer at den bestillende enhet må ha minst like god kontroll over det andre rettssubjekt som over sine egne enheter. I dette kravet har domstolen også innfortolket et krav til at det overhodet ikke kan være privat eierskap i det rettssubjektet det blir bestilt fra. Videre er det innfortolket et krav om at kontrollen må være direkte, dvs. ikke via et morselskap.
- Omsetningskriteriet innebærer at det rettssubjektet det bestilles fra må ha det alt vesentlige av sin omsetning til eierne. Her er det åpnet for at det er den totale omsetning til de offentlige eierne som legges til grunn, og at det er ekstern omsetning utover dette som er utfordringen.

Når en kommune tildeler oppgaver til en enhet som oppfyller disse kravene, kan dette gjøres som egenregitildeling, og anskaffelsesreglene kommer ikke til anvendelse. Dette åpner for interkommunalt samarbeid og samarbeid mellom kommune og stat. Men kravene til utvidet egenregi begrenser også samarbeidsmulighetene. Utfordringene knytter seg til måten kravene er stilt på, men også uklarehet i hvilke krav som egentlig er stilt, gjør regelverket vanskelig å forholde seg til. Dette beskrives nærmere nedenfor.

### **2.3. Noen horisontale samarbeid mellom offentlige enheter omfattes ikke**

Tidligere har Kommisjonen gitt uttrykk for at bestilling fra et annet rettssubjekt er å anse som en anskaffelse, med mindre kravene til utvidet egenregi er oppfylt. For ordens skyld presiserer vi at dette naturligvis kun gjelder for områder som er omfattet av EØS-avtalen. "Kjøp" av tjenester som innebærer myndighetsutøvelse, faller dermed utenfor.

Ved EU-domstolens dom i den såkalte Stadtreinigung Hamburg (sak C-480/06), åpnet retten for at enkelte typer horisontale samarbeid mellom offentlige rettssubjekter ikke omfattes av anskaffelsesreglene. Selv om kravene til utvidet egenregi ikke er oppfylt, kan samarbeid mellom offentlige enheter dermed falle utenfor anvendelsesområdet for direktivene. Det poengteres at EU-retten ikke inneholder noe krav om en bestemt rettslig organisering av offentlig samarbeid når felles offentlige oppgaver skal ivaretas. For det andre poengteres det at et slikt samarbeid mellom offentlige myndigheter ikke utfordrer det primære målet for anskaffelsesreglene.

Rettens premisser er meget knappe, men det ser ut til at følgende kan trekkes ut av dommen:

- Samarbeidet er utelukkende mellom offentlige rettssubjekter og ingen privat kapital er involvert.
- Det dreier seg om et samarbeid, ikke et rent kjøp av tjenester. Det antas at det kan være tilstrekkelig at alle parter har en reell innflytelse over samarbeidet, men det er usikkert hva konkret som kreves.
- Samarbeidet må gjelde utførelse av felles offentlige oppgaver ("public service tasks").

Det er liten tvil om at denne dommen utvider mulighetene for interkommunalt samarbeid, utover det Kommisjonen tidligere har anført. Dommen etterlater likevel en rekke uløste spørsmål om når slik samarbeid er mulig uten av anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Dette gjør det vanskelig for kommunene å velge juridisk sett sikre løsninger for sine samarbeid.

### 3. Hva betyr utfordringene knyttet til anskaffelsesregelverket i praksis?

#### 3.1 Innledning

I den sammenheng vi her diskuterer knytter utfordringene seg til valg av organisasjonsform. Utfordringene oppstår enten når en kommune alene ønsker å organisere sin virksomhet i en egen enhet utenfor rettssubjektet kommunen eller når flere kommuner ønsker å samarbeide om utførelse av oppgaver.

#### 3.2 Praktiske utfordringer knyttet til bruken av utvidet egenregi

IKSer, ASer og styre opprettet med hjemmel i kommuneloven §27 oppfyller stort sett kravene til utvidet egenregi, forutsatt at omsetningen til eksterne begrenses og forutsatt at Aset ikke tilføres privat kapital.

