



KOMMUNENES ADGANG TIL Å TILDELE ENERETT FOR UTFØRELSE AV VA-TJENESTER

§1-3 (2) h i Anskaffelsesforskriften av 07.04.2006

**En utredning for KS – Kommunesektorens Interesse- og
Arbeidsgiverorganisasjon**

Fra Advokatfirmaet Haavind Vislie AS

AVGITT 01.02.2008

INNHALDSFORTEGNELSE:

1.	Innledning	3
2.	Anskaffelsesreglene - det rettslige utgangspunkt	4
2.1	Tildeling av enerett – en unntaksbestemmelse	4
2.2	Forholdet til egenregiunntaket.....	5
3.	VA-tjenester, sektorlovgivning, faktiske behov og reelle hensyn.....	6
3.1	Aktuelle VA-tjenester for tildeling av enerett og ulike samarbeidsformer	6
3.2	Ikke lovpålagte oppgaver for kommunene idag	7
3.3	Regulering av vannforsyning innenfor dagens sikkerhets- og beredskapslovgivning	9
3.3.1	Helsemessige og sosiale hensyn	9
3.3.2	Brann- og beredskapshensyn.....	10
3.4	Selvkostprinsippet.....	11
3.5	Forholdet til vertskommunesamarbeid - kommunelovens §§ 28 a til k.....	12
4.	Nærmere om vilkårene for tildeling av enerett etter forskriftens § 1-3 (2) h.....	13
4.1	Innledning	13
4.1.1	Hensynene bak regelen om tildeling av enerett.....	13
4.1.2	Øvrige rettskilder	15
4.2	Organet som tildeles enerett må være en offentlig oppdragsgiver i henhold til anskaffelsesforskriften § 1-2.....	16
4.2.1	Innledning	16
4.2.2	Selvstendig rettssubjekt	16
4.2.3	Tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter.....	17
4.2.4	Kontrollert av det offentlige.....	20
4.3	Det må være et offentlig tjenestekjøp.....	22
4.4	Organet må ha fått tildelt en kunngjort enerett til å utøve den angjeldende type virksomhet	23
4.4.1	Eksklusivitet	23
4.4.2	Tildelingsvedtaket	23
4.4.3	Kunngjøring.....	24
4.5	Tildelingen må være i samsvar med EØS-reglene	24
5.	Avveiningen av de allmenne hensynene for de aktuelle tjenestene mot EØS-reglene, samt nødvendighetskravet.....	26
5.1	Innledning - generelle betraktninger	26
5.2	Vannforsyning (produksjon og distribusjon av vann)	27
5.2.1	Kan enerett begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?	27
5.2.2	Er enerett nødvendig for å ivareta hensynene?	28
5.3	Avløpshåndtering (oppsamling, transport og rensing av avløpsvann).....	29
5.3.1	Kan enerett begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?	29
5.3.2	Er enerett nødvendig for å ivareta hensynene?	30
5.4	Slamhåndtering (behandling og disponering).....	31
5.4.1	Kan eneretten begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?	31
5.4.2	Er enerett nødvendig for å ivareta hensynene?	32
5.5	Forvaltning, drift og vedlikeholdsoppgaver, herunder spesialiserte tjenester som gebyrfakturering, lekkasjesøking m.v.	33
5.5.1	Kan eneretten begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?	33
5.6	Utrednings- og prosjekteringstjenester (prosjektledelse, prosjektering av anlegg, anbudsinnhenting, hovedplaner m.v.)	35
5.6.1	Kan enerett begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?	35

5.7	Laboratorietjenester	37
5.7.1	Kan enerett begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?	37
5.7.2	Er enerett nødvendig for å ivareta hensynene?	37
5.8	Reservevannsforsyning (utveksling av vann gjensidig eller ensidig)	38
5.8.1	Kan enerett begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?	38
5.8.2	Er enerett nødvendig for å ivareta hensynene?	39
6.	Oppsummering – sjekklister for når tildeling av enerett kan skje	39
6.1	Oppsummering av hovedkonklusjoner	39
6.1.1	Generelt om enerett	39
6.1.2	VA-tjenestene	40
6.2	Sjekklister for tildeling av enerett	41

1. Innledning

Vi er blitt anmodet om å utrede hvorvidt kommunene kan tildele andre offentlige organer enerett på utførelse av VA-tjenester i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) h. Følgende av Haavind Vislies advokater har bidratt til utredningen: Stein Ness, Marianne Høstmark Dragsten, Guttorm Jakobsen, Silje Grimseth og Bjørg Ven som ansvarlig partner.

Et hovedtema for utredningen vil være;

-Når vil tildeling av enerett være forenelig med EØS-avtalen? Det vil si i hvilken grad kan det påvises særlige hensyn som kan tilsa at man fraviker de grunnleggende kravene om åpne markeder og konkurranse.

Innledningsvis gis først en generell fremstilling av det rettslige utgangspunktet i regelverket for offentlige anskaffelser for kjøp av tjenester innen VA-sektoren (pkt. 2), og en redegjørelse for de aktuelle tjenestene, samt hvordan sektoren er organisert og sektorlovgivningens betydning for tildeling av enerett (pkt. 3).

Videre redegjøres nærmere for vilkårene for tildeling av enerett i forskriftens § 1-3 (2) h, (pkt. 4). Deretter vurderer vi nærmere om unntaket for tildeling av enerett kan benyttes for de omhandlede VA-tjenestene (pkt. 5).

Avslutningsvis følger en oppsummering av våre hovedkonklusjoner og en sjekklister (pkt. 6).

2. Anskaffelsesreglene - det rettslige utgangspunkt

2.1 Tildeling av enerett – en unntaksbestemmelse

I utgangspunktet skal alle anskaffelser som en kommune foretar, følge reglene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, jf. lov om offentlige anskaffelser § 3 og anskaffelsesforskriften § 1-3 (1).

Anskaffelser av tjenester innenfor VA-sektoren vil derfor være omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, og hovedregelen er at disse anskaffelsene skal følge prosedyrereguleringene inntatt i anskaffelsesforskriften. Både anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften inneholder imidlertid unntaksbestemmelser som medfører at loven og/eller forskriften ikke kommer til anvendelse i enkelte tilfeller, for eksempel har vi i forskriften § 2-1 (2) a (under EØS-terskelverdien) og § 14-4 c (over EØS-terskelverdien) unntak fra kunngjøringsplikten der det bare finnes én mulig leverandør. Disse bestemmelsene går vi imidlertid ikke nærmere inn på her.

Bestemmelsen om tildeling av enerett finner vi i anskaffelsesforskriften § 1-3(2) h.^{1,2} Her er det fire vilkår som må være tilfredsstillt for at det skal kunne tildeles enerett uten å følge anskaffelsesforskriftens detaljerte anskaffelsesprosedyrer:

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

Vilkåret om at tildeling skal skje til en annen offentlig oppdragsgiver kan i visse tilfeller være vanskelig å vurdere, og vi vil i det følgende behandle dette temaet grundig siden det vil være et sentralt vilkår. Hvorvidt det foreligger et tjenestekjøp, de formelle kravene til beslutningen, samt hvordan tildelingen skal skje vil som regel ikke være problematisk å fastslå. Den vanskelige avgrensningen av når tildeling av enerett kan finne sted, ligger i det fjerde vilkåret, nemlig at tildelingen må være forenelig med EØS-avtalen. Dette betyr at eneretten må begrunnes med tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelige tunge til at de går foran konkurransehensynene, og at de aktuelle hensynene ikke kan ivaretas med andre og mindre inngripende midler. Denne vurderingen vil måtte bero på en konkret vurdering av

¹ Tilsvarende bestemmelse er inntatt i forsyningsforskriften § 1-6(2)e, men denne gjelder kun for offentlige organer som er skilt ut som et eget rettssubjekt fra kommunen og som driver aktivitet knyttet til produksjon, transport og distribusjon av blant annet drikkevann. Denne bestemmelsen vil ha tilsvarende rekkevidde som anskaffelsesforskriften § 1-3(2)h. Forsyningsforskriftens bestemmelse vil imidlertid ikke bli nærmere omtalt, da vi ser på en kommunens adgang til å tildele enerett. Bestemmelsene er for øvrig likelydende.

² Denne bestemmelsen tilsvarende direktiv 2004/18-EF art. 18, som igjen avløste Dir. 92/50 EEC art. 6.

den enkelte leveranse, og det kan ikke trekkes bestemte konklusjoner av generell karakter om når dette vilkåret kan være oppfylt. Alt som sies nedenfor må derfor oppfattes som veiledende retningslinjer i den vurdering som kommunene vil måtte foreta hver gang det er spørsmål om å tildele enerett.

Innledningsvis bemerker vi at unntaket i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) h kun fritar kommunen fra å følge anskaffelsesforskriftens regler. Anskaffelsesloven, herunder lovens § 5, vil derfor fortsatt gjelde. Vi legger imidlertid til grunn at anskaffelsesloven § 5 må tolkes på bakgrunn av at enerettsbestemmelsen kommer til anvendelse, slik at for eksempel det generelle kravet til konkurranse i anskaffelsesloven § 5 ikke kan gjelde. De grunnleggende kravene til bl. a. gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet og god forretningsskikk vil imidlertid fortsatt gjelde og må tas hensyn til i kommunens saksbehandling og kunngjøring av tildelingen.

I pkt. 4 nedenfor vil vi komme nærmere tilbake til hva som ligger i de ulike vilkår som oppstilles i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) h. Dette er en unntaksbestemmelse. Det er generelt antatt at unntaksbestemmelser skal tolkes og benyttes restriktivt, og det vil være oppdragsgiver som har "bevisbyrden" for at vilkårene for å kunne benytte unntaket er oppfylt. Kommunens vurderinger som fører til beslutningen om å tildele enerett, bør derfor nedtegnes skriftlig og utfyllende, slik at de senere kan dokumenteres

Tildeling av enerett innebærer at oppdragsgiver i realiteten foretar en direkte anskaffelse. Hvis en slik tildeling ikke oppfylder vilkårene som nevnt i forskriftens § 1-3 (2) h, vil det foreligge en ulovlig direkte anskaffelse, noe som medfører at Klagenemnda for offentlige anskaffelser har myndighet til å ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Unntaksbestemmelsen bør derfor anvendes med forsiktighet, og hvert enkelt tilfelle må, som nevnt, vurderes nøye.

2.2 Forholdet til egenregiunntaket

I denne utredningen vil kun unntaket for enerett behandles. Et annet unntak som har nær sammenheng med enerettsunntaket er tildeling av kontrakter i egenregi. Egenregi faller helt utenfor anskaffelsesregelverket, fordi det ikke ses på som "anskaffelser".

Egenregi forutsetter kort fortalt at kommunens egne folk står for leveransen. Like med dette regnes når kontrakt inngås med et selvstendig rettssubjekt, dvs. et selskap eller organ som kommunen har en kontroll med som tilsvarer den man har med egne etater/avdelinger. At kommunen finansierer/fullt ut eier virksomheten vil ikke være tilstrekkelig. Kontrollen er det avgjørende. I tillegg til kontrollvilkåret er det et vilkår at hovedparten av organets omsetning (antatt 80% eller mer) er til den/de offentlige oppdragsgiverne organet eies av. Et kommunalt foretak opprettet etter kommunelovens kap. 11, er ikke et selvstendig rettssubjekt og derfor fortsatt en del av kommunens organisasjon. Tildeling av oppdraget til egne kommunale foretak vil derfor være egenregi.

Hensynene bak egenregiunntaket er det offentliges frihet til å organisere sin virksomhet på en hensiktsmessig måte. Behovet for å benytte unntaket om tildeling av enerett vil kunne oppstå i tilfeller hvor et selvstendig rettssubjekt, for eksempel et kommunalt renovasjonsselskap ikke lengre oppfyller vilkårene for egenregi, fordi kommunen ikke har tilstrekkelig kontroll med selskapet (kontrollvilkåret).

Når det gjelder interkommunale selskaper (IKS) i forhold til egenregi, er spørsmålet om flere eierkommuner kan identifiseres med hverandre når det gjelder de to vilkårene kontroll og omsetning. Ved vurderingen av omsetningsvilkåret er oppfylt, følger det av EF-domstolens praksis at flere eiere må kunne identifiseres, slik at hvis hoveddelen av virksomheten utføres for eierkommunene, er vilkåret oppfylt, jf. sak C-107/98 (Teckal) og sak C-26/03 (Stadt Halle)..

EF-domstolen er imidlertid ikke like klar på om flere eierkommuner kan identifiseres når det gjelder vilkåret om kontroll. Flertallet i KOFAs sak 2005/251 la til grunn at eierkommunene kan tildele oppdrag til et slikt selskap når strukturen i samarbeidet er lagt opp slik at de har felles kontroll over organisering og opplegg i virksomheten, men her hefter noe usikkerhet rundt EF-domstolens syn. Førstevoterende i høyesterettssaken om Reno-Vest IKS, Rt. 2007 side 983, som riktignok var i mindretall, ga sin tilslutning til KOFAs syn om at det må være nok at kommunene i et IKS samlet utøver kontrollen (premiss 103). Høyesteretts flertall avgjorde saken på et grunnlag som gjorde det unødvendig å ta stilling til spørsmålet.

Ved tildeling av enerett oppstår ikke spørsmålet om kontroll. Her skal tjenesten ytes av et annet selvstendig rettssubjekt, som ikke har tilknytning som nevnt til "oppdragsgiver", slik at anskaffelsesregelverket i utgangspunktet kommer til anvendelse for anskaffelser mellom disse subjektene. Hensynene bak enerettsunntaket er, som vi kommer tilbake til, behovet for offentlig kontroll med utførelsen av oppgavene som tildeles som enerett, på grunn av særlige hensyn som ikke kan ivaretas i nødvendig utstrekning på andre måter. I slike tilfeller vil bare anskaffelsesloven gjelde, ikke forskriften.

3. VA-tjenester, sektorlovgivning, faktiske behov og reelle hensyn

3.1 Aktuelle VA-tjenester for tildeling av enerett og ulike samarbeidsformer

Tjenester og behov som er aktuelle innenfor VA-sektoren, er blitt belyst gjennom møter med KS og en tilknyttet referansegruppe. I den grad vi i det følgende refererer til faktiske forhold eller behov i VA-sektoren, vil vi henwise til "referansegruppen".

