

Saksframlegg

Saksnr. utval	Utval	Møtedato
19/069	Formannskapet	27.08.2019

Sunnfjord Miljøverk AS (SUM) - tildeling av einerett og revidert selskapsavtale

Administrasjonen sitt framlegg til vedtak:

1. Med heimel i anskaffelsesforskrifta § 2-3 tildeler Hyllestad kommune med dette einerett til Sunnfjord Miljøverk IKS (SUM) for utføring av kommunen sine lovpålagte oppgaver med grunnlag i ureiningslova § 29 tredje ledd og § 30 med underliggende forskrifter.
2. Den tildelte eineretten kan delegerast vidare av SUM til selskap som oppfyller vilkåra for å vere offentlegrettslege organ, jf. anskaffelsesforskrifta § 1-2 (2).

Vedlegg i saka:

21.08.2019	Protokoll_representantskapet_26_april_2019
21.08.2019	220208 SELSKAPSAVTALE SUM vedteken av representantskapet 040403 m komm. vedtak - folketal 01.01.08
21.08.2019	Lov og forskrift om off.ansk. med komm. 2018
21.08.2019	Notat - Avfall Norge
21.08.2019	Professor Hjelmeng - kommunale-enerettigheter-i-avfallssektoren

27.08.2019 Formannskapet

Handsaming:

Rådmannen orienterte om at ein må bruke hasteparagrafen i denne saka.

Det vart røysta over administrasjonen sitt framlegg til vedtak m/tillegg, dette vart samrøystes vedteke.

FORM-19/069 Vedtak:

1. Med heimel i anskaffelsesforskrifta § 2-3 tildeler Hyllestad kommune med dette einerett til Sunnfjord Miljøverk IKS (SUM) for utføring av kommunen sine lovpålagte oppgåver med grunnlag i ureiningslova § 29 tredje ledd og § 30 med underliggende forskrifter.
2. Den tildelte eineretten kan delegerast vidare av SUM til selskap som oppfyller vilkåra for å vere offentlegrettslege organ, jf. anskaffelsesforskrifta § 1-2 (2).
3. Vedtaket er gjort av formannskapet med heimel i kommunelova § 13 Utvida mynde i hastesaker.

Aktuelle lover, føresegner, avtalar m.m.:

Kva saka gjeld (Bakgrunn):

Det følgjer av gjeldande selskapsavtale for Sunnfjord Miljøverk IKS (SUM) at føremålet med selskapet er:

1. Innsamling og transport av alle avfallstypar etter nærare avtale med kommunane.
2. Bygging og drift av behandlingsanlegg for restavfall etter gjenvinning
3. Selskapet skal bygge og drive innsamlingsystem, mottak, gjenvinningsanlegg, mellomlagring og vidareending av spesialavfall og avfall som kan gjenvinnast. Selskapet kan søkje samarbeid med andre kommunar, regionar og selskap der dette er naturleg
4. Selskapet kan delta i, - til dømes ved aksjekjøp - og / eller opprette sjølvstendige selskap - til dømes aksjeselskap - som skal ivareta spesielle oppgåver som har samanheng med drifta.
5. Selskapet skal leggje særleg vekt på miljøvenlege drift i alle ledd i avfallsbehandlinga og reduksjon av avfallsmengda.

Selskapet skal gje pålegg/råd i spørsmål som gjeld renovasjon, og i nært samarbeid med kommunane informere punlikum og næringsdrivande om drifta av selskapet. Selskapet skal i informasjonsarbeidet leggje vekt på å gje auka kunnskap og forståing for miljøvenlege behandlingsmetodar.

SUM har så langt utført sine oppgåver for kommunane med grunnlag i unntaket om eigenregi i regelverket for offentlege anskaffelsar. Eigenregi er ei ordning der kommunane sjølv velger å utføre renovasjonstenestene (her gjennom eit interkommunalt selskap) i staden for å tildele oppdraget til eksterne aktørar gjennom konkurranse etter anskaffelsesregelverket. Eigenregi har imidlertid strenge avgrensingar i høve kor stor andel det kan vere av konkurranseutsett aktivitet på den opne marknaden i verksemda. For å kunne utføre oppgåver i eigenregi må minst 80 % av verksemda vere retta mot oppdragsgjevar, her eigarkommunane, medan tenester retta mot den opne marknaden ikkje kan overstige 20 % av den totale aktiviteten.