De praktiske utfordringene for kommunene knytter seg for det første til kravet til at *privat kapital* ikke tillates inn i selskapet. Dette er særlig en utfordring for ulike former for næringsutviklingsselskap. Dette er selskap som etableres for å bidra til etablering og utvikling av næringslivet i kommunen. I slike selskaper er ofte samarbeid med det allerede eksisterende næringslivet en forutsetning for at selskapet skal lykkes. Samtidig er deler av eksistensgrunnlaget for selskapet tildeling av oppgaver fra kommunen. Anskaffelsesregelverket er imidlertid til hinder for at begge formål kan ivaretas samtidig. Løsningen er enten å koble det private næringslivet inn via samarbeidsavtaler eller ikke tildele selskapet oppgaver fra kommunen i egenregi. For noen kommuner er ingen av løsningene hensiktsmessige.

Kontrollkriteriet skaper også utfordringer ved at det begrenser for tildeling til *datterselskap*. Kravene til selvkostdrift for enkelte typer virksomheter, gjør et en virksomhet må deles i to enheter for å sikre mot ulovlig krysssubsidiering. Dette gjelder for eksempel på renovasjons- og parkeringsområdet. For kommunale selskaper (enten ASer eller IKSer), kan det være ønskelig å etablere et holdingselskap med to driftsselskaper (ett for selvkostdrift og ett for markedsrettet drift) som datterselskap. Kontrollkriteriet er imidlertid til hinder for at eierkommunene kan tildele oppdrag til et slikt datterselskap etter reglene om utvidet egenregi. Kombinasjonen av kravene etter anskaffelsesregelverket og støtteregulverket og/eller nasjonale krav til selvkostdrift, gjør det mao vanskelig for kommunal sektor å finne hensiktsmessige driftsformer for denne type aktiviteter.

Omsetningskriteriet kan også skape utfordringer, idet dette både vil ramme omsetning til private og til offentlige enheter (for eksempel andre kommuner) som ikke er eiere i selskapet. Særlig er *salg til andre kommuner* er utfordring. Ofte er en kommune interessert i å kjøpe tjenester av et offentlig eid selskap nettopp fordi dette har kompetanse eller interne verdier som er viktige. Dersom dette salget har et visst omfang, må kjøperkommunen gå inn på eiersiden i selskapet for at egenregiopplegget overfor eksisterende eierkommune skal kunne opprettholdes. Dette er i en del tilfeller ikke ønskelig.

Omsetningskravet er også til hinder for at et selskap som utfører oppdrag i utvidet egenregi kan delta i konkurranse om oppdrag for andre kommuner, når oppdragene har et visst omfang.

Når det gjelder interkommunale samarbeid, vil disse stort sett kunne opprettes som IKS, AS eller styre etter kommuneloven § 27, og kommunene tildele oppdrag til samarbeidet uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. To eller flere kommuner kan mao etablere et felles selskap for så å tildele dette selskapet oppdrag uten at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse. Men også her er det utfordringer. I tillegg til det som er nevnt over, er det ofte spørsmål om valg av et eget felles rettssubjekt er den mest hensiktsmessige samarbeidsformen for kommunene.

Når det opprettes egne rettssubjekter utenfor kommunene selv, vil den avstand som skapes etter en tid ofte føre til at kontakten mellom kommunen og selskapet blir for dårlig – kommunene føler ikke

lengre at selskapet ivaretar deres ønsker og interesser. Hvor sterkt denne følelsen blir, avhenger av en rekke forhold, blant annet personlige forhold mellom kommuneledelsen og selskapets ledelse, hvor stor personellutskifting det er i selskapet og hvor hvilke oppgaver selskapet skal utføre. For å hindre at det oppstår en avstand som vanskeliggjør god tjenesteproduksjon for kommunen, ønsker mange kommuner isteden å løse oppgavene ved en type *vertskommunesamarbeid*. Dette er samarbeid der en kommune påtar seg å utføre oppgaver på vegne av seg selv og en eller flere samarbeidskommuner. Samarbeidet inngås ved avtaler mellom kommunestyrene og det etableres intet nytt rettssubjekt. For samarbeid om lovpålagte oppgaver gjelder reglene i kommuneloven §§ 28a) – k). Disse samarbeidene berøres ikke av anskaffelsesregelverkene. Derimot vil anskaffelsesregelverket kunne få betydning for andre interkommunale samarbeid, typisk om administrative støttetjenester, rene utføreropp-gaver (sykehjem, hjemmehjelp og lignende.), renovasjonstjenester mv.

