

# NYHETSBREV FOR DET OFFENTLIGE

DES | 2009

Alltid oppdaterte nyheter direkte til kommuner og offentlige organer

I dette nummeret:

FOSSILET IDA OG VIKTIGHETEN AV  
IMMATERIELLE VERDIER

FYLKESKOMMUNEN FÅR OPPGAVEN  
MED Å TILDELE TILLATELSER TIL  
AKVAKULTUR

DATATILSYNET PÅ TILSYN:  
PERSONVERN I KOMMUNENE?

TVANGSSAKER OVERFOR  
RUSMISBRUKERE

SAMMENBLANDING AV  
KVALIFIKASJONSKRAV OG  
TILDELINGSKRITERIER I OFFENTLIGE  
ANBUDESKONKURRANSER -

TILSKUDD TIL FOTBALLSTADION OG  
EØS-AVTALENS FORBUD MOT  
OFFENTLIG STØTTE

 **STEENSTRUP  
STORDRANGE**



Av advokat Katrine Malmer-Høvik

## Fossilet Ida og viktigheten av immaterielle verdier



Alle i Norge har hørt om fossilet "Ida" og striden som oppsto i forhold til de immaterielle rettighetene til fossilet. Saken illustrerer at offentlige instanser kan sitte på betydelige immaterielle verdier og at det er behov for å være seg bevisst disse, i forhold til å sikre og forvalte verdiene på en god måte. For en slunken kommunekasse kan det i immaterielle rettigheter ligge store uoppdagede verdier.



Postordrefirmaet International Trade Service AS sitt søkte kjennetegn.

Ida er et 47 millioner år gammelt fossil. Forskere tror hun kan være en av våre tidligste slektninger. Fossilet ble vist frem av Jørn Hurum for første gang offentlig på Naturhistorisk museum i New York 19. mai 2009. Fossilet ble av Hurum presentert som en link mellom halvaper og ekte aper, og dermed et viktig fossil i apenes og derved menneskets utvikling. I media ble dette referert til som "det manglende mellomledd". Media sirkuset var i gang. Norge ble nok engang plassert på kartet.

Den 25. mai 2009, seks dager etter at Ida ble vist frem offentlig første gang, søkte postordrefirmaet International Trade Service AS i Farsund om varemerkebeskyttelse av fossilet kombinert med navnet "IDA". Kjennetegnet ble søkt for bl.a. håndverktøy, redskaper, lærvarer, paraplyer, koffertter, kjøkkenredskaper, glassvarer og keramikk. Postordrefirmaet hadde på ingen måte noe med oppdagelsen av fossilet å gjøre. (Søker hadde imidlertid i 2008 registrert navnet Ida.)

Navnet "Ida" og bildet av fossilet hadde i løpet av en kort tidsperiode blitt eksponert for hele verden gjennom ulike medier, bl.a. la Google inn "Ida" i Google-ikonet. Mens lo-

goen lå ute fikk den mellom 1,2 og 2 milliarder klikk. Fossilet ble raskt et anerkjent merkenavn og denne anerkjennelsen innebærer en enorm kommersiell verdi. Hvorfor? Jo, fordi figuren og navnet i løpet av veldig kort tid hadde opparbeidet seg en enorm assosiasjons og gjenkjennelseseffekt på det norske og utenlandske markedet.

Naturhistorisk museum ved universitetet i Oslo kjøpte fossilet i 2007. Lanseringen i mai 2009 var nøye planlagt, med bl.a. pressekonferanser, lansering av en bok, TV-film og eget nettsted. Hvor planlagt var beskyttelsen av den immaterielle verdien til fossilet og navnet? Etter det som har fremkommet i media hadde UiO overhode ikke tenkt på beskyttelse av de immaterielle rettighetene.

Ingen kan påberope seg noen opphavsrettslig vern til fossilet da opphavsrett er knyttet til kunstneriske verk og ikke til naturoppdagelser som fossiler. Men fossilet og navnet kan søkes varemerkebeskyttet hos Patentstyret, hvilket også ble gjort av postordrefirmaet før UiO rakk å komme på banen. Universitet i Oslo søkte først i juni 2009 Patentstyret om beskyttelse av kjennetegnene "IDA THE LINK", "IDA", figurmerket av fossilet og av den ene hånden til fossilet. Postordrefirmaet har nå fått registrert sitt kjennetegn, men UiO har levert inn en innsigelse. Når resultatet foreligger fra Patentstyret vil nok utfallet bli å lese i de riksdekkende medier.

Immaterielle verdier kan utgjøre betydelig og avgjørende verdi for en virksomhet dersom disse er sikret og forvaltet på en god måte. Det sies at de immaterielle verdiene utgjør ca. 70 prosent av en gjennomsnittsbedrifts verdi. Dette sier noe om hvor viktige det er å sikre verdiene mot bl.a. snylting fra andre i markedet. Vi har omfattende erfaring med å bistå klienter med å tilrettelegge for god sikring, forvaltning og kommersialisering av immaterielle rettigheter, slik at rettighetene bidrar til størst mulig verdiskaping.