Følgende tjenester knyttet til vann- og avløpstjenester, som i praksis utføres i VA-sektoren, ønskes belyst i forhold til unntaket om enerett:

- (i) Vannforsyning (produksjon og distribusjon av vann)

- (ii) Avløpshåndtering (oppsamling, transport og rensing av avløpsvann)
- (iii) Slamhåndtering
- (iv) FDV-tjenester (forvaltning, drift og vedlikehold)
- (v) Utrednings- og prosjektjenester
- (vi) Laboratorietjenester
- (vii) Reservevannsforsyning

Angjeldende tjenester kan være aktuelle å tildele et interkommunalt foretak (IKS), eller kommunalt AS, av medlemskommunene i IKS'et eller AS'et. Det kan også være aktuelt at en kommune ønsker å tildele angjeldende tjenester til en annen kommune eller dennes KF, eller til et IKS eller et kommunalt AS den selv ikke har eierinteresser i. Egne kommunale foretak kan også utføre tjenester innen VA-sektoren, men slike foretak er en del av kommunenes egen organisasjon slik at tjenesten i realiteten utføres i egenregi jf. pkt 2.2, og ikke på grunnlag av tildeling av enerett.

Hvorvidt ulike former for kommunalt innkjøpssamarbeid er omfattet av anskaffelsesreglene, vil vi komme nærmere tilbake til i vurderingen under pkt. 4.2.2 av hvem som kan være en offentlig oppdragsgiver og i denne forbindelse et selvstendig rettssubjekt, og dermed kan tildeles enerett.

I vår senere vurdering av om det kan foreligge særlige behov for tildeling av enerett, vil det være av betydning hvorvidt vedkommende tjeneste er en lovpålagt oppgave for kommunene.

3.2 Ikke lovpålagte oppgaver for kommunene idag

Vannforsyning er ikke direkte pålagt kommunene i dag. Det samme gjelder for avløpstjenester som sådan, selv om det av Miljøverndepartementet er forutsatt at det er mest praktisk at kommunen står for tjenesten. Men kommunene er gjennom lov pålagt å utarbeide beredskapsplaner for helse- og sosialtjenester og pålagt diverse plikter i forhold til brannvernberedskap som involverer vannforsyningen. Dette kommer vi tilbake til nedenfor.

Videre har kommunene i utgangspunktet et lovpålagt ansvar for drift og vedlikehold av avløpsanlegg som allerede er kommunalt eid etter forurensningsloven § 24. Forurensningsloven § 24 første og andre ledd som ble vedtatt i 1981 lyder som følger:

"Kommunen er ansvarlig for drift og vedlikehold av avløpsanlegg som helt eller delvis eies av kommunen. Ved private avløpsanlegg er eier av den eiendom som anlegget først ble anlagt for, ansvarlig for drift og vedlikehold.

Forurensningsmyndigheten kan bestemme at andre enn dem som er nevnt i første ledd skal være ansvarlig for drift og vedlikehold, bl.a. at kommunen skal være ansvarlig for private anlegg."

Det vises her til forarbeidene til vann- og kloakkavgiftsloven av 31. mai 1974 nr. 17, der det i Ot. prp. nr. 58 (1972-73) s. 7 første spalte er uttalt:

"Vannforsyningsanlegg er i dag bygd og drevet dels av private, dels av det offentlige og i enkelte tilfelle i samarbeid mellom disse. Det må derfor kunne sies at utbygging av vannforsyningsanlegg i dag ikke betraktes som en typisk kommunal oppgave(...) Bygging, drift og vedlikehold av kloakkanlegg derimot oppfattes som en kommunal oppgave, selv om det ikke finnes noen lovbestemmelse som direkte sier dette."

Bestemmelsen tar ikke direkte stilling til hvilket overordnet ansvar kommunen har for at det i det hele tatt blir bygd et avløpsrenseanlegg i områder der det er behov for dette. I forarbeidene til forurensningsloven ble det lagt til grunn at private avløpsanlegg ville være mindre aktuelt i fremtiden, og at kommunene i utgangspunktet burde eie og være ansvarlige for driften av avløpsledninger. Det heter i Ot. prp. nr. 11 (1979-80) s. 37 første spalte:

"Vassdragsloven kap. 4 inneholder utførlige regler om private kloakkanlegg. En følge av kommunens engasjement på denne sektoren er imidlertid at private sammenslutninger i kloakklag og lignende er blitt mindre aktuelt. Departementet har derfor vært i tvil om behovet for å ha med utførlige bestemmelser om dette i den nye loven(...)

Departementet er av den oppfatning at nye private anlegg først og fremst er aktuelle ved enkeltutslipp. Når det er tale om å samle utslipp fra flere boliger, bør kommunen i utgangspunktet stå ansvarlig for drift og vedlikehold og som regel også være eiere."

Departementet vek imidlertid tilbake for å påby at kommunen skulle være eier eller ha ansvaret for å drifte slike anlegg alene for fremtiden. Det vises her til Ot. prp. nr. 11 (1979-80) s. 129 første spalte der det gis uttrykk for følgende:

"Flere høringsinstanser, bl.a. Fylkesmannen i Hordaland, Vestfold fylkeskommune og NTH har vært inne på at kommunen bør stå ansvarlig for alle avløpsanlegg, fordi det kun er kommunen som har tilstrekkelig kvalifisert personell til å drive slike anlegg. Departementet har vurdert dette, men har kommet til at kommunene ikke bør pålegges et så omfattende ansvar i lovs form. Departementet mener at dette bør reguleres gjennom utslippstillatelser. Utbygging av anlegg for sanitært avløpsvann bør i utgangspunktet være en offentlig oppgave. Tillatelse til private anlegg bør bare unntaksvis gis, og det må da være en selvfølgelig forutsetning at hensynet til drift og vedlikehold er tilstrekkelig sikret."

På denne bakgrunn må det legges til grunn at verken vannforsyning eller avløpstjenester i utgangspunktet trenger å være en kommunal oppgave, og at tjenestene også kan ytes av private. Det fremgår imidlertid av lovforarbeidene at hensyn kan tale for at kommunene har ansvar for og kontroll med vann- og avløpsanlegg.

3.3 Regulering av vannforsyning innenfor dagens sikkerhets- og beredskapslovgivning

3.3.1 Helsemessige og sosiale hensyn

Beredskapshensyn vil kunne være tilstrekkelig for å påvise at det foreligger særlige behov for tildeling av enerett.

I Miljøverndepartementets veileder fra 1992 "Sikkerhets- og beredskapsplan for vannforsyningen i kommunene", er det på s. 4 fremhevet at kommunen har hovedansvaret for vannforsyningen, og at den gjennom hovedplanen for vannforsyning skal legge grunnlaget for at alle innbyggerne får tilfredsstillende forsyning.

Dette følger i dag av lov om helsemessig og sosial beredskap av 23. juni 2000 som trådte i kraft 1. juli 2001. Kommunene har etter denne loven en plikt til å utarbeide en beredskapsplan for de helse- og sosialtjenester som de er ansvarlig for eller skal sørge for. Beredskapsplanen skal også omfatte tjenester som etter lov eller avtale tilbys av private virksomheter som en del av de respektive tjenester, jf. lovens § 2-2. Dette innebærer at kommunene vil ha et ansvar for at det foreligger beredskapsplaner for hendelser som kan medføre reduksjon i både et kommunalt og et privat vannverks evne til å yte de tjenestene det har ansvar for.

Kravene er i forhold til den enkelte vannverkseier konkretisert i § 11 i forskrift om vannforsyning og drikkevann av 4. desember 2001 med overskrift "Krav til leveringssikkerhet og beredskap". Bestemmelsen lyder som følger:

"Vannverkseier skal gjennomføre nødvendige tiltak og utarbeide driftsplaner for å kunne levere tilstrekkelige mengder av drikkevann under normale forhold.

Vannverkseier skal gjennomføre nødvendige beredskapsforberedelser og utarbeide beredskapsplane, jf. lov av 23. juni 2000 nr. 56 om helsemessig og sosial beredskap og forskrift av 23. juli 2001 nr. 881 om krav til beredskapsplanlegging og beredskapsarbeid, for å sikre levering av tilstrekkelig mengder drikkevann også under kriser og katastrofer i fredstid og ved krig. "

I veilederen til forskriften fremgår det at bestemmelsens innhold tydeliggjør vannverkseiers ansvar for å levere tilstrekkelige mengder drikkevann under alle forhold, dvs. under normale forhold, samt kriser og katastrofer i fredstid, og ved krig. Vannverkseiers ansvar etter drikkevannsforskriften for å sikre vannforsyning av tilfredsstillende kvantitet og kvalitet gjelder innenfor vannverkets forsyningsområde.

Også forskrift av 23. juli 2001 nr. 881 om krav til beredskapsplanlegging og beredskapsarbeid mv. etter lov om helsemessig og sosial beredskap gjelder i følge dens § 1 for vannverk.

Etter forskriftens § 3 skal virksomheten gjennom risiko- og sårbarhetsanalyse skaffe seg oversikt over hendelser som kan føre til ekstraordinære belastninger for virksomheten. Beredskapsplanene skal etter forskriften § 4 omfatte prosedyrer for ressursdisponering ved omlegging av drift som sikrer nødvendig tjenesteytelse ved interne og eksterne hendelser. Dette gjelder for hendelser som vesentlig reduserer virksomhetens evne til å yte tjenester og eksterne hendelser som vil innebære en ekstraordinær belastning på virksomheten, og som kan kreve en generell omstilling av den ordinære driften for å kunne øke kapasiteten.

Ut fra ovennevnte kan man legge til grunn at det knytter seg viktige helse- og sosiale hensyn og behov knyttet til vannleveranser, som kan forsvare en tildeling av enerett, noe vi nærmere skal komme tilbake til.

3.3.2 Brann- og beredskapshensyn

I vurderingen av hvilket ansvar en kommune har for å etablere og stå for vannforsyningen i en kommune, hører også krav til vannforsyningen ut fra brannvernlovgivningen inn. Kommunen er etter lov om vern mot brann, eksplosjon og ulykker med farlig stoff og om brannvesenets redningsoppgaver av 14. juni 2002, samt etter forskrift om brannforebyggende tiltak og tilsyn, fastsatt av Direktoratet for brann- og elsikkerhet 26. juni 2002 med hjemmel i brann- og eksplosjonsvernloven, pålagt diverse plikter.

Forskrift om brannforebyggende tiltak og tilsyn har i § 5-4 en bestemmelse med overskrift "Vannforsyning". Bestemmelsen lyder som følger:

"Kommunen skal sørge for at den kommunale vannforsyning frem til tomtegrense i tettbygd strøk er tilstrekkelig til å dekke brannvesenets behov for slukkevann.

I boligstrøk o.l. hvor spredningsfaren er liten er det tilstrekkelig at kommunens brannvesen disponerer passende tankbil.

I områder som reguleres til virksomhet hvor sprinkling er aktuelt, skal kommunen sørge for at det er tilstrekkelig vannforsyning til å dekke behovet."

I veiledningsteksten til § 5-4 utarbeidet av Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap (DSB) fremgår det at behovet for slukkevann bør inngå i kommunens risiko og sårbarhetsanalyse (ROS) i henhold til lovens § 9, og at tiltak iverksettes i tråd med dette. Det blir videre anført at tidligere store branner i byområder har vist at slukkevann og fysiske barrierer er helt nødvendig for å begrense brannene.

Mer konkret når det gjelder kommunenes plikt til å sørge for vannforsyning til brannvesenet er dette konkretisert til følgende hovedregler: 20 l/s i tettbygde boligområdet, og 50 l/s i boligområder, sentrumsområder og næringsområder med særlig stort behov for slukkevann. Det finnes visse unntak fra hovedreglene.

Når det gjelder kommunens driftsansvar for vannforsyning til brannvesenet gis det i veiledningen uttrykk for at kommunen har plikt til å sørge for at tilrettelagt slukkevannforsyning for brannvesenet er tilgjengelig til alle årstider, gjennom rutinemessig kontroll og vedlikehold, samt at sprinkleranlegg har tilgang på den vannmengde som er forutsatt. Det angis bl.a. at kommunen bør:

- ”- *Utarbeide og holde a-jour kart over slukkevann, herunder ledningsnett med markering av ledningsdimensjoner; uttak, stoppeventiler mv.*
- *Om nødvendig foreta ombygging av styringsmekanismen på eventuelle rørbruddsventiler for å sikre at vanntilførselen ikke på noe tidspunkt blir avstengt i en brannsituasjon.*
- *Merke slukkevannsuttakene*
- *Innføre rutiner for inspeksjon av uttakene, med vekt på korrosjon, frost og gjengroing*
- *Foreta periodiske tappeprøver for kontroll av tilgjengelig vannmengde, og at evt. rørbruddsventiler ikke stenger i kort eller lengre tid (spesielt viktig på nye vannledninger og ved nyinstallerte sprinkleranlegg.) Graving av anlegg må foretas i samarbeid med vannverket, ref. § 2-4”*

Det knytter seg således viktige beredskapshensyn til vannleveranser også i forhold til brannvern.

3.4 Selvkostprinsippet

For kommunale tjenester innen vann- og avløp gjelder et selvkostprinsipp, dvs at det offentlige ikke skal tjene på å tilby slike tjenester, og at avgifter for tjenestene i utgangspunktet skal baseres på dekning av faktiske kostnader. Selvkostprinsippet gjelder ikke for privates VA-virksomheter, som baseres på avtalerettslige prinsipper.

Selvkostprinsippet er blant annet fastsatt i forurensningsforskriften § 16-1 første ledd som lyder som følger:

”Vann- og avløpsgebyrer fastsatt i medhold av lov 31. mai 1974 nr. 17 om kommunale vass- og kloakkavgifter skal ikke overstige kommunens nødvendige

kostnader på henholdsvis vann- og avløpssektoren. Ved beregning av selvkost bør de til enhver tid gjeldende retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester legges til grunn.”

