

REPRESENTANTSKAPSMØTE

Møtedato: 13.06.22

Sak nr: 10/22

Sakshandsamar: Berg / Fredriksen

Selskapsorganisering av NGIR

Vedlegg:

NGIR - Ny selskapsstruktur

NGIR - Ansvarsfordeling

NGIR - Eigarskap

NGIR - Tilsette pr selskap

Advokat Trine Lise Fromreide - Vurdering av strukturering/ansvarsfordeling skissert av NGIR

Bakgrunn

Representantskapet i NGIR vedtok i sitt møte 25.10.21 i sak 14/21 følgjande:

«Styret legg i løpet av 2022 fram eit forslag til modell for ny selskapsorganisering av NGIR.»

Vedtaket vart gjort med bakgrunn i behovet for å leggja forholda til rette for NGIR når det gjeld framtidig regelverk for konkurranse på like vilkår. Samstundes vil ny organisering kunne leggja til rette for at NGIR framleis kan vera ein viktig samarbeidspart for næringslivet og kommunane i NGIR-området, og vera ein bidragsytar i utviklinga av den sirkulære økonomien i Noreg.

Det er utarbeid eit forslag til modell for ny selskapsorganisering av NGIR, som styret nå legg fram for representantskapet for innspel. Modellen er drøfta med dei tillitsvalte, som stilte seg positiv til modellen. Advokat Trine Lise Fromreide har gjort ei juridisk vurdering som fylgjer vedlagt. Denne konkluderer med at modellen er juridisk mogleg å innføra.

Styret handsama saka i april og gav sin tilslutnad til modellen som er foreslått og vedtok å leggja saka fram for representantskapet for innspel.

Når alle innspel er handsama vil saka bli lagt fram for endeleg vedtak i styret i august og i representantskapet i oktober.

Føresetnader ny selskapsorganisering

Modellen byggjar på følgjande føresetnader:

- *Sikra at selskapsstruktur er i tråd med gjeldande regelverk og varsla framtidig regelverk*

Dette gjeld spesielt regelverket for konkurranse på like vilkår, men det er også viktig å finna ei modell som gjer det enkelt å dokumentera at ein er innanfor reglar og lovar.

- *Gjera NGIR klar for det grønne skiftet*

Samfunnet må gjennom eit grønt skifte, og dette handlar om at vi må omstille oss til eit samfunn kor vekst og utvikling skjer innanfor naturens tolegrensa. NGIR er og skal fortsett vera ei viktig bidragsytar i dette grønne skiftet, mellom anna med å gjera avfallet til ei fornybar ressurs. Styresmakta både internasjonalt, nasjonalt og regionalt innfører i samband med dette fleir krav som NGIR må respondera på. Dagens rammar i eit IKS legg ein del grensar for kva NGIR kan gjera og kor raskt ein kan gjera det. Mellom anna handlar dette om den økonomiske

ramma for investeringar i eit IKS og at ein ikkje ynskjer å leggja meir forpliktingar på eigarane enn naudsynt.

- Legga til rette for næringsutvikling med like rammer og moglegheiter som konkurrentar

Eit interkommunalt selskap hev reglar og rammer som gjer at det lite fleksibelt og som gjer at NGIR ikkje kan reagere raskt nok når moglegheiter visar seg. Samstundes har eit IKS rammar som kan verke konkurransevridande, noko som spesielt visar seg i det tette bandet mellom IKSet og eigarkommunane sin økonomi. Organisasjonsforma er heller ikkje meint for å drive næringsverksemd, men er eit samarbeid mellom kommunar for å løyse offentlege oppgåver.

- Gjera det mogleg å raskare respondera på endringar i krav, marknaden og produksjonsmetodar

Spesielt i det grønne skifte vil det dukka opp nye krav, metodar og løysingar som ikkje eit IKS kan respondera på då eit interkommunalt selskap har mange reglar og rammer som gjer det lite fleksibelt. Dette kan handla om økonomi, men og om raskare prosesser, vedtak og liknande. NGIR treng kort sagt eit verktøy for å respondera på desse endringane.

- Sikre dagens arbeidsplassar og legga til rette for å skapa nye arbeidsplassar

Nye produksjonsmetodar, eit konstant press på effektivitet og eit behov for å halde kostnadane nede, gjev eit press på arbeidsplassane i NGIR. Det er difor viktig å vera omstillingsdyktig, men samstundes kunne skape nye arbeidsplassar gjennom nye tenester som det vil vera behov for mellom anna i det grønne skiftet. Det er og viktig at NGIR er ei attraktiv arbeidsplass der dei tilsette ynskjer å jobba, der dei utviklar seg og der ein klarar å rekruttera inn kvalifisert arbeidskraft.

- Sprei økonomisk risiko

Nye tenester og produksjonsmetodar vil føra til eit auka behov for økonomiske midlar. For å avgrensa risikoen knyta til dette vil ikkje eit IKS vera det retta, då dette vil utgjera ei risiko for eigarkommunane og. Skiljast dette ut frå IKSet vil NGIR kunne prøva ut nye teneste og metodar utan at dette direkte rammar dei lovpålagte oppgåvene NGIR skal løyse og eigarkommunane.

- Sikre dagens stordriftsfordelar

NGIR driv i dag på vegne av eigarkommunane innanfor regelverket for enerett når det gjeld hushaldningsrenovasjon og slam. Men for det kommunale avfallet konkluderte sak 14/21 med at NGIR ikkje klarar å dele opp organisasjonen slik at eigarkommunane kan unngå å fylgje regelverket for offentlege anskaffingar når ein kjøper desse tenestene frå NGIR. Grunna var at ei oppdeling av NGIR ville gi betydeleg auka kostnadar både for hushalda og næringskundane. Ei modell for ny selskapsorganisering må halde fast på at stordriftsfordelane vert behalde. Det vil såleis verken i dagens organisering i IKS eller i ei ny modell, vera mogleg for eigarkommunane å kjøpe tenester for det kommunale avfallet utan å følgje lovverk for offentlege anskaffingar.

- Sikre tenesta for hushalda

NGIR vart stifta for å ivaretake hushalda si renovasjon. Sjølv om NGIR etter kvart leverer ei rekkje næringstenester vil alltid renovasjon for hushalda vera primæroppgåva.

- Ny organisering skal ikkje i seg sjølv føra til auka gebyr eller prisar

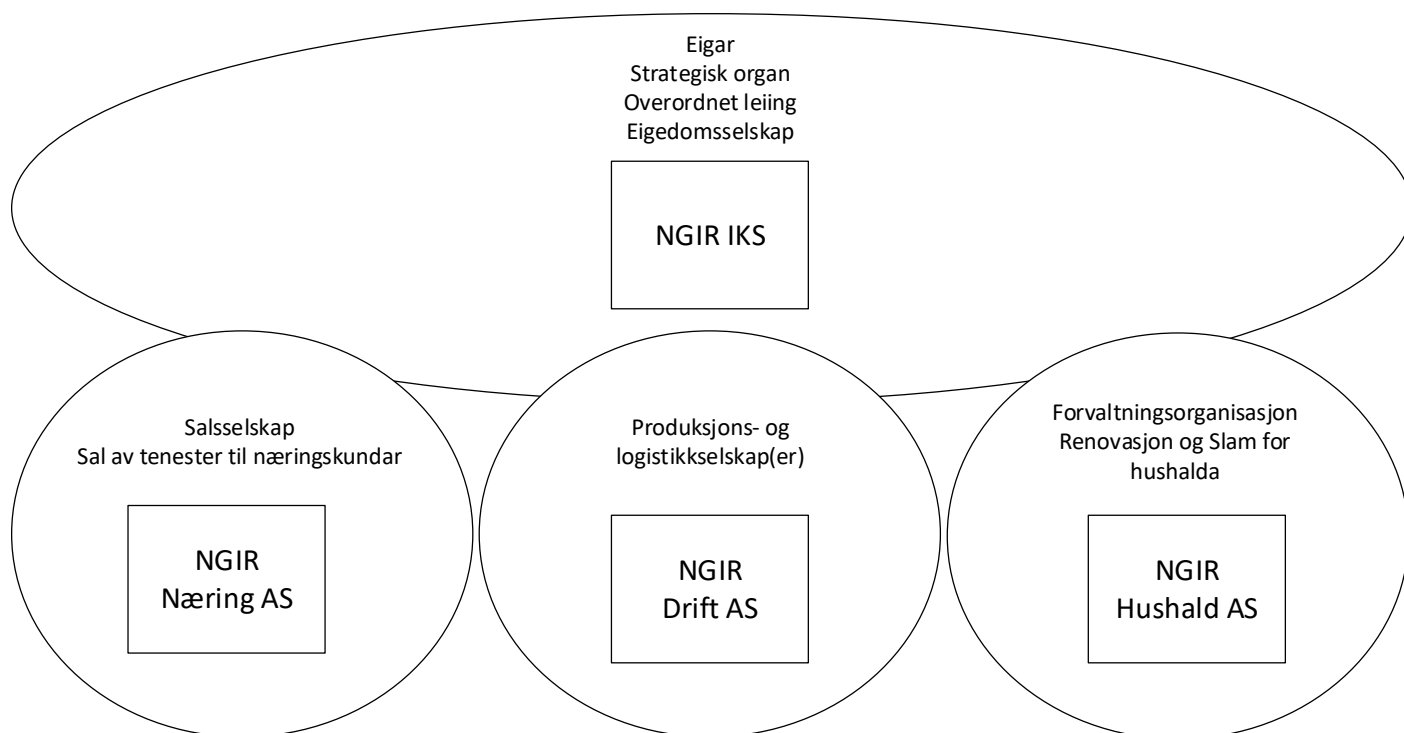
Det er ei heilt naturleg føresetnad at ei eventuell ny selskapsorganisering i seg sjølve ikkje skal føra til auka gebyr til hushalda eller auka prisar for næringskundane.

