


A close-up photograph of green grass blades, slightly out of focus, creating a soft, natural background for the top half of the page.

Kommunens eget næringsavfall – bruk av egenregi/enerett

Rapport nr: 11/2015	Dato: 21.12.2015	Revidert:	Rev. dato:
Distribusjon: Fri	ISSN:	ISBN: 82-8035-019-5	
Tittel: Kommunens eget næringsavfall – bruk av egenregi/enerett			
Oppdragsgiver: Avfall Norge	Kontaktperson: Henrik Lystad		
Forfatter(e): Advokat Hanne S. Torkelsen, Lynx Advokatfirma DA	Medforfatter(e):		
Oppdragstaker: Avfall Norge	Prosjektleder: Henrik Lystad		
Emneord: Kommunalt avfall, næringsavfall, egenregi, enerett	Subject word: Municipal waste, commercial waste, in house, exclusive rights		
<p>Sammendrag:</p> <p>Avfall fra fra kommunale bygg, institusjoner, skoler, barnehager etc er næringsavfall.</p> <p>Denne rapporten gjennomgår det juridiske grunnlaget for kommunene til å løse oppgaver i egenregi, gjennom å benytte egne ressurser i egen etat eller gjennom å tildele oppgaven til et kommunalt eller interkommunalt selskap organisert som eget rettssubjekt.</p> <p>En oppsummerende huskeliste for å tildele enerett på en riktig måte er gitt avslutningsvis:</p> <ol style="list-style-type: none"> Behovet og nødvendigheten for å tildele enerett for kommunens eget næringsavfall må vurderes og det må begrunnes med miljømessige forhold. Det må fattes et vedtak av kompetent organ (administrativt eller politisk). Foretaket som tildeles eneretten må oppfylle kravene til offentligrettslig organ. Vedtaket må kunngjøres. Dette kan skje på kommunens egen hjemmeside og på hjemmesiden til det offentligrettslige organ som tildeles enerett. Det kan også kunngjøres gjennom vedtak om og kunngjøring av lokale renovasjonsforskrifter, hvor eneretten er definert. Intensjonskunngjøring forut for kontraktsinngåelse anbefales så lenge tildeling av kommunens eget næringsavfall kan sies å være rettslig uavklart 			
Godkjent av: Henrik Lystad	Dato: 21.12.2015	Sign: 	

FORORD

Riktige valg for kommunalt avfall

Avfall fra kommunale bygg, institusjoner, skoler, barnehager og lignende er etter Forurensningsloven klassifisert som næringsavfall. Dette betyr at kommunen som avfallsbesitter er forpliktet til å sørge for å samle inn og behandle avfallet. Settes denne tjenesten ut på anbud er den underlagt de samme reglene for offentlige anskaffelser som andre tjenester kommunen kjøper.

Mange kommuner har imidlertid betydelig egen aktivitet på innsamling og behandling av innbyggernes husholdningsavfall, som de har et ansvar for etter Forurensningsloven. Kommuner som ønsker å behandle det kommunale avfallet på samme måte som husholdningsavfallet har derfor hatt et behov for å gjøre dette på en juridisk riktig måte, noe denne rapporten er ment å skulle bidra til.

Arbeidet er utført av advokat Hanne S. Torkelsen i Lynx Advokatfirma DA og er kvalitetssikret av advokatene Rolf-Erik Disch og Geir Melby i Deloitte Advokatfirma AS. Prosjektet har vært fulgt opp gjennom Avfall Norges faggruppe for avfall og juss. Alle faglige betraktninger i rapporten står for forfatter/utførers egen regning. Prosjektet er finansiert gjennom Fou-midlene samlet inn fra Avfall Norges medlemmer.

Henrik Lystad
Fagsjef
Avfall Norge

INNHOOLD

Forord.....	1
1 Innledning.....	3
2 Nærmere om de rettslige rammer	5
2.1 Egenregi.....	5
2.1.1 Kontrollkriteriet.....	6
2.1.2 Aktivitetskriteriet.....	7
2.2 Enerett.....	8
2.2.1 Unntaksbestemmelsen i anskaffelsesforskriften	8
2.2.2 Kravet til offentligrettslig organ	9
2.2.3 Krav om offentlig tjenestekjøp	11
2.2.4 Krav til lov, forskrift eller administrativt vedtak som er kunngjort	11
2.2.5 Kravet til at eneretten skal være forenlig med EØS-avtalen	11
2.3 Grunnlaget for å tildele enerett for kommunens næringsavfall	15
2.4 Nærhetsprinsippets betydning for tildeling av enerett.....	19
2.5 Intensjonskunngjøring.....	21
3 Huskeliste	23

1 INNLEDNING

Avfall Norge skal utarbeide en veileder i tildeling av enerett for innsamling og behandling av kommunens eget næringsavfall. Dette er avfall fra kommunale bygg, institusjoner, skoler, barnehager etc. Avfallet som genereres i kommunene er ofte av samme art og kan sammenlignes med husholdningsavfall, dvs. restavfall, matavfall mv. og det kan være hensiktsmessig å kunne behandle dette sammen med husholdningsavfallet, for å utnytte stordriftsfordeler. Dersom kommunene har etablert egne biogassanlegg eller forbrenningsanlegg med hovedformål å løse oppgavene med å behandle husholdningsavfall, kan det være ønskelig å levere eget næringsavfall direkte til disse anleggene. Denne veileder vil redegjøre for de juridiske utfordringene kommunene møter, og angi hvordan dette kan løses innenfor anskaffelsesregelverket.

