



**simonsen
vogt wiig**

Utredning av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester

8. mars 2017

Karin Fløistad
Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS

www.svw.no

Utredning av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester

Innhold

1	Innledning.....	3
1.1	Bakgrunn	3
1.2	Mandatet.....	3
1.3	Det videre opplegget	4
1.4	Overordnet om kravet til økonomisk aktivitet.....	4
1.5	Overordnet om begrepet ideelle leverandører	6
1.6	Overordnet om enkelte særtrekk ved helse- og sosialtjenester.....	7
PUNKT 1		9
2	Innledning.....	9
3	Nye direktivbestemmelser og ny struktur.....	12
3.1	<i>Light touch-regime</i> og artikkel 77	12
3.2	Lovgivningsteknikk/andre bestemmelser i direktiv 2014/24/EU	13
3.2.1	Innledning.....	13
3.2.2	Sammenhengen med artikkel 10 bokstav h	14
3.2.3	Sammenhengen med artikkel 20	15
4	Primærretten.....	16
4.1	Traktatrevisjoner - beskyttelse av helse- og sosialhensyn.....	16
4.2	Beskyttelse av helse- og sosialhensyn i primærretten og direktiv 2014/24/EU	17
4.3	Artikkel 106(2) TEUV	17
4.4	EU-domstolen og forholdet mellom primærrett/sekundærrett på anskaffelsesområdet	18
5	EU-domstolens praksis om ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester	18
5.1	Innledning.....	18
5.2	Sak C-70/95 Sodemare.....	19
5.3	Sak C-475/99 Ambulanz Glöckner	20
5.4	Sakene C-113/13 Spezzino og C-50/14 CASTA.....	21
5.5	Oppsummering.....	23
6	Europakommisjonens og EFTAs overvåkingsorgans syn på ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester	24
6.1	Europakommisjonen.....	24
6.2	EFTAs overvåkingsorgan.....	25
7	Oppsummering.....	26
8	Homogenitet mellom EU- og EØS-rett.....	26
9	Rammene for unntaksadgangen for ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester	27
9.1	Innledning.....	27
9.2	Prinsippet om konkurranse/direktetildeling	28
9.3	Sammenheng mellom leverandørens ideelle karakter og kvaliteten på ytelsen - konkretisert vurdering	28
9.4	Krav til virksomheten - ideelle leverandører og kommersielle aktiviteter	29
PUNKT 2		31
10	Innledning.....	31
11	Utvidet egenregi	32
11.1	Innledning.....	32

11.2	Kontroll over ideelle leverandører.....	34
11.3	Aktivitetskravet for ideelle leverandører.....	37
11.4	Vilkår om privat kapital og ideelle leverandører.....	38
12	Tilskuddsordning – statsstøtte.....	40
12.1	Innledning.....	40
12.2	Direktiv 2014/24/EU – kontraktsbegrepet – anvendelsen av regelverket	41
12.3	Oppdragsgivers kontroll med tjenesten.....	44
12.4	Oppsummering	46
PUNKT 3		48
13	Innledning.....	48
14	Forholdet mellom offentlige myndigheter og ideelle leverandører i andre nordiske land	48
14.1	Sverige.....	48
14.1.1	Innledning.....	48
14.1.2	Økonomisk bidrag	49
14.1.3	Valgfrihetssystem.....	50
14.1.4	Idéburet offentlig partnerskap	50
14.2	Danmark	51
14.2.1	Innledning.....	51
14.2.2	Driftsoverenskomst	52
14.2.3	In-house og selveiende institusjoner	52
14.2.4	Udbudslov	54
14.3	Oppsummering	54
15	Kilderegister.....	56

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Nærings- og fiskeridepartementet har bedt undertegnede om å gjennomføre et forsknings- og utredningsoppdrag av handlingsrommet etter EU/EØS-regelverket for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester.¹ Bakgrunnen for utredningen er betydningen av ideelle leverandører² for helse- og sosialtjenester i Norge, og viktigheten av å utnytte det handlingsrommet som EØS-avtalen gir for å legge til rette for at ideelle leverandører skal kunne tilby slike tjenester.³

Temaet for utredningen, leveringsfristen og vederlaget er angitt i revidert konkurransegrunnlag saksnummer 16/4899 med vedlagt kontrakt. Det fremgår av den reviderte bestillingen at utredningen skal leveres 8. mars 2017. Utredningen ble levert til Nærings- og fiskeridepartementet innen fristen.

1.2 Mandatet

Det har vært avholdt ett møte mellom Nærings- og fiskeridepartementet og undertegnede hvor temaet for utredningen har blitt konkretisert og revidert. Nærings- og fiskeridepartementet har også fått oversendt et utkast til utredningen. Nærings- og fiskeridepartementet og undertegnede er enige om kravene til utredningen.

Utredningen skal inneholde følgende

1. En vurdering av om det er rettslig adgang til å begrense konkurransen til bare ideelle leverandører eller tildele kontrakter direkte til ideelle leverandører ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester i flere tilfeller enn dem som er listet opp ovenfor i punkt 2.3.⁴ Utredningen skal inneholde en vurdering av om det er rom for å videreføre et generelt unntak, et unntak for særskilte kontrakter, eller om det kan gis unntak i enkelttilfeller etter en konkret helhetsvurdering. Dersom det konkluderes med at det finnes en unntaksmulighet, skal utredningen inneholde en vurdering av i hvilke tilfeller en slik unntaksadgang vil komme til anvendelse.

2. En redegjørelse for ulike former for samarbeid mellom det offentlige og ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester som ikke faller inn under nytt anskaffelsesregelverk, herunder:

a. Om artikkel 12 i direktiv 2014/24 EU kan komme til anvendelse. Bestemmelsens regulering av såkalt utvidet egenregi og dansk praksis knyttet til "selvejende stiftelser" må vurderes.

b. En generell beskrivelse av muligheten for å benytte tilskudd til helse- og sosialtjenester for å finansiere privatdrevne tjenestetilbud, fremfor å anskaffe slike tjenester. Det skal i denne sammenheng ikke foretas en støtterettslig utredning, men fokuseres på i hvilke tilfeller de ulike reglene får anvendelse. Det skal gjøres rede for relevante momenter ved vurderingen av hvorvidt

¹ Se inngått standardavtale for forsknings- og utredningsoppdrag punkt 3.1 og 3.2 om akademisk frihet og alminnelig anerkjent vitenskapelig metode.

² Det skilles ikke i utredningen mellom begrepene ideelle organisasjoner og ideelle leverandører, se nærmere punkt 1.5.

³ Innst. 358 L (2015-2016) fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser, punkt 2.2.5 med videre henvisninger.

⁴ I punkt 2.3 er følgende nevnt:

- konkurranser under EØS-terskelverdi for helse- og sosialtjenester på 6,3 millioner kroner
- kontrakter om tjenester til enkeltbrukere, forutsatt at visse vilkår er oppfylt
- kontrakter om tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet i henhold til EØS-avtalen artikkel 32
- adgang til å reservere konkurranser i tråd med direktiv 2014/24/EU artikkel 77
- direktiv 2014/24/EU artikkel 10 bokstav h inneholder et unntak for kjøp av enkelte sivilforsvars- beredskaps- eller forebyggingstjenester fra ideelle organisasjoner, herunder enkelte ambulansetjenester

anskaffelsesreglene eller tilskuddsreglene kommer til anvendelse, og for hvilke konsekvenser valget om å gjennomføre en anskaffelse eller tildele et tilskudd vil ha for blant annet oppdragsgivers kontroll med tjenesten.

3. Utredningen skal omtale hvordan tilsvarende spørsmål er løst i Sverige og Danmark, og eventuelt i andre relevante EØS-land (for eksempel land med høy andel av ideelle leverandører, slik som Tyskland og Nederland). Det skal særlig ses hen til konklusjonene til den svenske Velfärdsutredningen, som skal legge frem sine konklusjoner 1. november 2016.⁵

Nærings- og fiskeridepartementet har lagt særlig vekt på besvarelsen av utredningens punkt 1 og punkt 2 bokstav a. Det er avklart at punkt 2 bokstav b måtte endres sammenlignet med det opprinnelige mandatet, ettersom en generell statsstøtterettslig utredning ville bli for omfattende innenfor de ressursene som var stilt til rådighet. Departementet har også selv bidratt til punkt 3. Etter avtale sendte Nærings- og fiskeridepartementet den 31. januar 2017 et notat til undertegnede med vedlegg for innspill til punkt 3 i utredningen. Det er enighet om at det oversendte utgjør de ytre rammene for hva som skal gjennomgås for utredningens besvarelse av dette punktet.

1.3 Det videre opplegget

På bakgrunn av ovennevnte er denne utredningen delt i tre underpunkter med til sammen 14 kapitler og et kilderegister. Etter denne innledningen (kapittel 1) presenteres i kapittel 2 hovedspørsmålet i punkt 1 i utredningen om muligheten til å reservere konkurranser til ideelle leverandører etter direktiv 2014/24/EU. Kapittel 3 drøfter dette spørsmålet basert på enkeltbestemmelser og struktur i det nye direktivet. Kapittel 4 drøfter betydningen av primærretten for tolkningsspørsmålet, mens kapittel 5 og 6 gjennomgår henholdsvis domstolpraksis og praksis fra tilsynsorganene knyttet til dette spørsmålet. Hovedfunnet for så vidt gjelder EU-rett presenteres i kapittel 7, og i kapittel 8 drøftes spørsmålet om rettsstillingen er den samme etter EØS-avtalen. Rammene for unntaksadgangen presenteres i kapittel 9. Punkt 2 behandles i tre kapitler - kapittel 10 skisserer ulike samarbeidsformer, kapittel 11 ser på spørsmålet om utvidet egenregi, mens kapittel 12 tar opp skillet mellom rene tilskuddsordninger og gjensidig bebyrdende kontrakter. Endelig presenteres ulike samarbeidsformer mellom det offentlige og ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester i andre nordiske land som er punkt 3 i utredningen. I kapittel 13 og 14 skiller omtalen mellom situasjonen i Sverige og i Danmark.

1.4 Overordnet om kravet til økonomisk aktivitet

Utgangspunktet i EU/EØS-retten er at statene velger fritt hvordan velferdsordninger skal utformes, herunder hvordan slike ordninger skal organiseres og finansieres mest effektivt. Det er ikke tvilsomt at statene selv avgjør om velferdsordninger skal leveres helt eller delvis gjennom bruk av private aktører. Statene står dermed fritt uavhengig av EU/EØS-retten til selv å levere alle slike tjenester, og det er med andre ord ingen plikt til å la private aktører levere slike tjenester. Når tjenestene blir satt ut til private aktører i et marked, må imidlertid EU/EØS-retten respekteres. Aktuelt her er regelverket om offentlige anskaffelser og statsstøtteren. Anvendelsen av regelverket om offentlige anskaffelser og statsstøtteren forutsetter imidlertid at de private aktørene utøver økonomisk aktivitet.

Et spørsmål som har vært reist er om ideelle leverandører ikke driver økonomisk aktivitet fordi de ikke har økonomisk profitt som formål. EU-domstolen har imidlertid vært klar på at et *non-profit*-formål ikke medfører at organisasjonen ikke utøver økonomisk aktivitet.⁶ I retningslinjer fra EFTAs overvåkingsorgan (ESA) 18. januar 2017, publisert i relasjon til hva som utgjør statsstøtte, kommenteres

⁵ SOU 2016:78.

⁶ Sak C-573/07 Se premiss 41, C-305/08 CoNISMa, premiss 45, C-574/12 SUCH premiss 33. Se også premiss 36 og 37 i sak C-113/13 Spezzino med videre henvisninger.

skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet på side 5.⁷ Det gjøres også her klart at *non-profit*-aktører driver økonomisk aktivitet.⁸ Det kan likevel ikke utelukkes at enkelte ideelle leverandører driver aktiviteter av rent sosial karakter innenfor en offentlig struktur som gjør at de ikke vil anses som å utøve økonomiske aktivitet. Vurderingen av dette må i prinsippet gjøres konkret for hver enkelt organisasjon og for hver enkelt aktivitet som virksomheten driver.

I relasjon til spørsmålet om mulig støtte til ideelle leverandører knyttet til fremtidige pensjonsforpliktelser foreligger det flere utredninger med til dels ulike konklusjoner av spørsmålet om dette er økonomisk eller ikke-økonomisk aktivitet i EU/EØS-rettslig forstand.⁹ I teorien er det også reist spørsmål ved om skattefinansierte velferdstjenester kan karakteriseres som økonomisk aktivitet.¹⁰ Innenfor utdanningssektoren har EU-domstolen anerkjent at offentlige undervisningsinstitusjoner ikke er foretak og dermed etablert et generelt unntak fra det ellers vidtfaenende begrepet om økonomisk aktivitet. I Humbel, sak 263/86 uttaler EU-domstolen at det offentlige gjennom utdanningsinstitusjoner ikke tar sikte på å involvere seg i økonomisk aktivitet, men å levere pålagte grunnleggende tjenester til befolkningen.¹¹ Det er likevel ikke tvilsomt at rammene for undervisningsunntaket er snevre.

Det har vært reist spørsmål om leverandører som kun får dekket sine kostnader ved å levere en tjeneste, slik som er typisk ved ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester, faktisk inngår en kontrakt med *pecuniary interest* som er forutsetningen for at regelverket om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse. Dette spørsmålet må ansees avklart gjennom sak C-159/11 Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, se premiss 29 og henvisningen til generaladvokat Trstenjak premiss 31-34 som mener anskaffelsesdirektivet kommer til anvendelse også på slike kontrakter basert på en formålsbetraktning.¹² Hva som utgjør økonomisk aktivitet er et område i bevegelse i EU-retten, men helse- og sosialtjenester levert fra ideelle leverandører er ikke generelt unntatt fra anvendelsen av EU/EØS-rett som ikke-økonomisk aktivitet. Undertegnede kjenner ikke til en sak fra EU- eller EFTA-domstolen der helse- og sosialtjenester fra ideelle leverandører er blitt ansett som ikke-økonomisk aktivitet i EU/EØS-rettens forstand.

For tilfeller der ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester ikke driver økonomisk aktivitet vil imidlertid ikke regelverket om offentlige anskaffelser og statsstøtteretten begrense statens handlingsrom. Det er gjort klart i premiss 6 i fortalen til Direktiv 2014/24/EU at regelverket ikke kommer til anvendelse på ikke-økonomisk aktivitet. For statsstøtteregelverket følger det samme av kravet til foretak i artikkel 107(1) TEUV/artikkel 61(1) EØS. Denne utredningen dreier seg med andre ord bare om ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester som driver økonomisk aktivitet i EU/EØS-rettens forstand. Prinsippet om grensekryssende aktivitet har også betydning. Selv om det i det videre forutsettes at alle grunnvilkårene for at EØS-avtalen skal komme til anvendelse er oppfylt, så vil det ha betydning for de aktuelle tolkningsspørsmålene at virksomheten til ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester ofte kan være i ytterkanten av hva som karakteriserer økonomisk aktivitet, samt at virksomheten ofte vil være av liten grensekryssende interesse. Betydningen av at deler av aktiviteten i liten grad påvirker markedet drøftes nærmere nedenfor.

⁷ <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/EFTA-Surveillance-Auhtority-Guidelines-on-the-notion-of-State-aid.pdf>

⁸ Se ESAs retningslinjer 17. januar 2017, punkt 9.

⁹ Notat fra Kluge 2. juni 2014 til NFD, Rapport fra ALT advokatfirma 4. juni 2014, NOU 2016:12, særlig kapittel 8. I NOU 2016:12 konkluderer utvalget med at begrepet økonomisk aktivitet kan være forskjellig i relasjon til anskaffelsesregelverket og i relasjon til statsstøtteregelverket, se s. 152. Dette behandles mer utførlig nedenfor.

¹⁰ M. Sylvan [2016] Do EU Rules on Public Procurement Apply to Tax-funded Welfare Services? (2016) 25 P.P.L.R., issue 6, s. 253-272. Denne artikkelen bygger på Malmö-rapporten, Upphandling av skattfinansierade välfärdstjänster – en utredning för Malmö stad.

¹¹ Se også EFTA-domstolen sak E-5/07, Private Barnehagers Landsforbund, premiss 80. Humbel 263/86 og senere Wirth, C-109/92 er også fulgt opp i nyere avgjørelser for EU-domstolen som C-76/05 Schwarz, C-318/05 Kommisjonen v. Tyskland, forente saker C-11/06 og 12/06 Morgan og Bucher.

¹² Se også samme synspunkt i sak C-113/13 Spezzino, premiss 36-37.

Det presiseres for øvrig at utredningen legger til grunn at spørsmålet om pensjonsforpliktelser og behovet for offentlig kompensasjon skal løses separat fra spørsmålene i denne utredningen, jf. NOU 2016:12 Ideell opprydding.¹³

1.5 Overordnet om begrepet ideelle leverandører

Det finnes ingen lovfestet eller enhetlig definisjon av ideelle leverandører i Norge eller i EU/EØS-retten. Et felles kjennetegn er likevel at det ikke tas utbytte, og at ideen bak virksomheten strekker seg utover selve den tjenesten som ytes, det vil si at motivet ikke er profitt, men å fremme goder for samfunnet.¹⁴

Ideelle organisasjoner i Norge har sin bakgrunn i den frivillige virksomheten som kan dateres tilbake til midten av 1850-tallet.¹⁵ Basert på et sterkt folkelig engasjement finner man her organisasjoner innen blant annet avholdssak, fattigdomsbekjempelse, folkeopplysning og friluftsliv. Det økonomiske grunnlaget for virksomheten var i første rekke innsamlinger, gaver og medlemsbidrag. Forholdet mellom slike organisasjoner og det offentlige beskrives på begynnelsen av 1900-tallet som *velferdstrekanten*,¹⁶ idet de ideelle organisasjonene supplerte det offentlige helsevesenet, samtidig som de avdekket, og også hadde tiltak mot, nye behov.

Selv om det ikke er en lovfestet definisjon i Norge, er det imidlertid, i flere sammenhenger, foretatt definisjoner av ideelle leverandører. Da Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) i april 2006 fremmet forslag om endringer i anskaffelsesloven,¹⁷ på grunn av gjennomføring av nye EU-direktiv på området, ga regjeringen uttrykk for at man hadde besluttet å videreføre unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle leverandører. Lovgiver gir i den sammenheng en definisjon av ideelle leverandører, idet unntaket er ment å omfatte

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.

I en rapport om ideelle organisasjoner¹⁸ vises det til en del særtrekk ved denne typen organisasjoner. Ett slikt særtrekk er varig og regelmessig aktivitet, for eksempel ved at organisasjonen har møter, medlemskap og prosedyrer for beslutningstaking som deltakerne oppfatter som legitime. Et annet særtrekk er at organisasjonen formelt ikke er underlagt offentlig styring, selv om den kan motta betydelige inntekter fra det offentlige. Det vises videre til at organisasjonen ikke primært har et kommersielt fokus og ikke deler ut fortjeneste, men at overskuddet må brukes i tråd med organisasjonens hovedformål. Medlemskap eller deltakelse er dessuten ikke lovpålagt eller obligatorisk, og organisasjonen står ansvarlig for egne aktiviteter, og kan nedlegges på eget initiativ.

¹³ Se utredning 2. juni 2014, s. 5 fra Fredrik Sejersted som omtaler dette som et underliggende forhold i saken. Etter denne utredningen fra Sejersted er imidlertid NOU 2016:12 Ideell opprydding ferdigstilt.

¹⁴ NOU 2016:12 Ideell opprydding, s. 31.

¹⁵ St.meld. nr. 39 (2006-2007). Frivillighet for alle.

¹⁶ NOU 2016:12 Ideell opprydding, s. 21.

¹⁷ Ot.prp. 62 (2005-2006) s. 23.

¹⁸ Håkon Dalby Trætteberg og Karl Henrik Sivesind. Ideelle organisasjoners særtrekk og merverdi på helse- og omsorgsfeltet. Senter for forskning på sivilsamfunn og frivillig sektor. Bergen/Oslo 2015, s. 12.

Frivillighet Norge har i sin omtale av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester benyttet følgende kriterier for å beskrive denne typen leverandører.¹⁹ De peker i første omgang på at virksomheten drives som *non-profit* basert foretak, og at et eventuelt overskudd dermed går tilbake til organisasjonen. I nær sammenheng med dette vises det til at en ideell leverandør primært har et sosialt formål. For øvrig er kjennetegnet en demokratisk oppbygging med høy grad av medbestemmelse. Det pekes også på at en ideell leverandør representerer en merverdi, blant annet på grunn av sin rolle som talerør for brukergrupper, gjennom en helhetlig tilnærming og på grunn av tillit til organisasjonens virksomhet.

Difi viser i sin veileder²⁰ til de ideelle organisasjoners betydning i utviklingen av velferdsstaten og deres vekt på tjenestetilbud til svake grupper. Den peker også på ideelle organisasjoners vekt på brukerinnflytelse og deltakelse fra lokalsamfunnet, og viser til at disse organisasjonene i dag blant annet driver sykehjem, hjemmetjenester og tilbud innen psykiatri, rehabilitering, rus og barnevern. For øvrig slås det fast at slike ideelle tjenesteleverandører ikke kan hente ut overskudd av driften.

Selv om det foreligger en rekke kriterier som gir et nærmere innhold til ideelle leverandører, er det påpekt at dette ikke betyr et krav om at alle kriterier må være oppfylt. Det vises snarere til at *[h]ovedpoenget er om organisasjonen henter sitt rasjonale i å fremme visse goder for samfunnet uten økonomisk vinning som målsetting*.²¹ Dette knytter an til det felles kjennetegn som ble nevnt innledningsvis om at det ikke tas utbytte, i det motivet ikke er profitt, men å fremme goder for samfunnet. Dette kan videre sees i sammenheng med at den vanlige betegnelsen for slike organisasjoner i EU-retten er *non-profit organisations*. EU-domstolen har trukket opp enkelte rammer for *non-profit*-organisasjoner som vil bli kommentert nedenfor.²²

1.6 Overordnet om enkelte særtrekk ved helse- og sosialtjenester

I utøvelsen av sitt ansvar for å gi borgerne nødvendige helse- og sosialtjenester, kan offentlige myndigheter velge å bruke private tilbydere. Ved en slik organisering er særtrekk som kjennetegner denne typen tjenester, viktige. Omtalen nedenfor bygger på utredninger om dette i NOU 2016:12 Ideell opprydding og NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser slik disse er beskrevet for Norge.²³

Et kjennetegn ved helse- og sosialtjenestene er at de kan ha avgjørende betydning for enkeltmenneskers og gruppers livskvalitet og levekår. På denne bakgrunn reiser helse- og sosialtjenester en del særskilte problemstillinger som blant annet er knyttet til sårbare brukere, behovet for stabilitet og langsiktighet, og utvikling av relevante kvalitetsparametre. Tjenesteytere innenfor helse- og sosialsektoren henvender seg dermed ofte til en sårbar brukergruppe, hvilket understreker betydningen av relasjonen mellom brukeren og utøvere av tjenestene. Det vises endog til at menneskelige egenskaper, som engasjement, varme, respekt og empati, hos dem som utøver tjenesten, er av stor betydning for at tjenesten skal lykkes. Det er derfor sentralt at bruk av private tilbydere av helse- og sosialtjenester tar utgangspunkt i behovene til brukerne/pasientene som tjenesten skal dekke.

Det spesielle forholdet til brukergruppene - omsorgsaspektet, innebærer at helse- og sosialtjenester skiller seg fra andre varer og tjenester. Det innebærer blant annet at pris og effektivitet ikke nødvendigvis fremstår som de mest relevante kriteriene i vurderingen av denne typen tjenester, noe som gjør det vanskelig å definere tjenesten i et marked. Når det gjelder spørsmålet om effektivitet knyttet til

¹⁹ NOU 2016:12 Ideell opprydding, s. 32-33.

²⁰ Difis veileder for anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Difi 2013, ny utgave er under bearbeidelse.

²¹ NOU 2016:12 Ideell opprydding, 33-34.

²² Se særlig sak C-50/14 CASTA, premiss 73-79.

²³ Se særlig NOU 2016:12 kapittel 3 og NOU 2014:4 kapittel 27.

helse- og sosialtjenestene må dette sees i relasjon til at målsettingen med denne typen tjenester er at det offentlige skal sikre likeverdighet og kvalitet i tjenestetilbudet, samt sørge for at ressursene utnyttes best mulig. Et særtrekk ved helse- og sosialtjenester er at tjenestebehovene kan endres over tid, samtidig som det kan være vanskelig å beskrive alle sider ved tjenesteutøvelsen som har betydning for kvaliteten. Dette innebærer at tjenestetilbudet i helse- og sosialsektoren til en hver tid har behov for å tilpasses den enkeltes livssituasjon og behov, og at det er rom til å utøve et skjønn ved utførelse av tjenestene, i samspill med brukeren.

Fire forhold trekkes frem både i NOU 2016:12 og i NOU 2014:4:

- Helse- og sosialtjenester kjennetegnes av at det er det offentlige som i de aller fleste tilfeller er den eneste bestiller av tjenester hos private tilbydere - *bestillermonopol*. Tilbudet hos de private er også i stor grad regulert av det offentlige. En situasjon hvor det bare er én bestiller, og leverandørene konkurrerer om avtalene, kan innebære et press om å redusere pris på bekostning av kvaliteten for brukerne.
- I tillegg til at helse- og sosialtjenester har verdi for den enkelte bruker, har den også positive virkninger for nærmeste pårørende og samfunnet generelt – *eksterne virkninger*. Dette har en ressursbesparende effekt for det offentlige som kan sikres ved at kvalitetsaspektet vektas tyngre enn pris.
- De fleste ressursene på helse- og sosialområdet blir fordelt i møtet mellom bruker og behandler. På bakgrunn av at det er behandleren som har best informasjon om den mest effektive tjenesteutøvelsen, blir dette forholdet beskrevet som *asymmetrisk*, noe som igjen kan gi opphav til markedssvikt, ved at brukeren kan velge å kjøpe tjenester han ikke ville kjøpt dersom han var bedre informert.
- Finansieringsordningene og avtaletypene i helse- og sosialtjenestene har betydning for risikodelingen mellom oppdragsgiver og privat tilbyder. Mens rammeavtaler i hovedsak overfører risikoen til den private tilbyderen, vil hundreprosent fastavtaler bety maksimal risiko for oppdragsgiver. På helse- og sosialområdet, der det offentlige også har bestillermonopol, er det grunn for oppdragsgiver til å vurdere ekstra grundig hva som er en hensiktsmessig *risikofordeling* mellom oppdragsgiver og leverandør.

PUNKT 1

2 Innledning

Det følger av mandatet at utredningen skal inneholde:

En vurdering av om det er rettslig adgang til å begrense konkurransen til bare ideelle leverandører eller tildele kontrakter direkte til ideelle leverandører ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester i flere tilfeller enn dem som er listet opp ovenfor i punkt 2.3. Utredningen skal inneholde en vurdering av om det er rom for å videreføre et generelt unntak, et unntak for særskilte kontrakter, eller om det kan gis unntak i enkelttilfeller etter en konkret helhetsvurdering. Dersom det konkluderes med at det finnes en unntaksmulighet, skal utredningen inneholde en vurdering av i hvilke tilfeller en slik unntaksadgang vil komme til anvendelse.

I punkt 2.3 er følgende nevnt:

- konkurranser under EØS-terskelverdi for helse- og sosialtjenester på 6,3 millioner kroner
- kontrakter om tjenester til enkeltbrukere, forutsatt at visse vilkår er oppfylt
- kontrakter om tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet i henhold til EØS-avtalen artikkel 32
- adgang til å reservere konkurranser i tråd med direktiv 2014/24/EU artikkel 77
- direktiv 2014/24/EU artikkel 10 bokstav h inneholder et unntak for kjøp av enkelte sivilforsvarsberedskaps- eller forebyggingstjenester fra ideelle organisasjoner, herunder enkelte ambulansetjenester

Spørsmålet i utredningen punkt 1 gjelder forståelsen av de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse²⁴ i anskaffelsesretten der oppdragsgiver ønsker å reservere en konkurranse om helse- og sosialtjenester til ideelle leverandører.²⁵ Kravene til likebehandling og konkurranse er i utgangspunktet til hinder for at konkurranser reserveres til bestemte leverandører. I direktiv 2014/24/EU er disse prinsippene nedfelt i artikkel 18 som beskytter *economic operators*, og definisjonen av en *economic operator* følger av artikkel 19.²⁶

Artikkel 18 punkt 1 lyder:

Contracting authorities shall treat economic operators equally and without discrimination and shall act in a transparent and proportionate manner.

