



Nærings- og  
fiskeridepartementet

# Skillet mellom offentlige anskaffelser og tilskudd

Elin Geitle og Marie Wiersholm

Oslo, 15. November 2017.

# Struktur

**Del I:** Innledning

**Del II:** Hva er avgjørende i grensedragningen?

**Del III:** utfordringer og fallgruver





Nærings- og  
fiskeridepartementet

# Del I: Innledning



Nærings- og fiskeridepartementet

The diagram features two large, dark blue, arrow-shaped blocks pointing towards each other. The left block contains the text 'Tilskuddsforvalter' and the right block contains 'Innkjøper'. A thin white circle is positioned in the center, overlapping the tips of both arrows.

Tilskudds  
forvalter

Innkjøper



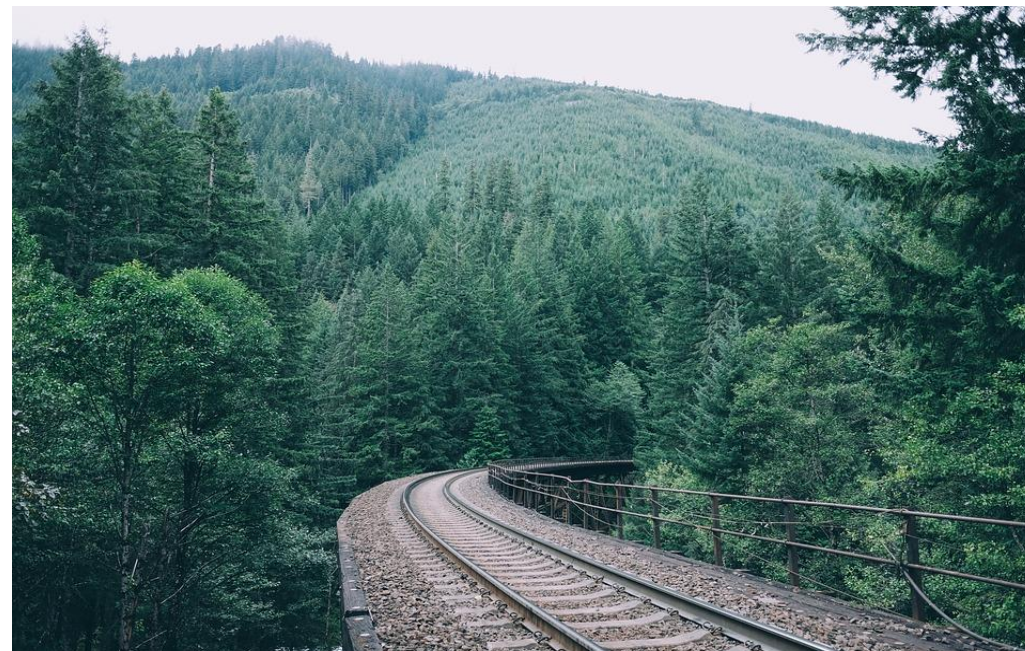
# Økonomiregelverket

- Formål
  - statlige midler brukes i samsvar med Stortingets vedtak og forutsetninger - fastsatte mål og resultatkrav oppnås
  - statlige midler brukes effektivt og forvaltes på en forsvarlig måte
- Tilskudd er overføringer fra staten til andre sektorer (kommuner, private foretak, stiftelser, organisasjoner etc.), som ikke er en anskaffelse.
- Normalprosedyre for utforming og forvaltning av tilskudd
  - Fastsette tilskuddsforskrift/-regelverk
  - Utlysning og åpne søknadsprosesser, tilskuddsbrev, krav til rapportering fra tilskuddsmottaker etc.
- Forvaltningsloven og ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper



# Regelverket om offentlige anskaffelser

- Reglene gjelder kjøp av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider, herunder oppdrag
- Regelverket skal sikre en effektiv ressursbruk
- Reglene pålegger offentlige virksomheter å følge grunnleggende prinsipper og prosedyreregler ved planlegging og gjennomføring av offentlige anskaffelser.



