

Kommuner og egenregi

Reglene om egenregi: Anskaffelsesrettslig ramme for organisering av kommunal virksomhet og det offentliges samarbeid med ideelle organisasjoner i velferdssektoren

Christoffer C. Eriksen

2015



FAGFORBUNDET

www.fagforbundet.no

Forord

Tradisjonelt har kommuner i hovedsak drevet tjenestene sine selv, i det vi kaller egenregi. Men de siste årene er dette endret. Vi ser nå en tendens til at private aktører i større grad enn før utfører tjenester som kommunen tidligere utførte selv eller i samarbeid med ideelle organisasjoner. Fagforbundets erfaring er at et svært komplisert regelverk, kombinert med dårlig økonomi er medvirkende årsak til at kommuner oftere enn før velger å kjøpe tjenester fra kommersielle aktører, ofte med negative konsekvenser for ansatte og noen ganger også for tjenestene. Fagforbundet er bekymret for denne utviklingen som utfordrer egenregi-regimet i kommuner, og som det er flere grunner til å stille spørsmål ved om samfunnet er tjent med.

Denne rapporten viser at kommuner har store muligheter til å utføre tjenestene sine selv. Rapporten klargjør hva som er kommuners handlingsrom i forhold til egenregi innenfor EU-retten og EØS-avtalens rammer, i tillegg til at den tar for seg reglene for kommuners kjøp av tjenester fra ideelle organisasjoner. Rapporten er skrevet av Christoffer C. Eriksen, førsteamanuensis ved Institutt for offentlig rett ved Universitetet i Oslo på oppdrag fra Fagforbundet.

Slik det norske samfunnet er bygd opp har kommunene ansvar for mange av de viktigste tjenestene til innbyggerne. Det gjelder blant annet skole, barnehage, barnevern, pleie og omsorgstjenester, brann og redning, renovasjon og planarbeid, i tillegg til alle støttefunksjonene for å gjøre det mulig å drive, følge opp og kontrollere både tjenestene og pengene som brukes på dem.

Nærheten som det innebærer når tjenestene ivaretas av kommunen i egenregi styrker lokalsamfunnene og bidrar positivt både til utvikling av tjenestene i samarbeid med ansatte, og oppfølging og kontroll av både tjenestene og pengebruken. I tillegg sikres den folkevalgte styringen med tjenestene på en god måte, under forutsetning av at kommunene settes økonomisk i stand til å ivareta oppgavene på en hensiktsmessig måte for lokalsamfunnet.

Fagforbundet håper rapporten kan bidra til at mange kommuner i størst mulig grad velger å løse sine oppgaver i egenregi også i fremtiden.



Mette Nord

Leder i Fagforbundet

Oslo, juli 2015

Reglene om egenregi: Anskaffelsesrettslig ramme for organisering av kommunal virksomhet og det offentliges samarbeid med ideelle organisasjoner i velferdssektoren

Juridisk betenkning avgitt til Fagforbundet 14. mai 2015

Christoffer C. Eriksen

Innholdsfortegnelse

1.	Innledning.....	5
1.1	Bakgrunn	5
1.2	Mandatet.....	5
1.3	Det videre opplegg	6
2.	Sammendrag.....	7
3.	Reglene om egenregi og bakgrunnen for dem.....	10
3.1	Oversikt	10
3.2	Kort om egenregi i forsyningssektoren	12
3.3	Klassisk sektor.....	13
3.3.1	Innledning – avgjørelsen i Teckal-saken	13
3.3.2	Kontrollvilkåret	14
3.3.3	Aktivitetsvilkåret	19
3.3.4	Bestemmelsene om egenregi i det nye anskaffelsesdirektivet.....	22
4.	Anvendelse av reglene om egenregi på foretak med kommunal deltakelse	24
4.1	Oversikt	24
4.2	Anskaffelsesreglene og horisontalt samarbeid	25
4.3	Generelle forutsetninger for egenregi.....	26
4.4	Betydningen av virksomhetsområdene til foretak med kommunal deltakelse	27
4.5	Særlig om egenregi og samarbeid mellom kommuner	28
4.5.1	Ulike samarbeidsformer mellom kommuner.....	28
4.5.2	Kontroll over interkommunalt samarbeid.....	28
4.5.3	Det interkommunale samarbeidets aktivitet	31
5.	Anskaffelsesrettslige rammer for samarbeid med ideelle organisasjoner i velferdssektoren	33
5.1	Oversikt	33
5.2	EUs anskaffelsesregler og velferdstjenester	33
5.2.1	Bakgrunn: Offentlige anskaffelser og det indre marked.....	33
5.2.2	Det gjeldende anskaffelsesdirektivet	34
5.2.3	Det nye anskaffelsesdirektivet.....	35
5.2.3	Tjenestekonsesjoner	36
5.3	Adgangen til å ta særlige hensyn til ideelle organisasjoner i anskaffelsesprosesser	37
5.3.1	Oversikt	37
5.3.2	Begrensning av konkurranse til ideelle organisasjoner	37
5.3.3	Økonomiske aktører	40
5.3.4	Gjensidig bebyrdende kontrakter.....	41

5.3.5	Offentlig myndighetsutøvelse	42
5.4	Anskaffelsesregler og velferdstjenester i EØS og norsk intern rett.....	42
6.	Særlig om samarbeid med ideelle organisasjoner i velferdssektoren som egenregi.....	45
6.1	Innledning og utgangspunkter	45
6.2	Ideelle organisasjoners aktiviteter	45
6.3	Kontroll over ideelle organisasjoner?.....	47
7.	Rettslige rammer for offentlig støtte til ideelle organisasjoner i velferdssektoren.....	52
7.1	Oversikt	52
7.2	Vurdering av de enkelte vilkår	52
7.2.1	Økonomisk fordel.....	52
7.2.2	Støtten må være gitt av statsmidler i enhver form (offentlige midler)	53
7.2.3	Favorisering (selektivitet).....	53
7.2.4	Til foretak	54
7.2.5	Konkurransesvridning.....	56
7.2.6	Påvirkning av samhandelen.....	56
7.2.7	Sammenfatning.....	57
7.3	Relevante unntak	57
7.3.1	Oversikt – unntakene for tjenester av allmenn økonomisk betydning	57
7.3.2	Kompensasjon som ikke er statsstøtte – Altmark-kriteriene	58
7.3.3	Bagatellmessig støtte og tjenester av allmenn økonomisk betydning	60
7.3.4	Støtte under 15 millioner euro	60
7.3.5	Kompensasjon for nærmere bestemte helse- og sosialtjenester	61
7.3.6	Støtte forenelig med ESAs retningslinjer	61

1. Innledning

1.1 Bakgrunn

Fagforbundet har bedt undertegnede utarbeide en juridisk betenkning om reglene om egenregi, som ramme for henholdsvis organisering av kommunal virksomhet, og det offentliges samarbeid med ideelle organisasjoner om velferdstjenester. I tillegg har Fagforbundet bedt om at betenkningen også gir en oversikt over enkelte andre og nærmere angitte spørsmål, som har betydning for det offentliges adgang til å ta særlige hensyn til ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester, i anskaffelsesprosesser og ved utforming av økonomiske støtteordninger.

Tema for betenkningen, leveringsfrist og vederlag er angitt i et brev med en bestilling datert 22. desember 2014 («bestillingen»).

Det fremgår av bestillingen at betenkningen skal leveres før påske 2015, det vil si innen fredag 27. mars 2015. Betenkningen ble levert til Fagforbundet innen fristen.

Basert på enkelte kommentarer fra Fagforbundet, som ble formidlet i et møte den 20. april 2015 har betenkningen blitt supplert på to punkter. Den endelige versjonen av betenkningen ble oversendt til Fagforbundet den 14. mai 2015.

1.2 Mandatet

Det har vært avholdt to møter mellom Fagforbundet og undertegnede hvor temaet for bestillingen har blitt konkretisert. Fagforbundet har også fått oversendt et utkast til betenkning. Basert på dette er Fagforbundet og undertegnede enige om at tema for betenkningen skal konkretiseres slik:

«Fagforbundet ønsker at betenkningen belyser relevante regler og bakgrunnen for reglene om såkalt egenregi. I den forbindelse har Fagforbundet bedt om en gjennomgang av hva som er forutsetningene for at ulike virksomheter utenfor den regulære kommuneforvaltningen, men som kommuner og/eller fylker enten deltar i, eller eier helt eller delvis, kan omfattes av reglene om egenregi. Særlig ønsker Fagforbundet å få belyst om interkommunale selskaper som kommuner og/eller fylker deltar i, og aksjeselskaper som kommuner og/eller fylker eier helt eller delvis, kan omfattes av reglene om egenregi, og om virksomhetsområdet har betydning for vurderingen av om reglene om egenregi kommer til anvendelse.

Videre ønsker Fagforbundet at betenkningen besvarer to konkrete spørsmål:

1. Under hvilke forutsetninger kan det offentliges kjøp av velferdstjenester fra ideelle organisasjoner anses som anskaffelse i egenregi?
2. I hvilken utstrekning kan ideelle organisasjoner som yter velferdstjenester støttes av det offentlige gjennom tilskudd og eventuelle andre tiltak?

Fagforbundet ønsker at betenkningen, gjennom analysen av de ovennevnte spørsmål, belyser noen nærmere angitte problemstillinger på to områder, henholdsvis ideelle barnevernsinstitusjoners virksomhet og behovet for å bruke ideelle organisasjoner for å ivareta kommunenes totalansvar for innbyggernes helsetilbud etter lov om helse og omsorgstjenester.

Fagforbundet ønsker også at betenkningen redegjør for hvilken betydning anskaffelsesreglene får for adgangen til å treffe vedtak om tildeling av ytelser eller goder som leveres av henholdsvis kommunene selv, ideelle organisasjoner eller kommunale selskaper, for eksempel hjemmehjelp, hjemmesykepleie, opphold på institusjoner, levering av mat til hjemmet, eller økonomisk støtte til personlig assistent.

Endelig ønsker Fagforbundet at det i betenkningen særskilt vurderes hvorvidt det har noe å si for anvendelse av reglene om egenregi på ideelle organisasjoner om deres virksomhet beskrives som hjemmepleie eller pleie på institusjon, og om det også har betydning for anvendelse av reglene om egenregi om ideelle organisasjoner utfører tjenester som kommunene har lovpålagt plikt til å yte, eller om organisasjonene utfører tjenester som kommunene kan tildele etter eget skjønn.»

1.3 Det videre opplegg

På bakgrunn av ovennevnte er denne betenkningen delt i til sammen syv kapitler. Etter denne innledningen (kapittel 1) presenteres et sammendrag av betenkningens konklusjoner i kapittel 2.

Det redegjøres videre for reglene om egenregi og bakgrunnen for disse i kapittel 3.

Deretter redegjøres det for hva som er forutsetningene for at ulike virksomheter utenfor den regulære kommuneforvaltningen, men som er hel eller deleid av kommuner og/eller fylker, kan omfattes av reglene om egenregi i kapittel 4.

Videre presenterer kapittel 5 en oversikt over de anskaffelsesrettslige rammer for samarbeid mellom det offentlige og ideelle organisasjoner i velferdssektoren.

Kapittel 6 redegjør for hvilke forutsetninger som må være oppfylt for at det offentliges kjøp av velferdstjenester fra ideelle organisasjoner kan anses som anskaffelse i egenregi.

Endelig blir det i kapittel 7 gitt en oversikt over de rettslige rammene for det offentliges adgang til å gi tilskudd og annen støtte til ideelle organisasjoner som yter velferdstjenester.

I kapittel 4, 5, 6 og 7 vil flere av problemstillingene bli vurdert blant annet i lys av ideelle barnevernsinstitusjoners virksomhet, og bruk av ideelle organisasjoner for å ivareta kommunenes totalansvar for innbyggernes helsetilbud etter lov om helse og omsorgstjenester.

2. Sammendrag

Kapittel 3 redegjør for hvordan EU-domstolens praksis har utviklet reglene om egenregi, og hvilke deler av denne praksisen som nå er blitt nedfelt i det nye anskaffelsesdirektivet. Det er klart at det offentlige står fritt til å benytte egne ressurser for å få dekket egen etterspørsel. Anskaffelsesreglene pålegger ikke det offentlige noen plikt til å kjøpe varer eller tjenester i et marked, og får derved ingen betydning for kommunenes egen adgang til å levere ytelser eller goder, herunder hjemmehjelp, hjemmesykepleie, opphold på institusjon, utlevering av mat til hjemmet, eller personlig assistanse.

Videre viser gjennomgangen i kapittel 3 at reglene om utvidet egenregi gir en viss åpning for at det offentlige kan foreta anskaffelser utenfor egen organisasjon, fra andre juridiske personer, uten at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse. Slik utvidet egenregi forutsetter at følgende to grunnvilkår er oppfylt: For det første må oppdragsgiver føre en kontroll med den aktuelle juridiske personen det foretas anskaffelse fra, som svarer til den kontroll som oppdragsgiver fører med sin egen virksomhet (kontrollvilkåret). For det andre må den juridiske personen utføre mer enn 80 % av sin aktivitet i forbindelse med de oppgaver den er betrodd av den offentlige oppdragsgiver (aktivitetsvilkåret). Disse vilkårene, og gjennomgangen av det nærmere innholdet i dem i kapittel 3, er et bakteppe for de vurderinger som presenteres i de øvrige kapitlene i denne betenkningen.

Kapittel 4 viser at reglene om egenregi kan anvendes når kommuner og fylkeskommuner foretar anskaffelser fra virksomheter utenfor den regulære kommuneforvaltningen. Når de utenforliggende virksomheter er organisert som egne juridiske personer, vil slike anskaffelser kunne anses som anskaffelser foretatt i egenregi dersom de to grunnleggende vilkår for utvidet egenregi er oppfylt. Gjennomgangen viser at det er relevant å ta virksomhetsområdet i betraktning ved vurderingen av om kommuner eller fylkeskommuner fører kontroll med utenforliggende virksomheter som kan svare til den kontroll de fører med egen virksomhet (kontrollvilkåret). Er både kontroll- og aktivitetsvilkåret oppfylt og virksomhetsområdet av en slik art at det offentlige kan føre nødvendig kontroll, er ikke anskaffelsesreglene til hinder for at for eksempel kommuner treffer vedtak om at kommunale selskaper skal levere ytelser eller goder, herunder hjemmehjelp, hjemmesykepleie, opphold på institusjon, utlevering av mat til hjemmet, eller personlig assistanse.

Kapittel 4 viser også at reglene om egenregi kan anvendes på interkommunale selskaper, og aksjeselskaper som eies av flere kommuner i fellesskap. Men anvendelse av reglene om egenregi på slike former for interkommunalt samarbeid forutsetter at selskapets beslutningstagende organer sammensettes av representanter fra alle de kommuner som deltar i samarbeidet, og at kommunene i fellesskap utøver bestemmende innflytelse på både strategiske målsetninger og vesentlige beslutninger for selskapet. I tillegg kan heller ikke selskapet ivareta noen interesse som er i motstrid med de samarbeidende kommuners interesser. Det vil også utelukke anvendelse av reglene om egenregi dersom private parter deltar som deleier i selskaper som etableres gjennom interkommunale samarbeid. Videre vil de aktuelle selskapenes virksomhetsområde også være relevant ved vurderingen av om de

aktuelle kommuner eller fylkeskommuner fører kontroll med selskapene, som kan svare til den kontroll de fører med egen virksomhet (kontrollvilkåret).

Kapittel 5 viser at anskaffelsesreglene gir en rekke muligheter for å ta særlig hensyn til ideelle organisasjoner. For det første gjelder det særlige regler for kjøp av velferdstjenester etter det gjeldende anskaffelsesdirektivet, den norske anskaffelsesforskriften, og også etter det nye anskaffelsesdirektivet. For det andre har det offentlige en viss adgang til å tildele kontrakter om velferdstjenester til ideelle organisasjoner uten at organisasjonene må konkurrere med kommersielle aktører. For det tredje er det ikke opplagt at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse på alt samarbeid mellom det offentlige og ideelle organisasjoner om utføring av velferdstjenester, fordi visse former for samarbeid ikke kan anses som gjensidig bebyrdende kontrakter med foretak, og fordi visse velferdstjenester kan anses som utøvelse av offentlig myndighet. Hvorvidt det offentliges samarbeid med ideelle organisasjoner om velferdstjenester kan anses som anskaffelser i egenregi, vurderes særskilt i kapittel 6.

Kapittel 6 viser at det offentliges samarbeid med ideelle organisasjoner om velferdstjenester kan anses som anskaffelse i egenregi, under visse forutsetninger. I utgangspunktet er det ingenting i veien for at ideelle organisasjoner brukes for å ivareta kommunenes totalansvar for innbyggernes helsetilbud, forutsatt at de grunnleggende vilkår for egenregi er oppfylt. Er de grunnleggende vilkårene for utvidet egenregi oppfylt, og virksomhetsområdet av en slik art at det offentlige kan føre nødvendig kontroll, er ikke anskaffelsesreglene til hinder for at kommuner treffer vedtak om at ideelle organisasjoner kan levere ytelser eller goder, herunder hjemmehjelp, hjemmesykepleie, opphold på institusjon, utlevering av mat til hjemmet, eller personlig assistanse. Det har i utgangspunktet ingen betydning for anvendelsen av reglene om egenregi om virksomheten til ideelle organisasjoner beskrives som hjemmepleie eller pleie på institusjon. Tilsvarende vil det i utgangspunktet heller ikke ha betydning for anvendelse av reglene om egenregi om kommuner bruker ideelle organisasjoner for å levere ytelser kommunene har lovpålagt plikt til å yte, eller om de ideelle organisasjonene brukes for å levere ytelser kommunene kan tildele etter eget skjønn. Det avgjørende vil være om kommunene kan føre en kontroll med de ideelle organisasjonene som tilsvarer den kontrollen de fører med sin egen virksomhet, og om mer enn 80 % av de oppgaver de ideelle organisasjonene utfører, er betrodd dem av kommunene.

Videre viser kapittel 6 at det er en viss usikkerhet om hvorvidt offentlig samarbeid med stiftelser kan oppfylle vilkårene for egenregi. Kapittelet viser at det et stykke på vei kan argumenteres for at vilkårene for egenregi også kan oppfylles i slike tilfeller. En slik argumentasjon kan forankres i EU-domstolens praksis og i synspunkter fremmet av både danske og norske myndigheter, forutsatt at stiftelsenes vedtekter utformes slik at det offentlige sikres nødvendig kontroll, og at det offentlige også får innflytelse over stiftelsenes virksomhet gjennom avtaler med stiftelsene.

Kapittel 7 viser at regelverket om statsstøtte gir en rekke muligheter for å støtte ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester, gjennom tilskudd og andre tiltak. Adgangen til å støtte foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning, kan være relevant, både

for ideelle barnevernsinstitusjoners virksomhet og for ideelle organisasjoner som bidrar til å ivareta kommunenes totalansvar for innbyggernes helsetilbud.

3. Reglene om egenregi og bakgrunnen for dem

3.1 Oversikt

Alle stater i EØS-området skal sørge for at det offentlige inngår avtaler om kjøp av varer og tjenester i overenstemmelse med de grunnleggende reglene for det indre markedet. I EU følger dette av Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte (TFEU), særlig dens bestemmelser om at medlemsstatene skal sørge for fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital på tvers av landegrenser, slik disse er tolket og anvendt av EU-domstolen. EFTA-statene som er med i EØS, har tilsvarende forpliktelser etter EØS-avtalens hoveddel. Bestemmelsene i TFEU og EØS-avtalens hoveddel får ikke bare betydning for det offentlige kjøp av varer og tjenester, men også for tildeling av såkalte tjenestekonsesjoner, det vil si avtale om kjøp av tjeneste, hvor vederlaget for tjenesten som skal utføres, enten består av retten til å utnytte tjenesten eller en slik rett sammen med betaling. I tillegg til de generelle bestemmelsene i TFEU og EØS-avtalens hoveddel er det i EU fastsatt flere direktiver som stiller mer detaljerte krav til offentlige anskaffelsesprosedyrer. Direktivene er også innlemmet i EØS-avtalen og forplikter derved også EFTA-statene, herunder Norge. Etter norsk intern rett er det klart at EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, og at direktivene om offentlige anskaffelser også gjelder som norsk rett i kraft av lov om offentlige anskaffelser og dens forskrifter.

Selv om de europeiske anskaffelsesreglene, som er gjennomført i norsk rett, stiller krav til hvordan anskaffelser skal foretas, er de likevel ikke til hinder for at offentlige organer selv skaffer til veie aktuelle varer eller tjenester internt fra sin egen organisasjon. Eksempelvis er en kommune med underliggende utvalg, råd og etater juridisk sett ett rettssubjekt, og står i utgangspunkt fritt til å velge om kommunens egne ressurser skal brukes for å utføre kommunale oppgaver. Det betyr for eksempel at kommunens tekniske avdeling blant annet kan ansette en eller flere vaktmestere for å drive løpende vedlikehold av kommunens rådhus uten at det må utlyses noen anbudskonkurranse om kjøp av vaktmestertjenester. Dette er kjernen i det som gjerne blir betegnet som egenregi.

