

Til Nærings- og fiskeridepartementet.

17. juni 2015

Lov/forskrift om offentlige anskaffelser - hørings svar fra Ideelt Nettverk

Ideelt Nettverk takker for anledningen til å gi høringsuttalelse.

Ideelt Nettverk er et samarbeidsnettverk for organisasjonene:

NKS Kløverinstitusjoner	Blå Kors Norge	Frelsesarmeen
Kirkens Bymisjon		
Kirkens sosialtjeneste	Landsforeningen for Hjerte- og lungesyke	
Lukas Stiftelsen	Manifestsenteret	
Stiftelsen Betanien Oslo	Stiftelsen Betanien Alta	
Fransiskushjelpen	Furukollen psykiatriske senter	
Nordre Aasen – støttelaget for utviklingshemmede i Oslo		
P22	Stiftelsen Kraft	

Vår uttalelse følger opp uttalelsen vi gav til Forenklingsutvalgets innstilling i oktober 2014. Ideelt Nettverk foreslo der at det lages en egen forskrift (eller et eget kapittel i forskriften) som handler om helse og sosialtjenester.

Vi har merket oss at departementet henviser utformingen av egne regler for «sosiale og andre spesifikke tjenester», terskelverdier samt regelverk for anskaffelser under terskelverdiene til egen prosess høsten 2015. Vi forutsetter da at det gis mulighet til å komme med innspill også til dette arbeidet – jfr. Samarbeidsavtalen mellom regjeringen og de ideelle organisasjonene.

Våre kommentarer her handler derfor om utformingen av de overordnede bestemmelsene i lovforslaget og de generelle regler som er særlig relevante for de ideelle organisasjonenes arbeidsfelt og viktige for å gi ideelle organisasjoner gode og forutsigbare rammebetingelser.

Et hovedanliggende for de ideelle organisasjonene er at vi samlet sett får et regelverk som gir mulighet for å videreutvikle det brede spekter av samarbeidsformer og kontraktstyper som i dag er innarbeidet for disse organisasjonene. Disse samarbeidsformene inkluderer både tjenestekjøp basert på offentlige anskaffelser og partnerskap basert på offentlige støtte.

Sett under ett bør dette regelverket fortsatt gi et stort handlingsrom for hvilke samarbeidsform som er hensiktsmessig å velge både utfra oppgavens/tjenestens art, samfunnets leveringssikkerhet, lokal situasjon i kommunene, hensynet til innovasjon og utviklingen i tjenestene og til enklest mulig saksbehandling.

Lovens § 6 – Miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold.

Vi er glade for at departementet fremholder at loven ikke bare skal regulere spillereglene ved gjennomføring av konkurranser, men være et viktig virkemiddel for å ivareta miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som det ut fra overordnede samfunnshensyn og politiske mål bør tas inn i planlegging, gjennomføring og oppfølging av anskaffelsene – uansett anskaffelsesområde.

Departementet viser til at det nye EU-direktivet har dette som ett av sine perspektiver når det gjelder å nå 2020-målet om «smart, sustainable and inclusive growth». Det er dermed ikke noe i EUs regler som hindrer Norge i å utforme en ambisiøs lov der gode og innovative anskaffelser samtidig gir mer bærekraftige miljøløsninger og forbedrer sosiale forhold.

Den norske loven bør derfor pålegge oppdragsgiverne å etterspørre nye modeller som representerer miljømessige og sosiale «merverdier» og som går utover minstekrav og gårsdagens løsninger. Dette bør framgå både av begrunnelsen for lovteksten og i forskriften der begrepene som brukes bør bli nærmere forklart.

Også det danske forslaget til ny «udbudslov» gir klart uttrykk for at offentlige innkjøp skal brukes «strategisk» for å håndtere velferdstatens nye utfordringer. Loven skal gi prosedyrer for hvordan innkjøp gjennomføres, men ikke legge begrensninger på hva som skal kjøpes inn. Ideelt Nettverk mener dette perspektivet er viktig for hindre en for snever forståelse av hva som i en konkret leveranse kan defineres som «kontraktens gjenstand».

I høringsnotatet om endringer i lov om offentlige anskaffelser er forslaget til ny §6 utformet slik:

§ 6. Miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold

“Statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger. Disse oppdragsgiverne skal også ha etablert egnede rutiner for å ivareta hensynet til grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter.

Oppdragsgiver kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen slik at offentlige kontrakter inngås og gjennomføres på en måte som fremmer hensyn til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold, forutsatt at disse kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen.”

Kommentarer til forslaget:

I første del av forslaget brukes «skal», mens det i andre avsnitt brukes «kan» uten at det gis en utdypende forklaring på nyansene i dette.

Forholdet mellom første og annet avsnitt er også uklart når det gjelder ”miljø”. Å redusere miljøpåvirkning og å fremme klimavennlige løsninger er også ”miljøtiltak”. Hvilke sider ved miljøet gjenstår da for ”kan-løsningen” i paragrafens andre del? – alternativt, er «skal» formuleringen for miljø uten annet innhold enn de minimumskrav som uansett er definert i annet relevant lovverk?

Det er også uklart hva «arbeidsforhold» handler om utover grunnleggende menneskerettigheter og hvordan begrepet «sosiale forhold» skal forstås, – som et begrep som omfatter mer enn «arbeidsforhold». Det er dessuten viktig at «sosiale forhold» forstås slik at det inkluderer både individ, gruppe og samfunnsnivå (lokalt, regionalt, nasjonalt).

Som et bidrag til det videre arbeidet tillater vi oss å foreslå en alternativ formulering til § 6:

Statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger.

Disse oppdragsgivere skal også vurdere hvordan hensynet til andre sosiale forhold - herunder arbeidsforhold - som kan ha tilknytning til leveransen kan tas hensyn til.

Oppdragsgivere som velger å ikke inkludere miljø- og sosiale hensyn i anskaffelsen, skal begrunne dette.

Oppdragsgiverne skal også ha etablert egnede rutiner for å ivareta hensynet til grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter.”

Oppdragsgiver kan stille egnede krav og kriterier til alle trinn i anskaffelsesprosessen.

Begrunnelse:

Ideelt Nettverk mener innholdet kommer bedre fram ved å behandle miljø, sosiale hensyn og hensynet til menneskerettigheter i egne avsnitt. Det er viktig at «skal-formuleringen» også gjelder «sosiale hensyn» - ikke bare miljøhensyn og menneskerettigheter. Miljøhensyn og sosiale hensyn handler ikke bare om å unngå eventuelle skadelige bivirkninger av en anskaffelse, men om å skape samfunnsmessige «mer»verdier, gjennom anskaffelsenes potensiale for positive ringvirkninger.

Den engelske og skotske lovgivningen ivaretar dette ved at slike samfunnshensyn «skal» vurderes i alle anskaffelser (over en viss størrelse), men det overlates til oppdragsgiver å vurdere hvordan dette skal komme konkret til uttrykk i hver enkelt anskaffelse. Kravet til en begrunnelse i tilfeller der man av en eller flere grunner reduserer ambisjonsnivået, gir muligheter for innsyn og styrker muligheten for demokratiske prosesser.

At «sosiale hensyn» ved enhver anskaffelse forankres i §6 er et viktig grunnlag for hvordan regelverket for «sosiale og andre spesifikke tjenester» skal utformes. «Sosiale hensyn» handler om den type samfunnsmessig verdiskapning som ideelle organisasjoner har særlige forutsetninger for å bidra med. Men organisasjonene er avhengig av at sosiale hensyn etterspørres i konkurransegrunnlaget. Hvis ikke vil slike hensyn ikke kunne bli tillagt vekt i konkurransen.

Forskriften.

Forskriften bør etter vår mening gi en nærmere avklaring av de spørsmål som vi har reist i forbindelse med Lovens § 6. (se forrige kapittel).

Ideelt Nettverk har i forbindelse med denne høringen og som en utdyping av professor Fredrik Sejersteds notat til Nærings- og fiskeridepartementet juni 2014, bedt advokatfirmaet Wiersholm v/advokat Morten Goller om å gi en rettslig vurdering av hvilket handlingsrom norske myndigheter har til å samarbeide med ideelle organisasjoner om helse og sosialtjenester innenfor EUs nye regelverk og i forhold til «de fire friheter». Vi viser til dette notatet underveis og vedlegger notatet i sin helhet.

Unntak for samarbeid i offentlig sektor – egenregi/utvidet egenregi

§ 2-8 om **Utvidet egenregi** dreier seg, slik vi leser forslaget, bare om forholdet mellom offentligrettslige organer. Den norske forståelse av «utvidet egenregi» omfatter derfor tilsynelatende ikke den danske modellen der privatrettslige «selvejende institusjoner» er inkludert i ordningen.

Ideelt Nettverk har tidligere oversendt til departementet materiale om dette. Etter Ideelt Nettverks oppfatning bør dette være en av de samarbeidsformene som det offentlige og ideelle organisasjoner kan ta i bruk her i Norge, når partene finner dette hensiktsmessig.

I Norge er det på helse og sosialfeltet en rekke kontraktsforhold mellom det offentlige og ideelle organisasjoner som ikke er konkurranseutsatt – både innen spesialisthelsetjenesten og drift av sykehjem. For de ideelle organisasjonene er det viktig at muligheten til å videreføre slike kontraktsformer i størst mulig grad ivaretas i det nye norske regelverket og at det gis en tydelig hjemmel i forskriften for dette.

Advokat Morten Goller gjennomgår i sitt notat forutsetningene for vertikale og horisontale samarbeidsmuligheter knyttet til «utvidet egenregi». Vi viser til notatet og ber om at de muligheter som her påpekes inkluderes i forskriften.

Muligheten til å dele opp kontrakter.

Denne muligheten er viktig fordi den gjør det lettere for små og mellomstore virksomheter til å delta i konkurransen om kontrakter. For ideelle organisasjoner vil bestemmelsen kunne ha betydning for at flere organisasjoner kan få muligheten til å delta i utviklingen av kontrakter knyttet til for eksempel arbeidsintegrerende tiltak. Ideelt Nettverk støtter forslaget om at oppdragsgiver skal opplyse om begrunnelsen dersom det ikke tilrettelegges for dette i den enkelte anskaffelse.

Bruk av underleverandører.

På deler av helse og sosialfeltet, vil en utvikling som åpner for utstrakt bruk av underleverandører kunne undergrave muligheten for å bygge opp gode fagmiljøer og dermed kvaliteten i tjenestene overfor brukerne. Det er derfor viktig at de generelle bestemmelsene på dette området sees i sammenheng med utforming av regelverket for «sosiale tjenester». Ideelt Nettverk vil komme tilbake til dette til høsten når disse reglene skal utformes.

Muligheten for reserverte kontrakter.

Advokat Morten Goller går i sitt notat grundig inn i hvilke muligheter dagens EU-rett gir for å reservere eller prioritere ideelle organisasjoner ved tildeling av kontrakter for helse- og sosialtjenester. Blant annet gjennomgår EU-domstolens avgjørelse i sak C-113/13 (Spezzino) og betydningen av denne avgjørelsen som et unntak i forhold til gjennomføringen av «de fire friheter». Ifølge Goller (se notatet side 4, 5. avsnitt) er det under nåværende regler mulig for oppdragsgiver å gjennomføre begrensede konkurranser eller gjøre direkte anskaffelser fra ideelle organisasjoner dersom det, i forhold til den enkelte kontrakt/kontraktstype, begrunnes i

å realisere myndighetens målsetninger innenfor helse- og sosialsektoren, og bidra til felleskapets beste og økonomisk effektivitet.

Goller mener at det nye EU-direktivet ikke innebærer endringer når det gjelder muligheten for denne type konkrete unntak i forhold til prinsippene «de fire friheter» og at utformingen

av en norsk forskrift for helse- og sosialtjenester (artikkel 74 – 77) kan utformes med dette som utgangspunkt (dog med visse begrensninger). Det vises til notatets hovedkonklusjoner side 1, og den videre redegjørelse for disse. .

Ideelt Nettverk ber om at innspillene i Morten Gollers notat tas med i det videre arbeid med utforming av forskrift for «sosiale og andre spesifikke tjenester».

Ideelt Nettverk har dessuten følgende konkrete innspill når det gjelder reserverte kontrakter i henhold til artikkel 77 og til forslaget i forskriftens § 5-8.

- Når det gjelder artikkel 77 mener vi at denne bør tas inn i den norske forskriften. Artikkelen er gjenstand for atskillig diskusjon i andre EU-land og begrensningene den gir ved at bare «nye» organisasjoner kan gis slike reserverte kontrakter, - og bare for 3 år (og så aldri mer?) virker kunstig trange. Vi må derfor vente at det vil utvikle seg betydelig praksis på dette i årene fram til artikkelen skal evalueres og revurderes (2019 og denne praksis kan gi grunnlag både for å utvide og innskrenke adgangen til å gi inngå slike kontrakter.

Vi er enige med departementet i at artikkelen kan være av betydning for såkalte «sosiale entreprenørskapstiltak» som trenger en beskyttet periode på vei mot selvstendig økonomisk bærekraft. Når det gjelder sosiale entreprenørskapstiltak som har sysselsetting som sitt formål, er også § 5-8 viktig. Dette bør imidlertid ikke føre til at artikkel 77 ikke tas inn i forskriften.

Siden artikkel 77 er del av det «lette regimet» forslår vi at den inkluderes i det videre arbeidet med dette høsten 2015. På helse og sosialfeltet er modeller for «Samskaping» (Innovasjon i omsorg) der brukere, pårørende, frivillige, ideelle/frivillige organisasjoner, hjelpeapparat og eventuelt lokalt næringsliv danner en koalisjon for å utvikle nye typer tiltak, blant de nye arbeidsformer som et samlet regelverket må gi åpning for.

Vi viser her også til departementets arbeid med en veileder for «offentlige tilskudd». Det er viktig å se alle disse mulighetene i sammenheng.

- § 5-8 Reserverte kontrakter for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer. Dette kan representere en viktig mulighet for etablere arbeidsmuligheter for funksjonshemmede og andre grupper som er ekskludert fra å delta i arbeidslivet og vil kunne stimulere til sosialt entreprenørskap.

Denne typer arbeidstiltak har også behov for langsiktige og forutsigbare rammebetingelser.

- Det bør derfor avklares at det er mulig å inngå langsiktige avtaler med slike virksomheter og at man ikke er begrenset av den 3-årsreglen som følger av artikkel 77.
- Det er også viktig å avklare forholdet til regelverket om offentlig støtte slik at eventuelle støtteordninger som bidrar til at slike tiltak blir etablert og varige kompensasjonsordninger (for eks. lønnstilskudd) ikke strider mot EU-reglene om ulovlig statsstøtte.

Ideelt Nettverk antar at et av motivene for denne reservasjonsmuligheten fra EUs side er at den bidrar til å oppfylle FN's erklæring om funksjonshemmedes rettigheter som EU har sluttet seg til og videreført blant annet gjennom sitt program «social business alternative» som har en høy prioritet i EU-2020 strategien. Det er viktig at det norske regelverket følger opp både de muligheter og de føringer som EUs regelverk vil gi på

dette området framover og hvordan dette blir implementert i nasjonale strategier. Et eksempel er den nye danske loven om «socialøkonomiske virksomheder» som trådte i kraft 1. januar 2015.

Vi mener det er av betydning at denne sammenhengen til FN-erklæringen synliggjøres i den norske forskriften. FN-erklæringens artikler bidrar til å belyse de sosiale forhold som loven skal bidra til å ivareta gjennom måten anskaffelsen gjennomføres på, - slik som sosial inkludering på arbeidsplassen/i lokalsamfunnet og styrke den enkeltes/familiens sosiale kapital.

Denne type klargjøring er viktig for alle de ideelle organisasjoner som arbeider med å inkludere folk som er utenfor arbeidslivet gjennom arbeidstiltak av ulike slag. Dette er et felt som er i stor endring og som trenger et gjennomtenkt og helhetlig regelverk, - jfr det videre arbeidet med utformingen av reglene for «sosiale og andre spesifikke tjenester».

Klargjøre mulighetene til å benytte lange og/eller løpende avtaler.

Blant de eksistensielle spørsmål som har skapt hodebry for aktører på helse og sosialfeltet, er muligheten for å inngå lange (og løpende) tjenestekontrakter begrunnet i tjenestens karakter, langsiktige investeringer i infrastruktur og kompetanseoppbygging. Det er viktig at disse mulighetene tydeliggjøres i forskriften.

Forenklingsutvalget har for øvrig påpekt at muligheten for lange avtaler for helse og sosialtjenester under det nye direktivet også gjelder rammeavtaler.

Innovasjonspartnerskap.

Ideelt Nettverk støtter at det generelt legges til rette for slike partnerskap i det videre arbeidet med utvikling av produkter og tjenester. Innovasjonspartnerskap vil kunne gi viktige muligheter for ideelle organisasjoner på helse og sosialfeltet til å delta i innovasjon og utviklingssamarbeid med det offentlige og med andre partnere eller interessentgrupper – jfr ideene om «samskaping» og sosialt entreprenørskap. Det er derfor viktig at utforming av de generelle reglene i forskriften sees i sammenheng med det regelverket som skal utvikles for «sosiale og andre spesifikke tjenester». Vi vil ønske å gå nærmere inn på dette i det videre arbeid med forskriften høsten 2015.

