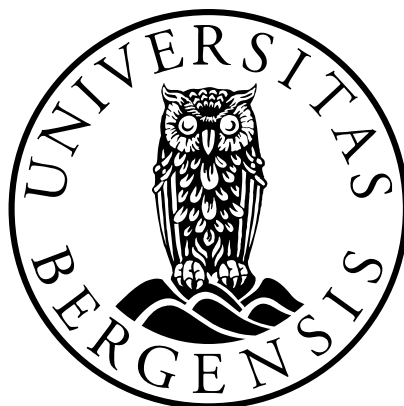


Tildeling av enerett ved offentlige anskaffelser

Hvordan tildeling av enerett kan være forenlig med EØS-avtalen, og forholdet til overføring av offentlig myndighet

Kandidatnummer: 151

Antall ord: 11446



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07. juni 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	4
1.1 Tema.....	4
1.2 Enerett- og kontraktsbegrepet	6
1.3 Særlige metodiske utfordringer	7
2 Grunnleggende hensyn og utgangspunkter	8
2.1 Innledning.....	8
2.2 Konkurransetsetting og kunngjøring	8
2.3 Fri bevegelse av tjenester	9
3 Det nærmere innholdet i vilkårene for å tildele kontrakt direkte til et organ med enerett	10
3.1 Innledning.....	10
3.2 Tildeling av enerett må skje før tildeling av kontrakt	11
3.3 Eneretten må være tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak	11
3.4 Innholdet i enerettstildelingen	12
3.5 Det må være et tjenestekjøp	13
3.6 Organet som tildeles kontrakten må selv være offentlig oppdragsgiver	13
4 Når er en enerettstildeling «forenelig med EØS-avtalen»?	16
4.1 Innledning.....	16
4.2 Læren om tvingende allmenne hensyn	16
4.3 Hvilke allmenne aksepterte formål kan legitimere tildeling av enerett?.....	17
4.4 Når er tildelingen av enerett proporsjonal?	19
4.4.1 Innledning.....	19
4.4.2 Egnethet.....	19
4.4.3 Nødvendighet	20
4.4.4 Forholdsmessighet i snever forstand	21
4.4.5 Adressering av varighetsproblemet	22
4.4.6 Analyse av EU-domstolens avgjørelse Sydhavnens Sten & Grus	24
4.4.7 Begrensninger på muligheten til å forlenge eneretter	26
5 Hvor går grensen mot unntaket om overføring av offentlig myndighet?	27
5.1 Innledning.....	27
5.2 Det offentlige skjønnsmargin for organiseringen av det offentlige tilbudet.....	27

5.3	Klagesak hos ESA vedrørende tildeling av enerett	28
5.4	Analyse av EU-domstolens avgjørelse i C-51/15 (<i>Remondis</i>)	29
5.4.1	Sakens bakgrunn	29
5.4.2	Overføring av offentlig myndighet er ikke en offentlig kontrakt.....	30
5.4.3	Vilkår for at kompetanseoverføring skal være et nasjonalt anliggende	30
6	Avsluttende betraktninger.....	34
	Kilderegister	36

Forord

I denne masteroppgaven undersøker jeg de rettslige rammene for tildeling av kontrakt direkte til et organ med enerett etter anskaffelsesforskriften § 2-3. Særlig enerettstildelingen er gjenstand for analyse. Kort forklart vil et foretak som er tildelt enerett etter bestemmelsen ha en eksklusiv rett til å utføre en tjeneste for oppdragsgiver.

Utgangspunktet for masteroppgaven ble til etter dialog med veileder. Sammen så vi et behov for å klarlegge innholdet i vilkårene for å tildele kontrakt direkte til et organ med enerett. Spesielt vilkåret om at tildeling av enerett må være «forenelig med EØS-avtalen» er uavklart, og en må se hen til EØS-retten ved tolkningen av vilkåret. Målet har derfor vært å klargjøre rettstilstanden og identifisere grensene for tildeling av enerett.

For å identifisere grensene for tildeling av enerett har det videre vært nødvendig å avgrense enerettsunntaket mot unntaket om overføring av offentlig myndighet. I arbeidet med oppgaven ble det tydelig at skillet mellom de to unntakene er uavklart og vanskelig. Samtidig er grensedragningen svært aktuell i lys av den pågående korrespondansen mellom EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og Klima- og miljødepartementet vedrørende skillet.

Avhandlingen starter med en innledning i punkt 1 der oppgavens tema, viktige begreper og metodiske utfordringer blir gjennomgått. Punkt 2 inneholder en utgreiing av utgangspunkter og grunnleggende hensyn i anskaffelsesretten. Vilråene for kontraktstildeling til et organ med enerett blir gjennomgått i punkt 3. Analysen av vilrået «forenelig med EØS-avtalen» kommer i et eget punkt 4. Vilrået vil bli viet mest oppmerksomhet fordi det setter viktige begrensninger på blant annet enerettens formål og varighet. Grensen mot unntaket om overføring av offentlig myndighet drøftes deretter i punkt 5, før avslutning i punkt 6.

Oppgaven avgrenses mot en behandling av konkurranserettslige og statsstøtterettslige problemstillinger. Det bør likevel nevnes at tildeling av enerett kan reise spørsmål om kryssubsidiering og statsstøtte som offentlige oppdragsgivere må være oppmerksomme på.

Jeg er veldig takknemlig for all veiledning jeg har fått i forbindelse med oppgaven. Stor takk rettes til veileder professor Halvard Haukeland Fredriksen ved Universitetet i Bergen for gode innspill, Deloitte Advokatfirma AS for skriveplass og veileder advokat Torgeir Overøye hos Deloitte Advokatfirma AS for lærerike og hjelpsomme veiledningssamtaler. Jeg vil også takke Tore og min nærmeste familie for støtte under oppgaveskrivingen.

1 Innledning

1.1 Tema

Regelverket for offentlige anskaffelser omfatter som utgangspunkt alle gjensidig bebyrdende avtaler om anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som inngås med det offentlige som oppdragsgiver.¹ Det finnes imidlertid flere unntak fra dette utgangspunktet, blant annet enerettsunntaket i anskaffelsesforskriften § 2-3.

Formålet med oppgaven er å avklare innholdet i og identifisere grensene for tildeling av tjenestekontrakt direkte til et organ med enerett etter anskaffelsesloven § 2-3. Særlig vilkåret om at enerettstildelingen skal være «forenelig med EØS-avtalen» er gjenstand for analyse. Vilkaåret stiller viktige og praktiske begrensninger ved tildeling av enerett, blant annet for hvilke hensyn som kan begrunne enerett, og for hvor lenge eneretten kan vare. Sentrale spørsmål er derfor hvilke hensyn som kan legitimere et unntak fra anskaffelsesregelverket, og hvor lang varighet en enerett kan ha i tråd med EØS-retten.

Skillet mellom enerettsunntaket i FOA § 2-3 og unntaket om overføring av offentlig myndighet i tråd med sak C-51/15 (*Remondis*) er også tema for oppgaven, og bidrar til å identifisere grensene for enerettsunntaket. Det er en pågående sak om skillet på avfallsområdet hos EFTAs overvåkningsorgan (ESA), slik at utfallet ikke er klart.² Ettersom skillet mellom unntakene vil få betydning for en kommunes handlingsrom for organisering av avfallsvirksomhet, mulighet for å tilby private restkapasitet i anlegg, og interkommunalt samarbeid har saken fått mye oppmerksomhet.³

Bruk av enerett er utbredt i kommuner i Norge, og er stadig et aktuelt tema. Tildeling av kontrakter under enerettsunntaket stenger i realiteten et marked for en betydelig periode (lik enerettsperioden) og reduserer på denne måten konkurransedyktigheten til private aktører. Temaet er derfor særlig interessant i lys av den langvarige og pågående debatten om konkurransevilkår mellom offentlige og private aktører.

¹ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven - LOA) § 2, Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften – FOA) § 1-1 og Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) § 1-1.

² EFTA Surveillance Authority (2019) og Royal Norwegian Ministry of Climate and Environment (2019).

³ Stortingsbiblioteket (2019).

Det er opplagt at andre aktører ønsker å delta i konkurransen om å vinne tjenestekontrakter. Målet er å komme inn på markedet. Anbudsprosessen kan imidlertid være komplisert, kostbar og tidkrevende. Anskaffelsesregelverket er omfattende med både nasjonale rettskilder og EU/EØS-rettskilder, hvor brudd på regelverket kan medføre privatrettslig erstatningsansvar og offentligrettslige gebyrer.⁴ Fra et oppdragsgiverperspektiv kan det derfor være ønskelig å anvende et unntak fra regelverket. Gjennom tildeling av enerett til et organ med kompetanse og kapasitet til å utføre oppgaven kan oppdragsgiver dessuten sikre seg større kontroll med at tjenesten blir utført, stabil drift, og at investeringene sikres.⁵ Dette kan være attraktivt selv om prisen for tjenestene skulle være noe høyere.⁶

Et slikt behov for sterk offentlig kontroll kan foreligge blant annet ved behandling og fjerning av avfall. I avfallsbransjen er enerett mye brukt for å fremme forutsigbarhet, offentlig kontroll og fleksibilitet. Begrunnelsen er at behandling av avfall forutsetter store, kostnadskrevende investeringer, ofte på tvers av kommunegrenser. Samtidig står viktige allmenne hensyn, særlig miljøhensyn, sentralt på området. Korrekt og uavbrutt håndtering av avfall er viktig for miljøet. Ettersom det foreligger mye praksis på området, vil avfallsbransjen bli anvendt for å illustrere de rettslige problemstillingene oppgaven reiser.

I praksis skjer enerettstildeling ofte ved en slags form for interkommunalt samarbeid. Slike samarbeid kan innebære at flere kommuner og/-, eller-, fylkeskommuner oppretter et aksjeselskap, eller et interkommunalt selskap, under kommunenes felles kontroll. For mange kommuner er et slikt samarbeid hensiktsmessig og ressurseffektivt. Et illustrerende eksempel er Bergensområdets interkommunale renovasjonsselskap (BIR AS), et aksjeselskap som er tildelt enerett for håndtering av avfall av sine sju eierkommuner.⁷ Kommunenes ønske om en enkel og grei løsning (enerett) er imidlertid ikke uproblematisk. EØS-avtalens formål om et åpent tjenestemarked blir ikke ivaretatt dersom en tjenestekontrakt direkte tildeles til et organ med enerett, uten forutgående konkurranse. Vilkåret om at eneretten må være «forenlig med

⁴ LOA §§ 10 og 12

⁵ Se eksempelvis Klagenemndas avgjørelse 18. februar 2013, sakene 2012/157-165, 2012/169, 2012/181 (*BIR m.fl.*), premiss 84. I den aktuelle saken hadde oppdragsgiver tildelt enerett for å ha «kontroll med utførelsen av avfallsbehandlingen, og herunder kunne sikre stabil drift og tilstrekkelig kapasitet».

⁶ En annen fordel med enerettsunntaket er at oppdragsgiver enklere kan instruere om endringer i leveranser eller krav. Etter anskaffelsesregelverket er det regler for når endringer i kontrakten er tillatt, jf. FOA § 11-2 og § 28-1. Reglene gjelder derimot ikke ved enerettskontrakter.

⁷ BIR (u.å.)

EØS-avtalen» vil derfor være en viktig begrensning for hvor langt kommunene kan velge å vektlegge sitt behov for aktørbegrensning fremfor overordnede EØS-rettslige formål.

1.2 Enerett- og kontraktsbegrepet

Bruk av enerettsunntaket i anskaffelsesforskriften § 2-3 innebærer en todelt prosess. Oppdragsgiver må først tildele enerett til et foretak, for så å tildele kontrakten direkte til foretaket med enerett.⁸ I det følgende vil de to begrepene enerett og kontrakt bli definert.

Enerett er verken definert i anskaffelsesloven, anskaffelsesforskriften, EØS-avtalen, eller anskaffelsesdirektivet som de nasjonale reglene bygger på. Hva tildeling av enerett konkret innebærer kan dessuten sees fra ulike perspektiv. Fra et oppdragsgiverperspektiv vil enerettstildelingen i realiteten være en direkte anskaffelse. For valgte oppdragstaker innebærer eneretten en eksklusiv rettighet innenfor et bestemt område, over en fastsatt tid, for eksempel rett til innsamling og behandling av husholdningsavfall innenfor kommunens grenser i ti år. Eneretten sin betydning for andre mulige oppdragstakere er dermed at de ikke kan delta i konkurransen i dette tidsrommet. Ettersom tildeling av enerett stenger markedet på denne måten kan enerett defineres som et rettslig monopol.