[kmh@steenstrup.no](mailto:kmh@steenstrup.no)

Hvilke arbeidsoppgaver fylkeskommunene skal ha, har vært et politisk stridstema i mange år. Flere politiske partier har stilt spørsmål ved fylkeskommunens berettigelse, men flertallet i Stortinget har i stedet valgt å vedta en forvaltningsreform som skal overføre mer myndighet til fylkeskommunene. Denne forvaltningsreformen vil stort sett tre i kraft med virkning fra 1. januar 2010. Reformens innhold er beskrevet i Ot.prp 10 (2008-2009).



Av advokat Halfdan Mellbye

## Fylkeskommunen får oppgaven med å tildele tillatelser til akvakultur

En av de mer omfattende endringene som foretas er at fylkeskommunene får betydelig utvidet kompetanse overfor akvakulturnæringen. Reformen innebærer at den kompetanse for tildeling av tillatelser som i dag ligger hos Fiskeridirektoratets regionkontorer, overføres til Fylkeskommunen. Reformen krever at forskriftsverket for tildeling av akvakulturtillatelser endres, og jeg legger i denne artikkelen til grunn at det kommer til å skje i tråd med proposisjonen. Hovedfeltene for fylkeskommunens arbeid vil bli følgende:

For matfiskoppdrett av laks og ørret tildeles tillatelsene i konsesjonsrunder. Det innebærer at fylkeskommunen, når Fiskeridepartementet finner det formålstjenlig, vil få tildelt et antall nye tillatelser til fordeling blant nye søkere. Fiskeridepartementet vil samtidig gi en forskrift med tildelingskriterier.

Overføringen av denne kompetansen til fylkeskommunene er etter det jeg kan forstå et hovedpoeng ved reformen. Det er ofte svært mange søkere til disse tillatelsene og de fleste av søkerne vil i utgangspunktet være "kvalifiserte" i den forstand at de oppfyller de minstekrav som oppstilles for å komme i betraktning ved tildeling av tillatelser. Fordelingen av tillatelser mellom kvalifiserte søkere vil ofte skje etter næringspolitiske kriterier, og dette er et område der fylkeskommunen må antas å ha de beste forutsetninger for vurderingene.

For all annen oppdrett, herunder settefiskanlegg for laks og ørret, torsk og andre marine arter og skjell, er systemet at det er enkeltøknader som behandles. Slike øk-

nader skal i utgangspunktet innvilges dersom man ikke har rettslig argumentasjon for å avslå søknaden. Sentralt i denne saksbehandlingen er godkjenning av lokalitetene til det nye anlegget. Her vil tildeling skje etter en vurdering av mer tekniske kriterier, og det kan nok stilles spørsmål ved om fylkeskommunen vil være mer kompetent enn fiskerimyndighetene ved slike spørsmål.

I tillegg skal fylkeskommunen gjennomføre saksbehandlingen i forbindelse med godkjenning av nye lokaliteter også i andre situasjoner. Det vil for eksempel være aktuelt ved flytting av anlegg.

Generelt skulle man tro at det har mindre betydning for resultatet av tildelingssakene om kompetansene ligger hos fiskerimyndighetene eller fylkeskommunen. Høstens tildelingsrunde for nye konsesjoner til laks- og ørretoppdrett tyder imidlertid på at uenigheten mellom de ulike forvaltningsorganene er betydelig. I flere fylker ser vi at fylkeskommunene har gjort svært grundig arbeid i sine uttalelser om fordeling av tillatelsene – antakelig med forventning om at fiskerimyndighetene ville legge stor vekt på deres uttalelse i og med at det er besluttet at fylkeskommunen i fremtiden skal foreta denne fordelingen. Fiskerimyndighetene har imidlertid åpenbart ikke sett det slik, og de har flere steder foretatt tildelinger stikk i strid med fylkeskommunens anbefalinger. I forhold til søkerne er denne uenigheten uheldig og skaper usikkerhet. Det er vanskelig å forstå at man ikke kunne unngått dette.

[hme@steenstrup.no](mailto:hme@steenstrup.no)



# PERSONVERN I KOMMUNENE?



Av senioradvokat Mette Borchrevink

Personvern i kommunene handler om at personopplysninger behandles slik at folk kan ha tillit til at taushetsplikten blir respektert og at personopplysninger ikke kommer på avveie. Kommunene behandler personopplysninger både om innbyggerne og kommunens ansatte. I mange tilfeller er dette sensitive opplysninger eksempelvis i forbindelse med barnehagesøknad, hjemmetjenesten eller barnevernet.

Datatilsynet har hatt tilsyn hos fem kommuner i Vestfold, både i større bykommuner og mindre kommuner. Hovedtemaet for kontrollen var kommunenes plikt til å sørge for tilfredsstillende informasjonssikkerhet for kommunenes behandling av personopplysninger.

### Tendenser

Alle kommunene som hadde tilsyn har fått pålegg fra Datatilsynet. De vanligste problemene var manglende rutiner for

- publisering på Internett,
- innsynsrett,
- retting eller sletting av opplysninger og overskuddsinformasjon,
- tilgangskontroll,
- avtaler med leverandører, som behandler personopplysninger på kommunens vegne,
- samt mangler i tilknytning til risikovurdering og informasjonssikkerhet.

Tilsynene viste også brudd på meldeplikten til Datatilsynet, uklare forhold rundt ansvar og myndighet, manglende oversikt over behandling av personopplysninger og hvordan disse var sikret, manglende rutiner for innsynsrett mv.

