

# Masteroppgave JUS399

Kandidatnummer: 174430

Veileder: Marius Borgen,  
Schjødt Advokatfirma

Leveringsfrist: 10.12.2010

Antall ord i teksten: 13 521

Antall sider: 30

**[LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER § 2, FØRSTE  
LEDD, SISTE SETNING.]**

## Innhold

1	Innledning.....	3
1.1	Problemstillingen i oppgaven.....	4
1.2	Bakgrunn for paragrafen, legislative hensyn. ....	4
1.3	Rettskildebilde.....	6
2	Nærmere om § 2.....	8
2.1	Behandlingen av vilkårene i § 2.....	9
2.1.1	”andre rettssubjekter”.....	9
2.1.2	”bygge- og anleggskontrakter”.....	10
2.1.3	”offentlige yter tilskudd”.....	12
2.1.4	”kontraktens verdi”.....	13
2.1.5	”mer enn 50 prosent”.....	14
2.2	Videre behandling av Lov om offentlig anskaffelse.....	15
2.3	Oppsummering.....	16
3	Et kritisk tilbakeblikk på Offanskl. § 2.....	17
4	Rettsbilde knyttet til aktører som mottar tilskudd under 50 prosent av kontraktens verdi. ....	19
4.1	EØS-avtalen som norsk rett. ....	22
4.2	De fire kumulative vilkår i artikkel 61(1). ....	24
	Statsstøtte: .....	24
	Begunstige enkelte foretak eller produksjon av enkelte varer:.....	25
	Konkurransesvridende:.....	25
	Samhandelskriteriet: .....	25
	Tillatt støtte: .....	25
5	Avsluttende tanker til oppgaven.....	26
6	Konklusjon. ....	27
6.1	Endring av loven. ....	29
	Bibliografi .....	30
	Lover:.....	30
	Forskifter: .....	30
	Forarbeider:.....	30
	Bøker: .....	30
	Teori: .....	30
	Internett: .....	30

# 1 Innledning.

Utviklingen av det norske samfunn krever økt samhandling mellom offentlig og privat sektor. Dette gjelder generelt for alle oppgaver som det offentlige har ansvaret for. Prosessen med overgang til samhandling mellom offentlig og privat sektor har pågått i mange år, spesielt når det gjelder realiseringen av idrettsanlegg. Et annet eksempel fra de siste årene er det offentliges behov for å legge til rette for full barnehagedekning, hvor det gjennom offentlige tilskudd har latt seg gjøre å bygge barnehager i privat regi med tilskudd fra statsmidler. Det nye lovverket knyttet til Stortingsmelding 47 (2008-2009) Samhandlingsreformen<sup>1</sup>, vil sette ytterligere fart i samhandlingen mellom Offentlig og Privat sektor.

Det sentrale lovverket i denne sammenheng er Lov om offentlige anskaffelse (heretter offanskl.), "Loven [skal bidra til] økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptre med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte" jfr. § 1.<sup>1</sup>

De forhold som ofte knyttes opp mot denne type bestemmelser, er knyttet til bygge- og anleggskontrakter. Offanskl. § 2 første ledd. siste setning er hjemmelen for denne type kontrakter, bestemmelsen lyder:

**"Loven gjelder også for andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter, dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi"<sup>2</sup>.**

Interessen for oppgaven kommer som konsekvens av endringer i henhold til samarbeid mellom offentlige og private aktører. Det er uttalt gjennom Lov og Rett 2004 s. 360 – (LOR-2004-360) Kai Krüger:

**"[...] Forskjellige former for samarbeid mellom offentlig og privat sektor følger i kjølvannet av privatisering, konkurranseutsetting og markedstilpasning innen offentlig sektor. Avtalene varierer, og det hersker stor usikkerhet omkring hvordan slike avtaler skal håndteres etter den EØS-baserte norske lovgivning om offentlige anskaffelser. Hovedspørsmålet er knyttet til fastlegningen av virkeområdet for et regelverk som krever utlysning og kunngjøring av offentlige vare- og tjenesteoppdrag, konkurranse og lovregulert saksgang frem til tildeling av oppdrag basert på økonomiske parametere. Det må gjøres avgrensninger overfor konsesjonstildeling, og det må avklares hvor langt regelverket har betydning når tiltakshavere deltar som part i kommunale utbyggingsavtaler. Men også innenfor avtaler som omfattes av regelverket oppstår spørsmål om hvor langt ønsker om samarbeid kan legitimere ordninger som er ment å skulle virke over meget lange tidsrom, og da slik at konkurranse fra markedet holdes ute i avtalens løpetid.[...]"<sup>3</sup>.**

Sett i lys av ovenstående er det derfor også interessant å drøfte hvilke lover og regler som gjør seg gjeldende i de tilfeller hvor det ytes tilskudd til bedrifter i privat sektor, men hvor tilskuddet utgjør mindre enn 50 prosent.

Innen gjeldende norsk lov foreligger det per i dag ingen reguleringer som tar for seg de gjensidig bebyrdende avtalene under 50 prosent. Markedsutviklingen viser til et lovverk som ikke gjenspeiler dagens samarbeidsformer og viser til et ønske om klarere retningslinjer for denne form for avtaler, dersom private aktører mottar tilskudd i form av statsmidler.

<sup>1</sup> <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/regpubl/stmeld/2008-2009/stmeld-nr-47-2008-2009-.html?id=567201>

<sup>2</sup> LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.

<sup>3</sup> Lov og Rett 2004 s. 360 – LOR-2004-360 Kai Krüger: Offentlig og privat samarbeid om kommunale prosjekter. Sammendrag fra lovdata.

## 1.1 Problemstillingen i oppgaven

Problemstillingen i oppgaven er Lov om offentlig anskaffelse § 2. første ledd siste setning (heretter offanskl.) Bestemmelsen lyder:

**”Loven gjelder også for andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter, dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi”<sup>4</sup>.**

Oppgaven tar sikte på å drøfte innholdet i 50 prosentgrensen og om denne grensen sikrer intensjonene i loven om at ”Loven [skal bidra til] økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptre med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte” jfr. offanskl. § 1.<sup>4</sup>

Videre skal det drøftes om det er andre lovverk som kommer til anvendelse dersom tilskuddet er lavere enn 50 prosent, og som bidrar til å sikre intensjonen i offanskl § 1, også for de forhold som fremtrer under denne grensen.

## 1.2 Bakgrunn for paragrafen, legislative hensyn.

Lovteksten som benyttes i oppgavens hovedproblemstilling, er innenfor forvaltingsretten, og er i stor grad en spesialbestemmelse som trekker lenger enn hva forvaltningsloven (heretter fvl.) gjør innfor offentlige anskaffelser. Det som er tema for oppgaven er derfor i stor grad et spørsmål i forhold til forvaltningens reglement.

Spørsmålet som stiller seg er hvorvidt forvaltningsrettens regler kommer til anvendelse på offentlige anskaffelser. Videre vil det tas stiling til hvorvidt dette vil innvirke på saksbehandlingen og for de rettighetene partene har. Det som fremstår som klart er at anvendelsesområdet for offentlighetsloven og forvaltningsloven er det samme.

Det som avgjør hvorvidt fvl. kommer til anvendelse også på offentlige anskaffelser er fvl. §§ 1 og 2 litra a og b.<sup>4</sup> Paragrafene har følgende innhold:

§ 1 ”Loven gjelder den virksomhet som drives av forvaltningsorganer når ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov. Som forvaltningsorgan regnes i denne lov et hvert organ for stat eller kommune. Privat rettssubjekt regnes som forvaltningsorgan i saker hvor det treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrift.” jfr. fvl. § 1.<sup>4</sup>

§ 2 ”I denne lov menes med:

- a) vedtak, en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter);
- b) enkeltvedtak, et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer; [...]”<sup>5</sup>

<sup>4</sup> LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.

<sup>5</sup> LOV 1967-02-10 nr 00: Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

For å kunne ta stilling til om fvl. kommer til anvendelse som et vedtak, og videre som et enkeltvedtak i de saker der offanskl. kommer til en avgjørelse, må man se til ordlyden av "under utøving av offentlig myndighet", jfr. fvl. § 2 litra a<sup>6</sup>.

Det ligger til ordlyden en forståelse om at det er tale om offentlig myndighet som gjennom sin posisjon utøver den tildelte makt. En disposisjon gjennom offanskl. kan ikke ses på som "utøving av offentlig myndighet", men snarere knyttet til private disposisjoner. Denne tolkningen får støtte i teorien gjennom både Eckhoff<sup>7</sup> og Frihagens forvaltningsrett<sup>8</sup>, likevel vil det måtte foretas en vurdering i de enkelte sakene.

Videre vil en disposisjon gjennom offentlig anskaffelse, gjennom fvl. § 3 "Bestemmelsene i kapitlene IV-VI får bare anvendelse i saker som gjelder enkeltvedtak,[...]". Ettersom man ikke kan konkludere med at det er et enkeltvedtak jfr. fvl. § 2 og drøftelsen over, vil det ikke være åpnet for at begrunnelse og klagerett er lovpålagt medkontrahenten og vil ikke komme til anvendelse i saker om offentlig anskaffelse. Det som derav blir konsekvensen, er at man må forholde seg til avtaleverket og offentlighetsloven<sup>9, 10</sup>.

Ettersom man er innenfor fvl. spesielle virkeområde vil dette medføre at man også er inne på området for legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet er hjemlet gjennom Grunnlovens § 96<sup>11</sup> hvor det fremgår at "Ingen kan dømmes uten efter Lov, eller straffes uten efter Dom[...]" og er derfor i stor grad forankret også i loven og ikke bare som et prinsipp innenfor jussen.

Altså medfører Grunnloven § 96 med legalitetsprinsippet, begrensninger i forvaltningens inngripen i den privates rettsforhold. Dette medfører at forvaltningen ikke, uten hjemmel i lov og dom, kan påføre eller straffe private, de kan heller ikke hindre eller pålegge private forhold som ikke er hjemlet i lov eller tilsvarende.

Forvaltningens inngripen ovenfor private gjennom legalitetsprinsippet er kjent som negativ avgrensning, men det for borgerne vil foreligge en positiv avgrensning. Private aktører kan ikke påtvinges konkurranseutsetning, eller andre påkrav i offanskl. så lenge det ikke foreligger en hjemmel som viser til et slikt påkrav, eller at man gjennom offanskl. er pålagt reglene så lenge man mottar statsmidler. Konsekvensen av denne positive avgrensningen, er at borgerne i realiteten kan gjøre som de vil. Selv om man har en slik positiv avgrensning, vil man måtte forholde seg til etiske, moralske og forretningsmessige kutymer, gjennom samfunnets krav til disse forhold.

Videre må man i en slik prosess trå varsomt for å sikre at man i alle ledd i en prosess eller i et prosjekt ikke trer over grensene i loven og tilhørende lovverk.

Konklusjonen er således interessant i en rekke perspektiver, for eksempel at mottaker kan bruke statsmidler på en hver måte uten å komme i konflikt med offanskl. så lenge statsmidlene ikke utgjør mer enn 50 prosent av finansieringen og mottaker ikke er eid med 50 prosent eller mer av et offentlig organ, eller sammenslutninger av et slikt organ.

