

# Anskaffelsestips: Handlingsrommet for samarbeid i energisektoren

11. mars 2022

Nyhetsbrev fra Simonsen Vogt Wiig

Samarbeid i energisektoren organiseres ofte i andre former enn samarbeid i klassisk offentlig sektor. Et eksempel er at det er utstrakt bruk av interkommunale selskaper i klassisk sektor, mens nettselskaper ofte organiseres i energikonsern/vertikalt integrerte foretak. I anskaffelsesregelverket er det enkelte særreguleringer for forsyningssektoren som etablerer et forholdsvis vidt handlingsrom for samarbeid. I dette nyhetsbrevet kaster vi et overordnet blikk på dette handlingsrommet.

Vi erfarer stadig at nettselskapene ser store gevinster i samarbeid, eksempelvis i form av økt forsyningssikkerhet, mer rasjonell ressursbruk, digitalisering og teknologisk utvikling. Samarbeid er også ofte økonomisk rasjonelt, noe nettkundene til syvende og sist nyter godt av.

Det anskaffelsesrettslige utgangspunktet er at regelverket også gjelder når «oppdragsgivere» anskaffer ytelser fra hverandre. Forsyningsforskriften kapittel 3 har fire unntak fra dette.

De to siste unntakene vi skal se på nedenfor har ingen paralleller i anskaffelsesforskriften. Dette innebærer at aktørene i forsyningssektoren, herunder nettselskapene, vil kunne ha en økt fleksibilitet til samarbeid i forhold til aktører i klassisk offentlig sektor. Nettselskapene vil bare få tilgang til fordelene nevnt ovenfor dersom man er bevisste på dette handlingsrommet.

## **Utvidet egenregi (§ 3-1)**

Nettselskapene kan velge om et behov skal konkurranseutsettes eller dekkes internt av egne ressurser (egenregi). Dekkes behovet i egenregi, gjelder

ikke anskaffelsesregelverket.

Dersom oppdragsgiveren organiserer deler av virksomheten i et separat selskap, vil anskaffelse av ytelser fra dette selskapet ikke lenger være unntatt anskaffelsesregelverket i egenregi. I mange tilfeller fungerer selskapet nærmest som en forlenget arm eller avdeling underlagt oppdragsgiveren. For disse tilfellene gjelder det et eget unntak for såkalt *utvidet egenregi*.

Hensynet bak unntaket er at anskaffelsesregelverket ikke skal hindre oppdragsgivere i å organisere virksomheten på den måten som man finner hensiktsmessig for å løse sine oppgaver.

En sentral betingelse er at det foreligger et kontrollforhold, og dermed et under-/overordningsforhold mellom oppdragsgiveren og selskapet. Av denne grunn omtales dette ofte som et unntak for «vertikalt samarbeid».

For nettselskapene er det særlig verdt å merke seg at unntaket kun kan anvendes dersom nettselskapet er et såkalt «offentligrettslig organ». Dette var tema i vårt nyhetsbrev i 2021 uke 41.

Unntaket for utvidet egenregi gjelder både for kontrakter oppover/nedover, f. eks. mellom et mor- og datterselskap, og til siden, f. eks. mellom søsterselskaper. Unntaket gjelder også ved såkalt felles kontroll, det vil si hvor en oppdragsgiver ikke alene har tilstrekkelig kontroll over et annet selskap, men har det i fellesskap med andre oppdragsgivere.

### **Samarbeidsavtaler (§ 3-3)**

Unntaket for samarbeidsavtaler bygger på det samme hensynet som unntaket for utvidet egenregi. Tilsvarende gjelder det også her at nettselskapet må være et «offentligrettslig organ».

En vesentlig forskjell er at dette unntaket ikke krever et kontrollforhold. Dermed vil «horisontalt samarbeid» omfattes, for eksempel mellom ulike nettselskaper.

