

## **Rettslig vurdering av om unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres**

1. Hovedtrekk
2. Mandatet for utredningen – presiseringer og avgrensinger
3. Oversikt over EU/EØS-retten på området
4. Dagens unntaksordning
5. Videreføring av dagens unntaksregel?
6. Det nye regimet for anskaffelse av helse- og sosialtjenester
7. Andre alternativer
8. Avsluttende merknader

Vedlegg – utdrag fra direktiv 2014/24

## 1. Hovedtrekk

I forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 2-1 (3) heter det at «*For kontrakter om utførelse av helse- og sosialtjenester med en ideell organisasjon er oppdragsgiver ikke forpliktet til å følge regler i forskriftens del II og III*». Det betyr at der offentlige etater velger å kjøpe helse- og sosialtjenester fra eksterne private aktører, så kan den enkelte oppdragsgiver i det enkelte tilfellet velge å reservere konkurransen til bare ideelle aktører, slik at kommersielle er utelukket. Det er ikke noen plikt til å gjøre dette, men en mulighet, som kan brukes eller ikke, etter fritt skjønn.

Dette unntaket kom inn i 2004, og er rettslig basert på at helse- og sosialtjenester etter EU/EØS-retten er såkalte «uprioriterte» tjenester, som ikke er regulert av det gjeldende anskaffelsesdirektivet (2004/18), og der medlemsstatene derfor har relativt stort handlingsrom. I februar 2014 vedtok EU et nytt generelt anskaffelsesdirektiv (2014/24) som opphever skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester, og gir egne regler for kjøp av helse- og sosialtjenester. Direktivet er EØS-relevant, og må forventes inntatt i avtalen.

Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) har på denne bakgrunn bedt om en «en uavhengig juridisk vurdering av om unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle aktører kan videreføres sett i lys av de nye direktivbestemmelsene». Videre ønskes det en «vurdering av om det finnes alternative måter å begrense kretsen av leverandører på til bare ideelle organisasjoner». Av mandatet fremgår det at regjeringen ikke ønsker at det eksterne tilbudet av helse- og sosialtjenester skal være eksklusivt forbeholdt ideelle aktører, men «ønsker samtidig at også kommersielle aktører skal kunne tilby sine tjenester innenfor helse- og sosialsektoren».

Spørsmålet er med andre ord om man innenfor rammene av EU/EØS-retten i fremtiden vil kunne videreføre et system som generelt er åpent for at det offentlige anskaffer helse- og sosialtjenester på det private markedet, men der det samtidig er adgang i den enkelte sak til å gi ideelle organisasjoner en særskilt privilegert stilling sammenlignet med kommersielle aktører – enten ved at kontrakten kun forbeholdes ideelle aktører eller på annen måte. Dette er utredet i det følgende.

Hovedkonklusjonen er at dagens unntaksordning i FOA § 2-1 (3) etter min vurdering *ikke kan videreføres* i sin nåværende form når det nye direktivet trer i kraft i Norge. Unntaket er allerede i dag diskutabelt ut fra gjeldende EU/EØS-rett. Og det nye direktiv 2014/24 omfatter klart nok helse- og sosialtjenester, og gir egne regler for dette, som er relativt fleksible, men som ikke åpner for en generell adgang til å forbeholde enkelte kontrakter for ideelle organisasjoner. Dersom unntaket i § 2-1 (3) videreføres, er det med andre ord overveiende sannsynlig at dette vil bli angrepet rettslig og at Norge vil tape en slik rettssak.

Direktiv 2014/24 er akkurat vedtatt i EU, og vil ikke tre i kraft i medlemsstatene før i april 2016. Det er ennå ikke inntatt i EØS-avtalen. I forbindelse med EØS-prosessen vil det i prinsippet være mulig for Norge å be om særskilte tilpasninger. Men det er lite trolig at det vil kunne lykkes. Det er ingen tradisjon for at EU tillater særlige unntak for EFTA-statene i prinsipielle og viktige spørsmål av denne typen. Videre

antas det å være lite realistisk å bruke den såkalte «reservasjonsretten» mot dette direktivet, som regulerer et kjerneområde i EØS-avtalen, og der en eventuell norsk reservasjon vil kunne ha store skadevirkninger for avtalen mer generelt.

Det legges derfor til grunn at direktiv 2014/24 vil bli en del av gjeldende norsk rett i sin nåværende form, men det er ikke noe krav etter EU/EØS-retten om at det må skje før tidligst våren 2016, og muligens senere, dersom de særskilte prosessene med å innføre direktivet i EØS-avtalen skulle vise seg å ta tid.

Selv om unntaket i FOA § 2-1 (3) oppheves, vil det imidlertid fortsatt være et visst handlingsrom for norske myndigheter innenfor rammene av en lojal etterlevelse av EU/EØS-retten til å ivareta de særlige hensyn som begrunner dagens unntak for ideelle organisasjoner.

For det første har direktiv 2014/24 egne regler om anskaffelse av helse- og sosialtjenester i artiklene 74-77, som er betydelig mer fleksible enn de generelle reglene. Dels er terskelverdien høyere (750.000 euro), slik at kontrakter under dette beløpet som hovedregel fortsatt vil kunne tildeles ideelle aktører uten åpen konkurranse. Viktigere er likevel at de tillatte kriteriene for tildeling er mer fleksible enn ellers, og i større grad åpner for vektlegging av slike forhold som kvalitet, kontinuitet, tilgjengelighet, brukernes særlige behov m.m., og som nok også åpner for lengre kontraktsperioder enn ellers. Innenfor rammen av disse reglene bør det være mulig å utforme egne norske regler for anskaffelse av helse- og sosialtjenester som er utformet slik at eksisterende ideelle organisasjoner med særskilt erfaring og kompetanse bør kunne stå sterkt, generelt og ved den enkelte tildeling.

For det andre må understrekes at plikten til å lyse ut på tilbud bare inntreffer når et offentlig organ ønsker å kjøpe helse- og sosialtjenester fra eksterne private aktører. Det er aldri noen plikt til å lyse ut slike tjenester, som det offentlige alternativt alltid selv kan utføre. Innenfor rammene av såkalt offentlig «egenregi» er det også mulig å tenke seg løsninger der ideelle organisasjoner kommer inn og bistår som del av det offentlige tilbudet, slik det i noen grad synes å være praksis for. Videre vil kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet (typisk tvang) antagelig fortsatt kunne unntas, og dette kan være aktuelt for noen av de berørte tjenestene. Endelig er anskaffelsesreglene heller ikke til hinder for at det offentlige gir tilskudd til helse- og sosialtiltak som ideelle organisasjoner tilbyr på eget initiativ, og ikke som del av det offentlige tilbudet (dette må i så fall vurderes etter statsstøttereglene).

For det tredje er det som vist fortsatt en periode på minst to år, og kanskje mer, før unntaket i § 2-1 (3) må oppheves. Dette gir tid til å forberede seg på et nytt regime, både for offentlige myndigheter og de berørte ideelle organisasjonene. Dersom man ønsker det, vil det også være mulighet i denne perioden til å inngå langsiktige avtaler, eller i noen tilfelle løpende (tidsbegrensede) avtaler, med ideelle aktører, som fortsatt vil være gyldige etter at unntaket oppheves.

Begrunnelsen for dagens begunstiging av ideelle aktører synes å være todelt. Dels er det et ønske om å bevare og støtte opp om de ideelle organisasjonene som sådanne, som en viktig del av det sivile samfunn. Dels er det ut fra en tanke om at de ideelle organisasjonene har egenskaper og erfaringer som gjør at de antagelig kan tilby kvalitativt bedre helse- og sosialtjenester enn hva kommersielle aktører kan forventes

å gjøre. I en EU/EØS-rettslig kontekst må understrekes at den siste typen hensyn står langt sterkere enn den første. Det vil generelt være lite rom for å bruke EU/EØS-anskaffelsesreglene til å begunstige ideelle organisasjoner som sådanne når de tilbyr tjenester mot betaling i et marked. (De kan da heller støttes på annen måte). Langt mer legitimt er det å stille særlige krav til kvalitet, kontinuitet m.m. til helse- og sosialtjenester, som er utformet slik at de etterspør den typen egenskaper som ideelle organisasjoner har særlige forutsetninger for å kunne tilby.

En generell anbefaling er derfor at myndighetene konkret søker å begrunne på hvilke måter ideelle aktører kan levere kvalitativt bedre helse- og sosialtjenester enn hva kommersielle aktører kan forventes å gjøre. Jo klarere man eventuelt kan påvise dette, desto større vil handlingsrommet for å tildele dem kontrakter være.

## **2. Mandatet for utredningen – presiseringer og avgrensinger**

Mandatet for utredningen gir en utførlig redegjørelse for bakgrunnen for oppdraget, og de rettskildene som departementet anser som mest relevante. Det munner ut i to spørsmål:

*Regjeringen ønsker for det første en juridisk vurdering av om dagens unntak i anskaffelsesforskriften for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres etter implementeringen av de nye EU-direktivene om offentlige anskaffelser.*

*Regjeringen ønsker for det andre en vurdering av om det finnes alternative måter å begrense kretsen av leverandører på til bare ideelle organisasjoner, sett i lys av de nye reglene for kjøp av sosiale og andre spesifikke tjenester, ved tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester*

Av mandatet fremgår det samtidig at regjeringen ikke ønsker at det eksterne tilbudet av helse- og sosialtjenester skal være eksklusivt forbeholdt ideelle aktører, men at man «ønsker samtidig at også kommersielle aktører skal kunne tilby sine tjenester innenfor helse- og sosialsektoren». Dette er en viktig presisering, som setter rammer for oppdraget. Man kan tenke seg ulike måter ideelle organisasjoner kan utføre helse- og sosialtjenester på som er helt eller delvis finansiert av det offentlige, herunder på eget privat initiativ (med tilskudd) eller som ledd i det offentliges eget tilbud (utvidet egenregi). Men dette er ikke modeller som åpner for at også kommersielle aktører skal kunne tilby tjenestene. Mandatet må forstås slik at regjeringen ønsker at det skal være et privat marked for de aktuelle helse- og sosialtjenestene, som i utgangspunktet er åpent både for kommersielle og ideelle aktører, men der man ønsker utredet mulighetene for å begunstige de ideelle i forbindelse med den enkelte anskaffelsen.

