

## KONGELIG RESOLUSJON

### Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet

Statsråd: Rigmor Aasrud

Ref nr.:  
Saksnr.: 2012000689  
Dato: 26.10.2012

Vedlegg

#### **Forskrift om endring i forskrift om offentlige anskaffelser og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene – unntak for offentlig myndighetsutøvelse**

1. Hva saken gjelder  
Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet tilrår at det inntas et unntak for tjenester som innebærer offentlig myndighetsutøvelse i forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser og i forskrift 7. april nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester).

2. Bakgrunnen for forskriftsendringen  
Det fremgår av EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32, at reglene om fri bevegelse av tjenesteytelser ikke kommer til anvendelse på ”*virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet*”. EU-domstolen har i sak C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland slått fast at avtaler om tjenesteytelser som omfattes av unntaket for utøvelse av offentlig myndighet, er unntatt fra anvendelsesområdet til anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18).

Selv om verken lov eller forskrift om offentlige anskaffelser inneholder et uttrykkelig unntak for utøvelse av offentlig myndighet, kan det argumenteres for at det EØS-rettslige unntaket for utøvelse av offentlig myndighet skal innfortolkes i det nasjonale anskaffelsesregelverket. Det fremgår av lov om offentlige anskaffelser § 3 og forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 første ledd at henholdsvis lov og forskrift gjelder anskaffelser av ”*varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider*”. Ved tolkningen av begrepet ”*tjeneste*” i lov og forskrift om offentlige anskaffelser bør man etter departementets vurdering legge til grunn tilsvarende forståelse av tjenestebegrepet som i de bakenforliggende anskaffelsesdirektivene.

Det er ingen holdepunkter for at lovgiver i forbindelse med gjennomføringen av anskaffelsesdirektivene har ment å gå lenger enn det som følger av anskaffelsesdirektivene på dette punktet.

I sak 2010/364 konkluderte imidlertid Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) med at et slikt unntak ikke kan innfortolkes i det nasjonale anskaffelsesregelverket. Med andre ord mener KOFA at det nasjonale regelverket på dette punktet går lenger enn det EØS-avtalen krever.

Ettersom det er usikkerhet om dette spørsmålet, mener departementet at det er behov for å klargjøre rettstilstanden ved å forskriftsfeste et uttrykkelig unntak for kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet.

Forslaget har vært på alminnelig høring. De fleste høringsinstansene hadde ingen merknader eller konstaterte at foreslåtte endring klargjør gjeldende rett. Øvrige innspill omhandlet hovedsakelig usikkerhet i forholdet til om unntaket gjelder både fra lov og forskrift, eller om det bare gjelder fra forskriftene, samt behov for mer veiledning om unntaket.

### 3. Departementets vurdering

Departementet foreslår på denne bakgrunn å innta unntaket i forskrift om offentlige anskaffelser og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene. Departementet vil utarbeide veiledning om forståelsen av unntaket. Departementet vil her presisere at unntaket også gjelder fra lov om offentlige anskaffelser.

Forslaget innebærer etter departementets vurdering kun en presisering av eksisterende rettstilstand, og ingen endring. Det vil ikke ha noen økonomiske eller administrative konsekvenser.

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet

t i l r å r

Forskrift om endring av forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) fastsettes i samsvar med vedlagte forslag.