



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakt og ensidig tildeling av tilskudd

En analyse av grensedragningen i norsk rett, sett i lys av Norges internasjonale forpliktelser etter EØS-retten

Ragnhild Ankervold

Liten master i rettsvitenskap, desember 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Problemstilling og aktualitet	1
1.2	Begrepsavklaring.....	2
1.3	Metode og rettskildebilde.....	3
1.3.1	Innledning.....	3
1.3.2	Praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser	4
1.3.3	Rettspraksis fra EU-domstolen og Retten	5
1.3.4	Retningslinjer fra EU-kommisjonen og ESA.....	5
1.3.5	Departementenes veiledere	6
1.4	Avgrensning	6
1.5	Veien videre	7
2	Nærmere om regelverkene	8
2.1	Innledning.....	8
2.2	Kontrakt etter anskaffelsesforskriften	8
2.3	Ensidig tildeling av tilskudd er som utgangspunkt forbudt.....	11
2.4	Når er det tillatt med ensidig tildeling av tilskudd?	14
2.5	Regelverkernes formål.....	15
3	Sentrale momenter ved grensedragningen	17
3.1	Innledning.....	17
3.2	Det reelle forholdet er avgjørende.....	17
3.3	Kontraktsrettslig vederlag	19
3.4	EU-kommisjonens retningslinjer.....	24
3.4.1	Bokstav a – formålet med kontrakten er å dekke de behov som er definert innenfor den offentlige myndighetens kompetanseområde	25
3.4.2	Bokstav b – tjenestens karakter og måten tjenesten skal utføres på er spesifisert i detalj av den offentlige myndigheten	29

3.4.3	Bokstav c – det følger av kontrakten at det skal betales et vederlag for tjenesten	32
3.4.4	Bokstav d – den offentlige myndigheten har selv tatt initiativ for å finne en leverandør av tjenesten.....	40
3.4.5	Bokstav e – det kan rettes misligholdsbeføyelser mot leverandøren ved brudd på kontrakten.....	43
4	Kan reglene om gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd overlape?	45
4.1	Innledning.....	45
4.2	Overlapping når vederlaget overstiger markedspris.....	45
4.3	Overlapping ved tjenester av almen økonomisk betydning	47
5	Rettspolitisk vurdering	49
5.1	Innledning.....	49
5.2	Svake sider ved klagenemndas og EU-kommisjonens kriterier for grensedragningen	49
5.3	EU-kommisjonens og klagenemndas kriterier for grensedragningen.....	51
5.4	Spørsmålet om overlapping i tilfeller hvor vederlaget overstiger markedspris	52
	Kildeliste	55

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Avhandlingens problemstilling er hvordan grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd skal trekkes. Foretak kan motta finansiering fra offentlige myndigheter enten som vederlag for en anskaffelse eller ved tildeling av tilskudd. At det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt, er ett av flere kumulative vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge en offentlig anskaffelse.¹ Grensedragningen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd er avgjørende for om offentlig finansiering skal behandles etter henholdsvis regelverket for offentlige anskaffelser eller regelverket for offentlig støtte.

Norske myndigheter tildelte i 2016 tilskudd til en samlet verdi av ca. NOK 26 milliarder.² Samme år foretok norske myndigheter offentlige innkjøp til en samlet verdi av ca. NOK 500 milliarder.³ Til sammenligning var bruttonasjonalproduktet i Norge ca. NOK 3100 milliarder i 2016.⁴ Det innebærer at over en sjettedel av bruttonasjonalproduktet var offentlige innkjøp og tilskudd.

Regelverkene om offentlige anskaffelser og offentlige tilskudd begrenser offentlige myndigheters adgang til å gi økonomiske ytelser til foretak.⁵ Reglene skal blant annet sikre like konkurransevilkår og sørge for at statlige midler utnyttes på best mulig måte.⁶ For å oppnå formålene, samt overholde Norges internasjonale forpliktelser⁷, er det av avgjørende betydning at transaksjoner følger de fastsatte reglene. Det innebærer at innkjøperne og givere av tilskudd må ha tilstrekkelig kunnskap om de regelsettene som anvendes. Undersøkelser fra

¹ Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (heretter omtalt som anskaffelsesforskriften) § 4-1 bokstav a.

² State aid scoreboard 2017 – State Aid Scoreboard for 2017 for the EEA EFTA States side 6.

³ <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar>.

⁴ <https://www.ssb.no/nasjonalregnskap-og-konjunkturer/artikler-og-publikasjoner/hva-er-egentlig-bnp>.

⁵ Se avhandlingens punkt 2.2 og 2.3.

⁶ Se lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (heretter omtalt som anskaffelsesloven) § 1 og Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (heretter omtalt som EØS-avtalen) artikkel 1 nr. 2 bokstav d

⁷ Se blant annet EØS-avtalen artikkel 61, inntatt i Norsk rett ved lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (heretter omtalt som EØS-loven) § 1.

Riksrevisjonen og Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) viser at manglende kompetanse hos innkjøpere er en av de viktigste årsakene til at anskaffelsesreglene ikke følges.⁸

Klagenemnda for offentlige anskaffelser⁹ har behandlet få saker som omhandler grensedragningen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd. Dette kan skyldes manglende kunnskap om regelverkene blant aktørene i markedet. Nemndsbehandling forutsetter at det fremsettes en klage.¹⁰

Manglende kunnskap om grensedragningen føre til ineffektiv bruk av offentlige midler, og samlet sett medføre relativt store tap for samfunnet. Selv om bare en liten andel av de over NOK 500 milliardene som årlig brukes på offentlige anskaffelser og tilskudd gis på feil grunnlag, vil det kunne utgjøre store summer. I tillegg vil ulovlig tildeling av tilskudd eller anskaffelseskontrakter fra en offentlig tilskudds- eller oppdragsgiver, kunne medføre en rekke merkostnader for samfunnet. I tillegg kan offentlige oppdragsgivere ilegges overtredelsesgebyr ved ulovlig direkte anskaffelser, og ved ulovlig tildeling av tilskudd kan støttegiveren bli pålagt å kreve midlene tilbakeført.¹¹

Til tross for at gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd i teorien fremstår som motsetninger, som dermed ikke kan overlape, kan det være utfordrende å trekke opp grensen mellom de ulike disposisjonene. Spørsmålet kan for eksempel oppstå i tilfeller hvor offentlige myndigheters ytelse er av langt større verdi enn foretakets motytelse.

1.2 Begrepsavklaring

Tilskudd og støtte er begreper som etter sin ordlyd kan anvendes som synonyme, men som likevel ikke nødvendigvis overlapper fullstendig. I Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder av 2010 står det at ”[o]ffentlig støtte gis ofte i form av tilskudd

⁸ https://www.riksrevisjonen.no/Rapporter/Documents/2010-2011/Dokument%203/Dokumentbase_3_6_2010_2011.pdf side 9, https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelser/anskaffelsesbrudd_firstventura_endelig.pdf side 31. Undersøkelsene er fra henholdsvis 2011 og 2008. Begge undersøkelsene ble gjennomført før ny lov og forskrift kom i 2016. Også etter den nye loven og forskriften trådte i kraft er det blitt signalisert at det er behov for økt kompetanse om regelverket. Se innspill til ny stortingsmelding om offentlige anskaffelser (<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-/tredje-kolonne/innspill-til-ny-stortingsmelding/id2553494/>). Ifølge Meld. St. 4 (2018-2019) Melding til Stortinget om Langtidsplan for forskning og høyere utdanning 2019-2028 side 20 vil Regjeringen legge frem en ny stortingsmelding om offentlige anskaffelser i 2019.

⁹ Heretter også omtalt som klagenemnda og nemnda.

¹⁰ Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 og 13a.

¹¹ Se henholdsvis anskaffelsesloven § 12 første ledd og Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, med protokollene 1-7 (heretter omtalt som ODA-avtalen) protokoll 3 artikkel 14 annet og tredje ledd. Se mer om konsekvenser ved anvendelse av feil regelverk i avhandlingens punkt 3.1.

til en bedrift. Ulovlig støtte kan imidlertid også forekomme i [andre] tilfeller”.¹² Tilskudd synes etter dette å være begrenset til kapitaltilskudd, mens støtte både omfatter tilskudd og andre former for begunstigelser. Klagenemnda for offentlige anskaffelser skiller også mellom begrepene i sine avgjørelser. Det er imidlertid en del variasjon i hva begrepene synes å omfatte fra avgjørelse til avgjørelse.¹³

Klagenemnda anvender i liten grad støtte som et overordnet begrep, som også omfatter tilskudd. Selv om det etter dette er nokså klart at begrepene ikke overlapper helt, og i noen tilfeller anvendes som adskilte begreper, vil jeg likevel anvende tilskudd som en fellesbetegnelse i denne avhandlingen. Begrunnelsen er tredelt; For det første er begrepsbruken såpass varierende at det vil være vanskelig å fastslå presist hva som omfattes av tilskudd- og støttebegrepene. For det andre er det av underordnet betydning å skille mellom ulike former for tilskudd og støtteordninger i denne avhandlingen. Og for det tredje er støtte også et vilkår for at det foreligger tilskudd etter EØS-avtalen artikkel 61.¹⁴ For å enklere kunne skille mellom når det er tale om transaksjonen og når det er tale om vilkåret, anvendes tilskudd i førstnevnte tilfelle, og støtte i sistnevnte.

I denne avhandlingen har jeg også valgt å bruke begrepet *offentlige myndigheter* som en fellesbetegnelse på oppdragsgivere etter anskaffelsesregelverket, og EU- og EFTA-stater, samt andre som kan tildele statlige midler etter tilskuddsregelverket.¹⁵ Begrunnelsen for dette valget er at det fremstår naturlig å bruke en fellesbetegnelse på giveren av statlige midler når det diskuteres hvorvidt en transaksjon er en anskaffelse eller tilskudd.

1.3 Metode og rettskildebilde

1.3.1 Innledning

Avhandlingens formål er å analysere hvordan grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd fastslås i norsk rett, samt å undersøke om grensedragningen er i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-retten. Fremgangsmåten

¹² Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder av 2010 om EØS-avtalens regler om offentlig støtte (heretter omtalt som Fornyings-, administrasjons og kirkedepartementets veileder av 2010) side 10. Veilederen var til den tidligere loven og forskriften om offentlige anskaffelser, men mye av veilederens innhold anses likevel å gi uttrykk for gjeldende rett. Det gjøres oppmerksom på at alle sitater i avhandlingen er skrevet i kursiv. Kursiv i opprinnelig sitat er skrevet uten kursivering.

¹³ Se KOFA-2003-228 side 6 og KOFA-2008-221 avsnitt 29 og 31, hvor driftstilskudd og flere andre begunstigelser omtales som henholdsvis støtte og tilskudd.

¹⁴ Se avhandlingens punkt 2.3.

¹⁵ Se henholdsvis punkt 2.2 og 2.3 i avhandlingen.

som er benyttet i avhandlingens analyse er i høy grad påvirket av rettskildebildet på området. Selv om både offentlige anskaffelser og offentlige tilskudd er nokså grundig regulert, foreligger det et relativt begrenset rettskildemateriale hva gjelder grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd. Jeg har ikke funnet verken Høyesteretts- eller underrettspraksis av betydning for avhandlingens problemstilling. Ei heller har jeg klart å oppdrive forarbeider som gir innsikt i grensedragningen. Foruten lover, forskrifter og juridisk teori, har jeg brukt en rekke rettskilder hvis rettskildemessige verdi skal vurderes i det følgende.

1.3.2 Praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Blant avhandlingens hyppigst brukte kilder, er praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser. I likhet med andre klagenemnder, har praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser i utgangspunktet relativt liten rettskildemessig verdi. Dette skyldes blant annet at Klagenemnda for offentlige anskaffelser først og fremst er et rådgivende organ. Nemnda har imidlertid kompetanse til å ilegge et bindende overtredelsesgebyr i enkelte tilfeller.¹⁶

Når det likevel blir lagt vekt på praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser i avhandlingen, skyldes det at verken Høyesterett eller underrettene har behandlet spørsmålet om grensedragningen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd. I mangel på relevant domstolspraksis, er en klar praksis fra klagenemnda av betydning. Ettersom det kun er klagenemnda som har behandlet spørsmålet, gir klagenemndas praksis uttrykk for hvordan reglene *faktisk* anvendes i norsk rett. Klagenemnda har også høy kompetanse på anskaffelsesområdet. Klagenemnda består, ifølge egne nettsider¹⁷, av advokater, dommere og professorer. At klagenemnda igjen er tillagt myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr tyder også på at nemnda har tillit som klageorgan. Klagenemndas avgjørelser blir nokså sjelden brakt inn for domstolene, noe som også underbygger den tillit nemnda har blant oppdragsgivere og leverandører.¹⁸

¹⁶ Se anskaffelsesforskriften § 1 første ledd og anskaffelsesloven § 12 første ledd. Etter anskaffelsesloven § 12 første ledd første punkt *plikter* klagenemnda å ilegge gebyr.

¹⁷ <https://kofa.no/Om-KOFA>.

¹⁸ Se for eksempel Prop. 12 L (2011-2012) om endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett) side 33 hvor det kommer fram at klagenemnda i perioden mellom januar 2007 og juni 2011 ila overtredelsesgebyr i 29 tilfeller, uten at det ble reist søksmål for domstolene om vedtakene.

I avhandlingen brukes klagenemndas praksis i høy grad for å illustrere hvordan grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd trekkes i norsk rett. I mangel på annen relevant praksis, tillegges klagenemndas praksis nokså stor vekt.

1.3.3 Rettspraksis fra EU-domstolen og Retten

Anskaffelsesregelverket utformet på bakgrunn av et EU-direktiv, mens viktige deler av tilskuddsregelverket kommer til uttrykk i EØS-avtalen.¹⁹ Begge regelsettene har dermed klare linjer til EU-retten. Som øverste organ for tolkning av EU-retten, har EU-domstolens praksis stor betydning for tolkningen av anskaffelses- og tilskuddsregelverket. Formålet med å følge EU-direktivets modell ved anskaffelser og inngåelsen av EØS-avtalen var å sikre lik anvendelse av regelsettene i Norge, som i resten av EFTA-landene og EU. Det er derfor av avgjørende betydning at det ses hen til EU-domstolens tolkning når det skal avgjøres hva som ligger i anskaffelses- og tilskuddsreglene.

EU-domstolens rettspraksis brukes i avhandlingen først og fremst for å analysere kontrakt- og tilskudd-begrepene. Ettersom heller ikke EU-domstolen i særlig grad har tatt direkte stilling til grensedragningen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd, anvendes EU-domstolens praksis i liten grad ved selve grensedragningen.

Praksis fra Retten, eller *the General Court*, må anses å ha noe lavere rettskildemessig verdi enn praksis fra EU-domstolen. Dette fordi Retten er en underordnet instans, hvis saker kan ankes inn for EU-domstolen. Retten er første instans for rekke typer saker, herunder saker om EU-kommisjonens avgjørelser.²⁰ Mange av Rettens saker omhandler offentlige anskaffelser og offentlige tilskudd, og Retten har derfor høy kompetanse på området. Rettens avgjørelser anses å være av stor betydning ved tolkningen av regelverkene, og anvendes i drøftelsen av momentene fremsatt av EU-kommisjonen.

1.3.4 Retningslinjer fra EU-kommisjonen og ESA

EU-kommisjonen og ESA fører tilsyn med medlemsstatenes anvendelse av henholdsvis EU- og EØS-retten.²¹ Organene har kompetanse til å treffe beslutninger, gi anbefalinger og

¹⁹ Se henholdsvis punkt 2.2 og 2.3 i avhandlingen. Direktiv er ikke bindende, men fastsetter hvilke mål statene skal nå. Midlene for å nå dette målet velger staten selv, jf. EØS-avtalen artikkel 7 bokstav b. EØS-avtalen er inntatt i norsk rett ved EØS-loven § 1.

²⁰ TEUV artikkel 256 nr. 1 og 263 annet ledd.

²¹ Se blant annet Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (heretter omtalt som TEUV) artikkel 108 nr. 1 og 258, og ODA-avtalen artikkel 5 nr. 1.

formulere retningslinjer om anvendelsen av regler innenfor sine kompetanseområder.²² Overvåkningsorganene må blant annet gi tillatelse før offentlig tilskudd kan tildeles.²³ Retningslinjer kan ikke anses som bindende juridiske dokumenter, men som hjelpemidler som medlemsstatene kan velge å benytte seg av. Selv om medlemsstatene ikke plikter å følge retningslinjene, er det ingen grunn til å anta at retningslinjene ikke gir uttrykk for gjeldende rettstilstand. Det innebærer for eksempel at medlemsstatene kan anvende andre vurderingsmomenter enn retningslinjene utpeker, såfremt resultatet blir det samme. Retningslinjene har derfor likevel en form for legitimitet, og den utstrakte bruken av retningslinjer på EU- og EØS-området taler for å tillegge retningslinjene vekt.

Selv om retningslinjene ikke er bindende, er det derfor grunn til å tillegge de en viss vekt. I avhandlingen brukes EU-kommisjonens retningslinjer først og fremst for å fastsette rammene grensedragningen i EU-retten. ESAs retningslinjer må tillegges noe mindre vekt enn EU-kommisjonens. Dette er en naturlig følge av at ESA er et underordnet organ, og må følge EU-kommisjonens føringer.

1.3.5 Departementenes veiledere

I likhet med retningslinjer er heller ikke veiledere rettslig bindende. Formålet med departementenes veiledere er å være et hjelpemiddel for innkjøpere og andre som arbeider med anskaffelses- og tilskuddsreglene.²⁴ Ettersom veilederne retter seg mot de persongruppene som hovedsakelig bruker anskaffelses- og tilskuddsregelverkene i det daglige, er det grunn til å tro at veilederne er av betydning for hvordan reglene *faktisk* praktiseres. I den grad veilederen gir uttrykk for en praksis som følges, kan uttalelsene tillegges vekt. Veilederne har dermed liten selvstendig rettskildemessig verdi. I avhandlingen benyttes veilederne derfor først og fremst som et utgangspunkt og som støttende momenter i drøftelsene.

