



# **Veileder i offentlig- offentlig samarbeid**

**- Fra *Stadtreinigung Hamburg* til FOA § 3-3**

**Rapport nr: 6/2017 | Dato: 01.06.2017**

**Avfall  
Norge**

## Rapport Nr. 6/2017.

<b>Rapport nr:</b> 6/2017	<b>Dato:</b> 01.06.2017	<b>Revidert:</b>	<b>Rev. dato:</b>
<b>Godkjent av:</b> Henrik Lystad	<b>Distribusjon:</b> Åpen	<b>ISSN:</b>	<b>ISBN:</b> 82-8035-030-6

**Tittel:**

Veileder i offentlig-offentlig samarbeid – fra Stadtreinigung Hamburg til FOA § 3-3

**Oppdragsgiver:**

Avfall Norge

**Kontaktperson:**

Roy Ulvang

**Forfatter(e):**

Deloitte Advokatfirma AS v/ adv. Geir A.  
Melby, adv. Rolf-Erik Disch og adv. flm.  
Torgeir Overøye

**Medforfatter(e):**

**Oppdragstaker:**

Deloitte Advokatfirma AS

**Prosjektleder:**

Roy Ulvang

**Emneord:**

Offentlig-offentlig samarbeid, unntak fra  
anskaffelsesregelverket, Stadtreinigung  
Hamburg

**Subject word:**

Public-public cooperation, Hamburg  
doctrine, excluded public contracts

## Sammendrag

Denne veilederen gjennomgår vilkårene for å anvende unntaket om offentlig-offentlig samarbeid. Unntaket ble først etablert i EU-domstolens avgjørelse i Hamburg-saken, og er nå innført i det norske anskaffelsesregelverket gjennom Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-3.

Gjennomgangen viser at for de tilfeller hvor to eller flere oppdragsgivere har offentlige oppgaver til felles, kan det etableres et samarbeid om utførelsen av disse oppgavene så lenge samarbeidet kun tjener offentlige interesser og at partenes aktivitet overfor andre enn oppdragsgiverne ikke overstiger 20 % av samarbeidets aktiviteter.

Det foreligger noe rettspraksis for hva gjelder de to første vilkårene for unntaket, men det er fortsatt noe usikkerhet knyttet til det tredje vilkåret, aktivitetskriteriet. Det foreligger eksempelvis ingen føringer i rettspraksis for hva som menes med «en annen egnet aktivitetsbasert metode», jf. FOA § 3-4 første ledd. Trolig vil hva som anses for «egnet» variere fra bransje til bransje, og hvilke aktiviteter samarbeidet er ment å omfatte. For avfallsbransjen fremstår tonnasje som et alternativ til en omsetningsbasert beregning av aktivitetskriteriet.

For de tilfeller hvor de samarbeidende parter ønsker å redusere den juridiske risikoen ved å inngå samarbeidet kan partene foreta en frivillig intensjonskunngjøring. På denne måten unngår partene risikoen for å bli ilagt overtredelsesgebyr fra relevante myndigheter. EU-domstolen har imidlertid slått fast at kontrakten likevel kan bli kjent uten virkning, dersom den offentlige oppdragsgiveren ikke har utvist «den fornødne omhu» og vilkårene for å unnta kontrakten fra anskaffelsesregelverket ikke var tilstede.

## Forord

Den kommunale avfallsbransjen står overfor store oppgaver for å samle inn og behandle avfallet fra husholdninger i tråd med overordnede og lokale målsettinger og krav. Ved innføringen av EUs anskaffelsesdirektiv i 2014 ble det inntatt en egen bestemmelse om offentlig-offentlig samarbeid som ble innført i det norske anskaffelsesregelverket gjennom ny lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser av 1. januar 2017. Unntaket om offentlig-offentlig samarbeid innebærer at kontrakter som inngås mellom de samarbeidende parter kan unntas anskaffelsesregelverket. Slike samarbeid gir derfor stor fleksibilitet for partene.

Foreliggende veileder redegjør for de juridiske utfordringene knyttet til slike samarbeid, og for når vilkårene for unntaket er oppfylte.

Denne veilederen er den fjerde i en serie, som angir hvordan ulike former for investeringer og samarbeid kan etableres, herunder bruk av utvidet egenregi/ enerett og offentlig-privat samarbeid.

Tidligere veiledere som er utgitt fra Avfall Norge er:

- 6/2006: Juridisk betenkning vedrørende spørsmål knyttet til etablering av avfallsbehandlingsanlegg
- 3/2007: Veileder for tildeling av enerett innen avfallssektoren
- 4/2009: Bruk av offentlig-privat samarbeid og tjenestekonsesjon ved realisering av avfallsbehandlingsanlegg.

Veilederen er utarbeidet av Deloitte Advokatfirma. Arbeidet er finansiert av Avfall Norges FoU midler, samt spleiselagsmidler fra disse medlemmene; BIR AS, FolloREN AS, IVAR IKS, ROAF IKS og Oslo kommune, Renovasjonsetaten.

Faggruppen for det kommunale ansvaret har vært styringsgruppe for prosjektet. Prosjektgruppen har bestått av Knut Schjerven Roald, Astri Thomassen Ekroll og Roy Ulvang. Nettverket for anskaffelser, representert ved Norsk Gjenvinning, har gitt verdifulle høringsinnspill i prosessen.

1.6.2017,  
Henrik Lystad  
Fagsjef  
Avfall Norge

## Innhold

Sammendrag.....	3
Forord.....	4
Innhold.....	6
1 Innledning .....	7
2 Oppsummering .....	8
3 Kort om de rettslige rammer.....	9
3.1 Hovedregel og utgangspunkt .....	9
3.2 Unntak – egenregi og enerett.....	9
3.3 Unntak – offentlig-offentlig samarbeid.....	10
4 Unntaket om offentlig-offentlig samarbeid.....	10
4.1 Generelt om bakgrunnen til FOA § 3-3 .....	10
4.2 Krav til offentligrettslig organ/offentlig oppdragsgiver .....	13
4.2.1 Generelt – tilknytningen til det offentlige .....	13
4.2.2 Organet må tjene «allmennhetens behov» .....	15
4.2.3 Organet kan ikke være av en «forretningsmessig eller industriell karakter» ....	15
4.3 Krav om at samarbeid må angå oppgaver partene har til felles – FOA § 3-3 a) ..	18
4.4 Krav om at samarbeid utelukkende må forfølge offentlige interesser – FOA § 3-3 b) 21	
4.5 Aktivitetskriteriet – FOA § 3-3 c) .....	24
4.5.1 Generelt .....	24
4.5.2 Beregning av aktivitetskriteriet.....	25
4.6 Intensjonskunngjøring.....	27
5 Forholdet mellom ulike offentlige samarbeidsformer.....	29
6 Fremgangsmåte ved offentlig-offentlig samarbeid .....	31
Vedlegg – eksempel på samarbeidsavtale .....	33

# 1 Innledning

Deloitte Advokatfirma er bedt om å utarbeide en veileder for de juridiske rammene ved offentlig-offentlig samarbeid i avfallsbransjen. Ved innføringen av EUs anskaffelsesdirektiv i 2014<sup>1</sup> ble det inntatt en egen bestemmelse om offentlig-offentlig samarbeid i artikkel 12 fjerde ledd. Denne bestemmelsen ble videre innført i det norske anskaffelsesregelverket gjennom ny lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser som trådte i kraft 1. januar 2017.<sup>2</sup> Unntaket om offentlig-offentlig samarbeid innebærer at kontrakter som inngås mellom de samarbeidende parter kan unntas anskaffelsesregelverket. Slike samarbeid vil derfor ofte gi stor fleksibilitet for partene. Denne veilederen vil redegjøre for de juridiske utfordringene knyttet til slike samarbeid, og for når vilkårene for unntaket er oppfylte.

Unntaket for offentlig-offentlig samarbeid har eksistert siden EU-domstolens avgjørelse i sak C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg*, slik at inntakingen av unntaket i anskaffelsesdirektivet hovedsakelig er en kodifisering av ulovfestet rettspraksis. Bakgrunnen for unntaket er at det er anerkjent både i EU-domstolen og gjennom anskaffelsesdirektivet at det må tas hensyn til medlemsstatenes frihet til å organisere offentlig sektor på den måte de finner mest hensiktsmessig, herunder ved at offentlige oppdragsgivere utfører sine oppgaver i samarbeid med andre.