Datatilsynet vil gjerne hjelpe kommunene med å få på plass et dokumentert system for internkontroll. Tilsynet har derfor laget en veiledning som de vil sende alle kommunene, samtidig som de vil prioritere kontroll mot kommunene i tiden fremover. Datatilsynet anbefaler at kommunene samarbeider med juridisk kompetanse for gjennomføring av dette arbeidet.

### Personvern – en utfordring for kommunene?

Tilsynsrapportene til de enkelte kommunene er ennå ikke tilgjengelige, men med utgangspunkt i Datatilsynets funn, vil vi illustrere hvilke utfordringer kommunene står overfor.

### Publisering på Internett

Mange kommuner legger ut postjournalene på kommunens internettsider. Dette er offentlige dokumenter som alle kan kreve rett til innsyn i. Det er unntak for taushetsbelagte opplysninger, og her må kommune skjerme opplysninger når dokumentet publiseres på postlisten. Trår man feil her, kan svært sensitive opplysninger komme på avveie. Dette kan være svært uheldig for de det gjelder, for eksempel barnevernssaker eller saker fra PP-tjenesten, og det svekker tilliten til at kommunen.

Referater fra kommunale møter, rapporter etc, blir også ofte publisert på kommunens nettsider. Det er viktig å vurdere konkret om disse inneholder personopplysninger som gjør at man kan trekke slutninger om taushetsbelagte forhold.



## Skal alle i kommunen ha tilgang til alt?

Taushetsplikten beskytter mot utlevering til utenforstående, men hva med utlevering mellom etater innen kommunen? Skal eksempelvis hjemmetjenesten ha tilgang til pasientjournaler? Når er det nødvendig med samtykke fra pasient/bruker for å utveksle helseopplysninger?

Tilsynet viste at kommunene ikke hadde god nok styring på tilgang til personopplysninger.

Reglene om taushetsplikt og unntak fra taushetsplikt er et komplisert regelverk som styres av mange lover som griper inn i hverandre, eksempelvis gjør barnevernstjenesten unntak fra taushetsplikten i helsepersonelloven. Dette illustrerer at kommunene må ha gjennomtenkte rutiner for å sikre taushetsplikt og at utveksling av sensitive personopplysninger skjer på rettmessig måte.

Dokumenter med taushetsbelagte opplysninger skal oppbevares på trygghende måte. Det betyr at kommunen må ha dokumenterte rutiner som sikrer at kun personale som skal ha tilgang får tilgang, og ingen andre.

## Sletting av personopplysninger

Tilsynet viste at kommunene ikke hadde tilfredsstillende rutiner for sletting av personopplysninger. Personopplysninger skal ikke lagres lenger enn det som er nødvendig for formålet, når formålet ikke tilsier lagring lenger, skal opplysningene slettes, dersom de ikke er arkivpliktige etter andre lover.

For kommunene kan dette være en utfordring, fordi andre lover kan komme inn og hindre den sletting, for eksempel arkivloven. I slike tilfeller er det avgjørende å ha god sikring, slik at uvedkommende ikke får tilgang til taushetsbelagte og arkivpliktige personopplysninger.

## Outsourcing i kommunene

Mange kommuner bruker eksterne leverandører til å behandle personopplysninger. I slike tilfeller har kommunen fortsatt ansvaret for personvernet og loven krever at dette reguleres i en "databehandlingsavtale". Mange kommuner manglet slike avtaler. Etter personopplysningsloven er det straffbart å overlate behandling av personopplysninger til andre, uten en slik avtale.

## Kommunenes særstilling

Kommunene er i mange tilfeller de eneste som tilbyr tjenestene. Dette gjør at kommunene får et spesielt ansvar for å innfri folks forventninger om godt personvern. Det er ikke bare å velge en annen leverandør av tjenester dersom man er misfornøyd. Det er derfor av avgjørende betydning at kommuner tar ansvaret for personvern når kommunene behandler personopplysninger. Dette gjøres gjennom kompetanse, rutiner og gode systemer.

mb@steenstrup.no

## En ny e-handelsplattform på Ehandel.no.

På anskaffelseskonferansen 4. november 2009 holdt statsråd Rigmor Aasrud tale om problemer knyttet til brudd på anskaffelsesregelverket. I følge statsråden er gjentatte brudd på regelverket med på å svekke tilliten til at fellesskapets penger blir brukt på en god måte. En av hovedutfordringene i forbindelse med brudd på regelverket er i følge statsråden å få til en bedre organisering av innkjøpsfunksjonene i offentlig virksomhet.

Fornying- og administrasjonsdepartementet og Difi vil derfor satse på økt bruk av elektroniske løsninger. I følge statsråden vil det gi bedre, enklere og sikrere innkjøp. Innkjøpene blir enklere fordi det blir lettere å følge regelverket. Innkjøpene blir sikrere fordi det blir gjort færre feil, det blir bedre kontroll og det er enklere å spore elektroniske prosesser. <http://www.ehandel.no>

## Bedrer tilskudd for leietakere i husleieregulerte bosteder

Kommunal – og regionaldepartementet og Oslo kommune er enige om å øke formuesgrensen fra 100.000 til 250.000 kroner for de som kan få tilskudd til husleie i forbindelse med at husleiereguleringsloven avvikles fra nyttår. Tilskuddsordningen skal hindre at folk over 67 år og andre med mer enn 20 års botid i de regulerte bostedene blir tvunget til å flytte når husleien øker. Etter at tilskuddet er betalt skal ordningen sikre at enslige sitter igjen med 7000 kroner og par skal sitte igjen med 10.000 kroner. For familier med tre eller flere medlemmer blir det gitt ytterligere 2500 kroner ekstra per person.

