



DET KONGELIGE FORNYINGS-,  
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Kunnskapsdepartementet  
Postboks 8119 Dep  
0032 OSLO

Deres referanse  
200700783

Vår referanse  
200900030

Dato  
September 2010

## Studentsamskipnadenes forhold til anskaffelsesregelverket

### 1. Innledning

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) viser til Kunnskapsdepartementets (KD) henvendelser av 5. januar 2009 og 6. mai 2009. Det vises videre til orienteringer over telefon hvor FAD informerte om at behandlingen av KDs henvendelse av ressurs hensyn måtte forskyves. FAD beklager den lange saksbehandlingstiden.

KD ber om en tilbakemelding på sin vurdering av studentsamskipnadenes forhold til anskaffelsesregelverket. Innledningsvis vil FAD gjøre oppmerksom på at departementet som regelverksforvalter for innkjøpsregelverket har lov om offentlige anskaffelser (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) som sitt ansvarsområde. Reguleringen av studentsamskipnadene er ikke FADs ansvarsområde.

KDs henvendelse til FAD er motivert av Riksrevisjonens (RR) henvendelse, hvor sistnevnte blant annet gir uttrykk for at det ikke er sistnevnte som *"skal eller bør treffe noen avgjørelse med hensyn til [anskaffelses]regelverkets anvendelse på studentsamskipnadene."* FAD gjør i denne sammenhengen oppmerksom på at det heller ikke er FADs oppgave å ta endelig stilling til hvorvidt anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse i et konkret tilfelle. Denne myndigheten er lagt til domstolene. FADs oppgave er å gi generell veiledning hva gjelder det nærmere innholdet i innkjøpsregelverket. Med dette som bakgrunn har FAD følgende kommentarer til KDs tolkningsdokument.

---

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Konkurransopolitisk avdeling	Saksbehandler
Postboks 8004 Dep	Akersg. 59	22 24 90 90	Telefaks	Benedikte Slørdahl
N-0030 OSLO		Org no.	22 24 27 23	Skjærpe
		972 417 785		22244829

## 2. Problemstilling

KD viser i sitt brev til at problemstillingen knytter seg til om studentsamskipnadene er å anse som "offentlige organer". FAD legger til grunn at det med "offentlige organer" menes "offentligrettslig organ", jf. LOA § 2 første ledd, med nærmere presisering av vurderingstemaet i FOA § 1-2 annet ledd.

FOA første og andre ledd sier:

*§ 1-2. Hvem som er omfattet av forskriften*

*(1) Denne forskrift gjelder statlige, kommunale, fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse.*

*(2) Et offentligrettslig organ er ethvert organ:*

*a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og*

*b. som er et selvstendig rettssubjekt og*

*c. som i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.*

Som det følger av bestemmelsens andre ledd, må vilkårene i bokstavene a - c være oppfylt for at et organ er å anse som "offentligrettslig" og dermed er underlagt anskaffelsesregelverket. EU-domstolen har slått fast at begrepet "offentligrettslig organ" skal tolkes vidt, jf. C-373/00 premiss 43, C-214/00 premiss 53 og C-283/00 premiss 73. Når et organ først har fått slik status, gjelder regelverket for alle anskaffelser organet foretar. Dette gjelder selv om deler av virksomheten er kommersiell, jf. C-44/96 premiss 32-34 og C-18/01 premiss 58.

På bakgrunn av lov om studentsamskipnader finner KD i sin tolkning at vilkårene i bokstavene a og b er oppfylt. FAD ser ikke noen grunn til å gå nærmere inn KDs vurdering av disse to temaene, men har følgende kommentarer til bestemmelsens vilkår.

### 2.1. Vilkårene i bokstav a

Vilkåret i bokstav a innebærer at organet skal tjene allmennhetens behov og at virksomheten drives ikke-kommersielt. EU-domstolen har gjennom sin praksis lagt til grunn at følgende momenter skal tas med i vurderingen:

- Er det konkurranse på markedet for organets virksomhet?
- Utøver organet sin virksomhet på normale markedsvilkår
- Er formålet med virksomheten å skape inntjening?
- Bærer organet selv risikoen for eventuelle tap?
- Har organet en lovbestemt plikt til å tjene allmennhetens behov?