Kvalifikasjonskrav/Kravspesifikasjoner/tildelingskriterier.

Forholdet mellom disse begrepene i en anbudskonkurranse kan være vanskelig å forstå. I § 12-1 angis hva som er lovlige krav og i 12-5 listes opp mulige krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. Dette aktualiseres ved at lovens §6 sier at man ved offentlige anskaffelser skal/kan ivareta miljømessige og sosiale hensyn.

Ett eksempel er om og i hvilken grad det skal være mulig å stille krav til at de leverandører som deltar i konkurransen må oppfylle visse sosiale klausuler – for eksempel en gitt andel av medarbeiderne som har funksjonshemninger/er vanskeligstilte på arbeidsmarkedet. Eller om og i hvilken grad annen «sosial merverdi» skal kunne etterspørres og tillegges vekt.

I § 5-8 heter det at oppdragsgiver kan begrense konkurransen til virksomheter som har minst 30% slike ansatte. Bestemmelsen er i det tilfellet en betingelse for å kunne delta i konkurransen – dvs. et kvalifikasjonskrav.

Dette reiser en rekke spørsmål:

- kan det tenkes at også en lavere % kan benyttes som del av de norske reglene for sosiale tjenester – eller utelukkes dette ved at de generelle reglene har satt kravet til 30%?
- Kan oppdragsgiver i stedet legge denne klausulen inn som et tildelingskriterium – jo flere vanskeligstilte arbeidstakere, dess høyere «kvalitetsscore»?
- Når det gjelder «sosiale og andre spesifikke tjenester» skal nasjonalstaten ha et større rom for å ivareta nasjonale/kulturelle/sosiale hensyn enn på andre områder. Muligheten til å ivareta blant annet helsemessige og sosiale forhold er da ventelig ganske så åpne så lenge grunnprinsippene om gjennomsiktighet/likebehandling ivaretas. Er det for slike tjenesters vedkommende mulig å legge inn krav til sysselsetting av vanskeligstilte i konkurransen? – eller andre former for samfunnsrettet aktivitet? – for eksempel knyttet til den såkalte aktivitetsplikten for sosialhjelpsmottakere.

Ideelt Nettverk mener det er nødvendig å komme tilbake til en nærmere klargjøring av slike spørsmål.

Vi viser til notatene fra Morten Goller og Fredrik Sejersted som peker på at det finnes et stort politisk og juridisk legitimt handlingsrom for offentlige anskaffelser av helse og sosialtjenester der konkurransen kan tilrettelegges slik at de ideelle organisasjonenes samfunnsbidrag blir etterspurt og verdsatt. Dette må både synliggjøres i utformingen av forskriften og på veiledernivå.

Disse notatene peker dessuten på det handlingsrommet som baserer seg på tilskudd og Wiersholms notat går nærmere inn på kjennetegn ved de avtaler som da må inngås for ikke å bli «gjensidig bebyrdende». Vi mener det er fornuftig å utrede gråsonen mellom regelverkene for offentlige anskaffelser og offentlig støtte parallelt framover og er glade for at departementet synes å være innstilt på dette.

Vennlig hilsen
Ideelt Nettverk



Mette Kalve
Direktør i Kløverinstitusjonene AS

Terje Kaupang (sign)
Seniorrådgiver, Kirkens Bymisjon Oslo

Vedlegg:
Notat fra Wiersholm/Advokat Morten Goller



Notat

Til: Ideelt Nettverk

Fra: Advokatfirmaet Wiersholm AS

Ansv. advokat: Morten Goller

Dato: 16. juni 2015

HANDLINGSROM FOR BRUK AV IDEELLE ORGANISASJONER

1. INNLEDNING

Vi viser til anmodning fra Ideelt Nettverk om en rettslig vurdering av handlingsrommet for bruk av ideelle organisasjoner som leverandør av helse- og sosialtjenester under det nye regelverket for offentlige anskaffelser (anskaffelsesdirektivet 2014/24).

Det pågår i øyeblikket en høring knyttet til implementering av dette regelverket, som vil lede til omfattende endringer i lov og forskrift om offentlige anskaffelser, med høringsfrist 17. juni 2015. Siktemålet er at de nye reglene skal være vedtatt og tre i kraft i løpet av våren 2016 (gjennomføringsfristen i EU er 18. april 2016). I tillegg pågår en høring knyttet til et nytt unntak for kontrakter om utøvelse av offentlig myndighet, med høringsfrist 19. juni 2015.

Konkret er vi gitt følgende mandat:

"Ideelt Nettverk ber om en rettslig vurdering av hvilket handlingsrom norske myndigheter har til å samarbeide med ideelle organisasjoner om ytelse av helse- og sosialtjenester, under de nye anskaffelsesdirektivene og under reglene om de fire friheter. Utredningen skal særlig fokusere på hvorvidt kontrakter generelt kan forbeholdes ideell sektor under de nye direktivene (som i FOA § 2-1 (3)), om eventuelle andre unntak fra anskaffelsesreglene kan være anvendelige, og ellers hvorvidt og hvordan hensynet til ideell sektor vil kunne ivaretas ved konkurranser om helse- og sosialtjenester."

Som det vil fremgå i det følgende mener vi at også det nye regelverket gir et betydelig handlingsrom for nasjonale myndigheter.

2. HOVEDKONKLUSJONER

Etter vårt syn har norske myndigheter en adgang også under anskaffelsesdirektivet 2014/24 til å reservere kontrakter om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner. Adgangen må imidlertid anses å stille større krav til begrunnelse enn det som er tilfellet under unntaket som i dag følger av FOA § 2-1 (3). Anvendelse av unntaket vil i større grad måtte begrunnes konkret i oppfyllelse av relevante hensyn.

Kontrakter for helse- og sosialtjenester kan bare reserveres for ideell sektor dersom dette bidrar til å realisere myndighetenes målsetninger innenfor helse- og sosialsektoren, under hensyn til fellesskapets beste og økonomisk effektivitet. Dette kan enten formuleres som kriterier i et mer generelt unntak, eller det kan foretas en vurdering under lovgivningsprosessen av for hvilke kontraktstyper/områder dette anses oppfylt – og gis

konkrete unntak. Ved denne vurderingen er det relevant å se hen til nasjonale tradisjoner på området.

Etter vårt syn bør det utarbeides et eget regelverk for anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Her kan vilkårene for å unnta kontrakter til ideelle sektor presiseres. Ved en slik tilnærming kan myndighetene utnytte det handlingsrom anskaffelsesreglene fortsatt gir, men samtidig sikre forutberegnelighet og regelletterlevelse.

Myndighetene har videre en omfattende frihet til å utforme og anvende regelverket på en slik måte at styrkene og konkurransefortrinnene til ideelle organisasjoner i relasjon til slike tjenester blir tillagt rettmessig vekt.

Videre er det etter vårt syn flere muligheter for å organisere samarbeidet mellom offentlige myndigheter og ideelle organisasjoner slik at det faller utenfor anvendelsesområdet til anskaffelsesdirektivet 2014/24, herunder egenregi og partnerskap.

I tillegg vil kontrakter om tjenester som involverer utøvelse av offentlig myndighet (særlig tvang) på samme måte som tidligere være unntatt fra EØS-reglene. Dette vil blant annet kunne gjelde innen barnevern, psykisk helsevern mv. Etter vårt syn vil også situasjoner mer knyttet til øyeblikkelig hjelp, og trolig også demensomsorg være omfattet. Som nevnt over pågår det et eget høringsarbeid med sikte på å konkretisere dette unntaket, som hittil har vært innfortolket, i anskaffelsesreglene.

3. HANDLINGSROMMET UNDER ANSKAFFELSEDIREKTIVET 2014/24

3.1 Innledning

Vi skal i dette punkt 3 redegjøre for handlingsrommet for norske myndigheter dersom man legger til grunn at samarbeidet mellom oppdragsgiver og ideelle organisasjoner i utgangspunktet faller innenfor anvendelsesområdet til anskaffelsesdirektivet 2014/24. Enkelte andre unntak (som gjelder generelt, men kan ha særlig betydning for denne sektoren) behandles i punkt 4.

Vi skal først redegjøre for reglene som gjelder for anskaffelse av helse- og sosialtjenester per i dag (punkt 3.2), deretter for reglene som følger av anskaffelsesdirektivet 2014/14 (punkt 3.3) og til slutt oppsummere våre vurderinger (punkt 3.4).

3.2 Gjeldende regler

3.2.1 Anskaffelsesdirektivet 2004/18

Gjeldende regler om offentlige anskaffelser på EØS-nivå følger av anskaffelsesdirektivet 2004/18. Helse- og sosialtjenester er i utgangspunktet omfattet av direktivets virkeområde og dermed underlagt samtlige av dets regler, jf. artikkel 1 og Annex II.

Handlingsrommet for oppdragsgiver er imidlertid utvidet ved at anskaffelser av helse- og sosialtjenester er omfattet av unntaksregelen for uprioriterte tjenester inntatt i anskaffelsesdirektivet artikkel 21:

"Contracts which have as their object services listed in Annex II B shall be subject solely to Article 23 and Article 35 (4)."

Det innebærer at anskaffelsesdirektivet ikke oppstiller krav til oppdragsgiver ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester, utover at oppdragsgiver må benytte tekniske spesifikasjoner i henhold til artikkel 23 og kunngjøre konkurranseresultatet i henhold til artikkel 35 (4).

Det følger av dette at anskaffelsesdirektivet i seg selv for det første tillater at oppdragsgiver begrenser en konkurranse om anskaffelse av helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner, slik anskaffelsesforskriften § 2-1 (3) åpner for.

For det annet tillater anskaffelsesdirektivet at oppdragsgiver gjennomfører direkte anskaffelser fra ideelle organisasjoner uten noen konkurranse overhodet (dvs heller ikke konkurranse mellom ideelle organisasjoner), hvilket anskaffelsesforskriften i utgangspunktet ikke åpner for i dag. For ordens skyld understreker vi at man under det pågående lovgivningsarbeidet også bør vurdere om denne friheten skal benyttes, etter det vi kan se var det spørsmålet ikke utredet ved introduksjonen av dagens unntak (og heller ikke ved den opprinnelige innplasseringen av helse- og sosialtjenester i det nasjonale regelverket, dvs FOA del II).

Dette er imidlertid bare direktivets direkte regulering, og viktige begrensninger kan utledes av den generelle EU/EØS-retten, herunder særlig de fire friheter. Det er således en rekke avgjørelser fra EU-domstolen (se som eksempel sak C-324/98) som slår fast at de grunnleggende prinsipper om gjennomsiktighet og likebehandling mv også gjelder ved tildeling av kontrakter om uprioriterte tjenester eller ved tildeling av kontrakter utenfor direktivenes anvendelsesområde (typisk tjenestekonsesjoner).

3.2.2 De fire friheter

Gjeldende regler om de fire friheter følger av EØS-avtalens hoveddel, som er gjennomført i Norge ved inkorporasjon gjennom EØS-loven § 1. Kort sagt innebærer reglene et forbud mot tiltak som skaper hindringer for fri bevegelse av varer, tjenester, personer, etablering og kapital, med mindre slike hindringer ivaretar et legitimt hensyn på en måte som etter en konkret vurdering blir betraktet som nødvendig og forholdsmessig i snever forstand.

Hva angår anskaffelse av helse- og sosialtjenester, er det grunn til å ta utgangspunkt i at slike anskaffelser (med noen svært få unntak) er unntatt fra reglene i anskaffelsesdirektivet 2004/18 fordi slike tjenester er antatt å ha et begrenset potensiale for grenseoverskridende virksomhet – dette er også lagt til grunn i anskaffelsesdirektivet 2014/24, jf. fortalen (114).

Reglene om de fire friheter er i relasjon til offentlige anskaffelser forstått slik at oppdragsgiver må gjennomføre anskaffelsen på en måte som er gjennomsiktig og likebeholdende (i praksis gjennom en form for konkurranse). Det har vært omdiskutert om disse kravene er ivaretatt hvor en konkurranse om helse- og sosialtjenester kun blir holdt åpen for ideelle organisasjoner.

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har tidligere vurdert unntaksregelen i anskaffelsesforskriften § 2-1 (3) konkret og konkludert med at den ikke er i uoverensstemmelse med kravene til gjennomsiktighet og likebehandling, jf. vedtak datert 21. juni 2010 i sak 66111 og 66744. Det ble i den forbindelse vist til EU-domstolens avgjørelse i sak C-70/95 (*Sodermare*).

EUs overvåkningsorgan (Kommisjonen) har imidlertid lagt til grunn på generelt grunnlag at en konkurranse om helse- og sosialtjenester som er reservert for ideelle organisasjoner i utgangspunktet er uoverensstemmende med kravene til gjennomsiktighet og likebehandling, jf. veilederen "*Buying social: A guide to taking account of social considerations in public procurement* (2010) side 25.

EU-domstolen har nylig lagt til grunn at et regime som begrenser markedet for helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner i utgangspunktet er uoverensstemmende med kravene til gjennomsiktighet og likebehandling, jf. sak C-113/13 (*Spezzino*) premiss (52). Som vi kommer tilbake til rett nedenfor viser imidlertid denne dommen også, svært viktig, at en slik restriksjon likevel etter omstendighetene kan rettfærdiggjøres.

Etter dette er det mest sannsynlig slik at en konkurranse om helse- og sosialtjenester som kun blir holdt åpen for ideelle organisasjoner er å betrakte som en hindring for den frie bevegelse. En slik regulering er i utgangspunktet i strid med kravene til likebehandling og gjennomsiktighet (som normalt forutsetter en form for konkurransen). Det er ikke tvilsomt at direkte anskaffelse (uten noen konkurranse overhodet) er å betrakte som en slik hindring.

Dette er imidlertid ikke avgjørende, fordi både en hindring i form av konkurranse begrenset til ideelle organisasjoner og den hindring som oppstår i forbindelse med direkte anskaffelser likevel vil være lovlige dersom oppdragsgiver kan underbygge at kontraktsformene ivaretar et legitimt hensyn på en måte som er nødvendig og forholdsmessig i snever forstand.

EU-domstolen har i sin avgjørelse i sak C-113/13 (*Spezzino*) vist at en slik rettferdiggjørelse er fullt mulig. Dette er svært viktig, siden Generaladvokatens innstilling var basert på et vesentlig mer restriktivt syn – nemlig at en slik hindring ikke kunne rettferdiggjøres. EU-domstolen var imidlertid ikke enig med dette.

EU-domstolen vektla for det første at fellesskapsreglene ikke skal frata medlemsstatene adgangen til selv å organisere sine helse- og sosialsystemer, jf. premiss (55). Som følge av hvor tungt hensynet til liv og helse veier, utøver medlemsstatene et betydelig skjønn med hensyn til beskyttelsesnivået som er ønsket og tiltakene som blir iverksatt for å oppnå det, jf. premiss (56) og (57).

EU-domstolen viste for det annet til at man allerede i C-70/95 (*Sodermare*) hadde anerkjent at involvering av ideelle organisasjoner i utøvelsen av slike velferdsfunksjoner kan være et hensiktsmessig tiltak i relasjon til slike tjenester, jf. premiss (58).

EU-domstolen understreket samtidig at et tiltak som er å regne som en begrensning på den frie bevegelse av etablering og tjenester må rettferdiggjøres på konkret grunnlag i den enkelte sak, eller i rettere - i forhold til den enkelte kontraktstype, jf. premiss (60). Avgjørende er her om det at den aktuelle avtaletypen er reservert for ideelle organisasjoner vil bidra til å realisere myndighetenes målsetninger innenfor helse- og sosialsektoren, og bidra til fellesskapets beste og økonomisk effektivitet.

En slik begrunnelse kan gis enten som bakgrunn for spesifikke unntak (dvs unntak for bestemte typer tjenester) i forskriften, ellers som underlag for en beslutning om å reservere kontrakter for ideell sektor i samsvar med en mer generelt utformet bestemmelse. I det sistnevnte tilfellet bør vurderingen dokumenteres i anskaffelsesprotokollen. Nærmere normer/regler for vurderingen bør i så fall fremgå av forskriften, eller av forarbeidene.

Uansett er det nettopp disse hensynene som ligger til grunn for norske myndigheters praksis for å involvere ideelle organisasjoner i helse- og sosialtjenester. Det er ingen grunn til å anta at en slik praksis ivaretar andre eller utenforliggende hensyn.

Det følger av dette at reglene om de fire friheter tillater både at oppdragsgiver begrenser en konkurranse om anskaffelse av helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner og at oppdragsgiver gjennomfører direkte anskaffelser fra ideelle organisasjoner uten noen konkurranse overhodet, forutsatt at oppdragsgivers valg blir rettferdiggjort som vist.

Oppdragsgiver har i den forbindelse en betydelig skjønnsfrihet og et tilhørende omfattende handlingsrom for valg av ønsket tjenesteyter.