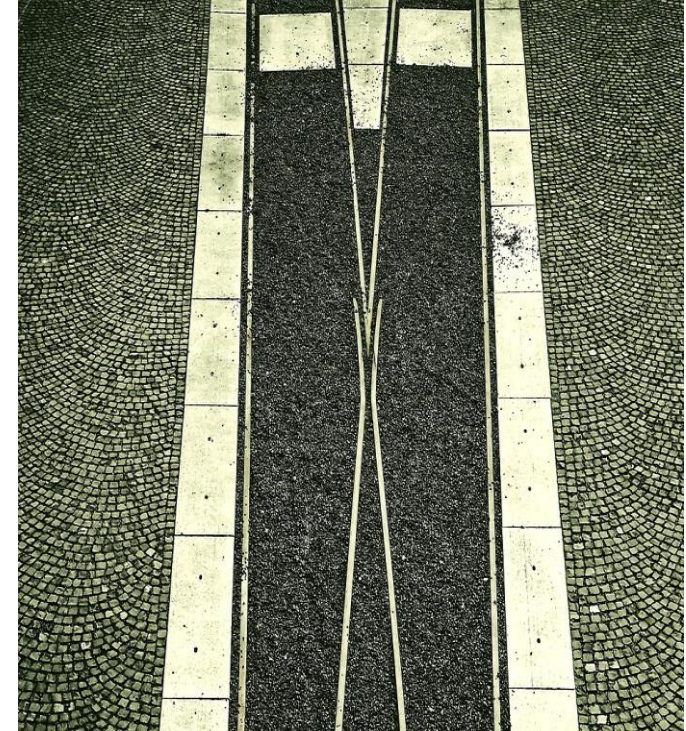
# Regelverket om offentlige anskaffelser forts.

- Lov om offentlige anskaffelser
  - Grunnleggende prinsipper
    - Forholdsmessighet, konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet.
- Forskrifter
  - Anskaffelsesforskriften
  - Forsyningsforskriften
  - Konesesjonskontraktsforskriften



# Regelverket om offentlig støtte

- EØS-avtalen inneholder et forbud mot offentlig støtte
- De materielle reglene er ikke tatt inn i norsk rett
- Del av konkurransereglene
- Finnes en rekke former for lovlig støtte – men det er ofte prosedyrekrav.





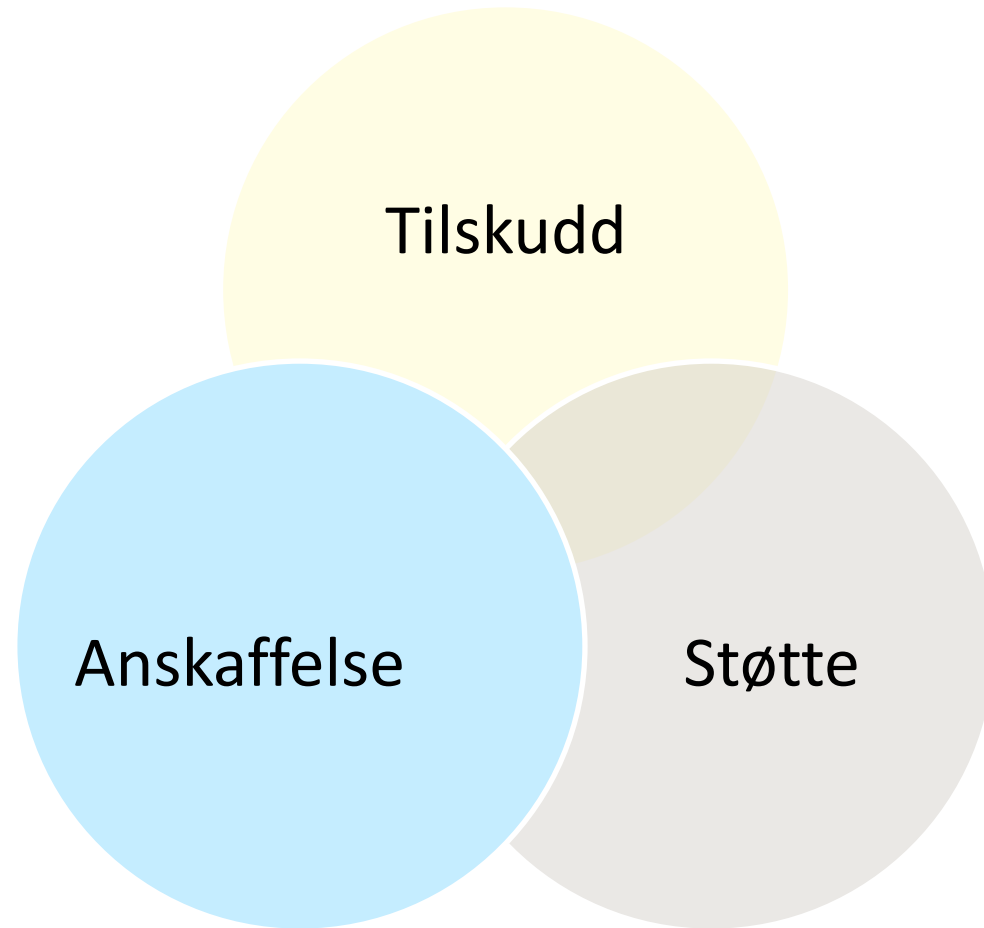
# Reglene om offentlig støtte forts.

