

Memo

Dato: 2. mai 2017

Til: Klæbu kommune

Fra: Deloitte Advokatfirma AS

Emne: Tildeling av enerett til Trondheim Renholdsverk AS

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Deloitte Advokatfirma AS er bedt om å bistå Klæbu kommune med å vurdere hvorvidt Klæbu kommune kan tildele en enerett til Trondheim Renholdsverk AS («TRV») for innsamling og håndtering av husholdningsavfall i kommunen.

I forbindelse med at Klæbu kommune skal slå seg sammen med Trondheim kommune har Klæbu kommune besluttet å gå ut av Envina IKS. Dette vil skje før de to kommunene formelt har slått seg sammen. Klæbu kommune vurderer på denne bakgrunn å tildele oppgaven med innsamling og behandling av husholdningsavfall til TRV.

I dette notatet vil det bli foretatt en gjennomgang av vilkårene for å tildele enerett, før den konkrete saken vurderes i lys av anskaffelsesforskriften § 2-3.

1.2 Oppsummering

Vilkårene for å tildele TRV en enerett er etter vår vurdering oppfylt. TRV må imidlertid endre sine vedtekter for at eneretten og kontrakten kan tildeles.

Det er viktig å være oppmerksom på at enerett må være tildelt *før* avtale med TRV inngås, tildelingen må besluttes av kompetent organ i Klæbu kommune og tildelingen må kunngjøres.

Nedenfor følger en nærmere redegjørelse og vurdering av spørsmålet om Klæbu kommune kan tildele en enerett til TRV.

2 Rettslig utgangspunkt

2.1 Innledning

Regelverket for offentlige anskaffelser¹ omfatter i utgangspunktet alle gjensidig bebyrdende avtaler om anskaffelse av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som inngås med det offentlige som oppdragsgiver. Det er ikke tvilsomt at Klæbu kommune er underlagt anskaffelsesregelverket.

Når Klæbu kommune ønsker at TRV skal gjennomføre de lovpålagte plikter som tilfaller kommunen med innsamling og behandling av husholdningsavfall, er derfor utgangspunktet at en slik kontrakt skal

¹ Her menes Forskrift om offentlige anskaffelser, FOR-2016-08-12-974 («FOA»), og Lov om offentlige anskaffelser («LOA») som trådte i kraft 1.1.17.

konkurransetsettes. Spørsmålet blir da om noen av unntaksbestemmelsene i regelverket kommer til anvendelse. Nedenfor går vi gjennom det aktuelle unntaket knyttet til enerett.

2.2 Enerett – FOA § 2-3

Anskaffelsesregelverket kommer ikke til anvendelse på kontrakter som er tildelt ved enerett. Det fremgår av FOA § 2-3 at

"Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare når eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen."

Dersom vilkårene er oppfylt betyr dette at Klæbu kommune kan tildele TRV en kontrakt for innsamling og behandling av husholdningsavfall uten at denne kontrakten må legges ut på anbud.

Bestemmelsen i FOA § 2-3 er etter sin ordlyd noe annerledes enn den gamle anskaffelsesforskriften § 1-3 h, men er ment å ha det samme materielle innholdet.²

En enerettstildeling skiller seg fra de andre offentlige samarbeidsunntakene i FOA, egenregi (§ 3-1 og § 3-2) og offentlig-offentlig samarbeid (§ 3-3). Det er f.eks. etter ordlyden i FOA § 2-3 ikke et krav om kontroll eller begrensninger på markedsaktivitet. En enerettstildeling krever imidlertid en grundig begrunnelse samtidig som at tildelingen må kunngjøres.

3 Vurdering av vilkårene for enerettstildeling

Enerett kan bare tildeles fra en offentlig oppdragsgiver til en «annen oppdragsgiver». Klæbu kommune er i kraft av sin kommunestatus utvilsomt en offentlig oppdragsgiver, jf. FOA § 1-2.

Spørsmålet blir derfor om TRV kan anses som et offentligrettslig organ, jf. FOA § 1-2 (2). Det er vår vurdering at TRV kan anses som en "annen oppdragsgiver" ettersom TRV oppfyller de tre vilkårene for å være et offentligrettslig organ, herunder er TRV (i) et selvstendig rettssubjekt, (ii) opprettet for å tjene allmennhetens behov, og (iii) har tilstrekkelig tilknytning til det offentlige, herunder er TRV både finansiert og kontrollert av det offentlige (Trondheim kommune).

Som en følge av enerettstildelingen kan det tenkes at TRV også skal håndtere noe næringsavfall fra Klæbu kommune. Spørsmålet er om det kan være problematisk i forhold til vilkårene for tildeling av enerett om TRV eventuelt kan komme til å ta imot noe næringsavfall fra Klæbu kommune. Det er imidlertid fastslått av EU-domstolen i Mannesmann-dommen at det ikke er problematisk at det offentligrettslige organet også utfører enkelte ikke lovpålagte oppgaver, så lenge det offentligrettslige organet (TRV) er opprettet for å tjene allmennhetens behov. TRV ble opprettet for å forestå innsamling og behandling av husholdningsavfall, og kan dermed anses som "annen oppdragsgiver" iht. § 2-3, jf. § 1-2 (2), jf. § 1-2 (1) bokstav c.

