

Memo

Dato: 10. august 2023

Til: Kollektivtrafikkforeningen
v/Olov Grøtting

Fra: Deloitte Advokatfirma AS
v/adv. Geir Melby, adv. Torgeir Overøye og adv.flm. Marius Meling

Emne: Vurdering av samarbeidsform - Kollektivtrafikkforeningen

Ansvarlig partner: Geir A. Melby

1. INNLEDNING

1.1. Bakgrunn

Deloitte Advokatfirma er av Kollektivtrafikkforeningen («KTF») bedt om å foreta en juridisk vurdering av ulike samarbeidsformer mellom medlemmene av KTF i forbindelse med et pågående prosjekt om å bedre og effektivisere samarbeid mellom kollektivaktørene for å bidra til bærekraft og bevegelsesfrihet, og møte endrede kundebehov, strammere økonomiske rammer og økende teknisk og operasjonell kompleksitet.

KTFs medlemmer består hovedsakelig av fylkeskommunale kollektivaktører (slik som Ruter, Skysst og AtB), samt det statlige eide selskapet Entur AS og Jernbanedirektoratet. Prosjektet som vurderes i dette notatet tar sikte på å møte fremtidens mobilitetsbehov gjennom samarbeid blant KTFs medlemmer, og er nå i en modningsfase, hvor medlemmene i KTF selv er med å definere hvilke områder og behov som skal fokuseres på i et slikt samarbeid. Flere områder har blitt identifisert som mulige samarbeidsflater, blant annet samarbeid om innovasjon, teknologi og tjenesteutvikling, samordning av offentlig betalt bestillingstransport og samarbeid om økonomi og innkjøp, på en mer forpliktende måte enn før.

KTF består av en rekke samarbeidskomiteer og forum der medlemmene utveksler erfaringer og utvikler felles standarder på ulike områder. Samarbeidet innebærer ingen forpliktelser for medlemmene. Det er på nåværende tidspunkt ikke startet et felles forpliktende samarbeid knyttet til tjenesteproduksjon og -utvikling for alle medlemmer i KTF, men det eksisterer to større konstellasjoner av samarbeid blant KTFs medlemmer per i dag, det offentlige mobilitetssamarbeidet («OMS») og Kollektivkameratene:

- I OMS leverer kollektivaktørene tjenester til hverandre gjennom egne moduler på en felles digital plattform. Samarbeidet omfatter å utvikle og drifte ulike salgs- og billetteringsløsninger og tilhørende tjenester.¹ Eksempler inkluderer app, nettbutikk og skoleskysst.
- Kollektivaktørene bak Kollektivkameratene har etablert et offentlig-offentlig samarbeid («OOS») for å utvikle billett- og betalingsløsninger, relaterte tjenester og integrert grunnplattform, og har sett på flere ulike samarbeidsområder for et framtidig samarbeid.² Nylig er det også etablert et Kollektivkameratene AS, men kun Ruter AS av deltagerne i Kollektivkameratene (OOS) har så langt gitt sin tilslutning til å gå inn i et AS.

¹ Medlemmer av OMS er AtB, Entur, Agder Kollektivtrafikk (AKT), Fram og Reis Nordland

² Medlemmer av Kollektivkameratene er Ruter, Agder Kollektivtrafikk (AKT), Brakar, Skysst, Østfold Kollektivtrafikk og Troms Fylkestrafikk.

Ettersom KTFs medlemmer består av offentlige virksomheter og myndigheter, som alle er underlagt anskaffelsesregelverket, er det avgjørende at samarbeidet organiseres på en måte som sikrer en nødvendig flyt av bidrag fra medlemmene inn i samarbeidet uten at samarbeidet begrenses av eller er i strid med anskaffelsesregelverket. Dette notatet ser derfor nærmere på to ulike alternativer til samarbeid, et OOS eller et samarbeid organisert i et eget selskap eid av medlemmene i KTF. Ettersom samarbeidets konkrete innhold ikke kan anses avklart, vil notatet peke på rammene regelverket setter for de ulike samarbeidsformene.

Vilkårene for å benytte seg av de to ulike samarbeidsformene gjennomgås i punkt 2.1 – 2.3 nedenfor, før fordeler og ulemper ved samarbeidsformene vurderes i punkt 2.4. En overordnet oppsummering følger av punkt 1.2.

1.2. Oppsummering

Dette notatet konkluderer med at medlemmene i KTF *både* kan opprette et OOS og et eget aksjeselskap for et helhetlig samarbeid om å bedre og effektivisere samarbeid mellom kollektivaktørene for å bidra til bærekraft, innovasjon og bevegelsesfrihet. Etter vår oppfatning er det mulig å oppfylle vilkårene i både FOA § 3-2 og FOA § 3-3.