Det som etter mandatet skal utredes er kun det EU/EØS-rettslige *handlingsrommet* for å begunstige ideelle organisasjoner. I hvilken grad et slikt handlingsrom i så fall *bør brukes* eller ikke er en løpende faglig og politisk diskusjon, som faller utenfor rammene av dette oppdraget. Videre vil jeg heller ikke i særlig grad gå inn på nasjonal tolking og praktisering av dagens unntaksregel, herunder f.eks. hvilke organisasjoner som regnes som «ideelle», eller hva som utgjør «helse- og

sosialtjenester», eller i hvilket omfang offentlige oppdragsgivere faktisk benytter seg av muligheten etter unntaket til å tildele kontrakter til ideelle aktører uten anbud.<sup>1</sup>

Et underliggende forhold i saken, som skinner gjennom i deler av det relevante materialet, er at en del ideelle organisasjoner har *pensjonsordninger* for sine ansatte som er mer omfattende enn mange kommersielle aktører, og at dette kan gjøre det vanskelig for dem å konkurrere på pris. For enkelte av de organisasjonene synes en del av bakgrunnen å være at offentlige myndigheter tidligere har stilt som vilkår for å inngå driftskontrakter at organisasjonene skulle tilby sine ansatte like gode pensjonsordninger som i det offentlige. Jeg kjenner ikke til de nærmere detaljene i dette, som uansett er gjenstand for egne prosesser, og som faller utenfor rammene av mandatet og derfor ikke er nærmere behandlet her. Men det er viktig å være klar over denne siden av saken, som et reelt underliggende forhold.

Under arbeidet med utredningen har jeg hatt tilgang til flere interne notater om de aktuelle problemstillingene, som viser at departementet allerede har gjort et betydelig arbeid med saken. En del av oppdraget har følgelig i realiteten vært å etterprøve og kvalitetssikre de vurderinger som forvaltningen har gjort. Uten å gå inn på innholdet i de enkelte notatene, som er av intern karakter, skal generelt bemerkes at departementets juridiske ekspertise på feltet holder meget høy faglig kvalitet.

### 3. Oversikt over EU/EØS-retten på området

#### *Gjeldende rett*

Spørsmålet om videreføring av unntaket i FOA § 2-1 (3) reiser spørsmål både om tolking av EU/EØS-rettens anskaffelsesregler, og de generelle reglene om de fire friheter, i dette tilfellet adgangen til fri etablering og fri flyt av tjenester.

Norske regler om offentlige anskaffelser er i stor grad basert på EU/EØS-retten, supplert med visse egne nasjonalt utformete regler. Som rettsområde er anskaffelsesretten ganske utførlig regulert i EU/EØS-retten, men det er også deler som ikke er særskilt regulert, og der nasjonale myndigheter har større eller mindre frihet til selv å velge hvordan de vil gå frem når de skal foreta anskaffelser.

Helse- og sosialtjenester er et eksempel på dette. Det er aldri noen plikt for nasjonale myndigheter etter EU/EØS-retten til å sette ut slike tjenester til eksterne (private) aktører. Man kan alltid velge å utføre slike tjenester selv, i offentlig regi. Men dersom det offentlige først velger å kjøpe inn en slik tjeneste fra eksterne, så må man som hovedregel følge reglene om offentlige anskaffelser. Samtidig har man i

---

<sup>1</sup> Det har de senere år vært utarbeidet flere rapporter og utredninger om utviklingen av de ideelle organisasjonenes stilling innenfor helse- og omsorgssektoren. Mye av dette er sammenfattet i en nylig utkommet masteravhandling, Kirsti Nilsson Søyland, *Virkning av konkurranseutsetting for ideelle organisasjoner* (Høgskolen i Hedmark mars 2014). Avhandlingen peker generelt på at de ideelles andel av helse- og omsorgssektoren er svekket de senere år, og tallfester dette på ulike sektorer. Det er ikke noen oversikt over hvor ofte unntaket i § 2-1 (3) har vært brukt og ikke brukt. Men det fremgår av eksemplene at når offentlige etater først velger å kjøpe helse- og sosialtjenester fra eksterne aktører, så utlyses dette ofte på vanlig måte, med åpen adgang for alle til å gi tilbud, og uten at man bruker unntaket i FOA § 2-1 (3) til å reservere konkurransen kun for ideelle. Videre synes det å være store forskjeller mellom ulike offentlige etater, og fra kommune til kommune, i hvorvidt man bruker unntaket.

EU/EØS-retten anerkjent at helse- og sosialtjenester er av en særskilt karakter, med særlige hensyn og behov, som gjør at nasjonale myndigheter her må ha betydelig større handlingsrom enn generelt for innkjøp av vanlige varer og tjenester.

Etter gjeldende rett, som vil si direktiv 2004/18, er dette gjort ved at det skilles mellom A og B tjenester, som vi i Norge omtaler som prioriterte og uprioriterte. Helse- og sosialtjenester regnes som «uprioriterte» (B), og det betyr at direktivets bestemmelser ikke får anvendelse. De er altså unntatt direktivet som sådant. Ved kjøp av slike tjenester må nasjonale myndigheter likevel følge de *generelle* EU/EØS-rettslige prinsippene dersom anskaffelsen er av grenseoverskridende interesse. I praksis betyr det et krav om at det som hovedregel må gjennomføres en form for konkurranse basert på prinsipper om gjennomsiktighet og likebehandling.

I Norge har lovgiver valgt å forholde seg til dette vide, men ikke ubegrensede handlingsrommet, ved å regulere det slik at uprioriterte tjenester (inkludert helse og sosial) generelt skal skje i henhold til FOA del I og II, med utlysning og vanlig konkurranse. Fra dette er det så gjort et særskilt unntak i FOA § 2-1 (3), der det heter at for kontrakter om utførelse av helse- og sosialtjenester med en ideell organisasjon er oppdragsgiver ikke forpliktet til å følge reglene i forskriftens del II eller III. Det betyr at slike anskaffelser fortsatt skal skje etter forskriftens del I, på bakgrunn av konkurranse. Men konkurransen kan reserveres til bare ideelle aktører.

Unntaket i § 2-1 (3) er med andre ord en nasjonal regel, som er utformet av norsk lovgiver innenfor de rammene som man har lagt til grunn at EU/EØS-retten gir. Hva gjelder direktiv 2004/18 er dette uten videre greit. Hva gjelder de generelle EU/EØS-reglene om etablering og tjenester er unntaket etter gjeldende rett mer diskutabelt, som vi skal se nedenfor i avsnitt 4. Men fra norsk side er lagt til grunn at det heller ikke er i strid med generelle EU/EØS-rettslige prinsipper.

#### *Det nye anskaffelsesdirektivet – 2014/24/EU*

I februar 2014 vedtok EU et nytt generelt anskaffelsesdirektiv (2014/24). En av de viktigste endringene i det nye direktivet er at det opphever skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester. Det betyr at også helse- og sosialtjenester fra nå av vil være omfattet av anskaffelsesdirektivet, i motsetning til tidligere.

Samtidig anerkjenner EU-lovgiver fortsatt at dette er tjenester av en særlig karakter, som krever større fleksibilitet og handlingsrom for oppdragsgiver enn vanlige tjenester generelt. Det er derfor gitt et eget kapittel i direktivet om «Sosiale og andre spesifikke tjenesteytelser» (artiklene 74-77) som innfører et «light» regime for disse. Detaljene i dette er nærmere behandlet nedenfor i avsnitt 6.

Den sentrale endringen i EU/EØS-retten av relevans for en vurdering av unntaket i FOA § 2-1 (3) er altså at helse- og sosialtjenester etter det nye direktivet *er omfattet av anskaffelsesreglene*, som de ikke var før. Betydningen av dette er drøftet nedenfor i avsnitt 5. Dertil kommer at unntaket fortsatt må vurderes også opp mot de generelle EU/EØS-reglene om etablering og tjenester.

Direktiv 2014/24 er nylig vedtatt, og som vanlig med direktiver er medlemstatene gitt en frist med å gjennomføre reglene i nasjonal rett. I dette tilfellet er fristen

relativt romslig (over to år), slik at det ikke er noe krav om at de nye reglene skal tre i kraft på nasjonalt plan før den 18. april 2016, jf. artikkel 90.

#### *Innlemmelsen av direktiv 2014/24 i EØS-avtalen*

Det er som kjent ingen formell automatikk i at nye EU-rettsakter inntas i EØS-avtalen. Først må man vurdere om de er EØS-relevante. Deretter må man gjøre de eventuelle endringer og tilpasninger som er nødvendig eller ønsket for å gjøre rettsakten til en del av EØS-avtalen. Og så må EØS-komiteen formelt beslutte å innta rettsakten i avtalen etter EØS artikkel 98, jf. 93 (2). Beslutningen må være enstemmig mellom EU på den ene siden og EFTA-statene på den andre, og det betyr at enhver EFTA-stat kan la være å stemme for, eller «reservere» seg (nedlegge «veto») som det gjerne kalles. Dersom det oppstår uenighet om dette, er det nærmere regulert i artikkel 102.

Det nye direktivet 2014/24 er fortsatt i en tidlig fase i denne prosessen. Direktivet er så vidt jeg forstår for tiden til vurdering i EFTA-sekretariatet og i EFTA-statene. I den forbindelse vil det bli behandlet i de relevante arbeidsgruppene, først i EFTA-systemet og deretter i EØS-systemet, sammen med representanter fra EU-siden.

Det er ingen tvil om at direktiv 2014/24 er EØS-relevant. Offentlige anskaffelser er et kjerneområde i EØS-avtalen og alle tidligere EU-direktiver om dette er inntatt. Relevans vil følgelig ikke være noe diskusjonstema i denne saken.

Hvorvidt Norge eller andre EFTA-stater kan forsøke å få til særlige tilpasninger er et litt annet spørsmål. Direktivet vil uansett kunne kreve visse tekniske justeringer, f. eks slik at referanser til Kommissjonen endres til EFTAs Overvåkningsorgan. Det er normalt en grei sak. Langt vanskeligere er det dersom en eller flere av EFTA-statene ønsker materielle endringer eller unntak. Her kan man i prinsippet tenke seg at Norge fremmer ønske om en eksplisitt unntaksadgang for ideelle organisasjoner, enten som en endring i artiklene 74-77, som en egen protokoll, eller på annen måte. Det er mulig å prøve dette. Men det vil kreve samtykke fra EU-siden, og i dette tilfellet er det svært lite sannsynlig at man vil kunne oppnå det. EU-siden er generelt meget skeptiske til å gi EFTA-statene materielle unntak, og har bare blitt strengere på dette gjennom de drøyt tjue år avtalen har vært i kraft.<sup>2</sup> Det gjelder særlig når det som her er tale om prinsipielle og praktisk viktige spørsmål i kjernen av EU/EØS-retten.

På denne bakgrunn antas muligheten for Norge til å få et særskilt unntak fra direktiv 2014/24 for ideelle organisasjoner for å være svært liten.

Videre legges det til grunn at norske myndigheter ikke vil ha interesse av eller ønske om å påberope seg den såkalte «reservasjonsretten» mot direktiv 2014/24. Som kjent er denne adgangen til nå ikke brukt, og terskelen for å gjøre det ligger høyt. Dertil kommer at spørsmålet om unntak for ideelle organisasjoner tross alt kun er et enkeltspørsmål under det som er et generelt og helt sentralt direktiv om offentlige anskaffelser i sin alminnelighet. Dersom Norge skulle nedlegge veto mot dette, ville det antagelig føre til at betydelige deler av EØS-avtalen ville bli ansett som berørt og dermed satt ut av kraft etter artikkel 102.

