



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede eier selskapet Tekstilvask Innlandet AS i fellesskap med 12 kommuner. Klagenemnda kom til at vilkårene for å tildele kontrakter til vaskeriet i egenregi ikke var oppfylt, og at det dermed forelå en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant imidlertid etter en helhetsvurdering at skyldkravet i § 7b ikke var oppfylt, og det var dermed ikke anledning til å ilegge gebyr.*

### **Klagenemndas avgjørelse 11. april 2011 i sak 2010/338**

**Klager:** Norsk Industri

**Innklaget:** Sykehuset Innlandet HF

**Klagenemndas medlemmer:** Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl.

**Saken gjelder:** Egenregi.

### **Bakgrunn:**

- (1) Sykehuset Innlandet HF (heretter kalt innklagede) eier, i fellesskap med kommunene Gausdal, Gjøvik, Gran, Lillehammer, Stange, Løten, Elverum, Åsnes, Hamar, Ringsaker, Tynset og Åmot, selskapet Tekstilvask Innlandet AS (heretter kalt valgte leverandør). Ved brev datert 3. desember 2010 fra Norsk Industri (heretter kalt klager) ble samtlige eiere klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser med påstand om at det er foretatt ulovlige direkte anskaffelser i forbindelse med tildeling av vaskeri- og renseoppdrag til valgte leverandør. Klager trakk senere klagen mot kommunene Lillehammer, Gausdal, Gjøvik, Tynset og Løten. For de øvrige innklagede behandles klagen i åtte separate saker, deriblant foreliggende sak.
- (2) Valgte leverandør ble opprettet i 2010 ved en fusjon mellom Hedmark Vaskeri AS og Oppland Vaskeri AS, som hadde vært eid av innklagede sammen med henholdsvis hedmarkskommunene Stange, Løten, Elverum, Åsnes, Hamar, Ringsaker, Tynset og Åmot, og opplandskommunene Gausdal, Gjøvik, Gran og Lillehammer. Innklagede har sykehus både i Hedmark og Oppland. De to vaskeriene opphørte som selvstendige selskap parallelt med fusjonen, og vaskerienes kontrakter ble overført til valgte leverandør. For innklagedes del gjaldt dette en avtale om vaskeri- og tekstiltjenester inngått med Hedmark Vaskeri AS 17. april 2008, og en tilsvarende avtale inngått med Oppland Vaskeri AS 22. april 2008. Begge kontraktene gjaldt for perioden 1. januar 2008 til 31. desember 2009. Av begge kontraktens punkt 9.6 "Oppsigelse" følger det at dersom avtalen ikke sies opp, "forlenges avtalen etter endt avtaleperiode automatisk for et nytt kalenderår om gangen. Partene må si opp avtalen senest 15 måneder før avtaleopphevet. (1. oktober)". Kontraktene ble ikke konkurransettsatt forut for avtaleinngåelsen. Innklagede har opplyst at kontraktene løp ut 31. desember 2010.

- (3) Stiftelsesdokumentet til valgte leverandør er datert 26. februar 2010, og registreringen av selskapet i Foretaksregisteret skjedde 14. juni 2010. Innklagede er majoritetsaksjonær med 84,09 prosent av aksjene i valgte leverandør. Eierandelen til de tolv kommunene varierer fra 0,82 prosent til 2,45 prosent av aksjene. Fra vedtektene til valgte leverandør, datert 26. februar 2010, hitsettes:

### **”3. Virksomhet**

*Selskapets formål er å drive tekstilutleie, tekstilvask, renseri og annen tekstilservice for selskapets eiere, samt for øvrige kunder i den grad selskapets kapasitet tillater dette.*

[...]

### **5. Styret**

*Styret skal ha minst 6 og høyst 10 medlemmer, etter generalforsamlingens beslutning til enhver tid.*

### **6. Generalforsamlingen**

*Den ordinære generalforsamlingen skal behandle og avgjøre godkjenning av årsregnskapet, herunder utdeling av utbytte, og andre saker som etter loven eller vedtektene hører under generalforsamlingen.*

[...]

### **7. Signatur**

*Selskapets firma tegnes av styrets leder og ett styremedlem i fellesskap.*

### **8. Aksjenes omsettelighet**

*Selskapets aksjer kan kun innehas av Sykehuset Innlandet HF samt kommuner i Hedmark og Oppland.*

[...]”

- (4) Klager tok kontakt med innklagede ved brev 21. september 2010, og ba om en redegjørelse for hvorvidt eierne av valgte leverandør ”oppfyller kontrollkriteriet” som er oppstilt av EU-domstolen i forbindelse med utførelse av egenregi. Det ble videre bedt ”opplyst om omsetningstallene for ”øvrige” kunder for årene 2009 og 2010”.
- (5) Innklagede besvarte klagers henvendelse ved brev 22. oktober 2010. I brevet ble det opplyst at innklagede innhentet ekstern juridisk bistand knyttet til vilkårene for egenregi forut for avtaleinngåelsene i 2008. På bakgrunn av anbefalingene innklagede fikk, ”ble direktekjøp fra vaskeriene vurdert som lovlig i forhold til anskaffelsesregelverket”. Det ble videre gitt en begrunnelse for hvorfor kontrollkriteriet må anses oppfylt, og en nærmere redegjørelse for valgte leverandørs omsetning. Vedlagt brevet var stiftelsesdokumentet og vedtektene for valgte leverandør, samt en oversikt over valgte

leverandørs omsetning overfor eiere og ikke-eiere i perioden 2008 til 2010. Fra brevet fremgår videre blant annet:

*"[...] Det har vært en uttalt forutsetning fra SI [Sykehuset Innlandet HF] sin side at vaskeriene – nå TVI [Tekstilvask Innlandet AS] – må oppfylle vilkårene for egenregi. Selskapene – nå TVI – har vært inneforstått med at SI alternativt må konkurransenutsette denne tjenesten.*

*[...]*

## *2. SI har kontroll over TVI*

*[...] Til sammen har SI og eierkommunene full kontroll over TVI gjennom eierskapet. Privat eierskap i TVI er utelukket, jf. vedtektene punkt 8.*

*Videre utøver eierne en reell kontroll gjennom styret. SI har fire styremedlemmer, herunder styreformann, kommunene har to medlemmer. Til sammen har eierne seks av åtte styremedlemmer. Det avholdes 10 styremøter i året. Eierne har dermed god kontroll på selskaps drift samt vesentlig innflytelse på viktige beslutninger i selskapet.*

## *3. Nærmere om selskaps omsetning*

*På bakgrunn av SI sitt klare krav knyttet til vilkårene for egenregi, ble det stadfestet i vedtektene at selskapet skal drive vaskeritjeneste for eierne og at leveranse til øvrige kun er aktuelt der kapasiteten tillater dette.*

*[...]*

*EF-domstolen har uttalt at annen aktivitet kun skal ha "marginal karakter". Det er ikke stadfestet noe mer konkret om omsetning i prosent. Det avgjørende er at selskapet ikke opptrer aktivt på markedet.*