6 LOV 1967-02-10 nr 00: Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

7 Torstein Eckhoff Forvaltningsrett, 4 utgave 1992 s. 482 og 8 utgave 2006 s. 245-246.

8 Frihagens forvaltningsrett Bind I. Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen. S. 200

9 LOV 2006-05-19 nr 16: Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova).

10 <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/nou-er/1997/nou-1997-21/16.html?id=141023>

11 LOV 1814-05-17 nr 00: Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.

### 1.3 Rettskildebilde

Når det kommer til rettskildene i denne oppgaven, forligger det ikke nødvendigvis tungtveiende rettskilder. Det er i denne oppgaven fremsatt en problemstilling som ikke før har vært diskutert i Høyesterett eller har vært problematisert i teorien på dette planet. Problemstillingen knyttet til "50 prosent" jfr. offanskl. § 2<sup>12</sup>, har dog heller ikke vært oppe til diskusjon i forarbeidene, utover at det "ikke vil by på problemer for lovens anvendelse i praksis"<sup>12</sup>.

På bakgrunn av den vanskelige rettskildeproblematikken har det i arbeidet med oppgaven også foreligget korrespondanse med Fornyings-, administrasjon og kirke departementet (FAD) seksjon for statsstøtte og konkurranse for å avdekke hvordan det offentlige tolker bestemmelsene. Gjennom denne korrespondansen med FAD har det ikke videre foreligget noen klare holdepunkter på hva som er det faktiske skjæringspunktet, men at dette er et tema av stor interesse og er under diskusjon.

Problemstillingen som tas opp i oppgaven er altså av interesse for det offentlige så vel som for de private aktørene i markedet, og vil kunne frembringe en rekke svar på problemstillinger fremtiden vil kunne møte gjennom tildeling av statlige midler.

Gjennom arbeidet med oppgaven har det også foreligget korrespondanse med ESA. Gjennom samtaler med dem, foreligger det ikke klare retningslinjer for forholdene under 50 prosent. Samtalene med ESA har vært viktig for å avklare at den tolkningen og forståelsen oppgaven frembringer, ikke strider med gjeldende EØS-rett.

Den videre behandlingen av rettsreglene og rettspraksisen som gjør seg gjeldende for denne oppgaven, vil behandles inngående i kapittel 2.

Det er relativt klare retningslinjer i bygg- og anleggssaker når offanskl. kommer til anvendelse. Det som vil være den store utfordringen er å se på de tilfellene der loven ikke kommer til anvendelse, og innenfor de tilfellene der det offentlige yter under "50 prosent av kontraktens verdi" jfr. offanskl. § 2<sup>12</sup>. Det er her man kan møte på problemer og etiske skiller, som normalt sett ved en oppnåelse på 50 prosent klart måtte følge retningslinjene i offanskl.

Lov om offentlig anskaffelse kommer til anvendelse når tre vilkår er oppfylt. For det første må det foreligge en "skriftlig gjensidig bebyrdende kontrakt mellom en oppdragsgiver og en oppdragstaker som i verdi overstiger terskel verdien"<sup>13</sup>.

For det andre gjelder loven også dersom oppdragsgiverne er "statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Loven gjelder for rettssubjekter som driver virksomhet innenfor forsyningssektorene, i den utstrekning dette følger av internasjonale forpliktelser og forskrifter gitt i medhold av loven"<sup>14</sup>. Altså kommer loven til anvendelse for alle offentlige myndigheter og organer.

For det tredje kommer loven også til anvendelse dersom det er "andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter, dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi"<sup>12</sup>.

---

12 NOU-1997-21. Offentlige anskaffelser

13 Weltzien, Kurt: 2008, Ulovfestet egenregi i klassisk sektor

14 LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser § 2

Forskriften om offentlige anskaffelser går i sin natur lenger i definisjonen av hva som ligger i tolkningen av offentlig organ<sup>15</sup>. Forskriften viser til at et offentligrettslig organ er "ethvert organ: som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og

- a. som er et selvstendig rettssubjekt og
- b. som i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltningen er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses-, eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer"

Kort oppsummert kan denne paragrafen fremstilles gjennom et organiagram som vist under i figur 1. Her er spørsmålene knyttet opp mot offanskl. § 2 første ledd<sup>16</sup>, - siste setning.



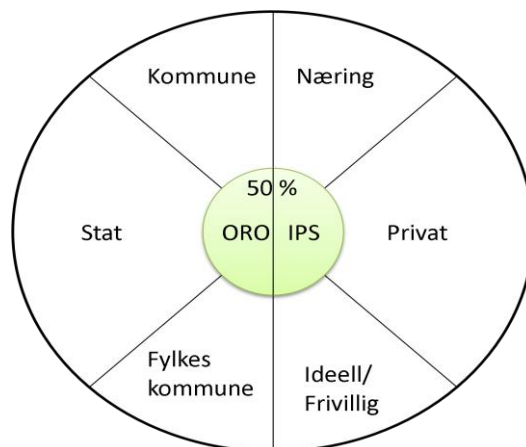
Figur 1: Skjematisk fremstilling av offanskl. § 2 og Forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2.

Figur 1 viser til et oppsett som har sammenheng med offanskl. og forskriften til offentlige anskaffelser med sikte på å avklare paragrafens omfang og virkningsområde, samt forholdene for at loven og forskriften kommer til anvendelsen.

Det som fremkommer av loven og forskriften sett under ett, er at loven også kommer til anvendelse i de tilfeller der, selskapet eller tilskuddsyter er eid eller drevet med mer enn 50 prosent av offentlig organ<sup>14</sup>. Spørsmålet vil derfor bli hvilke konsekvenser som vil gjøre seg gjeldende i de saker der det er snakk om mindre enn 50 prosent, ytelse, og deltakelse.

<sup>15</sup> FOR 2006-04-07 nr 402: Forskrift om offentlige anskaffelser

<sup>16</sup> LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.



Figur 2: Den kjente delingen av sektoren. Her presentert med grensen på 50 prosent og med hvilken form for anskaffelse det er tale om gjennom den innerste sirkelen jfr. Offanskl. § 2.

Forholdet kan igjen deles inn sektorielt som Figur 2 viser til. Denne inndelingen er kjent, men ved å legge til den innerste sirkelen kan man lettere avdekke hva som ligger i anskaffelsesreglene 50 prosent grense, både for tilskudd, og styringsformer.

Figuren over er et bilde av hvordan man deler inn sektorene. Problemet er å kunne definere hvilke områder som vil berøres av offanskl, hvis de mottar tilskudd eller statsmidler av en hver art. Den innerste sirkelen er ment å illustrere forhold hvor man enten innenfor offentligrettslig organ(ORO) anskaffelser eller om man er innenfor Ideell Privat Sektor(IPS).

Før den videre behandlingen, er det hensiktsmessig å avklare hva som faktisk ligger til offanskl. § 2 første ledd, siste setning<sup>17</sup>, for å så kunne avgjøre betydningen og bruksområdet for paragrafen.

Konklusjonen er således at offanskl. gjelder for statlige, fylkeskommunale, kommunale og offentligrettslige organer, men gjelder ikke for næring sektor, privat sektor, frivillig sektor eller andre rettssubjekter hvor tilskuddet utgjør mindre enn 50 prosent jfr. figur 2.

## 2 Nærmere om § 2

Lov om offentlig anskaffelser (1999-07-16-69) er hovedgrunnlagene for denne oppgaven. Lov om offentlig anskaffelser har som formål å **”bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlig anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling”** jfr. offanskl § 1<sup>17</sup>. Ordlyden og lovens oppbygning viser til at det offentlige skal gjennomføre tiltak, og anskaffelser til best mulig pris innenfor de lover som gjør seg gjeldende. Videre foreligger det også påkrav om at det offentlige i denne prosessen, også forholder seg til regler som påser at det ikke foregår konkurransevridende virksomhet.

Videre er formålet med loven at det offentlige **”opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenelig måte”**. Jfr. § 1<sup>17</sup>. Ordlyden her viser til at det offentlige må forholde seg til regler, som sikrer at korrupsjon, svarte penger og andre former for ulovlige virksomheter ikke finner sted under noen omstendigheter, der det offentlige er en del av kontrakten. Dette gjenspeiler det gjensidige ønske fra lovgivere i Norge og EU.

<sup>17</sup> LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.



Ved å pålegge det offentlige krav til integritet, tillit og at det skal være samfunnstjenelig å gjennomføre anskaffelsen, viser til at det er av stor viktighet at alle offentlige anskaffelser skjer på en transparent og ryddig måte.

Problemet er at loven ikke gjør seg gjeldende dersom det offentlige yter mindre enn "50 prosent av kontraktens verdi" jfr. offanskl. § 2 første ledd siste setning<sup>18</sup>. Dette åpner for at intensjonene ikke vil bli oppfylt i en rekke bygge- og anleggssaker der det ytes mindre enn 50 prosent av kontraktens verdi. Dette vil drøftes senere i oppgaven.

Offanskl. § 2 første ledd. tar for seg hvem loven gjelder for. Paragrafen har følgende innhold: "Loven gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Loven gjelder for rettssubjekter som driver virksomhet innenfor forsyningssektorene, i den utstrekning dette følger av internasjonale forpliktelser og forskrifter gitt i medhold av loven. **Loven gjelder også for andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter, dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi**"<sup>18</sup>. Jfr. § 2. første ledd.

Det som er av interesse er å avdekke hva som faktisk ligger i "loven gjelder også for andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter, dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi" jfr. offanskl. § 2<sup>18</sup>. Hvilke grenseverdier gjør seg gjeldende, og hva er konsekvensen av at tilskuddet er på mindre enn 50 prosent av kontraktens verdi.

Ordlydstolkningen av offanskl § 2<sup>18</sup> vil behandles gjennom å dele opp de enkelte områdene for en mer oversiktlig behandling. Dette gjøres for å kunne kartlegge om det foreligger grunnlag for videre behandling, på bakgrunn av ordlydens kompleksitet, eller om det ikke fremstår som problematisk for oppgaven og forståelsen av paragrafens intensjon.

Som en delkonklusjon må det da kunne legges til grunn at den samme formålsparagrafen gjelder selv om den ytte statsstøtten er under 50 prosent og således ikke er avhengig av noe annet spørsmål enn om det er ytt statsstøtte og ikke den relative størrelsen av beløpet.

## 2.1 Behandlingen av vilkårene i § 2.

Det vil under dette kapitelet foretas en mer inngående behandling av vilkårene fremsatt i oppgaven. Dette for å synliggjøre ordlyden, forarbeidene, praksis, teori og hensynet bak regelen, og den bestemte ordlyden.

Gjennom dette vil det forenkles oppgaven med å avgjøre hvorvidt offanskl. § 2 første ledd, siste setning er rettslig, og lovmessig god.

### 2.1.1 "andre rettssubjekter".

#### *Ordlyden*

Først skal ordlyden til "andre rettssubjekter" behandles. Rettssubjekter er enhver som gjennom sin posisjon kan ha rettigheter og plikter til oppfyllelse enten ved lov eller avtale. Gjennom norsk rett er alle mennesker rettssubjekter. Dette innbefatter også juridiske personer. Dette viser til at lovens valg av ordlyd strekker seg til å dekke alle som mottar tilskudd fra det offentlige.

<sup>18</sup> LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.

## **Forarbeider**

Det ligger til "andre rettssubjekter" at det i loven gjør seg gjeldende kun dersom det "offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi<sup>19</sup>". Det vil si at i loven siktes det til at "rettssubjektet må for det første være kontrollert av det offentlige gjennom finansiering, kontroll i styrende organer<sup>20</sup>, eller på annen måte. For det annet må rettssubjektet "tjene allmennheten og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter" jfr. NOU-1997-21<sup>21</sup>.