---

<sup>2</sup> Se Europautredningen, NOU 2012:2 Utenfor og innenfor s. 98-99.

Etter EØS-avtalen artikkel 102 (1) skal EØS-komiteen ideelt sett treffe vedtak om å ta inn nye EU-rettsaker i avtalen så raskt at de kan tre i kraft samtidig i EU og EØS. Dersom man klarer å gjøre det i dette tilfellet, vil direktiv 2014/24 også måtte gjennomføres og tre i kraft i Norge senest den 18. april 2016. I praksis er det imidlertid vanlig at EØS-prosessen tar noe tid, og at EØS-komiteen derfor ofte setter en særskilt gjennomføringsfrist for EFTA-statene, som er senere enn fristen i EU.<sup>3</sup> Hvorvidt det vil skje i denne saken er ikke noe jeg kan spekulere i. Fordelen med en lengre frist vil være at norske myndigheter og de berørte aktørene vil ha bedre tid til å tilpasse seg. Ulempen vil være at det i så fall vil være en (midlertidig) ulikhet mellom rettstilstanden i EU og EØS.

I det følgende legges det til grunn at direktiv 2014/24 vil bli en del av gjeldende norsk rett i sin nåværende form, uten særskilte tilpasninger. Men dette må altså ikke skje før tidligst våren 2016, og muligens senere, dersom de særskilte prosessene med å innta direktivet i EØS-avtalen skulle vise seg å ta tid.<sup>4</sup>

#### 4. Dagens unntaksregel

##### *Bakgrunnen for unntaket*

I forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 2-1 tredje ledd heter det at «*For kontrakter om utførelse av helse- og sosialtjenester med en ideell organisasjon er oppdragsgiver ikke forpliktet til å følge regler i forskriftens del II og III*».

Unntaket ble første gang innført som en midlertidig forsøksordning i januar 2004. Bakgrunnen var et politisk initiativ fra SVs representanter på Stortinget, som ønsket å åpne for at kommunene skulle kunne inngå kontrakter med frivillige organisasjoner uten anbudsutsettelse. I forbindelse med stortingsbehandlingen hadde regjeringen flere motargumenter mot forslaget, men varslet likevel at den ville innføre et midlertidig unntak, under henvisning til «at flere avtaler med frivillige organisasjoner blant annet innen rusomsorgen, utløper på nyåret». Samtidig ble det varslet at departementet ville «følge opp med en mer omfattende vurdering av hvordan et mulig varig unntak ved kjøp av helse- og sosialtjenester fra slike organisasjoner kan se ut, samt vurdere nærmere de økonomiske og administrative konsekvensene av et slikt unntak».<sup>5</sup> På Stortinget sa en samlet komite seg enig i «at det bør tas hensyn til de frivillige organisasjoners spesielle situasjon ved anbudsutsettelse».

---

<sup>3</sup> Se Europautredningen, NOU 2012:2 Utenfor og innenfor s. 95-98. Prosessen med å ta nye EU-rettsaker inn i EØS-avtalen tar i gjennomsnitt ca. et år ekstra, regnet fra datoen da rettsakten ble vedtatt i EU. Men det er også mange eksempler på rettsaker som har tatt mye lenger tid enn dette, og blitt liggende i systemet i mange år. I den senere tid har man både fra EUs og EFTAs side generelt blitt mer opptatt av å unngå lange forsinkelser.

<sup>4</sup> Ut fra det departementet opplyser, har man en uttalt målsetning om at det nye direktivet skal kunne tre i kraft i januar 2016. Det kan være gode grunner til dette. Men det er i så fall et norsk politisk ønske, og ikke noe krav etter EU/EØS-retten.

<sup>5</sup> Jf. Dok. nr. 8:11 (2003-2004) og Innst. S. nr. 116 (2003-2004), der næringsministerens brev om saken av 19.12.2003 er vedlagt. Endringen ble deretter gjennomført ved forskrift 30. januar 2004 nr. 242 om endring i forskrift om offentlige anskaffelser. Den formelle begrunnelsen for endringen er gitt i Kronprinsregentens resolusjon av 30. januar 2004 nr. 02/04. Forslaget ble ikke sendt på høring.



I forbindelse med en generell revisjon av lov og forskrift om offentlige anskaffelser i 2006 ble unntaket for ideelle organisasjoner videreført og tatt inn som en permanent ordning i FOA § 2-1 (3). Det fremgår ikke av forarbeidene om det var foretatt noen egen utredning eller konsekvensanalyse av dette. I proposisjonen til Stortinget ga imidlertid regjeringen en nærmere begrunnelse for ordningen:

*Den generelle bakgrunnen for unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner, er at det er usikkert om kravet til åpen konkurranse i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til et ønsket samfunnsmessig engasjement og samarbeid med disse organisasjonene. Unntaket åpner for at offentlige oppdragsgivere kan velge å skjerme ideelle organisasjoner som yter helse- og sosialtjenester til det offentlige. Regelen avviker imidlertid fra den grunnleggende tankegangen i regelverket, hvor likebehandling og konkurranse skal være styrende hensyn hos offentlige oppdragsgivere. En rekke offentlige oppdragsgivere velger fremdeles å ha en åpen konkurranse, selv etter at unntaket trådte i kraft.*

*En stor andel av helse- og sosialtjenestene i det offentlige er tett integrert med ideelle organisasjoner, uavhengig av om dette er et resultat av bruk av unntakshjemmelen eller bare en videreføring av tidligere praksis uten noe bevisst forhold til regelverket. En oppheving av unntaket kan således bidra til utfordringer for ideelle organisasjoner. Regjeringen ønsker å legge til rette for at frivillig sektor kan videreutvikle sin funksjon i å løse samfunnsoppgaver og at sykehus eid og drevet av frivillige organisasjoner skal sikres gode vilkår gjennom avtaler med det offentlige. På denne bakgrunn har regjeringen besluttet å videreføre unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner. Unntaket omfatter typisk virksomheter som skiller seg fra kommersielle virksomheter ved at de ikke har profitt som formål, og at et eventuelt overskudd benyttes til å drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten eller spesielle grupper, uten at mottageren yter et vederlag som fullt ut dekker kostnadene. Dette er virksomheter som på mange måter er det offentliges forlengede arm til å løse humanistiske og sosiale oppgaver i samfunnet. Regjeringen vil gjennomføre en bredere vurdering av spørsmålet om unntak for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner, for å se hvordan vi fortsatt kan bygge et best mulig samarbeid med disse aktørene gjennom forutsigbarhet og gode rammevilkår, og der målet er å fange bredest mulig de ideelle, frivillige organisasjonene.<sup>6</sup>*

Dette er altså norsk lovgivers begrunnelse for unntaksordningen. Det er ikke gjort noen endringer i ordningen etter dette. Så langt jeg kjenner til, er det heller ikke foretatt noen evalueringer av hvordan den i praksis fungerer, og hvilke eventuelle fordeler og ulemper den medfører.

#### *Tolking og praktisering av unntaket i § 2-1 (3)*

Unntaket i FOA § 2-1 (3) er utformet slik at en offentlig oppdragsgiver som ønsker å sette ut en kontrakt om helse- og sosialtjenester til en ideell organisasjon ikke er «forpliktet til å følge regler i forskriftens del II og III». <sup>7</sup> Det betyr for det første at

---

<sup>6</sup> Jf. Ot.prp. 62 (2005-2006) s. 23. Komiteen på Stortinget hadde ingen særskilte merknader til dette, se Innst.O. nr. 52 (2005-2006).

<sup>7</sup> Dersom kontrakten overstiger terskelverdiene som er angitt i forskriftens § 2-2 følger det likevel av § 2-1 (3) at oppdragsgiver må følge § 17-3 (krav til ytelsen og tekniske spesifikasjoner) og § 18-4 (kunngjøring av

dette kun er en mulighet for den offentlige oppdragsgiveren, ikke noen plikt. Oppdragsgiver kan alltid velge å lyse ut kontrakten på vanlig måte, slik at det er mulig for alle private aktører (ideelle og kommersielle) å gi tilbud.

For det andre betyr det at anskaffelsen fortsatt skal følge de overordnede prinsippene i forskriftens del I. I praksis betyr det at oppdragsgiver som hovedregel skal anvende utlysning og konkurranse. Men konkurransen kan da forbeholdes kun for ideelle organisasjoner, slik at det ikke er adgang for kommersielle aktører til å gi tilbud.

Dersom det ikke skulle melde seg tilstrekkelig antall tilbydere i en konkurranse som er begrenset til ideelle organisasjoner, kan oppdragsgiver lyse ut en ny konkurranse som også de kommersielle kan delta i.

Unntaket i § 2-1 (3) er kommentert i departementets generelle veileder til reglene om offentlige anskaffelser, samt i en særskilt veileder som Difi har utarbeidet for anskaffelser av helse- og sosialtjenester.<sup>8</sup> Her er det retningslinjer blant annet for hva som skal regnes som «ideelle organisasjoner» og hvilke helse- og sosialtjenester som er omfattet. Som eksempler på organisasjoner som er omfattet nevnes Frelsesarmeen, Røde Kors, Kirkens Bymisjon og Norske Kvinners Sanitetsforening. Som eksempler på tjenester det kan være aktuelt å forbeholde for slike organisasjoner nevnes rehabilitering, rusbehandling, psykisk helsevern og barnevern.

For øvrig synes det ikke å ha vært foretatt noen mer systematisk og empirisk kartlegging og evaluering av hvordan unntaksregelen fungerer, herunder hvor ofte den faktisk brukes og hvilke og hvor mange kontrakter den er anvendt på. Jeg går ikke nærmere inn på dette, som faller utenfor rammene av mitt oppdrag. Det skal bare nevnes at som grunnlag for den videre administrative og politiske behandlingen av saken kunne en slik undersøkelse utvilsomt være av interesse. I den offentlige debatt så langt har det vært en rekke påstander, blant annet om den faktiske betydningen av unntaksregelen, som med fordel kunne vært dokumentert og evaluert.

#### *EU/EØS-rettslige vurderinger av unntaket i § 2-1 (3)*

Norske myndigheter har lagt til grunn at unntaket i FOA § 2-1 (3) så langt ikke har vært i strid med gjeldende EU/EØS-rett. Dette er etter min vurdering en legitim og forsvarlig forståelse. Samtidig må man være klar over at standpunktet er diskutabelt, og at det knytter seg en ikke helt ubetydelig prosessrisiko til det.

Myndighetenes begrunnelser er basert på at helse- og sosialtjenester er «uprioriterte» og derfor til nå ikke har vært omfattet av anskaffelsesdirektivet (2004/18). Dette er klart. EUs særskilte anskaffelsesregler regulerer ikke slike tjenester, og så langt står nasjonale myndigheter fritt.

