

Bergen kommune  
Ved Rolf Brurås  
Bergen Rådhus  
5020 BERGEN

Deres referanse  
200500698

Vår referanse  
200502232-/HGJ

Dato  
25.06.2006

### **Forskrift om offentlige anskaffelser og ideelle organisasjoner**

Det vises til deres brev av 20. juni 2005, og til telefonsamtale 3. juli 2006. Vi beklager at henvendelsen har blitt liggende ut fra hensynet til andre oppgaver.

Bergen kommune ber om Fornyings- og administrasjonsdepartementets vurdering av om:

1. ideelle organisasjoner regnes som offentligrettslige organer, og således plikter å følge regelverket for offentlige anskaffelser, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 annet ledd.
2. hvorvidt løpende vederlag som ytes for plasser på en institusjon, for eksempel en sykehjemsinstitusjon, kan anses som finansiering i forskriftens forstand, jf. § 1-2 annet ledd bokstav c.

#### **1. ”Offentligrettslig organ”**

Det første spørsmålet kommunen reiser er hvorvidt ideelle organisasjoner regnes som offentligrettslige organer i henhold til forskriften § 1-2 annet ledd.

Som det fremgikk av vår telefonsamtale 3. juli er Departementets ordinære prosedyre ved slike henvendelser at hver enkelt virksomhet selv må vurdere om den er et ”offentligrettslig organ”, og således omfattes av forskriften. Dette gjelder også når det er andre enn den aktuelle virksomheten som ønsker en slik avklaring.

Bergen kommune må derfor selv vurdere om de ideelle organisasjonene de kjøper tjenester fra oppfyller vilkårene i § 1-2 annet ledd. Det må foretas en konkret vurdering av hver enkelt ideell organisasjon.

Forskriften § 1-2 annet ledd lyder som følger:

*Ett offentligrettslig organ er ethvert organ:*

- ”a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og*
- b. som er et selvstendig rettssubjekt, og*
- c. som i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer, eller hvis forvaltning er underlagt slike organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer.”*

Det vises til departementets fortolkningsuttalelser knyttet til bestemmelsen på

<http://odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentlig/p30000502/bn.html>

Som nevnt på telefon finner dere også her departementets brev av 14. april 2005, vedrørende hva som ligger i begrepet ”ideell organisasjon”.

## 2. Finansieringsbegrepet i forskriften § 1-2 tredje ledd bokstav c

Ett av vilkårene som må være oppfylt for at et organ skal anses som et ”offentligrettslig organ” er at ”det offentlige dekker størsteparten av virksomhetens finansiering” (heretter kalt ”finansieringsvilkåret”), jf. § 1-2 tredje ledd bokstav c. Spørsmålet Bergen kommune reiser er om løpende vederlag som ytes for plasser på en institusjon, for eksempel en sykehjemsinstitusjon, oppfyller dette finansieringsvilkåret.

### *Forskriftens forarbeider*

Hva som ligger i finansieringsvilkåret utdypes i forskriftens forarbeider, NOU 1997:21 s.119: *“Kriteriene knyttet til det offentliges økonomiske og styringsmessige kontroll over rettssubjektet vil sjelden by på store problemer i praksis. Som oftest må man se på om mer en halvparten av finansieringen er offentlig. Det må imidlertid foretas et skjønn der det offentliges innflytelse er det utslagsgivende. Mht til kontroll menes typisk administrativ kontroll eller instruksjonsmyndighet. Kontroll av den art som utøves i forbindelse med utstedelse av tillatelser og konsesjoner er ikke tilstrekkelig.”*

Med andre ord fremgår det av forarbeidene at det må foretas en konkret vurdering, der det legges avgjørende vekt på hvilken innflytelse det offentlige har over virksomheten.

### *EF-domstolens praksis*

EF-domstolen har i en prejudisiell avgjørelse uttalt seg om hvordan de tilsvarende bestemmelsene i direktivene skal fortolkes, se sak C-380/98 (”Universitetet i Cambridge”). Domstolen uttaler at ikke enhver utbetaling fra en offentlig oppdragsgiver er tilstrekkelig for å oppfylle finansieringsvilkåret. En må vurdere om utbetalingen skaper eller forsterker et underordnings- eller avhengighetsforhold, se premiss 21 i dommen. I følge domstolen er det kun i de tilfeller organet mottar finansielle bidrag uten at det gis en særlig motytelse, at finansieringsvilkåret vil være oppfylt.

