



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har sammen med andre kommuner opprettet et interkommunalt selskap i landsdelen med formål å være deltagerkommunenenes drifts- og innkjøpsselskap for IKT-løsninger. Innklagede vedtok en opptrappingsplan for IKT i skoler, barnehager og voksenopplæring og ville tildele selskapet oppdrag om kjøp av infrastruktur, programvare, driftstjenester samt kjøp og leie av utstyr. Klagenemndas flertall kom til at et slikt oppdrag kunne tildeles som egenregi, mens et mindretall mente at oppdraget forutsatte kunngjøring og konkurranse etter regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 7. november 2005 i sak 2005/251

Klager: Thinway AS og Linær AS

Innklaget: Arendal kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger-Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder:

Egenregi. Kunngjøringsplikt.

Bakgrunn:

- (1) Arendal kommune (heretter kalt innklagede) vedtok 31. mars 2005 en opptrappingsplan for IKT i skolen i kommunen, herunder barnehager og voksenopplæring. I forbindelse med dette skal innklagede inngå kontrakt om leie og drift av minimum 600 lærer pc'er og minimum 1500 elev pc'er. I vedtaket fremgår det:

"Bystyret vedtar å avsette kr. 9,4 millioner i investeringsbudsjettet for perioden 2005-2007. Driftsutgifter på 10, 7 mill (2006), 16,4 mill (2008) og 16 mill fra 2009 og videre innarbeides i økonomiplanene.

Rådmannen gis fullmakt til å inngå avtale med leverandører etter anbudsrunde for å [anskaffe] infrastruktur, programvare, driftstjenester, kjøp- og leie av utstyr."

- (2) Etter at vedtaket var fattet, ble det reist spørsmål om dette var riktig fremgangsmåte, og om kontrakt ikke skulle tildeles IKT Agder IKS (heretter kalt IKT Agder). Det ble innhentet en juridisk betenkning fra KS Advokatene som konkluderte med at det kunne inngås kontrakt direkte med IKT Agder.
- (3) IKT Agder er et interkommunalt selskap hvor innklagede har en eierandel på 40 %. Øvrige eiere er Aust-Agder fylkeskommune (36 %), Grimstad kommune

Postadresse
Postboks 8132 Dep.
0033 Oslo

Besøksadresse
H. Heyerdahls gate 1
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

(19%) og Froland kommune (5 %). Deltakeransvaret tilsvarer eierandelen i selskapet. I representantskapet har innklagede i henhold til selskapsavtalens § 6 en av fire representanter. Medlemmene skal være eierkommunenes ordførere, med varaordførere som varamedlemmer. Etter selskapsavtalens § 7 skal styret bestå av fem medlemmer hvorav eierkommunene har ett styremedlem hver og de ansatte ett styremedlem. I merknadene til § 7 forutsettes det at det er eierkommunenes ”rådmann med sin stedfortreder eller de som rådmannen foreslår” som skal sitte i styret.

- (4) IKT Agders formål er i henhold til selskapsavtalens § 4:

”Selskapet skal være deltakernes drifts- og innkjøpsselskap og faglig instans for eiernes Informasjons- og kommunikasjonsteknologiske løsninger. For øvrig vises til styrets ansvar for utvikling og prising av tjenester, jfr. § 8

Selskapet kan, innenfor rammer fastsatt av styret, påta seg oppdrag for offentlige og private organer/instanser.

Selskapet skal samarbeide med den enkelte deltaker.”

- (5) I merknadene til formålsbestemmelsen er det uttalt:

”Det ligger som en klar forutsetning at selskapet skal styrke deltakernes kompetanse på IKT, herunder bidra til større effektivitet og bedret kostnadskontroll. Gjennom et forpliktende fellesskap som dette forventes en ”vinn-vinn-situasjon” – økt kompetanse, bedre intern service og lavere kostnader.

I den grad selskapet utvikler kompetanse som gir mulighet for salg av tjenester til andre, kan styret tilrettelegge for dette. (...)

Selskapet er eiernes forlengede arm – og det må være god kontakt mellom selskapet og kommunens/fylkeskommunens driftsenheter. Det er deres behov som skal dekkes av selskapet. Selskapets fokus er eiernes behov.”

- (6) Formålet med dannelsen av IKT Agder fremgår også i merknadene til selskapsavtalens § 8 om styrets oppgaver hvor det står:

”For deltakerne ligger rasjonaliserings- og effektiviseringsmulighetene som et felles samarbeid gir som det viktigste motivet for selskapsdannelsen. Samtidig sikres eierne bred kompetanse på et sentralt felt i den kommunale virksomheten.”