Utfordringen er imidlertid at de *generelle* EU/EØS-reglene om de fire friheter, som inntatt i EØS-avtalens hoveddel, fortsatt gjelder, også for offentlige anskaffelser på områder som ikke er regulert i direktivene. De aktuelle reglene er her fri etablering

---

konkurranseresultater). Det samme gjelder visse kontrakter om opp trening og rehabilitering. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

<sup>8</sup> Jf. Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (FAD desember 2013) s. 98-101 og Veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester (Difi august 2013) s. 22-24.

(EØS artikkel 31) og fri adgang til å tilby tjenester (EØS artikkel 36). Disse reglene innebærer et generelt forbud mot forskjellsbehandling og et forbud mot restriksjoner som ikke er legitimt begrunnet og forholdsmessige. Videre kan det fra rettspraksis utledes krav til gjennomsiktighet ved anskaffelsen.

I 2010 ble unntaket vurdert av EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) i forbindelse med to konkrete klager mot norske myndigheters anskaffelse av barnevernstjenester.<sup>9</sup> Etter nærmere behandling valgte ESA å avslutte saken. Ettersom kommersielle aktører i Norge ble behandlet på samme måte som kommersielle aktører fra andre EU/EØS-land, mente ESA at unntaket ikke var diskriminerende. Videre viste ESA også til den såkalte Sodermare-dommen fra 1997,<sup>10</sup> der EU-domstolen godtok at italienske myndigheter hadde satt som vilkår for å få tillatelse til å tilby visse sosiale tjenester at dette måtte skje på «non-profit» basis. ESAs tok direkte bare stilling til de to aktuelle klagesakene, men konklusjonen i vedtaket er generelt utformet, og slår fast at unntaket i FOA § 1-2 (3) «does not amount to a restriction on the freedom of establishment or the freedom to provide services under EEA law».

Hvor EU/EØS-rettslig robust ESAs vurdering er, kan diskuteres. I 2010 ga EU-kommisjonen ut en egen omfattende veileder om adgangen til å trekke inn sosiale hensyn i offentlige anskaffelsesprosesser. Her heter det at det bare er i ekstraordinære tilfelle man kan ha nasjonal lovgivning som tillater at kontrakter reserveres kun for ideelle organisasjoner. Videre må behovet for et slikt unntak kunne begrunnes konkret for den aktuelle typen tjeneste:

*In the field of social services, however, it is possible, in exceptional cases when certain specific conditions are met, to reserve performance of certain contracts for non-profit operators. This requires the existence of a national law regulating this particular activity and providing for restricted access to certain services for the benefit of non-profit operators. Nevertheless, any such national law would constitute a restriction of Articles 49 and 56 of the TFEU on the freedom of establishment and the free movement of services and would have to be justified case by case. On the basis of the case-law of the CJEU, such a restriction could be justified, in particular, if it is necessary and proportionate for attainment of certain social objectives pursued by the national social welfare system.<sup>11</sup>*

Kommisjonens veileder er ikke å likestille med lovgivning, og det er ikke opplagt at EU-domstolen vil komme til samme konklusjon. Men den har likevel betydelig rettskildemessig og praktisk interesse, som uttrykk for hvordan Kommisjonen mener at EU-retten på området korrekt skal tolkes og praktiseres.

En fersk uttalelse fra generaladvokat Wahl i en verserende sak for EU-domstolen trekker i samme retning.<sup>12</sup> Saken gjelder lovligheten av regional lovgivning i Italia som sier at offentlige kontrakter om medisinske transporttjenester skal forbeholdes frivillige organisasjoner. Etter generaladvokatens syn er dette i strid både med TEUF

---

<sup>9</sup> Jf. ESA Case No: 66111 og 66744, vedtak av 21. juni 2010.

<sup>10</sup> Jf. sak C-70/95 Sodermare.

<sup>11</sup> Jf. Commission staff working document, *Buying social: A guide to taking account of social considerations in public procurement*, SEC (2010) 1258 final, på s. 24.

<sup>12</sup> Jf. Opinion of advocate general Wahl i sak C-113/13 Spezzino av 30. april 2014. Dom i saken kan nok først forventes mot slutten av året.

artikkel 49 om etablering, artikkel 56 om tjenester og likebehandlingsregelen i direktiv 2004/18. I den forbindelse avgrensner han mot Sodermare-dommen, med den begrunnelse at den ikke gjaldt en sak om offentlige anskaffelser. Generaladvokatens uttalelse er formelt bare rådgivende, og det gjenstår å se hvordan EU-domstolen vil løse saken. Men dersom den kommer til samme resultat, vil det kunne ha betydning for vurderingen av unntaket i FOA § 2-1 (3) allerede etter gjeldende rett.

Det kan også nevnes at man i Sverige i forbindelse med en generell utredning av anskaffelsesreglene i 2013 fikk innhentet en særskilt rettslig vurdering av spørsmålet om det var adgang til å reservere kontrakter om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner. Vurderingen var at det er «mycket tveksamt at dette skulle tillåtas».<sup>13</sup> Også her påpekes det at EU-domstolen i Sodermare-dommen ikke tok stilling til om et vilkår om «non-profit» er forenlig med prinsippet om likebehandling av tilbydere som gjelder i forbindelse med offentlige anskaffelser.

Gjennomgangen viser at det allerede etter gjeldende rett kan være delte meninger om hvorvidt unntaket i FOA § 2-1 (3) er forenlig med EU/EØS-retten. Norske myndigheter har lagt til grunn at det er det, og har fått aksept for dette hos ESA. Det er som sagt etter mitt syn et forsvarlig standpunkt. Men det er samtidig viktig å være klar over at det er diskutabelt. Dette er også en viktig del av bakgrunnen for å forstå hvorfor endringene i det nye anskaffelsesdirektivet (2014/24) gjør det enda vanskeligere å videreføre unntaket.

## 5. Videreføring av dagens unntaksregel?

Det første spørsmålet er «om dagens unntak i anskaffelsesforskriften for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres etter implementeringen av de nye EU-direktivene om offentlige anskaffelser».

Dette kan besvares ganske kort og konsist. Etter min vurdering er det klart at dagens unntak i § 2-1 (3) ikke kan videreføres i sin nåværende form når direktiv 2014/24 skal gjennomføres i norsk rett.

Begrunnelsen er først og fremst den endringen som nå skjer, ved at helse- og sosialtjenester tas inn under det generelle anskaffelsesdirektivet. Slik er det ikke i dagens direktiv (2004/18). Men det nye direktivet (2014/24) omfatter klart nok helse- og sosialtjenester, som er uttrykkelig regulert i et eget delkapittel i artikkelene 74-77.

Det generelle prinsippet om likebehandling ved offentlige anskaffelser er i det nye direktivet nedfelt i artikkel 18, der det blant annet heter at alle økonomiske aktører må behandles «ens og uten forskjellsbehandling», samt at anskaffelsen må foregå på en gjennomiktig og forholdsmessig måte. Videre er det presisert i artikkel 18 at konkurransen ikke må «kunstig innskrenkes», og at dette omfatter tilfeller der tilbudet er «utformet med den hensikt urettmessig å favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstig». Organisasjoner som tilbyr tjenester mot

---

<sup>13</sup> Jf. SOU 2013:2 Gode affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling, Bilag 20, Rättsutredning avseende frågan om att reservera upphandlingskontrakt till icke-vinstsyftande företag/organisationer.

betaling etter kontrakt med det offentlige vil etter direktivet normalt bli ansett som «økonomiske aktører», selv om formålet er ideelt og ikke kommersielt.

Ut fra anskaffelsesrettslige prinsipper generelt, og artikkel 18 spesielt, er det klart at unntak fra likebehandling vil kreve særskilt hjemmel og begrunnelse. Når helse- og sosialtjenester nå er omfattet av direktivet, må man med andre ord ha en hjemmel i direktivet for å kunne videreføre unntaket i § 2-1 (3). Og i direktivet er det en viss hjemmel i artikkel 77 for å reservere visse typer helse- og sosialtjenester for visse typer ideelle organisasjoner. Men denne adgangen går mye kortere enn dagens generelle norske unntak (se nedenfor avsnitt 6).

Selve det forhold at EU-lovgiver faktisk har valgt å konstruere en egen (ganske snever) unntaksadgang for å kunne gi visse kontrakter til visse typer ideelle organisasjoner, er følgelig også i seg selv et argument imot at det skulle være adgang til å videreføre den langt videre og mer generelle unntaksadgangen i § 2-1 (3).

Direktiv 2014/24 må videre forstås i lys av de *generelle* EU/EØS-reglene om likebehandling og fri adgang til å etablere seg og til å tilby tjenester etter EØS-avtalens hoveddel artiklene 31 og 36. Som vist ovenfor reiser de allerede i dag spørsmål om holdbarheten av unntaket for kjøp av tjenester fra ideelle organisasjoner. Det nye direktivet endrer for så vidt ikke noe ved dette. Men det vil kunne fremstå som enda klarere at unntaket er problematisk allerede etter de generelle reglene når helse- og sosialtjenester ikke lenger er særskilt unntatt fra anskaffelsesreglene. Forholdet til de generelle reglene er med andre ord et ytterligere argument for at unntaket i § 2-1 (3) ikke kan videreføres i sin nåværende form.

På denne bakgrunn er det min vurdering at dagens unntak i § 2-1 (3) ikke kan videreføres i sin nåværende form når direktiv 214/24 skal gjennomføres i norsk rett.

Dette kan alternativt vinkles som et spørsmål om *prosessrisiko*, dersom regjeringen likevel skulle forsøke å videreføre unntaket. I så fall er det overveiende sannsynlig at dette vil bli utfordret rettslig. For det første vil ESA på eget initiativ kunne åpne en traktatbruddsprosedyre mot unntaket, og om nødvendig trekke Norge inn for EFTA-domstolen etter ODA artikkel 31. For det andre vil berørte private aktører enten kunne klage unntaket inn for ESA (som så tar saken videre), eller selv angripe det i en konkret sak, ved klage til Kofa eller ved søksmål for norske domstoler. Saken kan med andre ord etter forholdene lett tenkes å havne enten for EFTA-domstolen eller for norske domstoler (som i sin tur vil kunne be EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse etter ODA artikkel 36).

Hva enten saken behandles av EFTA-domstolen eller norske domstoler anser jeg prosessrisikoen ved å videreføre unntaket uendret som meget betydelig. Sagt med andre ord er det overveiende sannsynlig at norske myndigheter vil tape en slik rettsak. Dersom private aktører skulle lide økonomisk tap som følge av praktisering av unntaket, vil myndighetene også kunne bli erstatningsansvarlige for dette etter de reglene som gjelder for offentlig erstatningsansvar ved manglende gjennomføring av EU/EØS-rettslige forpliktelser.