EF-domstolen ble i den ovenfor nevnte sak bedt om å ta prejudisiell stilling til hvorvidt finansieringsvilkåret vil være oppfylt i visse konkrete situasjoner, der en institusjon som universitetet i Cambridge mottar betalinger:

1. Domstolen mener tilskudd eller stipender som utbetales for forskningsarbeid vil oppfylle finansieringsvilkåret, se premiss 22.
2. Domstolen mener økonomisk støtte gitt til et universitet for navngitte studenter, som skal dekke undervisningsgebyret, også vil oppfylle finansieringsvilkåret, se premiss 23.
3. Derimot mener EF-domstolen at vederlag et universitet mottar for levering av tjenesteytelser, for eksempel tilretteleggelse av seminarer, konferanser eller utførelse av forskningsarbeid, ikke vil oppfylle finansieringsvilkåret, se premiss 24. Domstolen mener slike aktiviteter har en forretningsmessig karakter, og at den offentlige oppdragsgiveren har en økonomisk interesse i å få levert ytelsen. Domstolen nevner at også slike avtaleforhold kan føre til at det berørte organ får et avhengighetsforhold til den offentlige oppdragsgiveren. Imidlertid mener domstolen at dette avhengighetsforholdet har en annen karakter enn de alminnelige økonomiske støtteordningene. Dette avhengighetsforholdet er mer sammenliknbart med ordinære, forretningsmessige kontraktsforhold, som inngås frivillig etter forhandlinger mellom partene. Domstolen mener derfor at slike ytelser ikke omfattes av finansieringsvilkåret, se premiss 25.

#### *Juridisk litteratur*

I professor Sue Arrowsmiths bok "The Law of Public and Utilities Procurement" (second edition), drøftes det på s. 258 hva EF-domstolen har ment i den ovenfor nevnte avgjørelsen. Arrowsmith mener domstolens henvisning til ordinære forretningsmessige kontraktsforhold muligens innebærer et krav om at kontrakten er tildelt på markedsvilkår. Dersom en virksomhet mottar en kontrakt som ikke kun baserer seg på et forretningsmessig grunnlag, kan det hende at finansieringsvilkåret er oppfylt. Eksempelvis nevner Arrowsmith firmaer som er avhengig av å motta militærkontrakter fra det offentlige, som blir tildelt på ikke-kommersielle vilkår, og kontrakter som tildeles konsesjonsinnehavere med eksklusive rettigheter. For å avgjøre hvorvidt en kontrakt er tildelt på et kommersielt grunnlag mener Arrowsmith at en kan få god veiledning i prinsippene som er under statsstøttereguleringen for å avgjøre hvorvidt en kontrakt er begrunnet i forretningsmessige hensyn. Se mer om statstøttebegrepet i punkt 28.3. i boken "EØS-rett", 2. utgave, skrevet av Sejersted m.fl.

#### *Departementets kommentarer*

Det følger av forskriftens forarbeider og EF-domstolens praksis at en må foreta en konkret vurdering for å se om finansieringsvilkåret er oppfylt, der en må legge avgjørende vekt på hvilken innflytelse det offentlige har over virksomheten. Vederlag som en virksomhet mottar for leverte ytelser i et kontraktsforhold, kan i utgangspunktet ikke anses å oppfylle finansieringsvilkåret. At en institusjon har en offentlig oppdragsgiver som sin største kunde, slik at hoveddelen av virksomhetens omsetning kommer fra denne, er med andre ord ikke i seg selv tilstrekkelig for å oppfylle finansieringsvilkåret. Unntak kan imidlertid tenkes i særlig tilfeller der det offentlige gjennom å være virksomhetens hovedkunde, har stor innflytelse på institusjonens virksomhet og drift. Det avgjørende er om det er fare for at virksomheten som mottar vederlaget, på grunn av sitt avhengighetsforhold, vil ta andre hensyn enn kommersielle ved sine anskaffelser. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle der den offentlige oppdragsgiveren har instruksjonsmyndighet over institusjonen. Ordinær kontraktsoppfølging vil ikke gi det offentlige tilstrekkelig kontroll over virksomheten til at finansieringsvilkåret er oppfylt.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)  
avdelingsdirektør

Hanne Buch  
rådgiver