I det følgende vil de juridiske rammene for unntak fra anskaffelsesregelverket i form av samarbeid i offentlig sektor kort gjennomgås. Denne veileder vil i utgangspunktet bruke liten tid og plass på unntakene som gjelder egenregi og enerett, utover det som nevnes i punkt 3.2 og 5 nedenfor. Videre vil vilkårene for når unntaket om offentlig-offentlig samarbeid kan anvendes grundig gjennomgås i punkt 4. Endelig vil det kort bli foretatt en sammenligning av offentlig-offentlig samarbeid og de andre offentlige unntaksformene, samt et forslag til fremgangsmåte ved inngåelsen av et offentlig-offentlig samarbeid.

---

<sup>1</sup> Direktiv 2014/24/EU som erstattet direktiv 2004/18/EC

<sup>2</sup> Lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 («LOA») og Forskrift om offentlige anskaffelser FOR-2016-08-12-974 («FOA»)

## 2 Oppsummering

Gjennomgangen nedenfor viser at offentlige oppdragsgivere har et relativt fleksibelt spillerom for hvordan de ønsker å samarbeide med hverandre. Denne veilederen har primært utredet vilkårene for når et ikke-institusjonalisert (horisontalt) samarbeid er oppfylte. Unntaket for offentlig-offentlig samarbeid var opprinnelig et konsept utviklet av EU-domstolen før unntaket ble inntatt i det nye anskaffelsesdirektivet i 2014. I denne veilederen har vi sett unntaket slik det er nedfelt i direktivet og anskaffelsesforskriften i stor grad er en kodifisering av rettspraksis. Likevel var innføringen av et aktivitetskriterium en nyvinning.

Ettersom at den foreliggende rettspraksisen hovedsakelig angår de to første vilkårene for unntaket, er det fortsatt noe usikkerhet knyttet til det aktivitetsvilkåret og hvordan denne aktiviteten skal beregnes. Dersom partene er usikre på om unntaket for offentlig-offentlig samarbeid kan anvendes kan en foreta en intensjonskunngjøring av samarbeidet. På denne måten unngår partene risikoen for å bli ilagt overtredelsesgebyr fra relevante myndigheter.

Utover den rent juridiske vurderingen av vilkårene for offentlig-offentlig samarbeid vies det også plass til mer praktiske forhold i veilederen. I punkt 5 ser vi på alternative samarbeidsformer for de tilfeller hvor det f.eks. ønskes en mer varig samarbeidsform. Endelig skisserer vi i punkt 6 noen generelle tips til hvordan partene praktisk kan gå frem i selve prosessen ved å inngå et offentlig-offentlig samarbeid.



## 3 Kort om de rettslige rammer

### 3.1 Hovedregel og utgangspunkt

Den klare hovedregelen er at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse for alle foretak/aktører som anses som en offentlig «oppdragsgiver», jf. FOA § 1-2 og anskaffelsesdirektivet artikkel 1 og 2 («ordregivende myndighet»). Dette gjelder bare for de tilfeller hvor en offentlig oppdragsgiver skal ut i markedet for å kjøpe tjenester eller varer, og ikke dersom varer/tjenester produseres av oppdragsgiveren selv. Et offentlig eid avfallsselskap vil nesten uten unntak være å anse for et offentligrettslig organ, og dermed underlagt anskaffelsesregelverket. Dette betyr anskaffelser av varer og tjenester inn til slike selskaper/organer må skje i henhold til kravene om konkurranse som følger av anskaffelsesregelverket.

Det bærende prinsippet i anskaffelsesregelverket er at kontrakter og anskaffelser skal være gjenstand for konkurranse. Det er likevel gjennom rettspraksis fra EU-domstolen utviklet tre viktige unntak for når anskaffelsesregelverket, og dermed kravet til konkurranse, likevel ikke kommer til anvendelse. Unntakene har det til felles at EU-domstolen anerkjenner at offentlige myndigheter må ha et visst spillerom for hvordan det velger å organisere seg.

### 3.2 Unntak – egenregi og enerett

For det første har EU-domstolen i en lang rekke avgjørelser, som startet med Teckal-saken,<sup>3</sup> utviklet det såkalte unntaket for egenregi og utvidet egenregi. Tradisjonelt er unntaket for egenregi anvendt på såkalte vertikale samarbeid, også kalt institusjonalisert samarbeid. Dette unntaket er nå plassert i FOA § 3-1. For det andre finner en et unntak i FOA § 2-3 for kontrakter tildelt ved enerett.

---

<sup>3</sup> Sak C-107/98, *Teckal Srl v Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia* [1999]

Vi går ikke nærmere inn på disse unntakene i dette notatet.

### 3.3 Unntak – offentlig-offentlig samarbeid

Det tredje og siste unntaket for samarbeid i offentlig sektor, og tema for denne veilederen, er unntaket for offentlig-offentlig samarbeid.<sup>4</sup> I *Stadtreinigung Hamburg*<sup>5</sup> utviklet EU-domstolen et unntak fra anskaffelsesreglene for såkalt offentlig-offentlig (horisontalt) samarbeid, også kalt ikke-institusjonalisert samarbeid. Dersom vilkårene er tilstede vil anskaffelsesregelverket ikke komme til anvendelse. Unntaket kan anvendes på løse eller mer ad-hoc pregede samarbeidsformer mellom kommuner/offentligrettslige organer.

## 4 Unntaket om offentlig-offentlig samarbeid

### 4.1 Generelt om bakgrunnen til FOA § 3-3

FOA § 3-3 bygger direkte på anskaffelsesdirektivets artikkel 12. nr. 4. Unntaket for offentlig-offentlig samarbeid i direktivets artikkel 12 nr. 4 (og 5) lyder som følger:

*«4. En kontrakt, der udelukkende er indgået mellem to eller flere ordregivende myndigheder, falder uden for dette direktivs anvendelsesområde, når samtlige følgende betingelser er opfyldt:*

- a) Kontrakten etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem de deltagende ordregivende myndigheder med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som de skal udøve, leveres med henblik på at opfylde mål, som de er fælles om*
- b) gennemførelsen af dette samarbejde er udelukkende underlagt hensyn med relation til offentlighedens interesser og*
- c) de deltagende ordregivende myndigheder udfører på det åbne marked mindre end 20 % af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet.*

<sup>4</sup> Med «offentlig-offentlig samarbeid» i denne veileder menes horisontale samarbeidsavtaler mellom offentlige organer.

<sup>5</sup> Kommisjonen v. Tyskland, Sak C-480/06 («*Stadtreinigung Hamburg*»)

*5. Ved fastsættelsen af procentdelen for aktiviteterne nævnt i stk. 1, første afsnit, litra b), stk. 3, første afsnit, litra b), og stk. 4, litra c), tages der hensyn til den gennemsnitlige samlede omsætning eller et hensigtsmæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål såsom omkostninger, som den pågældende juridiske person eller ordregivende myndighed har haft for så vidt angår tjenester, varer og bygge- og anlægsarbejder i de tre år forud for kontrakttildelingen.*

*Når omsætningen, eller alternative aktivitetsbaserede mål såsom omkostninger, på grund af det tidspunkt, hvor den pågældende juridiske person eller ordregivende myndighed blev etableret eller påbegyndte sine aktiviteter, eller på grund af, at dennes aktiviteter er blevet omorganisert, enten ikke foreligger for de forudgående tre år eller ikke længere er relevant, er det tilstrækkeligt at påvise, at målingen af aktiviteten er troværdig, især i form af fremskrivning af forretningsplaner».*

Det følger av FOA § 3-3 at kontrakter som er inngått utelukkende mellom offentlige oppdragsgivere faller utenfor anskaffelsesdirektivet så lenge tre kumulative vilkår er oppfylt:

- For det første må kontrakten gjelde et samarbeid som har «til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål», jf. første ledd bokstav a);
- For det andre må gjennomføringen av samarbeidet bli «utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser», jf. første ledd bokstav b); og
- For det tredje kan slike samarbeid bare unntas regelverket «der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne», jf. første ledd bokstav c).

Bestemmelsen er i all hovedsak i overensstemmelse med gjeldende rett slik den kan utledes av foreliggende praksis fra EU-domstolen. Ettersom det ikke foreligger praksis fra norske domstoler vil det i stor grad henvises til EU-rettslig praksis.

