



# Avfall Norge

Juridisk betenkning vedrørende spørsmål knyttet til etablering av avfallsbehandlingsanlegg.

Oppdatert.

Rapport 5/2011

Oktober 2011 - 1. revisjon

# PROSJEKTRAPPORT

<b>Rapport nr:</b> 5/2011	<b>Dato:</b> 11.10.2011	<b>Revidert:</b> 2. utgave	<b>Rev. dato:</b> 16.11.2011
<b>Distribusjon:</b> Fri		<b>ISSN:</b>	<b>ISBN:</b> 82-8035-090-X
<b>Tittel:</b> Juridisk betenkning vedrørende spørsmål knyttet til etablering av avfallsbehandlingsanlegg. Oppdatert.			
<b>Oppdragsgiver:</b> Avfall Norge – arbeidsgruppe for juridiske spørsmål		<b>Kontaktperson:</b> Henrik Lystad	
<b>Forfatter(e):</b> Hanne S. Torkelsen		<b>Medforfatter(e):</b>	
<b>Oppdragstaker:</b> Advokatfirmaet Torkelsen & Kinn DA		<b>Prosjektleder:</b>	
<b>Emneord:</b> Egenregi, tildeling av enerett, selvkost, offentlige anskaffelser, avfallsbehandlingsanlegg		<b>Subject word:</b> In-house, exclusive rights, public procurement, waste treatment plants	
<b>Sammendrag:</b> Konklusjonen er at kommunene har en handlefrihet i forhold til EØS-avtalen som bør tas i betraktning ved investeringsbeslutninger i forhold til et avfallsbehandlingsanlegg, og hvordan man organiserer dette. For full oppsummering og konklusjon se kapittel 4 i denne rapporten. Noen punkter herfra er gjengitt nedenfor <ul style="list-style-type: none"><li>• Det er fullt mulig å etablere et interkommunalt selskap, eller et kommunalt foretak/aksjeselskap som eier avfallsbehandlingsanlegg dimensjonert for å håndtere husholdningsavfall, og som tildeles kontrakter direkte fra oppdragsgiver i <i>egenregi</i>. Vilkårene til egenregi må da være oppfylt, ved at leveranse av tjenester og omsetningen rettes i hovedsak til eierne, og kommunen/kommunene må sørge for å ha direkte kontroll med selskapet. Dette vil også være mulig, selv om eierskapet til behandlingsanlegget skilles ut i eget selskap.</li><li>• Man kan også tildele kontrakter fra deltakerkommuner og nabokommuner uten anbud i medhold av anskaffelsesforskriftens § 1-3 bokstav h) om tildeling av kontrakter med hjemmel i <i>enerett</i>, dersom vilkårene for offentligrettslig organ er oppfylt. Dette forutsetter at kontraktene som tildeles skjer etter selvkostprinsippet. Et slikt organ kan også drive med annen virksomhet av forretningsmessig eller industriell karakter, og det er ikke noe krav til at tjenesten i hovedsak skal rettes mot oppdragsgiver(e).</li><li>• Håndtering av konkurranseutsatt avfall vil også reise spørsmål om ulovlig offentlig støtte.</li><li>• Dersom eierskapet legges til et energiselskap som driver med distribusjon av strøm, omsetning og produksjon av elektrisk energi eller annen konkurranseutsatt virksomhet, vil egenregi være utelukket.</li></ul>			
<b>Godkjent av:</b> Håkon Jentoft	<b>Dato:</b> 11.10.2011	<b>Sign:</b> 	

# Forord

Avfallsbransjen står inne i en periode med store investeringer i ny kapasitet for behandling av restavfall og utsorterte fraksjoner. Det er etablert strenge regler for hvordan kommunene som eier av avfall kan delta i etablering av denne typen anlegg.

Avfall Norge fikk i 2006 derfor utarbeidet en juridisk betenkning vedrørende spørsmål knyttet til etablering av avfallsbehandlingsanlegg. Rapporten beskrev mulighetene for å organisere kommunal virksomhet i egenregi eller tildele enerett til selvstendige rettssubjekt. Rapporten har vært med å danne grunnlaget for organiseringen av flere behandlingsanlegg i kommunal regi i Norge. Særlig har bruken av tildelt enerett vært aktuelt siden svært få kommuner og interkommunale selskaper alene har ansvar for nok avfall til å kunne realisere behandlingsanlegg med moderne standard i egenregi.

Foreliggende rapport er en oppdatering av rapporten fra 2006 der særlig rettsutviklingen i EU og Norge (Kofa) er gjennomgått og satt i sammenheng. Rapporten er utarbeidet av Hanne S. Torkelsen i Advokatfirmaet Torkelsen & Kinn, tidligere advokat hos KS-advokatene og KS Bedrift på oppdrag fra Avfall Norges og arbeidsgruppen for juridiske spørsmål. De juridiske vurderingene står for forfatterens regning.

Oslo 11. oktober 2011

Håkon Jentoft

Direktør

# Innhold

<b>FORORD</b> .....	<b>3</b>
<b>1. BESKRIVELSE AV OPPDRAGET</b> .....	<b>5</b>
<b>2. NÆRMERE OM DE RETTSLIGE RAMMER</b> .....	<b>7</b>
2.1 SKILLET MELLOM LOVPÅLAGTE OPPGAVER OG KONKURRANSEUTSATT VIRKSOMHET (HUSHOLDNINGS- OG NÆRINGSAVFALL) .....	7
2.2 SELVKOSTPRINSIPPET FOR LOVPÅLAGT RENOVASJON .....	8
2.3 KONKURRANSELOVEN OG EØS-AVTALENS KONKURRANSEREGLER (FORBUD MOT KRYSSSUBSIDIERING OG OFFENTLIG STØTTE) .....	9
2.3.1 Konkurranselovens forbud mot misbruk av markedsrett (rovprising/ .....	9
2.3.2 Forbud mot offentlig støtte .....	11
2.4 REGELVERKET OM OFFENTLIG ANSKAFFELSER .....	12
2.4.1 Anvendelsesområdet for regelverket om offentlige anskaffelser .....	12
2.4.2 Nærmere om vilkårene for egenregi .....	14
2.4.3 Kontrakter som er unntatt fra anskaffelsesforskriften (FOA) – tildeling av enerett	19
2.4.4 Interkommunalt samarbeid på kontraktsrettslig basis – «Stadtreinigung Hamburg dommen» .....	23
2.4.5 Bruk av rammeavtaler – hvor lenge kan kontraktene tildeles .....	24
2.4.6 Rettsvirkninger som følge av brudd på regelverket .....	24
2.4.6.1 Gjeldende rett .....	24
2.4.6.2 Innføring av håndhevelsesdirektivet – endring i regelverket .....	25
<b>3. VURDERING AV DE ULIKE EIERFORMENE</b> .....	<b>26</b>
3.1 ORGANISERING GJENNOM KOMMUNALT FORETAK (KF) .....	26
3.2 ORGANISERING GJENNOM INTERKOMMUNALT SELSKAP (IKS) .....	26
3.3 ORGANISERING GJENNOM AKSJESELSKAP (AS) .....	27
3.4 EIERSKAP GJENNOM LOKALT ENERGISELSKAP .....	28
3.5 EIERSKAP TIL ANLEGGET GJENNOM TINGSRETTESLIG SAMEIE .....	30
<b>4. OPPSUMMERING OG KONKLUSJON</b> .....	<b>31</b>

# 1. Beskrivelse av oppdraget

Avfall Norge fikk utarbeidet en juridisk betenkning vedrørende spørsmål knyttet til etablering av avfallsbehandlingsanlegg, rapport 6/2006 og beskriver mulighetene for å organisere kommunal virksomhet i egenregi eller tildele enerett til selvstendige rettssubjekt. Siden rapporten ble utarbeidet har det foregått en betydelig rettsutvikling innen området, og det er derfor behov for å oppdatere denne. Det tas høyde for avgjørelser i EU som er avsagt av EU-domstolen i de senere årene, og i Norge, da særlig gjennom avgjørelser i Klagenemnda for offentlige anskaffelser (Kofa). Rapporten er fulgt opp av en «veileder for tildeling av enerett», Rapport 3/07. Rapporten som beskriver nærmere hvordan formelt man kan gå frem dersom enerett skal tildeles har fortsatt relevans.

Etter Lisboa-traktaten har EF-domstolen skiftet navn til Den europeiske unions domstol (EU-domstolen). Det blir derfor benyttet begrepet «EU-domstolen» på de nye avgjørelsene som er fattet etter Lisboa-traktatens ikrafttredelse, mens de dommer som ble fattet før Lisboa-traktaten, fortsatt vil bli betegnet som «EF-domstolens» avgjørelser.

Denne juridiske betenkning søker å avklare problemstillinger og skissere mulige løsninger for at en kommune kan realisere et behandlingsanlegg for avfall (forbrenning, biogass etc.) med utgangspunkt i eget husholdningsavfall. Betenkningen har særlig fokus på forbrenningsanlegg, men problemstillingene og konklusjonen gjelder like mye for andre typer behandlingsanlegg, for eksempel gjenvinningsanlegg, komposteringsanlegg og biogassanlegg.

Kommuner og avfallsselskaper som leverer eget husholdningsavfall til eksisterende eller planlagte forbrenningsanlegg, ønsker å inngå direkte langsiktige avtaler med eier av forbrenningsanlegget eller annet behandlingsanlegg hvor kommunen har ulik grad av eierinteresse. Hvorvidt lovverket tillater dette har betydning for muligheten til å finansiere eksisterende og planlagte avfallsbehandlingsanlegg. Økende bruk av markedsløsninger, også innen renovasjonssektoren, innebærer at kommunenes handlefrihet begrenses av bestemmelser i EU/EØS-regelverket. Samtidig åpner EØS-avtalen for et visst handlingsrom. Denne betenkning søker å belyse hvordan kommunene kan utnytte dette handlingsrommet ved organisering av renovasjonsvirksomheten, og som kan legges til grunn for de investeringsbeslutninger som må til for at kommunene skal kunne realisere avfallsbehandlingsanlegg, bl.a. for å kunne oppfylle krav i forurensningslovens til behandling av avfall.

Adgangen til å operere i egenregi ble strammet til gjennom EF-domstolens praksis i 2005 og 2006, men de senere årene har flere avgjørelser gått i retning av økt handlingsrom for offentlig oppdragsgivere som ønsker å løse oppgavene i samarbeid med andre offentlige aktører. Anskaffelsesforskriften åpner også for direkte tildeling av kontrakter til offentligrettslige organ med hjemmel i *enerett*, og denne muligheten innen kommunal renovasjon er et viktig alternativ til det å operere i *egenregi*, idet kravene som må oppfylles er forskjellige. Her er det flere avgjørelser som også blir gjennomgått under punkt 2.4.3.

Vurderingen er gjort utifra ulikt eierskap og selskapsorganisering, herunder eierskap gjennom

- Kommunen selv

- IKS med nabokommuner som deltakere
- Eierskap gjennom lokalt energiselskap
- AS med nabokommuner som aksjonærer
- Eierskap til anlegget gjennom sameie

Vi har først beskrevet det rettslige utgangspunkt under punkt 2, før konkrete vurderinger er gjort i forhold til de ulike eierskapsforholdene under punkt 3. Det kan oppstå skatterettslige spørsmål i forbindelse med næringsvirksomhet kontra selvkostprinsippet, men det ligger utenfor oppdraget å behandle slike spørsmål.

## 2. Nærmere om de rettslige rammer

### 2.1 Skillet mellom lovpålagte oppgaver og konkurranseutsatt virksomhet (husholdnings- og næringsavfall)

Kommunene har en lovpålagt oppgave å samle inn *husholdningsavfall* og *spesialavfall*, jf. forurensningsloven<sup>1</sup> §§ 30-32. Husholdningsavfall er etter lovendring i 2004 alt avfall fra private husholdninger, mens *næringsavfall* er alt annet avfall, det vil si avfall fra offentlige og private virksomheter og institusjoner. Videre har kommunene en lovpålagt oppgave å *ha anlegg for opplag eller behandling* av husholdningsavfall og kloakkslam, og ha plikt til å ta imot slikt avfall og slam, jf. forurensningsloven § 29 tredje ledd. Dette kan være deponier, gjenvinningsanlegg eller avfallsforbrenningsanlegg med eller uten energiutnytting.

