



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede tildelte en enerett for behandling av våtorganisk avfall fra husholdninger samt kloakkslam fra Steinkjer kommune. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde hjemmel i forskriftens § 1-3 (2) bokstav h til å tildele kontrakt med hjemmel i eneretten, og at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. Klagenemnda kom til at gebyr ikke skulle ilegges, siden dette var et juridisk uavklart rettsområde, og at innklagede ikke hadde utvist grov uaktsomhet ved å tildele eneretten.

Klagenemndas avgjørelse 23. juni 2008 i sak 2008/7

Klager: Norsk Industri

Innklaget: Steinkjer kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Magni Elsheim, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Tildeling av enerett etter forskriftens § 1-3 (2) bokstav h, ulovlig direkteanskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Steinkjer kommune v/kommunestyret (heretter kalt innklagede) vedtok 14. november 2007 å gi Ecopro AS (heretter kalt Ecopro) enerett til å behandle utsortert våtorganisk avfall fra husholdninger, samt kloakkslam fra Steinkjer kommune uten forutgående kunngjøring. Eneretten skulle gjelde i 15 år fra og med 2008. Det hitsettes følgende fra vedtaket:

"Ecopro AS gis enerett til å behandle usortert våtorganisk avfall fra husholdningene og kloakkslam fra Steinkjer kommune.

Det forutsettes av Ecopro AS skal følge selvkostprinsippet ved utøvelse av eneretten.

Eneretten gjelder i 15 år fra 1. januar 2008.

Eneretten kunngjøres på Steinkjer kommunes hjemmeside."

- (2) Videre fremgikk det følgende om bakgrunnen for vedtaket:

"I generalforsamlingen i Ecopro AS våren 2006 fikk styret fullmakt til utvidelse av aksjekapitalen, bl.a. med sikte på et mulig samarbeid med Trondheim Energi AS. I den forbindelse måtte det klarlegges om forutsetningene for direkte tildeling til Ecopro AS ville bli endret, etter som Trondheim Energi ikke har ansvar for innsamling av avfall. Saken er drøftet med KS-advokatene, som peker på at eiere med annen type virksomhet vil gi problem med å hjemle tildeling i bestemmelsen om egenregi. KS-advokatene mener imidlertid at saken lett kan løses ved å hjemle direkte tildeling i FOA's bestemmelser om kunngjort enerett.

Tildeling av enerett kan i denne forbindelse gjelde oppgaver som ved lov er tillagt en kommune eller offentlig enhet som en form for rettslig monopol. Dette er tilfelle på avfallsområdet, hvor Forurensingsloven gir kommunen eneansvar og enerett til innsamling av husholdningsavfall og opplag eller behandling av husholdningsavfall og kloakkslam. På slike områder kan altså en kommune eller IKS foreta direkte bortsetting av oppgaver, forutsatt at det skjer til "et organ som selv er en offentlig oppdragsgiver". For å kvalifisere som offentlig oppdragsgiver, er det tilstrekkelig at det offentlige eierskapet er over 50 %. Med hjemmel i enerett, legges det heller ingen begrensning på Ecopro AS mht å tilby tjenester mot markedet. Den delen av virksomheten som selskapet driver på basis av enerett, må imidlertid holdes atskilt, og baseres på sjølkost. Det forutsettes at tildelingen gjøres kjent gjennom kunngjøring.

[...]

I generalforsamlingen for 2007 i Ecopro ble eierne orientert om ovennevnte, og det ble lagt til grunn at eierne fulgte opp med vedtak om tildeling av enerett. De andre eierne har allerede gjort slike vedtak.

Fylkesmannen har ved sitt vedtak av 27.8.d.å.(vedlegg) opphevet kommunestyrets vedtak av 8.11.2006, sak PS 06/157 og sendt saken tilbake til kommunen for ny behandling.

Fylkesmannens vurdering er bare basert på hvorvidt vilkårene for å unnlate anbudskonkurranse med hjemmel i unntaket for anskaffelse i egenregi er oppfylt. Muligheten for å anvende unntaket som gjelder tildeling av kunngjort enerett er overhodet ikke vurdert.

[...]

Direkte tildeling er nødvendig i dette tilfellet av hensyn til oppbygging av behandlingskapasitet og de store investeringer etableringen av Ecopro AS innebærer, og som skal tilfredsstille myndighetenes krav til miljømessig avfallsbehandling når deponiforbudet inntreffer i 2009.

Saksvurderinger:

På bakgrunn av ovennevnte forhold og redegjørelsen fra KS-advokatene, anbefales at Steinkjer kommunen baserer sin tildeling av oppgaver til Ecopro AS på bestemmelsene i FOA om enerett.

I tråd med inngåtte avtaler begrenses eneretten til 15 år regnet fra 1. januar 2008.

Tildeling av enerett anbefales kunngjort på kommunens hjemmeside''

- (3) Ecopro (tidligere Midt Norsk Kompost AS) ble opprinnelig stiftet av 41 kommuner i Trøndelag regionen i 2003. Selskapet ble etablert for å bygge et høyteknologisk lukket behandlingsanlegg (biogassanlegg) for organisk og animalsk avfall. Det fremgår følgende om selskapets hovedformål i Ecopros' vedtekter:

"VEDTEKTER FOR Ecopro AS

[...]

3. Selskapets formål er å arbeide med:

- a) Motta og behandle våtorganisk avfall og slam fra kommuner og interkommunale selskaper, industri og private aktører i Midt-Norge, herunder etablering og drift av felles avfallsbehandlingsanlegg.*
- b) Samordne transport av innsamlet og utsortert avfall til felles behandlingsanlegg.*
- c) Markedsføre og selge restprodukter og energi fra avfallsbehandlingen.*
- d) For øvrig yte tjenester innen området avfallsbehandling."*

- (4) Angående vederlag for lovpålagte oppgaver hitsettes følgende fra vedtektene:

"For lovpålagte oppgaver, der Selskapet er tildelt enerett, skal selvkostprinsippet følges."

- (5) Etter en aksjeemisjon er det nå følgende eiere i selskapet, herunder 50 kommuner:

Helgeland Avfallsforedling IKS 12.56 %
Søndre Helgeland Miljøverk IKS 13.74 %
Midtre Namdal Avfallsselskap IKS 12.58 %
Steinkjer Kommune 6.97 %
Innherred Renovasjon IKS 26.16 %
HAMOS Forvaltning IKS 3.08 %
Trondheim Energi Fjernvarme AS 24.92 %

- (6) Forut for innklagedes tildeling av enerett til Ecopro sendte Norsk Industri (heretter kalt klager) et brev til innklagede av 12. november 2007 hvor det fremgikk følgende:

"Steinkjer kommunes tildeling av enerett til Ecopro AS

Norsk Industri organiserer gjenvinningsindustrien i Norge og har sterke interesser i hvordan kommunene praktiserer tildeling av oppdrag innenfor gjenvinningssektoren. Vi ber om at kommunestyret utsetter behandling av sak "PS 07/196 Ecopro AS- tildeling av oppgaver /enerett" inntil saken er tilstrekkelig utredet.

Den påtenkte tildelingen vil, slik Norsk Industri ser det kunne stride mot ulike regelsett knyttet til anskaffelsesregelverket og EØS- avtalen.