EU-domstolen slo i *Stadtreinigung Hamburg* fast at enkelte former for samarbeid mellom offentlige aktører faller utenfor anskaffelsesregelverket, selv om vilkårene for egenregi ikke er oppfylt. Tyskland ble her frikjent for brudd på anskaffelsesregelverket i en sak som gjaldt et samarbeid mellom fire tyske kommuner og renholdstjenesten i Hamburg. Domstolen viste blant annet til at EU-retten ikke stiller krav til hvilken organisasjonsform som skal

velges når offentlige oppdragsgivere utfører offentlige oppgaver, og at samarbeid mellom offentlige oppdragsgivere ikke undergraver anskaffelsesreglenes formål, så lenge samarbeidet utelukkende er begrunnet i allmenne hensyn og ingen private har noen fordel av samarbeidet.

I *Azienda*<sup>6</sup> presiserer EU-domstolen grensene for offentlig-offentlig samarbeid nærmere. Her kom EU-domstolen med en viktig presisering av rettstilstanden, nemlig at det bare er i tilfeller hvor to eller flere oppdragsgivere samarbeider om å utføre en oppgave som er felles for alle, at samarbeidet faller utenfor anskaffelsesregelverket. Dersom aktøren som utfører oppgaven ikke er forpliktet til dette selv, er denne å likestille med en ordinær leverandør, uavhengig av om samarbeidet dreier seg om å utføre oppgaver av allmenn interesse, og uavhengig av om vederlaget er begrenset til dekning av kostnadene.

Unntaket for offentlig-offentlig samarbeid er ikke aktuelt der man organiserer selve samarbeidet som et AS eller IKS. Samarbeidet må være løsere i formen. Unntaket fremstår derimot som mest hensiktsmessig der to eller flere kommuner ønsker å samarbeide med hverandre på mer uformell basis. Et offentlig-offentlig samarbeid vil i mange tilfeller kunne minne om et interkommunalt samarbeid likt det som reguleres av kommuneloven § 27, forutsatt at et samarbeid etter kommuneloven § 27 ikke medfører at et eget rettssubjekt opprettes. Det er i denne sammenhengen viktig at samarbeidet beholder en avtalerettslig karakter, og ikke medfører en etablering av et ansvarlig selskap. Det følger av selskapsloven § 1-2 (2) at et ansvarlig selskap er et selskap «hvor deltakerne har et ubegrenset, personlig ansvar for selskapets samlede forpliktelser, udelt eller for deler som tilsammen utgjør selskapets samlede forpliktelser og som opptrer som sådant overfor tredjemann». En forutsetning for at det skal foreligge et ansvarlig selskap i lovens forstand er at rettsfellesskapet fremtrer som et selskapsforhold overfor omverdenen. Dette vil kunne være tilfellet hvor samarbeidet har et styre til å representere samarbeidet utad. Dersom en oppretter et samarbeid i tråd med kommuneloven § 27 vil samarbeidet normalt ikke bli ansett som et ansvarlig selskap.

---

<sup>6</sup> Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce and Others, ("Azienda"), sak c-159/11 [2012]

Om unntaket for offentlig-offentlig samarbeid kommer til anvendelse beror på en konkret vurdering av om vilkårene i FOA § 3-3 er oppfylt. Sentralt i denne forbindelse vil det være å fastslå hvorvidt det foreligger en ordinær kontrakt om ytelsen av en vare eller en tjeneste mot godtgjørelse, eller om en står overfor et reelt samarbeid om å løse oppgaver i fellesskap.

Det er fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at unntaket om offentlig-offentlig samarbeid kan anvendes. Disse gjennomgås i det følgende.

## **4.2 Krav til offentligrettslig organ/offentlig oppdragsgiver**

### **4.2.1 Generelt – tilknytningen til det offentlige**

Samarbeidet som skal inngås må være mellom offentligrettslige organer slik dette er regulert i FOA § 1-2 (2). Bestemmelsen har følgende ordlyd:

*«Et offentligrettslig organ er et organ som*

- a) er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter,*
- b) er et selvstendig rettssubjekt og*
- c) har tilknytning til det offentlige ved at*
  - 1. organet hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer,*
  - 2. organets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll eller*
  - 3. organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.»*

Det kan med andre ord ikke være noen private virksomheter eller offentlige selskaper med kommersielle formål som drar nytte av samarbeidet.

Offentlig eide aksjeselskap er offentligrettslige organ når de utfører oppgaver i allmennhetens interesser og ikke har erverv til formål. Tilsvarende vil også interkommunale

selskap være offentligrettslige organer etter FOA § 1-2 (2), dersom selskapet er tillagt de samme oppgaver og formål.

Dette er også i tråd med ovennevnte EU-rettspraksis. At samarbeidet kun skal komme offentligrettslige organer til gode ble slått fast i *Azienda* avsnitt 35:

*«I dette tilfælde finder de EU-retlige regler om offentlige kontrakter ikke anvendelse, for så vidt som sådanne kontrakter udelukkende er indgået mellem offentlige enheder **uden nogen privat parts deltagelse**, for så vidt som **ingen privat tjenesteyder opnår en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter**, og for så vidt som det oprettede samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse».*

Det er her verdt å merke seg at domstolens uttalelse om at samarbeidet som et vilkår må foregå «uden nogen privat parts deltagelse» ikke nødvendigvis er absolutt, da det ikke er tatt inn noe slikt vilkår i anskaffelsesdirektivet for offentlig-offentlig samarbeid. Et foretak kan i teorien være et offentligrettslig organ til tross private eierandeler. Dette synspunktet deles også av *Arrowsmith*, som mener at anskaffelsesdirektivet ved å kreve at de samarbeidende parter er offentligrettslige organer ikke utelukker at private har eierandeler i et offentligrettslig organ.<sup>7</sup> På den annen side vil en betydelig privat eierandel kunne vanskeliggjøre en oppfyllelse av definisjonen til et offentligrettslig organ. Privat deltakelse i ett eller begge av de offentligrettslige organene kan også innebære at samarbeidet har formodningen mot seg når vilkårene for unntaket skal vurderes, ref. kravet om at samarbeidet må forfølge offentlige interesser. Problemstillingen om mulig privat deltakelse i offentlig-offentlig samarbeid drøftes nærmere nedenfor i punkt 4.4.

Kravet til offentligrettslig organ vil være oppfylt dersom samarbeidet inngås mellom kommunale avfallsselskaper som er kontrollert av kommuner, for eksempel gjennom direkte eller indirekte eierskap i selskaper.

---

<sup>7</sup> Professor Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, tredje utgave, første bind, Sweet & Maxwell 2014, s. 528-529

#### **4.2.2 Organet må tjene «allmennhetens behov»**

Det er et krav om at organet er opprettet for å tjene allmennhetens behov og at det «ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter». Dette vilkåret kan sies å være det mest sentrale i bestemmelsen, da det ofte vil være enkelt å fastslå om et foretak er et eget rettssubjekt og har tilstrekkelig tilknytning til det offentlige.

Det er fastslått i en rekke avgjørelser fra EU-domstolen at det skal legges til grunn en vid tolkning av «allmennhetens behov». Eksempler som her kan nevnes er *Adolf Truley* (C-373/00) premiss 43, C-214/99 premiss 53 og *Korhonen* (C-18/01) premiss 41-45. I tillegg vises det til KOFA-sak 2011/149 premiss 31. Av disse dommene følger det at et organ kan anses å tjene allmennhetens behov selv om private virksomheter også kan imøtekomme det samme behovet.

Det fremgår klart av praksis fra både EU-domstolen og KOFA at håndtering av avfall, herunder også behandling av avfall, er en tjeneste som dekker allmennhetens behov, under henvisning til at tjenesten ivaretar hensyn som miljø, hygiene og helse, jf. blant annet *Arnhem* (360/96), *Sydhavnens Sten og Grus* (C-209/98) premiss 76 og KOFA-sak 2011/126 premiss 37.

Dette betyr at dersom et IKS eller AS er opprettet for å ivareta en eller flere kommuners plikter innen avfallshåndtering etter forurensningsloven, så vil slike selskaper anses for å være opprettet for å tjene «allmennhetens behov».

#### **4.2.3 Organet kan ikke være av en «forretningsmessig eller industriell karakter»**

Videre kan ikke et offentligrettslig organ være av en «forretningsmessig eller industriell karakter». I praksis vil ikke dette være tilfelle dersom selskapet tjener allmennhetens behov, men en særlig problemstilling reises dersom et selskap i tillegg til å håndtere

husholdningsavfall også håndterer næringsavfall. I Arnhem-dommen<sup>8</sup> uttaler EU-domstolen i avsnitt 55 at:

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

I den henviste *Mannesmann*-saken, legger domstolen til grunn at det ikke er noe i veien for at et organ opprettet for å tjene allmennhetens behov også utøver annen kommersiell aktivitet. For avfallsselskaper er dette av særlig praktisk betydning som i mange tilfeller også håndterer næringsavfall. Et selskap som er opprettet for å sørge for at en kommunes lovpålagte plikter innenfor innsamling, håndtering og behandling av husholdningsavfall ivaretas, kan med andre ord også utøve tilsvarende aktiviteter for hva gjelder næringsavfall.