Dette er å anse som en rettslig monopolvirksomhet, som kommunen kan velge å utføre selv (såkalt "egenregi") eller å konkurranseutsette oppgaven til andre. Kommunen kan velge å konkurranseutsette all innsamling, transport og behandling av avfall, eller kun deler av det. Ordlyden i § 29 tredje ledd om at "Kommunen skal ha anlegg for opplag eller behandling" av husholdningsavfall trekker imidlertid i retning av kommunen ikke kan overlate forbrenningstjenester til andre, men må ha anlegg for å produsere denne tjenesten selv. Imidlertid har loven som alternativer deponier og behandlingsanlegg, og det er neppe grunnlag for å kreve at man også skal ha behandlingsanlegg, så lenge kommunen har deponier. Kommunen har i dag en plikt til å ta i mot husholdningsavfall og en plikt til å deponere dette. Dette er også forutsatt i forarbeidene til forurensningsloven<sup>2</sup> hvor det uttales følgende:

*"Når det i bestemmelsene heter at kommunen skal ha anlegg til behandling av avfall, betyr dette ikke at den må ha anlegg til gjenvinning av avfall eller annen avansert behandling. Anlegget vil først og fremst bestå av opplagsplass for avfallet. Hvordan behandlingen skal foregå, vil variere. Også kompostering, tildekking og forbrenning av avfallet regnes som behandling."*

Innsamling og behandling av næringsavfall er en oppgave som også private kan utføre, og er derfor konkurranseutsatt.

Tidligere gikk skillet mellom forbruks- og produksjonsavfall, og mindre bedrifter var omfattet av kommunal renovasjon. Lovendringen innebærer at markedet for næringsavfall ble utvidet i 2004.

Behovet for å investere i gjenvinningsanlegg eller avfallsforbrenningsanlegg er aktualisert ved deponiforbudet som ble innført fra 1. januar 2009. Forbudet gjelder alt nedbrytbart avfall og dette avfallet må derfor finne andre behandlingsløsninger. For restavfall som ikke egner seg til gjenvinning på annen måte, blir forbrenning med energiutnyttelse alternativet.

---

<sup>1</sup> Lov av 13. mars 1981 nr. 6 § 30 første ledd.

<sup>2</sup> Ot.prp.nr. 11 (1979-80) s. 137 flg

I EU retten er det innført et nærhetsprinsipp for restavfall fra husholdninger og lignende avfall fra næring i det nye avfallsdirektivet (waste directive) og i transportforordningen (shipment of waste). Transportforordningen<sup>3</sup> innebærer at man kan stanse enkelttransporter av husholdningsavfall uten annen begrunnelse enn at det er blandet husholdningsavfall, mens avfallsdirektivet art. 16 også åpner for muligheten for det enkelte land å begrense import av avfall til forbrenningsanlegg som er klassifisert som gjenvinning, ved å stenge grensene for blandet husholdningsavfall. Sistnevnte åpner for importforbud for å beskytte eget nettverk. Man kan også innføre eksportforbud av miljømessige grunner. Dersom det finnes et miljømessig forsvarlig norsk alternativ, har Klima og forurensningsdirektoratet (Klif) mulighet til å avslå søknader om eksport av avfall til sluttbehandling.

## 2.2 Selvkostprinsippet for lovpålagt renovasjon

Selvkostprinsippet i forurensningsloven § 34 gjelder for de lovpålagte tjenester nevnt under punkt 2.1. Selvkostprinsippet setter begrensninger for hvordan investeringer i anlegg skal kunne foretas i forhold til midler som kommer fra innsamling av husholdningsavfall.

Selvkostprinsippet etter forurensningsloven § 34 *første ledd* lyder:

”Kommunen skal fastsette gebyrer til dekning av kostnader forbundet med avfallssektoren, herunder innsamling, transport, mottak, oppbevaring, behandling, etterkontroll m.v. Kostnadene skal fullt ut dekkes inn gjennom gebyrene. Med kostnader menes både kapitalkostnader og driftskostnader. For avfall som kommunen har plikt til å samle inn, motta og/eller behandle etter §§ 29, 30 eller 31 må gebyret ikke overstige kommunens kostnader”.

Både SFT og KR D har utgitt veiledere om beregning av kommunale avfallsgebyr.

KRD har følgende definisjon av selvkost: *”Selvkost er den merkostnad kommunen påføres ved å produsere en bestemt vare eller tjeneste.”* Merkostnader tolkes her som kostnader knyttet til den samlede produksjon av den aktuelle vare eller tjeneste, men ikke kostnader kommunen ville hatt uavhengig av produksjonen av den relevante vare eller tjeneste. Også kapitalkostnader inngår i kostnadsbildet, og består av avskrivninger og alternativkostnad.

Selvkostprinsippet er et utslag av at tjenesten er monopolvirksomhet, og skal sikre at man ikke tar for høy pris ved utførelse av monopoloppgaver, og at overskudd ikke benyttes til å subsidiere andre sektorer (kryssubsidiering). Det er også et utslag av prinsippet om at den som forurenser skal betale for dette.

Det at kostnadene fullt ut skal dekkes av gebyrene innebærer at heller ikke inntekter fra andre formål/sektorer må benyttes til behandling av husholdningsavfall. Dette betyr at overskudd som stammer fra inntekter tilknyttet for eksempel næringsavfall ikke må brukes til å dekke kostnader forbundet med anlegg for behandling av husholdningsavfall. Dette skiller seg fra forurensningslovens prisregulering innen *vann- og avløp*, som har en noe annen ordlyd enn forurensningsloven § 34. Her er prinsippet at kommunale vass- og kloakk ikke skal overstige kommunens nødvendige kostnader på henholdsvis vann- og avløpssektoren<sup>4</sup>. Det er således ikke plikt for kommunene å dekke inn alle kostnadene ved VA-gebyrer, og man kan subsidiere tjenestene via bruk av

---

<sup>3</sup> Rådsforordning nr 13/2006

<sup>4</sup> Se Forurensningsforskriften kap. 16 §1



skattemidler. «Forurensere betaler prinsippet» er ikke til hinder for at man kan søke om offentlig støtte fra de støtteordninger som er tilgjengelige, f.eks. gjennom grønne sertifikater, Enova m.v.

Selvkostprinsippet bygger også på et prinsipp om at brukerne kun skal betale for den tjeneste de har nytte av, og dagens brukere skal ikke subsidiere bruken til andre generasjoner. I følge SFT's veileder kan man ikke direktefinansiere tjenester gjennom bruk av gebyrintekter eller selvkostfondet, uten at investeringskostnaden fordeles jevnt over investeringsens levetid.

Kapitalkostnader knyttet til bygninger og anlegg er behandlet i KRD's veileder side 17 flg. For investeringer og anleggsbidrag (som er offentlige investeringstilskudd eller bidrag/refusjoner fra private), heter det at for *"selvkosttjenester, hvor poenget er at kommunens utlegg skal dekkes inn gjennom brukerbetalinger, er det naturlig å ta utgangspunkt i den pris på investeringen kommunen rent faktisk står overfor. Anleggsbidrag og investeringstilskudd skal således føres til fradrag på brutto anleggskostnader."*

Et annet viktig prinsipp ved anleggsinvesteringer er at finansieringsform (dvs. om man lånefinansierer eller benytter kommunens egenkapital) ikke skal ha betydning for beregnede kostnader i selvkostoppstillingen.

Kommunene kan framføre et overskudd i selvkosttjenesten til senere år, innenfor et 3-5 årsperspektiv. Investeringskostnader må fordeles jevnt over investeringsens levetid, og investeringer i anleggsmidler kan dermed ikke finansieres direkte av selvkostfondet.

Dersom selve forbrenningstjenesten ikke skal produseres av kommunen selv, men kjøpes i et marked, vil kostnaden for ytelsen være den pris markedet bestemmer. For å finne det rimeligste alternativ må kommunen sette ut kontrakter om forbrenning av avfall ut på anbud, og det rimeligste alternativet som velges vil da være en kostnad som går inn selvkostregnskapet og i grunnlaget for beregning av gebyrene.

For innsamling og håndtering av næringsavfall kan kommunen ta fortjeneste på lik linje med private aktører, og fritt benytte dette til investeringer eller annet, med unntak av det som er nevnt ovenfor om subsidiering av behandling av husholdningsavfall.

Selvkostprinsippet innebærer at man kan være nødt til å prise avfallsforbrenningstjenester forskjellig, avhengig av om det er husholdningsavfall eller næringsavfall man mottar til forbrenning.

Det skal også her nevnes at det oppstår spørsmål i forbindelse med gebyr og legalpant, dersom kommunene også overlater innkreving av gebyr til et selskap som utfører renovasjonsoppgaver på vegne av kommunen, idet legalpanten etter forurensningsloven §34 i så fall bortfaller.

## **2.3 Konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler (forbud mot krysssubsidiering og offentlig støtte)**

### **2.3.1 Konkurranselovens forbud mot misbruk av markedsrett (rovprising/**

*Kryss-subsidiering)*

Konkurranselovens<sup>5</sup> regler kommer til anvendelse, dersom selskapet driver virksomhet som er konkurranseutsatt og operer i et marked.

Konkurranselovens formål er i henhold til lovens § 1 å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Loven trådte i kraft 1. mai 2004 og er en harmonisering av norske konkurranseregler og konkurransereglene i EU/EØS-retten.

Konkurranseloven har bl.a. regler om forbud mot en dominerende aktørs misbruk av markedsrett, for eksempel gjennom underprising og kryss-subsidiering. Eksempel på ulovlig kryss-subsidiering vil være dersom man priser tjenester knyttet til monopolvirksomhet høyere enn det som er nødvendig, og benytter overskuddet til å finansiere lavere priser på tjenester i et konkurranseutsatt marked.

Regelverket håndheves av Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet har hjemmel til å gi pålegg om atferdsregulerende og strukturelle tiltak, herunder selskapsorganisering av virksomheten, for å bringe ulovlig konkurransebegrensende atferd til opphør, samt å fremme forslag til tiltak som kan styrke konkurransen og lette adgang for konkurrenter til et marked.

Konkurransetilsynet har i en sak hvor et offentlig renovasjonsselskap har både virksomhet innenfor konkurranseutsatt og skjermet marked, og delvis konkurranseutsatt håndtering av husholdningsavfall<sup>6</sup>, bedt eierne av selskapet om at disse vurderer tiltak for å styrke konkurransen i markedet, og redusere muligheten for underprising/kryssubsidiering. Konkurransetilsynet påpeker at en offentlig virksomhet som både driver monopolvirksomhet og som er i konkurranse med privat virksomhet, bør skille ut konkurranseutsatt virksomhet i en egen juridisk enhet, som er styremessig, ledelsesmessig, personalmessig og funksjonelt atskilt fra den skjermede virksomheten. Dette er også anbefalt av en ekspertgruppe nedsatt av Moderniseringsdepartementet og Konkurransetilsynet (Von der Fehr et al, 2005 "På like vilkår").

I flere saker som gjelder påstand om ulovlig kryssubsidiering i renovasjonssektoren har Konkurransetilsynet benyttet begrepene "merkostnader" og "merinntekter", hvor merinntekter utgjør differansen i totale inntekter for selskapet med og uten oppdraget, og merkostnad er differansen i totale kostnader med og uten oppdraget (Avgjørelse A200528 Reno-Vest IKS<sup>7</sup> og avgjørelse 2006-40 Ragn-Sells AS). Det er i begge sakene henvist til en metode som Kommisjonen<sup>8</sup> har brukt i en sak som gjaldt Deutsche Post, og hvor det var påstander om ulovlig kryssubsidiering fra overskudd på enerettsområdet (ordinære brevtenester) og konkurranseutsatt virksomhet (konkurranseutsatt pakketjenester). Kommisjonen uttalte at det fra et økonomisk synspunkt foreligger kryssubsidiering når

- på den ene side inntektene fra en tjeneste ikke er tilstrekkelige til å dekke merkostnadene som oppstår i forbindelse med tjenesten
- og det på den annen side finnes en tjeneste eller virksomhetsområde hvor inntjeningen overstiger de såkalte "autonomkostnadene" (eller "stand-alone costs", det vil si kostnaden ved å produsere et produkt alene).