Muligheten for kommunene å løse oppgaver i egenregi, gjennom å benytte egne ressurser i egen etat eller gjennom å tildele oppgaven til et kommunalt eller interkommunalt selskap organisert som eget rettssubjekt har hittil vært basert på ulovfestet rett. EU har vedtatt to nye anskaffelsesdirektiver som skal erstatte dagens direktiver¹, som norsk lov og forskrifter om anskaffelser bygger på. Direktivene kodifiserer i stor grad gjeldende rettspraksis som angir kriteriene for å inngå kontrakt i egenregi, hvor tildelingen skjer til eget rettssubjekt. Direktivene inneholder også en del presiseringer som hittil har vært rettslig uavklart i forhold til hvor langt egenregiunntaket rekker. Regelverket er i ferd med å bli innført i norsk rett, og det henvises derfor til dette regelverket ved gjennomgang av de rettslige rammer for direkte tildeling av næringsavfall.

Anskaffelsesforskriften har et unntak fra anskaffelsesreglene der det er tildelt en enerett, som fyller visse vilkår som gjennomgås under punkt 2.2. EU-domstolen har også i sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, utviklet et unntak fra anskaffelsesreglene også for ikke-

¹ Direktiv 2014/24/EU som erstatter direktiv 2004/18/EC og 2014/25/EU som erstatter direktiv 2004/17/EC

institusjonalisert (horisontalt) samarbeid som også er kodifisert i nytt anskaffelsesdirektiv og den nye anskaffelsesforskriften². Unntaket kan anvendes der kommunene inngår en avtale om gjensidig samarbeid med hverandre. Dette unntaket gjennomgås ikke i denne veileder.

I det følgende gjennomgås vilkårene for egenregi i punkt 2.1, og deretter gjennomgås muligheten for å tildele enerett for kommunens eget næringsavfall under punkt 2.2.

² Se forslag til ny anskaffelsesforskrift som trer i kraft sommer 2016, §2-10: «Reglene i anskaffelsesloven og denne forskriften gjelder ikke for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid
(a) som har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå felles mål,
(b) som blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser, og
(c) der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne.»

2 NÆRMERE OM DE RETTSLIGE RAMMER

2.1 EGENREGI

De nye direktivet i klassisk sektor har kodifisert *Teckal* kriteriene³, som gjelder kravene til *utvidet egenregi*, der aktiviteten skilles ut i eget rettssubjekt i artikkel 12.

Følgende vilkår må *alle* være oppfylt for å oppfylle kravene til egenregi:

- Oppdragsgiveren må kunne utøve en kontroll over oppdragstakeren som tilsvarer den kontrollen oppdragsgiver kan utøve over egne tjenestegrener (kontrollkriteriet)
- Mer enn 80% av oppdragstakers aktivitet må være rettet mot den kontrollerende oppdragsgiveren, eller andre enheter kontrollert av oppdragsgiver (aktivitetskriteriet)
- Privat eierskap vil som hovedregel hindre at unntak for egenregi kommer til anvendelse

Det er etter direktivets art 12. nr 2 fullt mulig for et selskap som oppfyller kravene, til å opprette et datterselskap som tildeles oppgaver i egenregi, så fremt kravene til kontroll og aktivitet som er beskrevet nedenfor, er oppfylt. Etter samme bestemmelse kan et datterselskap også tildele kontrakt til sitt morselskap, eller ett «søsterselskap» i samme konsern, dersom kontrollkriteriene er oppfylt. Det er ikke uttrykkelig nevnt i direktivet at aktivitetskravene til selskapene må være oppfylt, men det følger bl.a. av KOFA sine avgjørelser i sakene 2011/58-65 og av en naturlig tolkning av sammenhengen i regelverket. Disse presiseringene er en klargjøring av handlingsrommet som tidligere ikke har vært løst gjennom EU-domstolens praksis.

Regelverket er kodifisert i forslag til ny anskaffelsesforskrift, §2-8 – 2-9 og §2-11.

³ Sak C-107/98, *Teckal*, premiss 50

2.1.1 Kontrollkriteriet

Kravet til kontroll kan utøves felles sammen med andre offentlige myndigheter, noe som følger av rettspraksis og kravet i direktivet art. 12 nr. 1. Interkommunalt samarbeid utelukker derfor ikke egenregi, selv om den enkelte eierandel er så liten at det ikke utøves majoritetskontroll. Kravet er at alle eierkommunene må være representert i «ledende organer», og må ha mulighet til i fellesskap å utøve avgjørende bestemmelser over strategiske og viktige beslutninger i selskapet. Oppdragstaker skal ikke opptre som en selvstendig markedsaktør, uavhengig av oppdragsgiverne.

Kravet til privat eierskap er begrenset til forbud mot direkte private kapitalandeler, se art. 12 nr 3 bokstav (c) og den nye anskaffelsesforskriften § 2-9, nr 1 c.

Det har vært diskutert om en holdingmodell med indirekte eierskap oppfyller krav til kontroll. Det nye direktivet klargjør at man også kan oppfylle kontrollkriteriet i en holdingmodell, så fremt oppdragstaker er underlagt oppdragsgivers indirekte kontroll, ved at oppdragsgiver har nødvendig kontroll over morselskapet, som igjen kan utøve nødvendig kontroll over datterselskapet.

EU-retten setter ikke begrensninger ved valg av selskapsform⁴. Også for private selskapsformer som aksjeselskap kan kravene til egenregi være oppfylt, men det må sikres at eierkommunene har tilfredsstillende kontroll gjennom vedtekter og aksjonæravtaler. Selskaper som er organisert etter lov om interkommunale selskaper (IKS-loven) er godt egnet til å oppfylle kravet til kontroll, på grunn av de styringsmekanismer som er nedfelt i IKS-loven.

