

Ansvarlig advokat: Per Andreas Bjørgan

Notat

Til: Avkommersialiseringsutvalget v/sekretariatet
Fra: Advokatene Per Andreas Bjørgan, Hilde Ellingsen og Siv Myrvold-Torsnes
Dato: 21. mai 2024

Reservasjon av anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner

1 Innledning – kort om bakgrunnen for oppdraget

Avkommersialiseringsutvalgets sekretariatet (Digitaliserings- og forvaltningsdepartementet (DFD)) har gitt Advokatfirmaet Lund & Co i oppdrag å utrede vilkårene for å kunne reservere anskaffelser etter forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) § 30-2a første ledd. I utredningen skal det særlig ses hen til gjeldende regelverk og avgjørelser og uttalelser fra EU- og EFTA-domstolen.

Hva som utgjør en «kontrakt» etter anskaffelsesforskriften og den nærmere avgrensning av tjenestebegrepet i forskriften drøftes ikke nærmere her.¹ Også anskaffelsesregelverkets unntak for offentlig myndighetsutøvelse eller ambulansetjenester er utenfor oppdragets avgrensning.² I mandatet er det også avgrenset mot en nærmere behandling av hva som utgjør en ideell organisasjon etter definisjonen i anskaffelsesforskriften § 30-2a andre ledd.³

Dette notatet er lagt opp som følger: I punkt 2.1 gir vi en kort presentasjon av anskaffelsesforskriften § 30-2a. Ettersom bestemmelsen gjennomfører forpliktelser etter anskaffelsesdirektivet (direktiv 2014/24/EU), redegjør vi i punkt 2.2. nærmere for direktivets artikkel 74-77 som gjelder særlige tjenester, inkludert hvilke skranker artikkel 76 oppstiller for adgangen til å reservere anskaffelser av helse og sosialtjenester for ideelle organisasjoner. Prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet

¹ Anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse når offentlige oppdragsgivere inngår tjenestekontrakter med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva, jf. forskriften § 1-1. Begrepene «kontrakt» og «tjenestekontrakt» er nærmere definert i forskriften § 4-1 bokstav a og c. Støtteordninger kan falle utenfor anskaffelsesreglene der aktiviteten reguleres av lov eller forskrift. Vi går heller ikke inn på rettspraksis knyttet til ikke-økonomisk aktivitet og når dette kan falle utenfor tjenestebegrepet.

² Unntaket for offentlig myndighetsutøvelse fremgår av anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav h. Unntaket er vurdert av EFTA-domstolen i sak E-4/22 (sykehjemstjenester) og ESAs avgjørelse i sak 154/17/COL (barnevernstjenester). Unntaket for ambulansetjenester fremgår av anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav g. Flere av de avgjørelsene som er sentrale i notatet, er forgjengeren til dette unntaket i anskaffelsesdirektivet.

³ Definisjonen av ideelle organisasjoner er grundig behandlet i NOU 2024:1 Definisjon og registrering av ideelle velferdsaktører.

drøftes grundigere i punkt 2.3 til 2.4., i lys av relevant praksis fra EU- og EFTA-domstolen. Avslutningsvis, i punkt 3 oppsummerer vi de foregående vurderingene og angir momenter som kan bidra til å operasjonalisere vilkårene i anskaffelsesforskriften § 30-2a tredje ledd.

2 Gjeldende rett for reservasjon av anskaffelser for ideelle organisasjoner

2.1 Kort om reglene i anskaffelsesforskriften § 30-2a

Anskaffelsesforskriften § 30-2a trådte i kraft 19. februar 2020. Bestemmelsens første ledd gir oppdragsgivere en rett til å reservere retten til å delta i konkurranser om helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner dersom reservasjonen «*bidrar til å oppnå sosiale mål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet*». Bestemmelsens andre ledd gir en definisjon av ideelle organisasjoner, og tredje ledd krever at kunngjøringen av konkurransen skal vise til hjemmelen for reservasjon.

Hvorvidt det er adgang til å reservere retten til å delta i konkurranser om helse- og sosialtjenester i større utstrekning enn det som følger av unntaket i anskaffelsesdirektivet, har vært omdiskutert. EU- og EFTA-domstolen har i den senere tid imidlertid avsagt avgjørelser som bekrefter at det er adgang til dette på nærmere vilkår. Denne rettspraksisen er dermed også relevant for anskaffelsesforskriften § 30-2a. I det følgende gjennomgår vi anskaffelsesdirektivets sentrale bestemmelser og nyere rettspraksis som klargjør adgangen til å reservere konkurranser om utførelse av helse og sosialtjenester.

De mest relevante avgjørelsene som klargjør reservasjonsadgangen etter anskaffelsesdirektivet er EU-domstolens avgjørelse i sak C-436/20 *Asade I*, EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-4/22 *Stendi/Norlandia* samt sak C-676/20 *Asade II*.⁴ I de nevnte avgjørelsene viser EU- og EFTA-domstolen også til rettsavgjørelser fra tiden før anskaffelsesdirektivets ikrafttredelse når de redegjør for innholdet i likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsippet. Domstolene viser også til eldre avgjørelser om etableringsfriheten og fri bevegelse av tjenester.⁵ I det følgende vil vi derfor også redegjøre nærmere for EU-domstolens avgjørelser i sak C-70/95 *Sodemare*, sak C-113/13 *Spezzino* og sak C-50/14 *Casta*.

