



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 enerett, 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 innklagde ikke hadde utvist grov uaktsomhet ved å tildele eneretten.

Klagenemndas avgjørelse 23. juni 2008 i sak 2008/8

Klager: Namdal Tankrens

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.

Angående vederlag for lovpålagte oppgaver hitsettes følgende fra vedtektene:

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

- (4) 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 %

- (5) 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. Smittefaren og luktulempene vil bli redusert."

- (6) 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.
- (7) 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.
- (8) 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.

- (9) Innklagede vedtok i 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.

[...]"

- (10) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 9. januar 2008. I sak 2008/7 har Norsk Industri klaget inn innklagede for samme forhold, og anførslene i sakene er i hovedsak sammenfallende. Klagenemndas konklusjon i 2008/7 vil derfor bli lagt til grunn i nærværende sak.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Prinsipalt anføres at tildeling av enerett til Ecopro ikke kan utføres uten en forutgående kunngjort konkurranse. Av ordlyden i bestemmelsen følger at kontrakter om tjenestekjøp kan tildeles en oppdragsgiver som er gitt enerett til å utføre bestemte typer oppdrag. Ordlyden trekker i retning av at eneretten må være vedtatt før kontrakt tildeles. Vedtaket om enerett og tildelingen av kontrakt skal altså ikke kunne skje samtidig. Årsaken til det må være at enerettstildelinger anses som så inngripende at denne beslutningen må fattes uavhengig av spørsmålet av hvem som skal tildeles kontrakt. Klager vil derfor hevde at tildelingen ikke faller innunder unntaksbestemmelsen av denne grunn. Konsekvensen av det er at anskaffelsen ikke er omfattet av anskaffelsesforskriften og må kunngjøres i henhold til forskriftens del III (anskaffelser over EØS-terskelverdien). Innklagedes vedtak innebærer således at kommunen foretar en ulovlig direkteanskaffelse.
- (12) Dernest vil klager anføre at tildeling av enerett ikke er forenlig med EØS avtalen - verken reglene om tjenestefrihet og /eller statsstøttereglene. Klager bestrider ikke at miljøhensyn kan begrunne begrensninger i tjenestefriheten, men det var verken nødvendig eller proporsjonalt å inngå avtale direkte til Ecopro. Innklagede vil oppnå den samme målsetningen, og sannsynligvis til en lavere pris, dersom oppdraget lyses ut i overensstemmelse med anskaffelsesforskriften.
- (13) Som begrunnelse for eneretten vises det til beredskapshensyn, det kommende deponiforbudet og derigjennom øket behov for behandlingsskapasitet. Klagers anlegg oppfyller alle krav som stilles til anlegget med bakgrunn i gitte tillatelser. Anlegget vil også tilfredsstille myndighetenes krav etter deponiforbudet inntreffer.
- (14) Subsidiært anføres at tildeling av enerett er i strid med de grunnleggende prinsippene i lovens § 5.

Innklagedes anførsler:

- (15) Det bestrides at innklagede har gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse ved å tildele en enerett til Ecopro.
- (16) Kravet til offentligrettslig 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.

- (17) 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.
- (18) Kommunene har et særlig lovpålagt ansvar for husholdningsavfall og kloakkslam, både i forhold til innsamling og videre behandling, jf. forurensningsloven §§ 29-30. Ansvar 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.
- (19) 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.
- (20) 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.
- (21) 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.
- (22) 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.