Adgangen til å utføre tjenester i egenregi betyr blant annet at anskaffelsesreglene ikke har noen betydning for kommunenes egen adgang til å levere ytelser eller goder til sin egen befolkning, herunder gi hjemmehjelp eller hjemmesykepleie, sørge for opphold på institusjon, levere mat til hjemmet, eller å gi annen personlig assistanse.

Dersom en offentlige oppdragsgiver inngår avtale om kjøp av varer og tjenester fra en annen juridisk person, er utgangspunktet at avtalen skal inngå i samsvar med de prosedyrer som anskaffelsesreglene fastsetter. Det betyr blant annet at avtale om kjøp av nærmere bestemte varer eller tjenester, som har en verdi som overstiger visse minimumsverdier (terskelverdier), skal inngås etter konkurranse.¹

¹ For en nærmere gjennomgang av hovedprinsippene i anskaffelsesreglene relatert til velferdstjenester, se nedenfor i kapittel 5

Den norske anskaffelsesforskriften angir ulike terskelverdier som har betydning for hvilke deler av forskriften som gjelder. Er anskaffelsen under 500.000 kroner ekskl. mva («nasjonal terskelverdi») er det bare forskriftens del I som gjelder. Dersom anskaffelsen er over nasjonal terskelverdi, men under EØS-terskelverdiene gjelder forskriftens Del I og II. Uprioriterte tjenester reguleres også av forskriftens del I og II (med noen få tilleggskrav som følger av del III), uavhengig av anskaffelsens verdi. Forskriftens del I og III gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene.

EØS-terskelverdiene har ulikt nivå avhengig av hva slags kontrakter det er tale om. EØS-terskelverdien for henholdsvis vare- og tjenestekontrakter er 1,55 millioner kroner ekskl. mva., 39 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter. For statlige myndigheter er likevel EØS-terskelverdien for vare- og tjenestekontrakter på 1 million kroner ekskl. mva. Anskaffelsesforskriften inneholder nærmere bestemmelser som presiserer disse terskelverdiene, og som også fastsetter særlige terskelverdier for enkelte typer kontrakter, og generelle bestemmelser om hvordan terskelverdien skal beregnes.

De generelle terskelverdiene som er gjengitt ovenfor kan fremstilles slik i tabellarisk form (alle tall i hele kroner og ekskl. mva.)

Nasjonal terskelverdi	500.000
EØS-terskelverdi for vare- og tjenestekontrakter (statlig oppdragsgiver)	1 million
EØS-terskelverdi for vare- og tjenestekontrakt (ikke-statlige oppdragsgivere)	1,55 millioner
EØS-terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter	39 millioner

Offentlige oppdragsgivere kan likevel, i visse tilfeller, også inngå gjensidig bebyrdende kontrakter over terskelverdiene, med andre juridiske personer, uten at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse. Forutsetningen er at den offentlige oppdragsgiver har en særskilt tilknytning til den aktuelle juridiske person. Gjensidig bebyrdende kontrakter mellom offentlige oppdragsgivere og andre juridiske personer som, på grunn av deres tilknytning, ikke omfattes av anskaffelsesreglene, blir gjerne betegnet som unntak for «utvidet egenregi». I det følgende redegjøres det nærmere for bakgrunnen for og det nærmere innholdet i unntaket for utvidet egenregi.

Rettslig sett er unntaket for utvidet egenregi utviklet som en del av EU-rettens anskaffelsesregler. Utvidet egenregi er et unntak både fra de europeiske anskaffelsesreglene som gjelder for virksomhet som omfatter vann- og energiforsyning, transport og posttjenester («forsyningssektoren»), og fra de europeiske anskaffelsesreglene for annen virksomhet («klassisk sektor»). Her redegjøres det for hovedprinsippene i unntaket for utvidet egenregi i begge sektorer (avsnitt 3.2 og avsnitt 3.3). Det er helt klart at unntaket for utvidet egenregi,

både i forsyningssektoren og i klassisk sektor, også kommer til anvendelse i EØS-rettens anskaffelsesregler og ved gjennomføringen av disse i intern norsk rett.

3.2 Kort om egenregi i forsyningssektoren

I forsyningssektoren har det lenge vært fastsatt særlige regler om utvidet egenregi gjennom bestemmelser om såkalte tilknyttete foretak (på dansk brukes termen «tilknyttet virksomhed»). I det nå opphevede rådsdirektiv 93/38/EF av 14. juni 1993 om samordning av fremgangsmåtene ved tilbudsgivning innenfor vann- og energiforsyning samt transport og telekommunikasjon fremgikk det av fortalen at det var nødvendig å gi særlige regler for avtaler om tjenester som er inngått med «en tilknyttet virksomhed, hvis hovedaktivitet er at levere disse tjenesteydelser til den konsern, virksomheden er tilknyttet».² De særlige reglene for tilknyttete foretak var fastsatt i direktivets artikkel 13 nr. 1, som uttrykkelig bestemte at direktivet ikke gjaldt for avtaler om tjenester som en oppdragsgiver inngår med et tilknyttet foretak, forutsatt at minst 80 % av den gjennomsnittlige omsetningen gjelder levering av tjenester til de foretak den er tilknyttet. Videre bestemte direktivets artikkel 1 nr. 3 at et tilknyttet foretak blant annet omfatter foretak som en oppdragsgiver direkte eller indirekte kan utøve en bestemmende innflytelse på, eller som sammen med oppdragsgiver er underkastet et annet foretaks bestemmende innflytelse som følge av eierforhold, kapitalinnskudd eller gjeldende regler for foretak.

De særlige reglene for tilknyttete foretak er for det alt vesentlige videreført i det gjeldende forsyningsvirksomhetsdirektivet.³ Dette direktivet er også innlemmet i EØS-avtalens vedlegg XIV og gjennomført i intern norsk rett ved forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester), fastsatt ved kgl.res. 7. april 2006 («forsyningsforskriften»). Det fremgår av forsyningsforskriften § 1-7 at forskriften ikke får anvendelse på kontrakter som tildeles tilknyttede foretak.

Også EUs nye forsyningsvirksomhetsdirektiv, som ble vedtatt i 2014, har særbestemmelser om tilknyttede foretak.⁴ Det fremgår av den danske språkversjonen av det nye direktivets artikkel 29 nr. 3 litra a at direktivet ikke får anvendelse på kontrakter som tildeles «tilknyttet virksomhed» som på norsk tilsvarer tilknyttet foretak. EUs nye forsyningsdirektiv er ennå ikke innlemmet i EØS-avtalen og heller ikke gjennomført i norsk rett. Men direktivet er åpenbart EØS-relevant, og det er all grunn til å regne med at direktivet vil bli innlemmet i EØS-avtalen og også gjennomført i intern norsk rett.

² Fortalen, punkt 32. Direktivet har vært innlemmet i EØS-avtalens vedlegg XVI og ble implementert i norsk intern rett gjennom forskrift om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI punkt 4 om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene), fastsatt ved kgl.res. av 16. desember 1994.

³ Se direktiv 2004/17/EF. Det fremgår av artikkel 23 nr. 2 at direktivet ikke får anvendelse på kontrakter ”som en ordregiver indgår med en tilknyttet virksomhed”.

⁴ Se direktiv 2014/25/EU om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF.

Bakgrunnen for behovet for de særlige reglene om tilknyttede foretak i forsyningssektoren er at flere foretak som har stått for vann- og energiforsyning samt levering av transport- og teletjenester i Europa, har vært organisert som konserner eller konsernlignende strukturer, med datterselskaper og lignende enheter. Idet en rekke slike foretak er å anse som oppdragsgivere etter EUs anskaffelsesregler for forsyningssektoren, gjelder anskaffelsesreglene også for disse foretakenes anskaffelser. Dette har skapt behov for å tilpasse anskaffelsesreglene til konserner og konsernlignende strukturer. Uten slik tilpasning ville avtaler mellom tilknyttede foretak måtte inngås gjennom konkurranse. Det ville i realiteten hindret foretakenes i å organisere seg som konsern, eller konsernlignende strukturer. Særlige regler om tilknyttede foretak var derfor nødvendig for ikke å stenge for muligheten av at foretak i forsyningssektoren kunne organisere seg som konserner eller i konsernlignende strukturer.

3.3 Klassisk sektor

3.3.1 Innledning – avgjørelsen i Teckal-saken

Utenfor forsyningssektoren, i det som gjerne omtales som klassisk sektor, har ingen anskaffelsesdirektiv fastsatt noen særlige bestemmelser om egenregi – før EUs nye anskaffelsesdirektiv ble vedtatt i februar 2014.⁵ Her er det fastsatt enkelte bestemmelser om egenregi. Direktivets betydning for EØS og norsk rett og dets bestemmelser om egenregi gjennomgås nedenfor.

Selv om ingen av de tidligere anskaffelsesdirektivene har fastsatt noen særlige bestemmelser om egenregi utenfor forsyningssektoren, har EU-domstolen i en rekke saker likevel akseptert at kontrakter som inngås mellom en offentlig oppdragsgiver og en annet juridisk person, faller utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde dersom det er en særlig tilknytning mellom den juridiske personen og oppdragsgiver. En slik særlig tilknytning foreligger ifølge EU-domstolen dersom oppdragsgiver har kontroll over den juridiske person det inngås avtale med, og hoveddelen av denne personens virksomhet drives sammen med oppdragsgiver.

Avgjørelsen i Teckal-saken er den første hvor EU-domstolen fremholdt at kontrakter som inngås mellom en offentlig oppdragsgiver og en annen juridisk person, kan falle utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde når det er en særlig tilknytning mellom den juridiske personen og oppdragsgiver. Saken gjaldt en kontrakt om varmforsyning og drift av varmforsyningsanlegg i forskjellige kommunale bygninger som den italienske kommunen Viano tildelte til et konsortium, som var stiftet av flere kommuner, herunder Viano, for å levere oppvarmings- og miljøtenester. Kontrakten ble ikke tildelt etter en anbudsprosedyre.⁶ Teckal, et privat selskap, gikk til sak mot Viano, og anførte at kommunen skulle ha anvendt anskaffelsesreglene ved tildelingen av kontrakten. På den bakgrunn forela den nasjonale

⁵ Se direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

⁶ Konsortiet var i henhold til vedtektene en egen juridisk person og driftsøkonomisk uavhengig. Det fremgikk også av vedtektene at dets formål er å stå for produksjon og forvaltning av forskjellige, nærmere angitte offentlige tjenester, bl.a. gassleveranser til private husstander og virksomheter, levering av andre ytelser som er forbundet med dette, eller som leveres i tilknytning til dette.

domstolen som behandlet søksmålet, spørsmål om tolkning av anskaffelsesreglene for EU-domstolen.

I EU-domstolens prejudisielle avgjørelse om tolkning av anskaffelsesreglene ble det blant annet lagt til grunn at en avtale mellom en offentlig oppdragsgiver og en annen juridisk person i utgangspunktet må anses som en gjensidig bebyrdende avtale etter anskaffelsesreglene. Det er ifølge domstolen «principielt tilstrækkelig, at aftalen er blevet indgået mellem på den ene side en lokal myndighed og på den anden side en fra denne myndighed juridisk forskellig person» (premiss 50). I samme premiss åpnet domstolen likevel for en annen vurdering når det foreligger en særlig tilknytning mellom oppdragsgiver og den juridiske person det inngås avtale med:

«Forholdet vil alene kunne bedømmes anderledes, såfremt den lokale myndighed 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.» (premiss 50, annen setning).

EU-domstolen introduserer med dette to minimumsvilkår som begge må være oppfylt for at en avtale mellom en offentlig oppdragsgiver og en annen juridisk person skal falle utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde. Den offentlige oppdragsgiver må ha kontroll over den juridiske person det inngås avtale med, som tilsvarer den kontroll oppdragsgiveren har med sin egen virksomhet (kontrollvilkåret), og denne juridiske personen må utføre hovedparten av sin virksomhet sammen med oppdragsgiver (aktivitetsvilkåret). Vilkårene ligner de vilkårene som må være oppfylt for at et foretak skal anses som et tilknyttet foretak etter forsyningsvirksomhetsdirektivet. Det er likevel klart at det rettslige grunnlaget for de to såkalte Teckal-vilkårene er en selvstendig tolkning av anskaffelsesdirektivet, som ikke støtter seg på bestemmelsene i forsyningsvirksomhetsdirektivet.

Etter avgjørelsen i Teckal-saken har EU-domstolen i en rekke avgjørelser lagt til grunn at anskaffelsesreglene ikke kommer til anvendelse når oppdragsgivere bruker andre juridiske personer for å utføre tjenester, forutsatt at både kontroll- og aktivitetsvilkåret er oppfylt. Det nærmere innholdet i vilkårene er presisert gjennom EU-domstolens praksis.

3.3.2 Kontrollvilkåret

3.3.2.1 Vurdering av lovbestemmelser og faktiske omstendigheter: Foreligger det bestemmende innflytelse over strategiske målsetninger og viktige beslutninger?

Ved vurderingen av om offentlige oppdragsgiver har kontroll over en annen juridiske person, som tilsvarer den kontroll oppdragsgiver har med sin egen virksomhet, har EU-domstolen lagt til grunn at det skal tas hensyn til samtlige relevante lovbestemmelser, vedtekter og faktiske omstendigheter. Videre må dette materialet vise at den juridiske personen er underlagt en kontroll som gjør det mulig for oppdragsgiver å påvirke virksomhetens beslutninger. I

forlengelsen av dette har EU-domstolen også lagt til grunn at innflytelsen skal være bestemmende både i forhold til strategiske målsetninger og i forhold til viktige beslutninger.⁷

3.3.2.2 *Anskaffelsesrettslig kontrollbegrep*

EU-domstolens praksis viser at den kontroll som kreves for å falle inn under reglene om utvidet egenregi, er forskjellig fra både forvaltningsrettens, selskapsrettens og konkurranserettens kontrollbegreper.⁸ For at en oppdragsgiver skal ha en kontroll over en annen juridiske person som tilsvarende den kontroll oppdragsgiver har med sin egen virksomhet, krever ikke EU-domstolen at oppdragsgivers kontroll skal være identisk med den kontrollen oppdragsgiver har over egen virksomhet i kraft av forvaltningsrettslige regler. Som nærmere belyst nedenfor kan kontrollvilkåret også oppfylles på andre måter.

Selv om det ikke kreves at oppdragsgivers kontroll skal være identisk med den kontrollen oppdragsgiver har over egen virksomhet i kraft av forvaltningsrettslige regler, er heller ikke en ren selskapsrettslig kontroll tilstrekkelig. I selskapsretten anses et selskap gjerne for å ha kontroll over et annet dersom dets eierandeler representerer flertallet av stemmene i det annet selskap, eller dersom det på grunnlag av avtale har den bestemmende innflytelse over et annet selskap og en betydelig andel i dets driftsresultat.⁹ Etter EU-domstolens praksis vil slik selskapsrettslig kontroll ikke nødvendigvis være avgjørende for om offentlig organ har slik kontroll over en annen juridisk person, at en avtale med den andre juridiske personen vil falle utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde.

Ett illustrerende eksempel er EU-domstolens avgjørelse i sak C-458/03 (Parking Brixen). Her vurderte EU-domstolen blant annet om den kontroll som en kommune hadde over et aksjeselskap (Stadtwerke Brixen AG) var av en slik art at avtale mellom kommunen og aksjeselskapet om drift av kommunale parkeringsanlegg kunne falle utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde. EU-domstolen la her til grunn at den kontroll som kommunen førte med selskapet, i det vesentlige var begrenset til det spillerom som flertallet av deltagerne har i henhold til selskapsretten.¹⁰ Og basert på dette og flere andre momenter konkluderte EU-domstolen med at det var utelukket at kommunen førte en kontroll med selskapet, som svarer til den kontroll den fører med sin egen virksomhet. Det viser at det å ha selskapsrettslig kontroll i hvert fall ikke er tilstrekkelig for å konstatere at et offentlig organ har slik kontroll over en annen juridisk person, at en avtale med den andre juridiske personen kan falle utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde. De momenter som talte mot at kommunen hadde tilstrekkelig kontroll med selskapet, var blant annet at selskapet ikke bare hadde til formål å drive parkeringsvirksomhet, men også person- og varetransport, informasjons-teknologi og telekommunikasjon, at selskapet kunne få fremmed kapitaltilførsel på kort sikt, at det kunne drive virksomhet i hele Italia og utenfor landets grenser, og at ledelsen var utstyrt

⁷ Se sak C-458/03 (Parking Brixen) premiss 64-65 og sak C-340/04 (Carbotermo), premiss 33-36

⁸ Se J. Wiggen, *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor: Kontraktsbegrepets grenser*, 2013, s. 83-87

⁹ Se selskapsloven § 1-2 (2)

¹⁰ C-458/03 (Parking Brixen), premiss 69

med betydelig fullmakter.¹¹ Blant annet ga vedtektene ledelsen fullmakt til å foreta enhver handling som den finner nødvendig for å gjennomføre selskapets formål, herunder stille sikkerheter med en verdi på inntil 5 millioner euro eller gjennomføre andre transaksjoner uten forutgående godkjennelse fra generalforsamlingen.¹²

3.3.2.3 *Private deleiere*

Videre er det klart ut fra EU-domstolens praksis at privat eierskap, om enn små andeler, som regel må bety at kontrollvilkåret ikke kan anes oppfylt. EU-domstolens avgjørelse av sak C-26/03 (Stadt Halle) illustrerer dette. Spørsmålet i saken var om anskaffelsesreglene kom til anvendelse på en kontrakt som byen Halle i Tyskland hadde tildelt et selskap som det eide 75,1 % av aksjene i, og hvor de øvrige aksjene var eiet av en privat investor. EU-domstolen konkluderte med at tildelingen av kontrakten var omfattet av anskaffelsesreglene, idet byen Halle ikke hadde en slik kontroll med det selskapet som fikk kontrakten, som tilsvarte den kontrollen den hadde med sin egen virksomhet.

I avgjørelsen gjentok EU-domstolen at avtaler mellom offentlige oppdragsgivere og andre juridiske personer kan falle utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde når de ovennevnte vilkår om kontroll og aktivitet er oppfylt. I den forbindelse ble det vist til domstolens egen avgjørelse i Teckal-saken, hvor den juridiske person som ble tildelt kontrakt, var fullt ut eiet av offentlige myndigheter. Deretter la EU-domstolen nå til:

«Derimod udelukker den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, også selv om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel.»¹³

EU-domstolens begrunnelse for at byen Halle ikke hadde tilstrekkelig kontroll med det selskap som hadde fått kontrakt, var todelt. For det første viste domstolen til at forholdet mellom en offentlig oppdragsgiver og dets egne enheter «styres af hensyn og krav, som tjener forfølgelsen af almene formål. . . Derimod styres private investeringer i virksomheder af overvejelser, som tjener private interesser og forfølger formål af en anden karakter.»¹⁴ For det andre viste domstolen til at tildelingen av en offentlig kontrakt til en halvoffentlig virksomhet uten anbud er i strid med målsettingen om en fri og uhindret konkurranse samt prinsippet om likebehandling idet «en sådan fremgangsmåde bl.a. giver den private virksomhed, som ejer en andel af den halvoffentlige virksomhed, en konkurrencefordel.»¹⁵

¹¹ C-458/03 (Parking Brixen), premiss 67

¹² C-458/03 (Parking Brixen), premiss 68

¹³ Se sak C-26/03 (Stadt Halle), premiss 49

¹⁴ Se sak C-26/03 (Stadt Halle), premiss 50

¹⁵ Se sak C-26/03 (Stadt Halle), premiss 51

EU-domstolen har også vurdert flere andre spørsmål knyttet til privat deleiere og kontrollvilkåret. Blant annet har EU-domstolen akseptert at en hypotetisk mulighet for privat deltakelse ikke utelukker at kontrollvilkåret er oppfylt, men om muligheten realiseres slik at en privat part får eierandeler i kontraktens løpetid, kan det anses som vesentlig endring av kontrakten.¹⁶ I så fall er utgangspunktet at kontrakten må konkurranseutsettes. For nærmere redegjørelse for sakene om private deleiere vises til Weltzien,¹⁷ Wiggen¹⁸ og FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser (oppdatert desember 2013).

Flere av de normene som kunne utledes av tidligere praksis, er nå nedfelt i det nye anskaffelsesdirektivet. For øvrig redegjøres det nærmere for spørsmålet om kontrollvilkåret kan være oppfylt av flere aktører i fellesskap (interkommunale selskaper mv.) i kapittel 4, og spørsmålet om kontrollvilkåret kan oppfylles av ideelle organisasjoner i velferdssektoren i kapittel 6.

3.3.2.3 *Markedsorientering*

Ved vurderingen av om en offentlig oppdragsgiver utøver en kontroll som tilsvarende den oppdragsgiveren fører med sin egen virksomhet, har EU-domstolen i flere avgjørelser sett hen til om den juridiske personens virksomhet er orientert mot et marked eller ikke. I avgjørelsen i sak C-26/03 Stadt Halle formulerer EU-domstolen det slik at forholdet mellom en offentlig oppdragsgiver og dens egen virksomhet «styres af hensyn og krav, som tjener forfølgelsen af almene formål. . . Derimod styres private investeringer i virksomheder af overvejelser, som tjener private interesser og forfølger formål af en anden karakter.» (premiss 50).