Solbakken fremhever at dette er en ordning for dem som sliter mest. Byråd Sylvi Listhaug lover at Oslo kommune skal sørge for at de som søker tilskudd får hjelp og rådgivning, ingen skal måtte sove på gaten i Oslo.

## Kommunens vedlikeholdsplikt for kommunale veier

I sommer behandlet sivilombudsmannen en sak (Sak 2009/57) om omfanget av kommuners plikt til vedlikehold av kommunale veier uten fast bosetting. Bakgrunnen for saken var at Lyngdal kommunen hadde utført minimalt vedlikehold av slike kommunale veier, og hadde bl.a. belagt seg på brukerbidrag for det vedlikeholdet som ble gjort.

Ombudsmannen uttalte at så lenge det var tale om en kommunal vei, hadde ikke kommunen adgang til å oppfylle vedlikeholdsplikten ved å kreve praktiske bidrag fra brukerne av veien. Videre ble det uttalt at det må antas å være en nedre grense for hva som kan anses å oppfylle den skjønsmessige vedlikeholdsplikten i Veglova.

# TVANG OVERFOR RUSMISBRUKERE



Steenstrup Stordranges Bergens-kontor har i en årrekke bistått kommuner i Hordaland i tvangssaker etter sosialtjenesteloven og lov om barnevern. Advokatene Otto Roll og Holger Hagesæter er ukentlig i fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker, eller i retten, med saker innen dette feltet.

Av senioradvokat Holger Hagesæter

Saker som omhandler tvang overfor rusmisbrukere involverer en privat part i krise. I all hovedsak er den private part en person med et årelangt rusmisbruk bak seg og hvor misbruket etter hvert utgjør en fare for rusmisbrukeren selv eller det barn rusmisbrukeren er gravid med.

Formålet med tvangsbestemmelsene er å forhindre at rusmisbrukeren skader seg alvorlig, eller i verste fall tar sitt eget liv gjennom rusingen, eller å forhindre at det ufødte barn tar skade av mors rusing. Det er med andre ord ikke slik at tvang etter sosialtjenesteloven er ment å være en straff for tidligere rusmisbruk. Hensikten er å forhindre framtidig skade.

Bestemmelsene i sosialtjenestelovens § 6-2 og § 6-2a regulerer det offentlige rett til å gripe inn med tvang overfor enkeltmennesker. Dette er altså et betydelig inngrep i den enkeltes rett til å bestemme over eget liv. Spørsmålet sosialtjenesten må stille seg før man foreslår en tvangsplassering eller fatter et akutt tvangsvedtak er om inngrepsvilkårene er oppfylte eller ikke. Den tvang det er snakk om å benytte er tvangsinngjørelse i hensiktsmessige behandlingsinstitusjoner.

Det verken er eller skal være enkelt å foreslå eller fatte vedtak av denne karakter overfor enkeltmennesker. Det må med andre ord være en alvorlig situasjon man står overfor.

## Kort om de materielle vilkår for tvang

Tvang overfor rusmisbrukere reguleres av sosialtjenestelovens § 6-2. Loven slår fast at "Dersom noen utsetter sin fysiske eller psykiske helse for fare ved omfattende og vedvarende misbruk, og dersom hjelpetiltak etter § 6-1 ikke er tilstrekkelig, kan det vedtas at vedkommende uten eget samtykke kan tas inn i en institusjon utpekt av regionalt helseforetak for undersøkelse og tilrettelegging av behandling, og holdes tilbake der i opptil tre måneder"

I dette ligger at flere grunnvilkår må anses oppfylt før fylkesnemnda, som er avgjørelsesorganet i denne type saker, kan fatte vedtak om tvangsplassering.

Det er ett vilkår at vedkommende står i tilstrekkelig stor fare for selv å bli skadet som følge av rusmisbruket.

Riktignok må misbruket være omfattende og vedvarende, men i de fleste saker hvor det er aktuelt å benytte hjemmelen er det liten tvil knyttet til dette kriteriet. Det avgjørende blir i større grad om det er årsakssammenheng mellom rusmisbruket og den skade som man mener rusmisbrukeren står i fare for å bli påført.

Det er til sist en helhetlig skjønnsvurdering som skal avgjøre om vedkommende skal plasseres eller ikke. Rusmisbrukeren kan holdes tilbake i maksimalt 3 måneder, fra iverksettelsen av plasseringen. I saker av denne art fatter sosialtjenesten som oftest et midlertidig akuttvedtak. En sak må deretter sendes fylkesnemnda innen to uker, og forhandlinger i fylkesnemnda vil der nest bli berammet relativt raskt. Uten hurtig beramning og saksbehandling vil prosessen bli illusorisk ettersom tvangen maksimalt kan vare i 3 måneder. Hovedformålet med denne tvangsperioden er motivering. Målet er å få klienten til å erkjenne sitt behandlingsbehov og oppnå motivasjon for å bli rusfri.

