



HANDLINGSROMMET FOR BRUK AV INVESTERINGSTILSKUDD FRA HUSBANKEN

Utredning på oppdrag fra Husbanken

Advokatfirmaet Arntzen Grette

2. mars 2026

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	SAMMENDRAG	5
1.1	Innledning	5
1.2	Vilkår om konkurranseutsetting av kontrakter – ulempevurdering.....	5
1.3	Kjøpsmodellen	5
1.4	Leiemodellen	6
1.5	Direktesalgsmodellen	6
2	INNLEDNING	7
2.1	Bakgrunn	7
2.2	Mandatet for utredningen	7
2.3	Mandatets beskrivelse av dagens situasjon	8
2.4	Kort om de ulike modellene for fremskaffelse av omsorgsplasser	8
3	OVERORDNET OM DET JURIDISKE BAKTEPPET	9
3.1	Husbankloven, investeringstilskuddsforskriften, kommuneloven og regnskapsforskriften for kommuner	9
3.2	Husbankens retningslinjer for investeringstilskudd til omsorgsplasser samt Husbankens veileder for søknadsprosess og bruk av investeringstilskudd	12
3.3	Statsstøtteregelverket.....	13
3.4	Anskaffelsesregelverket	14
3.4.1	Innledning	14
3.4.2	Risiko for kommunen ved direkte tildeling. Anskaffelsesregelverkets unntak for erverv eller leie av eksisterende fast eiendom	15
3.5	Merverdiavgiftskompensasjonsordningen	17
3.5.1	Formål og finansiering	17
3.5.2	Hvem merverdiavgiftskompensasjonsloven gjelder for	17
3.5.3	Hva merverdiavgiftskompensasjonsloven gjelder for	18
4	ER DET NOEN ULEMPER VED AT HUSBANKEN STILLER VILKÅR OM KONKURRANSEUTSETTING?	19
4.1	Husbanken har rettslig adgang til å oppstille vilkår om at kommunen må konkurranseutsette den aktuelle kontrakten	19
4.2	Ulemper ved å oppstille et krav om konkurranseutsetting	20
4.2.1	Innledning	20
4.2.2	Mulige ulemper for kommunen ved at Husbanken oppstiller et krav om konkurranseutsetting ved bruk av investeringstilskuddet.....	20
5	KOMPLEKSE MODELLER FOR FREMSKAFFELSE AV OMSORGSPLASSER GIR HØYERE KRAV TIL ADMINISTRASJON, KOORDINERING OG ETTERLEVELSE	21

6	KJØPSMODELLEN (MODELL 1.3).....	22
6.1	Beskrivelse av kjøpsmodellen	22
6.2	Statsstøtteregelverket er ikke en utfordring for kjøpsmodellen, forutsatt at kjøpskontrakten mellom kommunen og privat aktør inngås på markedsmessige vilkår	22
6.3	Er det noen eiendomsrettslige utfordringer når bare noen av boligene i et borettslag skal selges til beboer og øvrige leies ut?	22
6.3.1	Innledning og avgrensninger	22
6.3.2	Fordeler og ulemper med borettslag og eierseksjonssameie	22
6.3.3	Forskjeller på borettslag og eierseksjonssameie.....	23
6.3.4	Adgangen til å innføre kontrolltiltak gjennom vedtekter og avtaler (tildelingsrett, prisregulering og klausuler for videresalg)	25
6.3.5	Borettslag i et sameie	29
6.3.6	Er det eiendomsrettslige utfordringer ved at det tinglyses forskjellige klausuler tilknyttet de ulike andelene (f.eks. tinglysingssperre (urådighetserklæring) bare på de andelene som skal selges til personer i målgruppen for investeringstilskuddet)?	30
6.3.7	Er det eiendomsrettslige utfordringer knyttet til ulike vedtektsbestemmelser for boliger kommunen har tildelingsrett på og boliger som selges på det åpne markedet?	30
6.3.8	Er det utfordringer knyttet til å opprette borettslag i sameier?	30
6.4	Vurdering av handlingsrommet for merverdiavgiftskompensasjon for kjøpsmodellen	30
6.5	Hva er konsekvensene dersom kommunen eier eller leier personalbasen?	31
6.6	Er sameie like egnet som borettslag med hensyn til merverdiavgiftskompensasjon?.....	33
6.7	Kommunens bruk av investeringstilskudd til kjøp fra privat aktør etter reglene om kommunal økonomiforvaltning.....	33
6.8	Øvrige spørsmål: Kan Kommunens salg av omsorgsbolig til privatpersoner (beboere) delvis finansieres av etableringstilskudd, startlån eller subsidierte lånebetingelser?	33
6.9	Øvrige spørsmål: Hvordan kommer rente-/avdragsfritt lån neste beboer til gode? Kan lånet overtas av neste kjøper hensyntatt en prisregulering?.....	33
6.9.1	Utgangspunktet er at lån til beboer vil være personlig	33
6.9.2	Statsstøtteregelverket er ikke et hinder for at lånet kan overtas neste beboer	34
6.10	Oppsummering av kjøpsmodellens fordeler og ulemper	34
7	LEIEMODELLEN (MODELL 1.4).....	34
7.1	Beskrivelse av leiemodellen	34
7.2	Kort om eiendomsrett, merverdiavgift og personalbase i tilknytning til leiemodellen	34
7.2.1	Eiendom	34
7.2.2	Merverdiavgiftskompensasjon	35
7.2.3	Hva er konsekvensene dersom kommunen eier eller leier personalbasen?	35

7.3	Problemstillinger tilknyttet leiemodellen om videretildeling av tilskuddet, statsstøtte og kommunal økonomiforvaltning	35
7.3.1	Dersom tilskuddet fra Husbanken brukes til å betale leie enten ved forskuddsleie eller årlig leie, vil det da være en videretildeling av tilskuddet fra Husbanken?	35
7.3.2	Er bruk av tilskudd fra Husbanken til å finansiere leieavtale mellom kommunen og privat aktør å anse som en investering etter kommuneloven?	35
7.3.3	Kan kommunen sette av midler, herunder tilskudd fra Husbanken, til å finansiere forskuddsleie eller årlig leie av omsorgsplasser i en langsiktig leieavtale mellom kommunen og privat aktør?	36
7.3.4	Vil avsetting av tilskuddet fra Husbanken på driftsfond som brukes til årlig leie anses som videretildeling?	37
7.4	Oppsummering av leiemodellens fordeler og ulemper	37
8	DIREKTESALGSMODELLEN (MODELL 1.5)	38
8.1	Beskrivelse av direktesalgsmodellen hvor kommunen tilrettelegger og får tildelingsrett mv. i kjøpsavtale mellom privat aktør og beboer	38
8.2	Statsstøttereglene hindrer ikke direktesalg fra privat aktør til beboer	38
8.3	På hvilke måter kan kommunen betale for kun tildelingsrett til boenhetene i minst 20 år?	38
8.4	Er det noen utfordringer om kommunen utlyser en konkurranse der anskaffelsen bare gjelder tildelingsrett til boligene?	38
8.5	Er det noe eiendomsrettslig som hindrer at direktesalg fra privat aktør til beboer kan gjennomføres?	39
8.6	Privat aktør oppretter borettslag/sameie, og det er enklest å tinglyse på andelene med det samme. Er det utfordringer mht. å sikre at kravene til tinglysningssperre, tildelingsrett, vedtekter mv. ivaretas?	39
8.7	Vil reglene om merverdiavgift hindre at direktesalg fra privat aktør til beboer kan gjennomføres?	40
8.7.1	Privat aktør oppretter et borettslag, overfører fast eiendom og selger andeler direkte til beboere	40
8.7.2	Privat aktør oppretter et borettslag, overfører fast eiendom og selger andeler til kommunen	40
8.8	Hva er konsekvensene dersom kommunen eier eller leier personalbasen?	41
8.9	Kan tilskuddet fra Husbanken brukes til å gi enten borettslaget eller beboerne et rente- og avdragsfritt lån	41
8.9.1	Vurdering om statsstøtte og reglene etter kommunal økonomiforvaltning	41
8.9.2	Merverdiavgiftskompensasjon	41
8.10	Hvordan kommer rente-/avdragsfritt lån neste beboer til gode? Kan lånet overtas av neste kjøper hensyntatt en prisregulering?	42
8.11	Oppsummering av direktesalgsmodellens fordeler og ulemper	42

1 SAMMENDRAG

1.1 Innledning

På oppdrag fra Husbanken har Advokatfirmaet Arntzen Grette utredet hvilket rettslig handlingsrom kommunene har når de mottar investeringstilskudd til å fremskaffe omsorgsplasser til sine innbyggere. Utredningen tar for seg hvordan særlig regelverkene for offentlige anskaffelser, statsstøtte, merverdiavgiftskompensasjon, kommunal økonomiforvaltning og eiendomsrett setter de juridiske rammene for kommuners handlingsrom for bruk av investeringstilskuddet. Utredningen er utført av en tverrfaglig gruppe med juridisk ekspertise på de aktuelle rettsområdene.

Utredningen vurderer tre modeller for fremskaffelse av omsorgsplasser, henholdsvis en kjøpsmodell, leiemodell og direktosalgsmodell. Basert på Husbankens mandat, har vi strukturert og utredet angitte spørsmål om modellene. Modellene er tydeliggjort og vurdert opp mot juridiske, praktiske og økonomiske forhold.

1.2 Vilkår om konkurranseutsetting av kontrakter – ulempevurdering

Husbanken vurderer å stille et vilkår om konkurranseutsetting for fremskaffelse av omsorgsplasser ved bruk av investeringstilskudd. Et slikt vilkår vil gjelde for alle kontrakter, også for tilfeller der anskaffelsesregelverket ikke pålegger kommunen konkurranseutsetting. Mandatet omfatter en vurdering av om det er noen ulemper ved at Husbanken oppstiller et slikt vilkår.

Vår analyse har ikke avdekket noen store ulemper ved at det oppstilles et vilkår om konkurranseutsetting. Kildene viser at regelverket oppfattes som komplekst og rigid, og at kommunene dermed kan oppleve konkurranseutsetting som en ulempe. Konkurranseutsetting innebærer at kommunene risikerer erstatningsansvar ved brudd på prosedyreregler i konkurransefasen. Dette kan anses som en ulempe, i de tilfellene der anskaffelsesregelverkets unntaksbestemmelse ellers kunne ha vært benyttet. Denne ulempen må veies mot risikoen for overpris og mulig brudd på statsstøtteregelverket ved direktetildeling.

Anskaffelsesregelverkets unntaksbestemmelse for erverv eller leie av eksisterende fast eiendom krever at kommunen gjør en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, og kommunen risikerer sanksjoner dersom den feilaktig legger til grunn at vilkårene i unntaksbestemmelsen er oppfylt. Ulempen ved at Husbanken oppstiller et vilkår om konkurranseutsetting, må dermed også veies opp mot sanksjonsrisikoen ved eventuell ulovlig bruk av unntaksbestemmelsen.

1.3 Kjøpsmodellen

Denne modellen innebærer at kommunen kjøper hele eller deler av et bygg for deretter å selge boligene videre til beboere i målgruppen. Utredningen viser at statsstøtteregelverket ikke er til hinder for modellen, forutsatt at kjøpsavtalen mellom kommunen og privat aktør inngås på markedsmessige vilkår og i tråd med anskaffelsesregelverket.

Analysen av de eiendomsrettslige forholdene viser at modellen kan benyttes. Oppsummert innebærer organisasjonsformen borettslag sterkere kollektive og strukturelle styringsmuligheter, mens eierseksjonssameier i større grad bygger på den enkelte seksjonseiers individuelle råderett. Seksjonseiere har gjennomgående en videre faktisk og rettslig råderett over egen bolig enn andelseiere i borettslag, og tiltak som griper inn i denne råderetten vil derfor være vanskeligere å etablere og opprettholde over tid.

Analysen av fordeler og ulemper med organisering som borettslag eller eierseksjonssameie viser at borettslag ofte vil være bedre egnet til langsiktige styrings- og kontrollformål, uavhengig av om kommunen erverver hele eller deler av et utviklingsprosjekt, eller en ferdig oppført bygningsmasse. Dersom kommunen selger boligene videre til beboere, kan kommunen sikre nødvendig styring og kontroll gjennom vedtektsfestet tildelingsrett, vetorett og prisregulering mv. Ved salg til privatpersoner kan urådighetserklæringer, bestemmelser om forkjøps- eller tilbakekjøpsrett, bruksbegrensninger knyttet til målgruppe, vilkår for videresalg mv. tinglyses over den enkelte borettslagsandel eller eierseksjon. Det er ikke

noen eiendomsrettslige utfordringer ved at det gjelder ulike vedtektsbestemmelser for boliger kommunen har tildelingsrett på og boliger som selges på det åpne markedet.

Modellen gir et begrenset handlingsrom for merverdiavgiftskompensasjon. Kommunen kan ikke oppnå merverdiavgiftskompensasjon for oppføringskostnadene. Handlingsrommet for kommunens mulighet til å oppnå merverdiavgiftskompensasjon vil derimot være annerledes dersom kommunen er byggherre for etableringen av omsorgsplasser. Borettslaget kan oppnå merverdiavgiftskompensasjon dersom borettslaget oppfører boligene og pådrar seg merverdiavgift på oppføringskostnadene, forutsatt at vilkårene for kompensasjon er oppfylt.

Vår oppsummering av modellens fordeler og ulemper viser at modellen kan brukes i praksis.

1.4 Leiemodellen

Denne modellen baserer seg på at kommunen skaffer omsorgsplasser ved å inngå en langsiktig leieavtale med en privat aktør. Kommunen betaler enten årlig leie eller forskuddsleie for hele avtaleperioden. Kommunen fremleier til beboere i målgruppen for tilskuddet fra Husbanken.

Det faktum at kommunen betaler for leie av omsorgsplass utgjør i seg selv ikke videretildeling. Det avgjørende er hvordan tilskuddet brukes. Leieavtale på minst 20 år på markedsmessige vilkår mellom kommune og privat aktør vil ikke anses som videretildeling av tilskuddet i strid med reglene, selv om kommunen finansierer deler av avtalen med tilskuddet fra Husbanken.

Sondringen mellom investering og drift etter kommuneloven er sentral for bruk av tilskuddet fra Husbanken. Bruk av tilskudd fra Husbanken for leieutgifter er ikke en investering etter kommuneloven og regelverket for kommunal økonomiforvaltning. Tilskuddet fra Husbanken skal i leiemodellen klassifiseres og føres i økonomiplanens driftsdel, driftsbudsjettet og driftsregnskapet. Kommunen må bruke tilskuddet til det forutsatte formålet, alternativet er krav om tilbakebetaling. Kommunen kan sette av midler, herunder tilskudd fra Husbanken, til å finansiere forskuddsleie eller årlig leie av omsorgsplasser i en langsiktig leieavtale mellom kommunen og privat aktør. Tilskuddet fra Husbanken i denne modellen kan settes av til kommunens bundne driftsfond, men ikke til disposisjonsfondet (frie inntekter). Det vil normalt være kommersielt ugunstig for kommunen å betale hele leiebeløpet som et engangsvederlag, for eksempel for 20 år i forskudd. En slik løsning innebærer at kommunen yter kreditt til den private aktøren og medfører flere risikomomenter.

Kommunen kan oppnå merverdiavgiftskompensasjon for drift av omsorgsboligene.

Vår oppsummering av modellens fordeler og ulemper viser at modellen kan brukes i praksis.

1.5 Direktesalgsmodellen

Direktesalgsmodellen legger opp til at en privat aktør selger boliger direkte til beboere. Privat aktør gjennomfører utbygging eller ombygging av eiendom, stifter borettslag, og selger borettslagsandeler direkte til beboer. I forkant av avtaleinngåelsen mellom privat aktør og beboer inngår kommunen avtale med privat aktør om at kommunen skal ha tildelingsrett i minst 20 år, samt innvirkning på vedtekter, tinglysning, prisklausulering for beboers videresalg mv. Kommunen kan få begrenset kontroll med etterlevelsen av vilkår om tildelingsrett, prisregulering og vedtektsbestemmelser mv., fordi den ikke er formell avtalepart mellom den private aktøren og beboeren. Utfordringen og handlingsrommet for modellen ligger i at kommunen ikke er part i kjøpekontrakten mellom privat aktør og beboer, men likevel innehar tildelingsrett og stiller øvrige eiendomsrettslige krav.

En privat aktør kan oppnå merverdiavgiftskompensasjon, forutsatt at det produseres tjenester som er lovpålagt kommunen. Det må foreligge et samvirke mellom den private aktøren og kommunen.

Når kommunen har tildelingsrett, så betyr det at kommunen har rett til å tildele f.eks. en omsorgsplass. Etter sin karakter er dette en bruks- eller tjenestelignende rettighet, ikke en investering i kommunelovens forstand. Betaling for tildelingsrett må derfor regnskapsføres som driftsutgift. At kommunen betaler kun for en tildelingsrett til en boenhet er ikke i seg selv videretildeling eller ulovlig statsstøtte. Det avgjørende er hvordan tilskuddet brukes. En del av utfordringen

med modellen består i å fastlegge hva som er markedsmessig pris for disse eiendomsrettighetene, samt hvordan en eventuell konkurranseutsetting av anskaffelsen av tildelingsretten og øvrige eiendomsrettslige krav konkret bør utformes.

Vår oppsummering av modellens fordeler og ulemper viser at modellen kan brukes i praksis.

2 INNLEDNING

2.1 Bakgrunn

Husbankens samfunnsoppdrag er blant annet å stimulere kommunene til å fornye og øke tilbudet av sykehjemsplasser og omsorgsboliger for personer med behov for heldøgns helse- og omsorgstjenester, uavhengig av alder, diagnose eller funksjonsnedsettelse. Husbanken har derfor tett dialog med mange kommuner, slik at hver enkelt kommune får et helhetlig tilbud tilpasset deres behov. Tilbudet består av økonomiske virkemidler, veiledning, digitale plattformer, arrangementer, informasjon, opplæring og nettverk.

En undersøkelse om heldøgns omsorgsplasser i alle landets kommuner gjennomført av KS våren 2025 viser at det er flere kommuner som beregner behovet for plasser langt frem i tid.¹ Med befolkningsutviklingen kommunene vil oppleve de neste ti årene vil dette bli et stadig viktigere område å planlegge godt innenfor, særlig med tanke på at tilgangen på kompetanse også vil bli mindre enn det sektoren har opplevd de siste 20 årene.²

2.2 Mandatet for utredningen

Advokatfirmaet Arntzen Grette har fått i oppdrag å vurdere kommunenes rettslige handlingsrom når de mottar investeringstilskudd fra Husbanken. Bakgrunnen er at kommunene ønsker å få en vurdering fra Husbanken om ulike modeller for fremskaffelse av omsorgsplasser er i samsvar med aktuelle regelverk.

Utredningen er basert på de føringene som er gitt i Husbankens oppdragsbeskrivelse og angitte finansierings- og anskaffelsesmodeller.

Investeringstilskuddet gis til fremskaffelse og rehabilitering av sykehjemsplasser og omsorgsboliger («omsorgsplasser») for personer med behov for heldøgns helse- og omsorgstjenester. Med «omsorgsplasser» menes:

- *«Botilbud i ensengsrom med eget bad. Husbanken åpner for tosengsrom for ektepar/partnere/søsken/nære venner som ønsker å bo i lag, der boenheten er egnet for to beboere.*
- *Rom i institusjon herunder sykehjem, helsehus og heldøgnsomsorgsplasser til personer med behov for øyeblikkelig hjelp døgnopphold (ØHD)/kommunalt akutt døgnopphold (KAD) samt barne- og avlastningsboliger.*
- *Omsorgsbolig til personer med behov for og vedtak om heldøgns helse- og omsorgstjenester som er tilrettelagt for at slike tjenester kan ytes.»*³

Forskrift om investeringstilskudd til omsorgsboliger og sykehjemsplasser fra Husbanken (heretter «investeringstilskuddsforskriften») er sentral for denne utredningen. Tilskuddet kan bare gis til kommuner og kan ikke videretildeles. Kommunen skal tildele omsorgsplassene til målgruppen i minimum 20 år.