I avgjørelsen i sak C-324/07 (Coditel Brabant) viser EU-domstolen at en juridisk persons markedsmessige orientering har betydning for vurderingen av om en offentlig oppdragsgiver kan utøve en kontroll over denne, som tilsvarende den oppdragsgiveren fører med sin egen virksomhet. Hovedspørsmålet i saken var om en kommune hadde en kontroll over et interkommunalt selskap (Brutélé) som tilsvarende den kontroll den har over sin egen virksomhet. Betydningen av den markedsmessige orienteringen kommer ikke så klart til uttrykk i den danske språkversjonen av avgjørelsen, men er tydelig blant annet i den svenske og engelske. I den svenske versjonen heter det i premiss 36 at «Frågan är huruvida Brutélé på grund av detta har fått en marknadsmässig inriktning och ett utrymme för självbestämmande som gör det svårt för de offentliga myndigheter som är anslutna till sammanslutningen att utöva kontroll.»¹⁹ Synspunktet ser ut til å være at dersom en juridisk persons virksomhet er orientert mot et marked, mister også de offentlige myndighetene mulighet til å utøve kontroll over virksomheten.²⁰

¹⁶ Se sak C-573/07 (Sea), premiss 51 og 53

¹⁷ K. Weltzien, «Ulovfestet egenregi i klassisk sektor», Lov og rett, 2008, s. 488-494.

¹⁸ Wiggen 2013, s. 93-100

¹⁹ Den engelske versjonen lyder slik »The question arises as to whether Brutélé has thus become market-oriented and gained a degree of independence which would render tenuous the control exercised by the public authorities affiliated to it.»

²⁰ Se også diskusjonen hos Wiggen 2013, s. 126-132

Men det følger også av EU-domstolens praksis at ikke enhver aktivitet på markedet vil utelukke at kontrollvilkåret er oppfylt. I avgjørelsen i sak C-573/07 (Sea) kom domstolen til at en offentlig myndighet kan ha en kontroll over en juridisk person som tilsvarende kontrollen med dens egen virksomhet, også når den juridiske person ikke bare utøver virksomhet for offentlige myndigheter, men også for private næringsdrivende. Forutsetningen er da at adgangen til å utføre tjenester for private «blot er accessorisk til selskabets hovedaktivitet»²¹

Basert på praksis kan det identifiseres flere elementer i en kontrollert juridiske persons markedsorientering som kan ha betydning ved vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt. Wiggen nevner fire elementer:

For det første kan markedsorientering, forstått som oppdragstakers materielle virksomhetsområde, ha betydning for vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt. Det vil si at arten av de sektorer oppdragstaker har virksomhet i, kan være relevant. At dette kan ha betydning, kom til uttrykk i avgjørelsen i sak C-458/03 Parking Brixen, hvor domstolen vurderte om kommunen hadde tilstrekkelig kontroll med et selskap som hadde gått fra å drive med en rekke offentlige oppgaver til å drive virksomhet på nye områder. Tidligere hadde selskapet vært et «kommunalt organ, hvis særlige oppgave var at utføre ensartede og integrerte lokale offentlige tjenester».²² Etter en vedtektsendring begynte selskapet:

«at drive virksomhed på nye vigtige områder, herunder personbefordring og varetransport samt informationsteknologi og telekommunikation. Det bemærkes, at selskabet bibeholdt den brede vifte af aktiviteter, der før blev udøvet af den særlige virksomhed, herunder navnlig vandforsyning, rensning af spildevand, forsyning med varme og energi samt affaldsbortskaffelse og anlæg af veje.»²³

Det at selskapet nå drev virksomhet på de nye områdene, var ett av flere forhold som ifølge EU-domstolen gjorde kommunens kontroll med det nye selskapet «tvilsomt».²⁴

For det andre kan selskapets geografiske ekspansjon være et element i en markedsorientering som også kan ha betydning for vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt. I avgjørelsen i sak C-458/03 fremgikk det uttrykkelig av domstolens premisser at ett av flere elementer som gjorde kommunens kontroll med et selskap «tvilsomt», var utvidelsen av selskapets aktiviteter til hele Italia og utlandet. Og motsatt i avgjørelsen i sak C-573/07 fremhevet domstolen at det forhold at et selskaps aktivitet var begrenset til de offentlige oppdragsgiveres område, talte for at oppdragsgiverene hadde en kontroll over selskapet som tilsvarte den de har over sine egne virksomheter.²⁵

²¹ Se sak C-573/07 (Sea) premiss 79

²² Se sak C-458/03 (Parking Brixen), premiss 66

²³ Se sak C-458/03 (Parking Brixen), premiss 67

²⁴ Se sak C-458/03 (Parking Brixen), premiss 67

²⁵ Se sak C-573/03 (Sea), premiss 76 og 90

For det tredje kan et selskaps mulighet for å inngå kontrakter med tredjepersoner også være en form for markedsorientering som kan ha betydning for vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt. Som nevnt ovenfor, vil det forhold at et selskap kan utføre tjenester for private, ikke nødvendigvis utelukke at kontrollvilkåret er oppfylt, dersom adgangen til å utføre tjenester for private «blot er accessorisk til selskabets hovedaktivitet»²⁶ Motsetningsvis kan man slutte at dersom adgangen til å utføre tjenester utgjør en selvstendig del av virksomheten, vil det trekke i retning av at kontrollvilkåret ikke er oppfylt.

Og for det fjerde kan planer om privatisering og delprivatisering være en side av et selskaps markedsorientering som også kan ha betydning for om kontrollvilkåret er oppfylt, jf. ovennevnte avsnitt som viser at delvis privat eierskap normalt vil utelukke at det offentlige har en kontroll som tilsvarer den det har med sin egen virksomhet. Men som nevnt vil en ren hypotetisk mulighet for privat deltakelse ikke nødvendigvis bety at kontrollvilkåret ikke kan oppfylles.²⁷

3.3.3 Aktivitetsvilkåret

3.3.3.1 *Generelt om aktivitetsvilkåret*

Det fremgår uttrykkelig av EU-domstolens praksis at en avtale mellom en offentlig oppdragsgiver og en annen juridisk person ikke faller utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde bare fordi oppdragsgiver utøver kontroll over den andre juridiske personen. I tillegg må den kontrollerte juridiske personen utføre hovedparten av sin virksomhet sammen med oppdragsgiver. Dette stiller krav til den kontrollerte juridiske personens aktiviteter.

Formålet med aktivitetsvilkåret er, som påpekt av EU-domstolen, å sikre at anskaffelsesreglene anvendes på de juridiske personer oppdragsgiveren kontrollerer, når disse er aktive på markedet og kan konkurrere med andre foretak.²⁸ Hvis anskaffelsesreglene ikke omfattet noen juridiske personer som er kontrollert av offentlige oppdragsgivere, kunne offentlige oppdragsgivere fritt tildele kontrakter til de juridiske personene de selv kontrollerte, også når disse var aktive på markedet. Da ville de kontrollerte juridiske personene kunne få konkurransefordeler i forhold til andre markedsaktører. Kravet om at den kontrollerte juridiske personen utfører hovedparten av sin virksomhet sammen med oppdragsgiver, hindrer slike konkurransefordeler ved at det kun er de juridiske personer som primært arbeider sammen med oppdragsgiver, som faller utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde, og ikke de juridiske personer som i tillegg til å bistå oppdragsgiver, også er aktive på markedet og i konkurransen med andre foretak.

Ved vurderingen om aktivitetsvilkåret er oppfylt, skal det etter EU-domstolens praksis tas hensyn til både kvalitative og kvantitative omstendigheter. Vurderingstemaet er formulert av EU-domstolen slik at det kun kan antas at en juridisk person

²⁶ Se sak C-573/07 (Sea), premiss 79

²⁷ Se blant annet sak C-573/07 (Sea) premiss 51

²⁸ Se sak C-340/04 (Carbotermo), premiss 58-59

”63....utfører hovedparten af sin aktivitet sammen med den myndighed, som den ejes af, som omhandlet i Teckal-dommen, såfremt denne virksomheds aktivitet hovedsakelig er bestemt for denne myndighed, idet enhver anden aktivitet kun har marginal karakter.

64 Ved sin stillingtagen til, om dette er tilfældet, skal den kompetente ret tage alle omstændigheter i det foreliggende tilfælde i betraktning, såvel kvalitative som kvantitative.”²⁹

Videre, og som fremholdt av Wiggen, forutsetter et svar på spørsmålet om hvorvidt aktivitetsvilkåret er oppfylt, at «den delen av oppdragstakers virksomhet som kan anses for å være rettet mot oppdragstakers kontrollerende oppdragsgiver(e), holdes opp mot den delen av oppdragstakers virksomhet som eventuelt er rettet mot tredjepersoner». ³⁰ Det reiser igjen spørsmål om hva som skal til for at oppdragstakers virksomhet kan anses som rettet mot oppdragsgiver, og hvilke av oppdragstakers aktiviteter som skal inngå i vurderingen. ³¹

På denne bakgrunn redegjøres det nedenfor kort for vurderingen av kvantitative og kvalitative forhold som har betydning for vurderingen av om aktivitetsvilkåret er oppfylt, og for hva som skal til for at oppdragstakers virksomhet kan anses som rettet mot oppdragsgiver, og hvilke av oppdragstakers aktiviteter som skal inngå i vurderingen.

For øvrig redegjøres det i kapittel 4 særlig for spørsmålet om aktivitetsvilkåret kan være oppfylt når en oppdragstaker utøver virksomhet for flere oppdragsgivere, som for eksempel vil være tilfelle for interkommunale selskaper. Videre redegjøres det i kapittel 6 for de særlige spørsmål som kan oppstå ved vurderingen av om ideelle organisasjoner i velferdssektoren oppfyller aktivitetsvilkåret.

3.3.3.2 Kvantitative forhold

Basert på EU-domstolens praksis har det vært usikkert hvilke kvantitative krav som må være oppfylt for at «hoveddelen» av aktiviteten utføres sammen med oppdragsgiver. En nærliggende løsning kunne være en analogisk anvendelse av kravet i det ovennevnte forsyningsvirksomhetsdirektivet om at minst 80 % av aktiviteten må utføres sammen med oppdragsgiver, for at et foretak skal kunne anses som et tilknyttet foretak i forsyningsvirksomhetsdirektivets forstand. Men EU-domstolen har ikke selv anvendt noen slik analogislutning, og har også uttrykkelig fremholdt at det ikke har vært grunnlag for å trekke analogiske slutninger fra forsyningsvirksomhetsdirektivet. ³² I lys av senere saker har det vært antatt at minst 90 % av aktiviteten må utføres sammen med oppdragsgiver for at

²⁹ Se sak C-340/04 (Carbotermo), premiss 63-64

³⁰ Wiggen 2013, s. 138

³¹ Wiggen 2013, s. 138

³² Se C-340/04 (Carbotermo), premiss 50-57

«hoveddelen» av aktiviteten kan anses for å være utført sammen med oppdragsgiver.³³ Men som nærmere redegjort for nedenfor, har disse diskusjonene i dag mindre relevans, idet det nye anskaffelsesdirektivet har fastsatt en 80 % grense.

3.3.3.4 *Kvalitative forhold*

Som nevnt ovenfor, fremgår det av EU-domstolen praksis at det ved vurderingen av om aktivitetsvilkåret er oppfylt, ikke bare skal tas hensyn til kvantitative forhold, men også kvalitative forhold. Det er likevel lite i domstolens egne uttalelser som gir klar veiledning til hvordan kvalitative forhold skal vurderes. Men i generaladvokatenes forslag til avgjørelser er det pekt på enkelte kvalitative elementer som kan ha betydning.³⁴ Og det er også i juridisk teori diskutert hvilke kvalitative momenter som kan ha betydning, og hvilken vekt de skal ha.³⁵ Men disse diskusjonene vil ha mindre betydning for anvendelsen av det nye anskaffelsesdirektivets bestemmelser om utvidet egenregi. Dette fordi ordlyden i direktivets bestemmelse om utvidet egenregi ikke gir noen åpning for at kvalitative betraktninger skal ha særskilt betydning for vurderingen av om aktivitetsvilkåret er oppfylt (se også nedenfor i punkt 3.3.4).

3.3.3.5 *Hvilke deler av oppdragstakers virksomhet er rettet mot oppdragsgiver?*

Når det gjelder spørsmålet om hva skal til for at oppdragstakers virksomhet kan anses som rettet mot oppdragsgiver, er det avgjørende hva oppdragstaker gjør i henhold til avtale med oppdragsgiver, ikke hvem som får nytte av eller betaler for det oppdragstaker gjør. EU-domstolen har sammenfattet hva som er relevant å ta i betraktning i avgjørelsen i sak C-340/04 (Carbotermo):

”66 De af en tilslagsmodtagende virksomheds aktiviteter, som der skal tages hensyn til, er nemlig alle dem, som denne virksomhed udfører som led i en tildeling foretaget af den ordregivende myndighed, uafhængigt af modtagerens identitet, hvad enten det drejer sig om den ordregivende myndighed selv eller brugeren af ydelserne.

67 Det er uden betydning, hvem der betaler den pågældende virksomhed vederlag, hvad enten det er den myndighed, som den ejes af, eller tredjemænd, der er brugere af de ydelser, der erlægges i henhold til koncessioner eller andre retsforhold tilvejebragt af den nævnte myndighed. Det er ligeledes uden betydning, på hvilket område disse ydelser leveres.»

Dette betyr blant annet at den delen av oppdragstakers aktiviteter som er rettet mot for eksempel bruker av et offentlig tilbud, kan anses som virksomhet rettet mot oppdragsgiver.

³³ Se blant annet Weltzin 2008, som særlig støtter seg på C-295/05 (Tragsa), premiss 63

³⁴ Se særlig generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-340/04 (Carbotermo), premiss 98-99

³⁵ Se blant annet Wiggen 2013, s. 152-156, med ytterligere referanser

Det gjelder også dersom det er brukerne av tilbudet som betaler for tilbudet, dersom det er avtalt med oppdragsgiver som en tjenestekonsesjon.³⁶

Det er på det rene at dersom oppdragstakers aktivitet utøves etter avtale med andre enn oppdragsgiver(e), kan ikke aktiviteten anses som utført på oppdragsgivers vegne. Da må oppdragstakers aktiviteter anses som aktiviteter på markedet.³⁷

3.3.3.6 *Hvilke aktiviteter er relevante å ta i betraktning?*

Når det skal vurderes hvor stor del av oppdragstakers aktivitet som utføres sammen med oppdragsgiver, er det klart at man også må vurdere hva som er oppdragstakers totale aktivitet, før man ser hen til hvor stor del av denne totalen som utføres sammen med oppdragsgiver. I den forbindelse er det et spørsmål hvordan man skal beregne oppdragstakers totale aktivitet; er det alt oppdragstaker gjør, er det totalen av den type virksomhet som oppdragstaker enten helt eller delvis gjør sammen med oppdragsgiver, er det den faktiske aktiviteten på kontraktstildelingspunktet, eller skal det også tas hensyn til potensiell aktivitet? EU-domstolens praksis går i retning av at det er oppdragstakers samlede virksomhet på kontraktstildelingspunktet som skal inngå i totalen, slik at man må se på alt det oppdragstakeren gjør, og så vurdere hvor stor del av dette som utføres til fordel for oppdragsgiver.³⁸

3.3.4 Bestemmelsene om egenregi i det nye anskaffelsesdirektivet

Vilkårene for å falle inn under unntaket for utvidet egenregi er nå inntatt som en egen bestemmelse i EUs nye anskaffelsesdirektiv, vedtatt i februar 2014. Det er direktivets artikkel 12 som nå regulerer hva som skal anses som egenregi i klassisk sektor.

Artikkel 12 fastslår at direktivet ikke kommer til anvendelse på offentlige kontrakter som en offentlig oppdragsgiver tildeler en selvstendig juridisk person dersom tre vilkår er oppfylt:

For det første må oppdragsgiver føre en kontroll med denne juridiske personen som svarer til den kontroll som oppdragsgiver fører med sin egen virksomhet (artikkel 12 nr. 1 litra a). Og det fremgår av direktivets artikkel 12 nr. 1 andre ledd at kontrollvilkåret er oppfylt når oppdragsgiver utøver «bestemmende innflydelse på både strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i den kontrollerte juridiske person.»

For det andre må den kontrollerte juridiske personen utføre mer enn 80 % av sin aktivitet i forbindelse med de oppgaver den er betrodd av den offentlige oppdragsgiver, eller av andre juridiske personer som kontrolleres av oppdragsgiveren (artikkel 12 nr. 1 litra b).

³⁶ Se nærmere Wiggen 2013, s. 140

³⁷ Se Wiggen 2013, s. 141 med ytterlige henvisninger

³⁸ Se nærmere Wiggen 2013, s. 142-146

For det tredje kan det ikke være noen direkte privat kapitalandel i den kontrollerte juridiske person, med unntak for nærmere bestemte private kapitalkrav i nasjonal lovbestemmelser (artikkel 12 nr. 1 litra c).

Artikkel 12 nr. 1 litra a og b stadfester derved de to Teckal-vilkårene, kontroll- og aktivitetsvilkåret. Bestemmelsen om når kontrollvilkåret kan anses oppfylt, harmonere også med EU-domstolens praksis, særlig avgjørelsene i C-458/03 (Parking Brixen), premiss 64-65, og C-340/04 (Carbotermo), premiss 33-36. Og artikkel 12 nr. 1 litra c stadfester at privat eierskap, om enn små andeler, utelukker anvendelse av unntaket for utvidet egenregi, også dette i tråd med EU-domstolens praksis.

Idet det nye direktivets bestemmelser samsvarer med EU-domstolens praksis, må retningslinjene for vurderingen av om vilkårene er oppfylt, fortsatt utledes av denne praksisen. På et par punkter bidrar likevel direktivet til en endring og presisering av rettstilstanden: Som nevnt ovenfor er det nå ikke tvil om at aktivitetsvilkåret etter direktivet vil være oppfylt dersom den kontrollerte juridiske personen utfører mer enn 80 % av sin aktivitet i forbindelse med de oppgaver den er betrodd av den offentlige oppdragsgiver. Det avskjærer tvil om hva som er den kvantitative grensen. Videre etterlater ordlyden heller ingen plass for vurdering av kvalitative elementer under aktivitetsvilkåret dersom det kvantitative vilkåret på 80 % er oppfylt. Det er en endring i forhold til tidligere rettstilstand.

Videre inneholder direktivets artikkel 12 enkelte særregler som har betydning for konstellasjoner hvor flere oppdragsgivere samarbeider om utvidet egenregi. Dette kommenteres nærmere nedenfor i kapittel 4.

Det fremgår av det nye anskaffelsesdirektivets artikkel 91 at det ikke trer i kraft før 18. april 2016, som er tidspunktet da det gjeldende anskaffelsesdirektivet oppheves.

Det nye anskaffelsesdirektivet er ennå ikke innlemmet i EØS-avtalen, men er åpenbart EØS-relevant. Det vil etter all sannsynlighet bli innlemmet i EØS-avtalen, og også bli gjennomført i norsk rett.

4. Anvendelse av reglene om egenregi på foretak med kommunal deltakelse

4.1 Oversikt

Dette kapittelet redegjør for anvendelsen av reglene om egenregi på virksomheter som er organisert som egne juridiske personer utenfor den ordinære kommunal- eller fylkesforvaltning. Dette betyr at kommunale foretak og fylkeskommunale foretak ikke omtales her. Slike foretak er en del av kommunen eller fylkeskommunen som etablerer det aktuelle foretaket.³⁹ I samsvar med bestillingen er fokuset for fremstillingen nedenfor rettet mot selskaper som kommuner etablerer alene, eller i fellesskap. Av den grunn redegjøres det her kun for anvendelsen reglene om egenregi på såkalt vertikalt samarbeid, det vil si samarbeid hvor en eller flere kommuner er overordnet(e) oppdragsgiver(e), og en direkte eller indirekte underordnet oppdragstaker, organisert som eget rettssubjekt. Det betyr at det her ikke redegjøres særskilt for anvendelse av reglene om egenregi på såkalt horisontalt samarbeid (for eksempel samarbeid mellom kommuner som ikke etablerer eget rettssubjekt), eller såkalt omvendt vertikalt samarbeid, der den underordnede part tildeler en kontrakt til den overordnede part. Da det er forholdsvis vanlig at kommuner samarbeider med hverandre uten at det etableres egne rettssubjekter, presenteres for oversiktens skyld likevel de anskaffelsesrettslige hovedreglene for slik horisontalt samarbeid, før det redegjøres nærmere for reglenes anvendelse på vertikalt samarbeid (kapittel 4.3 flg.).

Anskaffelsesreglene får ikke anvendelse på ytelser eller goder som kommuner eller fylker leverer selv, eller gjennom etater, enheter eller foretak som er en del av kommunen eller fylkeskommunen. Kommunen og fylkeskommunen står derfor fritt til å la etater, enheter eller foretak som er en del av kommunen eller fylkeskommunen, levere hjemmehjelpstjenester, hjemmesykepleietjenester, mat til hjemmet, og la egne ansatte yte annen personlig assistanse til befolkningen.

