



Notat

Til: KS Bedrift v/Tone Molvær Berset

Fra: Advokatfirmaet Wiersholm AS v/Morten Goller og Kristin Hallsjø Aarvik

Ansv. advokat: Morten Goller

Dato: 10. februar 2016

Vurdering av regelverket om offentlige anskaffelser – Unntaket for utvidet egenregi etter gjeldende rett og bestemmelser i nytt anskaffelsesdirektiv 2014/24/EU

1. INNLEDNING

KS Bedrift har bedt Wiersholm om en vurdering av hvorvidt kommuner lovlig kan velge å tildele kontrakt for håndtering av kommunalt næringsavfall, dvs. avfall fra kommunenes egne bygg, skoler, sykehjem mv., til kommunale avfallsselskap uten kunngjøring og anbudskonkurranse i medhold av unntaket om utvidet egenregi.

De kommunale avfallsselskapene har ansvaret for håndtering av husholdningsavfall, dvs. avfall fra private husholdninger i kommunen. Denne oppgaven er pålagt kommunen ved lov, jf. forurensningsloven § 30 mv. Kommuner har enerett til å håndtere husholdningsavfall, men kommunen skal ikke ta avfallsgebyr som overstiger kommunens kostnader, jf. forurensningsloven § 34.

Kommuner er ikke pålagt å samle inn avfall fra næringsvirksomhet. Kommuner kan imidlertid gjennom de kommunale avfallsselskapene også håndtere næringsavfall. Dette gjøres da i konkurranse med andre aktører i avfallsmarkedet, og kommunen kan beregne fortjeneste når den tilbyr virksomheter innsamling av slikt avfall.

EU vedtok 26. mars 2014 nye anskaffelsesdirektiv for klassisk sektor og forsyningssektorene, hhv. direktiv 2014/24/EU og direktiv 2014/25/EU. I tillegg er det vedtatt et helt nytt direktiv for konsesjonskontrakter, direktiv 2014/23/EU.

I de nye direktivene har man lovfestet unntaket fra anskaffelsesregelverket for utvidet egenregi, og for øvrig offentlig-offentlig samarbeid. Disse reglene er ellers utviklet gjennom EU-domstolens praksis. Bestemmelsene er i stor grad sammenfallende med gjeldende rett, men på enkelte punkter innføres det endringer fra gjeldende rett. Bestemmelsene presiserer og klargjør også enkelte uavklarte spørsmål.

Direktivene skal gjennomføres i norsk rett, og unntaksreglene vil derfor få betydning for norske kommuners valg med hensyn til å løse oppgaver gjennom interkommunalt samarbeid og gjennom kommunalt eide selskap.

Forslag til nye forskrifter ble sendt ut på høring i mars 2015. I forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser er direktivunntakene tatt inn i ny §§ 2-8 til 2-11. De nye forskriftene blir trolig gjennomført sommeren 2016. Wiersholms vurdering av reglene for utvidet egenregi bygger derfor på bestemmelsene i de nye direktivene, forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser, samt rettspraksis etter gjeldende rett.

2. OPPSUMMERING

Etter vår vurdering vil et kommunalt avfallsselskap på nærmere vilkår kunne tildeles kontrakter om håndtering av kommunalt næringsavfall i egenregi.

Vilkårene fra EU-domstolens praksis, herunder kontrollkriteriet og aktivitetskriteriet, er videreført i direktivet. Om et avfallsselskap tilfredsstiller vilkårene for å benytte unntaket om utvidet egenregi, beror derfor 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; og
- i hvilken grad selskapet er markedsorientert.

Dette er nærmere drøftet i det følgende.

I det nye direktivet, samt forskriften som gjennomfører direktivet i norsk rett, er unntaket om utvidet egenregi regulert i ulike bestemmelser. Hvilken bestemmelse som er aktuell beror på om kommunen alene utøver kontroll over selskapet som skal tildeles kontrakt, eller om kontroll utøves i fellesskap med øvrige deltakerkommuner. Rettspraksis tilsier at det generelt skal svært lite til for at en kommune kan anses å oppfylle kontrollkriteriet sammen med andre kommuner, men det må gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, med utgangspunkt i de beføyelser den aktuelle kommunen har over oppdragstaker.

Vurderingen av om oppdragstaker utfører minst 80 % sin aktivitet for kommunen må avgjøres ut i fra det konkrete selskapets aktivitet. Om kontrakt for håndtering av det kommunale næringsavfallet kan tildeles et kommunalt selskap direkte vil derfor bero på hvordan de *ulike enhetene som håndterer avfall* er organisert.

Dersom f.eks. et interkommunalt avfallsselskap *primært håndterer husholdningsavfall*, er det mulig at dette kan tildeles oppdraget med å *håndtere kommunens eget næringsavfall* i egenregi. Et interkommunalt selskap som *primært håndterer næringsavfall* i konkurranse med andre vil imidlertid neppe oppfylle vilkårene for utvidet egenregi. Dette selskapet vil ikke rette minst 80 % av sin aktivitet mot kommunen. Det er aktiviteten til selskapet som tildeles kontrakt (oppdragstaker) som må vurderes, og for å oppfylle aktivitetskriteriet er det ikke tilstrekkelig at morselskap eller datterselskap til oppdragstaker utøver store deler av sin aktivitet for kommunen.

3. EGENREGI

3.1 Utgangspunktet

Kommunen står fritt til å dekke sine behov for varer og tjenester ved å ta i bruk ressurser i egen organisasjon (omtalt som egentlig egenregi¹). Kommuner kan derfor utføre tjenester ved bruk av kommunens egen organisasjon uten at dette er omfattet av anskaffelsesregelverket; det inngås ikke en gjensidig bebyrdende avtale mellom to juridiske personer. En etat i kommunen som håndterer husholdningsavfall kan derfor håndtere kommunens eget næringsavfall uten at dette reiser spørsmål i forhold til anskaffelsesreglene.

Spørsmålet om i hvilken utstrekning offentlige oppdragsgivere som kommuner kan dekke sin etterspørsel ved å samarbeide med et annet rettssubjekt, f.eks. en annen kommune

¹ EU-domstolens avgjørelse i sak C-26/03 (*Stadt Halle*)

eller selskaper/enheter organisert som egne rettssubjekt, har vært omdiskutert i anskaffelsesretten. Tidligere direktiv regulerte ikke spørsmålet.

Som utgangspunkt skal regelverket følges når oppdragsgiver inngår avtale om ytelse av varer eller tjenester mv. *med en selvstendig oppdragstaker*, eller samarbeider med *annen selvstendig offentlige aktør*. EU-domstolen har imidlertid anerkjent at medlemsstater må ha frihet til å organisere offentlig sektor på den måten de finner hensiktsmessig. På denne bakgrunn har EU-domstolen gjennom sin praksis utviklet to hovedunntak fra regelverket.