1.4 Avgrensning

I avhandlingen vil det foretas en nokså kortfattet sammenfatning av vilkårene for når det foreligger en kontrakt etter anskaffelsesregelverket og når det foreligger ensidig tilskudd. Det avgrenses mot en mer utførlig gjennomgang av vilkårene. Flere av vilkårene er av betydning

²² Se blant annet TEUV artikkel 108 nr. 2 og ODA-avtalen artikkel 5 nr. 2.

²³ TEUV artikkel 108 nr. 3 og ODA-avtalen protokoll 3 artikkel 3.

²⁴ Se Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser av 2017 (heretter omtalt som Nærings- og fiskeridepartementets veileder av 2017) side 18 og Fornyings-, administrasjons- og kirke departementets veileder av 2010 side 7.

for grensedragningen, men en omfattende gjennomgang av vilkårene anses unødvendig for avhandlingens problemstilling.

Ettersom tildeling av tilskudd som hovedregel er forbudt, vil det også gis en kortfattet oversikt over unntakene hvor tilskudd likevel er tillat. De aktuelle reglene er av nokså liten betydning for avhandlingens problemstilling, og det avgrenses derfor mot en nærmere gjennomgang av unntakene.

Videre vil det i avhandlingen flere ganger knyttes ulike verdier til partenes ytelser, for eksempel ved at én ytelse forutsettes å være av høyere verdi enn en annen ytelse. I den forbindelse avgrenses det mot utregning av ytelsenes verdi. Selv om verdiforholdet mellom ytelsene drøftes, anses selve verdifastsettelsen å være uten betydning for avhandlingens problemstilling.

1.5 Veien videre

I kapittel 2 redegjøres det først for når det foreligger en kontrakt etter anskaffelsesregelverket. Der er *gjensidig bebyrdende avtale* det mest sentrale vilkåret for avhandlingen. Det gis deretter en oversikt over vilkårene for tilskudd, og når tilskudd kan tildeles. Endelig følger en gjennomgang av regelverkens formål. Flere av vilkårene og formålene er av betydning for den nærmere grensedragningen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd.

I kapittel 3 tar jeg for meg sentrale momenter ved grensedragningen. EU-kommisjonens retningslinjer er særlig sentral i dette kapitlet. Praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser brukes i stor grad for å illustrere momentenes betydning i norsk rett.

I kapittel 4 tar jeg for meg spørsmålet om anskaffelses- og tilskuddsreglene kan overlapse. Spørsmålet er da om det finnes tilfeller hvor begge regelsettene kommer til anvendelse. Kapitlet er todelt, og det ses først på tilfeller hvor offentlige myndigheters vederlag overstiger markedspris. I den andre delen tar jeg for meg tilfeller hvor tjenester av almen økonomisk interesse blir anskaffet.

Endelig foretas det i kapittel 5 en rettspolitisk vurdering av grensedragningen. Jeg vil først gjøre en vurdering av svake sider ved klagenemndas og EU-kommisjonens metoder for å fastsette grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd. Til

slutt vil jeg gjøre en vurdering av hvordan grensen bør trekkes, for å overholde Norges internasjonale forpliktelser.

2 Nærmere om regelverkene

2.1 Innledning

Før grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd kan fastsettes, er det naturlig å trekke opp grensene for når regelverkene kommer til anvendelse. I det følgende vil det derfor gis en kort oversikt over regelverkene for tildeling av offentlige kontrakter og tilskudd, samt begrunnelsene for reglene og hvilke formål regelverkene ivaretar. Formålet med dette kapitlet er å gi en kort innføring i regelverkene, som også er av betydning for den nærmere fastsettelsen av grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd.

2.2 Kontrakt etter anskaffelsesforskriften

Det følger av anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a at

”[i] forskriften menes med

a) kontrakt: gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører.”

For at det skal foreligge en kontrakt etter anskaffelsesforskriften, må det altså foreligge en skriftlig avtale, mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører, som er gjensidig bebyrdende.

Bestemmelsen bygger på EU-direktivet av 2014²⁵ artikkel 2 nr. 5, og skal følgelig tolkes i samsvar med artikkelen.²⁶

Artikkel 2 nr. 5 lyder som følgende:

²⁵ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

²⁶ Se EØS-avtalen artikkel 7 bokstav b. Dette kommer også frem av KOFA-2010-364 avsnitt 87 som omhandler forståelsen av den dagjeldende forskrift 07. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (heretter omtalt som anskaffelsesforskriften av 2006) § 4-1 bokstav a. Det anses heller ikke å foreligge noen realitetsforskjell i forståelsen av bestemmelsene. I avgjørelsen uttalte klagenemnda at det er *”ingen forskjell når det gjelder innholdet i bestemmelsen i forskriften sammenlignet med direktivet.”* Direktivet det refereres til er dagjeldende EU-direktiv av 2004 (Directive 2004/18/EC of the European Parliament and the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public contracts, public supply contracts and public service contracts) artikkel 1 nr. 2 bokstav a. Ordlyden i sistnevnte direktiv tilsvarer langt på vei ordlyden i EU-direktivet artikkel 2 nr. 5. Artiklene anses å ha samme innhold, og skal derfor forstås på samme måte.

”public contracts” means contracts for pecuniary interest concluded in writing between one or more economic operators and one or more contracting authorities and having as their object the execution of works, the supply of products or the provision of services”.

I likhet med anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a, krever EU-direktivet av 2014 artikkel 2 nr. 5 at kontrakten skal være inngått skriftlig mellom en eller flere leverandører og en eller flere oppdragsgivere.

Skriftlighetsvilkåret er ikke definert i anskaffelsesforskriften. I anskaffelsesforskriften av 2006 § 4-1 bokstav h er skriftlighet imidlertid definert som *”ethvert uttrykk bestående av ord og tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres. Det kan omfatte elektronisk melding”*. Begrepet *”ethvert uttrykk”* favner vidt. For eksempel vil en bestilling av varer over internett kunne omfattes. Skriftlighet må etter ordlyden avgrenses mot muntlige overleveringer. Imidlertid fremkommer det av Nærings- og fiskeridepartementets veileder av 2017 at formåls- og omgåelsesbetraktninger tilsier at *”kravene til skriftlighet ikke skal tolkes strengt”*.²⁷ Det vises i veilederen videre til at kravet til skriftlighet ikke anses som en *”reell begrensning”* i praksis. Det kan dermed ikke utelukkes at muntlige avtaler likevel kan omfattes av bestemmelsen. Det er ingenting som tyder på at det må legges en annerledes forståelse til grunn for vilkåret etter anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a.

Avtalen må videre bestå mellom en eller flere oppdragsgivere og leverandører. Av sammenhengen med anskaffelsesforskriften § 1-2 første ledd fremkommer det at oppdragsgivere må være statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller offentligrettslige organ, eller en sammenslutning av disse. Det er ikke gitt noen definisjon av leverandører i anskaffelsesforskriften. Av juridisk litteratur kommer det fram at kontrakten må være inngått mellom en oppdragsgiver *”og en fra denne forskjellig juridisk person (selvstendig rettssubjekt)”*.²⁸ Dette innebærer for eksempel at kommunale etater i samme kommune kan inngå kontrakter med hverandre uten at regelverket kommer til anvendelse.²⁹ Kontrakter mellom ulike kommuner vil som utgangspunkt være omfattet, ettersom

²⁷ Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser av 2017 side 27.

²⁸ Marianne H. Dragsten, *Håndbok i offentlige anskaffelser*, Oslo 2006 side 34.

²⁹ Egenregi – se Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser av 2017 side 28.

kommunene er forskjellige rettssubjekter. Her kan imidlertid unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid være aktuelle.³⁰

Leverandøren kan være en fysisk person, et foretak eller et offentlig organ som er et forskjellig rettssubjekt enn oppdragsgiveren. I EU-direktivet av 2014 artikkel 2 nr. 10 brukes begrepet ”*economic operator*” som omfatter fysiske personer, foretak og sammenslutninger av disse, såfremt de tilbyr bygge- og anleggsarbeid, varer eller tjenester på markedet.

At kontrakten må ha en ”*pecuniary interest*” innebærer etter en naturlig språklig forståelse at det må foreligge en kommersiell interesse ved kontrakten. Til sammenligning anvendes ”*kontrakt med ekonomiska villkor*” i den svenske versjonen av EU-direktivet og ”*gensidigt bebyrdende kontrakter*” i den danske. Det er noen nyanseforskjeller mellom de ulike språkversjonene, som gjør det vanskelig å fastsette innholdet i definisjonen nøyaktig ut fra ordlyden.

Imidlertid følger det av rettspraksis fra EU-domstolen at

*”[t]he pecuniary nature of the contract means that the contracting authority which has concluded a public works contract receives a service pursuant to that contract in return for consideration. That service consists in the realisation of works from which the contracting authority intends to benefit (...). Such a service, by its nature and in view of the scheme and objectives of Directive 2004/18, must be of direct economic benefit to that contracting authority”.*³¹

Dommen taler for at det avgjørende for om en kontrakt omfattes av definisjonen, er for det første at den offentlige oppdragsgiveren mottar en tjeneste mot betaling av et vederlag. Dette dekkes av begrepet ”*gjensidig bebyrdende*” i anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a.

At avtalen må være gjensidig bebyrdende innebærer at ytelsene avtalepartene skal nedlegge må være avhengige av hverandre. Ytelsene vil typisk bestå i at oppdragsgiveren betaler et pengebeløp mot at leverandøren leverer en tjeneste eller utfører et oppdrag. I slike tilfeller vil normalt ytelsen og vederlaget være avhengige av hverandre. Imidlertid er det ikke noe krav om at verken oppdragsgivers eller leverandørens ytelse må bestå i betaling av et pengebeløp.

³⁰ Se anskaffelsesforskriften kapittel 3.

³¹ Sak C-451/08, Sml. 2010 s. I-2673 avsnitt 48 og 49.

Ytelsene kan for eksempel være utførelse av tjenester, eller bestå i at avtaleparten gir avkall på en rett denne ellers ville hatt.

For det andre må tjenesten innebære en direkte økonomisk gevinst for den offentlige oppdragsgiveren. Denne delen av definisjonen kommer ikke eksplisitt til uttrykk i § 4-1 bokstav a, men må innfortolkes i bestemmelsen.

En slik økonomisk gevinst kan etter EU-domstolens rettspraksis for eksempel bestå i at den offentlige oppdragsgiveren

*”is to become owner of the works or work which is the subject of the contract. Such an economic benefit may also be held to exist where it is provided that the contracting authority is to hold a legal right over the use of the works which are the subject of the contract (...). The economic benefit may also lie in the economic advantages which the contracting authority may derive from the future use or transfer of the work”.*³²

Essensen i EU-domstolens uttalelse var etter dette at den offentlige oppdragsgiveren måtte få eierskap, juridiske rettigheter eller rett til bruk av kontraktsgjenstanden. Dommen gjaldt tvist om en bygge- og anleggskontrakt. En tilsvarende forståelse av vilkåret om direkte økonomisk gevinst kan imidlertid også legges til grunn ved vare- eller tjenestekontrakter. Det avgjørende er dermed at kontraktsparten får en økonomisk fordel av kontrakten som kan knyttes til motpartens ytelse. Dersom en kommune for eksempel går til anskaffelse av nytt datautstyr, vil kommunen naturligvis få eierskap til datautstyret og dermed ha fått en økonomisk fordel av anskaffelsen.

2.3 Ensidig tildeling av tilskudd er som utgangspunkt forbudt

Ensidig tildeling av tilskudd innebærer at offentlige midler tildeles en aktør, uten at dette skjer som ledd i en ytelse-mot-ytelse.

Etter lov om offentlig støtte³³ § 1 første ledd omfatter loven *”alle offentlige støttetiltak som faller innenfor virkeområdet av EØS-avtalen artikkel 61”*. Det er dermed EØS-avtalen artikkel 61 som regulerer rammene for hva som anses som offentlige tilskudd. EØS-avtalen er inntatt som norsk rett etter EØS-loven § 1.

³² Sak C-451/08, Sml. 2010 s. I-2673 avsnitt 50 til 52.

³³ Lov 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte (heretter omtalt som lov om offentlig støtte).

EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 lyder som følgende:

”[m]ed 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.” (mine uthevninger)

Ordlyden i artikkelen taler for at offentlig tildeling av tilskudd er uforenlig med EØS-avtalen, og dermed forbudt. For at det skal foreligge ensidig tildeling av tilskudd må samtlige vilkår i bestemmelsen være oppfylt.

Det første vilkåret i bestemmelsen er at det må være gitt støtte. Støtte er et nokså vidt begrep, og rommer de fleste former for bistand som begunstiger mottakeren. Også enkelte former for indirekte tildeling av støtte omfattes.³⁴ Direkte tildeling av støtte, ved kapitaltilskudd til et foretak, omfattes åpenbart av bestemmelsen. Et viktig moment er om foretaket som mottar støtten får en økonomisk fordel som ikke kunne vært oppnådd på vanlige markedsvilkår.³⁵ Det er effekten av tiltaket som avgjør om det er gitt en økonomisk fordel – den offentlige myndighetens formål med tildelingen er uten betydning i denne sammenheng.³⁶

Det andre vilkåret for at det skal foreligge ulovlig tildeling av tilskudd, er at det er tildelt støtte fra *EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form*. Støtte må direkte eller indirekte stamme fra statens økonomiske midler for å omfattes av forbudet.³⁷ Støtte fra statlige organer, fylkeskommuner og kommuner må klart anses omfattet av forbudet. Indirekte omfattes støtte gitt av private eller offentlige foretak som er gitt kompetanse for å administrere tildeling av støtte eller som er opprettet av staten til dette formål.³⁸ Også støtte fra foretak, som finansieres og kontrolleres av staten, kan omfattes av forbudet. Det avgjørende er da hvor uavhengig foretaket er.³⁹ Dersom offentlige myndigheter har påvirket det offentlige foretaket i beslutningen om å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, vil støtten være i uoverensstemmelse med EØS-avtalen.

³⁴ Fornyings, administrasjons- og kirkedepartementets veileder av 2010 side 21.

³⁵ Sak C-39/94, Sml. 1996 s. I-3547 avsnitt 60.

³⁶ Sak C-173/73, Sml. 1974 s. 709 avsnitt 13.

³⁷ Sak C-82/77, Sml. 1978 s. 25 avsnitt 25 og 26 og sak C-482/99, Sml. 2002 s. I-4397 avsnitt 24.

³⁸ Sak C-262/12, Association Vent De Colère! Fédération nationale med flere mot Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement and Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie (enda ikke i Sml.) avsnitt 20.

³⁹ Sak C-482/99, Sml. 2002 s. I-4397 avsnitt 52.

Kretsen av offentlige myndigheter som omfattes av bestemmelsen, er langt på vei sammenfallende med oppdragsgiverne som omfattes etter anskaffelseslovens bestemmelser.⁴⁰

Støtten må for det tredje *vri eller true med å vri konkurransen*. En påvist vridning av konkurransen er altså ikke påkrevd – det er tilstrekkelig at støtten medfører en fare for slik vridning. Faren for vridning av konkurranse kan imidlertid ikke bare være hypotetisk – det må være en reell fare for konkurransevridning. Hvis det for eksempel bare finnes én tilbyder av en tjeneste innen det økonomiske samarbeidsområdet, kan det tenkes at faren for konkurransevridning ikke er reell. Størrelsen på begunstigelsen er uten betydning, såfremt støtten har eller kan ha konkurransevridende effekt.⁴¹ Det må her avgrenses mot såkalt bagatellmessig støtte. Bagatellmessig støtte anses ikke å vri eller true med å vri konkurransen, og er derfor tillatt.⁴² Vilkåret om konkurransevridning anses som hovedregel oppfylt dersom et eller flere foretak, som følge av begunstigelsen, får en styrket posisjon i konkurranse med andre foretak.⁴³

Støtten må etter det fjerde vilkåret *begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer*. Støtte til privatpersoner faller utenfor ordlyden. Det må videre skilles mellom støtte som gis til enkelte virksomheter og støtte som gis til samtlige virksomheter. Skatteletter som begunstiger alle foretak omfattes ikke av bestemmelsen. Dersom bare enkelte foretak blir begunstiget er derimot vilkåret oppfylt. Det skal lite til for at tildeling av støtte rammes av forbudet, såfremt ikke samtlige virksomheter eller produkter begunstiges av støtten. Det er ikke tilstrekkelig at et stort antall foretak begunstiges. Dette gjelder selv om for eksempel en hel næringssektoren begunstiges ved tildelingen.⁴⁴ Det følger også av ESAs retningslinjer at foretaket som begunstiges må drive økonomisk aktivitet for å omfattes av forbudet.⁴⁵ Det avgjørende er om virksomheten tilbyr varer og tjenester på markedet.⁴⁶ Ideelle organisasjoner vil for eksempel falle utenfor ordlyden.

⁴⁰ Se avhandlingens punkt 2.2.

⁴¹ Sak C-280/00, Sml. 2003 s. I-7747 avsnitt 79 og 81.

⁴² Commission regulation (EC) No 1998/2006 of 15 December 2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to *de minimis* aid avsnitt 8. Dette innebærer som utgangspunkt at tilskudd inntil EUR 200 000 over en periode på tre regnskapsår kan gis lovlig. Foretak innen veitransportsektoren kan motta tilskudd inntil EUR 100 000 over samme tidsperiode.

⁴³ Sak C-730/79, Sml. 1980 s. 2671 avsnitt 11.

