

Utviklingen av unntak for ulovfestet egenregi



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 564
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 17938 ord

24.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Avgrensninger og presiseringer	2
1.3	Rettslig plassering	3
1.4	Legislative hensyn og den overordnede problematikken	4
1.5	Rettskilder og metode	6
1.6	Videre fremstilling	8
<u>2</u>	<u>LÆREN OM EGENREGI</u>	<u>9</u>
2.1	Egentlig egenregi	9
2.2	Ulovfestet egenregi	11
2.3	Materielle kriterier for ulovfestet egenregi	13
2.3.1	Aktivitetskriteriet	14
2.3.1.1	Generelt	14
2.3.1.2	Aktivitetsvurderingen og begrepet "hoveddelen"	15
2.3.2	Kontrollkriteriet	18
2.3.2.1	Et anbudsrettslig kontrollbegrep	18
<u>3</u>	<u>DET NÆRMERE INNHOLD I KONTROLLKRITERIET</u>	<u>21</u>
3.1	Kontroll utøvd i fellesskap	21
3.2	Svekkelse av kontroll	25
3.2.1	Ledelsen i selskapet gis betydelige fullmakter	25
3.2.2	Utvidelse av selskapets formål og geografiske område	27
3.2.3	Kontroll gjennom holdingselskap	28

3.3	Privat deleierskap	30
3.3.1	Privat deleierskap idet kontrakten tildeles	31
3.3.2	Privat deleierskap er en eventuell mulighet	33
3.3.3	Privat deleierskap etter at kontrakten er tildelt	35
3.3.4	Påvirkningen av OPS	38
3.4	Identifikasjon mellom flere oppdragsgivere	39
3.5	En annen tilnærming i norsk rett?	43
3.6	Rettsutviklingen så langt og en vurdering av denne	45
4	<u>EN VIDERE UTVIDELSE AV UNNTAKET FOR EGENREGI?</u>	49
4.1	Saksforholdet i Stadtreinigung Hamburg- avgjørelsen	49
4.2	Ulike tilnærminger til avgjørelsen	50
4.2.1	Overordnede krav til samarbeidsunntaket	51
4.2.1.1	En "public-service" oppgave	51
4.2.1.2	Utelukket med privat deltakelse	53
4.2.1.3	Ikke ha preg av å være en omgåelse	53
4.2.2	En avgrensning av kontraktsbegrepet i anskaffelsesdirektivet	54
4.2.2.1	Samarbeidets art og innhold	55
4.3	Vurdering	55
5	<u>AKTUELLE PROBLEMSTILLINGER FOR FREMTIDEN</u>	59
6	<u>AVSLUTNING</u>	61
7	<u>LITTERATURLISTE</u>	62
7.1	Lover	62
7.2	Forskrift	62
7.3	Forarbeider	62
7.4	Avgjørelser	62

7.5	EU/EØS- kilder	63
7.6	Bøker	65
7.7	Artikler	66
7.8	Upubliserte artikler	68
7.9	Norske nettdokumenter/ Veileder	69

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Det offentlige foretar anskaffelser for nærmere 400 milliarder kroner i året.¹ Når det offentlige handler er det underlagt stramme formaliserte rammer for hvordan anskaffelsesprosedyren skal foregå. Regelverket for offentlige anskaffelser skal sørge for at dette skjer ved mest mulig effektiv ressursbruk basert på forretningsmessighet og likebehandling.²

Dersom det offentlige velger å utføre oppgaven selv og benytter seg av egne ressurser, regulerer ikke regelverket for offentlige anskaffelser dette. Slike disposisjoner utfører det offentlige i kraft av å være et forvaltningsrettslig organ og skjer gjennom instruks, pålegg, vedtak eller budsjettbevilgning. Det inngås ingen rettslig bindende kontrakt mellom oppdragsgiver og oppdragstaker. Dette kalles "egentlig egenregi".

Dersom det offentlige velger å anskaffe varer og tjenester fra en juridisk selvstendig oppdragstaker kommer regelverket om offentlige anskaffelser som utgangspunkt til anvendelse. Det er tre grunnvilkår som må foreligge. Det må være (1) *en oppdragsgiver*³ og *en oppdragstaker som (2) inngår en skriftlig gjensidig bebyrdende kontrakt (3) som i verdi overstiger terskelverdiene*.⁴ Med dette som utgangspunkt har EU-domstolen⁵ utviklet en ulovfestet egenregilære for tilfeller hvor en eller flere offentlige myndigheter anvender en formelt selvstendig juridisk person til å utføre

¹ Følger av Statistisk sentralbyrå; Offentlige innkjøp (2008).

² Jfr. lov om offentlige anskaffelser (loa.) § 1,1.pkt.

³ Oppdragsgivere som er omfattet følger av loa. § 2.

⁴ Terskelverdiene varierer, jfr. forskrift om offentlige anskaffelser (foa.) § 2-2. Anskaffelsesforskriften er gitt i medhold av anskaffelseslovens § 11 og gjelder anskaffelser både over og under EØS-terskelverdiene, jfr. forskriftens § 2-1.

⁵ Den tidligere EF-domstolen ble omdøpt til EU-domstolen da Lisboa-traktaten trådte i kraft, jfr. traktatens artikkel 9.

oppgaven, men hvor en særlig tilknytning mellom oppdragsgiver og oppdragstaker fører til at de er unntatt regelverket. Domstolen har utviklet to kumulative vilkår for at unntaket skal komme til anvendelse; aktivitetskriteriet og kontrollkriteriet.

I oppgaven skal det foretas en gjennomgang og beskrivelse av den ulovfestede læren om egenregi og den utvikling som har skjedd gjennom EU-domstolens avgjørelser. Jeg vil særlig fokusere på kontrollkriteriet siden det har vært gjenstand for mest diskusjon. Temaet er meget aktuelt ettersom man ser en økende tendens av nye organisasjonsstrukturer innen den offentlige forvaltning, og unntaket åpner for at det i større utstrekning kan tildeles kontrakter uten gjennomføring av anbudskonkurranse.

1.2 Avgrensninger og presiseringer

Den ulovfestede læren om egenregi gjelder på området som gjerne omtales som "klassisk sektor". De organer som omfattes av klassisk sektor er statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer.⁶ Regelverket om offentlige anskaffelser gjelder også for "forsyningssektoren", som omfatter offentlige og private virksomheter som driver visse typer aktivitet på bakgrunn av en gitt særrett eller enerett.⁷ I forsyningssektoren er det et lovfestet unntak for tildeling av kontrakter uten avholdt anbudskonkurranse, jfr. forsyningsdirektivets artikkel 23.⁸ Bestemmelsen unntar kontrakter som på visse betingelser tildeles en tilknyttet virksomhet eller en virksomhet som deltar i et joint venture. Unntaket begrunnes med at rasjonell organisering av selskapsstrukturen ikke skal hindres av regelverket for offentlige anskaffelser. Dette hensyn gjør seg også gjeldende i klassisk sektor hvor det offentliges organisatoriske kompetanse ikke skal hindres av et restriktivt regelverk. Oppgaven vil imidlertid avgrenses mot egenregi i denne sektoren.

⁶ Weltzien (2008) s.483.

⁷ Jfr loa. § 2,2. pkt.

⁸ Direktiv 2004/17/EF.

Begrepene oppdragsgiver og oppdragstaker vil benyttes i oppgaven. Med oppdragsgiver forstås den som anskaffer varer eller tjenester, og med oppdragstaker den som yter eller leverer varer eller tjenester.⁹

Kontroll- og aktivitetskriteriet gjelder uavhengig av den utskilte enhetens rettslige form. I oppgaven vil enheten omtales som aksjeselskap og selskap, samt interkommunalt selskap der det er tilfellet.

1.3 Rettslig plassering

Ved lov av 27. november 1992 nr. 109 er EØS- og ODA-avtalen gjennomført i norsk rett. Lovens § 2 gir reglene forrang så lenge de er korrekt gjennomført. Norge er forpliktet til å oppfylle de forpliktelser som følger av avtalen, jfr EØS-avtalens artikkel 3. Videre følger det av artikkel 6, samt ODA-avtalens artikkel 3, at bestemmelsene skal tolkes i lys av den utvikling som følger av EU-domstolens avgjørelser. EU-domstolen er autoritativ tolker av EU-retten og innehar således en sentral rolle i EU-systemet.¹⁰ Avgjørelsene avsagt av EU-domstolen i siste instans er ikke gjenstand for anke, og retten bygger som oftest på sine tidligere avgjørelser. Domstolen anser seg likevel ikke strengt bundet av sine egne prejudikater,¹¹ noe det finnes eksempel på i den senere gjennomgangen av rettspraksis.

Det norske anskaffelsesregelverket skal oppfylle Norges internasjonale forpliktelser som følger av EØS-avtalen, over visse terskelverdier. Regelverket er ment å sikre og gjennomføre et av hovedformålene bak EU- og EØS-samarbeidet om ikke-diskriminering mellom medlemslandene, og ønsket om et fritt indre marked med fri flyt av varer, tjenester, kapital og mennesker.

⁹ Jfr. loa. §§ 2,1.ledd og 4.

¹⁰ I medhold av EØS-avtalens artikkel 108, 2.pkt. er EFTA-domstolen opprettet for å avgjøre særlige EØS-rettslige spørsmål. EFTA-domstolen har plikt til å legge vekt på EU-domstolens praksis etter EØS-avtalens artikkel 6.

¹¹ Craig (2008) s.71.

Det er gitt særskilte regler i direktiv som er relevante ved anvendelse av regelverket.¹² Forsyningsdirektivet og anskaffelsesdirektivet avløser tidligere fire ulike direktiver og er gjennomført i norsk rett gjennom anskaffelsesforskriften. Formålet med direktivene er ønsket om å skape et indre marked som også omfatter offentlige kontrakter. Videre er ønsket å hindre at innenlandske leverandører får fortrinn ved tildeling av kontrakter fra det offentlige, og å fjerne risikoen for at offentlige oppdragsgivere lar andre enn de økonomiske hensyn være avgjørende for oppdraget.¹³ Behovet for reglene er begrunnet i at offentlige virksomheter ikke er påvirket av markedskreftene i samme grad som private virksomheter, og det oppstår fare for at det tas andre hensyn enn de rent økonomiske.¹⁴ Direktivene kommer i utgangspunktet til anvendelse der den offentlige virksomhet inngår en gjensidig bebyrdene kontrakt med en juridisk selvstendig oppdragstaker, både privat og offentlig. Egenregilæren er et ulovfestet unntak fra disse reglene.

1.4 Legislative hensyn og den overordnede problematikken

Det offentlige har frihet til å tildele oppdrag til en formelt sett selvstendig juridisk enhet, uten avholdelse av anbudskonkurranse, dersom kriteriene er oppfylt. Dette gir utgangspunktet om at det offentlige står fritt til å bestemme hvordan de vil organisere sin virksomhet et betydelig bredere virkeområde. Unntaket er snevert og EU-domstolen har holdt en restriktiv linje ved tolkningen av de to kriteriene.

De legislative hensyn som ligger bak unntaket er ikke konkret diskutert eller presisert hverken i lovgivning eller fra EU-domstolen. Dette gjør det vanskelig å utlede det nøyaktige formål med regelen. Begrunnelsen for at domstolen har vært tilbakeholden er sannsynligvis at det anses å være svært politisk omstridt at oppdrag som tidligere har vært gjenstand for konkurranse nå i større grad kan holdes utenfor. Den kritiske holdning er imidlertid hovedsaklig begrunnet i at anskaffelsesregelverket gjelder for

¹² Direktiv 2004/17/EF (forsyningsdirektivet) og direktiv 2004/18/EF (anskaffelsesdirektivet). I tillegg er det gitt nytt håndhevelsesdirektiv 2007/66/EF.

¹³ Dragsten (2005) s.51.

¹⁴ Hjelmberg (2005) s.21.

mange land med dertil ulik offentlig organisering og varierende nasjonal lovgivning. Dette har medført at domstolen har hatt vanskeligheter med å utvikle en klar og entydig praksis på området. En utvikling av for finskårne regler vil gripe sterkt inn i den enkelte medlemsstats politiske vurderinger og organisering. Dette er ikke ønskelig fra domstolens side. En for vid tolkning vil imidlertid medføre at det offentlige tildeles oppdrag av betydelig verdi, uten at regelverket kommer til anvendelse. Dette vil ha en negativ virkning på det åpne markedet hvor prosedyrereglene skal sikre likebehandling, transparens og etterprøvbarhet.¹⁵ Det er likevel antatt at det er respekten for medlemsstatenes ulike organisatoriske tradisjoner som bidrar til aksept av unntaket. Det viktigste er at hvert land står fritt til å bestemme den interne offentlige organisering, så lenge dette fremstår som et reelt uttrykk for offentlig virksomhet.¹⁶

Unntaket er utviklet for å tilpasse anskaffelsesregelverket den utvikling som har skjedd med tanke på det offentliges ønske om effektivisering av offentlig sektor. Det offentlige vil i størst mulig grad drive ressurseffektiv omstilling med intern kompetanse. Trenden går i å etablere tjenesteproduserende virksomheter som selvstendige rettssubjekter hvor tjenestene er rettet enten mot allmennheten eller det offentlige selv, uavhengig av om virksomheten drives kommersielt, altså i konkurranse med private. Den offentlige sektor organiseres mer som det private marked, og tradisjonelle hensyn der som fleksibilitet og effektivitet kan overføres til det offentliges organisering.¹⁷ Mot dette står de markedsbaserte aktører som ønsker et effektivt og konkurranseutsatt marked som best mulig tilfredstiller etterspørselen. Det er i denne kombinasjonen av hensyn unntaket for egenregi har vokst frem. Domstolen må foreta en utvikling og fortolkning som best mulig balanserer disse to hensyn.

¹⁵ Wiggen (2009) s.344.

¹⁶ Weltzien (2008) s.484.

¹⁷ Graver (2005) s.173.

1.5 Rettskilder og metode

Egenregilæren er etablert og utviklet av EU-domstolen. Regelverket for offentlige anskaffelser regulerer således ikke unntaket. I Norge er utgangspunktet at folkerett ikke er gjeldende rett før den er gjennomført av nasjonal lovgiver.¹⁸ Direktivet, gjennomført i norsk rett ved forskrift om offentlige anskaffelser, stiller krav til norsk rett. Norge er etter EØS-avtalens artikkel 3 og 7 forpliktet til en lojal gjennomføring.

Som nevnt følger det av EØS-avtalens artikkel 6 og ODA-avtalens artikkel 3 at Norge er forpliktet til å legge vekt på relevant rettspraksis fra EU-domstolen. Domstolen tolker de foreliggende regler, men skaper også uskrevne regler som utfyller de skrevne og bidrar til en dynamisk utvikling. Femte ledd i EØS-avtalens fortale presiserer at samarbeidet skal være dynamisk og ensartet. Avtalen skal videreutvikles over tid, samtidig som regelverket skal tolkes likt i EØS-området og samsvare med den underliggende EU-retten. Dette er en klar hovedmålsetning med samarbeidet og Norge skal søke å oppnå dette.¹⁹ Den rettsskapende virksomhet som EU-domstolen utfører er akseptert og anerkjent av de nasjonale myndigheter. Samtidig er den dynamiske karakter, som gjerne kjennetegner EU- og EØS-systemet, med å forklare EU-domstolens praksis. Det overhengende ønsket om en stadig tettere sammenslutning i samarbeidet, legitimerer en omfattende rettsskapende holdning sammenlignet med nasjonal rett. EU-domstolen ser på det som en plikt å bidra aktivt til å utvikle EU- og EØS-retten.

EU-domstolens foreliggende avgjørelser på tolkninger av egenregi vil være av betydning ved fastleggelsen av hvordan norske offentlige myndigheter skal organisere seg for å unngå at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Dette følger direkte av homogenitets- og presumpsjonsprinsippet som er etablerte prinsipper i norsk rett.²⁰ Norske domstoler vil tilstrebe å komme til et felleskonformt resultat.

¹⁸ Et dualistisk syn.

¹⁹ Sejersted (2004) s.84.

²⁰ Sejersted (2004) s.83 flg og s.242.

Ved siden av avgjørelsens ordlyd er det særlig viktig å se avgjørelsene i lys av de prinsipper og formål som kan utledes av EU- og EØS-avtalen. De overordnede prinsipper og hensyn som gjør seg gjeldende ved tolkningen av avgjørelsene om egenregi er likebehandling, etterprøvnbarhet og transparens.²¹ Dette vil være relevante retningslinjer ved avgjørelsen av oppdragsgivers metode for å dekke sin etterspørsel. Hensynet til ulike organisatoriske tradisjoner og regelverk i nasjonal rett vil også være av betydning for å skape en mest mulig ensartet praksis.

Forslag til dom fra generaladvokatene er relevante tolkningsfaktorer ved tolkningen av EU-domstolens avgjørelser. De foretar en grundig gjennomgang av saken, redegjør for partenes argumentasjon og avslutter med et forslag til konklusjon. Uttalelsene er rådgivende for domstolen, men anses å ha stor vekt og blir fulgt i de fleste saker.²² Ved siden av EU-domstolens praksis vil teori i form av bøker og særlig artikler være relevante tolkningsfaktorer sammen med norske lovers forarbeider der de kan være med å belyse tema.

Det finnes i tillegg en klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA). Etter loa. § 7a har KOFA hjemmel til å løse tvister om rettigheter og plikter etter anskaffelsesregelverket. KOFAs avgjørelser er bare rådgivende og således ikke bindende for partene. Likevel har KOFA stor betydning i det praktiske liv og er stort sett respektert av både oppdragsgivere og leverandører. Det foreligger relativt få KOFA avgjørelser hvor unntaket for egenregi er behandlet.

Fornyings- og Administrasjonsdepartementet har utarbeidet en veileder for offentlige anskaffelser. Veilederen kan sies å ha rettskildestatus som etterarbeider og har således relativt liten verdi. Veilederen vil likevel være en kilde hvor ideer kan hentes på lik linje som teori.

²¹ Sejersted (2004) s.624.

²² Craig (2008) s.70.

1.6 Videre fremstilling

Oppgaven tar for seg den ulovfestede læren om egenregi. Først tar jeg for meg de materielle vilkårene, for så å se nærmere på utviklingen av kontrollvilkåret.

Avslutningsvis vil jeg foreta en sammenligning med den norske tilnærmingen til unntaket og problemstillinger som kan være aktuelle for fremtiden.