The design of the procurement shall not be made with the intention of excluding it from the scope of this Directive or of artificially narrowing competition. Competition shall be considered to be artificially narrowed where the design of the procurement is made with the intention of unduly favouring or disadvantaging certain economic operators.

²⁴ For formålet her er det ikke nødvendig å ta stilling til den akademiske diskusjonen mellom Sue Arrowsmith og Albert Sanches Graells om regelverket om offentlige anskaffelser og forholdet til prinsippet om konkurranse, se gjengivelsen i A. S. Graells [2015] *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Author's note xiv-xv. I denne utredningen legges det til grunn på samme måte som Graells at artikkel 18 i direktiv 2014/24/EU kodifiserer et tidligere prinsipp om konkurranse.

²⁵ Se om begrepet ideelle leverandører i innledningen punkt 1.5.

²⁶ Spørsmålet om *economic operator* og en kontrakt med *pecuniary interest* henger sammen. Det har vært reist spørsmål om leverandører som kun får dekket sine kostnader ved å levere en tjeneste, slik som er typisk ved ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester, faktisk inngår en kontrakt med *pecuniary interest* som er forutsetningen for at regelverket om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse. Dette spørsmålet må ansees avklart gjennom sak C-159/11 *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, se premiss 29 og henvisningen til general advokat Trstenjak premiss 31-34 som mener anskaffelsesdirektivet kommer til anvendelse også på slike kontrakter basert på en formålsbetraktning, se også ovenfor punkt 1.4.

Det fremgår her at en anskaffelse ikke må *unduly favouring or disadvantaging certain economic operators*. Sentralt er hva som ligger i *unduly*. Prinsippet om likebehandling er gjentatt i artikkel 76(1) for så vidt gjelder det nye *light touch-regime* for helse- og sosialtjenester, se nedenfor. I dette regimet er prinsippet om konkurranse moderert og tilpasset for disse tjenestene, jf. for eksempel artikkel 76(2).

Likebehandling forutsetter at det er tale om like tilfeller. Ulike tilfeller skal ikke likebehandles. Det kan tvert imot være i strid med likebehandlingsprinsippet. For anvendelsen av likebehandlingsprinsippet må det altså avgjøres konkret for den enkelte tjeneste om *non-profit*- og *for-profit*-aktørene er sammenlignbare tilfeller. Hensynet til konkurranse skal avveies mot andre hensyn. Aktuelt her er beskyttelse av sosiale formål og organisering som bygger på et solidaritetsprinsipp. Direktiv 2014/24/EU kodifiserer beskyttelsen av slike hensyn. Denne beskyttelsen følger også generelt av fortalen.²⁷ Av dette kan det i hvert fall utledes at prinsippene om likebehandling og konkurranse i anskaffelsesretten ikke skal være til hinder for borgernes rett på det best mulige velferdstilbudet. Rammene som følger av prinsippene om likebehandling og konkurranse i anskaffelsesretten må alltid vurderes både i relasjon til type tjeneste og type leverandør. Prinsippene om likebehandling og konkurranse var ikke til hinder for at det forelå en reservasjonsadgang på bestemte vilkår for ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester etter direktiv 2004/18/EF.²⁸

I Norge var denne forståelsen av direktiv 2004/18/EF og primærretten (nå artikkel 49 og 56 TEUV, artikkel 31 og 36 EØS) bakgrunnen for unntaket i tidligere forskrift om offentlige anskaffelser (FOA 2006) § 2-1(3). Fredrik Sejersted har analysert denne nasjonale implementeringen i punkt 4 i sin utredning av 2. juni 2014. Han mener at norske myndigheter har bygget FOA 2006 § 2-1(3) på en legitim og forsvarlig forståelse av EU/EØS-retten, men uttaler at *standpunktet er diskutabelt* (s. 10). Sejersteds utredning ble ferdigstilt før de siste avgjørelsene i EU-domstolen om ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester. Disse avgjørelsene har klargjort den generelle forståelsen av primærretten på dette området, og dermed også rettstilstanden etter det tidligere direktivet. Det tas ikke her stilling til om norske myndigheters forståelse av EU/EØS-retten på dette området var i tråd med EU/EØS-rettens rammer for reservasjonsadgangen etter tidligere rettstilstand. De siste avgjørelsene på området gjør det imidlertid klarere at prinsippene om likebehandling og konkurranse ikke var til hinder for en reservasjonsadgang i nærmere angitte tilfeller etter tidligere direktiv og primærretten.²⁹

Konkret er spørsmålet under punkt 1 i denne utredningen derfor om direktiv 2014/24/EU har *endret* forståelsen av de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse i anskaffelsesretten sammenlignet med den tidligere rettstilstanden for så vidt gjelder muligheten til å reservere konkurranser om helse- og sosialtjenester til ideelle leverandører.

Det er ingen tvil om at direktiv 2014/24/EU har medført endringer i rettstilstanden for anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Ved opphevingen av skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester er disse tjenestene generelt underlagt anskaffelsesdirektivet på en annen måte enn slik anvendelsesområdet for sekundærretten var definert tidligere.³⁰ Det er innført et nytt regime for slike tjenester i *title III*, artikkel 74-77 også kalt *light touch-regimet*. Begrunnelsen for den tidligere inndelingen var at de prioriterte tjenestene ble ansett for å ha en grenseoverskridende interesse, og dermed for å være av stor betydning

²⁷ Se premiss 4-7, 23, 114.

²⁸ Se gjennomgangen av EU-domstolens praksis nedenfor. Enkelte har tatt til orde for at EU-domstolens uttalelse i sak C-113/13 Spezzino premiss 44 tilsier at direktiv 2004/18/EF generelt var til hinder for enhver reservasjonsadgang, se f. eks. den svenske Valfårdsutredningen, kapittel 18, s 547-551, med videre henvisninger til juridiske betenkninger. Domstolen presiserer imidlertid kun at det tidligere direktivet var til hinder for en nasjonal ordning med en *direktetildeling*. Som gjennomgangen av domstolspraksisen i kapittel 5 viser så har EU-domstolen med visse forutsetninger funnet nasjonale reservasjonsordninger compatible med EU-retten.

²⁹ Se om Sodemare, Ambulanz Glöckner, Spezzino og CASTA-sakene nedenfor i kapittel 5.

³⁰ Tidligere var uprioriterte tjenester over terskelverdiene kun omfattet av enkelte direktivregler om tekniske spesifikasjoner og kunngjøring av konkurranseresultater, se direktiv 2004/18/EF artikkel 23 og 35(4).

for det indre marked. De uprioriterte tjenestene, derimot, ble ansett for bare å være av begrenset grenseoverskridende interesse. En del av tjenestene som tidligere ble ansett for uprioriterte, har imidlertid betydelig grenseoverskridende interesse. På prinsipielt grunnlag er det derfor gode grunner til å oppheve det tidligere skillet basert på hensynet til grenseoverskridende interesse.³¹

Temaet for denne utredningen er imidlertid ikke anskaffelser av det som tidligere ble ansett som uprioriterte helse- og sosialtjenester generelt. Spørsmålet her er reservasjonsadgangen innenfor enkelte helse- og sosialtjenester, og kun i tilfeller med ideelle leverandører. Det er ikke noe i det nye direktivet som tilsier en endret holdning fra EU-lovgiver til det som var den underliggende begrunnelsen for skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester.³² Ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester leverer i mange tilfeller tjenester med begrenset grenseoverskridende interesse og der særskilte hensyn gjør seg gjeldende, noe som fortsatt er relevante momenter i tolkningen av direktivet. Sentralt her er fortalen til direktivet premiss 114 som fremhever helse- og sosialtjenesters ofte manglende grenseoverskridende interesse og særskilte karakter.³³

Spørsmålet her er derfor ikke om direktiv 2014/24/EU har endret rettstilstanden for anskaffelser av helse- og sosialtjenester generelt, men om direktivet har endret forståelsen av de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse som etter tidligere rettstilstand ikke var til hinder for en reservasjonsadgang for ideelle leverandører i enkelte tilfeller.

Det er ingen holdepunkter i ordlyden i direktivet for at de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse er endret sammenlignet med tidligere rettstilstand. Tvert imot fremgår det i fortalen premiss 4 at direktivet ikke tar sikte på å endre rettstilstanden på dette punktet, at det ikke tar sikte på å snevre inn det nasjonale handlingsrommet og at formålet er å kodifisere praksis fra EU-domstolen. Årsaken til at spørsmålet likevel er blitt reist er at ordlyden i enkeltbestemmelser og strukturen i regelverket samlet sett kan tas til inntekt for at konkurranser om helse- og sosialtjenester ikke kan reserveres for ideelle leverandører utover den adgangen som er listet opp i mandatet punkt 2.3.

Dersom reservasjonsadgangen etter direktiv 2004/24/EU er begrenset til de punktene som er listet opp i mandatet punkt 2.3, betyr det samtidig at de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse i anskaffelsesretten er endret sammenlignet med den tidligere rettstilstanden. Det betyr også at EU-lovgiver har begrenset medlemsstatenes nasjonale handlingsrom på området for velferdstjenester utover de begrensninger som EU-domstolen har oppstilt på dette området. På området for velferdstjenester er det en presumsjon for at medlemsstatene gjennom rådets godkjenning av ny EU-lovgivning ikke pålegger seg selv slike begrensninger i sekundærretten. Det synes under enhver omstendighet naturlig at slike relativt vidtrekkende endringer av rettstilstanden på dette området fremgår klart av både ordlyden og formålsbetraktninger.

I det følgende skal det ses nærmere på de enkeltbestemmelsene og den strukturen som samlet sett har betydning for tolkningen, samt til øvrige relevante rettskildefaktorer. Kapittel 3 og 4 behandler bestemmelser i sekundærrett og i primærrett. I kapittel 5 og 6 analyserer institusjonspraksis, mens kapittel 7 oppsummerer rettstilstanden i EU og kapittel 8 ser på EØS-avtalen spesifikt.

³¹ For eksempel har hotell- og restauranttjenester ofte tilstrekkelig grenseoverskridende interesse, samt også andre typer helse- og sosialtjenester, som for eksempel apotekvirksomhet og levering av sengetøy til sykehus.

³² For nærmere om begrunnelsen bak inndelingen, se S. Arrowsmith [2014] *The law of public and utilities procurement*, s. 416.

³³ *Certain categories of services continue by their very nature to have a limited cross-border dimension, namely such services that are known as services to the person, such as certain social, health and educational services. Those services are provided within a particular context that varies widely amongst Member States, due to different cultural traditions.*

3 Nye direktivbestemmelser og ny struktur

3.1 *Light touch-regime* og artikkel 77

Det er særlig to forhold ved det nye anskaffelsesdirektivet som har foranlediget spørsmålet om rettstilstanden er endret for så vidt gjelder forståelsen av prinsippene om likebehandling og konkurranse og reservasjonsadgangen i de aktuelle konkurransene. Disse to forholdene ved det nye direktivet henger også sammen og påvirker hverandre gjensidig.

Den ene endringen er opphevingen av skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester og innføringen av et *light touch regime* for helse- og sosialtjenester. Det er nå gitt et eget kapittel i direktivet om sosiale og andre spesifikke tjenesteytelser i artiklene 74-77.³⁴ Det følger av artikkel 74 at terskelverdiene for når regelverket kommer til anvendelse er betydelig høyere enn for andre innkjøp av offentlige tjenester. Publisering av kunngjøringer følger artikkel 75. Artikkel 76(1) presiserer at prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet gjelder. I artikkel 76(2) reguleres forholdet mellom pris og andre kriterier for tildelingen av kontrakt. Kriteriene som listes opp er kvalitet, kontinuitet, adgangsmulighet, tilgjengelighet og omfang, pris for bruker og brukernes særlige behov, brukervedvirkning og innovasjon. Alle kriteriene er sentrale for å gi nasjonale myndigheter et utvidet handlingsrom sammenlignet med andre innkjøp. Artikkel 77 regulerer reservasjonsadgangen i bestemte tilfeller. Et overordnet spørsmål er om opphevingen av skillet mellom uprioriterte og prioriterte tjenester, og innføringen av det nye kapitlet for helse- og sosialtjenester endrer den tidligere forståelsen av kravene til likebehandling og konkurranse som åpnet for å reservere konkurranser om disse tjenestene til ideelle leverandører. I dette ligger et spørsmål om det fortsatt foreligger andre unntaksmuligheter for helse- og sosialtjenester slik at konkurranser om levering av disse tjenestene kan reserveres for ideelle leverandører utover det som følger av ordlyden i vilkårene i *light touch-regimet*.

Innføringen av et *light touch-regime*, der artikkel 74 endrer terskelverdiene og artikkel 76 gir de nasjonale myndighetene større frihet og fleksibilitet enn for anskaffelser av andre tjenester både til å fastsette prosedyrer og for hvilke kriterier som skal legges til grunn, kan tolkes som en uttømmende regulering for anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Etter ordlyden åpner ikke artikkel 76(2) for at oppdragsgivere kan vektlegge om tjenesten tilbys utført av kommersielle eller ideelle leverandører, noe som innebærer at dette regimet etter ordlyden synes å stenge for å reservere konkurranser om helse- og sosialtjenester til ideelle leverandører (utover adgangen i artikkel 77, se nedenfor). Med andre ord er det et spørsmål om *light touch-regimet* uttømmende regulerer anskaffelser av helse- og sosialtjenester.

Den andre endringen som har blitt tillagt betydning for det overordnede tolkningsspørsmålet, er innføringen av et eget regime for å reservere visse typer helse- og sosialtjenester for bestemte *non-profit*-organisasjoner i artikkel 77. Et spørsmål er om artikkel 77 i seg selv endrer den tidligere forståelsen av kravene til likebehandling og konkurranse som åpnet for en videre adgang til å reservere konkurransen om disse tjenestene til ideelle leverandører.

Innføringen av en egen bestemmelse med 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 tilsier isolert sett at reservasjonsadgangen følger vilkårene i denne bestemmelsen. Artikkel 77 er en detaljert bestemmelse som krever at helt bestemte vilkår er oppfylt, slik som at organisasjonen er opprettet for å utføre offentlige tjenesteoppdrag, at de ansatte er eiere eller deltar aktivt i ledelsen, og at fortjenesten enten reinvesteres eller utdeles ut fra deltagende hensyn. Videre er det et krav om at kontrakten maksimalt gjelder 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. Regelen retter seg mot bestemte typer ideelle leverandører, og nedslagsfeltet er derfor smalere enn for ideelle

³⁴ Se punkt 6 i utredningen til F. Sejersted for en generell gjennomgang av "light" regime.

leverandører generelt. Bestemmelsen åpner ikke for en reservasjonsadgang når vilkårene i bestemmelsen ikke er oppfylt, og den kan derfor tolkes slik at den uttømmende regulerer adgangen til å reservere konkurranser om helse- og sosialtjenester til ideelle leverandører.

Sagt på en annen måte så vil det etter en alminnelig nasjonal tolkningstradisjon være naturlig å trekke den slutningen at dersom lovgiver hadde ment at det også i andre tilfeller enn det som følger av ordlyden i *light touch-regimet* skulle være en reservasjonsadgang ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester, så ville unntaksregler vært oppstilt for denne adgangen. Konsekvensen av denne tolkningen er imidlertid at det nye direktivet har snevret inn det handlingsrommet som fulgte av det tidligere direktivet og primærretten der prinsippene om likebehandling og konkurranse ikke var til hinder for en mer utvidet reservasjonsadgang i bestemte tilfeller, jf. gjennomgangen av EU-domstolens praksis i kapittel 5.

Det er flere grunner som taler for at tolkningsspørsmålet om hva som følger av prinsippene om likebehandling og konkurranse må underlegges en bred vurdering som går utover det som isolert sett synes å følge av ordlyden i det nye *light touch-regimet*. Det finnes også flere eksempler på at EU-basert lovgivning ikke alltid skal tolkes på samme måte som det en alminnelig nasjonal tolkningstradisjon tilsier.

Det vil føre for langt i denne utredningen å behandle forholdet mellom ulike rettskildelæretradisjoner både statene imellom og mellom internasjonal og nasjonal lovgivning. Poenget her er å fremheve skillet og peke på momenter som tilsier at det for det aktuelle tolkningsspørsmålet er tvilsomt om en alminnelig nasjonal tolkningstradisjon ubetinget kan legges til grunn. Flere momenter vil bli drøftet nedenfor. Innledningsvis påpekes det at direktivet langt på vei er et forsøk på en kodifisering av praksis fra EU-domstolen, herunder domstolens praksis om ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester. Videre påpekes det at direktivet ikke har ment å snevre inn oppdragsgivers handlingsalternativer for så vidt gjelder beskyttelse av sosiale formål og organisering som bygger på et solidaritetsprinsipp, snarere tvert imot.

3.2 Lovgivningsteknikk/andre bestemmelser i direktiv 2014/24/EU

3.2.1 Innledning

Som vist ovenfor, er sentrale argumenter mot at det fortsatt er en reservasjonsadgang på bestemte vilkår for anskaffelser av helse- og sosialtjenester fra ideelle leverandører, innføringen av *light touch-regimet* generelt og en ny unntaksbestemmelse i artikkel 77 spesielt. Selve innføringen av en unntaksadgang gjennom artikkel 77 taler isolert sett mot at medlemsstatene også kan reservere kontrakter til organisasjoner som ikke fyller vilkårene i bestemmelsen. Med andre ord kan det anføres at artikkel 77 må forstås som en uttømmende regulering av adgangen til å reservere konkurranser for ideelle leverandører. Som redegjort for innledningsvis må EU-lovgivningen imidlertid tolkes i lys av en egen lovgivningsprosess og i lys av EU-domstolens praksis. Det er her flere forhold som tilsier at bestemmelsen ikke kan forstås som en uttømmende regulering.

Artikkel 77 kom inn i direktivet som et resultat av bestemte behov i en medlemsstat som ønsket å ivareta et nasjonalt behov knyttet til enkelte nystartede virksomheter etablert av tidligere ansatte i offentlig sektor for å levere en offentlig tjeneste. I litteraturen er det vist til at bestemmelsen kom inn sent i lovgivningsprosessen og som et resultat av lobbyvirksomhet fra Storbritannia.³⁵ Det forhold at Storbritannia fikk gjennomslag for egne nasjonale behov gjennom en slik konkret utformet unntaksregel tilsier at bestemmelsen gis et snevert anvendelsesområde. Forhistorien trekker med andre ord i retning av at bestemmelsen neppe kan tolkes slik at den stenger for en reservasjonsadgang ved andre tilfeller av

³⁵ S. Smith [2014] Articles 74 to 77 of the 2014 Public Procurement Directive: The New "Light Regime" for Social, Health and Other Services and a New Category of Reserved Contracts for Certain Social, Health and Cultural Services Contracts, Public Procurement Law Review (2014) 4 s. 159-168, på s. 167.

ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester (dvs. tilfeller der vilkårene i bestemmelsen ikke er oppfylt).

I tillegg er formålet med bestemmelsen, utover det å imøtekomme Storbritannias nasjonale behov, uklart. Direktivets fortale begrunner unntaksadgangen med at den skal sikre kontinuitet i offentlige tjenester.³⁶ I litteraturen er det pekt på at denne formålsangivelsen ikke passer godt med innholdet i bestemmelsen, og at kravet om en maksimal varighet på tre år er lite i harmoni med formålet om å sikre kontinuitet i offentlige tjenester. Dette kravet får tvert imot som konsekvens at ingen av de organisasjonene som er omfattet kan levere en tjeneste sammenhengende over lengre tid. Det fremstår som lite gjennomtenkt på et område der brukere er særlig opptatt av kontinuitet og forutberegnelighet.³⁷ På denne bakgrunn synes det lite sannsynlig at unntaksregelen skal tolkes som en uttømmende regulering av reservasjonsadgangen for ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester.³⁸ Innføringen av et *light touch-regime* med en egen unntaksbestemmelse i artikkel 77 er derfor ikke avgjørende for spørsmålet om det fortsatt er en reservasjonsadgang i samsvar med de kriteriene som EU-domstolen legger vekt på i domstolspraksisen.

Den første tolkningsfaktoren som kaster lys over forståelsen av *light touch-regimet* er sammenhengen med andre bestemmelser i direktivet.

3.2.2 Sammenhengen med artikkel 10 bokstav h

Direktiv 2014/24/EU artikkel 10 bokstav h³⁹ oppstiller et unntak fra anvendelsen av regelverket om offentlige anskaffelser der *non-profit*-aktører skal levere enkelte tjenester etter offentlige kjøp. Unntaket gjelder direkte ved kjøp av tjenester innenfor en opplistet kategori, nemlig sivilforsvars-, beredskaps- eller forebyggingstjenester. Innenfor dette unntaket faller for eksempel enkelte ambulansetjenester som leveres av ideelle leverandører.⁴⁰

Unntaket i direktivet artikkel 10 bokstav h medfører at det er mulig å reservere konkurranser og/eller tildele direkte kontrakter til ideelle leverandører av helse- og sosial tjenester utover den muligheten som *light touch-regimet* i artiklene 74-77 gir adgang til. Dette regimet er med andre ord ikke en uttømmende regulering av anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Det betyr videre at det ikke er avgjørende etter direktiv 2014/24/EU, for å reservere en konkurranse om en leveranse av en helse- og sosialtjeneste til bestemte *non-profit*-leverandører, at organisasjonen oppfyller vilkårene i artikkel 77 bokstav a-d og at kravet om maksimalt 3 års løpetid for kontrakten er oppfylt. Formulert på en annen måte så følger det av systematikken i regelverket med artikkel 10 bokstav h at *light touch-regimet* generelt og artikkel 77 spesielt ikke er en uttømmende regulering av anvendelsen av regelverket om offentlige anskaffelser der ideelle aktører skal levere helse- og sosiale tjenester til det offentlige. Det er ingen tvil om at artikkel 10 bokstav h i direktivet gir en adgang til å reservere konkurransen til *non-profit*-organisasjoner. Bestemmelsen svekker også grunnlaget for å tillegge opphevingen av skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester og innføringen av et eget kapittel om helse- og sosial tjenester avgjørende betydning for alle spørsmål knyttet til anskaffelser av slike tjenester fra ideelle leverandører. Denne

³⁶ Fortalen premiss 118.

³⁷ Se punkt 1.6 ovenfor om særtrekk ved tjenestene, se også S. Smith [2014] s. 167, R. Caranta [2014] s. 93, 94.

³⁸ Se også forståelsen av bestemmelsen av M. Goller [2015] Handlingsrom for bruk av ideelle organisasjoner, notat til Ideelt Nettverk fra advokatfirmaet Wiersholm, vedlegg til høringsvar fra Ideelt Nettverk til Nærings- og Fiskeridepartementet 17. juni 2015, s. 7.

³⁹ Artikkel 10 bokstav h lyder: *This Directive shall not apply to public service contracts for: ... (h) civil defence, civil protection, and danger prevention services that are provided by non-profit organisations or associations, and which are covered by CPV codes 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 and 85143000-3 except patient transport ambulance services.*

⁴⁰ Pasienttransporttjenester faller utenfor unntaket for beredskapstjenester.

bestemmelsens betydning understrekes også av de siste avgjørelsene fra EU-domstolen som analyseres nedenfor.

3.2.3 *Sammenhengen med artikkel 20*

Artikkel 77 er ikke den eneste bestemmelsen i direktivet om adgangen til å reservere konkurranser til bestemte leverandører. Artikkel 20 gjelder adgangen til å begrense en konkurranse til leverandører som har ansatte på ulike arbeidsmarkedstiltak. Det sentrale med begge disse bestemmelsene er at de gir anvisning på enkelttilfeller der prinsippene om likebehandling og konkurranse ikke stenger for en reservasjonsadgang. Spørsmålet er om disse bestemmelsene også regulerer noe utover det som fremgår direkte av ordlyden, nemlig at det er et unntak der vilkårene i bestemmelsene er oppfylt.

En velkjent lovgivningsteknikk i EU-retten er å regulere tilfeller der aktørenes handlefrihet uttrykkes eksplisitt med konkrete vilkår og presiseringer, men uten at bestemmelsene dermed skal anses for uttømmende å regulere denne handlefriheten. Denne teknikken er blant annet kjent fra konkurranserettens gruppeunntak. Teknikken brukes også i anskaffelsesdirektivene. Et eksempel på denne teknikken er læren om *vesentlig endring* der direktivet uttrykker i artikkel 72(2) at dersom en endring er innenfor 10 % av den opprinnelige kontraktsverdien og under terskelverdiene, så skal ikke kontrakten ut på ny konkurranse. Bestemmelsen gir dermed oppdragsgiver trygghet for hva som under enhver omstendighet er innenfor handlingsrommet, men uten dermed også å ta stilling til grensen for *vesentlig endring* i andre situasjoner. Sagt på en annen måte så kan artikkel 77 og artikkel 20 også tolkes slik at bestemmelsene regulerer enkelttilfeller der oppdragsgiver kan være trygg på handlingsrommet forutsatt at vilkårene er oppfylt, men ikke slik at bestemmelsene generelt avgrenser oppdragsgivers reservasjonsadgang etter direktivet.

EU-lovgivning blir til gjennom forhandlinger mellom medlemsstatene og i et komplisert samspill mellom de lovgivende EU-organene; kommisjonen, rådet og parlamentet. Lovgivningsprosessen, spesielt når formålet er å kodifisere praksis fra EU-domstolen, innebærer at det i liten grad kan trekkes generelle slutninger basert på spesifikke reguleringer. For eksempel kan det være en rekke grunner til at lovgivningsprosessen i EU ikke endte med en mer generell unntaksregel om reservasjonsadgangen ved ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester, blant annet fordi det er enklere å utforme en unntaksbestemmelse med konkrete identifiserbare vilkår i en bestemt situasjon.

Helse- og sosialtjenester er grunnleggende rettighetstjenester for borgerne. Et eksempel, blant flere innenfor området for borgeres rettigheter på at bestemmelser i sekundærlovgivningen ikke tolkes som en uttømmende regulering er sak C-413/99 Baumbast. Dommen illustrerer hvordan EU-domstolen i realiteten setter til side vilkår fastsatt i sekundærlovgivning slik at en bestemmelse får et annet anvendelsesområde enn det som tilsynelatende følger av ordlyden. Spørsmålet i saken var knyttet til et nasjonalt krav i Storbritannia om sykeforsikring for rett til opphold. Det nasjonale kravet om sykeforsikring var tilsynelatende forankret i sekundærlovgivningen, som fremhevet at statene kunne stille krav både om tilstrekkelige ressurser og om en sykeforsikring for at vedkommende ikke skulle bli en byrde på velferdsstaten.⁴¹ EU-domstolen fant likevel at Storbritannias avslag på opphold for Baumbast ikke var i samsvar med EU-rettens krav, særlig rettigheter etter primærretten.⁴² EU-domstolen fant ikke at den aktuelle direktivbestemmelsen var uforenlig⁴³ med traktaten, men valgte et

⁴¹ Se nåværende Unionsborgerdirektiv artikkel 7 og 24, daværende artikkel 1 i Direktiv 90/364.

⁴² Se for en utfyllende analyse av EU-domstolens praksis på området for Unionsborgerskapet i M. Dougan [2006] The constitutional dimension to the case law on Union citizenship, 31 EL Rev. (2006) s 640, for andre saker med tilsvarende problemstillinger for eksempel sak C-456/02 Trojani og forente saker C-22 og 23/08, Vatsouras.