Det er likevel klare fordeler med å etablere et aksjeselskap fremfor et OOS. Dette handler først og fremst om at et OOS må etableres og gjennomføres for å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål, jf. FOA § 3-3. Hadde samarbeidet utelukkende vært mellom fylkeskommunale kollektivaktører vil det vært forholdsvis enkelt å oppfylle dette vilkåret, men de statlige aktørene Entur AS og Jernbanedirektoratet har på flere områder helt andre ansvarsoppgaver enn de fylkeskommunale kollektivaktørene. Dette betyr ikke at det ikke finnes oppgaver og formål som er felles eller komplementære mellom de fylkeskommunale kollektivaktørene og de statlige aktørene, men handlingsrommet her er ikke ubegrenset.

Selv om et OOS kan omhandle oppgaver som for enkelte av deltakerne er komplementære til sine egne offentlige kjerneoppgaver, kan dette vilkåret skape noen begrensninger for et helhetlig samarbeid blant KTFs medlemmer. Eksempelvis er det vanskelig å si at et samarbeid som omfatter bedre innkjøp av fylkeskommunal busstransport er en komplementær oppgave til Jernbanedirektoratets kjerneoppgaver.

Hvor grensen går for et lovlig samarbeid vil i stor grad defineres av innholdet i samarbeidet, som på nåværende tidspunkt ikke er endelig avklart. Etablering av et OOS innebærer at samarbeidet må omfavne oppgaver og formål som er felles eller komplementære for deltakerne i samarbeidet. Et OOS innebærer derfor at eventuelle utvidelser av samarbeidet vil måtte oppfylle vilkårene i FOA § 3-3 fortløpende, i tillegg til kravet om at alle deltakere må bidra inn i samarbeidet. Medlemmene i KTF har ulike forutsetninger for aktivt å bidra inn i et slikt samarbeid, slik at dette vilkåret kan oppleves krevende for enkeltmedlemmer å oppfylle.

På dette punktet gir et aksjeselskap større fleksibilitet enn et OOS, da et felles eid selskap under unntaket om utvidet egenregi i FOA § 3-2 ikke setter krav om felles oppgaver/formål eller realbidrag fra aksjonærene. Her er det offentlig kontroll og en begrenset markedsorientering (maks 20 %) som er de sentrale vilkårene. Sistnevnte er likt for et OOS. En mulig ulempe ved et aksjeselskap er at det er noe uklart etter rettspraksis hvorvidt det felleseide selskapet lovlig kan kjøpe inn tjenester fra eierne, selv om det er gode grunner for at dette være tillatt slik det er tillatt for utvidet egenregi med «enekontroll».

Vår erfaring er at OOS er best egnet for mer tidsavgrensede samarbeid, hvor partene har til formål å løse felles oppgaver i en kortsiktig tidshorisont. Dersom samarbeidet mellom KTFs medlemmer realiseres til det fulle, vil sannsynligvis samarbeidets ambisjoner og potensielle samarbeidsflater være såpass omfattende at partene er bedre tjent med en fastere form på samarbeidet, da i form av et selskap.

Vi er også av den oppfatning at et aksjeselskap muliggjør en større beslutningskraft enn et OOS, da noenlunde selvstendig og tilstrekkelig finansiert aksjeselskap, med aksjeloven i bakhånd, vil være i stand til raskt å agere på endringer eller muligheter i markedet.

Når det gjelder de to alternativenes grad av forpliktelse for samarbeidspartene, vil det være mye likt for hva gjelder regulering av partenes realforpliktelser inn i samarbeidet (begge baseres på avtaleverket mellom partene). Det er også mulig å etablere tilsvarende regler for styrings- og ledelsesstruktur, økonomiske disposisjoner, minoritetsvern og uttreden i et OOS som i et aksjeselskap. Etter vår oppfatning kan likevel aksjeselskapsformen anses noe mer forpliktende enn et OOS, da et aksjeselskap i) må kapitaliseres (skaper en økonomisk forpliktelse for partene) og ii) innebærer en mer omfattende prosess dersom partene ønsker å avslutte samarbeidet (fordi selskapet er et eget rettssubjekt med egne økonomiske og rettslige forpliktelser).

2. VURDERING AV DE ULIKE ALTERNATIVENE

2.1. Innledning

Et felles samarbeid mellom KTFs medlemmer om innovasjon og digitalisering av mobilitetstilbudet vil innebære at medlemmene vil levere eller kjøpe tjenester fra samarbeidet. Ettersom KTFs medlemmer består av fylkeskommunale kollektivtrafikkforvaltere, Entur AS og Jernbanedirektoratet, som alle ivaretar offentlige oppgaver på statlig og fylkeskommunalt nivå,³ må samarbeidet organiseres på en slik måte at det ikke havner i konflikt med anskaffelsesreglene.⁴

Etter anskaffelsesregelverket er det offentlige gitt en viss frihet i hvordan det velger å organisere det offentlige tilbudet, uten inngripende begrensninger fra regelverket. Dette prinsippet underbygges også av lovens formål om å sørge for en effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA § 1, samt anskaffelsesdirektivets fortale.⁵ For horisontale samarbeid vil samarbeidet derfor måtte organiseres som et avtalebasert samarbeid gjennom unntaket om offentlig-offentlig samarbeid (FOA § 3-3) eller som et aksjeselskap gjennom unntaket om utvidet egenregi (FOA § 3-2) for å være i samsvar med regelverket.