Etter lovendring i 2008 har man nå også fått endringer i reglene om klagebehandling av midlertidige vedtak. Ved klage over et midlertidige vedtak skal det gjennomføres muntlig klagebehandling i fylkesnemnda senest innen en uke etter at klage er inngitt. Slik sett kan man få en behandling i fylkesnemnda to ganger før utløpet av de 3 månedene plasseringen kan vare.

## Tvang overfor gravide rusmisbrukere – sosialtjenestelovens § 6-2a

Bestemmelsen som omhandler gravide rusmisbrukere sier at "Det kan vedtas at en gravid rusmiddelbruker uten eget samtykke skal tas inn på institusjon utpekt av regionalt helseforetak og holdes tilbake der i hele svangerskapet dersom misbruket er av en slik art at det er overveiende sannsynlig at barnet vil bli født med skade, og dersom hjelpetiltak etter § 6-1 ikke er tilstrekkelig"

I bestemmelsen finner vi et noe annet inngrepskriterium nemlig overveiende sannsynlig fare for skade på det ufødte barn. Terskelen er imidlertid heller ikke her veldig høy, og det er viktig å merke seg at man under lovforberedelsen bevisst fjernet forslaget som lød krav om "betydelig skade".

Som i saker etter § 6-2 vil de samme regler gjelde i for-

hold til benyttelse av midlertidige vedtak, klagebehandling og beramning. Imidlertid vil plasseringen av rusmisbrukeren kunne være hele svangerskapet, noe som er selv-sagt hensett formålet med bestemmelsen.

Også i forhold til gravide rusmisbrukere er det konkrete skjønnsvurderinger som skal avgjøre om den gravide skal eller ikke skal plasseres på tvang. Frivillig behandling vil alltid vurderes først. Saker som gjelder gravide rusmisbrukere skal alltid behandles av sosialtjenesten, barnevernet vil ikke kunne forvalte tvangshjemler før barnet er født.

### **Noen frie synspunkter**

Bruk av tvang er i seg selv kontroversielt og skal reserveres for unntakstilfeller. I relasjon til gravid rusmisbruker må det likevel utvises en målrettet avklaring. Skaderisiko for fosteret tilsier at alle som er involvert omkring den gravide rusmisbruker handler hurtig slik at sosialtjenesten får kunnskap og kan arbeide for hjelp i tide, og om nødvendig gripe inn akutt med tvang. Vernet om det ufødte liv bør veie tyngre enn hensynet til rusmisbrukerens egen personlige autonomi.

hha@steenstrup.no





Av senioradvokat Tor Anthon Christiansen  
tac@steenstrup.no

## Sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i offentlige anbudskonkurranser

Offentlige anskaffelser skjer ofte som en to-trinns prosess med en kvalifikasjonsfase og en tildelingsfase. Det er viktig at oppdragsgivere i offentlige anbudskonkurranser ikke bruker samme kriterium og vurdering i både kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen. EF-domstolen og KOFA har nylig trukket opp grensene for sammenhengen mellom de to fasene. Hovedspørsmålet er om det er tillatt å legge vekt på forhold ved leverandøren på tildelingsstadiet.

Oppdragsgiver kan stille minimumskrav til leverandørene, såkalte kvalifikasjonskrav, og ikke-kvalifiserte leverandører skal avvises. I tildelingsfasen skal det avgjøres ut fra tildelingskriteriene hvem av de kvalifiserte som er best til å utføre den aktuelle kontrakten. Kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen er to uavhengige faser i en anskaffelse og styres av forskjellige regler. Likevel ser man ofte at kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene blir blandet sammen.

For å holde de to regelsettene atskilt bør man merke seg at kvalifikasjonskravene gjelder forhold ved tilbyderne og skal sikre at disse er egnet til å oppfylle kontrakten. Tildelingskriteriene omhandler på den annen side forhold ved tilbudene, og skal ha tilknytning til kontraktsgjenstanden.

Tildelingen skal enten skje på grunnlag av hvilket tilbud som er det "mest økonomisk fordelaktige", eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den "laveste prisen". Oppdragsgiver kan ikke velge andre hovedtildelingskriterier enn disse og ved valg av førstnevnte kategori det er viktig å holde kvalifikasjonskravene atskilt fra de øvrige tildelingskriteriene.

Kvalifikasjonskravene kan for eksempel gjelde leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling.

Anskaffelsesregelverket nevner en rekke aktuelle tildelingskriterier, blant annet kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, kundeservice og tekniske bistand. Listen er ikke uttømmende. Mens kvalifikasjonskravene er minstekrav

til leverandørene, skal det foretas en relativ vurdering av tildelingskriteriene. Tildelingskriteriene skal være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og skal ikke være minstekrav.

Det er særlig ved tjenestekontrakter grensen mellom det som gjelder tilbyderne og det de tilbyr utviskes. Kvaliteten på sluttproduktet (det tilbudte) avhenger som oftest av tjenesteyterens erfaring og kompetanse (som kanskje er oppstilt som minimumskrav for å bli kvalifisert som tilbyder?) Spørsmålet er om det er tillatt å legge vekt på forhold ved leverandøren på tildelingsstadiet. Kan oppdragsgiver for eksempel bruke kriteriet erfaring i både kvalifikasjons- og tildelingsfasen?

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har i stor grad åpnet for å vurdere samme kriterium i både kvalifikasjons- og tildelingsfasen. Forutsetningen har imidlertid vært at det er foretatt separate vurderinger, og at kriteriet er egnet både til å si noe om leverandørens evne til å levere og verdien av tilbudene.