2.2 Anskaffelsesdirektivet artikkel 74-77

Anskaffelsesforskriften gjennomfører anskaffelsesdirektivet (2014/24/EU) og skal tolkes i lys av dette. Det fremgår av direktivets fortale at statene har et betydelig spillerom ved valg av leverandør av visse helse- og velferdstjenester:

«Under hensyntagen til viktigheten af den kulturelle sammenhæng og disse tjenesteydelsers følsomhed bør medlemsstaterne have vide skønsmålinger til at planlægge valget af leverandører på den måde, de finder mest hensigtsmæssig. Direktivets bestemmelser tager hensyn til dette krav og pålægger kun overholdelse af de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling [...]»⁶

Begrunnelsen for statens skjønnsfrihet er både at slike personlige tjenesteytelser har en begrenset grenseoverskridende dimensjon, og at tjenestene er av en særskilt karakter. Det bør derfor være en

⁴ *Asade II* ble avgjort ved en enklere prosedyre, og avgjørelsen foreligger derfor bare på fransk og spansk. Vi har for vår gjennomgang av saken også benyttet en automatisk oversettelse fra fransk til engelsk.

⁵ Se (nå) TEUF artikkel 49 og 56 og EØS-avtalen artikkel 31 og 36.

⁶ Se fortalen punkt 114.

videre adgang til å vektlegge kulturelle normer som er styrende i det enkelte land. Sitatet gir samtidig uttrykk for at handlingsrommet må skje innenfor rammen av de grunnleggende EU-rettslige prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling.

Anskaffelsesdirektivets del III kapittel 1 har regler om særlige anskaffelsesprosedyrer for «*sosiale og andre spesifikke tjenesteydelser*». I artikkel 74 fastsettes en egen og høyere terskelverdi for sosiale tjenester, som vi gjenfinner i anskaffelsesforskriften § 5-3 andre ledd. Terskelverdien er per i dag 7,8 millioner kroner. Anskaffelser av helse- og sosialtjenester under denne terskelverdien vil ikke være omfattet av direktivet og som utgangspunkt heller ikke av bestemmelsene om fri bevegelse i EØS-avtalens hoveddel.⁷ Uavhengig av direktivets krav, følger det likevel av anskaffelsesforskriften § 5-1 andre ledd bokstav b at anskaffelser ned til 1,3 millioner kroner er omfattet av forskriften del II, som også krever konkurranse og likebehandling. Anskaffelsesforskriften § 30-2a gjelder imidlertid kontrakter over EØS-terskelverdi. Ettersom kontrakter om helse- og sosialtjenester ofte er av nokså lang varighet, vil de gjerne være over terskelverdi og derfor omfattet av nevnte bestemmelse. De vil også være omfattet av reguleringen i anskaffelsesdirektivet.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 75 flg. omhandler konkurranser under det forenklede regimet for utvalgte tjenester («light touch regime»). Artikkel 75 inneholder regler om kunngjøring mm, og er av mindre betydning for problemstillingene i dette notatet. Artikkel 76 regulerer hvilke forenklede regler som gjelder for disse anskaffelsene, mens artikkel 77 regulerer adgangen til å reservere visse kontrakter av kortere varighet for frivillige organisasjoner. Det er klart at anskaffelsesforskriftens unntak i § 30-2a går lengre enn unntaket oppstilt i artikkel 77, og vi behandler derfor ikke vilkårene for reservasjon nærmere i det følgende. EU-domstolen understreket imidlertid i sak C-436/20 *Asade I*, at direktivet artikkel 77 ikke er gir en uttømmende regulering av statenes reservasjonsadgang, og at kontrakter kan reserveres for visse økonomiske aktører også i andre tilfeller.⁸

I *Asade I* tok EU-domstolen stilling til om anskaffelsesdirektivet artikkel 76 er til hinder for en reservasjon av kontrakter for «nonprofit-aktører». EU-domstolen understreket at bestemmelsen krever at nasjonale regler om kontraktstildeling sikrer at oppdragsgivere overholder prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling og videre at reglene åpner for at oppdragsgivere kan ta hensyn til at kontraktene gjelder tjenester av en særlig karakter. Tjenestenes særlige karakter innebærer at statene kan la oppdragsgivere ta hensyn til behovet for å sikre tjenesteytelsens kvalitet, kontinuitet, tilgang, tilgjengelighet og omfang, at prisene er overkommelige, at de er tilpasset brukernes særlige behov, at brukerne gis innflytelse samt hensynet til innovasjon.⁹ Domstolen understreket igjen statenes vide skjønnsmargin i valget av leverandør på dette feltet.¹⁰ Hvilke krav som følger av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet i direktivets artikkel 76 omtales nærmere i det følgende.

⁷ I enkelte tilfeller kan også anskaffelser av helse- og sosialtjenester under direktivets terskelverdi være omfattet av de generelle reglene om fri bevegelse, se mer om dette i Simen Hammersviks utredning inntatt som vedlegg til NOU 2023:26.

⁸ Sak C-436/20 *Asade I* avsnitt 82. Og EFTA-domstolens dom E-4/22 *Stendi AS og Norlandia Care Norge AS mot Oslo kommune*, avsnitt 67.

⁹ Avsnitt 84.

¹⁰ Avsnitt 85.