- (23) Kommunene og deres interkommunale selskap står overfor en situasjon der 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.
- (24) 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 spillegalskap. 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 i denne saken.
- (25) Klager hevder at markedet for avfallsleverandører opphører, slik at Ecopro blir enerådende på markedet. Dette er selvsagt feil. Det vises til den delvise liberalisering som ble gjort på markedet i 2004, og hvor private fikk økt sin markedsandel innen det som tidligere var definert som forbruksavfall.
- (26) Det er videre hevdet at eneretten må være vedtatt før kontrakt tildeles. Det er ikke noe rettslig grunnlag for å sette opp en slik begrensning. Begrensningene for å tildele enerett følger av det som er fastslått i Høyesteretts som om Norsk- Tipping og i EF domstolens rettspraksis, og det er ingen grunn til å stille opp ytterligere begrensninger.
- (27) Det er åpenbart at det er nødvendig å tildele enerett for det avfallet som anlegget er ment å behandle, for å sikre investeringene og avfallsstrømmen til anlegget og for å oppnå den ønskede miljøeffekt. Dette er legitime hensyn og ikke i strid med EØS- avtalen.
- (28) Det er vist til at det ikke kan tildeles enerett uten forutgående konkurranse. Dette gjelder imidlertid ikke når det er tale om enerett til et offentligrettslig organ som er opprettet for å fylle det lovpålagte ansvar for å sørge for en bestemt oppgave. Forskjellen fra Sydhavnen som klager viser til er at enerett i den saken ble gitt til private. I dette tilfellet er det tale om lovpålagte kommunale oppgaver som tildeles et offentligrettslig organ, og hvor både anskaffelsesdirektivet og anskaffelsesforskriften som det hevdes er brutt har som vilkår for å kunne tildele kontrakt direkte uten forutgående anbud. Det er ikke tale om tildeling av tjenstekonsesjoner som klager viser til. Det er derfor ikke grunnlag for påstanden om at eneretten her må være gjenstand for forutgående konkurranse. Det var heller ikke for Norsk Tipping er krav om forutgående konkurranse om eneretten.
- (29) Klagenemnda for offentlige anskaffelser kan kun uttale seg om brudd på lov og forskrift om offentlige anskaffelser, og kan derfor ikke ta stilling til klagers anførsel om brudd på statsstøttereglene. Det skal likevel bemerkes at det ikke er grunnlag for disse påstandene. Selvkostprinsippet i forurensningsloven bygger på prinsippet om at forurenser betaler. Det er også en prisregulering som hindrer at kommunene får fortjeneste på å utføre de lovpålagte monopoloppgaver. Følges selvkostprinsippet er både kryssubsidiering og offentlig støtte utelukket. Kommunal renovasjon har en årrekke vært underlagt selvkost.

- (30) Klagers anlegg har aldri vært et alternativ fordi det ikke er beregnet på våtorganisk avfall og fordi dette bare betyr at man viderefører dagens problemer med åpne anlegg gjennom lukt, utslipp av metangass, dårlig kvalitet på kompost og smittefare. Man vil heller ikke kunne utnytte slammet til energigjenvinning. Ecopro arlegget er i tråd med moderne nasjonal og internasjonal miljøpolitikk, noe klagers anlegg utvilsomt ikke er, uavhengig av om det tilfredsstiller myndighetenes minimumskrav til slambehandling.
- (31) 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 og som har støtte i EF-domstolens praksis.

Klagenemndas vurdering:

- (32) 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. klagenemndsforordningens § 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

- (33) 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.
- (34) 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.
- (35) 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.”

- (36) Det er innklagede som må bevise at hvert enkelt vilkår for tildeling av kontrakt på basis av eneretten er oppfylt. Det følger av rettpraksis 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.

- (37) 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.”

- (38) 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.”

- (39) 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 %.

- (40) 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.

- (41) 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.*”
- (42) 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.
- (43) 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.
- (44) 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 kunngjort i tråd med forskriftens ordlyd.
- (45) Klager har anført i denne saken at det ikke er anledning til å etablere eneretten i forbindelse med selve anskaffelsen. I klagen til sak 2008/ 7 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 innskærpende, og [...] bevisbyrden for, at de særlige omstendigheter, 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 Conseil 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.”

- (46) 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.
- (47) 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.
- (48) 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.
- (49) 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.
- (50) 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.
- (51) 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.

- (52) 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.

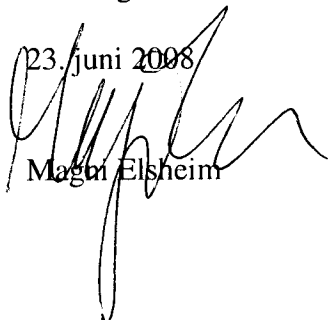
Gebyr

- (53) 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.
- (54) 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 innklagde 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