WIKBORG REIN

Notat

Til:	Helse Sør Øst RHF/Oslo Universitetssykehus HF
Fra:	Wikborg Rein
Dato:	22. desember 2009
Ansvarlig partner:	Morten Goller

EGENREGI – MEDINNOVA AS MV

1 INNLEDNING

Vi er i e-post av 16. desember 2009 fra Oslo universitetssykehus HF (OUS) v/Jørgen Jansen bedt om å utrede enkelte spørsmål knyttet en mulig sammenslåing av Medinnova AS og Birkeland AS.

I e-post fra Helse Sør-Øst RHF (HSØ) v/Ann-Margrethe M. Langbakk av 18. desember 2009 er det stilt et tilleggsspørsmål, og presisert at utredningen er felles for HSØ og OUS.

Det er avtalt at vår vurdering skal foreligge innen kl 0900 mandag 4. januar 2010.

Som det vil fremgå i det følgende mener vi at helseforetak i HSØ vil kunne benytte tjenestene til Medinnova AS og/eller Birkinnova AS som egenregi i alle de skisserte konstellasjonene, men slik at det nok er noe enklere i forhold til anskaffelsesreglene om HSØ er eier.

Dette gjelder også om det ikke blir noe av fusjonen, dvs slik at Medinnova AS eies 100% av helseforetaksiden. I så fall er det viktig å være oppmerksom på at omsetningskriteriet kanskje ikke er oppfylt (selskapet utfører etter det opplyste om lag 20% av antall prosjekter mot eksterne).

2 FAKTUM OG PROBLEMSTILLING

Det pågår etter det vi har fått opplyst et arbeid for å vurdere en mulig sammenslåing av kommersialiseringsenheten til Oslo universitetssykehus HF (Medinnova AS) og Universitetet i Oslo (UiO) sin kommersialiseringsenhet (Birkeland AS). Begge selskapene yter tjenester i forbindelse med å kommersialisere ideer/oppfinnelser.

Sammenslåingen er tenkt gjennomført i en totrinnsmodell hvor første trinn er at Medinnova AS og Birkeland AS samles under et holdingselskap (Holding AS). Holdingselskapet skal eies med 50 % hver av foretakssiden og universitetssiden. Andre trinn er at Medinnova AS og Birkeland AS slås sammen til et AS. Behovet for holdingselskapet vil deretter vurderes.

Det er ikke tatt endelig stilling til om OUS eller HSØ skal stå som eier på foretakssiden. Uansett vil det etter trinn 1 utøves et indirekte eierskap til Medinnova AS, gjennom å eie halvparten av Holding AS.

Blant annet ut fra det faktum at flere av prosjektene som utføres av Medinnova AS og Birkeland AS ikke gir avkastning, er det vanskelig å anslå helt nøyaktig hvordan selskapenes omsetning er fordelt. Vi har fått opplyst følgende (som legges til grunn for vurderingen):

> *"I antall prosjekter har Medinnova i dag om lag 20 % mot eksterne - ikke helseforetak- enhver som ønsker å kjøpe tjenester - også private. Av de resterende 80 % er om lag 70 % mot Oslo universitetssykehus. De gjenstående 10 % er til andre helseforetak eid av Helse Sør-Øst RHF.*
>
> *Birkeland har bare oppdrag fra Universitetet i Oslo. Antallet prosjekter er omtrent det samme som i Medinnova. Men Birkeland har hatt den største veksten siste årene og vil nok gå forbi. Fordelingen i Birkinnova AS blir etter dette noe sånt som Universitetet i Oslo 50 %, OUS 35 %, andre HF eid av HSØ 5 % og andre 10 %."*

I forbindelse med diskusjonen rundt selskapene er det kommet opp spørsmål om forholdet mellom kjøp av tjenestene fra Medinnova/Birkeland og anskaffelsesreglene.

Hovedspørsmålet gjelder hvorvidt man vil kunne tildele kontrakter til Medinnova/Birkeland, eller det sammenslåtte selskapet, uten kunngjøring og konkurranse.

Konkret er det stilt spørsmål som følger:

> *"1) Dersom OUS HF eier 50 % i Holding AS vil helseforetak eid av Helse Sør-Øst RHF kunne benytte tjenestene til Medinnova AS som egenregi?*
>
> *2) Dersom HSØ RHF eier 50 % i Holding AS vil helseforetak eid av Helse Sør-Øst RHF kunne benytte tjenestene til Medinnova AS som egenregi?"*

Etter at Medinnova og Birkeland er slått sammen til ett foretak vil andelen av omsetningen i "Birkinnova AS" som gjelder tjenester til helseforetak i HSØ etter det opplyste synke til ca 40%. Dette reiser følgende tilleggsspørsmål

> *"3) Dersom OUS HF eier 50 % i Holding AS vil helseforetak i Helse Sør-Øst RHF kunne benytte tjenestene til "Birkinnova AS" som egenregi?*
>
> *4) Dersom HSØ RHF eier 50 % i Holding AS vil helseforetak i Helse Sør-Øst RHF kunne benytte tjenestene til "Birkinnova AS" som egenregi?"*

Dersom det ikke er anledning til å gjøre unntak fra de offentlige anskaffelsesreglene pga egenregi vil HSØ vurdere å lyse ut et regionalt anbud på kommersialiseringstjenester, hvor helseforetakene kan benytte tjenestene til den som vinner anbudet. Vi er bedt om å tilkjennegi eventuelle umiddelbare reaksjoner til dette, men har her egentlig ikke noe å tilføye.

I e-posten fra HSØ er vi i tillegg bedt om å se på:

".. problemstillingene i tilfelle det ikke skulle bli fusjon mellom Medinnova og Birkeland, mao hvorvidt man kan få til egenregi med henholdsvis OUS eller HSØ RHF som 100% eier i den grad det skulle stille seg annerledes enn ved 50% eierskap."