Dersom de fire første momentene er til stede, taler dette for at organet ikke er offentligrettslig. Dersom det femte momentet er til stede, trekker dette i motsatt retning.<sup>1</sup> EU-domstolen har slått fast at det i vurderingen skal legges vekt på omstendighetene ved opprettelsen av organet og hvilke betingelser organets virksomhet er underlagt.<sup>2</sup>

Når det gjelder begrepet "*allmennhetens behov*", finnes det ingen generell definisjon av hvordan denne bestemmelsen skal forstås. I en kommentarutgave til direktivet og den tilsvarende bestemmelsen der, antas det at virksomheten skal tilsikte å ivareta samfunnets interesser, "*i modsætning til virksomhed, der tager sigte på enkeltes eller enkelte gruppers individuelle og særlige interesser*".<sup>3</sup> Det presiseres videre at det ikke er nødvendig at virksomheten er nyttig eller tilgjengelig for alle for at virksomheten er begrunnet i en allmenn interesse. Som eksempel vises det til utdannelseinstitusjoner hvor adgangen er begrenset. Disse institusjonenes virksomhet "*tager utvivlsomt sigte på at imødekomme samfundets interesse i uddannelse af befolkningen*".<sup>4</sup> Kommentارutgaven sier videre at dersom det er tvilsomt om virksomheten tjener allmennhetens behov vil det overordnede formålet, som begrunner aktiviteten, være avgjørende for vurderingen.

## 2.2. *Vilkåret i bokstav b*

Bokstav b stiller vilkår om at organet må være et selvstendig rettssubjekt. Som det kommer frem av KDs brev, følger det av lov om studentsamskipnader § 2 første ledd, første punktum, at studentsamskipnadene er egne rettssubjekter.

KD konkluderer i sitt brev med at "*studentsamskipnader sett som gruppe ikke i utgangspunktet er å anse som offentligrettslig organ*". FAD ønsker å understreke at det følger av ordlyden i bestemmelsen at hver enkelt studentsamskipnad er et eget rettssubjekt. Dette innebærer at hver enkelt samskipnad må vurderes separat i forhold til alle vilkårene i FOA § 2-1 andre ledd.

## 2.3. *Vilkårene i bokstav c*

Når det gjelder bokstav c gir KD uttrykk for at det er "*tvil om denne innfris*".<sup>5</sup> FAD har ikke grunnlag for å overprøve den faktiske vurderingen, men vil knytte noen kommentarer til tolkningen av bestemmelsen. Denne bokstaven stiller opp tre alternative vilkår. Det fremkommer ikke uttrykkelig av KDs brev hvilke(t) (av) vilkår(ene) departementet vurderer. Da KDs vurdering utelukkende fokuseres på studentsamskipnadenes inntektskilder, synes det som om man vurderer vilkåret om at

---

<sup>1</sup> Se Den danske Konkurrencestyrelsens veiledende uttalelse av 12.07.2007, punkt 1.1

<sup>2</sup> *EU's Udbudsdirektiver* med kommentarer af Michael Steinicke og Lise Groesmeyer. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2008 (heretter Steinicke/Groesmeyer) - side 271, punkt 1.9.2.1.2

<sup>3</sup> Steinicke/Groesmeyer side 269, punkt 1.9.2.1.1

<sup>4</sup> Jf. fotnote 277 på side 270.

<sup>5</sup> KD opplyser i notatet at ANSA er unntatt fra denne vurderingen.

organet ” i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd”. FAD vil derfor først se på de forhold som bør vektlegges i vurderingen av dette vilkåret.

### 2.3.1. ”i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd”

Slik FAD ser det innebærer vilkåret tre vurderinger. For det første hva som ligger i ”i hovedsak”. For det andre må det vurderes hvilke midler som inngår i begrepet ”finansiert” av offentlige styresmakter eller organ. Til slutt må det vurderes hvilken tidsperiode som skal legges til grunn for vurderingen.

#### 2.3.1.1. ”i hovedsak”

Begrepet innebærer at finansiering fra det offentlige må være av et visst omfang, nemlig at organet ”i hovedsak” er finansiert av det offentlige. På bakgrunn av EU-domstolens praksis er det ubestridt at den offentlige finansieringen må utgjøre mer enn halvparten av organets inntekter<sup>6</sup>. Spørsmålet avgjøres ved å se på organets samlede inntekter.

Alle inntektskilder og økonomiske støtteordninger som studentsamskipnadene har må derfor vurderes opp mot neste vurderingstema; ”finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd”. Dersom den samlede offentlige støtten utgjør mer enn halvparten av organets totale inntekter, vil vilkåret være oppfylt.

Igjen er det viktig å understreke at hver enkelt studentsamskipnad må vurderes for seg. Hvor stor andel den offentlige støtten utgjør for studentsamskipnadene vil derfor kunne variere fra samskipnad til samskipnad. Det kan variere hvor mye inntekter den enkelte samskipnad har fra salg, leieinntekter osv. og hvor mye offentlig støtte de mottar.