## Reglene gjelder

- fordel
- gitt av offentlige midler
- til et bestemt eller en gruppe
- foretak – enheter som driver i markedet
- egnet til å påvirke konkurransen i EØS-området, og
- samhandelen i EØS-området

Alle vilkår må være oppfylt







# Del II: Hva er avgjørende i grensedragningen?





# Når gjelder anskaffelsesreglene?

- Når man inngår en gjensidig bebyrdende kontrakt
- For at en kontrakt skal være gjensidig bebyrdende må begge parter ha forpliktelser etter avtalen.
- Disse må være gjensidig avhengige av hverandre.
  - Må foreligge en ytelse som innebærer en direkte økonomisk fordel for oppdragsgiveren
  - Oppdragsgiveren må også gi leverandøren en motytelse, for form av et vederlag
    - Et vederlag kan bestå i å betale penger, men også andre former for økonomiske motytelser



# Når gjelder ikke anskaffelsesreglene?

- Anskaffelser avgrenses mot (ensidige) tilskudd
- Ensidige overføring av midler uten noen forventning om en bestemt gjenytelse av økonomisk verdi
- Det kan settes vilkår for tilskudd, men forpliktelsen står ikke i et gjensidighetsforhold til tilskuddet
- Tilskuddsmottaker "eier" prosjektet – har kontrollen



# Konkret helhetsvurdering

- Det er realiteten som er avgjørende, ikke hva tiltaket er omtalt som
- Flere momenter kan være relevante
- Det må foretas en konkret helhetsvurdering hvor momentene vurderes i sammenheng



# Kilder

- Dommer fra EU-domstolen
- Fortale til anskaffelsesdirektivet
- Kommisjonens arbeidsdokument, referert til i FADs veileder
- Avgjørelser fra KOFA





# Momenter i vurderingen:

- Er forholdet gjensidig eller ensidig?
- Hvor ligger behovet og initiativet?
- Hvem bestemmer tiltakets art og omfang, og hvem som er mottaker?
- Er tiltaket detaljregulert eller inneholder det noe frihet?
- Står finansieringen direkte i forhold til tiltaket?
- Hvilke reaksjoner er aktuelle ved misbruk?



# Momenter i vurderingen: Gjensidighet/ensidighet

## Anskaffelse:

- Oppdragsgiver får levert varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider mot et vederlag
- Kontraktsmessig vederlag mot leveranse av ytelse
- Trenger ikke motta ytelse selv – dekker normalt oppdragsgivers behov (lovpålagt tjeneste eller liknende)

## Tilskudd:

- Tilskuddsgiver yter et ensidig tilskudd



# Momenter i vurderingen : Hvor ligger initiativet og behovet?

## Anskaffelse:

- Det er oppdragsgiver som tar initiativet til å finne en leverandør for tjenesten
- Oppdragsgiver skal dekke eget behov

## Tilskudd:

- Tilskuddsmottaker skal ikke direkte dekke tilskuddsforvalters behov



# Momenter i vurderingen: Hvem bestemmer prosjektets art og omfang?

## Anskaffelse:

- Oppdragsgiver bestemmer art og omfang av leveransen samt hvem som er mottaker

## Tilskudd:

- Tilskuddsmottaker har i større grad enn en leverandør mulighet til å påvirke art og omfang av prosjektet/tiltaket og hvem som drar nytte av det

# Momenter i vurderingen: Detaljeringsgrad/frihet

## Anskaffelse:

- Oppdragsgiver spesifiserer i detalj måten oppdraget skal utføres på

## Tilskudd:

- Tilskuddsmottaker bestemmer selv (i større eller mindre grad) måten prosjektet/tiltaket skal utføres på
- Skal midlene dekke mulige tiltak med et bestemt mål, eller bestemte tiltak som skal fremme målet?