Selv om det ikke rokker ved TRVs status som offentligrettslig organ å behandle næringsavfall, kan ikke en enerettstildeling omfatte alminnelig næringsavfall fra virksomheter i Klæbu kommune.

Når det gjelder det kommunale næringsavfallet foreligger det for tiden en klagesak til behandling i ESA, hvor tildeling av enerett for kommunalt næringsavfall behandles. Det er vår oppfatning at det er adgang til å inkludere kommunalt næringsavfall i en enerettstildeling, men dette er et spørsmål som snart får sin avklaring. Det er ventet å komme en avgjørelse fra ESA i løpet av året, slik at en kan vurdere spørsmålet om tildeling av enerett for kommunalt næringsavfall ved et senere tidspunkt.

Spørsmålet blir etter dette om en tildeling av enerett fra Klæbu kommune til TRV vil være forenlig med EØS-avtalen.

² I den nye FOA fra 2016 erstatter § 2-3 tidligere § 1-2 (h). Det er små nyanser i ordlyden i de to bestemmelsene, men dette er ikke ment å utgjøre noen realitetsforskjell. Juridisk teori og praksis knyttet til tidligere § 1-2 (h) er dermed fortsatt relevant.

Det følger av EØS-avtalen artikkel 59 (1) at offentlige eller private foretak kan gis særlige eller eksklusive rettigheter såfremt det ikke bryter med EU-/EØS-retten. I artikkel 59 (2) åpnes det imidlertid for at det kan gis særlige eller eksklusive rettigheter selv om det i utgangspunktet bryter med EU-/EØS-retten. Forutsetningen er at:

"Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, eller som har karakter av et fiskalt monopol, skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem.

Utviklingen av samhandelen må ikke påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser."

I Klagenemnd for offentlige anskaffelser («**KOFA**») er det lagt til grunn at tildelingen av enerett må være begrunnet i den såkalte læren om allmenne tvingende hensyn, at tildelingen er egnet til å ivareta dette hensynet, samt at hensynet ikke vil kunne ivaretas med mindre inngripende midler, jf. sak 2012/157 premiss 81 med videre henvisninger.

Mer bestemt blir dermed spørsmålet om:

- (i) tildeling av enerett kan begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran hensynet til den frie bevegelse av tjenester, og
- (ii) tildelingen av enerett er nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene, og
- (iii) disse målene ikke kan nås med andre og mindre inngripende midler (proporsjonalitetsprinsippet)

Det fremgår klart av praksis fra både KOFA og EU-domstolen at håndtering av avfall, herunder innsamling og etterfølgende behandling av husholdningsavfall, er en tjeneste som dekker allmennhetens behov, med henvisning til at tjenesten ivaretar hensyn som miljø, hygiene og helse, jf. bl.a. EU-domstolens sak C-209/98 *Sydhavnens Sten og Grus* (avsnitt 76) og KOFA sak 2011/126 avsnitt 37. TRV skal samle inn og forestå etterfølgende behandling av husholdningsavfall fra Klæbu kommune. Dette er allmenne tjenester som kommunen er pålagt å yte etter forurensningsloven § 30. Det er derfor forenlig å begrunne enerett i det allmenne hensynet til miljø og helse.

Videre må tildelingen av enerett være nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene, herunder miljø og hygiene. Det er lite tvilsomt at enerettstildelingen sørger for å ivareta de aktuelle hensynene, da Klæbu kommune etter uttreden av Envina IKS ikke lenger kontrollerer et organ som kan forestå kommunens innsamling og behandling av husholdningsavfall. Enerettstildelingen anses derfor som nødvendig.

Endelig må tildelingen av enerett være proporsjonal, altså at målene for tildelingen ikke kan nås med andre og mindre inngripende midler. Det er ikke slik at en enerettstildeling er det eneste tilgjengelige alternativet for Klæbu kommune. Kommunen kunne alternativt fortsatt med sitt eierskap i Envina IKS frem til kommunen er slått sammen med Trondheim kommune, eller kommunen kunne ha opprettet et eget organ for å utføre de lovpålagte oppgaver. Klæbu kommune har imidlertid besluttet å tre ut av Envina IKS, og kommunen ønsker å tildele TRV en enerett for innsamling og behandling av husholdningsavfall. Dette er særlig begrunnet med at Trondheim kommune og Klæbu kommune skal slå seg sammen, slik at det er et ønske fra Klæbu kommune at TRV allerede nå skal håndtere avfall fra kommunen. Etter kommunesammenslåingen vil den nye storkommunen få sitt avfall håndtert av nettopp TRV. Når TRV blir involvert allerede på nåværende tidspunkt sørger dette for at Klæbu kommune kan sikre stabil drift og kapasitet for avfallsbehandlingen i kommunen. Gjennom en enerettstildeling vil kommunen også bidra til å sikre eventuelle investeringer i TRV som følge av at TRV blir tilført større mengder avfall.