⁴ Se bl.a. Sak C-480/06 Stadtreinigung Hamburg

2.1.2 Aktivitetskriteriet

Den viktigste begrensningen ved utvidet egenregi er vilkåret om at minst 80% av aktiviteten må være rettet mot eierkommunene, eller utført som ledd i å oppfylle tjenester pålagt av eierkommunene. Dette gir en begrensning i både geografisk utstrekning og i forhold til omsetningen i et marked, som er begrenset til inntil 20% av årlig omsetning. Beregningen skal ifølge direktivets art. 12 nr.5 ses hen til gjennomsnittlig omsetning hos oppdragstaker de siste 3 år.

Direktivet åpner også for at annen aktivitetsbasert indikator enn omsetning kan anvendes. Direktivet nevner kostnader som et eksempel. For avfallsselskaper kan også tonnasje være en aktivitetsbasert indikator som kan være aktuelle å benytte for å vurdere dette kriteriet.

Også kravet til kontroll kan vurderes utifra markedsorientering. Dette følger av rettspraksis⁵, og omfattende omsetning i et marked i kombinasjon med geografisk ekspansjon kan føre til at egenregi ikke kan benyttes. For å oppfylle kravene til egenregi er det derfor en geografisk begrensning til eierkommunenes område.

Direktivet klargjør også at et selskap kan tildele morselskapet eller sitt søsterselskap en kontrakt direkte, forutsatt at *Teckal kriteriene* er oppfylt.

Også kommunens eget næringsavfall som stammer fra offentlige institusjoner, kantiner mv. kan håndteres av selskapet i egenregi, dersom dette er avtalt og tillatt i henhold til selskapsavtalen/vedtekter. I såfall vil kommunens eget næringsavfall som ikke er konkurranseutsatt, ikke måtte regnes med i aktiviteten som utføres i et marked.

⁵ Sak C-458/03, Parking Brixen og Sak C-573/07 Sea

2.2 ENERETT

Enerettstildeling skiller seg fra organisering i utvidet egenregi ved at det ikke stilles samme strenge krav til kontroll over selskapet. En svært viktig forskjell er at aktivitetskriteriet ikke gjelder, slik at det ikke er samme begrensninger i adgangen til å ha omsetning i et marked som ved utvidet egenregi, og samme geografiske begrensninger som ved egenregi. Samtidig kreves en særlig begrunnelse og eneretten må være kunngjort. Dette er ikke krav ved tildeling av kontrakt i henhold til reglene om utvidet egenregi.

2.2.1 Unntaksbestemmelsen i anskaffelsesforskriften

EØS-avtalens regler om de fire friheter gjelder der kommunene utøver økonomisk aktivitet i et marked. Å tildele en enerett vil i utgangspunktet utgjøre en restriksjon på EØS-avtalens regler om de fire friheter og etableringsretten.

Anskaffelsesforskrift §1-3(2) bokstav h har et unntak knyttet til enerett. Denne unntaksbestemmelsen er også videreført i det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 11 og den nye anskaffelsesforskriften som trolig trår i kraft i 2016 i en noe endret språkdrakt, se §2-2:

§ 2-2. Unntak for tjenestekontrakter som inngås på grunnlag av en enerett

Reglene i anskaffelsesloven og denne forskriften gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiver inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare når eneretten er tildelt ved lov eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen.

Anskaffelsesforskriften §1-3(2) har oppstilt fire vilkår som må være tilfredsstillt for at kontrakt skal unntas fra prosedyrereglene i medhold av en enerett:

- 1) Organet som tildeles kontrakten må selv være en offentlig oppdragsgiver som definert i anskaffelsesforskriften § 1-2
- 2) Det må være tale om et offentlig tjenestekjøp
- 3) Organet må ha fått tildelt en enerett på vedkommende tjenesteområde i henhold til lov, forskrift eller administrativt vedtak som er kunngjort
- 4) Tildelingen må være forenelig med EØS-avtalen

2.2.2 Kravet til offentligrettslig organ

Det nye anskaffelsesdirektivet viderefører dagens definisjon på et offentligrettslig organ i §1-2(2) som lyder:

«Et offentligrettslig organ er et organ som

a) er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter,

b) er et selvstendig rettssubjekt og

c) har tilknytning til det offentlige ved at

1. organet hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer,

2. organets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll eller

3. organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.»

Kravet til offentligrettslig organ vil være oppfylt, dersom eneretten tildeles et kommunalt avfallsselskap som er kontrollert av kommuner, for eksempel gjennom direkte eller indirekte eierskap i selskaper, og som har til formål å utføre tjenester i allmennhetens interesse. Kofa har

eksempelvis lagt til grunn at et selskap⁶ som er eid av kommuner og kommunale selskaper som har aksjemajoritet, og der Trondheim Fjernvarme eide 25% (sistnevnte eid av Statkraft), med formål å behandle avfall fra husholdninger og næringslivet, og som driver til selvkost, er et offentligrettslig organ

Kravet om at selskapet er forpliktet til å løse en oppgave for å tjene allmennhetens behov, som ikke er av forretningsmessig eller industriell karakter vil da være oppfylt. Også andre former for kontroll enn gjennom eierskap kan være aktuelt, for eksempel gjennom finansiering, men eierskapskontroll er det mest praktiske.