Det som så langt er drøftet, er om unntaket kan videreføres i sin *nåværende* form, som innebærer at en offentlig oppdragsgiver kan bestemme at kun ideelle aktører

skal ha adgang til å gi tilbud på en gitt anskaffelse av helse- og sosialtjenester, slik at andre private aktører er utelukket fra konkurransen. Et annet spørsmål er om oppdragsgiver ved utlysning av en kontrakt kan utforme tildelingskriteriene slik at det er adgang til å vektlegge om en tilbyder opererer på ideelle eller kommersielle vilkår. Dette kommer jeg tilbake nedenfor i avsnitt 6.

## 6. Det nye regimet for anskaffelse av helse- og sosialtjenester

Samtidig som virkeområdet for det nye direktivet 2014/24 er utvidet til å omfatte også helse- og sosialtjenester, har EU-lovgiver anerkjent at dette er et område med særlige hensyn og behov, som gjør at nasjonale myndigheter fortsatt bør ha større handlingsrom og fleksibilitet enn ved vanlige anskaffelser. Det er derfor utformet et eget delkapittel om dette, som i artiklene 74-77 etablerer et «light» regime for anskaffelse av sosiale og visse andre særskilte tjenesteytelser.<sup>14</sup>

Bestemmelsene i artiklene 74-77 forutsetter at nasjonale myndigheter utformer egne nasjonale regler for anskaffelse av de aktuelle tjenestene. I den forbindelse må det etter artikkel 76 tas hensyn til «prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling av økonomiske aktører». Men for øvrig er det presisert at myndighetene står fritt til å fastsette hvilke prosedyreregler som skal gjelde, så lenge de gir mulighet til å ta hensyn til tjenestenes særlige karakter.

Slik jeg ser det, vil det være naturlig at norske myndigheter nå utformer særskilte regler for anskaffelse av helse- og sosialtjenester på bakgrunn av direktiv 2014/24 artiklene 74-77. Rettsteknisk kan det skje enten som et delkapittel i den generelle forskriften om offentlige anskaffelser eller som en egen særskilt forskrift.<sup>15</sup>

Et viktig spørsmål i den forbindelse vil være om de nye reglene kan utformes på en slik måte at de i størst mulig grad ivaretar de særlige hensyn som begrunner dagens unntak for ideelle organisasjoner.

Etter mitt syn er svaret langt på vei ja. Dersom det er politisk ønske om det, vil det være mulig å utforme de nye reglene for anskaffelse av helse- og sosialtjenester på en slik måte at de i stor grad åpner for å vektlegge kriterier som ideelle organisasjoner ofte vil ha særlig gode forutsetninger for å oppfylle. Det gjelder ikke minst organisasjoner som allerede er godt etablert på de aktuelle områdene, og som kan dokumentere kvalitet og vise til erfaring og kontinuitet over tid.

I tillegg til nye generelle regler vil det også kunne være betydelig frihet for den enkelte offentlige oppdragsgiver i den konkrete sak til å utforme kriteriene i konkurransegrunnlaget på en slik måte at man særlig etterspør kvaliteter som ideelle organisasjoner vil kunne være godt posisjonert til å oppfylle. Oppdragsgiver vil også stå relativt fritt med hensyn til å bestemme hvor tungt slike kvalitative hensyn skal vektlegges i forhold til andre kriterier, slik som pris.

---

<sup>14</sup> De aktuelle bestemmelsene er inntatt som vedlegg nedenfor.

<sup>15</sup> Dette er en problemstilling som etter hva jeg forstår allerede er under vurdering i det såkalte Forenklingsutvalget, som for tiden utreder spørsmål om reform av reglene om offentlige anskaffelser.

Dette er behandlet i det følgende. Departementet er selvsagt vel kjent med de nye reglene i artiklene 74-77. En full utredning av hvordan det nye regimet kan utformes faller dessuten utenfor rammene av mandatet. Det følgende må derfor sees mer som en skisse til hvordan man innenfor rammene av de nye reglene kan sørge for at ideelle organisasjoner fortsatt vil kunne ha en sterk stilling som ledd i det offentlige tilbudet av enkelte typer helse- og sosialtjenester.

#### *Bakgrunnen for de særskilte reglene – fortalen premiss 114*

Bakgrunnen for de nye særskilte reglene om sosiale tjenester er beskrevet i premiss 114 i fortalen til direktiv 2014/24. Slike fortaler fyller noe av den samme funksjonen som forarbeider gjør i norsk rettstradisjon. De er ikke i seg selv regler, men de kan ofte være viktige for å forstå reglene, og de kan ha betydelig rettskildemessig vekt.

I fortalen er for det første påpekt at sosiale og visse andre tjenester etter sin karakter bare har en begrenset grenseoverskridende dimensjon, blant annet fordi de innebærer et personlig element og fordi de avhenger av særlige kulturelle tradisjoner. Dette er begrunnelsen for at terskelverdien er satt betydelig høyere for slike tjenester.

For anskaffelser av sosiale tjenester m.m. over terskelverdiene slår fortalen for det andre fast at EU-rettens generelle prinsipp om gjennomsiktighet bør gjelde. Men deretter heter det at «Under hensyntagen til viktigheden af den kulturelle sammenhæng og disse tjenesteydelsers følsomhed bør medlemsstaterne have vide skønsmessige til at planlægge valget af leverandører på den måde, de finder mest hensigtsmæssig.» Dette er en viktig prinsipperklæring, som klart anerkjenner statenes behov for et særskilt handlingsrom på dette feltet.

For det tredje er det presisert i fortalen at offentlige myndigheter aldri har noen plikt til å sette ut sosiale tjenester, men i stedet enten selv kan levere dem, eller alternativt organisere dem på en slik måte at det ikke omfatter inngåelse av offentlige kontrakter, eksempelvis gjennom ren finansiering av slike tjenester eller ved å gi lisenser eller autorisasjoner til alle leverandører som oppfyller gitte vilkår, forutsatt at dette skjer på en måte som sikrer gjennomsiktighet og ikke-diskriminering.

#### *Terskelverdien etter artikkel 74*

Etter artikkel 74 er terskelverdien for når direktivet kommer til anvendelse på de aktuelle tjenestene angitt i artikkel 4d. Denne terskelverdien er 750.000 euro, som per i dag tilsvarer ca. 6,5 millioner norske kroner. Dette er en betydelig høyere terskel enn for innkjøp av andre offentlige tjenester.

Ved anskaffelse av kontrakter om helse- og sosialtjenester til en samlet verdi av opp til 750.000 euro vil norske myndigheter med andre ord fortsatt stå fritt etter direktivet til å gi regler som åpner for å forbeholde disse for ideelle organisasjoner.<sup>16</sup> Jeg antar at enkelte av de mest aktuelle tjenestene vil kunne være omfattet av dette. Men

---

<sup>16</sup> Fra dette må det tas forbehold for tilfeller der anskaffelsen likevel må anses for å ha grensekryssende interesse (selv om det er under terskelverdien), for eksempel dersom det er tale om en tjeneste finansiert under et EU-program. Men terskelverdien anses for å gi en ganske sterk presumsjon for når kravet til grenseoverskridende interesse er oppfylt.

dersom det er tale om mer langvarige kontrakter om helse- og sosialtjenester, vil terskelverdien på 750.000 euro ofte raskt være overskredet.<sup>17</sup>

#### *Publisering av kunngjøringer etter artikkel 75*

I artikkel 75 er det regler for publisering av kunngjøringer, som skal sikre hensynet til åpenhet og gjennomsiktighet rundt slike offentlige kontrakter. I artikkel 75 (1) er det nærmere angitt hvordan en offentlig oppdragsgiver på forhånd skal gjøre det kjent at kontrakt vil bli tildelt, og i 75 (2) for hvordan tildelt kontrakt i ettertid skal bekjentgjøres. Det er en rekke detaljer i dette, som jeg ikke går nærmere inn på.

#### *Prinsipper for tildeling av kontrakt etter artikkel 76*

Den viktigste bestemmelsen i de nye reglene er artikkel 76, som nærmere regulerer hvilke hensyn nasjonale myndigheter har adgang til å legge vekt på ved tildeling av de aktuelle tjenestene. Om dette heter det i annet ledd at:

*Medlemsstaterne sikrer, at de ordregivende myndigheter har mulighet for at tage hensyn til behovet for at sikre tjenesteydernes kvalitet, kontinuitet, adgangsmuligheder, tilgængelighed og omfang, samt at priserne er overkommelige, og de forskellige bruges, herunder dårligt stillede og sårbare grupper, særlige behov, at brugerne inddrages og får indflydelse samt innovation. Medlemsstaterne kan også fastlægge, at valget af tjenesteyder skal ske på grundlag af det tilbud, der afspejler det bedste forhold mellem pris og kvalitet, under hensyntagen til kvalitets- og bæredygtighedskriterier for sociale tjenesteydelser.*

Det viktigste ved dette er det gir nasjonale myndigheter større frihet og fleksibilitet enn ellers både til å fastsette *prosedyrene* for anskaffelse av de aktuelle tjenestene og hvilke *kriterier* som skal legges til grunn for kontraktstildelingen.

Et sentralt moment er her *forholdet mellom pris og andre kriterier*, i hovedsak av kvalitativ karakter. Det generelle signalet i artikkel 76 (2) er at hensynet til pris kan tones ned. I siste setning heter det at medlemsstatene «kan også» velge å fastsette at tildeling skal skje på grunnlag av hvilket tilbud som er økonomisk mest fordelaktig (best forhold mellom pris og kvalitet). Men det fremgår at man ikke trenger å gjøre det. Man kan også utforme kriteriene slik at kvalitet m.m. tillegges vesentlig større betydning enn prisen – dersom det er ønskelig og økonomien tillater det.

De kriterier som etter artikkel 76 ellers skal kunne legges til grunn for tildeling av kontrakter er som det fremgår av opplistingen kvalitet, kontinuitet, adgangsmulighet, tilgjengelighet og omfang, pris for brukerne, brukernes særlige behov (herunder svakt stilte og sårbare grupper), brukermedvirkning og innovasjon.

I betydelig grad er dette kriterier som også kan anvendes ved offentlige anskaffelser av tjenester generelt. Men enkelte av dem går lenger enn det som ellers gjelder, og gir nasjonale myndigheter et utvidet handlingsrom.

---

<sup>17</sup> Ved beregningen av terskelverdien vil de vanlige prinsippene for dette gjelde, se Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) s. 50-56. Et praktisk viktig prinsipp er at løpende kontrakter ikke kan deles opp for på den måten å komme seg under terskelverdien.