3.3 Nye regler (anskaffelsesdirektivet 2014/24)

3.3.1 Innledning

Nye regler om offentlige anskaffelser på EØS-nivå følger av anskaffelsesdirektivet 2014/24. Helse- og sosialtjenester er i utgangspunktet omfattet av direktivets virkeområde og dermed underlagt samtlige av dets regler, jf. artikkel 1.

Handlingsrommet for oppdragsgiver er imidlertid utvidet ved at anskaffelser av helse- og sosialtjenester er omfattet av et spesifikt regime inntatt i anskaffelsesdirektivet artikkel 74-77.

Spørsmålet i det følgende er om dette nye regimet innebærer noen begrensning i forhold til handlingsrommet som fulgte av gjeldende regler, jf. punkt 3.2.1 og 3.2.2 ovenfor.

3.3.2 Rettslig grunnlag

Bestemmelsen i artikkel 76 oppstiller følgende:

"1. Member States shall put in place national rules for the award of contracts subject to this Chapter in order to ensure contracting authorities comply with the principles of transparency and equal treatment of economic operators. Member States are free to determine the procedural rules applicable as long as such rules allow contracting authorities to take into account the specificities of the services in question.

2. Member States shall ensure that contracting authorities may take into account the need to ensure quality, continuity, accessibility, affordability, availability and comprehensiveness of the services, the specific needs of different categories of users, including disadvantaged and vulnerable groups, the involvement and empowerment of users and innovation. Member States may also provide that the choice of the service provider shall be made on the basis of the tender presenting the best price-quality ratio, taking into account quality and sustainability criteria for social services."

Bestemmelsen i artikkel 77 oppstiller følgende:

"1. Member States may provide that contracting authorities may reserve the right for organisations to participate in procedures for the award of public contracts exclusively for those health, social and cultural services referred to in Article 74, which are covered by CPV codes 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, from 85000000-9 to 85323000-9m 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8.

2. An organisation referred to in paragraph 1 shall fulfil all of the following conditions:

a) its objective is the pursuit of a public service mission linked to the delivery of the services referred to in paragraph 1;

b) profits are reinvested with a view to achieving the organisation's objective. Where profits are distributed or redistributed, this should be based on participatory considerations;

c) the structures of management or ownership of the organisation performing the contract are based on employee ownership or participatory principles, or require the active participation of employees, users or stakeholders; and

d) the organisation has not been awarded a contract for the services concerned by the contracting authority concerned pursuant to this Article within the past three years.

3. The maximum duration of the contract shall not be longer than three years.

4. The call for competition shall make reference to this Article.

5. Notwithstanding Article 92, the Commission shall assess the effects of this Article and report to the European Parliament and the Council by 19 April 2019."

3.3.3 Adgang til direkte beskyttelse av ideelle organisasjoner

Det følger av artikkel 76 i det nye direktivet at medlemsstatene skal vedta nasjonale regler som regulerer tildeling av kontrakter for anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Dette innebærer i seg selv ingen krav, utover at det altså må foreligge nasjonale regler (hvilket ikke tidligere har vært en forutsetning).

Det følger imidlertid videre at de nasjonale reglene skal sikre at oppdragsgiver opptrer i henhold til kravene til gjennomsiktighet og likebehandling. Det er naturlig å forstå dette som en henvisning til de likelydende kravene som allerede følger av de grunnleggende EU/EØS-

rettslige prinsipper og reglene om de fire friheter, jf. for eksempel EU-domstolen i sak C-113/13 premiss (45).

Spørsmålet er om dette, eller andre forhold i det nye direktivet, tilsier at adgangen til å reservere kontrakter for ideelle organisasjoner er snevrere enn før. Etter vårt syn er det mest sannsynlig ikke tilfellet.

Et første spørsmål er om det har betydningen at det er vist til prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling direkte i direktivet, i stedet for at det følger av bakgrunnsretten.

Under reglene om de fire friheter kan et tiltak som i utgangspunktet er i strid med kravene til gjennomsiktighet og likebehandling likevel være lovlig, dersom det ivaretar et legitimt hensyn på en måte som er nødvendig og forholdsmessig. EU-domstolen understreket i sak C-113/13, *Spezzino*, at dette kan begrunne at visse kontrakter reserveres for ideelle organisasjoner.

Anskaffelsesdirektivet åpner ikke direkte for noen slik rettferdiggjørelse, og det kan derfor reises spørsmål ved om adgangen er snevrere enn det som ville fulgt av den generelle EU-retten. Etter vårt syn kan en slik tolkning neppe være riktig. Som vist over må henvisningen til de generelle prinsipper i utgangspunktet anses som en henvisning nettopp til de krav som følger av de fire friheter og EU/EØS-rettens grunnleggende prinsipper, og i mangel av konkrete holdepunkter for det motsatte er det etter vårt syn mest riktig å anta at også begrensningene i disse prinsippenes rekkevidde er relevante. Sagt på en annen måte; en del av prinsippet om likebehandling er at forskjellsbehandling på nærmere bestemte vilkår er lovlig. Etter vårt syn må hele prinsippet anses integrert, dvs – ellers skal integreres – i det nasjonale regelverket som skal etableres.

Når dette er sagt mener vi likevel at det nye direktivet trolig er til hinder for at de nasjonale reglene på helt generelt grunnlag åpner for å forbeholde konkurranser for ideelle organisasjoner (slik anskaffelsesforskriften § 2-1 (3) gjør i dag). Som vist i *Spezzino*-saken er det avgjørende at det ligger en konkret vurdering bak, slik at løsningen er egnet til å "*fremme det sociale formål samt forfølge de formål vedrørende solidaritet og budjetmæssig effektivitet, som denne ordning hviler på*" (jf avsnitt 60). Som vi allerede har vært inne på over kan dette enten gjøres ved at det i hjemmelen kreves at en slik vurdering skal foretas før en kontrakt reserveres for ideell sektor (dette må i så fall dokumenteres i anskaffelsesprotokollen, og følge nærmere regler angitt i forskriftsbestemmelsen), eller så må det foretas en vurdering mot bestemte kontraktstyper i lovgivningsprosessen (og slik at kun de unntas).

Uansett - i utgangspunktet mener vi således at det faktum at det nye direktivet krever at det skal etableres et eget regelverk for helse- og sosialtjenester, ikke kan forstås slik at det ikke også under det nye direktivet er adgang til å reservere visse kontrakter om helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner.

I forlengelsen av dette er spørsmålet om den uttrykkelige reguleringen i direktivets artikkel 77 av at visse kontrakter *kan* forbeholdes ideelle organisasjoner, likevel tilsier at et generelt unntak (eller andre konkrete unntak, etter en konkret vurdering) ikke kan opprettholdes.

Etter vårt syn er heller ikke det tilfellet.

Det følger av artikkel 77 at medlemsstatene har adgang til å oppstille et særskilt unntak for anskaffelse av helse- og sosialtjenestene som faller under de nevnte CPV-kodene, hvoretter en konkurranse kan holdes åpen kun for organisasjoner som oppfyller nærmere bestemte vilkår (i praksis ideelle organisasjoner).

Bestemmelsen i artikkel 77 fremstår som et spesifikt unntak som følger etter at artikkel 76 har oppstilt den generelle hovedregelen. Det kan derfor anføres at systematikken i regimet tilsier at artikkel 77 blir betraktet som en uttømmende regulering av adgangen til å

reservere konkurranser for ideelle organisasjoner og samtidig underbygger at artikkel 76 ikke åpner for slike arrangementer.

Etter vårt syn er dette imidlertid ikke treffende. Det at direktivet uttrykkelig åpner for å reservere visse kontraktstyper for ideelle organisasjoner kan like gjerne tas til inntekt for at dette ikke er prinsipielt utelukket av reglene. Den viktigste betydningen av artikkel 77 er i så fall at disse konkrete kontraktstypene er direkte unntatt, dvs her er det ikke behov for å foreta en analyse for å se om inngrepet kan rettferdiggjøres etter reglene som gjelder for inngrep i de fire friheter.

Det kan også vises til den særlige reguleringen i siste ledd i artikkel 77. Her fremgår det at Kommisjonen skal rapportere til Parlamentet og Rådet om virkningen av bestemmelsen i artikkel 77 innen 19. april 2019. Etter dette kan de konkrete unntakene utvides, eller innsnevres. Dette kan ha betydning for regelsituasjonen fremover, og tilsier etter vårt syn også at man i den første fasen må ha en viss fleksibilitet også på medlemsstatsnivå.

Sekvensen i lovgivningsarbeidet tilsier også at dette er en riktig forståelse av systematikken i regimet. Den spesifikke bestemmelsen i artikkel 77 ble inntatt sent i prosessen, blant annet etter innspill om at det nye anskaffelsesdirektivet måtte opprettholde adgangen som fulgte av blant annet sak C-70/95 (*Sodermare*) til å beskytte ideelle organisasjoner. På dette relativt sene stadiet i prosessen ble det neppe tid til en mer prinsipiell drøftelse, og artikkel 77 er blitt kasuistisk utformet, basert på tradisjon i enkelte medlemsland.

Totalt sett mener vi således at artikkel 77 ikke kan anses som en uttømmende regulering av hvilke kontrakter som kan reserveres for ideell sektor. Bestemmelsen angir imidlertid uttømmende hvilke kontraktstyper som kan unntas uten en konkret berettigelse og begrunnelse som forutsatt i *Spezzino*.

Når det nærmere gjelder innholdet i artikkel 77, så åpner bestemmelsen for en unntaksregel som ikke er helt ulik den som i dag er inntatt i FOA § 2-1 (3), men som utvilsomt er vesentlig snevrere. For det første kan ikke en slik unntaksregel være åpen for helse- og sosialtjenester helt generelt, men kun for tjenestene som faller inn under de nevnte CPV-kodene. For det annet kan ikke en slik unntaksregel være åpen for ideelle organisasjoner helt generelt, men kun for organisasjoner som oppfyller de organisatoriske vilkårene. For det tredje kan ikke en konkurranse etter unntaksregelen være åpen for organisasjoner som har blitt tildelt en kontrakt for de samme tjenestene av den samme oppdragsgiveren i henhold til unntaksregelen i artikkel 77 i løpet av de siste tre årene. Hvis den aktuelle leverandøren er tildelt kontrakter direkte fra den samme oppdragsgiver, men med et annet rettslig grunnlag, er det altså ikke til hinder for anvendelse av bestemmelsen. For det fjerde kan ikke en slik unntaksregel bli benyttet til konkurranse om en kontrakt som skal løpe i mer enn tre år. Sammenholdt med forrige avsnitt, innebærer dette en omfattende begrensning med hensyn til mulighetene for å ivareta langsiktighet og kontinuitet i tjenesteleveransene.

Vi understreker imidlertid – og det er viktig – at det ved implementering og anvendelse av artikkel 77 ikke er nødvendig å vurdere om den restriksjonen som en slik begrensning medfører er i strid med de fire friheter. I den grad det er tale om å reservere helse- og sosialtjenester av en annen karakter enn angitt, eller der det er behov for lengre varighet på kontraktene eller en høyere grad av kontinuitet enn bestemmelsen åpner for – så er man tilbake på å måtte rettferdiggjøre unntaket i prinsippene fra *Spezzino*. Som vist over mener vi at det vil være mulig, også innen rammene av det nye direktivet.

Kjernen i dette er at artikkel 77 angir uttømmende hvilke kontraktstyper mv som kan unntas uten en konkret berettigelse og begrunnelse som forutsatt i *Spezzino*.

Oppsummeringsvis mener vi uansett at det fortsatt er mulighet for å forbeholde kontrakter om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner, etter en konkret vurdering av om en slik ordning vil fremme det relevante sosiale formål, og er av en karakter som bidrar til å realisere de hensyn mht f eks solidaritet og kostnadseffektivt som begrunner ordningen.

Et mer generelt formet unntak må som nevnt utformes slik at dette hensyntas ved den konkrete beslutningen om å reservere en konkurranse for ideelle organisasjoner, ellers må det utformes mer konkrete unntak, med en konkret begrunnelse for unntaket allerede i lovgivningsprosessen.

Etter vårt syn må man ved en slik vurdering også kunne se hen til norsk tradisjon på området, dvs anskaffelsesreglene skal ikke hindre myndighetene å videreføre den helse- og sosialpolitikk som anser riktig i det enkelte EU-land (jf også *Spezzino*). Artikkel 77 kan for så vidt også anses som et uttrykk for dette – de tjenestekategoriene som der er unntatt samsvarer med tradisjonen i en del EU-land, og reflekterer nettopp dette. Det betyr ikke at andre nasjonale tradisjoner ikke er relevante, tvert i mot.

3.3.4 Full adgang til å hensynta styrkene til ideelle organisasjoner

Det følger uansett av artikkel 76 at de nasjonale reglene må sikre at oppdragsgiver har adgang til å ivareta de særlige hensynene som gjør seg gjeldende ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester, hvorunder flere er eksempler på kriterier som inneholder konkurransefortrinn for ideelle organisasjoner. Dette handlingsrommet vil særlig være gunstig for ideelle organisasjoner som allerede utgjør en integrert del av det offentlige helse- og sosialtilbudet.

At EU i artikkel 76 går aktivt til verks for å sikre at oppdragsgiver skal få et særlig handlingsrom i relasjon til anskaffelse av helse- og sosialtjenester, henger sammen med at det også i det nye anskaffelsesdirektivet understreker hvilken særstilling og ulike kulturelle tradisjoner slike anskaffelser har i de respektive medlemslandene. Det følger både av artikkel 1 (4) og av fortalen punkt (114) at direktivet har til siktemål å tildele medlemsstatene en omfattende frihet til skjønn med hensyn til hvordan slike tjenester skal anskaffes eller på annen måte organiseres, hvilket også reflekterer EU-domstolens tilnærming til slike anskaffelser i for eksempel sak C-113/13.

Denne friheten – som altså særlig følger av fortalen – kan også lovgiver i Norge benytte.

For å reflektere at anskaffelse av helse- og sosialtjenester står i en særstilling, kan og bør norske myndigheter skille ut reglene som gjelder for disse anskaffelsene i en egen del av den nye anskaffelsesforskriften.

Verken Forenklingsutvalget eller departementet har så langt foreslått å innføre egne regler, basert på en betraktning om at handlingsrommet de nasjonale reglene skal sikre allerede eksisterer i forslaget om en ny anskaffelsesforskrift.

Etter vårt skjønn er dette ikke uten videre treffende og det vil under enhver omstendighet bero på hvordan den nye anskaffelsesforskriften til slutt blir utformet. Vi mener derfor klart at norske myndigheter bør etablere egne regler for disse anskaffelsene. Dette gjelder ikke bare av hensyn til ideell sektor, men i lys av de særlige utfordringer som anskaffelse av helse- og sosialtjenester uansett medfører.

Det første nivået hvor det er adgang til å hensynta styrkene til ideelle organisasjoner, er altså på regelnivå. For eksempel kan man tenke seg at anskaffelse av helse- og sosialtjenester blir gjenstand for særlige kvalifikasjonsordninger eller på annen måte gjennomført i henhold til særlige prosedyrer. Det kan som eksempel oppstilles særlige krav knyttet til erfaring, langsiktighet eller kompetanse hos tilbyderne (jf også nærmere nedenfor), eller f.eks mulighet for integrasjon mot et offentlig tilbud. Videre kan det legges opp til spesielle konkurranseformer – dvs mer tilpassede former for forhandlinger eller lignende.

Det er imidlertid av betydning at artikkel 77 i anskaffelsesdirektivet 2014/24 inneholder en særlig adgang til å reservere konkurranser for slike organisasjoner. Det vil ikke være adgang til å etablere regler som i praksis innebærer en utvidelse av denne unntaksregelen (uten at dette er forankret i de fire friheter, jf over).

Det andre nivået hvor det er adgang til å hensynta styrkene til ideelle organisasjoner, er gjennom kriteriene i en konkret konkurranse. Det fremgår av artikkel 76 i anskaffelsesdirektivet 2014/24 at oppdragsgiver skal ha adgang til å ta i betraktning hensynene som gjør seg gjeldende ved slike anskaffelser. Det kan spørres om listen over legitime hensyn er så omfattende at den må betraktes som uttømmende, men etter vårt skjønn er det ikke tilfelle. Det synes tydelig at meningen har vært å klargjøre at oppdragsgiver her skal ha et bredere handlingsrom enn ved vanlige anskaffelser, og det er således ikke naturlig å innfortolke noen begrensning i oppregningen.

Norske myndigheter kan i de nasjonale reglene oppstille et krav om at kontrakter for helse- og sosialtjenester skal tildeles i henhold til tilbudet med best "*price-quality ratio*", men kan også velge å la være å oppstille et slikt krav. Det betyr at de nasjonale reglene kan tillate at oppdragsgiver i utgangspunktet selv velger hvilken vekt som skal legges på kvalitet og lignende kriterier og hvilken vekt som skal legges på pris/kostnader.