---

<sup>5</sup> Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretaks sammenslutninger av 5. mars 2004 nr. 12

<sup>6</sup> Se Konkurransetilsynets brev av 10. oktober 2005 til Bergen kommune m.fl.

<sup>7</sup> Saken er til behandling hos ESA som en støttesak

<sup>8</sup> Kommisjonens avgjørelse i Deutsche-Post (EFT (2001) L 125/27). Kommisjonen har tilsvarende tilsynsfunksjon som Konkurransetilsynet og EFTA's overvåkingsorgan (ESA) innen EU når det gjelder konkurranseretten, og har kompetanse til å treffe enkeltvedtak på dette området.

En overdekning med hensyn til "autonomkostnader" knyttet til monopolvirksomhet vil da være kilden til krysssubsidiering.

Deretter ble det vurdert om merinntektene dekket merkostnadene ved produksjon av tjenesten. Merkostnaden omfatter både faste og variable kostnader, men kun kostnader som er knyttet til den tjenesten som vurderes. Det er verdt å merke seg at kostnader knyttet til opprettholdelse av *lovpålagt reservekapasitet* uavhengig av de leverte tjenester ble regnet som faste felleskostnader, og *ble holdt utenfor beregning av merkostnadene*.

Samtidig stilte Konkurransetilsynet spørsmålet om hva som skjer med ledig kapasitet, dersom virksomheten ikke får oppdraget, og hvorvidt det mest lønnsomme for bedriften ville være at kapasiteten ble bygget ned. I så fall skal anleggskostnader gå inn som merkostnad ved oppdraget. Dette er aktuelt dersom man dimensjonerer anlegget for å håndtere næringsavfall på mer permanent basis, og ikke bare som utnyttelse av ledig kapasitet.

### 2.3.2 Forbud mot offentlig støtte

EØS-avtalens konkurranseregler, herunder *forbud mot offentlig støtte*, vil også komme til anvendelse i de tilfeller der virksomheten har grenseoverskridende effekt. Dette er tilfellet når det gjelder håndtering av konkurranseutsatt avfall og avfallsforbrenning, idet aktører både i Finland og Sverige leverer avfallsforbrenningstjenester til norske kommuner og avfallsselskaper, og det handles med avfall på tvers av landegrensene. Det vil kunne være *ulovlig offentlig støtte* dersom tjenesteyter mottar overkompensasjon for å utføre offentlige tjenester, eller at bruk av kapitalutstyr beregnet for innsamling eller håndtering av husholdningsavfall ikke kompenseres tilstrekkelig når det brukes til håndtering av næringsavfall. Støtte fra offentlige godkjente støtteordninger som Enova m.v. vil ikke være ulovlig støtte. Ved etablering av avfallsforbrenningsanlegg må således forholdet til regelverket om offentlig støtte iakttas, dersom avfallsforbrenningsanlegget skal ta i mot avfall som er konkurranseutsatt, og riktig prising av konkurranseutsatt avfall vil da være et viktig element. Konkurransetilsynets avgjørelse i Reno-Vest saken nevnt ovenfor er i skrivende stund til behandling hos ESA som en støttesak.

Den såkalte «Altmark-dommen»<sup>9</sup> sier noe om når kompensasjon til en virksomhet som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning ikke er å anse som støtte. Poenget er at finansiering av en tjeneste ikke skal være høyere enn det som er nødvendig. Det er et krav om forutgående anbud, og kalkulering av kompensasjon basert på kriterier fastlagt på forhånd. Dersom det ikke er foretatt en anbudskonkurranse må størrelsen av vederlaget fastsettes utifra kostnader en «veldreven gjennomsnittsvirksomhet» vil ha for å utføre oppgaven. Siden vilkårene i Altmark-dommen har vist seg vanskelig å oppfylle, har EU Kommisjonen gitt regler som skal gjøre det enklere å kompensere virksomhet som er pålagt å oppfylle tjenester av allmenn økonomisk karakter, uten at det anses som ulovlig offentlig støtte. Den såkalte «Monti-Kroes pakken» (Kommisjonsvedtak av 28. november 2005) er gjennomført i norsk rett i forskrift av 14. november 2008 nr. 1213 § 3, og lister opp en del vilkår for at støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning ikke anses som ulovlig støtte.

Så lenge man holder seg innenfor selvkostregelverket vil denne del av virksomheten ikke være overkompensert, og det kan da ikke være ulovlig offentlig støtte.

---

<sup>9</sup> C-280/00 Altmark

Selv om et tilfelle ikke faller inn under en av ovennevnte unntak (Altmark, Monti-Kroes) eller andre lovlige støtteordninger som det finnes mange av, kan støtten likevel anses som lovlig etter en vurdering av EØS-avtalens art. 59 (2).

Konsekvensen av ulovlig offentlig støtte, er at de som har mottatt støtten risikerer å måtte tilbakebetale denne.

## 2.4 Regelverket om offentlig anskaffelser

Anskaffelsesregelverket er en del av konkurranseretten og EU/EØS retten. Formålet er å sikre at når det offentlige først går ut i et marked, så skjer dette på en nøytral måte som ikke forskjellsbehandler mellom aktører, for eksempel fordi de er lokale eller nasjonale, eller om de er i offentlig eller privat eie. Reglene skal sikre at offentlige innkjøp stimulerer konkurranse og etableringsmuligheter. Anskaffelsesloven med forskrifter bygger på EU direktiver om offentlige anskaffelser, og EU-domstolens praksis om forståelsen av regelverket vil derfor være relevant ved tolkning av det norske regelverket. Forskrift om offentlig anskaffelse<sup>10</sup> (FOA) omhandler varekontrakter, tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter og gjelder på alle områder hvor stat, kommuner/fylkeskommuner og offentligrettslige organ foretar innkjøp (også kalt klassisk sektor), unntatt i de tilfeller hvor forsyningsforskriften gjelder. Renovasjon kommer inn under FOA. Forsyningsforskriften<sup>11</sup> gjelder for forsyningssektoren (vann, energi, transport og telekommunikasjon) 2007. Innsamling og behandling av husholdningsavfall anses som en tjenestekontrakt<sup>12</sup> etter FOA.

### 2.4.1 Anvendelsesområdet for regelverket om offentlige anskaffelser

Lov om offentlige anskaffelser (LOA) som ble vedtatt i 1994 omfatter alle etater og organer i *staten, fylkeskommunene og kommunene*, jf. LOA § 2 a. I tillegg omfatter reglene *offentligrettslige organ*, jf. LOA § 2 bokstav b. Dette er virksomheter organisert som egne rettssubjekter (for eksempel aksjeselskap, stiftelser eller interkommunale selskap) og som er kontrollert av det offentlige og som ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter. Hvem som omfattes av begrepet offentligrettslig organ har også betydning for hvilke selskap som kan tildeles enerett, se pkt. 2.4.3.

FOA § 1-2 (2) har en lignende definisjon av et offentligrettslig organ som i LOA § 2 b. Etter denne bestemmelsen er dette et organ, eller sammenslutninger dannet av ett eller flere organer, som fyller følgende vilkår:

- a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og*
- b. som er et selvstendig rettssubjekt og*
- c. som i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer, eller hvis forvaltning er underlagt slike organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organ."*

---

<sup>10</sup>Forskrift nr. 403 av 7.4.2006 i kraft 2007.

<sup>11</sup>Forskrift nr. 402 av 7.4.2006 i kraft 2007.

<sup>12</sup> Se uttalelse i Fornyings- og Administrasjonsdepartementets brev til Fredrikstad kommune av 23. mai 2006

Renovasjonstjenester knyttet til husholdningsavfall er uten tvil tjenester som kan dekke allmennhetens behov, se også pkt. 2.4.3. Også et offentligrettslig organ som driver blandet virksomhet, det vil si *både* tjenester som er av industriell eller forretningsmessig karakter og virksomhet som tjener allmennhetens behov, omfattes av regelverket. Kofa har lagt til grunn at et selskap (Ecopro AS) som er eid av kommuner og kommunale selskaper, og av Trondheim Fjernvarme (sistnevnte eid av Statkraft) som minoritetsseier, med formål å behandle avfall fra husholdninger og næringslivet, og som driver til selvkost, er et offentligrettslig organ<sup>13</sup>. Et selvstendig rettssubjekt som kun har som hovedformål å drive virksomhet forretningsmessig i et marked, for eksempel ved kun å behandle næringsavfall eller konkurranseutsatt husholdningsavfall, vil ikke omfattes av regelverket, selv om det er fullt ut offentlig eid og ellers fyller kriteriene i bokstav a, b eller c.

Spørsmålet er om det er en grense for hvor stor del av virksomheten som kan drive forretningsmessig eller være av industriell karakter, for at man skal anses som offentlig organ. I en dom avsagt av EF-domstolen (Sak C-44/96 Mannesmann) gjaldt det et organ som var opprettet med formål å produsere dokumenter som av sikkerhetsmessige årsaker ble ansett å tjene allmennhetens behov (pass og offentlige dokumenter). Det ble uttalt at *"betingelsen om, at organet skal være opprettet "spesielt" med henblikk paa at imoedekomme almenhedens behov, dog ikke behov av industriell eller kommerciel karakter, ikke betyder at det utelukkende eller blot hovedsakelig skal være paalagt at imoedekomme saadanne behov."* Selskapets aktiviteter knyttet til trykking av offentlige dokumenter utgjorde kun en del av selskapets virksomhet, idet selskapet også drev med betydelig kommersiell virksomhet. I premiss 25 ble det uttalt:

*Det bemaerkes videre, at det fremgaar af bestemmelserne i §1, stk. 1, og §2, stk. 1, i StDrG, at OES [Selskapet] er oprettet specielt med henblik paa at imoedekomme disse behov hos almenheden. Det er i den forbindelse uden betydning, at et saadant organ ud over denne opgave frit kan udoeve andre former for virksomhed saasom fremstilling af andre tryksager samt udgivelse og forhandling af boeger. Den omstaendighed - der er paapeget af den oestrigske regering i dennes skriftlige indlaeg - **at imoedekommelse af almenhedens behov kun udgoer en relativt ubetydelig andel af den virksomhed, OES faktisk udoever, er ligeledes uden relevans, naar et saadant organ fortsat paatager sig at opfylde de behov, OES specielt er forpligtet til at imoedekomme (Min utheving)"***

Av denne avgjørelsen kan det utledes at det ikke er samme krav til ikke å ha aktivitet rettet mot det kommersielle marked, som er lagt til grunn for egenregi, og at man kan drive utstrakt forretningsmessig og industriell virksomhet, når man fortsatt påtar seg å oppfylle de behov som selskapet spesielt er forpliktet til å imøtekomme.

Reglene stiller heller ikke samme krav til offentlig kontroll over selskapet som ved egenregi, se pkt. 2.4.2.

Kontrollkravet kan etter bestemmelsen i FOA §1-2 (2) oppfylles ved at

- Det offentlige dekker størsteparten av virksomhetens eller organets finansiering
- Det offentlige har bestemmende innflytelse over organet eller virksomheten, for eksempel gjennom eierskap eller
- Det offentlige oppnevner mer enn halvparten av medlemmene av organets eller virksomhetens styrende organer

---

<sup>13</sup> Sak 2008/7 og 2008/8

Det er ikke et vilkår at virksomheten er helt ut offentlig eid, og også private kan ha eierandeler, dersom de er i mindretall. Det er heller ikke et krav om at det offentlige må ha eierandeler, dersom kontroll kan oppnås ved finansiering eller på annen måte.

Det følger av EF-domstolens praksis at selv om et organ ikke opprinnelig har vært opprettet for å tjene allmennhetens behov, kan vilkåret være oppfylt dersom det på tidspunkt for anskaffelsen faktisk tjener allmennhetens behov<sup>14</sup>.

**Egenregi** er det forhold at en oppdragsgiver velger å utføre tjenesten selv, i stedet for å sette oppdraget ut til andre. En kommunal etat kan således fritt yte tjenester til en annen kommunal etat innen samme kommune, uten å følge spesielle prosedyrer, selv om det skulle være eksterne tilbydere som kan tenkes å ville tilby samme tjeneste. Leveranser mellom forskjellige kommuner vil imidlertid ikke være egenregi, idet kommuner anses å være uavhengige rettssubjekt. I motsetning til tildeling av enerett er det ingen spesielle begrensninger i hvilke oppgaver som kan utføres i egenregi.