Etter at eneretten er tildelt kan oppdragsgiver og organet med enerett inngå kontrakt om den tjenesteytelsen eneretten gjelder. Det er den EU/EØS-rettslige definisjonen av kontraktsbegrepet som avgjør om en kontrakt faller innenfor anskaffelsesregelverket.⁹

Det anskaffelsesrettslige kontraktsbegrepet er legaldefinert i anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a. En kontrakt er etter ordlyden en «*gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører*». At kontrakten skal være «*gjensidig bebyrdende*» innebærer at oppdragsgiver får en ytelse som gir en direkte økonomisk verdi, mot et vederlag til leverandøren.¹⁰

Unntaket i anskaffelsesforskriften § 2-3 gjelder videre kun for «*tjenestekontrakter*». En tjenestekontrakt er legaldefinert som en «*kontrakt om utførelsen av tjenester, unntatt*

⁸ Jf. ordet «*har*» i FOA § 2-3. Se også Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) sin avgjørelse 23. juni 2008, sak 2008/7, (*Steinkjer kommune*), premiss 76-79.

⁹ EU domstolens avgjørelse 18. januar 2007, sak C-220/05 (*Jean Auroux m.fl.*), premiss 40 og EU domstolens avgjørelse 18. desember 2007, sak C-220/06 (*Correos*), premiss 50. Se også Arrowsmith (2014) side 388.

¹⁰ Jf. EU domstolens avgjørelse 21. desember 2016, sak C-51/15 (*Remondis*), premiss 43, EU domstolens avgjørelse 28. mai 2020, sak C-796/18 (*ISE*), premiss 39, og EU-domstolens avgjørelse 18. juni 2020, sak C-328/19 (*Porin*), premiss 47, der ordene «*economic benefit*» er brukt. Se også Wiggen (2013), som er den sentrale boken om kontraktsbegrepet på norsk.

kontrakter som nevnt i bokstav d», jf. FOA § 4-1 bokstav c. Kontrakten kan ifølge ordlyden derfor omhandle alle tjenester med unntak av bygge- og anleggstjenester.¹¹

1.3 Særlige metodiske utfordringer

Enerettsunntaket er underlagt et omfattende regelverk med både nasjonale rettskilder og EU/EØS-rettskilder. Før hoveddelen og den materielle drøftelsen er det hensiktsmessig å forklare hvorfor og hvordan EU/EØS-retten har relevans for tema. Konkrete metodespørsmål blir drøftet underveis i oppgaven.

Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å implementere EUs anskaffelsesdirektiver.¹² EØS-avtalen er en folkerettslig avtale som integrerer EFTA-statene Island, Liechtenstein og Norge i den Europeiske Union (EU) sitt indre marked.¹³ De grunnleggende hensynene som EØS-avtalen skal ivareta vil derfor tillegges betydelig rettskildemessig vekt ved tolkningen av det norske anskaffelsesregelverket.

Europaparlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser (heretter anskaffelsesdirektivet) regulerer reglene for offentlige anskaffelser, og er inkorporert i norsk rett gjennom anskaffelsesloven med forskrifter. Da anskaffelsesdirektivet dels er en kodifisering av EU-domstolen sin praksis må direktivet tolkes i tråd med den utvikling som skjer i EU-retten. Tilsvarende gjelder for anskaffelsesloven med forskrifter som gjennomfører direktivet i norsk rett.

Ved løsning av EØS-rettslige spørsmål er kildene som i nasjonal rett, herunder lovtekst, forskrift, domstolspraksis, forvaltningspraksis med videre.¹⁴ En forskjell er derimot at EØS-avtalen må tolkes i en EØS-rettslig kontekst. Dette innebærer en sterk vektlegging av homogenitetsprinsippet, herunder en ensartet fortolkning av EU- og EØS-retten.¹⁵ En ensartet fortolkning medfører blant annet at det skal legges stor vekt på praksis fra EU- og EFTA-domstolen, samt på den aktuelle bestemmelsens formål og kontekst.¹⁶

¹¹ Arrowsmith kritiserer at unntaket etter sin ordlyd kun gjelder for tjenestekontrakter, se Arrowsmith (2014), side 532. Hun mener det ikke er grunn til å behandle bygge- og anleggskontrakter og varekontrakter annerledes.

¹² Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. (EØS-loven) – Vedlegg XVI Offentlige innkjøp.

¹³ Fredriksen og Mathisen (2018), side 17.

¹⁴ Nordby (2006) side 2.

¹⁵ Les mer om homogenitetsprinsippet i Fredriksen og Mathisen (2018), side 49 følgende og side 295 følgende.

¹⁶ Nordby (2006) side 2 og 3.

2 Grunnleggende hensyn og utgangspunkter

2.1 Innledning

Tildeling av kontrakt direkte til et organ med enerett etter anskaffelsesforskriften § 2-3 er et unntak fra hovedregelen om konkurranseutsetting.¹⁷ Tildeling av enerett vil dessuten stenge et marked over en periode, og er som utgangspunkt derfor i strid med EØS-avtalens hovedregel om fri bevegelighet av tjenester.¹⁸ Ved å ha klart for seg de grunnleggende hensynene som begrunner disse hovedreglene vil det være enklere å knytte relevante hensyn og prinsipper opp mot vilkårene for enerettsunntaket. Hensynene vil spesielt legge føringer for hvilke begrensninger som følger av vilkåret «forenelig med EØS-avtalen», jf. FOA § 2-3. Det er derfor påkrevd å gjennomgå hovedreglene og hvilke formål reglene skal ivareta.

2.2 Konkurransetsetting og kunngjøring

Offentlig sektor i Norge kjøper inn varer og tjenester for mer enn 520 milliarder kroner hvert eneste år.¹⁹ Beløpet utgjør en betydelig sum, omtrent en sjettedel av vår brutto nasjonalprodukt. Regelverket for offentlige anskaffelser skal sikre at disse pengene blir utnyttet på best mulig måte, og at innkjøpene bidrar til et konkurransedyktig næringsliv.²⁰ Konkurransetsetting fremmer i tillegg andre delmål som blant annet tillit til forvaltningen, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet.²¹ Uten konkurranseutsetting ville korrupsjon og forskjellsbehandling enklere ha funnet sted i det offentlige.²² Hovedregelen er derfor at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse på alle kontrakter om anskaffelse av varer, tjenester, eller bygge- og anleggsarbeid over kroner 100 000, som inngås med det offentlige som oppdragsgiver.²³

Et av de viktigste virkemidlene for å sikre at oppdragsgiveren opptrer i samsvar med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet er kunngjøringsplikten.²⁴ Det er derfor

¹⁷ Konkurransesprinsippet i LOA § 4 innebærer at konkurranse er hovedregelen for å sikre mest mulig effektiv ressursbruk i det offentlige.

¹⁸ EØS-avtalen artikkel 1 (2) bokstav c og artikkel 36.

¹⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (u.å.)

²⁰ LOA §§ 1 og 4.

²¹ LOA § 4.

²² Se NOU 2014:24 Enklere regler – bedre anskaffelser: Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket, punkt 9.1. Det er her understreket at offentlige innkjøpere ikke har samme insitamant som private til å opptre økonomisk rasjonelt.

²³ LOA § 2 og FOA § 1-1.

²⁴ Nærings- og fiskeridepartementet (2017)

kunngjøringsplikt for anskaffelser med en anslått verdi over den nasjonale terskelverdien.²⁵ Kunngjøringsplikten innebærer at konkurransen publiseres offentlig i den nasjonale kunngjøringsdatabasen for offentlig anskaffelser Doffin.²⁶ Overstiger anskaffelsen EØS-terskelverdiene må den i tillegg kunngjøres i den europeiske kunngjøringsdatabasen, TED.²⁷

Kravet til konkurranse og kunngjøring innebærer i praksis at oppdragsgiver må ha særskilt hjemmel for å foreta en direkte anskaffelse fra en leverandør uten konkurranse.²⁸ Er vilkårene i anskaffelsesforskriften § 2-3, eller andre unntaksbestemmelser ikke til stede er utgangspunktet derfor at kontrakten må ut på anbud. Videre må vilkårene tolkes restriktivt da tildeling av kontrakt til et organ med enerett er et unntak fra hovedregelen om konkurranse og kunngjøringsplikt for anskaffelser over den nasjonale terskelverdien.²⁹

De negative virkningene på konkurransen i markedet begrenses imidlertid ved at organ som får tildelt enerett selv må følge anskaffelsesregelverket ved sine anskaffelser. Begrensningen følger av vilkåret i FOA § 2-3 om at organet som får tildelt enerett må være offentlig oppdragsgiver. I praksis vil den aktuelle tjenesten derfor bli unntatt fra markedet, men alt det leverandøren trenger av varer, tjenester og-, eller, bygge- og anleggsarbeider for å levere den aktuelle tjenesten vil fortsatt være underlagt anskaffelsesregelverket. Eksempler kan være alt fra advokattjenester til skruer og muttere. Fra et markedspektiv er det derfor ikke tale om å unnta en leverandør fullstendig fra hele verdikjeden.

2.3 Fri bevegelighet av tjenester

EØS-avtalen har som hovedformål å sørge for fri bevegelighet av varer, personer, tjenesteytelser og kapital (de fire friheter) innenfor det europeiske samarbeidsområde.³⁰ Anskaffelsesreglene bidrar derfor til å fremme de EØS-rettslige reglene om de fire friheter.³¹ I de fleste tilfeller er anskaffelsesregelverket så detaljert utformet at oppdragsgiver vil kunne komme frem til sine plikter uten å foreta en nærmere vurdering av de fire friheter eller

²⁵ FOA § 8-17.

²⁶ FOA §§ 8-17 og 21-2.

²⁷ FOA §§ 21-1 og 21-2.

²⁸ Arrowsmith (2014), side 533 og Thue, Buan, Lazaridis og Brun (2018), side 57.

²⁹ At unntak fra grunnleggende utgangspunkt etter EU/EØS-retten skal tolkes snevert er lagt til grunn blant annet i EFTA domstolens avgjørelse 25. februar 2005, sak E-4/04 (*Pedicel*), premiss 53.

³⁰ EØS-avtalen artikkel 1 (2). Se også EU-domstolens avgjørelse 23. september 2003, sak C-452/01 (*Ospelt*) premiss 29.

³¹ EU-domstolens avgjørelse 29. april 2010, sak C-160/08 (*Kommissjonen mot Tyskland*), premiss 74. EU-domstolen understreker her at anskaffelsesdirektivene «are designed to implement the provisions of the Treaty relating to the freedom of establishment and the freedom to provide services».

forholdet til EØS-retten.³² Tildeling av enerett etter anskaffelsesforskriften § 2-3 er derimot et eksempel på et tilfelle der det er påkrevd å ta stilling til om enerettstildelingen er «forenelig med EØS-avtalen», herunder EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter.

At tildeling av enerett må ses i forhold til reglene om de fire friheter følger også av EØS-avtalen artikkel 59. Etter første ledd skal foretak som er gitt «særlige eller eksklusive rettigheter» unngå å treffe eller opprettholde tiltak «som strider mot reglene i denne avtale [...]». Med «reglene i denne avtale» siktes det til enhver bestemmelse i EØS-avtalen, herunder reglene om de fire friheter. EØS-avtalen artikkel 59 er derfor en påminnelsesbestemmelse om at eneretter og andre eksklusive rettigheter fort kan komme i strid med EU/EØS-retten.

Hovedregelen om fri bevegelse for tjenester fremgår av EØS-avtalen artikkel 36. Bestemmelsen presiserer at «det ikke skal være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester» innenfor avtaleområdet. Bruk av enerett vil imidlertid avskjære adgangen til markedet for andre aktører, og er derfor som utgangspunkt et vesentlig inngrep i den frie bevegelsen av tjenester etter EØS-avtalen artikkel 36. Formålet om tjenestefrihet i EØS-retten står dermed i strid med myndighetenes eventuelle ønske om å tildele enerett, der sistnevnte ofte har en politisk side og skal ivareta brede og ofte lokale samfunnsinteresser. Som følge av denne interessekonflikten må tildeling av enerett kunne begrunnes i et tvingende allment hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran hensynet til den frie bevegelsen av tjenester.³³

3 Det nærmere innholdet i vilkårene for å tildele kontrakt direkte til et organ med enerett

3.1 Innledning

I dette kapitlet vil jeg ta for meg de nærmere innholdet i vilkårene som må være oppfylt for å kunne tildele tjenestekontrakt direkte til et organ med enerett etter anskaffelsesforskriften § 2-3. Vilket om at tildeling av enerett skal være «forenelig med EØS-avtalen» vil derimot bli analysert i et eget punkt 4, da jeg anser forenelighetskravet som det mest uavklarte og omfattende vilkåret etter unntaksbestemmelsen.

³² Thue, Buan, Lazaridis og Brun (2018), side 28.

³³ Hvilke hensyn som kan legitimere et inngrep i tjenestefriheten blir drøftet i punkt 4.2.