For det første har EU-domstolen utviklet unntaket for *utvidet egenregi*, hvor unntaket for egenregi på visse vilkår også omfatter kontrakter som tildeles til et annet rettssubjekt². Tradisjonelt er unntaket anvendt ved kontraktstildelinger fra eierkommune til et selskap kommunen selv eier (omtalt som vertikalt, eller institusjonalisert, samarbeid).

For det andre har EU-domstolen utviklet et unntak for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid,³ som kan benyttes f.eks. der to kommuner samarbeider om felles oppgaver.

De nye direktivene lovfester for første gang de ulike unntakene. I dette notatet vurderer vi i hvilken utstrekning kommuner kan benytte kommunale avfallsselskap til å håndtere kommunens eget næringsavfall med hjemmel i førstnevnte unntak, i lys av det nye anskaffelsesdirektivet, forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser og rettspraksis.

Unntaket for utvidet egenregi er inntatt i art. 12 nr. 1 til nr. 3 i direktivet⁴. Art. 12 nr. 4 lovfester unntaket for ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid. Den aktuelle bestemmelsen i direktivet for klassisk sektor, art. 12, er i sin helhet inntatt i Vedlegg 1.

Art. 12 nr. 1 gjelder unntaket for utvidet egenregi der oppdragsgiver (kommunen) kan utøve kontroll over oppdragstaker på selvstendig grunnlag. Art. 12 nr. 2 gjelder utvidet egenregi ved horisontale og omvendt vertikale forhold, dvs. der oppdragsgiver ønsker å tildele kontrakt til mor- eller datterselskap. Art. 12 nr. 3 gjelder unntaket for utvidet egenregi der flere oppdragsgivere (kommuner) kontrollerer oppdragstaker i felleskap.

Unntakene er inntatt i forslag til ny forskrift til offentlige anskaffelser. De nye bestemmelsene i §§ 2-8 til 2-11 er inntatt del I – Alminnelige bestemmelser. Forskriften § 2-8 (1) tilsvare art. 12 nr. 1, § 2-8 (3) tilsvare art. 12 nr. 2, mens § 2-9 tilsvare art. 12 nr. 3. Art. 12 nr. 4 om samarbeidsavtaler er gjennomført i forskriften § 2-10. De aktuelle bestemmelsene i forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser er i sin helhet inntatt i Vedlegg 2.

Om unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse på tildeling av kontrakt fra kommunen til det kommunale avfallsselskapet kan derfor bero på om avfallsselskapet *kontrolleres* av en kommune, eller flere kommuner sammen.

Om kontrollkriteriet konkret er oppfylt – enten selskapet er kontrollert av en kommune eller flere kommuner i felleskap – kan også bero på om avfallsselskapet som tildeles kontrakt er organisert som et kommunalt foretak, IKS eller aksjeselskap.

Den konkrete organiseringen vil variere fra kommune til kommune. KS Bedrift har forklart at det er vanlig at kommuner i felleskap etablerer et interkommunalt selskap (IKS) som håndterer husholdningsavfallet i deltakerkommunene. Håndteringen av næringsavfall er imidlertid ofte skilt ut i egne selskap, ofte som datterselskap (IKS, aksjeselskap mv.) til IKS. Et IKS kan også ha flere datterselskap som håndterer hhv. husholdningsavfall, næringsavfall, transport mv., dvs. at selskapet som håndterer husholdningsavfall og selskapet som håndterer næringsavfall er kontrollert av samme selskap.

² Jf. bl.a. EU-domstolens sak C-107/98 (*Teckal*) og etterfølgende praksis

³ Jf. bl.a. EU-domstolens sak C-480/06 (*Stadtreinigung Hamburg*) og etterfølgende praksis

⁴ Tilsvarende bestemmelser finnes i forsyningsdirektivet art. 28 nr. 1 til 3 og konsesjonskontraktdirektivet art. 17 nr. 1 til 3

Hvordan de kommunale avfallsselskapene er organisert, og særlig om det er samme selskap som håndterer husholdningsavfall og næringsavfall er av betydning for vurderingen av om unntaket for utvidet egenregi kan benyttes. I notatet har vi prøvd å skissere ulike scenario. I vurderingen må det imidlertid alltid tas utgangspunkt i de konkrete faktiske omstendigheter for den kommunen som ønsker å benytte unntaket.

4. UTVIDET EGENREGI – RETTSPRAKSIS

4.1 Kontrollkriteriet og aktivitetskriteriet

De nye bestemmelsene i direktivet er begrunnet i behovet for klarhet og forutberegnelighet. Bestemmelsene bygger på EU-domstolens rettspraksis, og skal leses i lys av denne.⁵

Utgangspunktet i rettspraksis blir derfor kort redegjort for under. Vi går deretter gjennom de nye bestemmelsene og foretar en vurdering av kommunenes adgang til å benytte unntaket i lys av disse bestemmelsene.

EU-domstolen har i sin praksis oppstilt to vilkår som begge må være oppfylt for at unntaket for egenregi skal komme til anvendelse når kontrakt inngås mellom to selvstendige rettssubjekt, dvs. ved utvidet egenregi.

4.2 Kontrollkriteriet

For det første må oppdragsgiveren utøve en kontroll over leverandørselskapet (heretter omtalt som oppdragstaker) som tilsvarer kontrollen som oppdragsgiver har over egen virksomhet ("kontrollkriteriet").

Dersom flere kommuner eier et selskap sammen, har EU-domstolen akseptert at den påkrevde kontrollen utøves av dem i felleskap⁶.

I sak C-182/11 (*Econord*) tilføyde imidlertid EU-domstolen at i tilfeller av felles kontroll over en oppdragstaker må det kreves at den enkelte kommune har en innflytelse som gjør det mulig å ta del i den kontrollen som deltakerkommunene i felleskap utøver.⁷

4.3 Aktivitetskriteriet

For det andre må *den vesentligste delen* av leverandørens aktivitet være knyttet til den eller de kontrollerende oppdragsgivere ("omsetningskriteriet" eller "aktivitetskriteriet").⁸

I praksis har EU-domstolen akseptert at annen aktivitet utgjør 10 til nærmere 20 prosent. I nytt anskaffelsesdirektiv art. 12 nr. 1 bokstav (b) kodifiseres aktivitetskravet til 80 %, dvs. at annen aktivitet enn den rettet mot kommunen ikke kan utgjøre mer enn 20 % av oppdragstakers virksomhet.

I tilfeller hvor kontrollkriteriet er oppfylt gjennom felles kontroll med oppdragstaker må aktivitetskriteriet vurderes ut fra hvor mye av oppdragstakers aktivitet som er rettet mot eierkommunene i felleskap⁹.

⁵ Fortalen til direktivet punkt 3.1

⁶ Jf. bl.a. sak C-324/07 (*Coditel Brabant*) og sak C-573/07 (*Sea*)

⁷ Til tross for at kommunenes her hadde helt marginale eierandeler (0,00057 %) utelukket ikke EU-domstolen at de likevel hadde mulighet til å ta del i kontrollen med oppdragsgiver. Bakgrunnen var aksjonæravtale som gav dem rett til å bli hørt, utnevne representant til selskapets tilsynsråd og, sammen med 34 andre deltakende kommuner med tilsvarende små eierandeler, utnevne et medlem til styre mv.