Det er i tillegg antatt i juridisk teori at det offentlige har et visst skjønn for hvordan det utøver sine lovpålagte plikter og organiserer dette, herunder tildeling av enerett.³ Dette er også fulgt opp av KOFA i sak 2012/157 premiss 84. Enerettstildelingen er derfor ansett for å være i tråd med proporsjonalitetskravet.

På denne bakgrunn er vi av den oppfatning at enerettstildelingen er i tråd med FOA § 2-3, og følgelig forenlig med EØS-avtalen.

Videre er det en problemstilling om Klæbu kommune kan tildele en enerett til TRV, et selskap som kommunen foreløpig ikke har noen eierandeler eller eierinteresser i.

Etter ordlyden i FOA § 2-3 er det ingen begrensninger mot dette, da det ikke fremgår noe krav om eierskap i den oppdragsgiveren som mottar enerettstildelingen. Det eneste som fremgår av bestemmelsen er at en oppdragsgiver kan tildele enerett for en tjenestekontrakt til en annen oppdragsgiver. Det er følgelig ikke noe tilknytningskrav slik det eksempelvis er for egenregi. Videre følger det bl.a. av Dragsten⁴ at det *ikke* er et vilkår at oppdragsgiver har kontroll med den offentlige oppdragsgiveren som tildeles eneretten, og at det derfor er mulig for en kommune som ikke er med i et interkommunalt samarbeidende selskap å gi dette selskapet enerett til å utføre nærmere definerte oppgaver for kommunen.

Det er etter vår oppfatning ikke et krav om at Klæbu kommune også må være inne på eiersiden til TRV. Uansett vil dette være et midlertidig forhold, da nåværende Klæbu kommune vil komme inn på eiersiden etter kommunesammenslåingen med Trondheim kommune.

Vår konklusjon er derfor at Klæbu kommune kan tildele TRV en enerett for innsamling og etterfølgende behandling/håndtering av husholdningsavfall.

Til slutt understrekes det for ordens skyld at det er et vilkår at eneretten foreligger *før* avtalen inngås. Videre må eneretten være tildelt TRV av kompetent organ i Klæbu kommune. Tildelingen må skje gjennom et vedtak, jf. ordlyden i FOA § 2-3 «tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak». Et administrativt vedtak av f.eks. rådmannen er imidlertid tilstrekkelig. Tildelingsvedtaket må være klart og tydelig avgrenset med hensyn til hvilke tjenester eneretten skal gjelde. Eneretten må også kunngjøres på en egnet måte, for eksempel på TRVs og kommunens hjemmesider på internett.

Et siste forhold som må fremheves på siden av enerettsvurderingen er at TRV i sine vedtekter har begrensninger for å håndtere avfall fra andre kommuner enn Trondheim kommune. Av TRVs vedtekter § 3 følger det at:

«Selskapet skal kun drive produksjon og salg av avfallstjenester i og for Trondheim kommune. Selskapets virksomhet knyttet til husholdningene skjer iht. til avtaler med Trondheim kommune. Virksomheten omfatter transport/innsamling av husholdningsavfall, drift av gjenvinningsstasjoner for husholdninger mv.

...

Selskapets virksomhet kan også omfatte innsamling og håndtering av næringsavfall oppstått i virksomheter Trondheim kommune eier og driver.»

For at TRV skal kunne motta enerettstildelingen fra Klæbu kommune og inngå etterfølgende kontrakt må vedtektene endres. Det bør vurderes å innta en åpning for at TRV kan utøve tilsvarende virksomhet i nærliggende kommuner rundt Trondheim.

³ Lise Groesmeyer og Michael Steinicke, EUs Udbudsdirektiver, København 2008, s. 669

⁴ Marianne H. Dragsten, Offentlige anskaffelser Regelverk, praksis og løsninger (2013) s. 95

4 Oppsummering

Gjennomgangen ovenfor viser at en enerettstildeling fra Klæbu kommune til TRV vil være i tråd med FOA § 2-3 og EØS-avtalen. På nåværende tidspunkt er imidlertid ikke vedtektene til TRV forenlige med å motta en slik enerettstildeling, da selskapets virksomhet etter vedtektene er geografisk begrenset til Trondheim kommune. Dersom vedtektene endres kan enerettstildelingen og kontrakten gjennomføres.

Det understrekes at vurderingen i dette notatet er på et relativt overordnet nivå, og at vi ikke har inngående kjennskap til kommunens vurderinger og begrunnelse for å tildele en enerett til TRV. Adgangen til å tildele en enerett er i utgangspunktet tilstede, men det stilles strenge krav til begrunnelsen av en slik tildeling. Utilstrekkelig begrunnelse kan medføre at tildelingen ikke er i tråd med EØS-avtalen, jf. vilkåret om at tildelingen må være nødvendig og proporsjonal. Dersom Klæbu kommune har innspill til de grunner vi har lagt til grunn ovenfor, bes kommunen om å gi en tilbakemelding slik at notatet følgelig kan justeres.

* * *

Med vennlig hilsen
for Deloitte Advokatfirma AS



Jonny I. Rabben
advokat