

## Sammendrag

# Fou-prosjektet ”Regelverksutvikling i EUs indre marked versus norsk kommunalt handlingsrom”

## Bakgrunn for prosjektet

Norge deltar i kraft av EØS-avtalen i EUs indre marked. Avtalen setter grenser for nasjonal politikk som strir mot det indre markedes prinsipper om fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital. Kommunene berøres i vesentlig grad av avtalen både som myndighetsorganer og som aktører i markedet.

EØS utgjør et stort geografisk område med nasjonale og regionale variasjoner som krever spesielle tilpasninger når felles regler skal utformes og håndheves. Håndteringen av dette er bygget inn i selve avtalen. Det finnes regler for hvordan nytt regelverk kan påvirkes og prinsipper for hvordan ulike hensyn kan veies mot hverandre når regelverket håndheves. God kjennskap til utformingen av disse reglene og prinsippene, samt til hvordan de brukes i praksis, gir styrket oversikt over det handlingsrommet som til enhver tid måtte finnes for nasjonale, regionale og kommunale tilpasninger.

EØS avtalen forplikter kommunene både som bestillere og leverandører av offentlige tjenester, eiere av kommunale og interkommunale selskaper, forvaltere av kommunal eiendom og som næringsutviklere. KS har bedt om å få belyst det faktiske handlingsrommet norske kommuner har innenfor dette avtaleverket når det gjelder å kunne tilby allmennheten *Tjenester av allmenn betydning* på måter som er tilpasset lokale behov og politiske mål. Det området som er tillagt spesiell vekt er handlingsrommet i forhold til EØS-avtalens konkurranseregelverk.

KS har videre bedt om bistand til å utforme en mer offensiv påvirknings- og handlingsstrategi for å ivareta kommunesektorens interesser når nytt EU-regelverk forberedes i EUs beslutningssystem og innlemmes i norsk rett.

## Hvor finnes det handlingsrom?

De undersøkelsene som er gjort i prosjektet viser at kommunenes handlingsrom i forhold til EØS-avtalen er betinget av de mulighetene for tilpasninger til nasjonale forhold som er innebygd i avtalen. Disse mulighetene består av adgangen for nasjonale eksperter til å bli hørt i tilknytning til utviklingen av nytt regelverk, adgangen til å avgjøre hvordan direktiver skal innlemmes i nasjonal rett bare direktivets mål blir ivaretatt, og muligheter til å veie ulike konkurransemessige hensyn og andre samfunnshensyn mot hverandre når beslutninger tas innenfor EØS-avtalens virkeområde.

På områder som ikke er regulert av egne direktiver eller andre sekundærrettslige regler kan det formelt sett være større åpenhet for nasjonale tilpasninger enn på områder hvor de ulike hensynene allerede er blitt veid mot hverandre i selve arbeidet med utformingen av regelverket. Når det foreslås restriksjoner på den frie konkurransen stilles det allikevel strenge krav til godtgjøring av at de aktuelle tiltakene er nødvendige og at de er godt egnet til å nå sine mål. Rettspraksis har etter hvert klargjort hva som godtas og dermed skapt større forutsigbarhet. I praksis har det vist seg at så godt som ethvert politisk hensyn som er grunnet på objektive kriterier vil kunne påberopes. Økonomiske hensyn, hensynet til offentlige finanser og administrative forhold godtas ikke.

Muligheten til å påvirke utfallet i enkeltsaker på områder som krever forhåndsgodkjenning av ESA er svært begrenset. ESA plikter å fatte sine vedtak i samsvar med gjeldende retningslinjer og domspraksis fra EFTA-domstolen, samt å ta behørig hensyn vedtak fattet av Europakommisjonen og EF-domstolen. Når ESA utarbeider nye retningslinjer kan disse påvirkes gjennom nasjonale konsultasjoner som overvåkningsorganene inviterer til. Kommunene berøres av EØS-avtalen på områder hvor det har hersket, og fortsatt hersker en viss juridisk uforutsigbarhet. Dette gjelder først og fremst konsekvenser av ulike former for bruk av markedsmekanismer i den kommunale tjenesteproduksjon. Dommer og revisjon av regelverket har bidratt til en gradvis klargjøring av disse spørsmålene. Klargjøringen innebærer imidlertid også en fare for innskrenking av det handlingsrommet som måtte ha eksistert i kraft av de juridisk uklare punktene.

God kunnskap om EØS-avtalens oppbygging og virkemåte er en forutsetning for å kunne benytte seg av det aktuelle handlingsrommet. Avtalens kompleksitet gjør det vanskelig å ha full oversikt. Dette er i seg selv med på å innskrenke det faktiske handlingsromme som formelt sett vil kunne være tilstede.