Spørsmålene skal drøftes i det følgende.

3 RETTSTILSTANDEN

3.1 Innledning

Regelverket om offentlige anskaffelser er ikke ment å regulere hvordan det offentlige organiserer sin virksomhet. Det er det offentlige organet selv som avgjør om en ytelse bør utføres av eget personale («egenregi») eller om det bør benyttes en ekstern leverandør. Dersom en ytelse leveres i egenregi, faller dette utenfor regelverket. Det inngås da ingen kontrakt mellom to ulike juridiske personer om en anskaffelse. Det har ingen betydning i så måte om to enheter innenfor samme oppdragsgiver inngår det de kaller en avtale. Dette vil likevel ikke utgjøre en gjensidig bebyrdende avtale rettslig sett, og er derfor heller ikke omfattet av regelverket.

Denne typen "egentlig" egenregi er ikke aktuelt i den foreliggende sak. Unntaket for egenregi gjelder imidlertid også i noen tilfeller mellom to separate juridiske personer, da ofte betegnet "utvidet egenregi". Det er utvidet egenregi som er aktuelt for å anskaffe de aktuelle tjenestene som denne saken gjelder. Vi vil i det følgende for enkelthets skyld betegne dette egenregi.

3.2 Generelt om vilkårene for egenregi

Den juridiske begrunnelsen for at kontrakter tildelt i "ekte" egenregi ikke er omfattet av anskaffelsesregelverket er som nevnt over at det ikke foreligger en kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand. På grunn av oppdragsgivers kontroll med egen leverandør, og den derav følgende manglende selvstendigheten for leverandøren, er det ikke kontraktsforhandlinger som faktisk regulerer vilkårene for utførelsen av tjenesten.

Gjennom rettspraksis fra EF-domstolen er unntaket utvidet til på nærmere vilkår også å gjelde kontrakter mellom to juridiske personer, typisk anskaffelser fra et datterselskap. Bakgrunnen fra dette er at anskaffelsesreglene ikke skal være til hinder for en praktisk organisering av det offentlige, herunder utskillelse av egne resultatenheter mv.

For at unntaket for egenregi skal komme til anvendelse mellom to selvstendige juridiske personer som inngår en kontrakt, er det i utgangspunktet to vilkår som må være oppfylt:

- oppdragsgiver må utøve en tilsvarende kontroll over leverandørselskapet som over egen virksomhet (kontrollvilkåret)
- den vesentlige delen av aktiviteten til leverandøren må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiver (omsetningsvilkåret)

Læren om egenregi er utviklet av EF-domstolen gjennom flere dommer. Rettsområdet er under stadig utvikling, som stort sett medfører at mulighetene for samarbeid mellom offentlige enheter/foretak uten kunngjøring og konkurranse stadig utvides.

Egenregi er imidlertid uansett et unntak fra anvendelsen av anskaffelsesdirektivene og skal tolkes restriktivt. Oppdragsgiver må kunne begrunne bruken.[1]

3.3 Oppfyllelse av kontrollvilkåret

3.3.1 Innledning

Ved bedømmelsen av om oppdragsgiver utøver en kontroll over leverandørselskapet tilsvarende den oppdragsgiver fører med sin egen virksomhet, skal en se på alle relevante lovbestemmelser, vedtekter og andre faktiske omstendigheter. Oppdragsgiver må kunne påvirke selskapets beslutninger. Innflytelsen fra oppdragsgiver må være bestemmende både i forhold til selskapets strategi og i forhold til viktige beslutninger, jf. C-340/04, Carbotermo, premiss 36. Kravet til kontroll er strengere enn innenfor konkurranseretten hvor det kun kreves formell kontroll, eksempelvis eierskap av mer enn 50 % av aksjene i et selskap.

I det følgende skal vi først se på i hvilken grad kontroll kan utøves i fellesskap, deretter det nærmere innholdet i kontrollvilkåret, før vi til slutt ser på spørsmålet om det kun er det kontrollerende foretak som kan foreta anskaffelser uten kunngjøring og konkurranse.

3.3.2 Kontroll kan utøves av flere i fellesskap

EF-domstolen har gjort det klart at kontroll kan utøves av flere offentlige myndigheter sammen, jf. C-340/04 premiss 37:

> *"Den omstændighed, at den ordregivende myndighed, **alene eller sammen med andre offentlige myndigheder**, besidder den samlede kapital i et kontraherende selskab, tyder på, uden at være afgørende, at denne ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab..."*.

EF-domstolen har imidlertid tidligere avvist at kontrollkravet er oppfylt der kontrollen er for spredt, og det er også i teorien blitt antydet at kontroll er utelukket ved et "meget betydelig antall" eiere, jf. Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU`s udbudsdirektiver med kommentarer, København 2003, s. 94. Nyere rettspraksis fra EF-domstolen synes imidlertid å ha forlatt dette, og aksepterer også et svært spredt eierskap. Siden dette spørsmålet uansett ikke kommer på spissen (da det legges opp til kun to eiere), ser vi ikke grunn til å gå nærmere inn på problemstillingen.

For ordens skyld nevner vi også EF-domstolen har uttalt klart at egenregi er utelukket ved tildeling av kontrakter til selskaper som har private eiere, jf. Stadt Halle C-26/03, premiss 49;

[1] C-26/03 Stadt Halle, premiss 46-47 og C-458/03 Parking Brixen, premiss 63.

ANAV, C-410/04, premiss 31 og C-324/07, Coditel, premiss 30. Da dette heller ikke er aktuelt, går vi ikke nærmere inn på forholdet.