Et eksempel på dette er hensynet til *kontinuitet*. Generelt er dette et tvilsomt hensyn i anskaffelsesretten, som nettopp skal åpne for nye aktører. Men hva gjelder sosiale tjenester har EU-lovgiver altså anerkjent at kontinuitet er legitimt. Her vil hensynet til brukere og pasienter kunne tilsa en høy grad av kontinuitet i tilbudet, særlig der det er utviklings- og langtidsbehov. Særlig for brukere og pasienter som er avhengige av stabilitet og kontinuitet åpner dette for at offentlige oppdragsgivere vil kunne inngå langvarige kontrakter, eller sågar kontrakter som ikke har noen fastsatt varighet, men kun mulighet for oppsigelse.<sup>18</sup> Og dersom en etablert tjeneste skal fornyes ved ny kontrakt, må det fortsatt være adgang til å vektlegge hensynet til kontinuitet for brukerne, selv om dette dermed vil gi den eksisterende tilbyderer et visst konkurransefortrinn.

Generelt vil jeg anta at hensynet til kontinuitet kan utformes og praktiseres på en slik måte at det legitimt vil gi ideelle organisasjoner et klart konkurransefortrinn på en del områder der de allerede er godt etablert.

Et annet viktig kriterium er hensynet til *tilgjengelighet* for brukere og pasienter. Dette må forstås slik at det åpner for å vektlegge at brukerne får tilbud om tjenestene innenfor sitt nærområde, eller i nærheten av sin familie. Generelt er det skepsis til slike hensyn i anskaffelsesretten, som har et forbud mot geografisk diskriminering. Men for anskaffelser av helse- og sosialtjenester vil det altså være legitimt å ta hensyn til geografisk nærhet og tilgjengelighet. Igjen er dette et kriterium som etter forholdene må antas å kunne være fordelaktig for ideelle organisasjoner som allerede har et utbygget tilbud i nærmiljøene.

De spesielle *behovene* til ulike kategorier av *brukere* av sosiale tjenester er et annet sentralt hensyn. Det gjelder særlig de sosiale behovene for særlig utsatte eller sårbare grupper. For de tjenestene det typisk er tale om her – slik som barnevern, rusbehandling, psykiatrisk behandling m.m. – vil brukernes behov selvsagt kunne vektlegges tungt. Det samme gjelder hensynet til brukermedvirkning.

Samlet sett antar jeg på denne bakgrunn at nye nasjonale regler for anskaffelse av de aktuelle helse- og sosialtjenestene vil kunne utformes på en slik måte at ideelle organisasjoner fortsatt bør kunne stå sterkt, både generelt og ved utlysningen av den enkelte kontrakt. På områder der de ideelle aktørene av ulike grunner ikke så lett kan konkurrere fullt ut på pris, vil dette kunne oppveies gjennom vektlegging av kvalitative kriterier som de bør være godt posisjonert for å oppfylle.<sup>19</sup> Det gjelder ikke minst ideelle organisasjoner som allerede har lang erfaring på et gitt område, og som kan dokumentere gode resultater for samfunnet og brukerne.

I begrunnelsene for dagens unntak i § 2-1 (3) er det fra tidligere regjeringers side lagt stor vekt på hensynet til å støtte og bevare de ideelle organisasjonene *som sådanne*, og deres funksjoner i samfunnet. Det er selvsagt et politisk legitimt hensyn. Men i en

---

<sup>18</sup> Etter hva departementet opplyser, har man erfaring for at flere oppdragsgivere innenfor helse- og sosialområdet inngår kortere kontrakter enn det som er hensiktsmessig, fordi de tror at anskaffelsesreglene setter strengere krav til kontraktens varighet enn det de i realiteten gjør. Dette tilsier at hensynet til kontinuitet med fordel kan understrekes når nye nasjonale regler om anskaffelse på området utformes.

<sup>19</sup> En annen sak er selvsagt om det offentlige generelt og den enkelte offentlige oppdragsgiver spesielt har økonomi til å velge tilbud fra ideelle aktører også i saker der dette ikke er det økonomisk mest fordelaktige utfra en samlet helhetsvurdering. Det vil være et politisk og økonomisk spørsmål.

anskaffelsesrettslig sammenheng kan det neppe vektlegges særlig tungt. I den grad ideelle aktører skal kunne begunstiges ved tildeling av offentlige kontrakter om helse- og sosialtjenester, må det være fordi de utfra sin erfaring og særlige karakter må kunne antas å kunne tilby kvalitativt bedre tjenester enn andre, av hensyn til brukerne og samfunnet. Dersom formålet er å støtte de ideelle som sådanne, kan det bedre skje på andre måter enn gjennom anskaffelsessystemet.

I den politiske og offentlige debatt fremsettes det ofte antagelser om at ideelle aktører generelt kan tilby helse- og sosialtjenester som etter sin karakter er annerledes og kvalitativt bedre enn hva kommersielle aktører kan forventes å levere. På områder der «kvaliteten» på ulike sosiale velferdstjenester er vanskelig å definere og måle, og dermed også vanskelig å følge opp og kontrollere, så kan det kanskje oppstilles en presumsjon for at risikoen for kvalitetsbrist vil være større for selskaper som må vektlegge kostnadsbesparelse og overskudd, sammenlignet med ideelle aktører. Men hvorvidt dette faktisk fungerer slik, faller utenfor mitt fagfelt og rammene for denne utredningen. Jeg kjenner heller ikke til om det er foretatt helsefaglige eller andre empiriske studier av spørsmålet.

Det som imidlertid må presiseres, er at jo klarere myndighetene eventuelt kan begrunne hvorfor private ideelle aktører er bedre egnet til å utføre visse typer helse- og sosialtjenester enn private kommersielle, desto sterkere vil de stå ved tildelingen av offentlige kontrakter på feltet, både generelt og i den enkelte sak.

Et siste viktig spørsmål i forlengelsen av dette, er om den enkelte oppdragsgiver i forbindelse med den enkelte tildeling skal ha adgang til å legge vekt på om tjenesten tilbys utført utfra ideelle eller kommersielle prinsipper.<sup>20</sup> Dette er et vanskelig spørsmål å besvare generelt. På den ene siden er et slikt hensyn ikke nevnt i oppstillingen i artikkel 76 (2), og den særskilte unntaksadgangen i artikkel 77 taler også imot. Videre kan det som vist ovenfor hevdes å være mot EU/EØS-rettens mer generelle prinsipper å forskjellsbehandle økonomiske aktører på denne måten, ut fra om de er ideelle eller kommersielle. På den annen side kan det etter forholdene tenkes tjenester som er særlig sensitive, og der forskjellen på ideell og kommersiell drift må antas å kunne påvirke karakteren av tilbudet på en slik måte at det legitimt bør kunne vektlegges som et moment.

Etter min vurdering vil det være betydelig prosessrisiko dersom norske myndigheter skulle forskriftsfeste en generell adgang til å vektlegge skillet mellom ideelle og kommersielle i kriteriene for anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Dette er derfor ikke å anbefale. Derimot kan det tenkes tilfelle der den enkelte oppdragsgiver legitimt må kunne ta inn et slikt kriterium i konkurransegrunnlaget i den enkelte sak. Men dette må i så fall kunne begrunnes særskilt. Og generelt vil det nok også i slike saker være rettslig tryggere å utforme kriterier som går på kvalitet, kontinuitet, brukerbehov, nærhet m.m., snarere enn å bruke sontringen ideell/kommersiell.

---

<sup>20</sup> Dette er et annet spørsmål enn om § 2-1 (3) kan videreføres, selv om det er beslektet. Unntaket i § 2-1 (3) gir oppdragsgiver adgang til å utestenge kommersielle og forbeholde konkurransen kun for ideelle aktører. Problemstillingen her er om en oppdragsgiver kan lyse ut en kontrakt til åpen konkurranse, men samtidig i konkurransegrunnlaget angi at det ved tildelingsvurderingen vil bli lagt vekt på ideelt formål.

### *Særskilte regler for visse typer tjenester etter artikkel 77*

I artikkel 77 i direktiv 2014/24 er det inntatt en særskilt regel som åpner for at nasjonale myndigheter kan la oppdragsgivere reservere konkurranser for visse typer helse- og sosialtjenester (samt visse kulturelle tjenester) for visse særskilte typer organisasjoner, som er opprettet for å utføre offentlige tjenesteoppdrag, der de ansatte er eiere eller deltar aktivt i ledelsen, og der fortjenesten enten reinvesteres eller utdeles ut fra deltagende hensyn. Regelens bakgrunn og betydning er litt uklar. Den kom inn helt på slutten av lovgivningsprosessen i EU, og synes å være konkret tilpasset for visse typer organisasjoner i enkelte av medlemstatene.

Det er mulig at enkelte norske ideelle organisasjoner vil tilfredsstille kriteriene i artikkel 77, og i så fall kan den da brukes til å reservere kontrakter for dem, uten åpen konkurranse. Men slike kontrakter kan etter artikkel 77 (3) maksimalt gjelde for tre år, og det er heller ikke adgang til å gi den på nytt til en aktør som allerede har hatt den innen de siste tre årene. Etter hva departementet opplyser har ideelle aktører i Norge allerede gitt uttrykk for at artikkel 77 derfor ikke vil kunne sikre behovene for stabilitet og kontinuitet i deres avtaleforhold med det offentlige.

## **7. Andre alternativer**

Etter mandatet skal det utredes om det er «alternative måter å begrense kretsen av leverandører på til bare ideelle organisasjoner, sett i lys av de nye reglene for kjøp av sosiale og andre spesifikke tjenester, ved tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester».

Dersom spørsmålet tolkes strengt etter sin ordlyd, er svaret nei. Innenfor rammen av det nye direktivet 2014/24 vil det ikke lenger være mulig «å begrense kretsen av leverandører til bare ideelle organisasjoner». Det som derimot er mulig, er å utforme kriteriene for tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester på en slik måte at ideelle organisasjoner må kunne antas å stå sterkt, som vist ovenfor i avsnitt 6.

Et annet spørsmål er om det i tillegg er *andre måter* myndighetene kan legge til rette for at ideelle organisasjoner fortsatt skal kunne være viktige tilbydere av helse- og sosialtjenester i det norske samfunnet. Svaret på dette er ja. Men det må da skje på andre måter enn gjennom tildeling av offentlig kontrakt mot betaling i et marked der også andre private (kommersielle) skal kunne delta. Slike løsninger er derfor på siden av det mandatet har bedt om en utredning av. Dertil kommer at dette er modeller som det antas at departementet allerede er godt kjent med, og vil kunne benytte seg av i den grad det er politisk og helsefaglig ønske om det. De skal her derfor bare kort skisseres, for helhetens skyld.

### *Utvidet egenregi*

Det er aldri noen plikt for nasjonale myndigheter etter EU/EØS-retten til å kjøpe helse- og sosialtjenester fra eksterne leverandører. Det offentlige kan alltid velge å utføre slike tjenester selv, slik man gjør på de fleste områder av helsesektoren.

Dersom en tjeneste leveres i slik offentlig «egenregi» foreligger det ingen kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand, og anskaffelsesretten kommer ikke til anvendelse.