Dersom en offentlig oppdragsgiver velger å benytte eksterne tjenesteytere (konkurransetsetting), vil tildeling av kontrakter være omfattet av reglene i lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter, og direkte tildeling av kontrakter vil som hovedregel ikke være tillatt.

Forsyningsforskriften har en bestemmelse om egenregi ved tildeling av kontrakt til foretak knyttet til oppdragsgiver. Et vilkår er at minst 80 % av virksomheten er rettet mot oppdragsgiverne. Grensen kan nok gi en viss veiledning også for klassisk sektor med hensyn til omsetningskravet, men man kan ikke her uten videre operere med en fast prosentsats, se nedenfor under punkt 2.4.2 om "omsetningskriteriet".

I FOA er det ikke tatt inn egne bestemmelser om når det foreligger egenregi. Forskriften forutsetter imidlertid at det foreligger en kontrakt inngått mellom *"en oppdragstaker og en leverandør"*, jf. FOA § 1-4 litra a). Dette betyr at kontrakten må være inngått mellom to selvstendige parter, og jeg drøfter først unntaket for når dette kravet er oppfylt nærmere under 2.4.2, før jeg behandler mulighet for å tildele enerett i punkt 2.4.3. De senere årene har EU-domstolen utvidet muligheten for offentlige oppdragsgivere å utføre oppgaver i egenregi. Rettspraksis gjennomgås nærmere nedenfor.

## 2.4.2 Nærmere om vilkårene for egenregi

Spørsmålet har vært gjenstand for behandling i flere saker for EU-domstolen, som har satt strenge krav for at leveranser mellom forskjellige rettssubjekter skal anses som egenregi. Domstolen har uttalt at kravene til egenregi skal tolkes strengt, og at bevisbyrden påhviler den part som anfører at unntaket for egenregi kommer til anvendelse. Som gjennomgangen nedenfor viser er EU-domstolen de siste årene gått fra en formalistisk tilnærming til problemstillingen til en mer formålsorientert tilnærming, hvor *formålet* med etablering av egne rettssubjekt, og *graden av markedsorientering*, står sentralt i vurderingen. Den tvil som har hersket om identifikasjon mellom flere deltakere, hvor innflytelsen for hver enkelte deltaker er liten, er løst, slik at spørsmål om eierandelens størrelse for kommunene blir av underordnet betydning.

---

<sup>14</sup> Se kommentarer til Offentlige anskaffelser, bind I s. 93 og sak C-470/99 (Universale-Bau)

I **Teckal-saken**<sup>15</sup> ga EF-domstolen en tolkningsuttalelse vedrørende egenregi i forbindelse med tildeling av kontrakt til en interkommunal sammenslutning bestående av 45 kommuner.

Det ble her uttalt at det kunne være egenregi dersom

*"den lokale myndighet både underkaster den pågældende person en kontrol, dersvarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af."*

Det er med andre ord to vilkår som må oppfylles for at det skal ansees som egenregi.

- Oppdragsgiver må ha en kontroll over selskapet/organet som svarende til den oppdragsgiver ville hatt over egen virksomhet, det såkalte "kontrollkriteriet".
- Dernest må selskapet utføre hovedparten av sin aktivitet mot den kontrollerende oppdragsgiver (eierne) også kalt "omsetningskriteriet".

EU-domstolen har gjennom flere avgjørelser gjennomgått vilkårene hva som skal til for at disse kriteriene må anses oppfylt. I **Stadt Halle** saken<sup>16</sup> fastslo domstolen at tildeling av kontrakt i egenregi var utelukket dersom det er private eierinteresser i selskapet. Begrunnelsen var at kontroll- kriteriet ikke kunne oppfylles ved privat deltakelse, sitat:

*".. Derimot udelukker den omstendighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab (...) under alle omstændigheder, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med egne tjenestegrene, også selv om den private virksomheds andel er en minoritetsandel."*

I **Coname** saken<sup>17</sup> la EF-domstolen til grunn at kontrollkriteriet ikke var oppfylt ved selskapsdeltakelse i et interkommunalt selskap, der den ene kommunen som tildelte kontrakten hadde en så liten eierandel som 0,97%. Domstolen bemerket også at den omstendighet at selskapet som fikk kontrakten var delvis åpen for privat kapital, gjorde at denne ikke kunne betraktes som et organ for deltakerkommunene til intern drift av en offentlig tjenesteytelse, selv om selskapet i overveiende grad var eid av provinsens kommuner. Denne avgjørelsen må sies å få redusert betydning etter ny praksis fra EU domstolen som gjennomgås nedenfor.

Kontrollkriteriet er også behandlet i **Parken-Brixen**<sup>18</sup> saken, hvor kravet til selskapets mulighet til å opptre selvstendig i forhold til oppdragstaker har fått stor betydning. Saken gjaldt en italiensk kommune som tildelte sitt datterselskap, Stadwerke Brixen AG, driftsansvaret for to offentlige parkeringsplasser. Selskapet var omdannet til aksjeselskap, og hadde tidligere vært kommunalt foretak. Domstolen kom til at krav til egenregi ikke var oppfylt. Domstolen la for det første vekt på at selskapets formål og geografiske virkeområde var utvidet til å gjelde

---

<sup>15</sup> Sak C-107/98 avsagt 18.11.1999

<sup>16</sup> Sak C-26/03 Stadt Halle, avsagt 23.1.2003

<sup>17</sup> EF-domstolens dom i sak C-231/03 avsagt 28. mars 2003 som gjaldt spørsmål om direkte tildeling av kontrakt om drift, levering og vedlikehold av metangasforsyningsanlegg til et selskap hvor en kommune eide 0,97% av aksjekapitalen var i strid med EF-traktaten.

<sup>18</sup> C-458/03 Parking Brixen

nasjonalt og internasjonalt etter omdanningen. I tillegg ble det lagt vekt på at styret fikk tildelt betydelig myndighet og meget vide fullmakter, og derfor hadde høy grad av selvstendig handlefrihet i forhold til aksjonærene. Dommen innebærer at eierkommunene må sørge for å ha avgjørende kontroll med strategiske og viktige beslutninger, og ikke overlate dette til styret alene.

En senere avgjørelse som behandler omgåelsesproblematikk i renovasjonssektoren, er EF-domstolens dom C-29/04 (**Abfall/Mödling**). I dette tilfellet var kontrollkriteriet oppfylt ved tidspunkt for tildeling av kontrakt, men kommunen fattet vedtak om å selge 49% av andelen noen måneder etter kontraktsinngåelsen. Domstolen kom til at selv om kontrakten var tildelt på et tidspunkt hvor kontrollkravet var oppfylt, var det grunnlag for å legge vekt på *etterfølgende begivenheter* i denne saken, og domstolen fant at kravene til egenregi ikke var oppfylt. Dommen bærer preg av at kommunens oppreden betraktes som omgåelse av regelverket.

EF-domstolen avsa 11. mai 2006<sup>19</sup> en dom, som gjaldt spørsmål om egenregi ved tildeling av en kontrakt fra en kommune til et selskap, AGESB AS, hvor kommunen hadde indirekte eierskap gjennom å eie 99,98% av aksjene i et holdingselskap, som igjen eier AGESB AS 100%. De øvrige aksjonærer er kommuner. Domstolen konkluderer her med at de to involverte selskaperes styrer har meget vidtgående fullmakter, og at etablering av holdingselskap innebærer at kommunen i forhold til AGESB AS bare kan utøve sin kontroll indirekte, og at kontrollkriteriet ikke er oppfylt.

*Domstolen uttaler videre at en virksomhet utøver kun hovedparten av sine aktiviteter sammen med den ordregiver som den eies av, hvis andre aktiviteter har "marginal betydning".* Uttalelsen er ikke særlig avklarende, og for å vurdere om omsetningskriteriet er oppfylt må det foretas en konkret vurdering av det enkelte saksforhold, hvor flere forhold må tas i betraktning. For eksempel vil en aktiv markedsføring av tjenester på et konkurranseutsatt marked med stor konkurranse, tilsi at grensen for hva som kan tillates må settes atskillig lavere, enn hva som er tilfelle ved en begrenset, sporadisk og tilfeldig utnyttelse av en restkapasitet, som det av samfunnsøkonomiske årsaker er forsvarlig å utnytte, og hvor det er liten konkurranse og få markedsaktører.

En sentral nyere avgjørelse innen egenregi er Coditel Brabant<sup>20</sup>, fra november 2008. I denne saken var forholdet at et interkommunalt andelsselskap stod for driften av et kabel-TV-nett. EU-domstolen tok stilling til om en av kommunene som var tilsluttet andelsselskapet kunne sies å utøve en kontroll tilsvarende den kontroll oppdragsgiver har over egne tjenestegrener, når kontrollen ikke ble utøvet av den enkelte kommune, men av eierkommunene i fellesskap. I denne saken ble det tatt avstand fra den tidligere omdiskuterte avgjørelsen, Coname. Det ble poengtert i premiss 52 at retten i Coname-saken ikke tok stilling til om man kunne utøve kontroll gjennom flertallsvedtak. I Coditel Brabant ble det bekreftet at kontrollkriteriet er oppfylt om kommunene samlet kan utøve kontroll gjennom flertallsvedtak, og det er derfor ikke krav om et majoritetsseierskap, eller en viss eierandel, som må være oppfylt for den enkelte deltaker. Avgjørende er om det er offentlige eiere som utøver kontroll i fellesskap, uten privat deltakelse. Det er tilstrekkelig når det gjelder interkommunalt samarbeid at kontroll utøves gjennom selskapsorgan som utgjør representanter fra de offentlige eiere, gjennom utøvelse av flertallsvedtak. Domstolen begrunner dette med at dersom kravet til kontroll må oppfylles individuelt av hver enkelt oppdragsgiver, vil det innebære at anbud må benyttes i nesten alle former for interkommunalt samarbeid, se premiss 47: "To require the control exercised by a public authority in such a case to be individual would have

---

<sup>19</sup> C-340/04 AGESP/Busto Arsizio kommune (Carbotermo)

<sup>20</sup> C-324/07 Coditel Brabant



the effect of requiring a call for competition in the majority of cases where a public authority seeks to join a grouping composed of other public authorities, such as an inter-municipal cooperative society”.

Dette synspunktet ble igjen bekreftet i en av de siste avgjørelsene i EU domstolen fra september 2009 knyttet til egenregi, og som gjaldt kontrakt inngått med et italiensk avfallsselskap eid av flere kommuner,<sup>21</sup> (Sea/Ponte Nossa, sak 573/07), se premiss 55: “The case-law does not require the control exercised over the contracting company in such a case to be individual...”.

I denne avgjørelsen ble det også diskutert om kontrollkravet kunne være oppfylt i de tilfeller hvor det er en mulighet for at private investorer trer inn i selskapet (premiss 44). Det ble først vist til Stadt Halle dommen, og konstatert at det faktisk at en privat virksomhet eier en andel av kapitalen utelukker at man kan ha kontroll med selskapet, tilsvarende kontroll over egen etat, uansett om det dreier seg om en minoritetsandel. Det ble likevel konkludert med at det avgjørende er om det for tidspunkt for tildeling av kontrakten var en konkret utsikt til en åpning for private investorer i selskapet, og at denne er «snarlig forestående» (premiss 50). Den rene muligheten for privat eierskap, f.eks. pga. selskapsformen, har EU-domstolen derved redusert betydningen av i forhold til det som er lagt til grunn i tidligere praksis.

I Sea/Ponte Nossa er det benyttet en ny formulering knyttet til **omsetningskriteriet**. Det ble i premiss 77 vist til at vedtektene i selskapet åpnet for at «Setco likeledes kan utføre tjenesteydelser for privatpersoner, når dette ikke er i strid med selskapets formål, eller når det bidrager til den optimale gjennomførelse af dette.»

Videre heter det: «Under retsmødet har Setco hævdet, at den beføjelse, som selskabet har til at handle med virksomheder i den private sektor, er et nødvendigt accessorium for udførelsen af selskabets public-service-opgaver. Som eksempel har selskabet nævnt sotering af affald, som kan gøre det nødvendigt at videresælge visse kategorier af genbrugsmaterialer til virksomheder, der er specialiserede i at genanvende disse. Ifølge Setco drejer det seg om accessoriske aktiviteter for indsamling af affald og ikke om aktiviteter, der hovedaktiviteten uvedkommende.