Spørsmålet i det følgende er dermed hvilken form for kontroll foretakssiden og universitetssiden sammen må utøve, for at kontrollvilkåret skal være oppfylt.

3.3.3 Det nærmere innholdet i kontrollvilkåret

Ved en vurdering av eierens kontroll, må man både se på selskapslovgivningen til den aktuelle selskapsformen og på de konkrete vedtektene til selskapet.

EF-domstolen har uttalt i to saker om italienske aksjeselskaper at en kommunes kontroll med to italienske selskaper i det vesentlige er begrenset til den råderett selskapsretten gir flertallet av eierne i selskapet, jf. C-340/04, premiss 38 og C-458/03, Parking Brixen, premiss 65-71. EF-domstolen kom til at dette gir en betydelig begrensning i muligheten til å få innflytelse over selskapenes beslutninger. Slik kontroll er ikke tilstrekkelig.

Saken C-458/03 Parking Brixen, gjaldt et italiensk aksjeselskap organisert etter en spesiell lov. EF-domstolen gikk konkret inn i selskapets vedtekter og kommenterte at en beføyelse for styret til å stille garanti på inntil 5 millioner euro eller gjennomføre andre tilsvarende forretningstransaksjoner uten forutgående godkjennelse fra generalforsamlingen, var et tegn på at selskapet hadde en høy grad av selvstendighet i forhold til aksjonærene. Vedtektene krevde at kommunen skulle eie en absolutt majoritet av aksjene og utpeke flertallet i styret. Kommunen skulle også utpeke to av tre representanter i et tilsynsorgan. EF-domstolen kom til at egenregi var utelukket i dette tilfellet.

I C-340/04, Carbotermo, uttalte EF-domstolen seg også om kontroll av et italiensk aksjeselskap, men her via et holdingselskap (som i den foreliggende sak):

> *"37 The fact that the contracting authority holds, alone or together with other public authorities, all of the share capital in a successful tenderer* ***tends to indicate, without being decisive,*** *that that contracting authority exercises over that company a control similar to that which it exercises over its own departments, as contemplated in paragraph 50 of Teckal.*
>
> *38 It is apparent from the case-file that the statutes of AGESP Holding and AGESP confer on the Board of Directors of each of those companies the broadest possible powers for the ordinary and extraordinary management of the company. Those statutes do not reserve for the Comune di Busto Arsizio any control or specific voting powers for restricting the freedom of action conferred on those Boards of Directors. The control exercised by the Comune di Busto Arsizio over those two companies can be described as consisting essentially of the latitude conferred by company law on the majority of the shareholders, which places considerable limits on its power to influence the decisions of those companies.*
>
> *39 Moreover, any influence which the Comune di Busto Arsizio might have on AGESP's decisions is through a holding company. The intervention of such an*

intermediary may, depending on the circumstances of the case, weaken any control possibly exercised by the contracting authority over a joint stock company merely because it holds shares in that company.

40 It follows that, in such circumstances, subject to their being verified by a court adjudicating on the substance in the main proceedings, the contracting authority does not exercise over the successful tenderer for the public procurement contract at issue here a control similar to that which it exercises over its own departments."

I Tragsa-dommen, sak C-295/05, behandlet EF-domstolen et tilfelle hvor den offentlig eide leverandøren var pålagt å utføre tjenester til en myndighetsfastsatt pris dersom de spanske regionene etterspurte tjenestene. I denne dommen hadde dermed bestillinger av tjenester mer preg av ensidige pålegg og det er dermed usikkert i hvilken utstrekning dommen kan overføres på kontraktsbaserte anskaffelser. EF-domstolen uttalte uansett der:

"57 As regards the first condition, relating to the public authority's control, it follows from the Court's case-law that the fact that the contracting authority holds, alone or together with other public authorities, ***all of the share capital in a successful tenderer tends to indicate, generally,*** *that that contracting authority exercises over that company a control similar to that which it exercises over its own departments (Carbotermo and Consorzio Alisei, paragraph 37)."*

I sak C-324/07, Coditel, avsagt 18. november 2008, som var en prejudisiell foreleggelse fra Belgia uttrykte EF-domstolen dette som:

"31 On the other hand, the fact that the concession-granting public authority holds, alone or together with other public authorities, ***all of the share capital in a concessionaire, tends to indicate – generally, but not conclusively*** *– that that contracting authority exercises over that company a control similar to that which it exercises over its own departments (Carbotermo and Consorzio Alisei, paragraph 37, and Case C-295/05 Asemfo [2007] ECR I-2999, paragraph 57)."*

Carbotermos norm om *"tends to indicate, without being decisive"* ble i Tragsa til *"all of the share capital in a successful tenderer tends to indicate, generally,"* og sist i Coditel til *"all of the share capital in a concessionaire, tends to indicate – generally, but not conclusively"*.

Generaladvokaten i Coditel mener at det eksisterer en presumsjon for at fullt eierskap gir kontroll og at dette eventuelt må positivt tilbakevises av konkrete forhold dersom kontroll ikke skal foreligge, jf fotnote 51. EF-domstolen synes å foreta en konkret drøftelse av muligheten for å kontrollere et organ.