⁴⁴ Sak C-75/97, Sml. 1999 s. I-3671 avsnitt 32 og 33.

⁴⁵ Guidelines on the notion of state aid as referred to in article 61(1) of the EEA agreement avsnitt 10 til 12.

⁴⁶ Sak C-118/85, Sml. 1987 s. 2599 avsnitt 7.

Det femte og siste vilkåret er at støtten må *påvirke samhandelen mellom avtalepartene*. I utgangspunktet taler ordlyden for at faktisk påvirkning av samhandelen må finne sted. Det fremkommer imidlertid av EU-domstolens rettspraksis, at det i likhet med konkurransevriddningsvilkåret, er tilstrekkelig at støtten er tilbøyelig til å påvirke samhandelen mellom avtalepartene.⁴⁷ Støtten må altså påvirke eller være tilbøyelig til å påvirke samhandelen mellom EU- og EFTA-landene. Tildeling av støtte som bare påvirker handelen nasjonalt faller dermed utenfor forbudet. Det er ikke nødvendig at et begunstiget foretak selv deltar i internasjonal handel. Selv om foretaket kun opptrer på det nasjonale markedet, kan støtte til foretaket styrke foretakets posisjon på markedet, og påvirke handelsmulighetene til foretak fra andre EU- og EFTA-stater.⁴⁸

2.4 Når er det tillatt med ensidig tildeling av tilskudd?

Til tross for at samtlige vilkår i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 er oppfylt, kan tildeling av tilskudd likevel være unntatt fra forbudet. Unntakene er etter artikkel 61 nr. 1 fastsatt i EØS-avtalen, og fremkommer av artikkel 59 nr. 2 og 61 nr. 2 og 3.

Det følger av artikkel 59 nr. 2 at

”[f]oretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, eller som har karakter av fiskalt monopol, skal være undergitt reglene i denne avtalen, (...) i den utstrekning anvendelsen av disse reglene ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem.”

Forbudet mot offentlige tilskudd gjelder dermed bare så langt det ikke er til hinder for de tjenester foretaket er tillagt.⁴⁹ Utover dette må reglene for ensidig tildeling av støtte følges.

Av artikkel 61 nr. 2 følger en rekke unntak fra forbudet. Tilskudd må, etter artikkelen, være av sosial karakter, være gitt i særlige formål eller til støtte for økonomien i visse områder. Dersom et av de alternative vilkårene i artikkelen er oppfylt, *skal* støtten anses lovlig etter EØS-avtalen.

⁴⁷ Sak C-387/92, Sml. 1994 s. I-877 avsnitt 15.

⁴⁸ Sak C-280/00, Sml. 2003 s. I-7747 avsnitt 78.

⁴⁹ Denne typen tilskudd omtales gjerne som støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning.

Artikkel 61 nr. 3 omfatter tilskudd til visse opplistede formål som *kan* unntas fra forbudet. I motsetning til unntakene som følger av nr. 2 er det altså ikke gitt at tilskudd er lovlig, selv om støtten gis til de nevnte formål.

Endelig følger også enkelte unntak fra forskrift.⁵⁰

2.5 Regelverkens formål

Formålet med anskaffelsesloven følger av lovens § 1:

”[L]oven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.”

Formålet med loven er altså å fremme effektiv utnyttelse av ressursene og å skape tillit i samfunnet. Konkurransen, likhet og transparens er alle nødvendige midler for å oppnå formålet. Midlene kommer ikke direkte til uttrykk i formålsbestemmelsen, men er sentrale prinsipper på anskaffelsesrettens område.⁵¹

I EU-kommisjonens retningslinjer angis formålet med reglene om offentlige anskaffelser videre å være

*”to ensure equal treatment and transparency and prevent distortions of competition that may arise from the management of public funds by the contracting authorities when awarding these services. Other aims are to maximise competition in Europe and value for money, particularly for service users”.*⁵²

Regelverket skal etter dette fremme konkurransen på det åpne markedet. Det skal søkes å forhindre at offentlige oppdragsgivere, ved tildeling av kontrakter, vrir konkurransen. Ved å bygge opp under konkurransen på markedet, tas det også sikte på å sikre kjøperne mest mulig valuta for pengene.

⁵⁰ Det alminnelige gruppeunntaket følger av Commission regulation (EU) no 651/2014 og Commission regulation (EU) no 2017/1084. Unntaket for bagatelmessig støtte følger av Commission regulation (EU) no 1407/2013. Forordningene er gjennomført i norsk rett ved Forskrift 14. november 2008 nr. 1213 om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte §§ 1 og 2.

⁵¹ Anskaffelsesloven § 4.

⁵² SWD(2013) 53 final/2, Commission staff working document – Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest side 101.

Verken lov om offentlige støtte eller EØS-avtalen angir et særegent formål for tilskuddsreglene. Imidlertid følger det av EØS-avtalens fortale at formålet med EØS-avtalen er å opprette ”*et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, som er grunnlagt på felles regler og like konkurransevilkår*”.⁵³

EU-domstolen har i flere saker poengtert viktigheten av at anskaffelsesregelverket anvendes i tråd med formålet.⁵⁴ For å sikre likebehandling og konkurranse i det europeiske samarbeidsområdet, må anskaffelsesregelverkets formål vektlegges ved vurderingen av om en kontrakt er gjensidig bebyrdende. Formålsbetraktninger brukes på denne bakgrunn aktivt i den videre drøftelsen av grensedragningen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd.

Tilskuddsregelverket er et av flere virkemidler i avtalen, som skal sikre det overordnede formålet om like konkurransevilkår innad i det europeiske samarbeidsområdet.

Av EØS-avtalen artikkel 1 nr. 2 bokstav d følger det også at ”*opprettelse av et system som sikrer at konkurransen ikke vrís, og at reglene overholdes på samme måte*” er et viktig virkemiddel for å oppnå formålet om like konkurransevilkår. For å sikre at reglene overholdes på samme måte, er lojal tolkning av regelverket nødvendig.

EU-kommisjonen angir i sine retningslinjer formålet med tilskuddsregelverket å være ”*preventing distortions of competition caused by financing or similar benefits granted by the State and its emanations*”.⁵⁵

Forbudet mot offentlige tilskudd har som hensikt å forhindre at statlige midler bidrar til å vri konkurransen og skaper ulike konkurransevilkår for aktørene innen det økonomiske samarbeidsområdet.

Ved å likevel tillate tildeling av tilskudd på visse områder og til visse formål, kan offentlige myndigheter bidra til å skape et godt marked, og legge til rette for vekst og innovasjon også hos små og mellomstore selskaper.

⁵³ EØS-avtalens fortale avsnitt 5.

⁵⁴ Se blant annet Sak C-399/98, Sml. 2001 s. I-5409 avsnitt 52.

⁵⁵ SWD(2013) 53 final/2, Commission staff working document – Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest side 101.

Selv om anskaffelsesregelverket først og fremst angir når finansiering er *tillat*, mens tilskuddsregelverket i utgangspunktet *forbyr* finansiering, er regelverkernes hovedsakelige formål langt på vei det samme; Regelverkene skal sikre aktørene like muligheter innen det økonomiske samarbeidsområdet, herunder forhindre at myndighetene bidrar til å vri konkurransen.

3 Sentrale momenter ved grensedragningen

3.1 Innledning

I grensedragningen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd finnes en rekke momenter av betydning. EU-kommisjonen har i sine retningslinjer gitt viktige bidrag og det finnes flere avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser av betydning for saken. I tillegg følger også noen viktige utgangspunkt av Nærings- og fiskeridepartementets veileder av 2017.

Formålet med kapittelet er å angi de mest sentrale momentene ved grensedragningen etter norsk rett, og å fastslå innholdet i disse. Grensedragningen er avgjørende for om anskaffelses- eller tilskuddsregelverket kommer til anvendelse. Anvendelse av feil regelverk kan få store ringvirkninger. For det første kan ulovlig tildeling av tilskudd påvirke tilskuddsmottakeren, som kan bli pålagt å tilbakeføre midlene, med renter.⁵⁶ Dette vil særlig kunne få store konsekvenser for tilskuddsmottakeren dersom midlene helt eller delvis er brukt eller har påvirket mottakerens drift. For det andre vil ulovlig tildeling av tilskudd innebære en tapt mulighet for potensielle leverandører. For det tredje kan myndigheten som tildelte tilskudd påvirkes, både i form av ressursbruk og i form av tap av tillit. Å kreve tilbake tilskuddet, samt å måtte starte prosessen på ny, krever tid, penger og bruk av personell. Klagenemnda for offentlige anskaffelser kan også ilegge myndigheten et overtredelsesgebyr for brudd på anskaffelsesregelverket.⁵⁷ Endelig kan brudd på anskaffelses- og tilskuddsregelverkene kan videre påvirke tilliten samfunnet har til den offentlige myndigheten.

3.2 Det reelle forholdet er avgjørende

Det følger av Nærings- og fiskeridepartementets veileder av 2017 at

⁵⁶ Se ODA-avtalen protokoll 3 artikkel 14, lov om offentlig støtte § 5 og forskrift 4. desember 1992 nr. 907 om offentlig støtte § 5. Tilbakebetaling kan imidlertid ikke kreves dersom det er i strid med et generelt prinsipp i EØS-retten, jf. artikkel 14 første ledd siste pkt.

⁵⁷ Se anskaffelsesloven § 12 første ledd.

*”[n]år grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og tilskudd skal trekkes er det ikke avgjørende hva den konkrete transaksjonen er omtalt som, men hvorvidt det reelt foreligger en gjensidig bebyrdende avtale”.*⁵⁸

Hva avtalepartene omtaler den aktuelle transaksjonen som, er dermed uten betydning. Det kan foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt, til tross for at både den offentlige oppdragsgiveren og leverandøren anser og omtaler transaksjonen som et tilskudd. Dette standpunktet finnes det også støtte for i klagenemndas praksis;

Helse- og omsorgsdepartementet var i *Catosenteret-saken*⁵⁹ klaget inn for klagenemnda for å ha gitt finansiering til Catosenteret. Mens Helse- og omsorgsdepartementet hevdet at finansieringen utgjorde ensidig tildeling av tilskudd, mente klageren at det forelå en gjensidig bebyrdende kontrakt mellom departementet og Catosenteret. Klagenemnda uttalte i deres vurdering av spørsmålet at *”det ikke er avgjørende hva grunnlaget for den aktuelle transaksjonen kalles, men om det i realiteten dreier seg om en gjensidig bebyrdende kontrakt”*.⁶⁰ Klagenemnda gikk så over til å vurdere om det faktisk forelå en gjensidig bebyrdende kontrakt.

Regelverkens viktige funksjoner og formål om å forhindre vridning av konkurranse, taler også mot å legge vekt på partenes oppfatning av transaksjonen. Prinsippet om likebehandling taler videre for at definisjonene av gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd, slik de fremgår av EU- og EØS-retten, skal tillegges stor vekt ved vurdering av om det foreligger en gjensidig eller ensidig kontrakt. Synspunktet støttes av EU-kommisjonens retningslinjer, hvor det står at

*”[t]he legal classification of a contract as a public contract or as a concession under EU law must be based on the concept of a public contract and concession as defined in the relevant Directives (...), irrespective of the legal classification of the contract under national law”.*⁶¹

Det er ifølge retningslinjene heller ikke avgjørende om nasjonal rett klassifiserer en kontrakt som gjensidig bebyrdende eller som ensidig tildeling av tilskudd. Klassifiseringen etter

⁵⁸ Nærings- og fiskeridepartementets veileder av 2017 side 27.

⁵⁹ KOFA-2005-180.

⁶⁰ *Ibid*, avsnitt 25.

⁶¹ SWD(2013) 53 final/2, Commission staff working document – Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest side 101.

relevante direktiv – i dette tilfellet EU-direktivet av 2014 – er viktig i vurderingen av om kontrakten er gjensidig eller ensidig.

I *Barnebygg-saken*⁶² sto tvisten mellom Barnebygg AS og Nannestad kommune. Nannestad kommune hadde invitert tre selskaper – blant dem Barnebygg AS – til å søke om å få bygge og drive privat barnehage på en privateid tomt i kommunen. Kommunen skulle gi det selskapet som ble valgt ut en garanti på inntil NOK 11,6 millioner. Etter at Barnebygg AS hadde levert sitt tilbud til kommunen, valgte kommunen å overlate spørsmålet om hvem som skulle erverve tomten, og dermed også kunne motta garantien, til grunneieren av tomten. Barnebygg AS klagde Nannestad kommune inn for klagenemnda, og anførte at kommunen måtte følge regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda kom til at det *”ikke [var] naturlig å si at kommunen i dette tilfellet anskaffer barnehagetjenester. (...) De støtteordningene som foreligger, inklusive kommunal garanti, kan ha preg av gjensidig bebyrdelse, men det kan neppe ses som kontraktsrettslig vederlag”*.⁶³ Nemnda påpekte videre at kommunen i flere sammenhenger hadde *”formulert seg slik at man kan få inntrykk av at det dreier seg om en konkurranse. Dette er uheldig, men kan ikke være avgjørende i forhold til hvilke regler som får anvendelse”*.⁶⁴ Reglene for offentlige anskaffelser kom dermed ikke til anvendelse.

Avgjørende for klagenemndas konklusjon var altså ikke at kommunens løfte om garanti fremsto som kommunens ytelse i en gjensidig bebyrdende kontrakt. Selv om kommunen hadde formulert seg som om det forelå en konkurranse i anskaffelsesregelverkets forstand, kunne det ikke derav konkluderes med at det forelå en offentlig anskaffelse. Avgjørende for klagenemnda var at vilkårene for gjensidig bebyrdende kontrakt ikke var oppfylt.

3.3 Kontraktsrettslig vederlag

Klagenemnda har i en rekke avgjørelser lagt til grunn at tildeling av midler må ha preg av å være *”kontraktsrettslig vederlag”* for at det skal være tale om en gjensidig bebyrdende avtale.⁶⁵ Dersom tildelingen ikke kan sies å være et kontraktsrettslig vederlag, vil den offentlige myndighetens ytelse kunne være ensidig tildeling av tilskudd. Det vil altså ikke

⁶² KOFA-2003-228.

⁶³ *Ibid*, side 6.

⁶⁴ *Ibid*, side 7.

⁶⁵ Blant annet KOFA-2003-228 side 6, KOFA-2005-180 avsnitt 23, KOFA-2011-85 avsnitt 24 og KOFA-2011-312 avsnitt 73.

foreligge en anskaffelse i anskaffelsesforskriftens forstand. Spørsmålet blir etter dette hva som ligger i ”kontraktsrettslig vederlag”.

En naturlig språklig forståelse av begrepet ”kontraktsrettslig vederlag” taler for at det må foreligge en betaling i henhold til en kontrakt. Et vederlag må normalt forutsettes å inneha en økonomisk verdi, men er ikke begrenset til pengeytelser. Vederlaget kan for eksempel bestå i at den offentlige myndigheten utfører en tjeneste for motparten. Videre er det naturlig å anta at det må kreves at vederlaget gis som betaling for en gjenstand eller tjeneste. Det fremstår som unaturlig å omtale en ensidig transaksjon som ”vederlag”. Etter ordlyden kreves det dermed at det gis et vederlag av økonomisk verdi, som betaling for motpartens ytelse, for at momentet om kontraktsrettslig vederlag skal være oppfylt. Momentet synes etter dette å ha en side til gjensidighetsvilkåret i anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a.

Hva som ligger i ”kontraktsrettslig vederlag” ble særlig problematisert i *Kulturminnepark-saken*.⁶⁶ I saken hadde C. Ludens Ringnes stiftelse inngått en kontrakt med Oslo kommune om å finansiere en skulptur- og kulturminnepark på Ekeberg, hvor stiftelsen skulle stille ut kunst. Som motytelse skulle Oslo kommune dekke utgiftene til en administrativ stilling, gi avkall på inntekter fra publikumstoaletter og stille til rådighet kontorlokaler for stiftelsen. Stiftelsen skulle etter kontrakten stille til rådighet, og dels bruke, verdier tilsvarende NOK 300 millioner. Klageren anførte at kommunen hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Kommunen hevdet at det ikke forelå en slik motytelse at kontrakten var gjensidig bebyrdende. Klagenemnda viste, i sin vurdering, til at vilkårene for at en ytelse er gjensidig bebyrdende er

*”at det foreligger en gjensidighet mellom partenes ytelser, og at ytelsene har økonomisk verdi. Imidlertid må motytelsen ha preg av å være et kontraktsrettslig vederlag før det er tale om en gjensidig bebyrdende avtale. Angjeldende avtale innebærer at innklagede pådrar seg visse kostnader og avstår fra visse inntekter. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis det samme som at Stiftelsen mottar motytelser av økonomisk verdi. (...) Selv om kommunen ved dette har pådratt seg kostnader, har nemnda vanskelig for å se at dette tilgodeser Stiftelsen slik at det kan regnes som en motytelse”.*⁶⁷

Videre fant nemnda at

⁶⁶ KOFA-2011-312.

⁶⁷ *Ibid*, avsnitt 70 og 71.

”inntektene knyttet til publikumstolettene ikke vil utgjøre noen økonomisk verdi for Stiftelsen. (...) innklagede [gir] avkall på kontorlokaler for Stiftelsen, noe som i utgangspunktet kan betraktes som en motytelse av økonomisk verdi. Imidlertid skal Stiftelsen kun ha kontorlokalene for å administrere skulptur- og kulturminneparken (...). Nemnda kan da ikke se at dette har reell økonomisk verdi for Stiftelsen som rettssubjekt”.