Videre viser forarbeidene til at den "någjeldende, tilsvarende bestemmelsen i forskriftene sier at rettssubjektet må være "opprettet" for å dekke allmennhetens behov. I praksis er det imidlertid ikke avgjørende hva som var formålet med opprettelsen dersom rettssubjektet faktisk tjener allmennhetens behov". Dette medførte at det ble fremmet et forslag til endring av lovens ordlyd. Dette innebærer at det ikke er nødvendig at rettssubjektet ble opprettet med det formål, men at det ved etter prøvelse kan bevises at det lever opp til lovens intensjon om at rettssubjektet faktisk dekker allmennhetens behov<sup>19</sup>.

## **Praksis**

Det foreligger ingen benyttelse av "andre rettssubjekter" i praksis som skiller seg fra ordlydstolkningen, dog heller ikke er det problematisert i praksis.

## **Teori**

Teorien sier lite om andre rettssubjekter utover det som fremgår av ordlydstolkningen. Teoretisk er det tenkt at man ved benyttelsen av andre rettssubjekter i denne sammenheng, sikter til å kunne omfatte alle mennesker og juridiske personer. Dette gjøres i et forsøk på å ivareta offanskl. § 1, og lovens øvrige intensjoner.

## **Hensyn**

De hensyn som ligger til valget av denne ordlyden viser til at lovgiver har forstått at gjennom å forme loven til å gjelde alle mennesker og organisasjoner i Norge. Lovens intensjon og hensynene til borgernes rettigheter vil best bli ivaretatt gjennom at loven gjør seg gjeldende for alle rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter så fremt de mottar tilskudd. Dette gjøres også i samsvar med legalitetsprinsippet og fvl. grunnprinsipper.

### **2.1.2 "bygge- og anleggskontrakter".**

## **Ordlyden**

Den naturlige ordlydstolkningen til "bygge- og anleggskontrakter" viser til å omfatte alle kontrakter knyttet til bygging av fysiske bygg og anlegg. Videre foreligger det innefor bygge- og anleggskontrakter en rekke Norske Standard (NS) kontrakter. Disse er fremmet som forslag til kontrakter, for å påse at retningslinjer innenfor bransjen faktisk blir overholdt, og rettighetene blir ivaretatt på best mulig måte. NS skal ikke behandles inngående i denne oppgaven.

19 LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser § 2

20 FOR 2006-04-07 nr 402: Forskrift om offentlige anskaffelser

21 NOU-1997-21. Offentlig anskaffelser merknader til de enkelte bestemmelser, se § 2..

## Forarbeider

Det eneste som blir uttalt i forarbeidene vedrørende bygge- og anleggskontrakter er: "Når det gjelder litra d henviser denne til spesialregelen om subsidierte bygge- og anleggskontrakter i forskriftens del 2".<sup>22</sup>

## Praksis

Gjennom praksis har det ikke vært problematisert hvordan man skal tolke ordlyden. Det foreligger klare definisjoner i loven, og i forskriften. Forskriften om offentlig anskaffelse<sup>23</sup> til at det med " bygge- og anleggskontrakt [menes]: kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) eller et bygge- og anleggsarbeid, eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver. Med bygge- og anleggsarbeid menes resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon"<sup>23</sup>.

## Teori

Teoretisk er det blitt presentert gjennom Veileder til reglene om offentlige anskaffelser<sup>24</sup> en fremstilling av forskjellene på bygge- og anleggskontrakter og leiekontrakter. Det er viktig å få frem denne fremstillingen, for å avgrense hva som ligger til ordlyden, og dens benyttelse.

*"Kontrakter om erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom er unntatt fra forskriften, jf. § 1-3 annet ledd bokstav b. [...]. En problemstilling som kan oppstå er om avtaler hvor utleier først skal oppføre en bygning, eller gjøre vesentlige bygge- og anleggsarbeider etter at leieavtalen er inngått, er en reell leieavtale eller en bygge- og anleggskontrakt.*

*Spørsmålet må avgjøres etter en helhetsvurdering hvor et viktig spørsmål er formålet med kontrakten og om formålet gjenspeiles i kontraktsbestemmelsene. Faren for omgåelse av regelverket bør her tillegges stor vekt. Sentrale momenter i denne totalvurderingen er:*

*Oppdragsgivers påvirkning på byggearbeidene. Hvis oppdragsgiver har stor grad av påvirkning på arbeidet trekker dette i retning av at det er en bygge- og anleggskontrakt.*

*Hvem som har risikoen for byggekostnadene, og fordeling av annen type risiko. Hvis leiesummen er fastsatt ut fra stipulerte kostnader og leverandøren må bære en stor del av risikoen for de faktiske byggekostnadene, taler dette for at det er en ordinær leieavtale.*

*Formålet med bygget. Stor grad av spesialtilpasning til oppdragsgivers behov kan tale for at det er et bygge- og anleggsarbeid. Hvis spesialtilpasningene til oppdragsgivers behov ikke kan gjøres i eksisterende bygningsmasse, og leverandøren må oppføre nybygg, er dette et ekstra moment som trekker i retning av at det er en bygge- og anleggskontrakt.*

*Kontraktens varighet. En kortvarig avtale kan trekke i retning av at det foreligger en leiekontrakt.*

*En opsjon for oppdragsgiver til å kjøpe bygget kan tale for at det er et bygge- og anleggsarbeid.*

<sup>22</sup> Offentlige anskaffelser Ot.prp.nr.71 (1997-1998)

<sup>23</sup> FOR 2006-04-07 nr 402: Forskrift om offentlige anskaffelser

<sup>24</sup> [http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger\\_og\\_brosjyrer/2006/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska.html?id=476384](http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger_og_brosjyrer/2006/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska.html?id=476384)

*Hvis leverandør skal beholde areal i bygget selv, og eventuelt leie dette ut til andre, taler dette i retning av at det er en leiekontrakt”<sup>25</sup>.*

Altså foreligger det et skille for anvendelsesområdet for loven, og vil medføre at man i forkant av kontraktsinngåelse må ta stilling til en rekke spørsmål, for å avklare hva som ligger i kontrakten og igjen vil vise til om offanskl. kommer til anvendelse i det konkrete tilfelle.

### **Hensyn**

Hensynet som ligger bak at også ”bygge- og anleggskontrakter” er innbefattet i loven, er hensynet til effektivitet og det offentlige krav gjennom offanskl. § 1<sup>26</sup>. Bygge- og anleggsarbeider er et stort marked, og omhandler store pengeverdier. Det er derfor av interesse for lovgiver, å påse at også bygge- og anleggskontrakter gitt av det offentlige, følger lovens intensjon og sikrer de allmennøkonomiske hensynene også innenfor bygge- og anleggskontraktene.

### **2.1.3 ”offentlige yter tilskudd”.**

#### **Ordlyden**

Videre skal ordlyden til ”offentlige yter tilskudd” behandles. Det ligger til ordlyden at det omhandler alle former for vederlag, enten det er snakk om rene penger, motytelser, gi avkall på eller gi bort eiendom, eller lettelse i form av skatter og avgifter. Videre gjelder dette når det offentlige yter tilskuddet. Ordlyden til det offentlige er gjennom forskrift til offentlig anskaffelse § 1-2 ment å dekke følgende:

”Et offentligrettslig organ er ethvert organ:

- a. Som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og
- b. som er selvstendig rettssubjekt og
- c. som i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer”<sup>27</sup>.

#### **Forarbeider**

”Någjeldende § 2 nr 4 om «andre rettssubjekter hvor det offentlige yter tilskudd lik halvdelen eller mer av anskaffelsens verdi» er fjernet. Dette skyldes det forhold at det fremgår av forskriftsforslagets § 1-5 at slike kontrakter er omfattet. Videre er bestemmelsen med sin generelle ordlyd egnet til å villedes”<sup>28</sup>. Denne ble senere inntatt i lovens § 2 første ledd-, siste setning, med en modifisering av ordlyden.

Videre fremgår det av forskriften at ”støttmottaker”<sup>28</sup> skal gjøres oppmerksom på at loven gjør seg gjeldende, spørsmålet blir derfor om støttmottaker her også kan sammenfattes med støttmottaker i Lov om offentlig støtte (LOV-1992-11-27-117)jfr. EØS-avtalens artikkel 61 (1)<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> [http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger\\_og\\_brosjyrer/2006/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska.html?id=476384](http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger_og_brosjyrer/2006/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska.html?id=476384)

<sup>26</sup> LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.

<sup>27</sup> FOR 2006-04-07 nr 402: Forskrift om offentlige anskaffelser

<sup>28</sup> NOU-1997-21. Offentlige anskaffelser Lov om offentlige anskaffelser - merknader til de enkelte bestemmelser

Til § 2 Oppdragsgivere som er omfattet

<sup>29</sup> LOV 1992-11-27 nr 109: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

### **Praksis**

Dette har ikke vært problematisert i praksis, hvorpå det ikke fremgår noen holdepunkter eller tolkninger av "ytter tilskudd". Det vil derfor være basert på ordlydstolkningen som fremgår over.

Videre viser forskrift om offentlig anskaffelse til i samme bestemmelse om forskriftens benyttelse til "direkte subsidiert" i stedet for yter tilskudd. Det er derfor slik at ordlydstolkningen over, vil være holdepunktet for den videre behandling i oppgaven.

### **Teori**

Teorien har heller ikke fremkommet med en tolkning av "ytter tilskudd". Dette er spesielt, men det ser ut til at det ikke er problematisk å benytte seg av den valgte ordlyden.

### **Hensyn**

Hensynet bak valget av "ytter tilskudd" strekker seg til et ønske om at offentlige penger og verdier skal måtte følge de retningslinjer fremsatt i offanskl. § 1 for å sikre at offentlige kontrakter og tilskudd blir fordelt etter gjeldende regler.

#### **2.1.4 "kontraktens verdi".**

### **Ordlyden**

Videre skal ordlyden til "kontraktens verdi" behandles. Dette medfører altså at oppdragsgivers vederlag normalt vil bestå i å betale et gitt vederlag enten penger eller andre former for økonomisk motytelse, som for eksempel, å gi avkall, eller gi bort eiendom, eller lettelse i skatter og avgifter.<sup>30</sup>

Videre kan man ved utregning av kontraktens verdi, se til forskriftens §§ 2-1, 2-2 og 2-3<sup>30</sup>. Disse paragrafene omhandler terskelverdiene, utregnings spørsmål og anvendelsesområdene for forskriftens deler.

Det er viktig i forhold til tolkingen av ordlyden, å se på bestemmelsene i §§ 2-1 til 2-3<sup>30</sup> for å forstå hvilke verdier, og hvordan man utregner verdiene.

### **Forarbeider**

Forarbeidene er tvetydige på dette området. Det har vært diskutert gjennom flere ledd, hvorvidt kontraktens verdi skal være en del av loven,

"Dette skyldes det forhold at det fremgår av forskriftsforslagets § 1-5 at slike kontrakter er omfattet. Videre er bestemmelsen med sin generelle ordlyd egnet til å vilde" <sup>31</sup>, men ble senere tatt med som et eget ledd i paragrafen, noe som igjen er med å behandles de forhold loven er ment å ta for seg.

### **Praksis**

Det ligger til "kontraktens verdi" en forståelse hentet fra § 4-1 litra a. Her fremkommer det at med kontrakt menes en "gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere parter" <sup>30</sup>.