Når det gjelder kravet til at virksomheten ikke skal være av forretningsmessig og industriell karakter, uttalte EF- Domstolen i Arnhem-saken – C-360/96 bl.a. følgende (dansk versjon):

«I denne forbindelse bemærkes, at Domstolen i den nævnte dom i sagen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., præmis 25, har fastslået, at det er uten betydning, at et sådant organ ud over den opgave at imødekomme almenhedens behov frit kan udøve andre former for virksomhed. Den omstændighed, at imødekommelse af almenhedens behov kun udgør en relativt ubetydelig andel af den virksomhed, som et sådant organ udøver, er ligeledes uden relevans, når det fortsat påtager sig at opfylde de behov, som det specielt er forpligtet til at imødekomme. [våre understrekinger]»

Uttalelsene i Arnhem-dommen og Mannesmann-dommen bekrefter at et selskap (organ) kan drive næringsvirksomhet uten de begrensninger knyttet til markedsaktivitet som gjelder i egenregi, dersom virksomheten er et offentligrettslig organ og baserer virksomheten delvis på enerett.

⁶ Sak 2008/7 og 2008/8 (Ecorpo)

2.2.3 Krav om offentlig tjenestekjøp

Krav om offentlig tjenestekjøp er oppfylt, da kontrakt som inngås i medhold av en enerett vil kunne være kjøp av behandlingstjenester for et nærmere definert kommunalt næringsavfall.

2.2.4 Krav til lov, forskrift eller administrativt vedtak som er kunngjort

Krav til lov, forskrift eller administrativt vedtak er oppfylt, for eksempel ved at kommunestyret fastsetter enerett gjennom vedtak. Det kan også vurderes om administrasjonen i kommunen har kompetanse til å fatte et slikt vedtak.

Vedtaket må være kunngjort. Dette kan kunngjøres på kommunens egen hjemmeside. Dersom vedtak gjøres gjennom fastsettelse av renovasjonsforskrifter, vil dette kunngjøres bl.a. på kommunens egen hjemmeside og på lovdata. Ved intensjonskunngjøring, se punkt 2.5, er det selve kontrakten som inngås i medhold av en enerett som kunngjøres. Intensjonskunngjøring kan utformes slik at også eneretten kunngjøres samtidig.

2.2.5 Kravet til at eneretten skal være forenlig med EØS-avtalen

Tildeling av enerett har vært omstridt, og det er særlig kravet til at tildeling er forenlig med EØS-avtalen og nødvendigheten av å tildele enerett som har vært omstridt. EFTAs overvåkingsorgan, ESA⁷, har i en klagesak fra Norsk Industri akseptert bruk av enerett for tildeling av husholdningsavfall til norske forbrenningselskap. ESA tok utgangspunkt i to konkrete saker hvor det er tildelt enerett, som var avfallsforbrenningsanlegget Returkraft og biogassanlegget Ecopro. ESA fant at tildeling av enerett på henholdsvis restavfall fra husholdningene til Returkraft og våtorganisk avfall fra husholdningene til Ecopro ikke var i

⁷ Se uttalelser i brev til Norsk Industri i «Case No 68457» av 5. september 2012 (Event no 626809)

strid med EØS-avtalen og anskaffelsesdirektivet. ESAs avgjørelse bekrefter at selskapet kan drive næringsvirksomhet uten de begrensninger knyttet til markedsaktivitet som gjelder i egenregi, dersom virksomheten er et offentligrettslig organ og baserer virksomheten delvis på enerett.

Kofa har også den 18. februar 2013 tatt stilling til enerett i en sak⁸ som omhandlet klage over tildeling av enerett til BIR Avfallsenergi AS, fra BIR Privat AS, et selskap i BIR-konsernet, som er et interkommunalt selskap i Bergensregionen. Kofa kom også her etter en konkret vurdering til at vilkårene for enerett var oppfylt. BIR Avfallsenergi eier og drifter forbrenningsanlegg, og denne avgjørelsen omhandler derfor enerett på restavfall til forbrenning, i likhet med Returkraft.

Disse sakene omhandler tildeling av enerett til biogassanlegg eller forbrenningsanlegg som kjennetegnes av kapitalkrevende investeringer og er avhengig av langsiktige leveringskontrakter.

Av Kofas nyere avgjørelser vedrørende enerettstildeling kan det vises til sak 2011/126. I denne saken var Karlsøy kommune innklaget av Perpeetum AS over en enerettstildeling til Remiks Husholdning AS. Klager hadde tidligere utført tjenestene for Karlsøy kommune etter forutgående anbudskonkurransen. Karlsøy kommune fattet et kommunestyrevedtak om å tildele enerett til Remiks Husholdning AS, som er 100 eid av Remiks Miljøpark AS, som igjen er eid av Tromsø kommune med 4999 aksjer, og av Karlsøy kommune som har kjøpt 1 aksje i forbindelse med enerettstildelingen. Eneretten omfattet alt husholdningsavfall og farlig avfall som kommunene har ansvar for etter avfallsforskriften, men omfattet ikke kommunens eget næringsavfall. Kofa viste først til at det i stor grad hører inn under det offentliges frie skjønn å vurdere hvorvidt enerett er nødvendig (premiss 40). Deretter viste Kofa til Returkraftavgjørelsen som Kofa tidligere har tatt stilling til i sak 2008/77, (premiss 41).