3.2 Tildeling av enerett må skje før tildeling av kontrakt

Enerettsunntaket i anskaffelsesforskriften § 2-3 innebærer en todelt prosess der eneretten må være tildelt før kontraktinngåelsen. Forutsetningen følger av ordet «*har*» i bestemmelsen, herunder at leverandøren «*har*» en enerett til å utføre tjenesten på det aktuelle området før inngåelse av tjenestekontrakten. At eneretten må være tildelt før kontrakten støttes av den viktigste grunnen til å innføre enerettsunntaket, som ifølge Europakommisjonen var å unngå

*«competitive award procedures in cases where – due to the existence of an exclusive right – only one entity could ultimately be awarded the contract in question».*³⁴

Uttalelsen forutsetter at det før inngåelse av kontrakt foreligger en enerett. Formålet med en uavhengig tildeling av enerett og kontrakt er å forhindre omgåelser av regelverket.³⁵

3.3 Eneretten må være tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak

Det følger av anskaffelsesforskriften § 2-3 at eneretten skal være «*tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak*».³⁶ Bestemmelsen er en gjennomføring av artikkel 11 i anskaffelsesdirektivet, som har ordlyden «*law, regulation or published administrative provision*». Ordlyden i forskriften og i direktivet forutsetter at det må treffes et vedtak om enerett av et kompetent organ. Hvem som kan tildele enerett følger derimot ikke av ordlyden, og må derfor avgjøres etter alminnelige kompetanseregler.³⁷

Ved tildeling av enerett i norske kommuner er et sentralt spørsmål om det er tilstrekkelig at kommunedirektøren (tidligere kalt rådmannen) kan fatte vedtak om tildeling av enerett, eller om dette må gjøres av kommunestyret. Det er et internt spørsmål etter norsk kommunalrett om rådmannen har kompetanse til å tildele enerett. Etter kommuneloven § 5-3 (2) er det kommunestyret som «*treffer vedtak på vegne av kommunen*» dersom «*ikke noe annet følger*

³⁴ Europakommisjonens Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities, 4. oktober 2011, side 19.

³⁵ Se Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) sin avgjørelse 23. juni 2008, sak 2008/7, (*Steinkjer kommune*), premiss 48. Klagenemda uttalte her at «*den kommunale saksbehandlingen forut for vedtaket [v]iste at eneretten ble tildelt for å unngå konkurranseutsetting*». Tildelingen før vedtaket om enerett var fattet talte for manglende uavhengighet.

³⁶ Den tidligere anskaffelsesforskriften § 1-3 bokstav h hadde ordlyden «*administrativt vedtak*» og ikke «*kunngjort forvaltningsvedtak*». I Det Kongelige Nærings og fiskeridepartementet, Høringsnotat 2: Ny forskrift om offentlige anskaffelser, 2014, side 4 er det lagt til grunn at unntaksbestemmelsen hovedsakelig er en videreføring av rettsstilstanden. Omformuleringen er derfor ikke ment å innebære en realitetsendring, slik at både politiske og administrative vedtak er legitime etter forskriften.

³⁷ Dragsten (2013), side 95.

av lov». ³⁸ Ifølge bestemmelsens tredje ledd kan kommunestyret velge å «*delegere myndighet til å treffe vedtak til (...) kommunedirektøren innenfor rammene av denne loven eller annen lov*».

I en kommune vil derfor kommunestyret være det kompetente organet til å tildele enerett, jf. ordlyden i kommuneloven § 5-3 (2). Kommunedirektøren er derimot avhengig av delegasjon fra kommunestyret for å utøve tilsvarende kompetanse, jf. bestemmelsens tredje ledd. Om en slik delegasjon foreligger må avgjøres basert på de konkrete forholdene i den aktuelle saken.

På avfallsområdet er det flere holdepunkt som taler for at vedtak om tildeling av enerett må fattes av kommunestyret. Det er kommunene som etter forurensningsloven § 30 er pålagt ansvaret for innsamling og behandling av husholdningsavfall, og det er kommunestyret som normalt vedtar avfallsgebyret. Dette tilsier at det er kommunestyret som er det rette organet for å fatte en beslutning om tildeling av enerett innenfor avfallsområdet. På denne måten får vedtaket en solid politisk forankring, og en sikrer at det organet som har ansvaret for å ta hånd om håndtering av husholdningsavfall, også involveres i prosessen for å tildele enerett.

Ordlyden i anskaffelsesforskriften § 2-3 stiller videre krav om at forvaltningsvedtaket skal være «*kunngjort*». Da det ikke er et eksplisitt krav til hvordan kunngjøringen skal skje er det tilstrekkelig å publisere tildelingen av enerett på organets hjemmeside, eller i offentlige sakspapirer. ³⁹ På denne måten er enerettstildelingen kontrollerbar, og notoritetshensynet er ivaretatt.

3.4 Innholdet i enerettstildelingen

Det må videre stilles krav til innholdet i enerettstildelingen, selv om det ikke fremgår eksplisitt av ordlyden. Eneretten skal være grundig begrunnet, samt avgrenset i tid, sted og omfang. ⁴⁰ En klar og tydelig begrunnelse er påkrevd fordi det er tale om et unntak fra utgangspunktet om konkurranseutsettelse, i strid med tjenestefriheten. Det er derfor nødvendig at oppdragsgiver grundig vurderer hvorfor enerettsunntaket kan og bør anvendes. Begrunnelse sikrer ikke minst tillit til det offentlige og bidrar til å forhindre omgørelser av regelverket. At eneretten skal være avgrenset skal videre sørge for forutberegnelighet, klarhet, transparens og gjennomsiktighet. Det er for eksempel ikke tilstrekkelig med en selskapsavtale

³⁸ Lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).

³⁹ Hjelmeng (2016) side 4.

⁴⁰ Dragsten (2020) punkt 6 i note til § 2-3. Forfatteren understreker at «*tildelingsvedtaket må være klart, konsist og tydelig avgrenset med hensyn til hvilke tjenester eneretten skal gjelde*».

der det kun er presisert at selskapet er tildelt enerett på avfallsområdet.⁴¹ Hvilke oppgaver som skal utføres på basis av eneretten må være klart definert.⁴²

3.5 Det må være et tjenestekjøp

Enerettsunntaket gjelder kun for «*tjenestekontrakter*», jf. FOA § 2-3 (1). Hva som er å regne som en kontrakt i anskaffelsesretten er definert i forskriften § 4-1 og gjennomgått i punkt 1.2 over. En «*tjenestekontrakt*» er videre en «*kontrakt om utførelsen av tjenester*» med unntak av bygge- og anleggskontrakter «*som nevnt i bokstav d*».

3.6 Organet som tildeles kontrakten må selv være offentlig oppdragsgiver

Det følger av ordlyden i anskaffelsesforskriften § 2-3 at tjenestekontrakten må være inngått mellom en offentlig oppdragsgiver og «*en annen oppdragsgiver*». Vilkåret medfører at organet som får tildelt eneretten selv må anvende anskaffelsesregelverket ved sine kjøp, noe som gjør det mindre betenkelig å gi enerett.⁴³ Det er dermed ikke tale om å unnta en leverandør fullstendig fra konkurranse, noe som vil begrense de negative virkningene på konkurransen i markedet.⁴⁴

Hvilke organ som er definert som «*oppdragsgiver*» fremgår av anskaffelsesforskriften § 1-2. Det er hovedsakelig «*offentligrettslige organer*» det er aktuelt å tildele enerett til, jf. FOA § 1-2 (1) bokstav c, jf. § 1-2 (2). Et «*offentligrettslig organ*» er definert slik at det omfatter ethvert «*selvstendig rettssubjekt*» som «*er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter*», og som i hovedsak er finansiert eller kontrollert av offentlige myndigheter. Siden begrepet «*offentligrettslig organ*» angir hvem som generelt sett er pliktsubjekt etter anskaffelsesregelverket er begrepet tolket vidt.⁴⁵

At organet er et «*selvstendig rettssubjekt*» vil si at organet er en juridisk person som kan inneha rettigheter og plikter. Opprettelse av et interkommunalt selskap eller aksjeselskap innebærer at den relevante virksomheten blir skilt ut fra kommunen og kan erverve rettigheter

⁴¹ Torkelsen (2015) side 14.

⁴² Fornyings og administrasjonsdepartementet (2006) side 24, og Torkelsen (2007) side 14.

⁴³ Jf. Europakommisjonens Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities, 4. oktober 2011, side 19. Kommisjonen understreker her at vilkåret «*ensures competitive procurement on downstream markets, since the contracting authority enjoying the exclusive right has to comply with the EU Public Procurement Directives for its own purchases*».

⁴⁴ Se redegjørelsen i punkt 2.2 over.

⁴⁵ Hjelmeng (2016), side 3.

og pådra seg plikter på egne vegne. Et interkommunalt selskap eller aksjeselskap vil derfor alltid oppfylle kravene til et selvstendig rettssubjekt etter anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) bokstav b.

Videre må organet som tildeles enerett ha «*tilknytning til det offentlige*» ved at ett av de tre alternative vilkårene i anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) bokstav c er oppfylt. Felles for kravene er at de skaper en tett tilknytning til det offentlige som gir det offentlige en mulighet for å utøve innflytelse på selskapets beslutninger.⁴⁶ Formålet er å ramme de organene som tar andre hensyn enn rent økonomiske ved utøvelsen av sin virksomhet.⁴⁷ Ved interkommunalt samarbeid oppstår det spørsmål om graden av innflytelse skal vurderes i forhold til hver enkelt kommune som deltar i samarbeidet, eller det offentlige under ett. Ordlyden tilsier at det ikke er et krav om at hver enkelt kommune må oppfylle vilkåret alene. Kommunene i et interkommunalt selskap kan derfor identifiseres med hverandre.

Vilkåret om at organet er «*opprettet for å tjene allmennhetens behov*» og «*ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter*» er videre et utpreget skjønnsmessig vurderingsmoment. Ordlyden «*allmennhetens behov*» tilsier at vilkåret sitt kjerneområde er aktiviteter som normalt ligger til samfunnet å ivareta, og som tjener samfunnet som helhet. Dette vil typisk være lovpålagte oppgaver som behandling av husholdningsavfall, helse- og sosialtjenester med videre. Dersom offentlig oppdragsgiver i tillegg ikke kan kreve mer i gebyr for tjenesten enn selvkost (selvkostprinsippet), vil det foreligge sterke holdepunkter for at oppgaven er i allmennhetens interesse.⁴⁸

EU-domstolen har i flere saker vurdert rekkevidden av ordlyden «*allmennhetens behov*». På bakgrunn av homogenitetsprinsippet er EU-domstolens tolkning av rekkevidden relevant også for EØS-retten. Når det gjelder renovasjonstjenester bekreftet EU-domstolen i sak C-360/96 (*Arnhem*) at behandling og fjerning av avfall tjener allmennhetens behov. EU-domstolen mente hensynet til den offentlige folkehelsen og miljøvern gjorde det nødvendig for staten å ha innflytelse på tjenesten.

I sak C-44/96 (*Mannesmann*) anså EU-domstolen også produksjon av offisielle administrative dokument som pass og førerkort for å være tett forbundet med offentlig orden og

⁴⁶ EU-domstolens avgjørelse 3. oktober 2000, sak C-380/98 (*Cambridge*), premiss 20.

⁴⁷ EU-domstolens avgjørelse 3. oktober 2000, sak C-380/98 (*Cambridge*), premiss 16-20.

⁴⁸ Et slikt synspunkt er lagt til grunn i Klagenemdas avgjørelse 18. februar 2013, sakene 2012/157-165, 2012/169, 2012/181 (*BIR m.fl.*), premiss 77.

statsinstitusjonens virke. Dette fordi det var viktig at forsyningen var sikret og at produksjonen foregikk under vilkår som sikret at reglene om fortrolighet og sikkerhet ble overholdt, se premiss 24. Tjenesten tjente dermed allmennhetens behov.

Det er videre uten betydning om den delen av virksomheten som tjener allmennhetens behov kun utgjør en relativt liten del av virksomheten, så lenge «*it continues to attend to the needs which it is specifically required to meet*», jf. EU-domstolens avgjørelse i *Mannesmann*, premiss 25. Det er dermed uvesentlig om virksomheten utfører andre aktiviteter. Tilsvarende ble lagt til grunn i *Arnhem* premiss 55-58. Vilkåret om allmennhetens behov vil dermed ikke utelukke at et selskap kan ha kommersielle aktiviteter, forutsatt at virksomheten fortsetter å tjene allmennhetens behov.⁴⁹

Etter ordlyden i forskriften § 1-2 (2) bokstav a er det ikke tilstrekkelig at virksomheten tjener allmenhetens behov dersom pliktsubjektet samtidig er av «*industriell eller forretningsmessig karakter*». Rettssubjekter som har en «*industriell eller forretningsmessig karakter*» faller utenfor anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde i sin helhet. Vurderingen tar normalt utgangspunkt i forholdene rundt opprettelse av enheten, formålet med etableringen og rammevilkårene for driften.⁵⁰ Avgjørende for vurderingen er likevel den faktiske virksomheten enheten utøver. Formålet er å fange opp virksomheter som kan la seg lede av andre hensyn enn de økonomiske, jf. *Arnhem* premiss 43.

Operer virksomheten på et konkurranseutsatt marked er det ifølge EU-domstolen et moment som kan tale for at tjenesten er av forretningsmessig art, jf. *Arnhem* premiss 47. Dette gjelder særlig dersom virksomheten operer på normale markedsvilkår og har inntjening som formål. EU-domstolen presiserte imidlertid at det må foretas en helhetsvurdering av det aktuelle tilfellet. At private virksomheter kan imøtekomme samme behov fører dermed ikke direkte til at virksomheten er av «*industriell eller forretningsmessig karakter*».