<sup>30</sup> FOR 2006-04-07 nr 402: Forskrift om offentlige anskaffelser

<sup>31</sup> NOU-1997-21. Offentlige anskaffelser: Lov om offentlige anskaffelser - merknader til de enkelte bestemmelser til § 2 Oppdragsgivere som er omfattet

Altså er det kun gjensidig bebyrdende avtaler inngått skriftlig som omfattes av loven. Med dette ligger det en forståelse av at det må foreligge en gjensidig, forpliktende avtale, og at de forpliktelsene må være avhengig av hverandre jfr. EF-domstolens C-107/98 premiss 48<sup>32</sup>

### **Teori**

Teorien viser også til denne forståelsen av kontrakt, og at det vil være avgjørende for tolkningen hva som ligger til kontrakten, og hvilke verdier man taler om. Jfr. blant annet Jo Hov Avtalebrudd og partsskifte<sup>33</sup> og Johan Giertsen Avtaler<sup>34</sup>.

### **Hensyn**

Bakgrunnen for at det skal tas hensyn til "kontraktens verdi" fremkommer gjennom EU retten, og sikter til en rekke terskelverdier. Disse terskelverdiene er viktige i avgjørelsen om hvorvidt de enkelte kontraktene medfører at offanskl. kommer til anvendelse. Terskelverdiene er fremmet gjennom forskrift om offentlig anskaffelser § 2-2<sup>35</sup>.

Videre ligger det et hensyn til oppdragstakers forutberegnelighet i henhold til inngåtte kontrakter med offentlige organer. Det er en forståelse innad i Europa om at det er terskelverdiene, som til slutt legger grunnlaget for anskaffelsesprosessen innenfor bygge- og anleggsarbeider. Dette hensynet er av økonomisk karakter, og er valgt for igjen å sikre intensjonene i offanskl. § 1<sup>35</sup>.

## **2.1.5 "mer enn 50 prosent"**

### **Ordlyden**

Videre skal det tolkes hva som ligger i lovens bestemmelse om "[...]mer enn 50 prosent[...]". Den naturlige forståelsen av 50 prosent er at det er snakk om halvparten, altså i samsvar med ordlydstolkningen av "kontrakt". Loven kommer til anvendelse når et bidrag fra det offentlige er på mer enn 50 prosent.

Problemet ligger til den valgte ordlyden i "mer enn", som viser til en naturlig ordlydsforståelse på at det er snakk om alle tilskudd som overskrider 50 prosent. Det vil si at gjennom en naturlig forståelse vil det være alt over 50 prosent som dekkes av loven, og det vil først ved høyere enn 50 prosent medføre at loven kommer til anvendelse. Det som kan kritiseres er hvorvidt det er gjennomtenkt at alle tilskudd som faktisk er over 50 prosent, og ikke 50 prosent i seg selv skal gjøre seg gjeldende.

Dette punktet vil ikke kunne by på problemer ettersom valget av ordlyden tilsier at det må være snakk om 50 prosent, eller mer. Det er derfor kun et matematisk og ikke direkte rettslig spørsmål.

### **Forarbeider**

Grensen på "[...]50 prosent[...]"] er ikke problematisert utover at det i forarbeidene er uttalt "kriteriene knyttet til det offentliges økonomiske og styringsmessige kontroll over rettssubjektet vil sjelden by på stor problemer"<sup>36</sup>. Dette viser at det ikke tidligere har blitt problematisert hva som ligger i den valgte grensen på 50 prosent.

32 Weltzien, Kurt: 2008: lovfestet egenregi i klassisk sektor og FOR 2006-04-07 nr 402: Forskrift om offentlige anskaffelser

33 Jo Hov Avtalebrudd og partsskifte. Papinian Oslo 2 utg. 2002.

34 Johan Giertsen Avtaler. Universitetsforlaget 2006.

35 LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.

36 NOU-1997-21. Offentlig anskaffelser. Lov om offentlige anskaffelser - merknader til de enkelte bestemmelser. Til § 2 Oppdragsgivere som er omfattet

Det kan igjen sies at ordlyden skal tolkes dit hen at det er snakk om alle bidrag fra 50 prosent og oppover.

### **Praksis**

Som det fremgår av forarbeidene har denne grensen ikke bydd på store problemer, og er heller ikke problematisert i praksis.

### **Teori**

Teoretisk er det heller ikke fremstilt noen forsøk på å drøfte ordlyden til 50 prosent. Dette virker som en grei og oversiktlig matematisk regel som juridisk ikke vil by på problemer, bortsett fra "mer enn[...]" jfr. ordlydstolkningen over.

### **Hensyn**

Hensynet til den valgte grensen på 50 prosent, gjenspeiler seg gjennom flere ledd. Det er gjennom 50 prosent slik at når det overstiger denne grensen trer man også inn i en del av lovverket som pålegger en rekke plikter og noen rettigheter, som det offentlige ikke alltid er tjent med å påta seg.

Forskriften viser også til eierskap, der 50 prosent utgjør en grense for hva som anses som et offentlig rettslig organ. Dette kan igjen ses i sammenheng med hvilke forhold som påfører det offentlige betydelig større oppgaver og plikter enn hva som er tiltenkt gjennom offanskl. Jfr. § 1.

## **2.2 Videre behandling av Lov om offentlig anskaffelse.**

Lov om offentlig anskaffelse for anvendelse for alle anskaffelser gjort av det offentlig, det fremgår av lovens § 3: "Loven gjelder anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av oppdragsgivere som nevnt i § 2"<sup>37</sup>.

Det er altså en sammenheng mellom §§ 2 og 3<sup>37</sup> for å kartlegge anvendelsesområdet for loven. Lovens § 2 viser til at "Loven gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Loven gjelder for rettssubjekter som driver virksomhet innenfor forsyningssektorene, i den utstrekning dette følger av internasjonale forpliktelser og forskrifter gitt i medhold av loven. Loven gjelder også for andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter, dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi".

For å kunne få en totalforståelse av anvendelsesområdet for loven, er man nødt å se til forskrift om offentlig anskaffelser, og forskriftens vektleggelse av hvem som omfattes og hvilke områder som loven får anvendelse på.

Forskrift om offentlige anskaffelser legger til grunn at det innenfor oppdragsgivere og motytere skal strekke seg til å gjelde for "[...] statlige, kommunale, fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse". Videre går forskriften lenger i sin forklaring av hvem som omfattes av forskriften og hva som ligger til offentligrettslig organ. "Et offentligrettslig organ er ethvert organ:

- a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og
- b. som er et selvstendig rettssubjekt og

<sup>37</sup> LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.

- c. som i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer<sup>34</sup>. Se figur 1.

Videre ser man at forskriften på lik linje som loven har med den siste klausulen vedrørende forskriftens anvendelse i "bygge- og anleggskontrakter og tilhørende tjenestekontrakter tildeles av andre enn oppdragsgiver som nevnt i første eller annet ledd, forutsatt at de er direkte subsidiert med mer enn 50 prosent. Dette gjelder likevel bare kontrakter som nevnt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) kategori 3 eller kontrakter som gjelder sykehus, idretts-, rekreasjons- og fritidsanlegg, skole- og universitetsbygninger og bygninger til forvaltningsformål. Oppdragsgiver skal gjøre støttemottaker oppmerksom på denne bestemmelsen<sup>38</sup> jfr. § 1-2 (3)

Forskriften er viktig for å avklare anvendelsesområdet for loven. Det som er av størst nytte er forskriftens beskrivelse av et offentligrettslig organ. Dette er av viktighet for å kartlegge og avklare hvem som faktisk er omfattet av bestemmelsene i offanskl. § 2 for å kunne avklare hva som ligger i offentligrettslig organ.

Lov om offentlig anskaffelse og forskrift om offentlig anskaffelse fremkom for oppgaven interessant i sammenheng med at Bård Vegar Solhjell og SV snudde<sup>39</sup> i henhold til private omsorgstjenester og uttalte at man i Norge ser et økende behov for ideelle private selskaper.

Dette viser til at det offentlige nå ser behovet for å kunne opprettholde velferdsstaten Norge, gjennom samarbeid på tvers av sektorene, med vekt på ideelle private selskaper/organer. Videre åpner det også for at det i fremtiden kan oppnås store fordeler for private aktører i et arbeidsmarked som ikke tidligere har vært tilgjengelig, gjennom at de private kan oppnå deltakelse og supplerende virksomheter innenfor tidligere statlig kontrollerte tjenester.

Også ved drøfting av de enkelte begrepene kan man konkludere med at det ikke settes kommersielle krav til ytelsesmottaker når tilskuddet er mindre enn 50 prosent.

## 2.3 Oppsummering

Etter behandlingen av offanskl. § 2<sup>40</sup> har det fremkommet en forståelse om at loven og paragrafen faktisk er meget tilfredsstillende slik den er skrevet. Den viser til anvendelsesområdet, og igjen viser § 2 til hvem som omfattes av loven. Gjennom et innblikk i forskriftens § 1-2<sup>34</sup> får man en videre forståelse av hvordan lovens og forskriftens harmoni medvirker til å klarlegge anvendelsesområdet og hvem som er innbefattet i loven.

Paragraf 2 slik den er skrevet i dag, sikrer intensjonen i lovens § 1<sup>40</sup> og i sin utstrekning påser at offentlige anskaffelser, og offentlige kontrakter i bygge- og anleggssaker følger retningslinjene, og kravene som medfører at lovens intensjon blir overholdt.

Videre gir loven klare linjer innenfor offentlige anskaffelser, og ivaretar både legalitetsprinsippet og forholdet til forvaltningsretten.

38 FOR 2006-04-07 nr 402: Forskrift om offentlige anskaffelser

39 <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/politikk/article3798256.ece> og <http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.7279926>

40 LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.



Loven strider heller ikke mot internasjonal lovgivning jfr. Europaparlamentets og rådets direktiv NR. 2004/18/EF artikkel 8 som lyder:

”Dette direktiv får anvendelse på tildeling av:

- a) Kontrakter som er direkte subsidiert av offentlig oppdragsgivere med mer enn 50prosent, og som har en anslått verdi, eksklusiv mva, på minst 6 242 000 euro, dersom disse kontraktene gjelder bygge- og anleggsvirksomhet som definert i vedlegg I, dersom disse kontraktene gjelder bygningsarbeider for sykehus, idretts-, rekreasjons- og fritidsanlegg, skole- og universitetsbygninger og bygninger for administrative formål<sup>41</sup>.

Den overnevnte artikkelen viser til et samsvar mellom norsk og internasjonal lovgivning. Det foreligger derfor ikke konflikt mellom Norsk lov og EU/EØS lovgivningen for forhold om offentlige anskaffelser.

Avslutningsvis vil det kunne konkluderes med at loven er meget god, i den utstrekning den faktisk kommer til anvendelse og kan anses som dekkende for offentlige anskaffelser. Slik det fremgår av behandlingen over, foreligger det heller ingen tolkningsmuligheter utover hva paragrafen faktisk sier, sett i sammenheng med forskriften til offentlig anskaffelse.

Konklusjonen til Lov om offentlig anskaffelse, er at loven er dekkende, og har en lovmessighet som dekker de behov, og de regler som kreves for at det offentlige ved kontrakter hvor verdien overstiger 50 prosent faktisk forholder seg til lovens intensjon, og legalitetsprinsippets klare retningslinjer.

### 3 Et kritisk tilbakeblikk på Offanskl. § 2.

Selv om det i oppsummeringen fremstår en forståelse av at loven og paragraf 2 faktisk er dekkende, presenteres det her et kritisk tilbakeblikk på offanskl. § 2 og dets betydning i dagen samfunn.

Lov om offentlig anskaffelse er fra 1999, og har gjennom tiden ikke gjennomgått store endringer, for å tilpasse seg dagen realiteter.