EF-domstolens avgjørelse 24. januar 2008 (sak C-532/06), den såkalte Lianakis-dommen, synes å innebære et brudd med KOFAs praksis som nevnt. EF-domstolen uttaler at anskaffelsesregelverket er til hinder for at man tar leverandørens erfaring, deres personale og utstyr samt deres evne til å gjennomføre oppdraget innenfor den fastsatte tid i betraktning, i tildelingsfasen.

Det er naturlig å forstå Lianakisdommen slik at det i tildelingsfasen overhodet ikke er tillatt å ta forhold ved leverandøren i betraktning. Etterfølgende KOFA-praksis (KOFA sak 2008/120 og 2008/92) presiserer at man ikke i



noe tilfelle må vurdere samme forhold i kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen, men flere KOFA-avgjørelser åpner for en vurdering av leverandørens kompetanse, erfaring mv. også i tildelingsfasen. Forutsetningen er at forholdene som vektlegges i tildelingsfasen sier noe om graden av kvalitet på ytelsen og ikke hvorvidt leverandøren har evne til å oppfylle kontrakten.

KOFA er bundet av EF-domstolens avgjørelser, og det er ganske åpenbart at etterfølgende KOFA-praksis legger til grunn en utvidende tolkning av Lianakis-dommen. Men EF-domstolens dom 12. november 2009 (C-199/07, Kommisjonen mot Hellas) er ikke så streng som Lianakis-dommen med hensyn til "forbudet" mot å vurdere forhold ved leverandøren i tildelingsfasen. Dommen synes således å støtte KOFA-praksis i etterkant av Lianakis.

Oppsummert er gjeldende rett at det må følge av konkurransegrunnlaget at det er forskjellige vurderinger vedrørende leverandørene som skal foretas i de to fasene. Oppdragsgiver bør for det første bestemme seg for om et forhold skal vurderes som et kvalifikasjonskrav eller et tildelingskriterium. Men ved tjenestekontrakter med innsatsforpliktelser (f. eks. konsulentselskapers tilbud om team til å løse oppdraget) kommer man ofte ikke utenom at kompetanse og erfaring er nødvendig å vurdere i begge faser.

Det er likevel en sammenheng mellom fasene: Legger man listen høyt for å bli kvalifisert, blir det lite igjen å vurdere i tildelingsfasen, og vice versa.

Dersom for eksempel kompetanse skal benyttes i begge faser, må konkurransegrunnlaget klart få frem at det er leverandørens generelle kompetanse som vurderes i kvalifikasjonsfasen for å bringe på det rene at denne er egnet til å utføre oppdraget. Videre må konkurransegrunnlaget tydelig vise at den kompetanse som vurderes i tildelingsfasen skal si noe om hvordan leverandøren kan utføre det aktuelle oppdraget.

Det er også viktig at oppdragsgiver krever forskjellig dokumentasjon vedrørende samme kriterium i de to fasene, for å få frem av vurderingene knytter seg til forskjellig faktum. For eksempel bør referanser bare brukes ett sted. Det kan også gjøres retoriske grep for å holde vurderingene fra hverandre. Hvis man har brukt "erfaring" som kvalifikasjonskrav, kan man kanskje bruke "kvalitet" som tildelingskriterium og samtidig kreve dokumentert erfaring med hensyn til utførelsen av denne type oppdrag.

Tildelingskriterier kan ikke endres etter tilbudsfristens utløp, og bruk av et ulovlig tildelingskriterium er en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Oppdragsgivere som har benyttet et ulovlig tildelingskriterium har plikt til å avlyse konkurransen for å reparere denne feilen. Forbigåtte leverandører kan også ha krav på erstatning.

tac@steenstrup.no

## AKTUELLE NYHETER

### Boligskatt i Bergen kommune i strid med likhetsprinsippet

I vedtak av 1. juli 2009 fant fylkesmannen i Hordaland at Bergen kommunes vedtak om å bruke gjeldende takstgrunnlag for eiendomsskatt for 2009 var ugyldig. Taksering av noen eiendommer lå ca. 25 år tilbake i tid, mens andre eiendommer nylig var taksert. Fylkesmannen kom til at ulikhetene som eksisterte i skattegrunnlaget mellom de eldre og de nyere boligene førte til en forskjellsbehandling som ikke kunne aksepteres.

Bergen kommune ba Fylkesmannen vurdere standpunktet igjen. Fylkesmannen fastholder i november avgjørelsen om at vedtaket var ugyldig og ga i den forbindelse følgende uttalelse om likhetsvurderingen; "I likhetsvurderinga må det gjerast ei samanlikning av eigedoms-skattetakstane uavhengig og på tvers av dei alderskategoriane som kommunens sine reglar opererer med. Når ein tek utgangspunkt i skattetakstar i høve til pårekna marknadsverdi, bør dette forholdstalet ikkje ha for stor skilnad mellom bustader uavhengig av alder, for at det ikkje skal liggja føre usaklege forskjellar." <http://www.fylkesmannen.no/hoved.aspx?m=1166&amid=2931041>

### Ulik taksering av fritidseiendom og boligeiendom

I sak av 13. november 2009 (Sak 2009/717) tok Sivilombudsmannen stilling til vedtak om eiendomsskatt på fritidseiendom i Kragerø kommune. Det var klaget over at fritidseiendommer ble verdsatt ved bruk av skjønn, mens boligeiendommer i kommunen ble verdsatt ved sjabloner.