⁴³ *unlawful or invalid*.

tolkningsalternativ i strid med ordlyden basert på beskyttede rettigheter i primærretten.⁴⁴ Saken er illustrerende for betydningen av primærretten når sekundærlovgiving skal tolkes, og for behovet for å være varsom med bokstavelige ordlydsfortolkninger av EU-lovgivning slik alminnelig nasjonale tolkningstradisjoner oftere legger opp til.⁴⁵

Ordlyden i enkeltbestemmelser og i strukturen i det nye *light touch-regimet* i direktivet trekker i retning av at prinsippene om likebehandling og konkurranse er endret, og at direktivet dermed er til hinder for ytterligere reservasjonsadgang for helse- og sosialtjenester fra ideelle leverandører enn opplistet i mandatet punkt 2.3. Dette er imidlertid ikke den eneste tolkningen. Direktivet kan også tolkes slik at det ikke endrer den adgangen som forelå til å reservere konkurranser om helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører, og at EU-domstolens praksis har klarlagt disse tilfellene nærmere. Ettersom det er flere tolkningsalternativer i direktivet for spørsmålet om det er rettslig adgang til å begrense konkurransen til ideelle leverandører ved enkelte anskaffelser av helse- og sosialtjenester, vil vurderingen i det videre se hen til disse tolkningsfaktorene, inkludert forholdet til primærretten. Arrowsmith omtaler blant annet at unntak fra anskaffelsesregelverket som er basert på at oppdragsgivers handlinger kan forsvares som lovlige restriksjoner etter primærretten, noe som er tema i neste kapittel.⁴⁶

4 Primærretten

4.1 Traktatrevisjoner - beskyttelse av helse- og sosialhensyn

Gjennom fire traktatsrevisjoner er anerkjennelsen i EU-retten av beskyttelse av helse- og sosialhensyn gjort stadig klarere. I Maastricht fremgår dette blant annet gjennom innføringen av Unionsborgerskapet⁴⁷ og en egen bestemmelse om beskyttelse av menneskers helse⁴⁸, i Amsterdam ble hensynet til å beskytte tjenester av allmenn økonomisk betydning tatt inn som en av EUs grunnleggende verdier⁴⁹, i Nice ble EUs charter om grunnleggende rettigheter vedtatt med artikkel 34 om rett til å få adgang til sosialtjenester, artikkel 35 om rett til å få adgang til helsetjenester og artikkel 36 om rett til å få adgang til tjenester av allmenn økonomisk interesse. I Lisboa ble EUs charter om grunnleggende rettigheter gjort rettslig bindende samtidig som protokoll 26 om tjenester av allmenn økonomisk interesse ble vedtatt. I tillegg er EUs formåls- og verdigrunnlag endret fra et mer ensidig fokus på konkurranse til å inkludere solidaritet og velferd.⁵⁰ Det er verdt å merke seg at artikkel 3(3) TEU bruker terminologien en *sosial markedsøkonomi*, mens beskyttelse av konkurransen er flyttet fra tidligere artikkel 3(1) bokstav g i traktaten til protokoll 27 etter Lisboa. Det vil bli drøftet nedenfor om situasjonen er annerledes i EØS-avtalen, se kapittel 8.

EU-retten har imidlertid alltid på primærrettsnivå gitt uttrykk for at det må foretas en balanse mellom konkurranseregler (herunder de fire friheter) og medlemsstatenes behov for å kunne utforme sine egne offentlige velferdstjenester.⁵¹ En endring gjennom blant annet traktatsrevisjonene er imidlertid at

⁴⁴ Andre eksempler på saker med samme metodiske tilnærming kan finnes i Myke anskaffelser og ideelle leverandører, masteroppgave UiO s. 11-12 med videre henvisninger blant annet Niels Fenger, Forvaltning og Fællesskab: Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens, 2004, s. 537.

⁴⁵ Et annet eksempel på et annet område er forente saker 402 og 432/07 Sturgeon om tolkningen av kompensasjon til flypassasjerer. Artikkel 7 i direktiv 261/2004 gjaldt bare kansellering av fly. EU-domstolen bygget blant annet på prinsippet om likebehandling i primærretten for å underbygge at også passasjerer med forsinkede fly kunne få erstatning etter artikkel 7.

⁴⁶ S. Arrowsmith [2014] The law of public and utilities procurement, s. 478.

⁴⁷ Se nå artikkel 20-25 TEUV.

⁴⁸ Se nå artikkel 168 TEUV.

⁴⁹ Se nå artikkel 14 TEUV.

⁵⁰ Se nå artikkel 2 og 3 TEU.

⁵¹ Lovlige restriksjoner er et uttrykk for dette, samt bestemmelser som artikkel 106(2) TEUV. Artikkel 59(2) er den parallelle bestemmelsen i EØS-avtalen til artikkel 106(2) TEUV.

balansegangen i økende grad foretas på EU-nivå og ikke alene gjennom en kompetansefordeling mellom EU-lovgivning på den ene siden og medlemsstatenes suverene områder på den andre siden.⁵²

Som gjennomgangen nedenfor viser, så bruker EU-domstolen aktivt bestemmelsene om beskyttelse av helse- og sosialhensyn på primærrettsnivå i vurderingen av om nasjonale tiltak er kompatible med EU-retten. Med andre ord påvirker disse bestemmelsene fastleggelsen av hva som utgjør en lovlig restriksjon på de fire friheter og hvordan bestemmelser i sekundærlovgivningen skal tolkes. Sekundærlovgivningen gjør ikke innskrenkninger i medlemsstatenes rettigheter etter primærretten.⁵³

4.2 Beskyttelse av helse- og sosialhensyn i primærretten og direktiv 2014/24/EU

Anerkjennelsen av sosiale hensyn fremgår direkte også av direktiv 2014/24/EU. Det følger av en rekke premisser i fortalen⁵⁴, men også av ulike uttalelser i forarbeidene til direktivet. I direktivets forarbeider uttaler Europakommisjonen om regelverket om offentlige anskaffelser og sosial hensyn følgende:

Improved public procurement rules will also allow contracting authorities to make better use of public procurement in support of common societal goals, such as (...), promoting innovation and social inclusion, and ensuring the best possible conditions for the provision of high quality social services.⁵⁵

Uttalelsen viser hvordan kommisjonen anerkjenner at anskaffelsesreglene ikke bare beskytter konkurransen, men også skal tilgodese andre samfunnsmessige mål og ta sosiale hensyn. Sitatet viser hvordan sosiale hensyn integreres i den EU-rettslige vurderingen. I tråd med kommisjonens uttalelser fremgår det av rådets diskusjoner vedrørende det nye direktivet at hensikten med *light touch-regimet* for helse- og sosialtjenester ikke er å begrense medlemsstatenes muligheter når det gjelder innkjøp av slike tjenester, men å gi dem økt fleksibilitet i organiseringen av konkurranser for slike tjenester:

Social services of general economic interest have a fundamental role in the EU citizens' life quality. The European public procurement rules respect the competence of Member State in this field as they do not in any way oblige Member States to externalise the execution of such services. If contracting authorities decide to externalise such services, they have to comply with EU rules. The objective is now to give more flexibility to Member States to organise the tender procedures for these services.⁵⁶

Sitatet bekrefter hvordan direktiv 2014/24/EU ikke bare har til hensikt å sikre konkurranse, men at et formål med direktivet også er å ivareta sosiale hensyn, og at medlemsstatenes handlefrihet på dette området er sentralt samtidig som borgernes behov også fremheves.

4.3 Artikkel 106(2) TEUV

Det følger av artikkel 106(2) TEUV at foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning, ikke er undergitt reglene om de fire friheter eller konkurransereglene i den utstrekning anvendelsen av disse regler rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem.⁵⁷ Denne bestemmelsen innebærer at der vilkårene er oppfylt, så vil et foretak kunne levere en tjeneste uhindret av traktatsregelverket, herunder de fire friheter og konkurransereglene. Det

⁵² Se for en mer omfattende analyse av dette og konsekvenser i EØS i K. Fløistad (2016) Associated, Adapted and (almost) Assimilated. The European Economic Area Agreement in a revised EU constitutional framework for welfare services, Ph.D., European University Institute.

⁵³ S. Arrowsmith [2014] The law of public and utilities procurement, s. 478.

⁵⁴ F.eks. premiss 5, 6, 7, 23, 28, 36, 37, 40, 45, 47, 75, 85, 92, 93, 95-101, 103, 105, 114, 118, 123.

⁵⁵ Explanatory memorandum, COM/2011/896/ s. 2.

⁵⁶ Council of the European Union 5369/12 s. 36.

⁵⁷ Artikkel 59(2) EØS er den parallelle bestemmelsen til artikkel 106(2) TEUV.

kan tenkes tilfeller der vilkårene i denne bestemmelsen er oppfylt for ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester. Ettersom anvendelsen av artikkel 106(2) TEUV beror på et skjønn, er det vanskelig å finne kategorier av tilfeller som bestemmelsen vil beskytte. Det synes mer aktuelt å legge til grunn at den vil beskytte i enkelttilfeller. I slike enkelttilfeller av en aktivitet som er beskyttet av en primærrettsbestemmelse som setter traktaten til side, vil ikke regelverket om offentlige anskaffelser komme til anvendelse slik at det hindrer den beskyttelsen primærretten gir.⁵⁸ Det betyr at EU-domstolen i prinsippet må unnlate å anvende sekundærrett for tilfeller der artikkel 106(2) kommer til anvendelse, dersom ikke en tolkning av denne sekundærretten kan løse konflikten.⁵⁹ Nedenfor vil det ses nærmere på en tolkning av direktivet som åpner for at det ikke blir konflikt mellom primærrett og sekundærrett i slike tilfeller.⁶⁰ Poenget her er å vise til bestemmelser i primærretten som har betydning for valget av tolkningsalternativer i sekundærretten, samt til praksis der EU-domstolen har valgt tolkningsalternativer av sekundærretten som unngår motstridstilfeller.

4.4 EU-domstolen og forholdet mellom primærrett/sekundærrett på anskaffelsesområdet

EU-domstolen har flere teknikker å velge mellom i saker der forholdet mellom primærrett og sekundærrett aktualiseres.⁶¹ Sentralt for tolkningsspørsmålet her er praksis fra EU-domstolen der ulike tolkningsalternativer i sekundærretten vil være mer eller mindre forenlige med primærretten. I sak C-271/08 Kommisjonen mot Tyskland måtte domstolen ta stilling til lovligheten av en direkte tildelt kontrakt om tjenestepensjon. Spørsmålet var nettopp om det måtte gjøres et unntak fra anskaffelsesdirektivet i et tilfelle der etterlevelse av direktivet kunne være til hinder for en rett beskyttet på primærrettsnivå. Den aktuelle retten til kollektive tarifforhandlinger er beskyttet på primærrettsnivå i EU, jf. EUs charter om grunnleggende rettigheter. Domstolens argumentasjon viser at den ville gjort unntak fra sekundærretten (direktivene 92/50/EF og 2004/18/EF) dersom etterlevelse av denne ville satt en slik grunnleggende rettighet til side.⁶² Det var kun basert på en forståelse av sekundærlovgivningen, slik at denne ikke var til hinder for utøvelsen av den grunnleggende rettigheten til kollektive tarifforhandlinger, at EU-domstolen kunne konkludere med at direktivet var anvendelig og dermed at det nasjonale tiltaket faktisk var i strid med EU-retten.⁶³ Det følger av måten EU-domstolen legger opp argumentasjonen på at rettigheter beskyttet på primærrettsnivå kan medføre at det må gjøres unntak fra/tilpasninger i regelverket for offentlige anskaffelser selv om sekundærretten etter sin ordlyd tilsynelatende er anvendelig. Avgjørelsen viser at et viktig formål i EU-retten er å sikre den beskyttelsen av individuelle rettigheter som følger av EUs primærrett, uavhengig av om ordlyden i et sekundærregelverk kan trekke i en annen retning.

5 EU-domstolens praksis om ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester

5.1 Innledning

Sentralt i det følgende er at EU-domstolen i to relativt nye avgjørelser som gjaldt ambulansetjenester fra *non-profit*-leverandører, har stadfestet tidligere praksis som nettopp åpnet for en reservasjonsadgang der

⁵⁸ Spørsmålet er så vidt tatt opp i SOU 2016:78 s. 399-400. Det vises også til en underrettsdom fra Gøteborg som stilte seg negativ til dette og til en utredning om kommunallov i Sverige som også stilte seg negativ til dette, jf. SOU 2015:24 s. 440-442. Ingen av disse kildene kan sies å ha avgjort dette spørsmålet på en autoritativ måte.

⁵⁹ Spørsmålet om vilkårene i artikkel 106(2) TEUV er oppfylt er et spørsmål både kommisjonen og EU-domstolen kan ta stilling til. Det avgrenses her mot Altmark-doktrinen i statsstøtteretten der det er omstridt om det er innenfor medlemsstatenes kompetanse selv å vurdere om vilkårene er oppfylt.

⁶⁰ Mer generelt om Spezzino-saken og forholdet til tjenester av allmenn økonomisk betydning (artikkel 106(2) TEUV), se A. Sánchez-Graells [2016] Competition and State Aid Implications of the Spezzino Judgment (C- 113/13): The Scope for Inconsistency in Aid Assessments for Voluntary Organisations Providing Public Services, European Procurement & Public Private Partnership Law Review (2016) 1, s. 31-38.

⁶¹ For en mer generell gjennomgang se Sørensen, [2011] Reconciling secondary legislation with the Treaty rights of free movement, 36 EL Rev (2011), 344 og P. Syrpis [2015] The relationship between primary and secondary law in the EU, CMLRev 52: 461-488, 2015.

⁶² Se avsnittene om anvendelsen av direktivene og spørsmålet stilt i premiss 37.

⁶³ Sak C-271/08, premiss 66.

medlemsstaten mente velferdstjenesten skulle utføres av ideelle aktører. Ettersom EU-domstolen viser til sak C-70/95 Sodemare i begrunnelsen for avgjørelsen av sakene om ambulansetjenester, er denne sakens betydning for medlemsstatenes handlefrihet på dette området blitt enda klarere. Sodemare-saken er spesielt relevant ettersom generaladvokat Wahl i sin uttalelse i ambulansesaken C-113/13 Spezzino, hadde argumentert for at resultatet i Sodemare-saken ikke var relevant for utfallet. Wahls begrunnelse var at saksforholdet i Sodemare-saken ikke direkte gjaldt offentlige anskaffelser, men i stedet dreide seg om selve oppbyggingen av det italienske velferdssystemet.⁶⁴ EU-domstolen var imidlertid uenig og viste til at de samme sosiale hensyn, som var avgjørende i Sodemare-saken også var av betydning i den aktuelle saken om en anskaffelse av en helsetjeneste. Domstolen fant at det ikke var i strid med EU-retten å forbeholde de aktuelle tjenesteytelsene for ideelle leverandører.⁶⁵ På bakgrunn av generaladvokatens forslag til avgjørelse i Spezzino og EU-domstolens avvikende syn, er det med andre ord ingen tvil om at Sodemare-saken er relevant også for tolknings spørsmål knyttet til regelverket om offentlige anskaffelser, se nærmere nedenfor.

EU-domstolens praksis kan oppsummeres slik at primærreglene om fri bevegelighet av tjenester, fri etablering og fri konkurranse, ikke nødvendigvis er til hinder for å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester til ideelle leverandører. Sentralt i denne sammenheng er at domstolen anser helse- og sosialtjenester generelt for å være av en så spesiell karakter at den enkelte medlemsstat har stor frihet i utformingen, og at den objektive allmenne interessen i å opprettholde nasjonale konkurransebegrensninger derfor må avveies mot ulempene. Omsorgsaspektet er et særtrekk ved helse- og sosialtjenester, som kan rettferdiggjøre en tilpasning av prinsippet om konkurranse. Denne tendensen i EU-domstolens praksis på helseområdet gjenfinnes også i for eksempel sakene C-444/05, Stamatelaki og C-141/07, Kommisjonen mot Tyskland.⁶⁶

5.2 Sak C-70/95 Sodemare

Spørsmålet om det er forenlig med EU-retten å reservere en leveranse av helse- og sosialtjenester til ideelle leverandører ble forelagt for EU-domstolen fra Italia allerede i sak C-70/95 Sodemare. Avgjørelsen i denne saken er aldri blitt fraveket av EU-domstolen i en senere avgjørelse. Tvert imot er Sodemare-saken vist til ved flere reformer av EU-retten der Unionen i økende grad beskytter borgernes rett til helse- og sosialtjenester, se ovenfor om endringer i primærretten i denne retning. Sodemare har vært helt sentral i utviklingen av en omfattende praksis fra EU-domstolen om medlemsstatenes handlefrihet på området for fri bevegelighet og helsetjenester⁶⁷, og det er, som allerede redegjort for, vist til Sodemare-saken i helt ny praksis fra EU-domstolen om regelverket for offentlige anskaffelser.

Spørsmålet i saken var om italiensk lovgivning, som begrenset inngåelse av kontrakter for leveranse av helse- og sosialtjenester til organisasjoner med *non-profit*-formål, var forenlig med EU-retten. Som det fremgår av den faktiske redegjørelsen til generaladvokat Fennelly, skulle slike kontrakter kun inngås med ideelle leverandører, som var definert til aktører som ikke drev med et økonomisk formål eller som fordelte overskudd til eiere.⁶⁸ I Italia ble slike kontrakter på dette tidspunktet inngått med lokale myndigheter som innkjøpere.⁶⁹ Foreleggelsen gjaldt et søksmål fra kommersielle aktører om lovligheten av en slik nasjonal begrensning.

⁶⁴ Uttalelse fra generaladvokat Wahl, sak C-113/13, premiss 71.

⁶⁵ Sak C-113/13, premiss 66.

⁶⁶ Se også omtalen av betydningen av medlemsstatenes handlefrihet på helseområdet og offentlige anskaffelser i P. Telles [2016] The Impact of the Spezzino Judgment for Third Sector Organisation, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 1. utgave s 22-30, s 23.

⁶⁷ Se for eksempel sakene C-157/99 Smith and Peerbooms, C-385/99 Muller-Faure, C-372/04 Watts, C-444/05 Stamatelaki, C-173/09 Elchinov.

⁶⁸ Generaladvokat Fennellys uttalelse, sak C-70/95, premiss 6.

⁶⁹ Generaladvokatens uttalelse, sak C-70/95, premiss 5.

Generaladvokaten besvarte spørsmålet med utgangspunkt i etableringsfriheten, se premiss 31-39. Argumentasjonen bygget på at et skille mellom ideelle og kommersielle leverandører ikke kan begrunnes i hensynet til kvaliteten på tjenesten til brukerne. Fennelly mente at slik kvalitet kunne sikres på annen måte enn ved avgrensning mellom ideelle og kommersielle aktører. Generaladvokaten konkluderte med at det forelå en indirekte diskriminerende restriksjon, og at restriksjonen ikke kunne rettfærdiggjøres. Det fremheves at det kun er like tilfeller som skal behandles likt, men ettersom både kommersielle og ideelle etter generaladvokatens mening kan levere det samme tjenestetilbudet kvalitativt sett, så er aktørene sammenlignbare tilfeller.⁷⁰

EU-domstolen var imidlertid ikke enig med generaladvokaten. Domstolen kom til at den italienske ordningen verken var i strid med reglene om fri bevegelighet av tjenester, fri etablering eller konkurransereglene. En del av domstolens begrunnelse var at den aksepterte medlemsstatens vurdering av at de ideelle leverandørene bedre kunne oppfylle det sosiale formålet som de aktuelle tjenesteytelsene skulle sikre, nettopp fordi de ikke var påvirket av kravet om å gi eiere overskudd. I denne sammenhengen fremhevet domstolen at det italienske velferdssystemet bygget på et solidaritetsprinsipp, og at hovedformålet med de aktuelle helsetjenestene var å bistå personer som hadde manglende evne til å klare seg selv eller som var i en utsatt sosial posisjon og hadde behov for hjelp.⁷¹ Omsorgsaspektet ved tjenesten er sentralt.

Sentralt for EU-domstolen var også den manglende diskrimineringen i ordningen. Domstolen mente at det ikke var en forskjell på nasjonale og utenlandske tjenestetilbydere da alle kommersielle tilbydere var unntatt fra ordningen.⁷² Det var heller ingen krav i den nasjonale ordningen som gjorde det umulig å inngå kontrakt med utenlandske ideelle leverandører.⁷³ Avgjørelsen åpner dermed for at det kan være relevante forskjeller mellom ideelle og kommersielle leverandører av helse- og sosialtjenester, som innebærer at ulik behandling ikke utgjør et brudd på prinsippet om likebehandling. Sagt på en annen måte betyr dette at likebehandlingsprinsippet ikke kan anses brutt fordi dette kun krever at sammenlignbare tilfeller behandles likt.

Selv om generaladvokaten og EU-domstolen var uenig i resultatet, var det ingen uenighet om at EU-retten beskytter borgernes rett til helse- og sosialtjenester. På generelt grunnlag betyr dette også at avgjørelsen styrker et synspunkt om at nasjonale velferdsordninger som i tilstrekkelig grad er begrunnet i kvaliteten på helse- og sosialtjenesten for brukere med et omsorgsutgangspunkt, vil være forenlige med EU-retten.

5.3 Sak C-475/99 Ambulanz Glöckner

Sak C-475/99 Ambulanz Glöckner gjaldt anskaffelser av ambulansetjenester. En delstat i Tyskland hadde reservert tjenesten til ideelle leverandører. Spørsmålet i saken var om denne reservasjonen var i strid med EU-rettens konkurranseregler eller om unntaket i nåværende artikkel 106(2) TEUV⁷⁴ om tjenester av allmenn økonomisk betydning kom til anvendelse. Tjenesten besto i en forpliktelse til å sikre utrykningskjøring av syke og skadete personer hele døgnet innen et bestemt geografisk område. Sentralt var at tjenesten måtte leveres til like takster og etter ensartede kvalitetskrav uavhengig av lønnsomhet og andre særlige omstendigheter ved hver utrykning.

⁷⁰ Generaladvokatens uttalelse, sak C-70/95, premiss 36.

⁷¹ EU-domstolen, sak C-70/95, premiss 29.

⁷² EU-domstolen, sak C-70/95, premiss 33.

⁷³ Se også generaladvokaten premiss 35 som viser til internasjonale veldedige organisasjoner.

⁷⁴ Den parallelle bestemmelsen i EØS er artikkel 59(2).

Artikkel 106(2) er omtalt ovenfor i punkt 4.3. Artikkel 106(2) TEUV betyr at foretak, som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning, ikke er undergitt reglene om de fire friheter eller konkurransereglene i den utstrekning anvendelsen av disse reglene rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem. Denne bestemmelsen innebærer at der vilkårene er oppfylt, så vil et foretak kunne levere en tjeneste uhindret av traktatsregelverket, herunder de fire friheter og konkurransereglene.

Domstolen måtte derfor vurdere om konkurransebegrensningen var nødvendig for at innehaveren av den eksklusive retten i saken kunne utføre sin oppgave av allmenn økonomisk betydning på økonomisk akseptable vilkår. I denne saken var forholdene slik at inntektene fra annen transport enn utrykning bidro til å dekke utgiftene ved utrykningskjøringen.

EU-domstolen kom til at selv om den særstillingen den nasjonale ordningen ga de ideelle leverandørene i utgangspunktet var i strid med konkurransereglene, var den kompatibel med EU-retten på grunn av de særskilte hensyn som gjorde seg gjeldende ved slike anskaffelser. Sosiale hensyn integreres i EU-retten gjennom denne primærrettsbestemmelsen og avgjørelsen føyer seg inn sammen med en rekke saker i samme retning på andre områder.⁷⁵

I avveiningen mellom hensynet til konkurranse og hensynet til andre formål var de spesielle karakteristika ved ytelsen og ved *non-profit*-leverandører avgjørende. Utrykningstjenester krever blant annet store ressurser og full tilgjengelighet døgnet rundt, noe som medfører at muligheten for inntjening og overskudd varierer med de geografiske forholdene. EU-domstolen la for eksempel til grunn at en kommersiell leverandør ikke ville ha insentiver til å levere ambulansetjenester i avsidesliggende områder der etterspørselen er minst.⁷⁶ Etter en samlet vurdering kom EU-domstolen til at ideelle leverandører kunne levere en kvalitativt bedre ytelse til borgerne, blant annet fordi tjenestene ytes etter behov, uavhengig av geografisk område og etterspørsel og uten profitt som motivasjon for virksomheten.

5.4 Sakene C-113/13 Spezzino og C-50/14 CASTA

Sakene C-113/13 Spezzino og C-50/14 CASTA gjaldt i likhet med Ambulanz Glöckner, anskaffelse av ambulansetjenester.⁷⁷ EU-domstolen bekrefter i disse sakene den tidligere praksisen om at særlige hensyn gjør seg gjeldende ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester fra ideelle leverandører.

Sak C-113/13 Spezzino gjaldt italiensk lovgivning som forbeholdt syketransport for offentlig sykehus for frivillige organisasjoner registrert i Italia. EU-domstolen kom til at dette i utgangspunktet utgjorde en restriksjon på etableringsfrihet og tjenestefriheten i det indre marked. Likevel fremholdt EU-domstolen at denne restriksjonen kan være forenelig med EU-retten, fordi det å forbeholde syketransport for frivillige organisasjoner kan være begrunnet i legitime allmenne hensyn på en forholdsmessig måte. EU-domstolens resonnering har betydning for vurderingen av reservasjonsadgangen.

EU-domstolen slo fast at EU-retten ikke begrenser medlemsstatenes kompetanse til selv å utforme sine offentlige helse- og sosialsikringsordninger.⁷⁸ Samtidig ble det pekt på at medlemsstatene ikke kan

⁷⁵ Se generelle analyser av utviklingen av EU-domstolens tolkning av artikkel 106(2) TEUV i blant annet Prosser, T. [2010] EU Competition Law and Public Services, in Mossialos, E., Permanand, G., Baeten, R. and Herve, T. (eds), Health Systems Governance in Europe: The Role of EU Law and Policy, Cambridge University Press, Prosser, T. [2005] The limits of competition law: markets and public services, published to Oxford Scholarship online, Ross, M. [2000] Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation, E. L. Rev. 25 (1) 2000, p 22-38, Ross, M. [2000] Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation, E. L. Rev. 25 (1) 2000, p 22-38, Ross, M. [2007] Promoting Solidarity: from public services to a European model of competition, CML Rev (44) 2007, p 1057-1080.

⁷⁶ Tilsvarende spørsmål har oppstått for postlevering, begravelsetjenester med mer.

⁷⁷ CASTA gjaldt ikke akutt pasienttransport, se også Vålfærdsutredningen s. 548

⁷⁸ Sak C-113/13, Spezzino premiss 55

utøve denne kompetansen på måter som medfører uberettigede begrensninger i utøvelsen av de grunnleggende friheter innenfor helsevesenet. Ved vurderingen av om det forelå begrensninger som var uberettigede, var det av betydning at det var tale om beskyttelse av live og helse:

[I]n the assessment of compliance with that prohibition, account must be taken of the fact that the health and life of humans rank foremost among the assets or interests protected by the Treaty and it is for the Member States, which have a discretion in the matter, to decide on the degree of protection which they wish to afford to public health and on the way in which that degree of protection is to be achieved (see to that effect, judgments in *Commission v Germany*, C-147/07, EU:C:2008:492, paragraphs 46 and 51 and the case-law cited, and *Blanco Pérez and Chao Gómez*, EU:C:2010:300, paragraphs 43, 44, 68 and 90 and the case-law cited).⁷⁹

EU-domstolen fastslo videre at det å opprettholde et stabilt lege- og sykehusvesen kan begrunne begrensninger i tjenestefriheten:

Furthermore, not only the risk of seriously undermining the financial balance of a social security system may constitute per se an overriding reason in the general interest capable of justifying an obstacle to the freedom to provide services, but also the objective of maintaining, on grounds of public health, a balanced medical and hospital service open to all may also fall within one of the derogations, on grounds of public health in so far as it contributes to the attainment of a high level of health protection (see to that effect, judgment in *Stamatelaki*, C-444/05, EU:C:2007:231, paragraphs 30 and 31 and the case-law cited).