⁸ Sak 2012/157-165 (BIR)

(41) Det gjenstår å drøfte om innklagedes tildeling av enerett med etterfølgende oppdrag om avfallshåndtering var lovlig. Klagenemnda viser til en utførlig utredning av spørsmålet om enerett til avfallshåndtering gjort av Avfall Norge i februar 2007 (forfatter advokat *H. Torkelsen* hos KS-advokatene) og som nemnda kan slutte seg til. Enerettsspørsmålet drøftes i utredningens avsnitt 2.4.3., og det antas der at forurensningsloven ikke er til hinder for tildeling av enerett. Fra utredningen siteres fra drøftelsen om anvendelsen av forskriftens § 1-3 (2) a-h:

”Også kravet til en kunngjort enerett vil være oppfylt, idet håndtering av husholdningsavfall er en lovpålagt oppgave som selskapet har fått tildelt eneretten til å håndtere på vegne av kommunen(e). Dette kravet kan oppfylles ved at de enkelte kommunestyre fatter vedtak om å tildele selskapet slik enerett og ved at dette fremgår av selskapets vedtekter/selskapsavtale og renovasjonsforskriftene.

[---]

[] ... Så lenge kommunene er pålagt ved lov å ha deponi eller anlegg for å håndtere husholdningsavfall, vil konsekvensen også være at kommunene må kunne tildele et selskap enerett til å oppfylle denne oppgaven, forutsatt at kravene i forskriften ellers er oppfylt.”

Nemnda er enig i det som her anføres, og finner støtte for de samme synsmåtene i *H.P.Gravers* artikkel i tidsskriftet *Lov og Rett* 2004 s 224 flg, særlig s 234-238 om EØS-avtalens artikkel 59 og EF-domstolens praksis i tilknytning til den tilsvarende artikkel i Traktatens artikkel 86. Det kan også vises til innklagedes påberopte synsmåter i HR-dom Rt. 2007 s. 1003 (om innføring av monopol for spilleautomater). Nemnda tilføyer at det ikke foreligger holdepunkt i denne saken for å anta at opprettelse av enerett til kommunal avfallshåndtering bryter med det overordnede proporsjonalitetsprinsipp som ellers kan begrense bruken av enerettsordninger i offentlig sektor.

Om vurderingen av at det er nødvendig å tildele enerett, vurderte Kofa kommunens begrunnelse i premiss 42:

«Innklagede har i vedtak av 24. februar 2011 angitt at enerettstildelingens formål er å *"løse et miljøproblem"*, og etter innklagedes skjønn var tildelingen *"nødvendig av*

tungtveiende allmenne hensyn, herunder blant annet hensynet til å sikre en forutsigbar, miljømessig god og effektiv ordning for å løse de lovpålagte renovasjonsoppgavene". Eneretten er altså blant annet begrunnet med at valgte leverandør har kompetanse og kapasitet til å utføre oppgaven. Det er klart at det ville medført store miljø- og helsemessige konsekvenser dersom behandling av husholdningsavfall opphørte, og at innklagede derfor har behov for kontroll med at dette ikke skjer, jf. også den lovbestemte plikten til å besørge renovasjon. På det aktuelle tjenesteområdet foreligger det imidlertid et velfungerende privatmarked, som både har kompetanse og kapasitet til å utføre den aktuelle tjenesten. Innklagede har vist til at kommunen, ved å la private aktører utføre tjenesten, ikke har tilstrekkelige sanksjoneringsmuligheter ved kontraktsbrudd. Imidlertid er det for eksempel mulig å organisere det slik at kommunen har en leverandør i reserve for det tilfellet at primærleverandøren ikke utfører tjenesten i henhold til kontrakt. På den annen side ville det trolig medføre store investeringer å ha et slikt system, og det ville heller ikke nødvendigvis vært så interessant for potensielle leverandører å ha en slik reservefunksjon for uforutsette hendelser. Ved å tildele valgte leverandør den aktuelle oppgaven gjennom enerett, sikres større kontroll med at oppgaven blir utført, stabil drift, samt at valgte leverandørs investeringer/planlagte investeringer sikres.

Selv om det er flere private aktører som kan tilby tjenestene, vil det likevel kunne være lovlig å tildele enerett, også for kommunens næringsavfall. Tungtveiende miljømessige vurderinger som hensyn til leveringssikkerhet, også i krisesituasjoner, og hensyn til mulighet for stabil drift og sikre investeringer er relevante i den sammenheng. Det må ikke være rene økonomiske hensyn som begrunner eneretten.

Eneretten må være klart definert. Det er ikke tilstrekkelig at det står i selskapsavtalen at selskapet er tildelt enerett på avfallsområdet, det må være klart definert hvilke oppgaver som skal utføres på basis av en enerett.

Dersom man ønsker å vurdere tildeling av enerett for kommunens eget næringsavfall, bør det vurderes om ovennevnte vilkår er oppfylt, særlig krav til nødvendighet og proporsjonalitet, og hvordan det skal kunngjøres.

2.3 GRUNNLAGET FOR Å TILDELE ENERETT FOR KOMMUNENS NÆRINGSAVFALL

I 2004 ble avfallsdefinisjonen i forurensingsloven endret fra henholdsvis «forbruksavfall» og «produksjonsavfall» til «husholdningsavfall» og «næringsavfall». I forurensingsloven § 27 annet ledd står det:

«Som næringsavfall regnes avfall fra offentlige og private virksomheter og institusjoner.»

Utgangspunktet for lovendringen var at næringsavfall skulle konkurransetsettes, og at private aktører som var i besittelse av næringsavfall selv skulle ha mulighet til å velge avfallsleverandør.

Selv om avfall fra kommunale institusjoner regnes som næringsavfall i henhold til forurensingsloven, kan dette avfallet tildeles et kommunalt avfallsselskap i egenregi, på lik linje med husholdningsavfallet. Spørsmålet er om kommunens eget næringsavfall også kan tildeles avfallsselskap med grunnlag i en enerett. I likhet med enerett for husholdningsavfall må det også begrunnes i allmenne behov, f.eks. nødvendighet utifra miljøhensyn.