Gjennom arbeidet med oppgaven har det vist seg at offanskl. ikke lenger tilfredsstillende utviklingen i samfunnet. Loven og spesielt § 2 setter ingen krav til aktører som mottar tilskudd fra det offentlige under 50 prosent i saker om bygge- og anleggskontrakter.

Kai Krüger uttaler i sin artikkel Offentlig og privat samarbeid om kommunale prosjekter at:

**”Problemstillingen i det følgende er i sin brutale form denne: Er de praktiske behov for andre måter å løse kommunale behov enn ved kjøp av forhåndsdefinerte varer og tjenester mer eller mindre negligjert etter gjeldende rett? Omformulert og tilspisset: Har utviklingen og behovene løpt fra de innkjøpsscenarioer som anskaffelsesreglene historisk var myntet på?**

**Spørsmålet er betimelig av flere grunner. Dagens OPS-oppfinnsomhet («Offentlig Privat Samarbeid») utvist av kommuner og markedsaktører har satt et stramt regelverk under økende belastning. Anskaffelsesreglene passer ofte dårlig for fremveksten av OPS-designet. Kommisjonens prosjekt for modernisering av anbudsdirektivene har våren 2004 nedfelt seg i to nye prosedyredirektiver, ett for «klassisk» offentlig sektor og ett for forsyningssektoren (« Utilities »).**

41 EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting. [ Anskaffelsesdirektiv ] [ Innkjøpsdirektivet ]

10 Direktivene åpner rett nok for noe større fleksibilitet, særlig ved innføring i « klassisk » sektor av en ny kontraheringsform, den såkalte « konkurransepregede dialog » (« competitive dialogue »). 11 « Men gir de nye direktivene de rette svar i forhold til nye konsepter som gror frem i hele EU/ EØS-området med en flora av betegnelser som alle er varianter over samme grunntema - samarbeidsavtaler. « Partnering », Private Finance Initiative (PFI), Public and Private Partnership (PPP)? Litteraturen i emnet er allerede omfattende. 12 « OPS » gjelder både beskrivelser av nye kontraktstyper som avviker fra det tradisjonelle mønster for kjøp av ytelse mot betaling - og beskriver bruk av tradisjonelle avtaleformer som utvides i tid og rom for å muliggjøre investeringer for mer langsiktig synergi mellom offentlige og private aktører. Utfordringen ligger i de muligheter atypiske kontrakter kan åpne for « skreddersøm » for løsning av kommunale oppgaver. Spørsmålet blir: Hvordan skal regelverket for offentlige anskaffelser fortolkes og anvendes når figuren « kjøp av vare og tjeneste mot betaling » erstattes av kontrakter der funksjoner, finansiering og parametere for allokering av risiki håndteres sui generis og ad hoc- og med råstoff og tankegods hentet både fra selskapsretten, fra joint venture-avtaler og fra tingsrettslige sameieløsninger?

Det ligger nær å spørre: Har konsipistene bak dagens og de nye direktiver tatt høyde for aktørenes omforente preferanser - eller er regelverket og de forsiktige lempelser i Kommisjonens nye direktiver i virkeligheten allerede i ferd med å bli distansert av det praktiske livs behov? Går EU foran, på siden av - eller bak det som foregår i kommunale innkjøpsmiljøer i store deler av Europa?"<sup>42</sup>

Denne uttalelsen har i stor grad vært en inspirasjon, og en tankevekker i arbeidet med oppgaven. De spørsmålene Kai Krüger her stiller er av stor betydning og helt klart viktige. Hva skjer med statlige penger og verdier, i de tilfellene loven ikke kommer til anvendelse? Lov om offentlig anskaffelse og tilfalle EU-direktiv 2004/18EF<sup>43</sup> er etter oppgavens syn utdaterte og kan i stor grad ikke tilfredsstillende dagens marked og den utviklingen man ser kommunalt, fylkeskommunalt og statlig. Behovet for samarbeid, og løsninger utenfor de normale regelverkene har i større grad kommet for å bli. Er det derfor på tide å fornye regelverket, og tilpasse dette til dagens realiteter?

Svarene på spørsmålene er ubetinget JA. Slik regelverket er i dag, er det ingen ting som hindrer kommunale foretak, eller andre private selskaper som ikke oppfyller kravene i offanskl. og forskriften, til å tappe statsmidler til egen gevinst.

Spørsmålet er derfor om det faktisk foreligger regler som behandler denne problemstillingen. Svaret på det er at EØS-avtalen her har regulativer som behandler spørsmålet ut over tilskudd i offanskl. Det skal derfor foretas en ytterligere behandling om supplerende regler per i dag til nettopp denne problemstillingen.

Helt til slutt i oppgaven, vil det foreligge et forslag til endring av loven, slik at det norske regelverket faktisk er kapabelt til å møte utfordringene på en slik måte at man kan ivareta intensjonene i Offanskl. § 1 også i fremtiden.

<sup>42</sup> Kai Krüger, Lov og Rett 2004 s. 360 – (LoR-2004-360)

<sup>43</sup> EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting. [ Anskaffelsesdirektiv ] [ Innkjøpsdirektivet ]

## 4 Rettsbilde knyttet til aktører som mottar tilskudd under 50 prosent av kontraktens verdi.

Lov om offentlig anskaffelser har en intensjon, denne lyder som følger:

§ 1 "Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte"<sup>44</sup>.

Det vil på bakgrunn av dette foretas en behandling for å kunne fremme en løsning som tilfredsstillende dagens scenarier, og det markedet som er i anmarsj utenfor de velkjente sektorale forhold.

Opgaven har som tidligere presisert sitt utgangspunkt i hovedproblemstilling innenfor forhold til Lov om offentlig anskaffelse § 2, videre viser arbeidet med oppgaven og rettskildene, at det er andre regelverk og lover som også får anvendelse. Oppgaven tar problemstillingen over i spørsmålet om "ytter tilskudd"<sup>45</sup> kan regnes som statsstøtte etter EØS-avtalens artikkel 61 (1)<sup>45</sup>.

Avgjørende for om EØS-avtalens artikkel 61<sup>45</sup> kommer til anvendelse er EØS-avtalens anvendelsesområde og hvorvidt artikkelen regulerer de forhold "ytter tilskudd" sikter til.

EØS-avtalen trådte i kraft 1.1.1994 og er med å regulere bestemmelsene om EUs felles indre marked hvor fri flyt av varer, tjenester, kapital og personer er hovedformålet med avtalen. Norge er tilknyttet denne avtalen gjennom å være et av landene som danner grunnlaget for EFTA og har gjennom dette undertegnet EØS-avtalen. For å avgjøre anvendelsen av EØS-avtalen innenfor norsk rett, vil det gis en kort vurdering om EØS-avtalen kommer til anvendelse i denne oppgaven.

EØS-avtalen er en folkerettslig traktat, noe som medfører at den vil kunne ha forskjellig virkning og anvendelse for medlemslandene.

EØS-avtalen ble en del av EU-retten kort tid etter at den var signert av landene som danner grunnlaget for avtalen. Det som er et kjent prinsipp innenfor folkeretten, er at traktatene som signeres, har et krav til gjennomføring nasjonalt. Dette med bakgrunn i lojalitet for nødvendigheten for slike traktater. Det som ligger som et krav gjennom nødvendigheten, er at reglene faktisk overholdes, og håndheves nasjonalt. EØS-avtalen på lik linje som andre folkerettslige traktater, medfører i stor grad positive rettigheter for borgerne, og sjeldent pålegger borgerne plikter. Gjennom denne ligger det i traktaten en klar oppfordring, som kan tolkes som et krav til gjennomføring og håndhevelse av traktatens intensjon.

Altså er Norge gjennom signeringen av EØS-avtalen bundet til dens intensjon og gjennomføring. I norsk rett foreligger det to måter å gjennomføre traktater på. Det ene er ved gjengivelse, og det andre er ved henvisning. Dette skal forklares kort.

Ved gjengivelse av en folkerettslig traktat, skrives traktatens bestemmelser om i tråd med norsk retts teknisk form og utseende, og blir gitt en egen plass i norsk lovtekst. Dette enten som lov, eller som forskrift, eller som supplerende tekst i allerede eksisterende lover eller forskrifter.

<sup>44</sup> LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.

<sup>45</sup> LOV 1992-11-27 nr 109: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

Ved henvisning, vil man innenfor norsk lov, henvise i lovteksten til de bestemmelsene som er med å regulerer det forholdet norsk lov er ment å regulere. Dette medfører en direkte anvendelse av traktaten og dens retts tekniske oppbygning. Dette igjen gjør at norsk rett vedkjenner traktaten til å gjelde som norsk lov.

Gjennomføringen i norsk rett er ved LOV 1992-11-27 nr 109: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) og ved forskifter pålagt Norge å følge denne som egen rett. Det er derfor på det rene at EØS-avtalen kan benyttes i denne oppgaven for å gi svar på problemstillingen vedrørende hva som skjer hvis det er snakk om mindre enn "50 prosent" gjennom at det offentlige "yter tilskudd".

Det fremstår i Lov om offentlig anskaffelse at man skal se til "EØS-avtalen art 65 og vedlegg XVI, nr. 2 (dir 2004/18), nr. 4 (dir 2004/17), nr. 4a (Kvedtak 93/327/EØF), nr. 5 (dir 89/665), nr. 5a (dir 92/13), nr. 5b (dir 92/50) og nr. 6 ( frd. 1182/71). Jf. også WTO-avtalen 15 april 1994 om offentlige innkjøp", gjennom behandlingen av overnevnte lov. Dette vil igjen medføre at offanskl. faktisk er begrunnet gjennom EØS-retten.

EØS artikkel 61<sup>46</sup> regulerer støttebegrepet i forhold til offentlig tilskudd til private, offentlige og andre medlemsstater for å sikre at det foreligger vekst, og at det gjennom tilskudd kan realiseres tiltak som er av allmennøkonomiske hensyn.

Artikkelen er en av flere bestemmelser om statsstøtte, men det er denne som er av interesse for oppgaven, og det vil derfor avgrenses til å se på denne artikkelen knyttet opp mot hensynene og hva som ligger i offanskl. § 2 jfr. forskrift om offanskl. § 1-2 <sup>47</sup>"[...] offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi"<sup>48</sup> jfr. EØS-avtalens artikkel 61 (1)<sup>46</sup>.

EØS artikkel 61(1)<sup>46</sup> regulerer hva som er mulighetene for å kunne gi og motta offentlig støtte. Gjennom teori og arbeidet med oppgaven, må det kunne sies at teorien ikke nødvendigvis er rett i forholdet til lovligheten rundt tildeling av statsstøtte. Det er av oppgavens oppfatning at statstøtte er lovlig så fremt man ikke oppfyller de fire kumulative vilkårene artikkelen fremsetter. Dette vil behandles videre i oppgaven.

Oppgaven reiser også spørsmål rundt privatiseringen (evt. kommersialiseringen) som kan oppstå ved tildeling av statlige midler til ideelle private aktører. Dette vil kun behandles kort i denne oppgaven, men er en viktig del for å gi et bedre innblikk i forholdet mellom privat organ og offentlig organ jfr. Offanskl. § 2<sup>47</sup>.

Tematikken for oppgaven er valgt på bakgrunn av et ønske om å belyse forholdene som i dag setter grenser for verdiskapning og infrastrukturelle endringer i Norge. Gjennom en annen forståelse vil kunne belyse en ny juridisk tankemåte som i enkelte former kan være med på nettopp å øke verdiskapningen og sette rammer for å oppnå en bedre utvikling av Norge gjennom samspill mellom sektorene.