- (7) I bystyremøtet 25. august 2005 ble det vedtatt med 20 mot 19 stemmer at oppdraget skulle gå til IKT Agder uten at det ble gjennomført konkurranse. Innklagede planlegger å inngå kontrakt med IKT Agder i november 2005.

- (8) Thinway AS og Linær AS (heretter kalt klager) ønsker å delta i en konkurranse om oppdraget.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (9) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (10) Anskaffelsen skulle ha vært kunngjort og gjennomført i henhold til forskrift om offentlige anskaffelsers prosedyreregler.
- (11) Unntaket for egenregi kommer ikke til anvendelse. For at unntaket for egenregi skal komme til anvendelse, må innklagede ha en kontroll med IKT Agder som tilsvarer den innklagede har med egne etater og avdelinger. Innklagede kan ikke identifiseres med de øvrige eierkommunene ved vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt. Innklagede utøver ikke den nødvendige kontrollen. Innklagede er ikke majoritets-eier i IKT Agder og har bare en innflytelse i besluttede organer på mellom 20-25 %. I IKT Agder kan de fleste beslutninger fattes mot innklagedes vilje. Det at innklagede eier en mindre del av et offentlig eid selskap, kan ikke røkke ved konkurranseforpliktelsen som er helt sentral i regelverket. Er klagenemnda i tvil om kontrollvilkåret er oppfylt, bør klagenemnda falle tilbake på hovedregelen om kunngjøring og full konkurranse.
- (12) Innklagede har ikke oppfylt sin bevisbyrde i forhold til kravet til at hoveddelen av IKT Agders omsetning skal være rettet inn mot den eller de oppdragsgivere som den eies av. Det vises til at det i selskapsavtalen åpnes for at selskapet kan inngå leveranseavtaler med utenforstående private og offentlige aktører.
- (13) Vilkårene for tildeling av enerett i henhold til forskriftens § 1-3(2)(h) er ikke oppfylt.
- (14) Selv om innklagede var berettiget til å benytte unntaket for egenregi eller reglene om tildeling av enerett, skulle anskaffelsen ha vært kunngjort. Det vises til EF-domstolens saker C-26/03 og C-231/03. Kravet til gjennomskiktighet følger også av lov om offentlige anskaffelser § 5 og gjelder uavhengig av om egenregiunntaket kommer til anvendelse. Det er ikke tilstrekkelig til å oppfylle kravet om kunngjøring at vedtaket om tildeling er å finne i møtereferatene lagt ut på kommunens hjemmesider. Dette medfører nemlig at leverandører må lete seg gjennom samtlige møtereferater for å finne tilstrekkelig informasjon.
- (15) Skal kunngjøringen fylle sitt formål, er det ikke tilstrekkelig at kunngjøring finner sted når kontrakt er inngått. Kunngjøring måtte foretas så snart kommunen visste at den hadde som intensjon å tildele kontrakt til IKT Agder. Kunngjøringsplikten er derfor brutt.
- (16) Klager ber om at klagenemnda også uttaler seg om hvorvidt kommunene Froland og Grimstad og Aust-Agder fylkeskommune kan foreta direkteanskaffelser uten anbudskonkurranse fra IKT Agder.

Innklagedes anførsler:

- (17) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (18) Anskaffelsen foretas i dette tilfellet i egenregi, og det er da ikke krav om at forskrift om offentlige anskaffelsers prosedyreregler følges. Teckal-dommen åpner

for at flere offentlige oppdragsgivere kan identifiseres ved vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt. Det avgjørende må være en helhetsvurdering som legger vekt på reelle, ikke formelle forhold, og hvor vurderingstemaet må være om enheten som tildeles oppdraget, inngår som del av den organisasjon kommunen eller kommunene bygger opp for å løse sine oppgaver. Samlet sett har kommunene den nødvendige kontrollen med selskapet.

- (19) Forutsatt at klagenemnda ikke kommer til at det foreligger egenregi, foreligger det tildeling av enerett i henhold til § 1-3(2)(h). Anskaffelsen gjelder et tjenestekjøp og IKT Agder er lovlig tildelt en enerett.
- (20) Kommer klagenemnda til at anskaffelsen må skje ved konkurranse, bes klagenemnda vurdere hvorvidt det forhold at klager i forbindelse med klagebehandlingen for klagenemnda har fått utlevert utkast til konkurransegrunnlag, kan diskvalifisere klager i en senere konkurranse.
- (21) Det foreligger ikke plikt til å kunngjøre anskaffelser som foretas i egenregi. Kontrakt er dessuten ikke inngått, og ingen enerett i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3(2)(h) er tildelt. Kommer klagenemnda til at bystyrets vedtak av 25. august 2005 er tildeling av enerett eller bestilling i egenregi, er kunngjøringsplikten oppfylt ved at det politiske vedtaket er offentlig i kommunens postjournaler.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klagerne har interesse i å delta i en konkurranse om oppdrag vedrørende drift, vedlikehold og kjøp av IKT-systemer i skolen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (23) Anskaffelsen faller etter sin art inn under forskrift om offentlige anskaffelser del I og del II. Spørsmålet i saken er hvorvidt det foreligger unntak fra plikten til å følge prosedyrreglene i forskriftens del II.

