

## NOTAT

---

Til: Helgeland reiseliv v/Torbjørn Tråslett

Mo i Rana, 28. januar 2020

Fra: Advokat Charlotte Nordbakken

Ansvarlig advokat: Charlotte Nordbakken

Epost: nordbakken@advhelg.no

---

## ANSKAFSELSESRETTLIGE VURDERINGER

### 1 Innledning

Vi er bedt om å vurdere noen anskaffelsesrettslige problemstillinger knyttet til Helgeland Reiseliv AS («Helgeland Reiseliv»).

For det første er vi bedt om å vurdere hvorvidt kommunene som er eiere i Helgeland Reiseliv kan kjøpe tjenester direkte fra Helgeland Reiseliv uten å sette kontrakten ut på anbud etter reglene om offentlige anskaffelser. Dette vurderes i punkt 3.

For det andre er vi bedt om å kort vurdere hvorvidt Helgeland Reiseliv selv er underlagt regelverket for offentlige anskaffelser. Dette gjøres i punkt 4.

Våre konklusjoner og overordnede bemerkninger gis i punkt 2.

Som grunnlag for notatet har jeg fått oversendt stiftelsesdokumentet til selskapet og en samarbeidsavtale med kommunene. Jeg har også hatt en samtale med Torbjørn Traaslett der jeg har fått en overordnet forståelse for selskapets omsetning og drift.

### 2 Konklusjon og overordnede bemerkninger

For at kommunene skal kunne kjøpe tjenester direkte fra Helgeland Reiseliv må selskapet oppfylle vilkårene for utvidet felles egenregi. Helgeland Reiseliv oppfylder imidlertid per i dag ikke alle vilkår for utvidet egenregi etter anskaffelsesforskriftens § 3-2.

Helgeland Reiseliv har private eierandeler, noe som ikke er mulig dersom utvidet egenregi skal benyttes for å tildele kontrakter til selskapet, jf. forskriftens § 3-2 første ledd bokstav b. De private eierandelene i Helgeland Reiseliv må derfor kjøpes ut av selskapet (se punkt 3.2.4).

I tillegg til dette bør det muligens gjøres en nærmere vurdering av om kontrollkriteriet er oppfylt, jf. § 3-2 annet ledd (se punkt 3.2.2 og punkt 3.2.5)

Dersom det opprettes et datterselskap til Helgeland Reiseliv som de private eierandelene overføres til kan kommunene kjøpe tjenester direkte fra Helgeland Reiseliv. Dette kan derfor være en mulig løsning for det private eierskapet. Her må man imidlertid være oppmerksom på at vi vurderer det slik at Helgeland Reiseliv selv er omfattet av anskaffelsesregelverket (se punkt 4). Dersom Helgeland Reiseliv skal kunne kjøpe tjenester eller varer direkte fra et datterselskap vil de samme problemstillingene knyttet til egenregi gjøre seg gjeldende. En løsning med et datterselskap kan derfor også skape anskaffelsesrettslige problemer alt ettersom hvordan driften i selskapene blir organisert. Vi anbefaler derfor i utgangspunktet ikke en slik løsning.

### **3 Kan kommunene kjøpe tjenester direkte fra HR**

#### **3.1 Innledning**

Kommunene som er eiere av Helgeland Reiseliv er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

For at de skal kunne kjøpe tjenester til en verdi over kr 100.000 direkte fra Helgeland Reiseliv må kontrakten være omfattet av et unntak fra regelverket. Det mest aktuelle unntaket er unntaket for utvidet egenregi. Hvorvidt unntaket kommer til anvendelse vurderes under.

#### **3.2 Utvidet egenregi**

##### **3.2.1 Innledning**

Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke ved såkalt utvidet egenregi. Når flere oppdragsgivere eier et selskap sammen kan de kjøpe tjenester fra dette selskapet dersom de oppfyller vilkårene for utvidet egenregi ved felles kontroll i anskaffelsesforskriften § 3-2. Forskriften § 3-2 første ledd lyder som følger:

*«Selv om oppdragsgiveren ikke alene oppfyller vilkårene i § 3-1 første ledd, gjelder anskaffelsesloven og forskriften heller ikke når han inngår kontrakter med et annet rettssubjekt*

*a) som oppdragsgiveren og andre oppdragsgivere i fellesskap 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.» (min understrekning)*

Bestemmelsen fremsetter tre vilkår som må være oppfylt for kontrakter mellom et selskap og oppdragsgiverne kan unntas fra regelverket; kontrollkriteriet, aktivitetskriteriet og krav om at det ikke skal være private eierandeler i leverandøren. Alle tre vilkår må være oppfylt for at unntaket kommer til anvendelse. Hvorvidt Helgeland Reiseliv oppfyller vilkårene vurderes under.