⁸ Jf. sak C-107/98 (*Teckal*)

⁹ Jf. sak C-340/04 (*Carbotermo*)

5. UNNTAKET FOR UTVIDET EGENREGI ETTER BESTEMMELSENE I NYTT ANSKAFFELSESDIREKTIV

5.1 Art. 12 nr. 1 (§ 2-8 (1)) – Individuell kontroll over oppdragstaker

Det følger av ny art. 12 nr. 1 / ny § 2-8 (1) at en kontrakt som tildeles fra en offentlig oppdragsgiver til en selvstendig oppdragstaker faller utenfor anskaffelsesregelverket dersom tre kumulative vilkår er oppfylt:

- (a) oppdragsgiver utøver kontroll over oppdragstaker som svarer til den kontroll oppdragsgiver utøver over egen virksomhet;
- (b) oppdragstaker utfører mer enn 80 % av sin aktivitet for oppdragsgiver, eller andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer;
- (c) som det ikke er direkte private kapitalandeler i.

I direktivet er det oppstilt enkelte unntak fra (c), som det vil bli redegjort for under, men i utgangspunktet vil direkte private eierinteresser i oppdragstaker innebære at unntaket for utvidet egenregi ikke kommer til anvendelse.

Art. 12 nr. 1 (§ 2-8) kommer til anvendelse der den aktuelle oppdragsgiveren utøver kontroll, dvs. kommunen har kontroll over avfallsselskapet på egenhånd. Dersom kommunen utøver kontroll over avfallsselskapet med andre kommuner i felleskap, kan art. 12 nr. 3 (§ 2-9) komme til anvendelse. Forskjellene på disse bestemmelsene er behandlet under.

At art. 12 nr. 1 kommer til anvendelse der en kommune er i stand til å utøve kontroll over oppdragstaker alene innebærer ikke oppdragstaker må være heleid av kommunen. Dersom kommune A f.eks. eier 90 % av oppdragstaker, mens kommune B eier 10 %, vil det være naturlig å drøfte om kommune A kan tildele kontrakt til oppdragstaker direkte etter art. 12 nr. 1, mens det for kommune B bør tas utgangspunkt i art. 12 nr. 3 om felles kontroll.

For begge må det foretas en konkret vurdering av om kontrollkriteriet er oppfylt.

5.1.1 Kontrollkriteriet

Kontrollkriteriet i art. 12 nr. 1 bokstav (a) innebærer at oppdragsgiver må utøve:

"a control which is similar to that which it exercises over its departments".

Art. 12 nr. 1 annet ledd presiserer kontrollkriteriet nærmere. Oppdragsgiver skal anses å utøve nødvendig kontroll dersom oppdragsgiver utøver:

"a decisive influence over both strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person".

Kommunen utøver m.a.o. kontroll dersom kommunen utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i oppdragstaker.

Dette er sammenfallende med EU-domstolens praksis, og ved vurderingen av kontrollkriteriet og hvilke momenter som inngår i denne, må det tas utgangspunkt i denne.

Momenter er f.eks.:

- 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.

Den mest praktiske kontrollen kommunen kan ha er gjennom eierskap i avfallsselskapene, men dette medfører ikke at kontrollkriteriet automatisk er oppfylt.¹⁰ Det må foretas en konkret vurdering av den faktiske kontroll og tilsyn med oppdragstaker som kommunen utøver, f.eks. gjennom representasjon i styret, ledelsen mv. Dette kan avhenge av hvordan selskapet er organisert. Kontrollkriteriet og forholdet til aksjeloven, lov om interkommunale selskap er behandlet kort i punkt 6.2.

5.1.2 Markedsorientering

I tillegg til å undersøke om oppdragstaker er underlagt kommunens kontroll, har EU-domstolen også vurdert oppdragstakers markedsorientering, jf. sak C-324/07 (*Coditel Brabant*) og C-573/07 (*Sea*).¹¹ EU-domstolen vurderte her hvilket formål oppdragstaker forfulgte, med utgangspunkt i de lover og vedtekter mv. som regulerte selskapets virksomhet.

I begge avgjørelsene ble det vektlagt at formålet med oppdragstakers virksomhet ikke gikk lenger enn å forfølge *medlemskommunenes interesser*. I C-573/07 (*Sea*) uttale EU-domstolen at selv om oppdragstaker også kunne samhandle med private, var selskapet ikke så markedsorientert at kontrollkriteriet ikke var oppfylt; dette var en helt underordnet aktivitet, som ikke kunne sette selskapets formål om å håndtere offentlige tjenester i fare.

Også i C-324/07 (*Coditel Brabant*) avviste EU-domstolen at markedsorientering innebar at oppdragsgiver ikke oppfyller kontrollkriteriet. En viss markedsorientering aksepteres derfor i praksis.

I vurderingen skal det, som over, tas utgangspunkt i oppdragstaker. Hvorvidt avfallsselskapet både håndterer husholdningsavfall og næringsavfall, eller om håndteringen av næringsavfall er skilt ut til et eget selskap, vil derfor være av betydning. Dersom samme selskap håndterer begge deler, vil oppdragstaker i mindre grad være markedsorientert. Dersom håndteringen av næringsavfall er skilt ut i eget selskap vil selskapet i større grad være markedsorientert.

Momenter i vurderingen av om oppdragstaker er markedsorientert er:

- materielle virkeområde til oppdragstaker (hvilke oppgaver utføres);
- oppdragstakers geografiske ekspansjon (opererer oppdragstaker på landsbasis, eller bare i deltakerkommunene);
- oppdragstakers mulighet til å kontrahere med tredjepersoner;
- har oppdragsgiver planer om å privatisere oppdragstakers virksomhet.

Det er i rettspraksis og juridisk teori uklart om markedsorientering er en egen vurdering, eller en del av vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt.¹² Sue Arrowsmith skriver bl.a. at EU-domstolen i sak *Parking Brixen* anså klar markedsorientering som et moment som tilsa at oppdragsgivers kontroll var "*tenous*", dvs. svak.¹³ Dersom markedsorientering kun er et moment i vurderingen av kontrollkriteriet, vil ikke markedsorientering i seg selv forhindre at unntaket kan benyttes, forutsatt at kontrollkriteriet ellers klart er oppfylt, f.eks. dersom kommunen utøver omfattende direkte tilsyn og kontroll mv.

Om dette er en separat vurdering eller ikke, skriver Arrowsmith:

"As an alternative to being a factor that is indicative (although in a limited way) of the existence of control, the reference to market orientation might be reconstructed as a

¹⁰ Jf. f.eks. avgjørelsene i C-458/03 (*Parking Brixen*) eller sak C-340/04 (*Carbotermo*)

¹¹ *Coditel Brabant* og *Sea*

¹² S. Arrowsmith [2014] s. 508

¹³ S. Arrowsmith [2014] s. 508

separate condition requiring that the awardee must act in the public interest rather than the pursuit of commercial objectives.