*TVI har ikke på noe tidspunkt hatt til hensikt å opptre som en kommersiell aktør i markedet. Formålet med selskaps virksomhet har som sagt over vært å betjene sine eiere, sykehus og kommuner, med vaskeritjeneste. På grunn av noe ledig kapasitet, har vaskeriene tatt oppdrag for enkelte andre lignende aktører, som private helseinstitusjoner som driver etter avtale med Helse Sør-Øst.*

*TVI har ikke på noe tidspunkt drevet aktiv markedsføring. Eksterne kunder som har hatt avtale med Oppland og Hedmark vaskeri er forsøkt avvirket. De største eksterne kundene er Revmatismesykehuset på Lillehammer, eiet av Sanitetskvinnene, men med betydelig tilskudd fra SI, (kunde siden 80-tallet). Videre er Feiringklinikken og Glitreteknikken kunder. I tillegg er Gudbrandsgard hotell i Kvitfjell kunde (kunde siden 1996).*

*De 4 nevnte kunder utgjør en omsetning i 2009 på ca 2,32 millioner kr, eller ca 5 % av omsetningen til TVI.*

*Feiringklinikken og Glitreteknikken ligger på samme rute som Gran kommune (eierkommune). Revmatismesykehuset ligger i Lillehammer sentrum og ligger dermed*

*på en strekning selskapet kjører uansett. Denne omsetningen er et resultat av effektiv ressursutnyttelse og ikke ledd i noen form for strategisk satsing.*

*Selskapet jobber aktivt for å få ned omsetningen som skriver seg fra eksterne virksomheter. Som vedlagte oversikt viser, har selskapet redusert den eksterne omsetningen årlig, fra 21,5 % i 2008 til 15,37 % i 2010. Oversikten viser også at omsetningen har vært stabil lav på Hedmark-siden, mens man har jobbet med å få ned andelen andre aktører på Opplandsiden. På to år har man klart å redusere omsetningen fra 7,7 mill i 2008 til 3,2 mill i 2010. Det arbeides med at omsetningen skal synke ytterligere, samtidig som man aktivt satser på at flere av eierkommunene vil benytte seg av TVIs tjenester. Man vil blant annet forsøke sterkt å få tilbake oppdraget fra eierkommunene Lillehammer, Øyer og Gausdal, når deres vaskeriavtale løper ut i juni 2011. Disse vil i så fall representere en høy andel av TVIs omsetning.*

*Dette viser tydelig at TVI ikke har noen kommersiell strategi, tvert imot arbeider TVI aktivt for å fjerne innslag av kommersiell aktivitet. TVI skal i all hovedsak være en effektiv tjenesteleverandør for sine eiere. SI er samtidig inneforstått med at omsetning til eksterne aktører er noe høy, og denne skal ytterligere reduseres.*

*SI vil fortløpende vurdere om kravene til egenregi er oppfylt, og et særlig naturlig vurderingstidspunkt er tidspunkt for avtaleutløp. Dette til orientering.”*

- (6) Innklagede har i prosesskriv 10. mars 2011 opplyst at det i etterkant av fusjonen skal skje en samlokalisering av de to vaskeriene, og at innklagede har kontroll over denne prosessen. Som dokumentasjon på beslutningskontrollen i denne prosessen har innklagede lagt frem en protokoll fra et ekstraordinært styremøte hos valgte leverandør 2. desember 2010. Fra protokollen, vedrørende sak 27/10, hitsettes:

***”Videre arbeid med samlokalisering av TVI***

***Styrets enstemmig vedtak:***

- 1. Styret godkjenner tidsplanen for beslutningsprosessen i forbindelse med bedriftens samlokalisering slik den er presentert i saksframlegget. Endelig beslutning om sted for samlokalisering planlegges vedtatt på ekstraordinær generalforsamling 4. april 2011.*
- 2. Styret beslutter at det langsiktige måltallet for bedriftens produksjonsmål i 2020 fastsettes til 3.150 tonn/år.*
- 3. Styret ber om at tabellen for vektning av faktorer, som framkommer i saksframlegget, benyttes i det videre arbeidet med de kommentarene som fremkom i styremøtet.”*

- (7) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 3. desember 2010.
- (8) I prosesskriv til klagenemnda 28. januar 2011 har innklagede opplyst at i forbindelse med korrespondansen med klager ble innklagede *”utfordra kva gjeld regelverket, og blitt klar over at omsetningsfordeling knytt til det som var OV [Oppland Vaskeri AS] ikkje er tilfredsstillande. Som eit tiltak for å synleggjere at TVI skal vere ein tenesteleverandør for sine eigarar, som SI ønskjer å ha kontroll over, har SI instruert TVI til å korrigere sin kundeportefølje.”*. Det ble deretter vist til en protokoll fra valgte leverandørs ekstraordinære styremøte avholdt 20. desember 2010, hvorfra følgende siteres vedrørende sak 32/10:

**"Innklagning av eierne til klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) – beslutningssak**

**Styrets enstemmig vedtak:**

1. Styret pålegger administrerende direktør å sørge for at Tekstilvask Innlandet AS innen 1. april 2011 har redusert andel vaskeriomsetning fra ikke-eiere fra 14,8 % til maksimum 11,6 %.  
Øvrig reduksjon ned til under 10 % gjøres innen 30. juni 2011.
2. Styret godkjenner at det inngås ny kontrakt mellom Sykehuset Innlandet HF og Tekstilvask Innlandet AS, men kun med maksimal varighet til 30. juni 2011. Forlengelse av kontrakten forutsetter at andel omsetning fra ikke-eiere er under 10 % fra og med denne datoen.
3. Styret ber administrerende direktør utarbeide rutiner for hvordan Tekstilvask Innlandet AS skal holde seg innenfor 10 % omsetning fra ikke-eiere.  
Planen fremlegges for styret på neste styremøte."

- (9) I nevnte prosesskriv opplyste innklagede videre at innklagede, i forbindelse med klagers brev 21. september 2010, "tok [...] fatt i problematikken" og forlenget avtalen med valgte leverandør "i ein kortvarig periode ut juni 2011, med pålegg til TVI om justeringar av kontraktsforholda, for at krava til eigenregi klart skal vere oppfylte". Avtalen ble inngått 30. desember 2010, for perioden 1. januar 2011 til 30. juni 2011.
- (10) Vedlagt nevnte prosesskriv var en oversikt over "Fordeling omsetning – eiere og ikke-eiere 2004-2011":