Det som igjen er med på å regulere forholdet i henhold til statsstøtte er EØS-avtalens kapittel 2 om statsstøtte<sup>49</sup>.

46 LOV 1992-11-27 nr 109: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

47 FOR 2006-04-07 nr 402: Forskrift om offentlige anskaffelser

48 LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.

49 Jfr. Lov 1992-11-27 nr. 109: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)kapitel

2.

Spørsmålet blir derfor om EØS-avtalens artikkel 61 (1)<sup>52</sup> kan være med å regulere tolkningen, og bruksområdet for offanskl. § 2 første ledd. siste setning, når spørsmålet omhandler "andre rettssubjekter [...] 50 prosent av kontraktens verdi".

EØS-avtalens artikkel 61 (1)<sup>52</sup> viser til bestemmelsen om hvorvidt støtten som er gitt er lovlig eller må anses som ulovlig mottak av statsmidler. Mitt utgangspunkt er at statsstøtte er lovlig forutsatt at tiltaket ikke oppfyller lovens fire kumulative vilkår. Jeg er derfor ikke enig i den forståelsen enkelt har om at det i utgangspunktet ikke er lovlig å tildele statsstøtte jfr. blant annet Fornynings, administrasjon og kirke departementet (FAD) sin veileder<sup>50</sup>, og juridisk teori<sup>51</sup>. Grunnen for at oppgaven velger et annet utgangspunkt, er at det fremstår som klart at ved oppfyllelse av de fire kumulative vilkårene, vil statsstøtten være ulovlig, det vil si at hvis man ikke oppfyller et av vilkårene, er det lovlig, derav er den valgte tilnæringsmåte at statsstøtte i utgangspunktet er lovlig, med mindre man kommer i konflikt med alle de fire kumulative vilkår i artikkelen.

EØS artikkel 61 (1) "Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene<sup>52</sup>".

1. Det må foreligge støtte fra staten (det offentlige) eller fra offentlige midler,
2. Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer,
3. Støtten må være konkurransevridende
4. Støtten må kunne påvirke samhandelen

**Jeg tolker denne bestemmelsen slik at den skal sette grensene for bruk av statsmidler - ikke hindre økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk slik det er definert i Offanskl. § 1.**

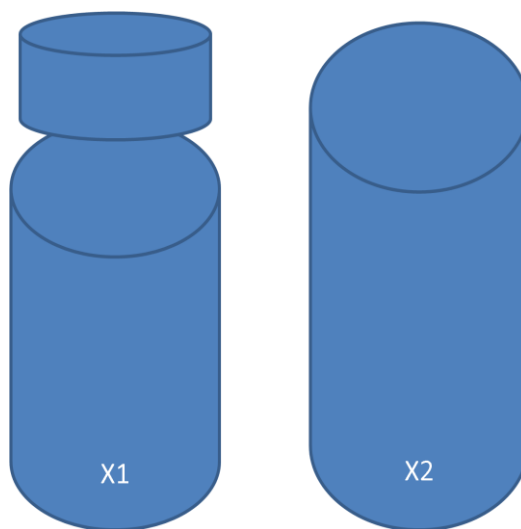
**Figur 3 De fire kumulative vilkår for lovlig mottak av statsmidler<sup>52</sup>**

Det vil derfor vurderes under om EØS-avtalens artikkel 61 (1)<sup>52</sup> gjør seg gjeldende i norsk rett, og om den er med å avgjøre forholdene under 50 prosent. Videre må det også avklares om artikkelen har relevans for oppgavens tema.

Opgavens tema er komplisert. Det er derfor av interesse å presentere et eksempel som er med å beskriver problemstillingen oppgaven tar for seg. Dette går på oppføringen av barnehager hvorpå det er gitt tilskudd fra det offentlige.

Som det er blitt kjent gjennom media har de nye tiltakene rundt oppføring av private barnehager fremtitt en del problemstillinger, hvorpå enkelte har kunnet ta ut en større del til eget formål gjennom statsstøtten enn de andre aktørene. Det er derfor av stor interesse for oppgaven å se videre på denne saken for å avdekke hvor og hva som faktisk er blitt gjennomført og som har bunnnet ut i ulovlig mottak av statsmidler.

Temaet kan belyses med følgende eksempel: Barnehage X<sup>2</sup> koster 100 millioner kroner å bygge, noe som medfører at de har mottatt statsstøtte på 20



50 [http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger\\_og\\_brosjyrer/2007/veileder---eos-avtalens-regler-om-offent.html?id=485129](http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger_og_brosjyrer/2007/veileder---eos-avtalens-regler-om-offent.html?id=485129)

51 EØS-Rett 2. utgave. Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad. Universitetsforlaget 2004.

52 Jfr. Lov 1992-11-27 nr. 109: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

millioner kroner fra staten, noe som ikke er problematisert i henhold til EØS-avtalens artikkel 61 (1)<sup>47</sup>.

Barnehage X<sup>1</sup> koster i realiteten av forskjellige grunner 90 millioner kroner å bygge, men den bokførte kostnaden er satt til 100 millioner kroner også for denne barnehagen fordi fortjenestemarginene i prosjektet er høye, og prosjektet har der igjen mottatt 20 millioner kroner i statsstøtte.

Det vil si at barnehage X<sup>1</sup>, har mottatt 10 millioner kroner i statsstøtte som det ikke var nødvendig for å oppfylle leveransen, jfr. Barnehage X<sup>2</sup>. Allikevel er man innenfor reglene i lov om offentlig anskaffelser § 2 og vilkårene "dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi". I dette eksemplet er begge prosjektene klart utenfor at loven kommer til anvendelse.

Begge barnehagene vil ha en potensiell leieinntekt på 10 millioner kroner i året. Fastsettelsen av denne leien har vært gjort med bakgrunn i den antatte byggekostnaden på 100 millioner kroner. Begge barnehagene og prosjektet tilfredsstiller kravene i lov om offentlig anskaffelse § 2, fordi tilskuddet er mindre enn 50 prosent og man således ikke har måtte forholde seg til reglene om konkurranseutsetning. Det som her er av essens er at ettersom lovverket er slik det er i dag, må man derfor se til EØS-avtalen for å finne svar på om de to prosjektene har foregått på en lovlig måte. EØS-avtalens artikkel 61 (1) fremstiller som tidligere nevnt fire kumulative vilkår som alle må være oppfylt for at det skal foreligge utlovlig statsstøtte.

Min påstand er derfor som følger at det er gitt 10 millioner i ulovlig statsstøtte til barnehage X<sup>1</sup>. De fire kumulative som er behandlet over skal her gjengis kort og det skal således foretas en konklusjon.

De fire kumulative vilkårene er:

- 1: *det må foreligge støtte fra staten (det offentlige) eller fra offentlige midler,*
- 2: *støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjon av enkelte varer,*
- 3: *støtten må være konkurransevridende,*
- 4: *støtten må kunne påvirke samhandelen.*<sup>53</sup>

Spørsmålet blir deretter om vilkårene oppfylt med bakgrunn i de fakta som ligger til eksempelet.

- 1: *Ja det foreligger støtte fra staten til barnehage X<sup>1</sup> og X<sup>2</sup>*
- 2: *Ja støtten begunstiger enkelte foretak.*
- 3: *Ja støtten gitt til barnehage X<sup>1</sup> er konkurransevridende i henhold til barnhage X<sup>2</sup>, ettersom barnehage X<sup>1</sup> får mer penger enn det som er nødvendig for å gjennomføre prosjektet og derav faktisk sitter igjen med penger til overs.*
- 4: *Ja støtten påvirker i denne saken samhandelen i henhold til entreprenørene som har vært med i prosessen.*

Altså kan det ut ifra EØS-avtalen fastsettes at det er mottatt ulovlig statsstøtte i prosjektet til barnehage X<sup>1</sup>, og det er derfor slik at støtten normalt sett må tilbakebetales. **Dette selv om offanskl. ikke er brutt.**

#### 4.1 EØS-avtalen som norsk rett.

Det fremgår av art. 61 (1) "Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFS medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være

<sup>53</sup> LOV 1992-11-27 nr 109: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene<sup>54</sup>.”

Det er på dette punktet at EØS-avtalen vil bli viktig for å avklare forholdene som ligger under ”50 prosent av kontraktens verdi”. Det er slik at det gjennom arbeidet med oppgaven har fremkommet en forståelse om at EØS-avtalen får anvendelse i reguleringen av de forhold der hvor det offentlige yter mindre enn ”50 prosent”, dersom de fire kumulative vilkårene er oppfylt. Videre er det interessant å kunne trekke en parallell mellom offanskl. og EØS-avtalen for å avklare forhold som ikke dekkes av den norske loven.

EØS avtalen har anvendelse innenfor all handel med varer og tjenester, men her finnes det også unntak for hva som ikke behandles innenfor EØS avtalen. Dette vil ikke behandles videre i oppgaven.

For å se på anvendelsesområdet for Norge, vil det være hensiktsmessig å gå til EØS avtalens bestemmelser om gjennomføring i norsk rett. Det fremgår av § 1 at ”Bestemmelsene i hoveddelen 1 i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde skal gjelde som norsk lov, med de endringer som følger av protokoll om justering av avtalen av 17. mars 1993, av EØS-utvidelsesavtalen av 14. oktober 2003 og av EØS-utvidelsesavtalen for Bulgaria og Romania i 2007 [...]”<sup>54</sup>.

Videre fremgår det av samme lovs § 2 at ”Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov” jfr. drøftelsen om folkeretten illustrert foran.

Videre gjelder loven ikke bare innenfor den enkelte lands grenser, men gjør seg også gjeldende mellom to stater. Altså vil det kunne være konkurransevridende forhold som ikke gjelder innad i Norge, men som kan gjelde mellom en leverandør av en tjeneste i Norge og en leverandør i Tyskland jfr. EØS-avtalens art. 1 (1). ”Formålet med denne assosieringsavtale er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde”, (heretter kalt EØS-avtalen)<sup>54</sup>.

Videre kan man trekke en parallell til Den Europeiske Unions Tidende 2004/18. Der fremgår det av artikkel 8 at ”kontrakter som er direkte subsidiert av offentlig oppdragsgivere med mer enn 50 prosent, og som har en anslått verdi, eksklusiv mva, på minst 6 242 000 euro, dersom disse kontraktene gjelder bygge- og anleggsvirksomhet som definert i vedlegg I, dersom disse kontraktene gjelder bygningsarbeider for sykehus, idretts-, rekreasjons- og fritidsanlegg, skole- og universitetsbygninger og bygninger for administrative formål”<sup>55</sup>.

Denne artikkelen går heller ikke lenger enn å inkludere hva som ligger til forståelsen og hva ”loven” gjelder for, og setter ingen grenser for hva som blir konsekvensene under 50 prosent, og heller ikke hva som skjer under 6,242 millioner euro. Det foreligger heller ingen konkrete hjemler i EF 2004/17<sup>56</sup>, som regulerer de forhold som er under 6.242 millioner Euro.

<sup>54</sup> Jfr. Lov 1992-11-27 nr. 109: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

<sup>55</sup> EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting. [ Anskaffelsesdirektiv ] [ Innkjøpsdirektivet ]

<sup>56</sup> Europaparlamentet og rådet for Den Europeiske Union: 32004/0017 304/0017.(2004/17/EF

**Konkluderende kan man si at ved gjeldende lovverk, er det mulig å tappe den statlige pengesekken for opp til 49 prosent av finansieringen til et prosjekt, uten at dette strider med offanskl. § 2. Dette vil derfor stride med intensjonen i offanskl. § 2 og EF 2004/17 artikkel 8.**

Det som nå er av interesse er å avdekke hva som ligger til de forholdene som medfører at artikkel 8 i EF 2004/18<sup>58</sup>, dog heller ikke offanskl. § 2 ikke kommer til anvendelse.