Det faktum at vann- og avløpstjenester blir levert til selvkost er et sentralt hensyn i vurderingen av om unntaket for tildeling av enerett kan benyttes. Dette først og fremst i vurderingen av hvorvidt tildelingen skjer til en annen ”offentlig oppdragsgiver”, ved at det ikke dreier seg om tjenester innenfor det forretningsmessige området, men også til en viss grad i vurderingen av om tildelingen av enerett kan begrunnes med særlige behov.

3.5 Forholdet til vertskommunesamarbeid - kommunelovens §§ 28 a til k

Ved lovendring i kommuneloven av 15. desember 2006 nr. 91, i kraft fra 1. januar 2007, ble det inntatt bestemmelser om vertskommunesamarbeid i kommunelovens §§ 28 a til 28 k.

De nye reglene om vertskommunesamarbeid skal legge til rette for etablering av en mer hensiktsmessig organisering av interkommunalt samarbeid om kommunale kjerneoppgaver. Et hovedsiktemål - og grunnen til at det har vært nødvendig med lov hjemmel - er at det skal være enklere å overføre beslutningsmyndighet når det gjelder offentlig myndighetsutøvelse til andre kommuner enn sin egen. Bakgrunnen for dette er særlig å gjøre det mulig å bygge opp velfungerende fagmiljøer i områder av landet hvor de enkelte kommuner hver for seg har vanskelig for å etablere den type kompetanse som kreves for å utføre hele registeret av kommunale oppgaver.

Vertskommunemodellen innebærer således at det overlates beslutningsmyndighet til en annen kommune (vertskommunen). De øvrige kommuner i samarbeidet betegnes som ”samarbeidskommuner”.

Kommuneloven § 28 a gir nå en generell hjemmel for å overlate utførelsen av lovpålagte oppgaver og delegere offentlig myndighetsutøvelse til andre kommuner i et vertskommunesamarbeid, med mindre den enkelte særlov avskjærer det.

I følge departementets rundskriv av 22. januar 2007 Nr. H-02/07 skal det i utgangspunktet bare kunne overlates beslutningsmyndighet i saker uten prinsipiell betydning for den enkelte kommune, men det kan overlates beslutningsmyndighet i prinsipielle saker dersom kommunene oppnevner et felles folkevalgt organ i henhold til kommunelovens § 28 c, som skal ta disse beslutningene.

I den grad myndighetsoverføring m.v. i vertskommunemodellen innebærer en form for offentlig anskaffelse, dvs at det skal ytes vederlag i en eller annen form fra den ene kommunen til den annen for utførelse av tjenester, foreligger det en anskaffelse som omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. Spørsmålene om det foreligger en

offentlig anskaffelse og hvilke kontrakter som kan unntas skal utelukkende vurderes etter anskaffelsesreglene som særlovgivning.

Valg av vertskommunemodellsamarbeid etter kommuneloven vil derfor i utgangspunktet ikke ha betydning for om det foreligger en offentlig anskaffelse eller om unntaket for enerett kan benyttes. Anskaffelsesregelverket vil uansett gjelde.

Forholdet mellom vertskommunemodellen og regelverket for offentlige anskaffelser er omhandlet i lovforarbeidene, Ot. prp. nr. 95 (2005-2006), kap. 8.2. Det følger av denne fremstillingen at etablering av en vertskommunemodell ikke i seg selv er et unntak fra anskaffelsesregelverket. Dersom et vertskommunesamarbeid legger opp til anskaffelser mellom kommunene, må det vurderes konkret ut fra en tolkning av regelverket for offentlige anskaffelser om dette kommer til anvendelse, slik det fremgår av lovforarbeidene. Hvis det i et vertskommunesamarbeid er behov for å tildele en kommune en enerett til å utføre visse tjenester, må derfor vilkårene for unntaket i forskriftens § 1-3 (2) h være til stede. Lovforarbeidene synes ikke å legge til grunn at opprettelsen av vertskommunesamarbeid uten videre skal medføre at vilkårene i § 1-3 (2) h er oppfylt, noe som i så fall også burde ha fremgått av anskaffelsesreglene.

Et vertskommunesamarbeid betegnes i loven som "administrativt vertskommunesamarbeid", jf. § 28 b. Dette tilsier etter vår vurdering at behovet for å benytte vertskommunemodellen ikke nødvendigvis vil berøre hensyn som kan være av betydning for spørsmålet om tildeling av enerett. Som nevnt ovenfor kan det under visse forutsetninger etableres et vertskommunesamarbeid i saker av prinsipiell betydning. I slike tilfeller vil det nok i større grad tenkes at vilkårene for tildeling av enerett i forskriftens § 1-3 (2) h, er oppfylt, men vurderingen må baseres på de hensyn som er antatt å være relevant for vurderingen av enerettsunntaket, som omhandlet nedenfor under pkt. 4.1.1.

Også der vertskommunemodellen brukes, er det altså nødvendig å gjøre de samme undersøkelser og vurderinger av adgangen til å tildele enerett som med andre samarbeidsmodeller. Dette gjelder også rent faktisk samarbeide mellom kommuner uten at vertskommunemodellen eller selskapskonstruksjoner er benyttet.

4. Nærmere om vilkårene for tildeling av enerett etter forskriftens § 1-3 (2) h

4.1 Innledning

4.1.1 Hensynene bak regelen om tildeling av enerett

Det fremgår i liten grad av lovforarbeidene eller andre rettskilder hva som er formålet med unntaksbestemmelsen om tildeling av enerett.

Nærings- og handelsdepartementet (Forsyningsdepartementet) avga den 12. februar 2003 en fortolkningsuttalelse om anvendelsen av forskriftens § 1-3 (2) h i forbindelse med spørsmål fra Price Waterhouse Coopers DA. Spørsmålet gjaldt om revisjonstjenester kunne tildeles et interkommunalt samarbeid eller interkommunalt selskap fra de deltakende kommunene. Det ble i denne forbindelse vist til lovforslaget om å innføre vertskommunemodellen i kommuneloven, som skulle åpne for overføring av visse tjenester mellom kommunene.

Departementet uttaler her:

”Det sentrale vilkåret for at en tjenesteytelse skal være unntatt fra forskriften om offentlige anskaffelser er at tjenesteyteren må være en offentlig oppdragsgiver. Til forskjell fra situasjonen ved egenregi, er det også et krav om enerett og forenelighet med EØS-avtalen.”

I veilederen til anskaffelsesreglene av 4. juni 2007, under pkt. 2.2.2 på s. 10, uttaler Departementet følgende:

”Tildeling av enerett er i utgangspunktet en restriksjon på adgangen til å yte tjenester, jf. EØS-avtalens artikkel 36. Etableringen av en enerett må derfor begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran hensynet til den frie bevegeligheten av tjenester, jf. EØS-avtalens artikkel 36 til 39, forbudet mot diskriminering på grunn av nasjonalitet i artikkel 4, og konkurransereglene i avtalens del IV og særlig artikkel 59. Det må imidlertid skje en interesseavveining av om de ikke-økonomiske hensynene er tilstrekkelig tunge til å kunne gripe inn i den frie bevegelighet av tjenester. Det er videre et krav om at tildeling av enerett er nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene, og at målene ikke kan nås med andre og mindre inngripende midler.”

I en fortolkningsuttalelse av 12. april 2002 vedrørende forholdet mellom anskaffelsesreglene og interkommunalt samarbeid om tjenesteyting, uttaler Næringsdepartementet til Regionrådet Bergen og Omland;

”Etablering av enerett må derfor begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn, for eksempel beskyttelse av forbrukere, arbeidstakere, tjenestemottakere, yringsfrihet og kunstneriske verdier. Det må imidlertid skje en interesseavveining av om de ikke-økonomiske hensynene er tilstrekkelig tunge til å kunne gripe inn i den frie bevegelighet av tjenester”

I følge kommentarutgaven til regelverket for offentlige anskaffelser (Dragsten/Lindalen s, 405) er begrunnelsen for unntaksbestemmelsen at:

”når leverandøren selv er [offentlig] oppdragsgiver i henhold til anskaffelsesreglene for anskaffelser leverandøren selv foretar, vil kontrakter mellom det private og det offentlige

fortsatt tildeles på grunnlag av økonomiske og forretningsmessige vurderinger, slik at formålet om effektive anskaffelser blir ivaretatt”.

Hensynene bak enerettsunntaket synes således primært å være at det må dreie seg om tjenester som en offentlig oppdragsgiver bør ha hånd om fordi det foreligger særlige behov for dette som tilsier at kravene til konkurranse kan tilsidesettes. Det er mye som tyder på at så lenge tjenesten blir ivaretatt av et annet offentligrettslig organ, skal det nødvendigvis ikke så mye til for å konstatere at det foreligger tilstrekkelig behov som kan tilsi tildeling av enerett. Grunnen til dette er at et offentligrettslig organ skal drive virksomhet av hensyn til allmennheten, og ikke være av forretningsmessig eller industriell karakter. Av den grunn må, som vi skal komme tilbake til, tildeling av enerett i tilfelle kunne begrunnes i allmenne hensyn og ikke med økonomiske eller rene organisatoriske hensyn.

4.1.2 Øvrige rettskilder

Som nevnt angir verken loven eller lovforarbeidene nærmere retningslinjer for når unntaket om tildeling av enerett kan benyttes.

Når det gjelder praktiseringen av bestemmelsen er vi ikke kjent med måten tildeling av enerett har blitt praktisert på i Norge, bortsett fra at beredskapsloven av 14. desember 1956 åpner for at forsyninger i ekstraordinære krisetilfeller kan foretas av blant annet kommuner, uten at anskaffelsesreglene følges. Denne loven gir etter vår vurdering liten veiledning for hvorvidt tildeling av enerett kan skje innen VA-sektoren.

Vi har heller ikke funnet illustrerende eksempler om tildeling av enerett i våre naboland Danmark og Sverige.

Det finnes et fåtall avgjørelser fra EU-domstolen av betydning for spørsmålet om tildeling av enerett, først og fremst Arnhem-dommen av 29. oktober 1996 (sak C-360/96), som behandles særskilt i forbindelse med redegjørelsen for hva som kan betraktes som særlige grunner eller behov for tildeling av enerett, se pkt. 4.5.

Spørsmålet om tildeling av enerett er ikke særlig grundig omhandlet i juridisk litteratur, og fremstår derfor som forholdsvis uavklart.

Vi er kjent med at KOFA for første gang har fått inn en klage over tildeling av enerett i sak 2008/8, som for tiden er under behandling. Avgjørelsen her antas å kunne bidra til en viss avklaring av spørsmålet om når forskriftens § 1-3 (2) bokstav h, kan benyttes. Saken dreier seg om hvorvidt Steinkjer kommune kan tildele enerett for innsamling av våtorganisk avfall fra husholdninger og kloakkslam i kommunen til et interkommunalt selskap som eies av 50 kommuner.

4.2 Organet som tildeles enerett må være en offentlig oppdragsgiver i henhold til anskaffelsesforskriften § 1-2

4.2.1 Innledning

Hensynet bak tildeling av enerett er som nevnt at det er ansett å være mindre betenkelig å gi en enerett til en offentlig oppdragsgiver, da det innebærer at denne selv må følge anskaffelsesforskriften ved sine anskaffelser.

Anskaffelsesforskriften § 1-2 beskriver hva som er offentlige oppdragsgivere og lyder som følger:

- ”(1) *Denne forskrift gjelder statlige, kommunale, fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse.*
- (2) *Et offentligrettslig organ er ethvert organ:*
- 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 myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.”*

Hva som er offentlig myndighet i § 1-2 (1) skaper ikke problemer. Vi vil i de følgende underpunkter bare behandle hva som er offentligrettslige organer etter (2) og komme med noen betraktninger rundt de momenter som det er viktig å vurdere i forhold til de enkelte vilkårene for virksomheter innenfor VA-sektoren. Dette gjelder først og fremst spørsmålet om i hvilken grad det dreier seg om tjenester som skal tilgodese allmennhetens behov, og som ikke skal være av industriell eller forretningsmessig karakter. Som det fremgår, må både a), b) og ett av de tre alternativene i c) være oppfylt. Hvorvidt et organ er en offentlig oppdragsgiver må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

4.2.2 Selvstendig rettssubjekt

Et offentligrettslig organ er et eget rettssubjekt skilt fra kommune eller stat. Dersom det ikke er et eget rettssubjekt, vil organet være en del av en kommune og vil dermed allerede av den grunn være en offentlig oppdragsgiver etter § 1-2 (1). Kommunale foretak i henhold til kommunelovens kapittel 11, vil ikke være et selvstendig rettssubjekt, men en del av

kommunens organisasjon. En kommune vil derfor fritt kunne tildele oppdrag til et eget kommunale foretak, siden dette blir å betrakte som "egenregi".

Når det gjelder interkommunale selskaper (IKS) regulert av lov om interkommunale selskaper av 29. januar 1999, vil dette være selvstendige rettssubjekter, atskilt fra kommunens organisasjon, i likhet med andre selvstendige rettssubjekter som aksjeselskaper og andre selskapsformer. Med interkommunalt selskap menes et selskap hvor alle deltakere er kommuner, fylkeskommuner eller interkommunale selskaper. Tildeling av oppdrag fra en kommune til et IKS vil derfor i utgangspunktet være omfattet av anskaffelsesreglene, med mindre tildelingen kan anses å skje i egenregi, som omhandlet under pkt. 2.2.

Kommuneloven § 27 gir kommunene anledning til å etablere interkommunalt samarbeid for utførelse av kommunale oppgaver. Et slikt interkommunalt samarbeid kan organiseres på ulike måter. Dersom samarbeidet organiseres i selskapsformer utenfor kommuneloven, vil man opptre som et selvstendig rettssubjekt. Hvorvidt dette er tilfellet, beror på selskapslovgivningen. Hvis samarbeidet ikke er organisert som et eget rettssubjekt, må det anses som en sammenslutning av de deltakende kommuner, dvs at de deltakende kommunene er rettssubjektene i samarbeidet, og det vil falle innunder offentlig myndighet, jf. § 1-2 (1).

Normalt vil det ikke være problematisk å fastslå hvorvidt det foreligger et selvstendig rettssubjekt eller ikke.