Unntaket for egenregi

- (24) Med bakgrunn i Teckal-dommen C-107/98 fra 1999 som er en sentral dom på området, kan kontrakter - uten at anskaffelsesregelverket får anvendelse - tildeles en annen juridisk person når oppdragstaker er underlagt en kontroll svarende til den som anskaffelsesmyndigheten selv utøver over interne organer, og når oppdragstaker har sin omsetning i det vesentlige knyttet til den kontrollerende myndighet. Det er oppdragsgiver som må dokumentere at både kravet til kontroll og kravet til intern omsetning er oppfylt, slik at forholdet kan bli å betrakte som egenregi, og dermed gjennomføres uten utlysning av konkurranse.
- (25) Retningslinjer for egenregi (utenom et unntak i tjenstedirektivet) er ikke inntatt verken i gjeldende forskrift, i de direktiver som ligger til grunn for forskriften, eller i det Dir. 2004/18 som nå foreligger til innarbeidelse i nasjonal lovgivning. Kommisjonen forsøker på å få inntatt regler om egenregi strandet fordi man ikke oppnådde enighet under den politiske forberedelse av direktivutkastet. E-parlamentet gikk inn for at "intercommunity companies" - iallfall i en overgangsperiode begrenset til tre år - burde kunne operere uten at anskaffelsesreglene kom til anvendelse på dem (referat 22.10.1997 COM(96)0583-

C4-0009/97). Dette ble ikke videreført, men direktivet har fått en bestemmelse som gir adgang for medlemsstatene til å innføre ordninger for såkalte "central purchasing bodies" – artikkel 11 nr. 1.

- (26) Spørsmålet er om en enhetsbetraktning kan legges til grunn når flere kommuner av praktiske grunner og med hjemmel i lov finner det hensiktsmessig å opprette interkommunale selskaper (IKS) av den type som nå er regulert i lov 29. januar 1999 nr. 6, der formålet – som i vårt tilfelle – er å samordne virksomheter og anskaffelser for flere eierkommuner med ulike eierandeler.
- (27) Klagenemnda la i sak 2005/240 til grunn at en kommune i forhold til regelverket er et selvstendig rettssubjekt som ikke kan kjøpe varer eller tjenester fra eller via andre kommuner uten konkurranse fra markedet. Når kommuner anses på denne måten, tilsier dette etter klagenemndas oppfatning at man legger et restriktivt syn til grunn når det skal vurderes om ekskluderende egenregi i et fungerende marked for IKT-ytelser kan anvendes i forhold til foretak av IKS-typen. For staten blir dette annerledes fordi statsforvaltningen i forhold til anskaffelsesreglene i utgangspunktet konstitusjonelt, formelt og prosessuelt må anses som ett rettssubjekt.
- (28) Lovforarbeidene til 1999-loven tyder på at lovgiver har forutsatt at IKS-enheter kan levere til sine eierkommuner i egenregi uten å følge regelverket om offentlige anskaffelser, jfr. Ot. prp. nr. 53 (1997-1998) s. 85-86, der både kontrollkriteriet og omsetningskriteriet fra Teckal-saken (premiss (50) berøres. Departementet antok at spørsmålet om egenregi må bero på en helhetsvurdering:

"Interkommunale selskap vil etter lovforslaget være egne rettssubjekt. Som et formelt utgangspunkt vil de derfor ikke bli oppfattet som samme enhet som deltakerne. Dersom et interkommunalt selskap er opprettet med det formål å tilgodese eiernes egne behov, vil det likevel kunne bli godtatt som egenregi. Et interkommunalt selskaps mulighet til å levere til deltakerne som egenregi er knyttet til en helhetsvurdering av hvor sterkt selskapet er knyttet til deltakerne. Flere faktorer vil være relevante."