2 Læren om egenregi

2.1 Egentlig egenregi

For at anskaffelsesregelverket skal komme til anvendelse er det tre grunnvilkår som må oppfylles. Det må være (1) *en oppdragsgiver og en oppdragstaker som* (2) *inngår en skriftlig gjensidig bebyrdende kontrakt* (3) *som i verdi overstiger terskelverdiene.*

Lov om offentlige anskaffelser avviker fra alminnelige avtalerettslige prinsipper i norsk rett ettersom det i regelverket er presisert et skriftlighetskrav.²³ Formålet med regelverket og alminnelige omgåelsesbetraktninger tilsier imidlertid at kravet til skriftlighet ikke kan være strengt.

Dersom en offentlig oppdragsgiver velger å utføre arbeid med egne ansatte og anvender egne ressurser vil det ikke inngås en rettslig bindende avtale som definert i foa. § 4-1a). En slik oppgave utfører det offentlige i kraft av sin forvaltningsrettslige kompetanse ved at enhetene er knyttet økonomisk og organisatorisk til samme rettssubjekt. Det foreligger ingen gjensidig bebyrdende avtale som kan håndheves og sanksjoneres ved domstolene. Det er imidlertid ikke noe i veien for at det kalles avtale eller kontrakt, men det vil ikke være en rettslig bindende kontrakt. Et eksempel på egentlig egenregi er at en kommune ber renovasjonsetaten, en underliggende etat, om å sette opp fem nye miljøstasjoner.²⁴

En slik forvaltningsrettlig disposisjon er forankret i hensynet til offentlige myndigheters autonome kompetanse. Dette hensynet er også forankret i EU- og EØS-retten. EØS-avtalen «*skal ikke på noen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten*», jfr. artikkel 125. I dette ligger det at EU- og EØS-retten ikke skal gripe inn i den autonome kompetanse som følger av eiendomsretten. Det er opp til enhver oppdragsgiver å bestemme om den mest effektive og hensiktsmessige organiseringen er å anvende egne ressurser eller å benytte seg av en tredjepart. Virksomheters autonomi er videre et dypt

²³ Se foa. § 4-1a), jfr. litra h).

²⁴ Hvor hyppig det utføres tjenester i egenregi varierer med tradisjon og bransjens virkeområde. Ved mindre oppdrag vil egenregi være et godt alternativ til en arbeids- og kostnadskrevende anbudsprosess. Ved større prosjekter vil ofte usikkerhet rundt kostnader og resultat være avgjørende momenter for at private unnlater å melde sin interesse.

forankret prinsipp i EU-retten hvor respekten til medlemsstatenes organisatoriske tradisjoner står sterkt.²⁵

En gjensidig bebyrdende kontrakt kan inngås mellom to selvstendige rettssubjekter, men ikke innen samme rettssubjekt. Grensene for når det er tale om en kontrakt inngått innen samme rettssubjekt eller mellom to forskjellige rettssubjekter er dermed avgjørende. Hva som anses som et rettssubjekt er ikke klart definert, men det er en alminnelig oppfatning at det omfatter enhver som har rettigheter og kan pådra seg forpliktelser, inkludert juridiske personer. Det er hensiktsmessig å se hen til andre rettsdisipliner for å belyse et rettssubjekts grenser. Sivilprosessens partsevnebegrep i tvistelovens § 2 er oppfylt for enhver som har evne til å pådra seg forpliktelser, slik som enhver fysisk person, samt for selskaper og andre sammenslutninger når det gjelder sammenslutningens egne rettigheter og plikter.²⁶ Likeså er det i selskapsretten klart at det er selskapet, i kraft av å være selvstendig rettssubjekt, som pådrar seg forpliktelser, og ikke deltakerne personlig, når styret representerer selskapet utad etter aksjeselskapsloven § 6-30.

Ved avgjørelsen av om det er tale om en gjensidig bebyrdende kontrakt eller en avtale inngått internt i samme rettssubjekt vil kriterier som instruksjonsmyndighet, budsjettansvar, virkeområde og ansettelsesforhold være særlig relevante.²⁷ Anskaffelsesregelverket gjelder for mange land med ulik organisatorisk oppbygning. Det må derfor sees hen til nasjonale regler når grensene for hva som omfattes av ett og samme rettssubjekt skal trekkes.

Norsk offentlig sektor omfatter stat- og kommunesektoren. KOFA har uttalt at staten anses som ett og samme rettssubjekt.²⁸ Dersom dette legges til grunn vil departementer, etater, direktorater og forvaltningsbedrifter kunne tildeles oppdrag av staten uten krav om avholdelse av konkurranse. Egenregi er likeså praktisk innad i kommuner og

²⁵ Weltzien (2002) s.43.

²⁶ NOU 2001: 32 s.655.

²⁷ Gjønnnes (1994) s.142.

²⁸ Sak 2005/251, premiss 27.

fylkeskommuner. De kjennetegnes ved at det er en regional eller lokal enhet som er et eget rettssubjekt med beskatnings- og bevilgningsmyndighet og et folkevalgt styre. Alle underliggende etater, råd og bedrifter omfattes av kommunen som et rettssubjekt.

Videre er det klart at kommunale eller fylkeskommunale foretak er en del av kommunen som rettssubjekt.²⁹

Oppsummeringsvis må det presiseres at hva som omfattes av staten som rettssubjekt varierer fra land til land. Anskaffelsesregelverket er uavhengig og gjelder uansett organisatorisk oppbygning. Det må sees hen til norske rettskilder for å avgjøre hva som anses som ett og samme rettssubjekt. Avgjørende for om regelverket kommer til anvendelse er om det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt som kan håndheves for domstolene.

2.2 Ulovfestet egenregi

En offentlig myndighet kan ikke anvende sin forvaltningsrettslige kompetanse overfor et formelt selvstendig rettssubjekt, da må kontraktsformen benyttes. Det foreligger dermed en gjensidig bebyrdende kontrakt og anskaffelsesregelverket får anvendelse. Egenregi er i utgangspunktet utelukket. Unntaket for egenregi tilsier imidlertid at regelverket likevel ikke får anvendelse der det foreligger et spesielt tilknytningsforhold mellom oppdragsgiver og den selvstendige oppdragstaker. Selv om det formelt sett er tale om to selvstendige rettssubjekter, behandles de altså innholdsmessig som en og samme enhet.³⁰

Avgjørelsen som la grunnlaget for den ulovfestede egenregilæren er Teckal-dommen.³¹ EU-domstolen oppstilte to materielle vilkår som må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. Det er kontrollkriteriet og aktivitetskriteriet.

²⁹ NOU 1995:17 s.178.

³⁰ Arrowsmith (2005) s.392.

³¹ Sag C-107/98 (Teckal).

Det har vært sparsomt med nasjonale domstolars anvendelse av unntaket. Uansett medfører Norges forpliktelser etter EØS-avtalen at EU-domstolens avgjørelser skal legges til grunn i norsk rett. Som videre fremstilling vil vise har EU-domstolen lenge holdt en restriktiv linje i tolkningen av egenregi unntaket. Dette er for å hindre misbruk og feiltolkninger av egenregi-doktrinen.³²

Det har vært diskutert om det var ønskelig å lovfeste egenregi i klassisk sektor, slik tilfellet er i forsyningssektoren. Ved revideringen av anskaffelsesdirektivene, som ble slutført i 2004, foreslo Kommissjonen å innlemme en artikkel i anskaffelsesdirektivet om adgangen til egenregi. Bestemmelsen skulle ha til formål «*at udelukke kontrakter, der indgås af en ordregivende myndighed med en enhed, som det kontrollerer fuldt ud, eller med et joint-venture dannet af den ordregivende myndighed sammen med andre ordregivende myndigheder, fra direktivets anvendelsesområde*».³³ Det ble imidlertid ikke oppnådd enighet i Det Europeiske Råd om et forslag. Kommissjonen mente at endringen ikke tydeliggjorde betingelsene for å anvende egenregi og mente det derfor var mer hensiktsmessig å ta utgangspunkt i rettspraksis alene.³⁴

I Finland er både anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet implementert. Kriteriene om kontroll og aktivitet er formulert omtrent slik de er i Teckal-avgjørelsen, men lovreguleringen er imidlertid møtt med kritikk. Kritikken gjelder særlig det at en lovgiverprosess ikke vil kunne holde følge med den konstante utviklingen som skjer i EU-domstolens praksis.³⁵ Også i Sverige utreder man forslag til lovregulering av egenregi- unntaket, jfr. Kommittédirektiv 2009:81.

³² Perin (2009) s.239.

³³ Se Kommissjonen uttalelse, KOM 2003/0503, endelig udg.– COD 2000/0115.

³⁴ Det er i teorien hevdet at bestemmelsen i forsyningssektoren kan gi veiledning, jfr. Graver (2005) s.173. Den senere fremstilling vil imidlertid vise at dette ikke er tilfellet, se særlig punkt 2.3.1.2 i oppgaven.

³⁵ Kaarresalo (2008) s.245-246.

Egenregi etter Teckal-kriteriene kan oppsummeringsvis sies å bære preg av å være en vid delegering innenfor den offentlige myndighet. Et nært tilknytningsforhold mellom oppdragsgiver og oppdragstaker begrunner unntaket fra anskaffelsesregelverket.

2.3 Materielle kriterier for ulovfestet egenregi

Teckal-avgjørelsen stiller opp kriteriene aktivitet og kontroll. Dersom kriteriene er oppfylt vil to selvstendige rettssubjekter kunne inngå kontrakt i egenregi.

Teckal-avgjørelsen gjaldt et italiensk interkommunalt selskap (AGAC) som hadde i oppgave å forestå varmforsyning og drift av varmforsyningsanlegg i flere kommunale bygninger. AGAC var i fellesskap eiet av 45 ulike kommuner, herunder Viano kommune. Spørsmålet i saken var om Viano kommune kunne tildele oppdrag til det interkommunale selskapet om levering av brensel og drift av anleggene i egenregi. Teckal, et privat selskap med tilsvarende virksomhetsområde, anla sak mot kommunen og hevdet at det var tildelt oppdrag i strid med anskaffelsesregelverket. EU-domstolen kom til at kommunen skulle foretatt anbuds konkurranse og at det interkommunale selskapet således var omfattet av anbudsplikten. Deretter tok domstolen stilling til om det interkommunale selskapet kunne tildeles oppdrag fra Viano kommune i egenregi, og domstolen kom naturligvis til at dette ikke var tilfellet. Det er i relasjon til denne drøftelsen at domstolen setter opp to kriterier som er relevante ved vurderingen av om en kontrakt, mellom to selvstendige rettssubjekter, kan tildeles i egenregi. I premiss 50 uttaler domstolen følgende:

«Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighet både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af».

Betingelsene er gjentatt og utdypet i senere avgjørelser om egenregi. EU-domstolen anvender litt forskjellige formuleringer på de to kriteriene i de ulike sakene, men det er ikke tvil om at det er de to kriterier det dreier seg om.³⁶

2.3.1 Aktivitetskriteriet

2.3.1.1 Generelt

Aktivitetskriteriet krever at hoveddelen av oppdragstakers omsetning har en viss tilknytning til oppdragsgiver. Kriteriet minner om unntaksbestemmelsen i forsyningsdirektivets artikkel 23 som gjelder tilknyttede virksomheter eller joint ventures.³⁷

Hensynet bak aktivitetskriteriet er å sikre at offentlig eide leverandører som leverer ytelser både til det offentlige og private marked, ikke får noen konkurransefordel overfor de andre leverandørene. Likebehandling er et av formålene bak anskaffelsesregelverket og dersom en leverandør kan levere i egenregi samtidig som han leverer på det kommersielle markedet, vil det ikke lenger være konkurranse på like vilkår. Leverandøren vil således kunne ha en konkurransefordel på det kommersielle markedet ved at han får for godt betalt for oppdraget i egenregi.³⁸ Det er videre et av EØS- avtalens formål å bidra til å skape et felles indre marked og bekjempe vridning i konkurransen.

I den danske språkutgaven av avgjørelsen er aktivitetskriteriet formulert som at oppdragstaker må ha «...*hovedparten af sin virksomhed*...» rettet mot oppdragsgiver. Dommen gir ingen indikasjoner på hvor grensen for hovedparten skal trekkes. Ettersom domstolen i Teckal-avgjørelsen konkluderer med at vilkårene for egenregi ikke er oppfylt, får man ingen anvisning på praktisk anvendelse av unntaket i denne avgjørelsen.

³⁶ Rosenmeier (2009) s.266.

³⁷ Hjelmberg (2005) s.93.

³⁸ Veilederen (2006) s.34.

Hovedparten kan ved ren språklig fortolkning tilsi at det er tilstrekkelig at drøye 50 % av omsetningen er knyttet til den kontrollerende oppdragsgiver. Er dette tilfellet vil hensynet om likebehandling være dårlig ivaretatt. Det må imidlertid presiseres at det ikke kan trekkes noen rettslige slutninger direkte av ordlyden i EU- og EØS-retten. Bestemmelsene er ofte generelle og de er utformet på flere ulike språk. Ved tolkningen vil særlig avtalens fortale og de overordnede formål være relevante.

Det er avgjort i overkant ti dommer som fortolker de to kriteriene. Ettersom det er kontrollkriteriet som er det mest omdiskuterte er det avgjort flere avgjørelser hvor aktivitetskriteriet ikke er behandlet i det hele tatt. Det er imidlertid noen dommer og uttalelser fra generaladvokater som kan være med å belyse hva som skal til for at vilkåret anses oppfylt.

Det er hensiktsmessig å dele opp kriteriet i en aktivitetsvurdering og en forståelse av begrepet hoveddelen. Dette gjøres for å kunne fastsette målestokken ved vurderingen av om hoveddelen av aktiviteten er rettet mot oppdragsgiver.

2.3.1.2 Aktivitetsvurderingen og begrepet "hoveddelen"

Det følger av EU-domstolen at det under aktivitetsvurderingen skal foretas både en kvantitativ og kvalitativ fortolkning av hva som ligger i kriteriet.³⁹ Det må for det første vurderes hvilke aktiviteter som skal medregnes i vurderingen. I Carbotermo-avgjørelsen er det slått fast at den relevante målestokken er alle de aktiviteter det utskilte selskapet utfører som ledd i oppdraget tildelt fra oppdragsgiver.⁴⁰ Det er således uten betydning hvor oppdraget leveres, om det er direkte til kommunen eller andre, og det er uten betydning hvem som betaler vederlaget for ytelsen.

Når det gjelder den kvalitative vurdering er det klart at det bare er den aktuelle aktivitet som skal medregnes. En potensiell aktivitet, som har sitt grunnlag i lov eller vedtekter, skal ikke regnes med når størrelsen på omsetningen fastsettes. Det er videre et spørsmål

³⁹ Sag C-340/04 (Carbotermo), premiss 64.

⁴⁰ Carbotermo, premiss 66-72.

om et oppdrag kan tildeles i egenregi der oppdragstaker også deltar på det kommersielle markedet. Dette har vært et meget omstridt spørsmål. Dersom en oppdragstaker i tillegg til å levere ytelser til oppdragsgiver leverer på det kommersielle markedet, vil hensynet om likebehandling og ønske om et konkurranseutsatt marked ikke imøteses. Levering av ytelser i stort omfang til tredjemann vil medføre at den tilknytning som kreves for egenregi ikke er oppfylt. Det er i Carbotermo-avgjørelsens premiss 63 slått fast at «...anden aktivitet [må] kun ha marginal karakter». Uttalelsen klargjør hva som skal antas å være målestokken ved fastsettelsen av begrepet hoveddelen, og den medfører en innsnevring av kriteriet sammenlignet med formuleringen i Teckal-dommen.

Det er diskutert i teorien om det kan foretas en analogisk tolkning fra forsyningssektoren som opererer med en 20/80 grense, jfr. direktivets artikkel 23, para. 3a. Det kan ikke anses å være en forsvarlig tilnærming, og dette har støtte i litteraturen.⁴¹ Begrunnelsen er særlig fordi det ikke finnes aksept hos domstolen for dette synspunktet, og det har vært nøye vurdert om det er ønskelig å regelfeste egenregi uten at lovgiverne ble enige om faste grenser. Likeså er det klart at forsyningssektorens spesielle karakter gjør at den skiller seg betydelig fra klassisk sektor. Regelverket i forsyningssektoren omfatter private aktører og reglene er gitt med tanke på fleksibilitet i forhold til virksomheter som befinner seg i grenselandet mellom offentlig og privat virksomhet. Dette stemmer ikke overens med den klassiske sektor som bare omfatter offentlige aktører, og hvor andre hensyn, som politiske målsetninger, gjør seg gjeldende.

Allerede i forbindelse med Stadt Halle-avgjørelsen⁴² uttaler generaladvokat Stix-Hackl at 80 % regelen i forsyningssektoren ikke kan anvendes.⁴³ EU-domstolen følger samme resonnering i Carbotermo og tar således prinsipielt avstand fra analogislutningen. EU-domstolen begrunner dette med at det bevisst ble utelatt å innta noen lignende

⁴¹ Brown (2000) CS43-CS44 og Weltzien (2002) s.47.

⁴² Sag C-26/03 (Stadt Halle).

⁴³ Generaladvokatens uttalelse i Stadt Halle, premiss 72.

bestemmelse som artikkel 23 i anskaffelsesdirektivet ved revisjonen av direktivene i 2004.⁴⁴

Etter Tragsa-dommen er det klart at man opererer med en 90/10 grense når det gjelder å fastsette grensene for hoveddelen av aktiviteten.⁴⁵ Saken gjaldt et selskap hvor 90 % av aktiviteten var forbeholdt oppdragsgiverne, rundt 55 % var rettet mot fire autonome regioner og ca. 35 % var rettet mot den spanske stat. Det var dermed under 10 % av aktiviteten som var rettet mot det kommersielle markedet. EU-domstolen anerkjenner denne prosentfordelingen og kommer til at hoveddelen av aktiviteten var rettet mot oppdragsgiver.⁴⁶ Det er i teorien hevdet at man opererer med en 8,5 % grense som høyeste prosentandel som kan være rettet mot andre aktiviteter enn oppdragsgiver selv.⁴⁷ Denne grensen er basert på generaladvokat Geelhoeds uttalelse hvor han sier at Tragsas aktivitet rettet mot andre enn den spanske stat og de fire regionene de siste tre år utgjorde mellom 7- 8,5 % av den samlede omsetning.⁴⁸ Den endelig prosentandelen er for såvidt ikke bekreftet i noen senere dommer. Det vil i alle tilfeller være vanskelig å fastsette en generell prosentandel. Etersom det i de fleste saker for EU-domstolen er kontrollkriteriet som er det mest omdiskuterte, er aktivitetskriteriets grenser lite omtalt.