Nedenfor ser vi nærmere på vilkårene for å benytte seg av unntaksreglene i anskaffelsesregelverket for OOS og utvidet egenregi (aksjeselskap), før vi foretar en sammenlignende vurdering av hvilken organisering som fremgår mest hensiktsmessig.⁶

2.2. Samarbeid basert på opprettelse av eget selskap (FOA § 3-2)

2.2.1. Introduksjon

Selv om det i utgangspunktet kan tenkes flere ulike selskapsformer for et offentlig samarbeid, fremstår et aksjeselskap som det opplagt valget i denne sammenhengen, og vi legger til grunn aksjeselskapsformen i den videre fremstillingen.⁷

I dette alternativet vil samarbeidet realiseres gjennom et felles eid aksjeselskap, hvor KTFs medlemmer vil være eiere av selskapet. Fra et anskaffelsesrettslig perspektiv vil det være viktig å sikre at tjenester og realbidrag kan flyte ubegrenset mellom eierne og selskapet, skal samarbeidets formål realiseres. Nedenfor ser vi nærmere på unntaket om utvidet egenregi som virkemiddel for å oppnå slik tjenesteflyt.

2.2.2. Nærmere om vilkårene i FOA § 3-2

FOA § 3-2 gir anledning for kontrollerende oppdragsgivere (dvs. eiere) å tildele kontrakter *direkte* til et kontrollert rettssubjekt (i dette tilfellet et AS) dersom:

³ Det vil si at KTFs medlemmer alle anses som «oppdragsgivere» etter anskaffelsesregelverket, og som utgangspunkt må følge regelverkets prosedyrer ved innkjøp av tjenester.

⁴ Med anskaffelsesreglene menes her Lov om offentlige anskaffelser («LOA») som trådte i kraft 1.1.17, Forskrift om offentlige anskaffelser, FOR-2016-08-12-974 («FOA»), og Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene, FOR-2016-08-12-975 («forsyningsforskriften»).

⁵ Direktiv 2014/24/EU, fortalens avsnitt 47.

⁶ Vi nevner for ordens skyld at KTFs medlemmer tidvis vil være underlagt både anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften. Reglene om samarbeid i offentlig sektor (OOS og utvidet egenregi) er identiske, slik at det ikke er nødvendig å konkludere på hvilket regelverk som kommer til anvendelse for samarbeidet. I det følgende viser vi derfor for enkelhetens skyld til anskaffelsesforskriften.

⁷ Det eneste reelle alternativet til et aksjeselskap er et ansvarlig selskap, hvor deltakerne hefter ubegrenset for selskapets forpliktelser. Dette vil utgjøre en større risiko, uten at det vil gi en reell oppside, og krever i likhet med et avtalebasert samarbeid en mer omfattende avtalemessig forankring enn et aksjeselskap.

- i) oppdragsgiverne «i fellesskap utøver en kontroll over som svarer til den kontroll de utøver over sin egen virksomhet»,
- ii) det kontrollerte rettssubjektet «utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for de kontrollerende oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer», og
- iii) det er ingen private eierandeler i det kontrollerte rettssubjektet. Vilklårene for å benytte seg av unntaket i FOA § 3-2 er kumulative, det vil si at alle vilklårene må være oppfylt for at man skal kunne benytte seg av unntaket.

Vilkår nr. i) vil i utgangspunktet være oppfylt dersom eierne som kvalifiserer til oppdragsgivere har majoriteten av aksjene i selskapet og kan utpeke mer enn halvparten av styrets medlemmer, så lenge selskapet ikke har en for omfattende kommersiell orientering. Selskapets styrende organer må være sammensatt av representanter for alle de kontrollerende oppdragsgiverne, men en representant kan representere flere eller alle oppdragsgivere, jf. FOA § 3-2 andre ledd bokstav a. De kontrollerende oppdragsgiverne må i fellesskap utøve bestemmende kontroll over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerende rettssubjektet.⁸ En oppdragsgiver kan dermed ikke være en stilltiende part, men skal delta aktivt.

Selskapet kan ikke følge interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser. Selskapet er dermed begrenset til å brukes som en forlengelse av den enkelte oppdragsgivers interesser og kan ikke følge interesser som strider mot disse.

Dersom aksjene deles mellom medlemmene og alle medlemmer er kvalifisert til oppdragsgivere uten omfattende kommersiell orientering og oppdragsgiverne i fellesskap utøver bestemmende kontroll over viktige beslutninger i selskapet anses dermed dette vilkåret til å være oppfylt.