		"Eiere	%	Ikke eiere	%	Merknad
2004	Oppland vaskeri AS	kr 18 818 000	86,21	kr 3 011 000	13,79	
	Hedmark vaskeri AS					
2005	Oppland vaskeri AS	kr 19 501 000	86,99	kr 2 916 000	13,01	
	Hedmark vaskeri AS	kr 21 445 059	91,01	kr 2 118 740	8,99	
2006	Oppland vaskeri AS	kr 17 395 000	79,15	kr 4 581 000	20,85	Lilleh og Gausdal komm. gikk ut pr 30/6, Østre Toten kommune kommer inn, se kommentar under
	Hedmark vaskeri AS	kr 21 405 500	90,29	kr 2 302 045	9,71	
2007	Oppland	kr 16 524 000	73,46	kr 5 971 000	26,54	

	vaskeri AS					
	Hedmark vaskeri AS	kr 23 093 000	90,14	kr 2 526 000	9,86	
2008	Oppland vaskeri AS	kr 15 255 109	66,18	kr 7 796 754	33,82	
	Hedmark vaskeri AS	kr 24 032 166	89,68	kr 2 764 333	10,32	
2009	Oppland vaskeri AS	kr 14 661 719	70,02	kr 6 277 544	29,98	
	Hedmark vaskeri AS	kr 24 777 449	90,49	kr 2 602 801	9,51	
2010	Oppland vaskeri AS	kr 7 518 178	79,32	kr 1 960 212	20,68	Kun 6 mnd – jan-juni
	Hedmark vaskeri AS	kr 12 656 411	90,40	kr 1 344 419	9,60	
	TVI AS					
2010	TVI AS – begge avdelinger	kr 20 164 575	85,89	kr 3 311 329	14,11	Pr 31.12.2009 (summert juli-des)

**Kommentar til kundefordeling mellom Sykehuset Innlandet HF og Eierkommunene 2008 – 2010:**

Siste 3 år har flere eierkommuner i både Hedmark og Oppland valgt å gå ut på anbud. Dette gjør situasjonen i kundefordelingen varierende.

Som et eksempel kan nevnes at i 2006 mistet Oppland eierkommunene Lillehammer og Gausdal etter tap i anbudskonkurranse. Samme året vant de en stor kontrakt med Østre Toten kommune, en kommune som ikke er eier. Disse to hendelsene påvirker % vask for ikke-eiere dramatisk og gav da 26 % vask for ikke-eiere.

I samme periode kom Feiringklinikken inn igjen som kunde mye pga ønsket om bedre kvalitet.

Dette hadde vaskeriet kapasitet til og inngikk avtale.”

- (11) Innklagede har gitt følgende kommentarer til oversikten:

”Oversikta viser at HV forut for fusjonen i åra 2005-2010 hadde ei stabil årsumsetning til ikkje-eigarar på mellom 9 og 9,8 % (9,6 % i snitt).

Oversikta viser vidare at OV i 2005, forut for tidspunktet då Lillehammer og Gausdal kommune gjekk over til ekstern tenesteleverandør, hadde ei omsetning til ikkje-eigarar på 13,01 %. Omsetninga i 2006 og 2007 viser kva konsekvensar Lillehammer og Gausdals utdrag fekk for omsetningsfordelinga. I 2007 var omsetninga til ikkje-eigarar 26,54 %. I perioden 2006-2010 kom Østre Toten inn som kunde hjå OV. Kommunen er ikkje eigar, men ein offentlig oppdragsgivar som har mulegheit til å bli eigar. Ein ikkje ubetydeleg del av omsetnaden til andre enn eigarane har i perioden vore knytt til Østre Toten, dvs. 9 % i 2006 og 10 % i 2009. Dei private kundane har i vesentleg grad vore helseinstitusjonar som Revmatismesjukehuset på Lillehammer, eigd av Sanitetskvinnene, men med betydeleg tilskot frå SI. Vidare er Feiringklinikken og Glitreteknikken relativt store kundar.”

- (12) Vedlagt nevnte prosesskriv var også en oversikt over kontraktshistorikk for samtlige eiere av valgte leverandør. Av oversikten fremgår det at Gjøvik kommune har et eget vaskeri, og dermed ikke benytter valgte leverandør til vaskeritjenester. Videre følger det at Lillehammer og Gausdal kommune har gjennomført en anbudskonkurranse for kjøp av vaskeritjenester, og på den bakgrunn har hatt kontrakt med Lill Rent AS. Tilsvarende gjelder for Løten kommune. Tynset kommune har inngått kontrakt med valgte leverandør på bakgrunn av en gjennomført anbudskonkurranse. De øvrige eierne, det vil si innklagede og syv kommuner, har tildelt vaskeri- og tekstiloppdrag til valgte leverandør uten forutgående anbudskonkurranse.
- (13) Vedlagt innklagedes prosesskriv 10. mars 2011 var en protokoll fra valgte leverandørs styremøte 28. februar 2011, hvor det ble vedtatt at administrerende direktør skulle videreutvikle en vedlagt strategiplan som skal legges frem for godkjenning på et styremøte i juni. Av strategiplanen fremgår det at valgte leverandør blant annet skal ha som målsetning å "[o]ppfylle omsetningskriteriet". Fra strategiplanen hitsettes blant annet:

<i>Strategisk fokus</i>	<i>Strategiske Mål</i>	<i>Beskrivelse tiltak</i>
<i>Kunder og kundeutvikling</i>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Oppfylle omsetningskriteriet (eiere &gt; 90%)</li> <li>2. Skaffe 5 nye eierkommuner (fra 12 - 17)</li> <li>3. Være foretrukket leverandør for regionens HF</li> </ol>	<p><u>Kategorisering av kunder:</u> Kunder prioriteres i 3 kategorier:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Eiere og deres behov for helse/pleievask og tekstiler</li> <li>2. Ikke-eiere som driver innen helse/pleiesektoren</li> <li>3. Øvrige kunder (som er ikke eiere)</li> </ol>

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

- (14) Klager anfører at innklagede, ved å tildele kontrakt direkte til valgte leverandør, har foretatt en ulovlige direkte anskaffelse ettersom vilkårene for egenregi ikke er oppfylt, jf. EU-domstolens lære om ulovfestet egenregi. Anskaffelsene skulle vært kunngjort i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. Regelen om utvidet egenregi er et domstolskapt unntak fra hovedsiktemålet med anskaffelsesreglene, og alle unntaksregler skal tolkes restriktivt og innskrenkende, jf. blant annet EU-domstolens sak C-26/03 (Stadt Halle) premiss 44 og 46. Det er vist til at klager har en rekke medlemmer i vaskerinæringen som er potensielle konkurrenter til valgte leverandør.

##### *Kontrollkriteriet*

- (15) Eierne av valgte leverandør har ikke, samlet sett, tilstrekkelig kontroll over selskapet til at kontrollkriteriet kan anses oppfylt, jf. EU-domstolens sak C-458/03 (Parking Brixen) premiss 67 til 70. Det vises til at en gjennomgang av valgte leverandørs stiftelsesdokument og vedtekter viser at eierne har alminnelig selskapsrettslig kontroll over selskapet, og det er ingen indikasjoner på at noen relevante kvalifiserende momenter er til stede. Det gjelder for eksempel ingen særlige voterings- eller stemmerettsregler, og ingen eiere er sikret at ens vaskerioppdrag blir prioritert eller utført av selskapet. Videre fremgår det at styret har alminnelig selskapsrettslig frihet til å

disponere. Eierne har heller ikke forbeholdt seg at særlige spørsmål skal forelegges generalforsamlingen, det gjelder ingen særlige rapporteringsrutiner, det gjelder ingen spesielle voteringsregler for styret eller generalforsamlingen, og det er heller ingen begrensninger på styrets alminnelige forvaltning av selskapet.