2.3 Nærmere om likebehandlingsprinsippet

2.3.1 Reservasjon av konkurranser for ideelle som rettferdiggjort forskjellsbehandling

I *Asade I* legger EU-domstolen til grunn at en reservasjon av konkurranser for ideelle organisasjoner, innebærer en forskjellsbehandling av økonomiske aktører som kan være i strid med likebehandlingsprinsippet med mindre forskjellsbehandlingen kan rettferdiggjøres i objektive hensyn.¹¹ Det samme er lagt til grunn av EFTA-domstolen i sak E-4/22 *Stendi/Norlandia*.¹²

EU-domstolen viste i *Asade I* til sin tidligere avgjørelse *Sodemare*.¹³ Dette var den første avgjørelsen hvor EU-domstolen vurderte om en reservasjon av kontrakter for ideelle organisasjoner utgjorde et brudd på likebehandlingsprinsippet. Spørsmålet for EU-domstolen var om italienske regler som fastsatte at bare virksomheter uten gevinstformål kunne tildeles kontrakter om levering av helse- og sosialtjenester var i strid med traktatens regler om fri etablering. EU-domstolen kom til at det ikke forelå et brudd på likebehandlingsprinsippet, og viste til at ordningen behandlet utenlandske og innenlandske selskaper likt.¹⁴ Forskjellen mellom tilnærmingen i *Asade I* og *Sodemare* kan trolig forklares med at likebehandlingsprinsippet i EU-retten på 1990-tallet primært var rettet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, mens anskaffelsesdirektivets likebehandlingsprinsipp knytter seg til likebehandling av økonomiske aktører.

2.3.2 Nærmere om momentene som kan rettferdiggjøre forskjellsbehandling

Avgjørelsene fra EU-domstolen og EFTA-domstolen legger til grunn at å reservere konkurranser om kontrakter for helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner, ikke bryter med likebehandlingsprinsippet dersom forskjellsbehandlingen kan rettferdiggjøres. I *Asade I* var det tale om universelle tjenester som normalt skulle ytes vederlagsfritt – eventuelt mot et begrenset gebyr – og oppdragstaker skulle ikke oppnå kommersielt overskudd. Domstolen konkluderte som følger:

«Den eksklusive anvendelse af private nonprofit-enheder med henblik på at sikre levering af sådanne sociale ydelser kan således være begrundet i såvel principperne om universalitet og solidaritet, der er særligt kendetegnende ved et socialhjælpesystem, som i hensyn til økonomisk effektivitet og hensigtsmæssighed, for så vidt som den giver mulighed for, at disse ydelser af almen interesse sikres af enheder, der hovedsageligt er oprettet med henblik på at tjene den offentlige interesse, under forudsætning af budgetmæssig økonomisk ligevægt, og hvis beslutninger, således som den spanske regering har anført, ikke udelukkende styres af kommercielle hensyn.»¹⁵

I *Stendi/Norlandia* uttalte EFTA-domstolen at EØS-statene har rett til å reservere konkurranser for slike særlige tjenester på to nærmere vilkår. Først oppstilles det et krav om at eventuelt overskudd som følger av gjennomføringen av kontraktene reinvesteres av de ideelle foretakene med sikte på å nå det sosiale målet av allmenn interesse som de forfølger.¹⁶ Deretter understreker domstolen at utelukkelsen må være forankret i nærmere angitte hensyn:

¹¹ Avsnitt 87

¹² Avsnitt 71

¹³ Se avsnitt 88 og 93.

¹⁴ Generaladvokaten mente at det forelå indirekte diskriminering som ikke kunne rettferdiggjøres, se forslag til avgjørelse av Generaladvokat Fennely i sak C-70/95 *Sodemare*, avsnitt 36.

¹⁵ Avsnitt 90.

¹⁶ Avsnitt 75

[...] må den utelukkende bruken av private ideelle foretak til å yte slike sosiale og andre særlige tjenester være forankret både i prinsippene om universalitet og solidaritet, som ligger i et velferdssystem, samt hensynet til økonomisk effektivitet og egnethet, i den utstrekning det tillater at tjenester av allmenn interesse kan ytes på en økonomisk balansert måte for budsjettformål av foretak som i hovedsak er opprettet for å tjene allmennhetens interesser, og hvis beslutninger ikke styres av rent kommersielle hensyn.»¹⁷

EFTA-domstolen uttaler at en utelukkelse av private kommersielle foretak ikke er i strid med likebehandlingsprinsippet hvis utelukkelsen er forankret i ovennevnte hensyn, forutsatt at slik utelukkelse faktisk bidrar til det sosiale formålet og til å nå målene om solidaritet og økonomisk effektivitet som systemet bygger på.¹⁸

Momentene som beskrives i dette avsnittet i *Stendi/Norlandia* er de samme som fremgår av EU-domstolens praksis. Det første hovedvilkåret – knyttet til reinvestering av eventuelt overskudd i det ideelle formålet tjenesteyterne forfølger – har nær sammenheng med definisjonen av hva som er en ideell organisasjon. Dette er inngående vurdert av utvalget i NOU 2024:1 *Definisjon og registrering av ideelle velferdsaktører*.¹⁹

I det følgende redegjør vi nærmere for vilkåret om at reservasjonen må være forankret i særskilte allmenne hensyn (punkt 2.3.3), og dernest drøfter vi vilkåret om at reservasjonen faktisk bidrar til det sosiale formålet (punkt 2.3.4) og til slutt begrepet budsjettmessig effektivitet.

2.3.3 Reservasjon forankret i hensynet til universalitet, solidaritet og økonomisk effektivitet

I *Asade I* tok EU-domstolen utgangspunkt i medlemsstatenes kompetanse til selv å utforme sine sosiale sikringsordninger. Dette er i tråd med domstolens tidligere avgjørelser om at statene har et større handlingsrom på området for helse- og sosialtjenester enn på mange andre områder.²⁰

Selv om reservasjoner av konkurranser i utgangspunktet innebærer en forskjellsbehandling av økonomiske aktører som må rettfærdiggjøres, kommer det tydelig til uttrykk at det ikke er tale om en streng test. Statene har betydelig frihet i organiseringen av helse og sosialtjenester og har rett til å reservere konkurranser for ideelle aktører så lenge det er forankret i og faktisk bidrar til å fremme nærmere allmenne hensyn. Den beskrevne testen skiller seg klart fra en mer tradisjonell proporsjonalitetstest som benyttes for å begrunne restriksjoner på fri bevegelighet, der valg av virkemiddel også må være det minst inngripende for å realisere formålet og statene vanligvis ikke har noen skjønnsmargin.