Så lenge det er den ansvarlige offentlige etat som selv utfører tjenesten, reiser dette ingen særskilte spørsmål. Men EU/EØS-retten åpner også for at det på nærmere vilkår kan være en slik særlig tett tilknytning mellom en offentlig etat og et annet privatrettslig eller offentligrettslig rettssubjekt at det må regnes som såkalt «utvidet egenregi», slik at kontrakten ikke trenger å lyses ut etter anskaffelsesretten.<sup>21</sup> Kriteriene for dette er utviklet i EU-domstolens rettspraksis og i retningslinjer fra EU-kommisjonen, men er nå nedfelt i artikkel 12 i det nye direktivet 2014/24.

Poenget i vår sammenheng er at det innenfor rammene av «utvidet egenregi» kan tenkes flere muligheter for ideelle organisasjoner til å komme inn og bistå det offentlige i deres utøvelse av det offentlige tilbudet av nærmere bestemte helse- og sosialtjenester. Dette er en modell som synes å være relativt utbredt i enkelte andre land (bl.a. Danmark), og som det så vidt jeg vet allerede finnes eksempler på innenfor norsk helse- og sosialsektor, uten at jeg kjenner det nærmere omfanget.

Det er en rekke krav som må oppfylles for at utvidet egenregi skal være mulig, som nå regulert i artikkel 12. De faller i hovedsak i to kategorier. For det første må den offentlige oppdragsgiveren ha en kontroll over leverandøren som tilsvarende kontrollen over egen virksomhet. For det andre må den vesentligste delen (mer enn 80 prosent) av leverandørens aktivitet være for oppdragsgiveren.

For enkelte ideelle organisasjoner, hvis vesentlige virksomhet er å utføre oppdrag for det offentlige innenfor helse- og sosialsektoren, kan nok aktivitetskravet tenkes å være oppfylt. Men det andre kravet er da at de også må være villige til å underlegge seg offentlig styring og kontroll. For mange av dem som i dag utfører slike tjenester på en mer selvstendig måte, basert på vanlig kontrakt med det offentlige, men med egen profil og styring, vil nok en modell basert på «utvidet egenregi» kunne være vanskelig å tilpasse seg. Men for enkelte av dem kan dette tenkes å være en mulig løsning, dersom de alternativt ikke lenger vil være i stand til å konkurrere om tjenestene når unntaket i § 2-1 (3) oppheves. Det forutsetter i så fall både at den enkelte offentlige oppdragsgiver er interessert i en slik løsning, og at den enkelte ideelle organisasjon er villig til å tilpasse seg de krav som modellen stiller.

#### *Tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet*

Det følger av EØS-avtalen artikkel 32, jf. også artikkel 39, at reglene om fri etablering og fri bevegelse av tjenester ikke kommer til anvendelse på «virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet». De nærmere kriteriene for anvendelse av dette unntaket i anskaffelsesretten er utviklet i en dom fra EU-domstolen fra 2010, og ble i 2012 nedfelt i den norske forskriften om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) k.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Kriteriene for utvidet egenregi er grundig beskrevet i Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (FAD 2013) s. 31-40, og det er også en omfattende praksis og teori på fellet.

<sup>22</sup> Unntaket er beskrevet i Veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester (Difi 2013) s. 25-26, og i et høringsbrev fra FAD av 19.3.2012 i forbindelse med endring av FOA § 1-3. Se også Wiggen og Arnesen, *Barnevern og EØS*, rapport 02/08 fra Stortingets utredningsseksjon.

Unntaket innebærer at kontrakter som medfører at leverandøren skal utøve offentlig myndighet (for eksempel tvang) ikke omfattes av anskaffelsesreglene. Unntaket kan være aktuelt for visse typer helse- og sosialtjenester, herunder innenfor barnevernet. Så vidt jeg kan se er det ikke noe i direktiv 2014/24 som skulle tilsi at dette unntaket ikke kan videreføres. Men det forutsetter da at den enkelte offentlige oppdragsgiver ønsker å tildele slik offentlig myndighet til en privat ideell organisasjon uten åpen utlysning, og at den private aktøren er i stand til å utøve slik myndighet på en forsvarlig måte og etter de kriterier som det offentlige fastsetter.

#### *Tildeling av kontrakter i tiden frem til unntaket må avvikles*

Som beskrevet ovenfor er direktiv 2014/24 helt nylig vedtatt, og fristen for EU-statene til å gjennomføre det i nasjonal rett er satt til april 2016. Direktivet er ennå ikke inntatt i EØS-avtalen, og når det blir det, vil fristen for Norge til å sette det i kraft tidligst bli satt til samme tidspunkt. Dersom EØS-prosessene skulle trekke ut i tid, kan det også tenkes at fristen for norske myndigheter vil bli forlenget.

Dette betyr at unntaket for ideelle organisasjoner vil kunne videreføres frem til våren 2016, så fremt man fortsatt legger til grunn at det er forenlig med generelle EU/EØS-rettslige prinsipper (se ovenfor i avsnitt 4). Dette gir tid til å forberede seg på et nytt regime, både for offentlige myndigheter og for de berørte ideelle organisasjonene. Dersom man ønsker det, vil det også være mulighet i denne perioden til å inngå langsiktige avtaler, eller i noen tilfelle løpende (tidsbegrensete) avtaler, med ideelle aktører, som fortsatt vil være gyldige etter at unntaket oppheves.

#### *Støtte til ideell og frivillig virksomhet*

Anskaffelsesreglene kommer bare til anvendelse på tjenester som inngår i det offentlige helse- og sosialtilbudet, som offentlige etater kjøper inn fra private aktører som alternativ til å utføre dem selv.

Noe annet er det utvalget av helse- og sosialtjenester som mange ideelle organisasjoner selv tilbyr til samfunnet, på egen frivillig basis, enten gratis eller mot vederlag fra brukerne. Dette er en viktig side av Frivillighets-Norge, som ikke må blandes sammen med de tilfellene der organisasjonene inngår kontrakter med det offentlige om utføring av offentlige tjenester mot betaling.

Norske myndigheter støtter en lang rekke ideelle organisasjoner på ulike måter, både gjennom generelle tilskudd, gjennom tippemidlene, og som støtte til konkrete tiltak og prosjekter. Dette vil man selvsagt kunne fortsette med. Det har ingenting med anskaffelsesretten å gjøre, og vil eventuelt bare kunne reise spørsmål om forholdet til statsstøttereglene. Men så lenge bidragene gis til ideell virksomhet som ikke innebærer økonomisk aktivitet med grensekryssende virkning i et konkurranseutsatt marked, vil statsstøttereglene normalt ikke stenge for dette.

I prinsippet kan man tenke seg at ideelle organisasjoner som får problemer som følge av at unntaket i § 2-1 (3) oppheves vil kunne kompenseres for dette helt eller delvis gjennom andre former for offentlige tilskudd eller bidrag. Det kan i prinsippet også tenkes at enkelte eksisterende tjenester kan «tas ut» av det offentlige tilbudet, og i

fremtiden tilbys av ideelle organisasjoner i frivillig regi, men slik at aktiviteten støttes gjennom andre former for offentlige tilskudd, i den grad statsstøttereglene tillater dette. Men hvorvidt dette er en løsning som i praksis er politisk ønskelig eller mulig å gjennomføre faller utenfor rammene av denne utredningen.

## 8. Avsluttende merknader

Det er lang tradisjon i Norge, som i mange andre land, for at ideelle organisasjoner av ulik art bidrar med viktige helse- og sosialtjenester til samfunnet, dels på egen frivillig basis, dels med økonomisk støtte fra myndighetene, og dels som en mer forretningsmessig virksomhet mot betaling fra det offentlige.

Det synes å være ganske bred politisk enighet i Norge om at et samspill mellom det offentlige og ideelle private organisasjoner generelt er positivt for helse- og sosialsektoren, og at organisasjonene sett under ett fyller en viktig samfunnsmessig rolle. Samtidig kan det helsepolitisk og helsefaglig være delte meninger om hvor langt eksterne private aktører skal brukes til å utføre offentlige tjenester, og om ideelle organisasjoner i så fall bør stå i en annen kategori enn kommersielle.

Den grunnleggende problemstillingen i denne utredningen har vært om det innenfor rammene av EU/EØS-reglene om *offentlige anskaffelser* er adgang til å begunstige private ideelle aktører fremfor private kommersielle. Dette er kun aktuelt på områder der offentlige etater velger å kjøpe inn helse- og sosialtjenester fra eksterne private aktører mot betaling og som en del av det samlede offentlige tilbudet.

Det er viktig å understreke at dette bare omfatter en begrenset del av den store innsatsen som ideelle organisasjoner gjør på norsk helse- og sosialsektor. For det første omfatter det ikke den virksomheten som organisasjonene gjør på eget initiativ, med eller uten offentlig støtte. For det andre omfatter det ikke tjenester som organisasjonene bidrar med innenfor rammene av utvidet offentlig egenregi.

Siden 2004 har ideelle organisasjoner hatt en privilegert posisjon ved enkelte offentlige anskaffelser i medhold av unntaket i FOA § 2-1 (3). Som vist gir ikke unntaket dem noen garanti. Offentlige oppdragsgivere har aldri noen plikt til å benytte det – bare en mulighet, etter eget fritt skjønn. Hvor ofte muligheten har vært brukt i praksis finnes det meg bekjent ingen oversikt over, men at den fra tid til annen benyttes synes klart. Unntaksordningen gir oppdragsgiver økt fleksibilitet, som sikkert kan være hensiktsmessig i visse saker. Men den har en pris. Hvor treffsikker den generelt er som helsefaglig og helsepolitisk virkemiddel er nok også diskutabelt, og har meg bekjent ikke vært utredet på empirisk og objektivt grunnlag. Unntaket kom inn som en midlertidig prøveordning i 2004, og ble gjort permanent i 2006, uten nærmere konsekvensanalyse. Det er heller ikke senere evaluert.

Det nye anskaffelsesdirektivet 2014/24 stenger for denne modellen i sin nåværende form. Når direktivet skal gjennomføres i norsk rett, må unntaket i § 2-1 (3) oppheves. Det vil antagelig skje en gang i 2016.