⁴⁹ Synspunktet er lagt til grunn også i Arrowsmith (2014), side 533.

⁵⁰ Jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse 10. april 2008, sak C-393/06 (*Aigner*), premiss 41.

4 Når er en enerettstildeling «forenelig med EØS-avtalen»?

4.1 Innledning

Kravet til at enerettstildelingen må være «forenelig med EØS-avtalen» er det mest utfordrende vilkåret å vurdere etter anskaffelsesforskriften § 2-3. Hva som er «forenelig med EØS-avtalen» er ikke klart, og krever en grundig vurdering av gjeldende EU/EØS-rett.

Problemstillingen kan formuleres slik: *Hvilke begrensninger følger av vilkåret om at enerettstildelingen skal være «forenelig med EØS-avtalen»?*

4.2 Læren om tvingende allmenne hensyn

Enerettstildelingen må ifølge ordlyden være forenlig med hele EØS-avtalen, herunder de fire friheter. Da tildeling av enerett stenger et marked vil eneretten i utgangspunktet innebære en begrensning på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36. Bruk av enerett kan likevel rettferdiggjøres og være «forenelig med EØS-avtalen» dersom den kan begrunnes i den domstolskapede læren om tvingende allmenne hensyn.

Læren om tvingende allmenne hensyn ble først formulert av EU-domstolen i sak C-120/78 (*Cassis de Dijon*) premiss 14 og er videreført av EU-domstolen og EFTA-domstolen i senere avgjørelser. De to domstolene har godtatt at visse allmenne hensyn kan legitimere et inngrep i grunnfrihetene dersom det allmenne hensynet ikke kan oppnås på en mindre konkurranseskadelig måte. Læren tar dermed sikte på å avveie EU/EØS-avtalens formål om de fire friheter opp mot medlemsstatenes eventuelle ønske om inngrep i disse.

En offentlig sektor med flere inngrep i grunnfrihetene kan for det første gjøre det vanskelig å realisere EØS-avtalens målsetning om å etablere et integrert marked i Europa. For det andre kan inngrep i tjenestefriheten skape ulikheter mellom medlemslandene og deres økonomier.⁵¹ En fare ved tildeling av enerett er for eksempel at det i det enkelte medlemsland eksisterer offentlige selskaper som besitter stor grad av kontroll i sitt hjemmemarked, samtidig som selskapene kan delta i konkurransen i andre deler av fellesskapet hvor markedene er mer åpne. For å kunne rettferdiggjøre en restriksjon på de fire friheter har EU-domstolen derfor oppstilt

⁵¹ Bekkedal (2006) side 144.

tre kumulative vilkår. Kravene er tydelig formulert av EU-domstolen i sak C-126/15 (*Kommisjonen mot Portugal*) premiss 63:

«the Member States must employ means which, whilst enabling them effectively to attain the objective pursued by their domestic laws, are the least detrimental to the objectives and the principles laid down by the relevant EU legislation [...]. The case-law of the Court states in that regard that, when there is a choice between several appropriate measures, recourse must be had to the least onerous, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued...»

Eneretten må med dette tjene til å oppnå et legitimt formål og gjøre dette i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet.⁵² Sistnevnte innebærer at eneretten må være egnet og nødvendig for å nå målet, samt at eneretten ikke medfører et uforholdsmessig inngrep i grunnfrihetene. Bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt ligger hos oppdragsgiver.⁵³

4.3 Hvilke allmenne aksepterte formål kan legitimere tildeling av enerett?

Det første som må vurderes er altså om bruk av enerett kan begrunnes i et tvingende allment hensyn. Målet med enerettstildelingen må være å ivareta et hensyn som enten EØS-avtalen, eller EU-domstolen og EFTA-domstolen på ulovfestet grunnlag anerkjenner som et tvingende allment hensyn.

For å vurdere om eneretten forfølger et allment akseptert formål må en først etablere hva som er formålet med enerettstildelingen. Rent bevismessig er det ikke tilstrekkelig at en offentlig oppdragsgiver hevder eneretten forfølger et tvingende allment hensyn. Avgjørende er om eneretten i realiteten forfølger et slikt formål.⁵⁴ Et illustrerende eksempel fra norsk rett er Rt. 2007 s. 1003 (*Norsk Tipping*), der Høyesterett blant annet vurderte om Norsk Tipping sin enerett til å drive utbetalingsautomater forfulgte et legitimt formål. EFTA-domstolen hadde i sin rådgivende uttalelse understreket at forbrukervernhensyn og bekjempelse av spillavhengighet utgjorde allmenne aksepterte formål. Rent økonomiske hensyn var derimot ikke legitime hensyn å ta. Høyesterett vurderte derfor hva som var den virkelige begrunnelsen

⁵² Fredriksen og Mathisen (2018) side 119.

⁵³ Jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse 13. desember 2012, sak C-379/11 (*Caves Krier Frères*), premiss 49.

⁵⁴ EFTA-domstolens avgjørelse 26. juni 2007, sak E-2/06 (*ESA mot Norge, Hjemfall*), premiss 71-78.

for å gi Norsk Tipping monopol til å drive utbetalingsautomater. I vurderingen ble det blant annet sett til forarbeidene til endringsloven, jf. premiss 83 følgende.

Når formålet med enerettstildelingen er klarlagt må en videre vurdere om det aktuelle formålet er et allment akseptert formål som kan legitimere eneretten.⁵⁵ EU-domstolen har åpnet for at det enkelte medlemsland som utgangspunkt selv skal kunne velge hvilke tjenester som er egnet til å bli ivaretatt gjennom enerett.⁵⁶ Det offentlige har derfor en viss grad av skjønn når det gjelder hvilke oppgaver som ansees egnet for å ivaretas gjennom tildeling av enerett, og hvordan offentlige virksomheter omorganiseres, ut over de hensyn EU/EØS-retten har stadfestet er/ikke er allmenne aksepterte hensyn.⁵⁷

Etter ordlyden i EØS-avtalen artikkel 33, jf. artikkel 39 er «*hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen*» allmenne aksepterte hensyn. EU-domstolen har dessuten oppstilt en lang rekke ikke-økonomiske hensyn som etter sin art kan ansees som allmenne, blant annet beskyttelse av forbrukere, arbeidstakere, tjenestemottakere, ytringsfrihet og kunstneriske verdier.⁵⁸

Når det gjelder avfallsbehandling bekreftet EU-domstolen i sak C-360/96 (*Arnhem*) premiss 52 at fjerning og behandling av avfall klart var et behov av allmenn interesse som følge av hensynet til miljø, hygiene og forbrukerbeskyttelse. EU-domstolen kom tilsvarende i sak C-209/98 (*Sydhavnens Sten & Grus*) frem til at en enerett var berettiget fordi formålet var å løse et miljøproblem som følge av manglende kapasitet til behandling av ikke-miljøfarlig byggeavfall. I saken hadde et begrenset antall virksomheter enerett til å behandle avfallet, mens andre virksomheter var utelukket fra å behandle avfallet selv om de var miljøgodkjente, jf. premiss 17. Det er derfor ikke tvilsomt at miljøhensyn legitimt kan begrunne tildeling av enerett ved behandling av avfall. Synspunktet har gode grunner for seg da avfallsbehandling krever en sikker leveranse av tjenesten og universell dekning. For norsk retts vedkommende har derfor Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) i flere saker akseptert enerett for håndtering av husholdningsavfall med bakgrunn i miljøhensyn.⁵⁹

⁵⁵ EU domstolens avgjørelse 23. mai 2000, sak C-209/98 (*Sydhavnens Sten & Grus*), premiss 74.

⁵⁶ Steinicke og Groesmeyer (2008), side 669.

⁵⁷ Dette ble lagt til grunn i Klagenemdas avgjørelse 18. februar 2013, sakene 2012/157-165, 2012/169, 2012/181 (*BIR m.fl*) premiss 84.

⁵⁸ Nærings- og fiskeridepartementet (2002).

⁵⁹ Se blant annet Klagenemdas avgjørelse 23. januar 2012, sak 2011/126 (*Perpetuum*), premiss 37-39, der det blir vist til *Sydhavnens Sten & Grus*-saken.

EU-domstolen har videre fremhevet enkelte hensyn som ikke kan begrunne en restriksjon på grunnfrihetene. Dette er rent økonomiske hensyn, det vil si hensynet til statens inntekter og utgifter.⁶⁰ EU-domstolen har også avvist forvaltningsmessige eller rent organisatoriske hensyn som allmenne hensyn.⁶¹

4.4 Når er tildelingen av enerett proporsjonal?

4.4.1 Innledning

For at enerettstildelingen skal være «forenelig med EØS-avtalen» er det ikke tilstrekkelig at formålet med eneretten er begrunnet i et tvingende allment hensyn. Det stilles også krav til proporsjonalitet.⁶² Proporsjonalitetskravet er et sentralt EU/EØS-rettslig prinsipp, som har til formål å sikre at beslutninger og tiltak som treffes er forholdsmessige sammenholdt med målet som ønskes oppnådd.⁶³ Prinsippet gjelder derfor alle disposisjoner oppdragsgiver foretar seg.⁶⁴ På området for offentlige anskaffelser er proporsjonalitetsprinsippet nevnt uttrykkelig i anskaffelsesloven § 4 og rådsdirektivet artikkel 18 nr. 1.

Proporsjonalitetsprinsippet innebærer en test av enerettens egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet i snever forstand.⁶⁵ Vurderingen av de tre vilkårene vil fort kunne gli over i hverandre. Det er likevel tale om tre kumulative unntaksvilkår som alle må være innfridd for at eneretten skal være «forenelig med EØS-avtalen». Jeg vil derfor vurdere hvilke rettslige begrensninger de tre vilkårene setter ved tildeling av enerett hver for seg.

4.4.2 Egnethet

Eneretten må først holdes opp mot målsetningen, det vil si det tvingende allmenne hensynet som begrunner tildeling av enerett. Spørsmålet i egnethetsvurderingen er om eneretten er tjenlig til å ivareta det tvingende allmenne hensynet. Et inngrep i grunnfrihetene skal være «appropriate for securing attainment of the objective pursued».⁶⁶ Da vilkåret ikke stiller krav

⁶⁰ EU domstolens avgjørelse 24. oktober 2013, sak C-220/12 (*Thiele Meneses*), premiss 43 med videre henvisninger.

⁶¹ EU domstolens avgjørelse 27. januar 2009, sak C-318/07 (*Persche*), premiss 55.

⁶² EU domstolens avgjørelse 26. september 2013, sak C-539/11 (*Ottica New Line*), premiss 33 med videre henvisninger.

⁶³ Arrowsmith (2014), side 628 og Steinicke og Groesmeier (2008), side 92.

⁶⁴ Steinicke og Groesmeier (2008), side 94.

⁶⁵ Se utfyllende om proporsjonalitetsvurderingen i Fredriksen og Mathisen (2018), side 119 følgende.

⁶⁶ EU domstolens avgjørelse 26. september 2013, sak C-539/11 (*Ottica New Line*), premiss 33.

til i hvilken grad eneretten skal ivareta formålet, er egnethetsvilkåret lite omstridt ved tildeling av enerett. Dette under forutsetning om at eneretten forfølger et allment tvingende hensyn.

4.4.3 Nødvendighet

Nødvendighetstesten beror på om det finnes et alternativt og mindre inngripende tiltak, som vil være like virkningsfullt som middel til å nå målet.⁶⁷ Det tvingende allmenne hensynet som begrunner enerettstildeling skal for eksempel ikke kunne oppnås gjennom konkurranseutsetting med et strengt kontroll- og sanksjonsregime.

Et tungt innslag av næringsvirksomhet hos organet med enerett kan få betydning for vurderingen av nødvendighetskravet. Konkurransen i markedet kan bli påvirket av hvor mye kommersiell virksomhet organet har mot tredjeparter, og en leverandør med enerett kan ta større risiko i markedet fordi eneretten gir en sikker inntektskilde de kommende årene. Jo større andel kommersiell virksomhet leverandøren har, jo mer inngripende tiltak er eneretten ut fra et konkurransehensyn. Tildeling av enerett til et foretak med stor andel av kommersiell virksomhet kan derfor skjerpe vurderingen av nødvendighetskravet, for å forhindre at eneretten er mer inngripende enn nødvendig.

Det kan stilles spørsmål om den begrensning nødvendighetskravet setter for leverandørens kommersielle andel mot tredjeparter har selvstendig betydning. Det tildelte organet kan uansett ikke ha så stor omsetning mot tredjeparter at subjektet får en «*industriell eller forretningsmessig karakter*» og dermed faller utenfor definisjonen av et offentligrettslig organ etter anskaffelsesforskriften § 1-2 (2).⁶⁸ Definisjonen av et offentligrettslig organ angir imidlertid hvem som generelt sett er pliktsubjekt etter anskaffelsesregelverket, og er derfor tolket vidt. EU-domstolen har understreket at det er uten betydning at den delen av virksomheten som tjener allmennhetens behov kun utgjør en relativt liten del av virksomheten, så lenge «*it continues to attend to the needs which it is specifically required to meet*».⁶⁹ Et foretak kan altså ha en større andel kommersielle aktiviteter, og fortsatt tjene allmennhetens behov. Dette medfører at nødvendighetskravet setter en ytterligere begrensning på hvor mye kommersiell virksomhet en leverandør med enerett kan ha mot tredjeparter.