Dei siste åra har SUM hatt eit aukande tal næringskundar og andelen næringsavfall aukar framleis. Det gjer at grensa på 20 % blir utfordra. I tillegg er det ynskjeleg å kunne handtere innsamling av hushaldningsavfall i selskapet SumTrans AS, dette av omsyn til utfordringar SUM har opplevd når det kjem til bruk av eksterne transportselskap, der sektoren har vore prega av fleire konkursar. Ut frå kommunane sitt behov blir det vurdert som mest hensiktsmessig at SUM (og SumTrans) utfører sine oppgåver med grunnlag i føresegnene om einerett, og ikkje i medhald av føresegnene om eigenregi.

På denne bakgrunn har styret og representantskapet i SUM oppmoda eigarkommunane om å nytte mogelegheita til å tildele einerett til SUM, for å sikre at framtidig utøving av renovasjonstenester blir utført i tråd med lov og forskrift om offentlege anskaffelsar. Det visast i denne samanheng til det som på side 4 er nemnt i høve grunngeving for behovet for ei einerettstildeling. Avgrensingane med omsyn til tenester mot den opne marknaden nemnt ovanfor i høve eigenregi, gjeld ikkje tilsvarande ved drift basert på tildelt einerett.

Det at kommunane eventuelt tildeler einerett til SUM for utføring av lovpålagde renovasjonstenester, er ikkje til hinder for at SUM framleis kan tilby visse tenester i den konkurranseutsette marknaden, her medrekna tenester for innhenting av næringsavfall. SUM har vidare opplyst at ei endring i form av drift basert på einerett i staden for eigenregi ikkje vil medføre endra kostander for kommunane.

3. Saksutgreiing

3.1 Rettslege utgangspunkt

Når ein offentleg oppdragsgjevar skal inngå ei tenestekontrakt med ein ekstern leverandør, er utgangspunktet at kontrakten må konkurranseutsettast etter regelverket om offentlege anskaffelsar. I anskaffelsesregelverket er det fleire unntak frå dette utgangspunktet - oppdragsgjevar kan tildele tenestekontraktar direkte til eit anna offentlegrettsleg organ, utan konkurranseutsetting, dersom visse vilkår er oppfylt. Aktuelt grunnlag for unntak i høve handteringa av hushaldningsavfall og kloakkslam i SUM sine deltakarkommunar er no einerett, jf. ovanfor.

I forskrift om offentlege anskaffelsar § 2-3 er det opna for unntak frå anskaffelsesregelverket ved tildeling av tenestekontrakt til eit organ som har einerett til å utføre den aktuelle tenesta. Omsynet bak dette unntaket er primært å legge til rette for at krava til konkurranse kan settast til side for tenester av allmenn interesse som ein offentleg oppdragsgjevar bør ha hand om fordi det ligg føre særskilte behov for det, jf. Thue m.fl., Lov og forskrift om offentlege anskaffelser med kommentarer (2018), s. 192.

Det går fram av anskaffelsesforskrifta § 2-3 at korkje lov om offentlege anskaffelsar eller forskrifta gjeld for

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

For at unntaket i § 2-3 skal kunne nyttast, må fire vilkår vere oppfylt:

- Organet som blir tildelt kontrakten må sjølv vere ein offentleg oppdragsgjevar i tråd med forskrifta § 1-2.
- Det må vere tale om ei tenestekontrakt.
- Organet må ha fått tildelt ein einerett på vedkommande tenesteområde i samsvar med lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak.
- Tildelinga må kunne sameinast med EØS-avtalen.