Et eksempel kan her være BIR Avfallsbehandling AS og KOFA sak 2012/169. KOFA måtte ta stilling til hvorvidt BIR Avfallsbehandling var et offentligrettslig organ på tross av at selskapet også behandlet en betydelig mengde næringsavfall. Næringsavfall utgjorde i underkant av 50% av omsetningen for BIR Avfallsbehandling. KOFA viser til ovennevnte *Mannesmann* hvor EU-domstolen uttalte at selv om den delen av virksomheten som tjener allmennhetens behov bare utgjør en relativt liten del av virksomheten ikke er av betydning så lenge organet «fortsat påtager sig at opfylde de behov, OS spesielt er forpligtet til at imødekomme» (premiss 25). KOFA slår dermed fast at det ikke er «til hinder for at et selskap også kan ha kommersielle aktiviteter, så fremt virksomheten fortsetter å tjene allmennhetens behov» (premiss 76). Klagenemnda fant at BIR Avfallsenergi på tross av behandling av betydelige mengder næringsavfall var et organ som ivaretok allmennhetens behov ved behandling av husholdningsavfall. Det ble også fremhevet at husholdningsavfall

<sup>8</sup> Gemeente Arnhem og Gemeente Rheden v. BFI Holding BV, sak C-360/96, med henvisning til *Mannesmann Anlagenbau Austria*, sak C-44/96



hadde første prioritet i anlegget, og at næringsavfall bare ble behandlet ved overskuddskapasitet.

Som et lite sidespor nevnes det her at selv om behandling av næringsavfall i tillegg til husholdningsavfall godtas etter FOA § 3-3, må avfallsselskaper sørge for at de opptre i henhold til konkurransereglene og regelverket om offentlig støtte. Dette innebærer bl.a. at det må føres separate regnskap for virksomheten som angår husholdningsavfall og næringsvirksomheten for å unngå kryss-subsidiering.

Det er etter ordlyden i FOA § 1-2 og tilhørende praksis så å si ingen begrensninger for hvor mye næringsavfall som kan håndteres i selskapet. Grensen settes først og fremst ved kravet om at selskapet ikke er av «forretningsmessig eller industriell karakter», som baserer seg på en konkret helhetsvurdering. Tilfellet med BIR Avfallsenergi ovenfor gir holdepunkter for å anta at det skal relativt mye til før et offentlig eid avfallsselskap som tjener allmennhetens behov blir ansett for å ha en forretningsmessig eller industriell karakter.

Det følger av EU-domstolens avgjørelse i *Arnhem* premiss 43 at hensynet bak vilkåret om fravær av industriell eller forretningsmessig karakter er å fange opp de virksomheter som kan la seg lede av økonomiske hensyn. Departementet legger i sin veileder<sup>9</sup> (s. 11) til grunn at dersom virksomheten er utsatt for sterk konkurranse fra andre aktører, trekker dette i retning av at virksomheten ikke omfattes. Konkurransesituasjonen vil derfor ha betydning. Likevel er det ikke slik at private aktører på markedet medfører at organet ikke anses som et offentligrettslig organ, jf. *Arnhem* premiss 48-49. Videre peker veilederen på at 100% offentlig eide selskaper normalt ikke vil anses for å være av «forretningsmessig eller industriell karakter».

Ut i fra dette kan en som det klare utgangspunkt legge til grunn at offentlig eide avfallsselskaper ikke anses for å ha en «industriell eller forretningsmessig karakter».

---

<sup>9</sup> [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilederer\\_2013.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilederer_2013.pdf)

Dette utgangspunktet gjelder ikke for offentlige eid avfallsselskaper som utelukkende driver kommersiell virksomhet. Her vil utgangspunktet være motsatt. Slike selskaper vil anses for å være av en «industriell eller forretningsmessig karakter», i tillegg vil slike selskaper ofte ikke anses for å være opprettet for å tjene «allmennhetens behov».

#### **4.3 Krav om at samarbeid må angå oppgaver partene har til felles – FOA § 3-3 a)**

Det første vilkåret for at unntaket om offentlig-offentlig samarbeid kan anvendes følger av § 3-3 bokstav a), hvor det heter at samarbeidet må ha «til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål».

I *Azienda*-saken ble det som tidligere nevnt presisert at samarbeidet må gjelde tjenester, oppgaver, mv. som de samarbeidende kommuner/selskaper har til felles. Saken dreide seg om helsemyndighetenes kjøp av en jordskjelvutredning fra et universitet.

Helsemyndighetene hevdet det dreide seg om et type samarbeid som kunne unntas fra anskaffelsesregelverket med henvisning til *Stadtreinigung Hamburg*. Domstolen mente imidlertid at samarbeidet ikke omhandlet oppgaver av allmenn interesse, og uttalte videre at samarbeidet ikke falt utenfor anskaffelsesregelverket, ettersom oppgaven som skulle utføres ikke var en oppgave som var omfattet av universitetets virksomhetsområde. Av dommens premiss 34-35 følger det at:

*«Det drejer sig for det andet om kontrakter, hvorved der oprettes et samarbejde mellem offentlige enheder, der har til formål at sikre gennemførelsen af en fælles public service-opgave (jf. i denne retning dom af 9.6.2009, sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 4747, præmis 37).*

*I dette tilfælde finder de EU-retlige regler om offentlige kontrakter ikke anvendelse, for så vidt som sådanne kontrakter udelukkende er indgået mellem offentlige enheder uden nogen privat parts deltagelse, for så vidt som ingen privat tjenesteyder opnår en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter, og for så vidt som det oprettede samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 44 og 47).»*

Samarbeidet i denne saken dreide seg ikke, ifølge domstolen, om en oppgave som begge parter var pliktige til å utføre. Følgelig kunne ikke dette samarbeidet være unntatt anskaffelsesregelverket.

I Norge er alle kommuner gjennom forurensningsloven § 30 pålagt oppgaver innenfor avfallsinnsamling og avfallshåndtering, slik at et samarbeid innenfor avfallsområdet vil være i samsvar med dette vilkåret. Man vil derimot være i faresonen dersom et eventuelt samarbeid utvides til offentligrettslige organer som ikke deler de samme offentlige oppgavene.

Det er ikke noe krav om at det må være tale om lovpålagte oppgaver selv om dette trolig er kjerneområdet for unntaket, men det er samtidig klart at oppgavene i utgangspunktet må være pålagt (av noen) de offentligrettslige organer i samarbeidet. Av fortalen (33) til anskaffelsesdirektivet følger det imidlertid at unntaket også kan komme til anvendelse for oppgaver som en offentlig oppdragsgiver frivillig har påtatt seg å utføre. I fortalens (33) første ledd heter det at:

*«Ordregivende myndigheder bør kunne vælge at levere deres offentlige tjenesteydelser i fællesskab i et samarbejde, der ikke forpligter dem til at anvende nogen bestemt retlig form. Et sådant samarbejde kan omfatte alle typer af aktiviteter i forbindelse med gennemførelsen af tjenesteydelser og ansvar, **som de deltagende myndigheder har fået tildelt eller har påtaget sig**, f.eks. lokale eller regionale myndigheders **obligatoriske eller frivillige opgaver**, eller tjenesteydelser, som i henhold til offentlig ret er pålagt bestemte organer.»*

Det fremgår av dette at de felles oppgaver som det skal samarbeides om ikke trenger å være lovpålagte, men at «felles oppgaver» også inkluderer frivillig påtatte oppgaver. Det er likevel et krav om at oppgaven(e), frivillig eller lovpålagt, er felles for de samarbeidende parter. Frivillig påtatte oppgaver bør kunne dokumenteres, og om mulig offentliggjøres, slik at det er ingen tvil om at det offentligrettslige organet har ansvaret for den aktuelle oppgaven. For avfallsselskaper vil derimot dette vilkåret sjelden være problematisk som følge av de lovpålagte kommunale pliktene i forurensningsloven og den sentrale avfallsforskriften.