- (16) For det andre vises det til at samtlige eiere inngår ordinære kontrakter med valgte leverandør. Med kontrakter menes i denne sammenheng kontrakter etter avtalelovens bestemmelser. Alternativet til å inngå kontrakter kunne for eksempel være administrative bestemmelser i form av pålegg, vedtak, beslutninger m.v., slik tilfellet var i sak C-295/05 (Tragsa). Valgte leverandør har heller ingen plikt til å foreta vask for eierne, selv om dette er formålet til selskapet. Det er ikke gitt bestemmelser om hvordan oppdrag skal prioriteres mellom eierne. Disse momentene viser at forholdet mellom selskapet og eierne er helt ordinært og forretningsmessig. Ytterligere kan det nevnes at det ikke er gitt særlige regler om prising av tjenestene. Valgte leverandør står med andre ord fritt til å prise sine tjenester og eierne kan bare regulere prisen gjennom de alminnelige selskapsorganer, igjen i motsetning til hvordan det faktiske forholdet var i Tragsa-saken.
- (17) Det er ikke lagt frem noen policydokumenter for valgte leverandør, og heller ikke redegjort for noen særlige vaskeripolitiske hensyn som valgte leverandør er ment å ivareta. Det er i denne sammenheng relevant å nevne at drift av vaskeri ikke er en lovpålagt oppgave for helseforetakene eller kommunene.
- (18) Til slutt fremheves det at selve det faktum at selskapets vedtekter åpner for å ha eiere som ikke benytter vaskeritjenesten, er et brudd på kontrollkriteriet. Det må være en forutsetning for å ha kontroll at eierne rent faktisk benytter de tjenester som står til disposisjon. Felles for samtlige av EU-domstolens saker om egenregi er at alle eierne har benyttet tjenestene/varene/konsesjonskontraktene som selskapet har stilt til disposisjon. Det henger godt sammen med formålet med organiseringen, nemlig at selskapet skal tjene som en tjenestegren for kommunen. Verken Lillehammer, Gausdal eller Løten kommune tildeler pr dags dato vaskerikontrakter til valgte leverandør. For disse kommuners vedkommende må eierandelen bli sammenlignet med en ordinær finansiell investering. Det er i alle fall intet som tilsier at eierskapet er begrunnet i strategiske eller vaskeripolitiske hensyn. Tynset kommune har tildelt kontrakt til valgte leverandør på bakgrunn av en gjennomført anbudskonkurranse. Tynset kommunes posisjon må derfor sammenlignes med posisjonen til kommunene Lillehammer, Gausdal og Løten.
- (19) Innklagede har argumentert med at den kontrollen eierne har over valgte leverandør hindrer markedsorientering. Dette er ikke korrekt, og det vises til at valgte leverandør, frem til foreliggende klage ble fremsatt, hadde omsetning til markedet som langt oversteg ti prosent, uten at det foreligger dokumentasjon på at eierne hadde vedtatt innstramming eller endring av praksis. Hvilke tiltak eierne tar i etterkant av foreliggende klage, som det "*strategiske tiltaket*" 28. februar 2011, kan ikke hensyntas ved vurderingen av om vilkårene for egenregi er oppfylt. Det understrekes at klager første gang henvendte seg til innklagede med spørsmål om egenregi 21. september 2010, og at innklagede besvarte henvendelsen 22. oktober 2010. Det er grunn til å undre seg over at eierne først finner anledning til å fatte et strategisk tiltak for å oppfylle reglene, etter at man er klaget inn for et organ med gebyrkompetanse. Klager fastholder at eierne bare har alminnelig selskapsrettslig kontroll over valgte leverandør. Det vises til selskapets



vedtekter punkt 3 "Virksomhet" hvor det fremgår at formålet er å drive tekstilvask for eierne "samt for øvrige kunder i den grad selskapets kapasitet tillater dette". Eierne har med andre ord ikke forbeholdt seg kontrollen over markedsaktiviteten, det er bare vaskeriets kapasitet som setter grensen. Innklagede har hevdet at etter at kommunene Lillehammer og Gausdal ikke lenger benyttet vaskeriene, oppsto det en utilsiktet stor restkapasitet. Med en slik logikk vil det aldri være noen grenser for hvor stor markedsaktiviteten kan bli. Så lenge det ikke kan fremlegges dokumentasjon på aktiv eierkontroll eller eierstyring før klagen ble fremsatt for klagenemnda, må konklusjonen bli at det ikke forelå den nødvendige kontroll.

#### *Omsetningskriteriet*

- (20) En gjennomgang av valgte leverandørs aktiviteter rettet mot andre enn eierne, viser at denne delen av omsetningen aldri har vært mindre enn 15 prosent av totalomsetningen i perioden 2008 til 2010. Denne prosentandelen alene viser at EU-domstolens krav til omsetningskriteriet ikke er oppfylt, jf. Tragsa-dommen. Som nevnt over må Tynset kommunes kontrakt klassifiseres som ikke-eier, siden den er kommet i stand gjennom et ordinært anbud.
- (21) EU-domstolen har gjentatte ganger slått fast at alle faktiske forhold, både kvalitative og kvantitative, må vurderes, jf. f. eks. C-340/04 (Carbotermo) premiss 64. I tillegg til det matematiske omsetningstallet, som i denne saken alene er for høyt, er momenter som egenregileverandørens markedsposisjon (se C-26/03 Stadt Halle) og formålet om å åpne markeder for konkurranse relevante. I det siste ligger at dersom markedet kan utføre tjenesten som skal anskaffes, er egenregi vanskeligere. For vaskeritjenester må det kunne legges til grunn at det finnes et privat marked, hvilket gjør at vilkårene for egenregi er strengere enn hvor det ikke foreligger et privat marked.
- (22) Det er en grunnleggende forutsetning for den ulovfestede egenregilæren at vilkårene om kontroll og omsetning må være oppfylt til enhver tid. Dette innebærer at man ikke bare kan se på situasjonen ved kontraktsslutningen, men må hensynta også den senere utviklingen. Det at omsetningen til andre var på under 10 prosent på tidspunktet for kontraktsinngåelse er dermed ikke avgjørende. Innklagedes standpunkt om at tidspunktet for avtaleinngåelsen skal legges til grunn ved vurderingen av omsetningskriteriet, åpner for omfattende muligheter for omgåelse, og kan derfor ikke være korrekt. Dertil kommer at unntak skal tolkes innskrenkende og restriktivt.
- (23) Slik klager leser innklagedes fremlagte protokoll fra valgte leverandørs ekstraordinære styremøte i 20. desember 2010, sak 32/10, erkjennes det at anskaffelsesreglene er brutt som følge av at omsetningskriteriet ikke har vært oppfylt for valgte leverandør.
- (24) Til slutt nevnes at det ikke er avgjørende hva som har vært hensikten eller formålet med, eller hvordan den eksterne omsetningen har kommet i stand. Det er således ikke unnskyldelig at omsetningen har kommet i stand fordi kundene har ringt og spurt om det er ledig kapasitet, eller at man ikke har forsøkt seg på noen kommersiell satsning.