79. Det må fastslås, at hvis beføjelsen til at udføre tjenesteydelser for private erhvervsdrivende, der er tillagt det i hovedsagen kontraherende selskab, blot er accessorisk til selskabets hovedaktivitet, tilkommer det den forelæggende ret at efterprøve, at eksistensen af denne beføjelse ikke hindrer, at dette selskabets primære formål fortsat er udførelsen af offentlige tjenesteydelser. Eksistensen af en sådan beføjelse er således ikke tilstrækkelig til at antage, at det nævnte selskab har en kontraktmessig status, der gør den kontrol, som er udført af de myndigheder, der ejer det, tvivlsom.»

I tidligere praksis legges det vekt på om oppgavene i hovedsak er knyttet til offentlig oppdragsgiver, og hvorvidt omsetning i et marked er marginal. Domstolspraksis utvikles på basis av det konkrete faktum i den enkelte sak, og hva som ligger i omsetningskriteriet er derfor fortsatt uklart. Det kan konstateres at 10% i alle fall er innenfor det som er akseptert i EU domstolen, men det må legges til grunn en videre vurdering, hvor det blant annet må

---

<sup>21</sup> Sea/Ponte Nossa, C-573/07

legges vekt på markedssituasjonen, om det gjelder tjenester av «allmenn økonomisk betydning», og hvorvidt det er nødvendig å operere i et marked.

De siste avgjørelsene fra EU-domstolen medfører at Fornyings- og administrasjons-departementets veileder om offentlige anskaffelser fra 2006 ikke gjenspeiler gjeldende rett med hensyn til kontrollkravet.

### **Avgjørelser i Klagenemnda for offentlige anskaffelser (Kofa)**

Også det norske Klageorganet for Offentlig anskaffelser (Kofa)<sup>22</sup> har i flere avgjørelser tatt stilling til spørsmålet om når det foreligger egenregi.

Kofa's avgjørelser er kun rådgivende, men har likevel betydelig tolkningsverdi i norsk rett. På egenregiområdet er det i 2011 kommet avgjørelser som har betydning også for avfallssektoren.

Kofa sak 205/251 (Thinwal) som omhandler interkommunalt IKT-samarbeid i Agder der enkelte kommuner er i mindretall og hvor flertallet i Kofa la til grunn en identifikasjon mellom kommunene, er i tråd med ovennevnte avgjørelser i EU-domstolen.

Kofa har i senere praksis ved vurderingen av om omsetningskriteriet er oppfylt, foretatt et skille mellom oppgaver som løses i interkommunalt samarbeid gjelder tjenester som er en offentlig oppgave, eller om det gjelder kommersielle tjenester som ikke er lovpålagte. I Kofa sak 2010/338<sup>23</sup> tilfellet fant Kofa at omsetningskriteriet ikke var oppfylt, og at Sykehuset Innlandet HF skulle satt *vaskeritjenester* ut på anbud. Begrunnelsen var at oppdragstager hadde en omsetning i et marked på over 10%.

I premiss 51 ble det lagt vekt på at det ikke gjaldt "kjerneområdet for offentlig virksomhet", sitat:

*“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.**” (Min utheving)*

Det ble ikke ilagt gebyr, idet Kofa viste til at læren om egenregi fortsatt er uklar, se også punkt 2.4.6 nedenfor.

---

<sup>22</sup> Klagenemnda for offentlige anskaffelser ble opprettet som en alternativ tvisteløsningsmodell til ordinær domstolsbehandling og trådte i funksjon 1.1.2003. Uttalelsene er kun rådgivende.

<sup>23</sup> Sak 338/2010 – Norsk Industri mot Innlandet Sykehus HF

I sak 2010/346, som er et avvisningsvedtak fattet av Kofa fordi saken allerede måtte anses oppfylt ved saken mot Innlandet Sykehus HF, ble kontrollvilkåret vurdert slik:

*«Kontrollvilkåret for egenregi ble ikke vurdert i sak 2010/338 da det ble funnet unødvendig fordi man ut fra omsetningsvilkåret alene kunne konstatere at kravene til egenregi ikke var oppfylt. Dermed foreligger ulovlige direkte anskaffelser for samtlige innklagede. Hadde kontrollvilkåret blitt vurdert, er det imidlertid overveiende sannsynlig at konklusjonen ville vært at dette vilkåret var oppfylt. Vi har her å gjøre med et leverandørselskap som i følge sine vedtekter har som formål å utføre tjenester for sine eiere, som alle er offentlige organer. Aksjene kan kun eies av Sykehuset Innlandet HF og kommuner i Hedmark og Oppland. Alle aksjeoverdragelser krever styrets samtykke, og aksjonærene har forkjøpsrett ved enhver form for eierskifte. Aksjonærene gjør sin innflytelse gjeldende gjennom sin stemme på generalforsamlingen, både for så vidt angår vedtektsendringer, styrevalg og andre forhold.»*

I Kofa sak 2009/246<sup>24</sup> ble det imidlertid ilagt gebyr for ulovlig direkte anskaffelse. Saksforholdet gjaldt en direkte tildeling av kommunalt avfall som Askøy kommune tildelte BIR Bedrift AS, som er en del av BIR-konsernet. BIR Næring AS er et kommersielt drevet selskap, med et formål å konkurrere i et marked med andre private selskap. Kofa fant derfor at egenregivilkårene ikke er tilstede. Denne saken ble også vurdert i lys av Stadtreinigung Hamburg-dommen som er omtalt under punkt 2.4.4, men Kofa la avgjørende vekt på at BIR Bedrift AS er et selskap som driver i konkurranse med andre private selskaper, og at samarbeidet innebærer en risiko for at BIR Bedrift AS gis en konkurransefordel.

Tildelingen av kontrakt skjedde på grunnlag av en aksjeeieravtale, inngått mellom samtlige eierkommuner i BIR-konsernet. (BIR er Bergennområdets Interkommunale Renovasjonsselskap). Formålet med aksjonæravtalen er å «sikre BIR (Konsern) tilgang til avfall og å sikre at BIR (Konsern) utfører kommunens forpliktelser iht. Forurensingsloven § 30. Avtalen skal videre sikre at offentlige myndigheter/selskaper bevarer kontroll over selskapet,...» Videre står det at «Aksjeeierne forplikter seg til å levere alt forbruksavfall til Forbrenningsanlegget i Rådalen og ikke drive eller opprette mottaksanlegg for forbruksavfall og spesialavfall uten etter avtale med BIR. Det samme gjelder kildesortert forbruksavfall».

Om denne aksjonæravtalen sier Kofa følgende (premiss 36): «Klagenemnda finner for øvrig grunn til å nevne at det i prinsippet ikke er noe i veien for inngåelse av den type avtale som fremgår av aksjeeieravtalen datert 26. juni 2011 hvor aksjeeierne forpliktet seg til å levere avfall til forbrenningsanlegget. Organiseringen av kontraktsforholdet må imidlertid gjøres som er i samsvar med regelverket.»

Kofa utdyper ikke hva som er «i samsvar med regelverket», men det er nærliggende å tolke dette slik at å levere avfall til forbrenningsanlegget enten må basere seg på egenregi, eller lovlig tildelt enerett, dersom det ikke skal konkurranseutsettes. Det er naturlig å tolke Kofas avgjørelse dithen at de mener at BIR Bedrift AS oppfyller ikke noen av disse vilkårene, siden dette er et selskap som først og fremst er forretningsmessig fundert.

### **2.4.3 Kontrakter som er unntatt fra anskaffelsesforskriften (FOA) – tildeling av enerett**

---

<sup>24</sup> Sak 2009/246 Askøy kommune

FOA §1-3 avgjør hvilke kontrakter som omfattes av anskaffelsesforskriften. Dette er offentlige *vare-, tjeneste og bygge- og anleggskontrakter*.

Innsamling og behandling av avfall anses som tjenestekontrakter som omfattes av forskriften, og er *prioriterte tjenester* etter FOA § 2-4 (16).

FOA § 1-3 bokstav a) - h) unntar en del kontraktstyper fra anskaffelsesforskriften. Et viktig unntak i denne sammenheng er § 1-3 bokstav h) om tildeling av kontrakter om tjenestekjøp etter *enerett* som lyder:

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

Vilkåret er for det første at kontrakten tildeles ”et organ som selv er en offentlig oppdragsgiver”.

Kravet til at selskapet må **være kontrollert av offentlige organer** vil normalt være oppfylt for et selskap som er opprettet for å håndtere den lovpålagte renovasjonstjenesten på vegne av en eller flere kommuner, se også drøftelsen under pkt. 2.4.1.

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.

Det er hevdet i juridisk teori at enerett betyr et forbud for andre å utføre tjenestene. Et slikt synspunkt innebærer at kun staten kan pålegge enerett, i det kommunene kun kan fatte vedtak med lokal virkning. Dette er likevel etter min oppfatning å trekke det for langt. 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. Ordlyden er heller ikke til hinder for dette, og blant annet Prof. dr. juris Hans Petter Graver<sup>25</sup> har tatt til orde for at vilkår for å tildele enerett på området for kommunal renovasjon er oppfylt.

Dette betyr ikke at hvilken som helst tildeling av enerett er tillatt. Tvert i mot kan tildeling av enerett være konkurransebegrensende og i strid med EØS-avtalen. Hensynet til konkurransen og EU/EØS regelverket er ivaretatt gjennom kravet til at eneretten må være ”forenlige med EØS-avtalen”. Med dette menes at enerett bare må tildeles der det er en forutsetning at *særlige offentlige hensyn kan ivaretas*. Dette er tilfellet når det gjelder renovasjonssektoren, idet man har funnet at det bør være en offentlig oppgave å håndtere husholdningsavfall på grunn av helsemessige og hygieniske forhold og miljømessige hensyn.

---

<sup>25</sup> Prof.dr. juris Hans Petter Gravers artikkel om offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid etter oppdrag fra Kommunaldepartementet

Dette er også lagt til grunn i en dom avsagt av EF-domstolen<sup>26</sup> (**Arnhem**) som omhandler avfallssektoren. Selskapet var stiftet av to nederlandske kommuner, og det ble besluttet av disse kommunene å overdra lovpålagte oppgaver med hensyn til innsamling og gjenbruk av husholdningsavfall. Her la domstolen til grunn at det forhold at også private utførte lignende renovasjonstjenester, ikke utelukker at renovasjonstjenestene kunne dekke allmennhetens behov. Det ble pekt på at det forhold at det eksisterer et marked og sterk konkurranse, indikerer at tjenestene kan være av forretningsmessig eller industriell art, men dette er ikke avgjørende. Deretter konkluderer domstolen i premiss 52 med at:

*” det foreliggende tilfælde kan det ikke bestrides, at fjernelse og behandling af husholdningsaffald kan anses for at hoere til almenhedens behov. Da det er muligt, at den grad af imoedekommelse af dette behov, der anses for **noedvendig af hensyn til den offentlige sundhed og miljoebeskyttelsen**, ikke kan opnaas ved de tjenesteydelser i form af hel eller delvis fjernelse, som tilbydes borgerne af private erhvervsdrivende, **hoerer denne aktivitet til dem, hvorom en stat kan beslutte, at de skal udoeves af offentlige myndigheder, eller med hensyn til hvilke den oensker at bevare en afgoerende indflydelse.** (min utheving).”*

Høyesterett avsa i 2007 en dom i en sak som gjaldt tildeling av enerett til å drive spilleautomater til Norsk Tipping<sup>27</sup> som har en viss relevans også for kommunal sektor. Først slo retten fast at den vedtatte enerettsordningen for Norsk Tipping er en «restriksjon» i EØS-avtalens forstand, og at den i utgangspunktet bryter med prinsippene om fri etableringsrett og fri flyt av tjenester som er nedfelt i de siterte artikler. Deretter listet Høyesterett opp vilkårene iht EU rettens praksis for at en restriksjon i form av enerett likevel er lovlig, se premiss 75-76:

«75 «EF-domstolens unntakskriterier er oppsummert i flere dommer, blant annet i en dom av 6. november 2003, der domstolen hadde fått seg forelagt spørsmål i anledning en italiensk straffesak mot Gambelli mfl. Det heter i dommens avsnitt 64 og 65 (i dansk oversettelse):

64. Restriksjonerne for etableringsfriheden og for den frie udveksling af tjenesteydelser skal dog under alle omstændigheder for at være begrundet opfylde de betingelser, der fremgår af Domstolens praksis. ...