Utfordringen med denne typen vertskommunesamarbeid, er at det er tvilsomt om kontrollkravet som oppstilles for utvidet egenregi er oppfylt. Dette fordi en kommune vanskelig kan sies å kontrollere en annen kommune. Det betyr at reglene om utvidet egenregi sannsynligvis ikke kan anvendes.

Mange interkommunale vertskommunesamarbeid knyttet til regnskap, sentralbord, ikt, revisjon og andre typiske administrative støttetjenester har dermed utfordringer knyttet til anskaffelsesregelverket. For kommunene gir dette liten mening, idet det ikke vil være aktuelt å legge disse anskaffelsene ut i markedet. Hele poenget er jo nettopp at et samarbeid med nabokommunen(e) er den løsningen man har ansett som det mest hensiktsmessige.

For å være sikre på ikke å få problemer med anskaffelsesregelverket, må kommunene velge opprettelse av et felles rettssubjekt (IKS, AS eller §27-styre) istedenfor vertskommunesamarbeid. Det paradoksale er dermed at kommunene selv mener deres kontroll blir bedre i et vertskommunesamarbeid, men anskaffelsesregelverket styrer dem inn i etablering av et felles rettssubjekt. Dette er lite heldig for å sikre god og effektiv kommunal drift, og der er lite heldig fordi det bidrar til å undergrave respekten for anskaffelsesregelverket.

Tilsvarende utfordringer oppstår når en kommune *ønsker å kjøpe for eksempel sykehjemsplasser fra nabokommunen*. I utgangspunktet er dette anskaffelser som omfattes av regelverket. Dette vil ikke være egenregi og rene kjøp vil sannsynligvis heller ikke kunne henføres under unntaket for horisontale samarbeid. Kjøp kan dermed ikke skje uten anbuds konkurranse. Det gir lite mening. Når det gjelder utfordringene knyttet til egenregi, er det også en *omvendt problemstilling*. Når et heleid kommunalt selskap utfører oppdrag for sin(e) eierkommune(r) med grunnlag i reglene for utvidet egenregi, er det i en del tilfeller ønskelig at selskapet kan bestille tjenester fra kommunen(e). Dette er typisk tjenester som sentralbord, regnskaps og ikt-drift. Hvis selskapet selv omfattes av anskaffelsesregelverket, er det tvilsomt at slike tjenester kan bestilles av eierkommunene, idet vilkårene for utvidet egenregi motsatt vei ikke foreligger. Det er mulig at man kan se hele arrangementet som et egenregi-arrangement, slik at tilbakekjøp også er mulig. Dette er likevel ikke avklart, og det etterlater dermed usikkerhet for kommuner og selskaper.

### **3.3 Utfordringer knyttet til horisontalt samarbeid**

Stadtreinigung Hamburg-dommen har åpnet for at flere typer interkommunale samarbeid faller utenfor anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde. Dommen etterlater likevel betydelig uklarhet. Det eneste som synes klart i dommen, er at privat eierskap eller private samarbeidspartnere medfører at det foreligger en anskaffelse i regelverkets forstand. Dette medfører at kommuner heller ikke etter "reglene" om horisontalt samarbeid kan etablere for eksempel nærings-samarbeid/-selskaper, der privat næringsliv inngår som en av samarbeidspartene, hvis dette arbeidet skal gir oppgaver fra kommunene.

Dernest er det uklart hva som eventuelt ligger i kravet til samarbeid og hvilke tjenester det kan samarbeids om. Kan regelverket tolkes slik at alt horisontalt samarbeid mellom offentlige rettssubjekter faller utenfor anvendelsesområdet for offentlige anskaffelser? Eller ligger det en begrensning i kravet til at samarbeidet skal gjelde utførelse av felles offentlige service-oppgaver? Enkelte mener at det må foreligge et samarbeid om de konkrete oppgaver som er tillagt kommunene. Andre mener at det må være tilstrekkelig at alle parter har en reell innflytelse på samarbeidet. Dersom den første fortolkningen er riktig, er det usikkert om samarbeid om administrative støttetjenester faller utenfor anvendelsesområdet. Det er også usikkert om det ligger en begrensning i selve samarbeidskravet. Er det slik at begge/alle parter i samarbeidet må yte noe, eller er det tilstrekkelig at en av partene skal utføre oppgavene, mens de andre samarbeidspartene er med på å bestemme hva som skal utføres og hvordan dette skal skje.