Rettspraksis på dette området retter seg mot særskilt angitte hensyn. Selv om det ikke kan utelukkes at også andre hensyn kan være legitime å ta i betraktning, er det hensynene som ble drøftet i *Asade I* og *Stendi/Norlandia* som typisk begrunner valget av ideelle aktører.

I *Asade I* beskrives hensynene slik:

¹⁷ Avsnitt 76.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ For vår vurdering forutsetter vi at tjenesteyter er en ideell organisasjon.

²⁰ I avsnitt 88 har domstolen også vist til *Sodemare* som overlot et betydelig handlingsrom til medlemsstatene på dette området. Henvisingen viser at domstolens utgangspunkt i *Sodemare* fortsatt gjelder, også etter direktiv 2014/24/EU. Domstolen har også tidligere i sak C-113/13 fastslått at *Sodemare*-prinsippet opprettholdes, til tross for at Generaladvokaten hadde foreslått at prinsippet ikke skulle gjelde på anskaffelsesfeltet, se avsnitt 71 flg.

«Den eksklusive anvendelse af private nonprofit-enheder med henblik på at sikre levering af sådanne sociale ydelser kan således være begrundet i såvel principperne om universalitet og solidaritet, der er særligt kendetegnende ved et socialhjælpesystem, som i hensyn til økonomisk effektivitet og hensigtsmæssighed, for så vidt som den giver mulighed for, at disse ydelser af almen interesse sikres af enheder, der hovedsageligt er oprettet med henblik på at tjene den offentlige interesse, under forudsætning af budgetmæssig økonomisk ligevægt, og hvis beslutninger, således som den spanske regering har anført, ikke udelukkende styres af kommercielle hensyn.» (våre understrekinger)

Det fremkommer altså at en reservasjon typisk vil være begrundet både i prinsippene om universalitet og solidaritet som velferdssystemet bygger på, og i hensynet til økonomisk effektivitet og hensiktsmessighet.

EFTA-domstolen i *Stendi/Norlandia* formulerer testen slik at reservasjonen må være begrundet både i prinsippet om solidaritet og universalitet og økonomisk effektivitet og egnethet.²¹ Dette er noe mer bastant formulert enn i *Asade I* som viser til at ordningen «kan» være begrundet i nevnte hensyn. Det er imidlertid ingen holdepunkter for at EFTA-domstolen har ment å snevre inn reservasjonsadgangen i større grad enn EU-domstolen.

Asade I viser også til de eldre dommene *Spezzino* og *Casta*, som gir noe mer veiledning om hva som menes med hensynet til universalitet og solidaritet. I *Spezzino* understreket EU-domstolen at på dette området – som angår menneskers liv og sunnhet – kan medlemsstatene fastsette sitt eget beskyttelsesnivå og har skjønnsfrihet med hensyn til hvordan beskyttelsesnivået skal sikres.²² Videre fremhevet domstolen at ikke bare den økonomiske likevekten i helsesystemet, men også hensynet til å opprettholde en stabil helsetjeneste som alle har tilgang til, kan være et relevant hensyn:

«Foranstaltninger, der dels forfølger det generelle formål om at sikre, at der på den pågældende medlemsstats område er tilstrækkelig og vedvarende adgang til et afbalanceret udbud af god lægelig behandling, dels søger at sikre en styring af omkostningerne og i videst mulig omfang undgå ethvert spild af økonomiske, tekniske og menneskelige ressourcer, er således omfattet.»²³

Det kan altså reserveres kontrakter for ideelle aktører når dette dels forfølger et mer generelt formål om å sikre en tilstrekkelig og vedvarende tilgang på helsetjenester og hensyn til økonomisk styring, samt å unngå at økonomiske, tekniske eller menneskelige ressurser går til spille. Det siste punktet knytter seg til «budsjettmessig effektivitet», jf. omtalen nedenfor. EU-domstolen la også i *Casta* til grunn at reservasjon av kontrakter for ideelle, kunne begrunnes i hensynet til å opprettholde et stabilt

²¹ Se også den engelske versjonen av E-4/22: “the provision of such social and other specific services must be grounded both in the principles of universality and solidarity, which are inherent to a social welfare system, as well as in reasons of economic efficiency and suitability, insofar as it allows services of general interest to be provided in an economically balanced manner for budgetary purposes, by entities constituted, essentially, for the purpose of serving the public interest and whose decisions are not guided by purely commercial considerations.”

²² Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 56

²³ Avsnitt 57.

og tilgjengelig helsevesen, samt å avbøte risikoen for økonomisk ubalanse i det offentlige helsetilbudet.²⁴

I *Spezzino* presiserte EU-domstolen videre at det ligger innenfor statenes skjønnsmargin å mene at bruken av frivillige organisasjoner fremmer det sosiale formålet og bidrar til styring av omkostningene:

«Følgelig kan en medlemsstat inden for rammerne af den skønsmargin, den råder over til at fastsætte niveauet for beskyttelse af folkesundheden og til at udforme sin sociale sikringsordning, mene, at en anvendelse af frivillige organisationer er i overensstemmelse med det sociale formål om akutte sygetransporter og er af en karakter, der kan bidrage til styring af omkostninger, der er knyttet til denne ydelse.»²⁵

Dommene på området viser dermed at statene har anledning til å velge de virkemidler de mener er best egnet til å fremme langsiktige mål om balanse og tilgang til helse og sosialtjenester, både i geografisk og økonomisk forstand.