Videre fremhevet domstolen at:

[M]easures which aim, first, to meet the objective of guaranteeing in the territory of the Member State concerned sufficient and permanent access to a balanced range of high-quality medical treatment and, secondly, assist in ensuring the desired control of costs and prevention, as far as possible, of any wastage of financial, technical and human resources are also covered (see to that effect judgment in *Commission v Germany*, EU:C:2008:492, paragraph 61).⁸⁰

Under henvisning til blant annet sak C-70/95 *Sodemare* uttalte domstolen dermed at folkehelsen står øverst blant de goder og interesser som er beskyttet av traktaten og uttalte at:

[A] Member State may, in the exercise of the powers it retains to organise its social security system, consider that a social welfare system for elderly people necessarily implies, with a view to attaining its objectives, that the admission of private operators to that system as providers of social welfare services is to be made subject to the condition that they are non-profit-making.⁸¹

Konklusjonen i saken var at det var innenfor medlemsstatenes skjønnsmargin å forbeholde ambulansetjenester for *non-profit* leverandører når dette er begrunnet i folkehelsen. EU-domstolen begrenset ikke drøftelsen av de relevante hensynene til ambulansetjenester spesifikt, men uttalte seg generelt om fordelene ved ideelle leverandører nettopp på området for helse- og sosialtjenester. Basert på dette konkluderte EU-domstolen slik:

⁷⁹ Sak C-113/13, premiss 56

⁸⁰ Sak C-113/13, premiss 57, dette stemmer godt overens med primærrettens generelle bestemmelse om helsebeskyttelse i (nå) artikkel 168 TEUV.

⁸¹ Sak C-113/13, premiss 58

Therefore, a Member State, in the context of its discretion to decide the level of protection of public health and to organise its social security system, may take the view that recourse to voluntary associations is consistent with the social purpose of the emergency ambulance services and may help to control costs relating to those services.⁸²

EU-domstolen kom følgelig til at selv om loven utgjorde et indirekte diskriminerende tiltak etter reglene om etableringsfrihet og fri adgang til å yte tjenester, var det italienske tiltaket likevel forsvarlig på grunn av de særlige hensynene tiltaket var ment å beskytte. De særlige hensynene var å bevare helsetjenester som er åpne for alle, samt å begrense den offentlige ressursbruken. I sin begrunnelse uttalte EU-domstolen at den nasjonale lovgivningen var bygget på prinsippene om universalitet, solidaritet og samfunnsøkonomisk lønnsomhet, og at ideelle leverandører spesifikt tar sikte på å bevare disse prinsippene.⁸³ EU-domstolen uttalte helt generelt at det kan tas hensyn til slike formål innenfor EU-retten.⁸⁴

Prinsippet om at særlige hensyn kan begrunne en reservasjonsadgang ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester til ideelle leverandører, ble gjentatt av EU-domstolen i sak C-50/14 CASTA. EU-domstolen viste gjennomgående til de generelle hensynene som fulgte av domstolens avgjørelse i Spezzino for å begrunne at disse tjenestene kan forbeholdes ideelle leverandører, uten at dette er i strid med retten til fri bevegelighet. Argumentasjonen var heller ikke her knyttet til ambulansetjenester spesielt, men til en underliggende oppfatning om at bruk av *non-profit*-virksomheter til å utføre helse- og sosialtjenester generelt er positivt for samfunnet, og at det bidrar til en kostnadseffektiv løsning for statene.⁸⁵

Det følger av avgjørelsene at restriksjoner på fri etablering og fri bevegelighet av tjenester kan begrunnes både i hensynet til å opprettholde et stabilt og tilgjengelig helsevesen og i risikoen for økonomisk ubalanse i det offentlige helsetilbudet. Det ligger derfor innenfor medlemsstatenes eget skjønn å vurdere det slik at bruk av ideelle leverandører er i samsvar med de sosiale formål syke transportsystemet bygger på, og at dette bidrar til å redusere kostnadene ved slike tjenester.⁸⁶

Nasjonale ordninger, som åpner for tildeling til ideelle leverandører, må bidra til å realisere målsetninger om solidaritet og økonomisk effektivitet. En forutsetning for slike ordninger er derfor at ideelle leverandører ikke oppnår noen vinning, men kun får dekning for faktiske utgifter ved å levere tjenesten.⁸⁷ Rammene for unntaket fra EU-domstolen behandles mer utførlig nedenfor, se kapittel 9, særlig punkt 9.4.

5.5 Oppsummering

EU-domstolens praksis viser at i saker som omhandler reservasjonsordninger for helse- og sosialtjenester fra ideelle leverandører, så forankrer EU-domstolen sine avgjørelser i de særlige karakteristika ved ytelsen og de særlige karakteristika ved *non-profit*-leverandører. Slike karakteristika kan for eksempel være at helse- og sosialtjenester gjelder innbyggernes grunnleggende behov og skal være åpne for alle, uavhengig av økonomisk stilling og bosted, brukernes særskilte behov, at kvalitet er vanskelig å måle, samt fordelene ved en virksomhet som tilbakefører eventuelle overskudd til utførelsen

⁸² Sak C-113/13, premiss 59, se vilkårene i premiss 60-62. Disse omtales i kapittel 9 nedenfor.

⁸³ Domstolens avgjørelse, premiss 53.

⁸⁴ Domstolens avgjørelse, premiss 54.

⁸⁵ Dette er omtalt i litteraturen, se for eksempel A. Brown [2016] The direct award of ambulance services to voluntary organisations in Italy, revisited: case C-50/14 CASTA, Public Procurement Law Review, 3, s. NA72-76.

⁸⁶ Se C-113/13, premiss 59.

⁸⁷ C-50/14, premiss 57.

av tjenestene. Disse særskilte karakteristika medfører at de nasjonale tiltakene er kompatible med EU-retten.

Ambulanz Glöckner, Spezzino og CASTA gjelder alle utrykningstjenester. På domstidspunktene var det ikke en egen unntaksregel for disse tjenestene slik som nå følger av artikkel 10 bokstav h. Resultatene i dommene har grunnlag i helt generelle EU-rettslige prinsipper. Disse prinsippene har overføringsverdi til andre typer tjenesteleveranser som også skal ivareta sosiale hensyn og er begrunnet i solidaritetsprinsippet. I litteraturen er det pekt på at dersom EU-domstolen bare tok sikte på å klarlegge rettstilstanden ved utrykningstjenester isolert sett, ville det vært enklere å argumentere konkret ut i fra denne tjenestetypen.⁸⁸ Når domstolen likevel velger å anvende generelle prinsipper og særlig har vektlagt ideelle leverandører som bidragsytere ved helse- og sosialtjenester, taler dette for at avgjørelsene er relevante for anskaffelser utover ambulansetjenester. Sentralt må være om de samme hensynene gjør seg gjeldende ved anskaffelsen av de aktuelle tjenestene.⁸⁹ Det er videre et poeng at dommene i sakene C-113/13 Spezzino og C-50/14 CASTA ble avsagt på et tidspunkt da direktiv 2014/24/EU allerede var vedtatt, og at direktivet var i ferd med å bli gjennomført i medlemsstatene.⁹⁰ Spezzino og CASTA bekrefter dessuten relevansen av Sodemare som aksepterer et nasjonalt system som begrenser privat levering av helse- og sosialtjenester til ideelle leverandører.

6 Europakommisjonens og EFTAs overvåkingsorgans syn på ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester

6.1 Europakommisjonen

Kommisjonen har uttalt generelt at ettersom anskaffelsesreglene er basert på prinsippene om likebehandling og ikke-diskriminering av økonomiske aktører er det i utgangspunktet ikke adgang for oppdragsgivere til å begrense en offentlig anskaffelse til ideelle leverandører.⁹¹ Dette generelle utgangspunktet er imidlertid modifisert for tilfeller der sosiale hensyn, herunder solidaritetsprinsippet, kommer til anvendelse:

However, national law regulating a particular activity might, in exceptional cases, provide for restricted access to certain services for the benefit of nonprofit organisations. In this case public authorities would be authorised to limit participation in a tender procedure to such non-profit organisations, if the national law is compatible with European law. Nevertheless, such a national law (...) would have to be justified on a case-by-case basis. On the basis of the case law of the Court of Justice, such a restriction could be justified, in particular, if it is necessary and proportionate in view of the attainment of certain social objectives pursued by the national social welfare system.⁹²

Kommisjonens syn er med andre ord at det å reservere anskaffelser til ideelle leverandører er vanskelig i lys av anskaffelsesdirektivet. På den annen side fremgår det av den samme uttalelsen at det ikke er et ubetinget forbud mot en slik reservasjonsadgang. En slik reservasjon kan begrunnes i de konkrete

⁸⁸ D. McGowan [2015] Does the reservation of ambulance services to voluntary organisations on a cost reimbursement basis give rise to a public service contract? Public Procurement Law Review (2015) 3.

⁸⁹ Se flere akademiske analyser av avgjørelsene, D. McGowan [2015] Does the reservation of ambulance services to voluntary organisations on a cost reimbursement basis give rise to a public service contract? Public Procurement Law Review (2015) 3.

⁹⁰ I Spezzino henviser EU-domstolen til direktiv 2004/18/EF i premiss 44 og uttaler at dersom direktivet kom til anvendelse, ville ikke en direktetildeling være i samsvar med sekundærretten. Dette tolkes som en henvisning til at en direkteanskaffelse ikke ville vært i samsvar med direktivet. Resultatet i avgjørelsen der direktetildelingen ansees som en lovlig restriksjon forutsetter at sekundærlovgivningen ikke kommer til anvendelse. Prinsippene om likebehandling og konkurranse har ikke vært til hinder for å reservere konkurranser til ideelle leverandører i bestemte situasjoner, men direktetildeling forutsetter at anskaffelsesdirektivet ikke kommer til anvendelse, se nå unntaket i artikkel 10 bokstav h, se mer nedenfor i kapittel 9.

⁹¹ Commission staff working document (2013) s. 95.

⁹² Commission staff working document (2013) s. 95.

saksforholdene, under den forutsetning at adgangen er oppstilt i nasjonal lov. En reservasjon av konkurranser godtas nettopp på grunn av tjenestenes og leverandørens særlige karakter forankret i nasjonale sosiale hensyn. En konkret vurdering av det enkelte tilfelle kan for eksempel medføre at en ideell leverandør anses for å kunne levere en bedre ytelse på grunn av sin ideelle karakter, herunder fordi det økonomiske overskuddet går til tiltak til fordel for brukere. Det er imidlertid uklart hva kommisjonen mener med at en slik begrensning av konkurransen må være nedfelt i en generell regulering og ikke kan gjennomføres individuelt av oppdragsgivere. Dette synspunktet synes ikke å ha grunnlag i EU-domstolens praksis, se nærmere om dette nedenfor om de konkrete rammer for adgangen. En generell regulering alene vil også potensielt være mer omfattende og mindre treffsikker enn å unnta spesifikke anskaffelser.⁹³

Kommisjonen har imidlertid pekt på at anskaffelsesregelverket også skal fremme samfunnsmessige hensyn. I sin omtale av målsettingen med det nye anskaffelsesdirektivet slår kommisjonen fast at direktivet også skal *[a]llow procurers to make better use of public procurement in support of common societal goals*, hvorav et slikt mål er *ensuring the best possible conditions for the provision of high quality social services*.⁹⁴ Et slikt formål knytter an til bruk av ideelle leverandører med lange tradisjoner innenfor sosialsektoren. Kommisjonens standpunkt støtter forståelsen av EU-retten slik at det er kompatibelt med denne i visse tilfeller å reservere en konkurranse om helse- og sosial tjenester til ideelle leverandører.

6.2 EFTAs overvåkingsorgan

EFTAs overvåkingsorgan (ESA) har også kommet til at de særskilte hensyn som gjør seg gjeldende ved helse- og sosialtjenester, medfører at konkurranser kan reserveres for ideelle leverandører. I en avgjørelse, som gjaldt det norske Barne-, ungdoms- og familiedirektoratets anskaffelse av barnevernstjenester, viste ESA til at EU-domstolen anerkjenner statenes frihet til selv å organisere sosiale tjenester, og at det dermed ikke var i strid med EU-retten å ekskludere *for-profit*-aktører fra markedet:

[U]nder the rules on the freedom of establishment EEA States are allowed to exclude commercial operators from the market for public social services and a fortiori for child care and welfare services. Therefore, the Authority concludes that, in such cases, commercial operators cannot rely on the non-discrimination obligation (...) to claim the same treatment as non-profit operators. Moreover, the difference in treatment is based on objective criteria.⁹⁵

ESA konkluderte dermed med at Oslo kommune kunne reservere kontrakter for barnevernsplasser for ideelle leverandører, uhindret av EØS-avtalens regler og etablerings- og tjenestefriheten. ESA har innledet undersøkelser i en klagesak vedrørende den norske implementeringen av anskaffelsesdirektivene og ideelle leverandører.⁹⁶ ESA har ikke konkludert i denne saken, som i stor grad omhandler unntaket for myndighetsutøvelse, se nærmere kapittel 10 nedenfor.⁹⁷

⁹³ I punkt 9.3 vises det til muligheten for å lage en robust nasjonal ordningen der myndighetene kombinere en generell regulering med en vurdering i enkeltkonkurranser/enkeltområder.

⁹⁴ 52011PC0896. Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on public procurement /* COM/2011/0896 final - 2011/0438 (COD) */.

⁹⁵ Klagesak, dokument nr. 248/10/COL s. 3 <http://www.eftasurv.int/media/public-documents/551991.pdf>

⁹⁶ Sak 77606. korrespondanse fra 27. oktober 2015 til 10. oktober 2016. Se også kapittel 10 nedenfor som gjelder unntaket for myndighetsutøvelse.

⁹⁷ Etter punkt 2.3 i mandatet faller dette unntaket utenfor utredningen.

7 Oppsummering

Dersom hensikten med det nye anskaffelsesdirektivet var å innskrenke medlemsstatenes reservasjonsadgang for ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester sammenlignet med den tidligere rettstilstanden, synes det naturlig å forvente at dette ville fremgått eksplisitt enten i direktivteksten eller i uttalelser om formålet. Gjennom de retningslinjene som EU-domstolen hadde oppstilt blant annet i *Sodemare* og *Ambulanz Glöckner*, og som er stadfestet og ytterligere konkretisert i nyere avgjørelser som *Spezzino* og *CASTA*, var medlemsstatene tilkjent en betydelig grad av frihet på dette området. Det har formodningen mot seg at medlemsstatene i sekundærlovgivningen innskrenket denne adgangen. Synspunktet forsterkes av at noen slik intensjon ikke er et uttrykt formål med det nye direktivet. Tvert imot er det uttrykt som et generelt formål å kodifisere EU-domstolens praksis og åpne for beskyttelse av sosiale formål og nasjonal organisering som bygger på et solidaritetsprinsipp. I tillegg er spørsmålet om et nasjonalt handlingsrom for en reservasjonsadgang knyttet opp til hensyn innenfor det som tradisjonelt anses som medlemstatenes eget suverene område, nemlig sosial ordninger, helse og velferd. Behovet for å ivareta spesielle hensyn innenfor disse områdene er også, som vist, i økende grad beskyttet i primærretten. På denne bakgrunn synes det samlede rettskildebildet å tale for at verken opphevingen av skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester og innføringen av *light touch-regimet* for helse- og sosialtjenester med en egen artikkel 77 om reservasjonsadgang i bestemte tilfeller, er avgjørende for tolkningen. Samlet er derfor konklusjonen at prinsippene om likebehandling og konkurranse for så vidt gjelder reservasjonsadgangen for ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester ikke er endret ved direktiv 2014/24/EU. Disse prinsippene setter imidlertid grenser for reservasjonsadgangen slik EU-domstolens praksis viser, se nærmere nedenfor.

Utredningens konklusjon på dette punktet er ikke ukontroversiell. I tillegg til at det alltid vil være en usikkerhet forbundet med en vurdering av hvordan EU-domstolen vil avgjøre konkrete tolkningsspørsmål fremover i tid, så har andre konkludert motsatt. I den svenske Velfärdsutredningen konkluderes det for eksempel med at det ikke er en reservasjonsadgang for ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester utover den adgangen som følger av direktivet selv, jf. punkt 2.3 i mandatet.⁹⁸ Det er likevel ikke helt klart hva som presist menes med dette i den svenske utredningen, for eksempel konkluderes det med at det finnes samarbeidsmuligheter der kun ideelle leverandører deltar som er kompatibelt med regelverket om offentlige anskaffelser, uten at det redegjøres presist for hvordan samarbeidet er unntatt.⁹⁹ Det fremgår også flere steder i Velfärdsutredningen at det er en mulighet til å reservere visse konkurranser til aktører som reinvesterer eventuell gevinst.¹⁰⁰ Dette er det typiske kjennetegnet ved *non-profit*-leverandører. Velfärdsutredningen synes også å ta som et utgangspunkt at det er et nasjonalt behov innenfor velferdssektoren for å ha mulighet til å samarbeide med/reservere kontrakter for ideelle leverandører utover de tilfellene som følger direkte av direktivets bestemmelser, jf. punkt 2.3 i mandatet. Det svenske konkurrensverket har i en høringsuttalelse som ellers stiller seg negativ til en del av forslagene i Velfärdsutredningen stilt seg positiv til å utnytte en reservasjonsadgang for leverandører som reinvesterer overskudd i virksomheten.¹⁰¹

8 Homogenitet mellom EU- og EØS-rett

Det kan stilles spørsmål ved om den skisserte løsningen av et tolkningsspørsmål i EU-retten, kan overføres til EØS-retten. Årsaken til det er blant annet at en rekke av kildene for løsningen av dette tolkningsspørsmålet ikke gjenfinnes i EØS. Det er gjort rede for flere traktatsendringer av betydning for tolkningsspørsmålet, samtidig som løsningen langt på vei baserer seg på forholdet mellom primærrett og

⁹⁸ Den svenske Velfärdsutredningen, kapittel 18, særlig s 547-551, med videre henvisninger til juridiske betenkninger som undertegnede ikke har hatt tilgang på. Se også s 611, punkt 21.1 i Velfärdsutredningen.

⁹⁹ Se nærmere nedenfor i kapittel 13.2, særlig om IOP.

¹⁰⁰ Se for eksempel s. 32 og 558 i utredningen og kapittel 18.1.3.

¹⁰¹ Konkursverket, 16. februar 2017, Dnr 710/2016 1 (11), s. 1 og 8

sekundærrett i EU. Ingen av endringene på primærrettsnivå i EU har en tilsvarende parallell bestemmelse i EØS som heller ikke skiller mellom primærrett og sekundærrett.¹⁰² Spezzino er illustrerende for hvilken vekt EU-domstolen legger på for eksempel de endrede primærrettsbestemmelsene om beskyttelse av helse.¹⁰³

Tolkningsspørsmålet her gjelder imidlertid sekundærrett som uten forbehold eller modifikasjoner utover de alminnelige tilpasningene er tatt inn i EØS-avtalen gjennom endring av vedlegg XVI Offentlig innkjøp.¹⁰⁴ Homogenitetsprinsippet står sterkt i EØS-retten, samtidig som en tolkning av sekundærrett som gir mindre handlefrihet for statene etter EØS-avtalen sammenlignet med stater som er medlem i EU har formodningen mot seg.¹⁰⁵ På denne bakgrunn forfølges ikke denne problemstillingen ytterligere her, men det legges til grunn at institusjoner som anvender EØS-rett, særlig EFTA-domstolen og ESA, vil legge til grunn den samme løsningen av de aktuelle tolkningsspørsmålene i EØS-retten som i EU-retten.

9 Rammene for unntaksadgangen for ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester

9.1 Innledning

Det følger av mandatet at utredningen skal inneholde en vurdering av om det er rom for å videreføre et generelt unntak, et unntak for særskilte kontrakter, eller om det kan gis unntak i enkelttilfeller etter en konkret helhetsvurdering. Dette er et spørsmål om den nasjonale implementeringen av unntaksadgangen og rammene for å reservere kontrakter til ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester. Vurderinger som inngår i den nasjonale implementeringen vil bero på en rekke forhold som ligger utenfor rammene for en utredning om handlingsrom, for eksempel knyttet til de enkelte formene for helse- og sosialtjenester, nasjonale tradisjoner, kultur, erfaringer, politiske prioriteringer osv. En vurdering av handlingsrom vil være på et mer overordnet nivå.

Gjennomgangen over viser at rettstilstanden ikke er klar for så vidt gjelder rammene for unntaksadgangen der det offentlige anskaffer helse- og sosialtjenester fra ideelle leverandører. Basert på EU-domstolens praksis er det imidlertid mulig å gi enkelte føringer for i hvilke tilfeller unntaksadgangen sannsynligvis vil komme til anvendelse, herunder momenter som vil styrke robustheten av den nasjonale ordningen. Presise svar er det imidlertid ikke mulig å gi basert på de rettskildene som foreligger.

Generelt har EU-domstolen i en rekke saker fremhevet at unntaksregler skal tolkes restriktivt. Som påpekt av Arrowsmith gjelder imidlertid ikke det alltid, og hun viser til eksempler på unntak fra anskaffelsesregelverket der EU-domstolen har valgt en mer balansert tilnærming ved at fordeler og ulemper veies åpent i tolkningen.¹⁰⁶ Det følger dessuten av fortalen i premiss 4 i direktiv 2014/24/EU at det er behov for fleksibilitet basert på den økende variasjonen mellom de ulike måtene det offentlige velger å organisere sitt tjenestetilbud.

¹⁰² Det er ulike oppfatninger i teorien og hvilken betydning det manglende skille mellom primærrett og sekundærrett egentlig har i EØS, jf. homogenitetsprinsippet. Se diskusjoner i EFTA Court [2014] The EEA and the EFTA Court – Decentred Integration.

¹⁰³ Sak C-113/13 Spezzino, premiss 54-59, se også omtale av dette i D. McGowan [2015] Does the reservation of ambulance services to voluntary organisations on a cost reimbursement basis give rise to a public service contract? Public Procurement Law Review (2015) 3, punkt 3, se også R. Caranta [2016] After Spezzino (Case-C-113/13): A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector, European Procurement & Public Private Partnership Law Review (2016) 1 s. 14-21, s. 17.

¹⁰⁴ Se beslutning fra EEA Joint Committee No 97/2016 29. april 2016 som endrer vedlegg XVI til EØS-avtalen.

¹⁰⁵ Se også mer generelt om denne problemstillingen i K. Floestad (2016) Associated, Adapted and (almost) Assimilated. The European Economic Area Agreement in a revised EU constitutional framework for welfare services, Ph.D., European University Institute.

¹⁰⁶ S. Arrowsmith [2014] The law of public and utilities procurement, s. 476-477.

9.2 Prinsippet om konkurranse/direktetildeling

Unntaksadgangen tar utgangspunkt i statenes frihet til selv å utforme velferdsordninger, herunder hvordan slike ordninger skal organiseres og finansieres mest effektivt. Det er ikke tvilsomt at statene selv avgjør om velferdsordninger skal leveres helt eller delvis gjennom bruk av markedet. Statene står dermed fritt til selv å levere alle slike tjenester uavhengig av EU-retten. Det er med andre ord ingen plikt til å konkurranseutsette noen tjenester. Når tjenester konkurranseutsettes må imidlertid EU-retten respekteres. Men for helse- og sosialtjenester har EU-domstolen bygget på at det ligger innenfor den nasjonale handlefriheten å avgrense enkelte slike privatutsatt tjenesteleveranse til ideelle leverandører.¹⁰⁷ I den sentrale avgjørelsen om dette var det av betydning for EU-domstolen at en slik avgrensning ikke var begrenset til nasjonale aktører.¹⁰⁸ Dette taler for at reservasjonsadgangen i den nasjonale ordningen utformes slik at direktetildeling unngås, og at det alltid åpnes for konkurranse mellom ideelle leverandører på tvers av landegrensene i EØS.

Basert på de nyere avgjørelsene i Spezzino og CASTA kan det ikke konkluderes med at en direktetildeling alltid vil være uforenlig med EU-rettens krav. Basert på artikkel 10 bokstav h i direktivet synes imidlertid den mest robuste nasjonal ordningen å være at direktetildelinger begrenses til beredskapstjenestene. Dette synes også å være forståelsen av avgjørelsene i teorien.¹⁰⁹

9.3 Sammenheng mellom leverandørens ideelle karakter og kvaliteten på ytelsen - konkretisert vurdering

Praksis fra EU-domstolen viser at et vilkår for at konkurransebegrensende tiltak skal tillates, er at det er en sammenheng mellom ideelle leverandører og realiseringen av de sosiale formålene, samt at det foreligger såkalt *budgetary efficiency*. Domstolen har understreket at reservasjonsadgangen forutsetter at den rettslige rammen for kontraktene bidrar til en realisering av tjenestenes sosiale formål. Dette ble slått fast i C-113/13 Spezzino, og har senere blitt gjentatt av EU-domstolen i sak C-50/14 Casta.¹¹⁰ En forutsetning for å kunne foreta en slik reservasjon er at ideelle leverandører bidrar til en realisering av de sosiale formålene med ytelsen. Med andre ord er det sentralt å vurdere en positiv sammenheng mellom leverandørens ideelle karakter og tjenesteytelsens kvalitet og *budgetary efficiency*.¹¹¹

Unntaksadgangen følger ikke av ordlyden i en konkret bestemmelse i direktivet, og den er heller ikke lett å avgrense generelt. Utgangspunktet for unntaket synes imidlertid å kunne ivaretas ved at oppdragsgiver gjennomfører en konkretisert helhetsvurdering av den enkelte anskaffelse. Det synes dermed tvilsomt om det er hensiktsmessig å forsøke å gjennomføre denne unntaksadgangen *bare* ved å utforme generelle bestemmelser i nasjonal rett.¹¹² Det kan imidlertid ikke utelukkes at vilkårene kan være oppfylt også ved en mer generell nasjonal regulering alene, for eksempel der en kategori helse- og sosialtjenester avgrenses for ideelle leverandører med en konkretisert begrunnelse. Momenter som kan inngå i en slik begrunnelse kan være at hele befolkningen skal ha lik tilgang på tjenesten, uavhengig av geografi og økonomi, at ideelle leverandører antas å være bedre egnet til å levere en konkret tjeneste/tjenestekategori og hvorfor, samt for eksempel mulige kvalitetsgevinster av at overskudd skal reinvesteres og dermed tilbakeføres til brukere av tjenesten.

¹⁰⁷ Sak C-70/95 Sodemare.

¹⁰⁸ Sak C-70/95 Sodemare.

¹⁰⁹ P. Telles [2016] The Impact of the Spezzino Judgment for Third Sector Organisation, European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 1. utgave, s. 22-30, s. 26-27.

¹¹⁰ Sak C-113/13, premiss 60.

¹¹¹ I litteraturen skilles det mellom 1) the social purpose, 2) the pursuit of the objectives of the good of the community og 3) budgetary efficiency, se P. Telles [2016] The Impact of the Spezzino Judgment for Third Sector Organisation, European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 1. utgave s. 22-30, s. 24-25.

¹¹² Slike generelle bestemmelser på et område, f.eks for en tjenestekategori i kombinasjon med en konkretisert vurdering ifm en anskaffelse vil imidlertid gjøre den nasjonale ordningen med robust EØS-rettslig.

Kravet om en sammenheng mellom leverandørens ideelle karakter og ytelsens kvalitet, samt *budgetary efficiency* er ikke klart. Et moment som vil styrke den nasjonale ordningen er om oppdragsgiver gjør denne vurderingen i anskaffelsesprosessens innledende fase. Oppdragsgivers begrunnelse for å reservere konkurransen kan derfor utgjøre en viktig del av grunnlaget for konkurransen, og bør bygge på de samme prinsipper som EU-domstolen har oppstilt. Slik vil det sikres at reserveringen bygger på en helhetlig vurdering av de momentene som er nevnt over.¹¹³

Når det gjelder mulige sentrale grep, synes det mest relevant å utforme en veileder som detaljert gjennomgår de hensynene som oppdragsgiver kan benytte på de enkelte områdene og som viser hvilket handlingsrom det er for enkelte typetilfeller. En slik veileder kan ta utgangspunkt i bestemte helse- og sosialtjenester, se på nasjonale tradisjoner og erfaringer for denne tjenesteleveransen, samt ta utgangspunkt i politiske prioriteringer. I en slik veileder kan også en nærmere konkretisering av kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og kontraktskrav for anskaffelser som faller innenfor artikkel 76 beskrives. I mange tilfeller vil utformingen av slike krav og kriterier langt på vei ivareta det samme hensynet som det å reservere konkurransen til ideelle leverandører.