For fremstillingens skyld redegjøres det nedenfor kun for kommuneforvaltningens og kommunenes rettsstilling, men med mindre annet fremgår, gjelder disse redegjørelsene også den fylkeskommunale forvaltningens og fylkeskommunens rettsstilling.

Kommuner deltar i en rekke ulike virksomheter som er organisert som egne juridiske personer, herunder aksjeselskaper (AS), samvirkeforetak (SA) og interkommunale selskaper (IKS). Slike og andre selvstendige foretak som kommuner deltar i, omtales i det følgende som foretak med kommunal deltakelse med mindre annet fremgår.

Det er klart at gjensidig bebyrdende avtaler om kjøp av tjenester mellom kommuner og foretak med kommunal deltakelse i utgangspunktet omfattes av anskaffelsesreglene. Reglene om utvidet egenregi åpner likevel for at kommuners kjøp av tjenester fra foretak med kommunal deltakelse kan falle utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde. Det avgrenses her

³⁹ Se lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) § 61

mot redegjørelse for andre unntak fra anskaffelsesreglene, da jeg i denne betenkningen er bedt uttrykkelig om å gjennomgå «hva som er forutsetningene for at ulike organisasjonsformer som IKS og AS, og evt andre organisasjonsformer utenfor den regulære kommuneforvaltningen, hel eller deleid av kommuner og/eller fylker, kan defineres som egenregi i kommuner, og om virksomhetsområdet har betydning for muligheten for egenregi.»

I det følgende redegjøres det først for de generelle forutsetningene for at kommuners kjøp av tjenester fra foretak med kommunal deltakelse skal anses som kjøp i egenregi (kapittel 4.2), og for spørsmålet om foretakenes virksomhetsområde har betydning for vurderingen (kapittel 4.3). Deretter redegjøres for særlige spørsmål som oppstår ved anvendelse av reglene om egenregi når flere enn en kommune deltar i, eller har eierandeler i, ett og samme foretak (kapittel 4.4).

4.2 Anskaffelsesreglene og horisontalt samarbeid

Det er klart mange kommuner samarbeider om å løse ulike oppgaver, uten at samarbeidet formaliseres gjennom etablering av egne rettssubjekter. Det har vært usikkert om slikt samarbeid kan falle utenfor anskaffelsesreglene. I utgangspunktet er det klart at en avtale mellom en kommune og en annen kommune, om at den ene skal utføre tjenester for den andre mot vederlag, vil falle inn under anskaffelsesreglenes virkeområde. I det en kommune ikke kan ha kontroll over en annen kommune, vil unntaket for utvidet egenregi i utgangspunktet heller ikke komme til anvendelse på avtaler om at en kommune skal utføre tjenester for en annen, mot vederlag. EU-domstolen har likevel akseptert at slike avtaler mellom kommuner kan falle utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde.⁴⁰

Ifølge EU-domstolen avgjørelse i sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, kan en offentlig myndighet «opfylde de oppgaver, som påhviler den med hensyn til imødekommelse af almenhedens behov, gennem anvendelse af sine egne ressourcer, uden at være forpligtet til at gøre brug af eksterne organer, som ikke hører til dens tjenestegrene, og den kan også opfylde disse opgaver i samarbejde med andre offentlige myndigheder».⁴¹ Og Domstolen har også understreket at EU-retten «ikke indeholder en forpligtelse for offentlige myndigheder til, med henblik på i fællesskab at sikre deres public service-opgaver, at anvende en særlig retlig form», og at samarbeid mellom offentlige myndigheter heller ikke berører den primære målsettingen med »fællesskabsreglerne på området for udbud, dvs. den frie udveksling af tjenesteydelser og en fri og ufordrejet konkurrence i alle medlemsstaterne, når gennemførelsen af dette samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse, og hvis princippet om ligebehandling af de berørte i direktiv 92/50 er sikret, således at ingen private virksomheder får en konkurrencefordel».⁴²

⁴⁰ Se sak C-480/06 (*Stadtreinigung Hamburg*)

⁴¹ Se sak C-480/06 (*Stadtreinigung Hamburg*), premiss 45.

⁴² Se sak C-480/06 (*Stadtreinigung Hamburg*), premiss 47.

Basert på blant annet EU-domstolens ovennevnte avgjørelse i sak C-480/06, Stadtreinigung Hamburg, er det i det nye anskaffelsesdirektivet også tatt inn en egen bestemmelse om horisontalt samarbeid, i artikkel 12. nr. 4. Bestemmelsen lyder slik:

«4. En kontrakt, der udelukkende er indgået mellem to eller flere ordregivende myndigheder, falder uden for dette direktivs anvendelsesområde, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:

a) kontrakten etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem de deltagende ordregivende myndigheder med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som de skal udøve, leveres med henblik på at opfylde mål, som de er fælles om

b) gennemførelsen af dette samarbejde er udelukkende underlagt hensyn med relation til offentlighedens interesser og

c) de deltagende ordregivende myndigheder udfører på det åbne marked mindre end 20 % af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet.»

Forutsatt at vilkårene er oppfylt vil altså ikke-institusjonalisert horisontalt samarbeid mellom kommuner falle utenfor det nye anskaffelsesdirektivets virkeområde.⁴³

4.3 Generelle forutsetninger for egenregi

For at kommuners kjøp av tjenester fra foretak med kommunal deltakelse skal anses som kjøp i egenregi, må kommunen ha en kontroll over de nevnte foretakene, som tilsvarer den kontroll kommunen har med sin egen virksomhet (kontrollvilkåret), og disse foretakene må utføre hovedparten av sin virksomhet sammen med kommunen (aktivitetsvilkåret). I tillegg fremgår det av EU-domstolens praksis at private ikke kan delta i foretak med kommunal deltakelse dersom kommunens avtaler med disse foretakene skal falle inn under unntaket for utvidet egenregi.

De generelle vilkårene for egenregi har praktiske konsekvenser for hvilke foretak med kommunal deltakelse som kan falle inn under unntaket for utvidet egenregi. Dette har konsekvenser for blant annet foretakenes vedtekter, arten av deres virksomhet og hvem som kan være eiere. For eksempel kan ikke vedtektene for foretaket gi styret eller daglig ledelse så stor frihet fra kommunen at ikke kommunen utøver en kontroll over strategiske og viktige beslutninger som tilsvarer det den kan utøve over sin egen virksomhet. Videre må foretaket for det alt vesentlige være engasjert i virksomhet sammen med kommunen og kan kun ha marginal aktivitet på siden av sitt samarbeid med kommunen. Og foretaket kan heller ikke være deleid av private.

⁴³ For nærmere redegjørelse for vilkårene i det nye direktivet og dets anvendelse på særskilte former for kommunalt samarbeid gjennom blant annet vertskommunesamarbeid, se utredningen «Nye anskaffelsesdirektivet og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid: Forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger» av 4. april 2014, forfattet av Advokatfirmaet Hjort DA på oppdrag for Kommunal- og moderniseringsdepartementet.

For nærmere gjennomgang av hva de generelle vilkårene for egenregi innebærer, vises til redegjørelsen ovenfor i kapittel 3.

4.4 Betydningen av virksomhetsområdene til foretak med kommunal deltakelse

Som det fremgår av kapittel 3, kan et foretaks virksomhetsområde ha en viss betydning for om kommunens avtaler med foretaket kan anses som kjøp i egenregi. EU-domstolens praksis viser at det forhold at et foretak er markedsrettet, indikerer at oppdragsgiver ikke har en kontroll over foretaket som tilsvarende den kontroll oppdragsgiveren har med sin egen virksomhet.

En betraktning som ser ut til å ligge bak flere av EU-domstolens avgjørelser, er at offentlige myndigheter mister mulighet til å utøve kontroll over en virksomhet dersom den er orientert mot et marked. Som redegjort for i kapittel 3, kan slik markedsorientering vise seg på ulike måter, blant annet gjennom foretakets materielle virksomhetsområde, dets geografiske ekspansjon, dets adgang til å inngå kontrakter med tredjeparter, og ved planer om privatisering eller del-privatisering.

Når det gjelder det materielle virksomhetsområdet, er det ikke helt enkelt å oppstille noen generelle kriterier for hvilke typer av virksomheter som må anses for å være så markedsorientert at kontrollvilkåret ikke kan være oppfylt. Avgjørelsen i saken *Parking Brixen* gir likevel noen holdepunkter. Her mente EU-domstolen at det offentlige hadde en tvilsom kontroll over foretaket, blant annet fordi det drev med «personbefordring og varetransport samt informationsteknologi og telekommunikasjon». Dette er virksomhet som i dag, i hvert fall et stykke på vei, også drives av private foretak i konkurranse med hverandre. Dette indikerer at det er en risiko for at kommuner ikke vil bli ansett for å ha nødvendig kontroll over foretak med kommunal deltakelse som driver virksomhet på sektorer hvor det også er private aktører som driver i konkurranse med hverandre. Det vil i så fall bety at kommunenes avtaler med foretaket ikke kan anses som kjøp i egenregi.

Videre gir EU-domstolens praksis et visst grunnlag for å identifisere kriterier for typer av virksomheter som antas ikke å svekke oppdragsgivers kontroll. I avgjørelsene i *Stadt Halle* viste EU-domstolen til at det offentlige hadde sterkere kontroll over virksomhet som «styres af hensyn og krav, som tjener forfølgelsen af almene formål», i motsetning til virksomhet som styres av «overvejelser, som tjener private interesser og forfølger formål af en anden karakter.» (premiss 50). Det vil derfor være enklere for kommuner å dokumentere nødvendig kontroll over foretak som styres av samme hensyn og krav som kommunene og forfølger allmenne formål, enn foretak som forfølger andre formål.

Men det forhold at et foretak med deltakelse styres av samme hensyn og krav som kommunene og også forfølger allmenne formål, vil ikke i seg selv være tilstrekkelig for at kommuners avtaler med foretakene kan anses som kjøp i egenregi. Lovbestemmelser,

vedtekter og faktiske omstendigheter må uansett vise at kommunene har en kontroll som tilsvarer den kontroll de har over sine egne virksomheter. I tillegg må også mer enn 80 % av foretakets aktivitet utøves i forbindelse med de oppgaver det er betrodd av kommunene.

4.5 Særlig om egenregi og samarbeid mellom kommuner

4.5.1 Ulike samarbeidsformer mellom kommuner

Samarbeid mellom kommuner kan organiseres i mange rettslige former.⁴⁴ Felles for de ulike formene for interkommunalt samarbeid som etablerer egne juridiske personer, er at de samarbeidende kommunene går utenfor sin egen organisasjon for å få utført tjenester eller levert varer. I samsvar med bestillingen avgrenses det her mot nærmere analyse av samarbeid mellom kommuner som ikke etablerer egne rettssubjekter (horisontalt samarbeid), slik som blant annet vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kapittel 5.

Av de formene for interkommunalt samarbeid som etablerer egne rettssubjekter er følgende forholdsvis vanlige:

- Interkommunale samarbeidsorgan etablert etter kommuneloven § 27.⁴⁵
- Interkommunalt selskap etablert etter lov om interkommunale selskap (IKS).⁴⁶
- Aksjeselskap eid av flere kommuner i fellesskap (AS).⁴⁷

Når samarbeidende kommunene går utenfor sin egen organisasjon for å få utført tjenester eller levert varer er utgangspunktet at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse. Men dersom vilkårene for utvidet egenregi er oppfylt vil avtaler mellom kommuner og rettssubjekter utenfor deres organisasjon likevel falle utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde.

I det følgende redegjøres for de rettslige rammene som vil være avgjørende for om de ulike formene for samarbeid mellom kommuner kan omfattes av unntaket for utvidet egenregi, når samarbeidet etablerer egne rettssubjekter. Fokuset er her rettet mot de særlige rettsspørsmål som samarbeidsformene skaper, og det forutsettes derfor i det følgende at de aktuelle samarbeidsformene ikke etablerer virksomhet som i seg selv kan utelukke at reglene om egenregi kommer til anvendelse, jf. det som er nevnt om betydningen av virksomhetsområdet i avsnitt 4.3 ovenfor.

4.5.2 Kontroll over interkommunalt samarbeid

Det har vært hevdet at kontrollkriteriet ikke kan oppfylles av interkommunale selskaper. Begrunnelsen har dels vært at det er vanskelig å tenke seg at flere kommuner kan ha kontroll over et foretak som tilsvarer den kontroll den enkelte har over sin egen virksomhet, om man ikke selv er den dominerende eier. Dels har det vært pekt på at Teckal-avgjørelsen, i den

⁴⁴ For en kort oversikt, se H.P. Graver, Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid, TfR 2005 s. 153–187, på s. 154-155

⁴⁵ Se lov av 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner § 27.

⁴⁶ Se lov av 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskap.

⁴⁷ Se lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.

danske språkversjonen taler om eier i entall, mens et interkommunalt selskap kjennetegnes ved at flere kommuner deltar i felleskap. Det er i dag klart at påstanden om at kontrollkriteriet ikke kan oppfylles av interkommunale selskaper ikke lenger er riktig, og det er heller ikke gitt at den har vært riktig. Som påpekt av Graver, viser andre språkversjoner av Teckal-avgjørelsen at den ikke nødvendigvis begrenset kontrollkriteriet til tilfeller med en dominerende eier. Og basert på EU-domstolens senere praksis er det klart at kontrollkriteriet kan oppfylles av flere kommuner i fellesskap. Dette er nå også stadfestet i det nye anskaffelsesdirektivets artikkel 12 nr. 3.

I avgjørelsen i sak C-324/07 (Coditel Brabant) bidro EU-domstolen til en avklaring av spørsmålet om kontrollvilkåret kan oppfylles når en kommune inngår avtale med et interkommunalt selskap hvor kommunen er en av flere deltakere.

Saken gjaldt en belgisk kommune (Uccle) som hadde sluttet seg til et interkommunalt selskap (Brutélé) og overlatt driften av et kabel-TV-nett til det interkommunale selskapet. Brutélé var organisert slik at de deltakende kommuner var delt opp i to seksjoner, hvorav én besto av kommunene i Brusselregionen, som igjen kunne deles opp i underseksjoner. Det ble inngått avtale mellom Uccle og Brutélé om at Uccle skulle utgjøre en egen underseksjon i Brussel-seksjonen av selskapet og i denne underseksjonen ha selvstendig beslutningsmyndighet hva gjaldt valg av distribuerte programmer, fastsettelse av tilslutnings- og abonnementsavgift mv. Videre var det ifølge avtalen opp til Uccle å avgjøre om, og på hvilke vilkår, andre tjenester skulle ytes via nettet. Kommunen var representert med ett medlem i Brutélés styre og tre medlemmer i det råd som styrte Brussel-seksjonen av selskapet. I følge avtalen var Brutélé forpliktet til å drive hele Uccles nett, herunder foreta nødvendige forbedringer for å utvide tilbudet på nettet. For dette skulle Brutélé få en årlig godtgjørelse, og få fortjenesten fra de ulike tjenestene som tilbys over nettet. Det selskap som tidligere hadde stått for driften av kabel-TV-nettet, Coditel Brabant, saksøkte blant annet Uccle og Brutélé, med krav om at kommunens tilslutning til det interkommunale selskapet måtte settes til side fordi tilslutningen var i strid med anskaffelsesreglene. På dette grunnlag forela den nasjonale domstol som behandlet saken, flere spørsmål om tolkning av anskaffelsesreglene for EU-domstolen.

Saken dreide seg om en tjenestekonsesjon som ikke faller inn under anskaffelsesdirektivet, og ble av den grunn avgjort på basis av de anskaffelsesreglene som kan utledes av traktatens generelle bestemmelser. Spørsmålet i saken var likevel om egneregionntaket kom til anvendelse, og denne vurderingen vil være den samme enten den foretas av anskaffelsesdirektivet eller etter traktaten. Den foreleggende belgiske domstol mente at Brutélé utførte hoveddelen av sin virksomhet med de kommunene som var tilsluttet selskapet. Det ble derfor lagt til grunn at aktivitetsvilkåret var oppfylt. Hvorvidt egenregionntaket kom til anvendelse, var etter dette begrenset til spørsmålet om hvorvidt den kontroll en kommune, som Uccle, kan føre med et interkommunalt selskap, som Brutélé, tilsvarer den kontroll kommunen kan føre med sin egen virksomhet.

EU-domstolen drøftet spørsmålet inngående. I drøftelsen fremhevet EU-domstolen blant annet at styret i det interkommunale selskapet var utpekt av kommunene som deltok i

selskapet, at selskapet var stiftet som et interkommunalt andelsselskap som er regulert ved lov om interkommunale sammenslutninger, som i henhold til loven ikke er av «erhvervs- eller forretningsmessig karakter»,⁴⁸ og at selskapets vedtektsbestemte formål var utførelse av en oppgave av kommunal interesse, og at det ikke forfulgte en interesse som var forskjellig fra oppgaven for de kommuner som er tilsluttet et interkommunalt selskap.⁴⁹ Blant annet på den bakgrunn konkluderte domstolen med at kommunen kunne føre en kontroll med det interkommunale selskap som tilsvarende kontroll kommunen har med sin egen virksomhet.⁵⁰

Videre kom også EU-domstolen til at deltakende kommuners kontroll over et interkommunalt selskap kan tilsvare den kontroll de utøver over sine egne virksomheter når kontrollen føres i fellesskap av kommuner, også når fellesskapet kan treffe flertallsavgjørelser. I følge EU-domstolen er det ikke noe krav om at kontrollen skal være individuell så lenge den er effektiv.

Hovedprinsippene i EU-domstolens avgjørelse i Coditel Brabant-saken er nå også nedfelt i det nye anskaffelsesdirektivets artikkel 12 nr. 3. Det fremgår av denne bestemmelsen at kontrollvilkåret er oppfylt når oppdragsgiveren sammen med andre oppdragsgivere utøver en kontroll over en annen juridisk person, som svarer til den kontroll som de utøver over sine egne avdelinger. Og det fremgår av bestemmelsen at slik kontroll foreligger når:

- «i) den kontrollerte juridiske persons beslutningstagende organer sammensettes af repræsentanter fra alle deltagende ordregivende myndigheder. De enkelte repræsentanter kan repræsentere flere eller alle deltagende ordregivende myndigheder
- ii) de ordregivende myndigheder kan i fællesskab udøve bestemmende indflydelse på de strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i den kontrollerte juridiske person og
- iii) den kontrollerte juridiske person varetager ikke en interesse, der er i modstrid med de kontrollerende ordregivende myndigheders interesser.»

Basert på EU-domstolens avgjørelse i Coditel-Brabant-saken og det nye anskaffelsesdirektivets bestemmelser er det nå klart at kontrollvilkåret må kunne oppfylles av ulike typer interkommunalt samarbeid, forutsatt at ovennevnte vilkår er oppfylt. Det betyr at det vil være helt sentralt å se på om de juridiske personene som samarbeidet etablerer, har beslutningstagende organer som er sammensatt av de deltakende kommunene, om de deltakende kommunene i fellesskap kan utøve bestemmende innflytelse på strategiske målsetninger og vesentlige beslutninger i den kontrollerte juridiske person, og om den kontrollerte juridiske person ivaretar en interesse som ikke er i motstrid med kommunenes interesser.

⁴⁸ Sak C-324/07 (Coditel Brabant), premiss 37.

⁴⁹ Sak C-324/07 (Coditel Brabant), premiss 38.

⁵⁰ Sak C-324/07 (Coditel Brabant), premiss 42.

Det er klart at kommunalt eide aksjeselskaper kan oppfylle de nevnte vilkårene. Men det er like klart at kommunalt eierskap i aksjeselskap ikke i seg selv vil oppfylle kontrollvilkåret. Som det fremgår ovenfor, vil det i tillegg til eierskap kreves at relevante lovbestemmelser, vedtekter og faktiske omstendigheter viser at kommunene kan påvirke selskapets beslutninger, og at innflytelsen skal være bestemmende både i forhold til strategiske målsetninger og i forhold til viktige beslutninger. Videre må selskapets beslutningstagende organer være sammensatt av de deltakende kommunene, og selskapet må også ivareta en interesse som ikke er i motstrid med kommunenes interesser. Selskapet må heller ikke være markedsrettet i sin virksomhet, eller på andre måter, jf. det som er nevnt ovenfor om betydningen av virksomhetsområdet i avsnitt 4.3, og den generelle redegjørelsen om betydning av markedsorientering i kapittel 3 ovenfor. Og dersom kommuner eier aksjeselskap sammen med private, vil kommunens avtaler med selskapet i utgangspunktet ikke kunne anses som kjøp i egenregi.

Også etableringen av interkommunalt selskap kan oppfylle de ovennevnte vilkår. Men det forhold at det etableres et interkommunalt selskap, betyr ikke nødvendigvis at de deltakende kommunene vil anses for å ha en kontroll som tilsvarer den de har med sine egne virksomheter. Lovbestemmelser, vedtekter og faktiske omstendigheter må også for denne selskapsformen vise at kommunene har en kontroll over selskapene som tilsvarer den kontroll de har over sine egne virksomheter. Lov om interkommunale selskap vil et stykke på vei vise at kommunene har nødvendig kontroll – men lovbestemmelsene er i seg selv ikke tilstrekkelige. I forarbeidene til lov om interkommunale selskap er det antatt at dersom selskapet er opprettet med det formål å tilgodese eiernes egne behov, vil tildeling av oppdrag til selskapet kunne bli godtatt som egenregi.⁵¹ Men i lys av EU-domstolens praksis vil heller ikke et slikt formål med etableringen være tilstrekkelig. Blant annet vil tildeling av et oppdrag til et interkommunalt selskap som har en markedsorientert virksomhet, kunne falle utenfor reglene om egenregi, jf. det som er nevnt ovenfor om betydningen av virksomhetsområdet i avsnitt 4.3 og den generelle redegjørelsen om betydning av markedsorientering i kapittel 3 ovenfor.