Vilkår nr. ii) avhenger av hvor stor omsetning selskapet vil ha i markedet rettet mot andre enn eierne. Selskapet vil dermed begrenses av aktivitetsvilkårets 20 %-grense. Merk i denne forbindelse at aktivitetsvilkåret er dynamisk, hvor vilkåret vurderes basert på omsetning siste tre regnskapsår. En kontrakt blir med andre ord ikke ulovlig i det selskapet passerer 20 % i eksternt omsetning, så lenge selskapet er innenfor grensen sett over en treårsperiode.

Vilkår nr. iii) krever at det ikke er direkte private eierandeler i det kontrollerende rettssubjektet. Dette innebærer at selskapet hverken ved stiftelsen eller senere kan ha private selskaper på eiersiden av selskapet, uten at tjenester mellom de offentlige eierne og selskapet må konkurranseutsettes iht. regelverket.

Det er først og fremst vilkår nr. i) som allerede fra oppstart må innrettes på en slik måte at vilkåret oppfylles, det vil si at samtlige av aksjonærene i selskapet må gis representasjon i selskapets styrende organer. Aktivitetsvilkåret må forankres i en konkret forretningsplan som estimerer fremtidige inntektskilder. Hvis det eksisterer en kommersiell forutsetning bak etableringen av selskapet, kan det gå kort tid før selskapet ikke oppfyller aktivitetsvilkåret. Vår oppfatning er likevel at det er fullt gjennomførbart å etablere et felles selskap som leverer tjenester til eierne etter unntaket om utvidet egenregi, og at vilklårene slik sett lar seg oppfylle.

Det som er sagt ovenfor gjelder imidlertid bare situasjoner hvor eierne anskaffer tjenester fra det felles eide selskapet, og *ikke* tilfeller hvor selskapet må anskaffe tjenester/varer fra eierne (såkalt omvendt egenregi). Til forskjell fra FOA § 3-1 tredje ledd, som omhandler utvidet egenregi hvor det bare er én kontrollerende oppdragsgiver, inneholder ikke FOA § 3-2 tilsvarende bestemmelse om omvendt egenregi. Det er uklart hvorvidt tilsvarende løsning som i FOA § 3-1 kan legges til grunn for tilfeller av felles kontroll i FOA § 3-2, men etter vår oppfatning er det gode grunner som taler for at tilsvarende bør gjelde for situasjoner med felles kontroll.

2.3. Samarbeid basert på avtale (FOA § 3-3)

2.3.1. Introduksjon

⁸ Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) («NFD Veileder»), punkt 4.3.5 og C-182/11 og C-183/11 avsnitt 27 til 33

En avtalebasert samarbeidsmodell vil være en videreføring av dagens nåværende løsninger, men med ett helhetlig samarbeid blant KTFs medlemmer. I likhet med både OMS og Kollektivkameratene vil samarbeidets formål, finansiering og styring reguleres av et avtaleverk mellom medlemmene.

Til forskjell fra et felles eid selskap, hvor medlemmene ikke nødvendigvis trenger å yte reelle bidrag (utenom evt. tegningsbeløp for aksjer) inn i samarbeidet, krever et offentlig-offentlig samarbeid unntatt anskaffelsesregelverket en større innsats fra deltakerne. Det følger av FOA § 3-2 at:

«Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid

- a. som har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål,*
- b. som blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser og*
- c. der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne».*

Unntaket innebærer at avtaler som inngås for å etablere eller gjennomføre et OOS faller utenfor anskaffelsesregelverket. Så lenge samarbeidet oppfyller vilkårene i punkt a–c, vil inngåtte kontrakter kunne sikre fri flyt av bidrag mellom deltakerne i samarbeidet uten begrensninger av anskaffelsesregelverket. I det følgende ser vi nærmere på vilkårene for å benytte seg av unntaket.

2.3.2. Samarbeidet om offentlige oppgaver for å oppnå felles mål

Det første vilkåret er at samarbeidet har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål. Det mål som skal oppnås gjennom utførelsen av de offentlige oppgaver må være felles for alle deltakerne i samarbeidet, ellers faller samarbeidet utenfor unntaket i FOA § 3-3. Vilkaåret er dermed todelt, da det stilles krav til at samarbeidet gjelder utførelsen av *offentlige oppgaver*, og at samarbeidet, ved gjennomføring av de offentlige oppgavene, har til formål å oppnå et *felles mål*.

Etter vår oppfatning er det ikke tvilsomt at KTFs medlemmer alle ivaretar offentlige oppgaver. Fylkeskommunene (og de fylkeskommunale kollektivselskapene) har ansvaret for den lokale kollektivtransporten i sine respektive fylker, jf. yrkestransportlova § 22. Dette er offentlige oppgaver. Entur AS ivaretar statlige oppgaver innen reiseplanlegging og billettering, som i Prop. 107 L (2016-2017) s. 6 er omtalt som statlige oppgaver. Jernbanedirektoratet på sin side skal sørge for at jernbanesektoren blir drevet effektivt, sikkert og miljøvennlig til beste for de reisende, godstransporten og samfunnet.

