

NOTAT

Til: Samferdselsdepartementet v/ Tone Forland Hardeland

Fra: Advokatfirmaet BA-HR DA
Saksansvarlig advokat: Asle Aarbakke

Dato: Oslo, 30. november 2016

Rettslig rammeverk for samarbeid mellom bompengeselskaper. Forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser

1. Innledning

1.1 Oppdraget

Vi har blitt bedt om å vurdere hvilke rettslige skranker regelverket om offentlige anskaffelser setter for at de fem planlagte regionale bompengeselskapene skal kunne samarbeide og utveksle tjenester med hverandre.

1.2 Bakgrunn

Bompengereformen er presentert i Meld. St. 25 (2014-2015) «*På rett vei*» punkt 4, jf. prop.1 tillegg nr.2 (2015-2016) punkt 3. Et sentralt element i reformen er å gjøre bompengeneinnkrevningen mer brukervennlig og kostnadseffektiv. Dette skal gjøres blant annet ved etableringen av fem regionale bompengeselskaper som skal stå for bompengeneinnkrevningen samt skille ut utstederfunksjonen.

De enkelte bompengeselskapene skal organiseres som aksjeselskaper. Bompengeselskapene skal eies av fylkeskommunene innenfor den regionen der bompengeselskapet skal operere. Andre fylkeskommuner skal ikke kunne erverve aksjer i bompengeselskap uten departementets samtykke. Private kan ikke erverve aksjer i bompengeselskapene.

Det er Stortinget som treffer vedtak om samtykke til bompengeneinnkreving, jf. veglova § 27. Bompengeneinntekten kan bare brukes til å dekke det bompengeprojekt som Stortingets vedtak gjelder, herunder kan bompengeneinntekter brukes til å dekke utbyggingskostnader, finansieringskostnader, kostnader til innkrevingsutstyr, og kostnader til drift og administrasjon av bompengeprojektet. Bompengeselskapene skal ikke kunne drive annen virksomhet enn innkreving av bompenger samt låne- og kapitalforvaltning og annen virksomhet som er direkte knyttet til selskapets egne bompengeprojekter. Selskapet kan således ikke levere drifts- eller rådgivningstjenester til andre eller for øvrig drive eksternt rettet næringsvirksomhet. Bompengeselskapene skal ikke ha til formål å skaffe eierne økonomisk utbytte. Selskapet kan således ikke dele ut utbytte til selskapets eiere eller foreta andre utdelinger til disse av selskapets midler. Selskapets virksomhet skal i samsvar med dette drives etter et kostprinsipp.

Det er et ønske at bompengeselskapene skal kunne samarbeide om tjenester for å dra nytte av hverandres kompetanse på tvers av sitt geografiske virkeområde. Spørsmålet som behandles i det følgende er hvordan dette kan gjøres uten å komme i konflikt med regelverket om offentlige anskaffelser.

1.3 Konklusjon¹

For at et samarbeid mellom de regionale bompengeselskapene skal komme utenfor regelverket om offentlige anskaffelser er det mulig å organisere seg på to ulike måter:

- (a) Det opprettes et eget selskap som eies av bompengeselskapene og der disse kjøper tjenester fra selskapet. Dette kan gjøres etter unntaket om utvidet egenregi forutsatt at:
 - (i) Det sørges for, gjennom bl.a. vedtekter, representasjon og formål, at bompengeselskapene har felles kontroll over selskapet, herunder at de i fellesskap utøver bestemmende innflytelse over selskapets strategiske mål og viktige beslutninger;
 - (ii) At selskapet bare utøver aktivitet for bompengeselskapene; og
 - (iii) At det ikke er private eierandeler i selskapet.
- (b) Det opprettes en samarbeidsavtale mellom bompengeselskapene om utveksling av rådgivningstjenester og/eller andre tjenester. Dette kan gjøres under unntaket om horisontale samarbeidsavtaler forutsatt at:
 - (i) Det foreligger et samarbeid om å oppnå et felles mål, for eksempel om effektiv drift av bompengeneinnkrevningen;
 - (ii) Samarbeidet er reelt ved at alle bompengeselskapene bidrar med egne ressurser til samarbeidet; og
 - (iii) Samarbeidet bare omfatter aktiviteter for bompengeselskapene.