#### *Innklagedes anførsler:*

- (25) Innklagede anfører at vilkårene for egenregi er oppfylt, og at det dermed ikke er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

#### *Kontrollkriteriet*

- (26) Det vises for det første til at kontrollkriteriet er oppfylt. Det er slått fast av EU-domstolen at kontroll kan utøves av flere offentlige myndigheter sammen, jf. blant annet sak C-340/04 (Carbotermo) og sak C-324/07 (Coditel Barman). Selv om hver eier alene ikke har kontroll, er dette ikke til hinder for at kontrollkriteriet kan være oppfylt så lenge flertallet har kontroll. Også aktører med svært små eierandeler kan i følge praksis oppfylle kontrollvilkåret. Det er ingen holdepunkter i rettspraksis for at det faktum at noen av eierne ikke benytter valgte leverandør som tjenesteleverandør reduserer den kontrollen innklagede har over selskapet.
- (27) Den kontrollen innklagede har alene, og sammen med eierkommunene, kan klart sammenlignes med kontrollen over egne avdelinger, jf. EU-domstolens sak C-107/98 (Teckal). Det følger av vedtektene til valgte leverandør at det kun er innklagede og kommuner i de to fylkene som kan inneha aksjer i selskapet. Dermed har eierne alle stemmer i generalforsamlingen og myndighet til å oppnevne alle styremedlemmene. Salg av aksjer til andre enn offentlige oppdragsgivere med et vaskeribehov er uaktuelt. Alle styremedlemmene er, og har alltid, rent faktisk vært satt sammen av personer fra eierorganisasjonene. Dette er fra innklagedes side vurdert som en selvsagt forutsetning. Innklagede har oppnevnt halvparten av styremedlemmene, fire medlemmer inkludert styreleder. Lillehammer og Ringsaker har hver sin representant, og i tillegg er det to representanter fra de ansatte. Gjennom styret og generalforsamlinga vil innklagede i tillegg alene kunne utøve aktiv og bestemmende påvirkning på driften av selskapet, noe som også blir gjort i praksis.
- (28) Det er feil når klager hevder at styrets alminnelige forvaltning av selskapet ikke er begrenset, og at valgte leverandør ikke plikter å foreta vask for eierne. Innholdet i punkt 3 "*Virksomhet*" i vedtektene gir en klar og viktig føring i denne sammenhengen, og det samme gjelder styrepålegget fra 20. desember 2010.
- (29) Aksjeloven stiller innklagede og de andre eierne relativt fritt ved vurderingen av i hvilken grad man skal være en aktiv og styrende eier i forhold til driften av selskapet. Faktum er at innklagede, gjennom generalforsamlingen og styret, utøver et svært aktivt eierskap og påvirker alle viktige beslutninger i selskapet. Dette gjelder beslutninger om hvem som kan være eiere i selskapet, hvilke oppdrag som skal tas i mot og hvordan tjenesten skal utøves, herunder prisme mekanismer.
- (30) I etterkant av fusjonen skal det skje en samlokalisering som innklagede har kontroll over, og som vil bli lagt fram på ekstraordinær generalforsamling 4. april 2011. Protokollen datert 2. desember 2010 dokumenterer beslutningskontrollen.
- (31) Valgte leverandør er på ingen måte gitt mulighet til å drive kommersiell aktivitet, jf. vedtektene punkt 3 "*Virksomhet*" og styrepålegg i protokoll datert 20. desember 2010. Den kontrollen som innklagede har, hindrer markedsorientering og sikrer at selskapet er den tjenesteaktøren for eierne som fastsatt i formålet. Det blir i den forbindelse vist til gjeldende strategiske tiltak, vedtatt i styret, som sikrer nevnte forhold.
- (32) De private kundene valgte leverandør har hatt, er på ingen måte et resultat av kommersiell satsning, men en nødvendig utnyttelse av overskuddskapasitet ved tap av de offentlige eiernes oppdrag. De forhold som EU-domstolen la vekt på i sak C-458/03 (Parking Brixen), hvor det ble lagt til grunn at kontrollkriteriet ikke var oppfylt, er ikke aktuelle for valgte leverandør. Når det gjelder det faktum at Oppland Vaskeri AS en

periode hadde en omsetning til private på 20-30 prosent, var dette ikke et uttrykk for en strategisk satsning, men et resultat av utilsiktet stor restkapasitet etter at Lillehammer og Gausdal kommune ikke lenger benyttet seg av selskapet. Det vises i den forbindelse til protokollen fra styremøtet 20. desember 2010 hvor det fremkommer at valgte leverandør er pålagt å redusere tjenesteleveransen til andre enn eierne til 10 prosent innen 30. juni 2011.

#### *Omsetningskriteriet*

- (33) For det andre vises det til at omsetningskriteriet er oppfylt. Ved vurderingen må tidspunktet for avtaleinngåelse legges til grunn. Dette er et selvsagt og generelt utgangspunkt i anskaffelsesretten. På tidspunktet da fusjonen ble gjennomført 14. juni 2010, var mange eierorganisasjoner forpliktet gjennom lovlig inngåtte avtaler.
- (34) Gjennom EU-domstolens praksis er det blitt utviklet en regel om at 10 prosent av leverandørens omsetning kan være knyttet til andre oppdragsgivere, uten at dette tilsier at omsetningen ikke først og fremst er rettet mot eierne. På Hedmarksiden har omsetningen i all hovedsak vært knyttet til eierne. I løpet av de fem siste årene har omsetning knyttet til private vært stabilt i underkant av 10 prosent. Og omsetningskriteriet er dermed klart oppfylt. På Opplandsiden har det i større grad vært ledig kapasitet ut over eierforespørlene. Dette ble klart forsterket da Lillehammer og Gausdal gikk ut som kunder i 2006. Oppland Vaskeri AS jobbet aktivt med å få ned omsetningen til private etter at Lillehammer og Gausdal gikk ut som kunder. I 2008 var omsetningen til private 7,7 millioner kroner, mens den i 2010 var 3,2 millioner kroner. Valgte leverandør er pålagt å redusere omsetningen til private ytterligere, og det blir arbeidet med en utgreining av hvilke offentlige aktører som har interesse i å drive egenregi, enten dette er kommuner eller andre helseforetak.
- (35) Valgte leverandør og de to forgjengerne har aldri hatt kommersiell satsing. Leveranser mot private kunder har utelukkende dreiet seg om å utnytte ledig kapasitet. Dette er fastsatt i vedtektene, og fulgt i praksis. Private kunder har kommet til ved at kundene har ringt og forespurt om valgte leverandør har ledig kapasitet. Valgte leverandør og de to forgjengerne har sett det som sin klare oppgave å levere økonomisk fordelaktige tjenester, herunder med god kvalitet og service, til sykehusene, innklagede og eierkommunene. For å holde kostnadsnivået nede er det blitt søkt å utnytte ledig kapasitet for å oppnå en optimal drift.