Om markedsføringsverdien for å ha kunst stående i parken uttalte nemnda at

*”[s]tiftelsen [er] en ideell organisasjon, som ikke formidler kunst i kommersielt øyemed (...), og klagenemnda legger derfor til grunn at heller ikke dette kan anses som et avgjørende kontraktsrettslig vederlag fra innklagedes side”.*⁶⁸

Avgjørelsen taler for at et kontraktsrettslig vederlag er en forutsetning for at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt. At det foreligger et kontraktsrettslig vederlag er et selvstendig vilkår, som må vurderes separat fra vilkåret om at det må foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt. Likevel synes det å være flere likheter mellom disse to vilkårene. For det første synes klagenemnda, i vurderingen av om det foreligger et kontraktsrettslig vederlag, å legge vekt på om det gis en *motytelse*. Dersom det skal foreligge en motytelse, må det nødvendigvis gis en form for ytelse til den som skal gi motytelsen. Dersom ytelsene ikke er avhengige av hverandre, slik at den ene ytelsen kan bortfalle uten at det påvirker hvorvidt den andre ytelsen skal gis, vil det være unaturlig å omtale ytelsen som en *motytelse*. Et slikt krav om avhengighet mellom ytelsene samsvarer langt på vei med avhengighetskravet som ligger i gjensidighets-vilkåret.

For det andre legges det vekt på om ytelsen har økonomisk verdi. Det er ikke tilstrekkelig at motparten pådrar seg kostnader – ytelsen må faktisk være av økonomisk verdi for mottakeren. Dersom ytelsens eneste økonomiske verdi å bidra til at motparten kan levere sin motytelse, vil den ikke gi noen reell økonomisk verdi for motparten. Slik så klagenemnda på kontorlokalene som ble stilt til rådighet for Stiftelsen, for å drifte skulptur- og kulturminneparken. Også momentet om økonomisk verdi kan finnes igjen i vilkåret om at kontrakten må være gjensidig bebyrdende.⁶⁹

Det er i saken vanskelig å skille vurderingen av gjensidig bebyrdende kontrakt og kontraktsrettslig vederlag. Vurderingene synes i stor grad å overlappe.

⁶⁸ *Ibid*, avsnitt 72 til 74.

⁶⁹ Se avhandlingens punkt 2.2.

En annen sak hvor vilkåret om kontraktsrettslig vederlag ble behandlet var *Barnebygg-saken*.⁷⁰ I saken hadde Nannestad kommune blant annet avgitt løfte om kommunal garanti til bygging av privat barnehage. Klagenemnda uttalte i saken at

*”[s]lik klagenemnda ser det, er det (...) ikke naturlig å si at kommunen i dette tilfellet anskaffer barnehagetjenester. (...) De støtteordningene som foreligger, inklusive kommunal garanti, kan ha preg av gjensidig bebyrdelse, men det kan neppe ses som kontraktsrettslig ”vederlag”. (...) Ved barnehagedrift tilbys offentlig støtte til alle som oppfyller vilkårene for å kunne drive barnehage. Den kommunale garantien, som gis på visse generelle betingelser, ligger kanskje nærmest opp til å kunne kalles ledd i et gjensidig bebyrdende forhold. Kommunale garantier er imidlertid ikke noe nødvendig ledd i en privat barnehageutbygging. Bare i tilfeller hvor utbyggers långiver krever det, vil det være aktuelt for utbygger å søke om garanti”.*⁷¹

Klagenemndas bemerkninger i saken taler for at et viktig trekk ved kontraktsrettslige vederlag er at det offentliges ytelse fremstår som en *betaling* for motytelsen. På denne måten skiller vilkåret seg fra gjensidighetsvilkåret. Klagenemnda uttalte i saken at tilskuddsordningen bar preg av å være gjensidig bebyrdende, men ikke kunne anses som et kontraktsrettslig vederlag. Ytelsene kan altså være gjensidig avhengige av hverandre, uten at det er naturlig å omtale den offentlige myndighetens ytelse som et vederlag. En forutsetning for å bli tilbudt garanti i saken var at selskapet skulle bygge og drive barnehage, men garantien kunne ikke anses som betaling for slik etablering og drift. Nemnda viste i avgjørelsen til at kommunal garanti ble gitt på generelle betingelser, og at selskapene måtte søke om å motta garanti selv om de fikk tilslag på kjøp av tomten. Det var ikke naturlig å omtale avtalen som en anskaffelse av barnehagetjenester. Klagenemnda konkluderte med at avtalen ikke kunne anses å være gjensidig bebyrdende, ettersom garantien ble gitt på generelle betingelser og ikke var et nødvendig ledd i avtalen. Likevel er avgjørelsen av betydning, fordi den viser at vilkåret om kontraktsrettslig vederlag er et selvstendig kriterium for at en transaksjon skal være en offentlig anskaffelse.

I motsetning til de to foregående sakene, ble det konkludert med at det forelå et kontraktsrettslig vederlag i *Verdal og omegn rideklubb*-saken.⁷² I saken var Verdal kommune

⁷⁰ KOFA-2003-228.

⁷¹ *Ibid*, side 6.

⁷² KOFA-2008-221.

innklaget til klagenemnda av Verdal og omegn rideklubb mfl. Bakgrunnen var en driftsavtale kommunen hadde inngått med Verdal idrettslag. Idrettslaget hadde etter avtalen ansvar for drift, vedlikehold og utleie av idrettsanlegget, samt drift av en skøytebane. Videre skulle idrettslaget dekke løpende driftskostnader til utstyret som ble brukt til drift av anlegget. Verdal kommune skulle betale driftstilskudd og løpende vedlikehold for anlegget, strøm for klubbhuset, kunstgressbanen og skøytebanen, samt ha ansvar for vedlikehold og investeringer til anlegget. Verdal IL hadde etter kontrakten rett til å vederlagsfritt disponere tilgjengelig reklameplass ved anlegget og hadde krav på leieinntektene fra banen. Verdal og omegn rideklubb mfl. anførte at det forelå en gjensidig bebyrdende kontrakt mellom kommunen og idrettslaget. Kommunen hevdet på sin side at driftstilskuddet var tildeling av tilskudd, og ikke en offentlig anskaffelse. Klagenemnda kom i sin vurdering fram til at

*”[u]t fra faktum i saken er det på det rene at Verdal idrettslag både har mottatt vederlag i form av penger, og retten til å utnytte leieinntekter for banen, som gjenytelse for drift av anlegget”.*⁷³

Klagenemnda konkluderte med at *”[b]aneinntektene og ”driftstilskuddet” må (...) sies å være et kontraktsrettslig vederlag for tjenestene Verdal idrettslag skal utføre”.*⁷⁴

Avgjørende for at det forelå kontraktsrettslig vederlag var at driftstilskuddet og inntekten ved utleie av banen fremsto som vederlag for idrettslagets tjenester. Kommunen betalte idrettslaget for vedlikehold og drift av anlegget, ved å gi tilskudd til denne driften og å gi avkall på utleieinntektene. Vederlaget fremsto klart som betaling for motytelsen.

Kontraktsrettslig vederlag fremstår etter analysen som et selvstendig vilkår for offentlige anskaffelser. Selv om det synes som om vilkåret, etter klagenemndas praksis, i noen grad sammenfaller med vilkåret om gjensidig bebyrdende kontrakt, er det særegne trekk ved vilkåret som taler for at det må vurderes separat. Avgjørende i vurderingen av om vilkåret er oppfylt, er om det er naturlig å betrakte den offentlige myndighetens ytelse som en betaling for motytelsen. Ytelsen må ha en reell økonomisk verdi for motparten og det må være en gjensidig avhengighet mellom vederlaget og motytelsen.

⁷³ *Ibid*, avsnitt 28.

⁷⁴ *Ibid*, avsnitt 31.

3.4 EU-kommisjonens retningslinjer

I EU-kommisjonens retningslinjer listes det opp en rekke punkter som skal *”serve to establish whether the subject matter of the contract is indeed an obligation to provide a service in return for remuneration”*.⁷⁵ Momentene er altså ment som hjelpemidler for å fastslå om det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt. De er ikke alternative eller kumulative vilkår som kan anvendes som en absolutt fasit, men momenter i en helhetlig vurdering. At et moment er oppfylt taler dermed for at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt, men er ikke ensbetydende med en slik konklusjon. De øvrige punktene i retningslinjen må også vurderes, i tillegg til at andre faktorer kan spille inn. Retningslinjen angir ikke uttømmende de momenter som kan brukes i fastleggelsen av grensedragningen, kun et utvalg av relevante vurderingsmomenter.

Momentene skal først og fremst brukes til å vurdere om det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt. Det kan dermed ikke uten videre fastslås at det foreligger ensidig tildeling av tilskudd, dersom den helhetlige vurderingen taler mot at transaksjonen er en gjensidig bebyrdende kontrakt. Hvorvidt en transaksjon er ensidig tildeling av tilskudd må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.

Momentene i helhetsvurderingen er som følgende:

- ”a) the aim of the contract is to meet needs previously defined by the public authority within the framework of its competences;*
- b) the nature of the service and the way in which it is to be provided are specified in detail by the public authority;*
- c) the contract provides for remuneration of the service (payment of a price or granting of the right to operate the service in return for a fee payable by users);*
- d) the public authority takes the initiative of finding a provider to whom to entrust the service*
- e) the contract lays down penalties for failure to meet contractual obligations, in order to guarantee that the service entrusted to the third party is provided properly in such a way as to meet the public authority’s requirements (penalties, compensation for damages, etc.).”*

⁷⁵ SWD(2013) 53 final/2, Commission staff working document – Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest side 101.

Flere av momentene har nokså vide formuleringer. Dette gjør det vanskelig å fastslå det nærmere innholdet i momentene ut fra ordlyden. Det er ikke gitt noen ytterligere presisering av innholdet i EU-kommisjonens retningslinjer. Selv om Klagenemnda for offentlige anskaffelser ikke eksplisitt nevner EU-kommisjonens retningslinjer i sine avgjørelser, anvendes flere av de samme momentene i klagenemndas avgjørelser. Avgjørelser fra klagenemnda er derfor relevante for å illustrere hvordan momentene kommer til uttrykk i norsk rett.

3.4.1 Bokstav a – formålet med kontrakten er å dekke de behov som er definert innenfor den offentlige myndighetens kompetanseområde

For at momentet skal være oppfylt, må for det første formålet med kontrakten være å dekke den offentlige myndighetens behov. For eksempel kan det ligge innenfor en kommunes behov å inngå en kontrakt om vedlikehold av kommunale bygg, eller staten kan ha behov for å sikre tilstrekkelige helse- og omsorgstjenester i et område.⁷⁶ Behovet må for det andre være definert innenfor kompetanseområdet til den offentlige myndigheten. Det vil for eksempel ligge innenfor en kommunes kompetanseområde å inngå kontrakter om skoleskyss for barn i grunnskolen. Skoleskyss for elever ved videregående skole faller imidlertid utenfor, ettersom det er en fylkeskommunal oppgave. Både hvilket behov kontrakten har som formål å dekke, og hvorvidt behovet ligger innenfor den offentlige myndighetens kompetanseområde, må vurderes konkret.

Motparten vil som hovedregel også søke å dekke egne behov ved kontrakten; kommersielle aktører vil gjerne ha et overordnet behov for å selge sine tjenester eller varer. Hvorvidt motparten får dekket sine behov er uten betydning for om momentet er oppfylt. Avgjørende er at et behov definert innenfor den offentlige myndighetens kompetanseområde blir dekket. Et slikt standpunkt synes også å samsvare godt med anskaffelsesregelverkets formål; for å kunne utnytte offentlige midler mest mulig effektivt, bør offentlige myndigheter søke å dekke de behov som ligger innenfor egne kompetanseområder.

Dersom formålet med kontrakten ikke er å dekke det offentliges behov, taler det mot at kontrakten er gjensidig bebyrdende. Offentlige midler vil neppe utnyttes effektivt dersom offentlige myndigheter går til innkjøp av tjenester som ikke har som formål å dekke myndighetens behov. For eksempel har kommunen ansvar for å sørge for tilstrekkelige helse-

⁷⁶ Se for eksempel KOFA-2008-221 og KOFA-2005-180.

og omsorgstjenester for eldre i kommunen. Dersom kommunen inngår en kontrakt med en ideell aktør om drift av kommunens sykehjem vil kontrakten være gjensidig bebyrdende. Kommunen plikter imidlertid ikke å tilby sosiale aktiviteter til de eldre. Hvis kommunen gir midler til den ideelle aktøren til slike aktiviteter, vil det være nærliggende å anse midlene som ensidige tilskudd. Dette fordi tilskuddet ikke skal dekke et behov som er direkte definert innenfor kommunes kompetanseområde. Kontrakter hvor offentlige myndigheters behov ikke dekkes, kan etter omstendighetene anses som tilskudd til foretaket som skal utføre tjenesten. Det må da vurderes om vilkårene for ensidig tilskudd er oppfylt, og om slik tildeling er tillat.⁷⁷

I *Hinkley point C-saken*⁷⁸ ble momentet vektlagt av Retten.⁷⁹ I saken krevde Østerrike at Retten skulle annullere EU-kommisjonens tidligere beslutning om å tillate Storbritannia å tildele offentlig tilskudd til foretaket NNBG, som skulle bygge og drifte et atomkraftverk. Østerrike hevdet blant annet at tildelingen måtte følge reglene for offentlige anskaffelser.⁸⁰ For å vurdere om tildelingen måtte følge anskaffelsesreglene, tok Retten for seg om det forelå en ”*public contract*” etter dagjeldende EU-direktiv av 2004.⁸¹ Domstolen viser blant annet til at den omtvistede kontrakten, *Contract for Difference*, ikke påla NNBG noen plikter i form av tjenester som skulle utføres for å bygge eller levere strøm fra atomkraftverket.⁸² Under henvisning til kontrakten, konkluderte domstolen på denne bakgrunn med at

*”it cannot be held that it [kontrakten] aims to cover a specific need of the United Kingdom as contracting authority. On the contrary, the object of the Contract for Difference is the award of a subsidy and, by that subsidy, the United Kingdom merely incentives NNBG and its investors to achieve the public interest objective of that Member State, namely the creation of new nuclear energy generating capacity”.*⁸³

Østerrikes anførsel ble med dette avvist.

⁷⁷ Se avhandlingens punkt 2.3 og 2.4.

⁷⁸ Sak T-356/15, Østerrike mot EU-kommisjonen (ikke enda i Sml.).

⁷⁹ The General Court.

⁸⁰ Sak T-356/15, Østerrike mot EU-kommisjonen (ikke enda i Sml.) avsnitt 636.

⁸¹ *Ibid*, avsnitt 641. Direktive som omtales var dagjeldende Directive 2004/18/EC of the European Parliament and the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public contracts, public supply contracts and public service contracts.

⁸² *Ibid*, avsnitt 649.

⁸³ *Ibid*, avsnitt 650.

Uttalelsen viser at Retten aktivt anvender og vektlegger betydningen av om den offentlige myndighetens behov blir dekket ved kontrakten ved grensedragningen mellom anskaffelser og tilskudd. For å fastlegge om kontraktens formål er å dekke statens behov, tar Retten utgangspunkt i de pliktene som pålegges NNGB etter kontrakten og det formålet som staten ønsker å oppnå. Ettersom kontrakten ikke pålegger foretaket noen plikt til å levere strøm, dekker det ikke Storbritannias behov for energi. Det anses i dommen ikke tilstrekkelig at NNBG gis et insentiv til å dekke Storbritannias energi-behov. Dette taler for at terskelen er nokså høy for å anse dekking av den offentlige myndighetens behov som formålet med kontrakten. For å oppfylle momentet er det ikke tilstrekkelig at tildelingen av midler gir mottakeren en oppfordring til å dekke den offentlige myndighetens behov. Det må faktisk følge av kontrakten at den offentlige myndighetens behov skal dekkes.

Saken er anket inn for EU-domstolen og er for tiden under behandling. Dette gir dommen begrenset rettskildemessig verdi. Rettens avgjørelse i saken anses likevel å ha illustrasjonsverdi, ettersom den viser hvilken betydning momentet tillegges i Retten. Slutningene som kan trekkes fra dommen samsvarer også godt med formålsbetraktningene til regelverkene. Dersom kontrakten ikke faktisk medfører at den offentlige myndighetens behov dekkes vil det vanskelig kunne sies å foreligge noen motytelse. Da vil det være mer nærliggende å se til tilskuddsregelverket enn anskaffelsesregelverket. For å sikre effektiv anvendelse av samfunnets ressurser bør det også kreves at kontrakten eksplisitt fastslår en motytelse som dekker den offentlige myndighetens behov.

I *Law of Public and Utilities Procurement Volume I* skriver Arrowsmith at ”[s]tate aid may also exist when a procuring entity makes a purchase for which it has no genuine need”.⁸⁴ I tillegg til at behovet må ligge innenfor den offentlige myndighetens kompetanseområde, må tjenesten også vurderes opp mot det faktiske behovet myndigheten har. Uttalelsen taler for at dersom offentlige myndigheter går til innkjøp av en tjeneste eller vare den ikke har behov for, vil tilskuddsregelverket kunne komme til anvendelse.

Denne siden av momentet ble diskutert i *BAI-saken*.⁸⁵ Spørsmålet i saken var hvorvidt EU-kommisjonens tidligere beslutning om at en kontrakt mellom Spanias regjering og fergeselskapet Ferries Golfo de Vizcaya ikke utgjorde offentlig tilskudd, måtte settes til side.

⁸⁴ Sue Arrowsmith, *Law of Public and Utilities Procurement Volume I*, London 2014 side 303.

⁸⁵ Sak T-14/96, Sml. 1999 s. II-0139.