Som fremhevet i punkt 6.1 er det ikke holdepunkter i EU-domstolens praksis for at EU/EØS-retten krever en generell nasjonal regulering.¹¹⁴ En generell nasjonal regulering i tillegg til en konkretisert helhetsvurdering av oppdragsgivere vil imidlertid kunne bidra til en mer robust nasjonal ordning. En slik løsning vil samsvare i hvert fall til en viss grad med kommisjonens anbefalinger.¹¹⁵ Den vil også være likere de tilfellene som ble behandlet av EU-domstolen i Sodemare- og Ambulanz Glöckner-sakene. Ett av formålene med anbefalingen fra kommisjonen om en generell regulering der nasjonale myndigheter på et område eller for en tjeneste eller for særskilte kontrakter, har vurdert og begrunnet at leveranser skal avgrenses til ideelle leverandører, er sannsynligvis at det letter etterprøvingen for EU/EFTA-institusjonene sammenlignet med etterprøvingen av nasjonale ordninger som kun bygger på oppdragsgiveres vurderinger i konkrete konkurranser. Spørsmålet for slike nasjonale reguleringer er i første rekke om de er lovlige restriksjoner på fri bevegelse.

Det er ikke holdepunkter for at EU-retten begrenser unntaksadgangen innenfor området helse- og sosialtjenester til kun å omfatte enkelte slike tjenester, for eksempel slik at det bare er reservasjonsadgang for akutte ambulansetjenester. Unntaksadgang foreligger sannsynligvis også for andre tjenester der de samme hensyn gjør seg gjeldende som vist i gjennomgangen av praksis fra EU-domstolen. Karakteren av den enkelte helse- og sosialtjeneste vil imidlertid ha betydning for handlingsrommet og vil utgjøre en sentral del av den konkretiserte begrunnelsen enten denne gjøres ved en generell nasjonal regulering, av den enkelte oppdragsgiver i en konkurranse eller i en kombinasjon av disse.¹¹⁶

9.4 Krav til virksomheten - ideelle leverandører og kommersielle aktiviteter

EU-domstolen har både i sak C-113/13 Spezzino og i sak C-50/14 Casta avgrenset reservasjonsadgangen slik at de aktuelle leverandørene av helse- og sosialtjenester bare i begrenset grad kan utføre kommersielle aktiviteter.¹¹⁷ En robust nasjonal ordningen bør ivareta de kravene EU-

¹¹³ Se mer om dette i også masteroppgave UiO; Myke anskaffelser og ideelle leverandører, punkt 3.3.4.

¹¹⁴ Se punkt 6.1.

¹¹⁵ Se Commission staff working document (2013), s. 95 punkt 209 som refererer til *national law regulating a particular activity might, in exceptional circumstances, provide for restricted access to certain services for the benefit of non-profit organisations*.

¹¹⁶ For eksempel slik som SUCH-saken, se nedenfor kapittel 11.4. viser. Det kan stilles spørsmål ved om EU-domstolen ville konkludert på samme måte dersom den aktuelle tjenesten hadde vært mer i kjernen av velferdstjenester og ikke en ordinær tjeneste som levering av mat på sykehus.

¹¹⁷ Spezzino, C-113/13 premiss 61, CASTA, C-50/14, premiss 73-79.

domstolen oppstiller selv om disse kravene er uttalt i en sak om direktetildeling. EU-domstolen fremhever spesifikke forpliktelser for medlemsstatene særlig i CASTA-saken for å avgrense ideelle leverandørers aktiviteter i det kommersielle markedet. Det fremheves i avgjørelsen at medlemsstatene

*must establish, in that regard, precise limits, expressed as a percentage of the activity or resources of those association.*¹¹⁸

EU-domstolen fremhever videre at

*it is for the national legislature which, while allowing public authorities to use voluntary associations to carry out certain tasks, opted to allow those associations to pursue a commercial activity on the market, to decide whether it is preferable to regulate that activity by establishing a numerical limit or by otherwise defining that activity.*¹¹⁹

Rammene for slik virksomhet er med andre snevre. EU-domstolen uttaler at

*(i)t follows that any commercial activity carried out by such associations on the market must be marginal and support the pursuit of their voluntary activity.*¹²⁰

Hva som nærmere ligger i disse kravene er også analysert i litteraturen.¹²¹

¹¹⁸ CASTA, C-50/14, premiss 73 og 74 med videre henvisninger til C-305/08 CoNISMa.

¹¹⁹ CASTA, C-50/14, premiss 76

¹²⁰ CASTA, C-50/14, premiss 78

¹²¹ A. Brown. [2016] The direct award of ambulance services to voluntary organisations in Italy, revisited: case C-50/14 CASTA, Public Procurement Law Review, 3. utgave NA72-76, under punktet The Court's answer to the third question.

PUNKT 2

10 Innledning

Det følger av mandatet at utredningen skal inneholde:

En redegjørelse for ulike former for samarbeid mellom det offentlige og ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester som ikke faller inn under nytt anskaffelsesregelverk, herunder:

- a. Om artikkel 12 i direktiv 2014/24 EU kan komme til anvendelse. Bestemmelsens regulering av såkalt utvidet egenregi og dansk praksis knyttet til "selvejende stiftelser" må vurderes.
- b. En generell beskrivelse av muligheten for å benytte tilskudd til helse- og sosialtjenester for å finansiere privatdrevne tjenestetilbud, fremfor å anskaffe slike tjenester. Det skal i denne sammenheng ikke foretas en støtterettslig utredning, men fokuseres på i hvilke tilfeller de ulike reglene får anvendelse. Det skal gjøres rede for relevante momenter ved vurderingen av hvorvidt anskaffelsesreglene eller tilskuddsreglene kommer til anvendelse, og for hvilke konsekvenser valget om å gjennomføre en anskaffelse eller tildele et tilskudd vil ha for blant annet oppdragsgivers kontroll med tjenesten.

I stedet for å anskaffe helse- og sosialtjenester etter reglene i direktiv 2014/24/EU, har oppdragsgiver muligheten til å organisere leveringen av disse tjenestene på en slik måte at det faller utenfor anvendelsesområdet for regelverket. Som nevnt innledningsvis kommer ikke direktivet til anvendelse dersom det ikke foreligger økonomisk aktivitet. Det kan ikke utelukkes at ideelle leverandører kan bli ansett som ikke-økonomiske aktører dersom deres tjenester ikke tilbys på et marked. Om den ideelle aktøren opptrer på et marked må avgjøres ut fra en konkret vurdering av den enkelte tjenesten og den enkelte leverandøren.¹²² Dersom tjenesten leveres mot en godtgjørelse, vil den i utgangspunktet måtte anses for å bli tilbudt i et marked.¹²³

Tildeling av tjenestekonsesjoner faller utenfor anvendelsesområdet for direktiv 2014/24/EU.¹²⁴ EU-domstolen har imidlertid flere ganger lagt til grunn at også for tjenestekonsesjoner må de grunnleggende prinsippene for EUs indre marked overholdes. Disse prinsippene er nå nedfelt og konkretisert i direktiv 2014/23/EU om tjenestekonsesjoner. En tjenestekonsesjon kan for eksempel brukes innenfor en autorisasjonsordning ved fritt brukervalg for helse- og sosialtjenestene. Det sentrale ved en tjenestekonsesjon sammenlignet med et offentlig kjøp er at leverandører har etterspørselsrisikoen. Det betyr at det offentlige ikke kan garantere et minstevolum eller at leverandøren ikke kan motta et fast beløp fra det offentlige som betales uavhengig av om leverandøren klarer å skaffe seg brukere.¹²⁵

I sak C-410/14 Falk Pharma har EU-domstolen vurdert spørsmålet om det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt med et system der avtale inngås med alle som fyller forhåndsbestemte vilkår uten at det skjer et valg mellom leverandørene. Foretakene hadde etter den tyske sykeforsikringskasseordningen mulighet til å slutte seg til systemet under hele dets levetid. Domstolen fant at dette ikke var en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand.

¹²² Undertegnede kjenner ikke til en sak fra EU- eller EFTA-domstolen der helse- og sosialtjenester fra ideelle leverandører er blitt ansett som ikke-økonomisk aktivitet i EU/EØS-rettens forstand, se punkt 1.4.

¹²³ C. C. Eriksen [2015] Kommuner og egenregi. Regler om egenregi: Anskaffelsesrettslig ramme for organisering av kommunal virksomhet og det offentlige samarbeid med ideelle organisasjoner i velferdssektoren, s. 40 med videre henvisninger til J. Wiggen [2013] Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor: Kontraktsbegrepets grenser, s. 72 og note 196. Se også den svenske Valfärdsutredningen kapittel 8 om at velferden er ikke et vanlig marked.

¹²⁴ Se fortalen premiss 11.

¹²⁵ Om forholdet mellom tjenestekonsesjoner, fritt brukervalg og rammeavtaler for pleie- og omsorgstjenester, se Utredning på oppdrag fra Kommunenes sentralforbund, advokatfirma Kluge.

Anskaffelsesreglene kommer heller ikke til anvendelse på virksomhet som innebærer utøvelse av offentlig myndighet, jf. artikkel 51 og 62 TEUV/artikkel 32 og 39 EØS. Unntaket for utøvelse av offentlig myndighet ble behandlet i en nasjonal sak i Norge ved en avgjørelse fra Oslo byfogdembete 22. september 2016. Denne saken gjaldt Oslo kommunes utlysning av konkurranse om plasser i barnevernsinstitusjoner.¹²⁶ Konkurransen var reservert til ideelle leverandører. Syv private kommersielle barnevernsinstitusjoner gikk til sak og krevde at konkurransen ble stanset ved midlertidig forføyning. Retten skulle ta stilling til om EØS-retten innebar at denne konkurransen ikke kunne avgrenses til ideelle leverandører. Retten fant at de aktuelle barnevernstjenestene innebar utøvelse av offentlig myndighet. All den tid tjenester som består i å levere institusjonsplasser for barn er offentlig myndighetsutøvelse, jf. EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32, får anskaffelsesreglene ikke anvendelse på eventuelle anskaffelser av disse tjenestene.¹²⁷ Retten trengte derfor ikke ta stilling til om det å ekskludere kommersielle tilbydere fra konkurransen var i strid med de EU-rettslige reglene om etableringsfrihet og fri adgang til å yte tjenester.¹²⁸

I det videre skal unntakene fra anvendelsesområdet for regelverket om offentlige anskaffelser knyttet til egenregi og tilskudd omtales nærmere. I begge disse tilfellene foreligger ikke det grunnleggende vilkåret for anvendelsen av regelverket om offentlige anskaffelser om en gjensidig bebyrdende kontrakt. Omtalen av dansk praksis vedrørende *selvejende stiftelser* er behandlet under punkt 3 i kapittel 14.2.

11 Utvidet egenregi

11.1 Innledning

Spørsmålet som skal vurderes er om bestemmelsene i anskaffelsesdirektivets artikkel 12 kan komme til anvendelse på offentlige myndigheters inngåelse av tjenesteytende samarbeid med ideelle organisasjoner, med den følge at samarbeidet er unntatt fra anskaffelsesregelverket som såkalt utvidet egenregi. Det er opplyst fra Nærings- og handelsdepartementet at det i Norge i dag ikke er praksis for å benytte ideelle aktører som utvidet egenregi, i motsetning til hva som er tilfellet i Danmark, se nærmere punkt 14.2 nedenfor.

Avtaler om utføring av helse- og sosialtjenester fra ideelle leverandører for det offentlige, omfattes i utgangspunktet av anskaffelsesregelverket. Forutsatt at avtalene er gjensidig bebyrdende, at det foreligger økonomisk aktivitet, at det ikke gjelder utøvelse av offentlig myndighet, og at omfanget av avtalene overstiger de relevante terskelverdiene, skal avtalene som hovedregel tildeles etter nærmere bestemte prosedyrer. Det kan likevel gjøres unntak fra dette utgangspunktet dersom vilkårene for såkalt utvidet egenregi er oppfylt.

Unntak fra anskaffelsesregelverket har utviklet seg gjennom EU-domstolens praksis, og er kodifisert i anskaffelsesdirektivet artikkel 12 som gjelder:

Public contracts between entities within the public sector.

I punkt 1, første ledd slås det fast at en kontrakt mellom offentlige myndigheter og en annen juridisk person, på visse betingelser, faller utenfor anvendelsesområdet for anskaffelsesdirektivet

¹²⁶ 16-126305TVI-OBYF, Oslo byfogdembete, avgjørelsen ble rettskraftig 26. oktober 2016, se også KOFA sak 2010/364 Bufetat Region Øst.

¹²⁷ Se EU-domstolen sak C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland. premiss 73 og 74.

¹²⁸ ESA har bedt norske myndigheter om informasjon vedrørende en klage om at kommersielle aktører diskrimineres ved enkelte anskaffelser av barneverntjenester. Utfallet av denne brevutvekslingen er ikke klart i skrivende stund, se brev 8. september 2016 fra ESA og svarbrev 10. oktober fra NFD, Case No: 77606. Se ovenfor under punkt 6.2.

A public contract awarded by a contracting authority to a legal person governed by private or public law shall fall outside the scope of this Directive.

En nærmere definisjon av partene i bestemmelsen fremgår av anskaffelsesdirektivet artikkel 2.¹²⁹

Contracting authorities means the State, regional or local authorities, bodies governed by public law or associations formed by one or more such authorities or one or more such bodies governed by public law.

bodies governed by public law' means bodies that have all of the following characteristics:

they are established for the specific purpose of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character

they have legal personality; and

they are financed, for the most part, by the State, regional or local authorities, or by other bodies governed by public law; or are subject to management supervision by those authorities or bodies; or have an administrative, managerial or supervisory board, more than half of whose members are appointed by the State, regional or local authorities, or by other bodies governed by public law;

Både det faktum at det i artikkel 12s tittel vises til samarbeid innenfor offentlig sektor, og også det som fremgår av definisjonen av partene i samarbeidet, kan indikere at det her dreier seg om avtaler hvor begge parter tilhører offentlig sektor.

Også i kommisjonens omtale av unntaksbestemmelsen i det nye anskaffelsesdirektivet, vises det til samarbeid mellom *public authorities*. Det pekes riktignok på en del juridisk usikkerhet knyttet til tolkningen av angjeldende unntaksbestemmelse, både hva gjelder EU-domstolens rettspraksis og blant medlemslandene. Dette synes imidlertid i liten grad å gjelde partene som sådan, idet kommisjonen viser til *considerable legal uncertainty as to how far cooperation between public authorities should be covered by public procurement rules*.¹³⁰

Unntaksbestemmelsen har blitt utviklet gjennom EU-domstolens praksis. Spørsmålet for domstolen har i disse sakene i hovedsak vært å vurdere, og ofte videreutvikle, hvilke krav som må være innfridd dersom offentlige myndigheter, i utføringen av sine pålagte samfunnsoppgaver, inngår tjenesteytende avtaler med andre juridiske personer. Disse sakene har, som også vist til av kommisjonen, i liten grad dreid seg om partene som sådan, men har i stor grad vært opptatt av hvorvidt den ordregivende offentlige myndighet har hatt den nødvendige kontroll over den tjenesteytende juridiske personen.

Kontrollkravet er slått fast i artikkel 12, punkt 1, første ledd bokstav a:

The contracting authority exercises over the legal person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments.

Denne bestemmelsen er nærmere presisert i andre ledd, hvor det fremgår at for å kunne utøve en kontroll som tilsvarer den man har over egne tjenesteenheter, må offentlige myndigheter kunne

¹²⁹ Artikkel 2. 1 (1) og (4).

¹³⁰ 52011PC0896. Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on public procurement /* COM/2011/0896 final - 2011/0438 (COD) */.

[e]xercise a decisive influence over both strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person.

Anskaffelsesdirektivet opererer med ytterligere to krav. Det gjelder for det første krav til omfanget av den tjenesten den tjenesteytende juridiske person yter i forhold til angjeldende offentlig myndighet. I første ledd bokstav b slås det fast at

[m]ore than 80 % of the activities of the controlled legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authority or by other legal persons controlled by that contracting authority.

Det er også et krav knyttet til at det ikke må være privat kapital i den tjenesteytende juridiske personen, i det første ledd bokstav c krever at

there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national not legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

EU-domstolen har uttalt at kontrollkriteriet ikke vil være oppfylt selv om privat kapital kun dreier seg om en minoritetsandel.¹³¹

Det følger dermed av direktivet at det er tre vilkår for at en aktør skal kunne benyttes i utvidet egenregi. For det første må oppdragsgiver utøve en kontroll over leverandøren som tilsvarer oppdragsgivers kontroll over egne avdelinger (artikkel 12 punkt 1 bokstav a, kontrollkravet). For det andre må minst 80 % av leverandørens omsetning være knyttet til den offentlige oppdragsgiveren (artikkel 12 punkt 1 bokstav b, aktivitetskravet). For det tredje kan det ikke være noen direkte privat kapitalandel i den kontrollerte juridiske person med unntak for ikke-kontrollerende eller ikke-blokkerende former for privat kapitalandel i henhold til traktatene (artikkel 12 punkt 1 bokstav c).

11.2 Kontroll over ideelle leverandører

Kontrollkravet ble første gang slått fast i Teckal-dommen¹³², hvor EU-domstolen gir uttrykk for at den ordregivende myndighets kontroll over den tjenesteytende enheten må være *similar to that which it exercises over its own department*.

Kontrollkriteriet er senere presisert av EU-domstolen ved at kontrollen over den juridiske personen må gi ordregivende myndighet *authority to influence that company's decisions*,¹³³ og at kontrollen må innebære *a power of decisive influence*,¹³⁴ over den tjenesteytende juridiske personen. Det betyr at kontrollkriteriet ikke er innfridd dersom den tjenesteytende juridiske personen selv *has the power to carry out all acts which it considers necessary for the attainment of the company's objective*.¹³⁵

¹³¹ Sak C-26/03, Stadt Halle, premiss 49.

¹³² Sak C-107/98, Teckal.

¹³³ Sak C-340/04, Cabotermo, premiss 36.

¹³⁴ Sak C-458/03, Parking Brixen, premiss 65.

¹³⁵ Sak C-458/03, Parking Brixen, premiss 68.

EU-domstolen viser for øvrig til at det i kontrollvurderingen skal tas hensyn til *all the legislative provisions and relevant circumstances*.¹³⁶ Det følger av dette at den tjenesteytende juridiske personen må være underlagt en type kontroll *which enables the concession-granting public authority to influence that entity's decisions*. Det vil si at det dreier seg om et kontrollbegrep som går lenger enn for eksempel selskapsretten, i det man må ta hensyn til stiftelsesdokumenter, stemmerettsregler, policydokumenter etc.

EU-domstolen går også videre til å peke på hva som kan være relevante faktorer i en kontrollprosess, slik som *the holding of capital by the concessionaire, the composition of its decision-making bodies, and the extent of the powers conferred on its governing council*.¹³⁷

Oppsummert i henhold til EU-domstolens praksis, synes sentrale faktor i vurderingen å være eierskap, besluttende myndighet i enhetens ledende organer, samt innflytelse over, og tilsyn med, enhetens virksomhet.

FAD har i en veiledning som blant annet berører kontrollkriteriet ved utvidet egenregi, uttalt at *[o]rganisasjonsmodellen for oppdragstakers virksomhet kan være et relevant moment i vurderingen av om kriteriet er oppfylt*.¹³⁸ Departementet viser i veiledningen til at kommuneloven § 27 åpner for interkommunalt samarbeid mellom kommuner og fylkeskommuner, og slår i den sammenhengen fast at samarbeid etter denne bestemmelsen normalt vil oppfylle kravene til kontroll. Hva gjelder interkommunale selskaper gir disse eierkommunene, ifølge veiledningen, større muligheter for styring og kontroll enn for aksjeselskaper, idet det for sistnevnte forutsettes at oppdragsgiver har en innflytelse som går ut over det å ha majoritetsandel.

Departementet viser også til det ikke kan utelukkes at kontrollkriteriet kan være oppfylt for stiftelser, som kan være en organisasjonsform for ideelle leverandører, selv om kjennetegnet på stiftelser er at de *eier seg selv*. Forutsetningen er at offentlige myndigheter kan utøve kontroll over stiftelsens beslutninger, noe som, ifølge veiledningen, kan skje gjennom representasjon i styret, bidrag til stiftelsens drift og formålsoppfyllelse.

FAD har vurdert spørsmålet om myndighetenes kontroll over en konkret stiftelse PETRAD tilfredsstilte kontrollkriteriet og gjennom uttalelsen belyst prinsipielle spørsmål om forholdet mellom anskaffelsesreglene og stiftelser.¹³⁹ Et poeng her er at på bakgrunn av at stiftelser er selveiende, kan offentlige myndigheter ikke utøve eierskap, men de kan ha full kontroll med sammensetningen av styret. Dette blir vurdert til å være relevant, men ikke tilstrekkelig, for oppfyllelsen av kontrollkriteriet.¹⁴⁰

Eriksen peker i sin rapport om Kommuner og egenregi på den myndigheten som er gitt stiftelsens styre, både i henhold til stiftelsens egne vedtekter og i henhold til stiftelsesloven. I henhold til stiftelsesloven har et stiftelsesstyre betydelig myndighet og selvstendighet. Det fremgår av stiftelsesloven § 6 at *[s]tyret er stiftelsens høyeste myndighet*, og at det er styret som tar *alle nødvendige skritt for en tilfredsstillende forberedelse og gjennomføring av stiftelsens aktiviteter*. Styret ble vurdert til fritt å treffe beslutninger

¹³⁶ Sak C-458/03, Parking Brixen, premiss 65.

¹³⁷ Sak, C-324/07, Coditel, premiss 28-29.

¹³⁸ FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser, Oslo 2013, s. 33.

¹³⁹ Om stiftelsen PETRAD.

¹⁴⁰ Se analysen av FADs uttalelse i C. C. Eriksen [2015] Kommuner og egenregi. Regler om egenregi: Anskaffelsesrettslig ramme for organisering av kommunal virksomhet og det offentliges samarbeid med ideelle organisasjoner i velferdssektoren.

om strategiske målsettinger innenfor vedtektenes formålsbestemmelser. På bakgrunn av det som fremgår tidligere om kontrollkravet vil selvbestemmelse og uavhengighet i den tjenesteytende juridiske person nettopp være faktorer som ikke bidrar til å fremme oppfyllelse av kontrollkravet.

I den aktuelle saken om stiftelsen PETRAD, ble det konkludert med at det offentliges kontroll med stiftelsen *trolig er tilstrekkelig for å oppfylle egenregiinntakets kontrollkriterium*.¹⁴¹ Begrunnelsen for å komme til denne konklusjonen var at ordlyden i vedtektene ikke var i samsvar med faktisk virksomhet. Det ble også vist til at offentlige myndigheter kunne utøve kontroll gjennom å knytte vilkår til tilskudd og kjøp av tjenester. Det offentlige benyttet denne kontrollmuligheten aktivt, sammen med en rett til å utnevne styremedlemmer og til utforming av vedtektene. Dette ble vurdert til å gi meget stor innflytelse både over hvilke prosjekter stiftelsen skulle påta seg og på hvordan de skulle gjennomføres.

Det er ikke opplagt at man kan konkludere med at den kontrollen som her ble utøvet lå innenfor kontrollkravet i EUs anskaffelsesregelverk. Men det ble vist til at faktorer som at det klart fremgår av vedtektene at stiftelsen ikke skal drive næringsvirksomhet, men kun allmenne formål, og at stiftelsens virksomhet skal ligge innenfor et område hvor den offentlige oppdragsgiver har myndighet, bidro til en styrking av den offentlige oppdragsgiverens kontroll. Dersom vedtektene i tillegg hadde gitt oppdragsgivende myndighet rett til å utpeke styrets medlemmer, og å godkjenne vedtektsendringer, samt at vedtektene hadde gitt uttrykk for at overskudd ved en eventuell avvikling skal tilfalle oppdragsgiver, konkluderer Eriksen med at offentlig oppdragsgiver *vil ha så stor kontroll med stiftelsen at det er mulig at kontrollvilkåret vil anses som oppfylt*.¹⁴²

Hvorvidt kontrollkriteriet er oppfylt, må vurderes konkret, og det er en rekke ulike momenter som vil være relevante å ta i betraktning. Organisasjonsformen har betydning for om det offentlige anses for å ha tilstrekkelig kontroll. Når det gjelder ideelle leverandører organisert som stiftelser, skal disse være uavhengige, og kan i utgangspunktet ikke kontrolleres av noen, heller ikke av det offentlige, jf. stiftelsesloven § 3. Likevel har det som vist vært lagt til grunn at det ikke kan utelukkes at stiftelser vil kunne bli ansett for å være underlagt en offentlig oppdragsgivers kontroll.

Det har vært hevdet av danske konkurransemyndigheter at det følger av EU-domstolens praksis at det ikke er en nødvendig forutsetning for at kontrollvilkåret skal være oppfylt, at den offentlige oppdragsgiver eier den kontrollerte virksomheten, og at regler om utvidet egenregi kan anvendes på selveiende institusjoner (som har likhetstrekk med norske stiftelser).¹⁴³ Eierskap er et viktig moment for å avgjøre om kontrollkriteriet er oppfylt, men spørsmålet er om det er en nødvendig forutsetning i EU-domstolens praksis. Danske konkurransemyndigheter har hevdet at når det gjelder ideelle organisasjoner, vil vurdering av om kontrollvilkåret er oppfylt, kunne omfatte blant annet karakteren av organisasjonens virksomhet, kontroll over kommersielle disposisjoner, budsjettforhold, disposisjoner, fastsettelse av strategi, kompetanse til å ansette medarbeidere mv., omfanget av offentlig tilsyn, myndighet til å ansette og avskjedige styret og daglig ledelse, og virksomhetsområde.¹⁴⁴

FAD har i sin veileder til anskaffelsesreglene lagt til grunn at det ikke kan utelukkes at stiftelser kan oppfylle kontrollvilkåret *når det offentlige på annen måte kan sies å utøve kontroll over stiftelsens*

¹⁴¹ FADs Fortolkningsuttalelse 9. september 2010 fra, s. 11.

¹⁴² C. C. Eriksen, s. 50.

¹⁴³ Se nedenfor om danske stiftelser.

¹⁴⁴ Konkurrencestyrelsen vejledende udtalelse, 2010.

*beslutninger, typisk gjennom representasjon i styret eller bidrag til stiftelsens drift og formålsoppfyllelse.*¹⁴⁵

Eriksen konkluderer med at det offentlige etter omstendighetene kan utøve kontroll over ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester, som tilsvarer den kontrollen det offentlige har med sin egen virksomhet. Etter hans syn er det mulig at en offentlig oppdragsgiver vil bli ansett for å ha kontroll over en ideell stiftelse som utfører tjenester for en offentlig oppdragsgiver dersom oppdragsgiveren gjennom avtaler med stiftelsen også utøver kontroll over stiftelsen, blant annet ved å knytte vilkår til kjøp av tjenester, og at følgende fremgår av stiftelsens vedtekter:

- oppdragsgiver har myndighet til å utpeke styrets medlemmer,
- oppdragsgiver har myndighet til å godkjenne vedtektsendringer,
- overskudd ved en eventuell avvikling skal tilfalle oppdragsgiver,
- det er helt klart at stiftelsen ikke skal drive med næringsvirksomhet, men i stedet forfølge allmenne formål, og
- området for stiftelsens virksomhet er begrenset til det området hvor oppdragsgiver har myndighet.¹⁴⁶

Selv om det etter omstendighetene er mulig å oppfylle kontrollkravet vil imidlertid andre krav vanskeliggjøre bruk av denne bestemmelsen, se redegjørelsen nedenfor, særlig punkt 11.4.