Mandatet beskriver fem ulike modeller for fremskaffelse av omsorgsplasser, og spørsmål knyttet til tre av disse skal utredes nærmere (modell 1.3, 1.4 og 1.5). Det skal også vurderes om det kan tenkes andre modeller for fremskaffelse av omsorgsplasser. I utredningen skal det foreslås en bedre fremstilling av modellene, herunder eventuelle varianter innenfor hver modell, slik at beskrivelsen av disse gis en mer lik struktur.

¹ [Undersøkelse om heldøgns omsorgsplasser 2025, side 6](#)

² Ibid

³ Husbankens veileder for søknadsprosess og bruk av investeringstilskudd side 5 datert 02.2026

Det skal også vurderes hva som er eventuelle juridiske, praktiske og økonomiske fordeler og ulemper ved de aktuelle modellene. Dette gjelder blant annet om de kan utløse krav på momskompensasjon, om valg av borettslagsform versus eierseksjonssameier gir rettslige fordeler/ulemper samt om det foreligger rettslig usikkerhet ved noen av modellene.

Anskaffelsesregelverket vil ikke alltid kreve at det gjennomføres en konkurranse når kommunen fremskaffer omsorgsplasser. For å unngå faren for overpris og delvis videretildeling av tilskuddet, vil Husbanken vurdere å stille som vilkår i tilsagn om investeringstilskudd at kommunen i alle tilfeller gjennomfører en kunngjort konkurranse for anskaffelsene i tråd med anskaffelsesregelverkets prosedyreregler. Utredningen skal omfatte en vurdering av om det er noen ulemper for kommunen og Husbanken ved å stille et slikt vilkår. Det skal også vurderes om kommunen har anledning til å betale forskuddsleie for 20 eller 30 år, i tilfeller der omsorgsplasser leies av en privat aktør. Dersom slik forskuddsleie er tillatt, skal det vurderes om de mottatte midlene kan benyttes til å betale forskuddsleien og om det kan anses som en investering etter regelverket om kommunal økonomiforvaltning.

2.3 Mandatets beskrivelse av dagens situasjon

Husbanken gir investeringstilskudd for å stimulere kommunene til å fornye og øke tilbudet av sykehjemsplasser og omsorgsboliger for personer med behov for heldøgns helse- og omsorgstjenester. Investeringstilskuddet kan bare gis til kommuner og kan ikke tildeles videre. Det kan gis til oppføring, kjøp, ombygging, leie eller annen fremskaffelse av pleie- og omsorgsplasser.

Tidligere kunne kommunene videretildele tilskuddet, men denne adgangen ble avvirket i 2011.⁴ I tiden rett etter endringen av ordningen var det noe usikkerhet rundt kommunenes handlingsrom. Husbanken var i dialog med KS, som påtok seg å utarbeide et notat om kommunenes handlingsrom opp mot anskaffelsesregelverket og regelverket for offentlig støtte.⁵ Notatet var et nyttig verktøy de første årene etter omleggingen, men i løpet av de siste årene har det blitt fremlagt nye modeller/løsninger og spørsmål ved bruken av investeringstilskuddet som kommunene ønsker vurdert av Husbanken. Dette har gitt et behov for en ny vurdering.

Det forekommer at kommunene som mottar tilskudd, inngår kontrakter direkte med private aktører. Slike direkteanskaffelser kan være lovlige etter unntaksbestemmelsene i anskaffelsesregelverket, men en av ulempene ved direkteanskaffelser er at verken kommunen eller Husbanken da har mulighet til å påvirke kvalitet og målgruppetilpasning, idet det bare er minimumskravene som blir ivaretatt. Direkteanskaffelser kan også påvirke mulighetene i byggenæringen til å konkurrere om offentlige oppdrag.

Det fremholdes at private aktører kan påstå at tilpasning til Husbankens krav anses som en normaltilpasning og ikke gir avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging. Det fremholdes videre at omsorgsboliger ikke er spesialbygg og kan brukes av andre. Inntrykket er likevel at det er ikke vanlig at krav som stilles til omsorgsbygg ivaretas i ordinære byggeprosjekter. I prosjekter der kommunen ikke får tilskudd og ikke inngår avtale om tinglysning av tildelingsrett mv., er det grunn til å tro at prosjektene ikke vil bli bygd i henhold til krav til omsorgsboliger. Sannsynligvis vil blant annet risikoklasse 6, heis i bygg med to etasjer, utforming/størrelse på bad og terskelfrihet utgå.

Faren for overpris og dermed delvis videretildeling av tilskuddet er en annen ulempe ved direkteanskaffelser.

På bakgrunn av disse to problemstillingene ved direkteanskaffelser planlegger Husbanken å innføre vilkår i tilsagn om investeringstilskudd om at kommunen som mottaker av tilskudd må lyse ut konkurranse ved sine anskaffelser, uavhengig av om anskaffelsesregelverket krever det eller ikke.

2.4 Kort om de ulike modellene for fremskaffelse av omsorgsplasser

Husbanken har i dokumentet «Finansierings- og anskaffelsesmodeller» beskrevet fem ulike modeller for fremskaffelse av omsorgsplasser, der tre av disse skal utredes nærmere.

⁴ Se Prop. 65 S (2010-2011) der hensynet til statsstøtteregeleverket var bl.a. begrunnelsen for avvikling av videretildelingsadgangen.

⁵ KS Advokatene sitt notat om investeringstilskudd

Utredningen omfatter modell 1.3 (Kjøpsmodellen), modell 1.4 (Leiemodellen) og modell 1.5 (Direktesalgsmodellen). Disse modellene beskrives nærmere i punkt 6, 7 og 8 nedenfor.

For fullstendighetens skyld gjengis i det følgende Husbankens beskrivelse av modellene som ikke skal utredes, det vil si modell 1.1 og 1.2:

Modell 1.1 Kommunen eier

Bygge/ombygge/kjøpe omsorgsboliger/sykehjemsplasser

Kommunen kan benytte tilskuddet til å anskaffe de aktuelle omsorgsplassene ved offentlig anskaffelse (Doffin). Kommunen kan enten eie tomten bygget skal føres opp på eller det kan gjennomføres en konkurranse som både omfatter tomt og bygg. I denne modellen blir kommunen eier av bygget når det er ført opp / ombygging er foretatt. Kommunene kan også kjøpe ferdig bygg om dette skulle finnes i markedet. Tilskuddet går inn som en del av byggeregnskapet sammen med de midlene kommunen selv legger inn i prosjektet. Kommunen kan leie ut omsorgsplassene, samtidig som kommunen foretar tildelingen i de 20 årene investeringstilskuddsforskriften krever. Dette omfatter også interkommunalt samarbeid, f.eks. der en kommune leier plasser av nabokommunen. Vertskommunen står ansvarlig for tilskuddet.

Modell 1.2 Beboer eier (Borettslagsmodellen)

Bygge/ombygge der kommunen eier og selger omsorgsbolig til beboer

Kommunen kan etablere omsorgsboliger og deretter opprette et borettslag der beboerne kjøper sine andeler (for å unngå støtteproblematikk), at etableringen av borettslaget skjer i tråd med borettslagsloven og at kommunen beholder retten til å disponere og tildele boligene iht. investeringstilskuddsforskriften. Kommunene må sikre tildelingsrett i 20 år, og prisregulering ved videresalg samt tinglysingssperre (urådighet) på eiendommen understøtter dette. Tilskuddet blir utbetalt som et engangsbeløp som går inn i byggeregnskapet for boligene.

Modell 1.1 der kommunen eier og tar leie/vederlag for omsorgsplassene, mener Husbanken trygt kan brukes av kommunene. Modell 1.2 kalles som regel «Borettslagsmodellen» og er per i dag en løsning som Husbanken har «godkjent».

3 OVERORDNET OM DET JURIDISKE BAKTEPPET

3.1 Husbankloven, investeringstilskuddsforskriften, kommuneloven og regnskapsforskriften for kommuner

Det følger av investeringstilskuddsforskriften § 2 at:

«Tilskuddet kan gis til å fremskaffe:

- a. *plass i institusjon, herunder sykehjem etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c*
- b. *omsorgsbolig til personer med behov for heldøgns helse- og omsorgstjenester, tilrettelagt for at slike tjenester kan ytes etter helse- og omsorgstjenestelovens § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c*
- c. *fellesareal i tilknytning til eksisterende omsorgsboliger for å oppnå heldøgns tjeneste, og lokaler for dagaktivitetstilbud*
- d. *døgnomsorgsplasser til personer med behov for øyeblikkelig hjelp etter helse- og omsorgstjenestelovens § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c, jf. også § 3-5».*⁶

⁶ Forskrift om investeringstilskudd fra Husbanken § 2 (FOR-2008-02-25-191)

Samtidig følger det av forskriften og retningslinjene at kommunen selv kan velge om omsorgsplasser skal eies av kommunen eller fremskaffes gjennom leie eller andre avtaler på forretningsmessig basis.⁷ Dette har sammenheng med forskriftsendringen som skjedde i 2011.⁸

Formålet bak forskriften er at: *«Tilskuddene skal stimulere kommunene til å fornye og øke tilbudet av sykehjemsplasser og omsorgsboliger for personer med behov for heldøgns helse- og omsorgstjenester, uavhengig av alder, diagnose eller funksjonshemming»*.⁹

Investeringstilskuddsforskriften ble endret 22.01.2026. Gjeldende ordlyd er: *«Kommunene skal disponere omsorgsboligene og sykehjemsplassene i minst 20 år»* (vår understreking).¹⁰ Før forskriftsendringen var minstetiden 30 år.

Tilskuddet fra Husbanken *«kan bare gis til kommunen»*.¹¹ Ordlyden *«kan bare gis til kommunen»* tilsier at kommunen skal være eneste mottaker for tilskuddet. En systematisk tolkning av at tilskuddet *«kan bare gis til kommunen»* og at *«kommunen skal disponere omsorgsboligene og sykehjemsplassene i minst 20 år»*, taler for at kommunen ikke kan videretildele tilskuddet til andre. Også i praksis og i Husbankens retningslinjer har det blitt forstått slik at kommunen ikke kan *«videretildele»* tilskuddet.¹² Bakgrunnen for forskriftsendringen til gjeldende forskrift § 3 var blant annet å redusere risikoen for at kommunen bruker tilskuddet i strid med statsstøtteregulverket.¹³ Forskriftsendringen og statsstøtteregulverket er derfor sentralt for forståelsen av investeringsstilskuddsforskriften § 3. Noe av hovedforskjellen mellom videretildeling og statsstøtteregulverket er at forbudet mot videretildeling også gjelder overfor beboere. Avtaler på markedsmessige vilkår mellom kommune og privat aktør vil ikke anses som videretildeling av tilskuddet i strid med investeringsstilskuddsforskriften, selv om kommunen finansierer deler av avtalen med tilskuddet fra Husbanken.

Kommunelovens regler om økonomiforvaltningen etablerer et grunnleggende skille mellom finansiering av henholdsvis drift og investering.¹⁴ Skillet har betydning for vurderingen av kommunenes handlingsrom ved finansiering av omsorgsplasser og forvaltning av investeringsstilskudd fra Husbanken.

Kommuneloven § 14-1 etablerer også noen grunnleggende krav til økonomiforvaltningen:

«Kommuner og fylkeskommuner skal forvalte økonomien slik at den økonomiske handleevnen blir ivaretatt over tid.

Kommuner og fylkeskommuner skal utarbeide samordnete og realistiske planer for egen virksomhet og økonomi og for lokalsamfunnets eller regionens utvikling.

Kommuner og fylkeskommuner skal forvalte finansielle midler og gjeld på en måte som ikke innebærer vesentlig finansiell risiko, blant annet slik at betalingsforpliktelser kan innfris ved forfall».

Kommuneloven § 14-4 regulerer at kommunens økonomiplan skal deles inn i en driftsdel og investeringsdel:¹⁵

«Økonomiplanen skal vise hvordan langsiktige utfordringer, mål og strategier i kommunale og regionale planer skal følges opp

⁷ Forskrift om investeringsstilskudd til sykehjem og omsorgsboliger §§ 1 og 4, jf. Retningslinjer for investeringsstilskudd fra Husbanken til sykehjemsplasser og omsorgsboliger

⁸ Endring i forskrift om investeringsstilskudd fra DNSH (FOR-2011-05-25-552)

⁹ Forskrift om investeringsstilskudd fra Husbanken § 1

¹⁰ Forskrift om endring i forskrift om investeringsstilskudd til omsorgsboliger og sykehjemsplasser fra Husbanken

¹¹ Forskrift om investeringsstilskudd fra Husbanken § 3

¹² Retningslinjer for investeringsstilskudd fra Husbanken til sykehjemsplasser og omsorgsboliger

¹³ Forskrift om endring i forskrift om investeringsstilskudd til omsorgsboliger og sykehjemsplasser fra Husbanken (FOR-2026-01-22-72) - Prop. 65 S (2010–2011)

¹⁴ Kommuneloven (LOV-2018-06-22-83) § 14-9.

¹⁵ Kommuneloven § 14-4

(...)

Økonomiplanen skal deles inn i en driftsdel og en investeringsdel. Årsbudsjettet skal deles inn i et driftsbudsjett og et investeringsbudsjett og stilles opp på samme måte som økonomiplanen.

(...)»

Skille mellom finansiering av drift og investering reflekteres i regnskapsforskriften for kommuner.¹⁶ Regnskapsforskriften § 2-2 slår fast at: Økonomiplanens investeringsdel, investeringsbudsjettet og investeringsregnskapet skal omfatte:

- a. «utgifter til investeringer i anleggsmidler og inntekter knyttet til anskaffelser av anleggsmidler
- b. *inntekter fra salg av anleggsmidler og utgifter knyttet til salg av anleggsmidler*
- c. *bruk av lån*
- d. *utlån og mottatte avdrag på utlån*
- e. *overføring fra drift*
- f. *bruk av og avsetninger til investeringsfond*
- g. *dekning av tidligere års udekket beløp.*

Økonomiplanens investeringsdel, investeringsbudsjettet og investeringsregnskapet skal også omfatte

- a. *tilskudd til andres investeringer når det følger av § 2-4*
- b. *avdrag på lån når det følger av § 2-5*
- c. *utbytte og uttak av kapital fra selskaper når det følger av § 2-8 (vår understreking).»*

Eiendeler som er vesentlige og til varig eie, klassifiseres i balanseregnskapet som anleggsmidler (investering). Andre eiendeler klassifiseres som omløpsmidler (drift).¹⁷

Klassifiseres tilskudd fra Husbanken som investeringstilskudd, innebærer det redusert fleksibilitet med hensyn til hva pengene kan brukes til, sammenlignet med om tilskuddet klassifiseres som driftsmidler. Bruk av tilskuddet til betaling av leieutgifter forutsetter klassifisering som driftsmidler.

3.2 Husbankens retningslinjer for investeringstilskudd til omsorgsplasser samt Husbankens veileder for søknadsprosess og bruk av investeringstilskudd

Husbankens retningslinjer legger til grunn departementets forståelse av «*fremskaffe*» slik at vilkåret også omfatter tilfeller der kommunen har langsiktig leieavtale på minst 20 år.¹⁸

Det fremgår i investeringstilskuddsforskriften § 8 at «*Husbanken gir nærmere retningslinjer for gjennomføringen av ordningen i overensstemmelse med føringer fra departementet*».¹⁹ Departementet fastsetter utmålingsregler og prioriteringer.²⁰

¹⁶ Budsjett- og regnskapsforskriften for kommuner og fylkeskommuner mv (FOR-2006-09-07-1062) § 2-2 a)

¹⁷ Budsjett- og regnskapsforskriften for kommuner og fylkeskommuner mv § 3-1

¹⁸ Husbankens retningslinjer datert 09.02.26 side 2

¹⁹ Forskrift om investeringstilskudd fra Husbanken § 8

²⁰ Forskrift om investeringstilskudd fra Husbanken §§ 4 og 5

Husbankens retningslinjer for utmåling av investeringstilskudd er taus med hensyn til utmålingen der hvor omsorgsplassene fremskaffes ved leie.²¹

«Det kan gis tilskudd på:

- 45 % av godkjente anleggskostnader til omsorgsboliger med fellesareal (se punkt 2 b), opp til maksimalt beløp (se punkt 4.1)
- 55 % av godkjente anleggskostnader for plass i institusjon med fellesareal, blant annet i ordinære eller palliative enheter på sykehjem (se punkt 2 a), og døgnomsorgsplasser for øyeblikkelig hjelp (se punkt 2 e), opp til maksimalt beløp (se punkt 4.1)
- inntil 55 % av godkjente anleggskostnader til fellesareal, felles teknisk anlegg og velferdsteknologi i tilknytning til eksisterende omsorgsplasser for å oppnå heldøgnsstjeneste (se punkt 2 c)
- inntil 55 % av godkjente anleggskostnader til lokaler for dagaktivitetstilbud (se punkt 2 d)

Hvis anleggskostnadene ikke er kjent eller relevante, skal det tas utgangspunkt i teknisk verdi.»

Prosjektene om fremskaffelse av omsorgsboliger skal være innarbeidet i kommunens årsbudsjett eller fireårige økonomiplan ("HØP").²² Et øvre tak for anleggskostnad og tilskuddssatser for 2026 er nærmere angitt i punkt 4.1 i retningslinjene.²³

Tiltak som kommunen kan få tilskudd til:²⁴

- «Bygge nye omsorgsboliger, plasser i institusjon og lokaler for dagaktivitetstilbud.
- Kjøpe eksisterende bygg. Prosjektet må inneholde klare elementer av nyinvestering.
- Bygningen må oppfylle Husbankens krav ved kjøpet eller etter eventuell ombygging, se punkt 6.3 i retningslinjene.
- Ombygging. Dette innebærer for eksempel å endre formål, rominndeling/bygge nye bad og liknende.
- Oppgradering. Dette innebærer å heve standard og kan for eksempel være å installere heis, sprinkleranlegg og velferdsteknologi i eksisterende omsorgsbygg.
- Ombygging og oppgradering. Her er det behovet til målgruppene tiltaket er tiltenkt som skal være førende. Husbanken forutsetter at kommunen følger kravene i retningslinjen så langt som mulig innenfor tekniske begrensninger og akseptable økonomiske rammer.
- Leie. Kommunen kan få tilskudd til å leie lokaler til omsorgsboliger, institusjonsplasser og dagaktivitetstilbud. (vår understreking)»

Veilederens utgangspunkt er at kommunen kan få tilskudd for å leie lokaler.²⁵

Tiltak kommunen ikke kan få tilskudd til er:

- «Vanlig vedlikehold som slitasje og elde, eksempelvis skifte ut varmtvannsberedere, elektrisk anlegg, tak, vinduer eller andre tiltak som skyldes manglende vedlikehold.
- Kjøpe eksisterende bygg som bare representerer et formelt eierskifte som f.eks. mellom stiftelser og kommune. Se punkt 6.3 i denne veilederen.

²¹ Husbankens retningslinjer datert 09.02.26 side 2

²² Husbankens retningslinjer datert 09.02.26 side 3

²³ Husbankens retningslinjer datert 09.02.26 side 2-3

²⁴ Husbankens veileder for søknadsprosess og bruk av investeringstilskudd side 6 datert 09.02.2026

²⁵ Ibid.

- *Bygge fellesareal/-stue eller installere ulike former for velferdsteknologi i nye prosjekter. Dette inngår i beregningsgrunnlaget for tilskudd per omsorgsplass.»²⁶*

Husbankens veileder regulerer hvordan tilskudd kan brukes ved leie av omsorgsplasser:²⁷

«Leie av omsorgsplasser

Husbanken gir tilskudd etter de samme reglene uansett om kommunen står som eier eller leier institusjonsplassene/omsorgsboligene av andre aktører. Dersom kostnadene ikke er kjent eller relevante, tar Husbanken utgangspunkt i teknisk verdi.»