- Sikre at alle deler av NGIR styrast i tråd med overordna strategi for NGIR

Det er som nemnt viktig at dagens stordriftsfordelar og tenesta for hushalda sikrast. Ein må då unngå at eventuelle dotterselskap av NGIR IKS gjer ting som kjem i konflikt med dette og med den overordna strategien for NGIR. Store deler av den overordna strategien i NGIR er nedfelt i selskapsavtalen og det er viktig at eigarkommunane fortsett har kontroll over heile NGIR.

Dette gjeld og viss NGIR ynskjer å endra tenestetilbodet. Slike endringar må vera forankra i den overordna strategien for NGIR.

Modell – selskapsstruktur



Selskapsstrukturen i modellen er basert på at NGIR heldast samla under same styring/leiing, men at ein opprettar tre dotterselskap av NGIR IKS. Dei fire selskap i NGIR vert då; NGIR IKS, NGIR Næring AS, NGIR Drift AS og NGIR Hushald AS.

NGIR Hushald AS vert ei forvaltningsorganisasjon med ansvar for renovasjon og slam for hushalda i NGIR området. Selskapet består av administrative tilsette, som vil vera dei som hushaldskundane møter når ein tek kontakt med NGIR om renovasjon eller slam for hushalda. Dette er som i dag.

NGIR Næring AS vert eit salsselskap som sel tenester til næringskundane av NGIR. Selskapet består av administrative tilsette, som vil vera dei som næringskundane møter når ein tek kontakt med NGIR om renovasjonstenester, leie av konteinar, sal av stein, bilmottak osv. Dette er som i dag.

NGIR Drift AS vert eit produksjons- og logistikkelskap som utførar driftstenestene som Hushald og Næring treng til sine kundar. Selskapet blir ei leverandør av tenester til dei andre dotterselskapa og ei forhandlar av ferdig gjenvunne råvare.

NGIR IKS vert morselskapet som er det overordna organet for heile NGIR, som legg strategien for NGIR og eig NGIR sine eigedomar. Det er berre eit fåtal administrativt tilsette i selskapet, som leverer leiing og støttetjenester til dei andre selskapa.

Kva vi oppnår i modell for ny selskapsstruktur

Forslaget til modellen for ny selskapsstruktur tenkjar ein at vil oppnå følgjande:

Utskiljing frå NGIR IKS

- NGIR i tråd med gjeldande og varsla framtidig regelverk

Ved å flytta næringsverksemda ut i dotteraksjeselskap er NGIR i tråd med gjeldande og framtidig regelverk. Spesielt gjeld dette regelverk for konkurranse på like vilkår.

- Gjennomiktig organisering som dokumenterer skilje mellom Hushald og Næring

Det vert mykje enklare å dokumentera skilje mellom dei offentlege oppgåvene på området Hushald og næringsverksemda på området Næring, enn tilfelle er i dag når alt ligg i NGIR IKS. Kundane vil truleg lettare forstå at det er eit skilje mellom Hushald og Næring og at det er to forskjellige organisasjonar med forskjellige reglar. Dette ser vi at andre avfallsselskap har hatt god nytte av når ein skal kommunisera med kundane sine.

- Lettare å dokumentere kostnader (både næringstenester og sjølvkost)

Å skilje dei økonomiske aktivitetane frå IKSet sin økonomi vil gjera det lettare å dokumentera og fylgje opp kostnadane enn i dag då alt ligg i ei økonomi i NGIR IKS. Samstundes får ein berre eit selskap som må følgje regelverket for sjølvkost (NGIR Hushald AS) og som må føre rekneskap etter regelverket i forskrift for sjølvkost.

- Legg til rette for å kunne raskare respondere på endringar i marknaden og produksjonsmetodar

Som nemnt er ikkje IKS modellen egna for næringsverksemd, mens eit aksjeselskap er godt eigna til dette. Aksjeselskapet har og klare reglar i aksjelova og stiftarane har moglegheit til å leggja føringar for selskapet. Forslaget til modell vil gjera det mogleg å respondera raskare i stadig hurtigare endra omgjevnader.

- Spreier økonomisk risiko

NGIR IKS har strenge rammar knyta til økonomiske forpliktingar, fordi IKSet reknast som ei del av eigarkommunane si økonomi. Modellen vil spreie den økonomiske risikoen som i dag ligg i NGIR IKS, og gir ei større avstand frå eigarkommunane si økonomi. Utskiljinga vil og frigjera låneramma som ligg i NGIR IKS til å kunne brukast på meir langsiktige investeringar og ikkje til driftsmidlar med kortare levetid som ei stor del går til i dag. Nye bilar, maskinar og utstyr vil verta kjøpt inn av dotterselskapa, mens eigedomsinvesteringar i stor grad fortsett vil skje i NGIR IKS.

Oppdeling i fleire selskap

- Oppdeling for spesialisering

Sjølv om NGIR fortsett skal drivast som ei eining vil oppsplittinga gi eit spissa fokus for dei enkelte selskapa.

NGIR IKS er det overordna selskapet der strategi og overordna rammar vedtakast. Her vil og eigedomane vore plassert, og investeringar knyta til dette skje.

Då det ikkje er mogleg å splitta driftsmedarbeidarane i oppgåver for næring og hushald, samlast dei alle i NGIR Drift AS. Dette selskapet blir eit produksjons- og logistikkelskap og får spesialisert seg på dette og på å vera ein leverandør av tenester.

NGIR Næring AS og NGIR Hushald AS består av administrativt tilsette som betener næringskundar og hushaldskundar, og som bestiller tenester frå NGIR Drift AS. Dei vert både

spesialisert på kundebetening og bestilling av tenester. Ein får då ei ekstra kontroll i NGIR organisasjonen ved at bestiller og leverandør spesialisert og tek vare på kvar sin oppgåve.

- Spesialisering for ytterlegare profesjonalisering og kompetanseheving

Selskapsstrukturen er i tråd med dagens organisering av dei tilsette og organisasjonskart. Dagens organisering har mellom anna som målsetting å legg til rette for profesjonalisering og kompetanseheving for alle dei tilsette på sine områder. Selskapsstrukturen underbygger denne målsetninga.

- Ytterlegare profesjonalisering og kompetanseheving for å oppnå effektivisering og auka konkurransekraft, og for å kunna tilby betre og fleire tenester og varer

Det er ei føresetnad og forventning at NGIR skal ta ei viktig rolle i de grønne skiftet. Forslaget til selskapsstruktur støttar opp om dette og gjer NGIR klar for framtida.

NGIR Drift AS vil ha fokus på produksjon i staden for berre å vera ei innsamlar av boss. Då vil fokuset endrast til å vera ei produksjonsbedrift der det gjeld å produsera nye råvarer i staden for å berre bli kvitt avfallet.

NGIR IKS kan leggja til rette for andre aktørar i det grønne skiftet, blant anna med å leggja til rette næringsseigedom og infrastruktur.

- Tydelegare ansvarsfordeling - internt og eksternt - enklare kommunikasjon og marknadsføring

Modellen vil truleg gi ei enklare kommunikasjon og marknadsføring av tenester som løysast av dei enkelte selskap. Hushaldskundane skal forhalda seg til NGIR Hushald AS og næringskundane til NGIR Næring AS. NGIR Drift AS vil ha kontakt med leverandørar av løysingar for handsaming av avfall og kjøparar av gjenvunne råvare.

- Spreier økonomisk risiko

I tillegg til at den økonomiske risikoen får større avstand frå eigarkommunane vil oppsplittinga spreie den økonomiske risikoen på fleire selskap. Det vil og vera mogleg å opprette dotterselskap for nye tenester og område ein seinare ser behov for (sjå og under Eigarskap i modellen). Når det gjeld rammer som ligg i eit IKS vil dette ikkje gjelda for AS selskapa.

- Enklare å dokumentera korrekt rekneskap og kostnader

Ved å dele opp rekneskapen i fleire delar/selskap vil det verta enklare å dokumentera kostnader og kva rekneskapen inneheld. Kostnadene vil bli dokumentert gjennom eksterne faktura og ikkje interne fordelingsnøklar som i dag.