11.3 Aktivitetskravet for ideelle leverandører

EU-domstolen har, ved vurderingen av om aktivitetsvilkåret er oppfylt, krevet at oppdragstaker kun kan ha marginal aktivitet til fordel for andre enn det offentlige. Ved vurderingen av om aktivitetskriteriet er oppfylt, skal mere enn 80 % av den kontrollerte virksomhetens aktiviteter utføres i forbindelse med gjennomføringen av oppgaver som er betrodd den ideelle leverandøren av den kontrollerende offentlige oppdragsgiver, eller av andre juridiske personer som kontrolleres av den offentlige oppdragsgiver. Videre er det klart at det ved beregningen av hva som utgjør 80 % aktivitet, skal tas hensyn til den gjennomsnittlige samlede omsetning eller et hensiktsmessig alternativt aktivitetsbasert mål i inntil tre år forut for kontraktstildelingen. Ved vurderingen av hva som skal anses som relevant aktivitet, har flere momenter blitt tatt i betraktning. Aktivitetskriteriet vil imidlertid kunne være oppfylt allerede ved at den ideelle leverandøren stort sett utfører tjenester for den eller de offentlige oppdragsgivere som kontrollerer den.

Hvorvidt en ideell leverandør oppfyller aktivitetskriteriet, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Etter EU-domstolens praksis kan det ikke ha betydning for spørsmålet om aktivitetsvilkåret er oppfylt, om den ideelle leverandøren utfører en tjeneste som oppdragsgiver er pålagt å levere gjennom lov, forskrift eller instruks, eller om det er tale om en tjeneste som oppdragsgivere kan velge å levere etter eget skjønn. Det avgjørende for om aktivitetsvilkåret er oppfylt, må, som hevdet av Janicke Wiggen, være om ytelsen, herunder også velferdstjenesten, *presteres etter anmodning fra oppdragsgiver – ikke hvorfor oppdragsgiver eventuelt ønsker ytelsen prestert.*¹⁴⁷

¹⁴⁵ FADs Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, oppdatert 2013 s.33.

¹⁴⁶ C.C. Eriksen s. 50-51.

¹⁴⁷ J. Wiggen s. 141.

11.4 Vilkår om privat kapital og ideelle leverandører

Vilkåret om privat kapital i artikkel 12 punkt1 bokstav c er en kodifisering av vilkåret for utvidet egenregi som ble presisert av EU-domstolen i sak C-26/03 Stadt Halle. EU-domstolens begrunnelse var at med private eierinteresser i leverandøren så har ikke det offentlige tilsvarende kontroll over leverandøren som den kontrollen det offentlige har over egne avdelinger. Private kapitalinteresser forfølger andre formål enn det offentlige. Videre ble det fremhevet at det ikke kunne utelukkes at det offentliges bruk av leverandører i offentlig egenregi, hvor leverandøren hadde private kapitalinteresser, kunne gi de private kapitalinteressene en konkurransefordel på andre markeder, og dermed virke konkurransevidende. Stadt Halle-saken gjaldt en kommersiell leverandør, et aksjeselskap med private eiere. Spørsmål om domstolens begrunnelse for det vilkår som ble oppstilt i dommen er tilsvarende med en ideell aktør som ikke har profittformål ble avgjort i sak C-574/12 SUCH.

I sak C-574/12 SUCH tok EU-domstolen stilling til spørsmålet om ideelle aktører må sidestilles med andre private aktører. Saken gjaldt en direktetildeling av en kontrakt til en allmennyttig ideell organisasjon, SUCH. Deltakerne i organisasjonen var offentlige institusjoner og private aktører. De offentlige deltakerne var i klart flertall, og hadde dermed avgjørende innflytelse over organisasjonens beslutninger. Organisasjonenes formål var, gjennom å utføre diverse tjenester, å bidra til en mer effektiv utførelse av oppgaver i det portugisiske helsevesenet. Det fremgikk av vedtektene at organisasjonen skulle utføre oppgaver i helsevesenets interesse. Spørsmålet var om kontrollvilkåret var oppfylt og om vilkåret om at det ikke kan foreligge private eierinteresser i leverandøren var oppfylt ved bruk av allmennyttig ideell organisasjon SUCH.

Avgjørelsen viser at de vilkårene som ble oppstilt i Stadt Halle-saken ikke er begrenset til de tilfellene hvor det er private eller kommersielle selskaper som har aksjeandeler i den leverandøren som skal benyttes. EU-domstolen pekte videre på at selv om de private aktørene, som var deltakere i organisasjonen SUCH, var ideelle aktører som forfulgte allmennyttige formål, hadde de likevel andre interesser og formål enn det offentlige selv. Det offentlige hadde dermed ikke den samme kontrollen over organisasjonen SUCH som den har over egne avdelinger. EU-domstolen påpekte en mulig konkurransefordel dersom de private ideelle aktørene også ville utføre økonomisk aktivitet i konkurranse med andre økonomiske aktører på andre markeder. Sentralt er at begrunnelsen for vilkårene som ble oppstilt i Stadt Halle-saken om at det ikke kunne være privat kapital i leverandøren, også gjorde seg gjeldende i tilfeller hvor leverandøren var en allmennyttig ideell organisasjon uten et formål om profitt. Vilråene for utvidet egenregi var ikke oppfylt.

EU-domstolens avgjørelse er blitt kritisert som formalistisk.¹⁴⁸ Det kan også stilles spørsmål ved om EU-domstolen ville konkludert på samme måte dersom den aktuelle tjenesten hadde vært mer i kjernen av velferdstjenester og ikke en mer ordinær tjeneste som levering av mat på sykehus. Ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester vil i mange tilfeller følge det samme formålet som det offentlige for øvrig.¹⁴⁹

Det er rimelig å anta at en viktig side ved kravene til utvidet egenregi er å forhindre at tjenesteytende enheter, som inngår samarbeid med offentlige myndigheter, skal få økonomiske eller andre fordeler av samarbeidet. Kommisjonen har imidlertid pekt på at anskaffelsesregelverket også skal fremme samfunnsmessige hensyn. I sin omtale av målsettingen med det nye anskaffelsesdirektivet slår kommisjonen fast at direktivet også skal *[a]llow procurers to make better use of public procurement in*

¹⁴⁸ NOU 2016:12 Ideell opprydding, s. 57

¹⁴⁹ Se mer om dette i innledningen med videre henvisninger, punkt 1.5 og 1.6.

support of common societal goals, hvorav et slikt mål er *ensuring the best possible conditions for the provision of high quality social services*.¹⁵⁰ Et slikt formål knytter an til bruk av ideelle leverandører med lange tradisjoner innenfor sosialsektoren.

Ideelle leverandører omtales som *pionerer* i ytelsen av tjenester innenfor helse- og sosialsektoren, og de er, etter hvert som offentlige myndigheter overtok ansvaret for disse tjenestene, blitt beskrevet som *det offentliges forlengede arm til å løse humanistiske og sosiale oppgaver i samfunnet*, og hvor det også vises til at *[e]n stor andel av helse - og sosialtjenestene i det offentlige er tett integrert med ideelle organisasjoner*.¹⁵¹ Ideelle leverandører har utvilsomt både en sentral historisk betydning for oppbygging av velferdssamfunnet og en fortsatt utstrakt virksomhet innenfor helse- og sosialsektoren.¹⁵²

Spørsmålet er om man kan se en utvikling i EU-domstolens praksis som kan indikere et skille mellom et samarbeid hvis målsetting i første rekke er å fremme en hensiktsmessig løsning på felles allmennnyttige samfunnsoppgaver, snarere enn å fremme markedsinteresse. Det er en utfordring å finne grensen mellom det man kanskje kan kalle administrativt samarbeid på den ene siden og en kontrakt om ytelser av en tjeneste mot betaling på den andre.¹⁵³ Det kan argumenteres for at EU-domstolen har utviklet kontroll- og aktivitetskriterier for å skille mellom samarbeid som godtas under henvisning til medlemsstatenes organisasjonsfrihet og samarbeid som anses som markedsrelevant, og omfattet av anskaffelsesregelverket, og at domstolen har fått seg forelagt nye saker der disse kriteriene ikke i alle henseender er egnet til å trekke denne grensen.¹⁵⁴

En dom fra EU-domstolen som kan sies å gjenspeile dette er Hamburg-dommen.¹⁵⁵ Saken gjaldt fire administrative enheter, Landkreise, som inngikk en kontrakt med byen Hamburg om avfallshåndtering i et forbrenningsanlegg. Domstolen avgrenset saken til å gjelde avtalen mellom byen Hamburg og Landkreise. Byen Hamburg hadde ikke en kontroll over Landkreise som var i tråd med unntakskravet.

I stedet for å konkludere med at avtalen dermed skulle vært ute på konkurranse etter regelverket om offentlige anskaffelser, gikk EU-domstolen inn på selve det offentlige samarbeidet. Det ble vist til at avtalen måtte analyseres som en kulminasjon av en prosess av interkommunalt samarbeid for å sikre at avfallshåndteringen ble gjennomført på en tilfredsstillende måte. Domstolen viste videre til at avtalen var basis for et rammeverk for fremtidig utføring av offentlige samfunnsoppgaver. Fokus synes her med andre ord å være mer på et hensiktsmessig samarbeid for å løse en felles samfunnsoppgave, enn på kontrollkravet. Dommen synes videre å kreve at samarbeidet må være etablert utelukkende for å løse offentlige oppgaver. Når det gjelder dommens relevans for ideelle organisasjoner er det imidlertid viktig å merke seg at kravet her var at begge parter i samarbeidet var *contracting authorities*.

Denne unntaksmuligheten og kravene til at slike former for samarbeid skal falle innenfor unntaket om utvidet egenregi er nå nedfelt i artikkel 12 punkt 4.

¹⁵⁰ 52011PC0896. Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on public procurement /* COM/2011/0896 final - 2011/0438 (COD) */.

¹⁵¹ I Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

¹⁵² NOU 2014:04, Enklere regler – bedre anskaffelser — Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket, kap. 12.4.2.1.

¹⁵³ J. Wiggen s. 37.

¹⁵⁴ Se særlig sak C-480/06 Hamburg.

¹⁵⁵ Sak C-480/06, Hamburg.

I høringsuttalelsen fra Ideell sektor fremheves muligheten for at ideelle leverandører kan være organisert som oppdragsgivere i anskaffelsesdirektivets forstand.¹⁵⁶ Det legges blant annet til grunn at et horisontalt samarbeid kan være aktuelt. Det kan ikke utelukkes at det kan finnes en form for samarbeid mellom det offentlige og ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester som vil være forenlig med vilkårene i artikkel 12 punkt 4 i direktivet. Flere av vilkårene synes imidlertid problematiske, for eksempel er det uklart hvordan ideelle leverandører oppfyller vilkåret i bokstav a om å være pålagt en *public service: the contract establishes or implements a cooperation between the participating contracting authorities with the aim of ensuring that public services they have to perform* (vår understreking). Sak C-480/06 Hamburg skiller seg ut ved å være konkret begrunnet og overføringsverdien til andre samarbeidsforhold er beheftet med betydelig usikkerhet. Inntil det eventuelt foreligger flere avklaringer fra EU-domstolen som trekker i retning av å tillate slikt samarbeid utenfor anvendelsesområdet for regelverket for offentlige anskaffelser, synes denne fremgangsmåten å være forbundet med høy grad av rettslig usikkerhet. Kombinert med de klare uttalelsene i EU-domstolens avgjørelse i sak C-574/12 SUCH, taler de beste grunner for at direktivets artikkel 12 om utvidet egenregi ikke er egnet som rettslig grunnlag for anskaffelser av helse- og sosialtjenester fra ideelle leverandører.¹⁵⁷

12 Tilskuddsordning – statsstøtte

12.1 Innledning

Det følger av mandatet at utredningen skal inneholde

- b. [e]n generell beskrivelse av muligheten for å benytte tilskudd til helse- og sosialtjenester for å finansiere privatdrevne tjenestetilbud, fremfor å anskaffe slike tjenester. Det skal i denne sammenheng ikke foretas en støtterettslig utredning, men fokuseres på i hvilke tilfeller de ulike reglene får anvendelse. Det skal gjøres rede for relevante momenter ved vurderingen av hvorvidt anskaffelsesreglene eller tilskuddsreglene kommer til anvendelse, og for hvilke konsekvenser valget om å gjennomføre en anskaffelse eller tildele et tilskudd vil ha for blant annet oppdragsgivers kontroll med tjenesten.

Spørsmålet her er om det offentlige ved å benytte tilskudd til ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester kan finansiere privatdrevne tjenestetilbud uten at det foreligger en kontrakt som faller innenfor anskaffelsesregelverket. Når det offentlige gir tilskudd til ideelle leverandører inngås det en form for kontrakt, ettersom de ideelle leverandørene må akseptere vilkårene som gis for tilskuddet. Spørsmålet er om en slik tilskuddsordning vil utgjøre en *public contract* om levering av tjenester.

Anvendelsen av regelverket om offentlige støtte og regelverket om offentlige anskaffelser er ikke gjensidig utelukkende. Det offentlige må forholde seg til begge regelsettene innenfor deres respektive anvendelsesområder.¹⁵⁸ Normalt er det likevel slik at en anskaffelse av en tjeneste som er gjennomført etter regelverket om offentlige anskaffelser ikke vil rammes av statsstøttereglene. Årsaken til det er forenklet uttrykt at konkurransen sikrer *riktig* markedspris for tjenesten, og det vil derfor ikke foreligge

¹⁵⁶ M. Goller [2015] Handlingsrom for bruk av ideelle organisasjoner, notat til Ideelt Nettverk fra advokatfirmaet Wiersholm, vedlegg til høringsvar fra Ideelt Nettverk til Nærings- og Fiskeridepartementet 17. juni 2015, s. 12-13.

¹⁵⁷ Se også vurderingen av utvalget i NOU 2016:12 Ideell oppridding, s. 56 som legger til grunn at oppdragsgivere ikke vil benytte seg av utvidet egenregi etter avgjørelsen i sak C-574/12 SUCH.

¹⁵⁸ Se uttalelse fra Europakommisjonen om tjenester av allmenn økonomisk interesse side 100 om dette, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf

en fordel for tjenesteleverandøren som kan utgjøre en ulovlig statsstøtte.¹⁵⁹ Sagt på en annen måte så vil det at helse- og sosialtjenester har vært konkurranseutsatt med reell priskonkurranse mellom flere private tilbydere, medføre en presumsjon for at vederlaget som betales er markedsmessig, og dermed ikke utgjør noe støtteelement, men kun er et markedsmessig vederlag for innkjøp av en tjeneste.

Hvis en del av vederlaget (betalingen) fra det offentlige til leverandøren overstiger markedsmessig pris, kan denne delen av vederlaget bli ansett for å være ulovlig statsstøtte. Grunnen til det er at denne delen av vederlaget vil anses som overkompensasjon, dvs. en økonomisk fordel.

En tilskuddsordning må alltid vurderes i forhold til forbudet mot statsstøtte i artikkel 61(1) EØS. Det faktum at en tilskuddsordning finnes kompatibel med statsstøtteregelverket er imidlertid ikke avgjørende for vurderingen av om regelverket om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse. Tvert imot vil det i en del tilfeller kunne være en forutsetning at regelverket for offentlige anskaffelser er fulgt for at en tilskuddsordning skal være kompatibel med statsstøtteforbudet. Denne tankegangen gjenfinnes for eksempel i læren om Altmark.¹⁶⁰ EU-domstolen har fastslått at en kompensasjon for utførelse av en tjeneste av allmenn økonomisk betydning som oppfyller alle fire Altmark-kriteriene ikke vil rammes av statsstøtteforbudet. Det fjerde Altmark-kriteriet viser til regelverket om offentlige anskaffelser.¹⁶¹

En generell statsstøtterettslig vurdering av en tilskuddsordning til å finansiere et privatdrevet helse- og sosialtjenestetilbud faller utenfor mandatet her. Av betydelig interesse for ideelle leverandører og forbudet mot statsstøtte er imidlertid NOU 2016:12 Ideell opprydding. I kapittel 8 konkluderer utvalget med at ikke alle vilkårene i forbudet mot offentlig støtte er oppfylt for den foreslåtte kompensasjonsordningen til ideelle leverandører. Utvalgets syn er at mottakere under den foreslåtte kompensasjonsordningen ikke er foretak, ettersom utvalget mener at leverandørene ikke driver økonomisk aktivitet når de utfører slik tjenesteproduksjon for staten. Det er særlig ideelle leverandører av tjenester innen spesialisthelsetjenesten og barnevern som er vurdert, men utvalget mener at også andre helse- og sosialtjenester som er finansiert, tilrettelagt og organisert på same måte vil måtte anses som ikke-økonomisk aktivitet i forhold til støtteregele.¹⁶² Utvalget presiserer imidlertid at denne vurderingen gjelder for anvendelsen av statsstøtteregelverket og ikke for anvendelsen av regelverket om offentlige anskaffelser.¹⁶³

12.2 Direktiv 2014/24/EU – kontraktsbegrepet – anvendelsen av regelverket

Den anskaffelsesrettslige definisjonen av en kontrakt følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 2 nr. 5 som uttaler at:

'[P]ublic contracts' means contracts for pecuniary interest concluded in writing between one or more economic operators and one or more contracting authorities and having as their object the execution of works, the supply of products or the provision of services

¹⁵⁹ Se Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the EEA Agreement, 18. januar 2017, premiss 89.

<http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/EFTA-Surveillance-Authority-Guidelines-on-the-notion-of-State-aid.pdf>

¹⁶⁰ Denne læren har fått navn etter sak C-280/00 Altmark Trans.

¹⁶¹ Se for mer utfyllende informasjon om Altmark; ESAs retningslinjer, Part VI: Rules on public service compensation, state ownership of enterprises and aid to public enterprises, punkt 3.

<http://www.eftasurv.int/media/state-aid-guidelines/Part-VI---Compensation-granted-for-the-provision-of-services-of-general-economic-interest.pdf>

¹⁶² NOU 2016:12, punkt 8.2.8.

¹⁶³ NOU 2016:12, punkt 8.1. I begrunnelsen for at vilkåret om økonomisk aktivitet har et ulikt innhold i statsstøtteregelverket sammenlignet med regelverket om offentlige anskaffelser er det vist til retningslinjene om tjenester av allmenn økonomisk betydning avsnitt 15. Det er uklart om denne uttalelsen fra kommisjonen med henvisning til praksis om mulige forskjeller mellom de fire friheter og konkurranseretten har en slik konsekvens for forholdet mellom støtteregele og anskaffelsesregler.

Et grunnvilkår for at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse når en ideell leverandør yter helse- og sosialtjenester til staten er følgelig at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt. Det at det i nasjonal kontraktsrettslig forstand foreligger en kontrakt, innebærer ikke nødvendigvis at det foreligger en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand. Kontraktsbegrepet er et autonomt begrep i EU/EØS-retten

Av fortalen til direktiv 2014/24/EU følger det at ikke all bruk av offentlige midler faller innenfor anskaffelsesregelverket.¹⁶⁴ Det går en grense mellom rene tilskudd til en aktivitet, typisk med en forpliktelse til å tilbakebetale midlene dersom de ikke anvendes for det angitte formålet, og gjensidig utveksling av ytelser mellom partene. Det sentrale er om det tilflyter det offentlige en fordel.

The notion of acquisition should be understood broadly in the sense of obtaining the benefits of the works, supplies or services in question, not necessarily requiring a transfer of ownership to the contracting authorities. Furthermore, the mere financing, in particular through grants, of an activity, which is frequently linked to the obligation to reimburse the amounts received where they are not used for the purposes intended, does not usually fall within the scope of the public procurement rules.¹⁶⁵

En ensidig tildeling av støtte eller tilskudd til utøvelsen av en aktivitet er, som følge av kravet om gjensidig bebyrdende kontrakt, i utgangspunktet ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.¹⁶⁶ Det er ikke avgjørende hva den konkrete transaksjonen kalles, men hvorvidt det reelt foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt. En gjensidig bebyrdende kontrakt forutsetter en gjensidighet mellom partenes ytelser, og at ytelsene har økonomisk verdi. Også et avkall på en rettighet kan ha økonomisk verdi. Det kan være tale om en kontrakt selv om det er misforhold mellom ytelsene. Imidlertid må motytelsen ha preg av å være et kontraktsrettslig vederlag før det er tale om en gjensidig bebyrdende avtale.

EU-domstolen har uttalt seg om forståelsen av vilkåret om *pecuniary interest* i en sak om kontraktsbegrepet i relasjon til definisjonen av en bygge- og anleggskontrakt:

The pecuniary nature of the contract means that the contracting authority which has concluded a public works contract receives a service pursuant to that contract in return for consideration. That service consists in the realisation of works from which the contracting authority intends to benefit (see Case C-399/98 Ordine degli Architetti and Others [2001] ECR I-5409, paragraph 77, and Case C-220/05 Aurox and Others [2007] ECR I-385, paragraph 45).

Such a service, by its nature and in view of the scheme and objectives of Directive 2004/18, must be of direct economic benefit to the contracting authority¹⁶⁷

EU-domstolen har også tolket hva som ligger i det anskaffelsesrettslige kontraktsbegrepet i relasjon til tilskudd til universiteter. Det vises til sak C-380/98 (University of Cambridge), som gjaldt vurderingen av om offentlige finansierte universiteter og læresteder var offentlige organer (offentlig finansiert) i regelverkets forstand. I avgjørelsen sondres det mellom de ulike former for offentlig finansiering som universitetet mottok. De offentlige midlene som universitetet mottok for bestemte forskningsarbeider

¹⁶⁴ Fortalen premiss 4.

¹⁶⁵ Fortalen premiss 4.

¹⁶⁶ Fra norsk praksis kan det vises avgjørelse i sak 2008/221 fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) som uttaler i premiss 29 i klagenemndas praksis er det lagt til grunn at ensidig støtte/tilskudd fra oppdragsgiver ikke omfattes av forskriften, da det i slike tilfeller ikke er tale om gjensidig bebyrdende avtaler. For at det skal være tale om en gjensidig bebyrdende avtale, må tilskudd og støtteordninger ha preg av å være et kontraktsrettslig vederlag, jf. KOFA saker 2003/228 og 2005/180 premiss (23) og sak 2010/364 premiss 87 om *pecuniary interest*.

¹⁶⁷ Sak C-271/08 (Commission v Germany), premissene 48 og 49.

eller tilretteleggelse av seminarer eller konferanser skulle ikke regnes som offentlig finansiering, men motytelser for universitetets kontraktsbestemte ytelser, uavhengig av om aktiviteten falt sammen med undervisnings- og forskningsaktiviteten ved institusjonen.¹⁶⁸ På den annen side ble de generelle tilskuddene, som ble gitt universitetet på grunnlag av periodiske vurderinger av kvaliteten på forskningen og/eller på grunnlag av antall studenter, regnet som offentlig støtte og falt ikke innenfor definisjonen av en offentlig kontrakt.¹⁶⁹ Forskjellen mellom disse offentlige midlene knyttes her direkte til frihetsgraden for støttemottaker med hensyn til bruken av midlene.

Kommisjonen har fremhevet enkelte momenter for vurderingen av om en kontrakt som finansierer en tjeneste av allmenn økonomisk betydning faller innenfor kontraktsbegrepet i regelverket for offentlige anskaffelser.¹⁷⁰ Utgangspunktet om at et rent tilskudd ikke vil være omfattet av anskaffelsesreglene, gjentas også her.

The mere financing of an activity, however, which is usually linked to the obligation to reimburse the amounts received if they are not used for the purposes intended, does not usually come under the public procurement rules.

Kommisjonen forutsetter altså at det kan dreie seg om et rent tilskudd, selv om det foreligger bestemmelser om tilbakebetaling i visse situasjoner. Kommisjonen lister deretter opp momenter som vil kunne tale for at ordningen er omfattet av anskaffelsesregelverket.

A contract can be covered by the definitions of public service contract or concession if:

- a) the aim of the contract is to meet needs previously defined by the public authority within the framework of its competences;
- b) the nature of the service and the way in which it is to be provided are specified in detail by the public authority;
- c) the contract provides for remuneration of the service (payment of a price or granting of the right to operate the service in return for a fee payable by users);
- d) the public authority takes the initiative of finding a provider to whom to entrust the service
- e) the contract lays down penalties for failure to meet contractual obligations, in order to guarantee that the service entrusted to the third party is provided properly in such a way as to meet the public authority's requirements (penalties, compensation for damages, etc.).

The above criteria serve to establish whether the subject matter of the contract is indeed an obligation to provide a service in return for remuneration

Kriteriene er ikke klare og i noen grad er de overlappende. De må derfor anvendes med forsiktighet. Kriteriene må anses som momenter i en helhetsvurdering i forhold til grensen mellom en gjensidig bebyrdende kontrakt og et rent tilskudd.

¹⁶⁸ Se premiss 22.

¹⁶⁹ Se premiss 21.

¹⁷⁰ Se uttalelse fra Europakommisjonen om tjenester av allmenn økonomisk interesse side 101 om dette. http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf

Det følger imidlertid av dette at dersom staten gjennom en avtale kjøper tjenester fra en privat leverandør for å dekke sitt lovpålagte ansvar, vil regelverket om offentlige anskaffelser gjennomgående komme til anvendelse. Et unntak forutsetter at det offentlige i praksis ikke har kontroll med tjenesten, ettersom jo mer spesifisert ytelsen er og jo tettere sammenheng det er mellom ytelse og betaling, jo mer sannsynlig er det at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse.

I NOU 2016:12 omtaler utvalget den faktiske organiseringen av helse- og sosialtjenestene i Norge slik at de i stor grad er

organisert på en slik måte at statens finansiering av slike tjenester ofte vil ha preg av å være en gjensidig bebyrdende kontrakt. Dette gjelder særlig på områder der staten etter loven er ansvarlig for tjenesten. Grunnen til dette er antakelig at når det gjelder tjenester staten har et lovpålagt ansvar for, er staten avhengig av å stille presise krav til tjenesten i avtalen med tjenesteleverandøren. Dette for å være sikker på at tjenesten har samme kvalitet og innhold som om staten hadde valgt å utføre den i egenregi.¹⁷¹

Ved vurderingen av om det foreligger en gjensidig bebyrdende avtale, vil det ikke være avgjørende om det vederlag som ytes, kun dekker oppdragstakerens kostnader. Det betyr at også avtaler om at det offentlige kun skal dekke ideelle leverandørers kostnader for å utføre velferdstjenester, må anses som gjensidig bebyrdende. Dette synspunktet følger av sak C-159/11 *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* og ble bekreftet i *Spezzino*, sak C-113/13. I *Spezzino* måtte EU-domstolen ta stilling til om en avtale som kun gir frivillige organisasjoner en godtgjørelse som dekker faktisk påløpte utgifter samt en del av de faste og varige utgifter, omfattes av anskaffelsesreglene. EU-domstolen uttalte i den forbindelse:

It must also be observed that the fact that that framework agreement and the specific agreements which flow from it do not provide for financial payments for the benefit of the voluntary associations other than the reimbursement of costs is not a decisive factor. A contract cannot fall outside the concept of public contract merely because the remuneration remains limited to reimbursement of the expenditure incurred to provide the agreed service (judgment in *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* and *Others*, C-159/11, EU:C:2012:817, paragraph 29). Therefore, as the Advocate General noted in point 27 of his Opinion, it is immaterial whether the costs to be reimbursed to an association cover only costs directly relating to the performance of the services concerned or extend also to a part of the general costs.

[...]

Therefore, it must be held that a framework agreement such as the regional framework agreement and the agreements such as those which flow from it fall, in principle, within the scope of Directive 2004/18.¹⁷²

12.3 Oppdragsgivers kontroll med tjenesten

Det følger av denne gjennomgangen at det er betydelige forskjeller i oppdragsgivers kontroll med helse- og sosialtjenesten dersom en tilskuddsordning benyttes sammenlignet med at det offentlige inngår en kontrakt etter regelverket for offentlige anskaffelser med den ideelle leverandøren av helse- og sosialtjenester. Ved førstnevnte tilfelle vil det offentlige måtte være varsomme med å stille vilkår/krav om gjenytelser som vil innebære en direkte økonomisk fordel for det offentlige. Samtidig er det klart at det må være anledning til å stille enkelte krav til den ideelle leverandøren, som en del av en ordinær tilskuddsoppfølging. Dette for å sikre at midlene brukes til det angitte formålet.

¹⁷¹ NOU 2016:12 punkt 4.4.2.4.2.

¹⁷² Sak, C-113/13, *Spezzino*, premiss 37-38.