Husbankens retningslinjer har ikke vist til samme formulering om utmåling av tilskudd der kommunen leier omsorgsplasser av private aktører, men både veilederen og retningslinjene viser til at: «Dersom kostnadene ikke er kjent eller relevante, tar Husbanken utgangspunkt i teknisk verdi».²⁸

Husbankens retningslinjer presiserer vilkårene for tilbakebetaling av investeringstilskuddet:

«Krav om tilbakebetaling

Hvis omsorgsplassene i løpet av de første 30 årene etter utbetaling selges/overdras til andre eller ikke brukes til de formål som er forutsatt ved tilskuddstilordningen, skal Husbanken som hovedregel kreve at kommunen betaler tilbake investeringstilskuddet i sin helhet. Dette gjelder uavhengig av om det er kommunen eller et helseforetak som bruker plasser i strid med forutsetningene. For tilskudd innvilget i årene 2008 til 2010 skal Husbanken på tilsvarende måte kreve slik tilbakebetaling de første 20 årene.

Hvis krav om netto tilvekst blir brutt i løpet av de 10 årene kravet gjelder, skal Husbanken som hovedregel kreve at kommunen betaler tilbake investeringstilskudd tilsvarende det samme antallet plasser som er avviklet.

Dersom det foreligger helt spesielle forhold ved tilfeller etter første eller annet avsnitt, kan Husbanken beslutte at kun den delen av investeringstilskuddet som ikke er avskrevet skal tilbakebetales (...).»²⁹

3.3 Statsstøtteregelverket

Etter artikkel 61 i EØS-avtalen er offentlig støtte i utgangspunktet forbudt. EØS artikkel 61 (1) lyder:

«Med 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.»

Det er seks vilkår som alle må være oppfylt for at det skal foreligge statsstøtte. Vilårene er generelt utformet, og statsstøttebegrepet får sitt innhold gjennom tilpasning til bransje, markedsforhold, geografisk område og regulatorisk kontekst:

- Støtten må innebære en **økonomisk fordel** for mottakeren.
- Støtten må være gitt av staten eller av **statsmidler** i enhver form.
- Mottaker av støtte må drive **økonomisk aktivitet** (foretaksbegrepet).
- Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (**selektivitet**).
- Støtten må **vri konkurransen** eller true med å vri konkurransen.
- Støtten må være egnet til å **påvirke samhandelen** mellom EØS-landene.

²⁶ Husbankens veileder for søknadsprosess og bruk av investeringstilskudd side 6 datert 09.02.2026

²⁷ Husbankens veileder for søknadsprosess og bruk av investeringstilskudd side 10 datert 09.02.2026

²⁸ Husbankens retningslinjer datert 09.02.26 side 2 og Husbankens veileder Husbankens veileder for søknadsprosess og bruk av investeringstilskudd side 6 datert 02.2026

²⁹ Husbankens retningslinjer datert 09.02.26 side 2-3

For denne utredningen er det aktuelt å se nærmere på flere av disse vilkårene. Vilåret om at støttemottaker må drive økonomisk aktivitet (foretaksbegrepet) er særlig relevant, og vil i mange tilfeller ikke være oppfylt. EU-domstolen har lagt til grunn at enhver aktivitet som består i å levere varer eller tjenester i et marked er en økonomisk aktivitet.³⁰ Dersom støttemottaker ikke driver økonomisk aktivitet, vil støtten ikke være omfattet av statsstøttereguleringen. Det offentlige utføring av lovpålagte oppgaver vil sjelden være økonomisk aktivitet, men i lys av utviklingen på flere områder de siste årene må dette vilåret likevel vurderes konkret.

I tillegg er vilåret om at støtten må innebære en økonomisk fordel for mottakeren relevant. For å avgjøre om et tilskudd av offentlige midler til et foretak innebærer en «økonomisk fordel», er det utviklet et *markedsaktørprinsipp*. Markedsaktørprinsippet innebærer at det skal gjøres en vurdering av om investeringer foretatt av det offentlige er gjort på markedsmessige vilkår.³¹ Det sentrale er altså om mottakeren klart ikke ville ha oppnådd en tilsvarende fordel fra en privat aktør.³² Ved å sammenligne det offentlige transaksjoner med ordinære aktørers transaksjoner, både hva gjelder pris og øvrige vilkår, vil det ofte la seg gjøre å vurdere om transaksjonen er markedsmessig.³³ Det er en presumsjon for at konkurranseutsetting i tråd med anskaffelsesreguleringen vil ivareta kravet til markedsmessighet, det vil si at tilbyderer ikke mottar en økonomisk fordel.³⁴

Til slutt er det relevant å se nærmere på om økonomiske aktiviteter får en indirekte «økonomisk fordel» selv om den direkte støttemottakeren ikke driver økonomisk aktivitet.³⁵ Vurderingen av indirekte statsstøtte knytter seg til om den påregnelige økonomiske effekten av støttetiltaket kan anses å være sterkere kanalisert mot bestemte foretak eller grupper av foretak (eksempelvis en privat utbygger).³⁶ EU-domstolen har f.eks. vurdert indirekte støtte i den såkalte Mediaset-saken der forbrukere i Italia fikk statsstøtte på EUR 150 millioner (som senere ble redusert til EUR 70 millioner) til kjøp eller leie av digitale jordbaserte dekodere.³⁷ Forbrukere driver ikke økonomisk aktivitet, men TV-distributørene ble ansett som indirekte støttemottakere.

3.4 Anskaffelsesreguleringen

3.4.1 Innledning

God ressursutnyttelse i offentlige virksomheter er viktig for å få mest mulig velferd for ressursene som er til rådighet. I Norge løses mange oppgaver i offentlig sektor, og anskaffelsesreguleringens formål er å legge til rette for gode prosesser og effektiv konkurranse om kontraktene. Offentlige midler er knappe, og det er viktig at anskaffelsene gjennomføres effektivt.³⁸

Lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 («LOA» eller «anskaffelsesloven») med tilhørende forskrifter regulerer hvordan offentlige oppdragsgivere skal gå frem ved anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider. Kommunale anskaffelser av omsorgsplasser vil følge forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 («FOA»).

FOA angir ulike terskelverdier som styrer hvilke deler av forskriften som gjelder for ulike typer anskaffelser (varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider). Utgangspunktet er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre nasjonalt en konkurranse om alle anskaffelser som overstiger MNOK 1,3 ekskl. mva., jf. FOA §§ 5-1 andre ledd, § 8-17 og kapittel 21. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdiene i FOA § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i hele EØS-området. For

³⁰ [Nærings- og fiskeridepartementet sin veileder om offentlig støtte \(2019\) side 35](#)

³¹ HR-2024-2041-A avsnitt 60

³² HR-2024-2041-A avsnitt 63

³³ [Nærings- og fiskeridepartementet sin veileder om offentlig støtte \(2019\) side 110-111](#)

³⁴ [ESAs retningslinjer for støttebegrepet \(2017\) avsnitt 89](#)

³⁵ Se EU-domstolens sak C-403/10 P Mediaset SpA mot Kommisjonen avsnitt 75

³⁶ [Nærings- og fiskeridepartementet sin veileder om offentlig støtte \(2019\) side 46](#)

³⁷ Se EU-domstolens avgjørelse i sak C-403/10 av 28. juli 2011, Mediaset SpA mot Kommisjonen avsnitt 64, 75 og 84

³⁸ Prop. 147 L (2024–2025) Lov om endringer i anskaffelsesloven (samfunnshensyn mv., kap. 1.1.) side 7.

bygge- og anleggskontrakter er EØS-terskelverdien for tiden MNOK 57,8 ekskl. mva. For tjenestekontrakter er EØS-terskelverdien MNOK 1,49 ekskl. mva. for statlige myndigheter og MNOK 2,3 ekskl. mva. for andre offentlige oppdragsgivere, inkludert kommuner.

I FOA kapittel 2 gis visse unntak fra LOA og FOA for enkelte typer anskaffelser. For disse anskaffelsene vil det da verken gjelde kunngjøringsplikt eller plikt til å følge anskaffelsesregelverkets detaljregler for konkurransegjennomføring.

3.4.2 Risiko for kommunen ved direkte tildeling. Anskaffelsesregelverkets unntak for erverv eller leie av eksisterende fast eiendom

Fremskaffelse av omsorgsplasser ved bruk av investeringstilskudd fra Husbanken vil kunne innebære at kommunen inngår kontrakter om kjøp eller leie av omsorgsboliger. Dette kan omfatte kjøp eller leie av bygning(er) som skal oppføres av den private parten, eller av eksisterende bygg som typisk må bygges om slik at de kan benyttes som omsorgsboliger.

I henhold til FOA § 2-4 bokstav a gjelder ikke LOA og FOA for kontrakter om «*erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom*». Unntaksbestemmelsen implementerer i norsk rett den tilsvarende bestemmelsen i EUs anskaffelsesdirektiv.³⁹

Hensynet bak unntaket er at slike anskaffelser er geografisk betinget, slik at anskaffelsene ikke berører grenseoverskridende handel.⁴⁰

Vi skal i det følgende kort beskrive de rettslige rammene og risikoen for sanksjoner der kommunen feilaktig legger til grunn at vilkårene i unntaksbestemmelsen er oppfylt.

Omgåelsesbetraktninger står særlig sterkt ved fortolkningen, fordi bruk av et slikt unntak innebærer avvik fra anskaffelsesregelverkets grunnleggende krav om gjennomføring av kunngjort konkurranse.⁴¹ Det vil si at unntaket skal tolkes snevert, og kommunen vil ha bevisbyrden for at vilkårene for å benytte unntaksbestemmelsen er oppfylt.

Ordlyden «*eksisterende bygninger*» tilsier at de aktuelle bygningene må være oppført når kontrakten inngås.⁴² Likevel har det utviklet seg en praksis der det er lagt til grunn at unntaket i visse tilfeller kan benyttes, selv om bygningen som skal benyttes ikke eksisterer på tidspunktet for avtaleinngåelsen.

Det finnes lite norsk rettspraksis som gjelder bruken av unntaksbestemmelsen, men det finnes omfattende praksis fra EU-domstolen, og fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser («KOFA»). EU-domstolens avgjørelser har større rettskildemessig vekt enn KOFA-praksis. Kommunen må derfor foreta en grundig vurdering i hvert enkelt tilfelle av om det er adgang til å tildele kontrakt uten å gjennomføre en kunngjort konkurranse i tråd med anskaffelsesregelverkets hovedregler, særlig i lys av EU-domstolens praksis.

Unntaksbestemmelsen kommer ikke til anvendelse der kontrakten, uavhengig av hvilken betegnelse partene benytter, i realiteten må anses å innebære anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider. Et bygge- og anleggsarbeid er definert som «*resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon*»⁴³. En bygge- og anleggskontrakt er blant annet definert som en kontrakt om «*utførelsen på en hvilken som helst måte av et bygge- og anleggsarbeid som oppfyller kravene som er satt av en oppdragsgiver som har avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*».⁴⁴

³⁹ Direktiv 2014/24/EU artikkel 10 bokstav a)

⁴⁰ Se redegjørelsen for gjeldende rett i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser, kap. 24.7.5.

⁴¹ Se EU-domstolens sak C-26/03 premiss 44-46

⁴² Se for eksempel KOFA sak 2025/1435 avsnitt 49

⁴³ Anskaffelsesforskriften – FOA (FOR-2016-08-12-974) § 4-1 bokstav e).

⁴⁴ FOA § 4-1 bokstav d) nr 3.

EU-domstolen har i en rekke saker uttalt seg om hva som skal til for at oppdragsgiver har utøvet «avgjørende innflytelse». For eksempel kom EU-domstolen i en sak om leie av messelokaler til at avtalen måtte anses som en bygge- og anleggskontrakt, blant annet under henvisning til at oppdragsgivers krav: «*vedrører en præcis beskrivelse af de bygninger, der skulle opføres, deres kvalitet og deres udstyr, [og] langt overstiger de krav, som en lejer sædvanligvis stiller til en nybygget ejendom af en vis størrelse.*»⁴⁵ I en annen sak, som gjaldt leie av kontorlokaler, uttalte EU-domstolen at vilkåret om avgjørende innflytelse ville kunne oppfylles der oppdragsgiver hadde innflytelse på bygningens arkitektoniske struktur, som for eksempel bygningens størrelse, yttermurer og bærende vegger. Krav vedrørende innvendige innretninger vil kunne påvise en avgjørende innflytelse dersom de utmerker seg på grunn av deres særpreg eller omfang.⁴⁶ EU-domstolens praksis taler også for at vilkåret om avgjørende innflytelse vil være oppfylt dersom kravene springer ut av behov som er særskilt eller spesifikt tilknyttet oppdragsgiver.⁴⁷ Dersom kontrakten som inngås inneholder elementer av både leie og utførelse av bygge- og anleggsaktiviteter, er det kontraktens hovedelement som er avgjørende. Der oppføringen av det aktuelle bygget for eksempel ikke var påbegynt på tidspunktet for avtaleinngåelsen, har EU-domstolen lagt til grunn at unntaket ikke kan benyttes.⁴⁸

Den omfattende praksisen viser at det alltid må gjøres en konkret og sammensatt helhetsvurdering av de faktiske forholdene i den enkelte sak, holdt opp mot de momenter EU-domstolen fremhever i sine avgjørelser. Relevansen av en avgjørelse vil også variere, avhengig av i hvilken grad de faktiske forholdene som ble vurdert av domstolen avviker fra de faktiske forholdene i en konkret sak om kommunens anskaffelse av omsorgsboliger.

Dersom unntaksbestemmelsen ikke kan anvendes, vil en direkte tildeling være ulovlig i tilfeller der det forelå kunngjøringsplikt.⁴⁹ Ulovlige direkteanskaffelser anses som det mest alvorlige bruddet på anskaffelsesregelverket, og kan medføre at kommunen ilegges et overtredelsesgebyr på opptil 15% av kontraktens verdi, og at kontrakten kjennes uten virkning, eller avkortes.⁵⁰ Fordi ulovlige direkte anskaffelser anses som det mest alvorlige bruddet på anskaffelsesregelverket, er adgangen til å klage til KOFA bredere enn i rådgivende saker, og det kreves ikke saklig klageinteresse for å kunne klage.⁵¹ Klagegebyret er satt lavt og utgjør for tiden kun 1000 kroner, noe som betyr at «alle» kan klage inn en ulovlig direkte anskaffelse til KOFA.

Publisering av en intensjonskunngjøring i forkant av kontraktsinngåelse medfører ikke i seg selv at kommunen unngår sanksjoner for ulovlige direkteanskaffelser.⁵² EU-domstolen har slått fast at sanksjoner for brudd på anskaffelsesregelverket kan ilegges også der det er gjennomført en intensjonskunngjøring, dersom oppdragsgiver ikke har opptrådt aktsomt ved vurderingen.⁵³

Oppsummert vil vurderingen av hvorvidt unntaksbestemmelsen kan benyttes i et konkret tilfelle kreve spesialisert anskaffelsesrettslig kompetanse. De alvorlige sanksjonene ved ulovlige direktetildelinger tilsier at det gjennomføres en grundig og konkret vurdering i hver enkelt sak. Det er videre kommunen som er pliktsubjekt og som har bevisbyrden for at vilkårene i unntaksbestemmelsen er oppfylt. Kommunen bør derfor gjøre en selvstendig vurdering av det rettslige handlingsrommet, og bør ikke uten videre legge til grunn synspunkter fremmet av en leverandør som ønsker at kommunen inngår kontrakt direkte.

⁴⁵ Se EU-domstolens sak C-536/07

⁴⁶ Se EU-domstolens sak 537/19

⁴⁷ Se EU-domstolens saker C-536/07 og C-213/13

⁴⁸ Se EU-domstolens sak C-213/13

⁴⁹ Se merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).

⁵⁰ Anskaffelsesloven (LOA 2016-06-17-73) §§ 12-14

⁵¹ Klagenemdforskriften § 13 a

⁵² Se FOA § 21-5 og LOA §§ 12-14

⁵³ Se EU-domstolens sak C-19/13 premiss 48-50

3.5 Merverdiavgiftskompensasjonsordningen

3.5.1 Formål og finansiering

Høsten 2003 ble det innført en generell kompensasjonsordning for merverdiavgift som erstattet den daværende, begrensede kompensasjonsordningen. Den generelle kompensasjonsordningen innebærer at kommuner og fylkeskommuner får kompensert⁵⁴ merverdiavgiften de betaler på anskaffelse av i utgangspunktet alle varer og tjenester fra registrerte næringsdrivende.⁵⁵ Dermed påvirker ikke merverdiavgiften om kommunene velger å utføre tjenester selv eller å kjøpe dem fra andre. Det uttrykte formålet med kompensasjonsordningen er:

«... å sikre at merverdiavgiften blir nøytral mellom kommunal egenproduksjon og kommunenes kjøp av tjenester fra andre. Ordningen innebærer at kommunene får kompensert merverdiavgiften på anskaffelse av i utgangspunktet alle varer og tjenester. På denne måten vil kjøp og egenproduksjon av tjenester avgiftsmessig likestilles.»⁵⁶

Dette kommer til uttrykk slik i merverdiavgiftskompensasjonsloven § 1:

«Formålet med denne loven er å motvirke konkurransevridninger som følge av merverdiavgiftssystemet gjennom at det ytes kompensasjon for merverdiavgift til kommuner, fylkeskommuner og visse private og ideelle virksomheter.»

Kompensasjonsordningen er imidlertid ikke en støtteordning for kommunesektoren. Det beløpet som kompenseres etter merverdiavgiftskompensasjonsloven skal som hovedregel finansieres ved at de statlige overføringene til kommunesektoren blir redusert tilsvarende omfanget av merverdiavgiftspliktige kjøp.⁵⁷ Ordningen er dermed provenynøytral for staten.

Skattekontoret og Skattedirektoratet er myndigheter for merverdiavgiftskompensasjon.⁵⁸

3.5.2 Hvem merverdiavgiftskompensasjonsloven gjelder for

Det fremgår av merverdiavgiftskompensasjonsloven § 2 at loven gjelder for:

- a. kommuner og fylkeskommuner med kommunal og fylkeskommunal virksomhet der øverste myndighet er kommunestyret, fylkestinget eller annet styre eller råd i henhold til kommuneloven eller kommunal særlovgivning,
- b. ...
- c. private eller ideelle virksomheter som produserer helse- og omsorgstjenester, undervisningstjenester eller sosiale tjenester som kommunen eller fylkeskommunen er pålagt å utføre ved lov, men likevel ikke privatpraktiserende allmennleger og privatpraktiserende fysioterapeuter,

(...)

Loven gjelder også for borettslag etter borettslagsloven og boligsameier⁵⁹ etter eierseksjonsloven hvor botilbudet fremstår som et integrert heldøgns helse- og omsorgstilbud i kommunenes lovpålagte

⁵⁴ De som omfattes av kompensasjonsordningen kan søke om å få tilbakebetalt merverdiavgift ved kjøp av varer og tjenester.

⁵⁵ Merverdiavgiftskompensasjonsloven (LOV-2003-12-12-108) § 3 (1)

⁵⁶ Prop. 1 LS (2016-2017) s. 119, punkt 9.3.2

⁵⁷ Merverdiavgiftskompensasjonsloven § 5 og Prop. 1 LS (2016-2017) side 119, punkt 9.3.2

⁵⁸ Skatteforvaltningsloven (LOV-2016-05-27-14) § 2-4

⁵⁹ Et tingsrettslig sameie faller således utenfor merverdiavgiftskompensasjonsloven også etter lovendringen 1. januar 2017. Se Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 2013 side 174 (Torneby) fra tiden før lovendringen.

tenestetilbud.⁶⁰ Departementet kan gi forskrift om utfylling, gjennomføring og avgrensing av bestemmelsen i første punktum, herunder om vedtektsfesting av vilkår for hvem som kan bli andelseier eller sameier, kommunenes kontroll med at beboerne oppfyller de fastsatte kriteriene, samt krav om tilrettelegging av boligene.»⁶¹ (Vår understreking).

Finansdepartementet uttaler i Prop. 1 LS (2016-2017) at:

«Departementet mener det er viktig å legge til rette for likebehandling av ulike private aktører og økt fleksibilitet i valg av samarbeidsløsninger mellom kommuner og private aktører. Departementet fremmer derfor forslag om å endre merverdiavgiftskompensasjonsloven slik at også borettslag omfattet av borettslagsloven og eierseksjonssameier omfattet av eierseksjonsloven omfattes av merverdiavgiftskompensasjonsordningen når det gjelder oppføring og drift av boliger.»⁶² (Vår understreking).