Kontrakten gjaldt kjøp av reisekuponger. Ved vurdering av om kontrakten i realiteten var tildeling av tilskudd viste Retten til at

*”[t]he Commission’s second main consideration in deciding that the 1995 agreement does not constitute State aid must be taken to be that the organization of specific programmes, (...) can constitute objective proof that the Spanish authorities have a real need to purchase a certain number of travel vouchers from Ferries Golfo de Vizcaya. However, as the Court has already found (...) it is not clear from the file that the total number of travel vouchers purchased (...) was fixed by reference to the Council’s actual needs”.*⁸⁶

EU-kommisjonens beslutning om at det ikke forelå ensidig tildeling av tilskudd ble etter dette annullert.

Avgjørelsen viser at den offentlige myndighetens behov må samsvare med omfanget av tjenesten for å oppfylle momentet. Dersom den offentlige myndigheten går til innkjøp av tjenester som er mer omfattende enn myndighetens behov rettfærdiggjør, kan det medføre at kontrakten må behandles etter tilskuddsregelverket.

Klagenemnda har ved flere avgjørelser konkludert med at kontrakten var gjensidig bebyrdende i saker hvor den offentlige myndighetens behov dekkes av kontrakten. Som eksempel kan nevnes *Catosenteret-saken*⁸⁷, hvor formålet var å anskaffe helse- og omsorgstjenester. Formålet dekket Helse- og omsorgsdepartementets behov for rehabiliteringstjenester. Også i *Verdal og omegn rideklubb-saken*⁸⁸ var formålet med kontrakten å dekke den offentlige myndighetens – i denne saken Verdal kommunes – behov for vedlikehold av Verdal sentralidrettsanlegg. Selv om ikke klagenemnda eksplisitt vektlegger at den offentlige myndighetens behov dekkes av kontrakten, er det ikke utenkelig at også klagenemnda implisitt vektlegger momentet. I alle tilfelle synes klagenemndas praksis å samsvare med momentet.

Avgjørende for om momentet er oppfylt er etter analysen at formålet med kontrakten er å dekke et *faktisk* behov som ligger innenfor den offentlige myndighetens kompetanseområde. Dette innebærer at det kreves at tjenesten som anskaffes ikke går ut over det behovet den

⁸⁶ *Ibid*, avsnitt 79.

⁸⁷ KOFA-2005-180.

⁸⁸ KOFA-2008-221.

offentlige myndigheten har. Det må foretas en konkret vurdering av myndighetens behov, og hvorvidt anskaffelsen ligger innenfor rammen av myndighetens kompetanseområde.

3.4.2 Bokstav b – tjenestens karakter og måten tjenesten skal utføres på er spesifisert i detalj av den offentlige myndigheten

I spesifisering av ”*the nature of the service*”, eller tjenestens karakter, ligger etter ordlyden at den offentlige myndigheten fastsetter rammene for motpartens ytelse. Spesifisering kan for eksempel bestå i å fastsette ytelsens omfang eller fysiske egenskaper. Begrepet ”*the way in which it is to be provided*”, eller måten tjenesten skal utføres på, innebærer at det kreves spesifisering av tilvirknings- eller utførelsesmåte. For eksempel spesifisering av materialbruk, pris og tidsramme.

I hvilken grad partene kan fastsette rammene for avtalen er altså av betydning for hvilket regelsett som skal anvendes. Dersom den offentlige oppdragsgiveren i større grad enn motparten har anledning til å påvirke tjenestens karakter og måten tjenesten skal utføres på, taler det for at det foreligger en offentlig anskaffelse. Et av formålene med regelverket om offentlige anskaffelser er effektiv anvendelse av offentlige midler. For å sikre slik bruk er det av stor betydning at oppdragsgiveren kan påvirke tjenestens ramme. Momentet samsvarer også med regelverket for offentlige anskaffelser, som fastslår at oppdragsgiveren må spesifisere tjenesten som skal anskaffes.⁸⁹ Det er også naturlig at det er oppdragsgiveren som har størst innflytelse over rammene for tjenesten som skal anskaffes, ettersom oppdragsgiveren er nærmest til å vurdere det behovet anskaffelsen skal dekke. I motsatt fall, dersom motparten mottar vederlag fra offentlige myndigheter og i stor grad kan fastsette rammene for sin egen ytelse, bærer transaksjonen i liten grad preg av å være gjensidig. Tilskuddsregelverket kan i slike tilfeller tenkes å komme til anvendelse.

Rammene for ytelsen må fastsettes ”*in detail*”. Kravet til spesifisering er etter ordlyden nokså strengt. Ordlyden taler for at det ved gjensidig bebyrdende kontrakter må kreves mer enn at rammene fastsettes helt overordnet. I hvilken grad det er mulig å spesifisere ytelsen i detalj, vil avhenge av hvilken type ytelse kontrakten gjelder. Ved for eksempel renovasjon av en veistrekning eller innkjøp av materiell til Forsvaret vil oppdragsgiveren gjerne ha gode forutsetninger for å kunne gi en detaljert spesifikasjon av ytelsen som skal anskaffes. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor det vil være vanskelig eller lite gunstig å spesifisere ytelsen, for

⁸⁹ Anskaffelsesforskriften §§ 8-5 og 15-1.

den offentlige myndigheten. Dette gjelder for eksempel dersom offentlige myndigheter skal gå til innkjøp av kunst som ikke enda er tilvirket. Det vil da være naturlig at oppdragsgiveren er tilbakeholden med å spesifisere rammene for ytelsen i detalj. Dersom oppdragsgiver har lite kunnskap på området for anskaffelsen, kan det også være en fordel for oppdragsgiveren å gi romslige rammer. På denne måten kan oppdragsgiveren gi rom for at potensielle leverandører kan komme med forslag til for eksempel gjennomføring og materialbruk. Det kan dessuten være mer hensiktsmessig at oppdragsgiveren, i stedet for å spesifisere den ønskede tjenesten i detalj, beskriver hva som er målet for anskaffelsen. Slik kan mer innovative løsninger oppnås.

I *University of Cambridge-saken*⁹⁰ vises utslag av spesifikasjonsmomentet. Spørsmålet i saken var blant annet om Universitetet kunne anses som et offentlig organ, ettersom Universitetet mottok offentlig finansiering. Herunder var det spørsmål om hvilke av midlene Universitetet hadde mottatt, som skulle bli ansett som offentlig finansiering. Universitetet hadde mottatt midler både til forskning generelt og til spesifikke former for forskningsarbeid, og midler som skulle dekke andre typer tjenester, for eksempel rådgivning og tilrettelegging av konferanser, samt midler som skulle dekke undervisningsgebyret for enkelte studenter. EU-domstolen uttalte at ”[o]nly payments which go to finance or support the activities of the body concerned without any specific consideration therefor may be described as ”public financing””.⁹¹ Det ble altså skilt mellom offentlig finansiering – som omfattet midler som ble tildelt uten spesifikke krav til bruk – og øvrige midler som fremsto som kjøp av tjenester. Midlene som var gitt for å dekke forskningsarbeid, uten at særlige former for forskning var spesifisert, og midler til å dekke undervisningsgebyr for enkelte studenter, ble av EU-domstolen ansett som offentlig finansiering. Når det gjaldt de øvrige midlene, kom domstolen imidlertid til at betalingen var ”consideration for contractual services provided by the university, such as the execution of particular research work or the organisation of seminars and conferences”.⁹²

Forskjellen mellom de ulike formene for transaksjoner som tilkom Universitetet, var i hvilken grad den finansierende myndigheten hadde mulighet til å påvirke hvordan midlene skulle anvendes. Når det gjaldt midlene som ble tildelt til generelt forskningsarbeid, og for å dekke studenters undervisningsgebyr, forelå det ikke noen ”contractual consideration”.⁹³ Den

⁹⁰ Sak C-380/98, Sml. 2000 s. I-8035.

⁹¹ *Ibid*, avsnitt 21.

⁹² *Ibid*, avsnitt 24.

⁹³ *Ibid*, avsnitt 22 og 23.

finansierende myndigheten hadde i disse tilfellene ikke mulighet til å spesifisere i detalj hvordan midlene skulle brukes. Midlene ble på denne bakgrunn ansett å være finansiering. I tilfeller hvor en oppdragsgivende myndighet betalte vederlag for spesifikke forskningsarbeid og konferanser, gikk midlene til spesifikt angitte tjenester som var fastsatt av den oppdragsgivende myndigheten. Dermed hadde oppdragsgiveren i høy grad mulighet til påvirke anvendelsen av midlene. De tildelte midlene utgjorde myndighetens vederlag i gjensidig bebyrdende kontrakter. Universitetet måtte yte i henhold til kontraktene. Det kan ut fra dommen konkluderes med at jo høyere grad av påvirkningskraft den offentlige myndigheten har, jo større grunn er det til å anse kontrakten som gjensidig bebyrdende.

I *Catosenteret-saken*⁹⁴ hadde Helse- og omsorgsdepartementet inngått en avtale med Catosenteret om offentlig finansiering av rehabiliteringstjenester. Departementet hadde ved tildeling spesifisert hvordan midlene skulle brukes; det var fastsatt hvilken målgruppe finansieringen rettet seg mot og hvilken pris Catosenteret kunne kreve av brukerne. Departementet hevdet at finansieringen var ensidig tilskudd, og at de rehabiliteringstjenester Catosenteret skulle utføre for finansieringsmidlene ikke medførte at det forelå en gjensidig bebyrdende kontrakt. I avgjørelsen kom klagenemnda frem til at ettersom departementet kunne bestemme prisen og målgruppen, hadde den ”*derfor en viss kontroll over den gjenytelsen Catosenteret gir*”.⁹⁵ At det forelå slik spesifisering av midlene var en av grunnene til at klagenemnda slo fast at det forelå en gjensidig bebyrdende kontrakt mellom departementet og Catosenteret.

Avgjørelsen viser at også klagenemnda tar i betraktning hvorvidt den offentlige myndigheten har anledning til å spesifisere tjenesten motparten skal yte. Videre taler avgjørelsen for at klagenemnda anser det tilstrekkelig at den offentlige myndigheten har ”*en viss kontroll*” over motytelsen. Som nevnt legger ordlyden ”*specified in detail*” i utgangspunktet opp til en nokså streng forståelse av momentet i retningslinjen. Avgjørelsen i *Catosenteret-saken* kan tyde på at klagenemnda ikke krever en like høy grad av spesifisering for at det skal tale for at kontrakten er gjensidig bebyrdende. Imidlertid hadde Helse- og omsorgsdepartementet definert målgruppen og fastsatt prisen, som er viktige aspekter ved ytelsen. Å fastsette hvordan rehabiliteringen skulle foregå ville neppe være hensiktsmessig.

Rehabiliteringsinstitusjoner må anses nærmere til å fastsette detaljer ved selve

⁹⁴ KOFA-2005-180.

⁹⁵ *Ibid*, avsnitt 26.

rehabiliteringen. Selv om klagenemnda kun anså departementet å ha ”*en viss kontroll*” med motytelsen, var viktige sider av tjenesten spesifisert. Saken samsvarer således godt med innholdet i momentet, herunder også den strenge terskelen som må legges til grunn for spesifiseringen.

Jo mer detaljert motytelsen er spesifisert, desto større grunn er det til å anse kontrakten som gjensidig bebyrdende. Ved tilskudd vil normalt spesifiseringen av motytelsen være begrenset til det overordnede formålet med tildelingen, og enkelte vilkår. Spesifisering av tjenestens karakter og utførelse må dermed avgrenses nedad mot helt overordnede formål og vilkår for tildelingen. I *University of Cambridge*-saken ble det for eksempel skilt mellom midler til forskningsarbeid og midler til utførelsen av spesifikk forskning. Ved førstnevnte midler var det kun fastsatt et overordnet formål for bevilgningen. Universitetet hadde dermed stor frihet til å anvende midlene innenfor formålet. De sistnevnte midlene, som var avsatt til spesifikke forskningsarbeider, var spesifisert i en slik grad at det forelå en anskaffelse.

I de fleste tilfeller vil det neppe være hensiktsmessig å anse momentet som en *enten-eller*-vurdering, men heller som en *skala* fra mye til lite spesifisert. Avgjørende er i hvor stor grad den offentlige myndigheten kan påvirke bruken av de tildelte midlene. Det må her tas hensyn til hvilken type tjeneste kontrakten gjelder, og i hvilken grad det er hensiktsmessig å spesifisere ytelsen.

3.4.3 Bokstav c – det følger av kontrakten at det skal betales et vederlag for tjenesten

Dersom den offentlige myndigheten må betale ”*remuneration*”, eller et vederlag, taler det for at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt. I bokstav c nevnes blant annet ”*payment of a price*” som en form for vederlag. Den offentlige myndighetens vederlag består ofte i betaling av et pengebeløp. Mulige former for vederlaget er imidlertid ikke begrenset til å bestå i rene kapitaltilskudd. I momentets ordlyd nevnes også eksplisitt ”*granting of the right to operate the service in return for a fee payable by users*” – altså at motparten gis rett til å betjene tjenesten mot en avgift betalt av brukerne.⁹⁶ Andre former for vederlag kan for eksempel bestå i at den offentlige myndigheten gir avkall på noe den ellers ville fått.⁹⁷

⁹⁶ Se for eksempel KOFA-2005-180.

⁹⁷ Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser av 2017 side 26 og 27.

Dersom det ikke følger av kontrakten at det skal betales vederlag for motytelsen vil det vanskelig kunne foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt. I kjernen av begrepet ”*pecuniary contract*” ligger jo nettopp at ytelsene er avhengige av hverandre.⁹⁸ Vederlaget kan dermed ikke betraktes isolert. Det kommer fram av momentet at vederlaget må betales for en ”*service*”, eller tjeneste. En nødvendig betingelse for at det skal foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt er etter dette at det både foreligger et vederlag og en motytelse. Dersom kontrakten kun pålegger den ene parten å nedlegge en ytelse, vil det dermed tale nokså sterkt imot at kontrakten er gjensidig bebyrdende. Selv om EU-kommisjonen ikke angir noen rangordning for momentene, er det grunn til å tillegge det tredje momentet stor vekt i helhetsvurderingen.

3.4.3.1 Kan det foreligge ensidig tildeling av tilskudd til tross for at mottakeren av vederlaget gir en form for motytelse?

Gjensidig bebyrdende kontrakter forutsetter at det foreligger en motytelse. Den offentlige myndigheten betaler for eksempel en pengesum tilsvarende markedspris for at et foretak skal renovere en veistrekning. Motsatt er det ingen forutsetning at det foreligger en motytelse, hva gjelder ensidig tildeling av tilskudd. Kjernen i støtte-begrepet er nettopp at foretaket mottar en økonomisk fordel uten at det gis en motytelse til den offentlige myndigheten. Som eksempel kan nevnes tilfeller hvor offentlige myndigheter gir fradrag på et foretaks lån. Foretaket oppnår en økonomisk fordel i form av lavere utgifter, uten at det gis noen motytelse for fradraget til den offentlige myndigheten. Offentlige myndigheter kan imidlertid sette vilkår for tilskuddet. Slike vilkår kan for eksempel bestå i at et foretak som har kjøpt en tomt til underpris, må benytte tomten til et angitt formål og rapportere om bruken til den tildelende myndigheten. Mer omfattende vilkår kan imidlertid være naturlig å anse som motytelser. Hvor grensen mellom vilkår og motytelser skal trekkes må vurderes konkret i den enkelte sak.

I *Catosenteret-saken*⁹⁹ var det oppstilt flere vilkår for tildelingen av midler. Det fremkom blant annet av kontrakten hvilken pris Catosenteret kunne kreve av pasientene, hvilken målgruppe tjenestene skulle rettes mot, og rapporteringsplikt om resultater. Vilkårene ble i avgjørelsen ansett så omfattende at det i realiteten forelå en motytelse for tildelingen.¹⁰⁰

Avgjørelsen viser at dersom vilkårene blir for omfattende, vil anskaffelsesregelverket komme til anvendelse. Mindre omfattende vilkår kan være forenelig med tilskuddsregelverket.

⁹⁸ Se avhandlingens punkt 2.2, jf. Sak C-451/08, Sml. 2010 s. I-2673 avsnitt 48 og 49.

⁹⁹ KOFA-2005-180.

¹⁰⁰ *Ibid*, avsnitt 26.

Avgjørelsen viser også at det ikke er avgjørende at den offentlige myndigheten direkte mottar en motytelse for at transaksjonen skal utgjøre en gjensidig bebyrdende kontrakt. Dersom motpartens ytelse bidrar til at den offentlige myndigheten overholder en av sine forpliktelser eller ansvar, kan det etter omstendighetene være tilstrekkelig for å klassifisere som en motytelse. Selv om motytelsen ikke direkte tilkommer den offentlige myndigheten, vil motytelsen gi myndigheten en økonomisk fordel

3.4.3.2 Vederlaget tilsvare markedspris

Dersom vederlagets størrelsesorden tilsvare den prisen som det ellers vil være mulig å oppnå på det markedet, kan det sies at vederlaget og motytelsen har samme verdi. Hvilken pris som utgjør markedspris vil blant annet kunne avhenge av antallet tilbydere og hvor ettertraktet varen eller tjenesten er, og må derfor vurderes konkret. Det ble ved den tidligere tolkningen av støttebegrepet i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 vist til at støttebegrepet ved ensidig tildeling av tilskudd innebærer at tilskuddsmottakeren må oppnå en økonomisk gevinst utover markedspris.¹⁰¹ Dersom tilskuddsmottakeren ikke oppnår en slik gevinst, vil normalt ikke tilskuddsregelverket komme til anvendelse. I kontrakter hvor vederlaget tilsvare markedspris er det derfor naturlig å anta at transaksjonen neppe kan karakteriseres som ensidig tildeling av tilskudd.