Kommunene berøres av regelverket for offentlig støtte både som potensiell støttegiver, i tilknytning til selskapsdannelser og ved ulike former for konkurranseutsetting av tjenesteproduksjon. Som støttegivere kan kommunene dra nytte av ulike typer unntak fra det generelle forbudet mot offentlig støtte til særskilte virksomheter.

### **Avveining av hensynet til konkurranse mot andre hensyn**

Det ligger i selve EØS-avtalens konstruksjon at hensynet til konkurranse skal kunne veies mot hensyn av ikke-økonomisk karakter. Det gis rom for egne nasjonale reguleringer når målet er å ivareta og beskytte viktige samfunnsinteresser. Det er også adgang til å avvike fra konkurransereglene og det generelle forbudet mot offentlig støtte til enkeltvirksomheter når hensikten er å tilby tjenester til publikum som markedet ikke makter å levere på en politisk ønskelig måte.

Det kommunale handlingsrommet i forhold til konkurranseregelverket ligger først og fremst i at kommunene selv kan velge hvordan de organiserer de tjenestene de vil tilby befolkningen, bortsett fra på områder som er pålagt åpnet for konkurranse. Dersom kommunene produserer sine tjenester selv og leverer dem til publikum uten vederlag kommer ikke konkurranseregelverket til anvendelse. EØS-avtalen er også nøytral i forhold til offentlig eller privat eierskap. Dersom en kommune skiller ut egne selskap for tjenesteproduksjon vil kommunen selv kunne velge å bli stående som eier. Kommunalt eide selskapene vil, som markedsaktører, bli underlagt EØS-avtalens konkurranseregler for virksomheter på linje med privat eide selskaper. Dette innebærer blant annet at de bli overvåket med hensyn til utnyttning av dominerende stilling i markedet og forekomsten av skjult offentlig støtte etc. Dersom kommunalt eide selskap har fått enerett av en eller flere kommuner til å utføre visse oppgaver, men samtidig selger tilsvarende eller andre tjenester i markedet kan det oppstå fare for krysssubsidiering som innebærer skjult offentlig støtte. Det stilles strenge krav til innsyn i denne typen forhold, først og fremst gjennom bruk separate regnskap for de ulike aktivitetene.

### **Offentlige anskaffelser**

Når en kommune overlater til andre rettssubjekter å utføre tjenester, kommer reglene for offentlige anskaffelser, som er avledet av EØS-avtalens artikkel 65, til anvendelse. Formålet med disse reglene er å gjennomføre prinsippene om fri konkurranse gjennom lik behandling

av alle tilbydere, samt effektiv utnytting av samfunnets ressurser. En ny målsetting for regelverket er at det skal bidra til at offentlige aktører opptrer med integritet. Reglene for offentlige innkjøp gir ikke store muligheter til å forfølge egne politiske mål når det gjelder å velge kontraktspartner uten å ta hensyn til de foreskrevne prosedyrene. Det finnes imidlertid en del anskaffelser hvor det ikke er påkrevd med anbudsrunder, som gjerne oppfattes som den mest krevende prosedyren. Dette gjelder for anskaffelser under *terskelverd* og for såkalte *uprioriterte tjenester*, som omfattes av tjenester som i liten grad egner seg for handel over landegrensene, slik som for eksempel helse- og sosialtjenester. EØS-avtalens grunnleggende prinsippet om konkurranse, likebehandling av alle tilbydere, åpenhet og etterprøvnbarhet gjelder imidlertid også her når kontrakter inngås.

Tjenestekonesjonskontrakter omfattes ikke av regelverket for offentlige innkjøp, men her kan det også være hensiktsmessig å benytte anbudsrunder for å sikre at EØS-avtalens grunnleggende prinsipper blir oppfylt når kontrakter blir inngått. Det finnes nasjonalt handlingsrom når det gjelder fastsetting av terskelverdier, men her har norske myndigheter valgt å legge seg betydelig lavere enn det EØS-regelverket krever. Norske kommuner velger også i en del tilfeller å bruke anbudsrunder innenfor områder som omfattes av begrepet *uprioriterte tjenester*.

Når kommuner legger tjenesteproduksjon ut på anbud kan de selv være med og konkurrere om kontrakten forutsatt at de har sørget for at alle tilbydere får like vilkår. Ulikheter i rammebetingelser kan gjøre at kommunen som tilbyder får bedre vilkår enn de andre aktørene i markedet. Dette kan innebære skjult offentlig støtte. Det samme kan skje ved selskapsdannelser dersom et kommunalt eid selskap gis bedre betingelser enn konkurrentene, for eksempel gjennom gunstige lån, beskjedne avkastningskrav eller romslige midler til omstilling. Dersom en virksomhet pålegges å utføre ulønnsom tjenesteproduksjon kan virksomheten gis kompensasjon for ulønnsomheten uten at dette regnes som ulovlig offentlig støtte.