Ombudsmannen fant ikke grunn til å kritisere Kragerø kommune for å ha taksert fritidseiendommen ved skjønn, og hadde heller ikke grunnlag for å si at det forelå brudd på likhetsprinsippet ved at det ble benyttet ulike takseringsmetoder for de to eiendomstypene.

### 16-åringer gis stemmerett ved kommunevalget

Ved kommunevalget i 2011 vil 20 kommuner delta i et forsøk med stemmerett for 16- og 17-åringer. Kommunal- og regionalminister Magnhild Meltveit Kleppa uttaler at det har vært stor interesse for prosjektet. Hun mener at 16-åringer vil komme raskere inn i rollen som aktive innbyggere i lokalsamfunnet ved å kunne stemme ved lokalvalget.

### Ny byggeslov utsettes

Bygningsdelen i plan- og bygningsloven skulle opprinnelig tre i kraft etter nyttår, men kommunalminister Magnhild Meltveit Kleppa har utsatt ikrafttredelsen til 1. juli 2010. Også byggesaksforskriften og ny teknisk forskrift blir utsatt.



Av advokat Lars Tore Fredriksen

## Tilskudd til fotball-stadion og EØS-avtalens forbud mot offentlig støtte

**Har kommunen din planer om å subsidiere fotballstadioner eller andre idrettsarenaer? Da er det viktig å styre klar av de fallgruver som følger av EØS-avtalens forbud mot offentlig støtte. EFTAs Overvåkingsorgan (ESA) vurderte denne problemstillingen i en avgjørelse av 23. juli 2009 .**

Time kommune overførte i 2003 eiendommen der Bryne stadion er lokalisert, til Bryne FK. Klubben betalte ikke noe vederlag for overføringen, og kommunen betalte alle transaksjonskostnader. Verdien på eiendommen ble vurdert til ca kr 2 650 000.

ESA vurderte om overføringen utgjorde offentlig støtte etter EØS-avtalens artikkel 61(1). Bestemmelsen forbyr støtte gitt av offentlige midler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, dersom støtten påvirker samhandelen mellom EØS-landene.

I sin beslutning konkluderer ESA innledningsvis med at det er klart at klubben var blitt begunstig med en verdioverføring fra et offentlig organ, siden den vederlagsfritt hadde fått overført eiendommen fra kommunen.

Det sentrale spørsmålet ESA måtte ta stilling til var således om Bryne FK var å anse som et "foretak" i EØS-avtalens forstand. Grunnen er at forbudet mot offentlig støtte kun rammer støtte til foretak. Med foretak forstås i denne sammenheng enhver enhet som driver økonomisk virksomhet, uavhengig av rettslig status og hvordan det er finansiert. Det avgjørende er om foretaket deltar i en aktivitet som utøves på et marked, og i konkurranse med andre aktører.

ESA angrep denne problemstillingen ved å sondre mellom klubbens aktiviteter knyttet til den profesjonelle fotballsatsingen og aktivitetene knyttet til barne- og ungdomsidrett. Den profesjonelle satsingen ble ansett for en økonomisk aktivitet, siden den innebar kjøp og salg av spillere, reklamesalg og bar preg av å være en tilbyder av underholdningstjenester i form av fotballkamper. Denne satsingen var hovedsakelig organisert i selskapet Bryne Fotball ASA.

Aktivitetene knyttet til barne- og ungdomsidrett ble ikke ansett som en økonomisk aktivitet. ESA la vekt på praksis fra Europakommisjonen, som fastslår at sportsaktiviteter for barn og unge vurderes som et "utdanningstiltak" i vid forstand. Videre vektla ESA at fotballaktiviteter for barn og unge generelt fremmer samfunnsnyttige formål, som for eksempel sosial integrasjon i lokalmiljøet.