Enerett er en eksklusiv rett til å utføre en tjeneste, som utelukker andre aktører fra å tilby det samme innen et bestemt område. Det betyr at den som tildeler enerett ikke trenger å følge innkjøpsregelverkets krav om konkurranse. Adgangen til å benytte enerett er veletablert i EU-retten og kan benyttes for å utføre oppgaver som skal dekke allmennhetens behov. Kommunal innsamling og behandling av husholdningsavfall er slike oppgaver. Det er lagt til grunn i avgjørelser fra EU-domstolen, ESA og Klagenemnda for offentlige anskaffelser, og gjelder for alle EU/EØS-land. Enerett skaper monopol og er i utgangspunktet ikke ønskelig ut ifra et konkurranserettslig synspunkt. Konkurranse er imidlertid ikke et mål i seg selv, og konkurransehensyn bør ikke stenge for en hensiktsmessig offentlig organisering av oppgaver. Det er derfor i EU-retten likevel akseptert at tjenestekontrakter på nærmere betingelser kan tildeles direkte fra et offentlig organ til et annet med hjemmel i en enerett, når det er nødvendig for å ivareta offentlige oppgaver.

Miljødirektoratet skriver i brev datert 9.10.2015 til Klima- og miljødepartementet bl.a. at:

«Muligheten for å tildele enerett gjør at kommunene kan velge den mest hensiktsmessige behandlingen av husholdningsavfall ut fra en avveining av økonomiske og samfunnsmessige hensyn. Etter vår vurdering bidrar adgangen til å tildele enerett for avfallsbehandling til at vi har tilstrekkelig behandlingsskapasitet i Norge. Dette gjelder først og fremst for kapitalintensive anlegg til energiutnyttelse og biogassproduksjon. Det er mulig fordi enerettsadgangen reduserer den økonomiske risikoen ved etablering og drift av kostnadskrevenende behandlingsanlegg. Det er ikke gitt at kommunene eller markedet for øvrig vil sørge for et innenlands behandlingstilbud uten en sikkerhet for langsiktig tilgang på avfall. Vi mener Norge, som andre land, bør sørge for å ha en viss innenlands behandlingsskapasitet for avfall og at vi ikke kun kan basere avfallsbehandling på eksport. Dette gjelder både ut ifra internasjonale forpliktelser og ut ifra et reelt behov for en viss beredskapsskapasitet. Mulighet for å tildele enerett viser seg å bidra til at det finnes en sikker og miljøvennlig avfallsbehandling i tråd med målene i avfallspolitikken. Vi anbefaler derfor at kommunenes adgang til å tildele enerett for avfallsbehandling opprettholdes – i tråd med det som er vanlig i andre EØS-land.»

Etter vår oppfatning kan man anvende disse argumenter også overfor en adgang til å tildele enerett til å behandle kommunens eget næringsavfall. De samme hensyn gjør seg også gjeldende for næringsavfall og andre avfallsfraksjoner enn husholdningsavfall.

I såfall må eierkommunene beslutte å tildele enerett gjennom forskrift (for eksempel renovasjonsforskrifter) eller administrativt vedtak. Begrepet «administrativt vedtak» må tolkes vidt, og viser at beslutninger ikke nødvendigvis trenger å være fattet av kommunestyret. Hvem som kan fatte vedtak om å tildele enerett beror på en kompetansevurdering. Vedtak i kommunestyret, eller vedtak besluttet av kommunens administrasjon eller styret i et selskap som har fått tildelt eneretten og ønsker å videredelegere denne, kan tilfredsstillende kravene til et administrativt vedtak. Begrunnelsen for eneretten må tilfredsstillende kravene i rettspraksis til å være nødvendig, forholdsmessig og egnet for å oppnå et miljøformål, som for eksempel kan svære å sikre investeringer og drift av avfallsbehandlingsanlegg.

I Kofa saken som gjaldt spørsmål om lovlig tildeling av enerett fra Karlsøy kommune til Remiks Husholdning AS⁹ var eneretten omfattet av farlig avfall også fra næringsvirksomhet som er omfattet av avfallsforskriftens bestemmelser om mottakspunkt. I avgjørelsen er eneretten beskrevet slik:

”Remiks Husholdning skal ha enerett til å utføre renovasjons- og miljøtjenester for Aksjonærene som ivaretar deres lovpålagte ansvar for husholdningsrenovasjon etter forurensingsloven, herunder innsamling, mottak og behandling av husholdningsavfall, EE-avfall fra husholdninger og næringsvirksomheter, jfr. Avfallsforskriften §§ 1-7 og 1-8, farlig avfall fra husholdninger og virksomheter med mindre mengder farlig avfall, jfr. Avfallsforskriften § 11-10 og PCB-holdige isolerglassruter fra husholdninger og virksomheter med mindre mengder farlig avfall, jfr. Avfallsforskriften § 14.3.

Denne eneretten var begrunnet i lovpålagte oppgaver, men omfattet også avfall fra næringsvirksomheter.

Det har ikke vært avgjørelser i Kofa som behandler tildeling av enerett på kommunens eget næringsavfall til et offentligrettslig organ.

I en av EU-domstolens avgjørelse¹⁰ som omhandler København kommunes tildeling av enerett var eneretten ikke knyttet til husholdningsavfall, men derimot avfall fra bygge- og anleggsvirksomhet. I denne saken ble eneretten akseptert, da det var ansett som et nødvendig virkemiddel for å bygge opp gjenvinningskapasitet, og alternativet var en dårligere miljømessig behandling av dette byggeavfallet.