It can be noted that in the 2014 Public Procurement Directive there is a requirement in the case of jointly controlled entities (which is not stated for solely controlled entities) that, for the requisite control to exist, they should not pursue any interest that are "contrary" to those of the controlling authorities. This may be a statement and elaboration in the context of joint control of the case law requirement of absence of market orientation - which is treated as relating to the issue of control rather than as a separate requirement".¹⁴

Arrowsmith mener derfor at det er uklart om markedsorientering er et moment som kan tilsi at kontrollkriteriet er oppfylt, eller om det i stedet bør oppstilles et eget krav om at oppdragstaker bør opptre i tråd med offentlige interesser.

I den forbindelse viser Arrowsmith til unntaket i art. 12 nr. 3 som kan anvendes der en kommune ikke utøver kontroll over oppdragstaker alene, men utøver den nødvendige kontrollen sammen med andre kommuner. Her er det presisert at for at kontrollkriteriet skal være oppfylt, må oppdragstaker og oppdragsgiver ikke ha motstridende interesser. Arrowsmith mener at dette tilsier at markedsorientering er et moment under kontrollkriteriet.

Som nevnt over, vil selskap som kun håndterer næringsavfall være mer markedsorientert og nødvendigvis ha andre interesser enn selskap som også, eller utelukkende, håndterer husholdningsavfall. Håndtering av husholdningsavfall er en samfunnsmessig oppgave, mens håndtering av næringsavfall skjer på lik linje med andre aktører som håndterer næringsavfall, der kommunen kan innberegne fortjeneste.

Direktivet forutsetter imidlertid at oppdragstaker også kan rette sin aktivitet mot andre enn kommunen, herunder private. I aktivitetskriteriet (under) er det nettopp åpnet for dette.

5.1.3 Aktivitetskriteriet

Det følger av art. 12 nr. 1 bokstav b at i tillegg til kontrollkriteriet må aktivitetskravet være oppfylt, dvs.:

"more than 80 % of the activities of the controlled legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authority or by other legal persons controlled by that contracting authority".

For å vurdere hvorvidt aktivitetskriteriet er oppfylt må den aktiviteten avfallsselskapet utøver for kommunen holdes opp mot den aktiviteten avfallsselskapets utøver for andre andre (private).

Utgangspunktet for vurderingen er "activities of the controlled legal person". Det er den konkrete enheten som tildeles kontrakt som må rette minst 80 % av virksomheten sin mot kommunen.

I tillegg til kommunen, følger det av ordlyden "*or by other legal persons controlled by that contracting authority*" at aktivitet oppdragstaker retter mot andre aktører kontrollert av oppdragsgiver inngår i *aktivitet rettet mot oppdragsgiver selv*. Dette følger ikke direkte av rettspraksis, og er derfor en presisering. Dette kan også ses i sammenheng med artikkel 12 nr. 2 om samarbeid i horisontale og omvendt vertikale forhold (under i punkt 5.2), f.eks. der en oppdragsgiver ønsker å tildele kontrakt til sitt søsterselskap eller morsselskap.

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

¹⁴ Sue Arrowsmith [2014] s. 509

kommunale avfallsselskapet håndterer avfall for andre kommunale selskap, vil dette inngå i aktivitet rettet mot kommunen.

Ordlyden i direktivet er aktivitet "*carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling authority*". Det er dermed aktivitet som utføres som ledd i et oppdrag tildelt oppdragstaker av kommunen som er avgjørende. Denne anses som rettet mot oppdragsgiver, selv om den ikke er rettet mot kommunen direkte.¹⁵ Dette er presisert i fortalen til direktivet. Aktivitetskravet kan derfor være oppfylt uavhengig av hvem som faktisk nyter godt av tjenestene som oppdragstaker utfører; dette trenger ikke være kommunen selv.

Dette må anses å være i tråd med gjeldende rett mht. hvilke aktiviteter som inngår i vurderingen. I sak C-340/04 (*Carbotermo*) uttalte EU-domstolen følgende om innholdet i aktivitetskriteriet:

"The activities of a successful undertaking which must be taken into account are all those activities which that undertaking carries out as part of a contract awarded by the contracting authority, regardless of who the beneficiary is: the contracting authority itself or the user of the services.

It is also irrelevant who pays the undertaking in question, whether it to be the controlling authority or third-party user of the services provided under concessions or other legal relationships established by that authority. The issue of in which territory those services are provided is also irrelevant."

Sue Arrowsmith skriver også i tilknytning til aktivitetskriteriet, med henvisning til premissene i *Carbotermo*, at:

"The CJ has elaborated in a number of respects on how the activities condition applies. Thus in Carbotermo the CJ ruled that in applying the "essential part" test, it is necessary to take into account the total turnover of the undertaking regardless of who is the beneficiary of the work (the authority directly or the users of the service), whether the work is paid for directly by the authority or by users of the service, or in which the territory the works is done".

Videre heter det:

"It can finally be noted that in Carbotermo Advocate General Stix-Hackl also suggested several rules concerning the application of the activities test, namely that the relevant activities are those actually carried out, not either those that may be carried out or those that there is an obligation to carry out, and that all the activities of the awardee are to be taken into account when deciding what proportion of its activities are for the controlling authority, not just activities of the type covered by the contract. The approach on these points seems correct and in the last respect appears to be the approach clearly adopted in the wording of the 2014 Public Procurement Directive, which simply refers to "80 per cent of the activities" of the controlled person."

I § 2-8 i forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser heter det bare at oppdragstaker "*utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiver*". For oppdragsgiver må imidlertid her forstås på tilsvarende måte, dvs. at oppgaver som utføres for en kommune, men som ikke direkte retter seg mot kommunen, er aktivitet som inngår i aktivitetskriteriet.

Aktivitetskriteriet innebærer derfor at:

- mer enn 80 % av avfallsselskapets samlede aktivitet må være aktivitet som ledd i et oppdrag tildelt selskapet av kommunen (oppgaver som utføres på vegne av kommunen), men det trenger ikke være kommunen som nyter godt av tjenestene; og

¹⁵ Slik også sak C-340/04 (*Carbotermo*)

- det må ses hen til avfallsselskapets samlede aktivitet, dvs. all aktivitet som utføres hos det selskapet som skal tildeles kontrakt, og ikke bare til den type aktivitet som utføres i egenregi, eller den type aktivitet som den enkelte kontrakten gjelder.

Sistnevnte følger også forutsetningsvis av artikkel 12 nr. 4 bokstav c om ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid. Her er aktivitetskravet knyttet til aktivitet utført som ledd i avtalen ved det konkrete samarbeidet ("*the activities concerned by the cooperation*").

Mer enn 80 % av den samlede aktiviteten til avfallsselskapet (som kommunen ønsker å tildele kontrakt) må derfor utføres i tilknytning til oppdrag tildelt avfallsselskapet fra kommunen.