4.2.3 Tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter

Hvorvidt vilkåret "*tjener allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter*" er oppfylt, skal vurderes på tidspunktet for anskaffelsen. Det må med andre ord foretas en konkret vurdering av organets virksomhet i nåtid.

Dette vilkåret er todelt. En virksomhet kan imøtekomme allmennhetens behov, men også være av industriell eller forretningsmessig karakter. Da er imidlertid vilkåret ikke oppfylt og organet vil ikke være et offentligrettslig organ.

Hvorvidt organet driver virksomhet som tjener "*allmennhetens behov*" må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. Kjerneområdet til "*allmennhetens behov*" er aktiviteter som det er ansett som en samfunnsoppgave å utføre.

Offentlige organer som utfører oppgaver tillagt ved lov, som for eksempel virksomhet knyttet til å ivareta kommunens forpliktelser til å drifte og vedlikeholde avløpsanlegg som helt eller delvis er eid av kommunene etter forurensningsloven § 24, vil åpenbart måtte sies å "tjene allmennhetens behov". Det samme må kunne sies for et offentlig organ som ivaretar

innbyggernes behov for vannforsyning, selv om dette ikke spesifikt pr. i dag er lovfestet som en kommunal oppgave. Også andre aktiviteter innenfor VA-sektoren vil etter vår oppfatning som hovedregel falle inn under "*allmennhetens behov*", men dette må vurderes konkret i forhold til de konkrete tjenestene som virksomheten yter.

Virksomheter som er av industriell og forretningsmessig karakter, vil normalt la seg lede av forretningsmessige hensyn ved sine anskaffelser. Det er derfor ikke nødvendig å la disse organene være omfattet av regelverket. Denne betraktningen har betydning for tolkningen av hvilke organer som er av industriell eller forretningsmessig karakter. Virksomheter som driver etter selvkostprinsippet og ikke har som formål å drive med fortjeneste, kan ikke anses for å være av industriell eller forretningsmessig karakter.

Ved vurderingen av om denne delen av vilkåret er oppfylt, skal det foretas en konkret vurdering av selskapets virksomhet. Av EF-domstolens praksis og av forarbeidene kan det utledes at flere momenter har betydning ved vurderingen av om vilkåret er oppfylt. Noen av de sentrale momentene er:

- Hvorvidt det er en samfunnsoppgave å utføre tjenestene. Dette kan typisk gi seg utslag i at virksomheten helt eller delvis er lovregulert slik at organet har visse rettigheter og/eller plikter, men lovregulering er ikke nødvendig.
- Konkurransesituasjonen, dvs. hvorvidt organet yter tjenester og får inntektene i et konkurranseutsatt marked. I så fall taler det for at virksomheten er av industriell eller forretningsmessig karakter. En slik virksomhet må i stor grad tenke forretningsmessig og dermed treffe sine beslutninger ut fra kommersielle vurderinger og ikke politiske hensyn. Formålet med regelverket om offentlige anskaffelser tilsier dermed at slike virksomheter ikke behøver å være omfattet.
- Ønske om offentlig kontroll. Hvorvidt det er en virksomhet som det offentlige ønsker å ha en effektiv kontroll med, er også et moment i vurderingen av om virksomheten "*ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter*". Dette gjelder særlig ytelser hvor det offentlige har ønsket å sikre forsyningen, hvor det skal oppnås en rettferdig fordeling av ytelsene, aktiviteter som er forbundet med den offentlige orden eller hensynet til hygiene, offentlig sunnhet og miljøbeskyttelse og aktiviteter som kan være skadelige.
- Hvorvidt det er aktiviteter som i utgangspunktet er lagt til det offentlige eller oppgaver som blir ansett som en sentral oppgave for det offentlige å ha hånd om.
- Forholdene som var avgjørende i forbindelse med opprettelsen av organet og betingelsene som regulerer organets virksomhet. I EF-domstolens sak C-

18/01 (Korhonen) ble det uttalt at dersom organet utøver sin virksomhet på normale markedsvilkår, har til formål å skape inntjening og selv bærer de tap som er forbundet med virksomhetsutøvelsen, er det ikke sannsynlig at virksomheten faller utenfor det industrielle eller forretningsmessige område. Domstolen pekte på at hensynene bak regelen ikke slår til i slike tilfeller da slike virksomheter vil foreta sine anskaffelser etter forretningsmessige prinsipper.

Formålsbestemmelser i vedtekter vil kunne være indikatorer på om organet er ment å tjene allmennhetens behov og ikke av industriell eller forretningsmessig karakter. Dette forutsetter imidlertid at formålsbestemmelsen gir et riktig bilde av hvilken virksomhet organet faktisk driver på tidspunktet for vurderingen av om vilkåret er oppfylt. Formålsbestemmelsene kan derfor ikke alltid legges til grunn for vurderingen.

- Hvem som har den økonomiske risikoen. Med hensyn til organenes økonomiske risiko har EF-domstolen i flere saker, blant annet sak C-18/01 (Korhonen), lagt vekt på hvorvidt en virksomhet kan gå konkurs eller om det offentlige i en slik situasjon vil gripe inn, slik at realiteten er at virksomheten ikke vil gå konkurs.
- Overskudd som formål. Hvorvidt virksomheten har til formål å gå med overskudd er også vektlagt i flere saker. I EF-domstolens sak C-18/01 (Korhonen) ble det blant annet lagt vekt på at selv om selskapet kunne gå med overskudd, var dette ikke hovedformålet med virksomheten. I følge finsk lovgivning skulle selskapet primært søke å fremme allmenne interesser for innbyggerne i lokalområdet.

Innenfor VA-sektoren, vil det ha betydning hvorvidt organet må drive sin virksomhet i henhold til selvkostprinsippet. Selv om vannforsyning og avløpshåndtering til/fra den enkelte kommunes abonnenter kan utføres, og i en del tilfeller blir utført av private rettssubjekter og av en rekke mindre andelslag i Norge i dag, må det kunne sies at så lenge dette finner sted til selvkost fra det offentligrettslige organets side, er det ikke tale om en industriell eller forretningsmessig virksomhet. De aktuelle offentligrettslige organene vil også som den store hovedregel være fritatt fra skatteplikt når selvkostprinsippet legges til grunn, selv om de er utskilt som et eget IKS eller som et AS. Dette følger av skattelovens § 2-32 som fastslår at "...selskap eller innretning som ikke har erverv til formål, er fritatt for formues- og inntekts-skatt."

Det vises også til EF-domstolens avgjørelse i sak C-360/96 (Arnhem), premiss 46 og 47, hvor det sies at artikkel 1, litra b) i tjenstedirektiv 92/50 kan

anvendes på et bestemt organ, selv om private virksomheter imøtekommer eller kunne imøtekomme de samme behov som dette, og selv om manglende konkurranse ikke er en nødvendig betingelse med sikte på definisjonen av et offentligrettslig organ. Denne avgjørelsen vil vi kommentere nærmere i i pkt. 4.5 nedenfor, når det vurderes i hvilken grad det i tillegg må påvises særlige behov for tildelingen av enerett.

- Offentlig støtte. I praksis legges det også vekt på om organet mottar offentlig støtte slik at virksomheten eller deler av den finansieres av det offentlige. Dette ble blant annet lagt vekt på i EF-domstolens sak C-18/01 (Korhonen). Selskapet mottok offentlig støtte for å gjennomføre prosjektet, noe som kunne tale for at selskapet ikke var av industriell eller forretningsmessig karakter.

Oppsummeringsvis vil vi anta at rettssubjekter som tilbyr tjenester innen VA-sektoren som hovedregel er opprettet for å imøtekomme allmennhetens behov for vann- og avløpstjenester. I denne forbindelse vil vi bemerke at det som regel ikke skal mye til ut fra foreliggende praksis før dette kan sies å være tilfellet.

4.2.4 Kontrollert av det offentlige

Det tredje og siste vilkåret for at det skal foreligge et offentligrettslig organ, er at den som tildeles enerett må være kontrollert av det offentlige. Kontroll kan foreligge i tre tilfeller:

- 1) Virksomheten er i hovedsak finansiert av offentlige myndigheter eller offentligrettslige organer
- 2) Organets forvaltning er underlagt offentlige myndigheters eller offentligrettslige organers kontroll
- 3) Organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av offentlige myndigheter eller offentligrettslige organer.

Felles for de tre alternative vilkårene er at de forhold som nevnes skaper en tilknytning mellom organet og det offentlige som gir det offentlige en mulighet til å påvirke organets avgjørelser på området for offentlige kontrakter. Hvis ingen av de alternative vilkårene isolert sett er oppfylt, er det i Ot. prp. nr. 97 (1991-92) s. 22 (forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i anskaffelsesloven av 1994 § 1 nr. 2) lagt til grunn at kontroll likevel kan foreligge etter en helhetsvurdering. Det avgjørende må ut fra formålet med kontrollvilkåret, være hvilken innflytelse det offentlige totalt sett har på beslutningene organet fatter. Dette er også lagt til grunn i NOU 1997:21 s. 119 (forarbeider til den tidligere anskaffelsesforskriften) hvor det uttales at *"som oftest må man se på om mer en halvparten av finansieringen er offentlig. Det må imidlertid foretas et skjønn der det offentliges innflytelse er utslagsgivende."*

"Finansiering" omfatter ikke bare finansiering i snever forstand, men også det forholdet at en eller flere offentlige instanser eller virksomhet eier størstedelen av organets tegnede kapital,

jf. Ot. prp. nr. 97 (1991-92) s. 23. Aksjekapital og egenkapital er altså omfattet. Direkte finansiering av virksomheten over det offentlige budsjetter omfattes også.

Det at en virksomhet har det offentlige som sin største kunde, slik at størsteparten av virksomhetens omsetning stammer fra det offentlige, faller i utgangspunktet ikke inn under begrepet "*finansiering*". Dette er vederlag i et forretningsmessig forhold. Vederlaget innebærer ikke at det offentlige kan sies å ha en innflytelse på virksomhetens beslutninger slik at det foreligger en offentlig kontroll. Det er derfor i utgangspunktet kun tilskudd til den løpende virksomheten, dekning av underskudd m.v. som omfattes. Slik også Nærings- og handelsdepartementets brev til Price Waterhouse and Coopers DA datert 12. februar 2003. Unntak kan imidlertid tenkes i særlige tilfeller hvor det offentlige er virksomhetens største kunde og dette kundeforholdet medfører at det offentlige har stor innflytelse på virksomhetens egne anskaffelser.

Kravet om finansiering omfatter ikke all overføring fra det offentlige. Det avgjørende er om overføringen fra det offentlige har til formål eller er egnet til å skape eller forsterke et avhengighetsforhold eller et underordningsforhold som gjør at det er fare for at virksomheten som får støtte, vil være tilbøyelig til å ta andre hensyn enn kommersielle ved sine anskaffelser. Det er kun ytelser fra det offentlige som ikke innebærer noen motytelse fra den aktuelle virksomheten, som kan karakteriseres som offentlig støtte.

Hva gjelder finansiering av investeringer og drift innenfor VA-området har kommunene hjemmel til å innkreve avgift fra brukerne av VA-anleggene, dvs. fra abonnentene, med hjemmel i lov om vass- og kloakkavgifter og tilhørende statlige rammeforskrifter. Kommunene er ikke pålagt å dekke samtlige kostnader innenfor VA-sektoren gjennom innkreving av VA-gebyrer, men kan finansiere dette delvis også med andre inntekter, selv om dette ikke er særlig utbredt. Det er kun der kommunens tilskudd overstiger 50 % av driftsinntektene at virksomheten kan anses som finansiert av det offentlige.

Der kommunene overlater til for eksempel et interkommunalt selskap å forestå produksjon og distribusjon av vann og borttransportering og rensing av avløpsvann, vil det interkommunale selskapet normalt ikke forholde seg til abonnentene, men til kommunene og kreve betalt for utførte tjenester av disse, mens kommunene som tidligere forestår innkreving av ordinære vann- og avløpsgebyrer overfor abonnentene.

Kommunens betaling til det interkommunale selskapet er følgelig å anse som en motytelse for en tjeneste, og kan ikke i seg selv karakteriseres som en offentlig støtte eller finansiering. Det vil derfor være kontrollalternativene i 2) eller 3) som i praksis vil være aktuelle her.

Når det gjelder alternativet om at organets forvaltning er underlagt offentlige myndigheters eller offentligrettslige organers kontroll, har EF-domstolen uttalt seg om dette i sak C-237/99 (EU-kommisjonen mot Frankrike). Det skal foreligge en kontroll som skaper en tilknytning til det offentlige som kan sammenlignes med den kontroll som foreligger når de to andre

alternative vilkårene er oppfylt, dvs. når finansieringen i det vesentligste kommer fra offentlige organer eller når det offentlige utpeker mer enn halvdel av medlemmene til virksomhetens styrende organer. Innenfor disse rammene må det foretas et skjønns der det offentliges faktiske innflytelse er avgjørende.

Med *"kontroll"* menes typisk administrativ kontroll eller instruksjonsmyndighet. Det er den formelle innflytelsen det offentlige har som er avgjørende. Det har derfor ingen betydning hvorvidt det offentlige i praksis benytter mulighet til å kontrollere virksomheten. Det vises til EF-domstolens sak C-237/99 (EU-kommisjonen mot Frankrike).

EF-domstolen har i sak C-373/00 (Adolf Truley) uttalt at kontrollen må medføre at det offentlige har mulighet til å påvirke det omhandlede organets avgjørelser på området for offentlige kontrakter. EF-domstolen legger til grunn at dette ikke vil være tilfelle hvor det kun er en alminnelig etterfølgende kontroll. Slik kontroll er derfor ikke tilstrekkelig.

I henhold til det siste alternativet kan kontrollen bestå i at mer enn halvparten av medlemmene i organets eller virksomhetens administrasjons- ledelse eller kontrollorgan, er oppnevnt av det offentlige. Ofte vil det være offentlige eierskap som ligger til grunn for retten til å oppnevne medlemmer til de styrende organene. Typiske eksempler på slike organer er styre, representantskap, generalforsamling m.v.