Det er liten grunn til å se annerledes på adgangen til å tildele enerett for næringsavfall selv om eneretten ikke direkte er hjemlet i forurensingsloven som en lovpålagt oppgave kommunene skal løse. Eneretten må derimot kunne begrunnes på bakgrunn av kommunens ansvar som

⁹ Sak 2011/126

¹⁰ Sak C-209/98 (Sydhavnen Sten & Grus)

avfallsbesitter etter forurensingsloven, og de plikter kommunene har for å sørge for at eget avfall fra egne virksomheter behandles forsvarlig. Dette er i stor grad avfall fra lovpålagte aktiviteter for kommunene, som f.eks. skole, sykehjem m.v.

Eneretten kan også for dette tilfellet begrunnes med at man sikrer større kontroll med at oppgaven blir utført, stabil drift, samt at kommunens investeringer/planlagte investeringer sikres. Det må også her være opp til kommunens skjønn å avgjøre om oppgaven skal løses gjennom konkurranseutsetting eller ved tildeling av enerett til offentligrettslig organ, på samme måte som det er opp til kommunenes eget skjønn om de skal tildele enerett til eget husholdningsavfall, eller konkurranseutsette dette.

Ikke alle er enige i adgangen til å tildele enerett for kommunalt næringsavfall¹¹. Begrunnelsen er at næringsavfall fra kommunale virksomheter og institusjoner er pr. definisjon næringsavfall, og dermed konkurranseutsatt avfall. Kommunen har ingen lovpålagte plikter mht. innsamling og behandling av næringsavfall, jf. loven §32.

Imidlertid er det ikke et krav for å lovlig tildele enerett at kommunen må ha lovpålagte plikter etter forurensingsloven til å samle inn og behandle avfallet. Kommunen som avfallsbesitter er forpliktet til å samle inn og behandle eget avfall, og har i kraft av kommunal autonomi myndighet til å selv beslutte om det skal gjøres i egenregi, gjennom å tildele enerett eller om det skal anbudsutsettes. Dette gjelder ikke for næringsavfall fra andre avfallsprodusenter enn kommunen selv (for eksempel fra restauranter, hoteller m.v.).

¹¹ Brev fra Norsk Industri til Holtålen kommune m.fl. datert 8.1.2014

2.4 NÆRHETSPRINSIPPETS BETYDNING FOR TILDELING AV ENERETT

Avfallsdirektivet 2008/98/EC av 19. november 2008, har en bestemmelse om nærhetsprinsippet og et prinsipp om tilstrekkelig egenkapasitet i artikkel 16¹². Prinsippet innebærer at blandet husholdningsavfall¹³ i størst mulig grad skal håndteres i nærhet til der hvor det er oppstått/produisert. Artikkel 16 omfatter også avfall som kommer fra lignende avfall fra andre produsenter enn husholdningene som skal til gjenvinning. Restavfall fra kommunenes eget næringsavfall vil være omfattet av artikkel 16 dersom det skal gå til energigjenvinning.

Direktivets artikkel 16 fastslår at medlemsstatene skal etablere et nettverk av avfallsinstallasjoner for avfall som går til sluttbehandling og gjenvinning av restavfall fra husholdningene og lignende avfall fra andre produsenter, og hvor det tas hensyn til best anvendbar teknologi. For å oppnå dette fastslår direktivet at medlemsstatene kan, for å beskytte nettverket, begrense import av avfall til energigjenvinning der dette er nødvendig av miljømessige grunner. I tillegg kan medlemsstatene begrense eksport av avfall i tråd med det som er nedfelt i forordning om grensekryssende transport av avfall (Forordning (EF) nr 1013/2006. Etter denne forordningen kan eksport av avfall begrenses av flere grunner, og det faktum at det er blandet husholdningsavfall er tilstrekkelig grunn.

Den 12. desember 2013 avsa EU-domstolen en dom¹⁴ vedrørende tolkning av avfallsdirektivets nærhetsprinsipp.

Saken gjaldt spørsmål om estiske regler for anskaffelse av transport av avfall til forbrenning var i strid med EU-regelverket. Bakgrunnen var at en kommune i Estland lyste ut på anbud en

¹² Engelsk: «principles of self-sufficiency and proximity»

¹³ Engelsk versjon: «Mixed municipal waste»

¹⁴ C-292/12 Ragn-Sells

kontrakt om innsamling og transport av *blandet kommunalt avfall* og *industri- og byggeavfall*. En av betingelsene i anbudsgrunnlaget var at det kommunale avfallet skulle transporteres til et bestemt avfallsbehandlingsanlegg som befant seg i 5 km. avstand fra kommunen (Sillamäe-anlegget). Industri og byggeavfallet skulle transporteres til et bestemt avfallsbehandlingsanlegg som lå 25 km. fra kommunen (Uikala-anlegget).

En privat avfallsaktør reiste søksmål og hevdet at bestemmelsen etablerte en enerett for anleggene som var i strid med prinsippet om fri konkurranse, fri bevegelse av varer og tjenester, og etableringsretten. Blant annet ble det anført at det i Estland, med en omkrets på 260 km, er det ikke mindre enn 11 konkurrerende anlegg som kan behandle kommunalt avfall, med samme likeverdige teknologi som det utpekte anlegget i anbudet. Det ble også argumentert med at krav til lokal forbrenning hindret eksport av husholdningsavfall siden det var flere avfallsanlegg i grenselandet Latvia som kunne tilby en tilsvarende håndtering av avfallet som det lokale anlegget som var favorisert, kunne tilby.

Spørsmålet om forholdet mellom nærhetsprinsippet og reglene om fri bevegelighet av varer ble forelagt EU-domstolen.