##### **3.2.2 Kontrollkriteriet**

Hva som skal til for at kontrollkriteriet i § 3-2 første ledd er oppfylt, er nærmere presisert i § 3-2 annet ledd. Bestemmelsen lyder som følger:

*«Kravet til felles kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når*

- 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 fellesskap 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.» (mine understrekninger)

Alle de tre vilkårene må være oppfylt for at kontrollkriteriet skal være oppfylt.

**For det første** må det kontrollerende rettssubjektets *styrende organer* være sammensatt av *representanter for alle de kontrollerende oppdragsgiverne*, jf. andre ledd bokstav a. Vilket bygger på rettspraksis på fra EU der det har vært sentralt at både generalforsamling og styreorgan er satt sammen med representanter fra oppdragsgiver.<sup>1</sup> Når samarbeid skjer i form av aksjeselskaper har departementet uttalt at det er naturlig å legge til grunn at eier må være representert *både* i generalforsamling og i styret. Dette er som en følge av den bakenforliggende EU-praksisen, og at ordlyden angir «styrende organer» i flertall.

Representasjon i generalforsamling skjer automatisk når man sitter på en eierandel i et aksjeselskap. For at kriteriet skal være oppfylt må man imidlertid også sikre at kommunene har en representant i styret. Spørsmålet er om det er tilstrekkelig for oppdragsgivernes representasjon at de utnevner styremedlemmer eller om det er et krav at oppdragsgiver er representert med et styremedlem som har en tilknytning til oppdragsgiver. Det er usikkert hvordan bestemmelsen er å forstå på dette punkt, men etter min mening taler en ordlydsfortolkning for at det er tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret at kommunene gjennom generalforsamlingen er gitt rett til å utnevne styrets leder og nestleder og også nedsetter styret. Det er imidlertid ikke helt klart at det er slik bestemmelsen er å forstå.

**For det andre** må de kontrollerende oppdragsgiverne i fellesskap utøve *bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet*, jf. annet ledd bokstav b. Kontrollen som utøves må altså være lik uavhengig av om leverandøren kontrolleres av en eller flere leverandører. Hvorvidt dette vilkåret er oppfylt er en helhetsvurdering der en rekke momenter vil ha betydning. Det er stilt ikke ubetydelige krav til deltakelse i rettspraksis.

At oppdragsgiveren eier hele eller majoriteten av den virksomhet som anskaffelsen foretas fra, er et moment som taler for at han også kan utøve den kontroll som er nødvendig for at kontrollkriteriet skal anses for oppfylt. Dette imidlertid ikke i seg selv avgjørende. Selskapsrettslig (majoritets-) kontroll er etter rettspraksis ikke tilstrekkelig for at kriteriet anses oppfylt. Eksempelvis gir den råderetten som flertallet av eierne i et aksjeselskap har etter selskapsretten, bare en begrenset mulighet til å få innflytelse over selskapets beslutninger. Kravet etter bestemmelsen er at

---

<sup>1</sup> Se EU-domstolens sak C-324/07 Coditel Brabant.

oppdragsgiveren faktisk må kunne påvirke organets beslutninger. Departementet har uttalt at utvidet egenregi kan utøves gjennom norske aksjeselskaper, men det forutsetter at oppdragsgiveren har en innflytelse over selskapet som går *ut over* det en majoritetseier normalt har.

Andre momenter som har betydning i vurderingen av oppdragsgivers kontroll over leverandøren er muligheten til å utøve innflytelse gjennom:

- deltakelse i styret, representantskap eller andre lignende organer
- fastsettelsen av virksomhetens formål og
- kontroll og tilsyn med økonomiske og kommersielle disposisjoner mv og annen daglig ledelse.

Leverandørens markedsorientering, altså den grad leverandøren forfølger kommersielle snarere enn allmenne formål, er også et moment som må tas i betraktning ved vurderingen.