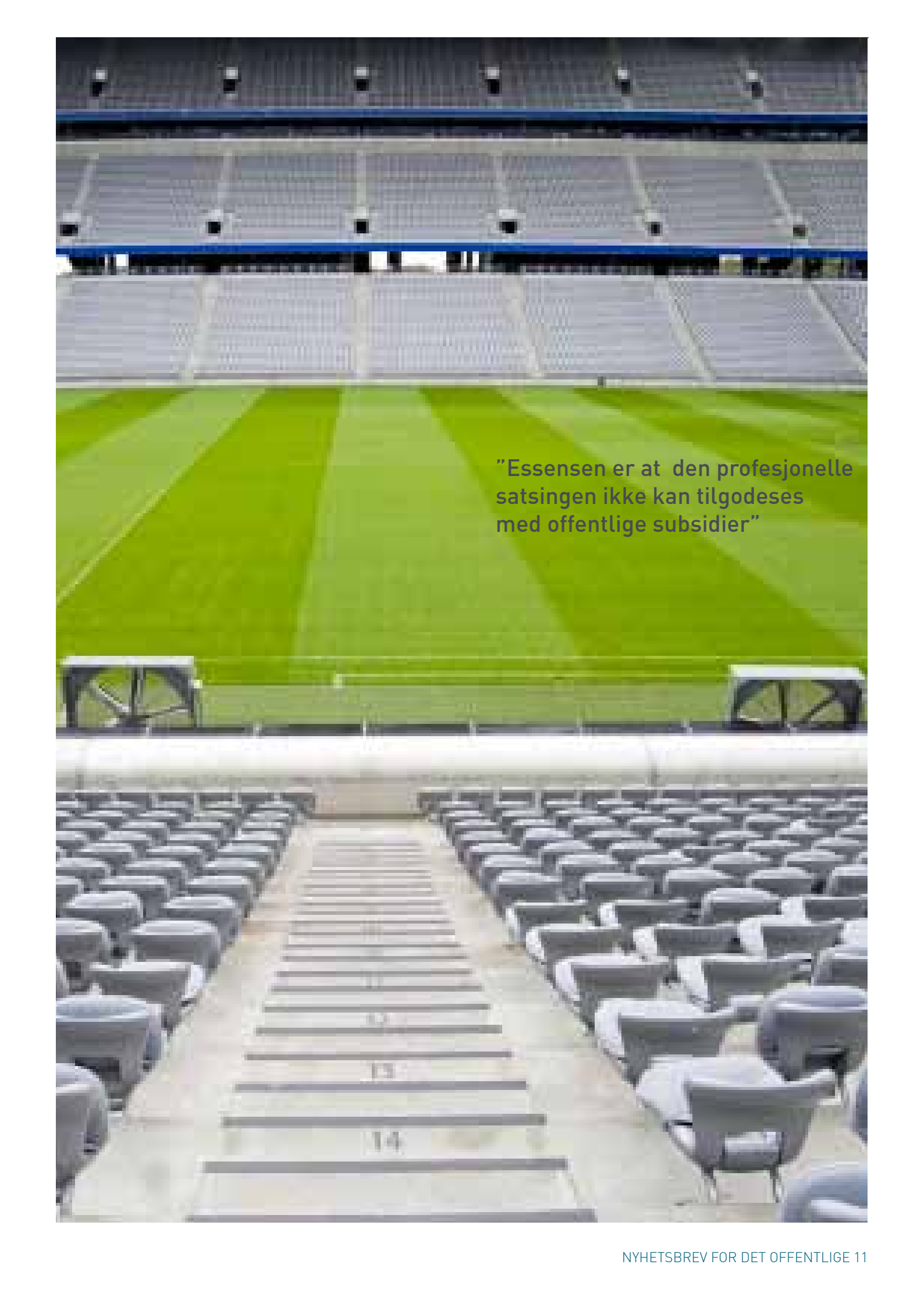
Siden ESAs konklusjon var at Bryne FK drev både med øko-

nomiske (den profesjonelle satsingen) og ikke-økonomiske aktiviteter (barne- og ungdomsidrett), vurderte ESA deretter om den mottatte støtten begunstiget den profesjonelle satsingen. ESA kom etter en helhetsvurdering frem til at dette ikke var tilfelle.

ESA vektla blant annet at Bryne Fotball ASA betalte markedsleie for bruk av stadion til Bryne FK, at det både regnskapsmessig og organisatorisk ble sondret mellom klubbens profesjonelle og ikke-profesjonelle aktiviteter, og at nærmere 90 % av aktivitetene på stadionområdet var knyttet til barne- og ungdomssatsingen.

ESAs avgjørelse er relevant for klubber innenfor alle idrettsgrener som har både profesjonell og ikke-profesjonell satsing. Essensen er at den profesjonelle satsingen ikke kan tilgodeses med offentlige subsidier. Det er derfor viktig at både støttegiver og mottakerklubben vurderer hvordan støtten skal organiseres. Videre er det viktig at det etableres mekanismer i mottakerklubben mht organisering og regnskapsføring som sikrer at ikke den profesjonelle delen av klubben tilgodeses. I denne forbindelse er det viktig at den profesjonelle delen av klubben betaler markedspris for leie av anlegg som er offentlig subsidiert.

[ltf@steenstrup.no](mailto:ltf@steenstrup.no)

A wide-angle photograph of a large, empty stadium. The foreground shows rows of grey plastic seats, with a central aisle marked with the numbers 13 and 14. The middle ground is a vibrant green football pitch with visible mowed stripes. The background consists of multiple tiers of seating, mostly empty, under a bright sky. The text is overlaid on the right side of the pitch.

”Essensen er at den profesjonelle satsingen ikke kan tilgodeses med offentlige subsidier”



Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange er et landsdekkende og fullintegret advokatfirma med kontorer i Oslo, Tønsberg, Stavanger, Bergen, Trondheim og Tromsø.

Firmaet har i alt 170 medarbeidere og vi har gjennom en årrekke utviklet spisskompetanse innen offentlig rett. Vi bistår en rekke kommuner, helseforetak, statlige tilsyn og andre offentlige kunder.

Dette er Steenstrup Stordranges nyhetsbrev for det offentlige. Det kommer ut fire ganger i året. Vi henvender oss til saksbehandlere og ledere i det offentlige for å informere om aktuelle juridiske spørsmål.

Dersom du ønsker å motta dette nyhetsbrevet, er det bare å sende e-post til [cathrine.mellesdal@steenstrup.no](mailto:cathrine.mellesdal@steenstrup.no)

Nyhetsbrevet finnes også elektronisk på våre nettsider.

[www.steenstrup.no](http://www.steenstrup.no)

[lawyers@steenstrup.no](mailto:lawyers@steenstrup.no)