Vi reiser spørsmål om tildelingen vil kunne stride mot statsstøttereglene i EØS- avtalens artikkel 61. Årsaken er at vederlaget (det vil si prisen pr tonn avfall) til Ecopro ikke er forhåndsdefinert innenfor fastsatte rammer etter en konkret kostnadsanalyse. Dette vil kunne gi Ecopro problemer fordi det skal operere i et marked med en enerett og samtidig ellers operere i markedet på andre tjenesteområder og med andre produkter. Kommunestyret bør derfor undergi disse konkrete forhold en nærmere analyse før det tas beslutning om enerett eller ikke.

Norsk Industri vil videre poengtere at EØS-avtalens artikkel 36 forutsetter fri fly av tjenester. Tildeling av enerett er en "restriksjon" på adgangen til å tilby tjenester fra

andre bedrifter og et klart unntak i anskaffelsesregelverket. Eneretten kan derfor bare tillates dersom den er egnet og nødvendig for å oppnå visse allmenne hensyn som ellers ikke kan oppnås.

I saksfremlegget til kommunestyret er det opplyst at tildeling til Ecopro

”er nødvendig av hensyn til oppbygging av behandlingskapasitet og de store investeringer etableringen av Ecopro innebærer, og som skal tilfredsstillende myndighetenes krav til miljømessig avfallsbehandling når deponiforbudet inntreffer i 2009”

Norsk Industri mener hensynet til Ecopro i seg selv ikke er et legitimt allment hensyn som kan begrunne en enerett, selv om de miljømessige utfordringer etter en konkret analyse vil kunne være det. Forutsetningen for enerettstildeling er at kommunen påviser at avfallshåndteringen ikke uten enerett kan utføres på akseptable økonomiske vilkår eller at kontraktene hvis de tildeles flere aktører bli unødvendig dyre for kommunen. I normale tilfeller vil økt konkurranse gi et motsatt utfall; nemlig billigere løsninger for kommunen.

Innstillingens begrunnelse for eneretten viser etter Norsk Industris vurdering ikke at det kan være nødvendig å tildele Ecopro kontrakten uten etter forutgående konkurranse. Hensynet til å sikre tilfredsstillende miljøbehandling av avfallet kan meget vel sikres i en anbudsprosess hvor Ecopro selv kan delta og hvor det stilles objektive og relevante krav til den som kontrakten tildeles.

Vi mener at saken, slik den fremstår, ikke gir grunnlag for å fravike anskaffelsesforskriften og tildele den aktuelle enerett til Ecopro uten etter forutgående konkurranse. Norsk Industri ber derfor om at kommunestyret ikke beslutter slik tildeling før saken er nærmere vurdert i forhold til EØS-avtalens regler.”

- (7) Bakgrunnen for etablering av Midt Norsk Kompost AS (nå Ecopro) var opprinnelig et brev fra fylkesmannen av 6. juni 1997 til alle kommunene i Nord-Trøndelag, tekniske etater, helse- og sosialetat, landbruksetat og miljøvernledere hvor det fremgikk følgende:

”Avløpsslam som brukes skal være hygienisert og stabilisert. Bakgrunnen for dette kravet er at man vil forebygge hygieniske og helsemessige ulemper ved bruk av slam. Smittefare og luktulempene vil bli redusert”

- (8) Sommeren 1997 innledet Innherred Renovasjon og alle kommunene i Sør-fylket (inkludert Steinkjer kommune) et samarbeid med Fylkesmannen. Målet var å etablere en slamplan som realistisk plandokument for behandling og mellomlager, distribusjon og deponering av slam.
- (9) Det ble i 2001 satt i gang et utredningsarbeid av Styringsgruppen for våtorganisk avfall Midt-Norge (representert av dagens eiere) for å se mulige behandlingsmåter for å møte fremtidige krav til behandling av våtorganisk avfall og slam fra den kommunale renovasjon i Trøndelagsregionen.

- (10) Den 14. august 2002 ble Midt - Norsk Kompost AS stiftet (nåværende Ecopro). Før det ble besluttet å bygge biogassanlegget ble det foretatt en konsekvensutredning av Ecopro som resulterte i en rapport datert 15. september 2005. I korte trekk er konklusjonen i rapporten at biogassanlegg hadde en rekke miljø- og hygienemessige fordeler fremfor dagens kompostering og forbrenning. Ecopro besluttet deretter å bygge et nytt sentralanlegg for behandling av organisk råstoff. I beslutningsunderlaget av 14. januar 2003 fremgår det hvilke rammebetingelser og miljømessige krav som miljømyndighetene stiller gjennom Stortingets avfallsmelding og EUs vedtatte og kommende direktiver og forordninger. Det ble deretter innhentet anbud for valg av leverandør for bygging av selve anlegget.
- (11) Innklagede vedtok i 8. november 2006 å inngå avtale med Ecopro om levering av slam og våtorganisk avfall. Vedtaket ble gjenstand for lovlighetskontroll, og Fylkesmannen i Nord-Trøndelag opphevet vedtaket og sendte det tilbake til kommunen for ny behandling. Det hitsettes fra fylkesmannens brev av 27. august 2007 om lovlighetskontroll av vedtaket vedrørende tildeling av oppdrag i egenregi:

"Anbudskonkurranse

I og med vedtaket av 8. november 2006 tildelte kommunestyret Ecopro AS oppgaven med å håndtere slam og våtorganisk avfall for Steinkjer kommune. Problemstillingen er om det er adgang til en slik tildeling uten forutgående anbudskonkurranse. Spørsmålet om oppdraget skulle vært lagt ut på anbud eller ikke, er etter Fylkesmannens oppfatning en offentligrettslig problemstilling som er gjenstand for lovlighetskontroll.

Som hovedregel skal alle kommunens anskaffelser legges ut på anbud. Dersom kommunen velger å utføre ytelsen ved hjelp av eget personale (egenregi) gjelder imidlertid ikke hovedregelen. Unntaket for egenregi gjelder også i noen tilfeller mellom to separate juridiske personer. For at unntaket for egenregi skal komme til anvendelse mellom to selvstendige personer som inngår en kontrakt, må oppdragsgiver utøve en tilsvarende kontroll over leverandørselskapet som over egen virksomhet. Ved bedømmelsen av om oppdragsgiver utøver kontroll som nevnt skal en se på alle relevante lovebestemmelser, vedtekter og andre faktiske omstendigheter. Oppdragsgiver må kunne påvirke selskapets beslutninger. Innflytelsen fra oppdragsgiver må være bestemmende både i forhold til selskapets strategi og i forhold til viktige beslutninger.

[...]

Det offentlige har ikke udelt ansvar for å håndtere avfall, herunder våtorganisk avfall. For næringsavfall, dvs avfall fra offentlige og private virksomheter og institusjoner, er det den næringsdrivende selv som har ansvar for å håndtere avfallet, jf, forurensningsloven § 32. Det offentlige har heller ikke noen plikt til å håndtere slam fra hoteller og annen større virksomhet, jf, forurensningsloven § 26. Av det ovennevnte går det fram at private kan ha ansvar for håndtering av slam og våtorganisk avfall, og private kan med andre ord ha både ansvar og interesser innenfor de områdene som regnes opp i bestemmelsene nr 3 i vedtektene.

Fylkesmannen kan ikke se at andre bestemmelser i vedtektene og aksjeeieravtalen utelukker privat eierskap i selskapet. Det er således mulig med privat eierskap i selskapet og Fylkesmannens konklusjon er at unntaket for egenregi ikke kommer til anvendelse i den foreliggende saken.

Fylkesmannen kan heller ikke se at andre unntak fra anbudsreglene muliggjør tildeling av oppgaven med å håndtere slam og våtorganisk avfall til Ecopro AS uten forutgående anbudskonkurranse. Fylkesmannen finner etter dette at vedtaket av 8. november 2006, sak PS 06/157, er ugyldig.