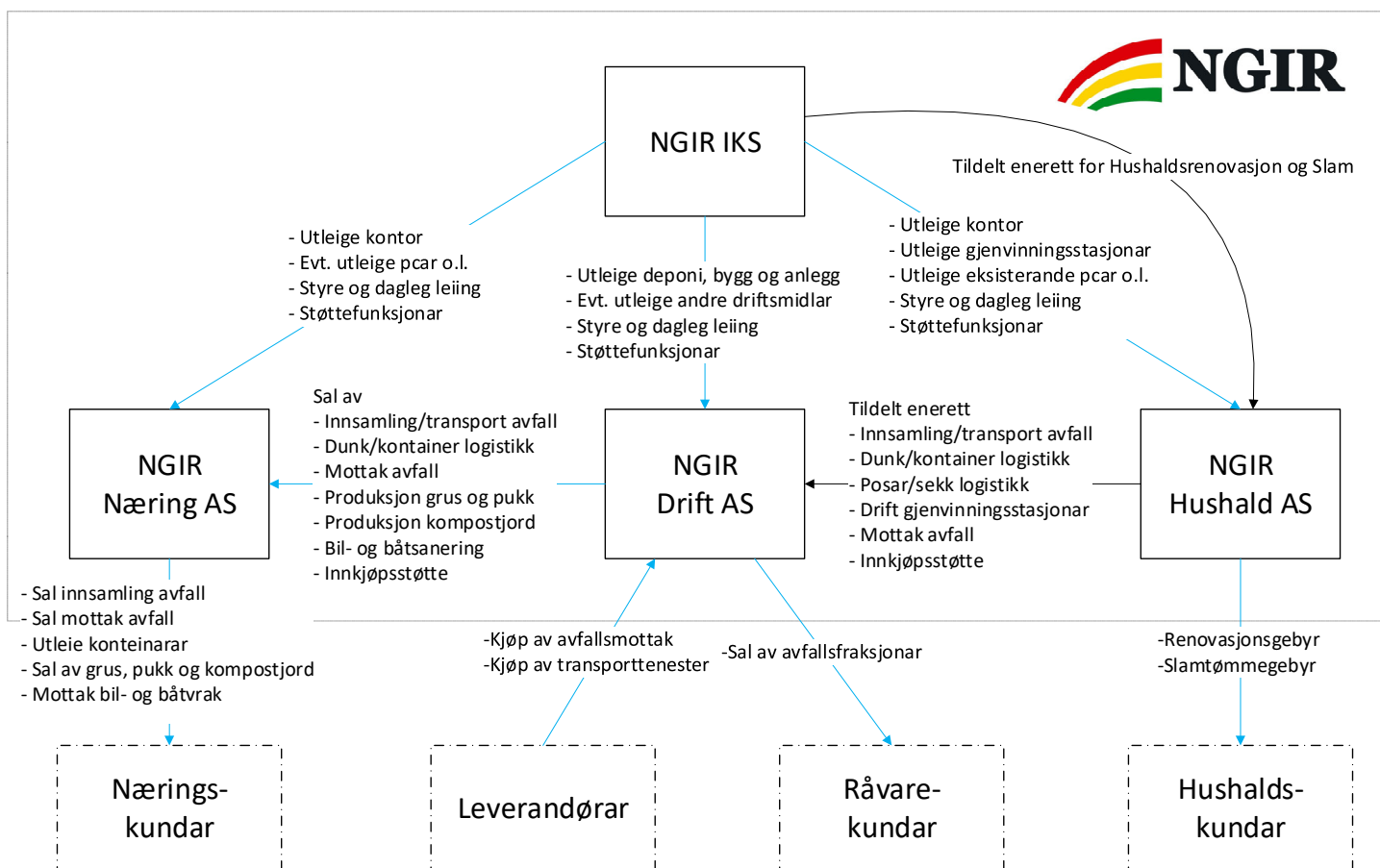
- Enklare å styre økonomien - meir gjennomsiktig og forståeleg

NGIR sin økonomi er blitt ganske omfattande og det er frå 2022 lagt opp til ei oppdeling av økonomistyringa i NGIR på dei enkelte einingar NGIR består av. Den enkelte leiar har ansvar for økonomien for si eining. Selskapsstrukturen som er føreslått underbygger dette og gir moglegheit for driftsdelen å fokusere på inntekter og ikkje berre kostnader.

- Enklare å sette opp økonomisystem for den spesifikke økonomien; forvaltning, forretning, produksjon og eigedom/eigarskap

I dag består NGIR sin økonomi av svært forskjellige økonomiar, noko som gjer det vanskeleg å styra og å setta opp gode system tilpassa den einskilte økonomi. Modellen deler økonomiane på selskapa slik at NGIR Hushald AS har ei forvaltningsøkonomi, NGIR Næring AS har ei forretningsøkonomi, NGIR Drift AS har ei produksjons- og logistikkøkonomi og NGIR IKS har ei økonomi basert på eigarskap og eigedom. Mellom anna er det stor skilnad på ei forvaltningsøkonomi der fokuset er på best mogleg fordeling av inntektene ein har tilgjengeleg, og ei forretningsøkonomi der fokuset er å skapa inntekt for å dekkja sine kostnader.

Ansvarsfordeling i modellen

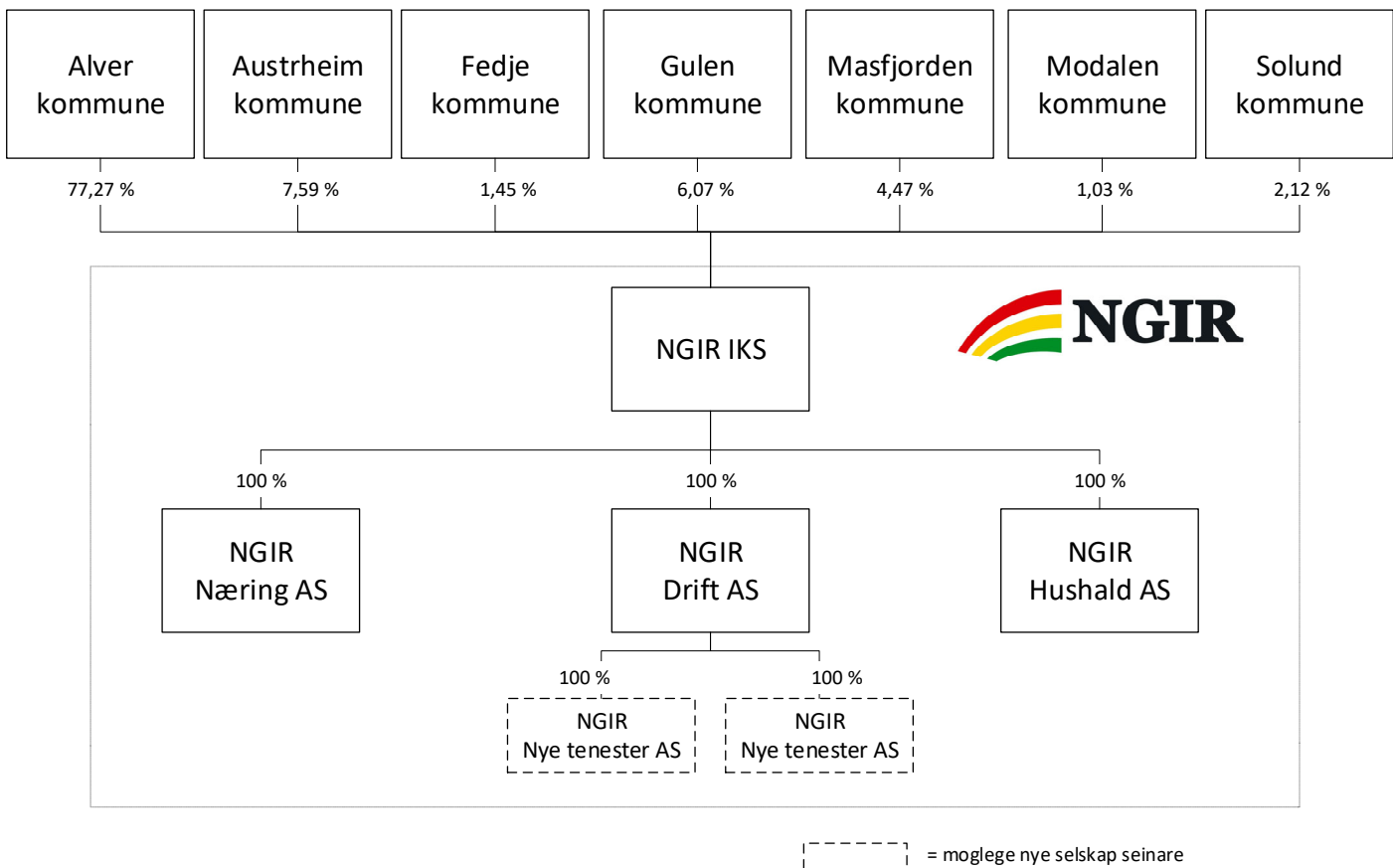


NGIR vil i modellen bestå av 4 selskap med kvar sine ansvarsområde. Mellom selskapa må det etablerast avtaler for leveranse av tenester og leie av driftsmiddel.