«Ifølge denne praksis skal restriksjonerne være begrundet i tvingende almene hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hva der er nødvendigt for at opnå dette formål. Restriksjonerne skal under alle omstændigheder anvendes uden forskelsbehandling. »

76 Når disse tre unntaksvilkår er oppfylt, vil restriksjonen anses lovlig. Det er staten som her må godtgjøre at vilkårene er oppfylt»

De tre unntaksvilkårene det her vises til er:

- 1 Restriksjonen (i dette tilfelle enerett) skal være begrunnet *i tvingende allmenne hensyn*, f.eks. miljø og hygienehensyn
- 2 Restriksjonen skal være egnet til å oppnå disse hensyn
- 3 Det må ikke gå utover det som er nødvendig for å oppnå dette formål.

---

<sup>26</sup> Sak C-360/96 (Gemeente Arnhem - Nederland)

<sup>27</sup> Rt 2007 s. 1003 Spillautomatsaken

De senere årene har flere kommuner og avfallsselskaper i Norge benyttet seg av adgangen til å tildele enerett. Dette har resultert i flere klager for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (Kofa). I den ene saken (Ecopro)<sup>28</sup> tok ikke Kofa stilling til enerett, idet kontrakten uansett var inngått før eneretten var kunngjort. I en sak som gjaldt tildeling av enerett til et interkommunalt selskap, Returkraft AS<sup>29</sup>, la Kofa til grunn at det lovlig kunne tildeles enerett. I premiss 41, ble spørsmål om lovlig tildeling av enerett drøftet utførlig, og hvor det vises til Avfall Norges rapport om egenregi/enerett 6/2006, sitat:

(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 Avfallnorge 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.

(42) Nemnda legger etter dette til grunn at tildeling av enerett er forenlig både med forurensningsloven og EØS-avtalen. Det foreligger dermed en tildeling til et foretak som dekkes av definisjonen i forskriftens § 1-3 (2) bokstav h.»

Norsk Industri har etter dette klaget inn for EFTAs overvåkingsorgan, ESA, prinsippet om bruk av enerett i Norge, men i skrivende stund er saken ikke avgjort av ESA.

### **Adgangen til å drive blandet virksomhet ved tildelt enerett**

Som nevnt i punkt 2.4.1. er det ikke noe krav til at selskapet bare må drive med tjenester som tjener allmennhetens behov. Man kan således også drive med virksomhet som er av forretningsmessig eller industriell karakter. Dersom man har slik blandet virksomhet, vil konsekvensen være at det kan tildeles kontrakter direkte til den del av virksomheten som har fått enerett og som tjener allmennhetens behov.

---

<sup>28</sup> Sak 2008/07 og 2008/07 – Steinkjer kommune mot Norsk Industri og Namdal Tankrens

<sup>29</sup> Sak 2008/77 Risør og Tvedestrandregionens Avfallsselskap/Returkraft

Dersom man driver blandet virksomhet har imidlertid EF-domstolen også lagt til grunn at samtlige kontrakter som selskapet inngår omfattes av regelverket for offentlig anskaffelser<sup>30</sup> – også de som er tilknyttet forretningsmessig eller industriell virksomhet, og ellers ikke vil være omfattet av anskaffelsesregelverket. Dette er kontrakter om bygging av anlegg, varekjøp, eller andre kontrakter selskapet måtte inngå, og som er underlagt regelverket om offentlige anskaffelser.

Selv om FOA § 1-3 unntar kontrakten fra prosedyrene i anskaffelsesforskriften, er det hevdet i juridisk teori at dette ikke betyr at tildeling av kontraktene kan skje uten konkurranse (som ved egenregi), idet anskaffelsesloven likevel gjelder<sup>31</sup>. Oppdragsgiver må i så fall følge kravene i anskaffelsesloven § 5, som omhandler grunnleggende krav til oppdragsgiver, bl.a. så langt det er mulig gjøre bruk av konkurranse. Dette synspunktet kan diskuteres, idet forskriftens bestemmelser bygger blant annet på EU-direktivet 92/50 (tjenestedirektivet) som har et lignende unntak fra direktivets anvendelsesområde i art 6. Anskaffelsesloven bygger også på EU-direktivet. Det at man tildeler kontrakter på grunnlag av en enerett gjør nettopp at man ikke kan tildele etter forutgående konkurranse – i så fall vil man ikke lenger ha fått en enerett, slik at dette etter vår oppfatning ikke kan være et korrekt synspunkt. Hensynet til konkurransereglene er ivare tatt gjennom begrensninger i hva som kan tildeles som enerett.

Selv om vi legger til grunn at direkte tildeling er tillatt, må de kommunene som ønsker å tildele enerett til selskapet uten anbudskonkurranse, sørge for at selvkostprinsippet ivaretas. Dette betyr at ved direkte tildeling som alternativ til anbudskonkurranse, må avfallsforbrennings selskapet ta samme pris fra nabokommuner som for eget husholdningsavfall, og kan da ikke ta fortjeneste. Dersom selskapet skulle ta fortjeneste på markedsvilkår, vil jo dette være "forretningsmessig virksomhet" som ikke lenger oppfyller kravene til "offentlig rettslig organ".

#### **2.4.4 Interkommunalt samarbeid på kontraktsrettslig basis – «Stadtreinigung Hamburg dommen»**

En viktig og prinsipiell avgjørelse fra EU-domstolen, som i stor grad utvider muligheten for interkommunalt samarbeid som omfatter de lovpålagte oppgavene, er sak C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg). Dette gjaldt en sak hvor fire tyske distrikt, "Landkreise", inngikk langsiktige avtaler med Hamburg kommune om å kjøpe forbrenningskapasitet til et planlagt forbrenningsanlegg uten anbud. Kontraktenes varighet var 20 år. Det var ingen selskapsrettslig overbygning ved samarbeidet overhodet, og det var erkjent at ikke egenregivilkårene var oppfylt. Domstolen kom til at samarbeidet likevel var lovlig i forhold til anskaffelsesregelverket. Det ble lagt vekt på at dette gjaldt samarbeid vedrørende lovpålagte oppgaver (public services). Det var også inngått gjensidige avtaler om deponitjenester, hvor slagg fra forbrenningsanlegget ble behandlet. Betaling skulle skje på bakgrunn av kostnadsdekning, og kontraktsforholdet fremstod ikke som profittorientert.

I premiss 46 ble det vist til at Kommisjonen hadde anført under rettsmøte at dersom samarbeidet «*fant sted i form av opprettelsen af et offentligretligt organ, til hvilket de forskellige berørte sammenslutninger tildelte public service-oppgaven med bortskaffelse af affald, ville den have anerkendt, at de berørte Landkreises anvendelse af anlægget ikke henhørte under bestemmelserne om offentlige udbud.*»

---

<sup>30</sup> Sak C-44/96 Mannesmann

<sup>31</sup> Se Kommentarutgaven til Offentlige anskaffelser bind I s. 384

Til dette konkluderte EU-domstolen med at : «...*fællesskabsretten ikke inneholder en forpligtelse for offentlige myndigheter til, med henblik på i fellesskab at sikre deres public service-opgaver, at anvende en særlig retlig form.*»

Det ble også av domstolen lagt vekt på at samarbeidet ikke brøt med likebehandlings-prinsippet, på en slik måte at private virksomheter fikk en konkurransefordel.

Det gjenstår å se hvordan denne avgjørelsen vil påvirke rettsutviklingen i EU, men avgjørelsen er en betydelig dreining fra tendensen i rettspraksis til utelukkende å vurdere anskaffelser opp mot Teckal kriteriene.

## **2.4.5 Bruk av rammeavtaler – hvor lenge kan kontraktene tildeles**

Dersom man velger å sette renovasjonsoppgavene ut på anbud, er det et spørsmål om hvor lang tid man kan inngå kontrakter for. Den nye forskriften om offentlige anskaffelser § 6-1 og § 15-1 om bruk rammeavtaler lyder:

”Rammeavtaler ikke kan inngås for mer enn fire år, med unntak av tilfeller som er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand.

Oppdragsgiver må ikke misbruke rammeavtaler eller anvende dem på en måte som hindrer, begrenser eller vrir konkurransen.”

Bestemmelsen i forskriften baserer seg på direktiv 2004/18/EU artikkel 32 nr 2 fjerde og femte ledd, og Kommisjonen har uttalt følgende ”fortolkningsmeddelelse”<sup>32</sup>:

*”Thus for example, a longer duration could be justified in order to ensure effective competition for the contract in question if its performance required investment with a depreciation period of more than 4 years. This is because the development of effective competition in the public procurement sector is one of the objectives of the Directives dealing with this area (...)”*

Utifra dette har Fornyings- og Administrasjonsdepartementet (FAD) uttalt at behovet for å gjøre investeringer med lang nedskrivningsperiode vil kunne tale for at oppdragsgiver kan inngå langvarige avtaler, dersom dette vil fremme konkurransen i markedet. Det må derfor legges til grunn at man kan inngå langvarige avtaler, utover 4 år, så lenge dette gjør at man gjennom investeringer i avfallsforbrenningsanlegg bedrer konkurransen, noe som synes å være tilfelle for avfallsforbrenningstjenester i Norge.

Imidlertid må ikke kontraktperioden settes lengre enn nødvendig for at tjenesteyter skal få mulighet til en rimelig avkastning på investert kapital, og slik at kontrakten får karakter av omgåelse av anskaffelsesreglene. I Stadtreinigung Hamburg var kontraktene på 20 år.

## **2.4.6 Rettsvirkninger som følge av brudd på regelverket**

### **2.4.6.1 Gjeldende rett**

---

<sup>32</sup> Se FAD’s brev av 23 mai 2006 til Fredrikstad kommune



Anskaffelsesloven § 10 har hjemmel for erstatning for den som har lidt tap som følge av brudd på regelverket. Erstatningsansvaret forutsetter at oppdragsgiver har opptrådt klanderverdig, og alminnelige erstatningsregler i norsk rett kommer til anvendelse. Det er således ikke et objektivt ansvar. Leverandøren må ha hatt reell mulighet til å få tildelt kontrakten, og ha lidt et økonomisk tap som følge av regelbruddet. Erstatning som kan kreves er den positive eller negative kontraktsinteresse.

Kofa kan illegge overtredelsesgebyr ved ulovlig direkte anskaffelser. Det er et vilkår at oppdragsgiver *opptrer forsettlig eller grovt uaktsomt*, og dette gjelder med hensyn til både det faktiske og rettslige grunnlag for overtredelsen. Skyldkravet er ganske strengt, og vanlig uaktsomhet knyttet til tolkning av et komplisert og gjerne tvilsomt og uavklart rettslig spørsmål, vil ikke være tilstrekkelig til å illegge gebyr. Hensikten er å sikre større etterlevelse av regelverket. Overtredelsesgebyret utgjør inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi. Adgangen til å illegge gebyr bortfaller 2 år etter at kontrakten er inngått. Vedtaket kan ikke påklages, men kan bringes inn for retten til overprøving.

Kofa har vært tilbakeholden med å illegge overtredelsesgebyr i saker hvor det er rettslig uklart om vilkårene for enerett eller egenregi er oppfylt. Det ble således ikke ilagt gebyr i Ecopro-saken, og heller ikke i saken om vaskeritjenester<sup>33</sup>, der Kofa fant at omsetningskriteriet ikke var oppfylt. Kofa uttalte i premiss 57, flg:

*(57) ... 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 illegge overtredelsesgebyr.*

#### **2.4.6.2 Innføring av håndhevelsesdirektivet – endring i regelverket**

EU har vedtatt et håndhevelsesdirektiv<sup>34</sup> som Norge er i ferd med å gjennomføre. Et offentlig utvalg har vurdert gjennomføringen i norsk rett, og kommet med forslag som har vært på høring, og nå er til behandling i departementet. Det ventes et lovforslag til høsten, som vil inneholde flere betydelige endringer.

Utvalget har foreslått at Kofa ikke lenger får adgang til å gi gebyrer for ulovlig direkte tildeling.