Videre må samarbeidet være slik at det er tale om en gjensidig utveksling av oppgaver mellom de samarbeidende parter. Det følger av *Stadtreinigung Hamburg*-saken at samarbeidet må være noe mer enn et alminnelig tjenestekjøp, og EU-domstolen fremhevet at deltakerne måtte sørge for at samarbeidet førte til at den offentlige oppgaven ble effektivt utført. Av fortalen punkt (33) andre og tredje ledd følger det at:

*«Kontrakter om fælles levering af sådanne offentlige tjenesteydelser bør ikke være underlagt anvendelse af reglerne i dette direktiv, hvis de udelukkende er indgået mellem ordregivende myndigheder, hvis gennemførelsen af det pågældende samarbejde udelukkende er underlagt hensyn af almen interesse, og hvis ingen privat tjenesteyder bliver stillet i en fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter. For at opfylde disse betingelser bør samarbejdet baseres på en samarbejdsmetode. Et sådant samarbejde kræver ikke, at alle de deltagende myndigheder påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse. Desuden bør gennemførelsen af samarbejdet, herunder enhver finansiel overførsel mellem de deltagende ordregivende myndigheder, udelukkende være underlagt hensyn af almen interesse.» (Vår understreking).*

Av dette følger det at dersom samarbeidet består i at den ene part kun dekker kostnader, er man i faresonen for å anse samarbeidet som et tjenestekjøp. Unntaket vil da ikke komme til anvendelse. Dette gjelder selv om en leverer slike tjenester til selvkost, jf. *Azienda*. I denne dommen ble det som nevnt understreket at det må dreie seg om oppgaver som de samarbeidende parter har til felles og som alle er pålagt å utføre. Dette betyr imidlertid ikke at oppgavene ikke kan fordeles mellom partene, slik at en part stiller til rådighet kapasitet i forbrenningsanlegget, mens den andre stiller til rådighet kapasitet i et deponi (tilfellet i *Stadtreinigung Hamburg*-saken). Den overordnede felles oppgaven er like fullt håndtering/behandling av husholdningsavfall. Partene kan også fordele nødvendige administrative tjenester knyttet til samarbeidet mellom seg. Administrative tjenester omfatter tjenester som er nødvendige for å løse de oppgaver som omfattes av samarbeidet. Dette kan være tjenester som leie av lokaler, IT/IKT-tjenester mv.

Alle parter må bidra aktivt til samarbeidet. Dette betyr trolig likevel ikke at hver samarbeidende part må bidra like mye på alle oppgaver som utføres, jf. ordlyden i fortalen

punkt (33). Det er trolig nok for at samarbeidet anses for et genuint samarbeid at hver part har en slags forpliktelse som er nødvendig for å nå hovedoppgaven for samarbeidet.

#### **4.4 Krav om at samarbeid utelukkende må forfølge offentlige interesser – FOA § 3-3 b)**

Etter FOA § 3-3 bokstav b) følger det at samarbeidet må utføres «utelukkende av hensyn til offentlige interesser». Dette vilkåret beror på en konkret helhetsvurdering.

En naturlig språklig forståelse av begrepet tilsier at behovet for samarbeidet må bero på interesser i samfunnet fremfor partenes egeninteresse, og da særlig kommersielle interesser. En viktig forutsetning for i det hele tatt å unnta slike samarbeid fra anskaffelsesregelverket er at offentligrettslige organ styres av andre motiver enn utelukkende kommersielle motiver. Denne forutsetningen gjenspeiles også av fortalens punkt (33) hvor det heter at

*«enhver finansiell overførsel mellom de deltagende ordregivende myndigheter, udelukkende være underlagt hensyn af almen interesse»*

EU-domstolen har ikke uttalt seg om hva som anses som «offentlige interesser».

Spørsmålet kommer særlig på spissen i de tilfeller hvor det foretas finansielle transaksjoner mellom partene. I allerede omtalte *Stadtreinigung Hamburg*, hvor domstolen aksepterte det aktuelle samarbeidet, ble det foretatt finansielle overførsler mellom partene. De ulike kommunene overførte et beløp til Stadtreinigung Hamburg som videre overførte beløpet til den som driftet forbrenningsanlegget. Dette ble imidlertid akseptert ettersom det ikke medførte noen godtgjørelse for partene da transaksjonene bare utgjorde kostnadsdekning.

For de tilfeller hvor det ikke foreligger noen finansielle transaksjoner mellom partene synes det klart at samarbeidet bør anses for å forfølge offentlige interesser. Likevel utelukker ikke anskaffelsesdirektivet at det kan skje finansielle overførsler mellom partene i samarbeidet. Trolig vil kravet til at samarbeidet må forfølge offentlige interesser være ivaretatt dersom eventuell finansielle transaksjoner kun medfører at partene oppnår kostnadsdekning. En

slik kostnadsdekningsmodell følger også at forurensningsloven § 34 for så vidt gjelder innsamling og håndtering av husholdningsavfall.

Vurderingen av hva som er offentlige interesser vil trolig i stor grad være sammenfallende med hva som er i «allmennhetens behov», jf. FOA § 1-2 (2) og gjennomgangen ovenfor i punkt 4.2. Det er fastslått i en rekke avgjørelser fra EU-domstolen at det skal legges til grunn en vid tolkning av «allmennhetens behov». Eksempler som her kan nevnes er *Adolf Truley* (C-373/00) premiss 43, C-214/99 premiss 53 og *Korhonen* (C-18/01) premiss 41-45. I tillegg vises det til KOFA's sak 2011/149 premiss 31. Av disse dommene følger det at et organ kan anses å tjene allmennhetens behov selv om private virksomheter også kan imøtekomme behovet, noe som ofte er typisk for avfallsbransjen.

Som tidligere nevnt i punkt 4.2 fremgår det klart av praksis både fra EU-domstolen og fra KOFA at håndtering av avfall, herunder også behandling av avfall, er en tjeneste som dekker allmennhetens behov, under henvisning til at tjenesten ivaretar hensyn som miljø, hygiene og helse.<sup>10</sup> En kan som et utgangspunkt legge til grunn at et avfallsselskap som tjener allmennhetens behov også vil anses for å forfølge offentlige interesser, jf. FOA § 3-3 bokstav b).

En problemstilling som så vidt ble berørt i punkt 4.2 er hvordan en skal forholde seg til privat deltakelse i et offentlig-offentlig samarbeid, særlig med tanke på vilkåret om at samarbeidet utelukkende skal forfølge offentlige interesser. Det er ikke inntatt eksplisitte hindringer for privat deltakelse i hverken FOA § 3-3 eller anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 4. Ettersom unntaket om offentlig-offentlig samarbeid anvendes for samarbeid mellom offentligrettslige organer, vil det være av betydning hvorvidt det kan eksistere private eierandeler i et offentligrettslig organ. Det er som tidligere nevnt teoretisk mulig for at det er private eierandeler i et offentligrettslig organ. Dette passer dårlig med uttalelsene fra EU-domstolen om at samarbeidet bare godtas dersom private ikke deltar i samarbeidet eller tilgodeses som følge av samarbeidet, jf. *Azienda*.

---

<sup>10</sup> Jf. blant annet Arnhem-dommen, Sydhavnens Sten og Grus-dommen (C-209/98) premiss 76 og KOFA-sak 2011/126 premiss 37.

I *Kreis Düren* følger EU-domstolen det samme synspunktet.<sup>11</sup> Med henvisning til *Azienda* uttaler domstolen at unntaket bare kan anvendes «uden nogen privat parts deltagelse, for så vidt som ingen privat tjenesteyder opnår en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter» (premiss 37).

I et tidligere utkast av anskaffelsesdirektivet var det imidlertid inntatt et vilkår om at unntaket ikke kom til anvendelse for samarbeid hvor private eierandeler var involvert, tilsvarende vilkåret som eksisterer for egenregi, jf. FOA § 3-1. Da direktivet ble vedtatt var imidlertid ikke denne formuleringen inntatt. I det vedtatte direktivets fortale (33) presiseres det at unntaket for offentlig-offentlig samarbeid ikke er tilgjengelig hvor en «privat tjenesteyder bliver stillet i en fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter». I følge *Arrowsmith* er dette resultatet av tolkningen av vilkåret om at ingen private kan delta i samarbeid slik det opprinnelig ble formulert i *Stadtreinigung Hamburg* og *Azienda*.<sup>12</sup> Det er klart at et offentlig samarbeid ikke nyter godt av unntaket i FOA § 3-3 dersom en privat part tilgodeses som følge av samarbeidet. Det kan kanskje tenkes tilfeller hvor et offentligrettslig organ har private eierandeler f.eks. gjennom en stiftelse som igjen har et offentlig formål. Likevel vil en ved deltakelse av private eierandeler umiddelbart tøye strikken for anvendelsen av unntaket. Følger en argumentasjonen til EU-domstolen i *Stadt Halle* vil det ha formodningen mot seg at en privat part har andre formål enn kommersielle formål.<sup>13</sup>

Av denne grunn er vår klare anbefaling at private eierandeler eller aktører ikke kan delta i et offentlig-offentlig samarbeid.