I Coditel-dommen kom EF-domstolen til at vilkårene for egenregi var oppfylt. Saken gjaldt en belgisk kommune som innlemmet sitt kabel-tv nettverk i et interkommunalt selskap. Spørsmålet ble løst ut fra muligheten for unntak fra de traktatbaserte kravene til tjenestekonsesjoner på bakgrunn av egenregi, men kan også overføres på anskaffelser omfattet av direktivet. Fra EF-domstolens faktiske beskrivelse av selskapet:

"14 The reasons for that decision include, in particular, the following considerations:

'Whereas Brutélé proposes to the Municipality of Uccle that, upon taking up membership, it should constitute an independent operational sub-section with autonomous power of decision;
Whereas that autonomy relates in particular to:
– the choice of programmes transmitted;
– the subscription and connection charges;
– the investment and works policy;
– the rebates or benefits to be granted to certain categories of person;
– the nature of and terms relating to other services to be provided via the network, and the possibility of entrusting the inter-communal cooperative with projects of interest to the municipality that accord with the objects defined in its statutes, such as the creation of a municipal intranet, a website and the training of staff for that purpose.

Whereas within that framework:
– Brutélé would draw up an income statement and balance sheet for activities on Uccle's network;
– [the Municipality of] Uccle would have a director on the governing council of Brutélé and three directors on the board of the Brussels operating sector, one appointee on the board of auditors and one as a municipal expert."

(...)

16 It is also apparent from the order for reference that ***Brutélé is an inter-municipal cooperative society whose members are municipalities and an inter-municipal association whose members in turn are solely municipalities. Brutélé is not open to private members.*** *Its governing council consists of representatives of the municipalities (a maximum of three per municipality), who are appointed by the general assembly, which is itself composed of representatives of the municipalities. The governing council enjoys the widest powers.*

17 The order for reference further makes clear that the municipalities are divided into two sections, one of which groups together the municipalities in the Brussels region, which may be ***divided into sub-sectors. Within each sector, there is a sector board consisting of directors appointed by the general assembly, sitting in separate groups representing the holders of shares for each of the sectors, from among candidates proposed by the municipalities****. The governing council may delegate to the sector boards its powers with regard to matters affecting the sub-sectors, such as the conditions for the application of charges, the programme of works and investment, the financing thereof, advertising campaigns and problems common to the various sub-sectors within the operational sector.* ***The constitutional bodies under Brutélé's statutes ('the statutory bodies') additionally comprise the general assembly, whose decisions are binding on all members; the Director General; the board of experts, who are municipal officials and equal in number to the directors whom they are tasked with assisting; and the board of auditors.*** *The Director General, the experts*

and the auditors are appointed by the governing council or the general assembly, as the case may be."

EF-domstolen uttalte om kontroll:

"29 Of the relevant facts which can be identified from the order for reference, it is appropriate to consider, ***first, the holding of capital by the concessionaire, secondly, the composition of its decision-making bodies, and thirdly, the extent of the powers conferred on its governing council.***

32 It is clear from the order for reference that, in the case before the referring court, ***the concessionaire is an inter-municipal cooperative society whose members are municipalities and an inter-municipal association whose members in turn are solely municipalities, and is not open to private members.***

33 Secondly, it is clear from the file that Brutélé's ***governing council consists of representatives of the affiliated municipalities, appointed by the general assembly, which is itself composed of representatives of the affiliated municipalities.*** *In accordance with Article 12 of the Law on inter-municipal cooperatives, the representatives at the general assembly are appointed by the municipal council of each municipality from among the municipal councillors, the mayor and the aldermen.*

34 The fact that Brutélé's ***decision-making bodies are composed of representatives of the public authorities which are affiliated to Brutélé shows that those bodies are under the control of the public authorities, which are thus able to exert decisive influence over both Brutélé's strategic objectives and significant decisions.***

35 Thirdly, it is evident from the file that Brutélé's governing council enjoys the widest powers. In particular, it fixes the charges. It also has the power – but is under no obligation – to delegate to the sector or sub-sector boards the resolution of certain matters particular to those sectors or sub-sectors.

Domstolen uttrykte også:

"40 Those considerations are all the more applicable where decisions relating to the activities of the inter-municipal cooperative society are taken by the sector or sub-sector boards, within the limits of the delegated powers granted to them by the governing council. Where one or more affiliated municipalities are recognised as constituting a sector or sub-sector of that society's activities, the control which those municipalities may exercise over the matters delegated to the sector or sub-sector boards is even stricter than that which they exercise in conjunction with all the members within the plenary bodies of that society."

Som et veiledende utgangspunkt antar Fornyings- og administrasjonsdepartementet at norske aksjeselskaper organisert etter lov om aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper ikke alene i kraft av selskapsformen vil være utelukket fra muligheten for egenregi, men at det må foretas en konkret vurdering (veiledningen ble gitt før Tragsa og Coditel).

Hovedpoenget med dette for den foreliggende sak er at det må sikres at vedtektene i Holding AS, og i datterselskaper man ønsker å kunne kjøpe i egenregi fra, er av en slik karakter at oppdragsgiver har en tilstrekkelig kontroll over selskapet. Eierskapet, og den alminnelige styringsrett som aksjeloven gir, er i utgangspunktet ikke tilstrekkelig i seg selv.

Hvilken type aktivitet foretak driver med er også relevant for kontrollkriteriet. Dersom et selskap driver med aktiviteter utover de tradisjonelle serviceoppgavene for sin eier, taler dette i retning av at man har kontroll, jf. C-458/03, premiss 67. Kontroll konstateres lettere der foretaket utøver aktiviteter for eieren, siden eieren da også gjennom bestillerrollen utøver en form for kontroll over foretaket. Dersom foretaket opererer på egenhånd med annen aktivitet stilles det større krav til den kommersielle kontrollen med selskapet. Kommersiell aktivitet kan både få betydning for kontrollkriteriet og for omsetningskriteriet, jf. nedenfor om omsetningskriteriet. I praksis har dette ledet til en gradvis utvanning av kontrollkriteriet, og mer fokus på omsetningskriteriet i nyere praksis fra EF-domstolen, jf nedenfor.