Eneretten som er gitt frå eigarkommunane til NGIR for hushaldsavfallet delegerast vidare til NGIR Hushald AS og NGIR Drift AS. Det er gjort ei juridisk vurdering av modellen som fylgjer vedlagt.

Det vert ikkje foreslått å skilja ut langsiktige driftsmiddel, som deponi og eigedomar, frå NGIR IKS. Andre kortsiktige driftsmiddel vil overførast eller leigast ut til ASene.

Eigarskap i modellen



Eigarskapet for alle selskapa i NGIR vil fortsatt vera eit 100 % offentlig eigarskap, der eigarkommunane har kontroll over alle selskapa gjennom NGIR IKS.

Forslaget til modell gir ikkje noko endring av dagens leing av NGIR, men er ei modell for å sikre at NGIR fortsatt skal vera ei viktig aktør for eigarkommunane. Då er det og viktig at eigarkommunane fortsatt har styring med NGIR som i dag. Det blir difor foreslått at styre og dagleg leing i alle selskapa (inkludert NGIR IKS) er den same. Då vil styret i alle selskapa veljast av representantskapet og vera forplikta til å følgje dei overordna føringane frå eigarane som i dag. Mellom anna skjer dette gjennom selskapsavtalen og dei vedtak representantskapet gjer. Det må utarbeidast vedtekter og styreinstruks for dei einsskild selskap som sikrar dette.

I føremål for NGIR i selskapsavtalen § 3 heitar det: «Innanfor det tenesteområde og omfang som eigarkommunane bestemmer gjennom NGIR sitt representantskap, kan NGIR eiga selskap,...». Det er altså innafor representantskapet sitt mynde å kunne vedta føreslått modell. Reint praktisk vil det vera styre som, etter endeleg vedtak førelegg frå representantskapet, opprettar dotterselskapa da det er styret som representera og forpliktar NGIR IKS eksternt i denne samanheng.

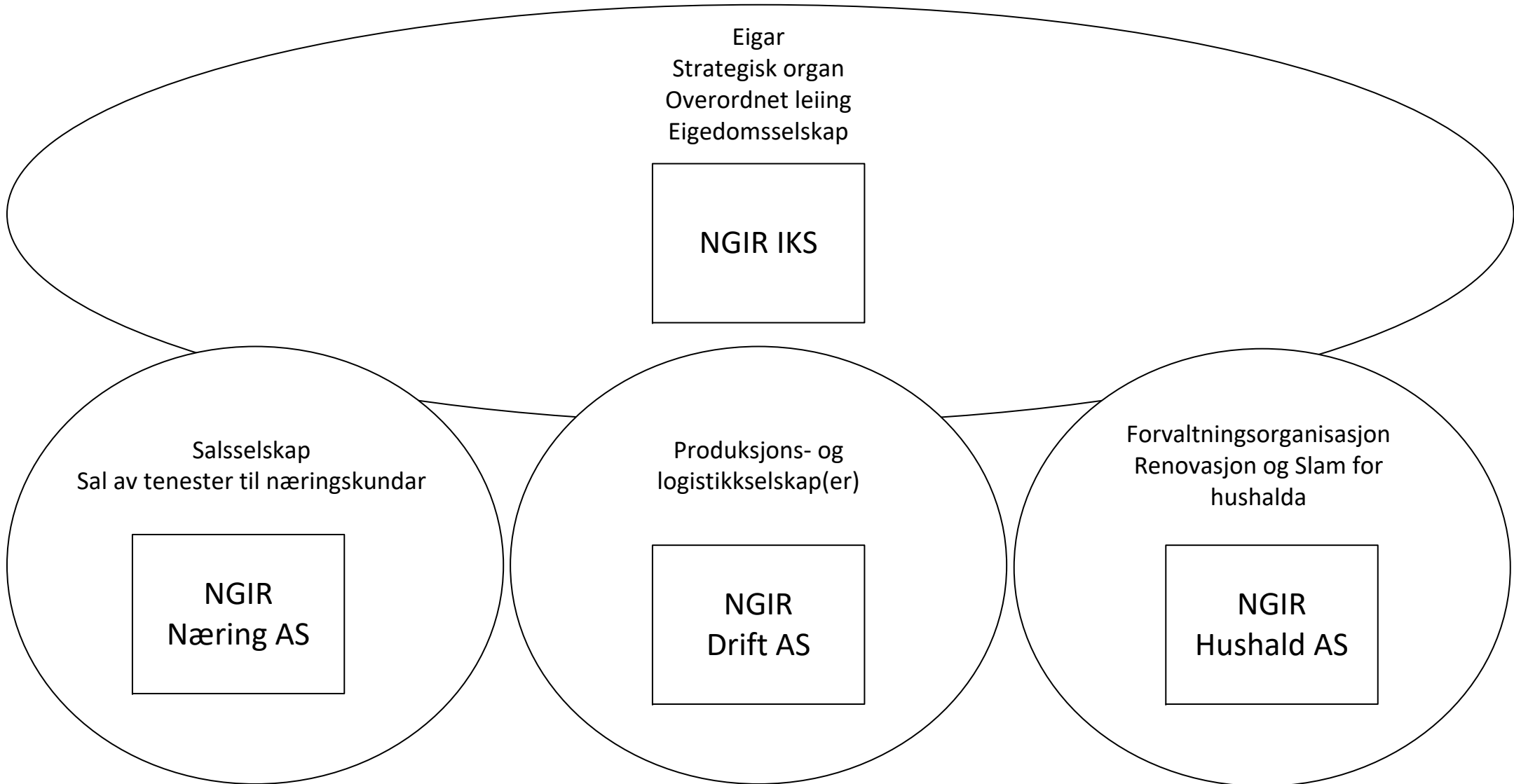
I det grøne skiftet vil det koma behov for nye tenester levert av NGIR. Det kan då vera ynskjeleg å oppretta egne aksjeselskap for dette for å spreie risiko. Modellen gir moglegheit for dette, til dømes under NGIR Drift AS.

Tydelegare ansvarsfordeling - internt og eksternt - enklare kommunikasjon og marknadsføring.	Meir formalisert samarbeid med kontraktar og skilje mellom bestillar og leverandør.
Spreier økonomisk risiko.	Spreier økonomisk risiko.
Enklare å styre økonomien - meir gjennomsiktig og forståeleg.	
Enklare å sette opp økonomisystem for den spesifikke økonomien; forvaltning, forretning, produksjon og eigedom/eigarskap	

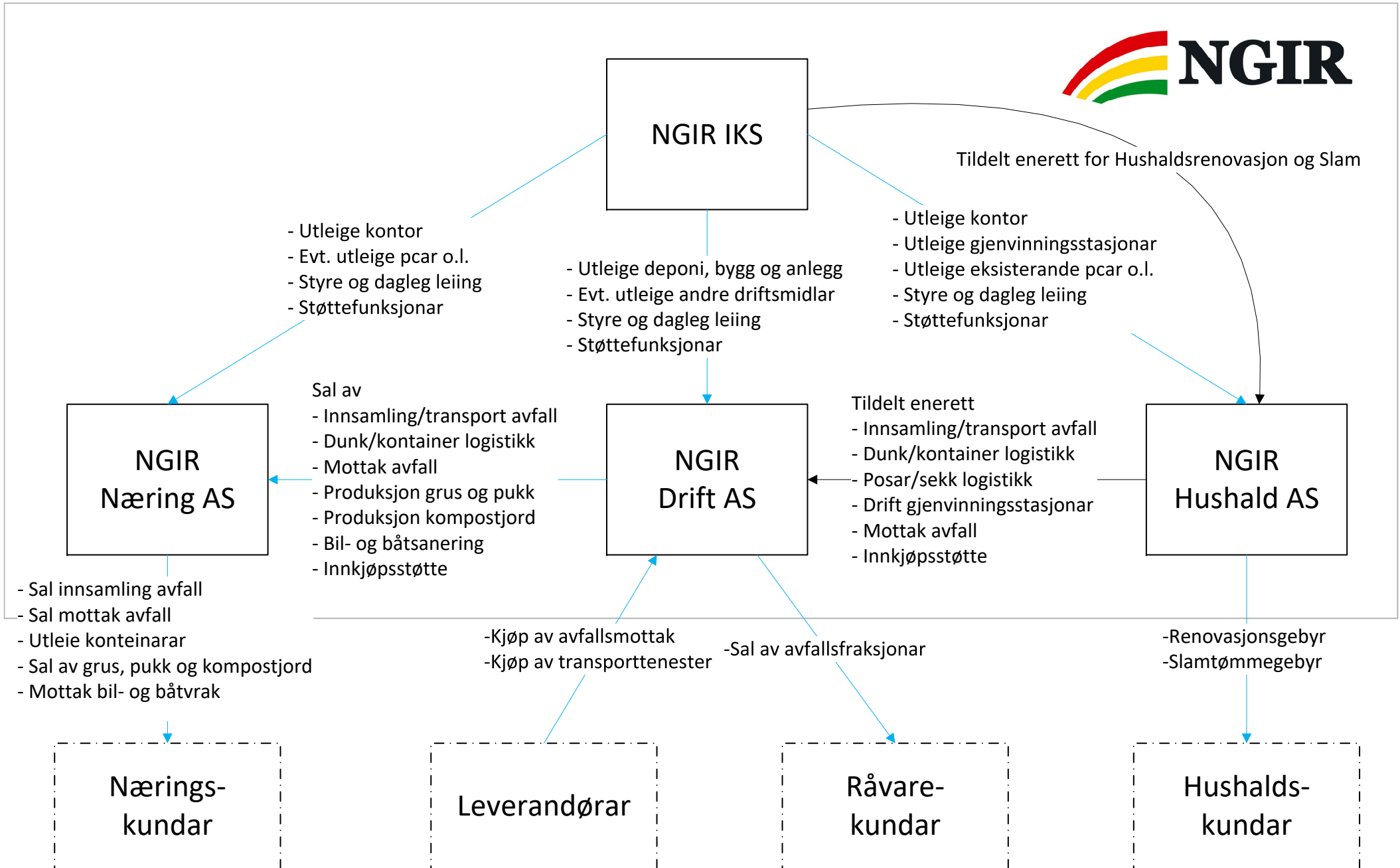
Representantskapet fatta følgjande vedtak:

1. Representantskapet tek saka til orientering.
2. Representantskapet ber administrasjonen om å senda ut forslag til ny selskapsstruktur i NGIR på høyring til eigarkommunane. Høyringsfrist vert sett til 25. september.
3. Saka vert lagt fram for endeleg vedtak i styret i august og i representantskapet i oktober.

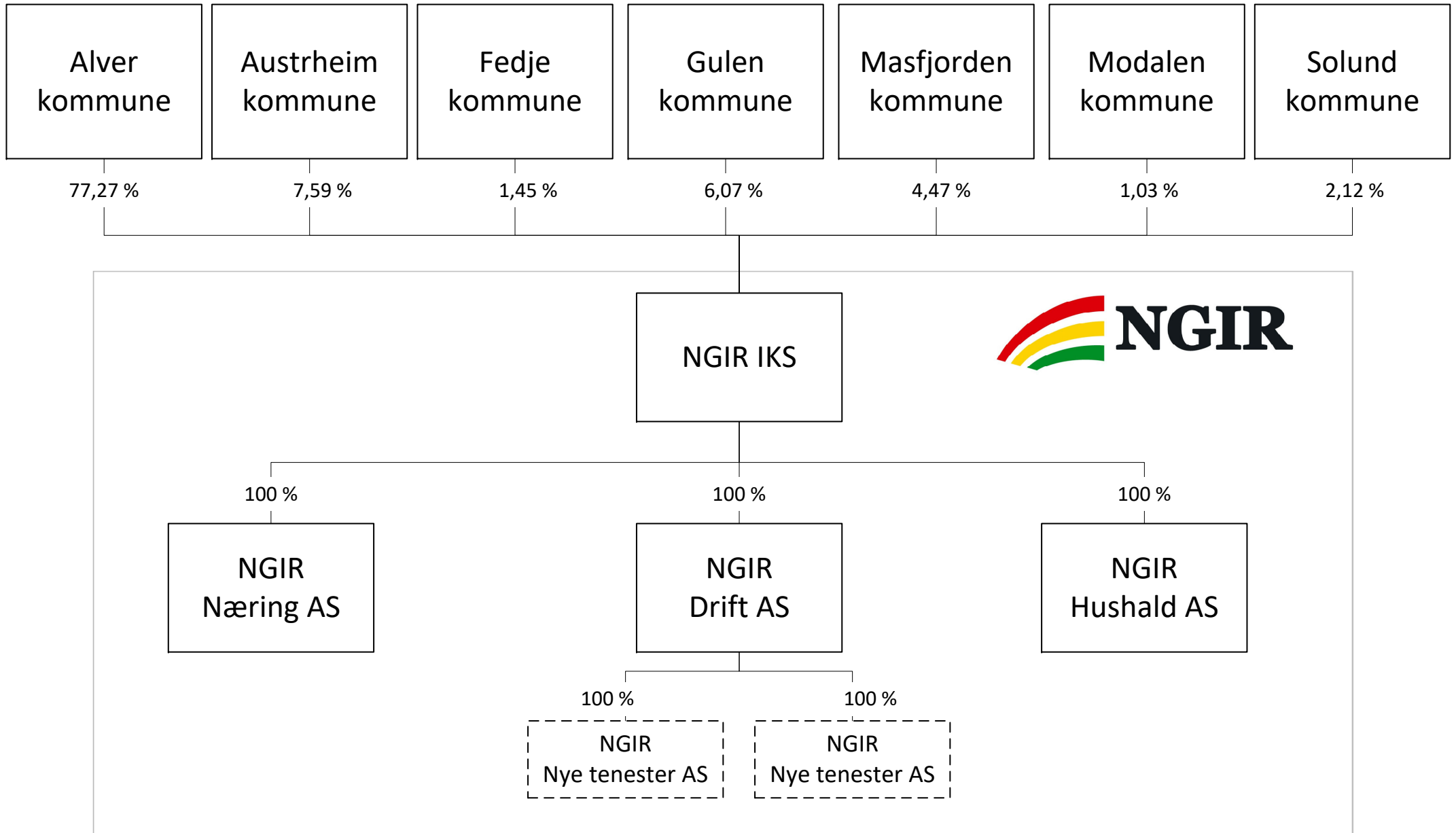
NGIR – Ny selskapsstruktur



NGIR - Ansvarsfordeling



NGIR - Eigarskap



 = moglege nye selskap seinare

Til: Nordhordland og Gulen Interkommunale Renovasjonsselskap IKS
Fra: Advokat/partner Trine Lise Fromreide og advokatfullmektig Nina Sørensen

Ansvarlig advokat:
Trine Lise Fromreide

Vår ref.:
87524 501 TLF/NSO

Bergen
12. november 2021

OMORGANISERING - VURDERING AV STRUKTURERING/ANSVARSFORDELIG SKISSERT AV NGIR

1. Bakgrunn/problemstilling

Vi viser til vårt notat datert 06. april 2021 vedr. omorganisering av Nordhordland og Gulen Interkommunale Renovasjonsselskap IKS (NGIR) og senere korrespondanse, herunder forslag/skisse mottatt fra NGIR samt møte den 08. oktober 2020.

Hva gjelder de faktiske forhold og organiseringen av NGIR per i dag viser vi til gjennomgangen i vårt notat av 06. april.

I det følgende vil vi gjøre en vurdering av den foreslåtte organiseringen opp mot anskaffelsesregelverket og de anskaffelsesrettslige problemstillinger aktualiseres. De relevante bestemmelsene i regelverket er grundig behandlet i notatet av 06. april, og vil kun bli gjengitt nedenfor der det er hensiktsmessig. Dette notatet kan anses som en suppleringsnotat av notatet av 06. april, som et ledd i detaljeringen/konkretiseringen av omorganiseringsprosessen.

2. Skisse over organisasjonsstruktur

2.1. Utgangspunkt

Et viktig premiss for den fremtidige organisasjonsstrukturen er at NGIR skal fortsette å levere tjenester knyttet til innsamling/håndtering av husholdningsavfall ("husholdningstjenestene") til de syv eierkommunene. NGIR utfører disse tjenestene per i dag, men ønsker en rettslig avklaring av hvordan dette kan gjennomføres i en ny organisasjonsstruktur.

For at eierkommunene skal kunne kjøpe de aktuelle husholdningstjenestene fra NGIR, må det påvises en unntaksregel fra utgangspunktet om at det offentlige skal kjøpe sine tjenester gjennom en anskaffelse iht. anskaffelsesregelverket. I notatet av 06. april har vi redegjort for de to aktuelle unntaksreglene: i) tjenesteavtale basert på utvidet egenregi, jf. anskaffelsesforskriften § 3-1, og ii) tjenstekontrakter basert på enerett, jf. forskriften § 2-3. Utvidet egenregi anses ikke som aktuell, og vurderingene under vil knytte seg til enerettsunntaket.

I det følgende skal vi først knytte noen korte kommentarer til NGIR Næring AS i pkt. 2.2, før vi går nærmere inn på utskillelse av virksomheten knyttet til husholdningsavfall i henholdsvis pkt. 2.3 og 2.4.

Vi er særlig bedt om å vurdere grunnlaget for tildeling av enerett til NGIR Drift AS, ettersom dette selskapet er tiltenkt å dels utføre husholdningstjenester for kommunene, og dels tilby tjenester til næringskunder i konkurranseutsatt marked. Dette blir nærmere behandlet i pkt. 2.4 flg.