2. Muligheten til samarbeid på tvers av bompengeselskapene

2.1 Regelverket om offentlige anskaffelser

Når det offentlige foretar vare- eller tjenestekjøp av en viss verdi, skal som et utgangspunkt reglene om offentlige anskaffelser følges. Unntak fra dette er eksplisitt inntatt i Forskrift om offentlige anskaffelser,² som bygger på EU Direktiv 2004/18/EC. Direktiv 2004/18/EC har imidlertid blitt endret og tre nye direktiv er vedtatt, Direktiv 2014/24/EU, Direktiv 2014/23/EU og Direktiv 2014/25/EU. De nye anskaffelsesdirektivene er i ferd med å bli implementert i norsk rett gjennom ny anskaffelseslov³ og tre nye anskaffelsesforskrifter; forskrift innen klassisk sektor, forsyningssektoren og for

¹ Det følgende er et svært forenklet sammendrag av notatet. Flere av konklusjonene har nyanser som ikke fremkommer i sammendraget. Sammendraget bør derfor leses i sammenheng med resten av notatet

² FOR-2006-04-07-203

³ LOV-2016-06-17-73

konsesjonskontrakter.⁴ Etter planen skal regelverket tre i kraft 1. januar 2017. Ettersom det er det nye regelverket som vil gjelde for bompengeselskapene, er det dette som blir behandlet i det følgende. Vi nevner likevel at når det gjelder unntaket for utvidet egenregi og horisontale samarbeidsavtaler, som vi behandler i det følgende, er det nye regelverket en lovfesting og dels klargjøring av gjeldende rett slik det er utviklet av EU-domstolen.⁵

2.2 Bompengeselskapene og anskaffelsesregelverket. Utgangspunkt

For bompengeselskapet vil det være den nye loven om offentlige anskaffelser («loa.») og forskriften for klassisk sektor, forskrift om offentlige anskaffelser («nye FOA») som er av betydning. Bompengeselskapene er «*offentligrettslige organer*», jf. FOA.§ 1-2 første og andre ledd, og dermed som utgangspunkt pliktsubjekt etter regelverket om offentlige anskaffelser.

Reglene om offentlige anskaffelser gjelder når oppdragsgivere «*inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter, eller gjennomfører plan- og designkonkurranser, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva*», jf. nye FOA.§ 1-1. En «*kontrakt*» i forskriftens forstand er nærmere definert i nye FOA.§ 4-1 bokstav a som en «*gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører*»

Utgangspunktet er derfor at gjensidig bebyrdende avtaler om levering av varer eller tjenester til det offentlige faller innenfor regelverkets virkeområde og dermed må konkurranseutsettes etter den nærmere prosedyren i anskaffelsesregelverket.

Ensidig overføring av penger og andre ytelser til eller fra det offentlige faller som utgangspunkt utenfor regelverket.⁶ Dette innebærer at tildeling av offentlig støtte faller utenfor anskaffelsesreglene, under forutsetning av at støtten ikke har karakter av å være et kontraktsrettslig vederlag for en motytelse.⁷ Der samarbeidet ikke utgjør noen gjensidig utveksling av ytelser, er det ikke nødvendig å ta stilling til om samarbeidsmodellen som er valgt i det konkrete tilfellet oppfyller vilkårene i unntaket for offentlig-offentlig samarbeid.

Det forutsettes derfor at det er tale om inngåelse av gjensidig bebyrdende kontrakter om utveksling av tjenester mellom bompengeselskapene. Dette vil da i utgangspunktet måtte konkurranseutsettes etter regelverket om offentlige anskaffelser. Det følger imidlertid unntak for såkalt utvidet egenregi og horisontale samarbeidsavtaler som er av betydning for samarbeid mellom bompengeselskapene. Disse unntakene kommer vi nærmere inn på i punktene 2.3 og 2.4 like nedenfor.

Vi nevner for ordens skyld at regelverket er nytt og at det ikke foreligger noen praksis knyttet til det nye regelverket. Våre vurderinger er derfor basert på en tolking av ordlyden og rettspraksis knyttet til det tidligere regelverket. Vi må for ordens skyld ta forbehold for domstolens praktisering av det nye regelverket i fremtiden.