3.2 Nærare om tildeling av einerett og kontrakt

Ein einerett kan tildelast i samsvar med lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak, og må kunne sameinast med EØS-avtalen. Gjennom ureiningslova er kommunane gjeve monopol for handtering av hushaldningsavfall og kloakkslam. Det følgjer av lovas § 30 første ledd at kommunen skal *“sørge for innsamling av husholdningsavfall”*. Vidare går det fram av tredje ledd i same føresegn at *“uten kommunens samtykke må ingen samle inn husholdningsavfall”*. I lovas § 29 tredje ledd blir kommunane

Vurdering:

vidare pålagt å *“ha anlegg for opplag eller behandling av husholdningsavfall og kloakkslam og ha plikt til å ta imot slikt avfall og slam”*.

Gjennom dei nemnde reguleringane har kommunane sjølv i realiteten einerett til å handtere hushaldningsavfall og kloakkslam. Det er på det reine at kommunane kan tildele eneretten vidare til SUM så lenge tildelinga også kan sameinast med EØS-avtalen.

3.2.1 Sameining med EØS-avtalen

Kva som ligg i at eneretten må kunne sameinast med EØS-avtalen er ikkje nærare definert i regelverket.

Vilkåret har blitt handsama av både EU-domstolen og KOFA (Klagenemnda for offentlige anskaffelser), og er tolka slik at eineretten må vere grunnngjeven i *tvingsande allmenne omsyn*, og at eineretten må vere *eigna til å ivareta desse allmenne omsyna*. I dette ligg eit krav om proporsjonalitet/forholdsmessigheit - einerett kan ikkje tildelast dersom behovet kan ivaretakast med andre, mindre inngripande midlar, jf. Thue m.fl., Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer (2018), s. 195 - 196 der det uttalast følgjande om kravet til sameining med EØS-avtalen:

Tildeling av enerett vil i utgangspunktet være en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalen art. 36. For at en slik restriksjon skal være lovlig, kreves det at den er begrunnet i tvingende allmenne hensyn som den er egnet til å ivareta. Dessuten må ikke disse hensynene kunne ivaretas med andre, mindre inngripende midler. [...]

Det første som må vurderes, er altså om tildeling av enerett kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn. I tillegg til hensynene som fremgår direkte av EØS-avtalen art. 33, jf. art. 39, (hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen) har EU-domstolen oppstilt flere typer av hensyn som etter sin art kan anses som «allmenne». Dette gjelder blant annet hensynet til miljø, hygiene og forbrukerbeskyttelse. For avfallshåndtering er det eksempelvis i EU-domstolens og KOFAs praksis lagt til grunn at relevante hensyn vil kunne være miljø, hygiene og folkehelse, se f.eks. C-360/96, KOFA 2012/157 og KOFA 2008/77. Økonomiske hensyn vil ikke kunne utgjøre et allment hensyn i denne sammenheng, se f.eks. Sejersted mfl., EØS-rett, 2011 s. 448. [...]

For at tildelingen skal være i samsvar med EØS-avtalen, er det videre et krav om proporsjonalitet, se Sejersted mfl., EØS-rett s. 450. Dersom tiltaket ikke er egnet til å ivareta de aktuelle hensynene, eller dersom hensynene kan ivaretas med midler som i mindre grad griper inn i tjenestefriheten, vil eneretten ikke være forenlig med EØS-avtalen. De allmenne hensynene som taler for enerett, må derfor prøves opp mot alternative tiltak for å sikre hensynene. Ettersom reglene om enerett utgjør et unntak fra reglene om tjenestefrihet, skal reglene etter praksis fra EU-domstolen tolkes snevert. Dette innebærer at det skal mye til før vilkårene er oppfylt, se her KOFA 2011/126.

Det er særlig verdt å merke seg praksisen fra KOFA hvor enerett for håndtering av husholdningsavfall aksepteres. I KOFA 2011/126 er det med henvisning til KOFA 2008/77 særlig vist til at kommunen ved konkurranseutsettelse har manglende muligheter til å avhjelpe eventuell manglende utførelse av tjenesten. En reserveløsning ble ansett for å være for dyrt og vanskelig (avsnitt 42). Enerett ble akseptert som følge av viktigheten for miljøet av at avfallet håndteres korrekt og uavbrutt.