Hvorvidt avtaleforholdet mellom NGIR IKS og NGIR Drift AS vil være å anse som en tjenestekonsesjonskontrakt som må konkurransettes etter regelverket blir kommentert i pkt. 2.4.5.

2.2. Etablering av NGIR Næring AS

Anskaffelsesrettslig vurderes det som uproblematisk at NGIR Næring AS skilles ut i et eget selskap. Tvert om fremstår det som fordelaktig – å skille næringsvirksomheten og husholdningsvirksomheten støtter blant annet oppom kommunenes forpliktelser etter forurensningsloven og avfallsforskriften. Som NGIR er kjent med skal kommunene føre "*separat regnskap for lovpålagt håndtering av husholdningsavfall*", jf. avfallsforskriften § 4. Det følger videre av samme bestemmelser at kommunene

"for hvert regnskapsår skal utarbeide adskilte regnskap for resultat og balanse, for å etablere et tydelig skille mellom den lovpålagte håndteringen av husholdningsavfall og avfallshåndtering i markedet".

Når innsamling/håndtering av husholdningsavfall delegeres fra kommunene til NGIR, må kravet om separate regnskap også gjelde for NGIR. Å skille næringsvirksomhet og husholdningsvirksomhet i separate selskaper vil være et organisasjonsmessig effektivt grep for å etablere et slikt tydelig skille mellom virksomhetsdelene. Noe av næringsvirksomheten skal imidlertid samordnes med husholdningstjenestene, jf. vurderingene i pkt. 2.4 under.

Et spørsmål som aktualiseres er om NGIR Næring AS vil bli omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, jf. anskaffelsesforskriften § 1-2. Blir ikke selskapet omfattet, kan varer og tjenester kjøpes inn fritt uten konkurranse. Det betyr også at drifts- deponitjenester kan kjøpes direkte fra NGIR Drift AS.

For at et organ skal anses som "offentligrettslig" og dermed være omfattet av regelverket, må organet være "opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke [være] av industriell eller forretningsmessig karakter", forskriften § 1-2, 2. ledd bokstav a).

Etter hva vi har fått opplyst, skal NGIR Næring AS kun levere tjenester til private næringsdrivende, og dermed operere i et konkurranseutsatt marked. KOFA har lagt til grunn at innsamling/håndtering av *husholdningsavfall* er en tjeneste som dekker allmennhetens behov (dette er nærmere behandlet for NGIR Hushald AS i pkt. 2.4.1). Vi finner ikke holdepunkter i praksis for at håndtering av *næringsavfall* også anses som en tjeneste som dekker allmennhetens behov. Dette skillet samsvarer for øvrig med forurensningsloven, hvor husholdningsavfall er definert som en offentlig oppgave, mens håndtering av næringsavfall er konkurranseutsatt, jf. §§ 30 og 32.

Ved at NGIR Næring AS skal operere som en aktør i et konkurranseutsatt marked, vil selskapet måtte ta økonomiske hensyn ved utøvelse av virksomheten, for eksempel ved innkjøp av varer og tjenester og ved prising av egne tjenester. Vi forstår det også slik at NGIR Næring AS vil ha som formål å skape inntjening. Dermed vil organet slik vi vurderer det være av *forretningsmessig karakter*.

Etter dette legger vi til grunn at NGIR Drift AS ikke er et "offentligrettslig organ" i anskaffelsesforskriftens forstand, og vil dermed ikke være omfattet av regelverket.

2.3. Etablering av NGIR Hushald AS

Det er viktig at innsamling/håndtering av husholdningsavfall, som er en lovpålagt tjeneste iht. forurensningsloven § 30, og den konkurranseutsatte delen av NGIRs virksomhet, innsamling/håndtering av næringsavfall, organiseres på en slik måte at virksomhetene kan holdes adskilt. I motsatt tilfelle kan det bli spørsmål om kryssubsidiering mellom de to virksomhetene, og i ytterste konsekvens spørsmål om statsstøtte, ved at økonomiske midler fra den lovpålagte virksomheten bevisst eller ubevisst overføres til næringsvirksomheten og dermed skaper en fordel for utøvelsen av sistnevnte. Det er ikke et krav om at de to virksomhetsområdene må organiseres i to ulike rettssubjekter, men det kan være et tiltak for å redusere/eliminere risiko for kryssubsidiering. Blant annet på denne bakgrunn anbefaler vi at virksomheten knyttet til innsamling/håndtering av husholdningsavfall i størst mulig grad legges i et eget selskap, som skissert – NGIR Hushald AS.

Basert på den informasjon vi har mottatt fra NGIR, sammenholdt med praksis i andre kommuner og renovasjonsselskaper, vil vi anbefale at NGIR utfører husholdningstjenestene for kommunene med grunnlag i enerett, også i den nye organisasjonsstrukturen. Eneretten, som per i dag ligger i NGIR IKS, må da delegeres videre til NGIR Hushald AS. For at dette skal være en lovlig delegasjon, må NGIR Hushald AS oppfylle vilkårene for å være et "*offentligrettslig(...) organ(...)*" iht. forskriften § 1-2, 2. ledd. Vilkårene er gjennomgått i notatet av 06. april.

Slik ansvarsfordelingen er skissert av NGIR, vil NGIR Hushald AS kun utføre tjenester knyttet til håndtering av husholdningsavfall fra innbyggerne i eierkommunene. Dette er en lovpålagt oppgave, og KOFA og EU-domstolen har slått fast at håndtering av husholdningsavfall er en tjeneste som "*dekker allmennhetens behov*" og ikke er av "*industriell eller forretningsmessig karakter*", jf. forskriften § 1-2, 2. ledd bokstav a. Vi oppfatter det også slik at husholdningsselskapet ikke skal ha inntjening som formål, slik at rent økonomiske hensyn ikke vil være førende for virksomheten. Vi anser det lite tvilsomt at vilkårene for å være et "*offentligrettslig(...) organ(...)*" er oppfylt for NGIR Hushald AS, og legger til grunn at selskapet vil være omfattet av anskaffelsesregelverket.

Vi gjør for ordens skyld oppmerksom på at NGIR må påse at virksomhetens karakter forblir noenlunde uendret, slik at NGIR Hushald AS også fremover i enerettsperioden oppfylder vilkårene for å utføre tjenester for kommunene med grunnlag i enerettsunntaket. Det sentrale her er at virksomheten som drives i selskapet må være mest mulig ensartet, og ikke sammenblandet med NGIRs næringsvirksomhet. Dette har sammenheng med vilkåret om at selskapet må være "*opprettet for å tjene allmennhetens behov*" og ikke være "*av industriell eller forretningsmessig karakter*", som kommentert ovenfor. For en nærmere behandling av innholdet i disse vilkårene viser vi til punkt 2.4.1 i det følgende.

2.4. Etablering av NGIR Drift AS

2.4.1. Spørsmål om grunnlag for lovlig direktekjøp mellom NGIR Drift AS og NGIR Hushald AS

En utfordring ved den skisserte organisasjonsstrukturen slik vi ser det, er utskillelse av NGIR Drift AS – inkludert deponi – i eget selskap. Sett fra eierkommunenes ståsted, er det anskaffelsesrettslige spørsmålet om NGIR Hushald AS, som vi forutsetter får delegert enerett fra NGIR IKS, kan kjøpe tjenester direkte fra driftsselskapet.

Ettersom NGIR Hushald AS vil være et "*offentligrettslig(...) organ(...)*", jf. overfor, og dermed omfattet av regelverket, vil utgangspunktet om at det offentlige skal kjøpe sine tjenester gjennom en anskaffelse også

gjelde for dette selskapet. For at NGIR Hushald AS lovlig skal kunne kjøpe tjenester direkte fra NGIR Drift AS, må dermed driftsselskapet bli tildelt en enerett for de aktuelle tjenestene.

I det følgende skal det vurderes om NGIR IKS kan tildele enerett til NGIR Drift AS for utførelse av de lovpålagte tjenestene knyttet til innsamling/håndtering av husholdningsavfall.

Oppsummeringsvis må følgende fire vilkår må være oppfylt for at det skal kunne tildeles enerett etter § 2-3:

1. Det må være tale om en tjenestekontrakt,
2. Organet som tildeles kontrakten må selv være offentlig oppdragsgiver/offentligrettslig i anskaffelsesforskriftens forstand,
3. Organet må ha fått tildelt en enerett på det aktuelle tjenesteområdet iht. lov, forskrift eller administrativt vedtak (som må kunngjøres),
4. Tildelingen må være forenelig med EØS-avtalen.

Det er på det rene at vilkår nr. 1 er oppfylt. Vilkår nr. 3 kommenteres kort: Det er ikke krav om å påvise hjemmel i lov for å tildele enerett på det aktuelle området - det vil si at det er tilstrekkelig at NGIR IKS tildeler eneretten gjennom et administrativt vedtak, og kunngjør dette, eksempelvis på NGIRs nettsider.

Vilkår nr. 2 og vilkår nr. 4 vil bli vurdert nærmere i punkt 2.4.2 og 2.4.3 under.