Dette kan sikkert by på utfordringer, både for enkelte offentlige oppdragsgivere og for enkelte ideelle organisasjoner. Men for regjering og Storting er det først og

fremst en god anledning til å tenke gjennom mer prinsipielt og systematisk hvilken rolle ideelle organisasjoner kan og bør fylle som ledd i det samlede tilbudet av helse- og sosialtjenester. I den sammenheng bør man også ha en klart begrunnet oppfatning om hvorfor ideelle organisasjoners virksomhet på dette feltet skal støttes av det offentlige. Er det først og fremst av hensyn til organisasjonene selv, fordi de utgjør en viktig del av det sivile samfunn? Eller er det ut fra en antagelse om at ideelle aktører kan tilby helse- og sosialtjenester som etter sin karakter er annerledes og kvalitativt bedre enn hva kommersielle aktører kan forventes å gjøre? Er det i så fall mulig å belegge? Hvilke organisasjoner er det som i praksis har nytt godt av unntaket, og hvilke tjenester har det omfattet? Hvilken rolle bør de ideelle ha som ledd i det offentlige helse- og sosialtilbudet (til forskjell fra sin egen frivillige virksomhet)? Og hva er fordelene og ulempene ved å gi private ideelle aktører en rettslig og faktisk sterkere posisjon på feltet enn private kommersielle?

Dersom norske myndigheter etter en slik analyse kommer til at man fortsatt ønsker å bidra til at ideelle aktører kan ha en sterk stilling innenfor det offentlige tilbudet av helse- og sosialtjenester, er det som vist flere måter dette kan gjøres på.

For det første må myndighetene ved gjennomføringen av direktiv 2014/24 uansett lage nye særskilte regler for helse- og sosialtjenester. Og da er det mulig å utforme kriteriene slik at de etterspør kvaliteter som etablerte ideelle organisasjoner bør kunne være godt posisjonert til å tilby. For det andre kan man benytte ordninger for «utvidet egenregi» til å gi ideelle organisasjoner en mer integrert rolle i det offentlige helsetilbudet. For det tredje kan man i noen saker fortsatt bruke unntaket for utøvelse av offentlig myndighet til å sette ut kontrakter uten full konkurranse. For det fjerde kan man fortsatt anvende unntaket i tiden frem til direktivet trer i kraft, til å inngå langvarige avtaler med ideelle organisasjoner. Og endelig kan offentlige myndigheter alltid velge å gi støtte til helse- og sosialtiltak som ideelle organisasjoner tilbyr på eget initiativ, så lenge dette ikke er ulovlig statsstøtte.

Dette er det handlingsrommet norske myndigheter fortsatt har innenfor rammene av lojal etterlevelse av EU/EØS-retten. Dette er hva man rettslig sett kan gjøre. Hva man *bør* gjøre er et annet spørsmål. Hvor langt regjering og Storting bør benytte handlingsrommet til å støtte opp om ideelle aktører er et politisk og faglig spørsmål – der det legitimt kan være ulike meninger.

Innføringen av det nye direktivet 2014/24 bør på denne bakgrunn etter mitt syn ikke primært sees som et problem, men snarere som en anledning til å diskutere, utrede og vurdere hvilken rolle ideelle organisasjoner kan og bør fylle innenfor rammene av det offentlige helse- og sosialtilbudet.

Oslo 2. juni 2014

Fredrik Sejersted  
Professor dr juris

## Vedlegg – uddrag fra direktiv 2014/24

### **EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU**

**af 26. februar 2014**

**om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF**

**(EØS-relevant tekst)**

Fortalen punkt 114:

- (114) Visse kategorier af tjenesteydelser har fortsat ifølge deres natur en begrænset grænseoverskridende dimension, især de tjenesteydelser, der kan betegnes som personlige tjenesteydelser, såsom visse sociale, sundhedsmæssige og uddannelsesmæssige tjenesteydelser. Disse tjenesteydelser leveres i en særlig sammenhæng, som er meget forskellig fra medlemsstat til medlemsstat som følge af forskellige kulturelle traditioner. Der bør derfor oprettes en særlig ordning for offentlige kontrakter for disse tjenesteydelser med en højere tærskel end den, der gælder for andre tjenesteydelser.

Personlige tjenesteydelser med værdier under denne tærskel vil normalt ikke være af interesse for udbydere fra andre medlemsstater, medmindre der er konkrete tegn på det modsatte, som f.eks. ved EU-finansiering af grænseoverskridende projekter.

Kontrakter for personlige tjenesteydelser over denne tærskel bør være underlagt gennemsigtighed på EU-plan. Under hensyntagen til vigtigheden af den kulturelle sammenhæng og disse tjenesteydelsers følsomhed bør medlemsstaterne have vide skønsbeføjelser 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 og sikrer, at de ordregivende myndigheder er i stand til at anvende specifikke kvalitetskriterier ved valget af leverandører af tjenesteydelser såsom de kriterier, der er fastsat i den frivillige europæiske kvalitetsramme for sociale tjenesteydelser, der er offentliggjort af Udvalget for Social Beskyttelse. Ved fastlæggelsen af de procedurer, der skal anvendes i forbindelse med tildeling af kontrakter vedrørende tjenesteydelser til personer, bør medlemsstaterne tage hensyn til artikel 14 i TEUF og protokol nr. 26. Medlemsstaterne bør i den forbindelse også stræbe efter at forenkle og lette den administrative byrde for de ordregivende myndigheder og de økonomiske aktører. Det bør præciseres, at dette også kan betyde, at der skal anvendes regler, som gælder for tjenesteydelseskontrakter, der ikke er omfattet af den særlige ordning.

Medlemsstaterne og de offentlige myndigheder kan fortsat selv levere disse tjenesteydelser eller organisere de sociale tjenesteydelser på en sådan måde, at det ikke omfatter indgåelse af offentlige kontrakter, eksempelvis ved blot at finansiere tjenesterne eller ved at udstede licenser eller tilladelser til alle økonomiske aktører, der opfylder de af den ordregivende myndighed på forhånd fastlagte betingelser, uden begrænsninger eller kvoter, forudsat at systemet sikrer tilstrækkelig annoncering og overholder principperne om gennemsigtighed og ikkeforskelsbehandling.



**AFSNIT III**  
**SÆRLIGE UDBUDSORDNINGER**

**KAPITEL I**  
***Sociale og andre specifikke tjenesteydelser***

*Artikel 74*

**Tildeling af kontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser**

Offentlige kontrakter vedrørende sociale tjenesteydelser og andre specifikke tjenesteydelser, der er anført i bilag XIV, tildeles i overensstemmelse med dette kapitel, når kontraktens værdi svarer til eller overstiger tærskelværdien i artikel 4, litra d).

*Artikel 75*

**Offentliggørelse af bekendtgørelser og meddelelser**

1. Ordregivende myndigheder, som har til hensigt at tildele en offentlig kontrakt for tjenesteydelserne i artikel 74, tilkendegiver deres hensigt herom på en af følgende måder:

- a) ved en udbudsbekendtgørelse, der indeholder de oplysninger, der er omhandlet i bilag V, del H, i overensstemmelse med de standardformularer, der er omhandlet i artikel 51, eller
- b) ved en forhåndsmeddelelse, der offentliggøres løbende og indeholder de oplysninger, der er omhandlet i bilag V, del I. Forhåndsmeddelelsen skal specifikt omhandle de typer af tjenesteydelser, der vil være omhandlet i de kontrakter, der skal tildeles. Den skal angive, at kontrakterne vil blive tildelt uden yderligere offentliggørelse, og opfordre interesserede økonomiske aktører til skriftligt at tilkendegive deres interesse.

Første afsnit anvendes dog ikke i tilfælde, hvor der i forbindelse med tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt kunne have været anvendt udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i overensstemmelse med artikel 32.

2. Ordregivende myndigheder, der har tildelt en offentlig kontrakt for tjenesteydelserne i artikel 74, meddeler resultaterne af udbudsproceduren ved en bekendtgørelse om indgåede kontrakter, der skal indeholde de oplysninger, der er omhandlet i bilag V, del J, i overensstemmelse med de standardformularer, der er omhandlet i artikel 51. De har dog mulighed for at fremsende disse bekendtgørelser samlet for et kvartal. I så fald skal de fremsende disse samlede bekendtgørelser senest 30 dage efter udgangen af hvert kvartal.

3. Kommissionen udarbejder de standardformularer, der er omhandlet i denne artikels stk. 1 og 2, ved hjælp af gennemførelsesretsakter. Disse gennemførelsesretsakter vedtages i henhold til rådgivningsproceduren i artikel 89, stk. 2.

4. De bekendtgørelser og meddelelser, der er omtalt i denne artikel, offentliggøres i overensstemmelse med artikel 51.

*Artikel 76*

**Principper for tildeling af kontrakter**

1. Medlemsstaterne indfører nationale regler for tildeling af kontrakter, der er omfattet af dette kapitel, for at sikre, at de ordregivende myndigheder overholder principperne om

gennemsigtighed og ligebehandling af økonomiske aktører. Det står medlemsstaterne frit for at fastsætte de procedureregler, der skal anvendes, så længe sådanne regler giver de ordregivende myndigheder mulighed for at tage hensyn til de pågældende tjenesteydelsers særlige karakter.

2. Medlemsstaterne sikrer, at de ordregivende myndigheder har mulighed for at tage hensyn til behovet for at sikre tjenesteydelsernes kvalitet, kontinuitet, adgangsmuligheder, tilgængelighed og omfang, samt at priserne er overkommelige, og de forskellige brugeres, herunder dårligt stillede og sårbare grupper, særlige behov, at brugerne inddrages og får indflydelse samt innovation. Medlemsstaterne kan også fastlægge, at valget af tjenesteyder skal ske på grundlag af det tilbud, der afspejler det bedste forhold mellem pris og kvalitet, under hensyntagen til kvalitets- og bæredygtighedskriterier for sociale tjenesteydelser.

#### *Artikel 77*

##### **Reserverede kontrakter om visse tjenesteydelser**

1. Medlemsstaterne kan bestemme, at ordregivende myndigheder kan give en organisation ret til at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter, der udelukkende vedrører de tjenesteydelser på sundheds-, social- og kulturområdet, der er omhandlet i artikel 74, som er omfattet af CPV-koder referencenumre 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, fra 85000000-9 til 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8.

2. En organisation som omhandlet i stk. 1 skal opfylde samtlige følgende betingelser:

- a) dens formål er at varetage offentlige tjenesteydelsesopgaver med tilknytning til levering af de tjenesteydelser, der er omhandlet i stk. 1
- b) udbyttet geninvesteres for at opfylde organisationens målsætninger. Udloddes eller omfordeles udbyttet, bør dette ske ud fra deltagelsesorienterede hensyn
- c) ledelses- eller ejerskabsstrukturerne i den organisation, der gennemfører kontrakten, er baseret på principper om medarbejderejerskab eller deltagelse eller skal kræve aktiv deltagelse af medarbejdere, brugere eller interessenter
- d) organisationen har ikke fået tildelt en kontrakt for de pågældende tjenesteydelser af den pågældende ordregivende myndighed i henhold til denne artikel de seneste tre år.

3. Kontraktens maksimale løbetid må højst være tre år.

4. Indkaldelsen af tilbud skal indeholde en henvisning til denne artikel.

5. Uanset artikel 92 foretager Kommissionen en evaluering af virkningerne af nærværende artikel og aflægger rapport herom til Europa-Parlamentet og Rådet senest den 18. april 2019.