Videre er det forslag om at domstolene gis adgang til å kjenne en kontrakt som er tildelt etter en ulovlig direkte anskaffelse uten virkning (ugyldig). I dag har ikke domstolene denne muligheten, men har kun anledning til å illegge erstatning for en forbigått leverandør som kan sannsynliggjøre at han ville vunnet kontrakten dersom regelverket var fulgt.

Det er også foreslått regler knyttet til karenstid og suspensjon av adgangen til å tildele kontrakt dersom en beslutning om tildeling av kontrakt påklages, og inntil saken er behandlet i første instans.

---

<sup>33</sup> Sak 2010/338 Norsk Industri - Sykehuset Innlandet HF

<sup>34</sup> Direktiv 2007/66/EF

## 3. Vurdering av de ulike eierformene

### 3.1 Organisering gjennom kommunalt foretak (KF)

Kommunen kan selv stå som eier av avfallsforbrenningsanlegget. Innsamling og behandling av husholdningsavfall kan skilles ut i et kommunalt foretak, som vil være en del av kommunen som juridisk enhet. Kommunen vil stå fullt ut ansvarlig for foretakets økonomi og hefter fullt ut for dets økonomiske forpliktelser. Dette vil være egenregi, og direkte tildeling av kontrakter fra det kommunale foretaket kan skje uten at regelverket i lov om offentlige anskaffelser følges.

Selvkostprinsippet setter begrensninger for hva som kan finansieres gjennom gebyrer fra husholdningene. Dersom man ønsker å dimensjonere anlegget også for å håndtere næringsavfall, eller husholdningsavfall fra andre kommuner, kan dette ikke gjøres gjennom inntekter fra egen behandling av husholdningsavfall, se pk. 2.2.

Dersom kommunen også skal behandle husholdningsavfall fra andre kommuner vil kommunen som utgangspunkt måtte konkurrere om dette med andre aktører i markedet, og nabokommunene er forpliktet til å sette disse ut på anbud.

Også unntaket i anskaffelsesforskriften § 1-3 bokstav h) for tildeling av kontrakter kan anvendes for nabokommuner som ønsker å tildele kontrakter til det kommunale foretaket.

Dersom det kommunale foretaket også skal håndtere næringsavfall, eller konkurranseutsatt husholdningsavfall, vil konkurransereglene og forbudet mot krysssubsidierting være aktuelle problemstillinger som må ivaretas, se pk. 2.2. og 2.3. Dette regelverket gjelder uavhengig av om selskapet er eget rettssubjekt eller organisert som en del av kommunen gjennom kommunal etat eller kommunalt foretak. Det avgjørende spørsmål vil være om kommunen opererer i et marked med konkurranse fra andre aktører. At man innen kommunen selv også driver konkurranseutsatt virksomhet vil likevel ikke utelukke egenregi. Man bør vurdere å skille den konkurranseutsatte delen knyttet til næringsavfall i en egen juridisk enhet, for eksempel et aksjeselskap. I alle fall må man som minimum ha regnskapsmessig skille, og sørge for at det ikke er krysssubsidierting mellom monopoldelen og den konkurranseutsatte virksomheten.

Dersom man skiller ut eierskapet til selve avfallsforbrenningsanlegget til et eget rettssubjekt (for eksempel aksjeselskap), kan dette la seg gjøre uten at det utelukker egenregi, se punkt. 3.3.

### 3.2 Organisering gjennom interkommunalt selskap (IKS)

Kommunen kan også sammen andre kommuner velge å opprette et interkommunalt selskap etter lov om interkommunale selskaper av 29. januar 1999 (IKS-loven) og som vil være et eget rettssubjekt.<sup>35</sup> Som det fremgår av EF-domstolens avgjørelser, har man til en viss grad akseptert at det kan foreligge såkalt egenregi, selv om det er et annet rettssubjekt enn kommunen selv som utfører tjenesten.

---

<sup>35</sup> Se lov om interkommunale selskaper av 29. januar 1999 nr. 6 som trådte i kraft 1. januar 2000

Selskap kan ha som formål å samle inn, transportere, motta og behandle alle eierkommunenes husholdningsavfall, og investere i avfallsforbrenningsanlegg med dette for øye. Selskapsavtalen må utformes med formål at man skal drive egenregi. Man må særlig sørge for at kommunene gjennom representantskapet har nødvendig eierkontroll og styring over selskapet, at man gir styret overordnede retningslinjer, men ikke for vide fullmakter, og ellers sørge for at man har nødvendig tilsyn og kontroll med selskapet (kontrollkriteriet).

Et slikt selskap vil være å anse som et offentligrettslig organ, som selv er omfattet av lov om offentlig anskaffelser og tilhørende regelverk. Dette vil kunne ha betydning dersom eierskapet til avfallsforbrenningsanlegget skilles fra IKS'et, for eksempel i et aksjeselskap, og for muligheten for tildeling av enerett.

Så lenge det interkommunale selskapet fyller kravene til offentligrettslig organ, og skal kjøpe avfallsforbrenningstjenester fra andre rettssubjekt må denne oppgaven som utgangspunkt settes ut på anbud. Unntaket fra dette kan være dersom eierskapet til avfallsforbrenningsanlegget er lagt til et aksjeselskap som er organisert slik at det oppfylder kravene til egenregi. Det vil igjen si at IKS'et som eier og oppdragsgiver må ha selskapsrettslig og eiermessig kontroll over selskapet, og selskapet som eier avfallsforbrenningsanlegget må i all hovedsak betjene IKS'ets behov. Private må ikke ha eierinteresser i aksjeselskapet, og det må heller ikke være noe som åpner for slikt eierskap.

Dersom selskapet som eier avfallsforbrenning også skal ta imot og behandle næringsavfall, vil *egenregi* være mer problematisk. Helt tilfeldig og sporadisk behandling av næringsavfall for å gjøre bruk av overskuddskapasitet kan være tillatt, men all aktivitet rettet mot konkurranseutsatt virksomhet vil utløse risiko for at det stilles spørsmål ved om selskapet utøver lovlig egenregi. Hvor grensen for egenregi skal trekkes må avgjøres etter en konkret vurdering for det enkelte selskap, hvor flere forhold må tas i betraktning, herunder markedssituasjonen, se pkt. 2.4.2.

Selv om ikke kravet til egenregi skulle være oppfylt, kan direkte tildeling av kontrakter etter *enerett* etter FOA §1-3 bokstav h) foretas av deltakerkommunene, og andre nabokommuner uten eierinteresser etter kommunestyrets vedtak om tildeling av enerett, se også pkt 2.4.3 om vilkårene som da må være oppfylt.

### **3.3 Organisering gjennom aksjeselskap (AS)**

Man kan organisere et interkommunalt samarbeid gjennom å etablere aksjeselskap og drive dette i egenregi. Det samme gjelder dersom kommunen velger å opprette et heleid kommunalt aksjeselskap og som skal behandle husholdningsavfall, forutsatt at vilkårene for egenregi er oppfylt. Kommunen kan også velge å kun skille ut eierskapet til avfallsforbrenningsanlegget i et eget rettssubjekt, og la selskapet yte forbrenningstjenester i hovedsak til de(n) kommunale eier(e) i egenregi.

Private eierinteresser vil som nevnt ovenfor i pkt. 2.4.2 utelukke mulighet for egenregi. Også en nærliggende mulighet for at det kan komme inn private eiere på et senere tidspunkt forhindrer egenregi. Aksjeselskapet kjennetegnes av at man kan ha både offentlige og private eiere, og at aksjene skal kunne omsettes. Dersom formålet med å etablere et aksjeselskap er å drive i egenregi, enten ved en oppdragsgiver, eller gjennom interkommunalt samarbeid, vil det derfor måtte fastsettes i vedtektene at selskapet kun skal ha offentlige eiere. Slik vedtektsendring bør ikke kunne endres av et kvalifisert flertall, og det bør stilles krav om enstemmighet.

Ved egenregi må man videre sørge for at omsetningskriteriet er oppfylt, som blir samme som for IKS, se pkt. 3.2.

Også kontrollvilkåret må være oppfylt ved egenregi. Det betyr at man ikke bør ha indirekte eierskap gjennom holdingselskap, og ellers sørge for at styret ikke får for vide fullmakter i forhold til å avgjøre/endre strategiske formål og ta viktige beslutninger.

Et aksjeselskap kan i likhet med et IKS være et offentlig rettslig organ, som igjen kan eie et selskap som driver avfallsforbrenningstjenester i egenregi, og som sørger for å ha sin virksomhet i hovedsak rettet mot morselskapet, se pkt 3.2.

Også direkte tildeling av kontrakter etter kommunestyret vedtak om tildeling av *enerett* er mulig, jf. pkt. 2.4.3, forutsatt at vilkårene til offentlig rettslig organ er oppfylt for selskapet, og kontraktene tildeles etter selvkostprinsippet. Det betyr at det offentlige må eie minst 50% av aksjene.

### 3.4 Eierskap gjennom lokalt energiselskap

Eierskap gjennom lokalt energiselskap er særlig aktuelt ved utnyttning av avfallsforbrenningsanlegg til produksjon av fjernvarme. Fjernvarme er i energiloven definert som: *"Betegnelse på teknisk utrustning og tilhørende bygningstekniske konstruksjoner for produksjon, overføring og fordeling av varmtvann eller annen varmebærer til eksterne forbrukere."*

Energiselskap er underlagt forsyningsforskriften, uavhengig av om virksomheten er i offentlig eller privat eie<sup>36</sup>. Avgjørende er at virksomheten driver innenfor den sektor forskriften omfatter. Det er imidlertid kun for kontrakter som inngås i tilknytning til sektorene som omfattes av forsyningsforskriften at disse oppdragsgiverne må følge regelverket i forsyningsforskriften. Dersom kontrakten er knyttet til *annen virksomhet*, for eksempel renovasjon, vil denne delen være omfattet av anskaffelsesforskriften, selv om selskapet ellers kommer inn under forsyningsforskriften.

Selv om avfallet kan benyttes til energiutvinning, og således har en "verdi", vil det anses som kjøp av tjenester så lenge oppdragsgiver må betale for at noen skal ta seg av avfallet. Dersom markedssituasjonen skulle være slik at utnyttelse av avfallet til energigjenvinning ble så økonomisk lønnsomt, og etterspørsel etter avfall ville bli så stor at eiere av forbrenningsanlegg vil betale for å motta avfall, står man ikke lenger overfor salg av tjenester til en oppdragsgiver, men kjøp av en vare. I så fall vil ikke lenger anskaffelsesregelverket være relevant for kommunene som samler inn og råder over avfallet. I stedet er det regelverket om offentlig støtte som kommer til anvendelse, og dette vil ha som konsekvens at en offentlig eier som selger avfall, må selge til markedspris.

Sett fra oppdragsgivers side (enten denne er et kommunalt foretak, aksjeselskap eller IKS) vil tildeling av kontrakter i egenregi vanskelig kunne gjennomføres ved eierskap som legges til energiverk. Selv om energiverket er 100 % eid av den(de) kommunale oppdragsgiver(e), vil kravet til at virksomheten i hovedsak må rette seg mot oppdragsgiver, normalt ikke være oppfylt for et selskap som driver med produksjon og omsetning av elektrisk

---

<sup>36</sup> Forsyningsforskriften har høyere terskelverdier og noe enklere prosedyreregler ved anskaffelser enn det som er tilfelle for anskaffelsesforskriften

kraft til andre enn oppdragsgiver. Dersom private er medeier i e-verket vil også dette utelukke egenregi. Mange energiselskap er også involvert i utbygging av bredbånd, alarmtjenester, o.l. som også er konkurranseutsatt virksomhet.

Uansett om egenregi vil være utelukket kan det være hensiktsmessig å legge eierskapet til avfallsforbrenningsanlegget i et energiselskap, fordi man da kan utnytte *samdriftsfordeler*. Energiselskapet kan ha både relevant fagkompetanse innen energiutnyttelse og andre ressurser, herunder infrastruktur knyttet til fjernvarmeanlegg, som gjør at dette kan være den mest effektive måten å organisere eierskapet på. Fjernvarme som har samlet effekt på mer enn 10 MW, og som skal forsyne eksterne forbrukere, krever i utgangspunktet konsesjon etter energiloven.