I ESAs retningslinjer kommer det frem at

*”[i]f the sale and purchase of assets, goods and services (...) are carried out following a competitive, transparent, non-discriminatory and unconditional tender procedure in line with the principles of the EEA Agreement on public procurement (...), it can be presumed that those transactions are in line with market conditions”.*¹⁰²

ESAs uttalelse i retningslinjene taler for vederlaget antas å tilsvare markedspris dersom det har vært en reell, transparent og ikke-diskriminerende konkurranse om et oppdrag. Dersom det gjennomføres en slik konkurranse må det derfor normalt konkluderes med at tilskuddsregelverkets regler ikke kommer til anvendelse, ettersom motparten ikke oppnår noen økonomisk gevinst utover markedspris.

¹⁰¹ Se avhandlingens punkt 2.3.

¹⁰² Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61 (1) of the EEA Agreement avsnitt 89.

ESAs kjennetegn på en markedsmessig konkurranse samsvarer godt med prinsippene som ligger til grunn for anskaffelsesreglene.¹⁰³ Det vil også være naturlig å behandle kontrakter hvor vederlaget utgjør markedspris etter anskaffelsesregelverkets regler. Formålet med anskaffelsesreglene er å sikre effektiv anvendelse av samfunnets midler.¹⁰⁴ Slik anvendelse av midlene vil normalt best oppnås ved en åpen konkurranse hvor potensielle leverandører gis samme anledning til å inngi tilbud. Dersom vederlaget tilsvarer markedspris vil det derfor tale for at kontrakten er gjensidig bebyrdende.

I *Catosenteret-saken*¹⁰⁵ skulle Catosenteret yte rehabiliteringstjenester som motytelse for et vederlag betalt av Helse- og omsorgsdepartementet. Klagenemnda uttalte i sin vurdering av saken at ”*statens tilskudd står i direkte forhold til omfanget av de forpliktelser, det vil si antall behandlingsplasser og kurdøgn stilt til rådighet, som påhviler CatoSenteret*”.¹⁰⁶ På blant annet denne bakgrunn, konkluderte nemnda med at kontrakten var gjensidig bebyrdende.

Avgjørelsen viser at dersom vederlaget står i direkte forhold til forpliktelsene som følger med tildelingen, vil det være naturlig å anse transaksjonen som en offentlig anskaffelse. Ettersom vederlaget da er fastsatt med utgangspunkt i de tjenestene som skal ytes tilbake, må vederlaget anses som betaling for motytelsen. Dersom vederlaget står i direkte forhold til forpliktelsene som medfølger, vil det også tale mot at det foreligger noen økonomisk gevinst for motparten, utover markedspris. Eventuelle vilkår ved tilskudd vil dermed ikke kunne stå i direkte forhold til det tilskuddet som gis.

Thue med flere viser i *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer* også til Catosenteret-saken, og hevder at

”det ikke [bør] rapporteres for timeforbruk for de ulike arbeidene [tilskuddsmottakeren utfører], og tilskuddet bør ikke på noen måte beregnes ut fra dette. Tilskuddet må sannsynligvis utformes som en sum basert på hvor mye det offentlige hvert år ønsker å tilføre tilskuddsmottakerne”.¹⁰⁷

¹⁰³ Anskaffelsesloven § 4.

¹⁰⁴ Se avhandlingens punkt 2.5.

¹⁰⁵ KOFA-2005-180.

¹⁰⁶ *Ibid*, avsnitt 26.

¹⁰⁷ Anders Thue, Anne Buan og Sofia Lazaridis, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, Gyldendals juridiske kommentarserie, 2. utgave, Oslo 2018 side 263.

Det hevdes altså at myndigheten som tildeler tilskudd må fastsette størrelsen på tilskuddet uavhengig av de forpliktelser som medfølger tildelingen. Tilskuddets størrelse må fastsettes ut fra hvor mye tilskuddsmyndigheten ønsker å tildele mottakeren. Jo nærmere sammenheng det er mellom tilskuddet og vilkårene som medfølger tildelingen, desto større grunn er det til å anse tildelingen som en offentlig anskaffelse.

3.4.3.3 Misforhold mellom ytelsene

I grensen mellom kontrakter som klart er gjensidig bebyrdende og kontrakter hvor det klart foreligger om ensidig tildeling av tilskudd, ligger blant annet tilfeller hvor det er misforhold mellom partenes ytelser. Ordlyden i EU-kommisjonens retningslinjer gir ikke svar på hvilke krav som stilles til forholdet mellom vederlag og motytelse. Det er uklart om det kreves likhet i verdi mellom partenes ytelser for at det skal foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt. Misforhold i verdi mellom ytelsene kan gi seg utslag på to forskjellige måter; enten er vederlaget av høyere verdi enn motytelsen, eller så er motytelsen av høyere verdi enn vederlaget.

I Nærings- og fiskeridepartementets veileder av 2017 fremgår det at ”[d]et kan være tale om en kontrakt selv om det er misforhold mellom ytelsene”.¹⁰⁸ Ordlyden taler på den ene siden for at misforhold mellom ytelsene ikke er til hinder for at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt. Det vil dermed være mulig å lovlig inngå en kontrakt hvor motytelsen er av mindre verdi enn den offentlige myndighetens ytelse, og omvendt. På den andre siden taler ordlyden også for at det ikke nødvendigvis foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt selv om det foreligger en motytelse. Dersom det er misforhold mellom ytelsene kan det dermed ikke konstateres uten videre at kontrakten er gjensidig bebyrdende, til tross for at det foreligger en motytelse.

Misforholdet mellom ytelsene kan for det første bestå i at den offentlige myndighetens vederlag er av høyere verdi enn motpartens motytelse. Spørsmålet er da om det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt eller om misforholdet mellom ytelsene innebærer at statens ytelse i realiteten utgjør ensidig tildeling av tilskudd. Det er på det rene at det betales et vederlag for tjenesten i slike tilfeller. Det kan imidlertid tenkes at den overskytende delen av vederlaget medfører at hele eller deler av vederlaget må anses å være ensidig tildeling av tilskudd.

¹⁰⁸ Nærings- og fiskeridepartementets veileder av 2017 side 27.

Det forelå et slikt misforhold mellom ytelsene i *Statnett-saken*.¹⁰⁹ I saken var Statnett innklaget til klagenemnda, med påstand om at Statnett hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Bakgrunnen for anklagen var at Statnett hadde inngått en sponsoravtale med Norges skøyteforbund. I henhold til avtalen hadde Statnett blant annet eksklusiv rett til å benytte betegnelsen ”*Generalsponsor for Norges skøyteforbund*”, rett til kommersiell utnyttelse av Norges skøyteforbunds offisielle emblem, eksponering av logo på skøytelandslagets drakter og utstyr, samt rett til reklameplass under NM og på skøyteforbundets nettsider. Sponsoravtalen hadde en totalverdi på ca. NOK 15 millioner. Statnett hevdet at det ikke forelå en kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand. Selv om det forelå visse motytelser etter avtalen, anførte Statnett SF at hovedelementet i avtalen var tilskudd – det forelå dermed ingen gjensidig bebyrdende avtale. Klagenemnda uttalte i saken at

”[g]jennom sponsingen får sponsoren mulighet til å kunne omtales som sponsor for den sponsede – vederlaget fra sponsoren representerer samtidig formålet med avtalen. I dette tilfellet mottar imidlertid innklagede også en rekke andre motytelser utover det å kunne kalle seg sponsor. [...] de motytelser innklagede mottar synes beskjedne i forhold til det innklagede betaler i sponsormidler. Selv om hovedformålet med aktuelle avtale dermed er sponsingen, må det kunne konstateres at det her foreligger en kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand”.¹¹⁰

Klagenemndas uttalelse synes å innebære at rene sponsoravtaler – hvor avtalen kun innebærer at sponsoren kan omtale seg som sponsor – ikke anses som en anskaffelse i anskaffelsesregelverkets forstand. Det vil da kunne være naturlig å anse transaksjonen som ensidig tildeling av tilskudd. Øvrige rettigheter som sponsoren tilegner seg ved avtalen kan imidlertid føre til at kontrakten må anses gjensidig bebyrdende. Dette gjelder selv om det er mislighold mellom ytelsene, og motytelsen synes beskjedne i forhold til offentlige myndigheters ytelse. Avgjørelsen taler videre for at det skal lite til for at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt dersom det gis en motytelse. Selv i tilfeller hvor det er stor skjevhet i verdiforholdet mellom ytelsene, kan det foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt.

Generelt kan det dermed konstateres at i tilfeller hvor vederlaget er av høyere verdi enn motytelsen vil anskaffelsesregelverket normalt komme til anvendelse. Formålsbetraktninger

¹⁰⁹ KOFA-2011-85.

¹¹⁰ *Ibid.*, avsnitt 26.

taler likevel for at det må trekkes en grense ved tilfeller hvor motytelsen fremstår svært beskjeden i forhold til vederlaget. Dersom motytelsen praktisk talt er et skalkeskjul for ensidig tildeling av midler, må tilskuddsregelverket komme til anvendelse.

Konklusjonen om at det ofte vil foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt selv om vederlaget er langt større enn motytelsen synes å samsvare dårlig med anskaffelsesreglens formål. I henhold til lovens formål skal samfunnets ressurser utnyttes effektivt, og det skal søkes å hindre at offentlige myndigheter bidrar til å vri konkurransen på det åpne markedet.¹¹¹ Det kan stilles spørsmål om samfunnets midler utnyttes effektivt dersom forholdet mellom vederlag og motytelse er skjevt, i foretakets favør. På den ene siden kan det tenkes at vederlag som offentlige myndigheter betaler er den laveste prisen det er mulig å oppnå, og at vederlaget dermed utgjør markedspris. Det kan for eksempel være få tilbydere på markedet, slik at dette påvirker prisene i myndighetenes disfavør. På den andre siden kan det også tenkes at slike misforhold mellom ytelsene i noen tilfeller skyldes misbruk av reglene eller at det tas beslutninger hos den offentlige myndigheten som er mindre gunstige for å oppnå et ressurseffektivt resultat. Det kan være mange grunner til at offentlige myndigheter ønsker å begunstige enkelte foretak. Ved at anskaffelsesreglene ikke er til hinder for at ujevne kontrakter omfattes, gis det rom for misbruk. Dersom offentlige myndigheter inngår kontrakter som langt på vei begunstiger motparten, kan dette også føre til at konkurransen på området vrir. I enkelte tilfeller kan inngåelse av slike kontrakter også føre til tap av omdømme for den offentlige myndigheten. Det kan derfor argumenteres for at anskaffelsesreglene burde stille strengere krav til inngåelse av ujevne kontrakter, eller at også tilskuddsregelverket skal komme til anvendelse i slike tilfeller.

For det andre kan misforholdet mellom ytelsene bestå i at motytelsen er av høyere verdi enn den offentlige myndighetens ytelse. Også her er spørsmålet om det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt, til tross for misforholdet mellom ytelsene. Det faktum at motpartens ytelse er av høyere verdi enn den offentlige myndighetens vederlag medfører ikke at motytelsen utgjør tilskudd i EØS-avtalens forstand. EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 omfatter bare tilfeller hvor *offentlige midler* gis som tilskudd til *foretak*, ikke omvendt.

¹¹¹ Se avhandlingens punkt 2.5.

I *kulturminnepark-saken*¹¹² hadde C. Ludens Ringnes stiftelse forpliktet seg til å finansiere og drifte en skulptur- og kulturminnepark på Ekeberg. Stiftelsen skulle stille til rådighet og til dels bruke inntil NOK 300 millioner på finansiering og drift av parken. Til gjengjeld skulle Oslo kommune dekke utgifter til en deltidsstilling på mellom 25 og 50 prosent, samt gi avkall på inntekter fra publikumstoletter og kontorlokaler for administrasjon av parken. Stiftelsen skulle stille ut egen kunst i parken, og dette ble klart ansett å ha en markedsverdi for stiftelsen. Likevel fremstår det ut fra faktum nokså klart at stiftelsens motytelse var av høyere verdi enn kommunens vederlag. I avgjørelsen presiseres det at ”[d]et kan være tale om en kontrakt selv om det er misforhold mellom ytelsene”.¹¹³ Klagenemnda går etter denne presiseringen ikke nærmere inn på misforholdet mellom ytelsene, men konkluderer med at det ikke foreligger noen gjensidig bebyrdende kontrakt mellom partene, ettersom kommunen ikke betaler et kontraktsrettslig vederlag.

Avgjørelsen viser at selv om motytelsen er av høyere verdi enn vederlaget, er dette normalt ikke til hinder for at kontrakten kan anses gjensidig bebyrdende. Klagenemndas uttalelser i saken viser at nemnda var seg bevisst på misforholdet mellom ytelsene, men likevel ikke baserte sin konklusjon på dette grunnlaget. Således synes nemnda å avfeie at det ikke kunne foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt på grunn av misforholdet mellom ytelsene.

Det må stilles spørsmål om det kan foreligge tildeling av tilskudd dersom de forpliktelser som medfølger tildelingen er av høyere verdi enn tilskuddet.

Dette var tilfellet i klagenemndas avgjørelse om *Verdal og omegn rideklubb*.¹¹⁴ I saken hadde Verdal idrettslag, ovenfor kommunen, påtatt seg omfattende forpliktelser for Verdal sentralidrettsanlegg. Som vederlag for at idrettslaget påtok seg forpliktelsene skulle kommunen blant annet betale driftstilskudd til idrettslaget. I vurderingen av hvorvidt det var tildelt tilskudd, pekte klagenemnda på at

”[b]udsjettet for 2009 viser at Verdal idrettslag regner med å gå med underskudd ved oppfyllelsen av avtalen. Klagenemnda kan heller ikke se at andre forhold skulle tilsi at innklagedes kontraktsmessige ytelser fremstår som tilskudd til Verdal idrettslag”.¹¹⁵

¹¹² KOFA-2011-312.

¹¹³ *Ibid.*, avsnitt 70.

¹¹⁴ KOFA-2008-221.

¹¹⁵ *Ibid.*, avsnitt 31.

Avgjørelsen taler for at det neppe kan foreligge tilskudd dersom de forpliktelser motparten påtar seg er av høyere verdi enn støtten. Denne konklusjonen samsvarer med tolkningen av støtte-begrepet i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1.¹¹⁶ Det må foreligge en økonomisk fordel for tilskuddsmottakeren for at det skal være tale om tilskudd. Imidlertid kan klagenemndas uttalelse i saken også tyde på at det er mulig at andre forhold likevel tilsier at transaksjonen er ensidig tildeling av tilskudd. Hvilke forhold dette kan være, nevnes ikke i avgjørelsen. At foretaket oppnår en økonomisk fordel ved tilskudd fremstår som overordnet krav for tilskudd. Dersom vederlaget er av mindre verdi enn forpliktelsene som medfølger tildelingen, antas det derfor at øvrige forhold må tale klart for at det likevel er tildelt ensidig tilskudd. For eksempel kan det være at foretaket riktignok ikke får direkte økonomiske fordeler av tildelingen, men at anseelsen av foretaket eller eksponeringen av foretaket øker betraktelig. Klagenemnda utelukker dermed ikke absolutt at det kan tenkes tilfeller hvor det likevel foreligger ensidig tildeling av tilskudd, til tross for at de forpliktelser som medfølger tilskuddet er av høyere verdi enn tilskuddet. Det vil imidlertid normalt foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt, og ikke ensidig tildeling av tilskudd, dersom motytelsen er av høyere verdi enn vederlaget.

Avgjørende for om momentet er oppfylt er etter analysen ikke bare om det betales et vederlag, men også at det gis en motytelse. Denne motytelsen må ikke tilfalle myndighetene direkte, men den må gi myndigheten en økonomisk fordel. Analysen viser videre at terskelen er lav for å anse en kontrakt som gjensidig bebyrdende, dersom det gis en motytelse. Til tross for at det er nokså markante forskjeller i verdi mellom ytelsene, vil kontrakten normalt måtte anses gjensidig bebyrdende.

3.4.4 Bokstav d – den offentlige myndigheten har selv tatt initiativ for å finne en leverandør av tjenesten

Hvilken part som initierer prosessen er av betydning. Den offentlige myndigheten vil ved anskaffelser normalt ta initiativ til å finne en leverandør av tjenesten som ønskes levert, ved at det utarbeides et konkurransegrunnlag.¹¹⁷ For å oppnå formålet om effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser, er det ved offentlige anskaffelser naturlig at det er den offentlige myndigheten som tar initiativ til å finne en leverandør av tjenesten. Den offentlige myndigheten vil normalt være nærmest til å vurdere egne behov, og dermed kunne vurdere når og hvordan den skal gå fram for å få dekket behovene.

¹¹⁶ Se avhandlingens punkt 2.3.

¹¹⁷ Anskaffelsesforskriften §§ 8-4 og 14-1

I flere de tidligere nevnte sakene hvor klagenemnda konkluderte med at det forelå en gjensidig bebyrdende kontrakt, hadde den offentlige myndigheten selv tatt initiativ for å finne en leverandør av tjenesten.¹¹⁸ Klagenemndas avgjørelser samsvarer dermed godt med det fjerde momentet i EU-kommisjonens retningslinjer.

At momentet har betydning bekreftes også i *Trøgstad kommune-saken*¹¹⁹, hvor klagenemnda anvendte initiativtaking i vurderingen av om kontrakten var gjensidig bebyrdende. I saken var Trøgstad kommune innklaget til klagenemnda, med påstand om at kommunen hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Bakgrunnen for saken var at kommunen hadde startet en åpen anbudskonkurranse om etablering av et bofellesskap med 12 boliger med kommunal driftsdel. Etter å ha besluttet hvilken leverandør som skulle utføre tjenesten, ble det utarbeidet et nytt avtaledokument om realisering av 24 boliger for heldøgns omsorg. Klageren anførte at prosjektets omfang ble langt større enn det som var oppgitt i konkurransegrunnlaget, og at kontrakten dermed utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Kommunen hevdet på sin side at avtalen ikke var omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, ettersom boligene ikke skulle anskaffes. I sin vurdering av om det forelå en offentlig anskaffelse, viste klagenemnda til at det var ”*innklagede som selv initierte prosessen om oppføring av omsorgsboliger med kommunal driftsdel*”.¹²⁰ Blant annet på denne bakgrunn kom klagenemnda fram til at kontrakten oppfylte vilkårene i den dagjeldende anskaffelsesforskriften fra 2006.¹²¹ Nemnda konkluderte i saken med at det ikke forelå noen ulovlig direkte anskaffelse, ettersom innklagede avventet inngåelsen av kontraktene, og dermed ikke hadde inngått en avtale som endret kontraktens omfang enda.