# Momenter i vurderingen: Hva er betalingen basert på?

## Anskaffelse:

- Vederlaget størrelse står i direkte forhold til leveransen

## Tilskudd:

- Tilskuddet står ofte ikke i direkte forhold til prosjektet/tiltaket som utføres

## OBS:

- Stykkprisfinansiering
- Pris avhengig av volum levert tjeneste



# Momenter i vurderingen: Misligholdsbeføyelser

## Anskaffelse:

- Kontrakten inneholder misligholdsbeføyelser ved kontraktsbrudd, som prisavslag, rett til heving, dagsmulkt, erstatning eller lignende med formål å fremtvinge avtalt ytelse

## Tilskudd:

- Tilskuddsbrevet inneholder ikke misligholdsbeføyelser, men krav om rapportering og eventuell tilbakebetaling ved misbruk med formål å sikre at midlene blir brukt som avtalt
- Sanksjoner bør ikke være knyttet til at et bestemt volum er levert – men hva midlene har gått til

# Oppsummering

- Helhetsvurdering
- Avveining mellom de ulike momentene – vil gjerne være en viss usikkerhet
- Hvem sitt behov er det som dekkes?
- Er forholdet en gjensidig utveksling av ytelser som er innbyrdes avhengige av hverandre?







Nærings- og  
fiskeridepartementet

# DEL III – utfordringer og fallgruver



Nærings- og fiskeridepartementet

# Å ikke ta stilling til spørsmålet på et tidlig nok stadium

- Bør vite hvilket regelsett som gjelder når prosessen igangsettes
- Dersom anskaffelsesregelverket gjelder må man ha tid til å gjennomføre en konkurranse i tråd med regelverket
- Dersom regelverket for offentlig støtte gjelder må man kunne ha foretatt de relevante vurderinger i denne forbindelse og ev. ha tid til å notifikere ESA

# Tidlig stadium forts.

- Det er derfor viktig at den offentlige myndigheten tar stilling til hvilke(t) virkemiddel som er mest hensiktsmessig allerede i budsjettprosessen
  - Sørg for rett postbruk i fagproposisjonen, og vurder behov for stikkordet “kan nyttes under” (f.eks. mellom 21-post og 70-post)
  - Fastsett tilskuddsforskrift/-regelverk for hver tilskuddsordning
  - Vær oppmerksomme på begreper som ikke klargjør om det er tilskudd eller anskaffelse, f.eks. “prosjektstøtte” eller “oppdrag”



# Vær oppmerksom på at det å se på poster alene ikke er tilstrekkelig

Finansieringskilder		Driftsposter («01 og 21-poster»)	Tilskuddsposter («60-85-poster»)
Anskaffelse	<p>Kjøp av varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider.</p> <p>Gjensidig bebyrdende avtale: begge parter pålegges forpliktelser, som står i et gjensidighetsforhold.</p>	Oppdragsgiver kjøper varer og tjenester til eget bruk	Oppdragsgiver kjøper varer og tjenester til andre
Tilskudd	<p>Tilskudd er ensidige overføringer fra staten til andre sektorer (kommuner, private foretak, stiftelser, organisasjoner etc.), som ikke er en anskaffelse.</p> <p>Partene pålegges forpliktelser, men disse står ikke i et gjensidighetsforhold.</p>	Tilskudd	Tilskudd



# Lovpålagte tjenester

- Tilskudd til lovpålagte tjenester utført av private kan potensielt være problematisk
- Dersom det offentlige må få tjeneste levert for å dekke sin plikt til å levere til befolkningen kan det reises spørsmål ved om tilskudd er et egnet virkemiddel
- Kanskje kommer man lettere over i anskaffelsessituasjonen her?



# Spørsmål?





Nærings- og  
fiskeridepartementet

**Takk for oppmerksomheten!**

# Noen kilder

2017/45 Riksantikvaren

2011/364 Bufetat

2011/345 Karmøy kommune

2011/85 Statnett

2011/6 Halden Ishall

2008/221 Verdal stadion

2005/180 CatoSenteret

2003/228 Barnebygg

FADs veileder:

[https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveileder\\_2013.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveileder_2013.pdf)

Kommisjonens arbeidsdokument:

[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/overview/new\\_guide\\_eu\\_rules\\_procurement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf)