Etter merverdiavgiftskompensasjonsloven § 2 (1) bokstav c må de private virksomheter produsere tjenester som er lovpålagt kommunen for å omfattes av kompensasjonsordningen. Finansdepartementet refererer i høringsnotat om merverdiavgiftskompensasjon for borettslag og eierseksjonssameier til Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 2010 side 236, der:

«... spørsmålet [var] om det forelå rett til kompensasjon for en stiftelse som kun sto for oppføring/utleie av omsorgsboliger, mens kommunen sto for tildelingen av boligene og ytelser av heldøgns omsorgstjenester til beboerne. Høyesterett kom til at botilbudet var en integrert del av det tilbudet kommunen ga for å etterleve sine plikter der både botilbud og hjelpe- og omsorgstiltak var et nødvendig hele. I en slik situasjon hvor botilbudet ble ytet i samvirke med kommunens heldøgns omsorgstjenester, kom Høyesterett til at det forelå rett til kompensasjon for stiftelsen. Skatteetaten legger etter Høyesteretts dom til grunn at en privat virksomhet kan ytes kompensasjon ved utleie av særskilte tilrettelagte boliger knyttet til heldøgns helse- og omsorgstjenester.»⁶³

3.5.3 Hva merverdiavgiftskompensasjonsloven gjelder for

Som nevnt innledningsvis følger det av merverdiavgiftskompensasjonsloven § 3 (1) at:

«Det ytes kompensasjon for merverdiavgift ved kjøp av varer og tjenester fra registrerte næringsdrivende».
(Vår understreking).

Det er en begrensning at kompensasjon bare ytes i den utstrekning anskaffelsen skjer til bruk i den kompensasjonsberettigede virksomheten samt at loven lister opp enkelte tilfeller hvor det ikke ytes kompensasjon⁶⁴, for eksempel merverdiavgift på anskaffelser til bygg, anlegg eller annen fast eiendom for salg eller utleie⁶⁵. Det er imidlertid presisert i merverdiavgiftskompensasjonsloven at:⁶⁶

«Kompensasjon ytes likevel for anskaffelser til boliger med helseformål eller sosiale formål. Det samme gjelder fellesanlegg i tilknytning til boligene.» (Vår understreking.)

⁶⁰ Det ytes kompensasjon til borettslag og eierseksjonssameier for oppføring og drift av boligene med tilhørende fellesanlegg. Det ytes ikke kompensasjon for løsøre og næringsmidler, jf. forskrift 12. desember 2003 nr. 1566 om kompensasjon av merverdiavgift til kommuner, fylkeskommuner mv. § 7a (4).

⁶¹ Merverdiavgiftskompensasjonsloven (LOV-2003-12-12-108) § 2

⁶² Prop. 1 LS (2016-2017) – nederst på side 123 – øverst på side 124

⁶³ Høringsnotat 8. desember 2016, sak 16/4958, på side 7

⁶⁴ Merverdiavgiftskompensasjonsloven § 4 (1) og (2)

⁶⁵ Merverdiavgiftskompensasjonsloven § 4 (2) nr. 3. Private og kommunale aktører som opptrer i samme marked undergis dermed samme merverdiavgiftsregler, se Prop. 1 LS (2016-2017) punkt 9.3.2, side 120.

⁶⁶ Merverdiavgiftskompensasjonsloven § 4 (3)

4 ER DET NOEN ULEMPER VED AT HUSBANKEN STILLER VILKÅR OM KONKURRANSEUTSETTING?

4.1 Husbanken har rettslig adgang til å oppstille vilkår om at kommunen må konkurranseutsette den aktuelle kontrakten

Husbanken har rettslig adgang til å sette som vilkår for tilskudd at kommunens kontrakt med privat aktør om oppføring, kjøp, ombygging, utbedring, leie eller annen fremskaffelse av omsorgsplasser må konkurranseutsettes i tråd med anskaffelsesregelverket, selv om anskaffelsesregelverket eventuelt ikke kommer til anvendelse for den aktuelle anskaffelsen. Verken anskaffelsesregelverket eller regelverket for offentlig støtte er til hinder for dette.

Det er mange fordeler ved å oppstille et krav om konkurranseutsetting. Konkurranse anses som et egnet virkemiddel for å sikre en mest mulig effektiv ressursbruk i offentlig sektor. Effektiv bruk av samfunnsressurser er hovedformålet med anskaffelsesregelverket, og konkurranse er derfor fremhevet som et grunnleggende prinsipp, jf. anskaffelsesloven §§ 1 og 4.⁶⁷

Ved å gjennomføre konkurranse når oppdragsgiver ut til et større marked, og konkurransepresset gir den enkelte leverandør et insentiv til å inngi et bedre tilbud enn hva de eventuelt hadde inngitt i rent bilaterale forhandlinger med kommunen. Konkurranse mellom leverandørene vil også kunne skape større grad av innovasjon og nytenking, noe som bidrar til økt verdiskapning. En sentral målsetning for EU-direktivene om offentlige anskaffelser, som er implementert i det norske anskaffelsesregelverket, er derfor å åpne for konkurranse om offentlige kontrakter:

«The award of public contracts by or on behalf of Member States' authorities has to comply with the principles of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), and in particular the free movement of goods, freedom of establishment and the freedom to provide services, as well as the principles deriving therefrom, such as equal treatment, non-discrimination, mutual recognition, proportionality and transparency. However, for public contracts above a certain value, provisions should be drawn up coordinating national procurement procedures so as to ensure that those principles are given practical effect and public procurement is opened up to competition.»⁶⁸

Ved å gjennomføre konkurranse, oppstår det også som hovedregel presumsjon for at det avtalte vederlaget tilsvarer markedspris, slik at den private aktøren ikke tildeles en økonomisk fordel i statsstøtterettslig forstand.

Konkurranseutsetting i alle tilfeller vil også fjerne behovet for å gjennomføre komplekse og ressurskrevende vurderinger av om unntaksbestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav a) kommer til anvendelse. Risikoen ved å trå feil i denne vurderingen vil også bortfalle, og dermed også risikoen for alvorlige sanksjoner for brudd på anskaffelsesregelverket i form av ulovlige direkteanskaffelser.

En kommune har for øvrig alltid muligheten til frivillig å gjennomføre konkurranse i tilfeller der det ikke gjelder noe krav om dette etter anskaffelsesregelverket. Frivillig kunngjøring er tilgjengelig via den nasjonale kunngjøringsdatabasen Doffin.

4.2 Ulemper ved å oppstille et krav om konkurranseutsetting

4.2.1 Innledning

Mandatet for utredningen beskriver hvilke utfordringer som kan oppstå der en kommune, etter å ha mottatt investeringstilskudd, inngår kontrakt direkte med en privat aktør. I slike tilfeller har hverken kommunen eller Husbanken mulighet til å påvirke kvalitet og målgruppetilpasning ut over minimumskravene. Byggenæringens muligheter til å konkurrere om offentlige oppdrag kan også påvirkes. Overpris og dermed delvis videretildeling av tilskuddet er en annen ulempe ved direkteanskaffelser. På bakgrunn av disse utfordringene planlegger Husbanken å innføre et vilkår om at kommunen som tilskuddsmottaker må kunngjøre en konkurranse ved sine anskaffelser, også i tilfeller der anskaffelsesregelverket ikke krever det. Vi er bedt om å vurdere om det er noen ulemper for kommunen og Husbanken

⁶⁷ Når den nye anskaffelsesloven trer i kraft, vil dette kun gjelde anskaffelser over EØS terskelverdi

⁶⁸ Anskaffelsesdirektiv 2014/24/EU fortalen premiss 1

ved å oppstille et ufravikelig vilkår om konkurranseutsetting, som da vil gjelde alle anskaffelser av omsorgsboliger ved bruk av investeringstilskudd.

Vi kan ikke se at et slikt vilkår vil medføre noen ulemper for Husbanken, og vi skal i det følgende redegjøre for vår vurdering av om vilkåret vil kunne utgjøre en ulempe for kommunen.

4.2.2 Mulige ulemper for kommunen ved at Husbanken oppstiller et krav om konkurranseutsetting ved bruk av investeringstilskuddet.

Anskaffelsesregelverket har lenge vært kritisert for å være for komplisert og for å pålegge både oppdragsgiverne og leverandørene store administrative byrder i form av strenge prosedyreregler og dokumentasjonskrav.⁶⁹ Dette gjelder både i Norge og i EU.

Stortinget har nylig vedtatt endringer i Anskaffelsesloven.⁷⁰ Formålet er bl.a. å forenkle reglene der heving av nasjonal terskelverdi til 500 000 kroner er et sentralt tiltak. Dette innebærer at oppdragsgiver vil ha fleksibilitet til å inngå kontrakter av mindre verdi direkte med leverandørene.

I Norge har man lagt stor vekt på at anskaffelsesregelverket skal fremme samfunnshensyn, som for eksempel ved å innføre et krav om at klima- og miljøhensyn som hovedregel skal inngå i tildelingskriteriene og vektas med minst 30 prosent, plikt til å stille krav om bruk av lærlinger m.m. Dette har ført til mer kompliserte vurderinger i anskaffelsesprosessen. Disse bestemmelsene videreføres i den nylig vedtatte anskaffelsesloven.

EU-Kommisjonen kunngjorde sommeren 2024 at EUs tre anskaffelsesdirektiv fra 2014 skal revideres. Bakgrunnen for dette er en evalueringsrapport som vurderer hvilken effekt direktivene har hatt på offentlige anskaffelser i Europa. Kort oppsummert konkluderes det med at dagens rammeverk ikke er tilstrekkelig til å møte verken dagens eller fremtidige utfordringer. Det pekes særlig på at forenkling var et av målene med innføringen av 2014-direktivene. Kommisjonens evaluering viser at prosedyrereglene oppleves som for komplekse og rigide, slik at oppdragsgivere i praksis vanskelig når sine mål for gode offentlige innkjøp.⁷¹

Et krav om konkurranseutsetting i tråd anskaffelsesregelverket vil med andre ord kunne utgjøre en ulempe for kommunen, fordi regelverket oppfattes som komplekst og rigid. Det er også mulig at gjennomføring av konkurranse vil innebære større ressursbruk enn ved gjennomføring av bilaterale forhandlinger med en utvalgt privat aktør, selv om dette ikke nødvendigvis er riktig i alle tilfeller.

Det kan derfor ikke utelukkes at det i visse tilfeller kan vurderes som viktigere for kommunen å ha fleksibilitet til å stå fritt i en rent bilateral dialog med en utpekt leverandør i stedet for å gjennomføre en konkurranse. Dette innebærer imidlertid at leverandøren står i en monopollignende situasjon, både når det gjelder løsningsforslag og pris m.m, og dermed skaper en risiko for brudd på statsstøtteregelverket, samt risiko for mindre optimale løsninger enn det som kan oppnås ved konkurranseutsetting.

Dersom det oppstilles som et vilkår for å motta investeringstilskudd at kommunen gjennomfører konkurranse i tråd med anskaffelsesregelverkets prosedyreregler, vil dette gjelde både i tilfeller der anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse, og tilfeller der unntaksbestemmelsen i FOA § 2-4 bokstav a ellers kunne ha blitt benyttet. I det første tilfellet vil et vilkår om konkurranseutsetting i seg selv ikke innebære noen ulemper for kommunen, fordi anskaffelsesregelverket uansett krever konkurranseutsetting. I tilfeller der unntaksbestemmelsen kunne ha blitt benyttet, vil en mulig ulempe ved konkurranseutsetting være risikoen for å komme i erstatningsansvar dersom anskaffelsesregelverkets prosedyreregler brytes i løpet av konkurransefasen. Risikoen for erstatningsansvar må imidlertid veies mot risikoen for at kommunen betaler overpris ved en direktetildeling. Dersom Husbanken ikke stiller vilkår om konkurranseutsetting,

⁶⁹ Melding til Stortinget Meld. St. 22 (2018–2019) «Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser», side 71.

⁷⁰ Prop. 147 L (2024–2025) Lov om endringer i anskaffelsesloven.

⁷¹ Commission Staff Working Document Evaluation of Directive 2014/23/EU on Concessions, Directive 2014/24/EU on Public Procurement and Directive 2014/25/EU on Utilities, side 67.

må man også ta høyde for konsekvensene ved et eventuelt brudd på statsstøtteregelverket. Risikoen for at kommunen feilaktig legger til grunn at vilkårene i unntaksbestemmelsen er oppfylt, er også relevant for ulempevurderingen. Denne risikoen faller bort dersom det gjennomføres konkurranse i tråd med anskaffelsesregelverket. Dermed bortfaller også risikoen for de alvorlige sanksjonene ved ulovlige direktetildelinger, herunder overtredelsesgebyr på opptil 15% av kontraktens verdi, og at kontrakten kjennes uten virkning eller avkortes. Det faktum at kommunen slipper å ta stilling til komplekse spørsmål om unntaksbestemmelsens anvendelsesområde, er da også en stor fordel ved at det oppstilles et vilkår om at det i alle tilfeller må gjennomføres en kunngjort konkurranse i tråd med anskaffelsesregelverkets prosedyreregler.

For øvrig vil kommunen innenfor rammene av en konkurranse med forhandling i tråd med anskaffelsesregelverkets prosedyreregler ha muligheten til å gjennomføre forhandlinger med flere aktuelle leverandører. Man kan stille spørsmålet om forhandlinger med flere leverandører uavhengig av anskaffelsesregelverket vil gi et mer eller mindre optimalt sluttresultat for kommunen, enn ved konkurranseutsetting i tråd med regelverket. Det faller utenfor denne utredningens rammer å analysere dette spørsmålet nærmere.

5 KOMPLEKSE MODELLER FOR FREMSKAFFELSE AV OMSORGSPLASSER GIR HØYERE KRAV TIL ADMINISTRASJON, KOORDINERING OG ETTERLEVELSE

Kommunens administrasjon har ansvaret for et bredt spekter av lovpålagte oppgaver, samtidig som den skal planlegge, styre og følge opp utviklings- og investeringsprosjekter, gjerne over lang tid. Slike oppgaver krever løpende kontroll, dokumentasjon, rapportering og kvalitetssikring, overfor politisk nivå, innbyggere, tilsynsmyndigheter og som i dette tilfellet overfor tilskuddsgiver. For prosjekters vedkommende må en håndtere endringer underveis. Dette medfører behov for planlegging, risikovurderinger og oppdaterte beslutningsgrunnlag.

Ressursknapphet preger norske kommuner, uavhengig av kommunens størrelse. I mindre kommuner er nøkkelkompetanse ofte samlet hos få personer. Kapasitetsutfordringer, samtidighetskonflikter og fravær får ofte stor innvirkning på evnen til å håndtere komplekse prosjekter og gjennomføringsmodeller. Ressursknapphet kan påvirke både fremdrift og kvalitet. Dette utgangspunktet er viktig å ha med seg i vurderingen av prosjektgjennomføringsmodeller: Jo mer komplekse modellene blir, desto større blir også kravene til administrasjon, koordinering og etterlevelse.

6 KJØPSMODELLEN (MODELL 1.3)

6.1 Beskrivelse av kjøpsmodellen

Kommunen kjøper omsorgsplasser gjennom kjøp av deler av et bygg. Det kan være før byggestart, under oppføring eller etter ferdigstillelse. Omsorgsplassene videregives senere til privatpersoner (beboere) i målgruppen for omsorgsplasser. Salget til privatpersoner kan skje til redusert pris og på vilkår som skal sikre bruk til formålet, for eksempel gjennom prisregulering, tildelingsrett og klausuler knyttet til videresalg. Salget til privatpersoner kan også finansieres ved at kommunen gir etableringstilskudd eller subsidierte lånebetingelser

6.2 Statsstøttereguleringen er ikke en utfordring for kjøpsmodellen, forutsatt at kjøpskontrakten mellom kommunen og privat aktør inngås på markedsmessige vilkår

I punkt 3.3 ovenfor er det redegjort for statsstøttereguleringen. Beboere som kjøper bolig til eget bruk, anses ikke som foretak i statsstøtterettslig forstand – de driver ikke økonomisk aktivitet. Økonomiske fordeler til slike beboere, for eksempel i form av redusert pris, etableringstilskudd eller subsidierte lånebetingelser, faller derfor utenfor statsstøtteregele. At bare noen boliger selges til beboere mens andre leies ut, endrer ikke denne vurderingen.

Dersom borettslaget organiseres som et kombinert eierseksjonssameie som innebærer noe næringsvirksomhet, vil det normalt være tilstrekkelig klart regnskapsmessig skille mellom næringsdelen/næringsseksjonen og boligandelen i borettslaget som ikke skal brukes til næringsvirksomhet, og det vil være lav risiko for at støtten til beboerne kryssubsidierer næringsvirksomheten.

Kommunens senere forvaltning av omsorgsplasser den eier, faller utenfor anskaffelsesreguleringen. Men dette gjelder kun så lenge forvaltningen ikke knyttes til kommunens nye kjøp av varer eller tjenester fra leverandører.

Kjøpekontrakten mellom kommunen og privat aktør inngås på markedsmessige vilkår og i tråd med anskaffelsesreguleringen, se punkt 3.3 og 3.4 ovenfor. Kjøpekontrakter på markedsmessige vilkår innebærer ikke videretildeling av tilskuddet fra Husbanken, se punkt 3.1 ovenfor.

6.3 Er det noen eiendomsrettslige utfordringer når bare noen av boligene i et borettslag skal selges til beboer og øvrige leies ut?

6.3.1 Innledning og avgrensninger

Kjøpsmodellen omfatter alternativet hvor kommunen erverver deler av et utviklingsprosjekt eller ferdig oppført bygningsmasse. Slike erverv må gjennomføres som en ordinær transaksjonsprosess. I det følgende avgrensner vi mot å redegjøre nærmere for selve transaksjonsprosessen ved kjøp av utviklingsprosjektet/bygningsmassen, gjennomføring av utviklingsprosjektet (herunder inngåelse av entrepriseavtaler, forholdet til utbygger, finansiering av utbyggingsprosjektet, mv.). Vi vil heller ikke redegjøre nærmere for regulering av transaksjonsprosessen mellom kommunen og den enkelte beboer.

Som hovedregel kan en bygning med flere boliger enten organiseres som eierseksjoner (eierseksjonssameie) etter eierseksjonsloven, eller som borettslagsandeler (borettslag) etter borettslagsloven. I et borettslag eier borettslaget eiendommen og bygningsmassen, og hver andel gir den enkelte andelseier borettslag – det vil si enerett til å bruke en bestemt bolig i borettslaget. I et eierseksjonssameie eier hver seksjonseier en ideell andel av eiendommen og bygningsmassen, kombinert med en eksklusiv bruksrett til en bestemt bolig i eierseksjonssameiet.

6.3.2 Fordeler og ulemper med borettslag og eierseksjonssameie

Oppsummert innebærer borettslag sterkere kollektive og strukturelle styringsmuligheter, mens eierseksjonssameier i større grad bygger på den enkelte seksjonseiers individuelle råderett. Seksjonseiere har gjennomgående en videre

faktisk og rettslig råderett over egen bolig enn andelseiere i borettslag, og tiltak som griper inn i denne råderetten vil derfor være vanskeligere å etablere og opprettholde over tid.

Borettslagsloven åpner for at det kan inntas bestemmelser knyttet til prisregulering, tildelingsrett og vedtektsveto for kommunen i vedtektene. Eierseksjonsloven åpner for å vedtektsfeste lignende kontrolltiltak for kommunen, men disse er i større grad avhengige av individuelle samtykker og avtaler. På denne bakgrunn vil borettslag ofte være bedre egnet til langsiktige styrings- og kontrollformål, uavhengig av om kommunen erverver hele eller deler av utviklingsprosjekt, eller en ferdig oppført bygningsmasse.

Fordeler og ulemper med borettslag og eierseksjonssameier er kort oppsummert i tabellen nedenfor:

Borettslag:

Fordeler	Ulemper
System for styring og kontrolltiltak (prisregulering, tildelingsrett og klausulering).	Begrenset adgang til erverv/eie (maks 30 %).
Mulighet for vedtektsveto.	Adgangen til utleie er mer begrenset.
«Bruker-eie»-prinsippet støtter formålet om faktisk bruk av boligene av målgruppen.	