Flere av hensynene som er listet opp (for eksempel kvalitet) er legitime i en anskaffelsesprosess uavhengig av særskilte regler for helse- og sosialtjenester, og man kan tenke seg at de knyttes til både kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Som fremhevet av Sejersted ("*Rettslig vurdering av om unntak for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres*" side 16 flg.) er andre av en karakter som trolig utvider handlingsrommet for oppdragsgiver i forhold til det som ville følge av alminnelige regler. For å kunne utnytte dette mulighetsrommet, er det viktig at det utarbeides et eget regelverk for helse- og sosialtjenester.

Oppdragsgiver skal for det første ha adgang til å hensynta behovet for kontinuitet. Etter vårt skjønn må det omfatte både kontinuitet for brukerne (individuelt) og stabilitet i helse- og sosialsystemet (generelt), hvilket ofte er sammenfallende hensyn. Det innebærer at i den grad ideelle organisasjoner har en tradisjonell plass i helse- og sosialtjenestene og det fungerer på en god måte, vil hensynet til kontinuitet i seg selv tilsa at man fortsetter i samme spor. Dette henger også sammen med at anskaffelsesdirektivet 2014/24 skal gi medlemsstatene frihet til selv å velge hvordan slike tjenester skal organiseres og ikke pålegge medlemsstatene unødvendige byrder i den forbindelse, jf. fortalen punkt (114). Dette tilsier også at det må kunne inngås løpende avtaler, og avtaler som forutsetter en betydelig grad av integrasjon mot det offentlige helsetilbudet.

Oppdragsgiver skal også ha adgang til å ta i betraktning behovet for tilgjengelighet. Det har særlig en geografisk dimensjon knyttet til at brukere av helse- og sosialtjenester ikke bør pålegges å reise langt for å motta hjelp, hvilket representerer en styrke for ideelle organisasjoner som normalt yter tjenester nasjonalt og ofte lokalt. Slike hensyn er ikke alltid legitime i forbindelse med offentlige anskaffelser. Det er imidlertid allerede antatt i relasjon til helse- og sosialtjenester at slike betraktninger er lovlige, jf. for eksempel KOFA i sak 2004/236. Det kan også tenkes at man her i tillegg vektlegger tilgjengelighet av forskjellige tilbud, knyttet til forskjellige ideologier (f eks innen rusomsorg).

Videre skal oppdragsgiver ha adgang til å vektlegge myndiggjøring av brukere. Også dette er et hensyn som trolig går utover det som vanligvis er legitimt ved offentlige anskaffelser, men som gjør ideelle organisasjoner mer konkurransedyktige. Ideelle organisasjoner eksisterer utelukkende av hensyn til brukerne, og det er grunn til å anta at de vil ha særlig gode muligheter til å gi aktelse til brukerne i forbindelse med tjenestene. Kommersielle aktører har motsetningsvis flere hensyn å ivareta (herunder privatøkonomisk lønnsomhet), og i praksis vil det trolig innebære at hensynet til brukerne i noen grad blir kompromittert.

Et særlig spørsmål reist av Sejersted ("*Rettslig vurdering av om unntak for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres*" side 18) er om oppdragsgiver skal ha adgang til å hensynta i seg selv hvorvidt en aktør er ideell eller kommersiell. Etter vårt skjønn er svaret bekreftende. Det er en utbredt praksis i medlemsstatene for å reservere konkurranser for ideelle organisasjoner og en adgang til dette er også kodifisert gjennom artikkel 77 i anskaffelsesdirektivet 2014/24, hvilket tilsier at hensynet som sådant er legitimt i relasjon til anskaffelsesreglene. Det må da være adgang til det som er mindre

inngrepene, nemlig å integrere dette som ett av flere hensyn i konkurransen (forutsatt at det ikke blir gitt uforholdsmessig stor vekt i vurderingen) Det er vanskelig å angi noe konkret om hvilket nivå dette kan settes til, men det må i hvert fall ikke være av en slik karakter at det reelt sett umuliggjør at andre (kommersielle) kan vinne kontrakten.

Et spørsmål i forlengelsen av dette er om det ved tildelingen kan vektlegges mer indirekte fordeler ved å velge ideelle organisasjoner, f eks at leverandøren leverer et samfunnsbidrag i kraft av å være en ideell organisasjon. Gitt at kriteriet utformes mer objektivt (dvs knyttet opp mot virkningen – f eks samfunnsbidrag av en bestemt karakter og ikke mot virkemidlet – ideell organisasjon), bør dette også være mulig.

Det tredje nivået hvor det er adgang til å hensynta styrkene til ideelle organisasjoner, er gjennom den frihet til skjønn som ligger i evaluering av kvalifikasjoner og evaluering av tilbud. På samme måte som i alminnelige konkurranser om offentlige anskaffelser vil oppdragsgiver ha en frihet til skjønn som kun er begrenset gjennom prøving av om oppdragsgiver har lagt til grunn riktige faktiske forhold, opptrådt saklig og forsvarlig og for øvrig overholdt de alminnelige kravene i anskaffelsesloven § 5. Dette er imidlertid vanskeligere å lovregulere spesielt for helse- og sosialtjenester – ut over at det bør understrekes i forarbeidene i hvert fall at dette er et område der det er særlig grunn for domstolene og KOFA til å vise tilbakeholdenhet med å overprøve oppdragsgivers skjønn.

Det er imidlertid grunn til å anta at håndhevelsesorganene i relasjon til anskaffelse av helse- og sosialtjenester uansett vil være særlig tilbakeholden med å overprøve om oppdragsgiver har overholdt disse kravene ved evaluering av såkalt myke kriterier som kvalitet og lignende. Det følger både av den særlige tilbakeholdenhet som lovgiver har gitt uttrykk for i artikkel 76 og fortalen punkt (114) i anskaffelsesdirektivet 2014/24 og av den særlige sensitivitet som under enhver omstendighet ligger i vurderingen av tilbud på slike tjenester.

3.4 Oppsummering

Gjeldende regler på EØS-nivå gir norske myndigheter et visst handlingsrom til å begrense en konkurranse om anskaffelse av helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner og til å gjennomføre direkte anskaffelser fra ideelle organisasjoner, forutsatt at regimet eller tiltaket blir rettferdiggjort som nødvendig og forholdsmessig i snever forstand. Det fremgår av EU-domstolens praksis at norske myndigheter har en betydelig frihet til skjønn i så måte.

Det nye anskaffelsesdirektivet 2014/24 medfører trolig ikke at norske myndigheter mister adgangen til å begrense en konkurranse om anskaffelse av helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner. Dette vil imidlertid kreve enten at de relativt strenge kravene i artikkel 77 er oppfylt, eller at reservasjonen som nevnt kan begrunnes i legitime hensyn – slik at restriksjonen dette representerer ikke er i strid med de fire friheter. Dagens helt generelle bestemmelse kan dermed vanskelig videreføres (i hvert fall over terskelverdiene).

Det nye anskaffelsesdirektivet 2014/24 går samtidig langt i å invitere norske myndigheter til å benytte en omfattende frihet til skjønn knyttet til anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Det gjelder for det første ved utforming av de nasjonale reglene, for det annet ved utforming av konkrete konkurransegrunnlag og for det tredje ved evaluering av konkrete kvalifikasjoner og tilbud.

I praksis vil oppdragsgivere tidvis vegre seg for å benytte selv den skjønnsfrihet som de alminnelige anskaffelsesreglene gir – siden skjønnsutøvelse kan anses komplisert (sammenlignet med f eks mer rene priskonkurranser). Dette er generelt sett en uheldig utvikling (som kanskje skyldes den tvisteintensiteten man har sett på rettsområdet), men i hvert fall innen helse- og sosialtjenester er det vel mer objektivt særlig viktig at denne tendensen motvirkes. Også dette tilsier at det utvikles et eget regelverk for helse- og sosialtjenester.

Samlet forstår vi det nye anskaffelsesdirektivet 2014/24 slik at dette (sammenholdt med bakgrunnsretten) i begrenset grad åpner for direkte beskyttelse av ideelle organisasjoner (i form av reserverte kontrakter), men at direktivet samtidig tillater nasjonale myndigheter å gi full uttelling for de konkurransefortrinn ideelle organisasjoner har i forbindelse med anskaffelse av helse- og sosialtjenester.

4. MULIGE UNNTAK FRA ANSKAFFELSESDIREKTIVET 2014/24

4.1 Innledning

Vi skal i dette punkt 4 redegjøre for handlingsrommet for norske myndigheter til å argumentere for at samarbeidet mellom oppdragsgiver og ideelle organisasjoner faller utenfor anvendelsesområdet til anskaffelsesdirektivet 2014/24 av andre årsaker enn fordi kontraktsparten er en ideell organisasjon.

Vi skal i det følgende redegjøre for unntakene for egenregi (punkt 4.2), samarbeid uten kontraktsrettslig grunnlag (punkt 4.3), tjenester underlagt enerett (punkt 4.4) og tjenester som involverer utøvelse av offentlig myndighet (punkt 4.5) før vi til slutt oppsummerer våre vurderinger (punkt 4.6).

4.2 Egenregi

Anskaffelsesdirektivet 2014/24 gjelder i henhold til artikkel 1 for tildeling av "*public contracts*." Det foranlediger den etablerte lære om at anskaffelsesreglene ikke kommer til anvendelse ved egenregi, altså intern håndtering av den aktuelle oppgaven.

Både egentlig og uegentlig egenregi forutsetter en sterk grad av integrasjon mellom oppdragsgiver og leverandør, kort sagt på en slik måte at det etableres et tydelig avhengighetsforhold mellom offentlige myndigheter og den ideelle organisasjon. Dette er en modell som i noen grad avviker fra den uavhengighet frivillig sektor har i dag og som vi forstår at ideelle organisasjoner ønsker også i fremtiden, men dersom dette er aktuelt skal vi se at det i noen grad er mulig å velge mellom det å underlegge seg administrativ kontroll (hvilket vi antar er mindre ønskelig) og det å underlegge seg finansiell avhengighet (hvilket vi antar vil være mer akseptabelt).

Egentlig egenregi foreligger hvor oppdragsgiver og leverandør er to deler av samme rettssubjekt (for eksempel avdelinger innenfor staten som rettssubjekt). Dette er ikke aktuelt for ideell sektor.

Uegentlig egenregi (dvs mellom to uavhengige foretak) kan for det første foreligge i form av vertikalt samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandør, jf. EU-domstolen i sak C-107/98 (*Teckal*) og anskaffelsesdirektivet 2014/24 artikkel 12. Det forutsetter at to kumulative vilkår er oppfylt.

For det første må mer enn 80 % av den aktuelle leverandørens virksomhet utøves på oppdrag fra de aktuelle oppdragsgiverne. Slik situasjonen er i dag har ideelle organisasjoner innen helse- og sosialtjenester en betydelig del av sine aktiviteter knyttet til faste oppdragsgivere, og det derfor ikke urealistisk at aktivitetskriteriet kan være oppfylt.

For det annet må de samme oppdragsgiverne i fellesskap utøve en kontroll over leverandøren som tilsvarer det oppdragsgiverne kan utøve internt i egne organisasjoner, hvilket også forutsetter at nivået av privat innflytelse er helt ubetydelig. Slik situasjonen er i dag er ideelle organisasjoner normalt selveiende og uavhengige av offentlige myndigheter i det alt vesentlige, og det er derfor i utgangspunktet vanskelig å se at oppfyllelse av kontrollkriteriet er realistisk i forbindelse med samarbeid mellom offentlige myndigheter og ideell sektor.

Vi er kjent med at man i Danmark har argumentert for at kontrollkriteriet kan være oppfylt også i situasjoner hvor leverandøren er en selveiende og selvstyrende organisasjon, jf. Konkurrencestyrelsen i notatet "*In-house begrepets betydning for kommunal aftaleindgåelse*

med selvejende institutioner." Etter vårt skjønn fremstår dette i utgangspunktet som en noe ambisiøs argumentasjon knyttet til en unntaksregel som skal forstås snevert, men hvis dette har vært praktisert slik over lengre tid i Danmark (og nå tas inn i ny lovgivning) er det grunn til å se nærmere på spørsmålet. EU-domstolens praksis inneholder så vidt oss bekjent ingen eksempler på at kontrollkriteriet er betraktet som oppfylt i slike situasjoner, men vi har foreløpig ikke gått nærmere inn på muligheten

Samtidig har det vært en stadig utvikling i unntaket for utvidet egenregi, og hvor det blant annet er blitt klart at vilkårene også kan være oppfylt mellom søsterselskaper. Videre har EU-domstolen utviklet et unntak for horisontalt samarbeid (jf nærmere nedenfor), som ikke krever oppfyllelse av noe kontrollkriterium.

Dette tilsier at vilkårene etter omstendighetene kan være oppfylt også for noen ideelle foretak, som er sterkt integrert i det offentlige helsetilbudet eller lignende.

Dette vil typisk kunne være institusjoner (sykehus) som utfører spesialisthelsetjenester som en integrert del av det offentlige tjenestetilbudet (nærliggende eksempler er Lovisenberg Diakonale Sykehus AS og Diakonhjemmet).

En hovedutfordring med synspunktet over er at kravet til kontroll, slik det så langt har vært praktisert i rettspraksis, vanskelig kan være oppfylt. Dette vil nok samtidig avhenge mye av hvor stor grad virksomheten er finansiert av det offentlige, og jo mer styrt virksomheten er i forhold til arbeidsoppgaver, satsingsområder mv. At institusjonen har et eget styre, og en egen ideologi i driften, bør ikke være til hinder for dette.

EU-domstolen har imidlertid også utviklet et unntak for horisontalt samarbeid mellom to rettssubjekter som begge er oppdragsgivere i anskaffelsesdirektivets forstand, jf. EU-domstolen i sak C-480/06 (*Stadtreinigung Hamburg*) og anskaffelsesdirektivet 2014/24 artikkel 12. Det forutsetter at to kumulative vilkår er oppfylt.

For det første må kontrakten ha en karakter av samarbeid om utførelse av offentlige oppgaver (for eksempel helse- og sosialtjenester) som er etablert utelukkende med formål om å oppfylle disse oppgavene. Et eventuelt samarbeid mellom offentlige myndigheter og ideelle organisasjoner vil typisk bygge på nettopp slike hensikter, og det er derfor ikke urealistisk at samarbeidskriteriet kan være oppfylt.

For det annet må ingen av kontraktspartene ha en virksomhet hvor mer enn 20 % av tjenestene som inngår i kontrakten blir omsatt på det åpne markedet (altså gjennom alminnelig konkurranse). Vi legger til grunn at de fleste ideelle organisasjoner vil ha flere enn én oppdragsgiver, og at muligheten for horisontalt samarbeid derfor vil være avhengig av hvordan tjenestene blir omsatt utenfor den aktuelle kontrakten. Sagt på en annen måte; hvis institusjonen f.eks. også tilbyr bedriftshelsetjenester i konkurranse med private aktører, og dette utgjør mer enn 20 % av omsetningen, vil vilkåret ikke kunne være oppfylt.

Dette andre vilkåret viser at det i relasjon til egenregi og tilstøtende unntak er nødvendig å tenke helhetlig på forholdet mellom offentlige myndigheter og ideelle organisasjoner. Det kan i noen grad bli nødvendig å velge om ideelle organisasjoner skal gjennomgående inngå i samarbeid som er skjermet fra anskaffelsesreglene (for eksempel gjennom egenregi) eller normalt konkurrere på samme vilkår som kommersielle aktører – dersom man velger førstnevnte alternativ, er det ikke urealistisk at også omsetningskriteriet kan være oppfylt.

Som vist er det imidlertid også en forutsetning for horisontalt samarbeid at begge parter er oppdragsgivere i anskaffelsesdirektivets forstand. Dersom dette grunnvilkåret skal være oppfylt, må den ideelle organisasjonen være å betrakte som en "*bod[y] governed by public law*", hvilket igjen forutsetter at tre kumulative vilkår er oppfylt, jf. anskaffelsesdirektivet 2014/24 artikkel 1 (1) og (4). For det første må organisasjonen være etablert med formål om å ivareta allmenne interesser, og samtidig ikke ha noen kommersiell karakter. For det annet må organisasjonen være et rettssubjekt. For det tredje må organisasjonen til syvende

og sist stå i et avhengighetsforhold til offentlige myndigheter gjennom administrativ kontroll eller finansiering.

På samme måte som omsetningskriteriet, viser grunnvilkåret om at leverandøren selv må være en oppdragsgiver i anskaffelsesdirektivets forstand at det er nødvendig å tenke helhetlig og langsiktig på hvordan samarbeidet mellom offentlige myndigheter og ideelle organisasjoner blir organisert. Dersom partene bestemmer seg for en modell hvor egenregi blir den normale formen for samarbeid, vil det trolig være grunnlag for å argumentere for at en ideell organisasjon oppfyller vilkårene for å være en oppdragsgiver. Motsatt, dersom partene organiserer samarbeidet hovedsakelig gjennom regulære konkurranser om kontrakter, er det mindre sannsynlig at leverandørene vil kunne oppfylle både det første og det tredje vilkåret som oppstilt ovenfor.