---

<sup>11</sup> Sak C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG v. Kreis Düren*, [2013]

<sup>12</sup> *Arrowsmith*, side 528

<sup>13</sup> Sak C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, [2005], avsnitt 49-52

## 4.5 Aktivitetskriteriet – FOA § 3-3 c)

### 4.5.1 Generelt

Det følger av FOA § 3-3 bokstav c) at samarbeid kan gjennomføres «der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne». Vilkåret minner om kriteriet i FOA § 3-1 bokstav b) om utvidet egenregi, og det skal i stor grad tolkes på samme måte. En viktig forskjell er imidlertid at ved offentlig-offentlig samarbeid så er det ikke virksomhetens samlede aktiviteter som skal gjelde ved beregningen, men derimot virksomhetens samlede aktiviteter innenfor den type aktivitet og oppgaver som samarbeidet gjelder, jf. ordlyden «aktivitetene som samarbeidet omfatter» i § 3-3 bokstav c).

Bestemmelsen gjenspeiler anskaffelsesdirektivets artikkel 12 nr. 4 bokstav c), hvor det heter at «de deltagende ordregivende myndigheter utfører på det åpne marked mindre end 20 % af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet». Bestemmelsen er blitt ansett for en nyvinning i forhold til de opprinnelige vilkårene for unntaket slik det følger av *Stadtreinigung Hamburg*.<sup>14</sup> EU-Kommisjonen på sin side, tolket Hamburg-dommen til å inneholde et aktivitetskriterium allerede i 2011.<sup>15</sup> I et arbeidsdokumentet uttaler Kommisjonen at:

*«The Court stated that the cooperation should only be governed by public interest considerations. Thus, it would not be exempt if it was guided, i.e. principally determined, by other considerations, especially commercial ones. Therefore, in principle, the cooperating partners should not perform activities on the market as part of the cooperation. In other words the cooperation agreement should not include activities to be offered on the open market».*<sup>16</sup>

Kommisjonen innfortolket dermed en ekstremvariant av aktivitetsvilkåret lignende det som allerede eksisterte for egenregi. Kommisjonen modererte seg imidlertid i en fotnote hvor det ble åpnet for at en ikke kunne oppstille en fullstendig utelukkelse av annen

<sup>14</sup> Arrowsmith, side 526

<sup>15</sup> EU-Kommisjonens *Commission Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities* ("public-public cooperation", Brussel SEC(2011))

<sup>16</sup> *Ibid*, s 13-14



markedsaktivitet, og at dette kunne aksepteres for eksempel for de tilfeller hvor markedsaktiviteten skjer som en følge av overskuddskapasitet.<sup>17</sup> Det kan tenkes at Kommisjonen valgte en slik tolkning på bakgrunn av formuleringene fra rettspraksis. Som nevnt ovenfor i punkt 4.2, fulgte det av *Azienda* (premiss 35) at ingen private parter kunne tilgodeses ved et offentlig-offentlig samarbeid. Det kunne derfor oppfattes noe motstridende at de samarbeidende parter også skulle utøve annen markedsaktivitet.

Anskaffelsesdirektivets artikkel 12 nr. 4 bokstav c) har likevel en mye mer fleksibel tilnærming til aktivitetskriteriet enn den tolkningen Kommisjonen i sin tid la til grunn. I tillegg innførte direktivet en mye mer konkret og presis form av aktivitetskriteriet enn det som tidligere ble lagt til grunn av EU-Kommisjonen.

De samarbeidende parter kan utøve aktivitet på det åpne markedet, så lenge disse aktivitetene ikke utgjør mer enn 20% av de aktivitetene samarbeidet gjelder.

#### 4.5.2 Beregning av aktivitetskriteriet

I likhet med beregning av aktivitetskriteriet for hva gjelder egenregi, gir FOA § 3-4 retningslinjer for hvordan en skal beregne aktivitetskriteriet for offentlig-offentlig samarbeid. Av bestemmelsen følger det at:

- (1) «Beregningen av den prosentvise aktiviteten etter § 3-1 første ledd bokstav b, § 3-2 første ledd bokstav b og § 3-3 bokstav c skal baseres på enten en **gjennomsnittlig omsetning eller annen egnet aktivitetsbasert metode**, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene.
- (2) Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått. Dette gjelder ikke dersom det ikke finnes relevante omsetningstall eller andre opplysninger for den aktuelle perioden fordi virksomheten ble stiftet eller aktivitetene ble igangsatt eller endret i perioden. Det er tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er troverdig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.» (Vår utheving)

---

<sup>17</sup> *ibid*

En ser derfor at det i utgangspunktet er omsetningen for de samarbeidende aktivitetene som skal legges til grunn. Det er kun omsetning av tjenester innenfor områder/tjenester av samme type som omfattes av samarbeidet som skal tas med under aktivitetskriteriet.

Dersom et samarbeid går ut på håndtering av husholdningsavfall, setter aktivitetskriteriet en grense for hvor mye næringsavfall som også kan håndteres i samarbeidet. For avfallsselskaper vil dette være særlig praktisk, da avfallsselskaper ofte håndterer næringsavfall sammen med husholdningsavfall, dersom behov, valg av organisering og overskuddskapasitet tilsier dette. Aktivitetskriteriet innebærer dermed at dersom selskap A og selskap B inngår et samarbeid om behandling av husholdningsavfall så kan samarbeidet også omfatte en betydelig andel næringsavfall. Dersom total omsetning for alt avfall som er gjenstand for samarbeidet utgjøre NOK 100', kan samarbeidet inkludere så mye næringsavfall at det utgjør 20 % av total omsetning for de samarbeidende aktiviteter, altså inntil NOK 20'.

Hovedregelen etter FOA § 3-4 er at det er omsetning som skal til ligge til grunn for vurderingen av aktiviteten i samarbeidet. Bestemmelsen i FOA § 3-4 er likevel fleksibel ved at den prosentvise aktiviteten kan utregnes ved «en annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene». Bestemmelsen åpner derfor for at andre metoder kan brukes til å regne ut den prosentvise aktiviteten. For avfallsselskaper vil tonnasje kunne være en alternativ metode for å vurdere aktivitetskriteriet. Dette fordi avfallsselskaper allerede bruker tonnasje for hva gjelder priser, kapasitet mv., slik at det kan tenkes å være hensiktsmessig også å bruke dette som en aktivitetsbasert indikator ved vurderingen av aktivitetskriteriet. Argumentet mot en omsetningsbasert beregningsmetode er først og fremst at avfallsselskaper tar ulike priser for de ulike avfallsfraksjonene. Eksempelvis prises næringsavfall lavere enn husholdningsavfall, slik at mengden næringsavfall som kan tillates etter en omsetningsbasert beregningsmetode vil ikke være proporsjonal sammenlignet med mengde husholdningsavfall. En kan derfor argumentere for at en omsetningsbasert beregningsmetode ikke vil reflektere de faktiske aktivitetene for samarbeidet. Det bør foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfelle hvorvidt det er hensiktsmessig å fravike

hovedregelen om en omsetningsbasert beregningsmetode til fordel for tonnasje. En omsetningsbasert beregningsmetode i utgangspunktet vil føre til at en større mengde næringsavfall tillates i samarbeidet, til forskjell fra en beregningsmetode basert på tonnasje. Dette fører til at partene således har større spillerom og større fleksibilitet ved utførelsen av samarbeidets aktiviteter, og er således et sterkt argument for å holde seg til hovedregelen om omsetning.

Det foreligger ikke konkrete avgjørelser for alternative beregningsmetoder, slik at det i og for seg er usikkert hvorvidt en domstol eller klagenemnd vil akseptere f.eks. tonnasje som en metode for å vurdere aktivitetskriteriet. Det er i det hele liten eller ingen praksis som angår beregning av aktivitet, i alle fall ikke hva angår den nye bestemmelsen i FOA § 3-4 eller anskaffelsesdirektivets artikkel 12 nr. 5. Vår anbefaling er at avfallsselskaper følger hovedregelen om en omsetningsbasert beregningsmetode for aktivitetsvilkåret, jf. FOA § 3-3 bokstav c, jf. FOA § 3-4 første ledd. På denne måten vil samarbeidet være tryggere juridisk i forhold til beregning av aktivitet ettersom den omsetningsbaserte beregningsmetoden gir større fleksibilitet.