KTFs medlemmer ivaretar dermed offentlige oppgaver, men på dels ulike områder. Det er likevel ikke noe krav om at deltakerne i samarbeidet må utføre de samme offentlige kjerneoppgavene. Anskaffelsesdirektivets fortale legger til grunn at OOS kan omfatte alle aktiviteter som deltakerne har fått tildelt eller påtatt seg, og at disse aktivitetene kan være komplementære.⁹ Dette ble videre fulgt opp av EU-domstolen i *ISE* hvor det bekreftes at OOS kan omfatte oppgaver også utenfor virksomhetenes kjerneoppgaver, så lenge samarbeidet omfatter tilknyttede tjenester som bidrar til utførelsen av offentlige kjerneoppgaver.¹⁰

Hvor grensen går for et lovlig samarbeid vil i stor grad defineres av innholdet i samarbeidet. Dersom alle medlemmer i KTF blir en del av samarbeidet, må samarbeidets formål gjelde oppgaver som i det minste er komplementære. Eksempelvis vil utvikling en felles bestilling- og betalingsløsning for alle KTFs medlemmer være en oppgave som er

⁹ Direktiv 2014/24/EU, fortalens avsnitt 33.

¹⁰ EU-domstolens avgjørelse C-796/18, *ISE*, premiss 60.

komplementær til de offentlige kjerneoppgavene som deltakerne er ansvarlige for.¹¹ Dette er også tidligere vurdert av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) i sak 2017/107.¹²

På den annen side vil et samarbeid om felles innkjøp blant KTFs medlemmer ikke nødvendigvis kunne anses som en komplementær oppgave for alle medlemmenes offentlige oppgaver. Eksempelvis vil ikke felles innkjøp med direkte tilknytning til det fylkeskommunale kollektivtilbudet anses som en komplementær oppgave til Jernbanedirektoratets kjerneoppgaver. Et felles OOS blant alle KTFs medlemmer må derfor innordnes slik at samarbeidet favner om tilknyttede oppgaver eller støttefunksjoner som bidrar til utførelsen av *alle* deltakeres offentlige kjerneoppgaver.¹³ Motsetningsvis må det inngås ulike samarbeidsavtaler for ulike deler av samarbeidet.

Videre må samarbeidet være innrettet mot å oppnå et mål medlemmene har til felles. Vurderingen av dette vilkåret vil bero på hvilket omfang samarbeidet får, og hvilke samarbeidsflater som inkluderes i samarbeidet. Slik vi forstår samarbeidets målsettinger på nåværende tidspunkt, står formål som bærekraft, innovasjon og bevegelsesfrihet sentralt for samarbeidet. Dette er ulike formål som alle KTFs medlemmer deler.¹⁴ Avhengig av hvilke(t) formål som til slutt utkrystalliserer seg for et eventuelt OOS blant KTFs medlemmer, vil det etter vår vurdering være mulig å oppfylle vilkåret om et *felles mål*, jf. FOA § 3-3.

2.3.3. Samarbeid utelukkende av hensyn til offentlige interesser

Samarbeidet må videre utføres utelukkende av hensyn til offentlige interesser, jf. FOA § 3-3 bokstav b, i motsetning til kommersielle hensyn. Dette innebærer bl.a. at det ikke kan være noen private virksomheter eller offentlige selskaper med kommersielle formål som samarbeidet direkte kommer til gode, og at samarbeidet ikke kan ha til hensikt å generere overskudd/utbytte for deltakerne.

Økonomiske overførsler mellom partene er derfor i utgangspunktet begrenset til ren kostnadsdekning. Økonomiske overførsler som innebærer mer enn kostnadsdekning risikerer å bli ansett som ordinær betaling for tjenester, noe som faller utenfor hensynet til offentlige interesser. Departementets syn er dog at det trolig vil være et rom for at «*betaling mellom deltakerne i samarbeidet til en viss grad kan gå videre enn en ren kostnadsdekning, for eksempel kan det være tillatt at overskudd investeres i tjenesten som samarbeidet gjelder.*»¹⁵

Dersom gruppen skal samarbeide med private tjenesteytere er det sentralt å påpeke at private tjenesteytere som følge av sin bistand til gruppen ikke skal bli stilt i en fordelaktig situasjon i forhold til sine konkurrenter. Dette kan avhjelpest med at tjenester fra eventuelle private aktører konkurransenutsettes i samsvar med anskaffelsesregelverket, både dersom tjenesten anskaffes fra samarbeidet som sådan eller fra en enkelt oppdragsgiver som involverer den private tjenesteyteren i samarbeidet.¹⁶

Det bør etter vår oppfatning ikke by på store utfordringer å innordne samarbeidet på en måte som oppfyller dette vilkåret.