På denne bakgrunn legger vi til grunn at unntaket for horisontalt samarbeid kan være aktuelt i forholdet mellom offentlige myndigheter og ideelle organisasjoner. Forutsetningen er særlig at partene er villige til å gå inn for en slik grad av finansiell avhengighet mellom oppdragsgiver og tjenesteyter som er nødvendig for å benytte denne unntaksregelen.

Et særlig forhold som følger av grunnvilkåret om at leverandøren selv må være en oppdragsgiver, er at horisontalt samarbeid innebærer at de ideelle organisasjonene selv blir underlagt anskaffelsesdirektivet 2014/24 i forbindelse med sine egne anskaffelser. Det er naturligvis viktig å ta dette aspektet i betraktning ved valg av tilnærming til samarbeidet mellom offentlige myndigheter og ideelle organisasjoner.

4.3 Samarbeid (partnerskap)

Det forhold at anskaffelsesdirektivet 2014/24 kun gjelder ved tildeling av "*public contracts*", innebærer videre at samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandør som bygger på lovgivning, administrative avgjørelser eller annet grunnlag faller utenfor anvendelsesområdet.

Det følgende fremgår av anskaffelsesdirektivet 2014/24 fortalen (4):

"The Union rules on public procurement are not intended to cover all forms of disbursement of public money, but only those aimed at the acquisition of works, supplies or services for consideration by means of a public contract. It should be clarified that such acquisitions of works, supplies or services should be subject to this directive whether they are implemented through purchase, leasing or other contractual forms. 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. Similarly, situations where all operators fulfilling certain conditions are entitled to perform a given task, without any selectivity, such as customer choice and service voucher systems, should not be understood as being procurement but simple authorisation schemes (for instance licences for medicines or medical services)." (Understreket her)

Tilsvarende fremgår følgende av anskaffelsesdirektivet 2014/24 fortalen (114):

"Member States and public authorities remain free to provide those services themselves or to organise social services in a way that does not entail the conclusion of public contracts, for example through the mere financing of such services or by granting licences or authorisations to all economic operators meeting the conditions established beforehand by the contracting authority, without any limits or quotas, provided that such a system ensures sufficient advertising and complies with the principles of transparency and non-discrimination."

Det er således mulig å tenke seg et samarbeid hvor forpliktelsene til henholdsvis offentlige myndigheter og ideelle organisasjoner ikke bygger på kontraktsrettslig grunnlag, men for eksempel på en ordning for finansiell støtte til aktører som yter helse- og sosialtjenester. Vi er kjent med at det finnes eksempler fra Frankrike, Italia, Tyskland og Sverige på at samarbeid mellom offentlig og privat sektor har blitt organisert etter tilsvarende modeller og på den måten unntatt fra anskaffelsesreglene.

Hvorvidt det foreligger en kontrakt i anskaffelsesdirektivets forstand, beror på en konkret vurdering av de underliggende realiteter snarere enn de formelle betegnelser partene har benyttet. Det betyr at man ikke kan unnta et samarbeidsforhold fra anskaffelsesdirektivets anvendelse alene med den begrunnelse av partene ikke har karakterisert samarbeidet som et kontraktsforhold.

Det som typisk vil være sentralt for å skille mellom et kontraktsforhold og ulike ordninger for finansiell støtte av frivillige tjenester, er i hvilken grad initiativet i samarbeidet er lagt til henholdsvis oppdragsgiveren og tjenesteyteren. For å definere samarbeidet som noe annet enn et kontraktsforhold, er det nødvendig at kontrollen over tjenestene i noen grad blir flyttet fra oppdragsgiversiden til leverandørsiden.

Det foreligger flere eksempler fra klagenemndas praksis på at hva partene definerte som et støtteforhold ble omdefinert til et kontraktsforhold fordi omfanget av spesifikasjoner og krav som var forhåndsbestemt av oppdragsgiver var for stort, se KOFA 2005/180 og 2008/221. Etter vårt skjønn bør det imidlertid være mulig å unngå et for omfattende behov for kontraktsmessig regulering av ytelsene, forutsatt at både offentlige myndigheter og ideell sektor har en god dialog og et langsiktig samarbeid som bygger på gjensidig tillit.

På den ene siden vil offentlige myndigheter kunne identifisere behov i velferdstilbudet på et overordnet nivå, og bidra med finansiell støtte til aktører som ivaretar dette behovet gjennom sin virksomhet. I slike situasjoner vil ytelse av finansiell støtte og utøvelse av tjenester følge av den lov eller administrative bestemmelse hvor støtteordningen er identifisert, og dette vil typisk ikke være å betrakte som noen kontrakt i anskaffelsesdirektivets forstand.

På den annen side vil ikke offentlige myndigheter kunne operere med en grundig spesifisering av tjenestene som må ytes dersom finansielle støtte skal komme til utbetaling. I slike situasjoner vil utveksling av tjenester og støtte bære preg av et regulært kontraktsforhold, som ikke kan unntas fra anskaffelsesdirektivet selv om det blir regulert gjennom lovgivning eller administrative bestemmelser.

Etter hva vi har forstått vil man ut fra en helse- og sosialfaglig argumentasjon ofte mene at situasjonsbestemt tilpasning til den enkelte pasient/klient/bruker er det ideelle. Det innebærer at myndighet/faglig skjønn bør utøves nærmest mulig brukeren. Dette samsvarer således med angivelsen over – dvs at myndighetene ved tildelingen mer generelt kan angi krav til arbeidsmetoder/formål og overlate fastleggelsen av det konkrete opplegget til institusjonen.

4.4 Enerett

Det følger av anskaffelsesdirektivet 2014/24 artikkel 11 at reglene ikke kommer til anvendelse hvor en oppdragsgiver tildeler en annen oppdragsgiver en kontrakt basert på enerett som følger av lov og som er forenlig med fellesskapsretten.

Hva angår kravet om at leverandøren selv må være å regne som en oppdragsgiver i anskaffelsesdirektivets forstand, viser vi til punkt 4.2 ovenfor angående egenregi. Etter vårt skjønn kan ideelle organisasjoner være å betrakte som oppdragsgiver i denne forbindelse, forutsatt at det foreligger et tilstrekkelig nivå av finansiell avhengighet fra tjenesteyter overfor oppdragsgiver.

Hva angår vilkåret om at kontrakten må være tildelt basert på enerett som følger av lov, har norske myndigheter tidligere lagt til grunn at private aktører som er særskilt godkjent for og

integreert i det offentlige helsetilbudet kan være å betrakte som innehaver av en slik enerett, jf. Ot.prp.nr.66 (2000-2001) punkt 4.19.3. Som vi har vist over, er det i dag kanskje mer nærliggende å argumentere for at disse institusjonene vil være omfattet av unntaket for utvidet egenregi – eller for offentlig offentlig samarbeid.

Årsaken til unntaket for tilfeller av enerett er at det vil innebære en unødvendig prosess å utlyse konkurranse hvor bare én aktør lovlig kan utøve tjenesten, da det nødvendigvis må være denne ene aktøren som blir tildelt kontrakten. Motsatt vil det være grunnlag for konkurranse hvor to eller flere aktører lovlig kan utøve tjenesten, og det vil da være av verdi å gjennomføre en konkurranse for å oppnå best mulig vilkår for oppdragsgiver.

Det følger av dette at unntaket for enerett bare kommer til anvendelse hvor en enerett er eksklusiv, altså hvor det bare er og kan være én aktør som innehar den nødvendige tillatelse til å yte tjenesten. Hvor det lovlig eksisterer eller kan eksistere et marked for den aktuelle tjenesten, kan unntaksbestemmelsen ikke benyttes.

Hva angår helse- og sosialtjenester er de gjennomgående underlagt ordninger hvor private aktører må bli godkjent for å kunne benyttes som leverandør. Slike godkjenninger er imidlertid ikke eksklusive, og det er derfor ikke automatisk slik at private aktører på dette området er i en stilling hvor unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse. Dette utelukker ikke at man på bestemte områder (geografisk eller faglig) kan fastlegge eneretter på objektive og ikke-diskriminerende grunnlag.

Det kan samtidig ikke utelukkes at leverandører av visse former for helsetjenester, som i betydelig grad er integreert i spesialisthelsetjenesten, lovlig kan tildeles en enerett (f eks innen en helseregion), og på denne måten komme inn under unntaket.

4.5 Utøvelse av offentlig myndighet

Det følger av EØS-avtalen artikkel 32 at reglene ikke kommer til anvendelse hvor oppdragsgiver tildeler en kontrakt for utøvelse av tjenester som kan involvere utøvelse av offentlig myndighet. Det som særpreger utøvelse av offentlig myndighet er særlig at tjenesteyteren blir gitt en myndighet til å bestemme over private rettssubjekter (for eksempel en pasient) uten samtykke.

EU-domstolen har i sak C-160/08 samt andre avgjørelser uttalt seg nærmere om rekkevidden av unntaksbestemmelsen. Det er tale om en streng vurdering, hvor bare direkte og kvalifiserte tilfeller av offentlig myndighetsutøvelse er relevant. Videre er offentlig myndighetsutøvelse i denne forbindelse et autonomt begrep. Det er således ikke avgjørende hvordan hver enkelt medlemsstat selv har betegnet og kategorisert tjenesten.

Som nevnt over pågår det nå en separat høring om dette, og hvor følgende forskriftsforslag er inntatt:

"Ny bokstav k) i § 1-3 (2) skal lyde: "kontrakter om utøvelse av offentlig myndighet som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 39, jf. artikkel 32."

Hva angår helse- og sosialtjenester, er det slik at de fleste tilbud fra offentlige myndigheter (med eller uten bistand fra private aktører) er frivillige for brukerne. Disse tjenestene vil som hovedregel ikke være unntatt fra anskaffelsesdirektivets regler. Unntak finnes særlig i relasjon til barnevern og tvungent psykisk helsevern, som etter vårt skjønn innebærer relativt klare tilfeller av offentlig myndighetsutøvelse. Som nevnt over vil det samme kunne gjelde ved visse former for øyeblikkelig hjelp, og antagelig også for demensomsorg.

Disse tjenestene vil normalt være unntatt fra anskaffelsesdirektivets regler (og EØS-reglene for øvrig), hvilket innebærer at oppdragsgiver har vidtgående frihet til selv å velge tjenesteleverandør.

Det må antas at i verken norske myndigheter eller ideell sektor har noen intensjon om å gjøre endringer reglene som følger av velferdsrettslig lovgivning for å regulere

handlingsrommet som følger av unntaksregelen for offentlig myndighetsutøvelse. Vi legger derfor til grunn at dette er et handlingsrom som ligger fast og at de tjenestene som har vært omfattet av unntaket tidligere vil være de som er omfattet av unntaket i fremtiden.

4.6 Oppsummering

Grunnvilkåret om at det må foreligge et kontraktsforhold for at anskaffelsesdirektivet 2014/24 skal komme til anvendelse, foranlediger at både egenregi (særlig i form av horisontalt samarbeid) og ulike former for løse samarbeid (partnerskap og støtteordninger) er mulige alternativer for å unngå at reglene kommer til anvendelse.

Adgangen til å unnta kontrakter om tjenester som er underlagt enerett, kan potensielt også representere et handlingsrom i relasjon til helse- og sosialtjenester.

Flere kategorier av helse- og sosialtjenester (herunder barnevern og tvungent psykisk helsevern) involverer utøvelse av offentlig myndighet, og er unntatt fra anskaffelsesdirektivet 2014/24 (og øvrige EØS-regler) på det grunnlag. Vi legger til grunn at det ikke er aktuelt med noen utvikling med hensyn til omfanget av tjenester som faller under denne unntaksregelen.

Om og i den grad man lykkes med å unnta samarbeid mellom offentlige myndigheter og ideelle organisasjoner fra anskaffelsesdirektivet 2014/24, vil det gjennomgående være slik at samarbeidet likevel er gjenstand for prøving i henhold til andre regler (herunder reglene om de fire friheter og reglene om statsstøtte). Det er imidlertid ikke tvilsomt at EØS-reglene helt generelt vil gi medlemsstatene et vidt rom for skjønn i relasjon til helse- og sosialtjenester, og at det derfor vil være gode muligheter for å betrakte ulike former for samarbeid som lovlige også i henhold til slike andre regler.

Offentlige innkjøp og samfunnsmessige merverdier

av Åke Dalin

1. Innledning

Stat, fylkeskommuner og kommuner kjøper hvert år varer og tjenester for ca. 400 milliarder kroner (2011-tall). Den offentlige diskusjonen om dette temaet siden 1997 viser at interessen for *effektive innkjøp* har vært stor blant alle aktører. I tillegg har mange vært opptatt av hvordan ulike samfunnsmessige hensyn av økonomisk, sosial eller miljømessig karakter kunne knyttes til disse innkjøpene for å skape *merverdier som virkninger av innkjøpene*.

Et annet spørsmål som har opptatt mange er at lov og forskrifter har økt i kompleksitet. Et eget forenklingsutvalg har lagt fram forslag som imøtekommer deler av denne kritikken. Denne siden ved reglene om offentlige innkjøp tas ikke opp i dette notatet.

Jeg har gjennomgått alle offentlige dokumenter fra 1997 til 2015 som har påvirket innkjøpspolitikken. Dette gjelder offentlige utredninger, forslag fra Regjering til Storting, stortingsbehandlingen av disse forslagene og endelige vedtak i Stortinget om innkjøpslovgivningen. Et viktig startdokument er NOU 1997:21 (kalt "utvalget" nedenfor).

Dokumentene viser at disse "tilleggstemaene" har vært sentrale i "merverdidiskusjonen":

- Om tilbyderne bør ha lærlingeordning
- Krav til HMS og ytre miljø
- Klausul om antikontraktørvirksomhet
- Krav om skatteattest
- Universell utforming av bygg og anlegg
- Lønns- og arbeidsvilkår i bedrifter som får oppdrag

Motivene for å knytte slike temaer til innkjøpene har dels vært å skape merverdier direkte, dels at det offentlige gjennom sitt store omfang av innkjøp kunne være toneangivende og påvirke næringslivets praksis og annen relevant lovgivning på ulike områder.

Innvendingene mot temaene har vært knyttet til at innkjøpene kan bli mer kompliserte, problemer med å måle merverdiene, mulig konkurransevridning mellom store og små bedrifter og om "merverditemaer" var tillatt ut fra EØS-avtalen og direktiver fra EU.

2. Impulser fra EU og noen av medlemslandene

Ingen i den norske diskusjonen – slik det kan leses i de offentlige dokumentene – har foreslått å innarbeide i lovgivningen et krav om at offentlige innkjøp generelt sett bør kunne være et virkemiddel i den økonomiske, sosiale og miljømessige utviklingen i samfunnet.

Som en kontrast til dette er loven om offentlige anskaffelser i Storbritannia (Social Value Act 2012/2013) og i Skottland (Procurement Bill 2013) utformet slik at mulige

samfunnsmessige tilleggsvirkninger skal tas hensyn til i alle anskaffelser over en viss størrelse. Det er verd å merke seg at disse lovene ble utformet før det siste EU-direktivet om endringer i de nasjonale innkjøpslovene ble utformet (mulighetene lå der før det nye direktivet). I Storbritannia og Skottland er det også slik at innkjøperne må begrunne hvorfor de eventuelt *ikke* inkluderer samfunnsmessige tilleggsvirkninger ved innkjøp.

I denne sammenheng er det verd å merke seg at EU-Kommisjonen i 2010 ga ut en veileder om mulighetene for å ta sosiale hensyn ved offentlige innkjøp. Her refererer jeg til den danske oversettelse av veilederen fra 2011¹. Gjennom veilederen gir Kommisjonen denne forståelsen av "sosial ansvarlighet":

"Ved »social ansvarlighed i offentlige indkøb« forstås indkøb, der tager hensyn til et eller flere af følgende sociale aspekter: beskæftigelsesmuligheder, værdigt arbejde, overholdelse af sociale rettigheder og arbejdsmarkedsrettigheder, social integration (herunder handicappede), lige muligheder, tilgængelighed, design for alle under hensyntagen til bæredygtighedskriterier og spørgsmål i tilknytning til etisk handel og bredere frivillig overensstemmelse med virksomhedernes sociale ansvar, samtidig med at de principper, der er stadfæstet i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) og i udbudsdirektiverne, overholdes. Social ansvarlighed i offentlige indkøb kan være et magtfuldt værktøj til såvel fremme af bæredygtig udvikling som realisering af EU's (og medlemsstaternes) sociale mål. Social ansvarlighed i offentlige indkøb dækker en lang række sociale hensyn, som de ordregivende myndigheder kan tage i betragtning i de relevante faser af indkøbsproceduren. Sociale hensyn kan kombineres med miljømæssige hensyn i en integreret strategi for bæredygtige offentlige indkøb."

I Danmark er loven om offentlige innkjøp allerede revidert i lys av EU's siste direktiv². I kommentarene til loven³ sies det i avsnitt 3.10 "*Strategisk bruk av offentlige indkøb til håndtering af nye udfordringer*" at direktivet gir muligheter for innkjøper til å bruke kjøpekraften til varer og tjenester "*som fremmer innovation, respekterer miljøet eller forbedrer sociale forhold. Det er likeledes en mulighet i dag, men med lovforslaget gøres mulighetene mere klare*".