I tilfeller der det offentlige selv ikke tilbyr tjenesten i det ønskede omfang og utstrekning, vil tilstedeværelse av ideelle aktører kunne være et viktig virkemiddel for å sikre stabile helse- og sosialtjenester. Aktører som er styrt av kommersielle hensyn, vil muligens lettere kunne forsvinne fra markedet hvis det i perioder er lavere etterspørsel etter tjenestene eller hvis de antar at det kan være høyere fortjenestemargin i annen virksomhet. Overordnet må det også kunne legges til grunn at ideelle aktører bidrar til å holde kostnadene nede ettersom de er opprettet for å tjene ideelle interesser og ikke styres av rent kommersielle hensyn.

Som sagt ligger det innenfor statenes skjønnsmargin å forfølge de nevnte overordnede allmenne hensynene gjennom å benytte ideelle aktører. Den nærmere rettslige testen gjelder derfor domstolens uttalte forutsetning om at virkemiddelet reserverte konkurranser også faktisk bidrar til å fremme det sosiale formålet og økonomisk effektivitet. Hva som nærmere ligger i dette vurderes i det følgende.

2.3.4 Reservasjonen må rent faktisk fremme det anførte formålet

EU-domstolen har i *Asade I*, *Spezzino* og *Casta*, fremhevet at reservasjonen av konkurransen eller kontraktene er i tråd med likebehandlingsprinsippet hvis utelukkelsen *«rent faktisk fremmer det sociale formål samt forfølger de formål vedrørende solidaritet og budgetmæssig effektivitet, som denne ordning hviler på»*.²⁶ I *Stendi/Norlandia* viser EFTA-domstolen til at *«slik utelukkelse faktisk bidrar til det sosiale formålet [...]»*.²⁷ Selv om domstolene har åpnet for at reservasjon av konkurranser for ideelle organisasjoner kan være lovlig, er det ikke tilstrekkelig å bare vise til en generell presumpsjon for at en reservasjon for ideelle aktører alltid er rettferdiggjort.

Rettspraksisen viser til at det må påvises en viss faktisk sammenheng mellom det sosiale formålet som begrunner at oppdragsgiver reserverer kontrakten og at leverandørene er ideelle.²⁸ Adgangen til å

²⁴ Se avsnitt 60-61. Sml. også analysen av dommene i Fløistad, Utredninga av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester, 2017, punkt 5.4.

²⁵ Avsnitt 59.

²⁶ Det siterte er fra *Asade I* avsnitt 91, mens de danske oversettelsene av *Spezzino* og *Casta* bruker ordet «rent faktisk bidrager», jf. henholdsvis avsnitt 65 og 66.

²⁷ Avsnitt 76.

²⁸ Se Fløistad, Utredninga av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester, 2017, s. 28 som formulerer dette som spørsmålet om en positiv sammenheng mellom formål og leverandørens ideelle karakter.

reservere konkurranser for ideelle vil derfor fordre en gjennomgang av og begrunnelse for hvorfor det er behov for ideelle aktører på markedet for å bidra til tjenestenes stabilitet, tilgjengelig og/eller at det økonomisk balanse i det offentlige helsetilbudet. Ordlyden «*rent faktisk fremme det sociale formål*» viser at det ikke skal skje en streng vurdering, men en vurdering av om reservasjon for ideelle aktører er tjenlig for formålet.

Etter vårt syn er det likhetstrekk mellom dette vilkåret og den mer tradisjonelle egnethetstesten i EU/EØS-retten som innebærer at tiltaket må være tjenlig som middel for å fremme formålet.²⁹ Egnethet er ikke en vurdering av om tiltaket er det beste virkemiddelet for å oppnå formålet, men om det *kan* fremme formålet. Dette er også klart en mildere test enn nødvendighetstesten som vanligvis må møtes for å begrunne restriksjoner på retten til fri bevegelighet. I et slikt tilfelle skal det også vurderes om det valgte virkemiddelet er det minst inngripende tiltaket. Denne nødvendighetstesten har ikke domstolene vist til i den relevante rettspraksisen for reserverte konkurranser.

Et aspekt i den tradisjonelle egnethetstesten er kravet om at tiltaket faktisk følger formålet på en sammenhengende og systematisk måte.³⁰ I E-3/06 *Ladbroks*³¹ ble dette formulert som at staten «*treffer, fremmer eller tolererer andre tiltak som går på tvers av målsetningene som søkes oppnådd gjennom lovgivningen det gjelder, se spilleautomatdommen, avsnitt 43. Slik mangel på sammenheng kan gjøre lovgivningen det gjelder uegnet til å oppnå de tilsiktede målsetningene.*» Et slikt vurderingstema er ikke angitt i rettspraksis knyttet til reservasjon for ideelle aktører, men det kan ikke utelukkes at det vil være behov for en slik begrensning dersom statene i fremtiden skulle komme til å legge unntaket på strekk.

Siden det er tale om en offentlig anskaffelse, vil vurderingstidspunktet for om reservasjonen er et egnet tiltak være i planleggingsfasen av anskaffelsen. Dette medfører at det må foretas en vurdering av egnethet på et tidspunkt som ligger godt forut for selve gjennomføringen av konkurransen.