For Helgeland Reiselivs del er vurderingen av om kommunene har tilstrekkelig kontroll over Helgeland Reiseliv til å oppfylle kontrollkriteriet delt. På den ene siden har kommunene slik jeg forstår det liten faktisk deltakelse i og innflytelse på selskapet gjennom de styrende organene selv om de utnevner styremedlemmer og styrets leder/nestleder. Til gjengjeld eier kommunene til sammen om lag 95 % av aksjene i selskapet, og det er vedtektsfestet at det offentlige aldri skal eie mindre enn 90 % av aksjene. I tillegg til dette er det kommunene som selv har opprettet selskapet, og fastsatt dets formål og virksomhet. Helgeland Reiseliv forfølger videre i hovedsak allmenne formål i sin virksomhet, og er lite markedsorientert. Helgeland Reiseliv er også et non-profit selskap. Regelverket stiller ganske strenge krav til kontroll for at vilkåret skal være oppfylt, og det legges vekt på praktisk mulighet til å styre selskapets beslutninger i rettspraksis.

Av hensyn til tidsbruk har jeg ikke gjort en grundig vurdering av hvorvidt dette vilkåret er oppfylt. Ut fra en innledende vurdering av momentene over er det etter min mening imidlertid gode grunner til å anta at vilkåret er oppfylt.

**For det tredje** må det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølge interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser. Jeg har ingen informasjon som tilsier at dette er tilfelle og jeg legger til grunn at Helgeland Reiseliv ikke forfølger interesser som er i strid med kommunenes interesser. Det er imidlertid et punkt man burde være oppmerksom på ved driften av selskapet.

I forskriften stilles det ikke ytterligere krav til oppdragsgivernes felles kontroll. I prinsippet kommer unntaket derfor til anvendelse uavhengig av hvor mange oppdragsgivere som kontrollerer leverandøren. Kontrollen må imidlertid utøves i fellesskap, og det må trolig stilles et krav til at det er en viss realitet i samarbeidet mellom oppdragsgiverne.

Samlet sett innebærer dette etter min vurdering at Helgeland Reiseliv mest sannsynlig oppfylder vilkårene i kontrollkriteriet i anskaffelsesforskriftens § 3-2. Det kan imidlertid være grunn til å vurdere dette nærmere og eventuelt be om en vurdering av forholdet fra eierkommunene.

### 3.2.3 Aktivitetskriteriet

Når det gjelder aktivitetskriteriet, er det et krav om at leverandøren utøver mer enn 80 prosent av sin aktivitet *for oppdragsgiverne* eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer, jf. § 3-1 første ledd bokstav b. Formålet med aktivitetskriteriet er å sikre at offentlig eide leverandører som opererer i et marked ved å tilby sine tjenester til det private eller offentlige myndigheter, ikke bidrar til uheldig konkurransevridding.

Så lenge aktiviteten er forankret i en kontrakt med eierne, kan aktivitet rettet mot tredjeparter også anses å være rettet mot eierne.<sup>2</sup> Det er heller ikke avgjørende om oppdragsgiveren mottar ytelsen selv, eller om den går til andre brukere. Det er heller ikke relevant hvem som betaler leverandøren. For eksempel vil pleietjenester som et sykehjem yter på oppdrag fra en kommune (den kontrollerende enheten) tilregnes kommunen, selv om pasientene er mottakere av pleietjenestene og betaler for deler av dem.

Ved vurderingen av aktivitetskriteriet skal leverandørens samlede aktivitet tas i betraktning. All aktivitet skal medregnes. Det vil si at det ikke bare skal tas hensyn til den type aktivitet som utføres i egenregi dersom leverandøren også driver annen type aktivitet.

Beregningen av den prosentvise aktiviteten skal baseres på enten en gjennomsnittlig omsetning eller annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene, jf. forskriftens § 3-4 første ledd.

Omtrent halvparten av omsetningen i Helgeland Reiseliv skriver seg ut fra det jeg har fått opplyst fra samarbeidsavtaler med kommunene. Også andre deler av omsetningen er knyttet direkte til oppgaver som spesifikt utføres på vegne av kommunene, som eksempelvis drift av turistkontorene. Jeg mener imidlertid at også øvrig aktivitet i selskapet utføres for kommunene. Helgeland Reiselivs vedtektsfestede virksomhet er å «utvikle og markedsføre Helgeland som et foretrukket reisemål, og derigjennom skape merverdi for næringsaktørene og lokalsamfunnene, samt hva hermed står i forbindelse».<sup>3</sup> Denne virksomheten er fastsatt av eierne, og Helgeland Reiseliv utfører virksomheten på vegne av og for sine eiere. Så lenge selskapets aktivitet er knyttet til denne virksomheten mener jeg at det må anses som aktivitet *utført for oppdragsgiverne*. Dette styrkes også av at samarbeidsavtalen med kommunene ikke inneholder øvrige spesifiseringer av hvilke tjenester Helgeland Reiseliv leverer til kommunene enn referanser til selskapets markedsplan. Formålet med aktivitetskriteriet slår heller ikke helt inn da Helgeland Reiselivs aktivitet i stor grad ikke er i et konkurranseutsatt marked. Aktivitetsvilkåret må derfor etter min vurdering anses for å være oppfylt.