Det kan utifra denne drøftelsen sluttet at grensene for aktivitetskriteriet er klare på noen punkter, mens uklare på andre. Det er klart at det er virksomhetens alle aktiviteter som må medregnes for å fastsette omsetningens tilknytning til oppdragsgiver. Det er videre klart at det er uten betydning at ytelsen som leveres ikke kommer oppdragsgiver direkte til gode. Det som må antas å være uklart, ettersom det ikke foreligger noen bekreftende praksis på området, er hvor stor andel av selskapets annen aktivitet som kan godtas for at aktivitetskriteriet skal være oppfylt. Vi har bare en indikasjon på dette etter den fastsatte 90/10 grensen etter Tragsa-avgjørelsen. Det kan stilles spørsmål om det i visse tilfeller kan tillates at 10,2 % av aktiviteten er rettet mot det kommersielle markedet. Et

⁴⁴ Carbotermo, premiss 55-57.

⁴⁵ Sag C-295/05 (Tragsa).

⁴⁶ Tragsa, premiss 63.

⁴⁷ Dischendorfer (2007) NA130.

⁴⁸ Generaladvokatens uttalelse i Tragsa, premiss 108.

relevant moment i en slik vurdering vil være egenregileverandørens markedsposisjon. Dersom det er privat etterspørsel i markedet i tillegg til offentlig, vil det føre til at det blir vanskeligere å forsvare et oppdrag gjennomført i egenregi.

Aktivitetskriteriet er dynamisk og vil kunne utvikle seg over tid. For at et oppdrag tildelt i egenregi skal være holdbart må aktivitetskriteriet til enhver tid være oppfylt. Dersom selskapet endrer aktivitetens hovedmål, slik at det er mer markedsrettet, vil dette føre til at selskapet ikke lenger kan utføre oppdrag i egenregi.

2.3.2 Kontrollkriteriet

2.3.2.1 Et anbudsrettslig kontrollbegrep

I Teckal-avgjørelsen er det presisert at avgjørende for om kontrollkriteriet er oppfylt er om kontrollen «...svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene,...».

Kravet til kontroll skal tilsvare den kontroll oppdragsgiver har over egne enheter. Dette må forstås som de interne avdelinger den offentlige myndighet har rådighet over.

Kontrollen kan innebefatte instruksjonsbeføyelser over enhetens kommersielle disposisjoner, kompetanse til å ansette ledende medarbeidere og utforming av budsjett. I dette ligger det at oppdragsgiver må kunne påvirke den utskilte enhetens beslutninger og strategi.

Det kan antas at hensynet bak kontrollkriteriet er å sikre at det foreligger en faktisk tilknytning mellom oppdragsgiver og oppdragstaker. Dette kan imidlertid ikke fastsettes sikkert ettersom det ikke foreligger noen klar lovgivervilje bak egenregilæren. Unntaket er begrunnet i offentlige myndigheters autonome kompetanse og deres rett til å bestemme selv hvordan de vil organisere seg internt. Dersom oppdragsgiver ikke innehar den kontroll som kreves for å gi oppdrag i egenregi, skal regelverket for offentlige anskaffelser komme til anvendelse og tjenesten skal således konkurransenutsettes. Det offentlige ville kunne få en konkurransefordel på det kommersielle markedet dersom det ikke var krav om kontroll over oppdragstaker.

Det er forvaltningsrettslige regler som ligger til grunn for den kontroll kommunen fører innad i sin egen organisasjon. En slik kontroll kan tenkes utøvd gjennom instruksjonsmyndighet, vedtak eller lov. Dette må imidlertid avskjæres da den forvaltningsrettslige tilnærming ikke har holdepunkter i EU-domstolens praksis. Likeså er det hevdet andre tilnærminger for å avgjøre om kontrollkriteriet er oppfylt. Er det tilstrekkelig å inneha majoriteten av aksjene eller er det nødvendig med kvalifisert flertall? Er det eierskap som er avgjørende eller er andre faktorer relevante også? Både i skatteretten, selskapsretten og konkurranseretten er det normalt tilstrekkelig å være eier av andeler i selskapet for å oppfylle krav om kontroll. I skatteretten er det normalt tilstrekkelig med 50 % eierskap for at det skal foreligge en kontroll, og i konkurranseretten og selskapsretten er ren majoritetsandel nok. Ingen av disse tilnærmingene kan sies å være dekkende for kontrollkriteriet i anbudsrettslig forstand.

Generaladvokat Stix-Hackls uttalelse i forbindelse med Stadt Halle-avgjørelsen avviser at det skal settes en fast prosent Eierandel.⁴⁹ Videre uttaler EU-domstolen i Carbotermo at alminnelig innflytelse etter selskapsretten ikke er tilstrekkelig, det må være tale om en kvalitativt mer omfattende innflytelse.⁵⁰ Likeså synes EU-domstolen i Stadt Halle-avgjørelsen å forkaste den konkurranserettslige tilnærming, iallefall der det er privat deleierskap i tillegg. I avgjørelsen ville oppdragsgivers Eierandel på 75,1 % klart ha oppfylt kontrollkriteriet, men EU-domstolen kommer til motsatt resultat.⁵¹ I samsvar med dette uttaler generaladvokat Kokott i forbindelse med den senere Parking Brixen-avgjørelsen, at rettspraksis har anlagt en strengere linje ved fastsettelsen av kontrollkriteriet enn den som finner anvendelse innen konkurranseretten.⁵²

Oppsummeringsvis kan det sies at en ren eierskapsvurdering ikke tilfredstiller kravet om kontroll i anskaffelsessammenheng. Generaladvokaten presiserer i forbindelse med Stadt Halle-avgjørelsen at det må være snakk om en omfattende kontrollmulighet, som ikke er begrenset til strategiske markedsbeslutninger, men som også omfatter

⁴⁹ Generaladvokatens uttalelse i Stadt Halle, premiss 69.

⁵⁰ Carbotermo, premiss 38.

⁵¹ Graver (2005) s.180.

⁵² Generaladvokatens uttalelse i Parking Brixen, premiss 52.

enkeltbeslutninger som treffes av ledelsen.⁵³ Dette er gjentatt i Parking Brixendommen, jfr. premiss 65.⁵⁴ Det er derfor klart at det etter EU-domstolens praksis må foretas en bred analyse hvor man tar hensyn til eierforholdet, vedtekter, stiftelsesdokumenter, aksjonæravtaler, stemmerettsregler og- begrensninger samt annet for å fastsette om kontrollen over oppdragstaker er tilstrekkelig til å oppfylle kontrollkriteriet.⁵⁵

Det er imidlertid et spørsmål om oppdragsgiver faktisk må utøve slik kontroll eller om muligheten for å utøve slik kontroll er tilstrekkelig. Det siste synspunktet har holdepunkter både i teorien og hos generaladvokat Stix-Hackl som uttaler at det er uten betydning om og hvordan kontrollen rent faktisk utøves.⁵⁶ Det er tilstrekkelig at det foreligger mulighet til å utøve en slik kontroll.

Kontrollkriteriet er et autonomt begrep. Det vil si at det må foretas en selvstendig og konkret tolkning, ubundet av andre rettsdisipliners kontrollbegrepsbruk. Det er således **et anbudsrettslig kontrollbegrep** som skal legges til grunn i vurderingen av om et oppdrag skal kunne tildeles i egenregi. Utgangspunktet må imidlertid være en sammenligning med et offentligrettslig kontrollbegrep ettersom kontrollen skal være tilsvarende den som oppdragsgiver fører over egne tjenestegrener. Kontrollkriteriet, slik det er formulert i Teckal-avgjørelsen, gir få indikasjoner på dets videre grenser. Kriteriet har således vært meget omdiskutert og grensene er fortsatt i enkelte tilfeller uklare. Fastleggelsen for den nærmere utstrekning av kriteriet må bero på en undersøkelse og analyse av EU-domstolens rettspraksis.

⁵³ Generaladvokatens uttalelse i Stadt Halle, premiss 78.

⁵⁴ Sag C- 458/03 (Parking Brixen).

⁵⁵ Carbotermo, premiss 36-37, samt Weltzien (2008) s.487 og Hjelmberg (2005) s.91.

⁵⁶ Weltzien (2005) s.248 og generaladvokatens uttalelse i Stadt Halle, premiss 76.

3 Det nærmere innhold i kontrollkriteriet

3.1 Kontroll utøvd i fellesskap

Dersom en kommune alene oppretter og eier et selskap fullt ut, samtidig som den treffer alle beslutninger om utførelsen av oppdraget, er det en klar indikasjon på at kravet om kontroll er oppfylt.⁵⁷ Dersom flere kommuner går sammen og oppretter et såkalt interkommunalt selskap er det ikke lenger like klart. Et slikt samarbeid kan i enkelte tilfeller være den mest hensiktsmessige måten å håndtere den interne levering av varer og tjenesteytelser på.

Det kan hevdes at formuleringen domstolen valgte i Teckal i seg selv utelukker at kontrollkriteriet kan være oppfylt for selskap som eies av flere kommuner, med mindre den dominerende eier er oppdragsgiverkommunen. Bakgrunnen for dette synspunktet er domstolens formulering av kontrollkriteriet i entall, sammenlignet med aktivitetskriteriet som omtales i flertall, jfr. den danske språkversjonen av Teckal-avgjørelsen. Dette utgangspunkt kan ikke være avgjørende. Ser man hen til andre språkversjoner enn den danske indikerer de at kontrollen kan innehas av flere kommuner.⁵⁸ Teckal-avgjørelsen i seg selv tyder heller ikke på en slik innskrenkning av kriteriet. Der var tilfellet at selskapet, AGAC, ble eiet av tilsammen 45 kommuner og oppdragsgiver Viano kommune eide kun 0,9 %. Kravet om kontroll som tilsvarer kontrollen over ens egne tjenestegrener kan synes problematisk å oppfylle i et slikt tilfelle. Dette var også generaladvokat Cosmas synspunkt.⁵⁹ Domstolen kommenterer imidlertid ikke dette spesielt, og med det avslår ikke domstolen uttrykkelig at kontrollkriteriet kan være oppfylt også der det er flere oppdragsgivere. Arrowsmith uttaler at det ville være ulogisk og trolig meget ineffektivt å tillate offentlige myndigheter å tildele oppdrag i egenregi, men likevel nekte dem å samarbeide seg imellom.⁶⁰

⁵⁷ Arrowsmith (2005) s.392.

⁵⁸ Graver (2005) s.176.

⁵⁹ Generaladvokaten uttalelse i Teckal, premiss 61.

⁶⁰ Arrowsmith (2005) s.399.

Det er vanskeligere å tenke seg identifikasjon ved et stort antall kommuner, men det er neppe grunnlag for å sette noen bestemt grense for hvor mange kommuner som kan gå sammen og danne et selskap. Likevel kan nok et meget betydelig antall utelukkes dersom det skal være noen realitet i kontrollen.⁶¹ Samtidig kan oppfyllelse av kontrollkriteriet være problematisk dersom den enkeltes eierandeler er meget lave. I Coname ble det slått fast at en eierandel på 0,97 % var for lite til å oppfylle kravet om kontroll.⁶² EU-domstolen holdt en striktere linje i den etterfølgende Parking Brixendommen hvor en majoritetsaksjonærs rettigheter ikke var nok, og i Carbotermo-avgjørelsen ble det fastslått at aksjemajoritet ikke var tilstrekkelig, iallefall ikke hvis ledelsen var gitt vide fullmakter etter vedtektene.⁶³ I tillegg vil identifikasjon være vanskeligere å godta dersom det utskilte selskapet har stor grad av selvstendighet, ved for eksempel å inneha sitt eget hierarkiske system.⁶⁴ I Carbotermo-avgjørelsen ble imidlertid identifikasjon antydnet av EU-domstolen når den uttaler at dersom den samlede kapital i et utskilt selskap besittes av oppdragsgiver alene eller sammen med andre oppdragsgivere tyder det på, uten å være avgjørende, at kontrollkriteriet er oppfylt.⁶⁵

Synspunktet om kontroll utøvd i fellesskap ble styrket gjennom Tragsa-avgjørelsen hvor EU-domstolen kom til at selv om det forelå flere eiere kunne kontrollkriteriet likevel være oppfylt. Selskapet, Tragsa, var eid sammen av den spanske stat (99 %) og fire autonome kommuner (1 %). Spørsmålet forelagt EU-domstolen var om de fire autonome kommuner kunne tildele oppdrag til Tragsa i egenregi på tross av deres lave eierandeler. Domstolen presiserer at det delte eierskapet i seg selv ikke er til hinder for at kontrollkriteriet er oppfylt, og foretar således en grundig gjennomgang av selskapsdokumenter og lovbestemmelser før den kommer til at Tragsa var forpliktet til å gjennomføre de bestillingene de fikk av både den spanske stat og de fire autonome

⁶¹ Steinicke (2008) s.177.

⁶² Sag C-231/03 (Coname).

⁶³ Rosenmeier (2009) s.270.

⁶⁴ Weltzien (2005) s.248.

⁶⁵ Carbotermo, premiss 37.

regionene.⁶⁶ Videre uttaler domstolen at Tragsa ikke selv hadde mulighet til å fastsette vederlaget for sine egne tjenester og at forholdet til regionene ikke var av kontraktmessig karakter.⁶⁷ EU-domstolen konkluderer med at kontrollvilkåret er oppfylt både for den spanske stat og for de fire autonome regioner. Domstolen går således imot generaladvokat Geelhoeds uttalelse om at kontrollkriteriet bare kan anses oppfylt for den spanske stat og ikke de fire regionene på grunn av deres marginale eierandel.⁶⁸

Avgjørelsen kan nok ikke anses som en generell utvidelse av kontrollkriteriet til å omfatte identifikasjon mellom flere oppdragsgivere. Saksforholdet i Tragsa er spesielt og begrunnelsen for at kontrollkriteriet anses oppfylt er nært knyttet opp mot faktum i saken. En naturlig forståelse av dommen er at hver av de fem eierne ble ansett å utøve en individuell kontroll over Tragsa på bakgrunn av de faktiske forhold som forelå, eksempelvis det at eierne kunne gi instruksjoner som Tragsa var forpliktet til å følge. Dommen presiserer i tillegg at selv med en minimal eierandel kan kontrollkriteriet være oppfylt. Etter denne avgjørelsen er det klart at det ikke kan oppstilles noe absolutt vilkår om en minste eierandel for at kravet om kontroll er oppfylt.⁶⁹ Sammenlignet med tidligere praksis kan avgjørelsen i Tragsa sees på som en begynnende endring i EU-domstolens holdning til å tildele oppdrag i egenregi hvor et selskap er eiet av flere oppdragsgivere.

Dischendorfer fremlegger to ulike tolkninger for at Tragsa-dommen skal kunne sies å være i tråd med tidligere rettspraksis når det gjelder intensiteten av kontrollen. Den ene tilnærmingen er at kravet om at kontrollen oppdragsgiver har med selskapet skal være bestemmende i forhold til strategiske målsetninger og viktige beslutninger må tolkes vidt, slik at det også omfatter det å alene ha bestemmende innflytelse på den daglige drift slik tilfellet var for de fire autonome regionene. Dischendorfer påpeker imidlertid at denne tilnærming er for vid i forhold til domstolens restriktive holdning i

⁶⁶ Tragsa, premiss 57 flg.

⁶⁷ Tragsa, premiss 59-60.

⁶⁸ Generaladvokatens uttalelse i Tragsa, premiss 98-99 og 101.

⁶⁹ Wiggen (2009) s.347-348.

Parking Brixen-avgjørelsen. En annen tilnærming er å tolke kontrollkriteriet like vidt som aktivitetskriteriet slik at man skal se alle aksjeeiere under ett, og ikke hver og en for seg. Med denne fortolkningen betyr det at vilkåret alltid vil oppfylles, siden alle aksjeeierne sammen alltid vil oppfylle kriteriet om å bestemme over strategiske målsetninger og viktige beslutninger.⁷⁰ Ingen av disse tilnærmingene kan sies å samsvare med domstolens uttalelse i Teckal. Den mest riktige tilnærmingen til Tragsa er nok som nevnt overfor, nemlig at dommen viser en endring i domstolens holdning til tilfeller hvor det er flere oppdragsgivere.

Det er hevdet i teorien at utvidelsen EU-domstolen foretar i forhold til kontrollkriteriet, fører til at sammenligningen med den kontrollen kommunene har over egne tjenesteorganer ikke lenger kan sies å være gyldig.⁷¹ Flere kommuner i fellesskap vil neppe kunne utøve en slik kontroll som en kommune kan over for eksempel en etat. Det er to ulike størrelser som ikke kan sammenlignes. Det er ingenting i dommen som tilsier at man skal fravike denne sammenligningen, og det er heller ikke gjort noen presiseringer om dette hverken i den ene eller andre retningen. Antakelig må det forstås slik at domstolen mener at kontrollen i de to situasjonene skal være sammenlignbar og at kontrollen skal ligge tett opp mot den kontrollen en kommune utøver overfor sine egne tjenestegrener. Det at domstolen godtar at oppdragsgiver kan utøve en felles kontroll støttes av forsyningsdirektivets artikkel 23, hvor oppdrag tildelt joint ventures unntas fra direktivets anvendelsesområde der det er underlagt en felles kontroll av minst to ordregivende myndigheter og/eller tredjeparter.

Særlig etter Tragsa-avgjørelsen er det klart at det ikke er den rettslige organiseringen som er avgjørende når man skal vurdere om et oppdrag kan tildeles i egenregi. I hvert enkelt tilfelle må det foretas en bedømmelse av om kriteriene om kontroll og aktivitet er oppfylt. Dersom kommunene har en felles innflytelse over organisering og opplegg av virksomheten kan oppdrag tildeles interkommunale selskaper. I Norge er interkommunalt samarbeid organisert etter kommunelovens § 27. Selskapet vil ikke alltid være etablert som et eget rettssubjekt, det er opp til de deltakende kommuner å

⁷⁰ Dischendorfer (2007) NA129.

⁷¹ Steinicke (2010) s.4.

bestemme hvilken grad av selvstendighet som er tillagt de styrende organene i det interkommunale samarbeidet.⁷² Svært selvstendige selskap vil ikke kunne tildeles oppdrag i egenregi.

Tragsa-dommen er den første avgjørelsen hvor kriteriene for egenregi var oppfylt. Det er hevdet i teorien at avgjørelsen er selve oppskriften på hva som skal til for å unngå anskaffelsesreglene.⁷³

3.2 Svekkelse av kontroll

Kontrollkriteriet krever en innflytelse som er bestemmende i forhold til strategiske målsetninger, såvel som viktige beslutninger i den utskilte enhet. Domstolen har funnet flere forhold som kan føre til at kontrollkriteriet likevel ikke er oppfylt, også der oppdragsgiver eier 100 % av den utskilte enhet. Et typisk tilfelle finner vi i Parking Brixen-avgjørelsen hvor oppdragsgiver eide alle aksjene i selskapet, men endringer og utvidelser av selskapets formål og geografiske område førte til at domstolen kom til at kontrollkriteriet ikke var oppfylt.