[...]”

- (12) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 8. januar 2008. I sak 2008/8 har Namdal Tankrens AS klaget inn innklagede for samme forhold.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å tildele en enerett til Ecopro, da vilkårene for anvendelse av dette unntaket ikke er oppfylt.

Vedtaket strider mot grunnleggende krav

- (14) Vedtaket om tildeling av enerett er for det første usaklig, vilkårlig og fattet i strid med de grunnleggende krav. Det fremgår av saksfremlegget ingen redegjørelse for, eller vurdering av om vilkårene for å benytte unntaket er oppfylt i saken, herunder ikke om tildelingen er forenlig med EØS- avtalen. Det kan derfor synes som om vilkåret ikke ble konkret vurdert. Det synes også som om innklagede har basert vedtaket på generelle utredninger, hvilket er i strid med klagers påpekning før vedtaket ble truffet. Klager er av den oppfatning at foreneligheten med EØS- avtalen må vurderes særskilt og konkret i forbindelse med det enkelte vedtak om enerett, og at beslutningen må settes til side når så ikke er skjedd. Følgelig er vedtaket usaklig og vilkårlig, og fattet i strid med de grunnleggende krav i lov om offentlige anskaffelser § 5 om at beslutninger skal være basert på forretningsmessighet og skal bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet og i samsvar med god forretningsskikk, samt strider mot kravene til saklig og objektiv saksbehandling.

Eneretten kan ikke etableres som ledd i tildelingen av oppdraget

- (15) Bakgrunnen for enerettsunntaket i FIA § 1-3 (2) h er å åpne for direkteanskaffelser i de tilfelle en enerettssituasjon allerede er (lovlig) etablert. Dersom det er truffet et (lovlig) vedtak som forbeholder én aktør utførelse av visse definerte tjenester, vil det være spill av ressurser å benytte anskaffelsesregelverkets prosedyrer. Det eksisterer jo uansett bare én aktuell kontraktspart.
- (16) Det har derimot aldri vært meningen gjennom dette unntaket å gi offentlige oppdragsgivere en mulighet til å omgå de begrensninger som gjennom praksis er lagt på adgangen til å utføre oppdraget i egenregi. I så fall skulle man forventet at unntaket ville oppnådd en viss utbredelse rundt om i Europa, noe det ikke gjennom rettspraksis finnes indikasjoner på.
- (17) Dette unntaket må, som andre unntak fra hovedregelen om konkurranse, ”fortolkes indskrænkende, og [...] bevisbyrden for, at de særlige omstendigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem”. FOA § 1-3 (2)

h forutsetter at organet som tildeles oppdraget allerede ”*har*” enerett i henhold til kunngjort vedtak. Det er således ikke anledning til å etablere eneretten i forbindelse med selve anskaffelsen. Frankrikes Conceil d’etat har i den forbindelse uttrykt at eneretten må være gitt forut for, og uavhengig av kontraktstildelingen. Et slikt krav bør stilles også i norsk rett for i størst mulig grad å sikre objektive og transparente enerettsbeslutninger som ikke er påvirket av ønsket om å unngå konkurranse om en konkret anskaffelse.

- (18) I nærværende sak har Steinkjer kommune besluttet enerett samtidig med, og som et ledd i, tildelingen av det konkrete oppdraget til Ecopro. Enerettsvedtaket ble valgt fordi egenregialternativet viste seg uanvendelig. Enerettsbeslutningen fremstår derfor som et virkemiddel for å oppfylle en overordnet målsetning om å hindre konkurransen om oppdraget. Steinkjer kommunes vedtak om å tildele oppdraget til Ecopro er derfor allerede av denne grunn uhjemlet og ugyldig.

Forskriftens § 1-3 (2) h kommer ikke til anvendelse på enerettsvedtaket

- (19) Vedtaket som tildeler Ecopro enerett uten forutgående konkurranse er uforenlig med EØS- avtalen, med den følge at unntaket i forskriftens § 1-3 (2) bokstav h ikke kommer til anvendelse. Klager gjør gjeldende at enerettstildelingen utgjør en restriksjon som er uforenlig med EØS- avtalens regler om tjenestefrihet. Lovens fastsetter at en offentlig anskaffelse ”*så langt det er mulig [skal] være basert på konkurranse*”, og at oppdragsgiver plikter å ”*sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen*”. Unntakene i forskriften tilsidesetter ikke lovens § 5. Det fundamentale kravet om at det offentliges tildeling av kontrakt skal skje ved konkurranse så langt det er mulig er derfor relevant også ved tildeling av enerett. Det er bare dersom det er umulig, meningsløst eller ikke har noen hensikt at konkurranse eventuelt kan unnlates.
- (20) Det fundamentale kravet, om at det offentliges tildeling av kontrakt skal skje ved konkurranse så langt det er mulig, er derfor relevant også ved tildeling av enerett. Det er bare dersom konkurranse er umulig, meningsløst eller ikke har noen hensikt at konkurranse eventuelt skal utelates. Det samme følger av EØS-avtalens hoveddel, hvilket blant annet understrekes i fortalen til anskaffelsesdirektivet, avsnitt 2.
- (21) Et hovedhensyn som også under EØS-avtalens hoveddel skal oppfylles ved tildeling av kontrakter med det offentlige, er altså å ”*garantere en effektiv konkurranse*”. Det kreves med andre ord også etter EØS-avtalen en særskilt begrunnelse for å tildele kontrakt uten forutgående konkurranse. Det å etablere og tildele en aktør enerett uten konkurranse representerer åpenbart en restriksjon (for andre enn den som får eneretten) på adgangen til å tilby tjenester, jf. EØS artikkel 36. Slike enerettigheter kan derfor bare tildeles uten forutgående konkurranse dersom etableringen og direktetildelingen er et egnet, nødvendig og forholdsmessig virkemiddel for å oppnå visse tvingende allmenne hensyn (proporsjonalitetsprinsippet).
- (22) Nødvendighetsvilkåret innebærer at målsetningen ikke kan oppnås gjennom like effektive virkemidler som er mindre inngripende for tjenesteflyten i EØS enn det å etablere og tildele enerett uten forutgående konkurranse. Det vil være kommunen som har bevisbyrden for at dette vilkåret er oppfylt. Forholdsmessighetsvilkåret innebærer at tiltaket (etablere og tildele enerett direkte) må stå i et rimelig forhold til de mål som skal

oppnås. Dette vilkåret innebærer i noen grad en prøving av det beskyttelsesnivå kommunen har lagt seg på. Dette støttes av praksis fra EF-domstolen. Den har for eksempel akseptert at statene begrenser utbudet av pengespill; typisk har domstolen akseptert Italias beslutning om at tilbudet skal begrenses til 1000 utsalgssteder. Men tildelingen av disse 1000 lisensene må skje etter konkurranse på grunnlag av EØS-rettens regler om fri etablering og fri flyt av tjenester. Kommisjonen har generelt gitt uttrykk for samme oppfatning i Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen.