⁶⁷ EU domstolens avgjørelse 23. mai 2000, sak C-209/98 (*Sydhavnens Sten & Grus*), premiss 77 med videre henvisninger.

⁶⁸ Se definisjon av «*offentligrettslig organ*» i oppgavens punkt 3.6.

⁶⁹ EU-domstolens avgjørelse 15. januar 1998, sak C-44/96 (*Mannesmann*), premiss 25 og EU-domstolens avgjørelse, 10. november 1998, sak C-360/96 (*Arnhem*) premiss 55-58.

4.4.4 Forholdsmessighet i snever forstand

Statens ønske om å oppnå den konkrete målsetningen må til slutt veies opp mot den felles EØS-interessen som ligger til grunn for det indre marked.⁷⁰ I forholdsmessighetsvurderingen skal det inngrep eneretten gjør i tjenestefriheten holdes opp mot målsetningen med tiltaket.⁷¹ Spørsmålet er om inngrepet eneretten gjør i tjenestefriheten står i et urimelig forhold til formålet med tiltaket.⁷²

De omfattende konsekvensene tildeling av enerett har på det indre markedet vil på den ene siden tale for en høy terskel for å oppfylle forholdsmessighetskravet. De grunnleggende hensynene om konkurranse og fri bevegelse av tjenester, som skal bidra til å nå formålet om et indre marked, blir vesentlig tilsidesatt ved tildeling av enerett. En viktig modifikasjon er likevel at innehaveren av en eventuell enerett selv må finne seg i å bli/være en oppdragsgiver i henhold til anskaffelsesregelverket, jf. FOA § 2-3. Dette reduserer de negative konsekvensene for konkurransen på markedet og på EØS-avtalens formål om et etablert indre marked.

Betydningen av målet med enerettstildelingen vil på den andre siden kunne variere i styrke. Ofte er det lokale, politiske hensyn som ønskes ivaretatt gjennom bruk av enerett. På bakgrunn av at et inngrep i grunnfrihetene ofte har både en rettslig og en politisk side har EU-domstolen og EFTA-domstolen åpnet for at medlemslandene i stor grad skal kunne bestemme beskyttelsesnivået for de ulike legitime hensynene som begrunner inngrep i grunnfrihetene.⁷³

Et illustrerende eksempel på dette er sak C-327/12 (*Soa Nazionale Costruttori*), der EU-domstolen i premiss 69 henviser forholdsmessighetsvurderingen tilbake til nasjonale domstoler. Saken omhandlet en ordning om minimumstariffer etter italiensk lovgivning for sertifiseringstjenester ved offentlige anskaffelser. Ordningen utgjorde ifølge EU-domstolen en begrensning på etableringsfriheten fordi den gjorde det vanskeligere for foretak fra andre land å konkurrere med de nasjonale foretakene. EU-domstolen konkluderte likevel med at begrensningen forfulgte et allment akseptert formål, herunder å sikre kvalitet på tjenestene, og var egnet til å nå målet. EU-domstolen mente derimot det var opp til italienske myndigheter å

⁷⁰ EU domstolens avgjørelse 12. desember 2013, sak C-327/12 (*Soa Nazionale Costruttori*), premiss 69.

⁷¹ Mathisen (2007), side 87.

⁷² Se Fredriksen og Mathisen (2018), side 129 som viser til en overprøving i form av en «kvalifisert urimelighetsensur». Det vises her til en diskusjon i teorien om hvorvidt proporsjonalitetskravet stopper med nødvendighetsvurderingen. Jeg går imidlertid ut fra, i likhet med Fredriksen og Mathisen, at proporsjonalitetsprinsippet også omfatter en prøving av tiltakets forholdsmessighet i snever forstand.

⁷³ EU-domstolens avgjørelse 6. september 2012, sak C-150/11 (*Kommisjonen mot Belgia*) premiss 59. Se også Fredriksen og Mathisen (2018), side 128.

avgjøre om tiltaket var uforholdsmessig i snever forstand. Følgelig ble vurderingen av forholdsmessighet i snever forstand lagt til nasjonale myndigheter. Dette selv om generaladvokaten i sin rådgivende uttalelse, i tråd med EU-kommisjonen sin oppfatning, konkluderte med at ordningen gikk ut over hva som var nødvendig for å nå formålet og stod i et urimelig forhold til betydningen av eneretten.⁷⁴

EU-domstolen sin tilbakeholdne tilnærming til forholdsmessighetskravet har i etterkant blitt kritisert, mens generaladvokatens tilnærming har blitt beskrevet som «*much more detailed and convincing*».⁷⁵ Det er blant annet uheldig at EU-domstolen ved sin tilbakeholdne tilnærming til forholdsmessighetskravet ikke klargjør hvorfor forholdsmessighetsvurderingen overlates til nasjonale domstoler.⁷⁶ Slik rettstilstanden er nå er det uavklart om begrunnelsen for å overlate vurderingen til nasjonale domstoler er at medlemsstatene har en viss skjønnsmargin ved avveining av hensynene, eller om begrunnelsen kun er at nasjonale domstoler har en bedre posisjon til å foreta vurderingen.

4.4.5 Adressering av varighetsproblemet

En praktisk viktig konsekvens av forholdsmessighetskravet i snever forstand er at en enerettstildeling ikke kan være tidsbegrenset.⁷⁷ En enerettstildeling som ikke er klart definert i tid vil ikke være forenelig med kravet til forholdsmessighet. Begrunnelsen er at varigheten av eneretten er et sentralt moment i vurderingen av om eneretten utgjør et forholdsmessig inngrep i grunnfrihetene og formålet om et indre marked. En enerettstildeling der varigheten ikke er avgrenset i tid er selvsagt svært uheldige for andre aktører i markedet, som ikke kan vite når konkurranseutsetting igjen kan bli aktuelt.

Ved bruk av enerettsunntaket må offentlige oppdragsgivere dermed ikke bare vurdere om enerett kan tildeles, men også ta stilling til hvor lang varighet eneretten kan ha og om eneretten kan forlenges før sitt utløp. I det følgende vil jeg vurdere hvilke begrensninger forholdsmessighetskravet setter for enerettens varighet ved tildeling av enerett. Spørsmålet kan formuleres som: *når vil en enerett i tid gå over til å være uproporsjonal og i strid med EØS-avtalen?*

⁷⁴ Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Cruz Villalón, sak C-327/12 (*Soa Nazionale Costruttori*), 5. september 2013, premiss 67.

⁷⁵ Sanchez-Graells (2013).

⁷⁶ Denne ulempen er fremhevet i Fredriksen (2014), side 732.

⁷⁷ EU-domstolens avgjørelse 23. mai 2000, sak C-209/98, (*Sydhavnens Sten & Grus*) premiss 79.

Hvor lenge en enerett kan vare er et praktisk viktig spørsmål som offentlige oppdragsgivere må ta stilling til hver gang en enerett skal tildeles. Likevel foreligger det lite veiledning rundt spørsmålet, noe som gjør varighetsspørsmålet vanskelig å vurdere. Verken anskaffelsesdirektivet, anskaffelsesloven med forskrifter, eller forarbeidene til anskaffelsesloven gir direkte veiledning om hvor lenge en enerett kan vare uten å være i strid med proporsjonalitetskravet. Heller ikke EU-domstolen eller EFTA-domstolen har uttalt seg eksplisitt om spørsmålet. Dette skyldes at proporsjonalitetsvurderingen har vært henvist til nasjonale domstoler, jf. blant annet *Soa Nazionale Costruttori*-saken premiss 69.⁷⁸ Nasjonale avgjørelser som berør varighetsproblematikken er imidlertid vanskelig å finne.

Den uklare rettstilstanden og de få rettskildene har medført en uenighet mellom offentlige og private aktører vedrørende varigheten av eneretter. I praksis blir eneretter tildelt av offentlige oppdragsgivere over lang tid, opp til hele tjue år.⁷⁹ Offentlige aktører begrunner gjerne den lange varigheten i hensynene bak eneretten, men derimot uten en tilsvarende vurdering av hensynene bak utgangspunktet om konkurranseutsettelse og fri bevegelighet av tjenester. Før en enerett utløper er det dessuten vanlig å forlenge den, også da uten at det eksplisitt blir tatt stilling til om eneretten sin varighet er forholdsmessig.⁸⁰ Det er videre eksempler på enerettstildelinger som ikke er klart avgrenset i tid, noe som skaper manglende forutberegnelighet for når eneretten utløper og som er i strid med forholdsmessighetskravet. Det er blant annet brukt formuleringer som «eneretten varer så lenge kommunen er eier», eller «eneretten gjelder inntil annet er bestemt».⁸¹ Det er også eksempler på eneretter med kort varighet, for eksempel på to år. Er enerett av kort varighet er det imidlertid gjerne tale om et spesielt tilfelle, for eksempel at den tidligere enerettshaveren har gått konkurs.⁸²

Private aktører ønsker derimot å fortrest mulig komme inn på markedet, noe langvarige enerettstildelinger stenger for. Illustrerende er Norsk Industri sin uttalelse vedrørende enerettstildeling for behandling av avfall.⁸³ I uttalelsen kommer det tydelig frem at private aktører mener eneretter blir tildelt over for lang tid:

⁷⁸ Avgjørelsen er redegjort for i punkt 4.4.4 over.

⁷⁹ ReMidt (2020).

⁸⁰ SHMIL (2020).

⁸¹ Sunndal kommune (2018).

⁸² BIR (2017).

⁸³ Aftenposten (2015), under overskriften «Kommunal eller privat regime?».

«Årsaken til at Norsk Industri mener eneretten må bort, er at de mener kommunene bruker forurensningsloven til å tildele enerett på behandling av husholdningsavfall til egne anlegg – på svært langsiktige kontrakter uten konkurranse – samtidig som de samme anleggene opererer som kommersielle aktører og selger avfallstjenester til næringslivet eller andre kommuner». (mine understrekninger)

En mulig årsak til at det er få rettskilder som eksplisitt berører varigheten til en enerett er utfordringen med å si noe konkret om hvor lang en enerettstildeling kan være i ethvert tilfelle. Det er flere hensyn som vil kunne være relevante og tale for og mot tildeling av enerett, alt etter hvilket rettsområde en befinner seg på. Hensynene vil dessuten variere fra sak til sak, noe som gjør det nødvendig med en konkret vurdering av det aktuelle tilfellet.

4.4.6 Analyse av EU-domstolens avgjørelse Sydhavnens Sten & Grus

Det er som nevnt få rettskilder som eksplisitt tar stilling til hvor lenge en enerett kan vare og fortsatt være *«forenelig med EØS-avtalen»*. I sak C-209/98 (*Sydhavnens Sten & Grus*) avsnitt 79 viser imidlertid EU-domstolen direkte til varigheten av den aktuelle eneretten, og hvorfor det var nødvendig med en enerett over lang tid i den konkrete saken. Jeg vil derfor redegjøre for de relevante hensynene EU-domstolen la til grunn for sin argumentasjon. Ved å sammenligne saken opp mot konkrete problemstillinger og hypotetiske eksempler vil en kunne skissere enkelte hensyn som kan vektlegges i vurderingen av hvor lang en enerett kan være i tråd med EØS-avtalen.

I *Sydhavnens Sten & Grus*-saken hadde København kommune som offentlig oppdragsgiver tildelt eneretter for behandling av byggeavfall. Enerettene hadde en varighet på 20 år. Selv om enerettene var av lang varighet konkluderte EU-domstolen i premiss 79 med at varigheten var proporsjonal. Avgjørelsen er dermed et eksempel på at EU-domstolen har åpnet for lange eneretter ved store investeringer.

I premiss 79 viste EU-domstolen til formålet med enerettstildelingene, som var å sikre investeringer i avskrivningsperioden til et etablert høykapasitetssenter. Å tildele enerett over en lengre periode sørget for en sikker inntektskilde i nedbetalingsperioden. Dersom enerettene ikke hadde en varighet tilsvarende nedbetalingsperioden på 20 år kunne virksomhetene som fikk tildelt enerett fra København kommune ha ansett det som for usikkert å inngå den etterfølgende tjenestekontrakten. Kommunen ville da stått uten en part å inngå tjenestekontrakt med. Et slikt utfall ville fått negative konsekvenser for miljøet, særlig fordi

København kommune før enerettstildelingen manglet virksomheter som kunne behandle avfallet, jf. premiss 78 i dommen. Avfallet hadde på bakgrunn av dette tidligere blitt deponert, i stedet for å bli gjenvunnet. Den positive samfunnsøkonomiske effekten av enerettstildelingen og hensynet til investeringsviljen må derfor ansees å ha vært avgjørende for konkursjonen om å la enerettene vare like lenge som en rimelig avskrivningsperiode.

