



Kommunalt handlingsrom – egenregi/utvidet egenregi

v/advokat Morten Goller

KS Bedriftenes Møteplass 2016, Fornebu 19. april 2016

Wiersholm

Problemstilling

- Kan kommuner tildele kontrakter om innsamling av kommunalt næringsavfall til kommunale avfallsselskap uten å utlyse konkurranser etter anskaffelsesreglene?
- Hvis avfallsselskapet/enheten er en del av kommunen – egenregi
- Hvis avfallsselskapet er et eget rettssubjekt – rom for utvidet egenregi og?
 - Ulovfestet unntak, med to vilkår:
 - Kontrollkriteriet
 - Omsetningskriteriet
- Lovfestet i de nye direktivene.

Unntaket for samarbeid mellom offentlige lovfestes i forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser §§ 2-8 til § 2-11

- Både vertikalt samarbeid (dvs. utvidet egenregi) og horisontalt samarbeid (samarbeid mellom offentlige der det ikke etableres eget rettssubjekt) lovfestes.
- Reglene i all hovedsak kodifisering av rettspraksis, men på enkelte punkter innføres endringer fra gjeldende rett.
- Bestemmelsene presiserer og klargjør også enkelte uavklarte spørsmål.
- Nye forskrifter trer tidligst i kraft høsten 2016.

Utvidet egenregi: § 2-8 i ny forskrift

- § 2-8: Regelverket gjelder ikke der oppdragsgiver tildeler kontrakt til et annet rettssubjekt:
 - (a) som oppdragsgiver utøver en kontroll over som svarer til den kontroll han utøver over sin egen virksomhet;
 - (b) som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiver eller andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer; og
 - (c) som det ikke er direkte private kapitalandeler i.

Kontrollkriteriet

- Konkret vurdering av den faktiske kontroll og tilsyn med oppdragstaker som kommunen utøver.
- Momenter:
 - eierskap i oppdragstakers virksomhet;
 - hvordan oppdragstaker er organisert (organisasjonsmodell);
 - oppdragsgivers representasjon i oppdragstakers styre/ledelse;
 - oppdragsgivers kontroll og tilsyn med oppdragstakers virksomhet;
 - oppdragsgivers beføyelser over oppdragstaker.

Felles kontroll: § 2-9 i ny forskrift

- Oppdragsgivere/kommuner kan utøve kontroll i fellesskap – ikke nytt.
- Felles kontroll nå regulert i § 2-9:
 - a) styrende organer er sammensatt av representanter for alle oppdragsgiverne;
 - b) oppdragsgiverne i fellesskap utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet (oppdragstaker); og
 - c) det kontrollerte rettssubjektet (oppdragstaker) ikke forfølger interesser som er i strid med oppdragsgivernes interesser.

Kontrollkriteriet

- Om kontrollkriteriet er oppfylt for den aktuelle kommunen beror på en konkret vurdering av bl.a.:
 - i hvilken utstrekning kommunen kan utøve bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i selskapet (dette vil bero på organisering, eierbeføyelser mv.); alene eller i fellesskap med øvrige deltakerkommuner;
 - i hvilken utstrekning selskapet kan opptre selvstendig fra kommunen eller øvrige deltakerkommuner;
 - i hvilken utstrekning selskapets aktivitet er rettet mot kommunen eller deltakerkommunene;
 - i hvilken grad selskapet er markedsorientert.

Aktivitetskriteriet

- Aktivitet som utføres som ledd i et oppdrag tildelt oppdragstaker av kommunen (*"carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling authority"*).
- Aktiviteten anses rettet mot oppdragsgiver selv om den ikke er rettet mot kommunen direkte.
 - Kan være oppfylt uavhengig av hvem som faktisk nyter godt av tjenestene som oppdragstaker utfører (trenger ikke være kommunen selv).
 - Håndtering av husholdningsavfall på oppdrag fra kommunen teller med

Aktivitetskriteriet

- Nytt at aktivitetskriteriet er uttrykkelig satt til 80 prosent, dvs. at minimum 80 prosent av aktiviteten til oppdragstaker må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiveren eller **andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer**.
- Den aktiviteten selskapet som tildeles kontrakt (oppdragstaker) utøver for kommunen vs. den aktiviteten selskapet utøver for andre (private).
- Aktivitet oppdragstaker retter mot andre aktører kontrollert av oppdragsgiver inngår i aktivitet rettet mot oppdragsgiver selv.
 - Presisering i forhold til praksis.
 - For avfallsselskapene innebærer dette at i vurderingen av om det aktuelle selskapet retter mer enn 80 % av sin aktivitet mot kommunen, skal det også tas hensyn til aktivitet som avfallsselskapet retter mot andre selskap som kommunen kontrollerer.
 - Dersom f.eks. det kommunale avfallsselskapet håndterer avfall for andre kommunale selskap, vil dette inngå i aktivitet rettet mot kommunen.

Konserntankegang lovfestet

- Direktivet/forskriften innfører en konserntankegang.
 - Unntaket kan brukes ved tildelinger av kontrakt mellom virksomheter i samme konsern – uavhengig av hvem som kontrollerer hvem.
 - Åpnes m.a.o. uttrykkelig for omvendt egenregi (underliggende organ foretar en anskaffelse fra et overordnet organ) og for egenregi mellom søster-rettssubjekter (tildele kontrakt til en annen virksomhet som er kontrollert av samme felles eier).
 - Ingen nyvinning i norsk rett (godtatt av KOFA praksis), men ikke behandlet av EU-domstolen.
 - Indirekte kontroll (kontraktstildelinger mellom mormor og datterdatter) også anerkjent i nytt direktiv.