Eierseksjonssameie:

Fordeler	Ulemper
Kommunen kan eie mange seksjoner.	Vanskeligere å sikre kontroll over tid.
Mulighet for å vedtektsfeste godkjenningsordninger der kommunen må godkjenne nye seksjonseiere.	Mangler enkelte styringsverktøy, f.eks. ikke generell adgang til vedtektsveto (unntak: vetorett for kommunen, jf. eierseksjonsloven §§ 26 andre ledd sjette punktum og 27 femte ledd)
	Høyere terskel for å innføre begrensninger (prisregulering).

6.3.3 Forskjeller på borettslag og eierseksjonssameie

Ulike begrensninger i adgang til eierskap

Oppsummert er forskjellene på adgang til eierskap og erverv som følger:

Borettslag	Eierseksjonssameie
Hovedregelen er at kun fysiske personer kan eie andeler i et borettslag, og at disse kun kan eie en andel hver jf. § 4-1.	Hovedregelen er at ingen kan « <i>kjøre eller på annen måte erverve en boligseksjon hvis ervervet fører til at man blir eier av flere enn to boligseksjoner i et eierseksjonssameie</i> », jf. § 23 første ledd.
Unntak for kommuner	Unntak for kommuner
Maksimal andel juridisk andelseierskap på 30 prosent med hjemmel i vedtektene, jf. §§ 4-2 og 4-3	Staten, fylkeskommuner og kommuner er unntatt fra ervervsforbudet og kan kjøpe så mange boligseksjoner de ønsker med mindre det er satt vilkår for å eie seksjoner, jf. §§ 23 fjerde ledd og 24 tredje og fjerde ledd.

Borettslag

Formålet til et borettslag er å gi andelseierne bruksrett til egen boligdel i foretakets eiendom (boret), jf. borettslagsloven § 1-1 første ledd. Dette innebærer at formålet med et borettslag først og fremst skal være å gi andelseierne bruksrett til egen bolig i borettslagets eiendom⁷².

Hovedregelen om eierskap til borettslagsandeler er at kun fysiske personer kan være andelseier, og at hver andelseier kun kan eie en andel, jf. borettslagsloven § 4-1. Loven gjør likevel et unntak for at kommunen kan eie opp til 10 % av andelene i borettslaget, jf. borettslagsloven § 4-2 første ledd nr. 3. I tillegg kan kommunen eie ytterligere 20 % av borettslagsandelene, dersom dette vedtektsfestes, jf. § 4-3. Dette innebærer at kommunen maksimalt kan eie 30 % av borettslagsandelene.

Når kommunen ikke kan eie mer enn 30 %, vil kommunen heller ikke kunne kontrollere flertallet på generalforsamlingen. Kommunen vil dermed ikke ha bestemmende innflytelse over sentrale beslutninger som fattes i borettslaget, slik som vedtektsendringer, valg av styre, større vedlikeholds- og investeringsbeslutninger eller andre forhold som krever flertallsvedtak.

Kommunen må derfor sikre seg at andelene i borettslaget benyttes til omsorgsboliger, at beboere ikke videreselger andelene mv. Se mer om dette under punktet om eierskifte nedenfor.

Eierseksjonssameie

Av eierseksjonsloven § 23 første ledd følger det at *«Ingen kan kjøpe eller på annen måte erverve en boligseksjon hvis ervervet fører til at man blir eier av flere enn to boligseksjoner i eierseksjonssameiet.»*. Bestemmelsen oppstiller en generell ervervsbegrensning, men innebærer ikke et forbud mot å eie mer enn to boligseksjoner. Loven er dermed ikke til hinder for at foretaket som seksjonerer en eiendom, fortsatt kan eie mer enn to boligseksjoner i eierseksjonssameiet.

Borettslag, staten, fylkeskommuner og kommuner kan erverve flere boligseksjoner enn det som ellers er tillatt etter ervervsbegrensningen, jf. eierseksjonsloven § 23 siste ledd. Forutsetningen for at en kommune skal kunne erverve flere enn to seksjoner er likevel at formålet med ervervet må være *«... å skaffe boliger.»*.

Selv om det i vedtektene til et eierseksjonssameie er fastsatt forbud mot at juridiske personer kan erverve eller eie seksjoner, åpner eierseksjonsloven likevel for at enkelte juridiske personer, herunder staten, fylkeskommuner og kommuner, kan kjøpe seksjoner i eierseksjonssameiet. Etter eierseksjonsloven § 24 fjerde ledd kan slike juridiske personer til sammen erverve *«inntil ti prosent, men likevel minst en boligseksjon, i eierseksjonssameier som består av fem eller flere seksjoner»*, selv om det er nedlagt forbud mot at juridiske personer kan erverve seksjoner i vedtektene.

Eierskifte

Borettslag

Utgangspunktet i borettslagsloven § 4-4 er at *«Ein andel kan skifte eigar uten andre vilkår enn det som følgjar av § 4-1 eller anna lovføresegn eller av vedtektsføresegn som har fått tilslutning frå eigarane av dei andelane det gjeld.»*.

Hovedregelen er dermed at borettslagsandeler fritt kan skifte eier. Det kan likevel finnes unntak i lov, og borettslagsloven åpner for at det i vedtektene kan fastsettes vilkår for eierskifte. Forutsetningen for at det skal kunne vedtektsfestes vilkår for eierskifte er at det *«... er sakleg grunn til det»*⁷³. I tilfeller hvor vilkår for eierskifte er vedtektsfestet, omtales borettslaget som klausulerte borettslag⁷⁴.

⁷² Ot.prp. nr. 30 (2002-2003) s. 250, om lov om bustadbyggjelag (bustadbyggjelagslova) og lov om burettslag (burettslagslova)

⁷³ Borettslagsloven (LOV-2003-06-06-39) § 4-4.

⁷⁴ NOU 1992: 1 Trygghet – Verdighet – Omsorg s. 340 og Prop. 99 L (2015-2016) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og helse- og omsorgstjenesteloven (rett til opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester – kriterier og ventelister) s. 4.

Kravet til saklig grunn antas å burde anvendes etter de samme retningslinjer som en vurdering etter avtaleloven § 36 med hovedvekt på virkningen i det konkrete tilfellet. Vilkår om kommunal tildelingsrett og vedtektsveto har i rettspraksis vært ansett som saklig grunn for å klausulere borettslaget. Klausuleringen kun også begrenses til bestemte borettslagsandeler i borettslaget. Forutsetningen er at vilkårene for disse andelene er vedtektsfestet, og har fått tilslutning fra andelseierne vilkårene gjelder.⁷⁵

Det er derfor viktig at kommunen sørger for at følgende gjennomføres ved stiftelsen av borettslaget:

- Vilkår om kommunal tildelingsrett inntas i stiftelsesdokumentet til borettslaget og i vedtektene ved stiftelsen av borettslaget.
- Vedtektene inneholder bestemmelser om prisregulering knyttet til de aktuelle borettslagsandelene i vedtektene.
- Vedtektene inneholder et vedtektsveto til fordel for kommunen, slik at generalforsamlingen ikke kan endre vilkåret om kommunal tildelingsrett og prisregulering ved senere generalforsamlinger.

For å sikre at klausulerte borettslagsandeler faktisk brukes i tråd med formålet, bør det inntas bestemmelser i vedtektene som redegjør for formålet med de klausulerte borettslagsandelene. Dette vil bidra til å redusere risikoen for omgåelser og «støtte opp om» de andre reguleringsmekanismene (tildelingsrett, vedtektsveto og prisregulering).

Se nærmere om punktene ovenfor under utredningens punkt 6.3.4.

Eierseksjonssameie

Hovedregelen i eierseksjonsloven er at den enkelte seksjonseier disponerer fritt over egen seksjon med de begrensningene som følger av sameieforholdet og eierseksjonsloven, jf. eierseksjonsloven § 24 første ledd. Begrensningene som følger av sameieforholdet, kan være vedtekter eller andre avtaler som begrenser den rettslige rådigheten over seksjonen.

Det følger av eierseksjonsloven § 24 annet ledd at seksjonseiernes rettslige disposisjonsrett over seksjonene «... kan begrenses i vedtektene dersom de som berøres, samtykker i begrensningen. Slike begrensninger kan også fastsettes i avtaler mellom seksjonseiere eller i avtaler mellom seksjonseiere og tredjepersoner». Kravet innebærer at den enkelte seksjonseier positivt må slutte seg til vedtekter som begrenser den enkeltes rettslige rådighet.

Utfordringen kan løses praktisk ved at følgende forhold reguleres av vedtektene ved stiftelsen av eierseksjonssameiet:

- Vilkår om kommunal tildelingsrett inntas i stiftelsesdokumentet til eierseksjonssameiet og i vedtektene ved opprettelse av eierseksjonssameiet.
- Vedtektene i eierseksjonssameiet inneholder et vedtektsveto til fordel for kommunen, slik at årsmøtet ikke kan endre vilkåret om kommunal tildelingsrett ved senere årsmøter.
- Det inntas bestemmelser om prisregulering knyttet til de aktuelle eierseksjonene i vedtektene.

Se nærmere om punktene ovenfor under utredningens punkt 6.3.4.

6.3.4 Adgangen til å innføre kontrolltiltak gjennom vedtekter og avtaler (tildelingsrett, prisregulering og klausuler for videresalg)

Både borettslagsloven og eierseksjonsloven gir – innenfor visse rammer – adgang til å etablere kontrolltiltak som tildelingsrett, prisregulering og klausuler som begrenser videresalg gjennom vedtekter og avtaler.

I borettslag følger adgangen til å fastsette vilkår for eierskifte uttrykkelig av borettslagsloven § 4-4, som forutsetter at vilkårene har fått tilslutning fra eierne av de andelene kontrolltiltaket skal gjelde, og at det foreligger saklig grunn. I eierseksjonssameier kan tilsvarende begrensninger fastsettes i vedtektene så lenge de berørte seksjonseierne

⁷⁵ LH-2008-172269 side 11

samtykker, og forutsatt at vedtektene ikke er egnet til å gi enkelte seksjonseiere eller utenforstående en urimelig fordel på andre seksjonseieres bekostning, jf. eierseksjonsloven § 27 fjerde ledd.

I praksis bør kommunen derfor sørge for at slike tiltak tas inn i de opprinnelige vedtektene allerede ved stiftelsen av borettslaget eller ved opprettelsen av eierseksjonssameiet. På dette tidspunktet vil utbygger og/eller kommunen normalt være hjemmelshaver til samtlige borettslagsandeler og seksjoner, noe som gjør det betydelig enklere å få nødvendige vedtekter, samtykker og eventuelle tinglyste heftelser på plass.

En oppsummering av adgangen til å innføre kontrolltiltak følger i tabellen nedenfor:

Borettslag	Eierseksjonssameie
Det kan oppstilles vilkår i vedtektene (klausulering) hvis det er saklig grunn for det, jf. borettslagsloven § 4-4 annet punktum.	Det er adgang til å vedtektsfeste begrensninger i den rettslige disposisjonsretten, jf. eierseksjonsloven § 24 annet ledd. De som berøres av begrensningen må samtykke.
Borettslagsloven oppstiller et forbud mot diskriminering, jf. § 1-5.	Eierseksjonsloven oppstiller et forbud mot diskriminering, jf. § 6.
Ingen lovbestemte grenser for hvilke vilkår som kan inntas i vedtektene. Det må likevel foreligge « <i>saklig grunn</i> » til å innta vilkåret i vedtektene.	Enkelte begrensninger for hvilke vilkår som kan inntas i vedtektene, jf. eierseksjonsloven § 27 fjerde ledd (kan ikke inntas bestemmelser i vedtektene som er egnet til å gi noen seksjonseiere eller uforstående en urimelig fordel på andre seksjonseieres bekostning). Merk at det må likevel foreligge « <i>saklig grunn</i> » for å innta vilkår i vedtektene, jf. Rt. 2003 s. 288 (avsnitt 31).
Vedtektsfestede vilkår må få tilslutning fra andelseierne vilkåret gjelder.	Seksjonseier som berøres av begrensningen må samtykke.

Kravet om at kontrolltiltak må ha saklig grunn

Et borettslag (og tilsvarende eierseksjonssameie der vedtektene regulerer eierskifte) kan i utgangspunktet fastsette vilkår for eierskifte og overdragelse, men vilkårene må ha «*saklig grunn*». Saklighetskravet i borettslagsloven § 4-4 ligger nært opp til vurderingen etter avtaleloven § 36. Dette innebærer at spørsmålet i stor grad blir om det vil være urimelig å gjøre vilkåret gjeldende, sett i lys av avtalens innhold, hvordan avtalen ble til, og senere utvikling.

Prisregulering

Høyesterett har lagt til grunn at prisregulering kan være gyldig når den har et saklig formål⁷⁶, og har forankret saklighetsvurderingen uttrykkelig i avtaleloven § 36.⁷⁷ Av juridisk teori fremgår det at vedtektene kan inneholde ulike typer klausulering (f. eks prisregulering eller personkrav som alder, nedsatt funksjonsevne mv.)⁷⁸, og at «*saklig grunn*» betyr rimelig god og aktverdig grunn, uten krav om særlig tungtveiende grunner. Vurderingen bør ta utgangspunkt i virkningen i det konkrete tilfellet, særlig forholdet mellom borettslaget og den selgende andelseier: har borettslaget saklig grunn til å håndheve vilkåret, eller gir det så urimelig resultat at det må settes til side.⁷⁹

I praksis innebærer dette at prisregulering kan brukes som et reelt styrings- og fordelingsgrep: prisregulering kan motvirke spekulasjon, bidra til at boliger forblir tilgjengelige for den tiltenkte målgruppen, og sikre at økonomiske fordeler

⁷⁶ Rt. 2013 s. 1316

⁷⁷ Rt. 2011 s. 1641, avsnitt 62

⁷⁸ Ot.prp.nr. 30 (2002-2003) s. 121-122, Prop. 39 L (2016-2017) s. 165

⁷⁹ Wyller, Boligrett (2009), s. 94

(f.eks. offentlige tilskudd eller rabatter) ikke privatiseres som kortsiktig gevinst ved videresalg. Et typisk eksempel er der kjøper har fått redusert kjøpesum fordi prosjektet er finansiert med kommunalt tilskudd eller andre ordninger som skal komme flere til gode over tid. Uten prisregulering kan kjøper få en urimelig fordel ved å selge til markedspris etter kort eiertid og dermed «ta ut» tilskuddet som gevinst. Prisregulering kan da fremstå som saklig nettopp fordi den knytter seg til formålet bak ordningen og balanserer hensynet til eieren mot hensynet til fellesskapet og tilskuddsgiver. Samtidig kan vilkåret – dersom det slår uforholdsmessig ut i det konkrete tilfellet – etter omstendighetene justeres eller settes til side etter den samme urimelighetsvurderingen som avtaleloven § 36 bygger på.

Tildelingsrett eller andre godkjenningsordninger

Både borettslagsloven og eierseksjonsloven legger opp til at det kan vedtas godkjenningsordninger ved eierskifte/overdragelse. Dersom en tildelingsrett for kommunen skal være gyldig, må denne følge av vedtektene. Samtykke kan kun nektes når det foreligger saklig grunn.

I borettslag er det i praksis styret som avgjør søknad om godkjenning. I eierseksjonssameier kan vedtektene i større grad regulere hvem som skal ha godkjenningskompetansen (styret eller årsmøtet/sameiermøtet), og ordningen kan også utformes slik at kommunen står for godkjenningen (slik det er omtalt i forarbeidene).

Borettslag	Eierseksjonssameie
Borettslagsloven § 4-5.	Eierseksjonsloven § 24 tredje ledd.
Borettslaget kan vedta godkjenningsordning /tildelingsrett. Godkjenningsordning / tildelingsrett må vedtektsfestes.	Eierseksjonssameiet kan vedta godkjenningsordning /tildelingsrett. Godkjenningsordning/tildelingsrett må vedtektsfestes.
Søknad om godkjenning avgjøres av styret som avgjør om eierskiftet skal godkjennes.	Godkjenningsordningen kan gå ut på at styret eller årsmøtet skal godkjenne ny eier eller leier, men det kan også være kommunen som skal stå for godkjenningen, jf. Prop. 39 L (2016-2017) s. 165
Godkjenning kan bare nektes ved «saklig grunn».	Godkjenning kan bare nektes ved «saklig grunn».

Vedtektsveto

Vedtektsveto innebærer at vedtektene fastsetter enkelte bestemmelser som ikke kan endres uten samtykke fra en nærmere angitt tredjeperson. Vedtektsveto er et særlig sterkt og stabilt styringsverktøy, fordi det gjør sentrale kontrolltiltak (f. eks. tildelingskriterier, prisregulering og omsetningsbegrensninger) mer robuste over tid og mindre sårbare for skiftende flertall i borettslaget eller eierseksjonssameiet.

Borettslagsloven gir et klart hjemmelsgrunnlag for vedtektsveto for tredjepersoner, jf. borettslagsloven § 7-12. Vetoretten for tredjepersoner kan vedtektsfestes «Med tilslutning fra alle andelseigarar», jf. borettslagsloven § 7-12. Det vil derfor være mest hensiktsmessig å sørge for at vetoretten inntas i vedtektene ved stiftelsen.

Vedtektsveto kan knyttes til endringer i bestemmelser om (i) vilkår for å være andelseier av enkelte borettslagsandeler i borettslaget, (ii) forkjøpsrett, (iii) pris ved overføring, og (iv) selve vedtektsbestemmelsen om krav til godkjenning av vedtektsendringer. Resultatet er at de aktuelle «grunnpilarene» i reguleringen ikke kan fjernes eller svekkes uten at vetohaver samtykker til endringen.

Eierseksjonsloven åpner i utgangspunktet ikke for at tredjepersoner kan gis vedtektsfestet veto. Det kan derfor ikke vedtektsfestes vetorett for kommunen (eller andre) med mindre det følger av loven. Kommunal vetorett er likevel særskilt regulert i eierseksjonsloven, blant annet ved lovfestede bestemmelser om kommunens rolle, jf. § 26 andre ledd sjette punktum, og en uttrykkelig adgang til å vedtektsfeste kommunalt veto i bestemte tilfeller, jf. § 27 femte ledd. Etter eierseksjonsloven § 27 femte ledd kan det – i sameier som har fått kompensasjon for merverdiavgift etter

merverdiavgiftskompensasjonsloven – fastsettes vedtektsbestemmelser som gir kommunen vetorett mot endringer i vedtektene som går ut på at bare personer som er innvilget heldøgns helse- og omsorgstjenester, kan eie eller bruke en boligseksjon. En slik vedtektsbestemmelse forutsetter at samtlige seksjonseierne uttrykkelig samtykker.

Den praktiske konsekvensen er at dersom kommunen ønsker et reelt og varig styringsgrep gjennom vedtektsveto, bør dette avklares og vedtas ved opprettelsen av eierseksjonssameiet. På dette tidspunktet vil utbygger/kommunen typisk ha rettslig rådighet over samtlige enheter.

En oppsummering av reglene knyttet til vedtektsveto for borettslag og eierseksjonssameier følger nedenfor:

Borettslag	Eierseksjonssameie
Vedtektsveto for tredjepersoner, jf. Borettslagsloven § 7-12.	Vetorett for kommunen, jf. eierseksjonsloven §§ 26 andre ledd sjette punktum og 27 femte ledd.
Vedtektsveto kan inntas i vedtektene ved tilslutning fra alle andelseierne (eller mest praktisk: ved stiftelsen av borettslaget).	Lovfestet vetorett, jf. § 26 annet ledd sjette punktum. Vetorett kan vedtektsfestes om alle seksjonseiere sier seg uttrykkelig enig, jf. § 27 femte ledd (eller mest praktisk: ved opprettelsen av eierseksjonssameiet).
Vetorett mot endringer av følgende vedtektsbestemmelser: <ol style="list-style-type: none"> 1) Bestemmelser som gjelder vilkår for å være andelseier. 2) Bestemmelser som gjelder forkjøpsrett til andel. 3) Bestemmelser om pris ved overføring av andel. 4) Bestemmelser etter leddet her om godkjenning av vedtektsendring. 	Det kan ikke vedtektsfestes at tredjepersoner/kommunen har vetorett med mindre det ellers følger av loven.