I det videre skal det behandles tre ulike forhold som kan være med å begrense den kontrollen som det kreves at en oppdragsgiver har over det utskilte selskap for at oppdrag skal kunne tildeles i egenregi.

3.2.1 Ledelsen i selskapet gis betydelige fullmakter

Utgangspunktet er at oppdragsgiver må ha en kontroll utover den rent selskapsrettslige frihet for å oppfylle det anbudsrettslige kontrollkriteriet. Det er i utgangspunktet aksjeeierne som har myndighet til å bestemme om de vil ha noen ytterligere innflytelse i selskapet utover innskudd av aksjekapital. Dersom aksjonærene velger å inneha en passiv rolle vil selskapet således få større selvstendighet både i forhold til den daglige driften og videre målsetninger for virksomheten. Dermed blir det vanskeligere for

⁷² Graver (2005) s.182-183.

⁷³ Weltzien (2008) s.492.

aksjonærene å yte innflytelse og det kan i større grad tenkes at det tas hensyn uavhengig av aksjonærenes interesser. Er det utskilte selskap gitt vide fullmakter i forhold til beslutningskompetanse, vil det så klart påvirke aksjeeiernes kontrollmuligheter.

I Carbotermo-dommen, hvor kommunen utøvde kontroll med det utskilte selskap gjennom et holdingselskap, var tilfellet at begge selskapers vedtekter gav ledelsen vidtgående fullmakter med hensyn til selskapets ordinære og ekstraordinære drift. EU-domstolen presiserte at vedtektene ikke gav kommunen noen særlig kontroll eller stemmerett som kunne begrense ledelsens vide beføyelser. Kommunens kontroll var begrenset til den råderett som selskapsretten gir selskapsdeltagernes flertall, hvilket betydelig begrenser dens mulighet til å øve innflytelse på selskapenes beslutninger.⁷⁴

I Parking Brixen var spørsmålet om driften av kommunale parkeringsanlegg kunne forestås av et aksjeselskap opprettet av kommunen. Ledelsen i selskapet var også her gitt betydelige fullmakter i forhold til den daglige driften, herunder gitt full kommersiell frihet til å fatte beslutninger med kostnadsramme oppad begrenset til 5 millioner euro uten at samtykke fra generalforsamlingen var påkrevd. Til forskjell fra Carbotermo-dommen hadde kommunen imidlertid en viss kontroll gjennom sin rett til å utpeke flertallet av styremedlemmene i selskapet. På tross av dette mente EU-domstolen at selskapet hadde en høy grad av selvstendig handlefrihet i forhold til aksjonærene.⁷⁵

Vidtgående fullmakter er ikke ensbetydende med at kontrollvilkåret ikke er oppfylt. Det må foretas en konkret vurdering hvor man ser hen til om styret i den utskilte enhet består av representanter fra oppdragsgiver og om det gjennom lov eller vedtekter er foretatt begrensninger slik at styret ikke kan ta avgjørelser i strid med aksjonærenes interesser. Dersom dette er tilfellet, vil ikke vidtgående fullmakter nødvendigvis stenge for at kontrollvilkåret er oppfylt.

Avgjørelsene viser at 100 % eierskap ikke nødvendigvis er tilfredstillende dersom det utskilte selskapet er gitt vide fullmakter i forhold til den daglige drift av selskapet. Det er videre klart at ren selskapsrettslig kontroll, ved å inneha aksjemajoriteten, og således

⁷⁴ Carbotermo, premiss 38.

⁷⁵ Parking Brixen, premiss 68.

kun ha innflytelse på de få beslutninger som tas på generalforsamling, ikke er nok til at kontrollkriteriet er oppfylt. Det er heller ikke tilstrekkelig at kommunen har kompetanse til å utpeke flertallet av styremedlemmene i selskapet. Det kreves en mer kvalifisert form for kontroll for at en kommune skal inneha kontroll i anbudsrettslig forstand.

3.2.2 Utvidelse av selskapets formål og geografiske område

Kontrollkriteriet er oppfylt når oppdragsgiver har kontroll over strategiske målsetninger, såvel som viktige beslutninger. Dersom den utskilte enheten gjennomgår en forandring vil dette kunne medføre at kontrollkriteriet ikke lenger anses oppfylt. Dette vil for eksempel være tilfellet der et selskap driver med aktiviteter utover de tradisjonelle serviceoppgavene for sin oppdragsgiver, eller virksomheten retter seg mot et område utenfor den kontrollerende eiers region.

I Parking Brixen-dommen medførte omdannelsen av selskapet til et aksjeselskap at virksomhetens formål og geografiske område ble endret og således utvidet. Utvidelsen av selskapets formål førte til at virksomheten rettet seg mot nye områder som varetransport, informasjonsteknologi og telekommunikasjon, og det ikke bare lokalt, men også på nasjonalt og internasjonalt plan.⁷⁶ EU-domstolen uttaler at dette er momenter som bidrar til å gi selskapet større selvstendighet og en mer «kontraktmessig status». I den engelske versjonen taler domstolen om at selskapet har blitt «market-oriented».⁷⁷ Den vesentlige utvidelsen i kommersiell retning fører til at selskapets aktiviteter skiller seg betydelig fra det som er oppdragsgivers virkeområde. En slik utvidelse av selskapets vedtekter medfører at kommunen i mindre grad oppfyller kravet om kontroll slik den har med egne tjenestegrener.

Selskapets avhengighet av de offentlige myndigheter svekkes i takt med selskapets økte markedsorientering. Utviklingen kan nå et slikt punkt at kommunen og selskapet er rettet mot så ulike virkeområder, og selskapet innehar en så selvstendig og markedsorientert rolle at det kan hevdes at de er nærmere en gjensidig bebyrdende

⁷⁶ Parking Brixen, premiss 67 punkt b), d).

⁷⁷ Parking Brixen, premiss 67.

avtale enn en utskilt enhet under oppdragivers kontroll. Dette vil medføre at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Det vil da være selskapets egne kommersielle interesser som står i fokus. Videre vil hensynet til fri og ufordreid konkurranse på det kommersielle markedet stå i veien for at selskap med et slikt utvidet formål kan gjennomføre oppdrag i egenregi. Dersom enheter kan inngå oppdrag både i egenregi og med private aktører, vil de få en bedre stilling på det kommersielle markedet. Det vil bli "flere om benet" og således vanskeligere for private aktører å nå opp i konkurransene.

Det kan tenkes at domstolen ville kommet til et annet resultat dersom det ikke var en kombinasjon av flere forhold slik tilfellet var i Parking Brixen-saken. Dersom det bare ble foretatt en utvidelse av det geografiske område, og kommunen i tillegg hadde en større selskapsrettslig innflytelse, kan det tenkes at domstolen hadde funnet kontrollkriteriet oppfylt. Utvidelse av geografisk område rokker ikke ved enhetens uselvstendighet i samme grad som en utvidelse av selskapets formål gjør.

Det er hevdet av Rosenmeier at utvidelsen av selskapets formål og geografiske område angår mer virksomhetskriteriet enn kontrollkriteriet, selv om henvisningen til dette er gitt i relasjon til kontrollkriteriet. Dette tyder på at det er en begynnende sammensmelting av de to kriteriene, eller at det gis uttrykk for at de to kriteriene i virkeligheten ikke kan holdes klart adskilt.⁷⁸ I den senere Coditel Brabant-dommen⁷⁹ er det hevdet at EU-domstolen har fulgt denne tilnærmingen, se nærmere om dette i punkt 3.4 i oppgaven.

3.2.3 Kontroll gjennom holdingselskap

EU-domstolen har slått fast at det er enda et forhold som kan være med å svekke mulighetene for kontroll over den utskilte enhet. Det er etablering av et holdingselskap som et bindeledd mellom oppdragstaker og oppdragsgiver. Carbotermo-saken angikk et interkommunalt selskap (et holdingselskap) hvor kommunen eide 99,98 % av aksjene

⁷⁸ Rosenmeier (2009) s.269.

⁷⁹ Sag C-324/07 (Coditel Brabant).

og de resterende eierandeler var eid av andre kommuner. Gjennom holdingselskapet kontrollerte kommunene et datterselskap, og spørsmålet i saken var om de kunne tildele kontrakter til datterselskapet uten anbudskonkurranse. EU-domstolen uttalte at *«Medvirken fra en sådan mellemmand 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»*.⁸⁰

Begrunnelsen for at indirekte eierskap medfører svekkelse av kontroll er at etableringen av et holdingselskap, som bindeledd mellom oppdragsgiver og oppdragstaker, fører til at oppdragsgiver må forholde seg til to ledelser. For at oppdragsgiver skal kunne ta en beslutning overfor datterselskapet, vil det være nødvendig å innkalle til to generalforsamlinger. Avstanden mellom partene blir større sammenlignet med de tilfeller hvor det ikke er etablert noe holdingselskap, og det blir meget tungvint for oppdragstaker å gjennomføre beslutninger. Aksjonærene i holdingselskapet får således en svekket kontroll med datterselskapet slik at kontrollkriteriet vanskeligere kan oppfylles. For at aksjonærene i holdingselskapet skal kunne ha den kontroll som kreves, må de ha direkte innflytelse ikke bare på holdingselskapet, men også på datterselskapet. Dette kan kommunene sikre ved at den lager vedtekter som sikrer dem innflytelse både selskapsrettlig, formålmessig og hva gjelder den daglige driften av selskapene. Dersom kommunene sikrer en slik innflytelse i hvert ledd vil etablering av en holdingstruktur kunne være forenlig med tildeling av kontrakter i egenregi. Dette synspunktet har støtte i teorien.⁸¹

Samtidig samsvarer det med domstolens uttalelse om at holdingstrukturen *«...alt efter omstændighederne i det foreliggende tilfælde...»* kan svekke oppdragsgivers kontrollmulighet.⁸² Domstolen avskjærer ikke muligheten for at kontrollkriteriet kan være oppfylt selv om det foreligger et holdingselskap. I den konkrete sak forelå det andre faktorer som forsterket den svekkede kontroll, slik som at kommunenes handlefrihet var begrenset til rene selskapsrettslige beføyelser, og at det ikke var inntatt

⁸⁰ Carbotermo, premiss 39.

⁸¹ Steinicke (2008) s.174-175 og Weltzien (2008) s.491.

⁸² Carbotermo, premiss 39.

noen særlige bestemmelser om kontroll eller stemmerett i vedtektene. Synspunktet om at det ikke skal legges avgjørende vekt på holdingstrukturen støttes videre av generaladvokatens uttalelse i forbindelse med dommen. Generaladvokat Stix-Hackl påpeker at anvendelsen av Teckal-kriteriene ikke kan utelukkes selv om det er tale om indirekte eierskap.⁸³

Utgangspunktet om at 100 % eierskap indikerer at kontrollkriteriet er oppfylt, er fortsatt gjeldende etter Carbotermo-dommen. Men dersom oppdragstaker kontrolleres indirekte gjennom et annet selskap, kan dette vanskeliggjøre en sterk kontroll, som igjen taler for at man er utenfor det tillatte området for egenregi. Det må foretas en helhetsvurdering hvor man må ser på om kommunens beføyelser gjennom vedtekter eller andre selskapsdokumenter går lenger enn de rene selskapsrettslige, hvor holdingsstrukturen bare er et moment for at kontrollen er svekket.⁸⁴

3.3 Privat deleierskap

Det har vært en økende tendens i å delegere oppgaver som påligger en offentlig myndighet til private, samt å skille ut enheter hvor det er både offentlige og private eiere, såkalte halvoffentlige selskaper. Dette har skapt utfordringer for domstolen når det gjelder fastsettelse av grensene for kontrollkriteriet. Rundt årene 2004- 2005 ble det avsagt flere dommer som klargjør hva som er domstolens holdning til deltakelse av private aktører. Offentlige myndigheter og private aktører har forskjellige interesser og retter seg mot ulike interessegrupper. Det er derfor ikke uproblematisk når det offentlige tildeler kontrakt til et utskilt selskap som har både offentlige og private aksjeeiere. Domstolen har holdt en klar og strikt linje når det gjelder dette tema. Etter Stadt Halle-dommen er det klart at privat deleierskap stenger for egenregi. Det kan likevel problematiseres om dette stiller seg annerledes der hvor deltagelse av private aktører bare er en potensiell mulighet, eller der private aktører kommer til i etterkant av tildelt kontrakt. Gjennomgangen nedenfor vil avklare disse spørsmål.

⁸³ Generaladvokatens uttalelse i Carbotermo, premiss 39.

⁸⁴ Weltzien (2008) s.491.

3.3.1 Privat deleierskap idet kontrakten tildeles

Stadt Halle-avgjørelsen slo fast en klar innskrenkning av egenregi-unntaket. Saken angikk et halvoffentlig selskap som var eiet dels av en kommune (ca.75 %) og dels av en privat virksomhet (ca.25 %). EU-domstolen holdt en strikt linje i spørsmålet om kommunen kunne tildele selskapet kontrakt i egenregi. Domstolen uttaler at i tilfeller hvor deler av kapitalen i et selskap eies av private, er det utelukket at oppdragsgiver kan utøve tilstrekkelig kontroll over selskapet.⁸⁵ Dommen konstaterer klart at uavhengig av størrelsen på den privat aksjekapital og uansett den kontroll og innflytelse som er forbundet med den private eierandel, vil en slik kontrakt alltid falle inn under regelverket for offentlige anskaffelser.

EU-domstolen måtte tåle krass kritikk i litteraturen og av lokale myndigheter som fra nå av var forpliktet til å følge anskaffelsesregelverket før de tildelte kontrakt ved offentlig-privat samarbeid.⁸⁶ En så strikt regel kan avskrekke offentlige myndigheter til å inngå samarbeid med private hvor det er snakk om å løse særlige oppgaver og det offentlige vil kunne trenge private aktørers kompetanse. Det er også hevdet at domstolen ikke følger med på den utvikling som skjer når det gjelder deltakelse av private aktører ved organiseringen av den offentlige virksomhet, som offentlig private- initiativer og samarbeid. Det offentlige er nå henvendt til å følge anskaffelsesregelverket når de ønsker å utføre en oppgave i samarbeid med private aktører.

Det er imidlertid hevdet at domstolens standpunkt ikke er egnet i alle situasjoner.⁸⁷ Særlig gjelder det i de tilfeller hvor private aktører innehar en minimal eierandel, for eksempel 1-2 %, eller hvor deres investering bærer mest preg av å være en "sleeping investment", som i realiteten ikke innebærer noen faktisk kontroll. Dette synes ikke å være forenelig med domstolens uttalelser, som anvender termen «*altid*» og «*always*» i henholdsvis den danske og engelske versjonen når de taler om sitt standpunkt.⁸⁸ Dette tilsier en presisering av egenregiregelen uten unntak.

⁸⁵ Stadt Halle, premiss 49.

⁸⁶ Avarkioti (2007) s.28-29 og Caranta (2010) s.22.

⁸⁷ Brown (2005) NA75-NA76.

⁸⁸ Stadt Halle, premiss 52.

Synspunktet har samtidig stor oppslutning i teorien⁸⁹ og domstolen har i relasjon til spørsmålet holdt en konsekvent linje i senere saker.⁹⁰

Det er anført at generaladvokatens fleksible tilnærming til saken er interessant.⁹¹ Hun fokuserer ikke utelukkende på deltakelsen av private aktører, men også på karakteren av forholdet mellom oppdragsgiver og den delvis privateide enheten, og da særlig hvor stor andel som var eid av private og karakteren av eierskapet. Dette er en uklar og uforutberegnelig tilnærming i forhold til domstolens. Domstolen gjør det smart i å følge en striktere linje som ivaretar hensynet til gjennomsiktighet og likebehandling langt bedre enn det generaladvokatens fleksible tilnærming gjør.

Domstolen rettfærdiggjør sitt standpunkt ved å påpeke at offentlige myndigheter og dets tjenestegrener styres av interesser og formål av helt ulik karakter enn det private aktører gjør. Uavhengig av eierfordelingen og det formelle kontrollforhold mellom de offentlige og private aktører, vil private interesser alltid ha sterk innflytelse ved at den særlige private interesse tas hensyn til. Videre uttaler domstolen at kontrakt tildelt i egenregi til halvoffentlige selskaper vil være i strid med prinsippet om fri og ufordreid konkurranse, samt med prinsippet om likebehandling fordi det gir den private virksomhet en konkurransefordel.⁹² Selskaper, som både er tildelt oppdrag i egenregi og deltar på det åpne marked, vil kunne anvende en eventuell fortjeneste de har fra egenregioppdraget til å dekke underskudd i den delen av virksomheten som er konkurranseutsatt. Selskapet vil således stå sterkere enn de andre private aktørene på det kommersielle markedet.⁹³ Samtidig vil det medføre at den private aktør får en stor fordel ved at han får "gratis" tilgang på en offentlig oppgave, uten først å ha deltatt i anbudskonkurranse med andre aktører.

Ved tolkningen av kontrollkriteriet i forbindelse med privat deleierskap har domstolen gjennom Stadt Halle-dommen valgt en streng fortolkning av Teckal-kriteriene, og således innsnevret anvendelsesområdet til egenregi-unntaket.

⁸⁹ Weltzien (2008) s.488, Kaaresalo (2008) s.250 og Graver (2005) s.180.

⁹⁰ Sag C-29/04 (Mödling) premiss 46, sag C-410/04 (ANAV) premiss 31 og sag C-220/05 (Jean Auroux) premiss 64.

⁹¹ Se Brown (2005) NA75-NA76 og Arrowsmith (2005) s.392-393.

⁹² Stadt Halle, premiss 50-51.

⁹³ Lilli (2004) s.61.

3.3.2 Privat deleierskap er en eventuell mulighet

Stadt Halle-saken gjaldt et tilfelle hvor det var private aktører inne i bildet allerede da kontrakten ble tildelt. Et foreløpig ubesvart spørsmål gjelder tilfeller hvor selskapet ikke er privatisert, men hvor det potensielt sett er åpnet for privat kapital. Den første dommen hvor dette spørsmålet ble satt på spissen var i Coname-avgjørelsen. Saken gjaldt et selskap som var vesentlig eid av offentlige myndigheter, men som på visse vilkår kunne åpnes for privat kapital. Det ble tildelt en kontrakt av kommunen i egenregi. Domstolen fastslår klart i premiss 26 at «...,et selskab, der i hvert fald delvist er åbent for privat kapital, hvilket forhindrer, at det kan betragtes som et organ til «intern» drift af en offentlig tjenesteydelse for de kommuner, der ejer selskabet». EU-domstolen begrunner ikke resultatet ved å vise til egenregi-kriteriene, men henviser i stedet til prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Det er imidlertid ikke tvil om at det er problematikken rundt egenregi det er tale om, en slik tilnærming er kun uttrykk for en annen formulering av spørsmålet.⁹⁴ I Parking Brixen-dommen følger domstolen opp sitt standpunkt. Det forelå her en plikt for selskapet å gi adgang til kapitaltilførsel fra den annen side, og denne fremtidige kapitaltilførsel kunne tilsynelatende være privat kapital.⁹⁵ Dette forhold, sammen med andre forhold, gjorde at domstolen fant at kontrakten ikke kunne tildeles i egenregi.