- (23) I sakene CONAME' og Parking Brixen fastslo EF-domstolen at direkteanskaffelsene var i strid med EF-retten fordi manglende utlysning/konkurranse innebar en krenkelse av de fundamentale regler om fri etablering og fri flyt av tjenester, så vel som grunnsetningene om ikke-diskriminering og transparens. Disse reglene er like i EØS. Av dette følger at blant annet EØS artikkel 36 inneholder et krav om konkurranse som brytes hvis tildeling skjer uten at *"alle tilbudsgivere får like chancer ved formuleringen af deres tilbud, uafhængigt af nationalitet"*.
- (24) Klager bestrider ikke at hensynet til å sikre tilstrekkelig og betryggende behandlingskapasitet for avfallet er et tvingende hensyn kommunen kan forfølge. Derimot bestrider klager at hensynet til å sikre kommunens investeringer i Ecopro er et legitimt hensyn som her kan forfølges. Dette er tvert om et økonomisk hensyn som er forbudt og som ikke kan begrunne unntak fra de grunnleggende friheter i EØS-avtalen.
- (25) Det ulovlige økonomiske hensyn må i tillegg anses ikke bare som en underordnet *"ekstra fordel"* ved kommunens beslutning, men som den vesentligste motivasjon bak etableringen. Årsaken er at det andre hensyn kommunen har påberopt, hensynet til å sikre behandlingskapasitet, ikke forspilles gjennom konkurranse. Det er derfor kapasitetshensynet som må anses som den underordnede ekstrabegrunnelsen. Det sentrale for kommunen må ha vært å sikre sine investeringer i Ecopro.
- (26) Når det subsidiært gjelder kapasitetshensyn særskilt, anfører klager at det isolert betraktet ikke er tale om et nødvendig og forholdmessig tiltak å tildele Ecopro kontrakten uten etter forutgående konkurranse. Klager er kjent med at det finnes en rekke aktører, norske og andre, som både besitter meget høy kompetanse og som kunne være interessert i å konkurrere om denne typen oppdrag. I EØS- perspektiv finnes velfungerende markeder for denne typen tjenester. Ingen av de nevnte dommer som innklagede hevder taler for at et kan etableres enerett på området, behandlet dette spørsmålet.
- (27) Innklagede må bevise at tilstrekkelig og betryggende avfallshåndtering ikke kan oppnås på annen måte enn å tildele oppdraget til Ecopro direkte. Kommunen har imidlertid ikke klager bekjent foretatt noen analyser som konkluderer med at direktetildelingen faktisk var nødvendig av den grunn. Klager har vanskelig for å se at dette i praksis lar seg påvise. I tilfellet kontrakten var blitt utlyst ville alle aktører som kan tilby tilstrekkelig kapasitet kunne meldt seg, herunder Ecopro. Konkurranse ville derfor gitt kommunen et bredere grunnlag for å oppfylle sine kapasitetsforventninger. Fordi myndighetenes miljøkrav er de samme overfor alle aktører uavhengig av deres eierskap vil muligheten til å oppfylle miljømålsetningen være like god eller bedre gjennom konkurranse.

- (28) Innklagde viser til det såkalte nærhetsprinsipp for å legitimere den tildelte enerett. Det fremgår av den fremlagte dokumentasjon at Ecopros anlegg ikke ligger særlig nær en rekke av de kommuner som skal gjøre bruk av det. Man har snarere inntrykk av at nærhet som oftest ikke er ønskelig grunnet den risiko for ubehag og sjenanse som gjerne forbindes med et slikt anlegg. Det fremgår også at avstanden til anlegget til sammen (tur-retur) er over 100 mil fra de kommuner som ligger lengst unna og som for øvrig har små avfallsmengder. Det bemerkes også at det ikke fremgår noe sted i den av innklagede fremlagte dokumentasjon at nærhetsprinsippet overhodet har vært vurdert i forbindelse med den lokaliseringsprosess for anlegget og beslutningsprosess som førte til vedtaket om direktetildeling. Nærhetsprinsippet er ikke aktuelt i saken ettersom det rent faktisk aldri har ligget til grunn for den aktuelle restriksjon. Videre kan nærhetsprinsippet lett ivaretas ved anvendelse av anskaffelsesreglene, og da på en måte som er mindre inngripende for den frie bevegelse av tjenester. Innklagde kan stille krav om plassering av anlegget i nærheten til avfallsproduksjonen, og tildeling av enerett uten forutgående konkurranse er derfor ikke en nødvendig restriksjon for å oppfylle et eventuelt nærhetsprinsipp. Det bemerkes også at innklagede synes å forveksle ”nærhet” med ”løsning av en oppgave gjennom lokale aktører”. Det er imidlertid ikke noe til hinder for at grenseoverskridende aktører (typisk foretak med utenlands eierskap) kan plassere sine anlegg ”nært”. Videre bemerkes at det følger av EF-domstolens praksis at nærhetsprinsippet ikke kan påberopes som rettferdiggjørelse av en restriksjon på fri bevegelse for avfall til nyttiggjøring (resirkulering) eller til ikke-miljøfarlig avfall.
- (29) Det bestrides videre at eneretten er legitim og nødvendig fordi Ecopros anlegg innebærer stordriftsfordeler. Klager kan ikke se at dette har blitt vektlagt på kvalifisert vis som et relevant moment i prosessen som førte til det omtvistede vedtak. Det eneste som finnes av dokumentasjon er konsekvensutredningen hvor det fremgår generelle betraktninger om at stort er billigere enn smått. Dokumentasjonen inneholder ingen analyser av hvilken størrelse, rentabilitet eller avskrivningsperiode som anses nødvendig. Klager mener i den relasjon at Sydhavnen Grus saken ikke er noe prejudikat for at stordriftsfordeler eller rentabilitetsbetraktninger kan legitimere en restriksjon på fri bevegelse. Domstolen avviste å ta stilling til om nødvendigheten av å sikre rentabiliteten av anlegget kunne legitimere restriksjonen på fri bevegelse. EF-domstolens konklusjon på spørsmålet om fri bevegelse var at den danske enerett ikke var rettmessig. I C- 203/96 Dusseldorf fremgår det i premiss 67 at EF-domstolen stiller kvalifiserte beviskrav til den som påstår av eneretten er nødvendig for å løse en oppgave.
- (30) Det må i denne sammenheng også ses hen til egenregireglene og de grunnleggende hensyn bak disse. EF domstolen har konsekvent fastholdt at egenregi er utelukket når en privat virksomhet har en eierandel i oppdragsmottakeren. Årsaken er at de private aktørene ellers hadde en konkurransefordel. I dette tilfellet har Ecopro allerede fått kommersielle aktører inn på eiersiden og kapitalutvidelse overfor andre er, som fylkesmannen påpeker, på ingen måte utelukket innenfor kontraktstildelingsperioden på 15 år. Dessuten er det forutsatt at Ecopro skal konkurrere med andre kommersielle aktører både ved tildeling av andre oppdrag og ved omsetning av de produkter avfallshåndteringen frembringer. Innklagedes direktetildeling av kontrakten til Ecopro fremstår derfor som en direkte omgåelse av egenregibegrensningene og tilrettelegger rent faktisk for at ”private virksomheter får en konkurransefordel”.