### 3.2.4 Private eierandeler

Det tredje vilkåret for at unntaket for utvidet egenregi skal komme til anvendelse, er at det ikke er noen direkte private eierandeler i leverandøren, jf. § 3-1 første ledd bokstav c. Formålet er å forhindre at private drar konkurransemessige fordeler ved bruken av egenregi. Både kommersielle og ideelle private eierandeler omfattes av vilkåret. Bestemmelsen åpner ikke for en tolkning av hvorvidt

---

<sup>2</sup> Se premiss 47 i sak C-340/04 (Carbotermo).

<sup>3</sup> Se selskapets vedtekter § 3.

de private eierne i selskapet faktisk drar konkurransemessige fordeler ved bruken av egenregi som eiere av leverandøren. Bestemmelsen stiller et krav om at det ikke kan være direkte private eierandeler.

Omtrent 5 % av aksjene i Helgeland Reiseliv er privat eid, og selskapet oppfyller derfor ikke dette vilkåret.

### **3.2.5 Konklusjon**

Helgeland Reiseliv oppfyller per i dag ikke alle vilkår for utvidet egenregi etter anskaffelsesforskriftens § 3-2.

Helgeland Reiseliv oppfyller ikke vilkåret om at det ikke kan være direkte private eierandeler i selskapet, jf. forskriftens § 3-2 første ledd bokstav b.

Hva gjelder kontrollkriteriet bør muligens kommunene ha en representant med tilknytning til kommunene i styret for å være helt sikre på at kriteriet er oppfylt, jf. anskaffelsesforskriften § 3-2 annet ledd bokstav a. I tillegg til dette bør det vurderes nærmere om kommunene har tilstrekkelig bestemmende innflytelse over selskapet til at kontrollkriteriet i sin helhet er oppfylt slik selskapet er satt opp i dag, jf. anskaffelsesforskriften § 3-2 annet ledd bokstav b.

## **4 Er Helgeland Reiseliv omfattet av regelverket**

Av forskriftens § 1-2 første ledd bokstav c følger at et offentligrettslig organ er et organ som

*«a) er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter,*

*b) er et selvstendig rettssubjekt og*

*c) har tilknytning til det offentlige ved at*

*1. organet hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer,*

*2. organets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll eller*

*3. organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.»*

Alle de tre vilkårene må være oppfylt for at organet skal anses som offentligrettslig.

Det er klart at HR er et selvstendig rettssubjekt. Det er også klart at HR har tilknytning til det offentlige ved at selskapets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll.

Det sentrale spørsmålet for vurderingen av om Helgeland Reiseliv er et offentligrettslig organ er etter vårt syn om selskapet er *«opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter»* (min understrekning). Helgeland Reiseliv ble opprettet for å fylle

kommunenes behov for et turistkontor og samlet arbeid med turisme. Selskaper må derfor anses for å være opprettet for å tjene allmenhetens behov.

I tillegg til dette kan ikke Helgeland Reiseliv ha en forretningsmessig eller industriell karakter. EU-domstolen har oppstilt en rekke momenter som skal trekkes inn ved denne vurderingen, herunder om det er konkurranse på markedet, om organet har til hovedformål å skape inntjening, om organet selv bærer risikoene som er forbundet med virksomheten og om organet finansieres av det offentlige. Det faktum at Helgeland Reiseliv ikke har til formål å skape inntjening og at store deler av virksomheten er på et marked som ikke er konkurranseutsatt taler sterkt for at Helgeland Reiseliv ikke har forretningsmessig karakter selv om selskapet dels operer som en markedsaktør som selv bærer risikoen av virksomheten.

Etter min vurdering er Helgeland Reiseliv et offentligrettslig organ omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.



---

Charlotte Nordbakken  
Advokat