2.3.4. Begrensning i markedsaktivitet

Det tredje vilkåret etter FOA § 3-3 er at mindre enn 20 % av aktivitetene som samarbeidet omfatter blir utført for andre enn oppdragsgiverne, Dette kravet må sees i sammenheng med kravet om at samarbeidet utelukkende skal

¹¹ Vi legger her til at Jernbanedirektoratet iht. Instruks for Jernbanedirektoratet punkt 3.2.1 er pliktig til å inngå avtale med Entur AS om reiseinformasjon-, og billetteringstjenester.

¹² I denne saken ble det vurdert om en samarbeidsavtale om «tjenester for billettsalg mv.» mellom Ruter AS, Agder Kollektivtrafikk AS (AKT), Brakar AS, Kolumbus AS og Østfold Kollektivtrafikk var en ulovlig direkteanskaffelse. I saken ble det lagt til grunn av KOFA at offentlig kollektivtransporttilbud er en oppgave som det offentlige har «fået tildelt eller påtaget sig» i de ulike regionene, og at de øvrige vilkårene i forsyningsforskriften § 3-3 var oppfylt og dermed kom ikke anskaffelsesloven og forsyningsforskriften til anvendelse (avsnitt 53).

¹³ C-796/18, ISE, premiss 60

¹⁴ Jernbanedirektoratet skal bl.a. jobbe for å oppfylle nasjonale klima- og miljømål, transportpolitiske målsettinger og innovasjon, jf. Instruks for Jernbanedirektoratet.

¹⁵ NFD Veileder, punkt 4.4

¹⁶ KOFA sak 2017/107 avsnitt 53

være med hensyn til offentlige interesser. Overstiger den kommersielle markedsaktiviteten mer enn 20 % – målt i omsetning – vil ikke samarbeidet kunne unntas anskaffelsesregelverket.

Etter vår oppfatning kan samarbeidet rimelig enkelt innordnes på en måte som ivaretar aktivitetsvilkåret. En større kommersiell satsing krever en annen organisering enn et OOS.

2.3.5. Krav om reelt samarbeid

For at samarbeidet skal oppfylle vilkårene i FOA § 3-3 må det være et reelt samarbeid blant deltakerne. Kravet til reelt samarbeid er nærmere beskrevet i anskaffelsesdirektivets fortale avsnitt 33:

«...the cooperation should be based on a cooperative concept. Such cooperation does not require all participating authorities to assume the performance of main contractual obligations, as long as there are commitments to contribute towards the cooperative performance of the public service in question. In addition, the implementation of the cooperation, including any financial transfers between the participating contracting authorities, should be governed solely by considerations relating to the public interest».

Alle deltakere i samarbeidet må derfor bidra inn i samarbeidet. Kravet skal ikke leses som at det er et krav eller en forventning at alle bidrar i lik grad, men det stilles krav til bidrag fra alle involverte parter. Ytelsene kan også være komplementære og bidragene kan fordeles i en turnus mellom partene uten krav til samtidige bidrag.¹⁷ Bidraget må gå utover en ren kostnadsdekning, kostnadsdekning må i så fall komme i tillegg til øvrige bidrag.¹⁸

Hvordan den enkelte bidrar inn i samarbeid vil naturligvis avhenge av hvordan samarbeidet innrettes. Det er vanskelig å utlede særskilte krav til omfang og innhold i den enkeltes bidrag, ettersom rettspraksis er sparsommelig på dette punktet. Det sentrale er likevel at hvert bidrag bidrar til å realisere målsettingen bak samarbeidet. Ettersom KTFs medlemmer varierer både med tanke på størrelse, ressurser og kompetanse, bør oppgavene fordeles på en måte som ivaretar medlemmenes egne forutsetninger for å bidra inn i samarbeidet. Vi viser i den forbindelse til at Nærings- og fiskeridepartementet har åpnet for at kravet til reelt samarbeid kan være oppfylt «*der enkelte deltagere deltar aktivt i samarbeidets styrende organer uten å delta i den faktiske utførelsen av den aktuelle tjenesteytelsen som er gjenstand for samarbeidet*».¹⁹

Anbefalingen her vil være at bidragskrav reguleres i en samarbeidsavtale for å sikre at dette kravet oppfylles fra samtlige involverte parter, hvor innholdet i de enkelte bidrag fastsettes i lys av samarbeidets omfang og karakter.