- (29) Den helhetsvurdering det siktes til, konkretiseres med henblikk på prising, om foretaket skal ivareta både offentlige og private behov, foretakets selvstendighet og foreliggende instruksjons- og organisasjonsmyndighet. Disse betraktninger ligger imidlertid i tid forut for de føringer som EF-domstolen har utviklet senere enn den norske lov fra 1999. Lovforarbeidenes anvisning på en helhetsvurdering kritiseres av *K Weltzien* i *Public Procurement Law Review* 2005 s 237. Det er ikke tvilsomt at EF-domstolens praksis er like relevant for vurderingen av de rettslige spørsmål i EØS som innen EU. Det er også på det rene at både loven og forskriften om offentlige anskaffelser på EØS-nivå har trinnhøyde over annen norsk lov, så som IKS-loven av 1999. En mer praktisk tilnærming består i å legge til grunn en sterk presumsjon om at den norske IKS-loven pr fortolkning ikke er ment å avvike fra EØS-retten og herunder prinsippet i lovens § 5 om at alle offentlige anskaffelser over terskelverdiene skal skje etter konkurranse. Loven må altså tilpasses føringer fra EF-domstolen.

- (30) I saker senere enn Teckal-dommen har EF-domstolen berørt egenregispørsmål, men kan ikke sies å ha tatt uttrykkelig eller direkte stilling til om det kan finne sted en identifikasjon av flere oppdragsgivere ved vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt. I C-26/03 (Stadt Halle) forutsettes at selve beslutningen om å anse en anskaffelse som egenregi må kunne etterprøves av leverandører i markedet. Om det prinsipielle uttaler domstolen i premiss 46 at egenregi utgjør et unntak som følgelig skal fortolkes restriktivt:

”Alle undtagelser til denne forpligtelse må derfor fortolkes indskrænkende. Domstolen har således vedrørende anvendelsen af udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse fastslået, at artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50, der giver mulighed for at anvende en sådan procedure, som en undtagelse til de regler, der skal sikre, at de rettigheder, som er fastsat i EF-traktaten, bliver virksomme inden for området for offentlige tjenesteydelsesaftaler, må fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem (dom af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, præmis 58).”

- samtidig som premiss (49) er gitt en utforming som muligens kan forstås slik at flere kommunale eiere skal vurderes samlet:

”I henhold til Domstolens praksis er det ikke udelukket, at der kan foreligge andre omstændigheder, hvorunder afholdelse af et udbud ikke er obligatorisk, også selv om medkontrahenten er en fra den ordregivende myndighed juridisk forskellig person. Dette er således tilfældet, såfremt den offentlige myndighed, som er en ordregivende myndighed, underkaster det selvstændige organ en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og såfremt det selvstændige organ udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, det ejes af (jf. i denne retning Teckal-dommen, præmis 50). Det bemærkes, at det selvstændige organ i det nævnte tilfælde var fuldt ud ejet af offentlige myndigheder. 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.”

- (31) Påpekningen er tvetydig og resonnementet må ses i lys av at hovedspørsmålet i saken gjaldt spørsmålet om private eierandeler. Konkret kan det også hevdes at bruken av flertallsformen er knyttet direkte til omsetningsvilkåret, som i Teckal-saken, ikke til kontrollkriteriet. Spørsmålet om senere overgang til privat eierskap foreligger i en sak som ennå ikke er avgjort – C-20/04 (Mödling) - Generaladvokatens innstilling datert 21.4.2005.
- (32) EF-domstolen har kommentert svært lave eierandeler i interkommunale selskaper i C-231/03 (Coname). Dette var en sak om konsesjonstildeling, men det ble uttalt at en svært lav kommuneandel i det interkommunale foretak (0.97 %) ville være for liten til å etablere kontroll (premiss 24). I saken ble egenregi for konsesjonen utelukket med henvisning til at det også var private andeler, hvilket i seg selv

utelukket egenregi (premiss 26), men drøftelsen skjer med sikte på tjenester til et stort antall italienske eierkommuner i regionen uten at dette drøftes særskilt. Logikken i resonnementet synes imidlertid å implisere at utvanning av kontroll for hver deltagerkommune strider mot kontrollkriteriet, d.v.s. at samlet kontroll for et større antall kommuner under ett ikke nødvendigvis er tilstrekkelig. Men det kan også hevdes at domstolen muligens forutsetter at høyere andeler kan godtas selv om de ikke når opp i samme nivå som i Teckal-saken.