Vidare visast det til KOFA si avgjerd i sakene 2012/157-165, 2012/169 og 2012/181, som gjaldt tildeling av einerett til BIR. I avsnitt 79 - 81 blir uttala følgjande om sameining med EØS-avtalen med utgangspunkt i avtalens art. 59:

Den neste problemstillingen er om tildelingen av enerett til BIR Avfallsenergi AS for behandling av husholdningsavfall er forenlig med EØS-avtalen, jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav h.

Det følger av EØS-avtalen artikkel 59 (1) at offentlige eller private foretak kan gis særlige eller eksklusive rettigheter, såfremt det ikke bryter med EU/EØS-retten. Etter

artikkel 59 (2) åpnes det imidlertid for å begrense konkurransen på en måte som i utgangspunktet er i strid med EU/EØS-retten:

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

Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at tildelingen av enerett må være begrunnet i det allmenne tvingende hensynet, egnet til å ivareta dette hensynet, samt at hensynet ikke vil kunne ivaretas med mindre inngripende midler, jf. blant annet sak 2011/126 premiss (39), jf. også FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2006) side 26. Oppdragsgiver må sannsynliggjøre at vilkårene er oppfylt og det er høy terskel for å tillate restriksjoner på den frie adgang å tilby tjenester, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1003 premiss (75)-(76) og klagenemndas sak 2011/126 premiss (39).

Det visast også til Professor dr. juris Erling Hjelmeng si vurdering av kommunale einerettar i avfallssektoren, jf. vedlegg.

Med utgangspunkt i dagens rettsstilstand blir tildeling av einerett for handtering av hushaldningsavfall og kloakkslam på generelt grunnlag vurdert å kunne sameinast med EØS-avtalen. Det visast i denne samanheng til følgjande utsegn i brev frå Miljødirektoratet til Klima- og Miljødepartementet av 9. oktober 2015:

Adgangen til å benytte enerett er veletablert i EU-retten og kan benyttes for å utføre oppgaver som skal dekke allmennhetens behov. Kommunal innsamling og behandling av husholdnings-avfall er slike oppgaver. Det er lagt til grunn i avgjørelser fra EU-domstolen, ESA og Klagenemnda for offentlige anskaffelser, og gjelder for alle EU/EØS-land.

Vidare er det på det rene at handtering av hushaldningsavfall i stor utstrekning blir utført på grunnlag av einerettar, jf. vedlagt notat frå Avfall Norge gjeldande praksis for tildeling av einerett på hhv. hushaldningsavfall, kommunalt næringsavfall og farlig avfall.

SUM har dei siste åra, som fleire andre avfallsselskap, opplevd utfordringar når det kjem til bruk av eksterne transportselskap, der sektoren har vore prega av fleire konkursar. For å sikre korrekt og kontinuerlig handtering av hushaldningsavfall og kloakkslam i kommunane, samt for å sikre kommunane sin kontroll i høve dette, blir det vurdert som nødvendig med tildeling av einerett til SUM. Ei tildeling av einerett til SUM for handtering av hushaldningsavfall og kloakkslam er vidare nødvendig mellom anna for å sikre at renovasjonsoppgåvene blir løyst på ein føreseieleg, kontrollert og forsvarleg måte av omsyn til helse og miljø, her medrekna at kommunane sikrar leveringstryggleik, stabil drift og tilstrekkeleg mottaks-/ behandlingsskapitet.

SUM står også ovanfor potensielt store investeringar i anlegg i tida framover, mellom anna relatert til mottak/behandling av matavfall og behandling av kloakkslam. Ein einerett vil vere nødvendig også av omsyn til å sikre dei investeringar som er påkravd for at kommunane skal kunne ivareta sine lovpålagde renovasjonsoppgåver, jf. til samanlikning KOFA si avgjerd i sakene 2012/157-165, 2012/169 og 2012/181 som gjaldt tildeling av einerett til BIR.

Det er vidare eit faktum at deltakarkommunane i SUM famnar om eit geografisk område med mykje spreidd busetnad. Ein einerett blir difor vurdert som nødvendig også av omsyn til å sikre påkravd og stabilt tilbod til *alle* innbyggjarane i kvar enkelt kommune. Det visast i denne samanheng til at den