Ulike typer vertskommunesamarbeid er svært praktiske mellom mindre kommuner, som på denne måten kosteffektivt kan løse sine behov for for eksempel sentralbord, ikt-drift, lønns- og regnskapstjenester.

Det er videre usikkert om en situasjon der en kommune ønsker å kjøpe en sykehjemsplass eller tilsvarende fra nabokommunen omfattes at den samarbeidssituasjonen dommen trekker opp. Dette er meget praktisk, idet en kommune kan ha ledige plasser, mens nabokommunen har behov for slike plasser. Det gir mao liten mening at slike kjøp ikke skal være mulig. Spørsmålet er bare om regelverket for offentlige anskaffelser åpner for dette. For ordens skyld presiserer jeg her at dette ikke egentlig er en konsekvens av EØS-avtalen, men en konsekvens av at Norge har valgt å overimplementere regelverket også på området som ikke er omfattet av avtalen.

Den usikkerheten dommen etterlater skaper problemer for kommuner som ønsker å opptre lovlydig. Kommunene ønsker naturligvis heller ikke å påføre seg en risiko for å få gebyr for ulovlig direkteanskaffelse eller for at kontrakter dem imellom skal kjennes uten virkning når endringene i forskriften trer i kraft.

Med samhandlingsreformen blir det ytterligere utfordringer knyttet til de ovenstående problemstillingene. Problemstillingen knyttet til anskaffelsesregelverket er nevnt i prp 91 L pkt. 28.7. Proposisjonen gir ingen løsning på problemstillingene skissert foran.

### **3.4 Oppsummering**

Det fremgår foran at anskaffelsesregelverket i en del tilfeller er til hinder for rasjonell organisering av kommunens virksomhet. Effekten av EØS-avtalens regler om offentlig anskaffelser forsterkes ved at Norge har valgt å gjøre anskaffelsesdirektivets regler gjeldende også for tjenester som ikke omfattes av EØS-avtalen og for langt flere anskaffelser enn de som omfattes av EØS-avtalen. Dette siste fordi terskelverdien for når regelverket kommer til anvendelse er langt lavere i Norge enn det som følger av EØS-avtalen.

## **4. Støtteregelverket og organisering av virksomhet**

Regelverket for offentlig støtte påvirker først og fremst organiseringen av offentlig virksomhet ved begrensninger i muligheten til å gi et foretak støtte. Regelverket kommer oftest inn som en utfordring i kombinasjon med andre regelverk, da først og fremst anskaffelsesregelverket. I punkt 3.2 omtales utfordringene knyttet til forholdet mellom anskaffelsesregelverket og kravene til ikke å kryss-subsidiere markedsrettet virksomhet.

En av utfordring på støtteområdet er knyttet til avklaring av hva som er en "økonomisk aktivitet"/"foretak" i art. 61s forstand på områder som har elementer av sosiale, kulturelle og helsemessige målsettinger. Særlig gjelder dette der virksomheten er en del av kommunen som

juridisk person. Dersom en virksomhet anses som en del av kommunen anses som en “økonomisk aktivitet”, oppleves det i en del tilfeller også uklart hvilke krav som gjelder for å unngå påstander om støtte i form av kryss-subsidiering. Innholdet av begrepet “tjenester av allmenn økonomisk interesse” (SGEI) oppleves også som uklart og vanskelig å forholde seg til i praksis. Et eksempel på disse utfordringene ser vi i den såkalte Kippermoen-saken som gjelder et kommunalt drevet treningscenter som er en del av et større anlegg i kommunen. Saken behandles nå i ESA.

Rent generelt er det fortsatt vårt inntrykk at kjennskapen til regelverket om offentlig støtte bør bli høyere, selv om oppmerksomheten er på vei oppover. Med økt bevissthet knyttet til dette regelverket, følger også flere utfordringer. Vi forventer derfor at det kan bli flere saker som illustrerer dette vanskelige skillet.

Vi ser også at flere kommuner finner det utfordrende å forholde seg til retningslinjene for bredbåndstøtte. Dette er bare ett konkret eksempel på at EUs regelverk kan være tungt tilgjengelig for mange som ikke forholder seg til dette daglig.