Særlig om kontrolltiltak gjennom vedtekter og avtaler når kommunen kjøper borettslagandeler eller eierseksjoner etter at borettslaget eller eierseksjonssameiet er stiftet

I tilfeller hvor kommunen kjøper borettslagsandeler eller eierseksjoner i et allerede etablert borettslag eller eierseksjonssameie, er handlingsrommet for å etablere kontrolltiltak i stiftelsesdokumenter og vedtekter mer begrenset. Ved kjøp må kommunen derfor sikre kontrolltiltak gjennom (i) vilkår i kjøpsavtalene for de aktuelle andelene/seksjonene, og (ii) vedtektsendringer som vedtas av borettslaget eller eierseksjonssameiet med nødvendige flertall og samtykker.

Ved kjøp av borettslagsandeler i et eksisterende borettslag bør kommunen:

1. **Regulere bruk, videresalg og pris i kjøpekontrakten.** Dette kan eksempelvis være bestemmelser om at borettslagsandelen skal benyttes som omsorgsbolig, at beboer skal være utpekt av kommunen, og at videresalg skal skje på nærmere regulerte vilkår (prisregulering, forkjøpsrett/tilbakekjøpsrett mv.).
2. **Sikre rettsvern gjennom tinglysing** av slike vilkår som heftelser på andelen (urådighetserklæring, forkjøps- eller tilbakekjøpsrett, bruksbegrensning mv.).
3. **Kreve vedtektsendringer** i borettslaget tilknyttet andelene som kjøpes av kommunen (formålsbestemmelse, vilkår for å være andelseier i omsorgsboligene, kommunal tildelingsrett og vedtektsveto). Adgangen til å fastsette slike vilkår følger av borettslagsloven § 4-4, se nærmere om dette ovenfor.

Ved kjøp av eierseksjoner etter at eierseksjonssameiet er etablert, vil utgangspunktet være at den enkelte seksjonseier har full rettslig råderett over egen eierseksjon. Den rettslige råderetten kan begrenses ved vedtekter og avtaler. Slike begrensninger må imidlertid bygge på samtykke fra de seksjonseierne som blir berørt og kan ikke utformes slik at noen seksjonseiere får en urimelig fordel på andre seksjonseieres bekostning, se nærmere om dette ovenfor.

Ved kjøp av eierseksjoner i et eksisterende eierseksjonssameie bør kommunen:

1. **Regulere kontrolltiltak individuelt for de seksjonene kommunen kjøper.** Dette kan skje gjennom bestemmelser i kjøpekontrakten, tinglyste heftelser (bruksbegrensning til en bestemt målgruppe, prisregulering, forkjøps- eller tilbakekjøpsrett og krav om kommunal godkjenning av ny eier). Slike heftelser vil binde kommunen og senere kjøpere av de konkrete seksjonene, men påvirker ikke i seg selv de øvrige seksjonseierens rådighet.
2. **Krav om vedtektsendringer** i sameiet dersom det er ønskelig med mer generelle ordninger (f.eks. godkjenningsordning/tildelingsrett for kommunen eller felles regler om prisregulering). Dette forutsetter positivt samtykke fra de seksjonseierne som blir berørt, og at vedtektsbestemmelsene holder seg innenfor eierseksjonslovens rammer for hvilke vilkår som kan vedtas.

Samlet innebærer dette at modellen er praktisk enklest å gjennomføre der kommunen kan medvirke ved stiftelsen av borettslaget eller eierseksjonssameiet. Når kommunen trer inn som eier i et allerede etablert boligselskap, må formålet med omsorgsboligene i større grad sikres gjennom individuelle avtaler og målrettede vedtektsendringer som tilfredsstiller kravene til saklig grunn og rimelighet etter borettslagsloven og eierseksjonsloven, og som har nødvendig tilslutning fra de andelseierne og seksjonseierne som berøres.

6.3.5 Borettslag i et sameie

Det er adgang til å kombinere eierformene eierseksjonssameie og borettslag i samme bygg. Eierseksjonsloven § 23 fjerde ledd, 2. punktum fastslår at et borettslag kan eie flere eierseksjoner i et eierseksjonssameie.

Eierseksjonsloven inneholder ikke bestemmelser som regulerer adgangen for et eierseksjonssameie til å eie borettslagsandeler. Bakgrunnen for dette er utgangspunktet i borettslagsloven om at kun fysiske personer kan eie borettslagsandeler.

Forarbeidene til eierseksjonsloven og borettslagsloven gir begrenset veiledning om hvilke hensyn som ligger bak å kombinere et eierseksjonssameie og borettslag. Lagmannsretten⁸⁰ har imidlertid uttalt at

«Løsningen kan være ønskelig der et seksjonssameie består både av bolig- og næringsseksjoner, og boligeierne ønsker en annen eierform enn de næringsdrivende. I rene boligsameier er det videre tenkelig at noen av sameiere av hensyn til bomiljøet foretrekker den mer personlige eierformen som borettslag innebærer, ved at bare fysiske personer kan eie andeler og ved at loven begrenser adgangen til bursoverlating og utleie».

Kombinert eierseksjonssameie og borettslag vil i dette tilfellet kunne være aktuelt hvor personalbasen til kommunen skal plasseres i samme bygg som omsorgsboligene. Personalbasen vil ikke kunne drives i en borettslagsandel, siden en borettslagsandel skal benyttes som bolig. Personalbasen må derfor driftes fra en næringsseksjon.

Det kan knytte seg visse utfordringer til kombinerte eierseksjonssameier og borettslag. For det første kan det være vanskelig å tilpasse og harmonisere vedtektene i borettslaget og i sameiet når det gjelder fordeling av vedlikeholdsplikt, beslutningsmyndighet mv. Videre kan kombinasjonen være fordyrende for særlig andelseierne i borettslaget. Borettslaget må ha et eget regnskap og revisjon samt eget styre, samtidig som borettslaget som seksjonseier betaler en forholdsmessig andel av kostnadene for forretningsførsel av sameiet.⁸¹

Oppsummert kan det i enkelte tilfeller – for eksempel der et eierseksjonssameie omfatter både bolig- og næringsseksjoner – være hensiktsmessig å etablere et eget borettslag for boligdelen av eiendommen. I en slik kombinert modell vil forhold knyttet til sameiet reguleres etter eierseksjonsloven.

⁸⁰ LB-2024-182840

⁸¹ Marianne Raa Bjaaland & Jan-Erik Nilsen, (2020), «Eiendomsprosjekter», punkt 13.3.1

Andelseiernes rettigheter og forpliktelser internt i borettslaget reguleres av borettslagsloven. Adgangen til å gjennomføre kontrolltiltak gjennom vedtektene (tildelingsrett, prisregulering og klausuler for videresalg), vil bero på hvilket regelsett den enkelte organisasjonsformen er underlagt. Vilkår som knytter seg til boligene må holdes innenfor rammene av borettslagsloven, som åpner for klausulering i borettslagets vedtekter når det foreligger saklig grunn. Begrensninger i seksjonseiernes rådighet må forankres i eierseksjonsloven og i sameiets vedtekter.

6.3.6 Er det eiendomsrettslige utfordringer ved at det tinglyses forskjellige klausuler tilknyttet de ulike andelene (f.eks. tinglysingssperre (urådighetserklæring) bare på de andelene som skal selges til personer i målgruppen for investeringstilskuddet)?

Det er ingen bestemmelser i borettslagsloven eller eierseksjonsloven som begrenser tinglysing av slike urådighetserklæringer. Urådighetserklæringer, bestemmelser om forkjøps- eller tilbakekjøpsrett, bruksbegrensninger knyttet til målgruppe, vilkår for videresalg mv. kan tinglyses over den enkelte borettslagsandel eller eierseksjon. Se mer om dette under punkt 6.3 ovenfor.

Tinglysing av ulike klausuler vil likevel medføre flere praktiske utfordringer:

- Det må utarbeides erklæringer som tinglyses over den enkelte andel (kan tinglyses over de relevante andelene / seksjonene samlet dersom eier er den samme). Slike erklæringer kan ikke tinglyses digitalt, og må derfor sendes i original til Kartverket.
- Etter urådighet er tinglyst, må rettighetshaver (kommunen) samtykke til all form for tinglysing over den enkelte andel, f. eks. dersom bank skal tinglyse pant. Dette kan føre til merarbeid for kommunen.

6.3.7 Er det eiendomsrettslige utfordringer knyttet til ulike vedtektsbestemmelser for boliger kommunen har tildelingsrett på og boliger som selges på det åpne markedet?

Utgangspunktet er at det kan inngås avtale mellom kommunen og et borettslag om at stiftelsen skjer med formål å ha omsorgsboliger. Det er tillatt at borettslaget ved stiftelsen klausuleres med kommunal tildelingsrett, vedtektsveto mv. Dette må imidlertid fastsettes i vedtektene. Se nærmere om dette punktet redegjørelsen ovenfor i punkt 6.3.

6.3.8 Er det utfordringer knyttet til å opprette borettslag i sameier?

Se nærmere om dette ovenfor i punkt 6.3.

6.4 Vurdering av handlingsrommet for merverdiavgiftskompensasjon for kjøpsmodellen

Det er likhetstrekk mellom modell 1.2 og kjøpsmodellen (modell 1.3), se punkt 2.4 og 6.1. Overgangen kan være glidende, men en forskjell er at kommunen i modell 1.2 allerede eier bygget eller er byggherre, mens i kjøpsmodellen omfatter alternativet hvor kommunen kjøper deler av et utviklingsprosjekt eller ferdig oppført bygningsmasse av en privat aktør. Vi viser til punkt 6.3.1 ovenfor om at bolig i et flerbolighus som hovedregel organiseres enten som eierseksjon (eierseksjonssameie) etter eierseksjonsloven, eller som borettslagsandel (borettslag) etter borettslagsloven.

Dersom kommunen kjøper bygningsmasse i form av andeler i et borettslag (eller et eierseksjonssameie) med sikte på å selge eller leie ut andelene til brukere med kommunale vedtak, og dette skjer etter at en privat aktør først har oppført boligmassen og overført eiendommen til borettslaget, vil den private aktøren ikke ha rett til kompensasjon for merverdiavgift. Dette gjelder selv om den private aktøren i prinsippet kan omfattes av merverdiavgiftskompensasjonsloven § 2 (1) bokstav c, se punkt 8.7.1 og 8.7.2 nedenfor.

Den private aktøren kan derimot ha rett til merverdiavgiftskompensasjon hvis aktøren oppfører omsorgsboligene, overfører eiendommen til borettslaget og andelene i borettslaget selges direkte til brukere med kommunale vedtak. Men vi oppfatter ikke at kjøpsmodellen omfatter en slik løsning.

Kommunen på sin side pådrar seg ikke noen mva-kostnader ved erverv av borettslagsandeler fra en privat aktør, sml. merverdiavgiftskompensasjonsloven § 3 (1).⁸² Følgelig er det heller ikke noe å kompensere. Vi tilføyer at dette vil være annerledes dersom kommunen selv er byggherre for tiltaket, men vi oppfatter ikke at kjøpsmodellen omfatter en slik løsning.

Kommunen kan uansett på vanlig måte være berettiget til merverdiavgiftskompensasjon for merverdiavgift pådratt ved driften av omsorgsboligene.

Dersom kommunen kjøper andeler i et borettslag eller eierseksjonssameie fra en privat aktør, og det er borettslaget som oppfører bygningene i eget navn, kan borettslaget få kompensasjon for merverdiavgiften som påløper ved oppføringen, forutsatt at vilkårene for kompensasjon er oppfylt, jf. merverdiavgiftskompensasjonsloven § 2 (2). Dette gjelder for borettslag etter borettslagsloven og boligsameier etter eierseksjonsloven der botilbudet fremstår som et integrert heldøgns helse- og omsorgstilbud i kommunens lovpålagte tjenestetilbud, se punkt 3.5.2 ovenfor. Etter § 7a (1) og (2) i forskrift⁸³ til merverdiavgiftskompensasjonsloven ytes det kompensasjon av merverdiavgift til borettslag og eierseksjonssameier dersom

«... mer enn 80 pst. av beboerne har fått innvilget heldøgns helse- og omsorgstjenester fra kommunen. De øvrige beboerne må ha fått innvilget helse- og omsorgstjenester fra kommunen. Med heldøgns helse- og omsorgstjenester menes i denne forskriften tjenester som ytes jevnlig av hjemmetjeneste og som må ytes i tilknytning til en bolig som nevnt i tredje ledd.

For borettslag og eierseksjonssameier som ikke oppfyller vilkårene i første ledd, ytes det forholdsmessig kompensasjon for beboerne som har fått innvilget heldøgns helse- og omsorgstjenester.» (Våre understrekinger.)

Borettslag vil kunne ha krav på merverdiavgiftskompensasjon både når det gjelder oppføring og drift av boligene dersom vilkårene er oppfylt, se punkt 3.5.2 ovenfor og f.eks. Prp. 1 LS (2016-2017) side 124 første spalte første avsnitt: «... også borettslag ... omfattes av merverdiavgiftskompensasjonsordningen når det gjelder oppføring og drift av boliger.».

I tillegg er det for borettslaget krav om egen personalbase, se forskriften § 7 (3) og punkt 6.5 nedenfor.

Hvis kommunen blir f.eks. 30 % andelseier i borettslaget og eier de boligene som ikke selges til beboere, så er forutsetningen at kommunen leier ut boligene til personer som er innvilget heldøgns helse- og omsorgstjenester, se forskriftsbestemmelse gjengitt like ovenfor. Ellers faller retten til merverdiavgiftskompensasjon forholdsmessig bort.

6.5 Hva er konsekvensene dersom kommunen eier eller leier personalbasen?

Retten til merverdiavgiftskompensasjon omfatter som utgangspunkt ikke anskaffelser til bygg, anlegg eller annen fast eiendom som er ment for salg eller utleie. Det gjøres imidlertid et unntak for anskaffelser til boliger med helseformål eller sosiale formål, jf. merverdiavgiftskompensasjonsloven § 4 tredje ledd. Bestemmelsen lyder:

«Kompensasjon ytes likevel for anskaffelser til boliger med helseformål eller sosiale formål. Det samme gjelder fellesanlegg i tilknytning til boligene.» (Vår understreking.)

Av § 7 (1) i forskrift⁸⁴ til merverdiavgiftskompensasjonsloven følger det at som bolig med helseformål eller sosialt formål

«... anses boliger særsåskilt tilrettelagt for helseformål eller sosiale formål, herunder boliger utformet etter Husbankens tilskuddsordning for omsorgsboliger.» (Vår understreking.)

Begrepet «særsåskilt tilrettelagt» er i forvaltningspraksis forstått slik at

⁸² Se merverdiavgiftskompensasjonsloven § 3 (1) hvor det heter at: «Det ytes kompensasjon for merverdiavgift ved kjøp av varer og tjenester fra registrerte næringsdrivende.»

⁸³ Forskrift om mva-kompensasjon til kommuner mv. (FOR-2003-12-12-1566)

⁸⁴ Forskrift om mva-kompensasjon til kommuner mv.

«... boligens beskaffenhet, og at selve tilretteleggingen må begrunne at man får akkurat denne type bolig. Dette vil typisk gjelde utleieenheter med beboere om har behov for boliger med livsløpsstandard tilpasset hjemmebasert omsorg, som spesialinnredet bad og toalett, seng brede dører, ingen terskler mv. Det legges videre til grunn at særskilt tilrettelegging kan bestå i tilknyttet vaktjeneste, ved at det i boligkomplekset er personalbase eller nærhet og tilgang til personell som kan yte hjemmebaserte helse- og omsorgstjenester. For all annen boligbygging i kommunal eller privat regi gis det ikke kompensasjon for merverdiavgift. For eksempel gis det ikke kompensasjon for anskaffelser til oppføring og drift av vanlige boliger som leies ut til beboere med særskilte behov på helse- og sosialområdet.»⁸⁵

For kommunen er det ikke et vilkår for merverdiavgiftskompensasjon at boliger med helseformål eller sosialt formål som kommunen eier og eventuelt leier ut, er tilknyttet en egen personalbase. Et slikt vilkår gjelder derimot for private utleiende, se merverdiavgiftskompensasjonsloven § 2 (2) første punktum om kompensasjonsrett for borettslag og boligsameier:

«Loven gjelder også for borettslag etter borettslagsloven og boligsameier etter eierseksjonsloven hvor botilbudet fremstår som et integreert heldøgns helse- og omsorgstilbud i kommunenes lovpålagte tjenestetilbud.» (Vår understreking.)

Dette er nærmere presisert i § 7a (3) forskrift⁸⁶ til merverdiavgiftskompensasjonsloven, hvor det fremgår:

«Boligene må være særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester. Med særskilt tilrettelagt for heldøgns helse- og omsorgstjenester menes at boligene må være tilknyttet en egen personalbase med 24 timers alarmsystem ved borettslaget eller eierseksjonssameiet.» (Vår understreking.)

Finansdepartementet har i en uttalelse⁸⁷ til Sivilombudet redegjort for forståelsen av kravet om «egen personalbase». Departementet fremhever at det sentrale vurderingstemaet er om borettslaget eller eierseksjonssameiet har en slik nærhet og tilgang til personell som yter heldøgns helse- og omsorgstjenester, at beboerne er sikret bistand og hjelp gjennom hele døgnet på samme måte som om personalbasen hadde vært fysisk lokalisert i boligkomplekset.

Finansdepartementet uttaler videre at dette forutsetter tilstrekkelig geografisk nærhet mellom personalbasen og boligkomplekset, samt at personalbasen er tilstrekkelig bemannet til å sikre beboerne kontinuerlig bistand. På denne bakgrunn mener departementet at det ikke er avgjørende om personalbasen er lokalisert i selve boligkomplekset eller hvem som formelt eier personalbasen. Det avgjørende er at personalet er tilgjengelig for beboerne på en måte som minst tilsvarer det som ville vært tilfellet dersom personalbasen var lokalisert i boligkomplekset og utelukkende betjente det aktuelle borettslaget eller eierseksjonssameiet.

Dersom disse forutsetningene er oppfylt, er departementets syn at boligene må anses å ha den nødvendige tilknytningen til personalbase som forskrift til merverdiavgiftskompensasjonsloven § 7a tredje ledd gir anvisning på.

Finansdepartementets uttalelse er fulgt opp i to uttalelser fra Sivilombudet.⁸⁸ I disse legger Sivilombudet også til grunn at det ikke gjelder et absolutt krav om at borettslaget eier personalbasen, eller at personalbasen er fysisk lokalisert i selve borettslaget. Det avgjørende vurderingstemaet er om beboerne er sikret døgnskontinuerlig tilsyn og bistand.

Dette forutsetter både tilstrekkelig geografisk nærhet mellom personalbasen og boligkomplekset og en bemanning som er tilstrekkelig til å ivareta beboernes behov gjennom hele døgnet. Det er helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2, jf. § 3-1 som vil være hjemmelen for de helse- og omsorgstjenestene som skal vurderes, enten det er tale om heldøgns tjenester eller lavere tjenestenivå.

⁸⁵ Finansdepartementet; Høringsnotat – merverdiavgiftskompensasjon for borettslag og eierseksjonssameier, 8. desember 2016

⁸⁶ Forskrift om mva-kompensasjon til kommuner mv.

⁸⁷ Tolkningsuttalelse 17. februar 2023 om merverdiavgiftskompensasjon for borettslag og eierseksjonssameier, punkt 3.2

⁸⁸ BfU (bindende forhåndsuttalelse) 31. mars 2023 i sak 2022/6123 og sak 2023/196

6.6 Er sameie like egnet som borettslag med hensyn til merverdiavgiftskompensasjon?

Merverdiavgiftskompensasjonsloven gjelder også for borettslag etter borettslagsloven og boligsameier etter eierseksjonsloven, forutsatt at botilbudet fremstår som et integrert heldøgns helse- og omsorgstilbud som inngår i kommunenes lovpålagte tjenestetilbud, jf. punkt 3.5.2 ovenfor. Det ytes i slike tilfeller merverdiavgiftskompensasjon til borettslag og eierseksjonssameier i samsvar med § 7a (1) og (2) i forskrift til merverdiavgiftskompensasjonsloven, jf. punkt 6.4 ovenfor.