Gjennom Coname- og Parking Brixen-dommene innsnevrer EU-domstolen anvendelsesområdet til egenregi-unntaket ytterligere. Innsnevringen medfører at offentlige myndigheter i større grad må tenke gjennom selskapets kapitalkanaler når de etablerer selskap. I forbindelse med disse tilfeller må man være oppmerksom på at kapitalselskaper i prinsippet alltid vil være åpne for privat kapitalinnskudd. Det er imidlertid klart at domstolen ikke mener å ramme alle selskaper hvor det er potensielt mulig at det kommer private aktører til. Det må antas at dersom egenregi skal være utelukket, må det foreligge en viss sannsynlighet for at det faktisk åpnes for privat kapital. Domstolen har enda ikke gitt noen klar veiledning for hvordan slike tilfeller skal skilles fra hverandre.

⁹⁴ Rosenmeier (2009) s.268.

⁹⁵ Parking Brixen, premiss 67c).

I Parking Brixen-saken var det åpnet for tilgang på privat kapital to år frem i tid, men uten at det forelå konkrete planer om dette.⁹⁶ En slik forestående privatisering kan ikke alene anses å være nok til at kontrollkriteriet ikke er oppfylt. Dette kan for det første begrunnes i at domstolen ikke kommenterer dette særkilt. Den kommenterer således bare at det er åpent for privat kapital og legger dette sammen med flere forhold til grunn som begrunnelse for at det ikke kunne tildeles kontrakt i egenregi. For det andre støttes dette av generaladvokatens uttalelse hvor hun, begrunnet i rettsikkerhetsprinsippet, sier at det høyest kan tas hensyn til omstendigheter, som inntreer senere, hvis de med sikkerhet kunne forutsees på inngåelsestidspunktet for kontrakten. Dette vil være tilfelle der det foreligger en umiddelbart forestående ervervelse fra en konkret tredjemann. Hun presiserer at en forpliktelse til å åpne for privat kapital to år frem i tid, ikke er tilstrekkelig til å utelukke at kontrollkriteriet er oppfylt.⁹⁷ Dette er videre i tråd med oppfatninger i teorien. Weltzien uttaler at hver reorganisering må vurderes individuelt, og det er den mest sannsynlige utviklingen av eierforholdet som må legges til grunn i vurderingen.⁹⁸

I en senere avsagt dom, ANAV, er synspunktet fremsatt i Coname og Parking Brixen opprettholdt ved at åpenhet for privat kapital i seg selv medførte at kontrollkriteriet ikke var oppfylt. Et heleid selskap ble tildelt en kontrakt om kollektivtransport av kommunen, og mens saken pågikk ble det aktuelt for kommunen å selge 80 % av aksjene i selskapet til private aktører. Dette ble ikke avgjort mens saken pågikk, men domstolen presiserer imidlertid at dersom deler av selskapet ble privatisert så lenge kontrakten løp, ville tildelingen i realiteten være til et halvoffentlig selskap og således i strid med EU-traktatens grunnleggende målsetninger og egenregi-doktrinen.⁹⁹

Det kan konkluderes med at i de tilfeller hvor det på kontrakttildelingstidspunktet foreligger en klar sannsynlighet for at en privatisering er nært forestående, vil ikke selskapet kunne betraktes som et organ til intern drift.

⁹⁶ Parking Brixen, premiss 11.

⁹⁷ Generaladvokatens uttalelse i Parking Brixen, premiss 56-57 og 62.

⁹⁸ Weltzien (2005) s.254.

⁹⁹ ANAV, premiss 30.

3.3.3 Privat deleierskap etter at kontrakten er tildelt

Det er så langt bare sett på tilfeller der privat deltakelse foreligger når kontrakten tildeles og der privat deltakelse er en potensiell mulighet. Det er videre klart at privatiseringer *etter* kontraktstildeling også er uforenlig med egenregi-unntaket. EU-domstolen har i tillegg slått hardt ned på offentlige myndigheters forsøk på å omgå forbudet om privat deleierskap ved å inngå kontrakt før privatisering. Dette ble klart slått fast i Möedling-dommen. Der var tilfellet at kommunen tildelte kontrakt til et selskap som den eide 100 % av aksjene i, men hvor 49 % av aksjene ble solgt til en privat aktør bare to uker etter tildelingen. Domstolen uttaler klart at denne konstruksjonen fremsto som kunstig og at vilkårene for egenregi ikke var oppfylt. Dette ble bekreftet ved at selskapet først begynte sin virksomhet etter at den private part overtok en del av selskapets andeler. Selskapet ble ansett å være et halvoffentlig selskap og det vises til standpunktet tatt i Stadt Halle-saken. Domstolen fraviker uttrykkelig utgangspunktet om at det er omstendighetene som foreligger på tildelingstidspunktet som skal legges til grunn.¹⁰⁰ En slik kunstig konstruksjon fører til ufordreid konkurranse i markedet og det er klart at et slikt forsøk på omgåelse skal rammes av anskaffelsesregelverket. Synspunktet anført i Möedling støttes i litteraturen.¹⁰¹ Det er imidlertid ikke anført av domstolen hvor grensene for en slik konstruksjon skal gå.

I Möedling-saken forelå det klare planer om privatisering på kontraktstildelingstidspunktet. Rettstilstanden anses imidlertid uavklart når det gjelder tilfeller hvor konkrete planer om privatisering reelt oppstår etter kontraktstildelingen. Det er ikke uvanlig at det offentlige tildeler langvarige kontrakter til heleide selskaper, som de senere finner at de vil privatisere. Vilårene for egenregi vil da ikke være oppfylt for hele kontraktperioden. Det er hevdet at det på den ene siden foreligger en bindende avtale som i utgangspunktet ikke påvirkes av at en av kontraktspartene er bundet av anskaffelsesregelverket. Samtidig må det påpekes at grunnlaget for kontraktstildelingen uten avholdt anbudskonkurranse, er at kriteriene er oppfylt hele kontraktens løpetid.¹⁰² Generaladvokaten foreslår i forbindelse med ANAV-saken at det

¹⁰⁰ Möedling, premiss 38.

¹⁰¹ Hjelmborg (2005) s.99-100 og Caranta (2010) s.25.

¹⁰² Steinicke (2008) s.185.

etter Möedling-dommen kan oppstilles et tredje kriterium.¹⁰³ For at en kontrakt skal kunne tildeles i egenregi må de to Teckal-kriteriene foreligge på permanent basis, som vil si at de må foreligge hele løpetiden til kontrakten. Domstolen kommenterer ikke dette særskilt, men avgjør dommen i tråd med generaladvokatens uttalelse. Ettersom det i ANAV forelå planer om åpning for privat eierskap allerede på kontraktstildelingstidspunktet, trengte domstolen ikke å ta stilling til spørsmålet hvor det oppstår privatisering lenge etter kontraktstildelingen. Det er uklart fra domstolens side hvorvidt et krav om at kriteriene må foreligge permanent kan oppstilles, men det kan antas at kontrakter tildelt selskaper som senere blir privatisert må i anbudskonkurranse. En slik tilnærming vil føre til at offentlig-privat samarbeid blir betydelig innskrenket.

En annen, mer fleksibel tilnærming til spørsmålet er at det kunne tillates en overgangsperiode, på for eksempel to år, før anskaffelsesregelverket kom til anvendelse. Dette ville gi selskapet "start-hjelp" slik at det ble bedre stilt på det kommersielle markedet. Det er foreløpig uklart om dette er tillatt.¹⁰⁴ Brown er av tilsvarende oppfatning. Han mener likevel at domstolen kunne utvikle et unntak for selskaper som står foran privatisering, og hvor de private tilskudd ikke varer lenger enn det som er nødvendig for at selskapet får utbytte av det.¹⁰⁵ Et slikt unntak er vanskelig å tenke seg etter den strikte holdning domstolen har holdt så langt.

Det er oppslutning i teorien om at fremtidige planer og muligheter for selskapet må vektlegges ved en kontraktstildeling.¹⁰⁶ I den forbindelse vil det være relevant å se hvor lang tid det er gått mellom kontraktstildelingen og salget av eiendeler til private. Det er videre av betydning om selskapet selv kan oppfylle kontrakten eller om oppdragsgiver må bidra til oppfyllelsen. Dersom selskapet er gitt begrensede fullmakter vil det være avhengig av sin oppdragsgiver for å oppnå sine målsetninger, og det kan lettere

¹⁰³ Generaladvokatens uttalelse i ANAV, premiss 19.

¹⁰⁴ Weltzien (2005) s.255.

¹⁰⁵ Brown (2006)b NA54.

¹⁰⁶ Weltzien (2008) s.489-490 og Hjelmberg (2005) s.99.

beskyttes at private aktører kommer til senere i kontraktstiden. Varigheten av kontrakten kan forsterke disse forhold og vil således være relevant å ta i betraktning.

Senere avgjorte avgjørelser følger utgangspunktene fastsatt i de overnevnte dommer. I Mantova, var problemstillingen om kommunen kunne tildele kontrakt i egenregi hvor det var en teoretisk mulighet for privat deltakelse.¹⁰⁷ Domstolen viser til tidligere standpunkt tatt i Stadt Halle og Möedling hvor domstolen slo fast at det er omstendigheter ved kontraktstildelingen som i utgangspunktet skal legges til grunn, men at senere inntruffne omstendigheter også kan tas i betraktning.¹⁰⁸ Domstolen uttaler imidlertid at det ikke forelå konkrete og nærstående planer for privatisering og finner kontrollkriteriet oppfylt. Dette er således den andre saken i rekken hvor Teckal-kriteriene er møtt.

I Sea-avgjørelsen var saksforholdet at kommunen tildelte en kontrakt om avfallshåndtering til det interkommunale selskapet Setco, hvor kommunen var deleier.¹⁰⁹ I vedtektene til Setco var det åpnet for privat eierskap, men dette var ingen realitet på tidspunktet for tildelingen. Domstolen viser også her til tidligere standpunkt tatt i Stadt Halle og Möedling.¹¹⁰ Videre uttaler domstolen i premiss 50 at et selskaps åpning for privat kapital kun kan tas i betraktning dersom det foreligger en «...*konkret utsikt til en sådan åpning, og den er snarligt forestående.*» Dette er en presisering av Coname og Parking Brixen hvor domstolen bare kort avslo at åpning for privat kapital utelukker at kontrollkriteriet er oppfylt. Sea-avgjørelsen bekrefter de overnevnte betraktninger om hvor nær en privatisering må være for at kontrollkriteriet ikke anses oppfylt. Domstolen kommenterer videre situasjoner hvor en kontrakt rettmessig er tildelt i egenregi og hvor private aktører kommer til under kontraktens løpetid, til tross for at dette ikke var tilfellet i Sea. Den presiserer at det ved slike tilfeller skjer en endring av en grunnleggende kontraktsbetingelse som gjør det nødvendig å avholde

¹⁰⁷ Sag C-371/05 (Mantova).

¹⁰⁸ Mantova, premiss 29-30.

¹⁰⁹ Sag C-573/07 (Sea).

¹¹⁰ Sea, premiss 47-48.

konkurransen. Dette er i tråd med generaladvokatens uttalelse i forbindelse med ANAV om at kriteriene for egenregi må være oppfylt for hele kontraktens løpetid.

Domstolen har foreløpig holdt en klar og streng linje når det gjelder oppfyllelse av kontrollkriteriet ved privat deltakelse hos oppdragstaker. Uavhengig av når privatisering skjer, finner domstolen at tildeling av kontrakt i egenregi i slike tilfeller er i strid med anskaffelsesregelverket. Etter Sea-avgjørelsen er en rekke punkter avklart og rettsikkerheten er således blitt betydelig styrket.

3.3.4 Påvirkningen av OPS

Utviklingen som har skjedd i praksis i forhold til privatisering har vært gjenstand for kritikk. EU-domstolens avgjørelser i Parking Brixen, Möedling og ANAV medfører en barriere for privatisering og vanskeliggjør en gradvis overgang fra offentlig til privat eierskap. Ofte vil en offentlig utskilt enhet under privatisering være avhengig av å kunne levere til oppdragsgiver i en overgangsfase for å kunne avhendes til private investorer. Fremgangsmåter tilsvarende saksforholdet i Möedling-avgjørelsen er ofte anvendt. Det er hevdet at det ikke er EU-domstolens hensikt å hindre.¹¹¹ Etter domstolens strikte holdning vil privatisering føre til at løpende kontrakter må avsluttes før utløpstiden og således konkurransen utsettes. Det vil oppstå et uønsket press mellom anskaffelsesregelverket og kontraktsretten ved at kontrakten i seg selv ikke nødvendigvis åpner for en tidlig avslutning selv om anskaffelsesregelverket gjør det. En mulig løsning for begge parter er å regulere konsekvensene av privatisering i kontrakten selv. Dermed kan en privat investor selv kontrollere om det er aktuelt med en tidlig avslutning på kontrakten.

Fabricius hevder at det er rom for tolkning i de avgjorte avgjørelsene Parking Brixen og Möedling ettersom saksforholdene i avgjørelsene er ganske spesielle. EU-domstolen uttaler ikke uttrykkelig at det ikke kan inngås kontrakt i egenregi selv ved privatisering. Han mener at dersom leveringsavtalen inngår som en del av et større kontraktskompleks, for eksempel aksjeoverdragelse, vil den mest sentrale delen av

¹¹¹ Fabricius (2010) s.109 og Brown (2006)a NA46-NA47.

kontraktskomplekset falle utenfor anskaffelsesregelverket og således inngås uten forutgående konkurranse. Han presiserer at dersom denne tilnærming skal være gyldig må anskaffelsesprosedyren være i tråd med tildelingsprosedyren som er vanlig ved konsesjonskontrakter, hvor gjennomsiktighetshensynet er godt ivaretatt.¹¹²

Samarbeid mellom offentlige og private aktører (OPS) er forholdsvis nytt i norsk rett og er under stadig utvikling. Anvendelse av OPS kan bidra til å en mer effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser, og skape bedre kvalitet på som leveres. Denne holdning støttes av Arrowsmith.¹¹³ Etter den utvikling som har skjedd i EU-domstolen vil offentlige myndigheter i større grad måtte veie fordeler og ulemper ved samarbeid med private og ved anvendelse av egne ressurser, før de bestemmer seg for hvilken samarbeidsform de ønsker å benytte.

3.4 Identifikasjon mellom flere oppdragsgivere

Spørsmålet om identifikasjon mellom flere oppdragsgivere var lenge uavklart, og har vært meget omdiskutert i teorien.¹¹⁴ Uenigheten har blant annet hatt sin bakgrunn i at Teckal bare åpner for identifisering i forhold til aktivitetskriteriet, og ikke kontrollkriteriet, jfr. formuleringen om at «...den lokale myndighet [...] underkaster den pågjeldende person en kontroll,...» [min understrekning]. Videre er det hevdet at dersom det tillates å tildele interkommunale selskap oppdrag i egenregi, vil det kunne medføre at enkelte varer og tjenester blir unntatt konkurranse ved at alle landets kommuner tilslutter seg til det interkommunale selskapet. Dette vil være klart i strid med formålet til anskaffelsesregelverket. Lilli mener at dersom et selskap er eid av flere, kan det bare tildeles oppdrag i egenregi der én kommune er den dominerende eier i selskapet.¹¹⁵ Graver er imidlertid av en annen oppfatning. Han mener at uttalelsen i Teckal ikke alene kan utelukke identifikasjon.¹¹⁶ I tråd med dette synspunkt hevder Kaarresalo at ettersom aktivitetskriteriet åpner for flere oppdragsgivere ved

¹¹² Fabricius (2010) s.109.

¹¹³ Arrowsmith (2005) s.393.

¹¹⁴ Lilli (2004) s.68, Dragsten (2005) s.434, Weltzien (2005) s.248 og Hjelmberg (2005) s.98.

¹¹⁵ Lilli (2004) s.69.

¹¹⁶ Graver (2004) s.317.

formuleringen «...den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.» [min understrekning] er det en klar indikasjon på at dette også gjelder for kontrollkriteriet.¹¹⁷

Gjennom Tragsa-avgjørelsen indikerer domstolen at oppdragsgivere i fellesskap kan utøve en tilstrekkelig kontroll. En presisering kommer imidlertid med Coditel Brabantdommen. Saksforholdet gjaldt et interkommunalt andelsselskap, Brutélé, som ble tildelt en kontrakt om drift av kabel-tv nettet av den belgiske kommunen Commune d`Uccle. Domstolen uttaler om det forhold at selskapet eies av flere kommuner i fellesskap, «...at såfremt flere offentlige myndigheter ejer en koncessionshavende enhed, til hvilken de overdrager udførelsen af en af deres public service-opgaver, kan den kontroll, som de offentlige myndigheder fører med denne enhed, føres i fællesskab af dem.»¹¹⁸

Domstolen anerkjenner med dette at det er tilstrekkelig for å oppfylle kontrollkriteriet at kontrollen kan utøves av flere oppdragsgivere i fellesskap, og at det ikke er nødvendig at hver oppdragsgiver utøver en individuell kontroll over den utskilte enheten.

Domstolen presiserer at krav om individuell kontroll kan medføre en konkurranse om å bli den kontrollerende deltager, der etablering av et felles samarbeid i utgangspunktet er det vesentlige. Dette ville ikke vært i overensstemmelse med systemet av fellesskapsregler på området for offentlige kontrakter.¹¹⁹ Coditel Brabant-avgjørelsen er i tråd med Tragsa-dommen når det gjelder synspunktet på identifikasjon. Den usikkerhet som var knyttet til Tragsa, særlig med tanke på dens spesielle saksforhold og domstolens konkrete begrunnelse, er etter Coditel Brabant visket bort.

Domstolen måtte med sitt standpunkt tåle kritikk.¹²⁰ Det er stilt spørsmål om ikke domstolen ved å tillate identifikasjon mellom oppdragsgiverne vanner ut utgangspunktet fastsatt i Teckal. Rosenmeier hevder at kontrollkriteriet etter dette hverken er i tråd med uttalelsen om at kontrollen skal være tilsvarende den som oppdragsgiver har med egne tjenestegrener, eller domstolens uttalelse i Carbotermo om

¹¹⁷ Kaarresalo (2008) s.249.