I C-324/07, Coditel ble dette drøftet som:

> *"36 The question arises as to whether Brutélé has thus become market-oriented and gained a degree of independence which would render tenuous the control exercised by the public authorities affiliated to it.*
>
> *37 In this regard, it should be pointed out that Brutélé does not take the form of a société par actions, or a société anonyme, either of which is capable of pursuing objectives independently of its shareholders, but of an inter-municipal cooperative society governed by the Law on inter-municipal cooperatives. Moreover, in accordance with Article 3 of that Law, inter-municipal cooperatives are not to have a commercial character.*
>
> *38 It seems to be apparent from that Law, which is supplemented by Brutélé's statutes, that Brutélé's object under its statutes is the pursuit of the municipal interest – that being the raison d'être for its creation – and that it does not pursue any interest which is distinct from that of the public authorities affiliated to it."*

Siden de aktuelle selskapene skal organiseres som aksjeselskap, og til dels drive aktiviteter også for andre interessenter, er det viktig at en tilstrekkelig høy grad av styring og kontroll er ivaretatt gjennom vedtektene.

3.3.4 Egenregi fra andre enn de kontrollerende

Som det vil ha fremgått av gjennomgangen over, er det en forutsetning for egenregi at leverandørselskapet er kontrollert av selskapet som mottar tjenesten. Dette reiser særlige utfordringer i konsernforhold, typisk ved spørsmål om egenregi mellom søsterselskaper.

Kontrollkriteriet er utviklet i rettspraksis ut fra faktum i de sakene som har kommet for EF-domstolen, og situasjonen har vært at man har hatt et morselskap som har kjøpt tjenester fra et datterselskap. Sakene som har kommet for domstolen har mao vært av en karakter som kan

sammenlignes med situasjonen der HSØ tildeler oppdrag til et helseforetak, eller OUS tildeler oppdrag til Medinnova AS.

Etter vårt syn må man akseptere egenregitransaksjoner også mellom datterselskaper hvis det aktuelle leverandørforetaket er opprettet av morselskapet for å levere de aktuelle tjenestene til konsernet for øvrig. Det foreligger ingen rettspraksis eller andre kilder som endelig bekrefter denne forståelsen, men hensynet til mulighetene for å organisere virksomheten på en praktisk måte tilsier sterkt at dette må kunne aksepteres. Spørsmålet om kontrollkriteriet er oppfylt bør således etter vårt syn vurderes i lys av den totale organisering innenfor de regionale helseforetak.

EF-domstolen kom med en ny avgjørelse om samarbeid mellom lokale myndigheter i sak C-480/06, Stadtreinigung Hamburg, som ble avsagt 9. juni 2009. Saken er av flere grunner ikke helt ren i forhold til vårt spørsmål, men EF-domstolen synes å ha tatt et viktig skritt i retning av å klargjøre at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse for samarbeid av den type som er aktuell i vår sak, dvs mellom sideordnede offentlige oppdragsgivere.

Bakgrunnen for saken var at EU Kommisjonen hadde saksøkt Tyskland fordi det var inngått en tjenestekontrakt om avfallsforbrenning uten at anskaffelsesregelverket var fulgt. Dommen ble avsagt i storkammer med 9 dommere, noe som betyr at avgjørelsen har større vekt enn en vanlig dom avsagt i avdeling med 5 dommere.

Fire Landkreise ("kommuner")som ligger sør for Hamburg inngikk avtale med Stadtreinigung Hamburg om reservering av årlig kapasitet på 120 000 tonn avfall til et avfallsforbrenningsanlegg som skulle bygges i Hamburg. Kontrakten ble inngått mellom de fire Landkreise og Stadtreinigung Hamburg, mens Stadtreinigung Hamburg på den annen side hadde en kontrakt med avfallsforbrenningsanlegget om mottak av dette avfallet.

Stadtreinigung Hamburg er eiet fullt ut av Hamburg, mens avfallsforbrenningsanlegget har private eiere. Stadtreinigung Hamburg skulle ifølge kontrakten stille til rådighet en viss avfallshåndteringskapasitet, men hadde ikke noe ansvar for driften eller gitt noen garanti overfor de fire Landkreise. Dersom avfallshåndteringsanlegget ikke kunne håndtere avfallet hadde Stadtreinigung Hamburg kun et ansvar for å skaffe alternativ behandling, begrenset til at avfall fra Hamburg hadde førsteprioritet og det måtte være ledig kapasitet hos andre samarbeidspartnere. Stadtreinigung Hamburg som hadde kontraktssanksjoner i sin avtale med avfallsforbrenningsanlegget ville imidlertid ha en plikt til også å håndheve interessen til de fire Landkreise overfor avfallsforbrenningsanlegget. Avfallslevering skulle koordineres hver uke mellom de fire Landkreise og Stadtreinigung Hamburg.
De fire Landkreise skulle på den andre siden betale det økonomiske vederlaget direkte til avfallsforbrenningsanlegget. Ut over at en del av betalingen til avfallsforbrenningsanlegget går via Stadtreinigung Hamburg skjer det ingen betaling mellom partene. De fire Landkreise skulle også stille til rådighet avfallsdeponier for å motta noe avfall fra Hamburg og avfall fra det som blir igjen etter forbrenning.

Avtalen ble inngått for 20 år. EF-domstolen la til grunn som et premiss for sitt resonnement at saken kun gjaldt inngåelse av kontrakten mellom de fire Landkreise og Stadtreinigung Hamburg, og ikke kontrakten mellom Stadtreinigung Hamburg og avfallsforbrenningsanlegget.