Det oppstår her et spørsmål om reservasjonen kan være begrunnet i en mer generell policy eller om vurderingen av om reservasjon faktisk fremmer formålet, må vurderes konkret i tilknytning til den enkelte anskaffelsen. Høringsnotatet til forskriftsendringen der § 30-2a ble innlemmet i anskaffelsesforskriften, viser til at vurderingen som må foretas ikke nødvendigvis bare må knytte seg til den konkrete anskaffelsen alene.³²

Etter vår vurdering kan en slik vurdering med fordel være forankret i en nasjonal, regional eller kommunal policy. I *Asade I* var ordningen forankret i en regional lov som ga hjemmel for en regional policy om å reservere konkurranser for ideelle aktører. En slik policy vil også kunne sikre en mer konsistent praksis, jf. det som er nevnt ovenfor som et mulig konsistenskrav i egnethetsvurderingen. Det er da selvsagt ikke noe til hinder for også å vurdere den konkrete anskaffelsen og om denne faktisk vil bidra til å fremme de sosiale formålene og økonomisk effektivitet som policyen hviler på.

²⁹ Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 4 utgave, 2022, s. 142.

³⁰ Se f.eks. sak C-243/01 *Gambelli* og sak C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional (CA/LPFP)*, *Bwin International Ltd*, tidligere *Baw International Ltd* mot *Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*

³¹ EFTA-domstolens dom i sak E-03/06 *Ladbrokes Ltd. mot Norge*.

³² <https://www.regjeringen.no/contentassets/324724635bbb4e99b811887a83ca71b6/horingsnotat.pdf> punkt 5.3.

Det nærmere innholdet i testen av om reservasjon faktisk fremmer de sosiale formålene og økonomisk effektivitet fremgår av *Spezzino*.³³ De frivillige organisasjonene må ikke forfølge andre formål, de skal ikke oppnå gevinst utover dekning av variable, faste og løpende kostnader og de skal ellers nøye overholde nasjonale krav til virksomhetene. Hensett til det alminnelige EU-rettslige prinsippet om misbruk av rettigheter kan anvendelsen av lovgivningen som reserverer konkurranser for ideelle organisasjoner, ikke utvides til å dekke rettsstridige former for praksis fra frivillige organisasjoner eller deres medlemmer. Disse vilkårene er nært knyttet til selve definisjonen av en ideell virksomhet og vil gjennomgående være oppfylt der reservasjon av konkurranser er forbeholdt reelle, ideelle aktører.

2.3.5 Budsjettmessig effektivitet

EU- og EFTA-domstolen viser også til at reservasjonen skal fremme budsjettmessig effektivitet. Dette vilkåret fremstår isolert sett som noe uklart og innholdet er ikke nærmere beskrevet i *Asade I* og *Stendi/Norlandia*.

Oslo tingretts dom i *Stendi/Norlandia* ser ut til å legge vekt på om det (i ettertid) kan påvises at reservasjon har medført lavere priser enn åpen konkurranse.³⁴ Etter vårt syn er dette ikke riktig. Med et slikt krav til budsjettmessig effektivitet ville det ikke være særlig behov for reservasjonsadgang, ettersom ideelle aktører uansett ville vinne frem i en åpen konkurranse med de økonomisk sett mest fordelaktige vilkårene. En slik forståelse av momentet har etter vårt syn heller ingen støtte i EU- og EFTA-domstolens avgjørelser. Vi hitsetter fra *Asade I*:

«Når udelukkelsen af private enheder, der arbejder med gevinst for øje, fra offentlige udbudsprocedurer, der har til formål at levere sådanne sociale tjenesteydelser, er begrundet i sådanne hensyn, er den ikke i strid med lighedsprincippet, for så vidt som denne udelukkelse rent faktisk fremmer det sociale formål samt forfølger de formål vedrørende solidaritet og budgetmæssig effektivitet, som denne ordning hviler på.»³⁵(vår understrekning)

I den engelske språkvarianten brukes begrepet «budgetary efficiency». I teorien knyttet til *Spezzino*-dommen ble det stilt spørsmål ved hva dette egentlig betyr og om forholdet til det mer kjente begrepet «economic efficiency».³⁶

Begrepet har også blitt tolket i *Asade II*.³⁷ Her gjorde EU-domstolen det klart at formålet om budsjettmessig effektivitet må sees i lys av tjenestenes særlige karakter:

«It must also be pointed out, as regards that objective of budgetary efficiency, that the exclusion of private profit-making entities from those procurement procedures is not contrary to EU law on the sole ground that an award procedure which would have been opened to them might have made it possible to provide the same personal assistance service at a lower cost to the contracting authority. Budgetary efficiency must, in the context of the provision of the services at issue in the main proceedings, be understood in the light of the specific features inherent in that provision, relating to the need to ensure that the exclusion of profit-making

³³ Avsnitt 60 flg.

³⁴ Dom av 13.12.2023 Oslo Tingrett, saksnummer 21-021791TVI-TOSL/01. Dommen er anket.

³⁵ Sak C-436/20 *Asade I* avsnitt 91

³⁶ P. Telles. The impact of the *Spezzino* judgement for third sector organisations, *The European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. II nr. 1 (2016) s. 22-30.

³⁷ Sak C-676/20 *Asade II* avsnitt 52.

entities actually contributes to the social purpose and to the objectives of solidarity pursued by that contracting authority. »

Vilkåret har derfor svært nær sammenheng med forrige punkt om at reservasjonen av konkurransen rent faktisk skal bidra til å oppfylle det sosiale formålet som har begrunnet reservasjonen. Dette kan også ha sammenheng med at EU-domstolen antar at ideelle aktører sannsynligvis bidrar til å holde kostnadene nede fordi de ikke krever en profittmargin i tillegg til kostnadsdekning.³⁸

På bakgrunn av *Asade II* er det klart at det ikke er avgjørende om det i den konkrete konkurransen er slik at de kommersielle ville kunne tilby tjenesten til en lavere kostnad. Vilkåret må ses i sammenheng med det overordnede sosiale hensynet som forfølges ved reservasjonen. En stat må etter vår vurdering kunne basere seg på en presumpsjon om at ideelle aktører bidrar på lengre sikt til å fremme et solidaritetsbasert offentlig helsevesen. Ideelle aktører forfølger ikke-økonomiske formål og søker ikke profitt. Et eventuelt overskudd ved en offentlig kontrakt reinvesteres i en presumptivt samfunnsnyttig, ideell virksomhet.