#### *Hvorvidt det skal ilegges gebyr*

- (36) Innklagede anfører prinsipielt at fristen for å ilegge gebyr er gått ut ettersom kontraktene ble inngått i 2008, jf. loven § 7 b tredje avsnitt.
- (37) Subsidiært anføres det at skyldkravet i loven § 7b første avsnitt ikke er oppfylt. Det vises til historikken, og det faktum av valgte leverandør ikke skal være en kommersiell aktør. Samtidig er det forsøkt aktivt fra 2008 å redusere tjenesteomfanget til private. Eierne har tatt aktivt grep for å redusere omsetningen til private ytterligere, og satt en kort frist for dette.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (38) Klager har anført at innklagede, ved å tildele vaskerioppdrag til valgte leverandør uten forutgående kunngjøring, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det er vist til at

vilkårene for egenregi ikke er oppfylt. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker med påstand om at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

- (39) Av klagenemndforskriften § 13a andre ledd fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter loven § 7b tredje ledd. Av sistnevnte bestemmelse følger det at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved brev 3. desember 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev 14. desember 2010. Kontraktene i foreliggende sak ble opprinnelig inngått med Hedmark Vaskeri AS og Oppland Vaskeri AS i april 2008, og klagefristen synes med dette ikke overholdt.
- (40) Klagenemnda viser til at da fusjonen mellom Hedmark Vaskeri AS og Oppland Vaskeri AS ble registrert, ble samtlige av de to vaskerienes "*eiendeler, rettigheter og forpliktelser*" overført til valgte leverandør, jf. aksjeloven § 13-16 (1) punkt 3. Dette innebærer at innklagedes kontrakter om vaskeri- og tekstiltjenester har løpt kontinuerlig fra og med avtaleinngåelsen i april 2008, og at den varer frem til innklagedes pågående kontrakt med valgte leverandør løper ut 30. juni 2011. Nemnda viser til at vilkårene for å tildele kontrakter i egenregi må være oppfylt i hele kontraksperioden. Dette innebærer at oppdragsgivere må foreta en forsvarlig vurdering av hvorvidt vilkårene for egenregi er oppfylt i forkant av kontraktsinngåelsen. I tillegg innebærer dette at en oppdragsgiver, dersom det inntreffer forhold av betydning som kan påvirke hvorvidt vilkårene for egenregi er oppfylt, eksempelvis endringer i leverandørens vedtekter, selskapsform, eierstruktur, inngåelse av nye kontrakter, må foreta en ny vurdering av lovligheten av egenregi før endringene kan gjennomføres, jf. EU-domstolens avgjørelse C- 573/07 (SEA) premiss 48. Innklagede pliktet dermed å foreta en vurdering av hvorvidt vilkårene for egenregi ville være oppfylt fra og med fusjonstidspunktet. Dersom vilkårene ikke var oppfylt, inntrådte kunngjøringsplikten fra og med dette tidspunktet, og innklagede ville da være pliktig til å kunngjøre anskaffelsen av vaskeritjenester fra valgte leverandør dersom verdien var over terskelverdi. Dersom vilkårene for egenregi ikke var oppfylt, vil manglende oppsigelse av den løpende avtalen og manglende kunngjøring, representere en ny avtaleinngåelse, jf. tilsvarende synspunkter i klagenemndas saker 2009/144, 2009/249 og 2010/361. På denne bakgrunn må klagen dermed anses rettidig.
- (41) Perioden nemnda legger til grunn for vurderingen av hvorvidt vilkårene for egenregi er oppfylt, er perioden kontraktene har blitt utført av valgte leverandør, det vil si fra 14. juni 2010 til 30. juni 2011. Innklagede har opplyst at anskaffelsens verdi i denne perioden er estimert til om lag 27 millioner kroner eksklusiv merverdiavgift (om lag 13 millioner kroner i perioden juli til desember 2010, og om lag 14 millioner kroner i perioden 1. januar 2011 til 30. juni 2011). Verdien er således klart over terskelverdiene angitt i forskriften § 2-2 (1).

*Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse*

- (42) Av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr.

402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1. Kontraktene gjelder vaskeri- og tekstiltjenester, og er dermed uprioriterte tjenestekontrakter, jf. forskriften vedlegg 6 kategori (27). Kontraktene følger da reglene i forskriften del I og II, jf. § 2-1 (5). Dette innebærer at innklagedes kjøp av vaskeritjenester i utgangspunktet er omfattet av kunngjøringsplikten i forskriften § 9-1, ettersom verdien er over nasjonal terskelverdi, med mindre det foreligger hjemmel for unntak fra kunngjøringsplikten eller regelverket for offentlige anskaffelser ikke får anvendelse.

- (43) Anskaffelser som er foretatt i egenregi, der ytelsen utføres av eget personale, omfattes ikke av regelverket fordi det da ikke er inngått en gjensidig bebyrdende avtale mellom to ulike juridiske personer om en anskaffelse. Kontraktene i foreliggende sak er imidlertid inngått med en annen juridisk person, ettersom valgte leverandør er organisert som et aksjeselskap. EU-domstolen har slått fast at unntaket for egenregi på visse vilkår også omfatter kontrakter som tildeles direkte til en annen juridisk person, jf. blant annet EU-domstolens sak C- 107/98 (Teckal). Unntakene for egenregi er ikke regulert i lov eller forskrift, men baseres på rettspraksis fra EU-domstolen. Det sentrale spørsmålet i saken er dermed om innklagedes kjøp av vaskeritjenester er unntatt fra regelverket for offentlige anskaffelser, herunder kunngjøringsplikten, basert på at vilkårene for egenregi er oppfylt.
- (44) EU-domstolen har oppstilt to kumulative vilkår som må være oppfylt for at unntaket for egenregi skal komme til anvendelse når kontrakt inngås mellom to selvstendige rettssubjekt. For det første må oppdragsgiveren utøve en kontroll over leverandørselskapet som tilsvarer kontrollen oppdragsgiveren har over egen virksomhet (kontrollkriteriet). For det andre må den vesentligste delen av leverandørens aktivitet være knyttet til den eller de kontrollerende oppdragsgivere (omsetningskriteriet). Vilkårene ble første gang oppstilt i sak C- 107/98 (Teckal), og er senere presisert i blant annet C-458/03 (Parking Brixen) og C-26/03 (Stadt Halle). Av sistnevnte dom premiss 46 følger det at ettersom egenregi anses som et unntak fra hovedregelen om kunngjøringsplikt ved offentlige innkjøp, skal de to vilkårene tolkes restriktivt. Videre følger det at bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt, ligger på den part som påberoper seg at det foreligger et unntak fra de alminnelige regler om konkurranseutsetting. Det må dermed foretas konkrete vurderinger, eventuelt også en helhetsvurdering, av hvorvidt vilkårene kan anses oppfylt i foreliggende sak, basert på relevante momenter som fremkommer av EU-domstolens praksis. På bakgrunn av det resultat nemnda er kommet til, blir omsetningskriteriet i det følgende drøftet først.