Når *"kontrollorgan"* nevnes i anskaffelsesforskriften § 1-2 og EU-direktivene, tyder det på at også oppnevning av medlemmer til organer som ikke har et tradisjonelt styreansvar, omfattes. Det avgjørende må uansett være, hensett til hensynene bak vilkåret, om organet har en reell innflytelse på beslutningene som fattes av virksomheten.

4.3 Det må være et offentlig tjenestekjøp

Som nevnt innledningsvis, er det et vilkår at anskaffelsen gjelder kjøp av en tjeneste. I dette ligger en avgrensning mot varekontrakter og bygge- og anleggskontrakter. En kontrakt om bygging av renseanlegg eller kloakkanlegg vil derfor ikke omfattes av unntaket i anskaffelsesforskriftens § 1-3 (2) h. I hvilken grad vi står overfor en vare- eller tjenestekontrakt vil avhenge av hva som rent faktisk skal anskaffes.

KS/referansegruppen har fremhevet følgende områder aktuelle for tildeling av enerett:

- Vannforsyning
- Avløpshåndtering
- Slamhåndtering
- FDV-tjenester (Forvaltning, Drift og Vedlikehold)
- Utrednings- og prosjektjenester
- Laboratorietjenester
- Reservevannsforsyning

De fleste av disse områdene er utelukkende tjenester. Dersom kontrakten både har element av å være en vare og en tjeneste, anses det som en tjenestekontrakt dersom verdien av tjenesten er høyest. Hoveddelen av det som tilbys i disse tilfellene vil være tjenester. Alle de områder som er nevnt ovenfor, vil følgelig være å anse som tjenestekjøp.

Som eksempel på en kontrakt som derimot vil være å anse som en varekontrakt kan nevnes salg av drikkevann på flaske.

4.4 Organet må ha fått tildelt en kunngjort enerett til å utøve den angjeldende type virksomhet

4.4.1 Eksklusivitet

Det kreves at den som tildeles eneretten får en eksklusiv rett. Dette innebærer at eneretten ikke kan tildeles andre enn dette ene rettssubjekt. Det vil være tilfelle dersom kommuner utelukkende får dekket sine behov for en viss tjeneste gjennom et interkommunalt selskap eller et annet selvstendig rettssubjekt. Anskaffelser som skjer mer sporadisk over tid, for eksempel i forbindelse med en vertskommunemodell, vil antagelig ikke anses for å være en tildeling av enerett. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor enerettsleverandøren av kapasitetshensyn ikke makter dekke hele behovet for tjenesten. I så fall antas at supplerende leveranser kan utføres av andre. Det vises i denne forbindelse til en artikkel av professor dr. juris Hans Petter Graver, "Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid" som bygger på en betenkning til Kommunaldepartementet. Artikkelen er lagt ut på Kommunaldepartementets hjemmeside under oppslag på: "Tema" – "Kommune- og fylkesforvaltning" – "Kommunejuss" – "Andre publikasjoner". Direkte link artikkelen er: <http://www.regjeringen.no/Upload/KRD/Vedlegg/KOMM/Kommunejuss/anskaffelser.pdf>.

4.4.2 Tildelingsvedtaket

Anskaffelsesforskriften sier ingenting om hvem som kan tildele enerett. Tildelingen av enerett må følgelig gis av et kompetent organ. Hvem som er å anse som et kompetent organ må avgjøres etter alminnelige kompetanseregler. Kommunene har, enten som eier eller i medhold av lov, kompetanse til å treffe slike vedtak. Kommunestyret er det øverste kommunale organet, og skal treffe vedtak på vegne av kommunen med mindre annet følger av lov eller delegasjonsvedtak, jf. kommuneloven § 6. Administrative vedtak kan fattes både på politisk nivå (i kommunestyret/ utvalg) og administrativt nivå (i kommuneadministrasjonen).

Dersom flere kommuner inngår samarbeid, kan kommunen opprette eget styre til løsning av fellesoppgaver, og kommunen kan da gi styret myndighet til å treffe avgjørelser om tildeling av enerett, jf. kommuneloven § 27. Hvorvidt det interkommunale selskapet har fått tildelt kompetanse til å tildele enerett til et annet offentligrettslig organ beror på hvilken myndighet det interkommunale selskapet er tillagt etter vedtekter, selskapsavtaler eller eventuelle andre vedtak i deltakerkommunene og deres eierorganer.

Når det gjelder kommunale foretak, er det styret som i utgangspunktet har myndighet til å treffe avgjørelser i saker som gjelder foretaket eller dets virksomhet, jf. kommunelovens § 67. Unntak gjelder der vedtektene til det kommunale foretak fastsetter at vedtaket må godkjennes av kommunestyret, jf. lovens § 69. Hvorvidt det kommunale foretaket har kompetanse til å tildele enerett, må derimot vurderes konkret.

Oppsummeringsvis er det tilstrekkelig at det enkelte kommunestyre har delegert kompetansen til et organ utenfor kommunestyret, og at vedkommende med kompetanse i henhold til eksempelvis vedtekter, selskapsavtaler og/eller konkrete delegasjonsvedtak har fått kompetanse til å tildele slik enerett.

Det er derfor fullt mulig for en kommune som ikke er med i et interkommunalt samarbeidende selskap, å gi dette selskapet enerett til å utføre et sett nærmere definerte oppgaver for denne kommunen. Oppgavene kan også gis til en annen kommune, eller en annen kommunes KF. Dette kan for eksempel være aktuelt dersom den aktuelle kommunen ikke selv er i besittelse av den nødvendige kunnskapen eller har tilstrekkelig med ansatte som er i stand til å utføre disse oppgavene.

Det er videre et krav om at tildelingsvedtaket må være klart, konsist og tydelig avgrenset med hensyn til hvilke tjenester eneretten skal gjelde.

4.4.3 Kunngjøring

Hvordan offentliggjøring skal skje, sier ikke forskriften noe om. I Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til anskaffelsesregelverket (2006) er det uttalt at eneretten må være objektivt konstaterbar; den kan for eksempel ikke bare være nedfelt i en privatrettslig avtale mellom to offentlige arbeidsgivere. Eneretten må offentliggjøres, og må være klart definert og avgrenset.

Vi antar at det ikke er nødvendig å kunngjøre det administrative vedtaket i Norsk Lovtidend, men at det i samsvar med departementets veileder må være tilstrekkelig å kunngjøre vedtaket på et sted som er offentlig tilgjengelig, for eksempel på kommunens hjemmeside på internett.

4.5 Tildelingen må være i samsvar med EØS-reglene

Den viktigste og vanskeligste avgrensningen av tilfeller hvor det er tillatt å tildele enerett, er vilkåret om at tildelingen må være i samsvar med EØS-reglene. Som nevnt vil denne vurderingen et stykke på vei være sammenfallende med vurderingen av om tjenesten skal sikre allmennhetens behov i tilknytning til spørsmålet om tildelingen skjer til et annet offentligrettslig organ, som nevnt ovenfor.

At eneretten må være i samsvar med EØS-avtalen, medfører at eneretten må være i samsvar med de alminnelige reglene i EØS-avtalen, herunder forbudet mot diskriminering på grunn av nasjonalitet i artikkel 4, fri bevegelighet av tjenester i artikkel 36 til 39 samt konkurransereglene i del IV. I tillegg må eneretten være i samsvar med de prinsippene som kan utledes av EØS-avtalen.

I kravet til at tildeling av enerett må være i samsvar med EØS-reglene ligger det at eneretten må kunne begrunnes i:

- tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungveieende til at de går foran hensynet til den frie bevegeligheten av tjenester, og
- at tildeling av enerett er nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene, og at målene ikke kan nås med andre og mindre inngripende midler.

Spørsmålet er således om det foreligger slike allmenne hensyn som tilsier at kommunene har adgang til å tildele enerett til offentligrettslige selskaper eller til en annen kommune, for utføring av oppgaver innenfor VA-sektoren. Det må foretas en konkret vurdering i forhold til de enkelte tjenestene som det er aktuelt å tildele enerett for, se nærmere nedenfor under punkt 5.

Som eksempler på formål som EF-domstolen generelt har anerkjent som allmenne hensyn som kan begrunne begrensninger i adgangen til fri bevegelse av tjenester, er nevnt beskyttelse av miljøet og hensyn som går inn under offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen.

I Arnhem-dommen av 29. oktober 1996. (C-360/96) var saksforholdet at kommunene Arnhem og Rheden, heretter kalt kommunene, i 1994 stiftet et aksjeselskap betegnet ARA, og overlot til dette en rekke lovpålagte oppgaver, med hensyn til avfallshåndtering og renovasjon. I følge selskapets vedtekter kunne aksjonærene i selskapet kun være offentligrettslige juridiske personer, eller selskaper hvor minst 90 % av kapitalandelene var på slike selskapers hånd.

Mens ARA opprinnelig utførte alle oppgaver i tilknytning til innsamling av husholdningsavfall, industrielt avfall og renovasjon, ble disse oppgavene senere delt mellom selskapet og aksjeselskapet Aracom, som fikk overdratt oppgaven med å samle inn industriavfall. Det ble videre stiftet et holdingselskap, ARA Holding NV, som var innehaver av kapitalen i de to selskapene.

BFI, som var et privat selskap som arbeidet med innsamling og behandling av husholdningsavfall og industrielt avfall, anla sak for nederlandske domstoler med krav om at direktiv 92/50 fant anvendelse på tildelingen av kontrakten til ARA, slik at det skulle ha vært avholdt anbudskonkurranse om utførelsen av de aktuelle oppgavene.

EF-domstolen fant at det ikke kunne bestrides at fjerning og behandling av husholdningsavfall kunne anses for å høre til allmennhetens behov. Det ble gitt uttrykk for at siden det var mulig at oppfyllelsen av disse oppgavene i den grad som var nødvendig av hensyn til folkehelsen og hensynet til miljøet, ikke kunne oppnås i tilstrekkelig grad fra private aktører på dette markedet, måtte denne type aktiviteter høre til dem en stat kunne beslutte at offentlige myndigheter skulle stå for, jf. premiss 52

Generelt vil vi anta at hensynet til å sikre leveranser av vann og tilfredsstillende sanitærforhold knyttet til avløpstjenester kan betraktes som tjenester som skal sikre allmennhetens behov og at disse hensynene langt på vei kan likestilles med de miljøhensyn EU-domstolen finner tilstrekkelig tungtveiende for tildeling av enerett, i tillegg til at hensynene skal sikre viktige beredskapsbehov.

5. Avveiningen av de allmenne hensynene for de aktuelle tjenestene mot EØS-reglene, samt nødvendighetskravet

5.1 Innledning - generelle betraktninger

Hvorvidt det foreligger tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran hensynet til den frie bevegelsen av tjenester, og at tildeling av enerett er nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene, vil blant annet avhenge av hvor viktig det er for det offentlige å ha kontroll med utførelsen av tjenestene. I denne sammenheng er det av betydning at selv om private selskaper under ordinære forhold vil kunne ivareta kommunens/innbyggernes behov for de aktuelle vann- og avløpstjenestene, må det tas i betraktning at slike anlegg må kunne driftes og vedlikeholdes også i krisesituasjoner, og uavhengig av eiers/drifters økonomiske status og profesjonalitet.

De konsekvenser en konkurs kan få for driften dersom det er private selskaper som utfører den aktuelle tjenesten, kan i det konkrete tilfelle for eksempel tilsi at anleggene ut fra en sikkerhetsvurdering bør være i offentlig kommunalt eie og at det må være adgang for de kommuner som ønsker dette å tildele enerett for kritiske driftsoppgaver til et annet offentligrettslig organ, i stedet for å overlate driften til private.

I NOU 2006:6 s. 123 (Infrastrukturutvalgets vurderinger) pekes det på at det av kostnadmessige grunner vil være uaktuelt å bygge ut konkurrerende infrastruktur for vann og avløp i den enkelte kommune/forsyningsområde. VA-tjenestene fremstår derfor som naturlige monopolvirksomheter, og man vil vanskelig kunne oppnå reell konkurranse om slike tjenester, noe som normalt er det viktigste argumentet for privatisering. I valget mellom offentlig monopol og privat monopol, er det således, slik utvalget ser det, mye som taler for offentlig eierskap til VA-infrastrukturen, og dette blir også anbefalt. Hovedbegrunnelsen som gis for lovregulert offentlig eierskap i NOU 2006:6, er at det ikke anses som mulig å regulere sikkerhet og kvalitet på tjenesten tilfredsstillende ovenfor private eiere, pga at norske VA-virksomheter er svært mange og lite homogene. Videre vil det være en utfordring å regulere

private eieres investeringer i et 50-100 års perspektiv, som anses for å være en nødvendig investeringshorisont.

Det understrekes imidlertid i siste avsnitt i spalte 2 på s. 123 i NOU'en følgende:

"Det er viktig å presisere skillet mellom eierskap og drift. Forutsatt at man kan lykkes i å avtaleregulere tjenestekvalitet, sikkerhet og beredskap tilfredsstillende, vil det ikke være noe prinsipielt i veien for at konkurranseutsetting av driftsoppgaver fortsatt skal være tillatt."

Selv om utvalget åpner for at driften av VA-anlegg kan settes ut til private, er det ikke dermed sagt at kommunene ikke kan ha tilstrekkelige grunner for å overlate driften av slike anlegg til et annet offentligrettslig organ. Som nevnt skal det offentlige tilby sine tjenester til selvkost, i motsetning til private eide VA-virksomheter, som ikke er pålagt selvkostprinsippet. For private VA-tjenester gjelder utgangspunktet avtalefrihet, med de begrensninger avtaleloven fastsetter.

5.2 Vannforsyning (produksjon og distribusjon av vann)

5.2.1 Kan enerett begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?

Vannforsyning, som ikke er en lovpålagt oppgave, er etter det opplyste å betrakte som den mest kritiske faktor med hensyn til leveringssikkerhet, og faktisk enda mer kritisk enn avløp. I NOU 2006:6 under pkt. 10.4 på s. 120 til s. 126, sies følgende:

"Erfaringer fra hendelser der vannforsyningen har sviktet, viser at de største problemene oppstår som følge av vannmangel til hygieniske formål. Dersom man ikke lenger har vann til å skylle ned i toalettene, vil både byer/tettsteder og de enkelte virksomheter lammes. Det blir også raskt kritisk dersom man ikke har vann til kroppsvask, særlig for pleietrengende. Sykehus er eksempel på virksomheter som er avhengige av kontinuerlige tilførsler av rent vann."