¹¹⁸ Coditel Brabant, premiss 50.

¹¹⁹ Coditel Brabant, premiss 47-48.

¹²⁰ Rosenmeier (2009) s.275-276.

at kriteriet krever bestemmende innflytelse. Det som gjenstår av kriteriet er at privatisering utelukker oppfyllelse. Han mener domstolen synes å slå sammen kontrollkriteriet med aktivitetskriteriet til et nytt samlet kriterium. Treumer imøtegår kritikken og er av den oppfatning at de to kriteriene står hver for seg, også etter Coditel Brabant, ettersom domstolen uttrykkelig uttaler at aktivitetskriteriet alene er oppfylt, jfr. dommens premiss 27.¹²¹

Domstolen har anerkjent en slik bred forståelse av kontrollkriteriet alene av den grunn at egenregi ellers ville vært uanvendelig i tilfeller hvor flere kommuner samarbeider om en offentlig oppgave. Presiseringen medfører stor fleksibilitet for det offentlige, men vil likevel være uanvendelig der det er private aktører inne i bildet. I Coditel Brabant-saken tydet loven som Brutélé var opprettet i medhold av og Brutélés vedtekter at selskapets formål var å utføre en oppgave av kommunal interesse. Selskapet forfulgte en interesse som samsvarte med oppdragsgivernes. I de tilfeller hvor selskapet og oppdragsgiver forfølger ulike interesser, vil kontrollvilkåret vanskeligere oppfylles, jfr. oppgavens punkt 3.2.2.

Det kan stilles spørsmål om det må være tale om en reell felles kontroll. I Coditel Brabant-saken var dette oppfylt ved at alle ordregivende myndigheter var representert i styret. Dette kan være nødvendig for å forhindre at en majoritetsaksjonær har mulighet til å presse sine interesser gjennom.¹²² Domstolen kommenterte ikke dette spesielt, så spørsmålet står foreløpig uavklart. Det må imidlertid antas at så lenge oppdragsgiverne og det interkommunale selskapet forfølger samme mål og interesser, vil ikke dette være et avgjørende moment som taler mot at kontrollvilkåret er oppfylt. Det er imidlertid klart etter Coditel Brabant at det er likegyldig om muligheten for denne kontroll er gitt gjennom lov, som i Tragsa, eller er vedtektsbestemt, som tilfellet var i Coditel Brabant-saken.

Etter Coditel Brabant må det kunne konkluderes med at det ikke er nødvendig for den enkelte deltaker i et interkommunalt samarbeid å sikre seg noen selvstendig kontroll.

¹²¹ Treumer (2009) s.319.

¹²² Perin (2009) s.240.

Det er imidlertid stilt spørsmål om synspunktene i dommen er overførbare uavhengig av antall deltakere og den enkelte deltakers eierandel. Domstolen kommenterer ikke dette spesielt, og det tyder på at dette ikke er viktige faktorer ved vurderingen om identifikasjon. Domstolen tar uttrykkelig avstand fra Coname-dommen hvor den fant at kontrollkriteriet ikke var oppfylt ved eierandel på 0,97 %, og viser til Tragsa hvor vilkåret om kontroll ble ansett oppfylt ved en eierandel på 0,25 %.¹²³ Det kan således ikke oppstilles noe minimumskrav til eierandel for at identifikasjonssynspunktet kan legges til grunn. Wiggen er imidlertid av den oppfatning at det ikke kan utelukkes å stille minimumskrav til eierandel, dog er hun enig i overnevnte resonnering.¹²⁴ Domstolen har heller ikke gitt noen indikasjon på en øvre grense for antall deltakere. Det er vanskeligere å tenke seg identifikasjon ved rundt femti deltagere enn ved ti. Ved et betydelig antall ordregivende myndigheter må identifikasjon anses utelukket.¹²⁵

Presiseringen domstolen foretar gjennom Coditel Brabant-dommen medfører stor handlingsfrihet for det offentlige, og er helt i tråd med hensynet til forvaltningens autonome kompetanse.

Det foreligger også andre dommer som behandler spørsmålet om egenregi. Disse dommer refereres ikke ettersom de ikke antas å ha noen stor interesse eller selvstendig betydning utover de allerede nevnte.

¹²³ Coditel Brabant, premiss 52-53.

¹²⁴ Wiggen (2009) s.354-355.

¹²⁵ Steinicke (2008) s.177.

3.5 En annen tilnærming i norsk rett?

I norsk rett har spørsmålet om identifikasjon vært oppe for vurdering av mindretallet i en sak for Høyesterett inntatt i Rt 2007 s. 983. Saken gjaldt krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen fra en deltaker i en anbudskonkurranse. Flertallet kom til at erstatning måtte utbetales grunnet rolleblanding og andre saksbehandlingsfeil som hadde virket inn på at saksøker ikke fikk oppdraget. Søksøker hadde i tillegg anført at kommunen ikke hadde anledning til å tildele oppdraget til det interkommunale selskapet Reno-Vest IKS i egenregi. Om dette uttaler mindretallet seg basert på en avgjørelse fra KOFA, sak 2005/251. I premiss 103 sier mindretallet seg enig i KOFAs uttalelse som følger:

« 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 [min understrekning] og eierkommunene samlet utøver en kontroll som er på linje med den som gjelder for interne etater. »

I KOFA-avgjørelsen var spørsmålet om Arendal kommune hadde anledning til å tildele oppdrag til det interkommunale selskapet IKT Agder IKS i egenregi hvor oppdragsgiver hadde 40 % eierandel. Selskapets formål var å være deltakernes drifts- og innkjøpselskap samt faglig instans for eiernes informasjons- og kommunikasjonsteknologiske løsninger. Flertallet i KOFA kommer til at oppdraget kan tildeles i egenregi, begrunner det og refererer i tillegg til Ot. prp nr. 53 (1997-1998) s.85-86 hvor departementet har uttalt at IKS-enheter skal kunne levere til sine eierkommuner i egenregi. Departementet uttaler i forarbeidene at *«Dersom et interkommunalt selskap er opprettet med det formål å tilgodese eiernes egne behov, [min understrekning] vil det likevel kunne bli godtatt som egenregi»*.

Mindretallet i Høyesterett, som følger KOFA og departementets uttalelser, gir uttrykk for en helhetsvurdering med selskapets formålet og hensikten med omorganiseringen som sentralt. Dette støttes videre av Nærings- og Handelsdepartementets syn i et brev til Samferdselsdepartementet hvor det uttales at det offentlige selv bestemmer hvordan de

vil organisere seg, men at bakgrunnen for organiseringen må ha administrative- og organisatoriske grunner og ikke for å kunne konkurrere på det kommersielle markedet.¹²⁶

Den formålsoverrettede tilnærming som er presentert av departementet i forarbeidene, og som støttes opp om av KOFA og mindretallet i Høyesterett, har også støtte av Graver.¹²⁷ Han mener at det må foretas en helhetsvurdering når man skal avgjøre om kriteriet for kontroll er oppfylt. Han finner støtte i generaladvokatens forslag til avgjørelse i Stadt Halle-saken, hvor hun uttaler at kontrollkriteriet må tolkes formålsbestemt og ikke formelt.¹²⁸

Weltzien er imidlertid av en annen oppfatning.¹²⁹ Han mener at en helhets- og formålsoverrettet tolkning ikke er forenlig med den tilnærming som EU-domstolen har tatt til spørsmålet om egenregi. EU-domstolen har basert sine vurderinger konkret på de to materielle vilkårene kontroll og aktivitet, og ikke tillagt virksomhetens formål noen vekt i vurderingen av de to kriteriene. Han er imidlertid av den oppfatning at dersom man er innenfor det anbudsrettslige kontrollbegrep vil formålet kunne tillegges vekt. Det at selskapet i seg selv har et formål, er ikke ensbetydende med at kriteriene om kontroll og aktivitet er oppfylt. Det essensielle i EU-domstolens tilnærming er en vurdering av den faktiske markedssituasjon selskapet står overfor, samt selskapets selvstendighet. En ren formålsvurdering kan føre til at oppdrag blir tildelt i egenregi i strid med EU-domstolens praksis.

Etter Weltziens oppfatning legger mindretallet i KOFA til grunn den riktige tilnærmingen til spørsmålet om identifikasjon ved å foreta en konkret vurdering av den enkelte kommunes innflytelse i selskapet, jfr. premiss 54. Mindretallet kommer, etter en konkret vurdering, til at det ikke foreligger tilstrekkelig kontroll og således at vilkårene for egenregi ikke er oppfylt.

¹²⁶ Weltzien (2002) s.73.

¹²⁷ Graver (2005) s.177.

¹²⁸ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i Stadt Halle, premiss 63.

¹²⁹ Weltzien i (2002) s. 73 og i (2008) s. 495-496.

De beste grunner taler for at det er EU-domstolens tilnærming som skal legges til grunn. For det første er dette begrunnet i EØS-avtalens artikkel 3 og ODA-avtalens artikkel 6 som forplikter Norge til å oppfylle forpliktelsene etter avtalen og tolke dem i lys av EU-domstolens avgjørelser. Samtidig må det presiseres at det ikke kan legges betydelig vekt på mindretallets uttalelse i en avgjørelse som er avsagt på et helt annet grunnlag. Avgjørende må det sies å være at Norge etter homogenitetsbetraktninger er forpliktet til å legge EU-domstolens målestokk til grunn ved vurdering av spørsmålet om egenregi. Dette er nødvendig for at Norge skal kunne oppfylle sine forpliktelser etter EØS-avtalen og for å tilstrebe lik praksis innen EØS- og EU-rettens område. Det er derfor EU-domstolens vurderingstema som blir avgjørende når grensene for egenregi skal fastsettes.

3.6 Rettsutviklingen så langt og en vurdering av denne

Kriteriene, slik de er formulert i Teckal-dommen, er blitt vesentlig fortolket og presisert gjennom vel ti års rettspraksis. Av de to kriteriene er det aktivitetskriteriet som har vært gjenstand for minst kritikk. For at kriteriet skal være oppfylt må hoveddelen av den utskilte enhets aktivitet være rettet mot oppdragsgiver, og annen aktivitet kan bare være av marginal karakter, jfr. domstolens uttalelser i Carbotermo. Det er enda ikke bekreftet i praksis hvor stor prosentandel annen aktivitet kan utgjøre, men en 90/10 grense er antydnet gjennom Tragsa-dommen. Det er videre alle aktiviteter selskapet utfører i tilknytning til oppdraget som skal medregnes i vurderingen, og det er kun aktuell aktivitet som gjelder.

Kontrollkriteriet er oppfylt der oppdragsgiver har en innflytelse over strategiske målsetninger, såvel som viktige beslutninger.¹³⁰ I denne vurderingen har domstolen lagt vekt på forhold som utvidelse av den utskilte enhets formål og geografiske område, økt selvstendighet ved at enheten er gitt vide fullmakter og deltakelse av private aktører. Kravet til kontroll er det samme uavhengig av om det er tale om et heleid- eller et interkommunalt selskap. Det er ikke krav om at hver enkelt deltaker har en slik

¹³⁰ Parking Brixen, premiss 65.

innflytelse ved felles eierskap- det er tilstrekkelig at denne kontroll føres av oppdragsgiverne i fellesskap.

Det foreligger tre avgjørelser hvor domstolen har funnet kontrollkriteriet oppfylt.

I Tragsa forelå det en klar og direkte kontroll ved at oppdragstaker var pålagt å følge de oppgaver kommunen gav og ikke selv kunne fastlegge vederlaget på sine tjenester.

I Mantova ble det lagt til grunn en mer strukturell og funksjonell kontroll ved at kommunen hadde innflytelse som majoritetsaksjonær, og kunne utpeke medlemmer til styret og andre ledende stillinger. Videre hadde kommunen ansvar for å vedta selskapets driftskostnader og hadde tilsyn med selskapets oppgaver og regnskap.¹³¹

I den siste dommen, Coditel Brabant, forelå det en mer direkte kontroll. Domstolen trekker ikke tydelig frem de forhold som bekrefter dette, men kommunen hadde kontroll over hvilke oppgaver som skulle utføres av selskapet Brutélé og kunne spesifisere disse. I alle disse tre avgjørelsene foreligger det en klar, direkte og funksjonell kontroll. Det er imidlertid ikke bekreftet fra domstolens side at en slik kontroll må foreligge i tillegg til en mer overordnet kontroll. Det kan tenkes at dersom en slik kontroll foreligger, reduseres kravet til en overordnet kontroll.¹³²

Kontrollkriteriet har vært gjenstand for stor diskusjon og domstolens tolkninger blir fortsatt kritisert. Kritikken gjelder særlig det forhold at domstolen har hatt et restriktivt syn på privat deltakelse, men også at det er åpnet for identifikasjon mellom flere oppdragsgivere. Steinicke er kritisk til at domstolen gir offentlige myndigheter så store muligheter til å bestemme hvordan de vil organisere seg slik at et av hovedhensynene bak anskaffelsesregelverket, konkurransehensynet, blir nedtonet. Mot dette kan det hevdes at dersom det offentlige var avskåret fra å samarbeide i egenregi, ville det kunne medføre at offentlige myndigheter tildelte kontrakt til en bedre privat virksomhet, istedenfor å samarbeide seg imellom. Det ville være ensbetydende med tvungen privatisering av allmenntilgjengelige oppgaver. Steinicke mener likevel at dannelse av interkommunale selskaper i seg selv ikke støttes av anskaffelsesdirektivet. Et av hovedhensynene bak direktivet er markedsintegrasjon, og tildeling av oppdrag til

¹³¹ Mantova, premiss 25-26.

¹³² Wiggen (2009) s.359-360.

interkommunale selskap i egenregi er ikke i tråd med dette hensynet. Denne utvidelsen er begrunnet utelukkende av praktisk og politisk ønske. De fordeler man oppnår ved å utelukkende ta hensyn til offentlige myndigheters organisatoriske kompetanse, er også til stede ved ønske om offentlig-privat samarbeid. Bakgrunn for etablering av offentlig-privat samarbeide er ofte begrunnet i et ønske om effektivitet og kvalitet i offentlig sektor. Han er derfor kritisk til at det er utelukket med enhver privat deltakelse, og hevder at det ikke er innlysende at slikt samarbeid ikke kan omfattes av egenregi unntaket.

Steinicke benekter ikke at private aktørers interesser ikke nødvendigvis er sammenfallende med det offentliges, men mener at dette ikke er overbevisende nok ettersom selskapets offentlige formål kan kontrolleres ved å nedfelle dem i vedtekter. Et argument som er brukt for å forsvare domstolens restriktive holdning til privat deltakelse er at private aktører ellers ville få tilgang på en offentlig oppgave via ren selskapsdannelse, uten at anbudskonkurranse avholdes. Han mener dette er et mer overbevisende argument, men likevel ikke en god nok begrunnelse for å avvise privat deltakelse. Den privates innflytelse vil være begrenset og det er ikke nødvendigvis slik at selskapet forfølger en profittmaksimering.¹³³

Det synes rimelig at hensynet til effektiv offentlig organisering kan begrunne at privatisering burde tillates på lik linje som samarbeid mellom flere oppdragsgivere gjør. Det er riktig at man kan sikre at offentlige hensyn ivaretas, selv ved privat deltakelse, gjennom vedtektsbestemmelser. Likevel kan ikke argumentet om at private deltakeres ønske om profitt kan være begrenset, stå sterkt som begrunnelse for at privatisering skal tillates. Privatisering vil uansett styrke selskapets stilling på det kommersielle markedet og det er uforenelig med hensynet til fri og ufordreid konkurranse. Det kan også være vanskelig å skille mellom de selskaper som satser på profitt alene og de som etableres for å effektivt utføre en offentlig oppgave.

Det kan antas at domstolen har foretatt slike fortolkninger som best ivaretar de hensyn som anskaffelsesdirektivet skal forsvare, slik at privatisering er utelukket ved egenregi.

¹³³ Steinicke (2009) s.268-271.

Det er en bred oppfatning om at beskyttelse av disse hensyn har større vekt enn de fordeler som kan komme ut av et offentlig-privat samarbeide. Dette kan synes å være i uoverensstemmelse med at domstolen har godkjent identifikasjon mellom oppdragsgiverne. Anskaffelsesdirektivet oppstiller ingen plikt til å tolke egenregi-unntaket slik at felles kontroll omfattes, men er heller ikke imot en slik tolkning. Direktivets formål er ikke at flere oppdrag skal ut på anbud, men å sikre at de oppdrag som legges ut på anbud er gjenstand for fri og ufordreid konkurranse. Domstolens anerkjennelse av felles kontroll viser at det er oppstått et behov for samarbeid gjennom interkommunale selskaper og andre sammenslutninger av offentlige myndigheter.

Domstolen har foretatt en forholdsvis vidtgående tolkning av kontrollkriteriet sammenlignet med formuleringen i Teckal-avgjørelsen. Det kan hevdes at en omformulering av kriteriet fra domstolens side er på sin plass.

4 En videre utvidelse av unntaket for egenregi?

Uavhengig av hva man mener om domstolens holdning til samarbeid mellom flere offentlige myndigheter, har ikke utviklingen stoppet ved Coditel Brabant-dommen. EU-domstolen har lagt til grunn at et samarbeid mellom flere offentlige aktører under visse omstendigheter, vil kunne gjennomføres uten avholdelse av anbudskonkurranse også utenfor unntaket for egenregi. Et eksempel på slikt samarbeid finner vi i Stadtreinigung Hamburg-avgjørelsen.¹³⁴

4.1 Saksforholdet i Stadtreinigung Hamburg- avgjørelsen

Saken gjaldt et samarbeid mellom fire tyske kommuner og avfallstjenesten i Hamburg, Stadtreinigung Hamburg, om avfallshåndtering. Avtalen, som var inngått uten at anskaffelsesregelverket var fulgt, gjaldt levering og forbrenning av avfall ved et nyopprettet avfallsanlegg eid av Stadtreinigung Hamburg. De skulle stille med 120 000 tonns kapasitet for avfallshåndtering, mens kommunene betalte et årlig vederlag.