2.4. Fordeler og ulemper med de to alternativene

2.4.1. Innledning

Som det fremgår av vurderingen i punkt 2.2 og 2.3 ovenfor er vi av den oppfatning at vilkårene for å etablere et OOS og et felles eid aksjeselskap er oppfylt for begge alternativ. Det er derfor nødvendig å se nærmere på hvilke forskjeller, fordeler og ulemper som gjør seg gjeldende for de to alternativene.²⁰

Innledningsvis nevner vi at samarbeidet, enten det skjer i et OOS eller et aksjeselskap, kan tilpasses de enkelte kollektivaktørens geografiske spredning, og slik sett være desentralisert i sin form dersom det er ønskelig. Motsetningsvis kan samarbeidet også sentraliseres, og samles på egen lokasjon, avhengig endelig forretningsplan.

2.4.2. Anskaffelsesrettslig fleksibilitet

¹⁷ NFD Veileder punkt 4.4 og C-796/18 ISE avsnitt 57

¹⁸ C-429/19 avsnitt 29

¹⁹ NFD Veileder, punkt 4.4, s. 42

²⁰ For ordens nevnes det at rettslige forhold, som for eksempel skatt og avgift, som ikke nevnes i punkt 2.4, ikke er vurdert av Deloitte.

Etablering av et OOS innebærer at samarbeidet må omfavne oppgaver og formål som er felles eller komplementære for deltakerne i samarbeidet. Et OOS innebærer derfor at eventuelle utvidelser av samarbeidet vil måtte oppfylle vilkårene i FOA § 3-3 fortløpende, i tillegg til kravet om at alle deltakere må bidra inn i samarbeidet.

Disse vurderingstemaene unngår en dersom en oppretter et felles eid selskap. Det vil ikke være et krav at KTFs medlemmer, da som aksjonærer, bidrar med realbidrag inn mot samarbeidet, og samarbeidet kan også favne utvikling av nye løsninger eller tjenester som ikke nødvendigvis treffer samtlige aksjonærer. Dette medfører, etter vår oppfatning, en større fleksibilitet ved valg av aksjeselskap enn et OOS, som ikke direkte setter krav til karakteren på aktivitetene som utføres i selskapet slik et OOS forutsetter.

Løpende utvidelser av et OOS vil dermed føre til ytterligere administrasjon enn et aksjeselskap, og potensielt flere avtaler og «bisamarbeid», i den grad utvidelsen ikke omfatter alle deltakerne i samarbeidet.

I et OOS vil det være mulig å la realbidrag og tjenesteytelser flyte fritt mellom samarbeidspartene så lenge vilkårene i FOA § 3-3 er oppfylt. I et aksjeselskap er det tilsvarende uproblematisk å la tjenester fra datterselskapet til eierne flyte uhindret av anskaffelsesreglene. Mer usikkert er det om unntaket om utvidet egenregi favner de situasjoner hvor eierne leverer tjenester til det felleseide selskapet. Her gir ikke rettspraksis noen umiddelbar løsning, slik at dette kan være en potensiell ulempe ved aksjeselskapsformen. Hvor stor ulempe dette er, avhenger av endelig forretningsmodell og hvor stort behov det vil være for tjenesteyting fra eierne til selskapet.

Når det gjelder graden av markedsorientering, vil dette være likt for de to alternativene. Både et OOS og et aksjeselskap under utvidet egenregi må utøve minst 80 % av sin virksomhet for eierne/samarbeidet.

2.4.3. Organisatoriske forhold (styringsstruktur)

Et OOS vil utelukkende baseres på avtalen som inngås mellom deltakerne. Dette innebærer at styringsorganer, beslutningsmyndighet, ansvar osv. defineres slik partene blir enige om. Slik sett kan en si at dette gir en fleksibilitet for partene, da organiseringen av samarbeidet kan skreddersys partene.

Den samme fleksibiliteten kan imidlertid oppnås i et aksjeselskap, som i tillegg kommer med en velkjent selskapslovgivning i aksjeloven. Aksjelovens bestemmelser gir forutsigbare rammer for driften og eierskapet over selskapet, og regulerer sentrale forhold som ellers måtte bli inngått i et avtaleverk mellom partene. Eierne kan gjennom generalforsamlingen vedta en styreinstruks og en eiermelding som gir strategiske føringer for styret, som deretter overser driften av selskapet i henhold til eiernes ønsker og interesser.

Selv om en i et aksjeselskap også anbefales å etablere et overordnet avtaledokument (aksjonæravtale), vil et selskaps selvstendighet (riktignok innenfor de rammene som er gitt av aksjonærene) etter vår oppfatning ha en smidigere og mer effektiv beslutningsstruktur enn i et rent avtalemessig samarbeid. Et noenlunde selvstendig og tilstrekkelig finansiert aksjeselskap vil være i stand til raskt å agere på endringer eller muligheter i markedet.

Vår erfaring er at OOS er best egnet for mer tidsavgrensede samarbeid, hvor partene har til formål å løse felles oppgaver i en kortsiktig tidshorison. Dersom samarbeidet mellom KTFs medlemmer realiseres til det fulle, vil sannsynligvis samarbeidets ambisjoner og potensielle samarbeidsflater være såpass omfattende at partene er bedre tjent med en fastere form på samarbeidet, da i form av et selskap.