- (31) Avfallshåndtering er en tjeneste av allmenn økonomisk betydning som omfattes av EØS avtalens art. 59 (2). Selv om det etter omstendighetene kan anses nødvendig og forholdsmessig å etablere en enerett så er det ikke derved nødvendig og proporsjonalt å tildele oppdraget uten forutgående konkurranse. En motsatt konklusjon ville i tilfellet krevd at kommunen påviste at en aktuell markedsvikt nødvendiggjør et markedskorrigerende tiltak i form av enerettstildeling uten forutgående konkurranse. Dette lar seg ikke påvise.
- (32) Videre viser statistikk at produksjonen av næringsavfall er langt høyere enn produksjonen av husholdningsavfall. Miljømessige hensyn tilsier ikke at avfallsoppgaver absolutt må løses i offentlig regi. Videre fremgår det av Ecopros presentasjonsmateriale av januar 2008 at selskapet vurderer at det i Norge er grunnlag for 5-10 slike anlegg. Det er selvsagt fullt ut legitimt at klager ønsker at hele denne sektor ikke settes utenfor konkurranse.
- (33) Subsidiært gjør klager gjeldende at tildelingen strider mot EØS- avtalens statsstøtteregler. Klager anfører at Ecopros vederlag beregnet etter selvkostprinsippet rammes av støttebegrepet. Ecopro vil operere i markedet ved å påta seg også andre avfallsoppdrag, typisk etter forutgående konkurranse hvor også utenlandske aktører kan opptre. Videre vil Ecopro selge i markedet de produkter som avfallsoppdragene frembringer. Slike produkter vil bestå av varme/energi/og/eller resirkulerte produkter som begge (potensielt) vil stå i et konkurranseforhold til produkter og aktører med tilknytning til andre EØS- stater. Konsekvensen er derfor at konkurranse og samhandelsvilkåret i dette tilfellet er oppfylt, i det minste potensielt. Anvendelse av selvkostprinsippet vil stride mot det andre og fjerde av vilkårene i EØS artikkel 59 (2). Selvkostprinsippet forutsetter ingen objektiv forhåndsfastsettelse av beregningskriteriene, og i hvert fall ingen analyse av gjennomsnittskostnadene. Selvkostprinsippet innebærer i sin enkle form at Ecopro kan sende regning i ettertid basert på de kostnader selskapet rent faktisk har blitt påført, enten disse er små eller store. I praksis betyr dette at foretaket nærmest er fri til å selv fastlegge nivået for vederlaget. Det foreligger etter dette statsstøtte etter EØS artikkel 61 (1) som må godkjennes av ESA før vederlag kan ytes til Ecopro. Slik godkjenning foreligger ikke, og det er så vidt vites ikke engang notifisert. Inntil slik godkjenning foreligger, vil ytelse av vederlaget (støtten) være ulovlig. Konsekvensen er at den aktuelle kontrakt med Ecopro ikke er forenlig med EØS avtalen, og vilkåret for å benytte unntakshjemmelen i lovens § 1-3 (2) h er dermed ikke oppfylt.
- (34) Klagenemnda bes også uttale seg om hvilke tiltak innklagede bør ta i oppfølging av saken.

Innklagedes anførsler:

- (35) Det bestrides at innklagede har gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse ved å tildele en enerett til Ecopro. Unntaket i forskriftens § 1-3 (2) bokstav h kommer til anvendelse i dette tilfellet.

Kravet til offentlig rettslig organ

- (36) Kravet til offentlig rettslig organ må uten tvil være oppfylt. Både kravet til at kontraktene omfatter en tjeneste som skal tjene allmennhetens behov uten å være av

forretningsmessig eller industriell karakter og kravet til offentlig kontroll er oppfylt. I tillegg er vedtaket kunngjort, først ved at vedtaket ble offentliggjort på kommunens hjemmeside dagen etter at vedtaket var fattet i kommunestyret, og deretter senere på kommunens hjemmeside. Det har vært stor åpenhet om denne tildelingen.

Eneretten er forenlig med EØS- avtalen

- (37) Innklagede bestrider ikke at enerett i utgangspunktet utgjør en restriksjon som kan være uforenlig med EØS avtalen. Imidlertid er både anskaffelsesdirektivet, EØS avtalen, EU forordninger og rettspraksis gjennomsyret av at visse allmenne hensyn må gå foran hensynet til konkurranse og anbud, blant annet hensynet til miljø - og hygiene.
- (38) Kommunene har et særlig lovpålagt ansvar for husholdningsavfall og kloakkslam, både i forhold til innsamling og videre behandling, jf. forurensningsloven §§ 29-30. Ansvaret for behandlingskapasitet er nedfelt i forurensningslovens § 29, tredje ledd. Det har vært lovgivers ønske at kommunene skal ha et lovpålagt ansvar for behandlingskapasiteten for det avfall som er knyttet til husholdningene, men det er også klart forutsatt fra myndighetene at kommunale anlegg skal ha anledning til å ta i mot næringsavfall, men da ved å konkurrere i markedet, og kun dersom man har ledig kapasitet. Det er samtidig et krav etter forurensningsloven at dette skal skje til selvkost. Ecopro som offentlig kontrollert selskap oppfyller disse kravene til å behandle avfallet til selvkost for så vidt gjelder avfall fra husholdningene som er tildelt i medhold av enerett.
- (39) Det bestrides ikke at også håndtering av husholdningsavfall og kloakkslam som hovedregel må settes ut på anbud, dersom kommunene velger å benytte seg av markedsløsninger, og ikke selv har egen kapasitet til å behandle avfallet. Det bestrides heller ikke at vilkårene for egenregi ikke er oppfylt i dette tilfellet. Klagenemnda må ta stilling til spørsmålet om tildeling av enerett i dette tilfellet er i strid med EØS-avtalen.
- (40) Det fremgår av en konsekvensutredning at den valgte løsning med biogassanlegg har følgende miljø- og hygienemessige fordeler fremfor dagens løsning:
- (41) Utslipp av drivhusgasser blir redusert og anlegget regnes som et viktig klimatiltak. Det er vurdert at netto reduksjon i utslipp av klimagasser utgjør om lag 50.000 tonn CO₂-ekvivalenter sammenlignet med tradisjonell deponering. Dette tilsvarer årlige utslipp fra 15.000-20.000 personbiler.
- (42) Bioresten blir omdannet til næringsrik kompost av høy kvalitet - smittefri og av mye bedre kvalitet enn eksisterende komposteringsanlegg. Komposten fra eksisterende umoderne kompostanlegg kan i liten grad selges i markedet, men må etter kompostering overføres til deponi. Disse kompostanleggene vil bli nedlagt når det nye anlegget tas i bruk. Komposten som dannes fra Ecopro vil ha en så høy kvalitet at det kan nyttes til høyverdig jordprodukt, blant annet jordforbedring og gjødsel, samt blomsterjord.
- (43) Avfallet blir utnyttet som ressurs, ved at det kan utnyttes til fornybar energiproduksjon til fjernvarme og elektrisitet. Dette medfører for Ecopros tilfelle at anlegget gir en reduksjon på utslipp av fossilt karbondioksid på 8.000 tonn/år kun for el-produksjon.
- (44) Bioresten vil bli sterilisert, noe som eliminerer smittefaren. Dette anses som særlig viktig i regionen som er et landbruksdistrikt. Sykdom som BSE-epidemi (kugalskap)

eller Creutzfeldt-Jakob sykdom er eksempel på sykdommer som skyldes resirkulering av avfall uten tilstrekkelig grad av varmebehandling. BSE-epidemien oppstod som følge av resirkulert organisk avfall som ikke var tilstrekkelig varmebehandlet.