EU-domstolen slo fast i premiss 61 at et av de viktigste tiltakene som medlemsstatene og deres lokale kompetente myndigheter kan beslutte i medhold av avfallsdirektivet, er å tilstrebe en behandling av kommunalt avfall (municipal waste) i det anlegg som ligger nærmest mulig det sted hvor det produseres, slik at transporten begrenses i mest mulig omfang.

I premiss 62 og 63 slo EU-domstolen fast at myndighetene i medlemsstatene har kompetanse til å regulere og organisere behandling av avfallet som definert i avfallsdirektivet artikkel 16 på en slik måte at avfallet behandles i det nærmeste egnede anlegget. Som følge av dette kan medlemsstatene gi kompetanse til lokale myndigheter på et geografiske området som anses hensiktsmessig, som igjen kan bestemme at avfallet håndteres på en måte som sikrer overholdelse av forpliktelsene i artikkel 16.

I følge dommen gjelder dette kun for avfall til sluttbehandling eller blandet avfall fra husholdninger *eller lignende avfall fra andre produsenter som definert i artikkel 16 som går til gjenvinning*. Industrielt avfall eller byggeavfall som skal gå til gjenvinning vil være underlagt andre og strengere regler for når man kan begrense transport over landegrensene, og nærhetsprinsippet står derfor ikke like sterkt her.

Dommen kan være et argument for å legge nærhetsprinsippet til grunn for restavfall fra kommunale institusjoner, kantiner, barnehager, skoler mv, der dette faller inn under definisjonen i artikkel 16 som lignende avfall fra andre produsenter enn husholdningene, og som skal energigjenvinnes.

2.5 INTENSJONSKUNNGJØRING

Så lenge tildeling av enerett for kommunens eget næringsavfall er omstridt, kan juridisk risiko reduseres ved at den offentlige oppdragsgiver foretar en såkalt intensjonskunngjøring i henhold til anskaffelsesloven §14, samt anskaffelsesforskriften §9a og §18-3a. I henhold til disse bestemmelsene kan ikke en domstol kjenne kontrakten uten virkning, på grunnlag av at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, forutsatt at det kunngjøres at det vil bli inngått en kontrakt og tidligst inngår kontrakten ti dager etter kunngjøringen.

I et sånt tilfelle kan en potensiell leverandør som mener at det foreligger ulovlig direkte anskaffelse, begjære midlertidig forføyning og reise sak, for å få prøvd om organiseringen er lovlig.

Det vil da ikke være adgang til å avkorte kontraktens løpetid, eller idømme overtredelsesgebyr, i henhold til anskaffelsesloven §14 første ledd, bokstav a).

Retten til å avkorte kontraktens løpetid, eller idømme overtredelsesgebyr forutsetter i utgangspunktet at anskaffelsen gjelder en prioritert tjeneste og overstiger EØS-terskelverdiene fastsatt i forskriften. Dette gjelder imidlertid ikke der det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Det følger av NOU 2010:2 pkt. 10.5.2 at en intensjonskunngjøring vil sikre gjennomsiktighet og gi leverandørene mulighet til å stoppe en kontraktstildeling når de mener at det ikke er grunnlag for å gjennomføre anskaffelsen uten å følge de ordinære kunngjøringsreglene i anskaffelsesforskriften. Dersom ingen leverandører begjærer midlertidig forføyning innen fristen, vil oppdragsgiver på sin side være sikret mot at kontrakten på et senere tidspunkt kan bli kjent uten virkning, eller det vil bli ilagt alternative sanksjoner.

Intensjonskunngjøring har nylig blitt behandlet av EU-domstolen (sak C-19/13 Fastweb). Domstolen konkluderer her blant annet med at det må undersøkes om oppdragsgiver har utvist «den fornødne omhu», og om oppdragsgiver kunne anse at betingelsene for å tildele en kontrakt direkte var oppfylt. I den forbindelse skal det særlig ses hen til den begrunnelsen oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen. Begrunnelsen skal klart og utvetydig angi de betraktninger som ligger til grunn for oppdragsgivers vurdering.

Intensjonskunngjøringen må derfor inneholde en begrunnelse for hvorfor det kan skje direkte tildeling. Begrunnelsen kan være kort, men bør henvise til begrunnelsen for at det er tildelt enerett, og at man mener at vilkårene er oppfylt.

Videre må det gå minimum ti dager fra intensjonskunngjøringen kunngjøres (regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen) til kontrakt inngås. Interesserte leverandører vil da få mulighet til å stoppe kontraktsinngåelsen, hvis de ikke er enige i oppdragsgivers vurdering av at det er adgang til å tildele kontrakten direkte uten forutgående kunngjøring av konkurransen.

3 HUSKELISTE

- f) Behovet og nødvendigheten for å tildele enerett for kommunens eget næringsavfall må vurderes og det må begrunnes med miljømessige forhold, kontrollhensyn, skape sikkerhet for investeringer, mv.**
- g) Det må fattes et vedtak av kompetent organ (administrativt eller politisk).**
- h) Foretaket som tildeles eneretten må oppfylle kravene til offentligrettslig organ.**
- i) Vedtaket må kunngjøres. Dette kan skje på kommunens egen hjemmeside og på hjemmesiden til det offentligrettslige organ som tildeles enerett. Det kan også kunngjøres gjennom vedtak om og kunngjøring av lokale renovasjonsforskrifter, hvor eneretten er definert.**
- j) Intensjonskunngjøring forut for kontraktsinngåelse anbefales så lenge tildeling av kommunens eget næringsavfall kan sies å være rettslig uavklart.**