> "*It thus appears that the contract in question forms both the basis and the legal framework for the future construction and operation of a facility intended to perform a public service, namely thermal incineration of waste. That contract was concluded solely by public authorities, without the participation of any private party, and does not provide for or prejudice the award of any contracts that may be necessary in respect of the construction and operation of the waste treatment facility."*

Domstolen uttalte først at situasjonen at kontrakten ble inngått mellom to offentlige oppdragsgivere ikke utelukker at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Domstolen slo så fast at vilkårene for egenregi ikke var oppfylt siden de fire Landkreise ikke hadde kontroll med Stadtreinigung Hamburg. I tråd med rettstilstanden frem til denne dommen ville EF-domstolen ha stoppet der og dømt Tyskland.
EF-domstolen uttalte imidlertid så:

> "*It must nevertheless be observed that the contract at issue establishes cooperation between local authorities with the aim of ensuring that a public task that they all have to perform, namely waste disposal, is carried out.*"

Domstolen viste så til direktiver med krav til avfallshåndtering for å underbygge at kontrakten gjaldt en offentlig tjeneste som lokale myndigheter må tilby, og som det ifølge avfallshåndteringsdirektivene er hensiktsmessig at utøves lokalt. Det er dermed hensiktsmessig med lokalt samarbeid. Kontrakten var kulmineringen av en prosess om samarbeid mellom lokale myndigheter for å få bygget et avfallsforbrenningsanlegg. Slikt samarbeid kunne ha skjedd ved at de fire Landkreise og Hamburg laget et felles avfallsselskap som de kontrollerte. En slik ordning ville ha oppfylt vilkårene for egenregi. EF-domstolen uttalte imidlertid:

> "*It must be observed though, first, that Community law does not require public authorities to use any particular legal form in order to carry out jointly their public service tasks. Secondly, such cooperation between public authorities does not undermine the principal objective of the Community rules on public procurement, that is, the free movement of services and the opening-up of undistorted competition in all the Member States, where implementation of that cooperation is governed solely by considerations and requirements relating to the pursuit of objectives in the public interest and the principle of equal treatment of the persons concerned, referred to in Directive 92/50, is respected, so that no private undertaking is placed in a position of advantage vis-à-vis competitors (see, to that effect, Stadt Halle and RPL Lochau, paragraphs 50 and 51).*"

Dommen kan ved første øyekast fremstå som å åpne et stort nytt rom for offentlig samarbeid om offentlige tjenester, men det er usikkert hvor langt man kan generalisere fra den. Dommen er uansett nyskapende ved at den åpner for samarbeid mellom offentlige myndigheter uten at samarbeidet organiseres innenfor vilkårene for egenregi. Det er ikke nødvendig å etablere et organ som kontrolleres i felleskap som skal utføre oppgavene.

Den aktuelle kontrakten kan imidlertid klassifiseres på flere måter. På den ene siden kan den betraktes som at fire kommuner ga i oppdrag til et selskap heleid av en femte kommune å

utføre avfallsforbrenning. En slik betraktningsmåte innebærer at dommen har åpnet et stort rom for offentlig samarbeid uten begrensninger av anskaffelsesregelverket. Den aktuelle kontrakten er imidlertid ikke en ren tjenestekontrakt ved at et offentlig organ kjøper tjenester fra et annet offentlig organ.

Kontrakten har mer preg av å være en form for innkjøpssamarbeid der de fire Landkreise kjøper inn avfallsforbrenning gjennom Stadtreinigung Hamburg. Domstolen er tydelig på at det skjer lite utveksling av ytelser mellom de to offentlige organene og at avtalen ikke påvirker Stadtreinigung Hamburgs plikt til å følge anskaffelsesregelverket ved inngåelse av selve kontrakten om avfallsforbrenning. Vi er dermed ikke sikre på om dommen åpner fullt ut for samarbeid om ren tjenesteutveksling mellom offentlige organer.

I tillegg til dette må det understrekes at dommen gjelder noe som må oppfattes som et kjerneområde for offentlige tjenester til befolkningen, og at tjenestene som den foreliggende sak gjelder nok må anses å være av en relativt annen karakter.

EFTAs overvåkingsorgan (ESA) har i en sak om vilkårene for egenregi mellom Sykehusapotekene HF og de enkelte helseforetak om sykehusapotektjenester stilt spørsmål ved om kontrollkriteriet er oppfylt når samarbeidet skjer mellom søsterselskap. Spørsmålene er imidlertid stilt fordi ESA har mottatt en klage og det er usikkert om ESA faktisk mener at dette er problematisk, eller om de kun ønsker nærmere informasjon. ESA har foreløpig ikke åpnet formel sak og dermed gitt uttrykk for noe syn. Norge v/Fornyings- og administrasjonsdepartementet har argumentert sterkt for at kontrollkriteriet er oppfylt.

3.4 Oppfyllelse av omsetningsvilkåret

3.4.1 Innledning

Det andre vilkåret for egenregi er at den vesentlige delen av omsetningen til leverandøren må være knyttet til den/de kontrollerende oppdragsgiver/e. Hensynet er å sikre at offentlig eide leverandører som opererer i et marked ved å tilby sine tjenester til private eller offentlige myndigheter, har like konkurransevilkår som andre leverandører. Egenregiunntaket må således tolkes i lys av formålet med EØS-regelverket om offentlige anskaffelser, som er å skape et felles indre marked og bekjempe vridning av konkurransen.

Dersom det er flere kontrollerende myndigheter vurderes omsetningskriteriet samlet for disse, slik at det er den totale omsetningen for disse samlet som vurderes, jf. blant annet C-29/04, Kommisjonen mot Østerrike, premiss 34.