På bakgrunn av redegjørelsen over kan hensynet til forutberegnelighet som grunnlag for investeringsvilje ansees å være et relevant hensyn som EU-domstolen indirekte har lagt til grunn i sin argumentasjon i *Sydhavnens Sten & Grus*-saken. Dommen tilsier at to eller flere kommuner, - og, eller fylkeskommuner kan gå sammen og tildele enerett med en varighet opp til 20 år til et aksjeselskap eller interkommunalt selskap, under forutsetning om at nedbetalingsperioden er av en slik varighet. Er det derimot ikke grunnlag for å la en enerettstildeling følge en nedbetalings-/avskrivningsperiode, er det som utgangspunktet mindre adgang til å tildele langvarige eneretter. Forutberegnelighetshensyn, blant annet som grunnlag for investeringsvilje, er med dette et relevant hensyn som kan vektlegges i vurderingen av hvor lang en enerett kan være og fortsatt være forholdsmessig i snever forstand.

Forutberegnelighet kan videre tenkes å være et sentralt hensyn også i andre tilfeller. Et eksempel kan være ved bruk av ny teknologi. Ny teknologi kan være en solid grunn for videreutvikling, der offentlig oppdragsgiver gjerne trenger å tildele enerett av en viss varighet for å sikre fremgang og utvikling. Forutberegnelighetshensyn for å sikre fremgang og potensielle aktører kan dermed tilsi at det er forholdsmessig å gi en enerett av lenger varighet ved bruk av ny teknologi.

Samlet sett tilsier analysen av EU-domstolens avgjørelse i *Sydhavnens Sten & Grus*-saken at hensynet til forutberegnelighet, samfunnsøkonomien, og at noen vil inngå den etterfølgende tjenestekontrakten, kombinert med en finansieringsforpliktelse, kan legitimere en enerett på 15-20 år. Enerettstildelingen er slik «forenelig med *EØS-avtalen*», jf. FOA § 2-3. Det konkrete typetilfellet krever for eksempel stor grad av forutberegnelighet som følge av bruk av ny teknologi. En enerett av kort varighet vil i et slikt tilfelle gjøre det mindre attraktivt for mulige foretak og ansatte å inngå den etterfølgende tjenestekontrakten.

Hvis en enerett med varighet på mellom 15 til 20 år ikke kan begrunnes i ett eller flere relevante hensyn vil eneretten derimot som utgangspunkt være uforholdsmessig. Dette

skyldes at jo lenger varighet eneretten har, jo større begrensning på tjenestefriheten og utgangspunktet om konkurranse. Forholdsmessighetskravet medfører derfor at en enerett med lang varighet må begrunnes i ett eller flere hensyn som EU-domstolen eller EFTA-domstolen direkte eller indirekte har lagt til grunn kan legitimere en lengre varighet.

4.4.7 Begrensninger på muligheten til å forlenge eneretter

Før enerettsperioden utløper må offentlig oppdragsgiver ta stilling til om det er grunnlag for å tildele eneretten på ny. Et sentralt spørsmål blir da om det har betydning for vurderingen av enerettens forholdsmessighet i snever forstand at foretaket som har fått eneretten forlenget har hatt eneretten i en viss periode fra før, og eventuelt hvilken betydning dette har.

Offentlige oppdragsgivere viser normalt til det tvingende allmenne hensynet som begrunner enerettstildelingen ved en eventuell forlengelse. Det blir derimot ofte ikke vurdert om en forlengelse av eneretten er forholdsmessig i snever forstand. Uten å vurdere forholdsmessigheten av en forlengelse kan det samme hensynet begrunne tildeling av enerett igjen og igjen, og slik stenge et marked over mange år. Miljøhensyn bør for eksempel ikke fungere som et standardargument ved en eventuell forlengelse av enerett på behandling av avfall. Konsekvensene av dette kan være at en enerett får en lengre varighet enn hva som er nødvendig og hva som er forholdsmessig ut fra hvilke konsekvenser den medfører for det indre markedet. Dette er uheldig da en forlengelse av eneretten innebærer en forlengelse av det rettslige monopolet. De negative konsekvensene eneretten har på det indre marked og konkurransedyktigheten hos private aktører vil også kunne øke med enerettens varighet.

I forholdsmessighetsvurderingen av enerettens varighet bør det derfor ha betydning hvorvidt foretaket som har fått eneretten forlenget, har hatt eneretten i en viss periode fra før. Det må vurderes om forlengelsen i tid er forholdsmessig ut fra de uheldige konsekvenser forlengelsen påfører EØS-rettens målsetning om et indre marked og i hvilken grad utgangspunktet om konkurranse blir vesentlig tilsidesatt. I vurderingen vil varigheten av eneretten før forlengelsen ha betydning. Det bør foreligge sterke grunner for å forlenge en enerett som allerede har vart i flere år da en eventuell forlengelse vil være mer inngripende i et slikt tilfelle.

5 Hvor går grensen mot unntaket om overføring av offentlig myndighet?

5.1 Innledning

For å kunne identifisere grensene for enerettsunntaket vil jeg i dette punktet analysere unntaket om overføring av offentlig myndighet i tråd med EU-domstolens avgjørelse i sak C-51/15 (*Remondis*). Problemstillingen kan formuleres slik: *hvor går grensen mellom enerettsunntaket og unntaket om overføring av offentlig myndighet?*

Før drøftelsen av problemstillingen er det påkrevd å kort behandle begrunelsen for enerettsunntaket og unntaket om overføring av offentlig myndighet, samt alternative unntak fra kunngjøringsplikten. Dette for å gi en helhetlig forståelse for hvorfor det eksisterer unntak fra kunngjøringsplikten, og når de ulike unntakene er aktuelle å anvende.

5.2 Det offentliges skjønnsmargin for organiseringen av det offentlige tilbudet

Anskaffelsesdirektivet legger til grunn at det offentlige skal ha en viss skjønnsmargin i hvordan det offentlige tilbudet blir organisert, jf. fortalen premiss 31. Hvordan det offentlige velger å organisere sin virksomhet skal som utgangspunkt ikke ha betydning for om anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse eller ikke. Denne skjønnsmarginen fremmer formålet om en «*effektiv bruk av samfunnets ressurser*», jf. LOA § 1 (1).

På bakgrunn av det offentliges skjønnsmargin for organiseringen av det offentlige tilbudet er det flere unntak fra kunngjøringsplikten. Hvilken organiseringsform det offentlige velger å anvende skal ikke ha betydning for om anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse eller ikke. To sentrale alternativer til enerettsunntaket er egentlig egenregi og utvidet egenregi. Egentlig egenregi innebærer kort forklart at oppdragsgiver bruker egne ressurser (ansatte) til å utføre den aktuelle oppgaven. Egentlig egenregi faller utenfor anskaffelsesregelverket fordi kontraktsvilkåret ikke er oppfylt.⁸⁴ Det blir aldri inngått en «*gjensidig bebyrdende avtale*» mellom «*en eller flere oppdragsgivere*», jf. legaldefinisjonen av kontrakt i FOA § 4-1. Utvidet egenregi er derimot at tjenesten utføres av et annet rettssubjekt, som oppdragsgiver

⁸⁴ LOA § 2 og FOA § 1-1.

har bestemmende kontroll over, jf. FOA § 3-1.⁸⁵ Unntakene er aktuelle alternativer til enerettsunntaket og er mye brukt dersom oppdragsgiver har nok ressurser internt til å utføre oppgaven (egenregi), eller dersom oppdragsgiver ikke har en for stor grad av kommersiell virksomhet (utvidet egenregi).

Overføring av offentlig myndighet i samsvar med det reviderte anskaffelsesdirektivet og sak C-51/15 (*Remondis*) er videre et sentralt alternativ til disse unntakene og enerettsunntaket. Ettersom skillet mellom enerettsunntaket og unntaket om overføring av offentlig myndighet har medført utfordringer, er skillet mellom unntakene tema i det følgende.

5.3 Klagesak hos ESA vedrørende tildeling av enerett

Det er en pågående korrespondanse mellom EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og Klima- og miljødepartementet (KMD) vedrørende avklaring av skillet mellom de to unntakene i avfallsbransjen.⁸⁶ Fordi grensedragningen vil få betydning for blant annet kommunens handlerom for organisering av avfallsvirksomhet, mulighet for å tilby private restkapasitet i anlegg, og interkommunalt samarbeid har korrespondansen fått stor oppmerksomhet.⁸⁷

Saken hos ESA startet med at Norsk Industri i oktober 2015 sendte en klage til ESA om at flere renovasjonsselskaper i Norge hadde tildelt interkommunale selskap enerett til å håndtere avfall.⁸⁸ ESA har foreløpig valgt å ikke opprette en formell traktatbruddsak mot Norge, men har de siste årene vært i korrespondanse med Klima- og Miljødepartementet (KMD) for å innhente ytterligere informasjon om faktiske og rettslige forhold i saken.⁸⁹

Det var opprinnelig tale om en klagesak om tildeling av enerett for håndtering av avfall fra interkommunale selskap. Saken tok imidlertid en ny vending etter at EU-domstolen 21. desember 2016 avsa dommen C-51/15 (*Remondis*), som omhandlet rekkevidden av begrepet «*offentlig kontrakt*» i anskaffelsesdirektivets forstand. ESA viser i sitt siste brev datert 21. juni 2019 til at det reviderte anskaffelsesdirektivet som nå er tatt inn i EØS-avtalen, og EU-dom C-51/15 (*Remondis*), kan ha betydning for behandlingen av klagen.⁹⁰ I sitt svarbrev datert 21. august 2019 argumenterer KMD for at dersom kommunene velger å overføre

⁸⁵ Vilkårene i FOA § 3-1 er en kodifikasjon av EU-domstolens avgjørelse 18. november 1990, sak C-107/98 (*Teckal*).

⁸⁶ EFTA Surveillance Authority (2019) og Royal Norwegian Ministry of Climate and Environment (2019).

⁸⁷ Stortingsbiblioteket (2019), under overskriften «Offentlige anskaffelser: enerett til å håndtere avfall».

⁸⁸ Stortingsbiblioteket (2019), under overskriften «Offentlige anskaffelser: enerett til å håndtere avfall».

⁸⁹ Hovland (2017).

⁹⁰ EFTA Surveillance Authority (2019).

kompetanse og ansvar for håndtering av avfall til andre, så må det ansees som «*a matter of internal organisation that is not affected by EEA public procurement rules*».⁹¹

På bakgrunn av at ESA understreket at *Remondis*-avgjørelsen og det nye rådsdirektivet kan ha betydning for grensen mot enerettsunntaket, vil avgjørelsen bli analysert i det følgende. Spørsmålet er hva som skiller tildeling av kontrakt direkte til et organ med enerett fra overføring av offentlig myndighet.

5.4 Analyse av EU-domstolens avgjørelse i C-51/15 (*Remondis*)

5.4.1 Sakens bakgrunn

EU-domstolen gjennomgår unntaket om overføring av offentlig myndighet i sak C-51/15 (*Remondis*). Overføring av kompetanse er ikke et nytt konsept, men det er først gang EU-domstolen behandler unntaket så detaljert. Som følge av EØS-avtalen og formålet om en ensartet fortolkning av EU- og EØS-retten, må unntaket også for EØS-rettens vedkommende tolkes i tråd med EU-domstolens avgjørelse i sak C-51/15 (*Remondis*). På denne måten blir de grunnleggende regler som gjelder på området, de samme etter EØS-avtalen som innenfor EU.

Den aktuelle saken gjaldt en tvist om håndtering av avfall i Tyskland, mer konkret lovligheten av en overdragelse av avfallshåndteringsoppgaver, jf. premiss 2. Tvisten stod mellom en virksomhet som utførte renovasjonstjenester, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord (heretter Remodis) og Region Hannover i Tyskland. Sistnevnte hadde overført oppgaver vedrørende avfallsbehandling til et offentligrettslig organ, herunder en sammenslutning av lokale myndigheter i regionen, jf. premiss 14. Det sentrale spørsmålet i saken var om denne overføringen utgjorde en offentlig kontrakt i tråd med det det anskaffelsesrettslige kontraktsbegrepet, jf. premiss 35.

Det rettslige grunnlaget for unntaket som EU-domstolen bygger på, er en fortolkning av anskaffelsesdirektivet artikkel 2 (5), artikkel 1 nr. 6 og fortalens fjerde betraktning. Innholdet i reglene for overføring av offentlig myndighet beror følgelig på en tolkning av disse rettskildene.

⁹¹ Royal Norwegian Ministry of Climate and Environment (2019).

5.4.2 Overføring av offentlig myndighet er ikke en offentlig kontrakt

EU-domstolen konkluderer i premiss 42 med at en overføring av myndighet i forbindelse med gjennomføring av offentlige oppgaver ikke oppfyller vilkårene for å være en offentlig kontrakt som definert i anskaffelsesforskriften artikkel 2 (5). En kompetanseoverføring i forbindelse med gjennomføring av offentlige oppgaver er derimot en måte å organisere det offentlige tilbudet på, herunder et nasjonalt anliggende i henhold til direktivet artikkel 1 nr. 6. Tilsvarende konklusjon ble lagt til grunn av generaladvokat Paolo Mengozzi i hans rådgivende uttalelse til domstolen.⁹² I sin senere avgjørelse i sak C-328/19 (*Porin*) premiss 47 bekrefter EU-domstolen også synspunktet om at overføring av offentlig myndighet ikke er en offentlig kontrakt. Domstolen viser her direkte til *Remondis*-saken.