Kommunens innsamling av husholdningsavfall fra private er en lovpålagt oppgave, og kommunen utfører denne oppgaven gjennom de kommunale avfallsselskapene. Selv om det er den enkelte private husholdning som nyter godt av tjenestene som utføres (og som i praksis betaler for tjenesten gjennom kommunale avgifter), utføres denne i oppdrag tildelt selskapene av kommunen, og må dermed anses å være rettet mot kommunen selv.

Også under aktivitetskriteriet er det derfor av betydning om det er det samme avfallsselskapet som håndterer både husholdningsavfall og næringsavfall, eller om håndtering av næringsavfall er skilt ut i et eget selskap.

Dersom det er det samme selskapet som håndterer begge typer avfall, kan det gi kommunen et visst spillerom til å tildele kontrakt for håndtering av avfall til dette selskapet etter unntaket om utvidet egenregi, til tross for at avfallsselskapet også håndterer næringsavfall i konkurranse med andre private aktører. Håndteringen av husholdningsavfall inngår i vurderingen av aktivitetskriteriet, og vi antar at denne delen utgjør en god del av selskapets aktivitet. Dersom aktiviteten knyttet til håndtering av næringsavfall overstiger 20 % av avfallsselskapets samlede aktivitet, kan imidlertid unntaket for egenregi ikke benyttes. Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått, jf. art. 12 nr. 5.

Dersom håndtering av næringsavfall er skilt ut i eget selskap, må det i vurderingen tas utgangspunkt i den samlede aktiviteten til dette selskapet. Her vil aktivitetskriteriet neppe være oppfylt – dette selskapet vil rette mesteparten av sin aktivitet mot andre aktører enn kommunen selv.

Dersom håndtering av hhv. husholdningsavfall og næringsavfall er skilt ut i egne selskap vil kommunen kanskje kunne tildele kontrakt for håndtering av kommunens eget næringsavfall til avfallsselskapet som håndterer *husholdningsavfallet*. Dette selskapets aktivitet er, nesten utelukkende, som ledd i oppdrag tildelt fra kommunen. Det kan også være mer nærliggende at kontrollkriteriet er oppfylt, f.eks. vil ikke selskapet som bare håndterer husholdningsavfall være markedsorientert.

Kravet i direktivet om at *minst 80 %* av selskapets aktivitet er rettet mot oppdragsgiver er nytt. Vilkåret i rettspraksis¹⁶ er at oppdragsgivers aktivitet *i det vesentligste* må være rettet mot oppdragsgiver, og det må dermed foretas både en kvalitativ og kvantitativ vurdering.

Aktivitetskriteriet beror etter direktivbestemmelsen på en ren kvantitativ vurdering. Den tydeliggjør når unntaket kan benytte; under 20 % av oppdragstakers aktivitet kan være rettet mot andre enn kommunen. Dette er i øvre sjikt i forhold til hva som var skissert i rettspraksis (ikke mer enn 10 – 20 %).

En 20 prosent-regel kan derfor anses som en liten oppmykning i forhold til gjeldende rett, og er mer forutberegnelig for oppdragsgivere.

¹⁶ Teckal mv.

Det følger av art. 12 nr. 5 (§ 2-11 (1)) at for å vurdere om oppdragsgivers aktivitet i tilstrekkelig grad er rettet mot oppdragsgiver skal det tas utgangspunkt i årlig gjennomsnittlig omsetning eller lignende i de siste tre årene:

"Beregningen av prosentvis aktivitet ... skal baseres på enten gjennomsnittlig omsetning eller annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene."

Ordlyden åpner for at det kan benyttes andre parametere, f.eks. samlede kostnader.

Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått, jf. § 2-11 (2). Dersom det ikke finnes relevante omsetningstall eller andre opplysninger er det tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er sannsynlig.

Aktivitetskriteriet, slik bestemmelsen nå lyder, åpner ikke for unntak. I praksis var det tidligere forutsatt at det er mindre problematisk at oppdragstaker utnytter overskuddskapasitet som selskapet har i kraft av leveranser til oppdragsgiver enn når selskapet leverer andre varer/tjenester på markedet, evt. utenfor sitt geografiske virkeområde.¹⁷ Etter den nye bestemmelsen kan imidlertid ikke et kommunalt avfallsselskap som har ekstra ressurser og kapasitet håndtere kommunalt næringsavfall, med mindre aktivitet rettet mot kommunen (husholdningsavfall) utgjør 80 % av selskapets aktivitet.

5.1.4 Private eierinteresser

I utgangspunktet kan unntaket for utvidet egenregi kun benyttes der det ikke er private eierinteresser i oppdragstakers virksomhet, men art. 12 nr.1 bokstav (c) åpner for visse unntak. Dette er også nytt i forhold til gjeldende rett. I rettspraksis har private eierinteresser hittil medført at unntaket er avskåret.¹⁸

Ordlyden "*direct private capital participation*" ("direkte private kapitalandeler") innebærer at *indirekte* private eierinteresser ikke utelukker at unntaket kan benyttes. En offentlig oppdragsgiver som dels ligger i offentlig, dels i privat eie vil derfor kunne tildele kontrakt direkte til heleid datterselskap så lenge kontroll- og aktivitetskriteriet ellers er oppfylt.¹⁹

I tillegg oppstiller direktivet et unntak som innebærer at direkte private eierinteresser kan også aksepteres dersom privat eierskap følger av nasjonal rett som er i overenstemmelse med EU-traktaten, såfremt privat deltaker ikke har kontroll over oppdragstaker. Bestemmelsen er imidlertid ikke tatt med i utkastet til nye forskriftsbestemmelser, da departementet er usikker på hvilken verdi denne reservasjonen kan ha i Norge.²⁰

Vi forutsetter at det ikke er noen private eierinteresser i avfallsselskapene.

5.2 Artikkel 12 nr. 2 (§ 2-8 (3)) – Utvidet egenregi ved horisontale og omvendt vertikale forhold

Det følger av artikkel 12 nr. 2 (§ 2-8 (3)) at unntaket for utvidet egenregi, der kontrollkriteriet og aktivitetskravet er oppfylt, også kan komme til anvendelse på såkalt horisontale eller omvendt vertikale konstellasjoner, f.eks. der oppdragsgiver ønsker å tildele kontrakt til sitt søsterselskap eller morselskap direkte.

I norsk rett har KOFA allerede slått fast at unntaket for utvidet egenregi gjelder omvendt vertikalt samarbeid, jf. KOFA 2013/99, slik at denne bestemmelsen for så vidt ikke er noen nyvinning i norsk rett. Spørsmålet er imidlertid ikke behandlet av EU-domstolen.

¹⁷ Veileder til regelverket om offentlige anskaffelser s. 36

¹⁸ Sak C-26/03 (*Stadt Halle*) mv.