#### *Omsetningskriteriet*

- (45) Hensynet bak omsetningskriteriet er å sikre at anskaffelsesregelverket får anvendelse i tilfeller der *"en virksomhed, der kontrolleres af en eller flere myndigheder, er aktiv på markedet og således kan konkurrere med andre virksomheder"*, jf. EU-domstolens sak C-340/04 (Carbotermo) premiss 60. Formålet med vurderingen er dermed å sikre konkurranse i markedet og unngå at en leverandør får fordeler ved å få tildelt deler av sine oppdrag uten konkurranse. I Carbotermo premiss 63 presiseres omsetningskriteriet til at det bare kan *"antages, at den pågældende virksomhed udfører hovedparten af sin aktivitet sammen med den myndighed, som den ejes af, som omhandlet i Teckaldommen, såfremt denne virksomheds aktivitet hovedsagelig er bestemt for denne myndighed, idet enhver anden aktivitet kun har marginal karakter"*. Omsetningskriteriet skal vurderes samlet for de kontrollerende myndighetene, det vil si at det er valgte

leverandørs samlede omsetning for de kontrollerende myndighetene som skal vurderes, jf. EU-domstolens sak C-295/05 (Tragsa) premiss 62 med videre henvisning.

- (46) Som det fremgår av sitatet fra Carbotermo premiss 63 kan omsetningskriteriet vurderes både positivt, det vil si at aktiviteten hovedsakelig må være bestemt for oppdragsgiver, og negativt, det vil si at annen aktivitet kun må ha en marginal karakter. Disse to kravene henger sammen. I forhold til det sentrale hensynet bak omsetningskriteriet, som er å unngå konkurransevridning, er det imidlertid karakteren av omsetning til andre enn eierne som er problematisk. EU-domstolen har slått fast at man ved vurderingen av omsetningskriteriet ikke bare skal se matematisk på omsetningstallene, men at *"alle omstendigheter i det foreliggende tilfælde [...], såvel kvalitative som kvantitative"* skal tas i betraktning, jf. Carbotermo premiss 64. Det er imidlertid ikke avklart hvilke momenter som skal vektlegges i vurderingen. EU-domstolen har videre ikke fastsatt en bestemt prosentgrense for hva som må anses som *"hovedsakelig"* eller av *"marginal karakter"*. I Carbotermo-saken slo EU-domstolen fast at § 1-7 i forsyningsforskriften, som omhandler kontrakter som tildeles *"tilknyttede foretak"*, hvor det stilles krav om at 80 prosent av omsetningen skal skrive seg fra foretak det er tilknyttet, ikke skal anvendes analogisk for egenregi, jf. premiss 57. I Tragsa-saken utførte leverandøren totalt 90 prosent av sin virksomhet med sine eiere. EU-domstolen slo på den bakgrunn fast at omsetningsvilkåret var oppfylt, jf. premiss 63.
- (47) Klagenemndas sak 2005/251 omhandlet spørsmålet om kontrakt kunne tildeles i egenregi til et interkommunalt selskap fra eierkommunene. Når det gjelder omsetningskriteriet uttaler nemnda i premiss 35 at kravet må tolkes strengt. Nemnda viser deretter til en uttalelse i Coname-saken premiss 26, hvor EU-domstolen la vekt på at selskapet må være et organ til *"intern"* drift av en offentlig tjeneste. Nemnda presiserer deretter at uttalelsen ikke direkte omhandler omsetningskriteriet, *"men er etter klagenemndas syn likevel relevant for vurderingen av hvilke hensyn som ligger bak"* omsetningskriteriet. Det konkluderes deretter med at leverandørselskapet ikke må ha *"virksomhet av betydning som er rettet mot det kommersielle markedet"*. I nevnte sak kunne det interkommunale selskapet i henhold til selskapsavtalen og innenfor rammer fastsatt av styret, påta seg oppdrag for offentlige og private organer/instanser. Innklagede i saken hadde imidlertid opplyst at den muligheten ikke var benyttet, da kapasiteten ikke hadde vært dimensjonert for det. Klagenemnda la deretter til grunn at omsetningskriteriet var oppfylt.
- (48) Slik klagenemnda ser det, er det på denne bakgrunn vanskelig å fastsette en absolutt terskel for når omsetningskriteriet er oppfylt. Det kan imidlertid etter nemndas syn legges til grunn at den eksterne omsetningen ikke kan være over 20 prosent, helst mindre, og ideelt sett ikke over ti prosent. I foreliggende sak var 14,11 prosent av valgte leverandørs omsetning i perioden juni til desember 2010 knyttet opp til eksterne kjøpere, det vil si ikke-eiere. Grensen for hva som er akseptert av EU-domstolen på ti prosent, er dermed overskredet. Etter klagenemndas syn er det imidlertid, ut i fra en isolert vurdering av prosentandelen av omsetning til ikke-eiere, ikke grunnlag for å kunne konstatere at omsetningskriteriet klart ikke er oppfylt, selv om prosentandelen anses for å være i grenseland av hva som kan aksepteres. For å ta stilling til om den vesentlige delen av aktiviteten til valgte leverandør er knyttet til innklagede og eierkommunene, kreves det dermed en vurdering av andre momenter i saken, herunder om det foreligger forhold som tilsier at det skal kunne aksepteres en omsetning til andre enn eierne på over ti prosent.