Generaladvokat Mazák argumenterte for at det forelå en avtale som omfattes av direktivet og at anbudskonkurranse skulle vært avholdt.¹³⁵ EU-domstolen kommer imidlertid overraskende til motsatt resultat. Domstolen slår fast at samarbeidet ikke var utført i egenregi, ettersom kontrollkriteriet ikke var oppfylt. Videre viser domstolen til at det er tale om en samarbeidsavtale om en "public-service" oppgave, dvs håndtering av avfall, og går gjennom punktene i avtalen. Avtalen er utelukkende inngått av offentlige myndigheter og griper ikke inn i andre offentlige avtaler som gjelder driften av avfallsanlegget. Domstolen presiserer så at det offentlige står fritt til å velge hvordan de vil løse en offentlig oppgave. Et samarbeid som ikke anfekter det primære formål med anskaffelsesregelverket, henynet til fri og ufordreid konkurranse, og forfølger formål av allmenn interesse, samt at det ikke er en bevisst omgåelse kan inngås uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse.¹³⁶

¹³⁴ Sag C-480/06 (Hamburg).

¹³⁵ Generaladvokatens uttalelse i Hamburg, premiss 64.

¹³⁶ Hamburg, premiss 44-49.

EU-domstolen foretar her en helt ny tilnærming til spørsmålet om det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt som faller inn under anskaffelsesdirektivet. Domstolen begynner med å presisere at kriteriene for Teckal-doktrinen ikke er oppfylt. I tråd med tidligere praksis skulle dette tilsi at den kom til at direktivet får anvendelse, og således konkludere med det. Domstolen begir seg imidlertid ut på en ny drøftelse hvor de faktiske forhold og avtalen mellom de fire kommunene og Hamburgs rengjøringstjeneste er i fokus. Domstolens resonnering er komplisert og særlig knyttet opp mot faktum i saken, noe som gjør det vanskelig å utlede noen generelle holdepunkter for tilnærmingen.

4.2 Ulike tilnærminger til avgjørelsen

Avgjørelsen har vært gjenstand for diskusjon i teorien, og det er fremkommet ulike synspunkter på hvordan grensene for anvendelsen av avgjørelsen skal trekkes. Ser man isolert på avgjørelsen synes det som om EU-domstolen aksepterer at et samarbeid inngått utelukkende mellom offentlige aktører om en "public-service" oppgave faller utenfor anskaffelsesdirektivet.¹³⁷ Det er imidlertid hevdet at disse kriterier ikke er avgjørende. Man må se hen til samarbeidets art og innhold, for så å avgjøre om man er innenfor eller utenfor anskaffelsesdirektivets kontraktsbegrep.¹³⁸ I det følgende skal disse synspunkter fremlegges, og det vil avsluttes med en vurdering av dem og avgjørelsen generelt.

Unntaket EU-domstolen har oppstilt gjennom Hamburg-avgjørelsen vil i det følgende bli omtalt som samarbeidsunntaket.

¹³⁷ Se særlig dommens premiss 47. Synspunktet har støtte hos Steinicke (2010), dog fremholder han at kriteriene sannsynligvis må kvalifiseres. Pedersen (2010) er også inne på denne tilnærmingen.

¹³⁸ Wiggen (2010).

4.2.1 Overordnede krav til samarbeidsunntaket

Dommens fremstilling av saksforholdet er forholdsvis kortfattet, og i begrunnelsen er det lagt stor vekt på de faktiske forholdene i saken. Det forhold at den er meget konkret begrunnet og at det ikke foreligger noen bekreftende praksis på området, gjør det usikkert hvor stor vekt man kan tillegge de faktiske forhold. Samtidig medfører det vanskeligheter med å oppstille noen generelle krav for at samarbeidsunntaket skal komme til anvendelse. Likevel er det antydning to forhold i teorien.

4.2.1.1 En "public-service" oppgave

Domstolen synes å stille opp som kriterium at det er tale om en felles utførelse av en "public-service" oppgave.¹³⁹ Det blir derfor avgjørende å avgrense hva som anses som en slik oppgave, og når denne kan sies å være felles for de offentlige myndigheter.

Det er tale om en felles oppgave når alle de deltagende offentlige myndigheter har som plikt å stille denne tjenesten tilgjengelig overfor borgerne i sitt virksomhetsområde. De er forpliktet til å utføre oppgaven og bestemmer selv om de vil anvende egne ressurser eller gi oppdraget til en selvstendig oppdragstaker. Forpliktelsen det er tale om i avgjørelsen gjelder avhenting av avfall i de ulike virksomhetsområder. Det påligger de offentlige myndigheter å håndtere avfall i hvert sitt distrikt. Avtalen, inngått mellom partene, har som kjennetegn at den bærer preg av å være en samarbeidsavtale, snarere enn en kommersiell tjenesteavtale. Samarbeidet kan best karakteriseres som en oppgavedeling mellom de offentlige myndigheter om en pålagt offentlig oppgave. Begrunnelsen for det, fremfor å se det som en kommersiell kontrakt, er at det ikke skjer noen utveksling av ytelser mellom partene. Det vesentlige er at det er i de offentliges interesse at oppgaven blir utført, ikke den enkelte myndighets kommersielle interesse.

Videre må grensene for hva som regnes som en "public-service" oppgave trekkes. Domstolen uttaler seg ikke om dette. I saken er det direktiv, nærmere bestemt avfallsdirektivet, som er det rettslige grunnlaget for plikten til å avhente avfall.¹⁴⁰ Det

¹³⁹ Hamburg, premiss 37.

¹⁴⁰ Direktiv 75/442/EF .

blir derfor spørsmål om det kan oppstilles krav om at "public-service" oppgaven er hjemlet i lov, direktiv eller annet rettgrunnlag for at den skal falle inn under samarbeidsunntaket. I avgjørelsen setter domstolen ikke noe krav om dette, men viser imidlertid til at forpliktelsen om avfallshåndtering er knyttet til gjennomførelsen av avfallsdirektivet. Det kan nok ikke oppstilles et direkte krav om at forpliktelsen skal ha et klart rettgrunnlag. På den andre siden vil en felleseuropeisk regulering av den offentlige forpliktelse forsterke synspunktet om at det er en oppgave som forfølger offentlige interesser.¹⁴¹ Det at oppgaven er regulert i et eget direktiv understreker viktigheten av den. Direktivet pålegger offentlige myndigheter å rasjonalisere innsamling av avfall, og dette gir domstolen et godt grunnlag for sin begrunnelse for å kreve at oppgaven ikke skulle konkurranseutsettes.

Hamburg-avgjørelsen gjelder forpliktelser knyttet til avfallsbehandling, men andre plikter som lokale og regionale myndigheter utfører i kraft av sin forvaltningsmessige kompetanse vil også forfølge offentlige interesser og således typisk falle inn under samarbeidsunntaket.¹⁴² Det er imidlertid ikke slik at enhver offentlig oppgave kan tildeles uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Det må stilles krav til at det gjelder formål av allmenn interesse og er i tråd med EU-regelverkets målsetning om likebehandling.¹⁴³ Det vil som oftest være sammenheng mellom rettgrunnlag og oppgavens karakter, desto viktigere oppgave, jo fastere rettgrunnlag. Det må imidlertid legges vesentlig mer vekt på oppgavens karakter, hvor rettgrunnlag blir et moment i vurderingen av om det er tale om en "public-service" oppgave.

Det synes at domstolens begrunnelsen for samarbeidsunntaket er at det er tale om en så viktig offentligrettslig oppgave at den kan unntas fra direktivets anvendelsesområde. Ved gjennomføringen av slike oppgaver står ikke hensynet om fri konkurranse like sterkt, det er i allmenn interesse at oppgaven blir sikret gjennomført.

¹⁴¹ Steinicke (2010) s.6.

¹⁴² Steinicke (2010) s.6.

¹⁴³ Hamburg, premiss 47.

4.2.1.2 Utelukket med privat deltakelse

Domstolen setter i tillegg som betingelse at det er en avtale utelukkende inngått mellom offentlige myndigheter. Forbudet mot privat deltakelse fastslås av domstolen i premiss 44 og 47. Domstolen presiserer at samarbeidet ikke skal påvirke den primære målsetningen med anskaffelsesregelverket og sikre prinsippet om likebehandling slik at private aktører ikke får en konkurransefordel. Uttalelsen er helt i samsvar med Teckal-doktrinen hvor dette har vært en avgjørende betingelse for at oppdrag kan tildeles uten avholdt anbudskonkurranse.

4.2.1.3 Ikke ha preg av å være en omgåelse

Utgangspunktet er at fellesskapsretten ikke inneholder noen krav til hvilken rettslig form det offentlige anvender for å løse sine forpliktelser.¹⁴⁴ Isolert sett er dette korrekt, men sett i lys av anskaffelsesregelverket vil valget av den rettslige form ha ulike rettslige konsekvenser. Det er klart at hvis kommunene hadde tildelt oppgaven om avfallshåndtering til et utskilt selskap, ville oppdraget kunne tildeles i egenregi hvis vilkårene var oppfylt. I foreliggende avgjørelse er imidlertid tilfellet at det blir inngått en avtale med den offentlige avfallstjenesten i Hamburg by, som er en selvstendig oppdragstaker uten noe tilknytningsforhold til kommunene. Umiddelbart synes dette å være et oppdrag som skal konkurranseutsettes og således et forsøk på omgåelse.

Domstolen presiserer imidlertid at samarbeidet ikke har preg av å være en omgåelse, jfr. premiss 48. Med denne uttalelsen minker risikoen for misbruk av rene kontraktsrettslige forhold.¹⁴⁵ En mulig tilnærming for å avgjøre om det er tale om en omgåelse, er å undersøke om avtalen faktisk sikrer gjennomføringen av den felles offentlige oppgave. Er det tilfellet, vil det være et moment som taler for at avtalen er inngått med det mål å gjennomføre oppgaven, og ikke som mål å omgå regelverket. Kravet om en reell gjennomførelse av oppgaven kommer til uttrykk ved krav om gjensidige forpliktelser for de offentlige myndigheter.¹⁴⁶ Domstolen sier ikke dette uttrykkelig, men gjennomgår

¹⁴⁴ Hamburg, premiss 47.

¹⁴⁵ Pedersen (2010) s.44.

¹⁴⁶ Hamburg, premiss 38.

avtalen og påpeker de forpliktelser som påligger hver av partene omhyggelig. Det legges betydelig vekt på at kommunene i tillegg til å gi et årlig vederlag til driftslederen av anlegget, skal bidra med andre tjenesteytelser, samtidig som partene skal yte hverandre bistand.¹⁴⁷ Gjennomgangen tyder på at partene sammen skal bidra aktivt til at oppgaven gjennomføres. Domstolen gir ikke uttrykk for at det må være tale om ytelser av samme karakter, eller at det skal være en ren byttehandel. Forpliktelsene som påligger kommunene og Stadtreinigung Hamburg tilsier at avtalen er inngått med det formål å løse en felles offentlig oppgave, og ikke det mål å unngå anskaffelsesregelverket. Det er i tillegg klart at samarbeidet er i samsvar med målsetningene til anskaffelsesregelverket, og da særlig med tanke på prinsippet om likebehandling. Tilfellet hvor domstolen tidligere har kommet til at arrangementet bar preg av en omgåelse, jfr. Möedling, var årsaken at private aktører fikk en fordel. Det gjelder ikke her.

4.2.2 En avgrensning av kontraktsbegrepet i anskaffelsesdirektivet

Wiggen er av den oppfatning at det ikke kan oppstilles klare vilkår, jfr. ovenfor, når en skal vurdere om samarbeidsunntaket kommer til anvendelse. Hun mener det at samarbeidet utelukkende er inngått av offentlige myndigheter ikke alene kan forhindre at direktivet ikke kommer til anvendelse. Etter likebehandlingsprinsippet i loa. § 1,1.pkt. skal heller ikke offentlige myndigheter få noen konkurransefordel, og dette er således ikke i samsvar med EU-domstolens tidligere avgjørelser. Heller ikke argumentet om at det er tale om en "public-service" oppgave kan begrunne unntaket. En offentlig oppdragstaker vil som oftest handle for å oppfylle offentlige oppgaver. Anskaffelsesregelverkets formål motarbeides helt dersom samarbeid om offentlige oppgaver er unntatt. Wiggen mener at det ikke er mulig å foreta en slutning om at dersom vilkårene for egenregi ikke er oppfylt, foreligger det en kontrakt som hører inn under direktivet. For å avgjøre om samarbeidet faller innenfor eller utenfor anskaffelsesdirektivets område, må aspekter av samarbeidets art og innhold vurderes.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Hamburg, premiss 40-42.

¹⁴⁸ Wiggen (2010) s.14-15. Også i denne retning Pedersen (2010) på s.41.

4.2.2.1 Samarbeidets art og innhold

Wiggen mener at det som kjennetegner avgjørelsen er at kontrakten har preg av å være en samarbeidsavtale, snarere enn et tjenestekjøp. Samarbeidet går ut på å sikre at avfallet blir håndtert, samt at begge partene har plikt til å yte hverandre bistand ved behov. Utover dette er det ikke tale om noen utveksling av tjenesteytelser mellom partene. Kostnadene deler de seg imellom, og den godtgjørelsen kommunene yter er til driftslederen av avfallsanlegget. Det essensielle, mener Wiggen, er at kommunene ikke yter Stadtreinigung Hamburg noen godtgjørelse for de plikter som påligger dem. Samarbeidet utfører partene ved hjelp av egne ressurser uten innblanding fra noen tredjeperson. Slik sett er samarbeidet nærmere et innkjøpsamarbeid, enn en tjenesteutveksling med grunnlag i en gjensidig bebyrdende kontrakt.¹⁴⁹ Samtidig er de gjensidige forpliktelser som påligger partene med å underbygge samarbeidets ikke-kommersielle preg, samt at det er tale om en offentligrettslig oppgave relatert til ikke-kommersielle forpliktelser etter fellesskapsretten.¹⁵⁰

Wiggen oppstiller to retningslinjer for å vurdere om samarbeidet er av administrativ karakter eller om det utgjør en kontrakt i direktivets forstand. Det vil for det første være av betydning om partene bidrar aktivt til å utføre den bestemte oppgaven, og for det andre må de økonomiske transaksjoner mellom partene undersøkes. I de tilfeller hvor de økonomiske transaksjoner utelukkende består av en fordeling av felles kostnader, vil det tale for at man er utenfor kontraktsbegrepet. Utveksles ytelser i større grad, er samarbeidet nærmere å være en kontrakt i direktivets forstand.¹⁵¹

4.3 Vurdering

Det er problematisk at avgjørelsens anvendelsesområde ikke kan fastsettes mer nøyaktig på grunn av domstolens meget upresise og konkrete begrunnelse. De presenterte tilnærminger er imidlertid forsøk på å trekke noen generelle grenser. Ser man på de to tilnærminger samlet har de mange felles trekk. Den store forskjellen er

¹⁴⁹ Wiggen (2010) s.15-16, samt Caranta (2010) s. 42 og Pedersen (2010) s.43.

¹⁵⁰ Kotsonis (2009) NA215-NA216 og Pedersen (2010) s.43.

¹⁵¹ Wiggen (2010) s.17-18.

imidlertid at Wiggen søker å avgrense kontraktsbegrepet ved å se på samarbeidets art og innhold, mens Steinicke fokuserer på faste kriterier som kan begrunne unntak fra direktivets anvendelsesområde. Det kan oppstilles innvendinger til begge tilnærmingene.

Ved bruk av den første tilnærmingen får samarbeidsunntaket meget vid anvendelse. Steinicke er selv av den oppfatning at kriteriene må kvalifiseres og sannsynligvis tilføyes flere vilkår for å være anvendelig.¹⁵² Kriteriene slik de står nå gjør det vanskelig å generalisere og sette opp parallelle unntak.

Mot den andre tilnærming kan det innvendes at EU-domstolen faktisk tar utgangspunkt i selve kontrakten og at det vanskelig kan forenes med en avgrensning av kontraktsbegrepet. Wiggen er imidlertid av den oppfatning at det er arten av kontraktsforpliktelsene domstolen vurderer. Kontrakten gjelder praktisk samarbeid og fordeling av kapasitet ved anlegget og kan ikke anses å være noen tjenestekontrakt etter direktivets forstand. Andre kontrakter, vedrørende bygging og drift av anlegget, er imidlertid tildelt etter regelverket.

Slik avgjørelsen står nå, meget konkret og upresis, taler de beste grunner for at Wiggens synspunkt er det mest anvendelige. Denne tilnærming kan lettest bli anvendt ved lignende tilfeller og vil kunne brukes til å skape parallelle unntak. Likeså er det klart at selv om EU-domstolen synes å ta utgangspunkt i at det foreligger en kontrakt, er det innholdet og særpreget til kontrakten domstolen legger avgjørende vekt på. Det må imidlertid fremheves at domstolen vil måtte komme med ytterligere presiseringer som kan bidra til å trekke grensene for samarbeidsunntaket for at dette skal bli et fullstendig unntak.

Det er stilt spørsmål om hvilken status Teckal-doktrinen har etter Hamburg-avgjørelsen.¹⁵³ Det er ingenting i avgjørelsen som tilsier at Teckal-doktrinen er forlatt. Domstolen innleder sin begrunnelse ved å konkludere med at kriteriene oppstilt i Teckal

¹⁵² Steinicke (2010) s.12.

¹⁵³ Steinicke (2010) s.12, Wiggen (2010) s.14 og Pedersen (2010) s.45.

ikke kommer til anvendelse, samt viser domstolen til Coditel Brabant-dommen i premiss 45. Dette, sammenholdt med den senere avgjorte Sea-dommen hvor kontroll og aktivitet blir drøftet, tilsier at Teckal-doktrinen fortsatt er gyldig.

EU-domstolen søker å skape likhet uavhengig av den organisasjonsstruktur det offentlige velger, men det er ikke helt uproblematisk. En sammenligning mellom den strikte Teckal-doktrinen, anskaffelsesdirektivets artikkel 18 om enerett og Hamburg-avgjørelsens vide anvendelsesområde kan lede til konflikt innad i anskaffelsesregelverket. Et eksempel kan være der en kontrakt, som gjelder en offentligrettslig oppgave, inngås mellom tre kommuner og et heleid offentlig selskap. I et slikt tilfellet vil Hamburg-avgjørelsens kriterier være oppfylt, samtidig som Teckal-doktrinen vil kunne anvendes. Det blir avgjørende å finne den faktor som skiller på hvilket av unntakene som skal brukes. Steinicke mener at det i slike tilfeller må legges vekt på linkene mellom de offentlige myndigheter. Det må antas at i de tilfeller det er opprettet et interkommunalt selskap, vil Teckal-doktrinen anvendes, mens samarbeidsunntaket bare vil benyttes der det foreligger direkte transaksjoner mellom de to offentlige myndigheter.¹⁵⁴ Dette er veiledende, men det kan imidlertid problematiseres videre. Dersom man finner at Teckal-doktrinen ikke er oppfylt, blir spørsmålet om man da kan gå videre å vurdere om samarbeidsunntaket får anvendelse. I så tilfellet, vil samarbeidsunntaket tilslutt konsumere Teckal-doktrinen ved slike omstendigheter.