¹⁹ Understreket i direktivets forale

²⁰ Høringsnotat 2 – Ny forskrift om offentlige anskaffelser s. 5

5.3 Artikkel 12 nr. 3 (§ 2-9) – Utvidet egenregi ved felles kontroll over oppdragstaker

Art. 12 nr. 3 (§ 2-9) regulerer særskilt de tilfeller der hver enkelt kommune ikke utøver nødvendig kontroll over oppdragstaker alene, men utøver slik kontroll sammen med andre kommuner.

Vi forutsetter at dette vil være et aktuelt unntak ved tildeling av kontrakt til avfallsselskapene; flere kommuner oppretter en felles enhet (IKS, aksjeselskap) som de ønsker å tildele kontrakt til.

At unntaket kommer til anvendelse så lenge flere kommuner kan utøve den nødvendige kontrollen sammen er i tråd med EU-domstolens praksis.²¹ Unntaket forutsetter at kontrollkriteriet og aktivitetskriteriet, slik dette er gjengitt over, er oppfylt.

5.3.1 Kontrollkriteriet

I likhet med art. 12 nr. 1 forutsetter art. 12 nr. 3 (§ 2-9) at den konkrete kommunen "*exercises jointly*" med andre kommuner "*a control over [oppdragstaker] which is similar to that which they exercise over their own departments*" ("i felleskap utøver en kontroll").

Selve kontrollen som utøves over avfallsselskapet er derfor den samme, enten oppdragstaker kontrolleres av en eller flere kommuner.

Det er ikke klart hva som ligger i at kontroll utøves "*jointly with other contracting authorities*" og "*jointly exert decisive influence*". Trolig ligger det i at kontroll skal utøves i felleskap et krav om det er en viss realitet i samarbeidet, dvs. at det dreier seg om et reelt fellesforetak. Dette er i tråd med EU-domstolens praksis²².

Vi forutsetter imidlertid at hver deltakerkommune har en viss minimum-innflytelse på samarbeidet, og at deltakelsen i avfallsselskapet ikke er en ren formalitet.

I art. 12 nr. 3 annet ledd og § 2-9 (2) presiserer at kravet til *felles kontroll* foreligger er oppfylt når:

"a) det kontrollerte rettssubjektets styrende organer er sammensatt av representanter for alle oppdragsgiverne. En representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne;

b) oppdragsgiverne i fellesskap utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet, og

c) det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølger interesser som er i strid med oppdragsgivernes interesser."

Oppdragstakers styrende organer ("*decision-making bodies*") må derfor være sammensatt av representanter for alle deltakende kommuner ("*all participating contracting authorities*") for at kontrollkriteriet anses oppfylt. Hver kommune trenger imidlertid ikke være representert ved hver sin representant; en representant kan representere flere kommuner²³.

Hva som ligger i at en kommune har tilstrekkelig kontroll må vurderes i lys av momentene i punkt 5.1.1 over. I praksis skal det svært lite til for at en deltakerkommune skal anses å ha tilstrekkelig kontroll sammen med andre kommunen:

- I sak C-182/11 (*Econord*) hadde kommunene helt marginale eierandeler i oppdragstaker (0,00057 %), men likevel utelukket ikke EU-domstolen at kommunene hadde mulighet til å ta del i kontrollen med oppdragsgiver.

²¹ Jf. f.eks. C-324/07 (*Coditel Brabant*) *Sea* og *Econord* mv.

²² C-182/11 og C-183/11 (*Econord*) omtalt over, de de aktuelle kommunene hadde en 0,00058 % eierandel i oppdragstaker

²³ Sue Arrowsmith s. 518

Bakgrunnen var en aksjonæravtale som gav dem rett til å bli hørt, utnevne representant til selskapets tilsynsråd og, sammen med 34 andre deltakende kommuner med tilsvarende små eierandeler, utnevne et medlem til styre mv.

- KOFA har i en avgjørelse fra september 2015 lagt tilsvarende lav terskel til grunn, jf. sak 2015/48 mv.²⁴ Her eide den ene kommunen som var innklaget, Gjesdal kommune, bare én prosent av Lyse AS, som eide Lyse Elnett AS (oppdragstaker tildelt kontrakt). Med henvisning til sak C-182/11 (*Econord*) uttalte klagenemnda at:

"Etter klagenemndas vurdering viser dette at kravene til den enkelte kommunes deltakelse i den felles kontrollen med oppdragsgiver, er beskjedne. I vår sak er det intet i sakens dokumenter som gir grunn til å konkludere med at ikke også Gjesdal kommune har mulighet til å delta i den kontroll som Lyse AS fører med Lyse Elnett."

Den lave terskelen bør legges til grunn også etter de nye bestemmelsene i direktivet.

Vilkårene i bokstav (b) og (c) er drøftet over i punkt 4.2 i forbindelse med kontrollkriteriet og markedsorientering.

I forbindelse med art. 12 nr. 3 annet ledd (iii) (bokstav c) skriver Sue Arrowsmith:

"Finally it can be noted that for cases of joint control the 2014 directive provides, in Art. 12 (3), that control will be exercised if, inter alia, "the controlled legal person does not pursue any interests which are contrary to those of the controlling contracting authorities". Such a requirement for control is not referred to expressly in the case law, but it is possible that this is a form of the principle that underlies the statement in the current case law that the controlled entity should not have a market orientation – such an orientation might possibly put the interest of the controlled entity in conflict with those of one or more of the controlling entities in certain cases. It is unfortunate that the meaning and significance of this provisions is not made clearer (and as noted above) it is also questionable whether it is appropriate to consider it as relevant to the issue of control (which is rather artificial) rather than as a distinct condition."

Dette tilsier igjen at i hvilken grad avfallsselskapet er markedsorientert er et moment under kontrollvurderingen.

I art. 12 nr. 3 annet ledd (iii) er det imidlertid et vilkår at oppdragstaker ikke forfølger interesser som er i strid med oppdragsgivers interesser. Dersom det er aktuelt å benytte dette unntaket fordi kommunen ikke utøver kontroll over avfallsselskapet alene, kan det være problematisk å tildele til selskap som kun håndterer næringsavfall. Dersom dette forfølger i hovedsak forfølger kommersielle interesser, vil dette kunne være i strid med kommunens interesser. Formålet til selskapet kan her være et moment i vurderingen. Departementet har foreløpig ikke gitt noen veiledning til vurderingen i bokstav (c).

5.3.2 Aktivitetskriteriet

Aktivitetskravet innebærer at minst 80 % av avfallsselskapets aktivitet må være rettet mot oppdragstakers kontrollerende oppdragsgivere (deltakerkommunene), eller andre rettssubjekter som er kontrollert av de samme kommunene.

Når det gjelder "*andre rettssubjekter som [kommunene] kontrollerer*", er det ikke klart hvorvidt det er tilstrekkelig at dette er rettssubjekt både under deltakerkommunenes individuelle eller felles kontroll, eller om de aktuelle rettssubjektene må være kontrollert i felleskap av de samme kommunene. Fortalen til direktivet gir ingen veiledning.