Merverdiavgiftskompensasjon ytes imidlertid ikke til tingsrettslige sameier. Dette ble fastslått av Høyesterett i Rt. 2013 s. 541 (Torneby Sameie), hvor retten kom til at sameiet ikke hadde rett til merverdiavgiftskompensasjon. Denne rettstilstanden ble ikke endret ved den senere utvidelsen av kompensasjonsordningen til å omfatte borettslag og eierseksjonssameier.

Høyesterett begrunnet avgjørelsen med at ordningen med merverdiavgiftskompensasjon har som formål å motvirke konkurransevridning mellom virksomheter. Et tingsrettslig sameie ble ansett å ikke være en virksomhet, men en sammenslutning etablert for å fremskaffe boliger til beboerne. På denne bakgrunn konkluderte Høyesterett med at sameiet ikke kunne omfattes av retten til merverdiavgiftskompensasjon.

6.7 Kommunens bruk av investeringstilskudd til kjøp fra privat aktør etter reglene om kommunal økonomiforvaltning

Når Husbankens tilskudd brukes til et formål som i regnskapsforskriften kapittel 2 klassifiseres som en investering, skal tilskuddet føres i «*økonomiplanens investeringsdel, investeringsbudsjettet og investeringsregnskapet*».⁸⁹ Kommunen investerer i anleggsmidler, selv om planen er å selge omsorgsboliger videre til beboere på et senere tidspunkt. Dette understøttes av departementets veileder om regnskapsforskriften at investeringstilskudd for anskaffelse av anleggsmidler omfattes av økonomiplanens investeringsdel:

«[§ 2-2] [B]okstav a innebærer videre at også inntekter knyttet til anskaffelser av anleggsmidler skal føres i investering. Det siktes her til inntekter som opptjenes i tilknytning til at det påløper investeringsutgifter, typisk kompensasjon for merverdiavgift, eller midler som etter lov, forskrift eller avtale/tilsagn er forbeholdt investeringer (investeringstilskudd, gaver som er gitt til investeringsformål o.l.)» (vår understreking).⁹⁰

Konsekvensen av at tilskuddet fra Husbanken føres i økonomiplanens investeringsdel, er at kommunen får mindre fleksibilitet med hensyn til bruken av midlene. Den begrensede fleksibiliteten som følger av at tilskuddet regnskapsføres som investering, har ingen praktisk betydning for denne modellen så lenge pengene brukes som forutsatt ved tildeling.

6.8 Øvrige spørsmål: Kan Kommunens salg av omsorgsbolig til privatpersoner (beboere) delvis finansieres av etableringstilskudd, startlån eller subsidierte lånebetingelser?

Investeringstilskuddet skal ikke finansiere beboerens kjøp av omsorgsbolig fra kommunen, slik denne kjøpsmodellen er utformet. Ved kjøp av omsorgsbolig kan privatpersoner søke om subsidierte lån gjennom offentlige støtteordninger. Husbanken gir startlån til kommunen, som kan låne midlene videre til privatpersoner. Kommunen kan også vurdere å gi etableringstilskudd. Det faller utenfor denne utredningen å gå nærmere inn på detaljene i disse støtteordningene.

6.9 Øvrige spørsmål: Hvordan kommer rente-/avdragsfritt lån neste beboer til gode? Kan lånet overtas av neste kjøper hensyntatt en prisregulering?

6.9.1 Utgangspunktet er at lån til beboer vil være personlig

Vi kan ikke se at det er kommersielt eller praktisk at subsidierte lån overtas av ny beboer av omsorgsplassen. Løsningen bør derfor være at lånet blir gjort opp mellom kommunen og långiver.

⁸⁹ Se budsjett- og regnskapsforskriften for kommuner og fylkeskommuner mv. §§ 2-1 og 2-2 (FOR-2019-06-07-714)

⁹⁰ Kommunal- og distriktsdepartementet, *Veileder til budsjett- og regnskapsforskriften* (jan. 2024) side 8.

6.9.2 Statsstøtteregelverket er ikke et hinder for at lånet kan overtas neste beboer

Uavhengig av om det rente- og avdragsfrie lånet er ytet personlig eller knyttet til boligen, vil statsstøtteregelverket ikke være til hinder for en transaksjon mellom den opprinnelige beboeren og en etterfølgende beboer, forutsatt at begge opptrer som privatpersoner og ikke driver økonomisk aktivitet.

6.10 Oppsummering av kjøpsmodellens fordeler og ulemper

Fordeler med kjøpsmodellen

- Det er lav risiko for at kommunen videretildeler tilskudd fra Husbanken.
- Det er lav risiko for at privat aktør mottar ulovlig statsstøtte.
- Etter kjøpskontrakten er inngått med privat aktør, vil det ikke være høye krav til administrasjon, koordinering og etterlevelse av regelverk over tid.
- Kommunens økonomiforvaltning av tilskuddet fra Husbanken som brukes i denne modellen vil være forutsigbar uten høye krav til administrasjon, koordinering og etterlevelse over tid.
- Kommunen kan betinge seg tilfredsstillende kontrolltiltak (vedtektsveto, tildelingsrett og prisregulering) i forbindelse med kjøpet av omsorgsboligene fra utbygger.

Ulemper med kjøpsmodellen

- Den private aktøren kan ikke oppnå merverdiavgiftskompensasjon.
- Kommunen kan ikke oppnå merverdiavgiftskompensasjon for oppføringskostnadene. Handlingsrommet for kommunens mulighet til å oppnå merverdiavgiftskompensasjon vil være annerledes dersom kommunen er byggherre for etableringen av omsorgsplasser.
- Borettslaget kan oppnå merverdiavgiftskompensasjon dersom borettslaget oppfører boligene og pådrar seg merverdiavgift på oppføringskostnadene, forutsatt at vilkårene for kompensasjon er oppfylt. Dette kan være en strukturell ulempe.
- Kommunen vil ikke ha langsiktig eierskap til omsorgsplassene.
- Kommunen bruker og binder betydelig kapital og likviditet i perioden før flere eller alle omsorgsplassene er solgt til beboere.
- Kommunen vil måtte håndtere eventuelle reklamasjonskrav fra kjøpere av omsorgsboligene.

7 LEIEMODELLEN (MODELL 1.4)

7.1 Beskrivelse av leiemodellen

Kommunen skaffer omsorgsplasser ved å inngå en langsiktig leieavtale med en privat aktør (ikke beboer). Leieavtalen kan gjelde nye boliger som oppføres eller eksisterende boliger som ombygges for å oppfylle kravene til investeringstilskudd, og inngås i tråd med anskaffelsesregelverket. Avtalen gir kommunen rett til å disponere boligene eller plassene til målgruppen for investeringstilskuddet, og må ha en varighet som samsvarer med kommunens tildelingsrett (bindingstiden for tilskuddet), per i dag 20 år regnet fra sluttutbetaling av tilskuddet. Kommunen betaler enten årlig leie eller forskuddsleie for hele avtaleperioden.

7.2 Kort om eiendomsrett, merverdiavgift og personalbase i tilknytning til leiemodellen

7.2.1 Eiendom

I tilfeller hvor kommunen benytter leiemodellen, må det inngås en langsiktig leieavtale med kommunen som leietaker, og den private aktøren som utleier. I tillegg må kommunen inngå fremleieavtaler med den enkelte beboer, med kommunen som fremutleier, og den enkelte beboer som fremleietaker. I det følgende avgrensner vi mot å redegjøre nærmere for hvilke forhold som bør reguleres i hovedleieavtalen mellom kommunen og den private aktøren, og fremleieavtalene mellom kommunen og den enkelte beboer. Det understrekes likevel at kommunen må innta

bestemmelser i fremleieavtalene med den enkelte beboer som forhindrer at beboer fremleier eller videretildeler boligen til tredjepersoner.

7.2.2 Merverdiavgiftskompensasjon

Vi viser til punkt 3.5 og 6.4 ovenfor for nærmere redegjørelse om merverdiavgiftskompensasjon.

7.2.3 Hva er konsekvensene dersom kommunen eier eller leier personalbasen?

Vi viser til punkt 6.5 ovenfor.

7.3 Problemstillinger tilknyttet leiemodellen om videretildeling av tilskuddet, statsstøtte og kommunal økonomiforvaltning

7.3.1 Dersom tilskuddet fra Husbanken brukes til å betale leie enten ved forskuddsleie eller årlig leie, vil det da være en videretildeling av tilskuddet fra Husbanken?

Spørsmålet om hvorvidt bruk av hele tilskuddet til leie av omsorgsplasser anses som videretildeling av tilskuddet beror på en tolkning av forskrift om investeringstilskudd § 3, Husbankens retningslinjer og statsstøtteregulverket.⁹¹ Det vises til punkt 3.1-3.3 ovenfor. Under punkt 3.1 ovenfor redegjør vi for vår forståelse av at tilskuddet fra Husbanken «*kan bare gis til kommunen*».⁹²

At kommunen betaler for leie av omsorgsplass er i seg selv ikke videretildeling. Det avgjørende er hvordan tilskuddet brukes. Leieavtale på minst 20 år på markedsmessige vilkår mellom kommune og privat aktør vil ikke anses som videretildeling av tilskuddet i strid med investeringstilskuddsforskriften, selv om kommunen finansierer deler av avtalen med tilskuddet fra Husbanken.

Kommunen må gjøre en grundig vurdering av om en leieavtale om omsorgsplasser på minst 20 år er inngått på markedsmessige vilkår. Dersom kommunen forskuddsbetaler hele eller deler av leiebeløpet, må kommunen vurdere leieavtalen særlig grundig, fordi forskuddsbetaling innebærer en kredittrisiko som må være i tråd med markedsmessige vilkår. Dette gjelder også ved et større engangsvederlag som forskuddsbetales etter avtale, for eksempel forskuddsbetaling av leie for de første årene. Et slikt engangsvederlag må være avtalt på markedsmessige vilkår, uavhengig av om forskuddsbeløpet helt eller delvis finansieres med tilskudd fra Husbanken.

7.3.2 Er bruk av tilskudd fra Husbanken til å finansiere leieavtale mellom kommunen og privat aktør å anse som en investering etter kommuneloven?

Husbankens tilskudd regnskapsføres som investering i kjøpsmodellen, se punkt 6.6.1 ovenfor. Investeringsmidler kan i utgangspunktet ikke overføres til driftsregnskapet.⁹³ Spørsmålet er da om tilskuddet fra Husbanken likevel kan føres inn i kommunens driftsdel og driftsregnskap ved fremskaffelse av omsorgsplasser ved en leieavtale mellom kommunen og privat aktør (eksempelvis privat utbygger).

Der omsorgsplassene fremskaffes ved en leieavtale mellom kommunen og privat aktør gjør kommunen ingen investering i varige anleggsmidler. Dette betyr at den delen av Husbankens tilskudd som finansierer kommunens leieutgifter må regnskapsføres som driftsmidler. Husbanken krever ikke at kommunen eier omsorgsboligene.⁹⁴

⁹¹Forskrift om investeringstilskudd til sykehjem og omsorgsboliger (FOR-2008-02-25-191) § 3, Retningslinjer for investeringstilskudd fra Husbanken til sykehjemsplasser og omsorgsboliger og EØS-avtalen art. 61 (1).

⁹² Forskrift om investeringstilskudd til sykehjem og omsorgsboliger § 3

⁹³ Kommuneloven 14-9 og budsjett- og regnskapsforskriften for kommuner og fylkeskommuner mv. §§ 2-1, 2-2 og 2-4.

⁹⁴ Forskrift om investeringstilskudd til omsorgsboliger og sykehjemsplasser fra Husbanken §§ 2 og 3

Tilskuddet fra Husbanken kan brukes til å finansiere leie av omsorgsplasser. Det vises til punkt 3.1 og 3.2 ovenfor om investeringstilskuddsforskriften, Husbankens retningslinjer og Husbankens veileder om søknadsprosessen og bruk av investeringstilskuddet.⁹⁵

«Leie av omsorgsplasser

Husbanken gir tilskudd etter de samme reglene uansett om kommunen står som eier eller leier institusjonsplassene/omsorgsboligene av andre aktører. Dersom kostnadene ikke er kjent eller relevante, tar Husbanken utgangspunkt i teknisk verdi.»

Tilskuddet fra Husbanken skal i leiemodellen klassifiseres som en inntekt til dekning av driftsutgifter, og skal føres i økonomiplanens driftsdel, driftsbudsjettet og driftsregnskapet.⁹⁶ Kommunen må selvfølgelig bruke tilskuddet til det forutsatte formålet. Alternativet er krav om tilbakebetaling.⁹⁷

7.3.3 Kan kommunen sette av midler, herunder tilskudd fra Husbanken, til å finansiere forskuddsleie eller årlig leie av omsorgsplasser i en langsiktig leieavtale mellom kommunen og privat aktør?

Tilskuddet skal i leiemodellen klassifiseres som en inntekt til dekning av driftsutgifter, og skal føres i økonomiplanens driftsdel, driftsbudsjettet og driftsregnskapet.⁹⁸ Dette gjelder også for leieavtaler på minst 20 eller 30 år.

Kommunens driftsfond er viktig for økonomiplanens driftsdel og avsetning av driftsmidler. Veilederen til regnskapsforskriften har definert og presisert bruken av driftsfond og disposisjonsfond:

«Bokstav d innebærer at bruk av og avsetninger til driftsfond skal føres i økonomiplanens driftsdel, driftsbudsjettet og driftsregnskapet. Begrepet driftsfond omfatter både disposisjonsfondet (ubundet driftsfond) og bundne driftsfond. Forskriften åpner ikke for at bruk av driftsfond til finansiering av investeringer kan føres direkte i økonomiplanens investeringsdel, investeringsbudsjettet og investeringsregnskapet. Finansiering av investeringer med midler fra driftsfond må således skje gjennom bruk av posten overføring til investering.

[D]en delen av egenkapitalen som er bygd opp av ubrukte inntekter fra driftsregnskapet og som ikke er reservert for særskilte formål etter lov, forskrift eller avtale. Disposisjonsfondet vil omfatte alle oppsparte frie driftsinntekter, inkludert oppsparte frie driftsinntekter som kommunestyret eller fylkestinget selv (eller det organet som har budsjettmyndigheten) har reservert for bestemte formål.»⁹⁹

Kommunens leieinntekter fra beboerne kan settes inn i disposisjonsfondet siden det er frie driftsinntekter.

Tilskuddet fra Husbanken utbetales normalt som et engangsbeløp og er reservert for særskilte formål.¹⁰⁰ Tilskuddet kan settes av til kommunens bundne driftsfond, men ikke til disposisjonsfondet (frie inntekter).

Etter vår vurdering vil det normalt være kommersielt ugunstig for kommunen å betale hele leiebeløpet som et engangsvederlag, for eksempel for 20 år i forskudd. En slik løsning innebærer at kommunen yter kreditt til den private aktøren. Dette medfører flere risikomomenter:

⁹⁵ Husbankens veileder for søknadsprosess og bruk av investeringstilskudd side 10 datert 02.2026

⁹⁶ Se kommuneloven §§ 14-3, 14-4 § 14-9, forskrift om årsregnskap og årsberetning for kommuner og fylkeskommuner § 2-1 om at driftsregnskapet skal omfatte løpende inntekter og utgifter, samt Kommunal- og distriktsdepartementet, *Veileder til budsjett- og regnskapsforskriften* (jan. 2024), kapittel 4

⁹⁷ Husbankens retningslinjer side 6

⁹⁸ Se kommuneloven §§ 14-3, 14-4 § 14-9, budsjett- og regnskapsforskriften for kommuner og fylkeskommuner mv § 2-1 om at driftsregnskapet skal omfatte løpende inntekter og utgifter, samt Kommunal- og distriktsdepartementet, *Veileder til budsjett- og regnskapsforskriften* (jan. 2024), kapittel 4

⁹⁹ Forskrift om årsregnskap og årsberetning § 2-1 (2019-06-07 nr. 714), side 8

¹⁰⁰ Forskrift om investeringstilskudd til sykehjem og omsorgsboliger §§ 1, 2 og 3 (2008-02-25-191) og Husbankens retningslinjer for investeringstilskudd fra Husbanken til sykehjemsplasser og omsorgsboliger

1. Kommunen risikerer at den private utbyggeren går konkurs, hvor eventuelle tinglyste panterettigheter, urådighetserklæringer, leieavtaler og bruksretter neppe gir tilstrekkelig og forutsigbar sikkerhet. Kommunen må, etter beste evne, sikre seg mot kreditorbeslag ved å:
 - A. Tinglyse de relevante leieavtalene over eiendommen,
 - B. Klausulere borettslaget eller eierseksjonssameiet til omsorgsformål og kommunal disposisjonsrett; typisk via tinglyst leieavtale / bruksrett kombinert med tildelingsrett. Se nærmere redegjørelse om dette under punkt 6.3.
 - C. Tinglyse urådighetserklæringer over borettslagsandelene / seksjonene som leies ut.
2. Det må foretas grundige og dokumenterte vurderinger av kredittverdighet og kapitaliseringsrente mv. basert på kommersielle hensyn for å unngå at den private utbyggeren mottar kreditt på ikke-markedsmessige vilkår.
3. Å betale hele leiebeløpet som en forskuddsbetaling binder betydelige driftsmidler over lang tid og kan svekke kommunens løpende budsjettstyring og økonomiske handlefrihet.

7.3.4 Vil avsetting av tilskuddet fra Husbanken på driftsfond som brukes til årlig leie anses som videretildeling?

Både årlig leie og forskuddsleie regnskapsføres som driftsutgifter, se punkt 7.3.2 og 7.3.3 ovenfor. Vi viser til punkt 7.2.1 ovenfor om videretildeling av tilskudd fra Husbanken.

Avsetting av tilskuddet fra Husbanken i kommunens bundne driftsfond vil ikke være en videretildeling siden tilskuddet er reservert for særskilte formål.¹⁰¹

7.4 Oppsummering av leiemodellens fordeler og ulemper

Fordeler med leiemodellen

- Kommunen binder mindre kapital og likviditet ved en leieavtale
- Det er lav risiko for at kommunen videretildeler tilskudd fra Husbanken.
- Det er lav risiko for at privat aktør mottar ulovlig statsstøtte.
- Kommunen kan oppnå merverdiavgiftskompensasjon for drift av omsorgsboligene.
- Ved inngåelse av leieavtale med privat aktør, har kommunen anledning til å avtale at den private aktøren har ansvaret for forvaltning, drift og vedlikehold av bygningsmassen. Dette kan medføre at kommunen får bedre forutsigbarhet med tanke på kostnader knyttet til vedlikehold og utskifting.

Ulemper med leiemodellen

- Kommersielt sett er det normalt mer økonomisk rasjonelt og langsiktig at kommunen eier omsorgsplassene
- Reglene om kommunens økonomiforvaltning stiller høye krav til administrasjon, koordinering og etterlevelse over tid.
- Det kreves dokumenterte og grundige vurderinger i forkant av en leieavtale på minst 20 år mellom kommunen og privat aktør for å sikre markedsmessige vilkår.
- Forskuddsbetaling av store deler eller hele leiebeløpet for minst 20 år til privat aktør er kommersielt ugunstig og krever grundige vurderinger av kreditt og risiko for kreditorbeslag.
- Fare for kreditorbeslag dersom privat aktør går konkurs. Dersom kommunen har forhåndsbetalt leie uten tilstrekkelig sikkerhet, kan midlene gå tapt dersom privat aktør går konkurs.
- Leieavtalen med privat aktør må følges opp over tid, noe som innebærer administrative byrder og koordinering.
- Fremleieavtalene med beboerne må fortsatt følges opp over tid slik at det fortsatt er administrative byrder.