#### 2.3.1.2. ”finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd”

Det fremgår ikke, slik FAD ser det, om KD har vurdert dette kriteriet under FOA § 1-2 andre ledd, eller hva KD i så fall har kommet fram til. FAD er av den oppfatning at semesteravgiften og eventuelle andre midler samskipnadene mottar, må vurderes i forhold til om de kan anses som en offentlig finansiering.

Dette spørsmålet ble behandlet av Eftas overvåkningsorgan (ESA) i sak 378/09/COL, angående finansiering av treningssentre ved studentsamskipnaden i Bergen. Her ble det lagt til grunn at semesteravgift er å anse som finansiering fra offentlige myndigheter.

ESA uttaler:”*The financing measures of fitness centers operated by SiB consist of payments from the semester fee, gaming funds and so-called fri stasjon (free-rent facilities). In the course of its investigation, the Authority has concluded that all conditions of Article 61(1) of the EEA Agreement were fulfilled and the measures, thus, constituted state aid.*”

---

<sup>6</sup> Se blant annet C-337/06 premiss 33

Videre har EU-domstolen i relasjon til direktivbestemmelsen, som FOA bygger på, vurdert hvilke finansieringer som omfattes av bestemmelsen. Domstolen uttalte i sak C-337/06 at bestemmelsen ikke presiserer måten finansieringen skal skje på. Det stilles ikke krav om at organet må få de aktuelle midlene direkte fra staten eller annen offentlig myndighet for at midlene skal kunne være aktuelle for vurderingstemaet.<sup>7</sup>

Domstolen kom i den aktuelle saken til at lisenspenger innbetalt til radio- og tv-selskaper var å regne som finansiering fra staten, selv om midlene ble innbetalt av private.

Det er FADs oppfatning at denne dommen gir en del holdepunkter for hva som bør vektlegges i vurderingen av om semesteravgiften er å anse som en offentlig finansieringskanal. Kort oppsummert legger domstolen vekt på følgende momenter, som alle trekker i retning av oppfyllelse av vilkåret for å være en offentlig støtte:

- Rettsakt som hjemmelsgrunnlag for avgiften
- Beløpet fastsettes ikke som resultat av et kontraktsmessig forhold mellom organet og forbruker
- Organet får lisenspenger uten en bestemt motytelse
- Innkrevingen av lisensen sikres gjennom påleggelse og oppkreving, noe som innebærer utøvelse av offentlig myndighet

På bakgrunn av de nevnte sakene legger FAD til grunn at semesteravgiften er å anse som en finansiering av det offentlige.

#### *2.3.1.3. Tidsrammen*

Det finnes ingen bestemmelse som sier noe om den tidsmessige avgrensningen på statusen som offentligrettslig organ. Det følger likevel av EU-domstolens praksis at vurderingen skal gjøres for ett regnskapsår av gangen, jf. C-380/98 premiss 38-41. Dersom de tilgjengelige regnskapstallene over forventede inntekter i det kommende år viser en offentlig finansiering på over 50 %, vil organet være offentligrettslig gjennom hele regnskapsåret, forutsatt at de andre kriteriene er oppfylte. Regelverket om offentlig anskaffelser vil dessuten gjelde for alle påbegynte anbudsprosesser frem til disse er avsluttet, jf. C-380/98 premiss 37-44.

#### *2.3.2. De øvrige vilkårene i FOA § 1-2 andre ledd bokstav c*

Som nevnt tidligere inneholder FOA § 1-2 andre ledd bokstav c, tre alternative vilkår. Det er altså tilstrekkelig at ett av vilkårene foreligger for at bokstav c er oppfylt. Som nevnt over synes det som om KD kun har tatt stilling til finansieringsvilkåret, mens kravet om kontroll og oppnevning av over halvparten av medlemmene i administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan, ikke er drøftet. FAD mener at KD bør se

---

<sup>7</sup> C-337/06 premiss 34.

nærmere på om det ikke bør fremkomme av dokumentet at samtlige vilkår i FOA § 1-2 andre ledd bokstav c er vurdert.

FAD gjør i denne forbindelse oppmerksom på at daværende Nærings- og Energidepartementet i 1996 ga en tolkningsuttalelse på dette området i forbindelse med en henvendelse fra Studentsamskipnaden i Oslo (vedlagt)<sup>8</sup>. Spørsmålet var om Studentsamskipnaden i Oslo var omfattet av EØS-forskriftene om offentlige anskaffelser, herunder om Studentsamskipnaden var å anses som et ”offentligrettslig organ”. Det ble da konkludert med at så var tilfellet, på bakgrunn av at det blant annet ble funnet at studentsamskipnaden var underlagt statlig kontroll. Om det er grunnlag for å se hen til denne tolkningsuttalelsen i dag har ikke FAD grunnlag for å ta stilling til, da – forholdene kan ha endret seg siden uttalelsen ble gitt.