3.4.2 Nærmere om innholdet i omsetningskriteriet

Omsetningskriteriet skal hindre vridning i konkurransen mellom selskap. Dersom et selskap mottar en del av sine oppdrag fra sin eier uten konkurranse, oppstår faren for at selskapet får for godt betalt for disse oppdragene og vil ha en konkurransefordel når det opptrer i det kommersielle markedet. Derfor vil selskapet, når det selger i et konkurranseutsatt marked, være forhindret fra egenregi. Anskaffelsesreglene virker her i et samspill med regelverket om

offentlig støtte og konkurransereglene for å sikre konkurranse mellom private og offentlige foretak på like vilkår.

Kravet om størrelsen på omsetningen til den kontrollerende oppdragsgiver er uttrykt på ulike måter. I ny rettspraksis fra EF-domstolen formuleres kravet slik:

> *"…såfremt denne virksomheds aktivitet hovedsagelig er bestemt for denne myndighed, idet enhver anden aktivitet kun har marginal karakter."*

EF-domstolen har ikke angitt nøyaktig hvor stor prosentvis andel det dreier seg om. Uttrykket "hovedsakelig" er tidligere formulert av ulike kilder som "over 50 %", "essential", "significantly", "the biggest part", "predominantly", "almost exclusivly", "exclusivly", "almost all" og "all". En absolutt fastsatt grense vil etter dagens rettspraksis heller ikke være naturlig, fordi hver enkelt situasjon må vurderes konkret, hvor det også tas i betraktning kvalitative momenter som beskrevet under.

Omsetningskravet kan, som det fremgår av sitatet, vurderes både positivt og negativt. Det positive i kravet ligger i at aktiviteten hovedsakelig må være bestemt for oppdragsgiver. Det negative ligger i at annen aktivitet kun må ha en marginal karakter. Disse to kravene henger sammen. I forhold til hensynet til å unngå konkurransevridning er det imidlertid karakteren av omsetningen til andre som er problematisk. I sitatet ovenfor formulerte EF-domstolen dette som at enhver annen aktivitet kun kan ha marginal karakter.

Uten at det er mulig å angi noen absolutt terskel her, må det nok antas at den eksterne omsetningen ikke kan være større enn 20 % (som er regelen under forsyningsforskriften, dvs i bestemmelsen som regulerer anskaffelser fra "tilknyttede foretak"), men heller mindre – og ideelt sett ikke over 10%.

Uansett - ved vurderingen av omsetningskriteriet er det klart at en ikke kun skal se matematisk på omsetningstall. Det skal også foretas en vurdering av alle relevante kvalitative momenter, jf. bla sak C-340/04, premiss 64. Det er samtidig uavklart hvilke momenter man skal se på i denne vurderingen. Formålet med vurderingen er å sikre konkurranse i markedet og unngå at leverandøren får fordeler ved å få tildelt deler av sine oppdrag uten konkurranse.

Det vil være av betydning om det, uavhengig av egenregileverandørens salg til markedet, eksisterer noe marked for den aktuelle tjenesten hvor andre leverandører konkurrerer. Det er herunder ikke avgjørende, men av betydning, om det er privat etterspørsel i markedet eller bare offentlig etterspørsel. Vurderingen ser ikke bare på forholdet mellom eier og egenregileverandør, men også på egenregileverandørens markedsposisjon. Der markedet kan utføre tjenesten som skal anskaffes, er egenregi vanskeligere.

Det synes også klart at man kan akseptere en større grad av ekstern omsetning dersom mottakerne av dette er andre offentlige oppdragsgivere. Dette stemmer med prinsippene angitt over, og med nyere rettspraksis fra EF-domstolen.

3.4.3 Hvilke selskaper skal omsetningen vurderes i forhold til

Som det fremgikk i pkt 3.4.1 over, er det klart at dersom det er flere kontrollerende myndigheter, så vurderes omsetningskriteriet samlet for disse. Et neste spørsmål er hvordan man skal vurdere omsetningskriteriet der man har flere leverandørselskaper i konsernet.

Spørsmålet kommer på spissen i den foreliggende sak etter gjennomføringen av trinn 1, men før gjennomføringen av trinn 2. Skal man da vurdere omsetningen til de to datterselskapene separat, eller samlet?

På forsyningsforskriftens område følger det av denne forskriftens § 1-7 (4), om tilknyttede foretak at:

> *"Dersom mer enn ett foretak tilknyttet oppdragsgiver leverer den samme eller lignende tjenester, varer eller bygge- og anleggsarbeider, skal det tas hensyn til den samlede omsetning i disse foretak […]".*

Etter vår vurdering må dette sannsynligvis gjelde også på klassisk sektor, dvs slik at man vurderer omsetningen til flere datterselskaper samlet. Det må imidlertid understrekes at vi ikke har funnet kilder som direkte belyser dette.

4 VURDERING

4.1 Innledning

Som nevnt over er spørsmålene som er reist som følger:

> *"1) Dersom OUS HF eier 50 % i Holding AS vil helseforetak eid av Helse Sør-Øst RHF kunne benytte tjenestene til Medinnova AS som egenregi?*
>
> *2) Dersom HSØ RHF eier 50 % i Holding AS vil helseforetak eid av Helse Sør-Øst RHF kunne benytte tjenestene til Medinnova AS som egenregi?"*
>
> *"3) Dersom OUS HF eier 50 % i Holding AS vil helseforetak i Helse Sør-Øst RHF kunne benytte tjenestene til "Birkinnova AS" som egenregi?*
>
> *4) Dersom HSØ RHF eier 50 % i Holding AS vil helseforetak i Helse Sør-Øst RHF kunne benytte tjenestene til "Birkinnova AS" som egenregi?"*

For å besvare spørsmålene skal vi i det følgende ta utgangspunkt i de to kriteriene som gjelder for egenregi, dvs kontrollkriteriet og omsetningskriteriet.