- (33) I norsk teori er spørsmålet om utvidet egenregi til kommunale IKS-enheter omstridt. *M. Lilli* LoR 2004 s 43 flg mener at kontrollkriteriet betyr at en kommune bare kan tildele i egenregi når vedkommende kommune alene er den dominerende eier. Et mer liberalt syn forfektes av *H.P. Graver* i LoR 2004 s. 317, som på dette punkt imøtegår *M Lillis* syn. *K Weltzien* drøfter spørsmålet i den nevnte artikkel i Public Procurement Law Review 2005 s 237, der lovgiverforutsetningen om brede helhetsbetraktninger for avgjørelsen av egenregi for IKS-enheter kritiseres med henvisning til kontrollkriteriet i Teckal-dommen og tjenestebegrepet i C-360/96 (Arnhem). Kritisk til identifikasjon er også *M. Dragsten* og *E. Lindalen* Offentlige anskaffelser Kommentartutgave (2005) Bd. I s 434. I dansk rett er spørsmålet knyttet til rekkevidden av kommunalovgivning om kommunalt innkjøpssamarbeid. Spørsmålet om kollektiv kontroll ved slikt samarbeid berøres av *R. Nielsen* Udbud af offentlige kontrakter (3. utg. 2005) s. 195 flg. og av *M. Steinicke* og *L. Groesmeyer* EU's udbudsdirektiver (2003) s. 94, men uten at disse forfattere inntar noe klart standpunkt til hvordan grensen for egenregi skal trekkes. *S.E. Hjelmberg m.fl.* EU Udbudsretten (2005) s. 98 betegner det som "usikkert" om de deltagende kommuner kan tildele oppdrag til felleskommunalt selskap i egenregi og "tvivlsomt" om man kan bygge på tilstrekkelig kontroll gjennom styrerepresentasjon. En dansk klagenævns sak 11.10.1996 gjelder Odense kommunes etablering av et tjenesteytende selskap for renovasjon og vannforsyning med bestemmende innflytelse for kommunen og forutsetning om at slike tjenester kunne overlates til foretaket. Dette ble ansett som "ikke udbudsløsende" divisjonering av kommunenes samlede disposisjoner. Men spørsmålet om kommunalt kontraktssamarbeid forelå ikke i denne saken. I Danmark er de aktuelle direktiver for anskaffelses over terskelverdiene innpasset ved blankettmetoden og uten særskilt lov eller forskrift når anskaffelsen ligger over terskelverdiene.
- (34) Rettstilstanden for så vidt gjelder interkommunale selskaper, er etter dette uavklart. Som nevnt har EF-domstolen i Teckal-dommen og vel også i Stadt-Halle-dommen uttalt at omsetningsvilkåret kan bli å vurdere i forhold til både myndighet og "myndigheter"- altså i flertallsform. I Coname-dommen C-231/03 uttalte domstolen at et selskap som delvis var åpent for privat kapital, aldri kunne "betraktes som et organ til "intern" drift af en offentlig tjenesteydelse for de kommuner (klagenemndas understrekning), der ejer selskabet" – igjen har man brukt flertallsform. På den annen side har EF-domstolen nevnt oppdragsgiver i entallsform i forbindelse med omtale av kontrollkriteriet i samtlige saker hvor unntaket for egenregi har vært omhandlet. Det vises til EF-domstolens saker C-107/98 (Teckal) premiss 50, C-26/03 (Stadt Halle) premiss 49, C-84/03 (Kommisjonen mot Spania) premiss 38 og C-458/03 (Parking Brixen) premiss 64.