2.4.2. Vurdering av om NGIR Drift AS vil være å anse som en offentlig oppdragsgiver/et offentligrettslig organ

Første spørsmål er om NGIR Drift AS vil være å anse som en *offentlig oppdragsgiver/et offentligrettslig organ*, jf. forskriften § 1-2, 2. ledd. 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.

Innledningsvis kan det kort slås fast at NGIR Drift AS vil oppfylle vilkårene i bokstav b) og c). Spørsmålet i det følgende er om driftsselskapet vil være "*opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke [være] av industriell eller forretningsmessig karakter*", jf. § 1-2, 2. ledd bokstav a).

Vilkåret består av to ledd – organet må tjene allmennhetens behov, og samtidig må virksomheten ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter. Det overordnede spørsmålet er om virksomheten er av en slik karakter at det samlet sett foreligger en risiko for at selskapet kan ledes til å ta andre hensyn enn de rent økonomiske, jf. KOFA sak 126/2011, med henvisning til EU-domstolens praksis. Det er lagt til grunn en vid fortolkning av vilkåret, jf. blant annet sak C-18/01 (Korhonen) premiss 41-45.

Om avfallshåndtering kan sies å "tjene allmennhetens behov" har vært behandlet av EU-domstolen ved flere anledninger. Både EU-domstolen og KOFA har lagt til grunn at innsamling/håndtering av husholdningsavfall er en tjeneste som dekker allmennhetens behov, jf. bl.a. sak C-209/98 (Sydhavnens

Sten & Grus), C-360/96 (Arnheim), KOFA sak 2011/126 (Perpetuum), og sak 2012/157 mfl. (Demokratene Askøy/BIR). For disse tjenestene skal selvkostprinsippet følges, hvilket understøtter virksomhetens allmenntilgode karakter. KOFA uttalte følgende om selvkost i sak 2008/7, som gjaldt tildeling av enerett for behandling av våtorganisk avfall fra husholdninger og kloakkslam fra Steinkjer kommune:

"Ut fra en vurdering av de aktiviteter som [leverandøren] skal forestå og at vederlaget (...) i følge vedtektene skal skje til selvkost for de tjenester som eneretten omfatter, legger klagenemda til grunn at selskapet ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", jf. premiss 42.

Som uttalelsen over også indikerer er det ikke noe i veien for at et selskap som er tildelt enerett for å utføre visse definerte oppgaver, også driver annen aktivitet slik at deler av omsetningen skriver seg fra andre oppdragsgivere. Dette er også lagt til grunn av EU-domstolen i blant annet sak C-44/96 (Mannesmann), hvor domstolen aksepterte at det ble drevet utstrakt kommersiell virksomhet i tillegg til de oppgaver som skal tjene allmenntilgode behov, jf. premiss 25. At NGIR Drift AS også skal tilby tjenester til næringskunder er derfor ikke i seg selv problematisk.

Dersom selskapet er av kommersiell eller forretningsmessig karakter, er imidlertid ikke enerettsunntaket aktuelt, til tross for at selskapet ivaretar allmenntilgode behov. Hvorvidt driftsselskapet vil være av "kommersiell eller forretningsmessig karakter" beror på om selskapet reelt sett konkurrerer i det private markedet. Er det tilfellet, vil strategiske valg og beslutninger mht. anskaffelser bli styrt av forretningsmessige hensyn. Sentrale momenter i vurderingen er betingelsene for virksomhetens aktiviteter, herunder konkurransesituasjonen og om virksomheten utøver sin aktivitet på normale markedsvilkår, om virksomheten har som formål å skape inntjening, den kommersielle risikoen og forholdene ved stiftelsen av virksomheten, jf. sak C 18-01 (Korhonen) premiss 59.

NGIR Drift AS vil være finansiert av eierkommunene via IKSet og selskapet vil slik vi oppfatter det ha begrenset risiko for driften, i den forstand at driftsselskapet ikke vil kunne gå konkurs. Ut fra det vi har fått opplyst vil NGIR Drift AS heller ikke ha som formål å skape inntjening. Disse momentene tilsier at NGIR Drift AS ikke kan anses å være av forretningsmessig karakter.

Innsamling av nærings- og husholdningsavfall gjøres på felles renovasjonsruter, og de fleste ansatte i driftsselskapet vil utføre arbeid knyttet til både nærings- og husholdningsavfall. NGIR har opplyst at denne samdriften er sentral å videreføre blant annet av praktiske og organisatoriske hensyn. Dette begrunnes hovedsakelig i NGIRs totale kundegrunnlag og virksomhetsområde, som er for lite til at en rendyrking av hhv. nærings- og husholdningstjenester er økonomisk rasjonelt.

BIR-saken som ble behandlet av KOFA i 2012 er langt på vei overførbar til NGIR og spørsmålet om tildeling av enerett til driftsselskapet. Bakgrunnen for saken for KOFA var at BIR Avfallsenergi AS hadde utvidet forbrenningsanlegget med utbygging av en forbrenningslinje 2. Klager hevdet at vilkårene for tildeling av enerett til BIR Avfallsenergi AS ikke var oppfylt da forbrenningslinje 2 ble bygget, fordi utvidelsen ikke var nødvendig for å ivareta de lovpålagte oppgavene mht. husholdningsavfall.

KOFA var ikke enig i klagers synspunkter. Nemda kom til at BIR Avfallsenergi AS "tjener allmenntilgode behov" og ikke er av "industriell eller forretningsmessig karakter", under henvisning til at selskapet finansieres ved offentlige midler og har begrenset risiko for driften. KOFA ser også ut til å vektlegge BIRs forklaring om at håndtering/behandling av husholdningsavfall har førsteprioritet i tilfelle kapasitetsproblemer.

Videre la KOFA vekt på at behandling av husholdningsavfall ble utført til selvkost og i sin helhet

finansiert gjennom renovasjonsgebyret, jf. premiss 75. KOFA påpeker også at det ikke er holdepunkter for at etableringen av forbrenningslinje 2 var generert av økonomiske motiver om økt behandling av næringsavfall.

BIR Avfallsanlegg AS hadde på det aktuelle tidspunktet en fordeling mellom nærings- og husholdningsavfall på henholdsvis ca. 60 % og 40 % (jf. premiss 23 og 27). Etter KOFA's vurdering var dette ikke til hinder for at selskapet "tjener allmenhetens behov" og ikke er av "industriell eller forretningsmessig karakter".

NGIR har opplyst at fordelingen mellom husholdningsavfall og næringsavfall i driftsenheten er omtrent 60 % for husholdning og 40 % for næring - det er dermed tale om en større andel husholdningsavfall enn det var for BIRs vedkommende. Videre vil NGIR Drift AS være finansiert av offentlige midler og i liten/ingen grad bære noen kommersiell risiko for driften. Tilsvarende som for BIR Avfallsenergi AS tilsier det at selskapet vil "tjene allmenhetens behov" og ikke være av "industriell eller forretningsmessig karakter".

KOFA ser også ut til å vektlegge BIRs forklaring om at håndtering/behandling av husholdningsavfall har førsteprioritet i tilfelle kapasitetsproblemer, som er argument for at BIR Avfallsenergi AS ikke er av "industriell eller forretningsmessig karakter". Slik vi forstår det vil også NGIR prioritere utførelse av de lovpålagte oppgavene knyttet til husholdningsavfall dersom det skulle oppstå kapasitetsutfordringer i driftsselskapet.

Etter gjennomgangen over er vi samlet sett kommet til at flere momenter trekker i retning av at NGIR Drift AS vil være å anse som "opprettet for å tjene allmenhetens behov og ikke [være] av industriell eller forretningsmessig karakter", slik at vilkåret i § 1-2, 2. ledd bokstav a) kan anses oppfylt.

På bakgrunn av ovenstående gjennomgang er vi kommet til at NGIR Drift AS vil være å anse som et offentligrettslig organ.

2.4.3. Vurdering av om tildeling av enerett til NGIR Drift AS vil være forenelig med EØS-avtalen

Siste vilkår som må være oppfylt for at NGIR Drift AS lovlig skal kunne tildeles enerett etter anskaffelsesforskriften § 2-3, er at tildelingen må være forenelig med EØS-avtalen.

Tildeling av enerett utgjør en restriksjon på den frie flyten av tjenester, som er et grunnleggende prinsipp i EU og EØS, jf. EØS-avtalen art. 36. For at en slik restriksjon skal være lovlig, må den derfor være begrunnet i tvingende allmenne hensyn til eneretten er egnet til å ivareta. Videre må disse hensynene ikke kunne ivaretas med andre, mindre inngripende midler.

Når det er nødvendig å tildele enerett for utføring av en tjeneste, er i stor grad opp til det offentlige selv å vurdere. I dansk teori, som KOFA henviser til i sak 126/2011 premiss 40, er det uttalt følgende:

"Det må antages, at det offentlige som utgangspunkt selv bestemmer, hvilke oppgaver der anses for egnede til ivaretagelse via en enerett. Dette støttes af Traktatens art 295 [345], der bestemmer, at Traktaten ikke blander sig i, hvordan medlemsstatene arrangerer deres virksomheder; dvs. i hvilket regi (offentligt eller privat) disse oppgaver varetages."