4.2 Oppfyllelsen av kontrollkriteriet

Kontrollkriteriet vil etter vårt syn måtte vurderes likt uavhengig av om tjenestene anskaffes fra Medinnova AS eller fra Birkinnova AS. I begge situasjoner vil kontrollen måtte utøves gjennom Holding AS (ev senere gjennom Birkinnova AS selv).

Det avgjørende blir derfor om man har den nødvendige kontroll over Holding AS, og at dette selskapet igjen har en tilsvarende kontroll over Medinnova AS eller Birkinnova AS.

Så fremt forholdene som er beskrevet i pkt 3.3.3 over ivaretas, mener vi således at kontrollkriteriet vil være oppfylt. Vi understreker imidlertid betydningen av å sørge for bestemmelser i vedtektene eller lignende, som ivaretar de skisserte hensyn.

Et vanskeligere spørsmål er betydningen av om HSØ eller OUS er eier i selskapet. Spørsmålet er om dette vil påvirke muligheten for andre helseforetak eid av HSØ til å benytte Medinnova AS eller Birkinnova AS uten kunngjøring og konkurranse.

Hvis HSØ står som eier mener vi at dette bør være relativt ukomplisert, selv om rettsituasjonen ikke er endelig avklart. Poenget er i korthet at siden HSØ i så fall klart ville kunne kjøpe tjenester fra det aktuelle selskapet i egenregi, så bør HSØs datterselskaper også kunne gjøre det – i hvert fall om det foreligger en instruks fra sentralt hold om å benytte det aktuelle selskapet for den aktuelle typen tjenester. Alternativt kunne man strukturert dette slik at datterselskapet henvender seg til HSØ, som foretar en anskaffelse for datteren fra Medinnova/Birkinnova (noe som da ville passe inn i den tradisjonelle læren om egenregi), og da bør også den andre formen aksepteres. Helt opplagt er dette likevel ikke, ut fra at læren om egenregi er utviklet i rettspraksis, og at dette spørsmålet ikke er endelig løst. Særlig ut fra sak C-480/06, Stadtreinigung Hamburg bør imidlertid dette være akseptabelt.

Hvis OUS står som eier er man enda litt lengre fra de forhold som så langt har vært akseptert i rettspraksis, men også dette bør trolig kunne aksepteres etter vårt syn. Om HSØ eier Medinnova AS direkte, gjennom Holding AS eller gjennom OUS og Holding AS bør etter vårt syn ikke være avgjørende.

Forutsetningen er imidlertid at HSØ da utøver en tilstrekkelig sterk kontroll også over OUS, jf redegjørelsen i pkt 3.3.3 over. Dette spørsmålet kommer normalt ikke på spissen i relasjonen mellom det regionale helseforetaket og døtrene, siden det særlig er spesialisthelsetjenester som "anskaffes" fra døtrene. Her er vi uansett også innen enerettsunntaket. Dersom man imidlertid skal kunne benytte unntaket for egenregi, er det viktig at HSØ reelt kontrollerer OUS, i hvert fall så langt det har betydning for driften av Medinnova/Birkinnova.

Oppsummeringsvis mener vi således at kontrollkriteriet kan være oppfylt uansett om OUS eller HSØ står som eier av Holding AS, men anskaffelsesrettslig er dette noe enklere om HSØ er eier og det vil stilles strenge krav til kontrollen over OUS om OUS skal stå som eier.

4.3 Oppfyllelsen av omsetningskriteriet

Ut fra de opplyste tallene virker det som Medinnova allerede i dag er litt på grensen av hva som kan aksepteres av ekstern omsetning, og det bør i hvert fall sørge for at denne situasjonen ikke forsterkes.

Etter etableringen av Holding AS vil man trolig kunne se samlet på omsetningen i Medinnova AS og Birkeland AS (i forhold til begge eiere, og helseforetak eid av HSØ), og i så fall er situasjonen bedre. Etter en eventuell sammenslåing av de to selskapene er det uansett selskapet samlede omsetning, mot eierne og relevante datterselskaper, som må vurderes.

Oppsummeringsvis mener vi således at omsetningskriteriet vil kunne være oppfylt i alle de skisserte alternativene.

4.4 Situasjonen om det ikke blir fusjon

Som nevnt over er vi også bedt om å vurdere situasjonen dersom det ikke blir fusjon, og spørsmålet om det i denne situasjonen (dvs etter det vi forstår dagens situasjon) har betydning om henholdsvis OUS eller HSØ eier selskapet 100%.

Det sentrale spørsmålet er her igjen knyttet til kontrollkriteriet, og vi viser til drøftelsen i pkt 4.2 over. Etter vår vurdering vil vilkårene for egenregi (for alle helseforetak eid av HSØ) kunne være oppfylt uansett om OUS eller HSØ eier Medinnova AS med 100%, men det er enklere å begrunne dette om HSØ er eier. Videre vil det ellers måtte stilles krav til HSØs kontroll over OUS.

Situasjonen er etter det opplyste at Medinnova AS har om lag 20% av sine oppdrag fra eksterne, og man er mao på grensen (kanskje allerede over) for hva som kan aksepteres innen rammene av egenregi.

4.5 Oppsummering

Oppsummeringsvis mener vi således at helseforetak i HSØ vil kunne benytte tjenestene til Medinnova AS og/eller Birkinnova AS som egenregi i alle de skisserte konstellasjonene, men slik at det nok er noe enklere i forhold til anskaffelsesreglene om HSØ er eier.

Dette gjelder også om det ikke blir noe av fusjonen, dvs slik at Medinnova AS eies 100% av helseforetaksiden, men i så fall er det viktig å være oppmerksom på at omsetningskriteriet kanskje ikke er oppfylt (selskapet har etter det opplyste om lag 20% av antall prosjekter mot eksterne).