- (49) Innklagede har opplyst at det jobbes aktivt med å få ned omsetningen som skriver seg fra ikke-eiere, jf. blant annet til innklagedes brev til klager 22. oktober 2010. I brevet fastholdt innklagede at vilkårene for egenregi var oppfylt, men opplyste videre at *"SI er samtidig inneforstått med at omsetning til eksterne aktører er noe høy, og denne skal ytterligere reduseres"*. På valgte leverandørs ekstraordinære styremøte 20. desember 2010 vedtok styret enstemmig at valgte leverandørs omsetning fra ikke-eiere skal reduseres til under 10 prosent innen 30. juni 2011 og at administrerende direktør skal utarbeide *"rutiner for hvordan Tekstilvask Innlandet AS skal holde seg innenfor 10 % omsetning fra ikke-eiere"*. Styret godkjente videre at innklagede og valgte leverandør kunne inngå en ny avtale med *"maksimal varighet til 30. juni 2011. Forlengelse av kontrakten forutsetter at andel omsetning fra ikke-eiere er under 10 % fra og med denne dato"*. Disse forholdene indikerer etter nemndas syn at innklagede selv er av den oppfatning at en omsetningsandel til andre enn eierne på 14,11 prosent er i overkant høyt, og at omsetningen må reduseres til under ti prosent for at omsetningskriteriet klart skal være oppfylt. Styrepålegget 20. desember 2010, og inngåelsen av den midlertidige avtalen 30. desember 2010, viser at det i alle fall på dette tidspunkt er tatt konkrete grep for å sikre at omsetningsvilkåret klart skal være oppfylt, jf. premiss (9).
- (50) Innklagede har opplyst at de øvrige private kundene til valgte leverandør i stor grad er helseinstitusjoner. Innklagede har vist til blant annet Revmatismesykehuset på Lillehammer, som er eid av Sanitetskvinnene med tilskudd fra innklagede. Valgte leverandør dekker med andre ord et felles behov for vaskeritjenester hos innklagede og eierkommunene, samtidig som det dekker behov hos øvrige kommuner og helseinstitusjoner. Innklagede har opplyst at valgte leverandør aldri har hatt en målsetning om kommersiell satsing. Det er videre opplyst at valgte leverandør har levert tjenester til andre enn eierne kun for å utnytte ledig kapasitet for å oppnå en optimal drift og holde kostnadsnivået nede. I vedtektene punkt 3 *"Virksomhet"* er det åpnet for at valgte leverandør kan levere sine tjenester til *"øvrige kunder i den grad selskapets kapasitet tillater dette"*. Etter nemndas syn indikerer dette at valgte leverandørs kontrakter med andre enn eierne er inngått på bakgrunn av bedriftsøkonomiske og kommersielle hensyn, med mål om å holde kostnadsnivået på et så lavt nivå som mulig.
- (51) Ved vurderingen av om andelen av omsetningen til ikke-eiere er for høy, anser nemnda det derfor for å være av avgjørende betydning at det ikke gjelder et selskap som kun er opprettet til intern drift av en offentlig tjeneste. Tjenesten som innklagede drifter gjennom sitt eierskap i valgte leverandør, og får levert av valgte leverandør, er ikke en lovpålagt offentlig oppgave. Tjenesten er heller ikke i kjerneområdet for offentlig virksomhet, som eksempelvis avfallshåndtering, offentlig transport. Det er videre etterspørsel etter vaskeritjenester både i offentlig og privat sektor, og det eksisterer dermed et kommersielt marked for tjenesten som valgte leverandør leverer. Det vises i den forbindelse til klagen fra Norsk Industri, hvor det opplyses at klager har en rekke medlemmer i vaskerinæringen som er potensielle konkurrenter til valgte leverandør. Det vises videre til at enkelte av kommunene som eier valgte leverandør har avholdt anbudskonkurranse og inngått avtale med et annet vaskeri. I slike situasjoner er egenregi vanskeligere, ettersom det da lettere vil kunne oppstå en situasjon der egenregileverandøren får bedre konkurransevilkår enn de øvrige leverandørene. Siden formålet med EØS-reglene om offentlige anskaffelser er å skape et felles indre marked og motvirke konkurransevridning, taler dette etter nemndas syn klart for at man i

foreliggende sak ikke har grunnlag for å åpne opp for at andelen av omsetningen til andre enn eierne kan overstige ti prosent.

- (52) Basert på en helhetsvurdering, der det har blitt lagt stor vekt på det faktum at valgte leverandør også selger sine tjenester i et konkurranseutsatt marked, og at de aktuelle tjenestene ikke er av typisk offentlig karakter, er nemnda kommet til at omsetningsvilkåret ikke er oppfylt i foreliggende sak. Innklagede er dermed avskåret fra å tildele kontrakter til valgte leverandør i egenregi, og det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

#### *Skyldkravet – loven § 7b første ledd*

- (53) For at det skal kunne ilegges overtredelsesgebyr, kreves det at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt *”forsettlig eller grovt uaktsomt”*, jf. loven § 7b første ledd.
- (54) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser er det nærmere redegjort for skyldkravet. Der fremkommer blant annet at:

*”Det er et vilkår for å illegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap – og innsikt.”*

- (55) Det fremgår av innklagedes brev til klager 22. oktober 2010 at innklagede foretok en vurdering av hvorvidt vaskeritjenester lovlig kunne utføres i egenregi ved avtaleinngåelsen med de to tidligere vaskeriene i 2008. Innklagede har ikke dokumentert at det ble foretatt en tilsvarende vurdering forut for fusjonen, herunder en vurdering av hvorvidt omsetningskriteriet ville være oppfylt i forhold til valgte leverandør fra og med tidspunktet for fusjonen. Innklagede hadde kjennskap til vilkårene for å utføre tjenester i egenregi, og burde da ha en klar oppfordring til å vurdere hvorvidt fusjonen ville påvirke lovligheten av egenregi.
- (56) Vilkårene for å tildele kontrakter i egenregi er imidlertid skjønnsmessige. EU-domstolen har ikke fastsatt klare, absolutte grenser for når omsetningskriteriet skal anses oppfylt. Det må foretas konkrete vurderinger i hvert enkelt tilfelle, og det vil ofte kunne oppstå grensetilfeller. Basert på omstendighetene i den enkelte sak, kan det aksepteres en omsetning til andre enn eiere på over 10 prosent. Innklagede har anført at det har blitt arbeidet med å redusere omsetningen til eksterne kunder siden 2006. Innklagede har ikke dokumentert dette arbeidet nærmere, og av oversikten over omsetning gjengitt i premiss (10) følger det at Oppland Vaskeri AS' omsetning til ikke-eiere aldri var lavere enn 20,68 prosent etter 2006. Etter nemndas syn kan dette ikke tas til inntekt for at innklagede har vært av den oppfatning at omsetningsvilkåret ikke har vært oppfylt, og derigjennom at vilkårene for egenregi ikke har vært oppfylt, når omsetningen til ikke-eiere har vært 14,11 prosent. Det vises til at hensikten, ifølge innklagede, har vært å sikre at vilkårene for egenregi klart skal være oppfylt. Dette indikerer at innklagede har



et bevisst forhold til regelverket for offentlige anskaffelser. Slik nemnda ser det, ble det arbeidet med å få ned prosentandelen i tiden etter at klager tok kontakt med innklagede 21. september 2010. Det vises til at valgte leverandørs administrerende direktør er pålagt å redusere omsetningen til ikke-eiere til under ti prosent innen 30. juni 2011, jf. protokoll fra styremøtet avholdt 20. desember 2010. Dette pålegget er et konkret grep fra styrets side, hvor innklagede er sterkt representert. Av protokollen fremgår det videre at innklagede ikke vil forlenge sin pågående kontrakt med valgte leverandør, med mindre omsetningen til ikke-eiere er under ti prosent.

- (57) På denne bakgrunn kan innklagede etter nemndas syn kritiseres for ikke å ha foretatt en grundig vurdering av egenregivilkårene forut for fusjonen i juni 2010, slik at vilkårene klart ville være oppfylt. Siden læren om egenregi fremdeles er noe uklar og bygger på EU-domstolspraksis, og at den konkrete subsumsjonen fremstår som vanskelig, er nemnda etter en helhetsvurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å kunne konstatere grov uaktsomhet ved innklagedes tildeling av vaskeritjenester til valgte leverandør etter læren om egenregi. Skyldkravet i § 7b er dermed ikke oppfylt, og det er ikke grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr.

#### **Konklusjon:**

Sykehuset Innlandet AS har, ved å inngå kontrakt med valgte leverandør uten at vilkårene for egenregi er oppfylt, foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,  
11. april 2011

Andreas Wahl