#### **4.6 Intensjonskunngjøring**

Ved tvil om hvorvidt vilkårene for unntaket for offentlig-offentlig samarbeid er tilstede, kan de offentligrettslige organene foreta en intensjonskunngjøring. Det følger av LOA § 12 andre ledd at:

*«Overtredelsesgebyr etter første ledd kan ikke ilegges dersom oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring etter regler fastsatt i forskrift, og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen».*

Av FOA § 8-18 følger det at:

*«Dersom oppdragsgiveren mener at han har hjemmel til å inngå en kontrakt uten å kunngjøre konkurransen i samsvar med § 8-17, kan han etter at valget av leverandør er besluttet, kunngjøre at kontrakten vil bli inngått ved å publisere en intensjonskunngjøring i Doffin. For*

*kontrakter om særlige tjenester som overstiger EØS-terskelverdiene, gjelder reglene § 21-1 tilsvarende.»*

Det vil derfor ikke være adgang for KOFA eller domstolen å ilegge de offentlige oppdragsgivere et overtredelsesgebyr, slik at den juridiske risikoen for samarbeidet reduseres. Tilsvarende gjelder for de administrative sanksjonene som følger av LOA §§ 13 og 14.

Det bør imidlertid bemerkes her at EU-domstolen i *Fastweb* la til grunn at det likeevidt må undersøkes hvorvidt oppdragsgiver har utvist «den fornødne omhu» ved gjennomføringen av intensjonskunngjøringen, og om vilkårene for unntakelsen av kontrakten er tilstede.<sup>18</sup> Domstolen uttaler videre i samme premiss at dette særlig må ses i lys av den begrunnelse oppdragsgiver har gitt. Dersom relevante myndigheter finner at oppdragsgiverne ikke utviste den «fornødne omhu» og at vilkårene ikke var tilstede, kan kontrakten likevel kjennes uten virkning, jf. premiss (52). Selv om en «unnslipper» overtredelsesgebyr ved intensjonskunngjøring, vil en likevel risikere å få kontrakten kjent uten virkning dersom KOFA eller domstolen fastslår at vilkårene for intensjonskunngjøringen ikke var tilstede.<sup>19</sup>

Det må altså gis en begrunnelse av hvorfor den aktuelle kontrakten kan unntas regelverket for offentlige anskaffelser. Begrunnelsen trenger ikke være omfattende, men må gi en beskrivelse av hvorfor vilkårene for offentlig-offentlig er oppfylte. Deretter må en vente minimum 10 dager fra intensjonskunngjøringen kunngjøres til avtalen signeres. Denne karenperioden er ment å gi aktuelle leverandører en mulighet til å bestride anvendelsen av unntaket dersom de mener det er tilfelle.

---

<sup>18</sup> Sak C-19/13, *Ministero dell'Interno v. Fastweb SpA*, [2014], premiss (50)

<sup>19</sup> Altså vilkårene for unntaket for offentlig-offentlig samarbeid.

## 5 Forholdet mellom ulike offentlige samarbeidsformer

Dersom offentlige organ velger å organisere seg for å falle inn under unntaket for offentlig-offentlig samarbeid kan det ikke opprettes en varig samarbeidsform. Det må med andre ord inngås en samarbeidsavtale, og ikke en opprettelse av en varig selskapsform. Avtaleverket må i detalj regulere samarbeidets formål, hva dette omfatter og hvordan dette formålet skal realiseres.

Er det ønskelig med en mer varig samarbeidsform fremstår de to andre unntakene, utvidet egenregi og enerett, som mer aktuelle. Selskap A kan i samarbeid med selskap B opprette et fellesforetak som driver under reglene for utvidet egenregi. På denne måten etablerer partene en mer varig samarbeidsform.

Mer varige samarbeidsformer kan også etableres ved tildeling av enerett. I slike tilfeller vil vanligvis ett selskap enten påta seg eller opprettes for å påta seg oppgaver som hører kommunen eller offentlig organer til. Selskap A har et forbrenningsanlegg, og Selskap B tildeler Selskap A en enerett for behandling av husholdningsavfall i forbrenningsanlegget. En enerettstildeling kan imidlertid tilbakekalles når som helst.

Avfallsselskaper har som følge av de tilgjengelige unntakene et betydelig spillerom når det gjelder valg av organisering og samarbeid med andre avfallsselskaper. Avhengig av formålet for samarbeidet vil det kunne variere hvilken samarbeidsform som er den mest hensiktsmessige.

For de tilfeller hvor vilkårene for flere av unntakene er tilstede vil det bero på en helhetsvurdering av de fordeler og ulemper de ulike unntakene medfører. Store forskjeller er det neppe, men det bør nevnes at ved utvidet egenregi vil de deltakende selskaper og bakenforliggende kommuner kunne oppnå økonomisk fortjeneste, typisk i form av utbytte

for den delen som angår næringsavfall. Ved offentlig-offentlig samarbeid er det som nevnt i punkt 4.2 ikke adgang for kommersielle interesser i samarbeidet, slik at de samarbeidende parter ikke kan berike seg på samarbeidet.

Utover varighet og eventuelt adgang til å ta ut utbytte er det neppe store forskjeller i ulemper og fordeler mellom unntakene.

Et særlig spørsmål som kan oppstå for avfallsselskaper som driver i egenregi er hvordan aktivitetskriteriet for *egenregi* forholder seg til omsetning som kommer fra et offentlig-offentlig samarbeid etter FOA § 3-3. For at et organ skal kunne drive i (vanlig eller utvidet) egenregi er det et krav om at organet «utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiveren eller andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer», jf. FOA § 3-1 bokstav b). Spørsmålet er om omsetning fra et offentlig-offentlig samarbeid er aktivitet utført for oppdragsgiveren eller for ekstern tredjepart. Etter anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 1 følger det at 80%-kravet relaterer seg til oppgaver som organet «har fått betroet af den kontrollerende ordregivende myndighed». Ordlyden i direktivet legger opp til en litt videre tolkning av hvilke oppgaver som anses for å bli utført for oppdragsgiver. I *Carbotermo* legger EU-domstolen til grunn at det ikke er av avgjørende betydning hvem som nyter godt av tjenestene, og hvem som betaler for tjenestene.<sup>20</sup> Det er derfor ikke til hinder for at aktiviteten anses for å bli utført for oppdragsgiver at det offentlige samarbeidet også kommer den andre samarbeidende part til gode.

Spørsmålet kan imidlertid ikke anses for å være helt avklart. Gode grunner taler for at omsetning fra et offentlig samarbeid om husholdningsavfall likestilles med å være aktivitet utført for oppdragsgiver. Aktiviteten gjelder tjenester av allmenn interesse, og vil føre til at de lovpålagte plikter som avfallsselskapet utfører for kommunen (oppdragsgiver) blir utført på en bedre og mer effektiv måte. En kan også tenke seg at kommunen i kraft av å være oppdragsgiver fatter et vedtak på at det underliggende avfallsselskap skal inngå et

---

<sup>20</sup> Sak C-340/04, *Carbotermo*, premiss 66-67

samarbeid med et annet offentlig eid avfallsselskap. I så tilfelle synes dette å forsterke argumentet om at aktiviteten utføres for oppdragsgiver, iht. FOA § 3-1 bokstav b).