⁴ Den Nye Anskaffelsesforskriften, FOR-2016-08-12-974, Den Nye Forsyningsforskriften, FOR-2016-08-975, og Konsesjonskontraktforskriften, FOR-2016-08-967

⁵ Se Det Kongelige Nærings- og Fiskeridepartementets høringsnotat 2 om ny forskrift om offentlige anskaffelser av 17. mars 2015 side 4-5, Direktiv 2014/24/EU Preamblets premiss 31-33

⁶ Slik også Fornyings- og administrasjonsdepartementets *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser* s.14, med videre henvisninger

⁷ Se *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser* s.14

2.3 Eget aksjeselskap for samarbeid

Etter nye FOA. § 3-2 følger det at anskaffelsesloven og forskriften ikke får anvendelse på kontrakter en oppdragsgiver inngår med et annet rettssubjekt:

- a) *Som oppdragsgiveren og andre oppdragsgivere i felleskap utøver en kontroll over som svarer til den kontroll de utøver over sin egen virksomhet,*
- b) *Som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for de kontrollerende oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer og*
- c) *Som det ikke er direkte private eierandeler i.*

Andre ledd spesifiserer nærmere hva som skal til for å inneha felles kontroll etter bokstav a:

- a) *Det kontrollerte rettssubjektets styrende organer er sammensatt av representanter for alle de kontrollerende oppdragsgiverne. En representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne;*
- b) *De kontrollerende oppdragsgiverne i felleskap utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet; og*
- c) *Det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølger interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser*

Ny FOA. § 3-2 åpner altså for at bompengeselskapene kan etablere et felleseid selskap som har til oppgave å levere rådgivningstjenester og/eller andre tjenester til eierselskapene.⁸ Forutsetningen er som beskrevet ovenfor at det ikke er private eierandeler i selskapet og at det utfører mer enn 80 prosent av aktiviteten for bompengeselskapene. Vi oppfatter det slik at disse vilkårene ikke vil være problematiske idet det felleseide selskapet utelukkende vil tilby tjenester til eierselskapene.

Det avgjørende blir derfor hvordan det kan etableres et selskap som er felleseid av bompengeselskapene slik at det foreligger felles kontroll etter nye FOA. § 3-2 første ledd bokstav a, jf. andre ledd. Det avgjørende er ikke hva slags selskapsform som er valgt, men om oppdragsgiverne har den nødvendige kontroll. Dette innebærer at det felleseide selskapet kan organiseres som et aksjeselskap forutsatt at den nødvendige kontrollen foreligger.

Ordlyden tilsier at det trolig må oppstilles et krav om at det er en viss realitet i samarbeidet. Likevel viser praksis fra EU-domstolen at unntaket i prinsippet gjelder uavhengig av hvor mange deltakere det er i samarbeidet og uten hensyn til de enkelte deltakeres eierandel.⁹ Praksisen viser imidlertid også at det må dreie seg om et reelt fellesforetak for at unntaket skal komme til anvendelse.¹⁰ På grunn av omgåelseshensyn må det antagelig derfor oppstilles et krav om at hver enkelt oppdragsgiver (deltaker) må kunne utøve *en viss minsteinnflytelse* over selskapets virksomhet. Vi har forstått det

⁸ Bestemmelsen er en kodifisering av EU-domstolens rettspraksis, se særlig Sak C-295/05 *Tragsa/Asemfo*, Sak C-371/05 *Mantova*, Sak C-324/07 *Coditel Brabant*, Sak C-537/07 *Sea* og forente saker C-182 og 183/11 *Encord*

⁹ Se for eksempel EU-domstolens sak C-295/05 *Tragsa/Asemfo* hvor kontrollkriteriet ble ansett oppfylt selv om en av oppdragsgiverne hadde en så lav eierandel som 0,25 %

¹⁰ Se forente saker C-182/11 og C-183/11 *Encord*

slik at dersom det i saken her opprettes et felleseid selskap skal bompengeselskapene eie en forholdsmessig andel hver. At alle bompengeselskapene eier en forholdsmessig andel hver vil være et forhold som taler i retning av at det foreligger felles kontroll. Det er imidlertid viktig å sørge for, særlig gjennom selskapets formål, vedtekter, valg av styret og løpende virksomhet, at selskapets autonomi begrenses så mye som mulig. For at hvert enkelt av de deltakende bompengeselskapene skal kunne ha nødvendig innflytelse over vedtektene i selskapet, kan det for eksempel vurderes å fravike aksjelovens ordning om to tredjedels flertall for vedtektsendringer, slik at det her gjelder et krav om enstemmighet. Tilsvarende kan vurderes også for andre avgjørelser av mer grunnleggende karakter.