²⁴ Klagenemnda for offentlige anskaffelser forente saker 2015/47, 2015/48, 2015/49 og 2015/50

I lys av at unntak fra anskaffelsesregelverket i følge EU-domstolens praksis skal tolkes restriktivt, er det naturlig at sistnevnte legges til grunn, dvs. at kun andre rettssubjekt som er under deltakerkommunenes felles kontroll inngår i vurderingen av om aktivitetskriteriet er oppfylt.

Når det gjelder den konkrete vurderingen, viser vi til gjennomgangen av aktivitetskriteriet over.

6. OPPSUMMERING

6.1 Konkret vurdering av de ulike unntaksbestemmelsene

Hvilket unntak i direktivet som kommer til anvendelse avhenger av om det er en eller flere kommuner som kontrollerer avfallsselskapet. Vi forutsetter imidlertid at det siste er mest praktisk, dvs. at flere kommuner har gått sammen om håndtering av hhv. husholdningsavfall og næringsavfall.

Kommunen må da vurdere om vilkårene i art. 12 nr. 3 (§ 2-9) er oppfylt. Disse er dels er sammenfallende med art. 12 nr. 1 (§ 2-8).

6.2 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; og
- i hvilken grad selskapet er markedsorientert.

I praksis kan rettslige og faktiske beføyelser avhenge av hvordan oppdragstaker er organisert (aksjeselskap, IKS mv.).

I et IKS har eierkommunene ofte mer politisk styring og kontroll enn det som normalt følger av et aksjeselskap. Vi vurderer ikke organisasjonsformen IKS nærmere, men nevner kort enkelte bestemmelser i lov om interkommunale selskaper som tilsier at et IKS vil være under deltakerkommunenes kontroll i anskaffelsesrettslig forstand.

Selskapet skal ha et representantskap hvor samtlige deltakere er representert med minst én representant, jf. § 6. Representantskapet er selskapets øverste myndighet og behandler selskapets regnskap, budsjett og økonomiplan og andre saker som etter loven eller selskapsavtalen¹ skal behandles i representantskapet, jf. § 7. Selskapets styremedlemmer velges av representantskapet, jf. § 10. Selskapsavtalen, jf. § 4, skal bl.a. angi selskapets formål, og er relevant i vurderingen av om selskapet er markedsorientert eller forfølger interesser som er sammenfallende med oppdragsgivers interesser.

Fordi kommunestyret i den enkelte deltakerkommune har instruksjonsrett overfor sine representanter i representantskapet, får deltakerkommunene direkte innflytelse og kontroll over beslutninger som i loven og evt. selskapsavtalen legger til representantskapet.

Spørsmålet om et aksjeselskap vil kunne oppfylle kontroll- og aktivitetskriteriet der aksjeselskapet eies av flere kommuner i fellesskap som samlet sett tilfredsstiller kontrollkriteriet må vurderes konkret på samme som for et IKS. Kommunene vil samlet ha

innflytelse over selskapet formål, vedtekter, valg av styre mv., avhengig av hva som er lagt til selskapets styre og daglig ledelse. Vedtektene kan også i stor grad tilpasses deltakerkommunene (f.eks. gjennom vetorett ved viktige beslutninger, eller at vedtekter bare kan endres gjennom enstemmig vedtak), slik at selskapet anses å være underlagt nødvendig kontroll.

Som gjennomgått over vil direkte private eierinteresser som hovedregel forhindre at unntaket kommer til anvendelse.

6.3 Markedsorientering – felles interesser

I tillegg til kontrollkriteriet må det sikres at kommunen og oppdragstaker forfølger samme overordnede formål.

Vurderingen må foretas med utgangspunkt i oppdragstaker, og det vil derfor ha noe å si om håndteringen av hhv. husholdningsavfall og næringsavfall skjer i samme selskap, eller om dette er skilt ut i to forskjellige selskaper. Vurderingen har derfor også en side til aktivitetskriteriet, jf. under.

Dersom håndteringen av hhv. husholdningsavfall og næringsavfall skjer i samme selskap, er selskapets markedsorientering trolig begrenset. Kommunen og oppdragstaker forfølger i større grad samme formål - håndtering av offentlige tjenester i kommunen.

Dersom håndteringen av næringsavfall er skilt ut i et eget selskap, og dette selskapet håndterer næringsavfall i konkurranse med andre aktører, vil kommersielle formål være mer fremtredende. Avgjørende er om selskapet forfølger kommersielle formål i en slik grad at det kan gå ut over mer allmenne formål som forfølges av deltakerkommunene.

Omfattende omsetning i et marked i kombinasjon med geografisk ekspansjon, dvs. utover deltakerkommunene, kan derfor medføre at egenregi ikke kan benyttes.

6.4 Aktivitetskriteriet

For at aktivitetskriteriet skal være oppfylt må avfallsselskapet som skal tildeles kontrakt rette minst 80 % av sin aktivitet mot deltakerkommunene. Det er kun aktiviteten til denne enheten som skal vurderes; det er ikke tilstrekkelig at f.eks. aktiviteten til morselskapet er rettet mot kommunene.

I vurderingen skal det ses hen til all virksomhet hos oppdragstaker som er rettet mot oppdragsgiver (eller andre enheter underlagt oppdragsgiver). Dette gjelder uansett hvem som nyter godt av eller betaler for oppdragstakers tjenester; det avgjørende er om oppdragstakers virksomhet utføres som følge av et oppdrag tildelt fra oppdragsgiver.

I forhold til avfallsselskapene må det foretas en konkret vurdering at om vilkårene er oppfylt, ut i fra det konkrete selskapet som tildeles kontrakt og for den konkrete kommunen.

Det er den samlede virksomheten til avfallsselskapene som skal legges til grunn i vurderingen, dvs. at dersom et selskap håndterer både privat husholdningsavfall og næringsavfall er det den totale aktiviteten som skal vurderes. Husholdningsavfall dekkes inn gjennom kommunale avgifter, men avfallsselskapene utfører oppgaven som *følge av oppdrag tildelt fra oppdragsgiver*. Håndteringen av kommunens eget næringsavfall vil klart være aktivitet som retter seg mot kommunen (oppdragsgiver), slik at det som det må avgrenses mot er håndtering av næringsavfall på vegne av andre private aktører (ikke underlagt kommunens kontroll) som avfallsselskapene konkurrerer om på lik linje med andre avfallsselskap. Dersom denne aktiviteten ikke overstiger 20 %, kan kommunen tildele kontrakt for håndtering av kommunalt næringsavfall til kommunal avfallsselskap uten å følge regelverket om offentlige anskaffelser.

Hvis et IKS har vunnet konkurranse om håndtering av kommunalt næringsavfall fra en av deltakerkommunene, vil dette inngå i 80 % kravet til aktivitet – men bare i vurderingen av om aktivitetskriteriet er oppfylt for den aktuelle kommunen. Denne aktiviteten, rettet mot en av deltakerkommunene, vil ikke inngå i vurderingen av om aktivitetskriteriet er oppfylt for en annen kommune/øvrige kommuner.