- (45) Med biogassanlegget blir dagens luktbelastning knyttet til de gamle komposteringsanleggene til eierkommunene eliminert.
- (46) For fugle- og dyrelivet forventes at det gis en bedring i området, uti fra erfaringer med lignende anlegg. Åpne anlegg trekker til seg kråker og måker som er predatorer på andre fuglers reir, og gir problemer. Kråkefugler sprer søppel ut i terrenget, og hamstrer organisk avfall i terrenget rundt avfallsdeponiet.
- (47) Konsekvensutredningen konkluderte med at det valgte alternativ å bygge biogassanlegg var det beste miljømessige alternativet, i motsetning til dagens kompostering og forbrenning. Våtorganisk avfall og slam er dårlig egnet til forbrenning.
- (48) Verken EFTA-domstolen eller Høyesterett har behandlet saker om tildeling av enerett til offentligrettslig organ innen kommunal sektor. Det må imidlertid legges til grunn prinsippet som kom til uttrykk i EFTA domstolens sak (E-1/06) og i Høyesterett (Rt. 2007-1003) om at hensynet til offentlig helse (bekjempelse av spillgalskap) var overordnet hensynet til konkurranse. Det rettslige utgangspunktet som skal vurderes ved om en restriksjon er i strid med EØS- avtalen er etter dette om restriksjonen er begrunnet i legitime hensyn, om restriksjonen er egnet til å nå formålet, og om det er nødvendig og forholdsmessig.
- (49) At man må kunne tildele enerett i dette tilfellet støttes av avgjørelsen i Sydhavnen (C-209/98) hvor København kommune tildelte enerett til flere private aktører for å sørge for oppbygging av gjenvinningskapasitet for ikke-farlig byggeavfall. Selv om det i dette tilfellet gjaldt en annen type avfall enn det avfallet Ecopro skal behandle, er premissene sitert ovenfor av sentral betydning i denne saken fordi det viser hvilke hensyn som kan begrunne enerett. Når EF-domstolen aksepterer tildeling av enerett som ekskluderer andre fra konkurranse i et tilfelle som Sydhavnen, må dette argumentet desto enda mer gjelde ved oppbygging av behandlingskapasitet for husholdningsavfall og kloakkslam som er en del av eierkommunenes lovpålagte oppgaver og underlagt selvkost. Sentralt i vurderingen må også være at de behandlingsmetoder som eksisterer i regionen ikke er tilfredsstillende i forhold til det Ecopro-anlegget kan tilby, og de nye miljøkrav som myndighetene stiller. Husholdningsavfall står i en særstilling også innen EU-retten. Dette følger av Arnhem-saken (C-360/96).
- (50) Hensynet bak tildeling av enerett til Ecopro er miljømessig behandling, behovet for å bygge ut kapasiteten for å kunne håndtere veksten i husholdningsavfall og beredskapshensyn. At miljø- og hygienehensyn må gå foran prinsippene om fri flyt over landegrensene gjenspeiles blant annet i prinsippet om at avfall til sluttbehandling ("*disposal*") skal behandles i nærhet til kilden (nærhetsprinsippet), som er nedfelt i blant annet forordning om "*waste shipment*". Det vises her til EF domstolens avgjørelse i sak C-2/90. EF domstolen kom til at selv om det i utgangspunktet var en restriksjon å hindre import fra andre steder i EU eller andre regioner enn Wallonia kunne stengning av grenser rettferdiggjøres av tvingende miljømessige hensyn. Innklagede vil særskilt fremheve som aktuelt i denne saken det som fremgår av denne avgjørelsen om avfall generelt, og spesielt om nærhetsprinsippet og prinsippet om selvforsyning.

- (51) Videre må det legges vekt på det som fremgår her om lokale (kommunale) myndigheters ansvar for å sørge for at eget avfall innsamles og behandles ”*as close as possible to the place where it is produced*”. Nærhetsprinsippet og det som følger av ovennevnte sak ble bekreftet i EF domstolens sak C-155/91, premiss 13. Rådsforordning 259/93 som er tatt inn i avfallsforskriften (forskrift 2004-06.01 nr 930) har videre nedfelt en passus om nærhetsprinsippet under avdeling II - avfallstransport mellom EØS-stater.
- (52) Dette prinsipielle utgangspunkt knyttet til nærhetsprinsippet og beskaffenheten knyttet til våtorganisk avfall og kloakkslam må legges til grunn av klagenemnda ved vurdering av om enerett kan begrunnes i tvingende hygiene- og miljøhensyn, eller om hensynet til EØS- avtalens krav om konkurranse og fri flyt av varer og tjenester må gå foran disse hensynene. I denne saken har kommunale myndigheter i Midt-Trøndelag gått sammen om å bygge et anlegg i regionen, og som gjør at regionen får et miljømessig tilbud om avfallsbehandling som ikke kan tilbys av andre aktører i samme region, samtidig som det sikrer behov for fremtidig kapasitet.
- (53) Kommunene og deres interkommunale selskap står overfor en situasjon at land i EØS-området når som helst kan stenge sine grenser for husholdningsavfall. Kommunene må derfor være forberedt på å bygge opp kapasitet nasjonalt, og i tråd med det regelverket som følger etter at deponiforbudet trer i kraft. Det vises til rådsforordning 1013/2006, og forslag til nytt avfallsdirektiv av 20. november 2007.
- (54) Når det gjelder kravet om at det må være nødvendig å tildele enerett, kan ikke klagenemnda stille for strenge krav til bevisene for dette. Det vises til Høyesteretts premiss (99) i sak om Norsk Tipping hvor det uttales at EFTA domstolen har vært tilbakeholden i sin overprøving av nasjonale myndigheters vurdering av hvorvidt det er nødvendig å innføre enerett som et hensiktsmessig middel for å bekjempe spilllegalskap. Høyesterett stilte heller ikke strenge krav til bevisene, og klagenemnda bør i denne saken utøve stor tilbakeholdenhet med å overprøve innklagedes egen vurdering av nødvendigheten av å tildele enerett.
- (55) Klagers påstander om at vedtaket er vilkårlig og usaklig kan gi et inntrykk av at saken ikke er tilstrekkelig konsekvensutredet, og at Steinkjer kommune ikke har vurdert forholdet til EØS- avtalen når de tildelte enerett. Dette bestrides, og det vises til at det er foretatt konsekvensutredninger og juridiske vurderinger før det ble tildelt enerett.
- (56) Det er vist til i klagen at det ikke er påvist at det av miljømessige grunner er nødvendig å etablere et biogassanlegg og tildele eneretten. Dersom klager var i tvil om de miljømessige fordelene, kunne de enkelt tatt kontakt med innklagede for å få tilsendt de konsekvensutredninger som er lagt til grunn for å etablere selskapet, og de miljømessige fordelene dette representerer.
- (57) Det er videre anført at det ikke er miljø- og hygienehensyn, men økonomiske hensyn som ligger bak beslutningen om å tildele enerett. Dette er misvisende, og det må være helt åpenbart at hensikten med å tildele enerett er å sørge for at innklagedes lovpålagte oppgaver innen avfallsbehandling løses på den best tilgjengelige måte, og i tråd med krav til moderne avfallsbehandling.