Som nevnt, viser *Spezzino* til at det skal foreligge økonomisk styring og at det ikke skal skje noen spill av verken økonomiske, tekniske eller menneskelige ressurser. *Spezzino* viser her til *Kommisjonen mot Tyskland* som oppstiller et krav om kostnadskontroll og at det så langt som mulig ikke forekommer ressursløseri.³⁹

Vi forstår det derfor slik at budsjettmessig effektivitet ikke er et rent økonomisk begrep, men er en del av begrunnelsen for å reservere konkurranser for ideelle aktører. Dette underbygges av det som er sitert over, om at utelukkelsen av kommersielle skal være begrunnet i det formål vedrørende solidaritet og budsjettmessige effektivitet som reservasjonen hviler på. Der reservasjonen er begrunnet i budsjettmessig balanse, likevekt eller effektivitet, må den konkrete reservasjonen også bidra til å realisere dette formålet. Etter vår vurdering er det her også et spørsmål om reservasjonen er *egnet* til å realisere budsjettmessig effektivitet og ikke en etterfølgende test, jf. punkt 2.3.4 der vi beskriver domstolens praksis som en egenhetstest.

Vår samlede tolkning av begrepet budsjettmessig effektivitet er at vilkåret vil være oppfylt hvis reservasjonen gjelder aktører som ikke har fortjeneste som formål og som heller ikke faktisk/reelt sett tar ut overskudd av virksomheten.⁴⁰

2.4 Prinsippet om gjennomsiktighet

I tillegg til å overholde likebehandlingsprinsippet, må en reservasjonsadgang overholde prinsippet om gjennomsiktighet.⁴¹ Prinsippet krever blant annet tilstrekkelig offentliggjøring slik at det for det første er mulig med konkurranse og at leverandører får tilstrekkelig informasjon til å inngi tilbud, og for det andre at det er mulig å vurdere om fremgangsmåten for tildeling er i tråd med de øvrige regler i

³⁸ Sml. A. Schanchez Graells. Competition and State aid implications of the *Spezzino* Judgment (C-113/13): the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations, 2015, og tolkning av *Spezzino* og forståelsen av begrepet «budgetary efficiency» i punkt 3.

³⁹ C-141/07 avsnitt 61: «Secondly, assists in ensuring the desired control of costs and prevention, as far as possible, of any wastage of financial, technical and human resources.»

⁴⁰ Sml. den svenske Prop. 2021/22:135 s. 36 og 37 og særlig «Budgetmässig effektivitet kan vara att tjänsten tilldelas en aktör som saknar vinstsyfte och att tjänsten inte leder till någon vinst för organisationernas medlemmar.» Se også omtalen over i 2.3.4 av *Spezzino* avsnitt 60 flg. som nærmere forklarer hva som menes med forutsetningen om at reservasjonen «faktisk fremmer» de sosiale formålene og økonomisk effektivitet.

⁴¹ I sak E-4/22 benyttes begrepet «innsyn», men det siktes trolig til transparens eller gjennomsiktighet.

anskaffelsesregelverket. En offentliggjøring skal også sikre at det ikke foregår noen favorisering eller annen form for vilkårlighet i valget av leverandør.⁴²

EU-domstolen og EFTA-domstolen har slått fast i *Asade I* og *Stendi/Norlandia*⁴³ at det ikke er tillatt å tildele kontraktene direkte. Kravet om konkurranse er også reflektert i anskaffelsesforskriftens reservasjonsadgang, som bare åpner for å reservere *konkurransen* for ideelle. I *Asade I* beskrives kravet også slik at det skal foretas en sammenligning og klassifisering av tilbudene, herunder en vurdering av pris på de kostnadene som oppdragsgiver skal dekke. Dette forutsetter en form for reell konkurranse der de ideelle aktørene kan inngi tilbud, både på pris og kvalitet.

Krav om konkurranse og gjennomsiktighet følger langt på vei allerede av direktivets artikkel 75 som viser til en prosedyre om offentliggjøring. Denne bestemmelsen krever ikke en kunngjøring i TED-databasen, men en slik kunngjøring vil i alle fall være tilstrekkelig. Artikkel 75 nr. 1 bokstav b viser også til at det er tilstrekkelig med en «forhåndsmeddelelse» av den angitte informasjonen, så lenge dette skjer et sted som offentliggjøres løpende. Anskaffelsesforskriften § 30-2a viser til at konkurranser skal kunngjøres, og dette vil klart oppfylle kravene i anskaffelsesdirektivet og gjennomsiktighetsprinsippet hva gjelder kunngjøringen. Rettspraksis viser til enn «*passende grad af offentlighed*»⁴⁴ og krever derfor ikke en slik offisiell kunngjøring. Den norske forskriftsbestemmelsen overoppfyller slik sett kravene i direktivet. I tillegg til en offentliggjøring av konkurransen, kreves det at den informasjonen som blir offentliggjort oppfyller krav til klarhet slik at alle markedsaktører kan ta stilling til om de vil inngi tilbud.

Videre oppstiller EU-domstolen i *Asade I* et krav om at den fremgangsmåten som er valgt for tildeling av kontrakt skal skje på en upartisk måte og at dette skal kunne kontrolleres.⁴⁵ Domstolen viser også til at de krav som konkurransen skal vurderes ut ifra skal utformes på en slik måte at den alminnelige aktsomme tilbyder skal forstå den «*nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde, dels således, at der opstilles rammer for den ordregivende myndigheds skønsbeføjelse, og denne myndighed effektivt kan kontrollere, om de bydendes bud opfylder kriterierne for den pågældende procedure.*» Sagt med andre ord, skal tildelingen være innrettet i tråd med forutberegnelighetsprinsippet i anskaffelsesretten, jf. anskaffelsesloven § 4.