Under avsnitt 1.1 "*Formål og baggrund*" i samme dokument påpekes det at loven er "*et regelsæt for hvordan det offentlige skal købe inn og ikke hvad der skal købes ind*". Dette er en – kanskje selvfølgelig – påpekning også for den norske diskusjonen. Offentlige innkjøpere kan kjøpe inn hva de vil, bare de følger reglene for innkjøp. Innkjøper står mao fritt til å foreta et "smalt" innkjøp eller et "bredere" innkjøp som inkluderer andre samfunnsmessige formål som ansees relevante å knytte til innkjøpet.

Danskene framhever også at det nye direktivet inneholder en bestemmelse om "*innovasjonspartnerskap*" (avsnitt 3.4). Mulighetene beskrives slik i de danske kommentarene: "*Formålet med innovationspartnerskaber er at ordregiver skal være i stand til at købe innovative varer og tjenesteytelser, der fremmer vækst og forbedrer effektiviteten og kvaliteten af offentlige tjenesteydelser. Innovationspartnerskaber giver*

¹ ISBN 978-92-79-18386-7

² Muligens ennå ikke formelt vedtatt.

³ Alminnelige bemerkninger

mulighed for at inngå en længerevarende partnerskapskontrakt med henblikk på at utvikle og innkøbe et innovativt produkt eller ytelse”.

Parallelt med revisjon av innkjøpslovgivningen har Danmark hatt et offentlig utvalg som har utredet situasjonen framover for det som kalles “sosialøkonomiske virksomheter”⁴. Begrepet blir definert slik:

“Socialøkonomiske virksomheder er en del af det brede socialøkonomiske felt. Feltet omfatter alle de organisationer, foreninger, institutioner og virksomheder, der har samfundsgavnlig karakter, og som har fokus på at forbedre forholdene for en særlig målgruppe eller sag.”

Utvalget foreslår egen lovgivning for denne typen virksomheter. De foreslår også en rekke tiltak som skal stimulere utviklingen av denne virksomhetstypen som en egen “økonomisk sektor” med tanke på at disse virksomhetene skal være viktige aktører i løsningen av mange sosiale oppgaver. For å kunne kalle seg “sosialøkonomisk” forutsettes det begrensede muligheter til å hente ut profitt til en “begrenset avkastning på investert kapital”.

Det danske utvalget har også en tydelig definisjon av hva som kan regnes som sosiale formål, men er samtidig åpen for et stort spekter av organisasjonstyper/former - foreninger, stiftelser, andelslag, aksjeselskaper mfl. De inkluderer både virksomhet der brukerne er sentrale deltakere og virksomhet som primært er FOR brukerne uten av de er med, virksomheter basert på frivillig innsats osv..

3. Gjennomgang av de norske dokumentene

Diskusjonen om “samfunnsmessige merverdier ved offentlige innkjøp” i Norge startet med den offentlige utredningen som dannet grunnlaget for nåværende lov og regelverk om offentlige anskaffelser (NOU 1997:21). Utvalget var satt ned bl.a. for å vurdere revisjon/erstatning av eksisterende lov (av 27.11 1992).

Utvalget fikk som særskilt oppgave å vurdere fire konkrete samfunnsmessige hensyn. Dette gjelder spørsmål om regelverket skal stille krav knyttet til skatterestanser, helse- miljø og sikkerhet, opplæringsordningen for lærlinger og kontraktørvirksomhet.

Utvalget uttalte seg slik om dette oppdraget:

”Hensikten med å ivareta spesielle samfunnsmessige hensyn i forbindelse med offentlige anskaffelser kan være å bidra til mål som ligger utenfor selve anskaffelsen. I enkelte tilfeller vil det være stor grad av samsvar mellom disse utenforliggende hensyn og målet med selve anskaffelsen, mens det i andre tilfeller vil være en klar målkonflikt. Det er utvalgets grunnholdning at samfunnsmessige hensyn generelt bare bør kobles til offentlige anskaffelser hvor dette ikke er i konflikt med målene for selve anskaffelsesprosessen.”

⁴ Rapport fra 2013 (ISBN: 978-87-7546-447-0)

Det var uenighet i utvalget om EØS-retten ga adgang til å benytte lærlingklausul ved offentlige anskaffelser. Flertallet ville derfor ikke gå inn for dette "på det nåværende tidspunkt", mens mindretallet ville innføre ordningen "dersom det under gjennomføringen av Reform-94 viser seg vanskelig å skaffe et tilstrekkelig antall lærlingplasser."

Utvalget anbefalte "at det utvises tilbakeholdenhet når det gjelder å innta samfunnsmessige hensyn i regelverket om offentlige anskaffelser".

Utvalget mente at det var uheldig å blande forretningsmessige kriterier med andre krav i en anskaffelsesprosess. "Den største ulempen er at slike krav kan hindre oppdragsgiveren i å opptre profesjonelt, fordi det skapes uklarheter om hvilke retningslinjer og mål oppdragsgiveren skal arbeide etter. Spesielt er det fare for at anskaffelsesprosessen blir mindre objektiv og etterprøvbar hvis oppdragsgiveren blir pålagt å ta inn krav som ikke er målbare."

Utvalget mente at temaet burde utredes og foreslo følgende sjekkliste for arbeidet:

- *Hvorfor ønsker man å bruke krav ved offentlige anskaffelser som virkemiddel for å løse det aktuelle problemet?*
- *Er kravet i overensstemmelse med Norges internasjonale forpliktelser?*
- *Er det mulig å utforme kravet slik at det gir klare kriterier for valg i anskaffessammenheng?*
- *Vil praktiseringen av kravet muliggjøre klare ansvarsforhold til fagmyndighet på området, og skape ryddige forhold med hensyn til kontroll?*
- *Stilles det store kompetansekrav?*
- *Er det mulig å utforme klare sanksjonsmønstre?*

Jeg har ikke funnet materiale som viser at en slik utredning ble gjennomført.

Utvalgets forslag til §1 og §6 ble sentrale i den videre diskusjonen:

”§ 1 Formål

Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet, likebehandling og åpenhet.”

”§ 6 Ressurs- og miljøbevisste anskaffelser

Statlige organer, og rettssubjekter nevnt i denne lov § 2 nr 2 som er kontrollert av statlige organer skal under planleggingen av den enkelte anskaffelse ta hensyn til livssyklus-kostnader og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen.”

I Ot.prp. nr. 71 (1997-98) der departementet følger opp NOU'en fra 1997 gis det tilslutning til utvalgets tilbakeholdenhet mht. samfunnsmessige hensyn ved innkjøp.

”Departementets skepsis når det gjelder å innta samfunnsmessige krav bør likevel ikke være til hinder for at det kan tas slike hensyn dersom kravene også ivaretar viktige

hensyn av innkjøpsfaglig karakter, og at de således ikke kommer i direkte konflikt med regelverkets grunnleggende formål, nemlig å bidra til effektive anskaffelser. Det er videre en forutsetning at slike krav må kunne praktiseres på en enkel og forutberegnelig måte.”

Om å innta en lærlingeklausul i det offentlige anskaffelsesregelverket mener departementet det er viktig å se på den antatte effekt av en slik klausul. I en referert undersøkelse ”ble det påvist at effekten av en lærlingeklausul er avhengig av forhold som konjunktursituasjonen innen den enkelte bransje, størrelsen på bedriften, godkjenningsreglementet og effekten av Reform-94. Undersøkelsen konkluderer med at effekten av en slik klausul er meget begrenset. Departementet er derfor av den oppfatning at den antatte effekten ikke tilsier innføring av en lærlingeklausul.

En eventuell lærlingeklausul vil måtte nyanseres hvis konsekvensene av konjunktursvingninger skal motvirkes. En nyansert lærlingeklausul vil imidlertid kunne være vanskelig å anvende for oppdragsgiveren. Bl a vil det være vanskelig å vite om det inngår lærefag i den ytelsen som anskaffes med mindre oppdragsgiveren har spesialkunnskap på området.

Departementet anser det som viktig at anskaffelsesprosessene utformes slik at små og mellomstore bedrifter har mulighet til å konkurrere om offentlige oppdrag på like vilkår med større bedrifter. Dette er med på å sikre et effektivt og levedyktig leverandørmarked for det offentlige. En lærlingeklausul er en faktor som kan gjøre det vanskeligere for små og mellomstore bedrifter på det offentlige anskaffelsesmarkedet”.

Mht. forslaget fra utvalget om lovens §1 og 6, slutter departementet seg til disse med ett unntak. Utvalget hadde ”åpenhet” med i §1, dette er sløffet av departementet uten at jeg har funnet noen forklaring på dette. Spørsmålet er heller ikke drøftet i prosessen videre.

I sin innstilling om departementets proposisjon (Innst. O.nr. 27 (1998-99) sier næringskomiteén bl.a. dette:

”Komiteen har merka seg framlegget om å ta inn ein føremålsparagraf i lova, og ser positivt på dette sjølv om det går fram av anna lovverk. Komiteen vil likevel understreka at hovudføremålet om å basera offentlege innkjøp på «forretningsmessighet og likebehandling» ikkje står i motsetnad til at det kan knyttast ikkje-innkjøpsfaglege vilkår til innkjøp. Regjeringa har gjort framlegg om krav og skatteattest og HMS-attest.”

Komiteen refererer dette fra proposisjonen:

”Det finnes i dag ingen lover eller forskrifter som pålegger offentlige oppdragsgivere å ta hensyn til miljøet ved planleggingen av en anskaffelse eller ved valg av leverandør. I St.meld. nr. 46 (1997-98) Miljø og utvikling er det imidlertid uttalt at offentlige innkjøpsordninger skal rettes mot miljøvennlige produkter. Denne holdningen er senere fulgt opp i St.meld. nr. 58 (1996-97) Miljøvernpolitikk for en bærekraftig utvikling.

Departementet vurderer det som viktig at det tas inn en bestemmelse om miljø i regelverket.

Departementet kan ikke se at en bestemmelse om miljø i regelverket vil komplisere anskaffelsesprosessen ytterligere. Bestemmelsen er først og fremst ment som en instruks til statlige anskaffere om at miljøaspektet skal trekkes inn under planleggingen av en anskaffelse. Den innebærer ikke et pålegg om å foreta omfattende beregninger av miljømessige konsekvenser ved anskaffelsen.”

Komiteen ”ser positivt på at krav om at ein ved planlegging av statlege innkjøp skal ta miljøomsyn, omsyn til livssyklus-kostnader og miljømessige konsekvensar av innkjøpet, og sluttar seg til framlegget.”

Komiteen mener ellers ”det er gode argument for å knyta fleire samfunnsstenlege vilkår til offentlege innkjøp enn dei som er fremja i proposisjonen, jf. under.”

Komiteen nevner spesielt lærlingeklausul. Den sier om dette temaet:

”Komiteen sitt fleirtal, alle unnateke medlemene frå Fremskrittspartiet og Høgre, har merka seg at Regjeringa ikkje har gjort framlegg om å ta inn ein klausul om lærlingar i regelverket for offentlege innkjøp. Fleirtalet syner til at eit mindretal i utvalet og fleire av høyringsinstansane har gått inn for dette, og at departementet i utgangspunktet er samd med mindretalet i at det er ei offentlig oppgåve å sikre fullgod fagopplæring i Noreg, med tilstrekkeleg antal lærlingeplassar.

Fleirtalet er samd med Regjeringa i at ein klausul om lærlingar kan gjere det vanskeleg for små verksemder på den offentlege anskaffelsesmarknaden. På den andre sida ser fleirtalet det som viktig at tilbydarar som tek ansvar for opplæring av nye fagarbeidarar får ein konkurranseføremon og ikkje ei konkurranseulempe. Fleirtalet ber derfor om at forskriftene vert utforma slik at verksemder med lærlingar vert gitt slikt konkurranseføremon. ”

Vedtaket om lovens §1 og §6 i Stortinget (Besl. O. Nr. 35 (1998-1999) følger departementets forslag.

Departementet følger opp stortingsbehandlingen i Ot.prp. nr. 3 (2000-2001). Oppfølgingen gjelder særlig tre temaer:

- Å utvide loven – som hittil bare har omfattet statlige innkjøp – til også å inkludere kommunale og fylkeskommunale innkjøp
- Å få på plass et tvisteløsningsorgan mht offentlige innkjøp
- Om forskriftene kan utformes slik at det kan stilles vilkår til leverandørers bruk av kontraktører og lærlinger.

Jeg refererer her bare stoff om det siste kulepunktet. Departementet sier dette om spørsmålet:

”EØS-avtalen tillater ikke at leverandører som har tilknyttede lærlinger gis et konkurransefortrinn når man vurderer hvilke av de kvalifiserte leverandørene som har det beste tilbud. EU-domstolen har således slått fast at det er ulovlig å gjøre ikke-innkjøpsfaglige forhold til vurderingsmoment ved kontraktstildelingen. Slike krav må i stedet formuleres som en absolutt betingelse for å få delta i konkurransen. Dette er

forankret i de særskilte innkjøpsdirektivene, og gjelder også når vurderingen kun står mellom norske leverandører.

Norges internasjonale avtaleforpliktelser er imidlertid ikke til hinder for en bestemmelse som åpner for at det kan stilles kvalifikasjonskrav kun til norske leverandører. Omvendt diskriminering er ikke i strid med EØS-avtalens forpliktelser med hensyn til å unngå konkurransevridende bestemmelser.

Etter en helhetsvurdering mener Departementet at det fortsatt bør være adgang til å bruke lærlingklausul der dette er formålstjenlig ut fra behovet for lærlingplasser i kommunen. Klausulen bør bare rettes mot norske leverandører. Gjennom en slik bestemmelse beholdes det en mulighet for den enkelte kommune til å stille lærlingkrav, samtidig som man legger til rette for at et eventuelt krav, fremmes i overensstemmelse med Norges internasjonale avtaleforpliktelser.”

Næringskomitéen behandler departementets forslag i Innst. O. Nr. 26 (2000-2001). Om lærlinger og tiltak mot kontraktørvirksomhet ser komitéen det ”som positivt at Regjeringa no kjem attende til Stortinget med inngåande vurderingar av korleis desse omsyna kan ivaretakast i det nye regelverket.”

Komitéen vurderer departementets forslag slik:

”Komiteen meiner at ein obligatorisk lærlingeklausul kan ramme små og mellomstore bedrifter negativt og ekskludere desse frå å kvalifisere seg. Komiteen merkar seg også at røynsler frå kommunal sektor tilseier at ein lærlingeklausul berre i liten grad er eigna til å påverke leverandørar til å påta seg opplæringsfunksjon for lærlingar, og at ein eventuell klausul ut frå internasjonale avtaler Noreg har forplikta seg til berre kan rette seg mot norske leverandørar. Komiteen viser også til at det i dag er få fag med stor mangel på læreplassar, og at denne situasjonen har betra seg kraftig i løpet av dei siste åra.

Ut frå ei samla vurdering er difor komiteen samd i at det ikkje er hensiktsmessig å innføre ein obligatorisk lærlingeklausul i lovverket.

Fleirtalet i komiteen, alle unntake medlemene frå Fremskrittspartiet og Høyre, meiner vidare at ei opning i lovverket for at oppdragsgivarar kan stille krav om at norske leverandørar skal ha lærlingar tilknytt bedrifta, slik Regjeringa skisserer, er eit fleksibelt virkemiddel som i tilstrekkeleg grad tek omsyn til innvendingane som er nemnt ovanfor. Fleirtalet forutset at ein slik klausul blir eit målretta verkemiddel til bruk i situasjonar og bransjer der det er eit klart definert behov for fleire lærlingeplassar, og at klausulen ikkje ut over dette blir brukt slik at mindre og nyoppstarta verksemdar vert ekskluderte frå innkjøpskonkurransar.

Komiteens medlemmer fra Fremskrittspartiet og Høyre er tilfreds med at Regjeringen ikke foreslår en obligatorisk lærlingeklausul i loven. Uavhengig av behovet for flere lærlingeplasser kan en slik bestemmelse virke konkurransevridende og føre til at små og mellomstore bedrifter ikke blir i stand til å delta i eller kvalifisere seg til å konkurrere om offentlige anbud. Disse medlemmer understreker imidlertid at forslaget om en bestemmelse som gir oppdragsgiver mulighet til å stille krav om at leverandører skal ha

lærlinger eller være tilknyttet en lærlingordning vil ha samme konkurransevridende virkning overfor små og mellomstore bedrifter. Disse medlemmer mener samtidig det er uakseptabelt å pålegge norske leverandører et krav som ikke stilles til konkurrenter i andre EØS-land. Det er viktig å skille mellom behovet for et ryddig regelverk for offentlige innkjøp og tiltak for å styrke lærlingeordningen. Disse medlemmer går på denne bakgrunn mot forslaget om å gi oppdragsgivere adgang til å benytte lærlingklausul.