FAD anser også her KD som best egnet til å vurdere om vilkårene i forhold til kontroll eller oppnevning kan være oppfylt, men ønsker likevel knytte noen kommentarer til vurderingen av kontrollkriteriet.

#### 2.3.2.1. Kontrollkriteriet

Bestemmelsen omfatter virksomheter som er underlagt offentlig kontroll, uten å si noe om på hvilken måte eller i hvilken grad kontrollen skal foreligge. EU-domstolen har slått fast at man i vurderingen skal se på om den kontrollen som foreligger skaper en tilknytning mellom organet og det offentlige, ”*der giver de offentlige myndigheder mulighed for at påvirke det nævnte organs afgørelser på området for offentlige kontrakter*”.<sup>9</sup> Tilknytningen skal være sammenlignbar med tilknytningen som finnes når finansieringskriteriet eller det siste kriteriet, oppnevningkriteriet, er oppfylt.<sup>10</sup>

Kriteriet omfatter både kontroll som er basert på et rettslig grunnlag (de jure kontroll) og faktisk kontroll (de facto kontroll).<sup>11</sup>

Det må ikke nødvendigvis være én formell eller klar kontrolladgang for det offentlige. Kriteriet omfatter trolig også mer generelle muligheter for direkte eller indirekte å utøve kontroll over organets økonomiske aktiviteter. Rettspraksis viser at det ofte er ulike former for kontroll samlet sett, i forhold til organets virksomhet, som gir tilstrekkelig grunnlag for å fastslå at kriteriet er oppfylt.<sup>12</sup> Motsatt vil kontroll av regnskapsførsel alene, og som er etterfølgende, for eksempel ikke være tilstrekkelig.<sup>13</sup>

Er organet underlagt tilsyn, må det vurderes om tilsynet gir det offentlige mulighet til å påvirke organets beslutninger vedrørende anskaffelser. Angår tilsynet alene om

---

<sup>8</sup> Regelverket om offentlige anskaffelser var da underlagt dette departementet.

<sup>9</sup> C-373/00 premiss 69

<sup>10</sup> Steinicke/Groesmeier side 293, C-237/99 premiss 48-49 og C-373/00 premiss 69

<sup>11</sup> Steinicke/Groesmeier side 294-295

<sup>12</sup> Steinicke/Groesmeier side 293

<sup>13</sup> Steinicke/Groesmeier side 297

lovgivningen overholdes, vil dette tale imot at kontrollkriteriet anses oppfylt. Dette avhenger selvsagt av lovgivningens og tilsynets nærmere karakter, jf. C-237/99 premiss 55.

Ved vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt i forhold til studentsamskipnadene, må man følgelig se på de ulike mulighetene det offentlige har, direkte eller indirekte, til å kontrollere samskipnadenes virksomhet. Videre må man se på om disse kontrollformene gir det offentlige mulighet til å påvirke samskipnadenes avgjørelser på anskaffelsesområdet.

### 3. FOA § 1-2 tredje ledd

#### 3.1. Bestemmelsens ordlyd

FOA § 1-2 tredje ledd har følgende ordlyd:

*(3) Forskriften gjelder også når bygge- og anleggskontrakter og tilhørende tjenestekontrakter tildeles av andre enn oppdragsgiver som nevnt i første eller annet ledd, forutsatt at de er direkte subsidiert med mer enn 50 prosent. Dette gjelder likevel bare kontrakter som nevnt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) kategori 3 eller kontrakter som gjelder sykehus, idretts-, rekreasjons- og fritidsanlegg, skole- og universitetsbygninger og bygninger til forvaltningsformål. Oppdragsgiver skal gjøre støttmottaker oppmerksom på denne bestemmelsen.*

#### 3.2. Bestemmelsens relevans

I relasjon til FOA § 1-2 tredje ledd stiller Riksrevisjonen spørsmålet om semesteravgiften kan karakteriseres som et statlig tilskudd slik at studentsamskipnadenes byggekontrakter kan anses for å være direkte subsidiert med mer enn 50 prosent. KD foretar en vurdering i forhold til paragrafens tredje ledd uten å gi en klar konklusjon. Det uttales likevel at det er *"en forskjell på denne støtten [semesteravgiften] og statstilskudd"*.