4.5.3 Det interkommunale samarbeidets aktivitet

Hvorvidt aktivitetsvilkåret kan være oppfylt for interkommunalt samarbeid, har ikke vært like omstridt som spørsmålet om slikt samarbeid kan oppfylle kontrollvilkåret. Det innebærer at spørsmålet om interkommunalt samarbeid utfører aktivitet sammen med oppdragsgiver, stort sett må løses etter de føringer som det generelle innholdet i aktivitetsvilkåret har. For nærmere gjennomgang av det generelle innholdet i aktivitetsvilkåret vises til avsnitt 3.3 ovenfor.

Etter vedtakelsen av det nye anskaffelsesdirektivet er det nå stadfestet at aktivitetsvilkåret vil være oppfylt ved interkommunalt samarbeid når mere enn 80 % av aktiviteten i den juridiske person som samarbeidet etablerer, utføres i forbindelse med gjennomføringen av oppgaver

⁵¹ Se Ot.prp. nr. 53, 1997-98, avsnitt 7.3.2

som den har fått betrodd av de samarbeidende kommuner, eller av andre juridiske personer som kontrolleres av de samarbeidende kommuner.

5. Anskaffelsesrettslige rammer for samarbeid med ideelle organisasjoner i velferdssektoren

5.1 Oversikt

Dette kapittelet presenterer en oversikt over anskaffelsesrettslige rammer for samarbeid mellom det offentlige og ideelle organisasjoner i velferdssektoren.

I det følgende redegjøres det først for hovedprinsippene i EU-rettens regler for anskaffelser av velferdstjenester (avsnitt 5.2).

Deretter redegjøres det for hvilke muligheter anskaffelsesreglene gir til å ta særlig hensyn til ideelle organisasjoner i anskaffelsesprosesser (avsnitt 5.3).

Videre gjennomgås anskaffelsesreglene og anvendelsen av disse på velferdstjenester i EØS og i norsk intern rett (avsnitt 5.4).

De særlige spørsmål som reglene om egenregi reiser i forhold til ideelle organisasjoner, blir analysert i detalj nedenfor i punkt 6.

5.2 EUs anskaffelsesregler og velferdstjenester

5.2.1 Bakgrunn: Offentlige anskaffelser og det indre marked

EUs medlemsstater er traktatsforpliktet til å sikre fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital på tvers av landegrensene og å unngå forskjellsbehandling av økonomiske aktører på grunnlag av nasjonalitet. Dette er grunnleggende regler for EUs indre marked. Slik EU-domstolen har tolket og anvendt disse reglene, inneholder de en forpliktelse til gjennomsiktighet. Premissene i avgjørelsen i sak C-324/98 (Telaustria) er illustrerende. Om avtaler som falt utenfor anvendelsesområdet for det dagjeldende anskaffelsesdirektivet, uttalte domstolen følgende:

«60 Det bemærkes i denne forbindelse, at selv om de pågældende aftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed.

61 Som Domstolen fastslog i sin dom af 18. november 1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S (Sml. I, s. 8291, præmis 31), indebærer dette princip navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes.

62 Denne gennemsigtighedsforpliktelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighet til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åpne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.»

For å sikre at de grunnleggende reglene for det indre markedet gjennomføres i de enkelte medlemsstater, er det i EU fastsatt regler for offentlige oppdragsgiveres kjøp av varer og tjenester i anskaffelsesdirektivet og forsyningsvirksomhetsdirektivet.⁵² Ingen av direktivene kommer til anvendelse med mindre en anskaffelse overstiger visse terskelverdier. Under terskelverdien er det kun de grunnleggende reglene for det indre marked som kommer til anvendelse.⁵³ Det betyr at også anskaffelser under terskelverdiene skal foretas på gennomsiktige måter og sikre likebehandling av tilbydere.

For velferdstjenester er det anskaffelsesdirektivets regler som er relevante. Av den grunn avgrenses det her mot nærmere redegjørelse for reglene i forsyningsvirksomhetsdirektivet.

5.2.2 Det gjeldende anskaffelsesdirektivet

Det er videre klart at det gjeldende anskaffelsesdirektivet krever at kjøp av visse nærmere beskrevne tjenester skal foretas etter nærmere angitte anskaffelsesprosedyrer (direktivets artikkel 23-55). Dette gjelder de tjenester som er oppført i direktivets bilag II A («A-tjenester»). Innkjøp av de tjenester som er oppført i direktivets bilag II B («B-tjenester»), må ikke nødvendigvis foretas etter bestemte prosedyrer, men er likevel underlagt direktivets bestemmelser om tekniske spesifikasjoner (artikkel 23) og krav til offentliggjøring av kontraktsinngåelse (artikkel 35 nr. 4). I tillegg må offentlige oppdragsgivere som anskaffer både A- og B-tjenester, overholde prinsipper om likebehandling, ikke-diskriminering av økonomiske aktører, og handle på gennomsiktig måte. Dette følger av de grunnleggende reglene om det indre markedet i TFEU og er også fastsatt i anskaffelsesdirektivets artikkel 2.

Kjøp som omfatter både A-tjenester og B-tjenester, skal kategoriseres etter hvilke type tjenester som har størst verdi. Har A-tjenestene større verdi enn B-tjenestene, skal hele kjøpet sees på som kjøp av A tjenester, og motsatt dersom B-tjenestene har større verdi enn A-tjenestene.

Bakgrunnen for skillet mellom A- og B-tjenester er at kontrakter vedrørende B-tjenester har blitt betraktet som tjenester av særlig karakter som ikke har hatt en tilstrekkelig grense-overskridende interesse som kan begrunne at kontrakter om slike tjenester skal tildeles etter

⁵² Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige varekontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter (anskaffelsesdirektivet), og Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/17/EF av 31. mars 2004 om offentlige kontrakter av enheter som arbeider innenfor tjenestesektorene vann, energi, transport og post (forsyningsvirksomhetsdirektivet)

⁵³ Se C-264/03 Kommisjonen mot Frankrike

en anbudsprosedyre som skal gjøre det mulig for virksomheter i andre medlemsstater å få kjennskap til anbudet og inngi tilbud.⁵⁴

Tjenester i helse- og sosialsektoren er oppført i direktivets bilag II b (i den danske språkversjonen omtalt som «Sundheds- og socialvæsen») og er følgelig kun underlagt direktivets bestemmelser om tekniske spesifikasjoner og offentliggjøring av kontraktinngåelse. Det betyr at direktivets bestemmelser om bestemte anskaffelsesprosedyrer ikke forplikter oppdragsgivere ved inngåelse av kontrakter om helse- og sosialtjenester.

Selv om det kun er enkelte av direktivets bestemmelser som kommer til anvendelse på kontrakter om helse- og sosialtjenester (og andre B-tjenester), må slike kontrakter likevel inngås i samsvar med de grunnleggende marksreglene i EU. Særlig aktuelt ved inngåelse av kontrakter om velferdstjenester er bestemmelsene som forplikter medlemsstatene til å sørge for etableringsfrihet og fri bevegelse av tjenesteytelse, jf. TFEU artikkel 49 og artikkel 56. Bestemmelsene forbyr forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, og restriksjoner på etableringsadgangen og den frie bevegelse av tjenesteytelse som ikke er forholdsmessig begrunnet i legitime allmenne hensyn. Det betyr at offentlige oppdragsgivere også ved inngåelse av kontrakter om helse- og sosialtjenester (og andre B-tjenester) må overholde alminnelige prinsipper om gjennomsiktighet og likebehandling dersom kontrakter har en klar grenseoverskridende interesse.

Etter anskaffelsesdirektivet har det ingen betydning for hvilke deler av direktivets bestemmelser som kommer til anvendelse, om kontraktene inngås med ideelle organisasjoner eller ikke, såfremt kontraktene er gjensidig bebyrdende og inngås med økonomiske aktører og ikke gjelder utøvelse av offentlig myndighet. Dette er nylig bekreftet av EU-domstolens avgjørelse i sak C-113/13 (se nedenfor).

5.2.3 Det nye anskaffelsesdirektivet

Som nevnt ovenfor, ble det i februar 2014 vedtatt et nytt anskaffelsesdirektiv som erstatter det tidligere anskaffelsesdirektivet fra og med 18. april 2016. En av de viktigste endringene i det nye direktivet er at det opphever skillet mellom A- og B tjenester. Det betyr blant annet at de fleste av det nye anskaffelsesdirektivets bestemmelser også gjelder for helse- og sosialtjenester. Det nye direktivet har likevel fortsatt enkelte særbestemmelser om sosiale tjenester og andre spesifikke tjenester som er oppført i direktivets bilag XIV. Det får betydning for en rekke helse- og sosialtjenester, som de aller fleste sykehus tjenester, og også hjemmehjelp, utsendelse og formidling av personale til private husstander, utlevering av mat til private hjem mv.

For det første fastsetter det nye anskaffelsesdirektivet særlig høye terskelverdier for kontrakter om slike tjenester, jf. artikkel 4 litra d. Direktivet får ikke anvendelse på kontraktene om helse- og sosialtjenester som har en verdi på under 750.000 euro.

⁵⁴ Se blant annet C-95/10 premiss 35, og C-113/13 premiss 42

For det andre fremgår det av direktivets artikkel 74-77 at det gjelder særlige bestemmelser for kontrakter om tjenester oppført i direktivets bilag XIV, som svarer til eller overstiger terskelverdien på 750.000 euro. Det pålegger oppdragsgivere en plikt til å offentliggjøre en hensikt om å tildele en offentlig kontrakt for slike tjenester. Kravene til slik offentliggjøring fremgår av direktivets artikkel 75.

Videre fremgår det av direktivets artikkel 76 at medlemsstatene står fritt til å innføre nasjonale regler for å sikre at tildeling av kontrakter for sosiale tjenester og andre spesifikke tjenester angitt i bilag XIV overholder prinsipper om gjennomsiktighet og likebehandling. Herunder har medlemsstatene frihet til å fastsette hvilke prosedyreregler som skal anvendes så lenge de gir offentlige oppdragsgivere mulighet for å ta hensyn til tjenestenes særlige karakter. Og medlemsstatene skal også sikre at offentlige oppdragsgivere har mulighet til å ta hensyn til behovet for å sikre tjenestenes kvalitet, kontinuitet, adgangsmuligheter, tilgjengelighet, omfang, og at prisene er overkommelige. Videre skal medlemsstatene også sikre de forskjellige brukeres, herunder dårlig stilte og sårbare gruppers særlige behov, får innflytelse, og også sørge for innovasjon. Medlemsstatene kan også bestemme at valget av tjenesteyter skal skje på grunnlag av det tilbud som avspeiler det beste forhold mellom pris og kvalitet, hensyntatt kvalitets- og bæredyktighetskriterier for sosiale tjenesteytelser. Disse bestemmelsene gir mulighet til å utforme nasjonale regler som blant annet tar hensyn til ideelle organisasjoners bidrag til velferdssektoren. Det gir en noe større mulighet til å ta særlig hensyn til ideelle organisasjoner ved anskaffelse av velferdstjenester, enn de alminnelige reglene som gjelder for anskaffelser av andre tjenester.⁵⁵

Endelig har direktivet også en særbestemmelse i artikkel 77 om adgangen til å reservere kontrakter for en rekke sykehustjenester og andre tjenester til ideelle organisasjoner som oppfyller nærmere bestemte kriterier. Men kontrakter som reserveres etter artikkel 77 kan kun gjelde for en periode på maksimalt tre år. I tråd med mandatet for denne betenkningen, som etterspør en vurdering av reglene for egenregi, redegjøres det ikke nærmere for anvendelsen av den nevnte særregelen i det nye anskaffelsesdirektivets artikkel 77.

5.2.3 Tjenestekonsesjoner

Tildeling av tjenestekonsesjoner faller i utgangspunktet utenfor anskaffelsesdirektivets virkeområde. Men EU-domstolen har likevel i flere saker lagt til grunn at offentlige oppdragsgivere som gir tjenestekonsesjoner, også må overholde de grunnleggende reglene for EUs indre marked, jf. den ovennevnte avgjørelse i sak C-324/98 (Telaustria). Det innebærer at heller ikke tildeling av tjenestekonsesjoner kan krenke grunnleggende bestemmelser i TFEU om fri bevegelighet, forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, og de krav til likebehandling og gjennomsiktighet som følger av dette.⁵⁶ Det betyr ikke nødvendigvis at offentlige oppdragsgivere må avholde anbud, men, som det fremgår av den nevnte avgjørelsen, pålegger forpliktelsen til gjennomsiktighet offentlige myndigheter å sikre en

⁵⁵ Se F. Sejersted, «Rettslig vurdering av om unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres», betenkning datert 2. juni 2014, s. 16-18..

⁵⁶ Se for eksempel avgjørelsen i sak C-324/07

passende grad av offentlighet til fordel for enhver potensiell konsesjonshaver, som gjør det mulig å åpne markedet for tjenesteytelsene for konkurranse og å kontrollere at anbudsprosedyrene er upartiske. Disse prinsippene er nå nedfelt og ytterligere konkretisert i et nytt direktiv om tildeling av konsesjonskontrakter.⁵⁷

5.3 Adgangen til å ta særlige hensyn til ideelle organisasjoner i anskaffelsesprosesser

5.3.1 Oversikt

Det er flere deler av EU-reglene om offentlige anskaffelser som gjør det mulig å ta særlige hensyn til ideelle organisasjoner i anskaffelsesprosesser. Her avgrenses det for det første mot spørsmålet om ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester etter avtale med det offentlige, kan falle inn under unntaket for utvidet egenregi, da dette analyseres nærmere nedenfor i kapittel 6. Videre etterspør ikke bestillingen noen nærmere redegjørelse for reglene om tildeling av enerett til aktører som utfører velferdstjenester, og det avgrenses følgelig mot noen nærmere redegjørelse for dette.

Det er klart at offentlige oppdragsgivere, også utenfor egenregitilfellene, har adgang til å tilby tjenester i samarbeid med ideelle organisasjoner uten at samarbeidet inngås gjennom åpen konkurranse. EU-domstolen har i enkelte saker godkjent at offentlige myndigheter setter som vilkår for tillatelser til å tilby visse tjenester at dette må skje på «non-profit» basis. Dette gir en viss mulighet for å ta særlige hensyn til ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester i anskaffelsesprosesser (avsnitt 5.3.2).

Det kan også være adgang til å ta særlige hensyn til ideelle organisasjoner i anskaffelsesprosesser dersom det offentliges samarbeid med organisasjonene faller utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde. Slikt samarbeid kan falle utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde i den grad det er tale om samarbeid med ikke-økonomiske aktører (avsnitt 5.3.3), det ikke foreligger kontrakt som er gjensidig bebyrdende (avsnitt 5.3.4) og/eller samarbeidet gjelder offentlig myndighetsutøvelse (avsnitt 5.3.5).

5.3.2 Begrensning av konkurranse til ideelle organisasjoner

Selv om ideelle organisasjoner som yter velferdstjenester, ikke skulle falle inn under unntaket for utvidet egenregi, kan offentlige oppdragsgivere likevel ha adgang til å tilby tjenester i samarbeid med ideelle organisasjoner uten at samarbeidet inngås gjennom åpen konkurranse.

I utgangspunktet er det klart at det å forbeholde en aktivitet for foretak som driver uten gevinst for øye, er et hinder for etableringsfriheten og tjenestefriheten i EUs indre marked. Vilkår om at tillatelse til å tilby eller få godtgjørelse for visse tjenester er betinget av at

⁵⁷ Se direktiv 2014/23/EU om tildeling av konsesjonskontrakter

virksomhet drives på non-profit basis, vil derfor kunne være en restriksjon på etableringsfrihet og tjenestefriheten i det indre marked.⁵⁸

EU-domstolen har likevel akseptert at slike restriksjoner kan være i overensstemmelse med EU-retten, dersom de er forholdsmessig begrunnet i legitime allmenne hensyn. I Sodermare-saken vurderte EU-domstolen det slik at foretak som ikke driver med gevinst for øye, ikke vil være påvirket av hensynet til å gi overskudd, og at slike foretak dermed bedre kan oppfylle sosiale målsettinger. I tilknytning til dette uttalte EU-domstolen:

«Det bemærkes i den forbindelse, at en medlemsstat på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin i henhold til den kompetence, den har til selv at udforme sin sociale sikringsordning, kan mene, at det i forbindelse med et socialt bistandssystem som det i hovedsagen omhandlede af hensyn til virkeliggørelsen af dets formål nødvendigvis må kræves, at private virksomheder kun kan få adgang til at medvirke ved gennemførelsen heraf som leverandører af sociale bistandsydelser, såfremt de ikke driver virksomhed med gevinst for øje.»⁵⁹

Videre er også EU-domstolens avgjørelse i sak C-113/13 illustrerende. Saken gjaldt italiensk lovgivning som forbeholdt syketransport for offentlig sykehus for frivillige organisasjoner registrert i Italia. EU-domstolen kom til at dette i utgangspunktet utgjorde en restriksjon på etableringsfrihet og tjenestefriheten i det indre marked. Likevel fremholdt EU-domstolen at denne restriksjonen kan være forenelig med EU-retten, fordi det å forbeholde syketransport for frivillige organisasjoner kan være begrunnet i legitime allmenne hensyn på en forholdsmessig måte. Det resonnement EU-domstolen utvikler i den forbindelse, har også relevans for vurderingen av hvorvidt visse kontrakter kan forbeholdes ideelle organisasjoner.

For det første fastslår EU-domstolen at EU-retten ikke begrenser medlemsstatenes kompetanse til selv å utforme sine offentlige helse- og sosialsikringsordninger.⁶⁰ Videre påpekes det at medlemsstatene ikke kan utøve denne kompetansen på måter som medfører uberettigede begrensninger i utøvelsen av de grunnleggende friheter innenfor helsevesenet. Ved denne vurderingen av om det foreligger uberettigede begrensninger, har det ifølge EU-domstolen betydning at det er tale om beskyttelse av live og helse:

«Ved bedømmelsen af, om dette forbud overholdes, skal der imidlertid tages hensyn til den omstændighed, at menneskers liv og sundhed står øverst blandt de goder og interesser, som er beskyttet ved traktaten, og at det tilkommer medlemsstaterne, som råder over en skønsmåte, at træffe bestemmelse om det niveau for beskyttelsen af den offentlige sundhed, som de ønsker at sikre, og hvorledes dette niveau skal nås (jf. i denne retning bl.a. domme Kommissionen mod Tyskland, C-141/07, EU:C:2008:492,

⁵⁸ Se sak C-70/95 og sak C-113/13

⁵⁹ Se sak C-70/95, premiss 32

⁶⁰ Sak C-113/13, premiss 55

præmis 46 og 51 og den deri nævnte retspraksis, og Blanco Pérez og Chao Gómez, EU:C:2010:300, præmis 43, 44, 68 og 90 og den deri nævnte retspraksis).»⁶¹

Videre understreket EU-domstolen at det å opprettholde et stabilt lege- og sykehusvesen kan begrunne begrensninger i tjenestefriheten:

«Endvidere er det ikke kun risikoen for et alvorligt indgreb i den sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt, der i sig selv kan udgøre et tvingende alment hensyn, som kan begrunde en begrænsning af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser, men endvidere kan formålet bestående i af hensyn til den offentlige sundhed at opretholde en stabil læge- og hospitalstjeneste, som alle har adgang til, også være omfattet af en af undtagelserne begrundet i hensyn til den offentlige sundhed, i det omfang et sådant formål bidrager til at opnå et højt sundhedsbeskyttelsesniveau (jf. i denne retning dom Stamatelaki, C-444/05, EU:C:2007:231, præmis 30 og 31 og den deri nævnte retspraksis). Foranstaltninger, der dels forfølger det generelle formål om at sikre, at der på den pågældende medlemsstats område er tilstrækkelig og vedvarende adgang til et afbalanceret udbud af god lægelig behandling, dels søger at sikre en styring af omkostningerne og i videst mulig omfang undgå ethvert spild af økonomiske, tekniske og menneskelige ressourcer, er således omfattet (jf. i denne retning dom Kommissionen mod Tyskland, EU:C:2008:492, præmis 61).»⁶²

EU-domstolen viste også til avgjørelsen i Sodermare-saken, og bekreftet at «en medlemsstat i henhold til den kompetence, den har til selv at udforme sin sociale sikringsordning, kan mene, at det i forbindelse med et sosialt bistandssystem for ældre..... må kræves, at private virksomheder kun kan få adgang til at medvirke ved gjennomførelsen heraf som leverandører af sociale bistandsydelser, såfremt de ikke driver virksomhet med gevinst for øje». ⁶³

Basert på dette konkluderte EU-domstolen slik:

«59 Følgelig kan en medlemsstat inden for rammerne af den skønsmargin, den råder over til at fastsætte niveauet for beskyttelse af folkesundheden og til at udforme sin sociale sikringsordning, mene, at en anvendelse af frivillige organisationer er i overensstemmelse med det sociale formål om akutte sygetransporter og er af en karakter, der kan bidrage til styring af omkostninger, der er knyttet til denne ydelse.