- (58) Det hevdes at det ikke kan tildeles enerett samtidig med, og som ledd i, tildeling av det konkrete oppdraget til Ecopro. Dette er feil siden det er fullt mulig å tildele enerett samtidig som man tildeler kontrakten. Poenget er at tildeling av enerett må være begrunnet i overordnede hensyn. Det er vanskelig å se hvorfor man skal lage begrensninger utover det som allerede ligger i anskaffelsesforskriftens krav og de strenge begrensninger som er etablert for å kunne tildele enerett.
- (59) Klager har gjort et poeng av at egenregilæren er utformet med sikte på å ikke gi private en konkurransemessig fordel. Læren om tildeling av enerett er imidlertid basert på vurderinger om at konkurransehensyn noen ganger må vike for andre viktigere hensyn. Den private minoritetseier er et energiselskap eid av Statkraft. Ecopro har funnet det nødvendig å inngå et samarbeid med Trondheim Energi Fjernvarme for å skaffe seg kompetanse innen energiproduksjon. Den private eier har ikke noen anledning til å ta ut fortjeneste på det som er omfattet av enerett slik at det ikke er noen konkurransemessig fordel for den private å hente her. Eierandelen er så liten at det offentlige fortsatt har kontroll. Det er dessuten fastsatt i vedtektene at reglene knyttet til offentligrettslig organ må ivaretas ved endringer i eiersammensetningen.
- (60) Anførlene om ulovlig statsstøtte og muligheter for kryssubsidiering kan ikke KOFA ta stilling til. Dette er først og fremst problemstillinger som hører under Konkurransetilsynet og EFTAs overvåkningsorgan (ESA). Uansett, så bygger selvkostprinsippet på at forurenser betaler, og dersom dette følges så er både kryssubsidiering og offentlig støtte utelukket. Påstander om at man kan putte alle mulige kostnader inne i selvkostregnskapet er feil. De interkommunale avfallsselskapene er dessuten underlagt ”benchmarking” av bransjen selv, og gjennom KOSTRA (Kommunale- Stat- Rapportering) som baserer seg på nøkkeltall fra kommuner og interkommunale selskaper. Det vises her til Altermark-dommen.
- (61) Gebyr kan bare ilegges dersom det er forsettlig eller grov overtredelse av reglene, og vilkårene er ikke oppfylt. Saken gjelder et rettslig spørsmål av prinsipiell karakter som har støtte i EF-domstolens praksis.

Klagenemndas vurdering:

- (62) Klagen gjelder spørsmålet om innklagede har tildelt en kontrakt i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 18-1, jf. § 1-3 (1). Dersom klagers anførsler fører frem vil tildelingen være en ulovlig direkteanskaffelse som kan møtes med gebyr dersom vilkårene for dette er oppfylt, jf. lovens § 7 b. Det gjelder således ikke et krav om saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforskriftens § 13 (1). Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69, og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III kommer til anvendelse i denne saken i det klagenemnda legger til grunn at anskaffelsens verdi overstiger terskelverdien i forskriftens § 2-2 (1).

Spørsmålet om det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse

- (63) Innklagede har i medhold av forurensningslovens § 30 en plikt og (ene)rett til å samle inn husholdningsavfall. Etter forurensningslovens § 29 (3) har kommunen også plikt til å ha avfallsanlegg for husholdningsavfall. Kommunen har imidlertid ikke en generell enerett til å drive anlegg for avfallsbehandling etter § 29. Dette innebærer at dersom en kommune ikke behandler avfallet i egenregi, så må kommunen konkurranseutsette anskaffelsen av disse tjenestene.

- (64) Utgangspunktet er at alle anskaffelser skal være gjenstand for konkurranse ”så langt det er mulig”, jf. lovens § 5 (2) og forskriftens § 3-1 første ledd. Etter forskriftens § 1-3 (1) får forskriften anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider. Dette innebærer at innklagede må følge forskriftens bestemmelser, herunder kravet til kunngjøring, for alle anskaffelser som faller innunder bestemmelsen. Innklagede er en offentlig oppdragsgiver som er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, jf. lovens § 2 og forskriftens § 1-2. Det må videre være på det rene at tildelingen av kontrakten til Ecopro gjelder en tjeneste som faller innunder forskriftens bestemmelse.
- (65) Partene er enige om at de ulovfestede reglene for egenregi ikke kommer til anvendelse. Hovedspørsmålet i saken er derfor om innklagede har adgang til å tildele kontrakt til Ecopro etter forskriftens unntaksbestemmelse i § 1-3 (2) h. Tildelingen vil da være unntatt fra forskriftens bestemmelser, men ikke lovens bestemmelser. Forskriftens § 1-3 (2) bokstav h lyder slik:

”(2) Denne forskrift får ikke anvendelse på:

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

- (66) Det er innklagede som må bevise at hvert enkelt vilkår for tildeling av kontrakt på basis av enerett er oppfylt. Det følger av rettspraksis fra EF-domstolen at unntaksbestemmelser i regelverket skal tolkes restriktivt. Etter klagenemndas oppfatning vil EF-domstolens praksis knyttet til adgangen til å tildele kontrakter i egenregi ha betydning for tolkningen av § 1-3 (2) h. EF-domstolen har i de siste års praksis trukket snevre rammer for når egenregi skal være tillatt i henhold til regelverkets hovedregel om konkurranse, spesielt når det som i dette tilfellet er private eiere i det selskapet som er tildelt kontrakten, jf. sak C-26/03 Stadt Halle og C-29/04 Kommisjonen mot Østerrike. Bakgrunnen for en slik tolkning er at en direkte tildeling av kontrakt til et selskap som er delvis eiet av private gir den private virksomhet en konkurransefordel. Klagenemnda anser det dermed riktig å tolke unntaket for enerettstildeling ut fra de hensyn som ligger til grunn for EF-domstolens praksis i forbindelse med spørsmålet om egenregi.
- (67) Formålet med unntaksbestemmelsen i forskriftens § 1-3 (2) h fremgikk av veilederen pkt. 2.3 til forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001. Bestemmelsen i forskrift av 30. juni 2006 er likelydende med den forrige bestemmelsen om kontraktstildeling med hjemmel i enerett:

”Kontrakter som tildeles en annen offentlig myndighet eller offentligrettslig organ som har enerett til å yte den aktuelle tjenesten. Begrunnelsen for unntaket er at den myndighet eller det organ som tildeles kontrakt må følge anskaffelsesreglene ved sine innkjøp. Kontrakter mellom det private og det offentlige vil derfor fortsatt tildeles på bakgrunn av økonomiske og forretningsmessige vurderinger.”

- (68) Klagenemnda må først ta stilling til om Ecopro er et offentligrettslig organ som definert i § 1-2. Det følger av forskriftens § 1-2 (2) at et offentligrettslig organ er ethvert organ:

"a) som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og

b) og som er et selvstendig rettssubjekt, og

c) som i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons,- ledelses - eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer."

- (69) Ecopro er organisert som et aksjeselskap, og er dermed et selvstendig rettssubjekt. Ecopro er eiet av offentlige oppdragsgivere med en eierandel på henholdsvis 74,08 % (interkommunale selskap og innklagede), og Trondheim Energi Fjernvarme AS 24.92 %.
- (70) Hvorvidt Ecopro er et selskap som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell karakter, må avgjøres ut fra forholdene hos Ecopro på tidspunktet for tildeling av eneretten. Allmenne behov er et vilkår som etter praksis fra EF-domstolen skal tolkes vidt, jf. C-18/01 Taitotalo saken. I følge veilederen til forskriften side 13 er en sentral vurdering om selskapet skal ivareta behov i samfunnet fremfor å tjene interessene til juridiske personer eller enkeltpersoner.
- (71) Det fremgår av Ecopros vedtekter av at selskapet blant annet skal motta og behandle våtorganisk avfall og slam fra kommuner og interkommunale selskaper, industri og private aktører i Midt-Norge. Dette må anses som oppgaver som tjener allmennhetens behov. Det vises her til EF domstolens avgjørelse i C-360/96, den såkalte Arnhem saken, hvor det fremgikk under premiss 52 at fjerning og behandling av husholdningsavfall kan anses for å høre til allmennhetens behov: *"... da det er mulig, at den grad af imødekommelse af dette behov, der anses for nødvendig af hensyn til den offentlige sundhed og miljøbeskyttelsen, ikke kan opnås ved de tjenesteydelser i form af hel eller delvis fjernelse, som tilbydes borgerne af private erhvervsdrivende, hører denne aktivitet til dem, hvorom en stat kan beslutte, at de skal udøves af offentlige myndigheder, eller med hensyn til hvilke den ønsker at bevare en afgørende indflydelse"*
- (72) Ut fra en vurdering av de aktiviteter som Ecopro i hovedsak skal forestå og at vederlaget til Ecopro ifølge vedtektene skal skje til selvkost for de tjenester som eneretten omfatter, legger klagenemnda til grunn at selskapet ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter.
- (73) Klagenemnda anser også at vilkåret om at Ecopro er underlagt offentlig kontroll som oppfylt siden kommunene som eier av selskapet eier over 75 % av aksjene. Klagenemnda legger i denne relasjon til grunn at de 50 kommunene som eier aksjene kan identifiseres med hverandre, se veileder til reglene om offentlige anskaffelser, side 15.
- (74) Ecopro anses derfor som et offentligrettslig organ i samsvar med ovennevnte krav. Dette er heller ikke bestridt av klager. Klager bestrider heller ikke at det foreligger et vedtak som en kunngjørt i tråd med forskriftens ordlyd.