Næringsmiddelindustrien er avhengig av rent vann og nok vann i sin produksjon. Hotell- og utelivsbransjen vil måtte stenge etter kort tid som følge av stans i vannforsyningen. Brannvesenet og virksomheter som baserer sitt brannvern på sprinkling, vil få åpenbare problemer dersom vannleveransene svikter under en brann, særlig ved større branner der det ikke foreligger naturlige vannkilder rett i nærheten."

Konsekvensene ved forurenset drikkevann omtales nærmere på s. 121 i utredningen, første spalte:

"Hvis drikkevannet er forurenset og når ut til abonnentene før man er klar over sykdommen, vil utbrudd av vannbårne sykdommer kunne ramme enkeltindivider og

samfunnet tungt. Et nylig eksempel på det er parasittutbruddet i Bergen høsten 2004 med 1400 syke, som følge av at drikkevannet en periode var forurensset med parasitten Giardia, og vannbehandlingen på vannverket på det tidspunktet ikke var egnet til å uskadeliggjøre parasitter.”

Slik utvalget ser det, er det mest kritiske scenariet med tanke på vann- og avløpssektorens funksjonsdyktighet, at: (s. 121 første spalte tredje avsnitt)

”vannforsyningen svikter slik at man ikke får spylt ned i toalettene. En annen form for kritisk situasjon kan oppstå dersom avløpssystemet skulle bli fylt med eksplosive eller giftige gasser, med risiko for eksplosjoner, branner eller forgiftning i bygningene som er tilknyttet avløpssystemet. Et tredje tenkelig scenario er at større transportsystemer eller renseanlegg for avløpsvann blir satt ut av funksjon, noe som vil kunne føre til forurensende drikkevannskilder og uakseptable hygieniske tilstander i nærområdet for utslippet. I og med at vann- og avløpsledninger av praktiske og økonomiske grunner ligger i samme grøft, vil dessuten hendelser på avløpsnettets eller generelt forfall med forurensnings som resultat, kunne påvirke drikkevannskvaliteten ved reparasjoner eller ved kortvarige trykkfall i vannledningene.”

Da det senhøstes 2007 ble stilt spørsmål om vannkvaliteten på vannforsyningen for store deler av Oslo, fikk vi demonstrert hvordan svikt i vannforsyningen raskt kan føre til kriser.

Brannvern er også et beredskapshensyn som underbygger behovet for leveringssikkerhet for vannleveranser. De spesielle krav som stilles til kommunene i forhold til å sørge for at det til enhver tid er tilstrekkelig vann til brannslukking, er også et tungveieende argument for at kommunene må ha anledning til å tildele disse oppgavene med produksjon og distribusjon av vann som en enerett til et kommunalt eid IKS eller AS, for å være sikre på å ha full kontroll over situasjonen til enhver tid.

Selv om situasjonen kan være at store og profesjonelle private vann- og avløpsselskaper kan tilby driftstjenester i det daglige på en fult ut tilfredsstillende måte, og etter omstendighetene eventuelt på en bedre måte enn hva det offentlige kan tilby, vil likevel beredskapshensyn og kontroll med vannforsyningen kunne tilsi et behov for å la slike tjenester utføres i det offentliges regi.

Vi vil derfor på denne bakgrunn konkludere med at det må sies å kunne foreligge særlige og tungtveieende behov for at tildeling av enerett bør kunne skje til en annen offentlig oppdragsgiver hva gjelder produksjon og distribusjon av vann.

5.2.2 Er enerett nødvendig for å ivareta hensynene?

Vi ser det også slik at de særlige grunnene som nevnt ikke kan ivaretas på andre mindre inngripende måter på dette området, som følge av konsekvensene av en svikt her, og for å

være best mulig rustet til å håndtere følgende av en omfattende svikt, dersom dette først skulle inntreffe.

Dersom kommunale vannverkseiere blir tvunget til å konkurransesette denne type tjenester, med den følge at private aktører vinner den utlyste anbudskonkurransen, er det en nærliggende fare for at kommunen vil bli tappet for nødvendig teknisk kompetanse til å ivareta sine forpliktelser etter loven. Reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven medfører også at aktuelle fagpersoner i den kommunale organisasjon i slike tilfeller ofte "blir med på lasset" til den private virksomhet som skulle vinne frem med sitt tilbud. Dette vil klart svekke kommunenes evne til å etterleve sine forpliktelser under kriser og katastrofer i fredstid og ved krig, eller hvis private drivere skulle svikte.

Dertil kommer at kommunene av hensyn til terror- og sabotasjeaksjoner mot kritisk infrastruktur kan ha en egen interesse av å holde skjult vital informasjon om beliggenheten av høydebasseng, pumpestasjoner, renseanlegg og sentrale overføringsledninger. Hvis infrastrukturen skulle bli rammet/satt ut av spill ved en bevisst handling, vil det få store konsekvenser for vannforsyningen i det aktuelle området.

Vi vil derfor anta at sterke samfunnsmessige hensyn taler for at tildeling av enerett til et annet offentligrettslig organ på området vannforsyning vil kunne være i samsvar med EØS-avtalen, og at det ikke er sannsynliggjort at disse hensynene kan ivaretas i tilstrekkelig grad ved bruk av mindre inngripende metoder, som for eksempel ved å innta krav om sikkerhet og beredskap i de private driftsavtalene.

5.3 Avløpshåndtering (opsamling, transport og rensing av avløpsvann)

5.3.1 Kan enerett begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?

På de områder hvor kommunen har anlagt avløpsledninger, eller har overtatt ledningsnett for avløp i medhold av pbl § 67, eller for øvrig har overtatt ledningsnett ved avtale eller ekspropriasjon, har kommunen et lovpålagt ansvar for drift og vedlikehold i medhold av forurensningsloven § 24 første ledd.

Det samme gjelder for private avløpsnett, der den kommunale forurensningsmyndigheten har bestemt at kommunen skal være ansvarlig, jf. forurensningsloven § 24 annet ledd.

Krav til utslipp av kommunalt avløpsvann fra større tettbebyggelser med samlet utslipp større eller lik 2000 pe til ferskvann eller 10.000 pe til sjø, er regulert i forurensningsforskriften fra 1. juni 2004 kapittel 14. Krav til utførelse av avløpsanlegg er dessuten nærmere regulert i forurensningsloven § 22.

Utbyggingen av offentlige renseanlegg og ledningsnett blir i stor grad utført av private aktører, mens forvaltningsoppgavene og driftsoppgavene normalt skjer i regi av kommunene

og VA-virksomhetene selv. Det kan også forekomme at drift av avløpsrenseanlegg konkurransen utsettes, men dette har ikke vært vanlig i Norge frem til i dag. Et unntak er utsettingen av byggingen og videre driftskontrakt for Bekkelaget renseanlegg, der det ved åpningen av det nyombygde anlegget i oktober 2001 ble inngått en driftskontrakt med varighet på 15 år med BEVAS (Bekkelaget Vann AS).

BEVAS var tidligere heleid av engelske Anglian Water Group (AWG), men ble i mai 2005 solgt til Läckeby Water Group (LWG) AB, med hovedkontor i Läckeby, Sverige. Bekkelaget renseanlegg er det eneste av de større renseanleggene i Norge som er privat drevet.

Bekkelaget Vann AS er gjennom driftsavtalen satt til å forvalte utslippskonsesjonen fra Bekkelaget renseanlegg og tilhørende tunnelsystem fra 1. mars 1994, mens det er Oslo kommune ved Vann- og avløpsetaten som er juridisk ansvarlig for overholdelse overfor Fylkesmannen i Oslo og Akershus. I 2006 behandlet Bekkelaget RA 41,6 millioner kubikkmeter avløpsvann

På dette området er det behov for en sterk styring med slike anlegg pga de konsekvensene svikt i avløpssystemet vil kunne få for miljøet og for folks helse. Det mest nærliggende er å peke på de utslipp som går i sjøen etter at avløpsvannet er renset i et renseanlegg eller de overløp som går urensset til resipient ved store nedbørsmengder.

Selv om private aktører etter omstendighetene vil kunne tilby tjenester på en fullt ut tilfredsstillende måte, vil likevel behovet for offentlig styring og kontroll i forhold til helse og miljø kunne tilsi at driften av avløps- og renseanlegg og lignende utføres av offentlige virksomheter.

På denne bakgrunn konkluderes det med at det vil kunne foreligge tilstrekkelig særlige og tungtveiende behov for tildeling av enerett hva gjelder avløpshåndtering.

5.3.2 Er enerett nødvendig for å ivareta hensynene?

Det fremgår av Ot. prp. nr. 11 til forurensningsloven på s. 129 at departementet i forbindelse med vedtagelsen av bestemmelsen i forurensningsloven § 24 om drift og vedlikehold av avløpsanlegg vurderte om kommunen burde stå ansvarlig for alle avløpsanlegg. Departementet kom til slutt til at kommunene ikke burde pålegges et så omfattende ansvar i lovs form. Dette skulle heller reguleres gjennom utslippstillatelser. Det ble i den forbindelse uttalt:

”utbygging av anlegg for sanitært avløpsvann bør i utgangspunktet være en offentlig oppgave. Tillatelse til private anlegg bør bare unntaksvis gis, og det må da være en selvfølgelig forutsetning at hensynet til drift og vedlikehold er tilstrekkelig sikret.”

Hensynet til å kunne bevare offentlig fagkompetanse og ekspertise på dette feltet bør etter vår vurdering anses for å være tilstrekkelig særlige grunner, selv om det ikke dreier seg om egne ressurser og etater.

For tjenester som bl.a. avløpshåndtering, vil beredskapshensyn også være sentrale. Det kan argumenteres for at en offentlig virksomhet ofte rent faktisk vil ha større fokus på oppgaver knyttet til beredskapshensyn, da denne type tiltak koster penger og dermed lett kan komme til å bli en salderingspost i private selskap, fordi fortjenestemarginene alltid blir presset ved denne type tiltak.

Det vil også være en fare for at dersom det først inntreffer en beredskapssituasjon, enten dette er i fredstid eller ved en krig, så vil det private driftsselskapet reservere seg for ansvar, under henvisning til at det foreligger en force majeure situasjon, som selskapet ikke har ansvar for. I verste fall kan det oppstå uenighet mellom selskapet, kommunen og beredskapsmyndigheter som medfører at selskapet kaster kortene og trekker seg ut, eller begjærer oppbud, dersom det ser at forpliktelsene vil overstige selskapets inntekter.

Etter en samlet vurdering har vi derfor konkludert med at det også på avløpssiden foreligger tunge samfunnsmessige hensyn som tilsier at kommunene må være berettiget til å monopolisere ansvaret for avløpshåndteringen på det offentliges hånd. Dette ikke minst for å sikre at det offentlige beholder den nødvendige kompetanse og kjennskap til anlegg og drift.

Selv om private driftsoperatører under normale forhold er i stand til å utføre denne type oppgaver på lik linje med det offentlige, må hensynet til konsekvensene under krise- og nødssituasjoner tilsi at de særlige grunnene som foreligger ikke nødvendigvis kan ivaretas på andre og mindre inngripende måter, for eksempel gjennom krav til ivaretagelse av beredskapshensyn i den enkelte kontrakt.

Vi konkluderer derfor med at tildelingen av enerett til et offentlig organ også når det gjelder avløpshåndtering vil kunne være i samsvar med EØS-reglene, og dermed kan gjøres i tråd med unntaket i anskaffelsesforskriften § 1-3(2) h.

5.4 Slamhåndtering (behandling og disponering)

5.4.1 Kan eneretten begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?

Etter at avløpsvannet er rensert og ført tilbake til sjø, elv eller annen resipient, blir det igjen et tørrstoff som kalles slam.

De nærmere reglene om slamhåndtering fremgår av forskrift om gjødselvarer m.v. av organisk opphav av 4. juli 2003 nr. 951.

Formålet med forskriften er å sikre tilfredsstillende kvalitet på produkter som omfattes av forskriften, forebygge forurensningsmessige, helsemessige og hygieniske ulemper ved tilvirkning, lagring og bruk av gjødselvarer mv. av organisk opphav og legge til rette for at disse produktene kan utnyttes som en ressurs. Det fremgår av forskriftens § 2 at den også omfatter både avløpslam og vannverksslam.

Forskriften oppstiller i § 10 nr. 3 blant annet krav om at produkter og bruken av dem ikke skal medføre fare for overføring av sykdomssmitte til mennesker, dyr og planter. Produktene skal ikke inneholde salmonellabakterier eller ineffektive parasittegg, og innholdet av temotolerante koliforme bakterier skal være mindre enn 2500 pr. gram tørrstoff (TS). Det stilles også krav til stedet hvor avløpslam kan lagres. Det fremgår av forskriftens § 18, 1. ledd at:

”anlegg for husdyrhold og lagring av husdyrgjødsel/avløpslam må ikke plasseres på flomutsatte områder eller så nære vassdrag, brønn eller annet vannforsyningssystem at det blir fare for forurensning.”

Det er vanlig at avløpsverkene inngår avtaler om gratis tilkjøring av avløpslam til bønder, firmaer som leverer matjord og andre som trenger avløpslam til jordforbedring. Det foreligger som nevnt en rekke begrensninger på adgangen til å disponere slammet fritt, herunder bl.a. forbudet mot å spre gjødselvarer på snødekket eller frossen mark, dvs. at spredning kun er tillatt i perioden 15. februar til 1. november.

Et hensyn som taler for at kommunene bør ha anledning til å tildele enerett på dette området til et annet offentligrettslig organ, er således det relativt strenge ansvaret kommunen som slamprodusent vil ha for skade ved feil behandling eller disponering av slammet, selv om dette overlates til en selvstendig oppdragstager som har påtatt seg ansvaret slammet.