60 Det skal imidlertid bemærkes, at en ordning vedrørende tilrettelæggelse af akutte sygetransporter som den i hovedsagen omhandlede, som for de kompetente myndigheder består i fortrinsvis at gøre anvendelse af frivillige organisationer, rent faktisk skal fremme det sociale formål samt forfølge de formål vedrørende solidaritet og budgetmæssig effektivitet, som denne ordning hviler på.

⁶¹ Sak C-113/13, premiss 56

⁶² Sak C-113/13, premiss 57

⁶³ Sak C-113/13, premiss 58

61 I denne forbindelse gælder, at de frivillige organisationer under udøvelsen af denne virksomhed ikke må forfølge andre formål end dem, der er nævnt i denne doms foregående præmis, at de hverken opnår nogen vinding ved deres ydelser ud over godtgørelsen af de variable, faste og løbende omkostninger, der er nødvendige for at levere ydelsen, eller skaffer deres medlemmer nogen vinding. Selv om det er tilladt at anvende arbejdstagere, eftersom organisationerne i modsat fald næsten ville blive frataget muligheden for effektivt at agere på adskillige områder, hvor solidaritetsprincippet naturligt kan gennemføres, skal de pågældende organisationers virksomhed nøje overholde de krav, der stilles til dem i den nationale lovgivning.

62 Henset til det almindelige princip i EU-retten om forbud mod misbrug (jf. analogt dom 3M Italia, C 417/10, EU:C:2012:184, præmis 33) kan anvendelsen af denne lovgivning ikke udvides til at dække retsstridige former for praksis foretaget af frivillige organisationer eller af deres medlemmer. De frivillige organisationers virksomhed kan således kun udøves af arbejdstagere inden for de grænser, der er nødvendige for at de fungerer korrekt. Hvad angår godtgørelse af udgifter skal det sikres, at der ikke kan opnås nogen vinding, heller ikke indirekte, under dække af frivillig virksomhed, samt at den frivillige udelukkende kan få godtgjort de udgifter, der rent faktisk er blevet afholdt for den leverede virksomhed, inden for grænser, der på forhånd er blevet fastsat af organisationerne selv.»⁶⁴

Det er på det rene at EU-domstolen i sak C-113/13 ikke vurderte det nye anskaffelsesdirektivets bestemmelser. I utgangspunktet har dette heller ingen betydning da hovedspørsmålet i saken gjaldt tolkningen av traktatens regler og ikke direktivets regler. Det kan likevel ikke utelukkes at det nye anskaffelsesdirektivet får betydning for tolkning av traktatens regler. Idet denne betenkningen primært handler om reglene for egenregi, avgrenses det her imidlertid mot en nærmere vurdering av det nye anskaffelsesdirektivets betydning for tolkningen av traktatens regler hva gjelder adgangen til å begrense konkurranse til ideelle organisasjoner.

5.3.3 Økonomiske aktører

Anskaffelsesdirektivet kommer til anvendelse på kontrakter mellom offentlige oppdragsgivere og økonomiske aktører, jf. artikkel 1 nr. 2 litra a. Videre er en økonomisk aktør i direktivets forstand enhver fysisk eller juridisk person, offentlig organ, og enhver sammenslutning av slike personer og/eller organer som tilbyr varer eller tjenester på et marked, jf. artikkel 1 nr. 8 annet ledd, jf. første ledd.

Det kan reises spørsmål ved om ideelle organisasjoner som tilbyr velferdstjenester i samarbeid med det offentlige, er å anse som økonomiske aktører. Det kan ikke utelukkes at ideelle organisasjoner kan bli ansett som ikke-økonomiske aktører dersom deres tjenester ikke tilbys på et marked. Hvorvidt tjenestene leveres på et marked, må imidlertid avgjøres ut fra en

⁶⁴ Sak C-113/13, premiss 59-62

konkret vurdering av den enkelte tjeneste. Så lenge tjenesten leveres mot en godtgjørelse, vil den i utgangspunktet måtte anses for å bli tilbudt i et marked.⁶⁵ Men der det foreligger et offentlig monopol for den aktuelle tjenesten, vil det etter omstendighetene kunne argumenteres for at tjenestene ikke tilbys i et marked, selv om den leveres mot godtgjørelse.⁶⁶

Det forhold at det er en ideell organisasjon som yter en tjeneste, er i utgangspunktet irrelevant. Ifølge EU-domstolen skiller ikke anskaffelsesdirektivet mellom aktører som driver med gevinst for øye, og de som ikke gjør det, jf. blant annet sak C-305/08, premiss 28.

5.3.4 Gjensidig bebyrdende kontrakter

Videre fremgår det av anskaffelsesdirektivet at det kun kommer til anvendelse på gjensidig bebyrdende avtaler, jf. artikkel 1 nr. 2 litra a. Anskaffelsesdirektivet vil av den grunn heller ikke komme til anvendelse på samarbeid mellom det offentlige og ideelle organisasjoner når samarbeidet er av en slik art at det ikke foreligger noen gjensidig bebyrdende avtale mellom det offentlige og den ideelle organisasjonen.

Ved vurderingen av om det foreligger en gjensidig bebyrdende avtale, vil det ikke være avgjørende om det vederlag som ytes, kun dekker oppdragstakerens kostnader. I en nylig avgjørelse i sak C-113/13 har EU-domstolen tatt uttrykkelig stilling til om en avtale som kun gir frivillige organisasjoner en godtgjørelse som dekker faktisk påløpte utgifter samt en del av de faste og varige utgifter, omfattes av anskaffelsesreglene. EU-domstolen uttalte i den forbindelse:

«37 Det skal likeledes bemærkes, at den omstændighed, at den pågældende rammeaftale og de særlige aftaler, der følger deraf, ikke foreskriver andre finansielle overførsler til fordel for de frivillige organisationer end godtgørelse af omkostninger, ikke er afgørende. En kontrakt kan nemlig ikke falde uden for begrebet offentlig kontrakt alene på grund af, at vederlaget er begrænset til godtgørelse af de udgifter, der er afholdt i forbindelse med leveringen af den aftalte tjenesteydelse (dom *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl.*, C-159/11, EU:C:2012:817, præmis 29). Som generaladvokaten anførte i punkt 27 i sit forslag til afgørelse er det uden betydning, hvorvidt de omkostninger, der skal godtgøres disse organisationer af de offentlige myndigheder, alene dækker de omkostninger, der er direkte knyttet til udførelsen af de omhandlede tjenesteydelser, eller tillige en del af de generelle omkostninger.

38 Følgelig må det lægges til grund, at en rammeaftale som den regionale rammeaftale og aftaler såsom dem, der følger af sidstnævnte, i princippet falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 2004/18.»

⁶⁵ Se også Wiggen 2013, s. 72

⁶⁶ Se Wiggen 2013, fotnote 196 (s. 72)

Dette betyr at også avtaler om at det offentlige kun skal dekke ideelle organisasjoners kostander ved å utføre velferdstjenester, må anses som gjensidig bebyrdende.

5.3.5 Offentlig myndighetsutøvelse

Anskaffelsesreglene kommer heller ikke til anvendelse på virksomhet som innebærer utøvelse av offentlig myndighet. Det følger uttrykkelig av TFEU artikkel 51 og 62 at virksomhet som varig eller leilighetsvis er forbundet med offentlig myndighetsutøvelse, ikke er omfattet av traktatens bestemmelser om henholdsvis etableringsfrihet og tjenestefrihet. Tilsvarende gjelder også etter EØS-avtalens artikkel 32 og artikkel 39.

Idet anskaffelsesdirektivet er gitt for å gjennomføre bestemmelsene i TFEU, kan ikke direktivet omfatte virksomhet som innebærer utøvelse av offentlig myndighet. Dette følger også uttrykkelig av EU-domstolens praksis, se sak C-160/08 (premiss 74).⁶⁷

Det fremgår av EU-domstolens praksis at begrepet offentlig myndighetsutøvelse skal tolkes restriktivt. Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C 2-74 (Reyners) fremholdt at: «Offentlig myndighet udspringer af statens suverænitet; den indebærer for udøveren muligheden for at bruge ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagtens privilegier, beføjelsen til at udøve tvang over for borgerne.» Uttalelsen har blitt gjentatt av EU-domstolen i senere avgjørelser.⁶⁸ I lys av dette vil unntaket for offentlig myndighetsutøvelse neppe komme til anvendelse med mindre det er tale om tilfeller der offentlige funksjoner er overlatt til organer utenfor staten. Men er det tale om en rett til å utøve tvang som krever lovhjemmel, vil unntaket kunne komme til anvendelse.⁶⁹ Tilsvarende vil unntaket kunne komme til anvendelse der oppdragstakeren får myndighet til å fatte beslutninger som er særlig inngripende, og kan gjennomføre beslutningene selv. Det å yte hjemmehjelp, hjemmesykepleie, levere av mat til hjemmet eller drive institusjoner som ikke har særskilt hjemmel til å utøve tvang eller treffe inngripende vedtak, vil neppe kunne anses som utøvelse av offentlig myndighet. Og i den grad ideelle barneverninstitusjoners myndighet overfor barn ikke går lenger enn den myndighet man i alminnelighet har overfor andres barn, det vil si at de ikke har myndighet til å utøve tvang, vil utgangspunktet være at heller ikke slik virksomhet kan anses som utøvelse av offentlig myndighet.⁷⁰ Men institusjoner som mottar barn etter plasseringsvedtak, må kunne omfattes av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse.⁷¹

5.4 Anskaffelsesregler og velferdstjenester i EØS og norsk intern rett

På samme måte som TFEU fastsetter grunnleggende markedsregler i EU, fremgår det også av EØS-avtalen at avtalepartene skal sikre bevegelighet av varer, personer, tjenester og kapital på tvers av landegrensene og unngå forskjellsbehandling av økonomiske aktører på grunnlag

⁶⁷ Se nærmere Wiggen 2013, s. 57

⁶⁸ Se blant annet sak C-160/08

⁶⁹ Se Wiggen 2013, s. 60

⁷⁰ Se Wiggen og Arnesen, Barnevern og EØS, 2008

⁷¹ Ibid.

av nasjonalitet i EØS-området. Videre er det klart at bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel, som tilsvarende bestemmelsene i TFEU, skal tolkes på samme måte som de sistnevnte. EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelighet, forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, og prinsippet om likebehandling skal derfor tolkes på samme måte som tilsvarende bestemmelser i TFEU. Det betyr at de grunnleggende reglene for det indre markedet også i EØS krever at offentlige anskaffelser skal foretas på gjennomiktig måte og sikre likebehandling av tilbydere.

Anskaffelsesdirektivet er innlemmet i EØS-avtalens Vedlegg XVI om offentlig innkjøp. Direktivet er derfor folkerettslige forpliktende for den norske stat, som EFTA-medlem tilsluttet EØS-avtalen.

Det nye anskaffelsesdirektivet er ennå ikke innlemmet i EØS-avtalen, men er åpenbart EØS-relevant og vil etter all sannsynlighet bli innlemmet i EØS-avtalen. Direktivet om tildeling av konsesjonskontrakter har heller ikke blitt innlemmet i EØS-avtalen, men også dette direktivet er EØS-relevant og vil også sannsynligvis bli innlemmet i avtalen. For øvrig har EFTA-domstolen også lagt til grunn at det må stilles de samme krav til tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter i EØS-retten som i EU-retten, se EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-24/13, særlig premiss 51-56.

EØS-avtalens forpliktelser om offentlige anskaffelser er gjennomført i norsk intern rett. Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd at anskaffelser av varer og tjenester skal så langt det er mulig være basert på konkurranse. Og det fremgår av lovens § 5 tredje ledd at oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen, jf. lov om offentlige anskaffelser.

Det er fastsatt en rekke nærmere regler om anskaffelsesprosedyrer i forskrift om offentlig anskaffelser («anskaffelsesforskriften»). Her er det også fastsatt særlige bestemmelser om offentlige oppdragsgiveres adgang til å tilby helse- og sosialtjenester i samarbeid med ideelle organisasjoner («unntaket for ideelle helse- og sosialtjenester»), og visse spesialisthelsetjenester («unntaket for visse spesialisthelsetjenester»), uten at samarbeidet inngås gjennom anbudskonkurranse.

Det fremgår av anskaffelsesforskriftens § 2-1 (3) at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å følge reglene i forskriftens del II eller III ved inngåelse av to ulike typer av kontrakter. Det gjelder kontrakter om utførelse av helse- og sosialtjenester med en ideell organisasjon, kontrakter om utførelse av opptrenings- og rehabiliteringstjenester som ytes utenfor sykehus og som omfattes av de regionale helseforetakenes ansvar etter lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. § 2-1a. For den sistnevnte kontraktstypen er oppdragsgiver fritatt fra å følge reglene i forskriftens del II og III selv om tjenesten ikke leveres av en ideell organisasjon.

Dersom de ovennevnte kontrakter om helse- og sosialtjenester utført av ideelle organisasjoner og utførelse av opptrenings- og rehabiliteringstjenester overstiger visse terskelverdier, gjelder

likevel enkelte bestemmelser i forskriftens del III. Likevel, og uavhengig av om kontrakten overstiger terskelverdiene, betyr unntaket i forskriftens § 2-1 (3) at oppdragsgiver som skal inngå kontrakt med en ideell organisasjon om utførelse av helse- og sosialtjenester og kontrakter om utførelse av opptrenings- og rehabiliteringstjenester som ytes utenfor sykehus, og som omfattes av de regionale helseforetakenes ansvar for spesialisthelsetjenesten, kan velge andre prosedyrer for kontraktsinngåelse enn anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling.

Den norske anskaffelsesforskriftens unntak for ideelle helse- og sosialtjenester og visse spesialisthelsetjenester bygger på anskaffelsesdirektivets skille mellom A-tjenester og B-tjenester. Slik sett er unntaket forenelig med anskaffelsesdirektivets bestemmelser. Det kan likevel reises spørsmål ved om anskaffelsesforskriftens unntak for ideelle helse- og sosialtjenester og visse spesialisthelsetjenester er forenlig med de generelle EU/EØS-rettslig krav til offentlige anskaffelser. Spørsmålet er om unntaket, slik det er utformet, tilfredsstiller de grunnleggende reglene for det indre marked i EU/EØS.

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har vurdert anvendelsen av unntaket for ideelle organisasjoner i anskaffelsesforskriften forbindelse med klager mot anskaffelse av barnevernstjenester, jf. ESA Case No: 66111 og 66744, vedtak av 21. juni 2010. I saken aksepterte ESA det norske unntaket.

Fredrik Sejersted har stilt spørsmålsteget til «robustheten» av ESAs vurdering i de ovennevnte sakene.⁷² Men Sejersteds vurdering er foretatt før EU-domstolens avgjørelse i sak C-113/13 (som er redegjort for ovenfor i avsnitt 5.3.2). Sejersteds vurdering av forholdet mellom den norske anskaffelsesforskriftens unntak for ideelle organisasjoner og de grunnleggende reglene for det indre marked i EU/EØS er følgelig ikke helt oppdatert. Etter mitt syn gir avgjørelsen i sak C-113/13 grunn til å foreta en ny vurdering av den norske anskaffelsesforskriftens unntak for ideelle organisasjoner. Men idet mandatet for denne betenkningen er å vurdere reglene om egenregi, foretas det ikke noen nærmere vurdering her.

For øvrig er det klart at det nye anskaffelsesdirektivet vil få betydning både generelt for den norske anskaffelsesforskriften, og for forskriftens unntak for ideelle organisasjoner. Disse spørsmålene er grundig vurdert av Sejersted,⁷³ og bestillingen ber heller ikke om noen ytterligere gjennomgang av spørsmålene. Derimot ber bestillingen om en vurdering av om reglene om egenregi kan anvendes på det offentlige samarbeid med ideelle organisasjoner i velferdssektoren, og det er tema for det neste kapittelet.

⁷² Sejersted 2014, s. 11.

⁷³ Se Sejersted 2014.

6. Særlig om samarbeid med ideelle organisasjoner i velferdssektoren som egenregi

6.1 Innledning og utgangspunkter

I Norge har det offentlige, i stort omfang, brukt egne ressurser for å sikre befolkningen gode levekår, helse og livskvalitet. Det er klart at anskaffelsesreglene ikke begrenser det offentliges adgang til å levere slike velferdstjenester i egen regi.

For å sikre befolkningen gode levekår, helse og livskvalitet har det i Norge også vært vanlig at det offentlige har samarbeidet med en rekke ideelle organisasjoner.⁷⁴ Det er klart at avtaler om at ideelle organisasjoner skal utføre velferdstjenester for det offentlige, i utgangspunktet vil omfattes av anskaffelsesreglene. Forutsatt at avtalene er gjensidig bebyrdende, at de ideelle organisasjonene skal anses som økonomiske aktører, at det ikke gjelder utøvelse av offentlig myndighet, og at omfanget av avtalene overstiger de relevante terskelverdiene, skal avtalene som hovedregel tildeles etter konkurranse, i samsvar med nærmere bestemte prosedyrer. Dette betyr at det med mindre det foreligger grunnlag for å begrense konkurransen til ideelle organisasjoner (se ovenfor avsnitt 5.3.2), må ideelle organisasjoner konkurrere med kommersielle aktører om å utføre velferdstjenester for det offentlige. Det kan likevel gjøres unntak fra dette utgangspunktet, slik at ideelle organisasjoner kan inngå avtale om å utføre velferdstjenester for det offentlige dersom vilkårene for såkalt utvidet egenregi er oppfylt. Slik utvidet egenregi forutsetter at det offentlige utøver en kontroll med de ideelle organisasjonene som tilsvarer den kontrollen det offentlige utøver over sin egen virksomhet (kontrollvilkåret), og at de ideelle organisasjonene utfører mer enn 80 % av sin virksomhet i forbindelse med de oppgaver de er betrodd av den offentlige oppdragsgiver (aktivitetsvilkåret). For nærmere analyse av bakgrunnen for og innholdet i disse vilkårene se ovenfor i kapittel 3.

I det følgende gjøres det først rede for momenter som har betydning for hvorvidt offentlige oppdragsgiveres kjøp av velferdstjenester fra ideelle organisasjoner kan oppfylle henholdsvis aktivitetsvilkåret (avsnitt 5.2), og kontrollvilkåret (avsnitt 5.3).

6.2 Ideelle organisasjoners aktiviteter

Aktivitetskriteriet vil kunne være oppfylt allerede ved at den ideelle organisasjonen stort sett utfører tjenester for den eller de offentlige oppdragsgivere som kontrollerer den.

Som redegjort for ovenfor i kapittel 3 har EU-domstolen, ved vurderingen av om aktivitetsvilkåret er oppfylt, krevet at oppdragstaker kun kan ha marginal aktivitet til fordel for andre enn det offentlige. Ved vurderingen av hva som skal anses som relevant aktivitet, har flere momenter blitt tatt i betraktning.

⁷⁴ Se blant annet Ot.prp 62 (2005-2006) s. 23.

Etter det nye anskaffelsesdirektivet er det nå klart at ved vurderingen av om aktivitetskriteriet er oppfylt, skal mere enn 80 % av den kontrollerte virksomhetens aktiviteter utføres i forbindelse med gjennomføring av oppgaver som den er betrodd av den kontrollerende offentlige oppdragsgiver, eller av andre juridiske personer som kontrolleres av den offentlige oppdragsgiver. Videre er det klart at det ved beregningen av hva som utgjør 80 % aktivitet, skal tas hensyn til den gjennomsnittlige samlede omsetning eller et hensiktsmessig alternativt aktivitetsbasert mål i inntil tre år forut for kontraktstildelingen.

Hvorvidt en ideell organisasjon oppfyller aktivitetskriteriet, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Det er likevel klart at det vil være en betydelig risiko for at aktivitetsvilkåret ikke er oppfylt dersom den ideelle organisasjon tilbyr tjenester av et visst omfang til andre enn den offentlige myndighet.

Det er klart at ideelle barnevernsinstitusjoners virksomhet vil kunne oppfylle aktivitetsvilkåret dersom barnevernsvirksomheten er organisert i en egen enhet som for det alt vesentlige utfører barvernstjenester etter avtale med det offentlige.

Tilsvarende vil også ideelle organisasjoner som utfører kommunale helsetjenester, kunne oppfylle aktivitetsvilkåret dersom organisasjonene for det alt vesentlige kun leverer helsetjenester etter avtale med kommunene.