- (75) Klager har anført at det ikke er anledning til å etablere eneretten i forbindelse med selve anskaffelsen. I klagen er det blant annet anført at:

”Bakgrunnen for enerettsunntaket i FOA § 1-3 (2) h er å åpne for direkteanskaffelser i de tilfelle en enerettssituasjon allerede er (lovlig) etablert. Dersom det er truffet et (lovlig) vedtak som forbeholder én aktør utførelse av visse definerte tjenester, vil det være spill av ressurser å benytte anskaffelsesregelverkets prosedyrer. Det eksisterer jo uansett bare én aktuell kontraktspart.

Det har derimot aldri vært meningen gjennom dette unntaket å gi offentlige oppdragsgivere en mulighet til å omgå de begrensninger som gjennom praksis er lagt på adgangen til å utføre oppdraget i egenregi. I så fall skulle man forventet at unntaket ville oppnådd en viss utbredelse rundt om i Europa, noe det ikke gjennom rettspraksis finnes indikasjoner på.

Dette unntaket må, som andre unntak fra hovedregelen om konkurranse, ”fortolkes indskrænkende, og [...] bevisbyrden for, at de særlige omstendigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem”. FOA § 1-3 (2) h forutsetter at organet som tildeles oppdraget allerede ”har” enerett i henhold til kunngjort vedtak. Det er således ikke anledning til å etablere eneretten i forbindelse med selve anskaffelsen. Frankrikes Conceil d’etat har i den forbindelse uttrykt at eneretten må være gitt forut for, og uavhengig av kontraktstildelingen. Et slikt krav bør stilles også i norsk rett for i størst mulig grad å sikre objektive og transparente enerettsbeslutninger som ikke er påvirket av ønsket om å unngå konkurranse om en konkret anskaffelse.”

- (76) Nemnda er i hovedsak enig i dette. Hovedregelen er at kommunens anskaffelser må konkurranseutsettes. Etter § 1-3 (2) bokstav h får anskaffelsesreglene ikke anvendelse på ”kontrakter om offentlige tjenestekjøp som tildeles et organ [...]... (som er omfattet av forskriften) med hjemmel i en enerett organet har i henhold til en kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak [...]”. Så vidt nemnda kan se av den foreliggende dokumentasjon ble kontrakt i saken tildelt ved kommunestyrets vedtak av 8. november 2006. Vedtaket om enerett ble fattet 14. november 2007, og synes gjort med sikte på å tildele en kontrakt og unngå konkurranseutsetting av anskaffelsen etter unntaket i bokstav h. Kontraktstildeling og enerett må derfor her ses i sammenheng.
- (77) Unntaksbestemmelsen gjelder tildeling av kontrakt, ikke tildeling av enerett. Slik nemnda forstår unntaket må eneretten foreligge før kontraktstildeling skjer. Det er videre et vilkår at eneretten ligger hos en leverandør som selv er underlagt anskaffelsesreglene. At eneretten må foreligge før kontraktstildelingen, har støtte i ordet ”har” i bestemmelsen. Andre språkversjoner motsier ikke en slik ordlydsfortolkning. Bakgrunnen for unntaket er at det ikke har noen hensikt å følge anskaffelsesreglene i en slik situasjon, siden det da bare vil være én aktuell leverandør. Dette taler også for å tolke unntaket slik at eneretten må foreligge når kontraktstildeling finner sted.
- (78) Etter en innskrenkende fortolkning av unntaket i bokstav h, bør kontraktstildeling og enerett dessuten reelt sett være uavhengig av hverandre. Dette vil bidra til å hindre en omgåelse av anskaffelsesreglene. Kontrakt ble i dette tilfellet tildelt før enerett ble overført, og klagenemnda kan ikke se at kommunen har sannsynliggjort en reell uavhengighet mellom tildeling av kontrakt og vedtak om enerett. Tvert i mot viser den

kommunale saksbehandlingen forut for vedtaket at eneretten ble tildelt for å unngå konkurranseutsetting.

- (79) Hva som skal til for at et vedtak om å gi enerett og et vedtak om kontraktstildeling reelt sett er uavhengige av hverandre, må bero på en konkret vurdering. At det foreligger en slik uavhengighet må sannsynliggjøres av den som påberoper seg unntaket.
- (80) Klagenemnda finner grunn til å påpeke at dersom kommunen mener at anskaffelsen ikke bør konkurranseutsettes, kan kommunen velge å utføre oppgavene i egenregi uten konkurranseutsetting. Om kommunen derimot skulle konkurranseutsette tjenesten og gjennomføringen forutsetter store investeringer som krever en langsiktig avtale for å være økonomisk forsvarlige, kan dette, etter en konkret vurdering, skje ved inngåelse av en avtale med lengre varighet enn hovedregelen om fire år.
- (81) Klager har ikke reist spørsmål om en kommune har rettslig adgang til å delegere eller "overføre" sin myndighet etter forurensningsloven til andre. Anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) h gir ikke noe selvstendig rettsgrunnlag for en kommune til å delegere/overføre til andre oppgaver pålagt kommunen i lov. Hvorvidt det foreligger rettslig adgang til å etablere en enerett for Ecopro ser klagenemnda ikke grunn til å gå nærmere inn på.
- (82) Klagenemnda finner på bakgrunn av ovennevnte at unntaksbestemmelsen i forskriftens § 1-3 (2) h ikke kommer til anvendelse og at innklagede har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, jf. forskriftens § 18-1, jf. §§ 2-1 til 2-3.

Gebyr

- (83) Klagenemnda har en skjønnsmessig adgang til å ilegge gebyr dersom en oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, og oppdragsgiver har utvist grov uaktsomhet eller forsett, jf. lovens § 7b.
- (84) Klagenemnda har kommet til at innklagede ikke oppfyller skyldkravet. Som det fremgår under klagenemndas vurdering av rettstilstanden knyttet til om det var adgang til å tildele kontrakt på basis av en enerett eller ikke, er dette et uavklart rettsområde som innklagede ikke kan klandres for å ha brutt. Innklagede har søkt juridisk rådgivning for å få avklart om tildelingen var tillatt, og har således vist at en forsøkte å etterleve regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda har derfor kommet til at det er ikke grunnlag for ileggelse av gebyr.

Konklusjon:

Steinkjer kommune har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse i strid med lovens § 5 og forskriftens § 1-3 (1).

For klagenemnda,

23. juni 2008

Magni Elsheim