### **Erfaringer fra kommunene**

I følge de undersøkelsene som er gjort i de tre utvalgte kommunene i prosjektet oppleves ikke forholdet til EØS-regelverket som noe stort problem i dagliglivet. Det EØS-regelverket som generelt sett har størst betydning i deres løpende virksomhet er regelverket om offentlige anskaffelser.

EØS-regelverket kan i enkelte tilfeller skape problemer i forhold til kommunenes politiske mål, men ofte handler det om å kunne anvende reglene på riktig måte, slik at regelbrudd kan unngås. Regelverkets kompleksitet krever høy spesialisert kompetanse og det er i seg selv en utfordring. Jurister og fagpersoner ser det imidlertid ofte som en fordel å ha EØS-regelverket å støtte seg til, mens spesielt politikere kan oppleve at regelverket setter grenser for deres handlefrihet, for eksempel når det gjelder å velge partnere for offentlig/privat samarbeid, salg av kommunal eiendom m.m. Et ikke ubetydelig antall saker som angår offentlige anskaffelser er blitt klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) og for EFTAs overvåkningsorgan ESA. Klagesakene har, uavhengig av utfall, ført til kompetanseheving og skjerpet oppmerksomhet

Kommunene er i alt vesentlig klar over at EØS-avtalen gir dem full handlefrihet når det gjelder valg av organisasjonsformer, men denne handlefriheten er ikke et avgjørende hensyn når slike valg tas. Krav om effektivisering og delegering av myndighet gjør at det velges organisasjonsmodeller som gjør at ulike bestemmelser i EØS-avtalen kommer til anvendelse.

Det kan være krevende å ha full oversikt over hvilke modeller som ”utløser” de ulike reglene. Det knytter seg dessuten i visse tilfeller juridisk uforutsigbarhet til hvordan de vil slå ut. Den juridiske uforutsigbarheten får størst konsekvenser på områder hvor kommunene må gjøre store investeringer og hvor organisasjonsformen vil kunne få avgjørende betydning for effektiviteten. Renovasjon er et slikt område. Her ytres det ønske om at nasjonale myndigheter burde komme med klarere retningslinjer for hvilke organisasjonsformer som kan velges, slik at det for eksempel fortsatt kan være tillatt å tildele oppdrag til enheter som skilles ut uten å ta i bruk anbudsprosedyrer. Utvikling i rettspraksis viser at det settes strenge krav til eierkommuners kontroll med utskilte selskap dersom direkte tildeling skal kunne benyttes. Slike selskap må også ha hovedtyngden av sine leveranser til eierkommunene for at direkte tildeling skal kunne godtas.

### **Bruk og påvirkning av handlingsrom**

EØS-avtalen er komplisert og for å kunne utnytte det handlingsrommet som finnes er det viktig å bygge solid kompetanse om avtalens prinsipper, regler og rettsutviklingen. I kommunene er det en klar tendens i retning av at kompetansen er best utviklet hos fagfolk med spesielle funksjoner, slik som innkjøpere, juridisk rådgiving etc. Politikerne innehar i mindre grad denne typen ”teknisk” kompetanse. Et område hvor også administrativt personale synes å ha begrenset kompetanse, er offentlig støtte. Her fins det flere muligheter som i liten grad benyttes, som for eksempel støtte som faller inn under ulike former for gruppefritak fra det allmenne støtteforbudet.

### **Styrket påvirkningsstrategi**

KS ser det som ønskelig å styrke kommunal sektors påvirkning av EUs politikk- og regelverksutvikling. Dette vil i tillegg til styrking av EØS-kompetansen være avhengig av god politisk forankring av det EØS-relaterte arbeidet i kommunene, slik at arbeidet får legitimitet og kan prioriteres.

Utvikling av helhetlige strategier for påvirkningsarbeidet vil innebære:

- Styrket oppbygging av kompetansen hos politikere, ledere og fagfolk i kommunene om hvordan EØS-avtalen påvirker kommunal sektor og hvordan informasjons- og påvirkningsarbeid overfor nasjonale og europeiske myndighetsorganer kan gjennomføres
- Å etablere en tettere dialog med sentralforvaltningen, og da særlig med sektordepartementer som forvalter EØS-regelverk med stor betydning for kommunene, enten direkte eller gjennom aktuelle interesseorganisasjoner
- Å styrke bruk av tilgjengelige kanaler inn mot EUs besluttede organer gjennom bedre prioritering av hvilke relasjoner som bør styrkes, hvilke allianser som bør bygges og hvilke saksområder som bør følges over tid.