- (35) Når det gjelder omsetningsvilkåret, må det fortolkes relativt strengt. Det vises til at EF-domstolen blant annet i Coname-dommen premiss 26 legger vekt på at selskapet må være "et organ til "intern" drift av en offentlig tjeneste" for kommunene som eier selskapet. Uttalelsen omhandler ikke direkte omsetningsvilkåret, men er etter klagenemndas syn likevel relevant for vurderingen av hvilke hensyn som ligger bak omsetningsvilkåret. Det interkommunale selskapet må etter dette ikke ha virksomhet av betydning som er rettet mot det kommersielle markedet.
- (36) IKT Agder kan i henhold til selskapsavtalens § 4, innenfor rammer fastsatt av styret, påta seg oppdrag for offentlige og private organer/instanser. Innklagede har opplyst at denne bestemmelsen ikke er benyttet da kapasiteten hos IKT Agder ikke har vært dimensjonert for dette. Klagenemnda legger etter dette til grunn at omsetningsvilkåret er oppfylt.
- (37) Når det gjelder kontrollvilkåret, synes det å være på det rene at innklagedes 40 % andel alene ikke er nok til slik kontroll som Teckal-dommen forutsetter. Spørsmålet er da om man kan identifisere eierkommunene når kontrollkriteriet skal anvendes i dette tilfellet.
- (38) Spørsmålet om tildeling til flereid interkommunalt foretak kan aksepteres som egenregi, i den forstand at eierne kan identifiseres når det gjelder kontroll, har ikke vært oppe i noen tidligere sak for Klagenemnda. Nærings- og handelsdepartementet har i den såkalte Sogndalen-saken 21.11.2002 uttalt seg mot at det skulle være adgang til identifikasjon mellom flere offentlige oppdragsgivere. I dette spørsmålet har klagenemnda delt seg i et flertall og et mindretall.
- (39) *Flertallets syn*
Flertallet – Bjørg Ven og Inger-Marie Dons Jensen - mener at kommuner som deltar i interkommunale selskaper, må kunne identifiseres når det gjelder spørsmålet om kontroll, og at klagen derfor ikke fører frem, fordi det her vil måtte anses som egenregi.
- (40) EF-domstolen har ikke tatt uttrykkelig stilling til om det kan finne sted en identifikasjon av flere oppdragsgivere ved vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt. Det forhold at flertallsformen er brukt i enkelte avgjørelser om egenregi, selv om dette ikke knytter seg direkte til kontrollkriteriet, trekker etter flertallets syn i retning av at domstolen mener dette ikke kan utelukkes. Flertallet legger også en viss vekt på det som er sagt i Ot. prp. nr 53 (1997-98).
- (41) Flertallet har ellers merket seg at den danske lov nr. 378 av 14.06.1995 om kommuners og amtskommuners udførelse af oppgaver for myndigheter § 1 Stk. 2 har en bestemmelse som går ut på at oppgaver som kommunale fellesskaper utfører for de deltakende kommunene, generelt er unntatt fra plikten til å lyse ut en konkurranse. Videre har man i den svenske utredning "Mer värde för pengarna" lagt til grunn at et foretak som eies av flere kommuner i felleskap må likestilles med et foretak som fullt ut eies av en kommune i forhold til reglene om egenregi.

- (42) Formålet bak reglene om offentlige anskaffelser kan ikke sees å være til hinder for at to eller flere kommune går sammen om en rasjonell utførelse av oppgaver som hver enkelt av dem er for liten til selv å utføre rasjonelt.
- (43) Flertallet kan ikke se at saklig begrunnet samarbeid mellom kommuner gjennom interkommunale selskaper ikke skal kunne kombineres med egenregi i de tilfellene hvor det interkommunale selskapet er opprettet med det hovedformål å dekke eierkommunenenes behov, og eierkommunene samlet utøver en kontroll som er på linje med den som gjelder for interne etater.
- (44) I slike tilfeller vil dessuten det interkommunale selskap være underlagt reglene for offentlig innkjøp, og må følge disse for sine anskaffelser.
- (45) Flertallet vil etter dette konkludere med at det må være adgang til å identifisere eierkommunene ved vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt.
- (46) I sak C-458/03 (Parking Brixen) uttalte EF-domstolen seg om hva som nærmere ligger i det å ha en kontroll over selskapet som tilsvarende den oppdragsgiver har ovenfor egen interne organisasjoner. Bedømmelsen skal i følge EF-domstolen ta samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstendigheter i betraktning. Det skal fremgå av undersøkelsen at det aktuelle selskapet er underlagt en kontroll som gjør det mulig for oppdragsgiver å påvirke virksomhetens beslutninger. Innflytelsen skal være bestemmende så vel i forhold til de strategiske målsetningene som i forhold til viktige beslutninger. (premiss 65)
- (47) Flertallet antar at kontrollvilkåret vil være oppfylt for samtlige eierkommuner dersom strukturen i samarbeidet er lagt opp slik at de har felles innflytelse over organisering og opplegg i virksomheten. I dette tilfellet er det snakk om fire eierkommuner som har organisert IKS'et slik at de hver har én representant og én stemme i representantskapet og hver ett styremedlem, uavhengig av eierandel. I styret er det i tillegg til eierkommunenenes styremedlemmer, en representant for de ansatte. Kontrollvilkåret anses dermed oppfylt.

Kunngjøringsplikt

- (48) Som følge av flertallets syn må klagerens anførsel om at anskaffelsen uansett skulle ha vært kunngjort, behandles. Det følger av C-26/03 (Stadt Halle) premiss (36) og av C-231/03 (Coname) premiss (28) at beslutningen om å tildele i egenregi i lys av håndhevelsesdirektivet Dir. 89/665 må kunne etterprøves rettslig av berørte parter. For at klageadgangen skal fungere i praksis, må beslutningen gjøres kjent. Dette betyr at innstillingen eller beslutningen om å tildele oppdrag må gjøres offentlig tilgjengelig. Hvorvidt dette skjer ved kunngjøring eller på annen måte, må være opp til oppdragsgiver.