Avgjørende for resultatet i *Remondis* var en fortolkning av det anskaffelsesrettslige kontraktsbegrepet. En offentlig kontrakt er som nevnt en gjensidig bebyrdende kontrakt. Kravet innebærer at oppdragsgiver mot vederlag mottar en ytelse som skal medføre en økonomisk fordel. I *Remondis* la EU-domstolen i premiss 45 til grunn at en omfordeling av midler med formål om å overføre offentlig myndighet ikke kunne ansees som betaling, men derimot var en nødvendig konsekvens av den frivillige overdragelsen. Tilsvarende var en forpliktelse om å betale eventuelle budsjettunderskudd hos leverandøren som følge av utøvelsen av myndigheten ikke et vederlag, men en garanti for tredjeparter da offentlige myndigheter ikke kan gå konkurs, se premiss 46. Dette førte til at forholdene i saken måtte betraktes som overføring av offentlig myndighet, og ikke som inngåelse av en offentlig kontrakt. Anskaffelsesregelverket kommer i utgangspunktet derfor ikke til anvendelse ved overføring av offentlig myndighet. Dette skyldes at inngåelse av en offentlig kontrakt er en forutsetning for at regelverket kommer til anvendelse, jf. fortalens fjerde betraktning.

Den mest fremtredende forskjellen mellom enerettsunntaket og unntaket om overføring av offentlig myndighet er med dette at sistnevnte unntak ikke innebærer inngåelse av en offentlig kontrakt. Enerettsunntaket i anskaffelsesforskriften § 2-3 forutsetter derimot inngåelse av en tjenestekontrakt til det organet som er tildelt enerett.

5.4.3 Vilkår for at kompetanseoverføring skal være et nasjonalt anliggende

En overføring av offentlig myndighet er ikke i seg selv tilstrekkelig for at unntaket skal komme til anvendelse. EU-domstolen understreker i premiss 47 i *Remondis* at visse

⁹² Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Paolo Mengozzi, sak 51/15 (*Remondis*), 30. juni 2016, premiss 77.

betingelser må være oppfylt for at en kompetanseoverdragelse mellom offentlige myndigheter skal være et nasjonalt anliggende. Det er tre sammenhengende krav som kan identifiseres ut fra dommen. Før jeg gjennomgår innholdet i kravene, vil jeg redegjøre for generaladvokatens forhåndsuttalelse.

EU-domstolen henviser flere steder til generaladvokatens forhåndsuttalelse ved gjennomgangen av kravene. For å forstå EU-domstolens argumentasjon er det derfor nødvendig å gjennomgå generaladvokaten P. Mengozzi sin innstilling, som EU-domstolen eksplisitt viser til i flere avsnitt. Det er viktig å presisere at uttalelsen ikke er bindende, og har en lavere rettskildemessig vekt enn rettspraksis fra EU-domstolen.⁹³ Jeg vil likevel gå gjennom enkelte deler av uttalelsen, som ren informasjonskilde til å forstå bakgrunnen for EU-domstolens argumentasjon i *Remondis*.

I sin rådgivende uttalelse vurderer generaladvokaten først hva som er å anse som «*transfere of powers*». Begrepet er nevnt eksplisitt i artikkel 1 nr. 6 i det nye rådsdirektivet fra 2014, men EU-retten inneholder ingen bestemmelse som fastlegger begrepets rammer. Dette skyldes at hver enkelt medlemsstat selv skal kunne bestemme den interne organiseringen av offentlige oppgaver. Av denne grunn ønsker generaladvokaten ikke å definere et autonomt EU-rettslig begrep for overføring av myndighet. For å kunne identifisere grensene for hva som er overføring av myndighet mener generaladvokaten at det likevel er nødvendig å klargjøre hovedtrekkene.

I premiss 50 henviser derfor generaladvokaten til sak C-264/03 (*Kommisjonen mot Frankrike*). I den nevnte saken understreket EU-domstolen tre forhold ved faktum som forhindret at det konkrete tilfellet gjaldt overføring av kompetanse. For det første hadde det offentlige organet som opprinnelig hadde kompetansen ikke avstått sin kompetanse fullstendig. For det andre måtte det offentlige organet som opprinnelig hadde kompetansen godkjenne det som det tildelte organet skulle utføre. For det tredje ble utførelsen av oppgaven finansiert av det offentlige organet som opprinnelig hadde kompetansen. Basert på disse forholdene fremhever generaladvokaten i premiss 53 til 57 tre krav som må være oppfylt for

⁹³ Jf. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), 13. December 2007 (entered into force 1 December 2009), article 252. Artikkelen understreker at generaladvokatens uttalelse kun er rådgivende for EU-domstolen.

at et forhold skal ansees som overføring av offentlig myndighet, og som ikke var innfridd i den nevnte dommen.

Det er de samme tre kravene EU-domstolen legger til grunn som vilkår for at en overføring av kompetanse skal være et nasjonalt anliggende i premiss 47 følgende. I premiss 48 understreker EU-domstolen at faktum i *Remondis*-saken skiller seg fra faktum i EU-domstolens avgjørelse C-264/03 (*Kommisjonen mot Frankrike*). I premiss 49 følgende blir det vist til generaladvokatens forhåndsuttalelse og vilkårene blir gjennomgått.

Ifølge EU-domstolen premiss 49 første setning må kompetanseoverføringen for det første

«concern not only the responsibilities associated with the transferred competence, including the obligation to perform the tasks that competence entails, but also those powers that are the corollary thereof».

Det må altså være en fullstendig overføring av kompetanse. Hovedansvaret for oppgaven, herunder også plikten til å utføre oppgaven, skal ligge hos organet som blir tildelt kompetansen. Videre understreker EU-domstolen i premiss 49 andre setning at

«the public authority on which competence has been conferred has the power to organise the performance of the tasks coming within that competence and to draw up the regulatory framework for those tasks, and that it has financial autonomy allowing it to ensure the financing of those tasks. That is not the case, however, where the authority initially competent retains primary responsibility over those tasks, retains financial control over them or must give prior approval for decisions envisaged by the entity on which it has conferred powers».

Enheten som blir tildelt myndighet må for det andre og tredje derfor ha fullstendig beslutningsautonomi og økonomisk autonomi. Beslutningsautonomi innebærer at organet handler autonomt og under eget ansvar i utførelsen av oppgaven, samt har makten til å bestemme regelverket rundt og prosedyren for utøvelse av oppgaven.⁹⁴ Økonomisk autonomi gjør det videre mulig å sikre finansiering av oppgavene. Det vil av denne grunn ikke foreligge

⁹⁴ Heard (2017), under deloverskriften «Condition 2: The transferee authority must have complete decision-making autonomy and financial autonomy».

fullstendig autonomi om overføringsmyndigheten beholder hovedansvaret for oppgavene, økonomisk kontroll over oppgavene, eller på forhånd må godkjenne avgjørelser.

Selv om det tildelte organet skal utøve kompetansen selvstendig og under eget ansvar understreker domstolen i premiss 52 at tildelende organ ikke trenger å være unntatt enhver innflytelse. Det vil for eksempel være rimelig å bevare en tilsynsrett med det tildelte organet. I *Remondis* var den tildelte enheten kjennetegnet med driftsmessig selvstendighet, men skulle fortsatt overholde beslutninger som ble truffet av forsamlingen sammensatt av representanter fra de tildelende myndigheter, blant annet valg av administrativ leder. Handlefriheten innebærer ikke at overdragelsen av myndighet er irreversibel, jf. premiss 53.

EU-domstolen har i sin senere avgjørelse i sak C-328/19 (*Porin*) lagt til grunn tilsvarende tolkning av unntaket om overføring av offentlig myndighet som i *Remondis*. I *Porin* konkluderte EU-domstolen med at unntaket om overføring av offentlig kompetanse i tråd med *Remondis*-saken kom til anvendelse. Saksforholdet var kort forklart at fem kommuner i henhold til finsk lov hadde inngått samarbeidsavtaler for felles utførelse av sine offentlige oppgaver, samt overført fullt ut ansvaret for utførelsen av de offentlige tjenesteoppgavene til en av kommunene. Den ansvarlige kommune hadde da både juridisk, organisatorisk og økonomisk autonomi når det gjaldt levering av de aktuelle tjenestene.

En sentral forskjell mellom enerettsunntaket og unntaket om overføring av offentlig kompetanse er med dette at tildeling av tjenstekontrakt til et organ med enerett gir større kontroll med organet som utfører tjenesten. Dette skyldes at EU-domstolen i *Remondis*-saken forutsetter en fullstendig overføring av kompetanse der det tildelte organet har beslutningsautonomi. Forutsetningen for å bruke unntaket er følgelig at ansvaret for utførelsen av oppgaven også overdras, noe som kan være lovstridig for visse oppgaver. Kontroll kan være viktig særlig ved lovpålagte oppgaver der oppdragsgiver er avhengig av at den daglige driften går fint for seg. Dette gjelder blant annet ved avfallshåndtering, vann- og avløpshåndtering og helsetjenester. I praksis må imidlertid vurderingen av hva som er det mest fordelaktige unntaket alltid baseres på de sakspesifikke omstendigheter som foreligger.

En annen praktisk viktig forskjell er at EU-domstolen i *Remondis*-saken krever en fullstendig overføring av den finansielle autonomien, samt at organet som utfører oppgaven under *Remondis*-unntaket må være selvfinansierende. Dette til forskjell fra et enerettsorgan, som mottar et kontraktsmessig vederlag for utførelsen av tjenesten.

I den pågående klagesaken som ESA behandler kan særlig sistnevnte krav til finansiell autonomi skape utfordringer for norske myndigheters argumentasjon. Bakgrunnen er at myndigheten til å fastsette avfallsgebyret ligger hos kommunene, også etter enerettstildeling, i de norske enerettssakene som er klaget inn. Dette fordi det er kommunene som er pliktsubjekt etter forurensningsloven § 34, og som skal fastsette avfallsgebyret, jf. avfallsforskriften § 15-3.⁹⁵ Et sentralt spørsmål er dermed om dette er innenfor kravet til finansiell autonomi, som krever at organet har økonomisk kontroll over oppgavene. At avfallsgebyret er den eneste inntektskilden ved lovpålagt avfallshåndtering vil tale for at organet ikke har tilstrekkelig med finansiell autonomi, men derimot fortsatt er avhengig av overføringsmyndigheten som både fastsetter og mottar gebyret.

6 Avsluttende betraktninger

Hovedformålet med denne masteroppgaven har vært å identifisere grensen for tildeling av enerett ved offentlige anskaffelser. Jeg har derfor analysert hvordan tildeling av enerett kan være «forenelig med EØS-avtalen», jf. FOA § 2-3, og klarlagt forholdet mellom enerettsunntaket og unntaket om overføring av offentlig myndighet i tråd med EU-domstolens avgjørelse i sak C-51/15 (*Remondis*).

I gjennomgangen av forenelighetskravet kommer det frem at dagens praksis med tildeling av enerett er egnet til å skape splid mellom offentlige og private aktører. Dette skyldes at aktørene har en ulik forståelse av forenelighetskravet etter gjeldende rett (de lege lata), særlig når det gjelder varigheten av en enerettstildeling. Korrespondansen mellom EFTAs overvåkningsorgan ESA og Klima- og miljødepartementet vitner dessuten om en uklar grense mellom enerettsunntaket og unntaket om overføring av offentlig myndighet. De praktiske konsekvensene av den uklare rettstilstanden er konflikter mellom private og offentlige aktører vedrørende tildeling av enerett, i tillegg til mulige traktatbruddssøksmål mot Norge som følge av feil forståelse av det norske anskaffelsesregelverket. I lys av dagens uklare rettstilstand er det opplagt et behov for ytterligere rettsavklaring vedrørende tildeling av enerett ved offentlige anskaffelser.