¹⁰¹ Forskrift om investeringstilskudd til sykehjem og omsorgsboliger §§ 1, 2 og 3

8 DIREKTESALGSMODELLEN (MODELL 1.5)

8.1 Beskrivelse av direktesalgsmodellen hvor kommunen tilrettelegger og får tildelingsrett mv. i kjøpsavtale mellom privat aktør og beboer

Privat aktør gjennomfører utbygging eller ombygging av eiendom, stifter borettslag, og selger borettslagsandeler direkte til beboer. I forkant av avtaleinngåelsen mellom privat aktør og beboer inngår kommunen avtale med privat aktør om at kommunen skal ha tildelingsrett i minst 20 år, samt innvirkning på vedtekter, tinglysning, prisklausulering for beboers videresalg mv. Kommunen kan i avtaleforhandlingene med privat aktør også velge å innta klausuler om leie av personalbase og/eller fellesareal fra borettslaget. Kommunen blir ikke formell part i avtalen mellom privat aktør og beboer. Kommunen mottar og bruker tilskuddet fra Husbanken til å inngå avtale på markedsmessige vilkår, herunder ved konkurranseutsetting, med privat aktør om tildelingsrett og de nevnte eiendomsrettslige kravene.

8.2 Statsstøtteregele hindrer ikke direktesalg fra privat aktør til beboer

Vi viser til punkt 3.3 ovenfor om statsstøtteregeleverket. Beboere som kjøper bolig til eget bruk, anses ikke som foretak i statsstøtteregelelig forstand – de driver ikke økonomisk aktivitet. Økonomiske fordeler til slike beboere, for eksempel i form av redusert pris, etableringstilskudd eller subsidierte lånebetingelse, faller derfor utenfor statsstøtteregele.

8.3 På hvilke måter kan kommunen betale for kun tildelingsrett til boenhetene i minst 20 år?

Vi viser til punkt 3.3 ovenfor om statsstøtteregeleverket.¹⁰² Det er en presumsjon for at konkurranseutsetting i tråd med anskaffelsesregelverket vil ivareta kravet til markedsmessighet, det vil si at tilbyderen ikke mottar en økonomisk fordel.

Kommunen må gjøre en grundig vurdering av om avtale om kun tildelingsrett for boenheter på minst 20 år er inngått på markedsmessige vilkår dersom tildelingsretten ikke er konkurranseutsatt.

Når kommunen har tildelingsrett, så betyr det at kommunen har rett til å tildele f.eks. en omsorgsplass. Etter sin karakter er dette en bruks- eller tjenestelignende rettighet, ikke en investering i kommunelovens forstand. Løpende betaling for tildelingsrett, for eksempel i form av årlig vederlag, må derfor regnskapsføres som driftsutgift.¹⁰³ Betalingsformen ved engangsbetaling, forskuddsbetaling eller årlig avgift endrer ikke den regnskapsmessige klassifiseringen av ytelsen.¹⁰⁴

Vi viser til punkt 7.3.1 ovenfor i forbindelse med at tilskuddet fra Husbanken ikke kan videretildes. Investeringsstilskuddsforskriften regulerer ikke eksplisitt de tilfellene kommunen kun får en tildelingsrett, men kommunen må disponere omsorgsplassene.¹⁰⁵

At kommunen betaler kun for en tildelingsrett til en boenhet er i seg selv ikke videretildeling. Det avgjørende er hvordan tilskuddet brukes. En avtale om tildelingsrett til boenheter på minst 20 år på markedsmessige vilkår mellom kommune og privat aktør vil ikke anses som videretildeling av tilskuddet i strid med investeringsstilskuddsforskriften, selv om kommunen finansierer deler av avtalen med tilskuddet fra Husbanken. Kommunen kan også bruke andre driftsmidler til å betale for tildelingsretten dersom tilskuddet fra Husbanken ikke er tilstrekkelig til å dekke kostnadene forbundet med tildelingsretten.

8.4 Er det noen utfordringer om kommunen utlyser en konkurranse der anskaffelsen bare gjelder tildelingsrett til boligene?

Vi legger til grunn at det med anskaffelse av tildelingsrett menes at kommunen vil betale leverandøren et økonomisk vederlag, som vil gi kommunen en rett til å kunne tildele omsorgsplasser til kommunens innbyggere.

¹⁰² Nærings- og fiskeridepartementet sin veileder om offentlig støtte (2019) side 110-111

¹⁰³ Kommuneloven § 14-9 andre ledd, (2018-06-22-83)

¹⁰⁴ Budsjett- og regnskapsforskriften for kommuner og fylkeskommuner mv. §§ 4-1 og 4-2

¹⁰⁵ Forskrift om investeringsstilskudd til omsorgsboliger og sykehjemsplasser fra Husbanken § 3, (2008-02-25-19)

FOA § 1-1 gjelder når oppdragsgivere inngår «vare-, tjeneste eller bygge- og anleggskontrakter [...]». Begrepet «kontrakt» er definert i forskriften § 4-1 bokstav a som en «gjensidig bebyrdende avtale [...]». Begrepet «*gjensidig bebyrdende*» innebærer at oppdragsgiveren mottar en ytelse mot et vederlag som gir den offentlige oppdragsgiveren en direkte økonomisk fordel.¹⁰⁶

Etter anskaffelsesregelverket er det ikke et krav at oppdragsgiver selv er direkte mottaker av den økonomiske fordel. Det vil foreligge en økonomisk fordel når oppdragsgiver får dekket et behov, for eksempel i form av oppfyllelse av sine forpliktelser eller sitt ansvar, selv om leverandørens ytelse ikke direkte tilkommer oppdragsgiver.¹⁰⁷

En økonomisk fordel kan også foreligge selv om oppdragsgiver ikke erverver en materiell eller fysisk gjenstand. En økonomisk fordel kan for eksempel bestå i at oppdragsgiveren får en rettslig adkomst som sikrer rådighet over ytelsen, som for eksempel retten til å leie et oppført bygg eller leverandørens fremtidige avståelse av resultatet av et bygge- og anleggsarbeid.¹⁰⁸

En konkurranse der anskaffelsen gjelder tildelingsrett til omsorgsboliger, gir kommunen en direkte økonomisk fordel i form av at beboerne i kommunen får dekket sine behov for omsorgsplasser, og kontrakten vil dermed være gjensidig bebyrdende. Vi understreker at det ikke er et krav at kommunen selv er direkte mottaker av den økonomiske fordel. Det er tilstrekkelig at den økonomiske fordel består i at kommunen får dekket et behov, selv om beboeren betaler direkte til leverandøren.

Det kan stilles spørsmål ved om pris til beboer kan inngå i evalueringen når anskaffelsen bare gjelder tildelingsrett. Tilknytningskravet i anskaffelsesretten setter rammene for dette spørsmålet. Tilknytningskravet innebærer at anskaffelsens tildelingskriterier, herunder priskriterier, skal utformes slik at «tilbudene skal premieres ut fra prisen oppdragsgiver skal betale for ytelsen».¹⁰⁹ Priskriteriet må utformes på en måte som gjør det egnet til å utpeke det laveste tilbudet.¹¹⁰ Tilknytningskravet må vurderes grundig dersom kommunen ønsker å vektlegge pris til beboer i evalueringen, samtidig som kommunen kun betaler for tildelingsretten. I KOFA-sak 2017/35 konkluderte KOFA med at priskriteriet var uegnet fordi innklagede «ikke hadde evaluert pris på en tredjedel av det samlede oppdraget». Det faller utenfor denne utredningen å redegjøre nærmere for hvordan anskaffelsen konkret bør utformes.

8.5 Er det noe eiendomsrettslig som hindrer at direktesalg fra privat aktør til beboer kan gjennomføres?

Eiendomsrettslig er det i utgangspunktet ikke noe som hindrer direktesalg fra privat aktør til beboer. Siden kommunen ikke vil være eier eller hjemmelshaver til omsorgsboligene, må det imidlertid etableres mekanismer for å sikre at kommunen opprettholder nødvendig kontroll over bruken av omsorgsboligene. Slik kontroll sikres gjennom vedtektsfesting av kommunens tildelingsrett, prisregulering og vedtektsveto, kombinert med tinglysning av en urådighetserklæring på de aktuelle andelene. Så lenge kommunen gjennom disse virkemidlene sikrer kommunal styring, er ikke direktesalg mellom privat aktør og beboer en rettslig problematisk omsetningsform. Se mer om de ulike kontrollmekanismene under punkt 6.3.

8.6 Privat aktør oppretter borettslag/sameie, og det er enklest å tinglyse på andelene med det samme. Er det utfordringer mht. å sikre at kravene til tinglysingssperre, tildelingsrett, vedtekter mv. ivaretas?

Før borettslaget stiftes eller eierseksjonssameiet opprettes må det inngås en avtale mellom kommunen og den private aktøren. I avtalen bør det presiseres at kommunen skal ha tinglyst urådighet over borettslagandelene / seksjonene, og stilles krav om at det skal inntas bestemmelser om tildelingsrett, vedtektsveto og prisregulering i vedtektene ved etablering av borettslaget eller eierseksjonssameiet. Se nærmere om dette under punkt 6.3.

¹⁰⁶ Se EU-domstolens sak C-796/18 (ISE v Stadt Köln) avsnitt 40

¹⁰⁷ Se EU-domstolens sak C-271/08 (Komisjonen mot Tyskland) sak premiss 72–80

¹⁰⁸ Se EU-domstolens sak C-451/08 (Helmut Müller) avsnitt 50–54, med videre henvisninger til sak C-220/05 (Auroux), avsnitt 45 flg.

¹⁰⁹ Se KOFA-sak 2022/322 avsnitt 68

¹¹⁰ Ibid

8.7 Vil reglene om merverdiavgift hindre at direktesalg fra privat aktør til beboer kan gjennomføres?

8.7.1 Privat aktør oppretter et borettslag, overfører fast eiendom og selger andeler direkte til beboere

Den private aktøren kan imidlertid på visse vilkår få merverdiavgiftskompensasjon. Etter merverdiavgiftskompensasjonsloven § 2 (1) bokstav c omfatter loven private og ideelle virksomheter som produserer helse- og omsorgstjenester som kommunen er pålagt å utføre ved lov, se punkt 3.5.2 ovenfor. Med «*pålagt å utføre ved lov*» menes de tjenestene som den enkelte har et rettskrav på å motta.¹¹¹

Salg av fast eiendom innebærer ikke i seg selv produksjon av helse og omsorgstjenester, undervisningstjenester eller sosiale tjenester som kommunen er pålagt å utføre ved lov, jf. nevnte § 2 bokstav c. Høyesterett har imidlertid i dommen HR-2010-313-A (Stiftelsen Utleieboliger i Alta), avsnitt 40, lagt til grunn at virksomheter kan omfattes av merverdiavgiftskompensasjonsloven «*der kommunen går sammen med private om å produsere ulike – men hver for seg vesentlige – elementer i et lovpålagt tjenestetilbud*».

Høyesterettsdommen gjaldt en stiftelse som leide ut boliger til personer som fikk heldøgns pleie og omsorg fra kommunen. Skattedirektoratet uttaler i prinsipputtalelse 7. juni 2010 at private virksomheters oppføring av boliger for salg kan omfattes av loven «*under samme forutsetninger som gjelder for utleietilfellene*».

Skattedirektoratet oppstiller i uttalelsen to vilkår for at private virksomheter skal omfattes av merverdiavgiftskompensasjonsloven § 2 (1) c ved utleie eller salg av boliger:

- (i) «*Grunnlaget for den private virksomhets kompensasjonsrett må være kommunens vedtak og den avtalen som er inngått med kommunen om tildelingsrett for kommunen til boligene for at kommunen skal kunne oppfylle vedtakene om lovpålagte tjenester. Den private kan m.a.o. ikke velge hvem som skal leie boligen.*»

Dette er et krav om at det må foreligge et samvirke mellom den private aktøren og kommunen. I motsatt fall kan ikke den private aktøren produsere et vesentlig element i kommunens lovpålagte helse- og omsorgstjeneste.

- (ii) «*Ut fra at innvilgelse av bolig er et alternativ til lovpålagt institusjonsbasert omsorg, legger Skattedirektoratet til grunn at det er produksjon av boelement for beboere som har behov for heldøgns omsorg og pleie som kan gi grunnlag for kompensasjon. Det var for slike tilfeller Høyesterett la til grunn at tilrettelagte boliger var en integrert del av det tilbudet kommunen ga for å etterleve sine plikter. Hvorvidt de aktuelle brukere har behov for heldøgns omsorg og pleie vil fremgå av de aktuelle vedtak fra kommunen. Botilbud som ikke er noen integrert del av lovpålagt heldøgns omsorgstilbud, eksempelvis utleie til vanskeligstilte personer som ikke har inntekter til å skaffe egen bolig, faller utenfor kompensasjonsloven.*»

- Den private aktøren vil dermed ha rett til kompensasjon for merverdiavgift hvis selskapet oppfører omsorgsboligene, overfører eiendommen til borettslaget og andelene i borettslaget selges til brukere med kommunale vedtak.

8.7.2 Privat aktør oppretter et borettslag, overfører fast eiendom og selger andeler til kommunen

Selv om vi ikke forstår modellen på den måten, så påpeker vi fullstendighetens skyld at:

- Den private aktøren vil ikke ha rett til kompensasjon for merverdiavgift hvis selskapet oppfører omsorgsboligene, overfører eiendommen til borettslaget og andelene i borettslaget selges til kommunen, og kommunen skal selge eller leie ut andelene til brukere med kommunale vedtak.

Det kan vises til en bindende forhåndsuttalelse fra skatteetaten¹¹² der det bl.a. uttales at:

«... det er ikke tilstrekkelig for rett til kompensasjon at det i «andre enden» blir etablert et tilbud med særskilt tilrettelagte boliger og tilhørende hjemmehjelpstjenester for personer med slike behov gjennom kommunens

¹¹¹ Ot. prp. nr. 1 (2003-2004) punkt 20.10 side 154

¹¹² BfU (bindende forhåndsuttalelse) sak 15/2023, avgitt 31. august 2023, publisert 6. desember 2023

utleie/salg og tjenesteyting. Vilkåret i kompensasjonsloven § 2 første ledd bokstav c om at virksomheten selv må anses for å produsere en lovpålagt tjeneste overfor mottaker (eventuelt i samvirke med kommunen, jf. Alta-saken), må forstås bokstavelig. Salg av boliger til kommunen, selv om det skjer som en del av en større plan fra kommunens side, kan derfor ikke anses som kompensasjonsberettiget alene ut fra betraktninger om fleksibilitet og rasjonell og smidig organisering av kommunens helse- og omsorgstjenester.»

8.8 Hva er konsekvensene dersom kommunen eier eller leier personalbasen?

Se punkt 6.5 ovenfor.

8.9 Kan tilskuddet fra Husbanken brukes til å gi enten borettslaget eller beboerne et rente- og avdragsfritt lån

8.9.1 Vurdering om statsstøtte og reglene etter kommunal økonomiforvaltning

Vi viser til vår statsstøtterettslig vurdering i punkt 6.2 ovenfor.

Kommuneloven er ikke til hinder for at kommunen kan gi lån og tilskudd.¹¹³

Dersom et rente- og avdragsfritt lån til borettslaget eller beboerne er utformet slik at kommunen har en forventning om tilbakebetaling uten subsidierte lånebetingelser, kan lånet regnskapsmessig behandles som utlån etter § 2-2 første ledd bokstav d og føres i økonomiplanens investeringsdel, investeringsbudsjett og investeringsregnskapet. Utlån som i realiteten er tilskudd til andre, omfattes ikke av regnskapsforskriften § 2-2 og skal settes inn i økonomiplanens driftsdel, driftsbudsjett og regnskapsføres som driftsutgifter.¹¹⁴

Vi viser til redegjørelsen om forbudet mot videretildeling under punkt 8.3.2 ovenfor. Bruk av tilskuddet fra Husbanken til å gi borettslaget eller beboerne et rente- og avdragsfritt lån innebærer en betydelig risiko for videretildeling. Tilskuddet fra Husbanken bør ikke brukes til å gi borettslaget eller beboerne et rente- og avdragsfritt lån. Slike lån bør finansieres med andre midler fra kommunen, for eksempel etableringstilskudd eller subsidierte lånebetingelser.

8.9.2 Merverdiavgiftskompensasjon

Forskrift om kompensasjon av merverdiavgift § 7 første ledd at boliger som er utformet i samsvar med Husbankens tilskuddsordning for omsorgsboliger, også anses som boliger med helse- eller sosialt formål etter merverdiavgiftskompensasjonsloven. Bestemmelsen lyder:

«Som bolig med helseformål eller sosialt formål etter lov 12. desember 2003 nr. 108 om kompensasjon av merverdiavgift for kommuner, fylkeskommuner mv. § 4 tredje ledd anses boliger særskilt tilrettelagt for helseformål eller sosiale formål, herunder boliger utformet etter Husbankens tilskuddsordning for omsorgsboliger.» (Vår understreking.)

Merverdiavgiftskompensasjonsloven regulerer ikke kommunens faktiske bruk av tilskuddet fra Husbanken. Dersom kommunen velger å benytte tilskuddet til å yte et rente- og avdragsfritt lån til borettslaget eller til beboerne, vil dette ikke i seg selv være en transaksjon som gir rett til merverdiavgiftskompensasjon. I en slik situasjon skjer det ingen anskaffelse.

Kompensasjon for merverdiavgift ytes kun ved kjøp av varer og tjenester fra registrerte næringsdrivende, jf. merverdiavgiftskompensasjonsloven § 3 første ledd.

¹¹³ Kommuneloven kapittel 14 og kommuneloven § 14-17 gjelder kun videreutlån og ikke avdrag på lån som er finansiert med kommunens egne midler.

¹¹⁴ Budsjett- og regnskapsforskriften for kommuner og fylkeskommuner mv §§ 2-2 og 2-4 og Kommunal- og distriktsdepartementet, *Veileder til budsjett- og regnskapsforskriften* (jan. 2024) side 9 og Prop. 46 L (2017–2018) s. 217

8.10 Hvordan kommer rente-/avdragsfritt lån neste beboer til gode? Kan lånet overtas av neste kjøper hensyntatt en prisregulering?

Vi viser til punkt 6.7 ovenfor, og vurderingen er den samme.

8.11 Oppsummering av direktesalgsmodellens fordeler og ulemper

Fordeler med direktesalgsmodellen

- Privat aktør kan oppnå merverdiavgiftskompensasjon, forutsatt at det produseres tjenester som er lovpålagt kommunen. Det må foreligge et samvirke mellom den private aktøren og kommunen. I motsatt fall kan ikke den private aktøren produsere et vesentlig element i kommunens lovpålagte helse- og omsorgstjeneste.
- Kommunen binder mindre kapital og likviditet sammenlignet med kjøp av omsorgsplasser eller leieavtale med privat aktør.
- Det er lav risiko for at kommunen videretildeler tilskuddet fra Husbanken, forutsatt at avtalen mellom kommunen og privat aktør er markedsmessig.
- Det er lav risiko for at privat aktør mottar ulovlig statsstøtte, forutsatt at avtalen mellom kommunen og privat aktør er markedsmessig.
- Modellen kan medføre færre administrative byrder ved at kommunen ikke er formell avtalepart ved oppføringen av bygningsmassen, og at utbygger håndterer salg av den enkelte bolig til beboer.
- Kommunen har mindre ansvar, siden kommunen ikke er avtalepart mellom privat aktør og beboerne.

Ulemper med direktesalgsmodellen

- Modellen stiller høye krav til administrasjon, koordinering og etterlevelse av flere regelverk over tid, selv om kommunen ikke er formell avtalepart i kjøpsavtalen mellom privat aktør og beboerne.
- Kommunen kan få begrenset kontroll med etterlevelsen av vilkår om tildelingsrett, prisregulering og vedtektsbestemmelser mv., fordi den ikke er formell avtalepart mellom den private aktøren og beboeren.
- Det kan være kommersielt og økonomisk mer rasjonelt for kommunen å eie omsorgsplassene, eller eventuelt selge eller leie ut selv.
- Beboere og borettslaget må forholde seg til privat aktør ved uenigheter, herunder reklamasjoner.
- Det må foretas grundige og dokumenterte vurderinger av om avtalen mellom kommunen og privat aktør er markedsmessig.
- Dersom avtalen mellom kommunen og privat aktør om tildelingsrett og øvrige eiendomsrettslige krav ikke konkurranseutsettes, kan det være utfordrende å fastsette markedsprisen.