Kontraktørproblematikken vart inngående drøfta i samband med handsaminga av Ot.prp. nr. 71 (1997-1998). Fleirtalet peikte ved det høvet på vanskane med å definere kontraktøromgrepet eintydig. Komiteen vil understreke at det store fleirtalet av enkeltmannsforetak er seriøse og driv etter reglane, og at dette er bedrifter samfunnet treng og bør oppmuntre til. Fleirtalet ba på same tid Regjeringa utforme forskriftene slik at ein unngår tilbydarar som omgår faglege rettar og dei sosiale kostnadene ved å ha eigne tilsette. Komiteen er samd med Regjeringa i innvendingane mot dagens antikontraktørklausul, og i at omsynet bak klausulen kan ivaretakast godt på den måten Regjeringa skisserer, gjennom ei utvida HMS-eigenmelding.”

I Besl. O. Nr. 37 (2000-2001) utvider Stortinget lovens §6 til også å omfatte kommunale og fylkeskommunale organer.

Neste gang departementet kommer til Stortinget med forslag om å endre loven om offentlige anskaffelser var i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006). Denne gangen var temaene:

- Å styrke allmennhetens tillit til anskaffelsesvirksomheten på bakgrunn av en rekke innkjøp i strid med regelverket avdekket av Riksrevisjonen.
- Universell utforming under planlegging av anskaffelser

Temane ble fulgt opp med forslag til endringer i §1 og 6:

§ 1 Formål

Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. *Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.*

§ 6 Livssyklus kostnader, universell utforming og miljø

Statlige, kommunale og fylkeskommunale *myndigheter og offentligrettslige organer* skal under planleggingen av den enkelte anskaffelse ta hensyn til livssyklus kostnader, *universell utforming* og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen.

Næringskomitéen sluttet seg til forslagene (Innst. O. Nr. 52 fra 2005-2006) og endringsforslagene ble vedtatt (Besl. O. Nr. 55 fra 2005-2006).

Som en oppfølging av regjeringens handlingsplan mot sosial dumping foreslo departementet i Ot. prp. nr. 7 (2007-2008):

”ei føresegn i lov om offentlige anskaffelser som gir regjeringa høve til å påleggje offentlege oppdragsgivarar å nytte kontraktsklausular som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår i offentlege kontraktar som ikkje er dårlegare enn det som følger av gjeldande tariffavtale, regulativ eller det som elles er normalt for vedkommande stad og yrke. Føresegna gir òg regjeringa fullmakt til å påleggje oppdragsgivarar å føre tilsyn med at klausulane blir overhaldne, og å setje i verk tiltak overfor leverandørane ved manglande etterleving av klausulane. Ei slik ordning er allereie gjennomført for sentrale statlege styresmakter gjennom departementsrundskriv frå juni 2005. Rundskrivet er ei gjennomføring av ILO-konvensjon nr. 94 om arbeidarklausular i offentlege kontraktar, som Noreg ratifiserte i 1996. Forslaget til lovendring utvidar ordninga til òg å omfatte offentlegrettslege organ og kommunal sektor. For sentrale statlege styresmakter vil den lovbestemte ordninga erstatte rundskrivet.”

Forslaget blir fulgt opp med utforming av lovens §11 a. Næringskomitéen slutter seg til forslaget (Innst. O. Nr. 24 fra 2007-2008) og Stortinget vedtok innstillingen (Besl. O. Nr. 39 fra 2007-2008):

§ 11a Lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Kongen kan ved forskrift pålegge statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som inngås etter denne lov, som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.

Kongen kan ved forskrift pålegge oppdragsgivere å føre tilsyn med at klausulene blir overholdt, og iverksette tiltak overfor leverandøren ved manglende etterlevelse av klausulene.

Neste gang departementet kommer til Stortinget med forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser var i Prop. 12L (2011-2012). Forslagene gjaldt gjennomføring av EU's håndhevelsesdirektiv 2007/66EF. Jeg referer ikke fra dette dokumentet siden det ikke berører temaet for dette notatet.

4. Oppfølging i forskrift og veiledning

Det er ikke mange spor av lovendringene i forskriftene til loven. I veiledningen derimot er flere temaer fulgt opp:

- Universell utforming i pkt. 5.2.1
- Miljø i pkt. 5.2.2
- Etisk produksjonsstandard i pkt. 5.2.3
- Sosial dumping i pkt. 9.8.3

Temaet ”lærlingeklausul” finner jeg ikke omtalt verken i forskriftene eller veiledningen. Ut fra departementets og Stortingets behandling av temaet, skulle det finnes en regel om at kommunene etter lokale behov skal kunne legge inn en slik klausul i konkurransegrunnlaget. Kanskje jeg ikke har lest forskrift og veiledning godt nok, her trengs veiledning eller oppklaring.

5. Nytt initiativ fra Regjeringen (pressemelding 13.01.2015)

Regjeringen vil skaffe flere unge lære plass ved å skjerpe regelverket for offentlige anskaffelser. Når det offentlige har store oppdrag ute på anbud, må bedriftene i visse bransjer ha lærlinger for å kunne få jobben. Hvert eneste år er det cirka 8000 ungdommer som ikke får lære plass. Denne endringen er et viktig tiltak for å skaffe flere lære plasser, sier kunnskapsminister Torbjørn Røe Isaksen.

Regjeringens initiativ på dette området kan ha vært inspirert av et brev fra NHO 07.07. 2014 til statsråd Monica Mæland. I brevet viser NHO at dagens regel ”retter seg bare mot norske bedrifter og at utenlandske bedrifter slipper å oppfylle lærlingekravet selv om det er stilt krav om det i konkurransegrunnlaget. For å gi effekt må lærlingeklausulen være knyttet til kontraktens utførelse”. NHO vil ha en regel ”som både bidrar til at offentlige anskaffelser bygger opp lærlingestitutttet og sikrer lik konkurranse mellom norske og utenlandske aktører.....regelen må tilpasses samfunnsansvarlige oppdragsgivere og et seriøst næringsliv”.

Lærlinger på hvert prosjekt

I dag er det slik at det offentlige *kan* kreve at bedrifter har lærlinger for å vinne et offentlig anbud. Nå foreslår regjeringen å endre reglene slik at det offentlige *skal* kreve dette.

”I tillegg foreslår vi at det skal være lærlinger tilknyttet det konkrete prosjektet. Det betyr at bedrifter ikke kan vinne anbud uten å bruke lærlingordningen aktivt, sier Røe Isaksen.”

Også utenlandske bedrifter

Kravet om å ha lærlinger gjelder både norske og utenlandske bedrifter. Tidligere kunne norske bedrifter som tok sitt samfunnsansvar for opplæring av fremtidige fagarbeidere, tape kontrakter til bedrifter som ikke tok det samme ansvaret.

”Det er ingen tvil om at Norge trenger flere fagfolk, og da trenger vi også flere lære plasser. Både bedrifter og offentlig sektor vil ha et stort behov for dyktige medarbeidere med fag- og yrkesutdanning fremover, sier næringsminister Monica Mæland.”

Deler av byggebransjen har lenge kjempet mot useriøse aktører som vinner anbud på pris, men som ikke opprettholder kvaliteten. Offentlige anskaffelser står ifølge byggenæringen for over 40 prosent av total byggevirkosomhet per år.

Forebygger kriminalitet

Kravet om å ha lærlinger ved offentlige kontrakter, er også et ledd i en strategi mot arbeidslivskriminalitet. ”Vi vil gjøre det enklere å være seriøs og vanskeligere å være kjeltring og useriøs, sier arbeids- og sosialminister Robert Eriksson.”

Gjelder visse bransjer

Kravet om å ha lærlinger skal bare gjelde for konkurranser i bransjer hvor det er behov for lære plasser. Kunnskapsdepartementet skal i samarbeid med Nærings- og fiskeridepartementet foreslå hvilke bransjer kravet skal gjelde for. De skal også vurdere om kravet til lærlingeklausul ikke skal gjelde for anskaffelser under en viss størrelse eller varighet.

Forslag til endringer skal sendes på høring innen kort tid, og kravet skal etter planen innføres fra april 2016.

6. Kommentar: Det er lov å skifte mening

Når vi ser på Stortingets behandling av lærlings spørsmålet knyttet til offentlige innkjøp fra 1997 og framover er det Høyre og Frp som har vært de ivrigste motstandere av denne koblingen. Det er interessant å se at disse partiene nå ha skiftet mening. Forslaget fra regjeringen tyder på at det er en kombinasjon av mangel på lærlingeplasser og kampen mot useriøse firmaer som har vært utslagsgivende. Det vil neppe være motstand fra andre partier når forslaget legges fram. Når høringsnotatet foreligger blir det særlig interessant å se hvordan regjeringen *nå* vil begrunne sitt absolutte krav om en lærlingeklausul.

7. Det brede perspektivet

Gjennomgangen ovenfor viser at et ønske om *effektive innkjøp* med minst mulig ressursbruk så vel for innkjøpere som for tilbydere har vært en stabil interesse i mange år innenfor EU/EØS-området. Samtidig har EU og flere av medlemslandene *i tillegg* vært opptatt av hvordan de offentlige innkjøpene *samtidig* kunne få best mulige økonomiske, sosiale og samfunnsmessige virkninger. Strategien har vært å etterspørre hvordan et konkret innkjøp kunne kombineres med lokale behov av sosial, miljømessig og annen samfunnsmessig karakter med *relevant* sammenheng med det primære innkjøpet. Her finnes det en mengde eksempler fra ulike land hvordan dette har vært håndtert.

Denne interessen har vært tilstede i flere år, men er gjort mer tydelig gjennom det siste direktivet fra EU som nasjonalstatene nå har som utgangspunkt til justering av egen lovgivning på området. Gjennomgangen ovenfor av det norske arbeidet med utvikling av innkjøpslovgivningen viser at EUs "brede perspektiv" ikke har vært referert i de offentlige dokumentene. Videre at det heller har vært en reservert enn en offensiv holdning til dette spørsmålet fra norsk side.

Danskene har gjort det klart at innkjøpslovgivningen formål – slik de forstår EUs direktiver - er å klargjøre *hvordan* innkjøpene skal foregå, ikke *hva som skal kjøpes inn*. Velger man å kombinere flere elementer i et innkjøp er kravet at det skal være en naturlig indre sammenheng mellom disse elementene for å se på innkjøpet som *ett* innkjøp.

Dersom vi legger til grunn for innkjøpene det brede perspektivet som EU stimulerer til, er det opp til innkjøpere og tilbydere på ulike samfunnsområder å vise kreativitet på hvordan vi kan få mer ut av hver offentlig krone ved å ha flere tanker i hodet samtidig når innkjøp planlegges.

Hvordan dette perspektivet kan konkretiseres i lov, forskrift og veiledning er et tema vi kan komme tilbake til. Etter mitt syn er det viktig å avklare hva som egner seg i selve lovteksten, hva som naturlig har plass i lovens forskrift og hva som bør stå i veiledningen.

Oslo, 11.03.2015

”Brede” og ”smale” offentlige innkjøp – prinsipp tenkning og eksempler av Åke Dalin

1. Innledning

Lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter er under revisjon. Bakgrunnen for revisjonen er dels nye direktiver fra EU, dels nasjonale interesser for å forenkle regelverket på området.

EU legger nå stor vekt på interessen for å knytte innkjøpene til samfunnsmessige hensyn av *økonomisk, sosial eller miljømessig karakter*. Formålet med dette notatet er å vise hva en slik bredere tenkning om innkjøpene betyr i praksis gjennom eksempler. Det viser seg også at store offentlige virksomheter i Norge i flere år har praktisert en slik ”utvidet” tenkemåte, selv om ikke lovgivningen om innkjøp har stimulert til dette.

Med et ”smalt” innkjøp tenker jeg på konkurranser om oppføring av en bygning, drift av et sykehjem, bygging av en veistrekning mv. Med et ”bredt” innkjøp tenker jeg på at innkjøper tenker igjennom og inkluderer i konkurransegrunnlaget forhold av økonomisk, sosial eller miljømessig karakter som det naturlig lar seg gjøre å inkludere i det kjøpet som skal gjennomføres. Jeg forutsetter da at de forhold som er aktuelle har eller vil kunne ha en tilknytning til leveransen.

Notatet beskriver eksempler på ”brede” innkjøp og den tenkning som ligger til grunn for disse innkjøpene. Noen ”smale” innkjøp tas også med for å illustrere de muligheter som ligger i å se dem i en bredere sammenheng.

2. Staten som bevisst innkjøper

I nåværende regjerings politiske plattform fra 7. oktober 2013 står det bl.a.:

”Offentlig sektor kan spille en viktig rolle som pådriver for innovasjon. Stor innkjøpsmakt, og en betydelig evne til å bære risiko, betyr at staten aktivt kan benytte sin bestillerrolle til å legge grunnlaget for innovasjon i mange næringer”.

Jeg er ikke kjent med hvordan regjeringen har fulgt opp denne bevisste innkjøpspolitikken konkret overfor departementer og underliggende virksomheter. Samtidig viser eksempler at flere statlige etater tenker på denne måten og viser dette i konkrete innkjøp.

3. Innovasjon i leverandørmarkedet

I 2010 ble ”Nasjonalt program for leverandørutvikling” startet. Programmet skal bidra til at offentlige anskaffelser i større grad stimulerer til innovasjon og verdiskaping i leverandørmarkedet. Næringslivets Hovedorganisasjon, NHO, og Kommunesektorens organisasjon, KS, var initiativtagere til programmet som gjennomføres med et partnerskap av nasjonale innovasjonsaktører, statlige virksomheter, større kommuner og næringsliv.

Det finnes allerede mange gode eksempler i dette programmet på at nye krav i konkurransegrunnlagene fra stat og kommune har bidratt til nyskaping blant tilbyderne. Et viktig element i denne prosessen har vært *dialog i forkant av innkjøpene mellom innkjøpere og mulige leverandører*. Eksempelene finnes bl.a. innenfor byggutforming, broer, energiløsninger, IT-systemutvikling og velfersteknologi.

Hovedtrekkene i metoden er dialog med leverandørmarkedet i fasen før anskaffelseskonkurransen kunngjøres og er i gang. Innspillene fra dialogen benyttes ved utformingen av kravspesifikasjonen i konkurransen. I stedet for detaljerte krav benyttes funksjonskrav, det vil si at oppdragsgiver beskriver hvilken funksjon som skal dekkes og overlater til markedets kreativitet, kompetanse og innovative muligheter å komme med konkrete løsninger. Metoden er utviklet i tett samarbeid med Difi¹.

Flere av eksemplene fra dette programmet som foreligger viser at det har vært nødvendig for tilbyderne å investere i teknologi og kompetanse for å kunne levere til det aktuelle offentlige oppdraget. Disse investeringene har i mange tilfelle i etterkant åpnet opp nye markeder for disse firmaene, med leveranser både til privat og offentlig sektor. Vi ser her viktige ringvirkninger av en offensiv offentlig innkjøpspraksis.

Begrensningene i det utvalg eksempler som finnes i programmet for leverandørutvikling viser seg særlig på helse- og omsorgssektoren. Der har innfallsvinkelen i sin helhet vært utvikling og introduksjon av tekniske løsninger². Løsninger knyttet til utvikling av selve omsorgen ville kreve kontakt med andre typer leverandører enn de NHO og KS har hatt kontakt med i programmet.

4. By- og stedsutvikling

Regjeringen har utviklet noen retningslinjer for god by- og stedsutvikling. Bakgrunnen er at byer og tettsteder har vokst fram gjennom århundrer og endrer seg gradvis fra dag til dag. Det er viktig for regjeringen at denne utviklingen framover ikke skjer planløst, men blir til det beste for innbyggere, næringsliv og naturen³.

Det er utformet 8 nasjonale mål for lokalisering:

- Redusere utslipp av klimagasser
- Bidra til godt miljø lokalt
- Bruke arealene effektivt
- Legge til rette for verdiskaping
- Bidra til et levende sentrum
- Bidra til kvalitet i utforming
- Bevare kulturmiljøer
- Sørge for tilgjengelighet og brukbarhet for alle.

¹ Difi veileder – betaversjon 1

² Jfr. eksemplet fra Verdal kommune i avsnitt 7

³ Statlig lokalisering og god by- og stedsutvikling, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Miljøverndepartementet/Statsbygg 2009.

Stedets egen identitet og særpreg bør ligge til grunn i stedsutviklingen, og bør sammen med den lokale natur- og kulturarven brukes som en ressurs i utviklingen av stedet. Gode og varierte møteplasser betyr svært mye for det sosiale liv på stedet.

For å lykkes i dette arbeidet forutsettes det spillerom for kreativitet, skaperkraft og engasjement som finnes lokalt.

Programmet "Plansatsing mot store byer (2013-2017)" er rettet inn mot de største byområdene med den sterkeste befolkningsveksten, og skal medvirke til framtidsrettet byplanlegging, bedre bymiljø og tilrettelegging for økt boligbygging. Et sentralt tema er å redusere klimagassutslippene – og gjøre byene bedre å bo i.