## 6 Fremgangsmåte ved offentlig-offentlig samarbeid

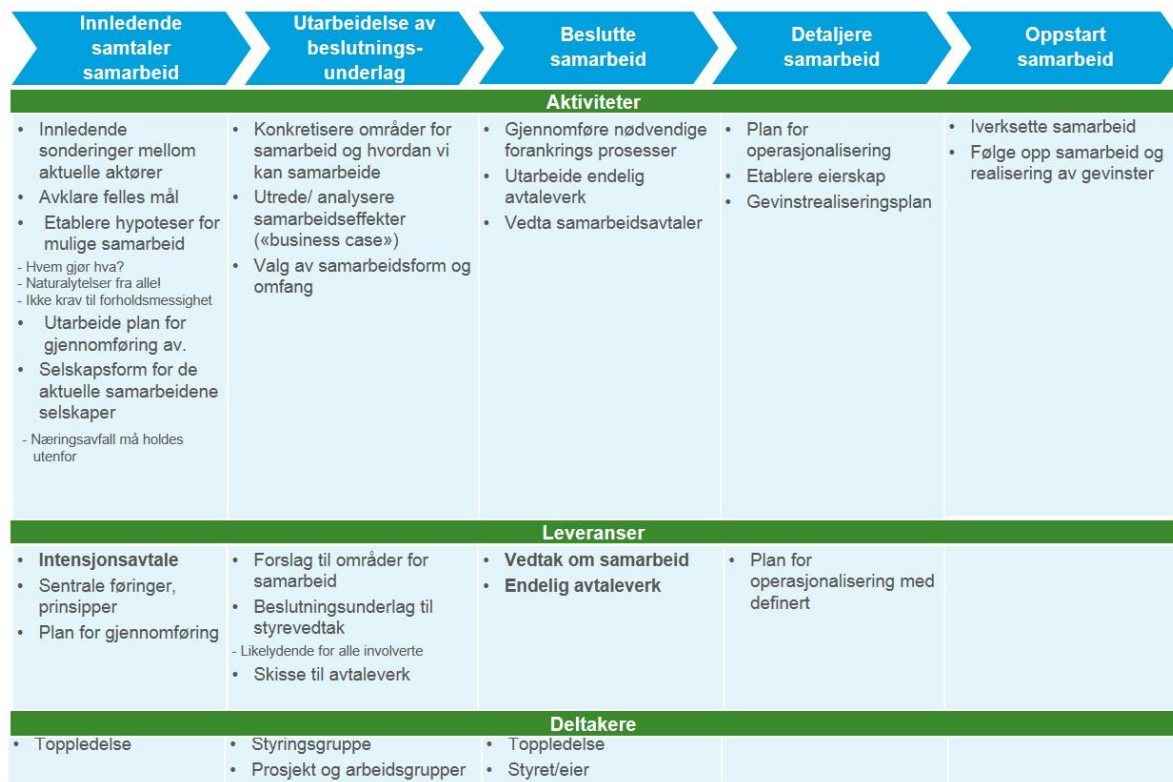
Hvordan en velger å gå frem ved oppstart av et offentlig-offentlig samarbeid vil i stor grad variere fra samarbeid til samarbeid. Likevel kan det oppstilles noen generelle punkter for hvordan de samarbeidende parter velger å gå frem. Vi har valgt å lage et generelt oppsett som tjener til illustrasjon for hvordan et offentlig-offentlig samarbeid finner sted.

1. Initiativtakeren bør i første omgang utarbeide et prosjekt som kan «selges inn» hos aktuelle samarbeidspartnere. I denne fasen bør en utrede hvilke oppgaver en ønsker å samarbeide om, fordeler/ulemper ved et samarbeid og hvem som skal gjøre hva.
2. Etter at første steg er fullført bør en gå i gang med prosessen med å kartlegge aktuelle samarbeidspartnere. I lys av vilkårene for offentlig-offentlig samarbeid må eventuelle samarbeidspartnere være offentligrettslige organer som deler samme felles oppgaver. Ved sonderingen av aktuelle kandidater bør innledende drøftelser avklare hva samarbeidet går ut og hvem som skal gjøre hva for at oppgavene og formålet ved samarbeidet skal realiseres.
3. Når to eller flere offentligrettslige organ er blitt enige om å gå videre med samarbeidet bør en mer grundig utredning av samarbeidet gjennomføres. Her kan det utarbeides et case-studie som fokuserer på synergier og fordeler for det enkelte avfallsselskap.
4. Deretter bør samarbeid forankres på ledelsesnivå hos samarbeidspartnerne. Styret bør fatte vedtak om å inngå samarbeid med det andre organet, og eventuelt bør eierkommunene involveres dersom selskapet ikke har nødvendige fullmakter.
5. Etter forankring på ledelsesnivå bør en starte arbeidet med å utarbeide en overordnet samarbeidsavtale. En slik avtale bør være av en dynamisk karakter slik

den er egnet til å fange opp eventuelle endringer og utvidelser av samarbeidet. En kan også vurdere om det skal inngås egne tilleggsavtaler for de konkrete rettssubjektene som skal utføre de samarbeidende oppgaver. Uansett bør disse avtalene konkret angi hva samarbeidet skal gå ut på, hvem som skal gjøre hva, og videre designes på en slik måte at de juridiske forhold er ivaretatt. Avtaleverket må altså regulere samarbeid om tjenester, ikke leveranser/kjøp av tjenester, og alle parter må gjennom tjenester bidra inn i samarbeidet.

- Etter at de nødvendige prosesser er iverksatt og gjennomført er det klart for oppstart av samarbeidet. Det er viktig med jevnlig revisjon av samarbeidet og samarbeidsavtalen(e) for å sikre at en etterlever de juridiske krav til samarbeidet, altså om vilkårene for unntaket om offentlig-offentlig samarbeid er tilstede gjennom hele samarbeidsperioden.

Vedlagt denne veilederen er et overordnet eksempel på en samarbeidsavtale og hvilke avtalepunkter en slik avtale bør regulere. Avslutningsvis tar vi med en mer detaljert illustrasjon av hvordan en konkret fremdriftsplan kan se ut.





## Vedlegg – eksempel på samarbeidsavtale

### SAMARBEIDSAVTALE

#### MELLOM

#### SELSKAP X og SELSKAP Y

i felleskap benevnt som Partene

#### 1. Bakgrunn/Formål

Her bør en si noe om formålet ved samarbeidsavtalen og samarbeidets forhold til anskaffelsesregelverket, herunder FOA § 3-3. Videre bør bestemmelsen beskrive innholdet i samarbeidet og hvordan de ulike oppgavene skal løses. En slik beskrivelse av samarbeidet kan også inntas som et eget vedlegg.

#### 2. Partene

Her beskriver en nærmere partene som inngår i samarbeidet. Det er særlig viktig at de partene som skal delta i samarbeidet er «offentligrettslige organ» etter FOA § 1-2. Partenes virksomhet bør også beskrives.

#### 3. Samarbeid om offentlige oppgaver

Under dette punktet går en nærmere inn på formålet med samarbeidet, og hvordan de nærmere beskrevne oppgaver realiserer dette formålet.

#### 4. Forholdet til utførelse av oppgaver utenfor samarbeidet

Avtalen bør også inneholde en egen bestemmelse for aktivitetskriteriet, jf. FOA § 3-3 bokstav c. Forpliktelser, aktivitetsrevisjon og eventuelle konsekvenser ved brudd på aktivitetsvilkåret bør reguleres.

## **5. Organisering av samarbeidet**

Samarbeidets organisering og struktur må reguleres på en slik måte at en unngår å danne et ansvarlig selskap. Samarbeidets ledelse består gjerne av en styringsgruppe. Styringsgruppens mandat bør presiseres. Det må også opprettes egne regnskap for samarbeidet.

## **6. Kostnadsdeling mellom Partene**

Samarbeid innen avfallsbransjen må i utgangspunktet skje til selvkost for hva gjelder husholdningsavfall. Det bør inntas en bestemmelse som forplikter partene til å følge selvkostregelverket. Det kan i utgangspunktet ikke være adgang for økonomisk gevinst som følge av samarbeidet.

## **7. Ansvar for mangelfull utføring av samarbeidsoppgave**

Ansvar for eventuelt mangelfull utføring av samarbeidsoppgavene.

## **8. Erstatning til tredjemann**

Eventuell erstatning til tredjemann.

## **9. Varighet og oppsigelse**

Her regulerer en samarbeidsavtalens varighet og adgang til oppsigelse. En samarbeidsavtale i tråd med unntaket for offentlig-offentlig samarbeid kan ikke være tidsubegrenset. En kan med fordel også innta en bestemmelse om at samarbeidet opphører når oppgavene er løst, eller samarbeidets formål er realisert. Det er viktig å sørge for at avtalen ikke har en for lang varighet slik at avtalens lengde ikke utgjør en restriksjon på generelle EU-rettslige «friheter», herunder fri flyt av tjenester og fri etableringsrett.

## **10. Kontaktpersoner og kommunikasjon**

Kontaktpersoner på vegne av partene bør angis. I tillegg bør kommunikasjon mellom partene være skriftlig, eventuelt dokumentert skriftlig.

### **11. Endringer i avtalen**

Endringer i samarbeidet bør skje skriftlig og være gjenstand for behandling i styringsgruppen.

### **12. Informasjonsplikt/Rapportering**

Partene bør ilegges en informasjons- eller rapporteringsplikt overfor hverandre om forhold av betydning for samarbeidet.

### **13. Tvister**

Angi verneing og tvisteprosess.

Denne avtalen er utarbeidet i to originaleksemplarer, ett til hver av partene.

Bergen, den \_\_\_\_ 2017

---

For Selskap X

---

For Selskap Y