Ettersom det norske anskaffelsesregelverket er en gjennomføring av EU/EØS-retten er det opp til EU-lovgiver å presisere og klargjøre grensene for tildeling av enerett ved offentlige

⁹⁵ Forskrift 1. juni 2004 nr. 930 om gjenvinning og behandling av avfall (avfallsforskriften).

anskaffelser. Det er vanskelig å definere innholdet i en eventuell presisering av forenelighetskravet, også når det gjelder varigheten av en enerett. Ideelt sett kan man tenke seg en generell og konkret tidsmessig avgrensning for enerettens varighet tilsvarende som for rammeavtaler. En rammeavtale kan ifølge anskaffelsesdirektivet artikkel 33 nr. 1 (3) og anskaffelsesforskriften § 26-1 (4) ikke inngås for mer enn fire år fordi rammeavtaler av lang varighet kan være i strid med kravet til konkurranse. Analysen av EU-domstolens avgjørelse i *Sydhavnens Sten & Grus*-saken illustrerer imidlertid at det er gode grunner for å ha en skjønnsmessig regel for tildeling av enerett, som er egnet til å fange opp praktisk viktige og faktiske forskjeller i bruken av enerett. Det kan være hensyn på et rettsområde som gjør det nødvendig og forholdsmessig å tildele enerett av lengre varighet. På bakgrunn av dette er det krevende å avklare rettsstilstanden ytterligere. En mulighet kan likevel være at EU-lovgiver fastsetter en tidsmessig grense for tildeling av enerett på 10 eller 15 år, men med mulighet for en varighet opp til hele 20 år, eventuelt en forlengelse, dersom relevante hensyn som EU/EØS-retten anerkjenner kan begrunne dette. På denne måten har private og offentlige aktører en konkret hovedregel å forholde seg til, samtidig som unntak under strenge vilkår kan finne sted. EU-domstolen kan på denne måten fortsatt påvirke rettsstilstanden gjennom rettspraksis, ved å presisere hvilke hensyn som unntaksvis er relevante for en lengre enerettstildeling. Etter min mening burde retten (de lege ferenda) uansett i større grad enn nå fremheve at enerett er en midlertidig ordning, og slik forhindre eneretter som er uforholdsmessig lange. Dette kan imidlertid føre til at hyppigheten rundt bruk av enerett vil gå ned, mens andre unntaksformer trolig vil ta over i større grad.

Til slutt er det ønskelig med en uttalelse fra EFTAs overvåkningsorgan ESA om forholdet mellom enerettsunntaket og unntaket om overføring av offentlig myndighet i tråd med EU-domstolens avgjørelse i *Remondis*-saken. Ettersom ESA håndhever jussen, har organet en mulighet til å fremheve forskjellene mellom unntakene. En endelig klargjøring av jussen må imidlertid skje i domstolene.

Kilderegister

1. Litteratur

Aftenposten (2015): Aftenposten: «Kampen om det norske søppelet», Aftenposten.no, 28. mai 2015, <https://www.aftenposten.no/norge/i/BBmG/kampen-om-det-norske-soeppelet> (lest 28. februar 2021)

Arrowsmith (2014): Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: Regulation in the EU and UK: Volume 1*, 3. utgave, (London 2014)

Bekkedal (2006): Tarjei Bekkedal, «Privilegerte foretak og monopoler – fellesskapsrettens skranker», *Jussens Venner* 2006, side 142-70

BIR (u.å.a): BIR, «Dette er BIR», Bir.no, <https://bir.no/om-bir/om-konsernet/> (lest 2. mars 2021)

BIR (2017): BIR, «BIR transport AS tildelt enerett», 27. september 2017, <https://bir.no/aktuelt/bir-transport-as-tildelt-enerett/> (lest 5. mars 2021)

Bårdsen (2017): Arnfinn Bårdsen, «Den internasjonale rettens innflytelse i Norge», Domstol.no, 1. juli 2015, <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/apen-dag-hoyesterett---foredrag-ved-arnfinn.pdf> (lest 20. januar 2021)

Dragsten (2013): Marianne Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, (Oslo 2013)

Dragsten (2020): Marianne Dragsten, «Ajourført versjon av Anskaffelsesforskriften, kommentarutgave av Marianne Dragsten», Juridika.no, juli 2020, <https://juridika.no/forskrift/2016-08-12-974> (lest 3. mars 2021)

EFTA Surveillance Authority (2019): EFTA Surveillance Authority, «Complaint against Norway concerning the award of exclusive rights for collection and treatment of waste», Eftasurv.int, 21. juni 2019, <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/4950-Further%20request%20for%20information%20regarding%20the%20award%20of%20exclusive%20rights%20for%20the%20collection%20and%20treatment%20of%20waste.pdf> (lest 15. januar 2021)

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2006): Fornyings- og administrasjonsdepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser», regjeringen.no, 30. november 2006, https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/anskaffelsesveilderer_2013.pdf (lest 17. januar 2021)

Fredriksen (2014): Halvard Haukeland Fredriksen, «EU/EØS-rettslige proporsjonalitetsvurderinger i nordiske domstoler», *Europarattslig tidsskrift* 2014, side 707-734

Fredriksen og Mathisen (2018): Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, (Bergen 2018)

Heard (2017): Emily Heard, «When a transfer of competences by a contracting authority is not subject to the EU procurement rules», Bevanbrittan.com, 12. mai 2017, [When a transfer of competences by a contracting authority is not subject to the EU procurement rules | Bevan Brittan LLP](#) (lest 20. februar 2021)

Hjelmeng (2016): Erling Hjelmeng, «Kommunale eneretter i avfallssektoren», Samfunnsbedriftene.no, 14. mars 2016, <https://www.samfunnsbedriftene.no/media/1829/kommunale-enerettigheter-i-avfallssektoren.pdf> (lest 8. januar 2021)

Hovland (2017): Lennart Hovland, «Nye runder i leverandørenes kamp mot kommunal avfallsrett», Anbud365.no, 20. juni 2017, <https://www.anbud365.no/regelverk/nye-runder-leverandorenes-kamp-mot-kommunal-avfallsenerett/> (lest 8. januar 2021)

Mathisen (2007): Gjermund Mathisen, «Om proporsjonalitetsprinsippet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter», *Jussens Venner* 2007, side 80-92

Nordby (2006): Thomas Nordby, «Leiegårdsloven – forholdet til EØS-retten», Regjeringen.no, 9. januar 2006, https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/krd/red/2006/0007/ddd/pdfv/271497-leiegardsloven_forholdet_til_eos-retten.pdf.pdf (lest 24. april 2021)

Nærings- og fiskeridepartementet (u.å.): Nærings- og fiskeridepartementet, «Offentlige anskaffelser», Regjeringen.no

<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-/id2511781/> (lest 8. februar 2021)

Nærings- og fiskeridepartementet (2002): Nærings- og fiskeridepartementet, «Regelverket for offentlige anskaffelser og forholdet til interkommunalt samarbeid om tjenesteyting», Regjeringen.no, 12. april 2002, https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/nfd/anbud-konsesjoner-og-brev/brev/utvalgte_brev/2002/regelverket-for-offentlige-anskaffelser--2/id90871/ (lest 5. januar 2021)

Nærings- og fiskeridepartementet (2017): Nærings- og fiskeridepartementet «Kunngjøringer», Regjeringen.no, 13. desember 2017, <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/kunngjoringer2/id2582054/> (lest 12. januar 2021)

ReMidt (2020): ReMidt, «Videretildeling av enerett til Ecopro AS», Remidt.no, 6. oktober 2020, https://www.remidt.no/wp-content/uploads/2020/12/videretildeling_enerett_ecoproas.pdf (lest 5. mars 2021)

Royal Norwegian Ministry of Climate and Environment (2019): Royal Norwegian Ministry of Climate and Environment, «Reply to request for information – complaint against Norway concerning the award of exclusive rights for collection and treatment of waste», Stortinget.no, 21. august 2019, https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/eu_open/reply_letter_esa_waste.pdf (lest 15. januar 2021)

Sanchez-Graells (2013): Albert Sanchez-Graells, «CJEU Rubber stamps Italian minimum tariffs for certification in public procurement, subject to proportionality (C-327/12)», Howtocrackanut.com, 16. desember 2013, <https://www.howtocrackanut.com/blog/tag/certification> (lest 25. april 2021)

SHMIL 2020: SHMIL, «Ecopro AS er tildelt ny enerett for behandling av matavfall», Shmil.no, <https://shmil.no/2020/12/04/2783/> (lest 5. mars 2021)

Steinicke og Groesmeyer (2008): Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, *EU's ubudsdirektiver: med kommentarer*, 2. utgave, (København 2008)

Stortingsbiblioteket (2019): Stortingsbiblioteket, «EU/EØS-nytt – 20. november 2019»,

Stortinget.no, 20. november 2019, <https://www.stortinget.no/nn/kva-skjer-pa-stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2019/eueos-nytt---20.-november-2019/> (lest 15. januar 2021)

Sunndal kommune (2018): Sunndal kommune, «Enerettstildeling til Nordmøre interkommunale renovasjonsselskap IKS (NIR)», Sundal.kommune.no, 29. november 2018, <https://www.sunndal.kommune.no/aktuelt/enerettstildeling-til-nordmore-interkommunale-renovasjonsselskap-iks-nir.11854.aspx> (lest 5. mars 2021)

Thue, Buan, Lazaridis og Brun (2018): Anders Thue, Anne Buan, Sofia Lazaridis og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utgave (Oslo 2018)

Torkelsen (2007): Hanne S. Torkelsen, «Veileder for tildeling av enerett innen avfallssektoren», Avfallnorge.no, 25. juni 2007, http://avfallnorge.web123.no/article_docs/Avfall%20Norge%20rapport%203-07%20rev%201.pdf (lest 8. januar 2021)

Torkelsen (2015): Hanne S. Torkelsen, «Kommunens eget næringsavfall – bruk av egenregi/enerett», Avfallnorge.no, 21. desember 2015, <http://avfallnorge.web123.no/pop.cfm?FuseAction=Doc&pAction=View&pDocumentId=66045> (lest 8. januar 2021)

Wiggen (2013): Janicke Wiggen, *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor: kontraktsbegrepets grenser*, (Oslo 2013)

2. Norske rettskilder

2.1 Lover og forskrifter

Forurensningsloven: Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall

EØS-loven: Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføringen i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområdet (EØS) m.v.

Avfallsforskriften: Forskrift 1. juni 2004 nr. 930 om gjenvinning og behandling av avfall

Anskaffelsesloven/LOA: Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser

Anskaffelsesforskriften/FOA: Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser

Forsyningsforskriften: Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler for forsyningssektorene

Kommuneloven: Lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner

2.2 Forarbeid og høringsuttalelser

NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser: Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.

Det Kongelige Nærings- og fiskeridepartementet, Høringsnotat 2: Ny forskrift om offentlige anskaffelser, 2014.

2.3 Avgjørelser

2.3.1 Høyesterett

Dom 26. juni 2007, Rt. 2007 s. 1003 (*Norsk Tipping*)

2.3.2 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Avgjørelse 23. juni 2008, sak 2008/8 (*Steinkjer kommune*)

Avgjørelse 23. januar 2012, sak 2011/126 (*Perpetuum*)

Avgjørelse 18. februar 2013, sakene 2012/157-165, 2012/169, 2012/181 (*BIR m.fl.*)

3. Internasjonale rettskilder

3.1 EU-traktater

TFEU: Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), 13. December 2007 (entered into force 1 December 2009).

3.2 EU-rettsakter

Anskaffelsesdirektivet: Europaparlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser og om opphevelse av direktiv 2004/18/EF (EØS-relevant tekst)

3.3 Rettspraksis

3.3.1 EFTA-domstolen

Avgjørelse 25. februar 2005, sak E-4/04 (*Pedicele*)

Avgjørelse 26. juni 2007, sak E-2/06 (*ESA mot Norge, Hjemfall*)

3.3.2 EU-domstolen

Avgjørelse 20. februar 1979, sak C-120/78 (*Cassis de Dijon*)

Avgjørelse 18. november 1990, sak C-107/98 (*Teckal*)

Avgjørelse 15. januar 1998, sak C-44/96 (*Mannesmann*)

Avgjørelse 10. november 1998, sak C-360/96 (*Arnhem*)

Avgjørelse 23. mai 2000, sak C-209/98 (*Sydhavnens Sten & Grus*)

Avgjørelse 3. oktober 2000, sak C-380/98 (*Cambridge*)

Avgjørelse 23. september 2003, sak C-452/01 (*Ospelt*)

Avgjørelse 18. januar 2007, sak C-220/05 (*Jean Auroux m.fl.*)

Avgjørelse 18. desember 2007, sak C- 220/06 (*Correos*)

Avgjørelse 10. april 2008, sak C-393/06 (*Aigner*)

Avgjørelse 27. januar 2009, sak C-318/07 (*Persche*)

Avgjørelse 29. april 2010, sak C-160/08 (*Kommisjonen mot Tyskland*)

Avgjørelse 6. september 2012, sak C-150/11 (*Kommisjonen mot Belgia*)

Avgjørelse 13. desember 2012, sak C-379/11 (*Caves Krier Frères*)

Avgjørelse 26. september 2013, sak C-539/11 (*Ottica New Line*)

Avgjørelse 24. oktober 2013, sak C-220/12 (*Thiele Meneses*)

Avgjørelse 12. desember 2013, sak C-327/12 (*Soa Nazionale Costruttori*)

Avgjørelse 21. desember 2016, sak C-51/15 (*Remondis*)

Avgjørelse 29. juni 2017, sak C-126/15 (*Kommisjonen mot Portugal*)

Avgjørelse 28. mai 2020, sak C-796/18 (*ISE*)

Avgjørelse 18. juni 2020, sak C-328/19 (*Porin*)

3.4 Europakommisjonens arbeidsdokument

Kommisjonens Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities, 4. oktober 2011

3.5 Generaladvokatens forslag til avgjørelse

Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Cruz Villalón, sak C-327/12 (*Soa Nazionale Costruttori*), 5. september 2013

Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Paolo Mengozzi, sak 51/15 (*Remondis*), 30. juni 2016