Etter § 3-2 andre ledd bokstav a må bompengeselskapene være representert i selskapets styre. Det er ikke et nødvendig at alle bompengeselskapene er representert ettersom en representant kan representere flere av samarbeidspartnerne. Vi vil likevel anbefale at alle bompengeselskapene er representert i styret for å sikre alle selskapene en viss minsteinnflytelse, jf. ovenfor.

For å sikre at de «*kontrollerende oppdragsgiverne i fellesskap utøve[r] bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger*» etter andre ledd bokstav b, kan det vurderes å ha vedtektsbestemmelser som krever generalforsamlingens tilslutning i viktige strategiske saker og andre viktige beslutninger.

Vi legger til grunn at selskapet bare vil ivareta eiernes interesser, slik at vilkåret i § 3-2 andre ledd bokstav c vil være oppfylt.

Dersom de ovennevnte retningslinjer følges, er det vår oppfatning at bompengeselskapene kan opprette et felleseid selskap som de kan kjøpe rådgivningstjenester og/eller andre tjenester fra. Merk at også andre oppdragsgivere, slik som for eksempel Statens Vegvesen, vil kunne være med på eiersiden og opprette den nødvendige felles kontroll dersom det er ønskelig.

2.4 Muligheten til å etablere et samarbeid på tvers av bompengeselskapene

Etter nye FOA. § 3-3 følger det videre et unntak fra anskaffelsesregelverket i tilfeller der det inngås kontrakter *utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid:*

- a) *Som har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål,*
- b) *Som blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser og*
- c) *Der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne.*

Nye FOA. § 3-3 åpner dermed for at bompengeselskapene kan etablere et samarbeid uten å være pålagt å følge regelverket om offentlige anskaffelser.¹¹ En forutsetning er at samarbeidet «utelukkende» er mellom bompengeselskapene. Vi legger til grunn at dette vilkåret vil være oppfylt

¹¹ Tidligere fulgte dette av EU-domstolens praksis, slik fastslått i sak C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg*

i saken her. Vi oppfatter det videre slik at samarbeidet ikke skal drive eksternt rettet virksomhet. Dette innebærer at aktivitetskriteriet i nye FOA. § 3-3 bokstav c er oppfylt.

Etter nye FOA. § 3-3 bokstav a må samarbeidet ha til formål «å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål». Det skal ikke mye til før vilkåret anses oppfylt. Det er presisert i fortalen at unntaket kommer til anvendelse uansett om oppdragsgiver er pålagt å utføre oppgavene samarbeidet gjelder eller ikke.¹² Et samarbeid om innkreving og drift av bompengestasjoner må derfor klart anses å ha til formål «å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål». Dette er oppgaver som alle bompengeselskapene er pålagt å utføre og et samarbeid vil da handle om å realisere en målsetning som er felles for alle oppdragsgivere som deltar i samarbeidet.

Det følger av fortalens premiss 33 at det er en forutsetning at det dreier seg om et *reelt samarbeid*:

In order to fulfil those conditions [vilkårene tilsvarende de i § 3-3], the cooperation should be based on cooperative concept. Such cooperation does not require all participating authorities to assume the performance of main contractual obligations, as long as there are commitments to contribute towards the cooperative performance of the public service in question.

Av fortalen fremgår det altså at alle bompengeselskapene må bidra med noe aktivt for å få oppgaven utført, men samtidig følger det også at ikke alle trenger å bidra med det samme. I dette ligger at opplegget ikke kan være at bompengeselskap 1 utelukkende kjøper tjenester fra bompengeselskap 2 uten at bompengeselskap 1 bidrar med non tjenester selv. Et minstekrav må altså være at hvert enkelt bompengeselskap *bidrar utover å finansiere utføringen av oppgavene det erverver fra andre*, ved at hver enkelt oppdragsgiver er pålagt visse forpliktelser til å bidra til utførelsen av oppgaven.