FAD gjør her oppmerksom på at dette vurderingstemaet kun er relevant dersom man finner at ingen av vilkårene i § 1-2 annet ledd bokstav c er oppfylt, og dermed at samskipnaden ikke er et *"offentligrettslig organ"*. Hva gjelder selve vurderingen av om semesteravgiften kan anses som en offentlig finansiering, vises det til momentene under dette brevets punkt 2.3.1.2.

Videre gjelder bestemmelsen kun for spesielt angitte bygge- og anleggskontrakter. Noen er av disse er ramset opp i forskriftens vedlegg 1 og noen i selve bestemmelsen, jf. tredje ledd, andre punktum. Det må derfor vurderes om samskipnadenes bygge- og anleggskontrakter faller inn under noen av de angitte kontraktstypene før man går inn og vurderer om en kontrakt er *"direkte subsidiert"* av det offentlige.

### 3.3. Semesteravgiften som direkte subsidier til bygge- og anleggskontrakter

Forskriftens ordlyd er klar på at de subsidierte midlene må brukes nettopp på bygge- og anleggskontrakter. FAD bemerker her at KD oppgir at semesteravgiften skal brukes "på velferd til den betalende studenten." Slik FAD leser dette er ikke semesteravgiften øremerket bestemte tiltak, men går med til å finansiere studentvelferden som helhet. FAD anser KD som best egnet til å vurdere om studentboligbygging og andre byggekontrakter regnes som omfattet av denne velferden og at semesteravgiften følgelig kan bli brukt til byggekontrakter.

Uavhengig av denne vurderingen gjør FAD oppmerksom på at FOA stiller et krav om at bygge- og anleggskontraktene skal være "direkte subsidiert"<sup>14</sup> med de aktuelle midlene. Vilkåret "direkte" tilsier at indirekte økonomisk støtte som skattefordeler, billige lån etc. faller utenfor.<sup>15</sup> I direktivets kommentarutgave legges samme forståelse til grunn i forhold til tilsvarende bestemmelse i direktivet: "[t]ilskudd, der ydes til virksomheden generelt, vil [] ikke aktivere bestemmelsen."<sup>16</sup> Denne tolkningen tilsier at det kreves mer enn at det foreligger en mulighet for at midler kan bli brukt til bygge- og anleggskontrakter. FAD er kjent med at det gis et eget offentlig tilskudd til bygging av studentboliger. FAD legger til grunn at det er dette "statstilskuddet" KD viser til når de skriver at det er "en forskjell på denne støtten [semesteravgiften] og statstilskudd".

Ettersom semesteravgiften er anført å gå til studentvelferd generelt og ikke bygge- og anleggskontrakter spesielt/uavkortet, taler det ovennevnte for at FOAs krav i § 1-2 (3) om en "direkte" subsidiering ikke er oppfylt i forhold til semesteravgiften. Vurderingen kan være en annen for et offentlig tilskudd som er øremerket til bygging av studentboliger.

FAD bemerker at lov om offentlige anskaffelser inneholder en lignende bestemmelse.<sup>17</sup> Det følger av bestemmelsens ordlyd at loven favner videre enn forskriftens bestemmelse. Loven kommer til anvendelse "dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi.". Her er det altså ikke et krav om at kontrakten skal være direkte subsidiert. Bestemmelsen er heller ikke avgrenset til bare å gjelde spesielt angitte bygge- og anleggskontrakter. Dette betyr at selv om en bygge- og anleggskontrakt ikke omfattes av FOA § 1-2 tredje, kan den likevel omfattes av lovens bestemmelse, slik at oppdragsgiver må følge LOA ved tildeling av kontrakten. At lovens bestemmelser må følges, innebærer blant annet at oppdragsgiver må opptre i samsvar med de grunnleggende krav til offentlige anskaffelser. Blant disse kravene er krav om god forretningsskikk, høy forretningsetisk standard, likebehandling, forutberegnelighet, gjennomsiktighet, etterprøvbarehet, objektive og ikke-diskriminerende kriterier og kravet om at anskaffelser, så langt det er mulig, skal være basert på fri konkurranse, jf. LOA § 5.

---

<sup>14</sup> Understrekning er foretatt av departementet.

<sup>15</sup> Dragsten/Lindalen s. 360

<sup>16</sup> Steinicke/Groesmeier side 546.

<sup>17</sup> Lov om offentlige anskaffelser § 2 første ledd, tredje punktum



Utover ovennevnte har ikke FAD ytterligere kommentarer til KDs dokument vedrørende forholdet mellom studentsamskipnaden og anskaffelsesregelverket.

Med hilsen

Monica Auberg (e.f.)  
konstituert avdelingsdirektør

Benedikte Slørdahl Skjærpe  
rådgiver