Etter EU-domstolens praksis kan det ikke ha betydning for spørsmålet om aktivitetsvilkåret er oppfylt, om den ideelle organisasjonen utfører en tjeneste som oppdragsgiver er pålagt å levere gjennom lov, forskrift eller instruks, eller om det er tale om en tjeneste som oppdragsgivere kan velge å levere etter eget skjønn. Det avgjørende for om aktivitetsvilkåret er oppfylt, må, som Wiggen hevder, være om ytelsen, herunder også velferdstjenester, presteres «etter anmodning fra oppdragsgiver – ikke hvorfor oppdragsgiver eventuelt ønsker ytelsen presteret».⁷⁵

Ideelle organisasjoner som etter avtale med det offentlige leverer ulike ytelser eller goder, kan derfor oppfylle aktivitetsvilkåret. Det gjelder også ytelser eller goder som hjemmehjelp, hjemmesykepleie, opphold på institusjon, utlevering av mat til hjemmet, eller personlig assistanse. Det avgjørende i denne sammenhengen er om slike ytelser eller goder leveres av ideelle organisasjoner etter avtale med det offentlige. Det har i utgangspunktet ingen betydning for aktivitetsvilkåret om virksomheten til ideelle organisasjoner beskrives som hjemmepleie eller pleie på institusjon, så lenge virksomheten utøves som en oppgave det offentlige har betrodd til de aktuelle organisasjonene.

⁷⁵ Se Wiggen, s. 141

6.3 Kontroll over ideelle organisasjoner?

Det vil kunne være mer krevende for en ideell organisasjon å oppfylle kontrollvilkåret enn aktivitetsvilkåret idet dette betyr at det offentlige må utøve en faktisk og rettslige kontroll over organisasjonen. Ideelle virksomheter kan organiseres på mange ulike måter, inklusive blant annet stiftelser, foreninger, og non-profit sammenslutninger. I det følgende rettes fokuset mot alminnelige stiftelser idet denne organisasjonsformen benyttes av en rekke ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester for det offentlige. Det avgrenses her mot de særlige spørsmål som oppstår dersom næringsdrivende stiftelser leverer velferdstjenester.

Hvorvidt kontrollkriteriet er oppfylt, må vurderes konkret både i forhold til hvilken type ideell virksomhet det er tale om, og hva slags kontroll det offentlige har med den enkelte typen av virksomhet i det enkelte tilfellet.

I utgangspunktet må den offentlige oppdragsgiver ha en kontroll med den ideelle organisasjonen som svarer til den kontroll den fører med sin egen virksomhet. Etter anskaffelsesdirektivets artikkel 12 nr. 1 skal en offentlig oppdragsgiver anses for å utøve en kontroll over en annen juridisk person som svarer til den kontroll den fører med sine egen virksomhet når den utøver en bestemmende innflytelse på både strategiske målsetninger og vesentlige beslutninger i den kontrollerende juridiske person. Etter det nye direktivet er det også et vilkår at det ikke er noen direkte privat kapitalandel i den kontrollerte juridiske person med unntak for ikke-kontrollerende eller ikke-blokkerende former for privat kapitalandel som kreves i henhold til traktatene (artikkel 12 nr. 1 litra c). For øvrig må direktivets bestemmelser utfylles med EU-domstolens tidligere praksis.

Hvorvidt kontrollkriteriet er oppfylt, må derfor vurderes konkret, og det er en rekke ulike momenter som vil være relevante å ta i betraktning. Når det gjelder ideelle organisasjoner, vil vurdering av om kontrollvilkåret er oppfylt, kunne omfatte blant annet karakteren av organisasjonens virksomhet, kontroll over kommersielle disposisjoner, budsjettforhold, disposisjoner, fastsettelse av strategi, kompetanse til å ansette medarbeidere mv., omfanget av offentlig tilsyn, myndighet til å ansette og avskjedige styret og daglig ledelse, og virksomhetsområde.⁷⁶

Det å utføre velferdstjenester i Norge, som er helt eller delvis finansiert av det offentlige, vil være et virksomhetsområde som ikke seg selv utelukker at det offentlige kan ha den kontroll som er nødvendig for å oppfylle kontrollvilkåret. Det betyr blant annet at kommuner vil kunne anses for å ha kontroll med organisasjoner som tilsvare kontrollen kommunene har med egen virksomhet, også når organisasjonene ivaretar kommunenes totalansvar for innbyggernes helsetilbud, og når de driver barnevernstjenester. Eksempelvis vil kommuner kunne anses for å ha kontroll med organisasjoner som tilsvare kontrollen kommunene har med egen

⁷⁶ For en oversikt over relevant rettspraksis, se ovenfor i kapittel 3. For en fremstilling av relevant rettspraksis i relasjon til ideelle organisasjoner, se Konkurrancestyrelsens notat av 2. februar 2020 om In-house begrebets betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner, tilgjengelig på http://www.ubudsportalen.dk/ImageVaultFiles/id_41818/cf_202/Vejledende_udtalelse_om_In-house_begrebets_betydning.PDF

virksomhet når organisasjonene leverer ytelser eller goder som hjemmehjelp, hjemmesykepleie, opphold på institusjon, utlevering av mat til hjemmet, eller personlig assistanse. Det har i utgangspunktet ingen betydning for vurderingen av kontrollen om virksomheten til ideelle organisasjoner beskrives som hjemmepleie eller pleie på institusjon. Men dersom ett av de to virksomhetsområdene er mer markedsutsatt enn det andre, kan det få en viss betydning for hvorvidt det offentlige vil bli ansett for å ha tilstrekkelig kontroll.

Det vil i utgangspunktet heller ikke ha betydning for vurderingen av kommuners kontroll med ideelle organisasjoner om organisasjonene brukes for å levere ytelser kommunene har lovpålagt plikt til å yte, eller om de ideelle organisasjonene brukes for å levere ytelser kommunene kan tildele etter eget skjønn.

Derimot kan organisasjonsformen få vesentlig betydning for om det offentlige anses for å ha tilstrekkelig kontroll. Når det gjelder ideelle virksomheter organisert som stiftelser, skal disse være uavhengige, og kan i utgangspunktet ikke kontrolleres av noen, heller ikke av det offentlige, jf. stiftelsesloven § 3. Likevel kan det ikke utelukkes at stiftelser vil kunne bli ansett for å være underlagt en offentlig oppdragsgivers kontroll.

KS-advokatene har sin veileder til anskaffelsesreglene lagt til grunn at stiftelser ikke kan oppfylle vilkårene for utvidet egenregi.⁷⁷ Det heter her i punkt 2.2: «Det er heller ikke mulig å tildele oppgaver til stiftelser i utvidet egenregi, idet stiftelsene pr. definisjon er selveiende og dermed ikke kontrolleres av kommunen».

Det er likevel hevdet av danske konkurransemyndigheter at det følger av EU-domstolens praksis at det ikke er nødvendig forutsetning for at kontrollvilkåret skal være oppfylt, at den offentlige oppdragsgiver eier den kontrollerte virksomheten, og at regler om utvidet egenregi kan anvendes på selveiende institusjoner (som har likhetstrekk med norske stiftelser).⁷⁸ Riktignok er eierskap et viktig moment for å avgjøre om kontrollkriteriet er oppfylt, men fremstår ikke som noen nødvendig forutsetning i EU-domstolens praksis.

FAD har i sin veileder til anskaffelsesreglene lagt til grunn at det ikke kan utelukkes at stiftelser kan oppfylle kontrollvilkåret «når det offentlige på annen måte kan sies å utøve kontroll over stiftelsens beslutninger, typisk gjennom representasjon i styret eller bidrag til stiftelsens drift og formålsoppfyllelse.» (s. 33).

FAD har vurdert spørsmålet om det offentlige kan ha en kontroll over en stiftelse som tilsvarende den kontrollen det offentlige har over sin egen virksomhet. FADs vurdering er foretatt i forbindelse med en konkret tolkningsuttalelse om stiftelsen PETRAD kan omfattes av reglene om egenregi, men belyser prinsipielle spørsmål om forholdet mellom

⁷⁷ «Hva er handlingsrommet i anskaffelsesregelverket? - en kort veileder»

⁷⁸ Se Konkurrancestyrelsens notat av 2. februar 2020 om In-house begrebets betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner, tilgjengelig på http://www.udbudsportalen.dk/ImageVaultFiles/id_41818/cf_202/Vejledende_udtalelse_om_In-house_begrebets_betydning.PDF

anskaffelsesreglene og stiftelser. Argumentasjonen kan derved bidra til å belyse om spørsmålet om kontrollvilkåret kan være oppfylt for ideelle stiftelser.

I tolkningsuttalelsen legger FAD til grunn at statlige virksomheter overfor selveiende stiftelser ikke utøver noen eierbeføyelser gjennom representasjon i noe organ. Men tolkningsuttalelsen viser samtidig at det offentlige kan ha full kontroll med sammensetning av et styre i selveiende stiftelser. Det fremgikk for eksempel av vedtektene for stiftelsen PETRAD at samtlige styremedlemmer skulle utpekes av NORAD, Oljedirektoratet, OED og/eller UD, som alle er en del av staten som rettssubjekt. Staten hadde derved full kontroll med sammensetningen av styret. Som FAD påpeker, er dette relevant, men ikke tilstrekkelig for å oppfylle kontrollvilkåret.

I tolkningsuttalelsen ser FAD også på den myndighet som styret i stiftelsen har etter vedtektene og stiftelsesloven. Og det fremgår uttrykkelig av stiftelsesloven at et styre for en stiftelse har omfattende myndighet og selvstendighet, og det er klart at det offentlige ikke kan instruere styret i enkeltsaker. Stiftelsesloven § 6 lyder slik: «Styret er stiftelsens høyeste myndighet og virker innen de rammer som er fastsatt av stifterne. Styret tar alle nødvendige skritt for en tilfredsstillende forberedelse og gjennomføring av stiftelsens aktiviteter. Styret representerer stiftelsen og har dens signatur. Også styrets leder sammen med stifternes representanter i styret har signatur. Styret kan gi administrerende direktør signatur og gi alminnelig fullmakt til stiftelsens medarbeidere.» Og det følger av stiftelseslovens øvrige bestemmelser at styret ansetter administrerende direktør (§ 8) og fastsetter stiftelsens budsjett (§ 10).

På den bakgrunn la FAD til grunn at styret står fritt til å treffe beslutninger om strategiske målsettinger og daglig drift innenfor vedtektenes formålsbestemmelse. Den eneste myndighet det offentlige var tillagt i henhold til vedtektene, var krav om at vedtektsendringer og eventuell beslutning om å avvikle stiftelsen må godkjennes av Olje- og energidepartementet eller Utenriksdepartementet. Foreligger det overskudd ved en eventuell avvikling, skulle dette tilfalle stifterne.

Basert på EU-domstolens praksis så også FAD på PETRADs kontraktsmessige status og den geografiske og faktiske rekkevidden av selskapets virksomhet og selskapets mulighet for å etablere forbindelser med virksomheter i privat sektor. Det fremgikk av vedtektene for den aktuelle stiftelsen at den «er et privat næringsdrivende foretak». Videre fremgikk det også at stiftelsen skal «utvikle og gjennomføre opplæringsprogram i petroleumsforvaltning og administrasjon, rettet mot ledere innen petroleumsvirksomheten. Deltakerne vil primært komme fra utviklingsland og land i det tidligere Sovjetunionen. Deltakelse skal imidlertid ikke begrenses til ledere fra disse landene. Stiftelsen skal i tillegg kunne drive med utrednings- og konsulentvirksomhet når denne virksomheten er knyttet opp til slik opplærings- og kompetansebyggende virksomhet.»

Etter EU-domstolens praksis er det flere momenter som tilsier at det offentlige ikke har kontroll over stiftelser som tilsvarer den kontrollen de har med sin egen virksomhet, når

vedtektene er utformet slik som nevnt ovenfor. Det er tale om markedsorientert virksomhet som ikke bare skal forfølge allmenne formål, men også drive konsulentvirksomhet til petroleumsnæringen, og det er klart at virksomhetsområdet ikke er begrenset til Norge, men omfatter «utviklingsland og land i det tidligere Sovjetunionen», men kan også innrettes mot andre land.

Likevel konkluderer FAD i tolkningsuttalelsen med at det offentliges kontroll med stiftelsen «trolig er tilstrekkelig for å oppfylle egenregiunntakets kontrollkriterium.». Bakgrunnen for dette er at vedtektenes formelle ordlyd ikke er i samsvar med den faktiske virksomheten. Det er også klart at statens utøver kontroll blant annet ved å knytte vilkår til tilskudd og kjøp av tjenester. Gjennom aktiv bruk av disse virkemidlene, i kombinasjon med retten til å utnevne styremedlemmer og å utforme og endre vedtektsbestemmelser, har det offentlige, ifølge FAD, meget stor innflytelse på hvilke prosjekter stiftelsen skal påta seg, og hvordan disse skal gjennomføres.

Det er ikke opplagt at FADs tolkningsuttalelse er i samsvar med EU-domstolens praksis. Men tolkningsuttalelsen illustrerer at det offentlige kan utøve betydelig faktisk kontroll over en stiftelse på tross av vedtektenes bestemmelser. Og dersom vedtektene for en stiftelse utformes slik at det er helt klart at stiftelsen ikke skal drive med næringsvirksomhet, men i stedet allmenne formål, og at området for stiftelsen virksomhet er begrenset til det området hvor en offentlig oppdragsgiver har myndighet, vil det styrke oppdragsgivers kontroll med stiftelsen. Og dersom stiftelsens vedtekter også gir oppdragsgiver myndighet til å utpeke styrets medlemmer og godkjenne vedtektsendringer, samtidig som det av vedtektene fremgår at overskudd ved en eventuell avvikling skal tilfalle oppdragsgiver, vil oppdragsgiver samlet sett ha så stor kontroll med stiftelsen at det er mulig at kontrollvilkåret vil anses som oppfylt. Det har i den sammenheng en viss betydning at stiftelser etter stiftelsesloven også er underlagt stiftelsestilsynets kontroll, som i seg selv er offentlig kontrollmekanisme. Muligheten for at kontrollvilkåret vil anses oppfylt vil ytterligere styrkes dersom en offentlig oppdragsgiver gjennom avtaler med stiftelsen også utøver en faktisk kontroll over stiftelsen, blant annet ved å knytte vilkår til kjøp av tjenester.

På den bakgrunn er det min oppfatning at det offentlige etter omstendighetene vil kunne ha en kontroll over ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester, som tilsvarer den kontroll det offentlige har med sin egen virksomhet. Det gjelder også ideelle barnevernsinstitusjoner og ideelle organisasjoner som utfører kommunale helsetjenester. Hvorvidt kontrollvilkåret er oppfylt av en bestemt stiftelse, må vurderes konkret, hvor de momenter som er trukket frem ovenfor, må tas i betraktning. Etter mitt syn er det mulig at en offentlig oppdragsgiver vil bli ansett for å ha kontroll over en ideell stiftelse som utfører velferdstjenester for en offentlig oppdragsgiver dersom oppdragsgiveren gjennom avtaler med stiftelsen også utøver kontroll over stiftelsen, blant annet ved å knytte vilkår til kjøp av tjenester, og det for øvrig fremgår av stiftelsens vedtekter at:

- oppdragsgiver har myndighet til å utpeke styrets medlemmer,
- oppdragsgiver har myndighet til å godkjenne vedtektsendringer,

- overskudd ved en eventuell avvikling skal tilfalle oppdragsgiver,
- det er helt klart at stiftelsen ikke skal drive med næringsvirksomhet, men i stedet forfølge allmenne formål, og
- området for stiftelsen virksomhet er begrenset til det området hvor oppdragsgiver har myndighet.

Det er også mulig at en offentlig oppdragsgiver som inngår avtale med en ideell stiftelse om å levere velferdstjenester, kan bli ansett for å ha en kontroll over stiftelsen som tilsvarer den kontrollen oppdragsgiver har med sin egen virksomhet, selv om ikke vedtektene er utformet i henhold til ovennevnte punkter. Men etter min oppfatning vil vedtekter som er utformet på andre måter, øke risikoen for at kontrollvilkåret ikke kan anses oppfylt.

7. Rettslige rammer for offentlig støtte til ideelle organisasjoner i velferdssektoren

7.1 Oversikt

Dette kapittelet gir en oversikt over de rettslige rammene for den økonomiske støtten det offentlige kan gi til ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester.

Det rettslige rammeverket for statens, kommuners og andre offentlige organers adgang til å gi økonomisk støtte, er EØS-avtalens artikkel 61 (1), som gjelder som norsk lov, jf. EØS-loven. EØS-avtalens artikkel 61 (1) inneholder et generelt forbud mot statsstøtte, og lyder som følger:

«med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenelig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.»

Av denne bestemmelsen kan det utledes seks vilkår som alle må være oppfylt for at det skal foreligge offentlig støtte: 1) Det må foreligge et tiltak som inneholder en økonomisk fordel, 2) som er gitt av offentlige midler, 3) som favoriserer bestemte aktører, sektorer, eller regioner, 4) er gitt til foretak, 5) som kan være konkurransevridende, og 6) som påvirker samhandelen.

For å vurdere om økonomisk støtte til ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester, rammes av forbudet, må støtten vurderes opp mot hvert enkelt av vilkårene.

7.2 Vurdering av de enkelte vilkår

7.2.1 Økonomisk fordel

Det første vilkåret som må være oppfylt for at et tiltak skal utgjøre økonomisk støtte, er at tiltaket gir en *økonomisk fordel*. Dette begrepet er vidt og omfatter i utgangspunktet alle økonomiske fordeler som tildeles et foretak. Det er *effekten* av tiltaket som er avgjørende for vurderingen. Innebærer ordningen en økonomisk fordel som mottakeren ikke ville oppnådd på alminnelige markedsvilkår, er vilkåret oppfylt.

Det følger av rettspraksis at enhver fordel som har de samme økonomiske effektene som rene pengeoverføringer, kan rammes.⁷⁹

Det er klart at rene tilskudd til ideelle organisasjoner vil utgjøre «økonomisk fordel». Tilsvarende vil i utgangspunktet også ethvert annet tiltak som gir ideelle organisasjoner bestemte fordeler, også utgjøre «økonomisk fordel» i EØS-avtalens forstand. For eksempel

⁷⁹ Se for eksempel sak C-200/97 (Ecotrade)

vil garantier, gunstige skatteordninger og salg av eiendom til underpris kunne utgjøre en «økonomisk fordel».

Det er likevel ikke gitt at støtte som ytes som kompensasjon for ideelle organisasjoners kostnader ved utføring av velferdstjenester, vil anes som en reell økonomisk fordel. I den grad disse velferdstjenestene anses som tjenester av allmenn økonomisk betydning, er det klart at kompensasjon for kostandene vil være forenlig med EØS-avtalens bestemmelser og derved lovlig, dersom nærmere bestemte vilkår er oppfylt (se nedenfor i avsnitt 7.3).

7.2.2 Støtten må være gitt av statsmidler i enhver form (offentlige midler)

For at et tiltak skal anses som statsstøtte, må det også være *gitt av statsmidler*. Det følger av EU-domstolens praksis at statsmidler omfatter begunstigelser av direkte og indirekte art. Dette innebærer at støtte gitt av organer eller selskaper som er opprettet eller har fått i oppdrag å forvalte eller distribuere støtte, vil regnes som støtte gitt av statsmidler, selv om dette ikke kan anses som direkte støtte eller tilskudd fra staten i tradisjonell forstand.

Det er klart at ikke bare tilskudd fra staten, men også fylker, fylkeskommuner og kommuner, vil anses som støtte gitt av statsmidler.

I forhold til ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester, kan det oppstå spørsmål om adgang til å kreve betaling fra brukere, eventuelt høyere betaling, kan anses som støtte gitt av statsmidler. Dersom adgangen til å kreve betaling fra brukere, herunder også adgang til å kreve høyere betaling, er bestemt av offentlig regulering, kan brukerbetalingen sees som en indirekte overføring av statsmidler. Men etter avgjørelsen i sak 82/77 *Van Tiggele* er det klart at ikke enhver offentlig regulering som har den konsekvens at et foretak kan ta høyere priser, skal anses som statsmidler. I denne saken uttalte domstolen at en offentlig regulering som «er kendetegnet ved, at den fastsetter mindstepriser for salg i detalleddet med henblik på at begunstige vareforhandleren, og som udelukkende er til byrde for forbrukerne, ikke kan udgøre en støtte [...]». De fordele, som et sådant indgreb i prisdannelsen medfører for vareforhandleren, ydes nemlig ikke, hverken direkte eller indirekte, ved hjelp af statsmidler». At det offentlige gir adgang til å kreve brukerbetaling eller økt brukerbetaling, vil derfor ikke nødvendigvis anses som støtte gitt av statsmidler.

7.2.3 Favorisering (selektivitet)

Selektivitetsvilkåret vil være oppfylt dersom noen gis en økonomisk fordel som ikke er tilgjengelig for andre aktører, sektorer, eller regioner. Men dersom det er tale om en generell støtteordning som er åpne for alle foretak på like, objektive og etterprøvbare vilkår, er det ikke tale om støtte som begunstiger enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer. Selektivitetsvilkåret vil da heller ikke være oppfylt.

7.2.4 Til foretak

Det statsstøtterettslige foretaksbegrepet er vidt. Det omfatter de fleste juridiske personer som driver økonomisk aktivitet. Det er et autonomt begrep i EØS-retten, utviklet gjennom rettspraksis og er ikke nødvendigvis sammenfallende med norsk språkbruk.