## **5. Erfaringer med anskaffelsesregelverket og behov for endringer**

KS har inntrykk av at anskaffelsesregelverket har hatt betydning for å profesjonalisere innkjøpsfunksjonene i kommunene. Vi har likevel inntrykk av at fokuset i for stor grad har vært på overholdelse av anskaffelsesregelverket i seg selv og i mindre grad har vært rettet mot etablering av gode rutiner som ivaretar hele anskaffelsesprosessen. Med dette mener vi at arbeidet med å sikre at det detaljerte anskaffelsesregelverket overholdes er løftet opp som det avgjørende, mens bevisstheten på et godt forarbeid og ikke minst ressurser til kontraktsoppfølging er kommet i skyggen.

Når det gjelder betydningen av anskaffelsesregelverket på tilbudene kommunene mottar, har vi inntrykk av at gjennomføring av anbudsrunder på en del områder har ført til at kommunene har fått bedre tilbud, i hvert fall i den første anbudsrunder som gjennomføres. Det er likevel ikke noe entydig bilde. På noen områder medfører anbudsrunder uendrede eller økte kostnader, fordi markedet for det som skal anskaffes er lite eller fordi prisene og vilkårene kommunene allerede oppnådde var gode. Noen steder ser vi også at anbudsprosessene gjennomføres på en slik måte at mindre og i noen tilfeller lokale leverandører ikke klarer å være med på konkurransen. I noen tilfeller skyldes dette måten konkurransegrunnlaget settes opp på. Her har kommunene et ikke ubetydelig handlingsrom for å gjøre nødvendige tilpasninger, slik at denne utfordringen minimaliseres. Det er likevel slik at både hensynet til å gjennomføre en kosteffektiv anskaffelse – mange kommuner samarbeider om konkurranser, slik at kostnadene ved gjennomføringen reduseres og kvaliteten på arbeidet bedres – og de detaljkravene anskaffelsesregelverket stiller, gjør det vanskelig/risikabelt for kommunene å benytte det mulige handlingsrommet fullt ut.

EU er i gang med en revisjon av anskaffelsesregelverket. KS ønsker denne revisjonen velkommen og har i forbindelse med Grønnboken kommet med innspill både til Fornyings- administrasjons- og kirke departementet og til EU-kommisjonen. Innspillet til FAD vedlegges til orientering. Kort oppsummert ønsker KS:

- En regelforenkling som sikrer at innkjøperne kan gjøre et godt profesjonelt arbeid, samtidig som mindre feil fra oppdragsgiver eller tilbyder ikke skal medføre uforholdsmessige konsekvenser.
- Det må være større åpning for å velge hensiktsmessig anskaffelsesprosedyre og regelverket må i større grad legge opp slik at det kan ta kosteffektive valg gjennom hele prosessen.

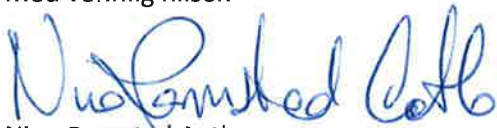
- Regelverket må baseres på en tillit til innkjøper, dog slik at innkjøpene fortsatt må skje basert på likebehandling, forutsigbarhet og gjennomsiktighet.
- Anskaffelsesregelverket må ikke brukes til gjennomføring av “alle gode tiltak”, men må åpne for at ulike hensyn kan ivaretas, når dette er hensiktsmessig i den enkelte anskaffelse.

KS mener også at det er viktig å se på overimplementeringen av anskaffelsesregelverket i norsk rett. I denne forbindelse viser vi til de utredningene Kommisjonen har bestilt som del av revisjonsarbeidet. Særlig rapporten om kostnader og effektivitet i anskaffelsesregelverket er av interesse. Rapporten, som er utarbeidet av PWC, fremhever blant annet:

- Innkjøpernes frykt for klager framheves, og påpekes som en kostnadsdrivende faktor,
- Kostnader for anskaffelser er høye i Norge i forhold til gjennomsnittet i Europa,
- Det antas at store innsparinger kan gjøres ved å se på nasjonalt regelverk (overimplementering)

Vi ser også med bekymring på at respekten for anskaffelsesregelverket blir dårligere, når detaljregler oppleves som kostineffektivt eller stivbent.

Med vennlig hilsen



Nina Ramstad Aatlo  
advokat