Det er videre et sentralt vilkår at det foreligger et reelt samarbeid mellom oppdragsgiverne. I dette ligger det at alle oppdragsgiverne må ha reelle forpliktelser til å bidra i samarbeidet. Det er ikke tilstrekkelig å være en mottaker av varer/tjenester mot betaling.

Eksempler på slike samarbeid kan være felles driftssentraler og videreutvikling av IT-plattformer.

### **Kontrakter med foretak i samme gruppe (§ 3-5)**

Dette unntaket åpner for at foretak i samme «gruppe» kan tildele kontrakter til hverandre. Det typiske eksempelet er kontrakter innad i et konsern. Unntaket overlapper dermed til dels med unntaket for utvidet egenregi. Det er likevel noen sentrale forskjeller.

Unntaket gjelder for alle oppdragsgivere i forsyningssektor, ikke bare «offentligrettslige organer». Videre gjelder det ikke eksplisitt et kontrollvilkår, men dette vil likevel langt på vei følge av kravet om at foretakene må inngå i samme gruppe. Dette unntaket vil også i en viss utstrekning kunne kombineres med

unntaket vi skal se nærmere på under, nemlig unntaket for kontrakter som tildeles av eller til et fellesforetak.

### **Kontrakter som tildeles av eller til et fellesforetak (§ 3-6)**

Dette unntaket gjelder når oppdragsgivere sammen oppretter et fellesforetak (joint venture) for å utøve forsyningsaktiviteter. Det åpnes i slike tilfeller for tildeling av kontrakter mellom oppdragsgiverne og fellesforetaket, uten å følge anskaffelsesregelverket.

Et eksempel kan være at nettselskaper oppretter et aksjeselskap som skal ivareta enkelte driftsoppgaver. Dette unntaket overlapper til dels både med unntaket for samarbeidsavtaler og utvidet egenregi med felles kontroll. Unntaket gjelder alle oppdragsgivere i forsyningssektor, ikke bare «offentligrettslige organer».

### **Avsluttende merknader**

Avslutningsvis minner vi om at redegjørelsen over gir en *overordnet* beskrivelse av unntakene. Dersom det er aktuelt å benytte et eller flere av unntakene, er det viktig at det foretas en konkret vurdering av om unntakene kommer til anvendelse på det aktuelle samarbeidet eller ikke.

Det er også viktig å være oppmerksom på at andre regelsett vil kunne ha betydning for det rettslige handlingsrommet. Når det gjelder energilovgivningen er det særlig nærliggende å nevne kravene til selskapsmessig og funksjonelt skille, forbudet mot krysssubsidierting og plikten til konkurranseutsetting av konserninterne innkjøp i henhold til kontrollforskriften § 2-8.

Nettavdelingen i Simonsen Vogt Wiig har omfattende erfaring med nettselskapers samarbeid i energisektoren. Vi bistår med alt fra de små spørsmålene til de større samarbeidsprosjektene.

***Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig ([www.svw.no](http://www.svw.no)) og REN har inngått en meget gunstig samarbeidsavtale. Avtalen gir nettselskapene en rekke fordeler, av både faglig og økonomisk art. Opplysninger om samarbeidsavtalen og nettselskapenes fordeler finner du på RENS hjemmeside [her](#).***

#### **Kontaktpersoner SVW:**



**Robin Aker Jakobsen**  
+47 450 43 689  
[rja@svw.no](mailto:rja@svw.no)



**Jahn Egil Osestad**  
+47 975 70 174  
[jao@svw.no](mailto:jao@svw.no)



**Emma Isaksen**  
+47 918 69 421  
[emi@svw.no](mailto:emi@svw.no)



**Ida Marie Gabrielsen Lerøy**  
+47 480 01 764  
[igl@svw.no](mailto:igl@svw.no)



**Kristian Saga**  
+47 419 33 899  
[ksa@svw.no](mailto:ksa@svw.no)



**Ragnar Hatlem**  
+47 951 82 421  
[rha@svw.no](mailto:rha@svw.no)



**Torstein Eivindstad**  
+47 911 121 09  
[tei@svw.no](mailto:tei@svw.no)