Likt for de to alternativene er at partene må regulere sentrale forhold som finansiering, realbidrag, IP/IT og uttreden. Dette er forhold som vil bli avklart nærmere jo mer en jobber med samarbeidets form og forretningsplan.

Som nevnt i punkt 2.3.5 må alle partene i et OOS bidra reelt inn til samarbeidets oppgaver. Ved opprettelsen av et aksjeselskap stilles ikke tilsvarende krav til aksjonærene. Det er likevel sannsynlig at en eller flere av KTFs medlemmer må yte realbidrag til aksjeselskapet, i alle fall i en oppstartsfase, enten i form av et tingsinnskudd, lån/konvertering av gjeld eller tjenester. Det må blant annet tas stilling til om selskapet skal ansette eller leie inn personell, valg av

finansieringsmodell, IP-rettslige forhold (skal selskapet eie, utvikle eller få lisensiert immaterielle rettigheter) m.m.²¹ I den grad selskapet trenger slike realbidrag, vil dette være mer formelt i formen enn ved et OOS, men ikke nødvendig vesentlig annerledes i sitt innhold. Slike tilførsler fra eierne må derimot oppfylle aksjelovens krav, som ikke gjelder på tilsvarende måte i et OOS, uten at vi anser det som en nevneverdig ulempe av den grunn.

2.4.4. Grad av forpliktelse

En av målsettingene bak et felles og helhetlig samarbeid blant KTFs medlemmer er at dette skal skje på en mer forpliktende måte enn tidligere. Det reiser spørsmålet om hvilket av de to alternativene som kan anses mest forpliktende for et slikt samarbeid.

Selv om et aksjeselskap, på grunn av de faste rammene som følger av aksjeloven, som et slags utgangspunkt ofte må anses som mer forpliktende enn et OOS, står partene i et OOS fritt til å legge inn stramme forpliktelser i avtaleverket for samarbeidet. Sagt på en enkel måte, kan aksjelovens prinsipper om styrings- og ledelsesstruktur, økonomiske disposisjoner, minoritetsvern og uttreden overføres til et OOS, og slik sett være like forpliktende.

Det samme gjelder samarbeidspartenes egne bidrag inn til samarbeidet. Et OOS unntatt anskaffelsesreglenes anvendelsesområde forutsetter som nevnt at hver part bidrar inn til samarbeidet, mens det ikke oppstilles tilsvarende krav for aksjonærene i et aksjeselskap. Av denne grunn må aksjonærenes realforpliktelser fremgå av en aksjonærvtale mellom partene. Et OOS og et aksjeselskap er dermed forholdsvis likt når det gjelder å forplikte partene til å yte realbidrag inn til samarbeid, da slike forpliktelser må fremgå av et avtaleverk mellom partene.

Det er likevel noen særegne trekk ved et aksjeselskap som ikke kan avtales i et OOS. For det første er det krav til at aksjeselskap skal ha en aksjekapital og ellers en forsvarlig egenkapital, jf. aksjeloven §§ 3-1 og 3-4. Det er aksjonærene som står ansvarlig for å yte aksjekapital til selskapet, hvor aksjer forholdsmessig gis i retur. Alle aksjonærer i det felleseide selskapet må dermed yte et kapitalinnskudd til selskapet, hvor den økonomiske risikoen er begrenset til aksjekapitalen. Denne forpliktelsen kommer i tillegg til de forpliktelser aksjonærene måtte avtale seg imellom, og er etter vår oppfatning til å gjøre samarbeidet ytterligere forpliktende, da samarbeidet får en ytterligere felles økonomisk interesse. Et OOS kan på sin side ikke ha en felles «*aksjekapital*» i samarbeidet, da et OOS underlagt begrensninger for hva gjelder økonomiske overførsler i samarbeid, ref. punkt 2.3.3.

Videre er et aksjeselskap et eget rettssubjekt, som har rettslig og økonomisk autonomi overfor tredjeparter. Et aksjeselskap kan pådra seg både rettslig og økonomisk ansvar som følger av selskapets virksomhet, og forplikte seg i avtaler med tredjeparter. Et OOS er ikke et eget rettssubjekt, og kan ikke pådra seg tilsvarende forpliktelser. Slike forpliktelser må i tilfelle påtas av en eller flere av deltakerne på vegne av samarbeidet. Utad vil følgelig et aksjeselskap fremstå som et bestandig rettssubjekt overfor tredjeparter. Dette innebærer at det er en mer omfattende prosess å avslutte samarbeidet/oppløse selskapet enn i et OOS, da aksjeloven har særskilte regler om kreditorvern i slike tilfeller. Dette er ytterligere et forhold som tilsier at et aksjeselskap er noe mer forpliktende enn et OOS.

²¹ Det er viktig at slike forhold avklares og utredes i beslutningsgrunnlaget for medlemmene.