Det offentlige og de ideelle leverandørene har ikke nødvendigvis sammenfallende interesser i vurderingen av hvorvidt et samarbeid skal legges opp som en tilskuddsordning eller følge regelverket for offentlige anskaffelser. Enkelte av de ideelle aktørene har gitt uttrykk for et ønske om at staten bør basere seg mer på å gi tilskudd enn på å gjennomføre anskaffelser.¹⁷³ Oppdragsgiver har ved en tilskuddsordning et friere valg av hvilken leverandør som skal utføre helse- og sosialtjenesten, og dermed også valget av hvilken leverandør som skal motta tilskuddet. Den offentlige oppdragsgiver vil imidlertid også ha interesse av kontroll med tjenestens innhold som følge av en mer detaljert kontrakt. Sistnevnte vil gjennomgående utløse krav om bruk av regelverket om offentlige anskaffelser.

Et eget spørsmål er hvor langt det offentlige kan gi tilskudd i kombinasjon med en mer detaljregulering av kravene til tjenesten i form av et bindende generelt regelverk. Slike ordninger kan være hensiktsmessige for enkelte helse- og sosialtjenester. Slike generelle bindende regelverk kan imidlertid ikke være rene omgåelser for å ivareta det offentliges behov for kontroll uten å bruke kontraktsformen. Det er dermed uklart om generelle regler er egnet til å ivareta det kontrollbehovet det offentlige har for leveranser av helse- og sosialtjenester.¹⁷⁴

Ettersom rettskildebildet for en nærmere avgrensning av forskjeller i kontrollmuligheter for oppdragsgiver ved bruk av henholdsvis støtte- og anskaffelsesretten er så begrenset, vil eksempler fra KOFA-praksis i Norge benyttes i den videre drøftelsen.¹⁷⁵

Fra praksis fra KOFA finnes det flere eksempler der driftstilskudd eller støtte til en virksomhet har blitt ansett for å utgjøre en gjensidig bebyrdende kontrakt. Det vises blant annet til KOFA sak 2005/180 (CatoSenteret) og 2011/85 (Norges skøyteforbund). Den førstnevnte saken gjaldt spørsmålet om Helse- og omsorgsdepartementets driftstilskudd til CatoSenteret skulle regnes som en offentlig kontrakt. CatoSenteret ble tildelt midler direkte basert på Stortingets årlige budsjettvedtak. KOFA fant imidlertid at det forelå en gjensidig bebyrdende kontrakt, ettersom CatoSenteret hadde forpliktet seg til å levere en tjeneste som motytelse for støtten.

Det sentrale i vurderingen er om CatoSenteret forplikter seg til å levere en tjeneste som motytelse for støtten. Det fremgår av dokumentene i saken at statens tilskudd står i direkte forhold til omfanget av de forpliktelser, det vil si antall behandlingsplasser og kurdøgn stilt til rådighet, som påhviler CatoSenteret. Klagemnda viser til at CatoSenteret som følge av prosjektavtalen skal stille til rådighet 30 plasser i inntil 10 400 kurdøgn med en kurpris på 1 880 kroner pr døgn. Det fremgår også at senteret må dokumentere, i form av årlige rapporter, hvordan midlene er brukt. Videre er det bestemt av innklagede hvilke målgrupper CatoSenteret forplikter seg til å gi tilbud til. Innklagede har derfor en viss kontroll over den gjenytelsen CatoSenteret gir.¹⁷⁶

Statens tilskudd sto i direkte forhold til omfanget av de forpliktelser, det vil si antall behandlingsplasser og kurdøgn stilt til rådighet, som påhvilde CatoSenteret. Senteret måtte dokumentere, i form av årlige rapporter, hvordan midlene ble brukt. Videre bestemte oppdragsgiver hvilke målgrupper CatoSenteret forpliktet seg til å gi tilbud til. Oppdragsgiver hadde derfor en viss kontroll over den gjenytelsen CatoSenteret ga. Avgjørelsen underbygger at et tilskudd ikke bør svare direkte økonomisk til de

¹⁷³ Se notat fra Advokatfirmaet Wiersholm av 16. juni 2015, vedlegg til høringsuttalelse fra Ideelt Nettverk i høringen av nytt regelverk om offentlige anskaffelser.

¹⁷⁴ Se for et eksempel fra KOFA-praksis på en avtale om etablering, drift og vedlikehold av en skulptur- og kulturminnepark på Ekeberg som ikke ble funnet å være en gjensidig bebyrdende avtale og derfor for å falle utenfor regelverket for offentlige anskaffelser, sak 2011/312, se også vurderingen av enkeltkjøp av institusjonsplasser innen barnevern som ikke ble ansett for å være kontrakter i anskaffelsesrettslig forstand, sak 2010/364. Sistnevnte sak er informativ for unntaket fra regelverket basert på utøvelse av offentlig myndighet. Dette faller imidlertid utenfor mandatet i denne utredningen.

¹⁷⁵ Se også Utenriksdepartementets rapport som gjelder avgrensningen mellom støtte og kjøp av en tjeneste ved tilskudd til ILPI. https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/tilskudd/rapport_ilpi.pdf

¹⁷⁶ Premiss 26.

aktivitetene som de ideelle organisasjonene utfører, eksempelvis bør det ikke rapporteres for timeforbruk for de ulike arbeidene og tilskuddet bør ikke på noen måte beregnes ut fra dette. Tilskuddet må sannsynligvis utformes som en sum basert på hvor mye det offentlige hvert år ønsker å tilføre de ideelle leverandørene, og hvor disse organisasjonene gis frihet, innenfor tilskuddsformålet, til å skape så mye som mulig ut av de midlene som mottas.

Den andre saken fra KOFA gjaldt en sponsoravtale mellom Statnett og Norges Skøyteforbund.¹⁷⁷ Sponsoravtalen ble ansett for å være gjensidig bebyrdende i forskriftens forstand, men unntatt regelverket i medhold av en annen unntaksbestemmelse. Avgjørelsen viser at motytelsen nødvendigvis ikke trenger å stå i forhold til vederlagets størrelse for at ordningen kan utgjøre en gjensidig bebyrdende kontrakt.

I dette tilfellet mottar imidlertid innklagede også en rekke andre motytelser utover det å kunne kalle seg sponsor. Klagenemnda nevner særlig retten til bruk av logo på bekledning og arenareklame som medfører utstrakt eksponering for innklagede. Den årlige betalingen fra innklagede bærer derfor i dette tilfellet isolert sett preg av å være et kontraktsrettslig vederlag for de motytelser innklagede mottar. Når dette er sagt må det samtidig kunne sies at de motytelser innklagede mottar synes beskjedne i forhold til det innklagede betaler i sponsormidler. Selv om hovedformålet med aktuelle avtale dermed er sponsingen, må det kunne konstateres at det her foreligger en kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand.¹⁷⁸

KOFAs sak 2003/228 gjaldt tilsagn om kommunal lånegaranti ved etablering og drift av privat barnehage. KOFA fant at tilsagnet ikke medførte at det forelå en gjensidig bebyrdende kontrakt mellom kommunen og den private utbyggeren om anskaffelse av oppføring og drift av barnehagen. Det ble lagt vekt på at alle som oppfylte vilkårene for å kunne drive barnehage fikk offentlig støtte ved slik drift. Dette var altså ikke en anskaffelse, men en ren støtte selv om kommunen ytet vederlag til en privat aktør for å oppfylle kommunenes plikt til å levere barnehagetjenester.

Spørsmålet blir om forholdet mellom privat barnehageutbygger og kommunen på denne bakgrunn er av en slik karakter at det er tale om en gjensidig bebyrdende kontrakt.

Det dreier seg ikke om anskaffelse av varer eller bygge- og anleggsarbeider. Slik klagenemnda ser det, er det heller ikke naturlig å si at kommunen i dette tilfellet anskaffer barnehagetjenester. Tjenestekonsesjon anses heller ikke aktuelt. De støtteordningene som foreligger, inklusive kommunal garanti, kan ha preg av gjensidig bebyrdelse, men det kan neppe ses som kontraktsrettslig ”vederlag”.¹⁷⁹

Det som skiller KOFAs sak 2003/228 fra de to andre sakene er graden av detaljregulering av tjenesteleveransen. I tilfellet som gjaldt CatoSenteret, var det offentliges tilskudd direkte knyttet til konkrete definerte forpliktelser for leverandøren. I saken om Norges skøyteforbund var sponsoravtalen kombinert med en rekke andre motytelser. I barnehagesaken derimot stilte kommunen ingen nærmere krav til leverandørens virksomhet ut over de generelle vilkårene for tillatelse til barnehagedrift.

12.4 Oppsummering

Etter dette kan det konstateres at det offentlige langt på vei må avstå fra å kreve konkrete motytelser eller gi de ideelle leverandørene av helse- og sosialtjenester spesifikke oppdrag dersom en tilskuddsordning skal falle utenfor *public contract*-begrepet i anskaffelsesretten. Tilskuddet må benyttes

¹⁷⁷ Se også KOFA sak 2011/6 om utbygging av en ishall og KOFA sak 2015/57 om oppføring av omsorgsboliger.

¹⁷⁸ Premiss 26.

¹⁷⁹ KOFA sak 2003/228 s. 6.

til det angitte overordnede formålet med støtten, og eventuelle overskytende midler kan støttemottaker pålegges å betale tilbake, men utover det må den ideelle leverandøren gis frihet til å skape så mye som mulig ut av de midlene som mottas. Utredningen konkluderer derfor på dette punktet med at det er liten mulighet for det offentlig til å forplikte de ideelle leverandører til å utføre konkrete definerte tjenester med et bestemt innhold og en bestemt kvalitet, dersom tilskuddsordninger skal holdes utenfor anskaffelsesregelverket.

PUNKT 3

13 Innledning

Det følger av mandatet at utredningen skal inneholde:

Utredningen skal omtale hvordan tilsvarende spørsmål er løst i Sverige og Danmark, og eventuelt i andre relevante EØS-land (for eksempel land med høy andel av ideelle leverandører, slik som Tyskland og Nederland). Det skal særlig ses hen til konklusjonene til den svenske Velfærdsutredningen, som skal legge frem sine konklusjoner 1. november 2016.

Undersøkelser av velferdssystemet i de tre nordiske land¹⁸⁰ viser stor grad av likhet mellom de tre landenes overordnede velferdspolitik, gjerne knyttet til det som betegnes som *den nordiske modellen*, som igjen er uttrykk for felles trekk ved velferdspolitikken som skiller den fra andre land. Kjennetegn her er et betydelig innslag av offentlig finansiering, at velferdspolitikken i stor grad gjennomføres på kommunalt nivå, og at private tjenesteytere i første rekke bidrar innenfor offentlige rammer. Øvrige kjennetegn er en utvikling med økende vekt på brukerdeltakelse, bredere tilbud av tjenester, og større mulighet for å velge mellom ulike tjenesteytere.

Til tross for stor grad av likhet, pekes det også på forskjeller mellom de tre landene innenfor velferdsområdet. Ett eksempel er hvor stor plass offentlige myndigheter, og det som betegnes som *non-profit*- og *for-profit*-institusjoner, har i utføringen av velferdstjenestene. Mens Danmark beskrives som landet med den største andel av *non-profit*-institusjoner, har Norge generelt et sterkt innslag av offentlige myndigheter, kombinert med *non-profit*-aktører innenfor enkelte områder. Sverige blir derimot beskrevet som at landet, fra 90-tallet, åpnet opp for en sterk vekst i *for-profit*-aktører.

Det kan videre være relevant å merke seg at de nordiske landene satte sitt individuelle preg på implementeringen av EUs forrige anskaffelsesdirektiv. Mens Norge, inntil vedtakelsen av EUs nye anskaffelsesdirektiv, hadde en egen forskrift som innebar unntak fra anskaffelsesreglene for ideell sektor, viste både danske og svenske myndigheter til *in-house* rettspraksisen fra EU-domstolen, for bruk av ideell sektor.

14 Forholdet mellom offentlige myndigheter og ideelle leverandører i andre nordiske land

14.1 Sverige

14.1.1 Innledning

Offentlige myndigheter, i hovedsak kommuner og landsting kan, i gjennomføringen av sine lovpålagte oppgaver innenfor både helse- og sykehussektoren, og i sitt ansvar for sosialtjenesten, overlate utøvelsen av oppgavene til private aktører. Den offentlige oppdragsgiver har ansvaret for utføringen av tjenesten, slik som formål, fremgangsmåte og kvalitet, og har også ansvaret for å stille tilstrekkelige og relevante krav i avtalen med den private tjenesteyter.

De tjenester det her kan dreie seg om er blant annet botilbud eller hjemmetjeneste til eldre, familiehjem til grupper med særlige behov, egne tiltak for barn, personlig assistanse og ledsagerservice. Det er ingen

¹⁸⁰ S. B. Seggaard, og J. Saglie. Education and elderly care in Denmark, Norway and Sweden: National policies and legal frameworks for private providers, og K. H. Sivesind, The changing role of for-profit and non-profit welfare provision in Norway, Sweden and Denmark. I K. H. Sivesind & J. Saglie (red.), Promoting active citizenship? Markets and choice in Scandinavian welfare. London: Palgrave Macmillan.

begrensning på hvilke typer tjenester som kan overlates til private tjenesteytere, men det er en begrensning hva gjelder myndighetsutøvelse, som ikke kan utøves uten dekning i lov. Eksempler her er beslutninger om ulike former for bistand og støtteordninger. Selve gjennomføringen kan imidlertid overlates private aktører.

Den svenske Velfärdsutredningens oppdrag var blant annet å undersøke regelverket som i dag ligger til grunn for at private aktører kan utføre velferdstjenester. Det vises her til anskaffelsesregelverket og til lov om valgfrihetssystem. Formålet var å komme med forslag til hvordan regelverket kunne forenkles og gjøres mer fleksibelt for å kunne gjøre bruk av private aktører.

Behovet for et enklere og mer fleksibelt regelverk har, ifølge utredningen, sammenheng med at mange av velferdstjenestene skiller seg ut fra andre typer tjenester, og ikke minst, med at aktører som utøver velferdstjenester er svært ulike. Små aktører kan for eksempel ha problem med å delta i en anskaffelsesprosess. Det vises til at regjeringen i sin proposisjon *Nytt regelverk om opphandling*, foreslår at sosiale tjenester og andre særskilte tjenester skal reguleres i hovedsak slik som uprioriterte tjenester ble regulert i det tidligere anskaffelsesdirektivet.

Den svenske Velfärdsutredningen har redegjort for tre måter hvor private aktører kan utføre velferdstjenester, som, langt på vei fremstår som alternative samarbeidsformer mellom offentlige myndigheter og private tjenesteytere på velferdsområdet. Det dreier seg om økonomisk bidrag, et valgfrihetssystem og *idéburet offentlig partnerskap*.

Utredningen gir uttrykk for at anskaffelsesdirektivet ikke kommer til anvendelse når en kommune eller et landsting kun støtter en ideell organisasjon økonomisk, det vil si gjennom bidrag. Det pekes videre på at direktivet heller ikke kommer til anvendelse i situasjoner hvor alle aktører, som oppfyller visse vilkår fastsatt av offentlige myndigheter, har rett til å delta i et bestemt oppdrag, og hvor det foreligger valgfrihet for brukeren gjennom et valgfrihetssystem. Her peker for øvrig utredningen på store muligheter for nasjonale bestemmelser, særlig til fordel for ideelle aktører. Ytterligere en måte for offentlige myndighet til å inngå samarbeid med ideelle aktører, og hvor forholdet til anskaffelsesregelverket er noe mer uavklart, er gjennom det som har fått betegnelsen *idéburet offentlig partnerskap*.

14.1.2 Økonomisk bidrag¹⁸¹

Som vist til ovenfor kommer anskaffelsesdirektivet ikke til anvendelse i en situasjon hvor offentlige myndigheter utelukkende bidrar med finansieringen. Dette begrunnes med at et bidrag ikke forutsetter utførelse av en tjeneste, men kun om å gjøre det enklere for den ideelle organisasjonen å drive sin virksomhet. Det vises her til punkt 4 i fortalen til direktivet, hvor det i første ledd heter at EU-reglene om offentlig anbud *are not intended to cover all forms of disbursement of public funds*, men at direktivet gjelder midler som betales til anskaffelse av blant annet tjenesteytelser *by means of a public contract*. I samme punkt annet ledd sies det at anvendelsesområdet for anbudsreglene vanligvis ikke omfatter *the mere financing, in particular through grants, of an activity*.

Hva som utgjør en bidragssituasjon er, ifølge utredningen, at det ikke er offentlige myndigheter, men angjeldende private aktør, som er ansvarlig for den tjenesten som utøves. Andre faktorer er at den private aktøren ikke må være helt, eller nesten helt, avhengig av finansiering gjennom offentlig midler, og at dens målsetting ikke må være økonomisk utbytte. Offentlige myndigheter må heller ikke være

¹⁸¹ Se Velfärdsutredningen kapittel 21

initiativtaker, eller ha styrings- og beslutningsmyndighet. Forholdet mellom partene må for øvrig ikke være regulert gjennom avtale, men gjennom offentligrettslige bestemmelser. Det understrekes at ikke alle ovennevnte faktorer må være innfridd, men at det sentrale er at man, etter en samlet vurdering, kan konkludere at det ikke dreier seg om understøttelse til et konkret definert oppdrag.

Utredningen viser ellers til det omfattende arbeidet som gjøres av ideelle organisasjoner, og peker på at det offentlige, gjennom bidrag kan gi disse organisasjonene økende muligheter til å drive sin virksomhet. Bidragene kan være av en type som organisasjonene forvalter relativt fritt, men det kan også ha form av støtte til konkrete prosjekter. Bidragsgivingen kan også utformes slik at den fremmer målsettinger som effektivisering og forenkling av det sivile samfunnet.

14.1.3 *Valgfrihetssystem*¹⁸²

Med henvisning til det nye anskaffelsesdirektivet og EU-domstolens praksis, er det utredningens oppfatning at valgfrihetssystemet, EU-rettslig, utgjør en form for auksjonssystem, og dermed ikke behøver å tilpasses anskaffelsesregelverket. Utredningen er også av den oppfatning at det, under visse forutsetninger, er mulig å forbeholde et valgfrihetssystem utelukkende for ideelle organisasjoner.

Valgfrihetssystemet beskrives som en organisering av utførelsen av sosiale tjenester som ikke er basert på avtale, men snarere på at offentlige myndigheter gir lisenser eller tillatelse til alle økonomiske aktører som oppfyller på forhånd definerte betingelser, og dermed kan tilby angjeldende tjeneste til brukerne. Forutsetningen er at organiseringen tilfredsstiller kravene til åpenhet og ikke-diskriminering. Utredningen viser til at det av EU-domstolens praksis følger at anskaffelsesdirektivet ikke kommer til anvendelse når offentlige myndigheter inngår avtale med samtlige tjenesteytere som tilfredsstiller fastsatte vilkår, uten at det skjer noe utvalg blant tjenesteyterne, og hvor det samtidig er åpent for tilslutning.

Ifølge utredningen kan det oppleves enklere for ideelle organisasjoner å delta i et valgfrihetssystem enn i en offentlig anskaffelsesprosess. Dette fordi det i valgfrihetssystemet ikke foreligger en konkurransesituasjon, i det alle tjenesteytere som fyller de definerte kravene er godkjent for å yte tjenesten. I og med at det er brukerne som velger hvem som skal utføre angjeldende tjeneste, kan de velge ideelle organisasjoner, og dermed dra nytte av den merverdien som disse organisasjonene tilbyr. På denne bakgrunn kan valgfrihetssystemet gjøre det enklere for ideelle organisasjoner å delta i velferdstjenester, noe som vurderes som en fordel fordi det bidrar til å ivareta de kvaliteter som kjennetegner disse aktører.

14.1.4 *Idéburet offentlig partnerskap*¹⁸³

Idéburet offentlig partnerskap er beskrevet som en alternativ samarbeidsform til så vel anskaffelsesprosedyren som konkurranseutsetting og kommersialisering. Det er også pekt på at partnerskapet ligger i en juridisk gråson, og derfor, fra kommunalt hold, kan sees på som en risikabel samarbeidsform.¹⁸⁴ Ifølge Velfærdsutredningen er partnerskap mellom offentlige myndigheter og idéburna organisasjoner basert på et ønske om å utvikle en samarbeidsform som er et alternativ mellom det å yte generelle bidrag og det å inngå en anskaffelseskontrakt for et spesifikt oppdrag,

¹⁸² Se Velfærdsutredningen kapittel 19 og 20.

¹⁸³ Se Velfærdsutredningen kapittel 21.

¹⁸⁴ Idéburet offentlig partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten. Forum Idéburna organisationer med social inriktning. 2016.

Et idéburet offentlig partnerskap inngås gjennom at partene blir enige om hvilken velferdstjeneste som skal utføres av den idéburna organisasjonen. Det vil si både hvilke mål som skal oppnås, og også innenfor hvilke rammer virksomheten skal foregå. Det offentlige bidrar med en viss type støtte, som for eksempel å stille lokaler til rådighet, men det er den idéburna organisasjonen som har ansvaret for selve driften. Viktige kjennetegn ved idéburet offentlige partnerskap er, ifølge Velfærdsutredningen, at de er inngått i fellesskap med det formål å løse et samfunnsproblem, snarere enn det offentliges behov for å få gjennomført et konkret tjenesteoppdrag. Partnerskapet har et langsiktig perspektiv.

En rekke forutsetninger må ligge til grunn for at det kan inngås et idéburet offentlig partnerskap. For det første må initiativet komme fra den idéburna organisasjonen. Det må også fremgå at tjenesten som skal utføres er et ledd i organisasjonenes politiske program eller plan. Begge parter skal bidra til virksomheten, enten med penger eller innsats, og den skal ikke detaljreguleres av det offentlige. Det må heller ikke foreligge et marked eller en konkurransesituasjon som det må tas hensyn til. Partnerskapsavtalen utformes med angivelse av det felles verdigrunnlag, av målgruppe og målsetting, samt fremdriftsplan og økonomiske forutsetninger.

Utformingen av idéburat offentlig partnerskap kan variere både hva gjelder hvor detaljert myndighetene regulerer tjenesteutføringen, hvordan kontroll og oppfølging skal skje, samt sanksjonsmuligheter. Dette er nettopp forhold som kan innvirke på hvor nær et slikt partnerskap ligger en anskaffelsessituasjon.

Både de idéburna organisasjonene og offentlige myndigheter, ser denne typen samarbeid som en viktig måte hvor partene i fellesskap kan løse viktige samfunnsproblemer. Utredningen viser til et økende omfang av idéburet offentlig partnerskap, og til at ordningen har stor støtte i det sivile samfunn. Et konkret eksempel er at Göteborg kommune, i 2013, inngikk et slikt partnerskap med fire ideelle organisasjoner med formål om blant annet å øke innsatsen for de hjemløse.

Utredningen er også klar på at et idéburet offentlig partnerskap dekker over et så bredt spekter av samarbeidsformer at det både er vanskelig å gi en klar definisjon av et slikt partnerskap, samt å vurdere hvordan virksomheter kan bedømmes i forhold til om det finnes et marked eller en konkurransesituasjon å ta hensyn til. Utredningens konklusjon her er dermed at det ikke er mulig å si om idéburet offentlig partnerskap er forenelig med anskaffelsesreglene, men at en slik vurdering snarere må skje i hvert enkelt tilfelle ut fra de særlige forhold som gjelder i hvert partnerskap. En slik vurdering vil være avhengig av hvordan partene velger å regulere spørsmål som blant annet ansvarsfordelingen, samt kontroll og oppfølging. De mange forutsetninger gjør at utredningen her ikke anbefaler en ny lov, men snarere oppfordrer til veiledning og informasjon.

14.2 Danmark

14.2.1 Innledning

Også i Danmark kan offentlige myndigheter inngå avtaler med private aktører i gjennomføringen av omsorg- og sosialtjenester. Danske kommuner har for eksempel en plikt til å tilby samtlige brukere av hjemmetjeneste muligheten til å velge mellom ulike tjenesteytere, hvilket innebærer at andre aktører enn kommunen kan tilby tjenester innenfor det skattefinansierte systemet. Samarbeidet med andre aktører har kunnet skje gjennom en tilbudsmodell eller en godkjenningsmodell. Mens en tilbudsmodell har likhetspunkter med en anskaffelsesprosess, innebærer en godkjenningsmodell, som minner om det svenske valgfrihetssystemet, at kommunen i forkant fastsetter prisnivået, mens de private aktørene konkurrerer på kvalitet.

14.2.2 *Driftsoverenskomst*

Danmark benytter seg også av et samarbeid mellom offentlige myndigheter og ideelle institusjoner, som synes å ligge mellom en anskaffelsesprosess og en form for offentlig godkjenning av private aktører som dermed kan tilby sine tjenester.

I en rammeavtale mellom København kommune og *selvejende tilbud*¹⁸⁵ vises det til en form for samarbeid med betegnelsen *driftsoverenskomst*. Ifølge rammeavtalen ligger ansvaret for tjenesten i en slik overenskomst hos kommunen, mens gjennomføring skjer gjennom driftstilskudd til selveiende institusjoner, som er nærmere definert som frivillige private organisasjoner, med et verdigrunnlag som avspeiler angjeldende tjeneste. I en driftsoverenskomst vil det dermed være de selveiende institusjonene som har ansvaret for fremdrift, økonomi og ledelse av velferdstjenesten. Rammeavtalen peker på en del prinsipper for samarbeidet. Det gjelder i første rekke de selveiende institusjonenes selvstendighet. Det vises for øvrig til et prinsipp om det som betegnes som *samskabelse* og som forutsetter en dialog mellom kommunen og de selveiende institusjonene om styrking og videreutvikling av velferdstilbudet. Ellers understrekes kravet om en effektiv og åpen ressursbruk og en ambisjon om optimal kvalitet.

Driftsoverenskomst som samarbeidsform mellom en kommune og en selveiende institusjon omtales også av Dansk Erhverv.¹⁸⁶ Her slås det fast at når en selveiende institusjon inngår en driftsavtale med en kommune, så dreier det seg om en avtale mellom to selvstendige parter. Et eksempel på at den selveiende institusjonen ikke er en del av kommunen, er at det økonomiske ansvaret for de ansatte påhviler institusjonen. Det vises for øvrig til to betingelser som må være oppfylt i en driftsoverenskomst. Den ene er at den selveiende institusjonen *må alene varetage oppgaver som kommunen selv kan varetage*, det vil si at det må dreie seg om å utføre oppgaver som er pålagt kommunen, og det andre er at lovgivningen ikke må være til hinder for at oppgaven ivaretas utenfor det kommunale system.

Hovedfokus i angjeldende skriv er ellers forholdet mellom kravet til kontroll fra offentlige myndigheter og den danske kommunestyrelsesloven § 2, hvor det heter at en kommune *ikke må udskille en oppgave til en selvejende institusjon og samtidig bevare rådighet over oppgavevaretagelsen ved at have bestemmende indflytelse på institutionen*. Med henvisning til at kommunen likevel ofte ønsker å bevare en omfattende kontroll på oppgaveivaretagelsen, blir det viktig å klarlegge hvor langt slik kontroll kan gå uten å komme i strid med kommunestyrelsesloven. Her vises det til in-house regelen, det vil en situasjon hvor offentlige myndigheter utfører sine lovpålagte samfunnsoppgaver ved hjelp av selveiende institusjoner, og hvor kravet er at kontrollen over disse institusjoner er i tråd med den man har over egne institusjoner.

Det synes derfor som det her dreier seg om en samarbeidsform hvor det tas et visst hensyn til anskaffelsesregelverket. Dette fremgår ikke minst av at det, med henvisning til at in-house regelens anvendelse vil fremgå av det nye anskaffelsesdirektivet, videre pekes på at når direktivet implementeres i dansk lov, vil in-house regelen *således være at finde i den danske udbudsloven*. Denne loven er som kjent nylig vedtatt, og vil bli berørt i punkt 14.2.4.

14.2.3 *In-house og selveiende institusjoner*

Danske myndigheter har hatt som utgangspunkt at in-house-begrepet også kan omfatte situasjoner hvor offentlige myndigheter, i utføringen av sine lovpålagte velferdsoppgaver, benytter seg av *selvejende*

¹⁸⁵ Rammeaftale for samarbejdet mellem Socialforvaltningen i Københavns kommune og de selvejende tilbud av 25. februar 2015.