Aktiviteten til et selskap som har vunnet konkurranse om håndtering av privat næringsavfall fra et annet selskap som også kontrolleres av deltakerkommunene i felleskap vil inngå i vurderingen av aktivitetskriteriet er oppfylt for de av deltakerkommunene som kan anses å utøve kontroll i felleskap (her er terskelen lav). Motsatt må imidlertid legges til grunn dersom selskapet har vunnet konkurranse om håndtering av privat næringsavfall fra et selskap som utelukkende kontrolleres av en av deltakerkommunene – da inngår denne aktiviteten i vurderingen av om aktivitetskriteriet er oppfylt for den aktuelle kommunen, men ikke for øvrige deltakerkommuner.

Dersom det er ulike selskap som håndterer næringsavfall og husholdningsavfall vil det derfor generelt være vanskelig å tildele kontrakt til selskapet som håndterer næringsavfall, med mindre det bare håndterer kommunalt næringsavfall. Aktivitetskriteriet vil ellers sjelden være oppfylt, og selskapene vil være av en mer forretningsmessig karakter. Kommunen kan imidlertid vurdere om det er adgang til å tildele kontrakt for håndtering av næringsavfall til selskapet som håndterer husholdningsavfallet.

Det følger av EU-domstolens praksis at unntak fra anskaffelsesregelverket tolkes restriktivt, og bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt, ligger på den som påberoper seg at det foreligger et unntak fra de alminnelige reglene om konkurranseutsetting.

Vedlegg 1**Directive 2014/24/EU - Article 12****Public contracts between entities within the public sector**

1. A public contract awarded by a contracting authority to a legal person governed by private or public law shall fall outside the scope of this Directive where all of the following conditions are fulfilled:
 - (a) the contracting authority exercises over the legal person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments;
 - (b) more than 80 % of the activities of the controlled legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authority or by other legal persons controlled by that contracting authority; and
 - (c) there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non- controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

A contracting authority shall be deemed to exercise over a legal person a control similar to that which it exercises over its own departments within the meaning of point (a) of the first subparagraph where it exercises a decisive influence over both strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person. Such control may also be exercised by another legal person, which is itself controlled in the same way by the contracting authority.
2. Paragraph 1 also applies where a controlled legal person which is a contracting authority awards a contract to its controlling contracting authority, or to another legal person controlled by the same contracting authority, provided that there is no direct private capital participation in the legal person being awarded the public contract with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.
3. A contracting authority, which does not exercise over a legal person governed by private or public law control within the meaning of paragraph 1, may nevertheless award a public contract to that legal person without applying this Directive where all of the following conditions are fulfilled:
 - (a) the contracting authority exercises jointly with other contracting authorities a control over that legal person which is similar to that which they exercise over their own departments;
 - (b) more than 80 % of the activities of that legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authorities or by other legal persons controlled by the same contracting authorities; and
 - (c) there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non- controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

For the purposes of point (a) of the first subparagraph, contracting authorities exercise joint control over a legal person where all of the following conditions are fulfilled:

- (i) the decision-making bodies of the controlled legal person are composed of representatives of all participating contracting authorities. Individual

representatives may represent several or all of the participating contracting authorities;

- (ii) those contracting authorities are able to jointly exert decisive influence over the strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person; and
 - (iii) the controlled legal person does not pursue any interests which are contrary to those of the controlling contracting authorities.
4. A contract concluded exclusively between two or more contracting authorities shall fall outside the scope of this Directive where all of the following conditions are fulfilled:
- (a) the contract establishes or implements a cooperation between the participating contracting authorities with the aim of ensuring that public services they have to perform are provided with a view to achieving objectives they have in common;
 - (b) the implementation of that cooperation is governed solely by considerations relating to the public interest; and
 - (c) the participating contracting authorities perform on the open market less than 20 % of the activities concerned by the cooperation.
5. For the determination of the percentage of activities referred to in point (b) of the first subparagraph of paragraph 1, point (b) of the first subparagraph of paragraph 3 and point (c) of paragraph 4, the average total turnover, or an appropriate alternative activity-based measure such as costs incurred by the relevant legal person or contracting authority with respect to services, supplies and works for the three years preceding the contract award shall be taken into consideration.

Where, because of the date on which the relevant legal person or contracting authority was created or commenced activities or because of a reorganisation of its activities, the turnover, or alternative activity based measure such as costs, are either not available for the preceding three years or no longer relevant, it shall be sufficient to show that the measurement of activity is credible, particularly by means of business projections.

Vedlegg 2**Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser****Del I. Alminnelige bestemmelser****§ 2-8. Utvidet egenregi**

(1) Reglene i anskaffelsesloven og denne forskriften gjelder ikke når oppdragsgiver tildeler kontrakter 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.

(2) Kravet til kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når oppdragsgiver utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet. Slik kontroll kan også utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer på samme måte.

(3) Når vilkårene i første ledd er oppfylt, gjelder reglene i anskaffelsesloven og denne forskriften heller ikke når det kontrollerte rettssubjektet tildeler kontrakter til det kontrollerende rettssubjektet eller andre rettssubjekter som det kontrollerende rettssubjektet kontrollerer. Dette gjelder bare når det heller ikke er direkte private kapitalandeler i rettssubjektet som blir tildelt kontrakten.

§ 2-9. Felles kontroll

(1) Selv om en oppdragsgiver alene ikke oppfylder vilkårene i § 2-8 første ledd, gjelder reglene i anskaffelsesloven og denne forskriften heller ikke når han tildeler kontrakter til et annet rettssubjekt

(a) som oppdragsgiver og andre oppdragsgivere i fellesskap utøver en kontroll over som svarer til den kontroll de utøver over sin egen virksomhet,

(b) som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer, og

(c) som det ikke er direkte private kapitalandeler i.

(2) Kravet til felles kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når

a) det kontrollerte rettssubjektets styrende organer er sammensatt av representanter for alle oppdragsgiverne. En representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne;

b) oppdragsgiverne i fellesskap utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet, og

c) det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølger interesser som er i strid med oppdragsgivernes interesser.

§ 2-10. Samarbeidsavtaler

Reglene i anskaffelsesloven og denne forskriften gjelder ikke for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid

(a) som har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå felles mål,

(b) som blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser, og

(c) der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne.

§ 2-11. Beregning av aktivitet

(1) Beregningen av prosentvis aktivitet etter §§ 2-8 første ledd bokstav b, 2-9 første ledd bokstav b og 2-10 bokstav c skal baseres på enten gjennomsnittlig omsetning eller annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene.

(2) Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått. Dette gjelder ikke dersom det ikke finnes relevante omsetningstall eller andre opplysninger for den aktuelle perioden fordi virksomheten ble stiftet eller aktivitetene ble igangsatt eller endret i perioden. Det er tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er sannsynlig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.