Mindretallets syn

- (49) Medlemmet *Kai Krüger* mener at unntaket for utvidet egenregi ikke kommer til anvendelse i dette tilfellet, og ser slik på spørsmålet:
- (50) Det foreliggende tilfelle gjelder en kombinasjon av utstyrsleveranser og tjenester, der noe skal anskaffes ved ordinær kunngjøring i markedet samtidig som IKT

Agder er ment å skulle levere tjenester i egen produksjon. Mindretallet legger til grunn at en kommunal felles organisering av utstys- og tjenestekjøp fra det private marked må godtas. I slikt tilfelle er konkurransehensynet etter lovens § 5 ivaretatt i og med at private utstysleverandører deltar i konkurranse som det interkommunale foretak i egenskap av anskaffelsesmyndighet er forpliktet til å gjennomføre. Anskaffelsen kan da sies å skje i det kommersielle marked, men *for* IKS-kommunene. For ytelser som foretaket selv skal produsere, stiller dette seg annerledes, særlig når det gjelder tjenester som også tilbys under konkurranse i det private marked. Egenregi vil i slikt tilfelle ikke forskyve, men begrense eller utelukke konkurranse fra privat sektor, hvilket kan sies å være i grunnleggende strid med konkurranseprinsippet i lovens § 5. IKT Agder skal i henhold til vedtektene være et drifts- og innkjøpsselskap og fungere som deltagernes faginstans for IKT-løsninger generelt, hvilket så vidt skjønnes går lenger enn til å formidle storinnkjøp i markedet for slike ytelser. I det aktuelle tilfelle er det tale om en omfattende og flerårig opptrappingsplan for opplæring som skal omfatte infrastruktur, programvare, driftstjenester, kjøp og utstysleie. Dette er ytelser som også private IKT-foretak kan levere. At IKT Agder IKS er ment å kunne operere kommersielt fremgår av selskapsavtalens § 4 (sitert ovenfor), og selv om denne adgangen ikke er benyttet, understreker den at det er tale om en potensiell markedsaktør på et område der konkurransen i det relevante marked allerede er betydelig. Med henvisning til dette, og ut fra hensynet til sammenhengen i regelverket, herunder at det gjelder varer og tjenester som det er konkurranse om innen det private marked, mener mindretallet at vilkåret for egenregi ikke kan anses oppfylt. Skulle man godta lavere kontrollandeler enn det som følger av Teckal-dommen, men ikke så lave som i Coname-saken, måtte resultatet uansett bli at grensen for egenregi blir flytende – og med det resultat at adgangen til egenregi blir ulik ettersom hvilke andeler små og store kommuner deltar med.

- (51) Det nye EU Dir. 2004/18 har i artikkel 11 bestemmelser om sentrale innkjøpsforetak - såkalte "central purchasing bodies". Hjemmelen åpner for at medlemsstatene kan etablere slike organer med den virkning at det kan gjøres direkte kjøp. Poenget er her at et slikt organ sentraliserer vare- og tjenestekjøp i markedet, slik at ny anbudsrunde ved leveranser innen offentlig sektor ikke er nødvendig. Det sentrale er her innkjøpssamarbeid i forhold til det private marked. Hjemmelen vil visstnok ikke dekke egenproduksjon av varer og tjenester ved enhetens egne ressurser, jfr *Sue Arrowsmith The law of Public and Utilities Procurement* 2. utgave 2005, som omtaler dette på s. 402:

"The provision [d. v. s. artikkel 11 nr 1] does not cover...when the central purchasing body provides services or goods with its own resources. Thus the provision leaves untouched the situation in which a group of authorities establishes a joint agency to provide them with services entirely from the agency's own resources. Thus the scope of the existing law as set out in Teckal concerning the extent to which such agencies may be regarded as "in house" entities, remains important."

Den nye hjemmelen er også omtalt av M.A. Dittmer i antologien R. Nielsen – S. Treumer *The New EU Public Procurement Directives* (2005) s. 41-42, og med særlig sikte på langsiktige rammeavtaler. Det uttrykkes "some doubts" med tanke

på rammeavtaler for IT-produkter som skal leveres over flere år med samme leverandører, men med tillegg av nye produkter, modeller o.s.v.