Det vide anvendelsesområdet til samarbeidsunntaket vil uansett medføre at offentlige aktører i mye større grad inngår samarbeid basert på kontrakt enn ved administrativt samarbeid eller på grunnlag av tildelt enerett. Dette medfører en motsatt utvikling enn den som har vært til nå. Offentlige oppgaver som tidligere var gjenstand for konkurranse vil i større grad bli unntatt fra det åpne markedet, og prinsippet om fri og ufordreid konkurranse vil bli svekket.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Steinicke (2010) s.10.

¹⁵⁵ *ibid.*

Dersom Wiggens tilnærming legges til grunn vil ikke dette synspunktet være like holdbart. Da vil både anvendelse av unntaket etter Teckal- og Hamburg-avgjørelsen være basert på et forvaltningsrettslig samarbeid uten grunnlag i kontrakt, og det kan således ikke hevdes at kontraktsrettslig samarbeid vil bli benyttet fremfor administrativt samarbeid. Uansett hvilken tilnærming som legges til grunn, vil offentlige oppgaver i større grad bli unntatt fra anbudskonkurranse.

Det er hevdet at det bak samarbeidsunntaket ligger sterkere politiske grunner enn rettslige. Det er et konstant press fra de ulike medlemsstatene om at det sikres størst mulig frihet med hensyn til offentlig organisering.¹⁵⁶ Ved anerkjennelsen av samarbeidsunntaket har domstolen tenkt å omfatte oppgaver som det offentlige kunne ha løst selv ved hjelp av egne ressurser. Det må sannsynligvis kunne stilles krav til at det må være tale om en kompetanse den offentlige myndighet allerede besitter, og alene være et uttrykk for en bedre utnyttelse av tilgjengelige ressurser, som sikres gjennom reell innsats fra medkontrahenten. Etableringen av unntaket er imidlertid ikke uproblematisk, og det må forventes langt mer utfyllende betraktninger fra domstolen i tiden fremover.

¹⁵⁶ Steinicke (2010) s.9-10.

5 Aktuelle problemstillinger for fremtiden

Domstolen har gjennom sin praksis presisert og konkretisert kriteriene den oppstilte i Teckal-avgjørelsen. Likevel kan det tenkes tilfeller hvor det oppstår usikkerhet om hvor grensene for unntaket går.

Særlig når det gjelder spørsmålet om identifikasjon under kontrollkriteriet er det flere uavklarte spørsmål. Det kan stilles spørsmål om det kan tenkes identifikasjon mellom én eller flere offentlige myndigheter og offentlige selskaper, eller mellom flere offentlige selskaper.¹⁵⁷ EU-domstolen kom i Montova til at kriteriene for egenregi er oppfylt også i de tilfeller hvor en kommune eier oppdragstaker sammen med to kommunale foretak. Spørsmålet om identifikasjon ble imidlertid ikke besvart siden domstolen fant at kommunen oppfylte kontrollkriteriet alene.

Et annet spørsmål som sannsynligvis vil melde seg i fremtiden er om unntaket for egenregi også vil gjelde ved "omvendt-egenregi", altså der det kontrollerede selskap ønsker ytelse fra den kontrollerende myndighet. I slike tilfeller vil hverken kontroll- eller aktivitetsvilkåret være oppfylt. Tilfellet vil heller ikke kunne falle inn under samarbeidsunntaket. Likevel kan det antas som en rimelig og naturlig tolkning. Siden man anerkjenner at det kan oppfylles i egenregi én vei, bør det anerkjennes at det kan oppfylles i egenregi den andre veien også. Synspunktet kan også synes å ha støtte i senere praksis, som har utvidet det offentliges mulighet til å samarbeide i egenregi ytterligere, jfr. Hamburg-avgjørelsen. På den annen side kan det hevdes at ved å foreta denne tilnærmingen blir unntaket strukket vel langt. Det vil medføre at desto flere leveringer til det offentlige blir unntatt anskaffelsesregelverket, og det harmonerer dårlig med hensynet til likebehandling og fri konkurranse.

Når det gjelder samarbeidsunntaket er det klart at det vil melde seg flere problemstillinger som domstolen må ta stilling til. Det blir særlig interessant å se hvilken tilnærming domstolen kommer til å ta ved videre presisering og avgrensning av unntaket. Dersom det tas utgangspunkt i selve oppgavens karakter, altså om det er tale

¹⁵⁷ Wiggen (2009) s.356.

om en "public-service" oppgave, vil en mer generell uttalelse om hvilke oppgaver som faller utenfor unntaket være på sin plass. Slik som unntaket nå står favner det meget vidt og for at parallelle unntak skal kunne etableres må virkeområdet for unntaket innsnevres. Uansett må det forventes at prosessen blir langvarig og domstolen vil måtte komme med gradvise avgrensninger av unntaket.

Den siste tiden er det satt fokus på håndhevelsesregler innenfor offentlige anskaffelser. Dette har sammenheng med det nye EU-direktivet som skal gjennomføres i norsk rett.¹⁵⁸ Dagens sanksjonssystem ligger hos KOFA, som i medhold av loa. § 7b) kan ilegge overtredelsesgebyr. Forpliktelser etter det nye direktivet medfører at dagens ordning ikke kan fortsette i uendret form. Den største endringen direktivet medfører er at kontrakter skal kunne settes til side av et klageorgan. Dette reiser flere rettslige problemstillinger om hvilke konsekvenser det får for partene. NOU 2010:2 ble sendt ut på høring med frist til 20. september i år og saken er nå under behandling. Med den utviklingen som har skjedd i praksis med tanke på unntaket for egenregi og samarbeidsunntaket, har behovet for et sanksjonssystem økt. De uklare og omfattende unntaksbestemmelser medfører at det blir viktig å sanksjonere både misbruk og misforståelser av disse. Både Sverige, Danmark og Finland har allerede innført omfattende klage- og håndhevelsessystemer.¹⁵⁹

Det er klart at det foreligger flere fremtidige utfordringer som EU-domstolen må klargjøre gjennom sin praksis. Det kan nok hevdes at domstolen ikke helt ante omfanget av unntaket de presenterte i Teckal-avgjørelsen. Likevel har domstolen fulgt opp utviklingen slik at unntaket er klarere nå enn da det ble presentert. Samarbeidsunntaket vil nok måtte gå gjennom en like omstendig prosess før dets grenser er klare.

¹⁵⁸ Rådsdirektiv 2007/66/EF.

¹⁵⁹ NOU 2010:2 s.60 flg.

6 Avslutning

Domstolen har de siste år utvidet offentlige myndigheters mulighet til å tildele kontrakter i egenregi som ellers ville vært anbudspliktige. Tanken bak unntaket har vært å tilpasse anskaffelsesregelverket den utvikling som har skjedd med tanke på offentlige myndigheters organisering. Domstolen har tilrettelagt for at det offentlige står mest mulig fritt ved valg av sin interne organisering når deres forpliktelser skal oppfylles. Særlig viser domstolen dette ved den siste dommen, Hamburg-avgjørelsen, hvor samarbeid mellom offentlige aktører kan gjennomføres uten avholdelse av anbudskonkurranse også utenfor unntaket for egenregi. Selv om utviklingen i stor grad anerkjenner de offentlige myndigheters forvaltningsrettslige kompetanse, vil de offentlige aktører måtte være oppmerksomme på unntakenes, og da særlig samarbeidsunntakets, uklare grenser. Dersom det er tvil om et oppdrag kan tildeles i egenregi, vil avholdelse av anbudskonkurranse alltid være den sikreste løsning.

Gjennom utviklingen av egenregi-doktrinen og etableringen av samarbeidsunntaket, har domstolen måttet balansere hensynet til de offentlige myndigheters forvaltningsrettslige kompetanse og hensynet til et effektivt og konkurranseutsatt marked. Likevel synes det avgjørende i domstolens vurderinger å være at hensynet til fri og ufordreid konkurranse sikres og opprettholdes for de oppgaver som omfattes av anskaffelsesregelverket og blir sendt ut på anbud.

Domstolen vil måtte komme med presiseringer og utfyllende kommentarer for begge unntakene, og særlig gjelder det i forhold til samarbeidsunntaket. En klar og entydig praksis er vesentlig for at medlemslandene best mulig skal kunne oppfylle sine forpliktelser med tanke på et ensartet EU- og EØS-system.

7 Litteraturliste

7.1 Lover

Anskaffelsesloven/loa. – Lov om offentlige anskaffelser (16. juli 1999 nr. 69)

Aksjeselskapsloven – Lov om aksjeselskaper (13. juni 1997 nr.44)

EØS- loven – Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (27. november 1992 nr. 109)

Kommuneloven – Lov om kommuner og fylkeskommuner (25. september 1992 nr. 107)

Tvisteloven – Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (17. juni 2005 nr. 90)

7.2 Forskrift

FOA – Forskrift om offentlige anskaffelser (7. april 2006 nr. 402)

7.3 Forarbeider

NOU 1995: 17 Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet

NOU 2001: 32 Rett på sak – Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser

Ot. prp. nr. 53 (1997-1998) Om lov om interkommunale selskaper og lov om endringer i kommuneloven m m (kommunalt og fylkeskommunalt foretak)

Kommittédirektiv 2009: 81 Kommunala företag

7.4 Avgjørelser

Høyesterett

Rt 2007 s. 983

KOFA

KOFA 2005/251

7.5 EU/EØS- kilder

Direktiver

Direktiv 2004/17/EF Europa- Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (Forsyningsdirektivet).

Direktiv 2004/18/EF Europa- Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Anskaffelsesdirektivet).

Direktiv 2007/66/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. desember 2007 om ændring av Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (Håndhevelsesdirektivet).

Rådsdirektiv 75/442/EF Rådsdirektiv 75/442/EF om affald, som ændret ved direktiv 91/156/EF (Avfallsdirektivet).

Avgjørelser fra EU- domstolen, kronologisk

Sag C- 107/98 Teckal Srl mod Comune de Viano og AGAC di Reggio Emilia, Saml. 1999 I-08121 (*Teckal*).

Sag C- 26/03 Stadt Halle og RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod ATR und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Saml. 2005 I-00001 (*Stadt Halle*).

Sag C- 231/03 Coname mod Comune di Cingia de'Botti, Saml. 2005 I-07287 (*Coname*).

Sag C- 458/03 Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen og Stadtwerke Brixen AG, Saml. 2005 I-08585 (*Parking Brixen*).

Sag C- 29/04 Kommissionen mod Østrig, Saml. 2005 I-09705 (*Möedling*).

Sag C- 410/04 ANAV mod Comune di Bari og AMTAB Servizio SpA,
Saml. 2006 I-03303 (*ANAV*).

Sag C- 340/04 Carbotermo SpA mod Comune di Busto Arsizio og AGESP SpA,
Saml. 2006 I-04137 (*Carbotermo*).

Sag C- 220/05 Jean Auroux m.fl. mod Commune de Roanne, Saml. 2007 I-00385
(*Jean Auroux*).

Sag C- 295/05 Asemfo mod Tragsa, Saml. 2007 I-02999 (*Tragsa*).

Sag C- 371/05 Kommissionen mod Italia, dom 17. juli 2008, Sml. 2008 I-00110; ikke
tilgængelig i fulltekst på verken dansk eller engelsk; jeg har forholdt meg til en
uoffisiell engelsk oversettelse.) (*Mantova*)

Sag C- 324/07 Coditel Brabant SA mod Commune d'Uccle og Région de Bruxelles-
Capitale, Saml. 2008 I-08457 (*Coditel Brabant*).

Sag C- 480/06 Kommissionen mod Tyskland, Saml. 2009 I-04747 (*Hamburg*).

Sag C- 573/07 Sea Srl mod Comune di Ponte Nossa, Saml. 2009 I-08127 (*Sea*).

Generaladvokaters forslag til avgjørelse, kronologisk

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Cosmas, fremsat den 1. juli 1999, sag C- 107/98
(*Teckal*).

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Stix-Hackl fremsat den 23. september
2004, sag C- 26/03 (*Stadt Halle*).

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott fremsat den 1. marts 2005, sag C- 458/03 (*Parking Brixen*).

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Geelhoed fremsat den 12. januar 2006, sag C- 410/04 (*ANAV*).

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Stix-Hackl fremsat den 12. januar 2006, sag C- 340/04 (*Carbotermo*).

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Geelhoed fremsat den 28. september 2006, sag C- 295/05 (*Tragsa*).

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Mazák fremsat den 19. februar 2009, sag C- 480/06 (*Hamburg*).

7.6 Bøger

Arrowsmith, Sue *The law of public and utilities procurement*. 2. utg. Sweet and Maxwell, 2005.

Craig, Paul og Gráinne De Burca *EU Law- Text, Cases and Materials*. 4. utg. Oxford University Press, 2008.

Dragsten, Marianne H. og Esther Lindalen *Offentlige anskaffelser, Kommentartutgave*, bind I. Universitetsforlaget, 2005.

Fabricius, Jesper *Offentlige indkøb i praksis*. Thomson Reuters Professional A/S, 2010.

Gjønnnes, Arnhild Dordi *Håndbok for offentlige anskaffelser i EØS/EU*.
Universitetsforlaget, 1994.

Hjelmborg, Simon Evers og Peter Stig Jakobsen og Sune Troels Poulsen
EU- udbudsretten, Udbudsdirektivet for offentlige myndigheder. Jurist- og
Økonomforbundets Forlag, 2005.

Sejersted, Fredrik... [et al.] *EØS-rett* 2. utg. Universitetsforlaget, 2004.

Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*.
2. utg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

7.7 Artikler

Avarkioti, Fotini *The application of EU public procurement rules to "in-house" arrangements* I: Public Procurement Law Review (PPLR) 2007, nr. 1, S.22-35.

Brown, Adrian *Case Comment, C107/98 (Teckal): Application of Directive 93/36 where a contracting authority entrusts supply of products to a consortium in which it has a holding* I: PPLR, 2000, nr. 2, S.CS41- CS44.

Brown, Adrian *Application of the Procurement Directives to Contracts Awarded by Public bodies to Subsidiaries and the Scope of the Remedies Directive: A Note on Case C-26/03, Stadt Halle*, I: PPLR, 2005, nr. 3, NA72-NA77.

Brown, Adrian *The Application of the EC Treaty to a Services Concession Awarded by a Public Authority to a Wholly Owned Subsidiary: Case C-458/03, Parking Brixen*, I: PPLR, 2006a, nr. 2, NA40-NA47.

Brown, Adrian *The Treatment of a Contract Which is Awarded by a Public Authority to a Wholly Owned Subsidiary Shortly Before Shares in that Subsidiary are sold to a Third*

Party: a Note on C-29/04, Commission v. Austria, (Möedling) I: PPLR, 2006b, nr. 2, NA52-NA54.

Caranta, Roberto *The in-house providing: The law as It Stands in the EU* I: European Procurement Law Series vol. 1, Djøf Publishing, 2010, S.13-52.

Dischendorfer, Martin *The compatibility of contracts awarded directly to "joint executive services" with the Community rules on public procurement and fair competition: a note on Case C- 295/05, Asemfo v Tragsa* I: PPLR, 2007, nr. 5, NA123-NA130.

Graver, Hans Petter *Interkommunale selskaper og egenregiopdrag* I: Lov og Rett, 2004, nr. 04-05, S.317-318.

Graver, Hans Petter *Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid* I: Tidsskrift for rettsvitenskap, 2005, S.153-187.

Kaarresalo, Toni *Procuring in- house: the impact of the EC procurement regime* I: PPLR, 2008, nr. 6, S.242-254.

Kotsonis, Totis *Co-operative arrangements between public authorities in the pursuit of a public interest task: Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany (C- 480/06)* I: PPLR, 2009, nr. 6, NA212-NA216.

Lilli, Marco *Konkurransetsetting av kommunale oppgaver når kommunen opptrer med to hatter* I: Lov og Rett, 2004, nr. 01-02, S.43-71.

Pedersen, Kristian og Erik Olsson *Commission v Germany – a new approach to in-house providing?* I: PPLR, 2010, nr. 1, S.33-45.

Perin, Roberto Cavallo og Dario Casalini *Control over in-house providing organisations* I: PPLR, 2009, nr. 5, S.227-240.

Rosenmeier, H.P *In house- spørsmålet i udbudsretten I*: Festskrift til Det Danske Selskap for Byggeret, Thomson Reuters Professional A/S, 2009, S.265-276.

Steinicke, Michael *Den udbudsretlige in house-regel – en kritik af udviklingen i EF-Domstolens praksis I*: Juridiske emner ved Syddansk Universitetet, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009, S.260-273.

Treumer, Steen *Den danske tilgangsvinkel til in-house arrangementer i EU-retlig belysning I*: Festskrift til Det Danske Selskap for Byggeret, Thomson Reuters Professional A/S, 2009, S.311-327.

Weltzien, Kurt *Anbud eller egenregi? Krav til bruk av anbud ved kjøp av elektrisitet fra eget utskilt energiverk I*: Det juridiske fakultets skriftserie, 2002, nr. 85, S.4-90.

Weltzien, Kurt *Avoiding the procurement rules by awarding contracts to an in-house entity - The scope of the procurement directives in the classical sector I*: PPLR, 2005, nr. 5, S.237-255.

Weltzien, Kurt *Ulovfestet egenregi i klassisk sektor I*: Lov og Rett, 2008, vol 47,8, S.483-496.

Wiggen, Janicke *Interkommunalt samarbeid og egenregi – en avklaring fra EU-domstolen I*: Lov og Rett, 2009, nr. 06, S.342-360.

7.8 Upubliserte artikler

Wiggen, Janicke *Anskaffelsesreglene og samarbeid i offentlig sektor: Om avgrensningen av anskaffelsesdirektivets kontraktsbegrep utenfor læren om egenregi*, under publisering, utgis i april 2011.

Steinicke, Michael *The Court of Justice of the European Union, public procurement and in-house contracts – a critique of Case C- 480/06, Commission v Germany*
I: Festschrift for Hjalte Rasmussen med utgivere H. Koch... [et al.], publiseres i 2010.

7.9 Norske nettdokumenter/ Veileder

Statistisk sentralbyrå. *Offentlige innkjøp*. Oslo 2008. <http://www.ssb.no/offinnkj/>
[sitert 30. august 2010]

EU- kommisjonen: *Kommissionen uttalelse om Europa-Parlamentets ændring til Rådets felles holdning til forslag til Europa- Parlamentets og rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter*, KOM 2003/0503, endelig udg. – COD 2000/0115, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0503:FIN:DA:PDF>
[sitert 13. sept 2010]

Administrasjons- og Fornyingsdepartementets Veileder til reglene om offentlige anskaffelser 2006 - www.regjeringen.no