Utgangspunktet for vurderingen av om en enhet kan anses som et foretak, er om den driver «økonomisk virksomhet». Dette følger av EU-domstolens praksis og kom klart til uttrykk i domstolens avgjørelse i sak C-41/90 (Höfner). Saken gjaldt blant annet spørsmålet om et offentlig arbeidsformidlingskontor som driver arbeidsformidling, kan betegnes som «foretak» etter EUs konkurranseregler. I avgjørelsen tolket EU-domstolen foretaksbegrepet slik at det i konkurranseretten omfatter «enhver enhet, som udoever oekonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmaade».⁸⁰ Tilsvarende må også gjelde etter statsstøtteregele.⁸¹

Senere har EU-domstolen lagt til grunn at økonomisk virksomhet omfatter «enhver virksomhet, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, er erhvervsmæssig virksomhed».⁸² Som redegjort ovenfor i kapittel 5, kan det reises spørsmål ved om ideelle organisasjoner som tilbyr velferdstjenester i samarbeid med det offentlige, leverer tjenester på et marked. Det må avgjøres ut i fra en konkret vurdering av den enkelte tjeneste og den aktuelle organisasjon som utfører tjenesten. Her kan vurderingene falle ulikt ut i ulike land, avhengig av om det er åpnet opp for et marked for den aktuelle tjenesten i et land, eller ikke. Og vurderingene kan også endre seg over tid. En tjeneste som tidligere har blitt ansett for å ikke være levert i et marked, kan etter liberalisering av et marked bli ansett for å være markedsmessig.

Utgangspunktet må være at tjenester som leveres mot en godtgjørelse, må anses for å bli tilbudt i et marked.⁸³ Men der det foreligger et offentlig monopol for den aktuelle tjenesten, vil det etter omstendighetene kunne argumenteres for at tjenestene ikke tilbys i et marked, selv om den leveres mot godtgjørelse.⁸⁴ Videre vil de tjenester som det offentlige tilbyr befolkning gratis som del av velferdstilbud, ofte anses som ikke-økonomiske. Men er det flere aktører som tilbyr de samme tjenestene, og det offentlige betaler vederlag til de aktører som utfører tjenestene, kan det tale for at det å utføre tjenestene må anses som økonomisk virksomhet.

Eksempelvis mente EU-domstolen i sak C-475/99 (Glöckner) at fire tyske sanitetsorganisasjoner som utførte redningstjenester for delstaten Rheinland-Pfalz, var å anse som foretak. Domstolens viste blant annet til at:

⁸⁰ Se sak C-41/90 (Höfner), premiss 21

⁸¹ Se Alterskjær m.fl. Statsstøtte, 2008, s. 47

⁸² Se C-180-184/98 Pavlov, premiss 75

⁸³ Se også Wiggen 2013, s. 72

⁸⁴ Se Wiggen 2013, fotnote 196 (s. 72)

«20. I hovedsagen udfører sanitetsorganisationerne tjenesteydelser mod brugernes betaling på markedet for udrykningskørsel og sygetransport. Sådant virksomhed er ikke altid blevet og bliver ikke nødvendigvis udført af sådanne organisationer eller af offentlige myndigheder. Det fremgår således af sagens akter, at Ambulanz Glöckner tidligere selv har udført disse to tjenesteydelser. Udførelse af sådanne tjenesteydelser er således erhvervsmæssig virksomhed med henblik på anvendelse af traktatens konkurrenceregler.

21. Ganske vist kan de offentlige serviceforpligtelser bevirke, at de tjenesteydelser, en given sanitetsorganisation udfører, er mindre konkurrencedygtige end tilsvarende ydelser udført af andre erhvervsdrivende, der ikke er bundet af sådanne forpligtelser, men den omhandlede virksomhed skal ikke desto mindre anses for økonomisk virksomhed.

22. Det følger heraf, at enheder som sanitetsorganisationer for så vidt angår udførelse af udrykningskørsel og sygetransport skal kvalificeres som virksomheder som omhandlet i traktatens konkurrenceregler.»⁸⁵

Også offentlige enheter kan anses som foretak. Fra det forhold at en virksomhet utføres av det offentlige, kan man i følge EU-domstolen ikke slutte at virksomhet ikke er et foretak.⁸⁶ Det avgjørende må være hva den offentlige virksomheten består i, og om det innebærer at noe tilbys på et marked, ikke hvordan virksomheten er organisert. Vanskelige grensespørsmål kan oppstå der hvor det offentlige selv tilbyr tjenester som også privat tilbyr, men hvor tjenesten tilbys for å oppfylle offentlige oppgaver.⁸⁷

Videre er det klart at utøvelse av offentlig myndighet ikke vil anses som økonomisk virksomhet. I den grad en organisasjon er overdratt slik myndighet, vil den derfor i utgangspunktet ikke anses som et foretak og heller ikke være omfattet av hverken konkurranseregler eller statsstøtteregler. En illustrasjon er EU-domstolens vurdering i sak C-364/92 (Eurocontrol), av om den europeiske organisasjonen for flynavigasjonssikkerhet («Eurocontrol») utøver økonomisk virksomhet. Her uttalte domstolen blant annet:

«Ud fra en helhedsbetragtning er Eurocontrol's virksomhed som følge af sin art, sit formaal og de regler, den er undergivet, knyttet til udøvelsen af beføjelser vedrørende kontrollen af og de politimaessige opgaver i luftrummet, som typisk er beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed. Der er ikke tale om økonomisk virksomhed, som kan begrunde anvendelsen af traktatens konkurrenceregler.»⁸⁸

Og i sak C-343/95 har EU-domstolen også vurdert det slik at tilsynsoppgaver som er tillagt private organer, kan anses som myndighetsutøvelse og derfor ikke økonomisk virksomhet:

⁸⁵ Se sak C-475/99 (Glöckner)

⁸⁶ Se sak C-353/95, premiss 16-18, diskutert av Alterskjær 2008, på s. 48-49

⁸⁷ Se for eksempel sak E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund

⁸⁸ Se sak C-364/92, premiss 30

«Det miljøovervagningsarbejde, SEPG har faaet overdraget at udfoere i oliehavnen i Genova, er en opgave af almindelig interesse, der henhoerer under statens vaesentlige opgaver med hensyn til beskyttelse af havnemiljoeet.

Et saadant overvagningsarbejde er som foelge af sin art, sit formaal og de regler, det er undergivet, saaledes knyttet til udoevlsen af befoejelser vedroerende miljoebeskyttelse, som typisk er befoejelser, der henregnes til offentlig myndighed. Der er ikke tale om oekonomisk virksomhed, som kan begrunde anvendelsen af traktatens konkurrenceregler.»⁸⁹

Hvorvidt ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester, kan anses for å utøve offentlig myndighet, må vurderes konkret med bakgrunn tjenestenes art, organisasjonens formål og de regler den er underlagt ved utøvelsen av eventuell myndighet, og det vises i den forbindelse også til avsnitt 5.3.6 ovenfor.

Det kan også reises spørsmål ved om aktører som oppfyller vilkårene for utvidet egenregi kan anses som økonomisk virksomhet.⁹⁰ Et synspunkt kan være at aktører som er kontrollert av det offentlige og utfører hoveddelen av sin aktivitet for det offentlige, driver offentlig virksomhet, og ikke økonomisk virksomhet. Men det er heller ikke opplagt at aktører som oppfyller vilkårene for utvidet egenregi aldri utøver noen form for økonomisk virksomhet.⁹¹

7.2.5 Konkurransesvridning

Dersom mottaker av en økonomisk fordel, gitt av statsmidler, tilbyr varer eller tjenester i et marked, vil støtten normalt sett også måtte anses å påvirke konkurransen. Vilåret vil derfor normalt sett være oppfylt når de øvrige vilkår er oppfylt.

7.2.6 Påvirkning av samhandelen

Selv om det foreligger et tiltak som inneholder en økonomisk fordel som er gitt av offentlige midler, og som favoriserer bestemte aktører, sektorer eller regioner, og er gitt til foretak, og som kan være konkurransesvridende, er det ikke gitt at det er tale om statsstøtte i EØS-avtalens forstand. I tillegg er det et vilkår at støtten også påvirker samhandelen mellom EØS-landene.

Samhandelsvilåret er tolket vidt, og rettspraksis viser at det skal lite til før en konkurransesvridende støtte anses for å kunne påvirke samhandelen.⁹²

⁸⁹ Se sak C-343/95 (Diego Cali), premiss 22-23

⁹⁰ Se Wiggen 2013, s. 72 med ytterligere referanser.

⁹¹ Se EU-kommisjonens meddelelse om anvendelsen av statsstøttereglene på tjenester av allmenn økonomisk betydning, EUT 2012 C8/4, premiss 13.

⁹² Se Alterskjær 2008, s. 58

7.2.7 Sammenfatning

Det fremgår av vilkårene ovenfor at offentlige tiltak for å støtte ideelle organisasjoner ikke nødvendigvis vil bli ansett som statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61. Som det fremgår ovenfor, er det ikke gitt at offentlige tiltak som støtter ideelle organisasjoner i velferdssektoren skal anses som økonomiske fordeler dersom støtten kun dekker organisasjonens kostnader. Videre er det heller ikke opplagt at aktuelle eller potensielle støttetiltak til ideelle organisasjoner er utformet slik at de anses for å være gitt av offentlige midler. Og det kan i en rekke tilfeller også reises spørsmål ved om ideelle organisasjoner er å anse som foretak. Endelig kan støtteordninger som omfatter ideelle organisasjoner også utformes slike at de åpne for alle foretak på like, objektive og etterprøvbare vilkår, og vil i så fall ikke utgjøre statsstøtte i EØS-avtalens forstand.

Viser det seg etter konkret vurdering at støtte til en eller flere ideelle organisasjoner er en økonomisk fordel som er gitt av offentlige midler, og som favoriserer bestemte aktører, sektorer eller regioner, og at organisasjonen(e) som mottar støtte, også er å anse som foretak, skal det lite til før støtten også anses som konkurransevridende og for å påvirke samhandelen. I så fall foreligger det statsstøtte, som vil være uforenlig med EØS-avtalen med mindre noen av unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse.

7.3 Relevante unntak

7.3.1 Oversikt – unntakene for tjenester av allmenn økonomisk betydning

Som hovedregel er tildeling av offentlige midler som oppfyller alle vilkårene i EØS-avtalens artikkel 61 (1) forbudt. Det er likevel en rekke unntak fra forbudet, slik at også støtte som oppfyller vilkårene etter artikkel 61 (1), kan være tillatt.

Unntakene for tjenester av allmenn økonomisk betydning vil være særlig relevante for den økonomiske støtte som eventuelt ytes til ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester. I det følgende redegjøres det derfor for disse unntakene. Hvorvidt andre unntak også kan være aktuelle, må vurderes konkret sett i forhold til den aktuelle organisasjon og den eller de velferdstjenester denne utfører.

Begrepet om tjenester av allmenn økonomisk betydning anvendes i TFEU artikkel 106 (2) og EØS-avtalens artikkel 59 (2). Det fremgår av begge bestemmelsene at de øvrige bestemmelser, henholdsvis TFEU og EØS-avtalen, kommer til anvendelse på «foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning.» Det betyr at statsstøttereglene i utgangspunktet også kommer til anvendelse når det ytes kompensasjon for de kostander et foretak har, i forbindelse med at det utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning.

Men selv om statsstøttereglene i utgangspunktet kommer til anvendelse på foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning, er det ikke gitt at den kompensasjon som gis til foretakene for å dekke deres kostnader, nødvendigvis oppfyller alle de ovennevnte seks vilkår

i EØS-avtalens artikkel 61 (1). Og dersom ett eller flere vilkår ikke er oppfylt, vil heller ikke kompensasjonen anses som statsstøtte.

Det fremgår også av EU-domstolen praksis at det må foretas en særskilt vurdering av om kompensasjon til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning i det hele tatt skal anses som statsstøtte. Denne rettspraksisen er også relevant for tolkningen av EØS-avtalens regler om statsstøtte. Ifølge EU-domstolen vil kompensasjon til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning, ikke anses som statsstøtte når nærmere bestemte vilkår er oppfylt. Disse vilkårene gjennomgås nedenfor i avsnitt 7.3.2.

Dersom kompensasjon til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning, likevel anses som statsstøtte, kan støtten fortsatt være forenelig med EØS-avtalen og derfor lovlig. De nærmere kriteriene for vurderingen av lovligheten av støtten er fastsatt av EU-kommisjonen i to gruppeunntak for støtte til foretak som utøver tjenester av allmenn økonomisk betydning, og et rammeverk med retningslinjer for vurdering av støtte til slike foretak. Det ene gruppeunntaket unntar visse former for bagatellmessig støtte fra meldeplikt,⁹³ og det andre unntar en rekke nærmere bestemte tjenester fra meldeplikt.⁹⁴ Videre følger det av rammeverket med retningslinjer at kompensasjon til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning, også kan være lovlig selv om støtten ikke faller inn under gruppeunntakene.

Begge de nevnte gruppeunntak er innlemmet i EØS-avtalen, og EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har utgitt retningslinjer som tilsvarer det nevnte rammeverk med retningslinjer som EU-kommisjonen har utarbeidet.

Basert på gruppeunntakene er det tre lovlige former for statsstøtte til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning, og som av den grunn ikke er nødvendig å notifikere til ESA. For det første er det lovlig med støtte som ikke overstiger særskilte terskelverdier og faller inn under gruppeunntaket for bagatellmessig støtte (avsnitt 7.3.3). For det andre er det lovlig med støtte som er lavere enn 15 millioner euro og oppfyller vilkårene i det generelle gruppeunntaket for tjenester av allmenn økonomisk betydning (avsnitt 7.3.4). For det tredje er det lovlig med støtte til foretak som utfører tjenester som oppfyller nærmere bestemte sosiale behov og øvrige vilkår i det generelle gruppeunntaket for tjenester av allmenn økonomisk betydning (avsnitt 7.3.5).

I tillegg til de tre lovlige støtteformene kan annen statsstøtte til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning også være lovlig, dersom støtten notifikeres til ESA og den er i samsvar med det ovennevnte rammeverket med retningslinjer (avsnitt 7.3.6).

7.3.2 Kompensasjon som ikke er statsstøtte – Altmark-kriteriene

EU-domstolen har lagt til grunn at det må foretas en særskilt vurdering av om kompensasjon til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning i det hele tatt skal anses som

⁹³ Se Kommisjonens forordning nr. 360/2012 av 25. april 2012

⁹⁴ Se Kommisjonsvedtak 2012/21/EU av 20. desember 2011

statsstøtte. Ifølge EU-domstolens avgjørelse i sak C-280/00 (Altmark), vil vederlag til de foretak som oppfyller en pålagt forpliktelse til å utføre tjeneste av allmenn økonomisk betydning, ikke nødvendigvis innebære noen reell økonomisk fordel og derved ikke anses som statsstøtte etter traktatens bestemmelser.⁹⁵ Videre fremgår det av Altmark-avgjørelsen premiss 89-93, under hvilke betingelser støtte til slike foretak faller utenfor traktatens begrep om statsstøtte:

«89. For det første skal den pågældende virksomhed faktisk være pålagt at opfylde forpligtelser til offentlig tjeneste, og disse forpligtelser skal være klart defineret. I hovedsagen bør den forelæggende ret derfor undersøge, om de forpligtelser til offentlig tjeneste, som er pålagt Altmark Trans, klart fremgår af den nationale lovgivning og/eller af de i hovedsagen omhandlede tilladelser.

90. For det andet skal de kriterier, der er grundlaget for beregningen af kompensationen, være fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde for at undgå, at kompensationen indebærer en økonomisk fordel, der kan begunstige den pågældende virksomhed i forhold til de konkurrerende virksomheder.

(...)

92. Kompensationen må for det tredje ikke overstige, hvad der er nødvendigt for helt eller delvis at dække de udgifter, der er afholdt ved opfyldelsen af forpligtelserne til offentlig tjeneste, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne. Overholdelsen af denne betingelse er ufravigelig med henblik på at sikre, at den begunstigede virksomhed ikke opnår en fordel, som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at styrke virksomhedens konkurrencemæssige stilling.

93. Når udvælgelsen af den virksomhed, der skal overdrages en forpligtelse til offentlig tjeneste, i et konkret tilfælde ikke gennemføres inden for rammerne af en procedure for tildeling af offentlige kontrakter, som giver mulighed for at udvælge den ansøger, der kan levere de pågældende ydelser til de laveste omkostninger for samfundet, skal størrelsen af den nødvendige kompensation for det fjerde fastlægges på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkeligt udstyret med transportmidler til at kunne opfylde de stillede krav til den offentlige tjeneste, ville have ved at opfylde forpligtelserne, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne.»

Basert på disse premissene kan det utledes fire vilkår som må være oppfylt for at støtte til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning ikke skal anses som statsstøtte. For det første må mottakerforetaket være gitt i oppdrag å utføre tjeneste av allmenn økonomisk betydning. For det andre må grunnlaget for beregningen av kompensasjonen til foretaket være fastsatt på forhånd på en objektiv og åpen måte. For det tredje kan ikke

⁹⁵ Se C-280/00 (Altmark), premiss 87

kompensasjonen overstige det som er nødvendig for å dekke alle eller deler av kostandene ved utførelsen av tjenesten av allmenn økonomisk betydning. For det fjerde må foretaket enten være valgt etter en offentlig anbudsprosedyre eller kompensasjonen være beregnet etter en analyse av kostandene som et typisk foretak ville ha hatt ved utførelsen av tjenesten.

Dersom samtlige fire vilkår er oppfylt, vil en ideell organisasjon kunne få kompensasjon for de velferdstjenester den utfører, uten at kompensasjonen anses som statsstøtte.

7.3.3 Bagatellmessig støtte og tjenester av allmenn økonomisk betydning

Som nevnt ovenfor, er det fastsatt eget gruppeunntak om støtte til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning, som får anvendelse på støtte under en bestemt terskelverdi (de-minimis støtte). Det fremgår av gruppeunntaket at statsstøtte til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning, er lovlig dersom støtten ikke overstiger 500.000 euro.

Gruppeunntaket fastsetter nærmere regler for hvordan støtten skal beregnes, på hvilke vilkår støtten må gis, og også særregler for støtte til visse typer av tjenester.

Det offentlige kan følgelig gi økonomisk kompensasjon til en ideell organisasjon som utfører velferdstjenester, dersom støtten faller inn under reglene for bagatellmessig støtte til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning.

7.3.4 Støtte under 15 millioner euro

Det fremgår av det generelle gruppeunntaket for statsstøtte til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning at støtte som ikke overstiger 15 millioner euro, er lovlig dersom nærmere bestemte vilkår er oppfylt.⁹⁶ Det er fastsatt regler for beregningen av støttebeløpet. Og for allmenne økonomiske tjenester innen transport og transportinfrastruktur fastsetter gruppeunntaket egne regler.

Det er to hovedvilkår for at støtte som ikke overstiger 15 millioner euro, skal være lovlig. For det første skal utførelsen av den allmenne økonomiske tjenesten skal være pålagt (overdraget) til det aktuelle foretaket gjennom en offisiell beslutning (akt).⁹⁷ Staten kan selv velge hvilken form pålegget skal gis, men innholdet må oppfylle nærmere bestemte krav. For det andre må støtten ikke overstige nettokostnadene for å utføre tjenestene (overkompensasjon). Det er fastsatt nærmere regler for hvordan nettokostnaden skal beregnes, og hva som skal anses som overkompensasjon.

Dette betyr at det offentlige kan gi økonomisk kompensasjon til en ideell organisasjon som utfører velferdstjenester på inntil 15 millioner euro, dersom støtten for øvrig faller inn under reglene i gruppeunntaket.

⁹⁶ Se Kommisjonsvedtak 2012/21/EU av 20. desember 2011, artikkel 1, litra a

⁹⁷ Se Kommisjonsvedtak 2012/21/EU av 20. desember 2011, artikkel 4

7.3.5 Kompensasjon for nærmere bestemte helse- og sosialtjenester

Det fremgår av det generelle gruppeunntaket for statsstøtte til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning at støtte til sykehus som utfører legebehandling, og nærmere bestemte sosiale behov, er lovlig dersom de øvrige vilkår i gruppeunntaket er oppfylt, selv om støtten overstiger 15 millioner euro.

Særreglene for støtte til nærmere bestemte helse- og sosialtjenester betyr at det kan gis økonomisk støtte på mer enn 15 millioner euro til en rekke ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester, forutsatt at støtten for øvrig faller inn under reglene i gruppeunntaket.

7.3.6 Støtte forenelig med ESAs retningslinjer

Det fremgår av ESAs retningslinjer for vurdering av statsstøtte, basert på EU-kommisjonens ovennevnte rammeverk med retningslinjer, at støtte til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning, kan være lovlig hvis nærmere fastsatte vilkår er oppfylt. For det første må støtten være nødvendig for utførelsen av den aktuelle tjeneste av allmenn økonomisk betydning. For det andre må ikke støtten påvirke utviklingen i samhandelen på en måte som er i strid med EUs interesse.

Det er fastsatte nærmere kriterier for vurderingen av om begge vilkår kan anses oppfylt i retningslinjenes punkt 2.2-2.10.

Dersom støtteordninger utformes i samsvar med de nevnte retningslinjene, kan ideelle organisasjoner som utfører velferdstjenester, støttes økonomisk selv om støtten ikke faller inn under noen av de ovennevnte gruppeunntakene.



FAGFORBUNDET

www.fagforbundet.no