- (52) Mindretallet forstår den nye hjemmelen i 2004-direktivet som en fakultativ utvidelse i forhold til det som gjelder under de eksisterende direktiver fra 1990-årene. Sitatet om at Teckal - med understrekning av kontroll for vedkommende anskaffelsesmyndighet - fortsatt gjelder, forstås best som støtte for at varer og tjenester tilveiebragt ved foretakets egne ressurser ikke kan skje ved egenregi, verken etter de gjeldende eller etter det nye direktiv.
- (53) Det foreliggende høringsutkast til kommende forskrift for offentlige anskaffelser (Moderniserings-/Fornyingsdepartementet 2005) tar ikke opp egenregispørsmål og tar heller ikke opp 2004-direktivets opsjon for sentraliserte innkjøp som omtalt ovenfor.
- (54) Mindretallet legger etter dette til grunn at kontrollvilkåret i dette tilfellet tilsier at det ikke kan finne sted en identifikasjon av eierkommunene. Innklagede har én av fire medlemmer i representantskapet. Videre har innklagede ett av fem styremedlemmer. Innklagede har dermed verken flertall i representantskapet eller i styret. Kontrollvilkåret er da ikke oppfylt. Innklagede kan derfor ikke inngå kontrakt med IKS Agder i henhold til unntaket om egenregi. Kontraktens omfang og varighet, innhold og relasjon til IKT-markedet generelt inngår i mindretallets vurdering, og menes således å være i tråd med lovmotivene til IKS-loven fra 1999. Innklagede er da forpliktet til å gjennomføre anskaffelsen i henhold til prosedyrereglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, herunder å kunngjøre anskaffelsen.

Tildeling av enerett – forskriftens § 1-3 (2)(h)

- (55) Innklagede har påberopt seg at forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) (h) om tildeling av enerett kan anvendes i dette tilfellet. Bestemmelsen lyder

”Forskriften får likevel ikke anvendelse på:

(...)

h) kontrakter om offentlige tjenestekjøp som tildeles et organ som selv er en offentlig oppdragsgiver som definert i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften) med hjemmel i en enerett organet har i henhold til en kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak, forutsatt at bestemmelsene er forenlige med EØS-avtalen.”

- (56) Mindretallet bemerker at enerett i forskriftens forstand forutsetter et overordnet vedtak forskjellig fra en beslutning om kontraktstildeling. Under enhver omstendighet gjelder at eventuell enerett må begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran hensynet til den frie bevegeligheten av tjenester, jfr. EØS-avtalens artikkel 36 til 39, forbudet mot diskriminering på grunn av nasjonalitet i artikkel 4 samt konkurransereglene i avtalens del IV og særlig artikkel 59. Mindretallet antar at tildeling av enerett først og fremst vil være forenlig med EØS-avtalen for oppgaver som kommunen er pålagt å utføre, og som det er antatt er samfunnsmessig hensiktsmessig at det offentlige har kontroll over utførelsen av.

- (57) Tjenestedirektivet Dir 92/50 har en bestemmelse i artikkel 6 som hjemler tildeling til foretak som etter definisjonen i direktivets artikkel 1 (b) leverer infrastruktur-tjenester av allmenn økonomisk betydning ("general interest") uten å være av industriell eller kommersiell karakter, jfr forskriftens § 1-3 (2) (h). Rekkevidden av unntaket i tjenestedirektivet er utdypet av EF-domstolen i C-360/96 (Arnhem). IKT-tjenester i et konkurrerende marked faller utenom dette, og dermed også utenfor forskriftens unntak. Hjemmel for tildeling av infrastruktur-tjenester i egenregi til anskaffelsesmyndighet eller "association of contracting authorities" er videreført i det nye Dir. 2004/18 som artikkel 18. Dette vil også i fortsettelsen være hjemmel for egenregi-løsninger for infrastrukturtjenester i kommunale sammenslutninger.

Klagers stilling i en eventuelt senere konkurranse

- (58) Innklagede har bedt klagenemnda om å ta stilling til om det forhold at klager har fått utlevert konkurransegrunnlaget i forbindelse med klagebehandlingen, kan diskvalifisere klager i en senere konkurranse. Klagers eventuelle fordel vil her være at klager har fått informasjon om konkurransen på et tidligere stadium enn hva øvrige leverandører har fått, og dermed fått et forsprang i konkurransen. Denne forskjellsbehandlingen kan uansett repareres ved at innklagede tar hensyn til dette ved fastsettelsen av tilbudsfristen og gir leverandørene tilstrekkelig god tid til å utarbeide tilbud.

- (59) Mindretallet former ingen konklusjon.

I overensstemmelse med flertallets syn formuleres slik

Konklusjon:

Arendal kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
7. november 2005

Kai Krüger