Grensen på 50 prosent av kontraktens verdi gir en gjengs forståelse, men det finnes ingen grenser nedover for å sikre intensjonene i EØS-avtalen og offanskl. § 1.

Det er derfor videre interessant å se på andre bestemmelser som regulerer de evt. forholdene under "50 prosent av kontraktens verdi" jfr. offanskl. § 2 jfr. EF 2004/18 artikkel 8<sup>57</sup>.

Artikkel 61 (1) er av interesse for oppgaven, ettersom denne hjemler statsstøtte gitt i enhver former. Det fremgår av denne " Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal **støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene** eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som **vrir eller truer med å vri konkurransen** ved å **begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer**, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten **påvirker samhandelen mellom avtalepartene**"<sup>58</sup>.

## 4.2 De fire kumulative vilkår i artikkel 61(1).

For å se nærmere på hva som ligger i de fire kumulative vilkårene er det fordelt opp på det enkelte vilkårene med en tolkning av vilkårets innhold og betydning.

Det er altså fire kumulative vilkår som alle må være oppfylt for at det foreligger ulovlig mottak av statsstøtte. Foreligger ikke alle fire, er det fullt ut lovlig å motta statsmidler i en hver form.

- 1 det må foreligge støtte fra staten (det offentlige) eller fra offentlige midler,
- 2 støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjon av enkelte varer,
- 3 støtten må være konkurransevridende,
- 4 støtten må kunne påvirke samhandelen.

Det fremkommer allikevel av Fornyings-, Administrasjons-, og Kirkedepartementet (heretter FAD) at det ikke bare dreier seg om fire vilkår, men at det i artikkelen kan fremsettes to vilkår til. Altså mener de at det er seks vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge ulovlig statsstøtte. Dette skal det ses nærmere på under behandlingen av de fire vilkårene fremstilt under.

### Statsstøtte:

Tolkningen av statsstøttebegrepet er blitt tolket og anvendt vidt og fleksibelt i rettspraksis. Dette er med på å understreke at EF-domstolen i sine avgjørelser har lagt vekt på effekten av et tiltak og ikke på verken form eller hensikt. Støttebegrepet viser til å favne videre enn bare rene subsidier. Støtte vil kunne vise seg i saker der det er overførsel av en fordel, der det skjer reduksjon av de omkostninger foretaket, eller organet skulle måtte ha. Overføringer av midler fra det offentlige til private på kommersielle vilkår vil imidlertid ikke være statsstøtte, så frem vilkårene som stilles er tilsvarende vilkår som om det var en privat aktør som stilte vilkårene jfr. Private market investortest. Støtten må gis av staten i vid forstand, noe som vil strekke seg til å gjelde hele den offentlige sektoren.

<sup>57</sup> EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting. [ Anskaffelsesdirektiv ] [ Innkjøpsdirektivet ]

<sup>58</sup> Lov 1992-11-27 nr. 109: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)



### Begunstige enkelte foretak eller produksjon av enkelte varer:

I forhold til art. 61 må det skilles mellom de generelle og de selektive tiltakene. Tiltak som i sin natur har til hensikt å forbedre den generelle økonomien (for eksempel i forhold til forbedring og utvikling av infrastruktur) eller som kommer til fordel for alle foretak og personer vil derfor ikke rammes av statsstøttebegrepet da slike tiltak støtter opp om økonomien i sin helhet og begunstiger alle foretak uten at det foreligger forskjellsbehandling. Når det på den andre siden foreligger selektive støtter til utvalgte foretak eller til utvalgte næringsgrenser, vil de allmenne, generelle hensyn falle vekk, og man står overfor statsstøtte.

### Konkurransesvridende:

Vilkåret om konkurransevidende støtte, strekker seg både til støtte som direkte er konkurransevidende og til den støtten som kan true med å vri konkurransen. Det generelle utgangspunktet er at statsstøtte til et eller flere foretak i stor grad kan anses for å inneha muligheten for at konkurransen vris. Det finnes videre et unntak dersom støtten faller inn under de minimis regelen.

De minimis regelen ble utarbeidet i EF-domstolen og lyder som følger "Støtte, der ydes for en periode af tre år og ikke overstiger et loft på 200 000 EUR betragtes ikke som statsstøtte i den i artikel 87stk. 1 (EØS-avtalens artikkel 61), anvendte betydning. Der gælder et særligt loft på 100 000 EUR for vejtransportsektoren. Treårsperioden svarer fremover til tre regnskabsår. Loftet på oprindeligt 100 000 EUR i forordning (EF) nr. 69/2001 er således blevet fordoblet".<sup>59</sup> Altså viser de minimis reglene til at støtte som ytes for en periode innenfor tre år og man ikke overskrider 200 000 Euro, vil dette ikke betraktes som statsstøtte etter artikkel 61 (1). Denne regelen har blitt endret fra sin opprinnelige EF nr. 69/2001.

### Samhandelskriteriet:

Under dette vilkåret strekker dette seg også til å gjelde samhandlingen mellom medlemsstater og vil være forbudt i henhold til artikkel 61. Det er fremtitt et vilkår i EF-rettspraksis om at det må foreligge en "merkbar påvirkning" av samhandelen mellom avtalepartene i EØS-avtalen (dette gjelder staten). Gjennom rettspraksis skal det lite til for at samhandelskravet er oppfylt.

### Tillatt støtte:

Utgangspunktet om at statsstøtte er forbudt, jfr. FAD og juridisk teori, må til en viss grad modifieres hvis man ser på artikkel 61 (2) hvor det klart fremgår at enkelte former for statsstøtte er tillatt og gjennom artikkel 61 (3) hvoretter enkelte former for statsstøtte kan godkjennes av det kompetente overvåkningsorgan, ESA. Det forutsettes altså at støtten notifiseres av ESA, før slik statsstøtte kan bli godkjent som lovlig statsstøtte. Det forutsettes at støtte derav må notifiseres i ESA, før man kan yte slik statsstøtte. Når det kommer til størrelsen på støtten som kan mottas, er den største støtten gitt i Norge på over ca 4 milliarder kroner til gassrensingsprosjektet på Mongstad. Den normale støtten strekker seg opp mot, men sjelden over 30 prosent av prosjektet, eller tiltakets totale kostnad.

Som det ble nevnt over, fremstiller altså FAD to vilkår i tillegg til de fire som er fremstilt over<sup>60</sup>. Disse vilkårene er fremstilt på følgende måte av FAD.

- 1: Støtten må innebære en økonomisk fordel for mottakeren.
- 2: Mottaker av støtte må drive økonomisk aktivitet (foretaksbegrepet).

<sup>59</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/state\\_aid/l26121\\_da.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/state_aid/l26121_da.htm)

<sup>60</sup> Veileder til anskaffelsesregelverket; <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransopolitikk/Offentlige-anskaffelser/veiledere-og-rapporter.html?id=414893>

Kommentaren til disse to tilleggs vilkårene er at de i mange sammenhenger stemmer med hva intensjonene tilsier, men dette kan ikke trekkes direkte ut av artikkelens ordlyd, som tilleggsvilkår. Spørsmålet er derfor om det foreligger grunnlag for å si at det er seks kumulative vilkår og ikke fire.

Hvis man tar for seg de to vilkårene separat, vil man kunne se at første vilkår fremstilt over, om at støtten må innebære en økonomisk fordel for mottakeren, ikke er lett å komme seg unna. Det å motta statsstøtte, vil i alle former medføre en økonomisk fordel uavhengig av hvem det er som mottar denne støtten og uavhengig av størrelsen på ytelsen og videre hvilken ytelse det er snakk om.

Hvis en privat aktør, som i et prosjekt, eller ved gjennomføringen av et tiltak, mottar statsmidler, eller om det gjelder et offentlig organ, jfr. Beskrivelsen av offentlig organ i forskrift om offentlig anskaffelser vil i alle former medføre en positiv og økonomisk fordel for mottakeren. Det som derfor blir det store spørsmålet er om dette er innfortolket i samsvar med andre bestemmelser, eller om dette er en tolkning av artikkelen utenfor dens klare ordlyd.

Når det kommer til det andre vilkåret, fremstilt over, viser dette til at mottaker av støtte må drive økonomisk aktivitet. Altså gjelder dette vilkåret alle, som kan ta ut et utbytte, eller på andre måter tjener penger utover normal drift, og en forholdsmessig fortjeneste innen for de rammer som er normalt innenfor bransjen. Dette kan videre unngås ved at man er et ideelt selskap eller en "non-profit" selskap.

Når man så ser disse vilkårene i sammenheng med de fire andre, ser man her en klar linje over at det ikke nødvendigvis medfører en begrensning i mulighetene for å motta statsstøtte, men derimot åpner for at flere private og offentlig organer kan motta statsstøtte, såfremt de ikke oppfyller de vilkårene som fremgår av artikkelen. Altså holder det at støtten ikke vrir eller truer med å vri konkurransen noe som igjen er i samsvar med intensjonen bak lov om offentlig anskaffelse, for offentlige organer, dette strekker seg derfor lenger og omfatter alle som mottar statsmidler. Dette momentet er viktig å få frem i lyset, ettersom dette langt på vei er med å sikre at korrupsjon og svarte penger ikke finner sted.

## 5 Avsluttende tanker til oppgaven.

Gjennom arbeidet med denne oppgaven har det gjentatte ganger dukket opp veiskiller som omhandler etikk og moral og hvordan dette må sikres gjennom et klart lovverk. Det oppgaven har som problemstilling viser to veier å velge. Gjennom eksempelet med barnehagene, kommer dette klarer frem, men det vil gis en kort oversikt over hvilke etiske og moralske veiskiller man vil møte ved at man mottar statsmidler og når lovverket ikke er klart og entydig.

Uten å tråkke inn i en lang argumentasjon, vil det likevel vies litt plass til dette temaet. Det er viktig å problematisere hvilke etiske og moralske verdier som ligger til grunn for oppgavens struktur og tematikk.

Etikk er beskrevet på følgende måte. "a gresk ethos, sed) eller moralfilosofi er den delen av filosofien som søker å besvare spørsmål som «hva er godt», «hva er det rette», «hvordan bør man oppføre seg». Etikk er den norm som et individs vilje legger til grunn for sine ord og handlinger. Et individs etikk kan være basert på anvendelse av individets rett til selvbestemmelse eller ha et tillært religiøst eller filosofisk grunnlag: læren om rett og galt. Det finnes ulike etiske teorier som vektlegger ulike ting når «det som er rett» skal bedømmes. Etikken deles grovt sett inn i tre deler: metaetikk, normativ etikk og anvendt etikk".<sup>61</sup>

<sup>61</sup> Hentet fra wikipedia, <http://no.wikipedia.org/wiki/Etikk>

Hvorfor er etikk viktig i forhold til denne oppgaven? Det som er viktig i forhold til etikken, er at man i dag ikke nødvendigvis har et lovverk som er tilpasset dagens økonomiske virkelighet i samhandling mellom det offentlige og private. Den etterprøvelsesmuligheten som bør foreligge i et prosjekt eller tiltak foreligger ikke per i dag. Dette må endres slik at man faktisk forholder seg til regelverket også i etterkant av mottak av statsmidler. Mottak av statsmidler kan medføre store konkurransevridende forhold utover akkurat på det tidspunktet det foreligger tildeling av statsmidler. De etiske retningslinjene som bør medfølge mottaket av statsstøtte må gjøre kjent slik at man i alle ledd i prosessene faktisk forholder seg til det veivalget man har foretatt, og med de begrensninger dette medfører.