Nemnda kommenterer bare initiativet til kommunen kort i saken, og sier ikke noe ytterligere om momentets betydning eller innhold. Initiativtakingen knyttes imidlertid opp til anskaffelsesforskriften, og brukes for å vise at kontrakten omfattes av forskriften. Selv om klagenemnda ikke knytter initiativet eksplisitt opp mot EU-kommisjonens retningslinjer, viser avgjørelsen at også klagenemnda legger vekt på hvorvidt den offentlige myndigheten var initiativtaker til tjenesten.

¹¹⁸ Se KOFA-2005-180, KOFA-2008-221 og KOFA-2011-85 hvor det var henholdsvis Helse- og omsorgsdepartementet, Verdal kommune og Statnett SF som tok initiativ til å finne leverandør av tjenester.

¹¹⁹ KOFA-2015-57.

¹²⁰ *Ibid.*, avsnitt 19.

¹²¹ Forskrift av 07. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav c.

Imidlertid var det også den offentlige myndigheten som tok initiativ i *Barnebygg-saken*¹²², hvor klagenemnda konkluderte med at kontrakten ikke var gjensidig bebyrdende. I saken var det kommunen som hadde initiert prosessen, hvor tre selskaper var invitert til å søke om å bygge og drive barnehage. Til tross for at kommunen initierte prosessen, konkluderte nemnda med at det ikke forelå noen offentlig anskaffelse.

Umiddelbart kan avgjørelsen fremstå som et avvik fra en ellers nokså klar praksis i samsvar med retningslinjens fjerde moment. Imidlertid skiller *Barnebygg-saken* fra de øvrige sakene nevnt under bokstav d på et punkt. Selv om kommunen hadde tatt initiativ til prosessen, ved å invitere selskapene til søknadsrunden, måtte den kommunale garantien like fullt søkes om av selskapene. I avgjørelsen poengteres det at ”[b]are i de tilfellene hvor utbyggers långiver krever det, vil det være aktuelt for utbygger å søke om garanti. Barnebygg har f.eks ikke søkt om garanti”.¹²³ Den omstridte garantien var dermed ikke en del av kontrakten, men en mulighet som leverandøren kunne velge å søke om. Dersom den valgte leverandøren skulle velge å søke om garanti, ville det dermed være leverandøren som tok initiativ til en avtale om garanti. Også konklusjonen i *Barnebygg-saken* samsvarer således med det fjerde momentet i EU-kommisjonens retningslinjer.

Dersom det er motparten som tar initiativ til avtalen, taler det mot at avtalen er gjensidig bebyrdende. Hvorvidt det da foreligger ensidig tildeling av tilskudd må vurderes konkret. I mange tilfeller er imidlertid tilskudd søknadsbasert, og det er derfor naturlig at det er tilskuddsmottakeren som har initiert prosessen ved tilskudd. Ettersom tilskudd kun er tillatt å tildele på visse områder og til visse formål, er det også naturlig at foretaket selv søker om å motta tilskudd.¹²⁴ Foretaket er nærmere til å vurdere egne behov. Av hensyn til en likestilt konkurranse, bør det være opp til det enkelte foretak å søke om tildeling av tilskudd. Det vil på denne bakgrunn kunne tale for at en tildeling av midler er ensidig tilskudd dersom det var tilskuddsmottakeren som tok initiativ til avtalen.

Imidlertid finnes det også eksempler på tilskudd som ikke er søknadsbasert, og hvor det er den offentlige myndigheten som initierer tilskuddet. Dette gjelder blant annet tilskudd i form av skatteletter, som kommer enkelte foretak til gode. Det kan også argumenteres for at det både søknadsbaserte tilskudd også vil være den offentlige myndigheten som tar initierer selve

¹²² KOFA-2003-228, se punkt 3.2 i avhandlingen for sammendrag av saken.

¹²³ *Ibid*, side 6.

¹²⁴ Se avhandlingens punkt 2.4.

prosessen, ved at det etableres en søknadsbasert tilskuddsordning. Ved vurderingen av momentet må det avgrenses mot den overordnede opprettelsen av en søknadsbasert tilskuddsordning. Avgjørende for om momentet er oppfylt er om offentlige myndigheter har tatt initiativ til den konkrete transaksjonen.

3.4.5 Bokstav e – det kan rettes misligholdsbeføyelser mot leverandøren ved brudd på kontrakten

I likhet med andre kjøp av varer og tjenester, vil det også ved offentlige anskaffelser normalt kunne rettes misligholdsbeføyelser mot leverandøren ved brudd på kontrakten. Dersom kontrakten eksplisitt angir at det kan rettes misligholdsbeføyelser mot leverandøren ved kontraktsbrudd, taler det dermed for at kontrakten er gjensidig bebyrdende. Som eksempel på slike misligholdsbeføyelser nevnes i momentet ”*penalties, compensation for damages, etc.*”. De nevnte misligholdsbeføelsene er ikke uttømmende opplistet, men omfatter blant annet sanksjoner og skadeserstatning. Felles for beføelsene er at de skal sikre at leverandøren oppfyller oppdraget i henhold til kontrakten, samt å gi den offentlige myndigheten økonomisk kompensasjon for mislighold av kontrakten eller påføring av andre skader.

Ettersom offentlige myndigheter i mindre grad har anledning til å spesifisere hvordan midlene skal anvendes ved tildeling av tilskudd og heller ikke skal motta en ytelse tilbake, er det mindre grunn til å kontraktsfeste misligholdsbeføyelser ved tilskudd enn ved anskaffelseskontrakter. Det finnes ingen generell hjemmel som gir rett til – eller forbyr – den tildelende myndigheten å rette misligholdsbeføyelser mot tilskuddsmottakeren, dersom vilkårene for tildelingen ikke etterlevs. Det er imidlertid i enkelte tilfeller hjemlet adgang til å kreve tilbakebetaling dersom tilskuddsmottakeren ikke anvender midlene i tråd med vilkårene for tildelingen.¹²⁵ EU-kommisjonen uttalte i sine retningslinjer at ”*[t]he mere financing of an activity (...) is usually linked to the obligation to reimburse the amounts received if they are not used for the purposes intended*”.¹²⁶ Det hevdes altså at det normalt vil foreligge en plikt til å tilbakebetale det tildelte tilskuddet dersom midlene ikke brukes i samsvar med tildelingens formål. Den tildelende myndigheten gis ingen økonomisk kompensasjon ut over tilbakebetalingen. En tilsvarende praksis for tilbakebetaling synes også

¹²⁵ Se for eksempel forskrift 25. mars 2014 nr. 332 om produksjonstilskudd til nyhets- og aktualitetsmedier § 14 annet ledd og forskrift 27. juli 2018 nr. 1457 om tilskudd til Nasjonale Turstier § 5, som begge gir hjemmel for tilbakebetaling av hele eller deler av tilskudd som ikke brukes i samsvar med vilkårene.

¹²⁶ SWD(2013) 53 final/2, Commission staff working document – Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest side 101.

å være etablert av offentlige myndigheter i Norge, ved tildeling av tilskudd.¹²⁷ Det må ved vurdering av om momentet er oppfylt skilles mellom kontraktsfestede misligholdsbeføyelser og kontraktsfestet krav om tilbakebetaling av tilskudd.

I *Hinkley point C-saken*¹²⁸ vurderte Retten om Storbritannias tildeling av tilskudd til NNBG var en gjensidig bebyrdende kontrakt som måtte behandles etter anskaffelsesregelverket. I tillegg til at kontrakten ikke påla NNBG noen plikt til å levere strøm, uttalte domstolen at ”[n]or, if NNBG were to fail to complete the construction of that reactor or to generate electricity, would the United Kingdom be entitled to payment of compensation by NNBG. The United Kingdom can, however, terminate the Contract for Difference unilaterally, if construction is not completed by the longstop date”.¹²⁹

At det ikke forelå noen plikt for NNBG til å betale kompensasjon til staten dersom NNBG ikke lyktes med å ferdigstille atomkraftverket eller avgi strøm, ble av Retten brukt som en av flere begrunnelser for hvorfor det ikke forelå noen gjensidig bebyrdende kontrakt. Storbritannias adgang til å ensidig heve kontrakten ble ikke ansett som noe hinder for konklusjonen. Retten skiller altså mellom adgangen til å kreve økonomisk kompensasjon for manglende oppfyllelse av kontrakten, og adgangen til å heve kontrakten.

Ettersom klagenemnda i sine avgjørelser normalt ikke gjengir de omtvistede kontraktene i sin helhet, er det i mange tilfeller vanskelig å etterprøve om kontraktene inneholder klausuler om misligholdsbeføyelser ved kontraktsbrudd. Det er imidlertid klart at klagenemnda ikke eksplisitt har vektlagt hvorvidt misligholdsbeføyelser følger av kontrakten i avgjørelsene sine.¹³⁰ Klagenemndas praksis samsvarer dermed i liten grad med det siste momentet i EU-kommisjonens retningslinjer. Avgjørende for om momentet er oppfylt er om kontrakten positivt angir økonomiske sanksjoner mot leverandøren ved kontraktsbrudd. Sanksjonene må avgrenses nedad mot rene hevingsklausuler.

¹²⁷ Se for eksempel Direktoratet for økonomistyrings veiledningsnotat om forvaltningslovens og økonomiregelverkets krav til utforming og forvaltning av statlige tilskuddsordninger av 23. Februar 2018 side 42 som åpner for at myndigheten som tildeler tilskudd kan fastsette krav om tilbakebetaling i vedtaket.

¹²⁸ Sak T-356/15 Sak T-356/15, Østerrike mot EU-kommisjonen (ikke enda i Sml.).

¹²⁹ *Ibid*, avsnitt 649.

¹³⁰ I KOFA-2011-312 fulgte imidlertid noen misligholdsbeføyelser av kontrakten, men kontrakten ble ikke ansett å være gjensidig bebyrdende ettersom det ikke forelå noe kontraktsrettslig vederlag.

4 Kan reglene om gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd overlappe?

4.1 Innledning

I avhandlingens innledning ble det nevnt at gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd i teorien er motsetninger, som ikke kan overlappe. Språklig sett vil en konstatering av at en transaksjon er ensidig, utelukke at denne samtidig kan være gjensidig. Formålet med kapittelet er å undersøke om reglene faktisk er gjensidig utelukkende, eller om det er mulig at gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd overlapper.

Gjensidig bebyrdende kontrakter forutsetter at partenes ytelser er avhengige av hverandre. Ensidig tildeling av tilskudd forutsetter på sin side ingen motytelse. Imidlertid settes det gjerne mer eller mindre omfattende vilkår for tildelingen. Ved mer omfattende bruk av vilkår for tildelingen kan grensen til gjensidig bebyrdende kontrakter bli uklar. Det kan dermed også tenkes at reglene for gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd kan overlappe. Personkretsene som omfattes av bestemmelsene er heller ikke til hinder for overlapping.¹³¹ Gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd består begge mellom offentlige myndigheter eller et offentligrettslig organ underordnet offentlig kontroll på den ene siden, og et foretak som er et selvstendig rettssubjekt på den andre siden. Normalt vil det derfor ikke være mulig å trekke grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd på bakgrunn av egenskaper ved avtalepartene.

4.2 Overlapping når vederlaget overstiger markedspris

I Gyldendals kommentarutgave til lov og forskrift om offentlige anskaffelser skriver Thue med flere at

”[a]nvendelsen av regelverket om offentlig støtte og regelverket om offentlige anskaffelser er ikke gjensidig utelukkende. Det offentlige må forholde seg til begge regelsettene innenfor deres respektive anvendelsesområder (...). Normalt er det likevel slik at en anskaffelse av en

¹³¹ Se avhandlingens punkt 2.2 og 2.3.

ytelse, som er gjennomført etter regelverket om offentlige anskaffelser, ikke vil rammes av statsstøttereglene”.¹³²

Selv om begge regelverkene normalt ikke vil komme til anvendelse ved en og samme transaksjon, utelukker altså ikke Thue med flere at slik overlapping kan forekomme. Som begrunnelse for hvorfor overlapping normalt ikke forekommer, henvises det til ESAs retningslinjer, hvor det kommer fram at

”[i]f the sale and purchase of assets, goods and services (...) are carried out following a competitive, transparent, non-discriminatory and unconditional tender procedure in line with the principles of the EEA Agreement on public procurement (...), it can be presumed that those transactions are in line with market conditions”.¹³³

Dette innebærer at vederlaget antas å tilsvare markedspris, dersom prisen følger av en etterprøvable konkurranse hvor potensielle leverandører gis like muligheter. Dersom konkurransen følger disse reglene vil regelverket om offentlige anskaffelser komme til anvendelse. Ettersom prisen antas å være markedspris, vil ikke vederlaget gi noen økonomisk fordel til leverandøren, og tilskuddsregelverket vil således ikke komme til anvendelse. Imidlertid hevder Thue med flere også at

”[h]vis en del av vederlaget (...) fra det offentlige til leverandøren overstiger markedspris, kan denne delen av vederlaget bli ansett for å være ulovlig statsstøtte. Grunnen til det er at denne delen av vederlaget vil anses som overkompensasjon, det vil si en økonomisk fordel”.¹³⁴

I kommentarutgaven hevdes det altså at deler av en transaksjon kan være en gjensidig bebyrdende kontrakt, og deler kan være ensidig tildeling av tilskudd. Så langt vederlaget samsvarer med markedspris er det tale om en gjensidig bebyrdende kontrakt. Det overskytende, altså vederlaget som går ut over markedspris, anses som tilskudd, og må følge reglene for ensidig tildeling av tilskudd.

Denne konklusjonen støttes av Arrowsmith, som hevder at

¹³² Anders Thue, Anne Buan og Sofia Lazaridis, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, Gyldendals juridiske kommentarserie, 2. utgave, Oslo 2018 side 257.

¹³³ Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61 (1) of the EEA Agreement avsnitt 89.

¹³⁴ Anders Thue, Anne Buan og Sofia Lazaridis, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, Gyldendals juridiske kommentarserie, 2. utgave, Oslo 2018 side 257.

*”[t]he amount of the aid is the difference between the value of the contract that has actually been concluded and the value of a contract that would have been concluded by the ”market purchaser””.*¹³⁵

Uttalelsene viser at det er utbredt enighet i litteraturen om at reglene kan overlappe, og at denne overlappingen vil finne sted dersom myndighetens vederlag for motytelsen overstiger markedspris. Da vil den delen av vederlaget som skiller faktisk pris fra markedspris utgjøre tilskudd.

Klagenemnda synes imidlertid ikke å ha konkludert i samsvar med uttalelsen, i saker som er blitt klaget inn for nemnda. I for eksempel *Statnett SF-saken*,¹³⁶ konstaterte klagenemnda at det dreide seg om en gjensidig bebyrdende kontrakt, til tross for at Statnett SFs vederlag var av langt høyere verdi enn motytelsen. Det ble imidlertid ikke tatt stilling til hvorvidt vederlaget utgjorde markedspris for motytelsen, som blant annet omfattet arenareklame og eksponering av logo. Ettersom partenes intensjon i saken var å tildele tilskudd, er det likevel naturlig å anta at vederlaget ikke tilsvarte markedspris. Selv om partenes oppfatning av avtalen ikke er avgjørende, er det på det rene at vederlaget ble ansett å være av høyere verdi enn motytelsen. I stedet for å betrakte kontrakten i sin helhet som gjensidig bebyrdende, slik klagenemnda gjorde, kunne nemnda i følge Thue konkludert med at kun den delen av vederlaget som ville tilsvart markedspris utgjorde en gjensidig bebyrdende kontrakt. Den resterende delen av vederlaget skulle således vært ansett som ensidig tilskudd. Da ville både anskaffelses- og tilskuddsregelverket kommet til anvendelse i saken. Ved å anvende flere regelverk vil terskelen bli høyere for når slike transaksjoner anses lovlig. Thue tar dermed til ordet for en strengere løsning enn hva klagenemnda hittil synes å ha praktisert i sakene nemnda har behandlet.

4.3 Overlapping ved tjenester av almen økonomisk betydning

I EU-kommisjonens retningslinjer kommer det fram at

”[w]hen the establishment of an SGEI [services of general economic interest¹³⁷, tjenester av almen økonomisk betydning] gives rise to the award of a public contract or a concession (...),

¹³⁵ Sue Arrowsmith, *Law of Public and Utilities Procurement Volume 1*, London 2014 side 306.

¹³⁶ KOFA-2011-85, se avhandlingens punkt 3.4.3.3 for sammendrag av sakens faktum.

¹³⁷ SWD(2013) 53 final/2, Commission staff working document – Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest side 18.

*the public authorities must comply not only with the State aid rules but also with the rules on public contracts and concessions”.*¹³⁸

Uttalelsen taler for at reglene for gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd kan komme til anvendelse samtidig. Dette gjelder etter ordlyden i tilfeller hvor opprettelsen av en tjeneste av allmenn økonomisk betydning medfører at det gis en kontrakt i anskaffelseslovens forstand. Det må her avgrenses mot tilfeller hvor tjenester av almen økonomisk betydning oppfyller *Altmark*-kriteriene.¹³⁹ Dersom alle kriteriene oppfylles vil ikke tilskuddsreglene komme til anvendelse, ettersom det da ikke foreligger noen økonomisk gevinst for foretaket som utfører tjenesten.