Et særlig spørsmål som har blitt reist er hvorvidt partene kan bidra til samarbeidet med kompetanse som de selv kjøper inn fra andre. Dette er ikke løst, verken i nye FOA eller i rettspraksis. I Eudomstolens sak *Stadtreinigung Hamburg* har nettopp det faktum at oppgavene ble utført av hver enkelt oppdragsgiver, og ikke ble satt ut til tredjemann, blitt fremhevet som et moment for at dette var et samarbeid.¹³ Sett i lys av at det ikke foreligger annen praksis på området, vil vi derfor ta som utgangspunkt at deltakerne bør bruke egne ressurser i samarbeidet for å sikre seg å være innenfor unntaket, og ikke bidrar med tjenester det kjøper inn utenfra. Dette er imidlertid et spørsmål som kan vurderes nærmere om problemstillingen er aktuell.

For at et eventuelt samarbeid skal falle innenfor unntaket for horisontalt samarbeid er det avgjørende at samarbeidet «*blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser*». I dette at samarbeidet må ha til formål å utføre offentlige oppgaver og ikke drive kommersiell virksomhet. Dette underbygges av uttalelser i fortalens premiss 33:

¹² Preamblet premiss 33

¹³ Sak C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg*, se også Janicke Wiggen *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor - kontraktsbegrepets grenser* Universitetsforlaget 2013, side 223

In addition, the implementation of the cooperation, including any financial transfers between the participating contracting authorities, should be governed solely by considerations relating to public interest.

På denne bakgrunn har det blitt trukket slutningen at vederlaget som betales mellom bompengeselskapene skal begrenses til kostnadsdekning.¹⁴ Vi har forstått det slik at dette heller ikke vil være problematisk for et eventuelt samarbeid mellom bompengeselskapene da selskapene ikke skal ha til formål å skaffe eierne utbytte eller andre utdelinger. Dersom vederlaget som betales for tjenester som utveksles innenfor samarbeidet fastsettes til kostpris, er det derfor vår oppfatning at samarbeidet «*blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser*».

Dersom de nevnte forutsetninger er oppfylt, er det vår oppfatning av bompengeselskapene kan samarbeide om utføringen av bompengeloppgavene, uten hinder av reglene om offentlige anskaffelser. Merk at også andre offentlige oppdragsgivere kan være med i samarbeidet, slik som Statens Vegvesen, forutsatt at de ovennevnte forutsetningene om et reelt samarbeid er oppfylt.

3. Forholdet til regelverket om offentlig støtte

En særlig problemstilling som har blitt reist er hvordan et samarbeid vil stille seg under regelverket om offentlig støtte. Det sentrale spørsmålet blir da om bompengeselskapene mottar en økonomisk fordel ved tjenestekjøpene.

Som fremholdt ovenfor, dersom man velger samarbeidsmodellen, punkt 2.4, under regelverket om offentlige anskaffelser, kan ikke selskapene betale hverandre mer enn kostpris. Dette vil derfor innebære at selskapene som utfører tjenesten ikke mottar en økonomisk fordel. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om bompengeselskapene som kjøper tjenesten mottar en økonomisk fordel ved at de betaler underpris kontra det det ville kostet å kjøpe en tilsvarende tjeneste i det åpne markedet. Dersom dette skulle utgjøre offentlig støtte, ville hele samarbeidsmodellen som anskaffelsesregelverket legger opp være i brudd med støtteregelverket. Dette kan ikke ha vært intensjonen ved vedtagelsen av regelverket. Det er derfor vår forståelse at selv om bompengeselskapene skulle betale hverandre etter en kostmodell så vil de ikke motta offentlig støtte.

Dersom modellen med opprettelsen av et selskap velges, punkt 2.3, hvor det kjøpes tjenester fra selskapet, blir også her det sentrale om selskapet som opprettes eller bompengeselskapene mottar en økonomisk fordel. Så lenge bompengeselskapene ikke kjøper tjenester til overpris fra selskapet de oppretter, er det vår oppfatning at selskapet ikke mottar en økonomisk fordel. Videre vil ikke bompengeselskapene oppnå en økonomisk fordel dersom de betaler et vederlag mellom kost og kost-pluss til selskapet.

De to modellene beskrevet under punkt 2 kan derfor opprettes uten at det kommer i konflikt med regelverket om offentlig støtte.

¹⁴ Se Advokatfirmaet Hjorts rapport om «Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid s.54 https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/komm/rapporter/anskaffelsesdirektiv_hjort_rapport.pdf