Disse kravene er i anskaffelsesforskriften sikret ved at § 30-2a krever en konkurranse i tråd med kapittel 30. Den norske forskriften og anskaffelsesloven § 4 oppstiller derfor regler som innebærer at gjennomsiktighetsprinsippet blir overholdt hvis disse reglene følges.

3 Oppsummering og konklusjon

Som det fremkommer av drøftelsene ovenfor, er det tillatt å reservere konkurranser om offentlige kontakter for helse- og sosialtjenester for ideelle aktører når enkelte vilkår er oppfylt. For det første må målgruppen oppfylle kriteriene for å anses som en ideell aktør, for det andre må reservasjonen utgjøre et rettferdiggjort inngrep i likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesdirektivet artikkel 76.

Reservasjonen må være begrunnet i legitime hensyn, typisk prinsippene om universalitet og solidaritet som velferdssystemet bygger. I vurderingen av om forskjellsbehandlingen av ideelle aktører kan anses rettferdiggjort, er statene tilkjent en nokså betydelig skjønnsmargin.

⁴² E-4/22 avsnitt 79 og sak C-436/20 *Asade I* avsnitt 97.

⁴³ Se henholdsvis *Asade I* avsnitt 96 og E-4/22 avsnitt 78

⁴⁴ Se sak C-436/20/ *Asade I* avsnitt 97.

⁴⁵ *Ibid.*

Videre skal reservasjonen faktisk fremme de sosiale hensynene og økonomisk effektivitet. Dette vil normalt anses oppfylt der reservasjonen omfatter reelle, ideelle aktører og vederlagsmekanismen er begrenset til å sikre dekning av deres nødvendige kostnader for utførelse av tjenestene. Det stilles ikke krav til å vise at det sosiale formålet ikke kunne ha blitt nådd med andre mindre inngripende virkemidler slik som i en vanlig restriksjonstest etter fri bevegelighet.

Vi oppfatter også praksis fra EU-domstolen slik at domstolen vurderer budsjettmessig effektivitet som et ledd i begrunnelsen av om reservasjon av konkurransen er et egnet tiltak for å fremme det sosiale formålet som er påberopt. Vilåret vil normalt være oppfylt hvis reservasjonen er for ideelle aktører som ikke har fortjeneste som formål og som heller ikke faktisk tar ut overskudd av virksomheten. Det er irrelevant hvorvidt det kan sannsynliggjøres at kommersielle leverandører kunne ha levert samme tjenester til lavere kostnad.

På denne måten kan de ideelle tilby et supplement til det offentlige tilbudet både i omfang og innhold. Reservasjon utelukker heller ikke at kommersielle aktører får anledning til å være til stede som tjenesteleverandører, all den tid det offentlige og de ideelle ikke har tilstrekkelig kapasitet alene.

Et særlig spørsmål er om reservasjon av konkurranser skal vurderes i det enkelte tilfellet eller om en slik adgang bør forankres i en nasjonal, regional eller lokal policy. Etter vårt syn er det anledning til å basere reservasjon på en overordnet policy om når reservasjonsadgangen skal benyttes. Den enkelte oppdragsgiver bør likevel i planleggingen av anskaffelsen verifisere at vilkårene for å anvende reservasjonsadgangen knesatt i den overordnede policyen, er oppfylt. Hvis policyen er utformet i tråd med vilkårene i rettspraksis, er det imidlertid vanskelig å se i hvilke tilfeller konkrete anskaffelser ikke skulle oppfylle vilkårene. Det er derfor neppe nødvendig for oppdragsgiver i det enkelte tilfelle å foreta en grundig vurdering av om reservasjonen oppfylder EØS-rettens krav. Det som heller vil være relevant å verifisere er at den eller de aktuelle leverandørene er reelle ideelle aktører som faktisk forfølger overordnede sosiale hensyn, at de ikke opptjener vederlag ut over reell kostnadsdekning og heller ikke kan ta ut overskudd av virksomheten.

Etter vår vurdering vil det kunne være noe enklere å forankre en reservasjon i en policy enn i enkeltstående tilfeller, fordi begrunnelsen i et slikt tilfelle knytter seg til bredere systembetragtninger. Ved enkeltstående reservasjoner vil det trolig stilles noe strengere krav til begrunnelse for å sikre at det ikke skjer en vilkårlig og ubegrunnet reservasjon med svakere forankring i en systematisk ivaretagelse av universalitet og solidaritetshensyn basert på budsjettmessig effektivitet.

Det er også et krav om at konkurransen blir offentliggjort, og at det foretas en reell konkurranse mellom de ideelle aktørene. Dette kan gjøres på ulike måter, men en kunngjøring i Doffin vil klart oppfylle de krav som er oppstilt i rettspraksis. Videre må konkurransen inneholde enkelte tildelingskriterier som er formulert på en slik måte at de oppfylder kravene til forutberegnelighet for tilbyderne. De ideelle aktørene skal bli målt opp imot hverandre på bakgrunn av disse kriteriene og prosedyren skal være utformet slik at det kan foretas en kontroll av prosessen slik at kontrakt ikke blir tildelt ved favorisering eller vilkårlighet. En konkurranse utformet på bakgrunn av reglene i anskaffelsesforskriften § 30-1 og de alminnelige prinsippene i anskaffelsesloven § 4 vil tilfredsstillere disse kravene.