E-verk med mer enn 100.000 nettkunder vil etter endring i energiloven i 2006 være pålagt å skille ut nettvirksomheten fra virksomhet som er knyttet produksjon og omsetning av elektrisk energi i eget selskap. For disse nettselskapene er det også et forbud mot å selv eie eller eies av enheter med virksomhet innen produksjon eller omsetning av elektrisk energi. Fjernvarme er imidlertid ikke definert som elektrisk energi, og er ikke produksjonsvirksomhet som faller inn under kravet om selskapsmessig skille. Nettselskapet kan også drive med annen virksomhet, for eksempel bredbånd, alarmtjenester og lignende, som ikke er knyttet til elektrisk produksjon. Departementet drøftet i forarbeidene<sup>37</sup> til lovendringen i 2006 muligheten for å også kreve selskapsmessig skille for annen virksomhet enn produksjon og omsetning av elektrisk kraft, særlig det som regnes som energirelatert virksomhet utenom kraft, eksempelvis fjernvarme og gassdistribusjon. Departementet fant imidlertid ikke å lovpålegge selskapsmessig og funksjonelt skille for denne type virksomhet.

Forbud mot krysssubsidierting av monopolvirksomhet gjelder uansett, slik at i det minste regnskapsmessig skille mellom nett og annen virksomhet, vil som minimum være påkrevd.

Selv om egenregi ikke lar seg gjennomføre ved eierskap som legges til et energiselskap, kan man likevel tildele kontrakter etter vedtak om *enerett* etter FOA §1-3 bokstav h) som beskrevet i punkt 2.4.3, dersom kravet til offentligrettslig organ er oppfylt. Forsyningsskriften har en lignende formulering som i FOA § 1-3 bokstav h i § 1-6 om tildeling på grunnlag av enerett for *"kontrakter om tjenestekjøp som tildeles et organ, eller en sammenslutning av organer, som selv er en offentlig oppdragsgiver som definert i forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften) første ledd, på grunnlag av en enerett organet har i henhold til kunngjorte lover, forskrifter eller administrative vedtak, forutsatt at bestemmelsene er forenlige med EØS-avtalen"*.

Direkte tildeling etter enerett kan altså være aktuelt for den del av virksomheten som omfatter tjenester rettet mot behandling av husholdningsavfall til selvkost. Imidlertid blir konsekvensen som nevnt i punkt 2.4.3 at samtlige kontrakter som selskapet tildeler, vil være underlagt anskaffelsesregelverket. Dette vil neppe ha noen særlig betydning for den del av virksomheten som er knyttet til *energi*, i det disse uansett er underlagt reglene om offentlige anskaffelser i forsyningsskriften. Det er imidlertid sentralt at selskapet må tilfredsstille vilkårene til å være kontrollert av det offentlige, noe som innebærer at minst 50% av aksjene må eies av det offentlige. Dette kan være tilfelle der kommunale og statlige eiere dominerer virksomheten. Dersom private rettsubjekt innehar eierandeler over 50% vil vilkåret ikke være oppfylt. Det er ikke nødvendig at det er samme kommuner som tildeler

---

<sup>37</sup> Se punkt 3.3.8.3 i Ot.prp.nr. 61 (2005-2006)

enerett, som er eiere i selskapet. Siden energiselskap i stor grad er offentlig eid, vil vilkåret om at det skal være offentlig kontrollert kunne være oppfylt i de fleste tilfeller.

Det kan argumenteres med at nettselskapene som er underlagt statlig inntektsregulering, og som utgjør naturlige monopol, tilfredsstillende kravet til at organet skal tjene allmennhetens behov, og som ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter. Selv om det motsatte skulle legges til grunn, er det i EF-domstolens rettspraksis<sup>38</sup> lagt til grunn at selv om et selskap ikke opprinnelig har vært opprettet spesielt med henblikk å oppfylle allmennhetens behov, kan det senere oppstå faktiske endringer som gjør at vilkåret likevel er oppfylt, sitat:

*„..en enhed, som ikke er opprettet spesielt med henblikk på at imødekomme almenhedens behov af ikke-industriell og ikke-kommerciel karakter, men som senere har fået overdraget varetagelsen af sådanne behov og siden faktisk har sikret, at disse imødekommes, opfylder den nævnte betingelse, forudsat at det objektivt kan konstateres, at den varetager imødekommelsen af disse behov”*

Hvorvidt kravet til offentlig rettslig organ er oppfylt, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

### 3.5 Eierskap til anlegget gjennom tingsretteslig sameie

Spørsmålet oppstår om et kommunalt selskap/foretak eller interkommunalt selskap som tilfredsstillende kravene til egenregi, kan innlede samarbeid med et annet rettssubjekt (for eksempel aksjeselskap), ved at man sammen planlegger å bygge et avfallsforbrenningsanlegg som skal eies i et *tingsrettslig sameie*. Med sameie i denne forstand menes at man eier en forhåndsavtalt brøkdel av anlegget med tinglyst grunnbokshjemmel til grunn og bygning. En slik sameieform kunne tilsi at de to sameierne kunne benytte sin ideelle andel av avfallsforbrenningsanlegget til sitt respektive avfallsforbrenningsbehov, i egenregi.

Etter norsk rett skiller man mellom to typer sameie. Det ene kalles gjerne for "fritt sameie", og det annet er såkalt "bundet sameie".

Fritt sameie som reguleres av sameieloven er utelukket så lenge sameiegjenstanden skal brukes i næringsvirksomhet. Sameieloven har en bestemmelse som gjelder kun for flere som eier en ting/gjenstand til eget bruk og til å dekke egne behov. Til "eget bruk" i denne sammenheng er gjenstander som eies sammen og som det ikke knyttes driftsutgifter til, og som ikke benyttes til næringsforhold. Man skiller altså mellom sameie i og utenfor selskapsforhold, hvorav førstnevnte reguleres av selskapsloven av 1985 og sistnevnte av sameieloven.

Det er mulig å gå fra fritt sameie til bundet sameie, ved å endre bruken. Skoleeksempelet er to som eier en leiegård sammen, og bor i hver sin leilighet. Dersom man senere endrer bruken til å leie ut i næringsvirksomhet, vil det ikke lenger være til eget bruk, og forholdet går over til selskapsrettslig sameie, og omfattes av selskapsloven av 1985.

I dette tilfellet vil forbrenningsanlegget være til bruk i næringsvirksomhet, og omfattes av selskapsloven av 1985, og tingsrettslig sameie er derfor utelukket.

---

<sup>38</sup> Sak C-470/99 *Universale-Bau*

Kommuner, fylkeskommuner eller et interkommunalt selskap kan ikke være deltaker i ansvarlig selskap eller kommandittselskap etter selskapsloven § 1-1(5), og selskapsrettslig sameie er således utelukket for disse. En annen form for sameie vil være eierskap gjennom aksjeselskap, men da er egenregi utelukket, med mindre modellen for interkommunalt samarbeid beskrevet i punkt 3.3 benyttes.

## 4. Oppsummering og konklusjon

Konklusjonen er at kommunene har en handlefrihet i forhold til EØS-avtalen som bør tas i betraktning ved investeringsbeslutninger i forhold til avfallsforbrenningsanlegg, og hvordan man organiserer dette.

- Det er fullt mulig å etablere et interkommunalt selskap, eller et kommunalt foretak/aksjeselskap som eier avfallsforbrenningsanlegg dimensjonert for å håndtere husholdningsavfall, og som tildeles kontrakter direkte fra oppdragsgiver i *egenregi*. Vilkårene til egenregi må da være oppfylt, ved at leveranse av tjenester og omsetningen rettes i hovedsak til eierne, og kommunen/kommunene må sørge for å ha direkte kontroll med selskapet. Dette vil også være mulig, selv om eierskapet til avfallsforbrenningsanlegget skilles ut i eget selskap.

Det er svært begrenset adgang til også å håndtere næringsavfall, eller konkurranseutsatt husholdningsavfall fra nabokommuner, dersom kravene til egenregi skal kunne oppfylles. Mer tilfeldig og sporadisk håndtering av denne type avfall for å utnytte ledig kapasitet, og som uansett ikke bør overstige 20 %, vil trolig være tillatt, men her må man erkjenne at hvor langt man kan gå er rettslig uavklart, og at det må avgjøres etter en konkret vurdering. "Marginal aktivitet" kan være betydelig mindre enn 20 %. Uansett bør ikke selskapet gå aktivt ut på markedet for næringsavfall og tilby sine tjenester, dersom man skal operere i egenregi.

- Man kan også tildele kontrakter fra deltakerkommuner og nabokommuner uten anbud i medhold av anskaffelsesforskriftens § 1-3 bokstav h) om tildeling av kontrakter med hjemmel i *enerett*, dersom vilkårene for offentligrettslig organ er oppfylt. Dette forutsetter at kontraktene som tildeles skjer etter selvkostprinsippet. Et slikt organ kan også drive med annen virksomhet av forretningsmessig eller industriell karakter, og det er ikke noe krav til at tjenesten i hovedsak skal rettes mot oppdragsgiver(e). Kravet om at selskapet skal være kontrollert av det offentlige, er heller ikke like strengt som for "kontrollkriteriet" ved egenregi. Kravet til å tildele kontrakter etter enerett er trolig allerede oppfylt for flere renovasjonsselskaper, men det bør gjøres en konkret vurdering i de enkelte tilfellene om det er nødvendig med endringer i forhold til kommunale renovasjonsforskrifter, vedtekter og selskapsavtaler.
- Håndtering av konkurranseutsatt avfall vil også reise spørsmål om ulovlig offentlig støtte (for eksempel ved overkompensasjon ved tildeling av kontrakter i henhold til enerett og kryssubsidiering fra husholdningssektoren), og krav til korrekt prising av tjenester knyttet til næringsavfall og minimum regnskapsmessig skille vil oppstå, uavhengig av organisering av eierskap. Det er mulig å holde anleggskostnader utenfor merkostnadene som skal dekkes ved utnyttelse av restkapasitet, se punkt. 2.3. Dette vil det ikke være anledning til dersom man ønsker å ha drive blandet virksomhet, med en forretningsmessig del knyttet til behandling av næringsavfall, og som er noe mer enn å utnytte

restkapasitet. I så fall må det foretas en forholdsmessig fordeling av alle kostnader, også anleggskostnader.

- Dersom eierskapet legges til et *energiselskap* som driver med distribusjon av strøm, omsetning og produksjon av elektrisk energi eller annen konkurranseutsatt virksomhet, vil egenregi være utelukket. Det kan likevel være samdriftsfordeler ved å legge eierskapet til et energiselskap, dersom avfallsforbrenningsanlegget skal utnyttes til fjernvarme. Her kan også unntaket i FOA § 1-3 bokstav h) for å tildele enerett til den del av virksomheten som ikke er av industriell og forretningsmessig karakter komme til anvendelse. Dette åpner for direkte tildeling av kontrakter, dersom man yter avfallsforbrenningstjenester til selvkost, og vilkåret for offentlig rettslig organ i FOA § 1-2 for øvrig er oppfylt. Vurdering om krav til offentligrettslig organ er oppfylt, må vurderes konkret i det enkelte tilfelle.
- Selv om man skulle velge en løsning som innebærer anbud og konkurranseutsetting, vil tjenesteyter kunne inngå lengre kontrakter enn 4 år som beskrevet i den nye anskaffelsesforskriften, med bakgrunn i behovet for å få langvarige kontrakter ved investeringer som har lengre avskrivningstid. Dette forutsetter imidlertid at man vinner kontraktene i utgangspunktet, etter anbudskonkurranse. Kontraktperioden må ikke settes lengre enn nødvendig for at tjenesteyter skal få mulighet til en rimelig avkastning på investert kapital, og at kontrakten får karakter av omgåelse av anskaffelsesreglene.
- Den økonomiske risikoen knyttet til investeringene kan reduseres ved at man undersøker muligheten til å søke om offentlig støtte. Det kan undersøkes om det er mulig å søke om offentlig støtte til finansiering av avfallsforbrenningsanlegg, under henvisning til at det er nødvendig å bygge ut denne type infrastruktur i Norge, jf. EØS-avtalens artikkel 59 (2). Offentlig støtte kan kun gis dersom det er helt nødvendig for å få prosjektene realisert. Dette er særlig aktuelt med innføring av deponiforbudet og fordi avfallsmengden øker i omfang. Det er også mulighet å søke om offentlig støtte gjennom Enova, dersom anlegget ikke omfattes av ordningen som er etablert med grønne elsertifikater.