Vi heller derfor til at det foreligger tilstrekkelig behov for at slambehandling og –disponering kan tildeles et annet offentligrettslig organ som enerett.

5.4.2 Er enerett nødvendig for å ivareta hensynene?

Det vises her til Rt. 1967 s. 687. Saksforholdet var her at en person som kommunen hadde engasjert til å tømme privetene i en av kommunens leiegårder hadde tømt privetinnholdet rett i en bekk. Dette medførte at en eiendom som hadde denne som rentvannskilde fikk skade på sitt kyllingoppdrett og ørretklekkeri.

Høyesterett fant at leiegårdsstyrets formann, som på kommunens vegne inngikk avtale med den selvstendige oppdragstakeren, ikke bare hadde en sterk oppfordring til å gjøre ham kjent med helseforskriftene i Lier, som hadde klare bestemmelser for hvordan privetinnhold skulle håndteres og deponeres, men også til å presisere at forskriftene måtte følges og til så langt som det var mulig å sikre at de ble fulgt. Dette kunne for eksempel gjøres, ved å sette som

vilkår for betalingen, at det ble dokumentert at massen var anbrakt på en måte som kunne godtas etter forskriften.

Dommen viser at kommunens risiko ved å overlate til private å forestå slamhåndteringen til en viss grad kan elimineres ved å stille relevante krav i en evt. rammeavtale, herunder at plikten til betaling er avhengig av at det kan dokumenteres at slammet har blitt håndtert forsvarlig og i henhold til gjeldende krav i slamforskriften.

I den grad det imidlertid er nødvendig å tildele enerett til visse større offentlige regionale anlegg for behandling og/eller disponering av slam, herunder forbrenning, for at etablering og drift av disse skal være regningssvarende, vil det kunne foreligge en tilsvarende rettslig situasjon som i EU-domstolens avgjørelse 23. mai 2000 (C-209/98) vedrørende Sydhavnens Sten & Grus, som gjaldt gjenvinning av bygge- og anleggsavfall. Her ble tildelingen av enerett godtatt under henvisning til EU-traktatens artikkel 90 som nødvendig for å kunne utføre oppgaver som ble ansett for å ha en alminnelig økonomisk interesse innenfor økonomisk akseptable vilkår.

På den bakgrunn antar vi at vilkårene for tildeling av enerett for slambehandling og -disponering vil være oppfylt.

5.5 Forvaltning, drift og vedlikeholdsoppgaver, herunder spesialiserte tjenester som gebyrfakturering, lekkasjesøking m.v.

5.5.1 Kan eneretten begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?

Kommunene har i utgangspunktet et lovpålagt ansvar for drift og vedlikehold av avløpsanlegg som er kommunalt eid etter forurensningsloven § 24. Når det gjelder drift- og vedlikeholdsoppgaver i tilknytning til behandlingsanlegg og ledningsnett for vann- og avløp herunder distribusjonsnett, gjør de samme hensynene seg gjeldende som for avløpshåndtering omhandlet i pkt. 5.3. Vi snakker da om totalansvaret for drift og vedlikehold, ikke deler av det. Konsekvensene ved svikt i utførelsen av disse oppgavene kan bli dramatiske, og dette tilsier at kommunene må ha anledning til å kunne bestemme at disse oppgavene skal utføres av særskilt kompetent personale som måtte finnes i det offentlige, og at disse må få tildelt en enerett for å hindre slike hendelser så langt som mulig. Herunder må kunne tas hensyn til den interesse kommunene vil ha i å holde kunnskapsressurser på disse felter samlet og ved like.

Enkelte kommuner eller interkommunale selskaper opparbeider seg spesiell kompetanse innenfor visse tjenesteområder, som f. eksempel ulike ledningstjenester som TV-kjøring, lekkasjelytting eller i tilknytning til gebyrfakturering etc.

Det kan også være at ledig kapasitet innenfor disse virksomhetsfelt, som ønskes utnyttet bedre over et større geografisk område ved at den aktuelle kommune eller IKS ønsker å tilby

slike tjenester til tilgrensende kommuner og til IKS'er, som ikke selv har tilstrekkelig kapasitet eller kompetanse til denne type oppdrag.

Vi konkluderer så langt med at det foreligger tilstrekkelig behov for at nevnte FDV-tjenester bør kunne tildeles som enerett til et annet offentligrettslig organ som en del av og sammen med totalansvaret for drift av vann- og avløpstjenestene eller som en del av totalansvaret for drift og vedlikehold av ledningsnett, fordi det vil være unaturlig å skille tjenestene.

I den utstrekning det eventuelt er snakk om tildeling av enerett for bare enkelte av disse tjenester, må vi imidlertid trekke den motsatte konklusjon, ut fra en vurdering av at konsekvensene ved en svikt i utførelsen av enkelte av oppgavene, f. eks. TV-kjøring, lekkasjelytting, fakturering osv. er begrenset. Det finnes også private som helt eller delvis er i stand til å utføre denne type oppgaver, og dette er områder som - hvis de ses separat - egner seg godt for konkurranseutsetting. De nødvendige krav til kvaliteten i gjennomføringen av disse tjenestene antas å kunne inntas i aktuelle rammeavtaler med tjenesteyterne. Noen plikt til å skille ut disse enkeltdeler fra en overordnet drifts- og vedlikeholdsavtale kan det imidlertid ikke være.

På samme måte som for laboratorietjenestene, se pkt. 5.7, har vi vanskelig for å se at tildelingen av enerett på disse områder enkeltvis kan forsvares ut fra tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de kan gå foran hensynet til den frie bevegeligheten av tjenester.

Her kan dessuten kommunene gjennom deltakelse i et IKS, eller gjennom å formalisere samarbeidet i form av dannelse av et selskap etter kommunelovens § 27, løse disse oppgavene innenfor det geografiske området IKS-et representerer, uten å anbudsutsette etter reglene om egenregi.

Dertil kommer at kommunene gjennom å innta klare kontraktsbestemmelser i de rammeavtaler som inngås, kan hensynta behovet for denne type tjenester, også slike som må foregå på natten som for eksempel lekkasjelytting.

Hensynet til beredskap og konkurs hos tjenesteyteren er ikke her like tungtveiende som påpekt ovenfor under pkt. 5.2.2 og pkt. 5.3.2, da konsekvensene ved en svikt fra leverandørens side må antas å bli vesentlig mindre vidtrekkende på dette området.

Hva særskilt gjelder gebyrfakturering, kan det reises spørsmål ved om dette er å anse som myndighetsutøvelse som av den grunn er unntatt fra lov om offentlige anskaffelser som kun gjelder for bygge- og anleggskontrakter og vare- og tjenestekjøp.

Vi ser det slik at selve myndighetsutøvelsen kun består i å fastsette den lokale forskriften i medhold av lov om vass- og kloakkavgiftsloven § 3 og den sentrale rammeforskrifter for

beregning av kommunale vann- og avløpsgebyrer i forurensningsforskriften kapittel 16, samt de enkeltvedtak som blir fattet i medhold av den lokale forskriften.

Det etterfølgende arbeidet med å innkreve avgiften, kan ikke anses som myndighetsutøvelse, men mer som en støttetjeneste for kommunen i etterkant knyttet til innfordringsprosessen. Annerledes vil det stille seg dersom det blir klaget på avgiftsberegningen.

I sistnevnte tilfelle vil behandlingen av klagen bli ansett for å utgjøre myndighetsutøvelse, som det må overlates til den enkelte kommune å ta stilling til, eventuelt til en vertskommune med hjemmel i kommuneloven § 28 a.

Faktureringstjenesten må kunne tildeles i enerett sammen med vann- og avløpshåndtering og som en integrert del av dette, men ikke alene. Det kan ikke anføres tilstrekkelig tungtveiende allmenne hensyn i forhold til tildeling av enerett til utelukkende fakturering.

5.6 Utrednings- og prosjekteringstjenester (prosjektledelse, prosjektering av anlegg, anbudsinnhenting, hovedplaner m.v.)

5.6.1 Kan enerett begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?

Utarbeidelse av hovedplaner for vann og avløp kan sees på som en del av den offentlige myndighetsutøvelsen. Kommunalplanlegging for utviklingen i kommunen og retningslinjer for sektorenes planlegging, er hjemlet i plan- og bygningsloven § 20-1. Interkommunalt plansamarbeid er særskilt hjemlet i § 20-3.

Planlegging av nye vannkilder bør blant annet forankres i kommunens langsiktige plan. Det samme gjelder vesentlige utvidelser av og fornyelsesplaner for eksisterende VA-anlegg. På samme måte som for planlegging av kommunal vannforsyning, vil det være behov for å planlegge større rehabiliteringstiltak på avløpsnett, samt planlegge lokalisering for fremtidige anlegg for rensing av avløpsvann.

Det er også hjemmel for fylkesplanlegging i pbl. § 19-1. Fylkesplanen skal ta opp spørsmål av regional betydning. Særlig bør den vurdere behovet for samarbeid om vannforsyning mellom flere kommuner eller flere vannverk, ta opp spørsmål om sikring av fremtidige drikkevannskilder av regional betydning. Det foreligger bl.a. eksempel på at det i fylkesdelplan er bestemt at en bestemt innsjø for fremtiden skal være regionens drikkevannskilde, nærmere bestemt i fylkesdelplanen for vannforsyningen på Romerike, der det ble lagt til grunn at Hurdalssjøen skulle være hovedkilde for Øvre Romerike Vannverk for fremtiden (Univann).

Så lenge det er tale om utførelse av lovpålagte oppgaver og om myndighetsutøvelse, gir kommuneloven §§ 28 a – 28 k, hjemmel for å tildele de aktuelle oppgavene fra en kommune til en vertskommune. Bestemmelsen i kommuneloven § 28 a lyder som følger:

”1. En kommune kan overlate utførelsen av lovpålagte oppgaver, herunder delegere myndighet til å treffe vedtak som omtalt i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a (offentlig myndighetsutøvelse) til en vertskommune etter §§ 28 b og 28 c hvis den aktuelle lov ikke er til hinder for det.

2. Bestemmelsen i nr. 1 gjelder tilsvarende for fylkeskommuner.”

Lovens § 28 a gir kun den skranke at det ikke kan delegeres oppgaver eller myndighet til å treffe avgjørelser etter delegert myndighet fra samarbeidskommunen i enkeltsaker eller typer av saker som er av prinsipiell betydning.

Av forarbeidene til bestemmelsen fremgår det på s. 8 i Ot. prp. nr. 95 til endringer i kommuneloven 2005-2006, at interkommunalt samarbeid om den delen av virksomheten til kommunene som er av forretningsmessig karakter, ble vurdert som tilfredsstillende regulert gjennom adgangen til å etablere selskap og foretak, mens man ønsket å åpne for flere samarbeidsmuligheter enn det kommuneloven § 27 gir for interkommunalt samarbeide om tradisjonelle forvaltningsoppgaver og offentlig myndighetsutøvelse.

Det er i Innst. O. nr. 21 (2006-2007) på s. 10 vist til at det ikke blir foreslått spesialregulering av offentlig innkjøp eller av offentlig støtte i proposisjonen og at dette innebærer at EØS-avtalen og de allmenne nasjonale reglene vil være avgjørende på begge områdene.

Selv om utarbeidelse av hovedplaner for vannforsyning er en lovpålagt oppgave for kommunene etter plan- og bygningslovens regler, kan ikke tilretteleggelse av grunnlaget for kommunens vedtagelse av planen, anses for å være myndighetsutøvelse som er unntatt fra anskaffelseslovens § 3 sitt virkeområde.

Det er ikke uvanlig at slike oppgaver, settes ut til private konsulenter med kompetanse på det aktuelle området i dag, og det foreligger heller ikke tungveiende grunner for at kommunene, hvis de selv ikke kan utføre arbeidet i egenregi, bør ha anledning til å fravike hovedregelen om at enhver anskaffelse bør baseres på konkurranse i dette tilfelle utover den frihet som tilligger kommunen i å utarbeide slike planer selv, eller kjøpe tjenesten fra et interkommunalt selskap det selv er medlem i (egenregi).

På denne bakgrunn konkluderes det med at unntaket for tildeling av enerett ikke kan anvendes for utrednings- og prosjekteringstjenester som nevnt.

5.7 Laboratorietjenester

5.7.1 Kan enerett begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?

Utviklingen på laboratoriemarkedet er omhandlet i NOU 2006:6 – ”Når sikkerhet er viktigst”, på s. 125 første spalte nest siste avsnitt. Det gis her uttrykk for at det kan være grunn til å frykte for at de beredskapsmessige aspektene ikke blir godt nok ivaretatt ved den omstrukturering og sentralisering som er følgene av økt priskonkurransen. Utvalget er av den oppfatning at det er viktig at Mattilsynet følger nøye med på utviklingen på laboratorieområdet og går inn med statlige virkemidler dersom de beredskapsmessige hensyn innen vannforsyningssektoren ikke blir godt nok ivaretatt i et fullt ut konkurranseeksponert marked.

Det kan derfor være at det ut fra de gitte omstendigheter kan påvises særlige behov for tildeling av enerett. Vi har imidlertid som nevnt nedenfor kommet til at tildeling av enerett normalt ikke vil være nødvendig for å ivareta de særlige behovene.

5.7.2 Er enerett nødvendig for å ivareta hensynene?

Dette området har vært utsatt for konkurranseutsetting i de senere årene, med den konsekvens at mange av de lokale laboratoriene, ikke har nådd opp i konkurransen og derfor har blitt kjøpt opp eller står i fare for å bli lagt ned.

I den grad kommunene anser det som viktig å ha et offentlig lokalt laboratorium til rådighet, spesielt for denne type situasjoner, har den i medhold av reglene om egenregi full anledning til å ha sitt eget laboratorium, slik for eksempel Oslo kommune v/Vann- og avløpsetaten har, eller at det interkommunale selskapet som kommunen er medlem i, har et slikt laboratorium.

Så lenge de aktuelle brukere av et slikt laboratorium er medlemmer i det interkommunale selskapet, vil dette kunne unntas fra plikten til å avholde anbudskonkurranse etter reglene om egenregi.