¹⁸⁶ Kommunestyrelsen § 2. Guide til indgåelse og fortolkning af driftsoverenskomster. Dansk erhverv, 2013.

institusjoner. Selv om det nå er noe uklart hvordan danske myndigheter forholder seg til kontrollkriteriene knyttet til in-house begrepet, vil den korte redegjørelsen nedenfor gi en oversikt basert på den danske Konkurrencestyrelsens veiledning på området.

Hva gjelder kontrollkriterier har den danske Konkurrencestyrelsen¹⁸⁷ uttalt at den selvstendige juridiske enhet, både hva gjelder beslutningskompetanse og i økonomiske forhold, må være så tett knyttet til myndighetene at det tilsvarer intern arbeidsdeling. Konkret vises det til at den selveiende institusjon må utføre hoveddelen av sin virksomhet sammen med angjeldende offentlig myndighet, og at offentlig myndighet fører en kontroll med den selveiende institusjon som svarer til den som føres over egne tjenesteenheter.

Det er, ifølge Konkurrencestyrelsen, ikke fastslått i praksis nøyaktig hvilke forhold som gjør at man kan si at en ordregivende myndighet utøver en kontroll som svarer til den som utøves over egne tjenesteenheter, men at det her må foretas en reell vurdering hvor relevante lovbestemmelser og faktiske forhold legges til grunn. Det gis uttrykk for at kravet om en kontroll som *svarer til* den man har over egne tjenesteenheter, ikke betyr at kontrollen skal være identisk, samt at eierskap, ifølge rettspraksis fra EU-domstolen, riktignok er en viktig, men ikke en nødvendig forutsetning for at kontrollkravet skal være innfridd.

Av faktorer som i henhold til Konkurrencestyrelsen vil være viktige i kontrollvurderingen av om in-house kan omfatte selveiende institusjoner, er om institusjonen utelukkende ivaretar oppgaver av offentlig interesse. Det vises her til at det følger av Coditel-dommen¹⁸⁸ at i en slik situasjon kan kontrollkravet oppfylles selv om ledelsen i den selveiende organisasjon er tillagt, det Konkurrencestyrelsen betegner som, *væsentlige selvstændige beføjelser*.

Når det videre gjelder kontrollkriteriet heter det at dersom det offentlige utgjør flertallet i den selveiende institusjonens styre, vil dette innebære at kontrollkriteriet er oppfylt. Det vises imidlertid til at dette kan være tilfellet også om det offentlige utgjør et mindretall, dersom dette vurderes sammen med andre kriterier, som kontroll med den selvejende institusjonens *vedtægter, budgetforhold, kommersielle dispositioner, personaleforhold mv.*

Det slås naturlig nok fast at offentlig kontroll med den selveiende institusjonens budsjett vil være en viktig faktor i vurderingen av kontrollkriteriet. Her vises det i første omgang til at dersom offentlige myndigheter har full kontroll over den selveiende organisasjonens økonomi, enten ved å utarbeide eller å skulle godkjenne organisasjonens budsjett, så betyr det en mulighet for å utøve en vesentlig innflytelse både på strategi og beslutninger. Konkurrencestyrelsen konkluderer her med at *budgetkontrollen er ensbetydende med, at kommunen har fuld kontrol med den selvejende institutions samlede økonomi.*

Også dersom selveiende institusjoner underlegges krav om løpende budsjettkontroll og regnskapskontroll fra offentlige myndigheter, så vil dette, ifølge Konkurrencestyrelsen, være *et forhold, der kan tillægges positiv betydning ved en vurdering af, om der udøves kommunal kontrol over den selvejende institution*. Det samme gjelder dersom de selveiende institusjonenes økonomi knytter seg til offentlige myndigheter ved å anvende de samme styringssystemer for økonomi, lån og visitasjon/dokumentasjon. Det er pekt på at det kan overveies om offentlige myndigheters mulighet til å kreve faglig kontroll, blant annet gjennom overholdelse av visse kvalitetsstandarder, også *kan inddrages*

¹⁸⁷ Konkurrencestyrelsen vejledende udtalelse. 2010.

¹⁸⁸ Sak C-324/07, Coditel, premiss 14.

ved vurderingen af kontrollkriteriet. Det pekes også på at dersom den selveiende institusjonen må ha offentlige myndigheters samtykke for å gjøre økonomiske disposisjoner og å foreta strategiske beslutninger, vil dette *kunne fremhæves*, i forbindelse med en vurdering av om en kommune har kontroll over institusjonen.

Som antydnet innledningsvis er det uklart hvordan danske myndigheter vurderer bruken av in-house i forhold til kontrollkriteriene. NFD har fått opplyst fra danske myndigheter at Konkurrencestyrelsens veiledning ikke tar høyde for EUs nye anskaffelsesdirektiv, eller nyere rettspraksis fra EU-domstolen, og at Konkurrencestyrelsen derfor har tatt veiledningen av nettet *mens den vurderer om det fremdeles er adgang til å benytte selveiende institusjoner på denne måten under det nåværende regelverket*.

14.2.4 Udbudslov¹⁸⁹

I Danmark var anskaffelsesregelverket bygget opp ved at anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene var regulert i forskrift som viste direkte til anskaffelsesdirektivet. Reglene i EU-direktivene gjaldt dermed ordrett i dansk rett, sammen med noen få forskriftsbestemmelser som presiserte enkelte av oppdragsgivers plikter etter direktivene. Det danske anskaffelsesregelverket er nylig blitt revidert i forbindelse med gjennomføringen av de tre nye anskaffelsesdirektivene i dansk rett. Udbudsloven, som trådte i kraft 1. januar 2016, erstatter dermed forskrift som inkorporerte det tidligere anskaffelsesdirektivet.

Hva gjelder forholdet til private aktører har situasjonen, som antydnet ovenfor, vært at danske myndigheter har lagt til grunn in-house begrepet. I den nye danske udbudsloven vises det, under overskriften *Undtagelser. Ordregiverinterne aftaler og kontrakter mellem ordregivere*, i §§ 12 til 16 til de bestemmelsene som fremgår av kapittel 12 i EUs nye anskaffelsesdirektiv. Dette er i tråd med det som er antydnet ovenfor om at det nye direktivet, og implementeringen av dette i udbudsloven, vil være utgangspunktet for samarbeidet mellom offentlige myndigheter og selveiende institusjoner i Danmark. Hvordan danske myndigheter ser for seg at disse reglene skal forstås, ikke minst hva gjelder kontrollkravene, vil man først få når den bebudede oppdateringen av Konkurrencestyrelsens veiledning foreligger.

14.3 Oppsummering

Som svar på mandatet for punkt 3 i denne utredningen er det redegjort for samarbeidsformer mellom offentlige myndigheter og ideell sektor, i de andre nordiske landene, som fremstår som alternativer til samarbeidsavtaler underlagt anskaffelsesregelverket. Det kan i utgangspunktet synes som det her er to spor. Det ene er samarbeidsformer hvor det må kunne konkluderes at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse, og det andre er samarbeidsformer hvor det er uklart, og uavklart, om regelverket kommer til anvendelse.

Hva gjelder det første sporet, må samarbeid gjennom økonomisk bidrag kunne sies å gå klar av anskaffelsesregelverket. Det dreier seg her ikke om en avtale om utførelse av en konkret tjeneste, men snarere om et tilskudd som skal gjøre det enklere for en ideell leverandør å utføre velferdstjenester. Også det som i Sverige betegnes som et valgfrihetssystem, og i Danmark som et godkjenningssystem, må kunne sies å falle utenfor anskaffelsesregelverket. Heller ikke her dreier det seg om inngåelse av en avtale, i det kjennetegnet her er en form for forhåndsgodkjente krav fastsatt av offentlige myndigheter, som åpner for at ideelle leverandører, som fyller kravene, kan tilby sine tjenester overfor brukerne.

¹⁸⁹ Lov nr. 1564 av 15.12.2015

Når det derimot gjelder det andre sporet er forholdet til anskaffelsesregelverket, som antydnet ovenfor noe mer uklart. Ved både driftsoverenskomster og *idéburet offentlig partnerskap* dreier det seg om en form for kontrakt mellom offentlige myndigheter og ideelle leverandører, som kan føre til at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse.

Hva gjelder driftsoverenskomster som det refereres til fra Danmark, vises det til at kontrollkravet i anskaffelsesreglementet kan komme i strid med kommunestyrelseslovens krav om at i en slik overenskomst skal offentlige myndigheter nettopp ikke føre kontroll med en ideell samarbeidspartner. Kontrollkravet i driftsoverenskomster synes å relatere til in-house regelen, og det gjøres en direkte kobling til dette kravet i anskaffelsesdirektivet ved å vise til at ved implementering av direktivet vil betingelsene for in-house regelen fremgå i den nye danske udbudsloven. Det syns med andre ord som samarbeidet i en driftsoverenskomst langt på vei forutsetter at kontrollkriteriet i anskaffelsesregelverket er fulgt.

Koblingen synes ikke å fremgå så sterkt i *idéburet offentlig partnerskap*. Det dreier seg også her om en form for avtale, men samarbeidet er beskrevet som en tredje vei mellom økonomisk bidrag og en anskaffelsesprosess. Det dreier seg heller ikke om en avtale hvor det offentlige ønsker at en ideell aktør skal gjennomføre en konkret tjeneste, men snarere om et langsiktig partnerskap hvor man i fellesskap skal løse et samfunnsproblem. Under henvisning til at *idéburet offentlig partnerskap* dekker over et bredt spekter av samarbeidsformer, og at det er vanskelig å gi en klar definisjon av et slikt partnerskap, konkluderer imidlertid Velfærdsutredningen med at det ikke er mulig å si om et slikt partnerskap er forenlig med anskaffelsesretten. Det må vurderes i hvert enkelt tilfelle, blant annet basert på hvordan ansvarsfordeling, kontroll og oppfølging er regulert.

15 Kilderegister

EU/EØS-regelverk

EØS-avtalen	Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, EØS-avtalen 1992
TEUV	Traktaten om den Europeiske Unions Virkeområde, Lisboa 2007, Treaty on the Functioning of the European Union
Directive 2004/18/EC	Directive of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, EU 2004/L134/114
Directive 2004/38/EC	Directive of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, EU 2004/L158/77
Directive 2014/24/EU	Directive of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC Text with EEA relevance, EUT 2014/L94/65

Norsk regelverk

Lover

1992	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. [EØS- loven]
1999	Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser [Anskaffelsesloven]
2016	Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser [Anskaffelsesloven]

Forskrifter

2002	Forskrift 22. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser
2006	Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser [2006 FOA]
2016	Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser [FOA]
2016	Forskrift 12. august 2016 nr. 977 om endring i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser

Forarbeider/ Norge

Innst. 358 L (2015-2016)	<i>Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)</i> https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/innstillinger/stortinget/2015-2016/inns-201516-358.pdf
Prop.51 L (2015-2016)	Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

Prop.60 L (2016-2017) Endringer i anskaffelsesloven m.m. (retting av feil)

NOU 2014:4 *Enklere regler - bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket*

NOU 2016:12 *Ideell opprydding*

Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) *Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.*

St.meld. nr. 39 (2006-2007) *Frivillighet for alle*

Rettspraksis fra EU-domstolen

Case C-105/92	Stephan Max Wirth v Landeshauptstadt Hannover	ECLI:EU:C:1993:916
Case C-70/95	Sodemare SA and others vs. Regione Lombardia	ECLI:EU:C:1997:301
Case C-107/98	Teckal Srl vs Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia	ECLI:EU:C:1999:562
Case C-380/98	The Queen v H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge	ECLI:EU:C:2000:529
Case C-157/99	B.S.M. Geraets-Smits v Stichting Ziekenfonds VGZ and H.T.M. Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen	ECLI:EU:C:2001:404
Case C-237/99	Commission vs. France	ECLI:EU:C:2001:70
Case C-385/99	V.G. Müller-Fauré v Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA and E.E.M. van Riet v Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen	ECLI:EU:C:2003:270
Case C-413/99	Baumbast and R v Secretary of State for the Home Department	ECLI:EU:C:2002:493
Case C-475/99	Firma Ambulanz Glöckner vs. Landkreis Süd-Westpfalz	ECLI:EU:C:2001:577
Case C-280/00	Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht	ECLI:EU:C:2003:415
Case C-456/02	Michel Trojani v Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)	ECLI:EU:C:2004:488
Case C-26/03	Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und	ECLI:EU:C:2005:5

Energieverwertungsanlage TREA Leuna

Case C-458/03	Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG	ECLI:EU:C:2005:605
Case C-372/04	Yvonne Watts v Bedford Primary Care Trust and Secretary of State for Health	ECLI:EU:C:2006:325
Case C-76/05	Herbert Schwarz and Marga Gootjes-Schwarz v Finanzamt Bergisch Gladbach	ECLI:EU:C:2007:492
Case C-318/05	Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany	
Case C-444/05	Aikaterini Stamatelaki v NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmaton (OAEE)	ECLI:EU:C:2007:231
Case C-11/06 and C-12/06	Rhiannon Morgan v Bezirksregierung Köln (C-11/06) and Iris Bucher v Landrat des Kreises Düren (C-12/06)	ECLI:EU:C:2007:626
Case C-480/06	Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany	ECLI:EU:C:2009:357
Case C-324/07	Coditel Brabant SA vs. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale	ECLI:EU:C:2008:621
Case C-402/07 and C-432/07	Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon and Alana Sturgeon v Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) and Stefan Böck and Cornelia Lepuschitz v Air France SA (C-432/07)	ECLI:EU:C:2009:716
Case C-22/08 and C-23/08	Athanasios Vatsouras (C-22/08) and Josif Koupatantze (C-23/08) v Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900	ECLI:EU:C:2009:344
Case C-160/08	Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany	
Case C-271/08	European Commission v Federal Republic of Germany	ECLI:EU:C:2010:42614
Case C-305/08	Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v Regione Marche	ECLI:EU:C:2009:807
Case C-173/09	Georgi Ivanov Elchinov v Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa	ECLI:EU:C:2010:336
Case C-574/12	Centro Hospitalar de Setúbal, EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) v Eurest Portugal — Sociedade Europeia de Restaurantes Lda	
Case C-113/13	Azienda sanitaria local n. 5 Spezzino and others vs. San Lorenzo Soc. Coop. Sociale Onlus and Croce	ECLI:EU:C:2014:2440

Verde Cogema cooperative social Onlus

Case C-50/14 Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) and others vs. Azienda Sanitaria Locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4), Regione Piemonte ECLI:EU:C:2016-56

Case C-410/14 Falk Pharma ECLI:EU:C2016:399

Forslag til avgjørelser fra generaladvokaten

Case C-113/13 Forslag til avgjørelse av generaladvokat Wahl (Spezzino)

Case C-70/95 Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Fennelly (Sodemare)

Avgjørelser fra EFTAs overvåkningsorgan

E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund against the EFTA Surveillance Authority 04.04.2007

248/10/COL Complaint against Norway concerning the procurement of child care services 21.06.2010
<http://www.eftasurv.int/media/public-documents/551991.pdf>

Oslo byfogdembete

16-126305TVI-OBYF, avgjørelsen ble rettskraftig 26. oktober 2016

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

2003/228 Barnebygg AS mot Nannestad kommune

2005/180 Norske rehabiliteringsinstitusjoner mot Helse- og omsorgsdepartementet

2010/364 Bufetat Region Øst

2011/85 Norges skøyteforbund

2011/312 Kulturminne

2015/57 Oppføring av omsorgsboliger

Dokumenter fra EU-organer

01.08.2006 Kommisionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, EU-kommisjonen
 der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke
 eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne, EU-tidende
 2006 nr. 179
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=OJ:C:2006:179:TOC>

20.12.2011	COM/2011/0896: Forslag til Europaparlamentets og Rådets direktiv om offentlige innkjøp http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&from=EN	EU-kommisjonen
20.01.2012	2011/0438 (COD): Cluster 2: Strategic use of Public Procurement http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5369-2012-INIT/en/pdf	Rådet
25.02.2012	ESA Guidelines, Part VI: Rules on public service compensation, state ownership of enterprises and aid to public enterprises http://www.eftasurv.int/media/state-aid-guidelines/Part-VI---Compensation-granted-for-the-provision-of-services-of-general-economic-interest.pdf	
29.04.2013	Commssion staff working document: Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf	EU-kommisjonen
29.04.2013	Uttalelse fra Europakommisjonen om tjenester av allmenn økonomisk interesse http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf	Europakommisjonen
11.12.2014	Press release 14/173, <i>Emergency ambulance services may be entrusted on a preferential basis and by direct award to voluntary associations</i> , Luxembourg, 11.12.2014 http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/appliation/pdf/2014-12/cp140173en.pdf	EU-domstolen
27.10.2015	Brev fra ESA til NFD http://www.eftasurv.int/press--publications/public-documents/download/960ecfab8c600c6a3936210cb57e1a8e	EFTA's Surveillance Authority
23.11.2015	Brev fra NFD til ESA http://www.eftasurv.int/press--publications/public-documents/download/f9152de29d5f5905210fb714c0a6be1e	Nærings- og Fiskeridepartementet
02.03.2016	Brev fra ESA til NFD http://www.eftasurv.int/press--publications/public-documents/download/43c91a912a5be7adf74a93e4dff141bb	EFTA's Surveillance Authority
30.03.2016	Brev fra NFD til ESA http://www.eftasurv.int/press--publications/public-documents/download/61823a9f107667622a1bec26c41a3e57	Nærings- og Fiskeridepartementet

10.05.2016	Brev fra ESA til NFD http://www.eftasurv.int/press--publications/public-documents/download/0f2afaf54e86b88a7cf519cedd9713c4	EFTA's Surveillance Authority
21.06.2016	Brev fra NFD til ESA http://www.eftasurv.int/press--publications/public-documents/download/532b83ac36acc118f5f0249fd7ce60de	Nærings- og Fiskeridepartementet
08.09.2016	Brev fra ESA til NFD http://www.eftasurv.int/press--publications/public-documents/download/930891a83ccc41e2bach737855ac0a5d	EFTA's Surveillance Authority
10.10.2016	Brev fra NFD til ESA http://www.eftasurv.int/press--publications/public-documents/download/bd48a0865f3f581a25b9b4fc70a38fd4	Nærings- og Fiskeridepartementet
18.01.2017	Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the EEA Agreement http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/EFTA-Surveillance-Auhtority-Guidelines-on-the-notion-of-State-aid.pdf	

Dokumenter fra offentlige organer/Norden

SOU 2013:12	<i>Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling, Bilag 20, Rättsutredning avseende frågan om att reservera upphandlingskontrakt till icke-vinstsyftande företag/organisationer</i>	
SOU 2015:24	<i>En kommunallag för framtiden</i> http://www.regeringen.se/49bb0f/contentassets/98220fbc7a8e410a9eae1665f3ac9443/en-kommunallag-for-framtiden-del-1-av-2-sou-201524 http://www.regeringen.se/49bb0f/contentassets/98220fbc7a8e410a9eae1665f3ac9443/en-kommunallag-for-framtiden-del-2-av-2-sou-201524	
SOU 2016:78	<i>Ordning och reda i välfärden</i> http://www.regeringen.se/contentassets/da2ccefb5dc84389b79b48b06a5e000a/ordning-och-reda-i-valfarden-sou-201678	
Yttrande	Konkurrensverket, 16. februar 2017, Dnr 710/2016 1 (11)	
Notat, 02.02.2010	<i>In-house begrebets betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner</i> http://www.nohr-con.com/uploads/documents/konkurrencestyrelsen/vejledende_udtalelse_inhouse_begrebets_betydning_for_kommunal_aftaleindgaelse_med_selvejende_institutioner.pdf	Konkurrencestyrelsen (DK)

Fortolkningsuttalelse, 09.09.2010	<i>Oljedirektoratets innkjøp fra PETRAD – kommer lov om offentlige anskaffelser til anvendelse?</i> https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_OD_PETRAD.pdf	Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet
Høringsbrev, 21.03.2012	<i>Høring – unntak for utøvelse av offentlig myndighet i forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften</i> https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-unntak-utovelse/id675864/	Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet
Rapport 2013	Dansk Erhverv. Kommunestyreløven § 2. Guide til indgåelse og fortolkning af driftsoveneskomster. 2013	
Veileder 2013:2	<i>Veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester</i> https://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelsers/files/Difis%20veileder%20for%20anskaffelser%20av%20helse-%20og%20sosialtjenester.pdf	Direktoratet for IKT og Forvaltning
Utredning 02.06.2014	Fritt brukervalg for pleie- og omsorgstjenester, se Utredning på oppdrag fra Kommunenes sentralforbund	Advokatfirma Kluge
Rapport 04.06.2014	Kompensasjon av ideelle leverandørers kostnader ved å ha offentlig tjenestepensjon – forholdet til EØS-avtalens statsstøtteregele	ALT Advokatfirma
Nyhetsbrev, 06.07.2014	<i>Sejersted-rapporten klar</i> https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Sejersted-rapporten-klar/id765116/	Nærings- og Fiskeridepartementet
EØS-notat 18.04.2016	<i>Direktiv om offentlige anskaffelser</i> https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2011/nov/direktiv-om-offentlige-anskaffelser/id2434771/	Nærings- og Fiskeridepartementet
Pressemelding 18.08.2016	<i>Enklere anskaffelsesregler</i> https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/enklere-anskaffelsesregler/id2509306/	Nærings- og Fiskeridepartementet
Rapport desember 2016	Gjennomgang av Utenriksdepartementets tildeling og forvaltning av tilskudd til ILPI gjennom prosjektet QZA-11/0341 Nuclear Weapons Project https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/tilskudd/rapport_ilpi.pdf	Sentral kontrollenhet
Rapport 2016	Forum Idéburna organisationer med social inriktning. Idéburet offentlig partnerskap – vilka muligheter erbjuder EU-rätten. 2016.	
Avtale 2015	Rammeaftale for samarbeidet mellem Socialforvaltningen i Københavns kommune og de selvejende tilbud av 25. februar	

2015
Samarbeids- Samarbeidsavtalen mellom regjeringen og ideell sektor:
avtale <https://www.regjeringen.no/contentassets/15fced45f5e34f4ab036cb51c559b532/signert-samarbeidsavtale-med-ideell-sektor.pdf>

Litteratur

- Arnesen, F. og Wiggen, J. [2008] Barnevern og EØS, Perspektiv 02/08, Stortingets Utredningsseksjon
- Arrowsmith, S. [2014] The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK, Volume I (3. utgave)
- Aschieri, A. [2016] Legal and Factual Background of the Spezzino Judgment (C-113/13): Inconsistencies and Advantages of the Special Role Played by Voluntary Associations in the Functioning of the Italian Social Protection Systems, 1. utgave s 6-13
- Brown, A. [2016] The direct award of ambulance services to voluntary organisations in Italy, revisited: case C-50/14 CASTA, *Public Procurement Law Review*, 3. utgave s NA72-76
- Caranta, R [2014] Mapping the margins of EU public contracts law: covered, mixed, excluded and special contracts, I: *Modernising Public Procurement: The New Directive*
- Caranta, R [2016] After Spezzino (Case-C-113/13): A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 1. utgave s 14-21
- Dougan, M. [2006] The constitutional dimension to the case law on Union citizenship, 31 EL Rev. (2006) p 640
- Dragsten, H. M. [2013] Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger
- Eriksen, C. C. [2015] Reglene om egenregi: Anskaffelsesrettslig ramme for organisering av kommunal virksomhet og det offentliges samarbeid med ideelle organisasjoner i velferdssektoren – Juridisk betenkning avgitt til Fagforbundet
<file:///Users/runa/Downloads/Kommuner-Egenregi140515.pdf>
- Fenger, N. [2004] Forvaltning og Fællesskab: Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens
- Fløistad, K. [2016] Associated, Adapted and almost Assimilated. The European Economic Area Agreement in a revised EU constitutional framework for welfare services, Ph.D., European University Institute.
- Goller, M. [2015] Handlingsrom for bruk av ideelle organisasjoner, notat til Ide- elt Nettverk fra advokatfirmaet Wiersholm, vedlegg til høringssvar fra Ideelt Nettverk til Nærings- og Fiskeridepartementet av 17.06.2015
<https://www.regjeringen.no/contentassets/fc22c5b0590a4cefb69dd8660c9b425d/ideelt-nettverk.pdf>
- Graells, A. S. [2015] Public Procurement and the EU Competition Rules, Oxford

Graells, A. S. [2016] Competition and State Aid Implications of the Spezzino Judgment (C- 113/13): The Scope for Inconsistency in Aid Assessments for Voluntary Organisations Providing Public Services, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 1. utgave s 31-38

Hansen, C. R. [2012] Contracts not recovered or not fully covered by the Public Sector Directive

Hervey, T. K. og McHale, J. V. [2015] *European Union Health Law: Themes and Implications*
https://books.google.no/books?id=6JGzCwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=no&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

McGowan, D. [2015] Does the reservation of ambulance services to voluntary organisations on a cost reimbursement basis give rise to a public service contract? *Public Procurement Law Review* (2015), 3rd edition (quoted from Westlaw)

Prosser, T. [2005] *The limits of competition law: markets and public services*, published to Oxford Scholarship online

Prosser, T. [2010] *EU Competition Law and Public Services*, in Mossialos, E., Permanand, G., Baeten, R. and Hervey, T. (eds), *Health Systems Governance in Europe: The Role of EU Law and Policy*, Cambridge University Press

Ross, M. [2000] Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation, *E. L. Rev.* 25 (1) 2000, p 22-38

Ross, M. [2007] Promoting Solidarity: from public services to a European model of competition, *CML Rev* (44) 2007, p 1057-1080

Segaard, S. B. og Saglie, J. *Education and elderly care in Denmark, Norway and Sweden: National policies and legal frameworks for private providers*. I K. H. Sivesind & J. Saglie (red.), *Promoting active citizenship? Markets and choice in Scandinavian welfare*. London: Palgrave Macmillan.

Sejersted, F., Arnesen, F., Rognstad, O. A. og Kolstad, O. [2011] *EØS-rett*

Sejersted, F. [2014] Rettslig vurdering av om unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres
<https://www.regjeringen.no/contentassets/cada61a19bab448ba0c35ba4a0756fcb/sejersted.pdf?id=2271254>

Sivesind, K. H. *The changing role of for-profit and non-profit welfare provision in Norway, Sweden and Denmark*. I K. H. Sivesind & J. Saglie (red.), *Promoting active citizenship? Markets and choice in Scandinavian welfare*. London: Palgrave Macmillan.

Smith, S. [2014] Articles 74 to 77 of the 2014 Public Procurement Directive: The New "Light Regime" for Social, Health and Other Services and a New Category of Reserved Contracts for Certain Social, Health and Cultural Services Contracts, *Public Procurement Law Review*, 4. utgave s 159-168

Sylvan, M [2016] Do EU Rules on Public Procurement Apply to Tax-funded Welfare Services? (2016) 25 *P.P.L.R.*, issue 6, s. 253-272. Denne artikkelen bygger på Malmø-rapporten, *Upphandling av skattfinansierede valfardstjenester – en utredning for Malmø stad*

Syrpis, P. [2015] The relationship between primary and secondary law in the EU, CMLRev 52, p 461-488

Sørensen [2011] Reconciling secondary legislation with the Treaty rights of free movement, 36 EL Rev (2011), p 344

Telles, P. [2016] The Impact of the Spezzino Judgment for Third Sector Organisation, European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 1. utgave s 22-30

Thue, A, Buan, A. Brun, K. R. [2013] Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer

Trætteberg, H. D. og Sivesind, K. H. [2015] Ideelle organisasjoners særtrekk og merverdi på helse- og omsorgsfeltet, Senter for forskning på sivilsamfunn og frivillig sektor Bergen/Oslo
https://www.regjeringen.no/contentassets/fe5c39d8a7664f7895dbba29bf350173/ideelle_organisasjoners_saertrekk_og_merverdi_innenfor_helse-og_omsorgsfeltet_2015-2.pdf

Wiggen, J. [2013] Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor: Kontraktsbegrepets grenser

Annet

Utredning på oppdrag fra Kommunenes sentralforbund, advokatfirma Kluge

Fortolkningsuttalelse 9. september 2010 fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet

Commission staff working paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities ('public-public cooperation') SEC (2011) 1169 final

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_en.pdf

FADs Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, oppdatert 2013