Etter EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2 gjelder forbudet mot tildeling av ensidig tilskudd for

”[f]oretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, (...) i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem.”

Dette innebærer at tilskudd vil være lovlig, uavhengig av forbudet, i den utstrekning tilskuddet er nødvendig for at et foretak skal få utført oppgaver av almen økonomisk betydning. Reglene for tilskudd som ikke er til hinder for utførelsen av oppgavene vil fortsatt komme til anvendelse.

Hvis oppgaven om å utføre tjenesten av almen økonomisk betydning tillegges et foretak mot vederlag, vil også anskaffelsesreglene komme til anvendelse. Det kan for eksempel tenkes at offentlige myndigheter ønsker å gi tilskudd til et hurtigbåtselskap for å dekke transportbehov til for eksempel lavt befolkede øygrupper. Dersom offentlige myndigheter samtidig ønsker å inngå kontrakt om andre tjenester i forbindelse med transport til regionene, for eksempel frakt av pasienter til og fra øygruppene, vil både tilskudds- og anskaffelsesregelverket komme til anvendelse samtidig. Anskaffelsen er en direkte følge av tilskuddet. Både tilskudds- og anskaffelsesregelverket kommer derfor til anvendelse.

¹³⁸ *Ibid*, side 100.

¹³⁹ C-280/00, Sml. 2003 s. I-7810, avsnitt 89 til 93. Det er fire *Altmark*-kriterier: For det første må det faktisk være en tjeneste av almen økonomisk betydning og tjenesten må være klart definert. For det andre må vederlaget beregnes på en objektiv og gjennomiktig måte. For det tredje må ikke vederlaget overstige utgiftene for å oppfylle tjenesten. For det fjerde må vederlaget være bestemt ut fra en analyse av omkostningene hos et sammenlignbart veldrevet foretak.

5 Rettspolitisk vurdering

5.1 Innledning

Det vil i første delkapittel gis en vurdering av de svake sidene ved klagenemndas og EU-kommisjonens kriterier for grensedragningen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd. Formålet med delkapittelet er å peke på hvorfor grensedragningen kan være utfordrende ved bruk av klagenemndas og EU-kommisjonens vurderingsmomenter.

Ettersom Høyesterett ikke enda har behandlet spørsmål om grensedragningen direkte, er det usikkert hvilken løsning domstolene vil legge til grunn dersom spørsmålet skulle komme opp for domstolsapparatet. I de to resterende delkapitlene vil det derfor foretas en vurdering av hvordan grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd *bør* trekkes. Dette skiller seg fra den tidligere analysen, som tok sikte på å fastslå hvordan grensen *blir* trukket etter gjeldende rett. Den rettspolitiske vurderingen vil ta utgangspunkt i anskaffelses- og tilskuddsregelverkens overordnede formål om likhet innen det økonomiske samarbeidsområdet. Det er særlig to forhold som anses å være til hinder for oppnåelse av formålet i norsk rett. Disse forholdene vil behandles i det følgende.

5.2 Svake sider ved klagenemndas og EU-kommisjonens kriterier for grensedragningen

Først og fremst må det konstateres at Klagenemnda for offentlige anskaffelser og EU-kommisjonen langt på vei anvender forskjellige metoder for å fastslå grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd. Klagenemnda har, i større eller mindre grad, også anvendt flere av de samme momentene som EU-kommisjonen, i sine avgjørelser. Imidlertid legges hovedsakelig vilkåret om *kontraktsrettslig vederlag* til grunn ved klagenemndas vurdering. Det er likevel verdt å bemerke at EU-kommisjonens tredje moment om *remuneration of the service* har en del til felles med kontraktsrettslig vederlag. Begge momentene tar utgangspunkt i kravet om at det må foreligge et vederlag, og forutsetter dermed også en motytelse. I begge tilfeller står også forholdet mellom ytelsene i fokus, og da særlig hvorvidt det er naturlig å omtale vederlaget som betaling for motytelsen. Her spiller blant annet verdiforholdet mellom ytelsene inn. Disse momentene ligger nært opp til kjernen av gjensidighets-begrepet.

De øvrige momentene i EU-kommisjonens retningslinjer kommer ikke like klart til uttrykk i klagenemndas vurdering om kontraktsrettslig vederlag. Dette gir noen uheldige utslag i forholdet mellom vurderingene. En naturlig følge av at vurderingskriteriene er ulike, er at resultatene kan bli forskjellige. Selv om vurderingsmetodene har samme formål, er det ikke utenkelig at vurderingene i enkelte tilfeller kan gi motstridende resultater, ettersom forskjellige momenter vektlegges. Dette er særlig uheldig med hensyn til regelverkernes formål om likebehandling.

Når grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd skal fastslås, er en annen svakhet ved vurderingene at de hovedsakelig retter fokus mot gjensidig bebyrdende kontrakter. Selv om det ikke foreligger noe kontraktsrettslig vederlag eller momentene i helhetsvurderingen ikke er oppfylt, kan det ikke uten videre konstateres at transaksjonen er ensidig tilskudd. Dette må vurderes særskilt. Vurderingene er derfor bedre egnet til å sette rammene for gjensidig bebyrdende kontrakter, enn å trekke grensen mot ensidig tildeling av tilskudd. Likevel vil manglende oppfyllelse av flere av momentene kunne tale for at det finner sted en ensidig tildeling av tilskudd.

Det finnes også enkelte svakheter ved hver av vurderingene. Sammenlignet med EU-kommisjonens vurderingsmomenter, er klagenemndas vurdering nokså snever. Vilkåret om kontraktsrettslig vederlag har et begrenset utslagsfelt. Klagenemndas avgjørelser viser at klagenemnda også legger vekt på flere av momentene fra EU-kommisjonens retningslinjer, og at disse dermed er av betydning for vurderingen. Selv om forholdet mellom vederlaget og motytelsen unektelig er av stor betydning i grensedragningen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd, medfører fokuset på kontraktsrettslig vederlag at øvrige momenter havner i bakgrunnen.

En svakhet ved EU-kommisjonens helhetsvurdering er at den gir rom for å komme til flere forskjellige resultater i samme sak. For det første skyldes dette at momentene er nokså vagt utformet. Mens Klagenemnda for offentlige anskaffelser i en rekke avgjørelser har drøftet og presisert innholdet av normen som legges til grunn, har ikke EU-kommisjonen gitt noen nærmere beskrivelse av helhetsvurderingens innhold. Det blir da opp til den som skal anvende momentene å tolke begrepene. Dette kan føre til at momentene tillegges forskjellig innhold ved anvendelse. Det er for eksempel ikke uten videre klart hvilke krav som stilles til ”*remuneration*” etter EU-kommisjonens modell, som drøftelsen av ulike verdiforhold har vist. For det andre legger momentene til dels opp til en skjønnsmessig vurdering. Dette gjelder

særlig momentet om spesifisering. I de fleste tilfeller vil arten og omfanget av tjenesten være spesifisert i noen grad. Det avgjørende vil da være hvilken terskel som legges til grunn for vurderingen. Dette kan illustreres med funn fra den tidligere analysen av momentet;¹⁴⁰ EU-kommisjonens krav om spesifisering ”*in detail*” taler i utgangspunktet for en streng terskel. Klagenemnda synes imidlertid å kreve en lavere grad av spesifisering for å fastslå at spesifiseringen taler for at kontrakten er gjensidig bebyrdende. Ulik tolkning av momentene kan dermed gi rom for ulik praktisering av reglene. Momentenes skjønnsmessige og lite spesifikke utforming kan dermed utgjøre et hinder for oppfyllelsen av formålet om likebehandling. Ettersom likebehandling er et hovedformål både etter anskaffelses- og tilskudsreglene, er det av stor betydning at momentene tolkes og anvendes på samme måte.

5.3 EU-kommisjonens og klagenemndas kriterier for grensedragningen

Den foregående analysen viser at EU-kommisjonen og Klagenemnda for offentlige anskaffelser har en noe forskjellig tilnærming til grensedragningen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd. Analysen viser at også Klagenemnda for offentlige anskaffelser anvender flere av EU-kommisjonens momenter direkte eller indirekte. Imidlertid legger nemnda hovedsakelig vekt på vilkåret om *kontraktsrettslig vederlag* i vurderingen om det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt. Det er ikke utenkelig at ulike metoder for å trekke grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig tildeling av tilskudd, kan gi ulike resultater.

Det finnes en del støtte for EU-kommisjonens retningslinjer i praksis fra EU-domstolen og Retten. Ettersom organenes praksis er viktige i fastleggelsen av gjeldende rett på EU- og EØS-området, vil det være naturlig å vektlegge momentene også i norsk rett. Et problem med EU-kommisjonens retningslinjer er imidlertid at momentene er nokså vagt utformet. Det gis ikke noen nærmere presisering av innholdet i momentene, noe som gjør det mulig å komme til ulike resultater i vurderingen. Et annet problem er at retningslinjene ikke uttømmende angir relevante momenter i grensedragningen. Selv om norsk rett skulle følge EU-kommisjonens momenter er det derfor likevel mulig at resultatet ikke vil være i samsvar med gjeldende rett.

Den sikreste måten å oppnå lik anvendelse av regelverkene ville naturligvis være å fastsette en felles standard for grensedragningen i EU- og EØS-retten, for eksempel gjennom en forordning. Et problem med en slik tilnærming er imidlertid at vurderingskriteriene da blir

¹⁴⁰ Se avhandlingens punkt 3.4.2.

statiske. Det vil også være vanskelig å lage en bestemmelse som klart fastsetter hvordan grensen skal trekkes, ettersom en rekke momenter kan spille inn i grensedragningen. Hvilke kriterier som i et slikt tilfelle i så fall bør omfattes av bestemmelsen er heller ikke klart. EU-kommisjonens helhetsvurdering anvender bare et utvalg av relevante vurderingskriterier, og klagenemnda anvender kun et enkelt kriterium. Det kan dermed tenkes at andre relevante kriterier som ikke omfattes av noen av de nevnte vurderingene, også vil være av betydning ved grensedragningen.

I mangel på en felles EU-standard eller en uttømmende liste kriterier for å fastsette grensen, er det mest nærliggende at det i norsk rett i høyere grad ses hen til vurderingskriteriene som anvendes av EU-kommisjonen. Selv om momentene neppe kan anses å klart fastsette hvordan grensen skal trekkes i alle tilfeller, finnes det støtte for momentene i EU-retten.

Kommisjonens funksjon som overvåkningsorgan på områdene for anskaffelser og tilskudd, taler også for at momentene gir uttrykk for hvordan anvendelsen av reglene faktisk følges opp.

5.4 Spørsmålet om overlapping i tilfeller hvor vederlaget overstiger markedspris

I analysen er det pekt på at Klagenemnda for offentlige anskaffelser behandler saker hvor den offentlige myndighetens vederlag overstiger markedspris på en annen måte enn for eksempel Thue legger til grunn. Mens klagenemnda bare har anvendt anskaffelsesregelverket i slike tilfeller, argumenterer Thue med flere for at både anskaffelses- og tilskuddsregelverket er anvendelig i tilfellene.

Ved å kun anvende anskaffelsesregelverket i saker hvor vederlaget er av høyere verdi enn motytelsen, gis det rom for misbruk av reglene.¹⁴¹ Enkelte foretak kan motta økonomiske fordeler som bidrar til å vri konkurransen på markedet, men som likevel bare behandles etter anskaffelsesregelverket fordi det gis en motytelse. Markedsmessige hensyn taler dermed på den ene siden for å legge Thues løsning til grunn. Videre sikrer anvendelse av begge regelverkene i høyere grad like konkurransevilkår på det åpne markedet. Ved at den delen av vederlaget som går ut over markedspris må følge tilskuddsregelverkets regler, kan konkurransevridende transaksjoner i høyere grad forhindres.

¹⁴¹ Se avhandlingens punkt 3.4.3.3.

På den andre siden vil anvendelse av flere regelverk føre til at mer komplekse vurderinger må tas. Et problem ved anskaffelsesregelverket er at det er komplisert å anvende for innkjøpere og andre som må forholde seg til regelverket. At også tilskudsregelverket må anvendes i samme vurdering, vil ikke nødvendigvis gjøre reglene mer håndterbare. Dermed kan Thues løsning føre til flere tvister og et ytterligere behov for å øke kunnskapen på regelverkens områder. Økt kunnskap kan vanskelig anses som et onde, men det vil være tid- og ressurskrevende for offentlige myndigheter å opparbeide seg tilstrekkelig kunnskap om regelverkene. Personkretsen som må forholde seg til regelverkene er stor, og omfatter blant annet innkjøpere i statlige organer, kommuner, Forsvaret, sykehus og andre offentlige helseforetak, samt øvrige statlig kontrollerte selskaper. Det fremstår imidlertid lite naturlig å legge avgjørende vekt på at kunnskapsnivået hos innkjøperne taler mot å også anvende tilskudsregelverket. Selv om klagenemnda ikke synes å ha anvendt Thues løsning i saker hvor vederlaget overstiger markedspris, er det gode grunner som taler for at løsningen legger bedre til rette for effektiv utnyttelse av samfunnets midler og i større grad er egnet til å hindre konkurransevridning på markedet.

Kildeliste

Lover

EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Lov om offentlig støtte	Lov 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte
Anskaffelsesloven	Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser

Forskrifter

Forskrift 4. desember 1992 nr. 907 om offentlig støtte
Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelse
Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser
Forskrift 14. november 2008 nr. 1213 om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte
Forskrift 25. mars 2014 nr. 332 om produksjonstilskudd til nyhets- og aktualitetsmedier
Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser
Forskrift 27. juli 2018 nr. 1457 om tilskudd til Nasjonale Turstier

Proposisjoner

Prop. 12 L (2011-2012) om endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)

Departementsveiledere

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder til EØS-avtalens regler om offentlig støtte av 2010

Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser av 2017

KOFA-praksis

Barnebygg-saken	KOFA-2003-228
Catosenteret-saken	KOFA-2005-180
Verdal og omegn rideklubb-saken	KOFA-2008-221
	KOFA-2010-364
Statnett SF-saken	KOFA-2011-85
Kulturminnepark-saken	KOFA-2011-312
Trøgstad kommune-saken	KOFA-2015-57

Litteratur

Arrowsmith, Sue, *Law of Public and Utilities Procurement Volume 1* (London 2014)

Dragsten, Marianne H., *Håndbok i offentlige anskaffelser* (Oslo 2006)

Thue, Anders, Anne Buan og Sofia Lazaridis, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer, Gyldendals juridiske kommentarserie, 2. utgave* (Oslo 2018)

Traktater og avtaler

TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte av 13. desember 2007
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol av 2. mai 1992
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992

Rettspraksis fra EU-domstolen

Sak C-173/73, Sml. 1974 s. 709

Sak C-82/77, Sml. 1978 s. 25

Sak C-730/79, Sml. 1980 s. 2671

Sak C-118/85, Sml. 1987 s. 2599

Sak C-387/92, Sml. 1994 s. I-877

Sak C-39/94, Sml. 1996 s. I-3547

Sak C-75/97, Sml. 1999 s. I-3671

Sak C-380/98, Sml. 2000 s. I-8035 University of Cambridge

Sak C-399/98, Sml. 2001 s. I-5409

Sak C-482/99, Sml. 2002 s. I-4397

Sak C-280/00, Sml. 2003 s. I-7747

Sak C-451/08, Sml. 2010 s. I-2673

Sak C-262/12, Association Vent De Colère! Fédération nationale med flere mot Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement and Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie (enda ikke i Sml.)

Rettspraksis fra Retten (the General Court)

Sak T-14/96, Sml. 1999 s. II-0139

BAI

Sak T-356/15, Østerrike mot EU-kommisjonen (ikke enda i Sml.)

Hinkley point C

Forordninger og direktiver

Commission regulation (EC) no 1998/2006 of 15 December 2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to *de minimis* aid

Commission regulation (EU) No 1407/2013 of 18 December 2013 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to *de minimis* aid

Commission regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty

Commission regulation (EU) no 2017/1084 of 14 June 2017 amending Regulation (EU) No 651/2014 as regards aid for port and airport infrastructure, notification thresholds for aid for culture and heritage conservation and for aid for sport and multifunctional recreation infrastructures, and regional operating aid schemes for outmost regions and amending Regulation (EU) No 702/2015 as regards the calculation of eligible costs

Directive 2004/18/EC of the European Parliament and the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public contracts public supply contracts and public service contracts

Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2015 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC

Andre internasjonale kilder

SWD(2013) 53 final/2, Commission staff working document – Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest (sist besøkt 30. november 2018)

State Aid Scoreboard for 2017 for the EEA EFTA States <http://www.eftasurv.int/media/state-aid/StateAidScoreboard2017.pdf> (sist besøkt 4. oktober 2018)

Guidelines on the notion of state aid as referred to in article 61 (1) of the EEA agreement (sist besøkt 30. november 2018)

Nettkilder

Direktoratet for forvaltning og IKTs undersøkelse
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelser/anskaffelsesbrudd_firstventura_endelig.pdf (sist besøkt 4. oktober 2018)

KOFA.no <https://kofa.no/Om-KOFA> (sist besøkt 20. november 2018)

Regjeringen.no
<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser/tredje-kolonne/innsjutt-til-ny-stortingsmelding/id2553494/> (sist besøkt 6. desember 2018)

Statistikk fra SSB

<https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar> (sist besøkt 27. september 2018)

<https://www.ssb.no/nasjonalregnskap-og-konjunkturer/artikler-og-publikasjoner/hva-er-egentlig-bnp> (sist besøkt 28. september 2018)

Riksrevisjonens undersøkelse https://www.riksrevisjonen.no/Rapporter/Documents/2010-2011/Dokument%203/Dokumentbase_3_6_2010_2011.pdf (sist besøkt 4. oktober 2018)