Det kan spørres om ikke det samme må gjelde der det er opprettet et eget selskap som ikke har blitt formalisert som et interkommunalt selskap etter lov om interkommunale selskap, men skjer i form av et interkommunalt samarbeide etter kommunelovens § 27, som gir hjemmel for at to eller flere kommuner, to eller flere fylkeskommuner, eller en eller flere kommuner og en eller flere fylkeskommuner, kan opprette et eget styre til løsning av felles oppgaver. Dette er blant annet lagt til grunn av kommunaldepartementet i Ot. prp. nr. 95 (2005-2006) på s. 129 der forholdet til lov om offentlige innkjøp blir drøftet nærmere.

Konkurransetilsynet uttalte i sin høringsuttalelse til forslaget, referert i Ot. prp. nr. 95 på s. 131 at grensen for hvilken del av virksomheten som har et ”forretningsmessig preg” har vært i stadig bevegelse de senere årene. Bortsett fra den myndighetsutøvelsen som ligger i selve utformingen av vedtak i kommunen, er det få grenser for hvilke deler av

forvaltningsvirksomhet og innbyggerrettede tjenester som ikke kan utføres av private aktører. Dermed kan det aller meste kommunene utfører anses å ha et forretningsmessig preg. Det ble av denne grunn bedt om en nærmere avklaring i forhold til konkurranseregelverket.

Departementet uttaler på s. 133 i proposisjonen at den har blitt stående ved den vurderingen som ble gjort i høringsnotatet på dette punktet, dvs. at det ikke ønsket å spesialregulere dette spørsmålet for "interkommunale samarbeidsordninger". Det uttales avslutningsvis på dette punkt:

"Ei hovedutfordring for kommunane på dette området er at særleg det domstolsskapte unntaket for eigenregi ikkje utan vidare sett klare grenser for når unntaket for eigenregi kan nyttast i interkommunale samarbeidsforhold. Det blir lagt til grunn at ytterlegare avklaring av rettstilstanden vil skje gjennom rettspraksisen til EF-domstolen."

Konklusjonen etter dette er nok at det ikke kan defineres som egenregi, dersom kommunen gir en annen kommune et oppdrag, og dette ikke formaliseres i form av et interkommunalt selskap, der den oppdragsgivende kommune er medlem.

Siden adgangen til å delegere oppgaver til en annen kommune etter kommunelovens § 27, uten at dette formaliseres i et interkommunalt selskap, synes å vike for de begrensninger som finnes i anskaffelsesregelverket, vil adgangen, slik vi ser det, fremdeles være avhengig av at vilkårene for å tildele enerett etter EØS-avtalen er til stede.

Vi kan imidlertid vanskelig se at faren for nedleggelse av lokale laboratorier i seg selv kan være tilstrekkelig til å begrunne tildeling av enerett til prøvetaking og analyser innenfor vann- og avløpsområdet. De behov som måtte foreligge for en rask tilbakemelding på prøver og analyseresultater, og særlig i tilknytning til mistanke om forurenset drikkevann, kan ivaretas gjennom krav om beredskap og responstid i utlyste rammeavtaler på området.

Vi vil derfor konkludere med at det nok neppe foreligger hensyn av en slik vekt at vilkåret for å tildele enerett kan sies å være oppfylt i dette tilfellet.

5.8 Reservevannsforsyning (utveksling av vann gjensidig eller ensidig)

5.8.1 Kan enerett begrunnes i tvingende og tungtveiende hensyn?

En del kommuner har av beredskapsmessige og leveringsmessige årsaker funnet det fornuftig å samarbeide om gjensidig forpliktende vannleveranser til hverandre etter behov. Et eksempel er samarbeidet for reservevannsforsyning mellom Glitrevannverket og Asker kommune som har som målsetting å sikre både Glitrevannverket og Asker kommune en godkjent reservevannsforsyning.

Prosjektet som er betegnet RGA har knyttet to store vannforsyningsområder sammen ved å bygge ca 20 km hovedledninger gjennom kommunene Lier og Asker, samt 3 pumpestasjoner og 2 høydebassenger til et budsjett på i overkant av 400 millioner kroner. De aktuelle anleggsarbeidene har vært utført etter forutgående anbudskonkurranse, mens driften av den enkelte kommunes og vannverks ledningsnett forestås av de respektive kommuner /vannverk selv.

Samarbeidet innebærer de facto at hvis én av kommunene som følge av tørke, eller driftsuhell på deler av eget ledningsnett, har behov for tilførsel av reservevann i kortere eller lengre perioder, vil de øvrige deltakerne i nettet forsyne den aktuelle kommunen med vann gjennom det etablerte ledningsnettet. Det er med andre ord etablert et faktisk monopol. I noen tilfeller vil leverandøren i slike tilfeller ha en eksklusiv rett, der andre forsyningsmuligheter ikke foreligger. I andre tilfelle vil det også være mulig å forsyne samme kommune fra annen kant, for eksempel fra øvrige kommuner som har etablert ledningsnett frem til den aktuelle kommunegrensen.

En slik tjeneste vil sjelden kunne egne seg for konkurranseutsetting da det krever flere års planlegging og betydelige investeringer for å få etablert de nødvendige anlegg. Der det bare finnes én mulighet for leveranse, vil unntaket i anskaffelsesforskriften § 14-4 c kunne benyttes; kunngjøring kan unnlates der det av tekniske grunner bare finnes én leverandør.

Der det unntaksvis er flere muligheter for reservevannsforsyning, er vi av den oppfatning at det på dette området foreligger tilsvarende tungveiende hensyn som under pkt. 5.2 om vannforsyning, for å tillate at enerett på forhånd tildeles én av disse muligheter uten at det kommer i strid med EØS-avtalen, i tråd med det som sies ovenfor .

5.8.2 Er enerett nødvendig for å ivareta hensynene?

Vi kan vanskelig se at en kommune i normaltilfellene kan sikre seg tilstrekkelig mengder reservevann på andre måter, med mindre det skulle være et privat vannverk i området, som er rede til å tilby kommunen tilsvarende kvalitet og mengde. Også dette spørsmål bør kunne gis en tilsvarende vurdering og konklusjon som i forbindelse med vannforsyningen generelt, jf. pkt. 5.2.2 ovenfor.

6. Oppsummering – sjekkliste for når tildeling av enerett kan skje

6.1 Oppsummering av hovedkonklusjoner

6.1.1 Generelt om enerett

-Et sentralt hensyn bak enerettsunntaket er at det må dreie seg om tjenester som en offentlig oppdragsgiver bør ha hånd om fordi det foreligger særlige behov.

-Tildelingen av enerett kan utelukkende skje til en annen offentlig oppdragsgiver. Et annet hensyn bak tildeling av enerett er blant annet at det er mindre betenkelig å gi enerett til en offentlig oppdragsgiver, siden denne selv må følge anskaffelsesforskriften ved sine anskaffelser.

- Eneretten må være klar og avgrenset og fremgå av en kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak. Det er ikke nødvendig å kunngjøre det administrative vedtaket i Norsk Lovtidend; det vil være tilstrekkelig å kunngjøre vedtaket på et sted som er offentlig tilgjengelig, f. eks kommunens hjemmeside.

- Eneretten må kunne begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungveiende til at de går foran hensynet til konkurranse og den frie bevegeligheten av tjenester, og tildelingen må være nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene. Målene må ikke kunne nås med andre og mindre inngripende midler. De vurderinger og konklusjoner som fører til et vedtak om tildeling av enerett, må synliggjøres og nedfelles skriftlig slik at de senere kan dokumenteres.

6.1.2 VA-tjenestene

- Regelverket er på ingen måte klart. Det må foretas en konkret og grundig vurdering i hvert enkelt tilfelle der det vurderes å tildele en enerett.

- Enerett til vannforsyning

Vi konkluderer med at sterke samfunnsmessige hensyn taler for at tildeling av enerett til et annet offentligrettslig organ på dette området vil være i samsvar med EØS-avtalen, og at det ikke er sannsynliggjort at disse hensynene kan ivaretas i tilstrekkelig grad ved bruk av mindre inngripende metoder, som for eksempel ved å innta krav om sikkerhet og beredskap i de private driftsavtalene.

-Enerett til avløpshåndtering

På dette området er det behov for en sterk styring pga de konsekvensene svikt i avløpssystemet vil kunne få for miljøet og for folks helse. På denne bakgrunn konkluderes det med at det foreligger tilstrekkelig særlige og tungtveiende behov for tildeling av enerett hva gjelder avløpshåndtering. Selv om private driftsoperatører under normale forhold er i stand til å utføre denne type oppgaver på lik linje med det offentlige, må hensynet til konsekvensene under krise- og nødssituasjoner tilsi at de særlige grunnene som foreligger ikke nødvendigvis kan ivaretas på andre og mindre inngripende måter, for eksempel gjennom krav til ivaretagelse av beredskapshensyn i den enkelte kontrakt.

-Enerett til slamhåndtering

Vi konkluderer med at foreligger tilstrekkelig behov for at slambehandling og –disponering må kunne tildeles et annet offentligrettslig organ som enerett, tatt i betraktning miljøhensyn og det relativt strenge ansvaret kommunen som slamprodusent vil ha for skade ved feil

behandling eller disponering av slammet, selv om dette overlates til en selvstendig oppdragstager som har påtatt seg ansvaret for slammet.

-Enerett til FDV-tjenester

FDV-tjenester må kunne tildeles i enerett som en integrert del av en helhetlig bortsetting av vannforsyning og/eller avløpshåndtering. I den utstrekning det eventuelt er snakk om tildeling av enerett for disse tjenester enkeltvis, har vi konkludert med at det ikke foreligger tilstrekkelig grunnlag for slik tildeling, ut fra en vurdering av at konsekvensene ved en svikt i utførelsen av enkelte av oppgavene, f. eks. TV-kjøring, lekkasjelytting, fakturering osv. er begrenset. Dette er områder som egner seg godt for konkurranseutsetting, og det finnes også private som helt eller delvis er i stand til å utføre denne type oppgaver. De nødvendige krav til kvaliteten i gjennomføringen av disse tjenestene antas å kunne inntas i aktuelle rammeavtaler med tjenesteyterne.

-Enerett til utrednings- og prosjekteringstjenester

Det er ikke uvanlig at slike oppgaver, settes ut til private konsulenter med kompetanse på det aktuelle området i dag, og det foreligger heller ikke tungveiende grunner for at kommunene bør ha anledning til å fravike hovedregelen om at enhver anskaffelse bør baseres på konkurranse i dette tilfelle utover den frihet som tilligger kommunen i å utarbeide slike planer i egen regi. Det konkluderes derfor med at unntaket for tildeling av enerett ikke kan anvendes for utrednings- og prosjekteringstjenester.

-Enerett til laboratorietjenester

Vi konkluderer med at det neppe foreligger hensyn av en slik vekt at vilkåret for å tildele enerett kan sies å være oppfylt i dette tilfellet. Vi kan vanskelig se at faren for nedleggelse av lokale laboratorier i seg selv, kan være tilstrekkelig til å begrunne tildeling av enerett til prøvetaking og analyser innenfor vann- og avløpsområdet. De behov som måtte foreligge for en rask tilbakemelding på prøver og analyseresultater, og særlig i tilknytning til mistanke om forurenset drikkevann, kan ivaretas gjennom krav om beredskap og responstid i utlyste rammeavtaler på området.

-Enerett til reservevannsforsyning

En slik tjeneste vil sjelden kunne egne seg for konkurranseutsetting da det krever flere års planlegging og betydelige investeringer for å få etablert de nødvendige anlegg. Som oftest vil det derfor være bare én mulig leverandør, og kontrakt kan inngås direkte med denne etter unntaket i anskaffelsesforskriften § 14-4 c. Hvis flere mulige leverandører finnes, er vi den oppfatning at det foreligger samme hensyn for å kunne tildele enerett her, som for alminnelig vannforsyning.

6.2 Sjekkliste for tildeling av enerett

Ved tildeling av enerett etter forskriften § 1-3 (2) h må det foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Vi gjør oppmerksom på at det må gjøres fortløpende vurderinger av om

vilkårene for tildeling av enerett er oppfylt, siden dette ikke er et statisk område og forholdene kan endre seg.

-Tildeling av enerett må skje fra et kompetent organ

-tildeling kan skje fra kommunestyret

-tildelingen kan skje i henhold til lov eller delegasjonsvedtak

- Tildelingsbeslutningen må være klar, entydig og avgrenset

-alle skal forstå omfang og type leveranse

-Tildelingen må gjelde tjenestekjøp

-avgrense mot vare- og bygge- og anleggskontrakter

-blandende kontrakter – hva utgjør hovedelementet? Se punkt 4.3 foran

-Tildeles eneretten en annen offentlig oppdragsgiver?

-tildelingen kan skje til en annen kommune, fylkeskommune, offentlig etat eller sammenslutning av andre kommuner

-tildelingen kan skje til et annet offentligrettslig organ, dvs organer som oppfyller følgende kriterier:

-organet må tjene allmennhetens behov, og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter og

-organet må være et selvstendig rettssubjekt og

-organet må i hovedsak være finansiert av et annet offentligrettslig organ, eller undergitt et slikt organs kontroll eller ledelse

-Tildelingen av enerett må være eksklusiv

-tildelingen skal kun skje til ett rettssubjekt

-enerettsleverandøren må kunne bruke underleverandører hvis nødvendig

-Foreligger det særlige behov for tildeling av enerett som er tilstrekkelig sterke?

-kan det påvises tvingende allmenne hensyn?

-hvor viktig er det at det offentlige har kontroll med utførelsen av tjenesten?

-foreligger det tilstrekkelig sikkerhet for at tjenesten kan bli levert av private i krisesituasjoner?

-rene administrative og økonomiske hensyn er ikke alene tilstrekkelig begrunnelse for tildeling av enerett

-Er tildeling av enerett nødvendig for å ivareta de særlige behovene?

-kan de særlige behovene bli ivaretatt på andre og mindre inngripende måter med hensyn til konkurransehensynet?

-Er tildelingen av enerett kunngjort?

-eneretten må fremgå av lov, forskrift eller kunngjort administrativt vedtak

-kunngjøringen må være offentlig tilgjengelig, f. eks. legges ut på kommunenes hjemmeside