EU-domstolen har trukket frem visse hensyn som kan berettige tildeling av en enerett, blant annet miljø- og hygienehensyn, hensynet til forbrukerne, offentlig sikkerhet, mv. Miljøaspektet kan for eksempel omfatte forhold som smitte, beredskap, lukt, ytre miljø, reduksjon av klimagasser, bioenergi/grønn energi, drivstoff og kretsløp, jf. Avfall Norges rapport 3-07 s. 8. I sak C-209/98 Sydhavnens Sten & Grus

aksepterte EU-domstolen tildeling av enerett med det formål å løse et miljøproblem som følge av at det var for liten kapasitet til behandling av bygg-/anleggsavfall.

Avfallsbehandling er en tjeneste som krever sikre og stabile leveranser. NGIR er eneste aktør som tilbyr deponitjenester innenfor det aktuelle geografiske området, og slik vi forstår det er det få eller ingen reelle konkurrenter knyttet til innsamling av avfall. Å tildele enerett til NGIR Drift AS kan dermed være et nødvendig virkemiddel for å sikre eierkommunene stabilitet for utførelse av de lovpålagte oppgavene. En slik argumentasjon er i tråd med EU-domstolens avgjørelse i sak 209/98 hvor sikring av behandlingskapasitet var sentralt. EU-domstolen viste blant annet til at det var behov for å tildele enerett for å sikre de nødvendige investeringene over en normal avskrivingsperiode, jf. premiss 79. Tilsvarende ble lagt til grunn av KOFA i sak 126/2011, hvor nemda kom til at tildeling av enerett for håndtering/behandling av husholdningsavfall var forenelig med EØS-avtalen. KOFA uttaler følgende i premiss 42:

"Eneretten er altså blant annet begrunnet med at valgte leverandør har kompetanse og kapasitet til å utføre oppgaven. Det er klart at det ville medført store miljø- og helsemessige konsekvenser dersom behandling av husholdningsavfall opphørte, og at innklagede derfor har behov for kontroll med at dette ikke skjer, jf. også den lovbestemte plikten til å besørge renovasjon. (...) Ved å tildele valgte leverandør den aktuelle oppgaven gjennom enerett, sikres større kontroll med at oppgaven blir utført, stabil drift, samt at valgte leverandørs investeringer/planlagt investeringer sikres".

Slik vi vurderer det kan denne saken tas til inntekt for at tildeling av enerett til NGIR Drift AS vil være forenelig med EØS-avtalen. Ved å tildele enerett for håndtering av husholdningsavfall vil eierkommunene få sikret utførelse av de lovpålagte tjenestene iht. forurensningsloven § 30. Ut fra informasjon vi har fått om markedssituasjonen ville det representere en reell usikkerhet for eierkommunene dersom disse tjenestene skulle vært konkurranseutsatt.

Basert på gjennomgangen over er vi samlet sett av den oppfatning at tildeling av enerett til NGIR Drift AS for utførelse av de lovpålagte tjenestene knyttet til innsamling/håndtering av husholdningsavfall vil være forenelig med EØS-avtalen.

Etter dette er vi kommet til at vilkårene for å tildele enerett etter anskaffelsesforskriften § 2-3 vil være oppfylt for NGIR Drift AS, med følgende presiseringer:

Våre resonnementer ovenfor forutsetter at eneretten begrenses til innsamling/håndtering av husholdningsavfall, jf. de lovpålagte renovasjonsoppgavene i forurensningsloven § 30. Som gjennomgått ovenfor kan et selskap tildeles en enerett innenfor et definert tjenesteområde, og samtidig drive kommersiell virksomhet i et konkurranseutsatt marked. NGIR Drift AS er tiltenkt å utføre både oppgaver for eierkommunene, og tilby tjenester til næringsdrivende. Vi har ikke gjort en vurdering av om eneretten også kan omfatte håndtering av næringsavfall. Dette vil det være betydelig høyere risiko knyttet til, og vi oppfatter heller ikke at NGIR ønsker en slik løsning.

Som nevnt har EU-domstolen akseptert at det drives utstrakt kommersiell virksomhet i tillegg til de oppgaver som skal tjene allmennhetens behov, men vi antar at det må være en øvre grense for hvor stor andel av omsetningen som kan skrive seg fra den kommersielle virksomheten. Derfor gjør vi oppmerksom på at det bør gjøres en ny vurdering av enerettsspørsmålet dersom andelen næringsavfall i driftsselskapet øker.

2.4.4. Forholdet til pågående klagesak for ESA

Som NGIR er kjent med, sendte Norsk Industri in 2015 en klage til ESA knyttet til at flere renovasjonsselskaper i Norge har tildelt interkommunale selskaper enerett til å håndtere avfall. Klagesaken er behandlet utførlig i vårt notat av 06. april, men for sammenhengens skyld vil vi knytte noen korte kommentarer til saken i det følgende.

Klagesaken gjelder tildeling av enerett innen i) innsamling av husholdningsavfall, ii) innsamling og behandling av næringsavfall og iii) behandling av farlig avfall.

Ettersom vi i punkt 2.4.3 ovenfor har anbefalt at NGIR Drift AS tildeles enerett kun for de lovpålagte renovasjonstjenestene, vil vi her trekke frem ESAs foreløpige konklusjon knyttet til husholdningsavfall - ESA er av den oppfatning at kommunene lovlig kan tildele enerett for innsamling/behandling av husholdningsavfall, med den begrunnelse at kommunene har en lovbestemt eksklusivitet på dette området og utøver dermed kontroll over markedet., jf. forurensningsloven § 30. Selv om en tildeling av enerett for husholdningsavfall må begrunnes konkret i hvert enkelt tilfelle, synes både praksis fra KOFA og ESAs uttalelser i den pågående klagesaken å gi klare holdepunkter for at slik tildeling av enerett vil være lovlig etter regelverket.

2.4.5. Spørsmål om konsesjonskontrakt

Som behandlet i vårt notat av 06. april anbefaler vi at en eventuell utskillelse av driftsdelen gjøres i form av en leieavtale, slik at NGIR Drift AS får en leierett til deponi og annet driftsutstyr, gjennom en avtale med NGIR IKS. Sistnevnte vil da fortsatt være eier.

Et spørsmål som aktualiseres i denne forbindelse er om avtaleforholdet med IKS-et og driftsselskapet vil være å anse som en konsesjonskontrakt som må konkurransesettes iht. konsesjonskontraktforskriften. En konsesjonskontrakt er definert i konsesjonskontraktforskriften § 1-2, 1. ledd som en

"tjenestekontrakt (...) der vederlaget består enten utelukkende av retten til å utnytte tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene eller en slik rett sammen med betaling, og der driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiveren til leverandøren".

Det avtalerettslige forholdet mellom NGIR IKS og NGIR Drift AS er noe av det som skal defineres nærmere som ledd i omorganiseringsprosessen. Det foreligger per nå ingen kontrakt mellom disse subjektene, og om det er tale om en konsesjonskontrakt eller ikke vil avhenge av hvordan vederlaget og driftsrisikoen konkret blir regulert. Konsesjonskontraktforskriften er dermed ikke i seg selv et hinder for den organisasjonsstrukturen som NGIR har skissert - man må være oppmerksom på dens anvendelsesområde og innrette avtaleforholdet på en slik måte at vilkårene i konsesjonskontraktforskriften § 1-2 ikke oppfylles.

2.5. Oppsummering skissert organisasjonsstruktur

Etter vår vurdering vil NGIR lovlig kunne etablere datterselskapene NGIR Hushland AS og NGIR Drift AS og tildele enerett for utførelse av de lovpålagte tjenestene knyttet til innsamling/håndtering av husholdningsavfall iht. anskaffelsesforskriften § 3-2.

Enerett må tildeles "ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak", jf. forskriften § 2-3. NGIRs eierkommuner har tildelt NGIR enerett for "innsamling og handsaming av hushaldsavfall" i "Forskrift om innsamling og handsaming av hushaldsavfall" § 5, 2. avsnitt. Her fremgår det også at NGIR kan tildele eneretten videre til eventuelle datterselskap. Ved en omorganisering som skissert må NGIR dermed vedta at enerett delegeres videre til henholdsvis NGIR Hushald AS og NGIR Drift AS.

NGIR vil ved tildeling av enerett også måtte ta stilling til varigheten av eneretten – en enerettstildeling som ikke er klart tidsavgrenset vil ikke være forenelig med EØS-avtalens krav til forholdsmessighet/proporsjonalitet. Verken anskaffelsesdirektivet, anskaffelsesloven med forskrifter, eller forarbeidene til anskaffelsesloven gir direkte veiledning om hvor lenge en enerett kan vare uten å være i strid med forholdsmessighetsprinsippet. Dette vil måtte vurderes konkret i den enkelte sak.