Det er viktig å huske at man ved mottak av lovlige statsmidler, på et gitt tidspunkt, også faktisk må forholde seg til den strukturen gjennom tiltakets levetid. Er det gjennomført et prosjekt i ideell privat sektor, må selskapet eller organisasjonene i all fremtid også være ideelt. Dette er ikke per i dag kontrollert utover publikums inntragering, eller ved at det foretas "stikkprøver". Altså bør det foreligge et tilstrekkelig gjennomarbeidet lovverk, for alle som mottar statsstøtte. Herunder regler for konkurranseutsetning. Det bør også vurderes en meldeplikt til for eksempel, fylkesmannen i det fylket prosjektet eller tiltaket skal løftes.

Det norske lovverk skal speile borgernes rettsoppfatning og må derfor være tydelig og i tråd med rettsutviklingen, og hvordan borgerne benytter seg av reglementet. Det kan ikke være slik at organisasjoner og enkeltpersoner kan gjøre seg rike på offentlige midler, betalt av andre skattebetalere i strid med intensjonen i offanskl. også når statstilskuddet er under 50 prosent.

## 6 Konklusjon.

Lov om offentlig anskaffelser § 2 siste setning<sup>62</sup> er entydig og representerer et klart skille i problemstillingene når loven kommer til anvendelse. Grensen på 50 prosent knyttet til når loven kommer til anvendelse er derfor enkel å forholde seg til.

Det er dog slik at denne grensen i praksis medfører at det tilsynelatende ikke settes krav av noe slag når tilskuddet av statsmidler er under 50 prosent. Denne oppgaven har dokumentert at så ikke er tilfelle. For de tilfellene hvor statsstøtten er mindre en 50 prosent skal også følgende lovverk legges til grunn:

Lovens intensjon slik den fremkommer i § 1: "Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte"<sup>62</sup>.

EØS – avtalens § 61 (1)<sup>63</sup> viser til at "Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene".

62 LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.

63 Lov 1992-11-27 nr. 109: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Det fremgår også av Forskrift om gjennomføring av EØS-regler om unntak fra notifikasjonsplikt for enkelte former for offentlig støtte § 3 "EØS-avtalen vedlegg XV nr. 1f (forordning (EF) nr. 70/2001) om anvendelse av EF-traktatens artikkel 87 og 88 på statsstøtte til små og mellomstore bedrifter gjelder som forskrift med de tilpasninger som følger av vedlegget, protokoll 1 til avtalen og avtalen for øvrig". Altså er Norge bundet av Altmark-dommens vilkår på mottak av kompensasjon for offentlige tjenester gjennom Kommisjonsvedtak av 28. november 2005<sup>65</sup>.

Det er således ikke tvilsomt at Offanskl. ikke gir tilstrekkelig sikring for å ivareta lovens intensjon om at når det benyttes offentlige midler skal dette bidra til **"økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte"**

Norsk lovverk skal også sikre at selv om det er gitt lovlig statsstøtte etter EØS – avtalens § 61 – 1 skal også intensjonene ivaretas slik at statsstøtten ikke kan bli konkurransevridende i underliggende ledd.

Norsk lovverk skal også sikre at det ikke utbetales mer statsstøtte enn det som er nødvendig for å sikre gjennomføringen av tiltaket jfr. Kommisjonsvedtak av 28. november 2005<sup>65</sup> jfr. Forskrift 2008-11-14 nr 1213<sup>64</sup>. sier at da det er yt statsstøtte også på lovlig vis skal den statsstøtten ikke være høyere enn det som er nødvendig for å levere eller yte tjenesten, dog slik at den som yter tjenesten eller ytelsen kan motta en rimelig fortjeneste. Disse forhold blir ikke ivaretatt når det ikke kreves dokumentasjon eventuelt krav om tilbakebetaling dersom ytelsen er for høy<sup>65</sup>.

For at man skal ivareta legalitetsprinsippet og dens krav til forvaltningen, i tråd med Grunnlovens § 96, er det nødvendig å endre offanskl. § 2 første ledd-, siste setning<sup>66</sup>. Det skal som et grunnprinsipp i forvaltningens inngripen overfor private foreligge lover, eller regler man kan dømme ut fra. Endringen av loven slik oppgaven ser det, vil være med på å tilfredstille dette kravet.

Oppgavens konklusjon er således at Offanskl. ikke er tilfredsstillende utformet, sett i lys av dagens behov, slik den fremstår i dag. Samsvaret mellom offanskl. og EØS-avtalen er ikke slik den burde være, og det vil være av interesse å se på hvilken utforming som bør tillegges offanskl. § 2 første ledd siste setning. Dette vil fremstilles under.

Det som er et kjent prinsipp innenfor folkeretten er at traktater som krav skal gjennomføres lojalt nasjonalt, så fremt dette er nødvendig for å sikre at reglene faktisk blir etterlevd. Gjennom at EØS-avtalen er av den art at den i stor grad gir private rettigheter og sjeldent pålegger private plikter, følger det av dette en klar oppfordring og krav til gjennomføring av avtalens intensjoner.

Gjennomføringen i Norsk rett medfører at Norge som stat er bundet av traktaten, og gjennom at man i norsk rett har to måter å gjennomføre folkeretten. Dette er enten ved henvisning eller ved gjenvielse. Ved henvisning, foretar man en opprettelse av en paragraf som henviser til traktaten og igjen medkjenner at denne skal gjelde som norsk rett.

Ved gjengivelse omskrives folkeretten og blir med dette gitt en retts teknisk form og utseende som norsk lovt tekst, enten som ny lov eller forskrift, eller som en del av allerede eksisterende lover og forskrifter. Det som er interessant er at man ved gjennomføringen av EØS-avtalen har benyttet seg av

64 FOR 2008-11-14 nr 1213: Forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte

65 KOMMISJONSVEDTAK av 28. november 2005 om anvendelse av EF-traktatens artikkel 86 nr. 2 på statsstøtte i form av godtgjøring for offentlig tjenesteyting til visse foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning [ meddelt under nummer K(2005) 2673 ].

66 LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.

begge teknikkene. Dette medfører at det ikke finnes bare en hjemmel for gjennomføringen, men at man kombinerer teknikkene.

## 6.1 Endring av loven.

Lov om offentlig anskaffelser § 2<sup>67</sup> gir ikke tilstrekkelig sikring for å ivareta lovens intensjon. Nemmelig at regelverket skal sikre det offentlige en lavest mulig kostnad for den tjenesten de yter selv om støttebeløpet er under 50 prosent.

Da det er gitt statsstøtte som er lovlig i henhold til EØS avtalens artikkel 61(1), skal det allikevel sikres at intensjonene i EØS avtalen ivaretas. Slik at den allikevel ikke er konkurranse vridende noe som ikke er ivaretatt for organisasjoner som mottar mindre enn 50 prosent statsstøtte.

Ved utformingen av nedenstående lovendring er det sjelet til nyere bestemmelser som er utviklet i forbindelse med kompensasjonsreglene.

Det foreslås følgende lovendring i offanskl. § 2:

**”Alle rettssubjekter som mottar statsstøtte av en hver art, må anses å være en del av en offentlig anskaffelsesprosess.**

**For alle rettssubjekter som mottar ytelser i form av statsmidler av enhver art og når ytelsen er 50 prosent eller mindre, må tildelingen være forenelig med bestemmelsene i Lov om offentlig støtte (LOV 1992-11-27 nr 117), herunder støttereglene i EØS-avtalens kapittel 2.**

**Når ytelsen er 50 prosent eller mindre, skal bygge- og anleggskontrakter konkurranseutsettes slik at kravene til å sikre mest mulig effektiv ressursbruk basert på forretningsmessighet og likebehandling blir ivaretatt. Dette skal bidra til at det offentlige som støttegiver, blir sikret stor integritet slik at allmennheten har tillitt til at offentlige tilskudd skjer på en samfunnstjenlig måte. Slik konkurranseutsetting må være transparent og dokumenterbar.**

**I de tilfellene hvor konkurranseutsetning etter normal praksis ikke kan anvendes, skal det sikres at leverandøren må kunne dokumentere gjennom revisorbekreftet regnskap, at den oppnåede fortjeneste er rimelig i forhold til ytelsen og normale fortjenestemarginer i bransjen. De kommersielle vilkår for støtten skal avklares med støttegiver før kontrakt inngås. Det er et grunnleggende prinsipp at tilskuddet ikke skal danne grunnlag for fortjenestebaserte eierformer eller omdannes til fortjeneste for private eiere ut over de avtalte kommersielle vilkår.**

**Som kontrollorgan fungerer Fylkesmannen i det fylke der tiltaket gjennomføres.”**

---

67 LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser.

## Bibliografi

### Lover:

- LOV 1814-05-17 nr 00: Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.
- LOV 1999-07-16 nr 69: Lov om offentlige anskaffelser § 2

### Forsrifter:

- FOR 2006-04-07 nr 402: Forskrift om offentlige anskaffelser
- Europaparlamentet og rådets direktiv nr. 2004/18/EF
- Europaparlamentet og rådet for Den Europeiske Union: 32004/0017 304/0017.(2004/17/EF
- KOMMISJONSVEDTAK av 28. november 2005 om anvendelse av EF-traktatens artikkel 86 nr. 2 på statsstøtte i form av godtgjøring for offentlig tjenesteyting til visse foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning [ meddelt under nummer K(2005)2673].

### Forarbeider:

- NOU-1997-21. Offentlig anskaffelser merknader til de enkelte bestemmelser se. § 2.
- Offentlige anskaffelser Ot.prp.nr.71 (1997-1998)
- Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser Ot.prp.nr.62 (2005-2006) (endringslov)

### Bøker:

- Torstein Eckhoff Forvaltningsrett, 4 utgave 1992 s. 482 og 8 utgave 2006 s. 245-246.
- Frihangens forvaltningsrett Bind I. Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen. S. 200.
- Jo Hov Avtalebrudd og partsskifte. Papinian Oslo 2 utg. 2002 side: 29-44.
- Johan Giertsen Avtaler. Universitetsforlaget 2006 side: 30-33, 79-85 og
- EØS-Rett 2. utgave. Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad. Universitetsforlaget 2004 side: 241-250, 581-622 og 623-631.

### Teori:

- Lov og Rett 2004 s. 360 – LOR-2004-360 Kai Krüger: Offentlig og privat samarbeid om kommunale prosjekter.
- Lov og Rett 2008 s. 483 - LOR-2008-483 Weltzien, Kurt: 2008, Ulovfestet egenregi i klassisk sektor

### Internett:

- <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/nou-er/1997/nou-1997-21/16.html?id=141023>
- [http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger\\_og\\_brosjyrer/2006/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska.html?id=476384](http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger_og_brosjyrer/2006/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska.html?id=476384)
- <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/politikk/article3798256.ece>
- <http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.7279926>
- [http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger\\_og\\_brosjyrer/2007/veileder---eos\\_avtalens-regler-om-offent.html?id=485129](http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger_og_brosjyrer/2007/veileder---eos_avtalens-regler-om-offent.html?id=485129)
- [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/state\\_aid/l26121\\_da.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/state_aid/l26121_da.htm)
- Veileder til anskaffelsesregelverket;  
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransopolitikk/Offentlige-anskaffelser/veiledere-og-rapporter.html?id=414893>
- Wikipedia, <http://no.wikipedia.org/wiki/Etikk>