"Områdesatsing" er et virkemiddel for å bedre miljø, boforhold og levekår i et geografisk avgrenset område. En områdesatsing er et samarbeid mellom stat og kommune som ser flere virkemidler i sammenheng.

Eksempel: Utvikling av Groruddalen

Jan Bøhler gir glimt fra satsingen i Groruddalen i et innlegg i Aftenposten 23.03.2015. Han viser hvordan en samordnet satsning mellom politi, lokale organisasjoner, kommunen og statlige tiltak har bidratt til:

- Å få kontroll på et kriminelt ungdomsmiljø og redusere attraktiviteten til å bli rekruttert til dette miljøet. Politiet har jobbet både forebyggende og operativt.
- Nye forbilder for ungdommen er skapt ved at Furuseth idrettslag siden 2009 har utdannet 30–50 nye unge ledere hvert år som tar ansvar i foreninger og tiltak i nærmiljøet.
- Den offentlige satsingen har, sammen med borettslagene, rustet opp og forandret uteområdene til å bli attraktive og fulle av lekeutstyr, treningsparker og andre aktiviteter. Også moskeene, kirken og frivillighetsentralen har gjort sin del av jobben og organiserer for eksempel natteravner.

Dette helhetsperspektivet for områdeutviklingen har ligget til grunn for de statlige og kommunale innsatser i prosjektet.

5. Offentlige bygg

Statsbygg er en av landets største eiendomsforvaltere, med 2,7 millioner kvadratmeter bygningsmasse i inn- og utland. Etaten hevder at det er store miljøgevinster å hente i bygge- og eiendomsbransjen og mener at etaten har et ansvar for å være pådriver og rollemodell for resten av næringen. Dette gjenspeiles i etatens miljøstrategi.

Lokalisering av bygg har stor betydning for klimagassutslipp, trafikkbelastning, det biologiske mangfoldet, samt helse og trivsel. Statsbygg følger de nasjonale føringer som gjelder for miljøvennlig by- og stedsutvikling (jfr. avsn. 4 ovenfor). Nærhet til sentrum og til et godt kollektivsystem er ofte avgjørende for etatens valg av lokalisering, da det reduserer klimautslippene fra transport.

I dag prosjekteres en tredel av nybyggene med passivhusstandard eller bedre. Fra 2018 er målet å levere tilnærmet nullenergibygg. En av de største miljøutfordringene ligger imidlertid i eksisterende bygningsmasse. Her jobber etaten med å redusere energibruken.

Valg av byggemateriale har stor innvirkning på miljøet. Statsbygg skal alltid velge de mest miljøvennlige materialene, dersom det kan gjøres uten urimelige kostnader eller ulemper. Etaten skal også bygge arealeffektivt, fordi det reduserer materialbruken, investeringskostnadene og driftskostnadene.

Et grunnleggende premiss for Statsbyggs strategi 2015-2018 er livsløpsperspektivet: byggets miljøpåvirkning gjennom hele verdikjeden. Ved å bygge og drifte med lavest mulig "klimafotavtrykk", skal Statsbygg gå foran. Etaten skal teste ut nye løsninger i forbildeprosjekter, og feie for egen dør ved at den interne virksomheten skal være et godt forbilde.

Statsbygg skal være miljøledende. Innen 2030 skal etaten kunne levere bærekraftige nullutslippsbygg. Målet er en klimanøytral eiendomsportefølje, som også er godt rustet mot klimaendringene. Gjennom rådgivning skal statens miljøfotavtrykk reduseres.

Dette er mål i strategiperioden:

- Anbefale løsninger som gir redusert klimabelastning, arealbruk og ressursbruk. Statsbygg skal formidle hvordan løsninger kan bidra positivt til lokalmiljøet og gi god stedsutvikling.
- I Statsbyggs byggeprosjekter skal de totale klimagassutslippene reduseres med minimum 30 prosent, på vei mot nullutslippsnivå. De ferdige byggene skal utgjøre et positivt bidrag til stedet og fremme gode løsninger for energi og transport, klimatilpasning og biologisk mangfold.
- Klimagassutslippene fra Statsbyggs nåværende eiendommer skal reduseres med minimum 15 prosent. Etaten skal unngå innkjøp av miljøskadelig materiell, og driften skal fremme bærekraftig ressursbruk. Eiendommene skal være et positivt bidrag til stedet, fremme miljøvennlig transport, ta hensyn til klimaendringer og ivareta biologisk mangfold.

Klimamålene skal konkretiseres i pågående prosjekter (Statsbygg er ikke nødvendigvis byggherre i alle statlige byggeprosjekter).

Eksempel: Et "bredt" byggeprosjekt - Nytt nasjonalmuséum i Oslo

Klimamålene for dette prosjektet kan oppsummeres i disse punktene:

- Bygget skal være et forbilde mht. klima og energi
- Arkitekturen skal bidra til at museet markerer seg aktivt i bybildet og kommunisere med publikum i og utenfor åpningstiden, med aktivitetssoner og tilrettelegging for alle besøkende rundt bygget (jfr. by- og stedsutvikling, avsn- 4).
- 50% reduksjon av klimagasser gjennom byggets levetid sammenliknet med dagens praksis.
- Anlegget skal respektere byen og de nære omgivelsernes kvaliteter, historie og karakter samt museets primære funksjoner.
- Materialene skal være solide, eldes med verdighet og være enkle å drifte og vedlikeholde, redusere påkjenningen på ytre miljø og ikke avgi gasser som virker nedbrytende på museets samlinger.

Disse målene fikk konsekvenser for konkurransegrunnlagene ifm den pågående bygging av nasjonalmuséet.

Eksempel: Et "smalt" byggeprosjekt

Et statlig bygg ble for noen år siden reist på en tomt i Oslo der en viss strekning av en lokal elv lå i rør under tomten. Oppdragsgiver valgte å "glemme" elven og utlyste en konkurranse om oppføring av bygget. Alternativt kunne oppdragsgiver ha lagt inn i konkurransegrunnlaget at elven skulle opp i dagen og at det samtidig som bygget ble

planlagt skulle elvestrekningen ut av røret og ledes i en ny åpen trasé slik at en kunne få et sammenhengende elveløp i området. Dette kunne begrunnes med en "blå-grønn" strategi for lokalmiljøet i stort. En slik interesse er lett å forstå for alle parter, den er et politisk valg som får praktiske konsekvenser for plassering og utforming av bygget og miljøet rundt.

Siden endring av elveløpet ikke ble inkludert i konkurransegrunnlaget, har kommunen og interesseorganisasjoner i ettertid lagt ned et stort arbeid for likevel å få "elven opp i dagen". I praksis har dette ført til at det nå blir et elveløp rundt bygget, en mindre god og trolig dyrere løsning enn om bygg og "elven opp i dagen" opprinnelig hadde blitt definert som ett oppdrag.

6. Transportsektoren

Regjeringene har flere ganger laget såkalte "nasjonale transportplaner". Den siste er for perioden 2014 – 2023. Planen gjelder for utviklingen av veier, jernbane kysttransport og luftfart.

En rekke miljømessige hensyn skal ivaretas, som konkretiseres gjennom de enkelte prosjekter i ulike etater, og får konsekvenser for de konkurransegrunnlagene som lages for offentlige innkjøp innenfor transport. De miljøhensyn som særlig nevnes i transportplanen er:

- Reduksjon av klimagassutslipp gjennom større overgang fra biltransport til kollektiv transport i tettbygde strøk, elektrifisering av toglinjene, hvordan utbyggingsprosjektene gjennomføres og tilrettelegging for økt bruk av sykkel. Utslippsreduksjonene fra jernbane og sykkelbruk vil være nesten tre ganger så store som utslippsøkningen fra veitransport.
- Særlig omtanke for inngrep i naturen for broer, tunneller samt vei- og jernbanetraseer. Her tenkes på minst mulig reduksjon av matjord, estetisk utforming av traseene og biologisk mangfold.
- At ny infrastruktur og ombygging av gammel struktur får universell utforming
- Økt rassikring ved vei- og jernbanetraseer
- Reduksjon av støyforurensning både under utbygging og ved regulær bruk av vei og jernbane.
- Økt trafiksikkerhet/reduksjon av personskader og tapte liv.

Nedenfor har jeg valgt å illustrere hvordan Jernbaneverket følger opp transportplanens miljøkrav i utbyggingsprosjekter og drift.

Eksempel: Et "bredt" byggeprosjekt - Follobanen

Follobanen er det første jernbaneprosjekt i Norge med et eget miljøbudsjett. Dette budsjettet presenterer miljøpåvirkning ved utbygging, drift og vedlikehold av Follobanens infrastruktur i et livsløpsperspektiv.

Follobanens miljøbudsjettet skal samtidig bidra til evaluering av hvor godt miljø og klima ivaretas. I budsjettet beskrives også hvordan man skal gjøre en kvalitativ og kvantitativ vurdering av Follobanens miljøpåvirkning- utover den miljø- og naturpåvirkning som tradisjonelt blir behandlet i konsekvensutredninger før prosjektene besluttes gjennomført.

Miljøbudsjettet er også et verktøy som skal hjelpe Jernbaneverket til å velge løsninger og materialer ut fra et miljøperspektiv. Et eksempel på dette er Jernbaneverket valg av skinnelieferandør da ny rammeavtale ble inngått. Innkjøp fra den mest miljøbevisste skinneproduzenten reduserer klimagassutslippet med 11 %, sammenlignet med gjennomsnittlig europeisk stålproduksjon. Det tilsvarer årlig utslipp fra 2000 personbiler og er den mengden klimautslipp som kan spares ved riktig valg av skinner til Jernbaneverkets årlige forbruk - og for skinner til utbygging og vedlikehold av Follobanen.

Jernbaneverket har satt som mål at miljøkriterier skal vektes for minst 20 % når anskaffelser vurderes ved utbyggingen av Follobanen. Slik får mer miljø-ambisiøse leverandører plusspoeng. Tradisjonelt har Jernbaneverkets investeringsprosjekter innarbeidet miljøkrav i kontraktene, men med det nye miljøbudsjettet kan miljøkriterier brukes til å plukke ut de mest miljøbevisste rådgivere, entreprenører og miljøvennlige produkter.

7. Helse- og omsorgssektoren

I de nasjonale transportplanene gis det klare føringer fra staten med konsekvenser for de statlige innkjøpene på ulike transportsektorer. Noe tilsvarende ser vi av de retningslinjer som er nedfelt for by- og stedsutvikling⁴. Finnes noe tilsvarende for helse- og omsorgssektoren? På denne sektoren har jeg ikke funnet slike føringer. I noen grad kan en si at utredningen "Innovasjon i omsorg"⁵ og stortingsmeldingene "Morgendagens omsorg"⁶ og "God kvalitet – trygge tjenester"⁷ gir føringer for utvikling av helse- og omsorgssektoren, men føringene knyttes ikke direkte opp mot offentlige innkjøp. Dette kan ha sammenheng med at store deler av omsorgen er et kommunalt ansvar.

Med sikte på utvikling av de kommunale helse- og omsorgstjenestene framover forutsetter regjeringen en langt bredere samhandling enn hittil preget av næromsorg, medborgerskap og samproduksjon. Det forutsettes:

- En nasjonal overenskomst og lokale avtaler om partnerskap mellom offentlig og frivillig virksomhet på omsorgsfeltet
- Nye eier- og driftsformer som samvirkeforetak, brukerstyrte ordninger og sosialt entreprenørskap som skaper tjenestetilbud med merverdi
- Nye arbeidsmetoder og faglige tilnærminger med større vekt på aktiv omsorg, hverdagsrehabilitering, gruppearbeid, kultur og trivsel
- En ny og moderne pårørendepolitikk med synliggjøring, likestilling, fleksibilitet, veiledning, avlastning og verdsetting som kjennetegn
- En omsorgstjeneste som organiserer seg inn mot familie og nærmiljø og utløser verdier ingen av dem hver for seg kan skape gjennom satsing på hjemmetjenester, åpne sykehjem og nettverksarbeid

Et eget utvalg arbeider for å utvikle en egen nasjonal strategi for frivillig arbeid på helse- og omsorgsfeltet. Utvalget har medlemmer fra Frivillighet Norge, KS og Helse- og omsorgsdepartementet.

⁴ Jfr. avsnittene 4 og 5 ovenfor.

⁵ NOU 2011:11

⁶ Meld. nr. 29 for 2012-2013.

⁷ Meld. Nr. 10 for 2012-2013

Stortingsmeldingen "Morgendagens omsorg" skisserer et innovasjonsprogram som skal utforme nye løsninger for framtidens omsorg sammen med brukere, pårørende, kommuner, ideelle organisasjoner, forskningsmiljøer og næringslivet. Det er enighet om behovet for nyskaping og nytenkning i den kommunale helse- og omsorgstjenesten med et særskilt fokus på mobilisering av medborgeransvar og deltakelse, tidlig innsats, forebygging, rehabilitering og bruk av ny teknologi.

Det legges stor vekt på innovasjon i alle ledd av omsorgskjeden, at tjenestene blir samordnet ut fra brukernes behov og at statlige virkemidler settes inn som kan styrke omsorgssektorens innovasjonsevne som del av et helhetlig kommunalt innovasjonsarbeid. Det er særlig forskningsinnsats som framheves som det statlige bidraget i innovasjonsarbeidet.

Eksempel: Et "bredt" innkjøp i norsk barnevern

Når barnevernet overtar omsorgen for et barn, finnes det i Oslo en organisering av omsorgen som kombinerer barnevernsinstitusjon, forsterkede fosterhjem (familiebaser/familiehjem) og støtte til de aktuelle barnas biologiske foreldre. Den modellen som brukes er blant annet utviklet av Heggeli barnehjem (Kirkens Bymisjon), men brukes nå av flere institusjoner. De avtalene som ligger til grunn for arbeidet gir muligheter til å kombinere:

- Kortere eller lengre opphold for barnet på barnehjemmet med løpende vurdering av barnets behov. Mange barn trenger et opphold i barnehjem før de er klare for å flytte til et fosterhjem. Barn som flytter til Heggeli i dag flytter veldig sjelden hjem til foreldrene igjen. De flytter med en langsiktig plan om oppvekst under omsorg av barneverntjenesten. Tilbudet har et livsløpsperspektiv.
- Rekruttering av og kvalifisering av par som vil ha fosterbarn
- Opprettelse av forsterkede fosterhjem (familiebaser) etter en kartlegging av barnets omsorgs- og behovsprofil. Det skjer en kobling mellom barn og potensielle fosterforeldre som gir størst sannsynlighet for et godt og langvarig hjem for barnet.
- Systematisk oppfølging av forsterkfamiliene/familiebasene og tett kontakt mellom disse familiene og barnehjemmet (døgnbasert beredskap og tilgjengelighet)
- Foreldrestøtte til de som har barn under omsorg av barneverntjenesten
- Åpen invitasjon til barna i fosterhjem og fosterforeldrene til sosial kontakt med miljøet på barnehjemmet (uformelle besøk, fester mv.)

Modellen viser at behovene hos barn, biologiske foreldre og fosterforeldre sees i sammenheng og at kontraktene gir muligheter til å sette inn tiltak som møter behovene.

Eksempel: To "smale" innkjøp i norsk barnevern

Barnevernet i bydelene i Oslo har ansvar for kontakt med familier hvor barna er utsatt for omsorgssvikt. I kontakten med slike familier undersøker barnevernet behovene og setter inn nødvendige omsorgstiltak dersom saken ikke henlegges etter undersøkelsen. Kommunen har på bydelsnivå bygd opp lokale hjelpetiltak i de siste årene med egne medarbeidere. Alle bydeler har også mulighet til å benytte private aktører (ideelle og kommersielle) til å yte denne type tjenester. Disse aktørene har deltatt i konkurranser om "hjelpetiltak i hjemmet" gjennomført i regi av *Utdannings- og kompetanseetaten* i kommunen.

Når hjelpetiltakene i hjemmet ikke er tilstrekkelige til å dekke behovene, kan bydelen kjøpe plasser i sentre for familie og barn som etter anbudskonkurranse har inngått

rammeavtaler med *Barne- og familieetaten* i kommunen. "Familiehuset Nanna Marie" (Kirkens Bymisjon) er et slikt senter. Senteret gir et heldøgnsstilbud til familier der det er bekymring for barnets omsorgssituasjon. Oppholdet skal bidra til at barnet får gode utviklingsmuligheter ved å styrke foreldrene som omsorgspersoner. Det er alltid familier med omfattende problemer som kommer til dette familiehuset.

Målet er å gi foreldrene hjelp til å klare omsorgen for barnet når de flytter ut av Familiehuset. Dersom det allerede før oppholdet er stor sannsynlighet for at barnet vil bli tatt under omsorg vil også formålet være å forberede en omsorgsovertagelse. Varigheten på oppholdet blir avtalt ved inntak og kan vare fra noen dager til mer enn et år.

Eksemplet viser en kommunal etat som organiserer konkurranser om "hjelpetiltak i hjemmet" og en annen etat som organiserer konkurranser om "sentre for foreldre og barn". Det er også slik at kommunen i liten grad informerer bydelene om de familiesentra som kommunen har avtale med og som har tilbud bydelene kan benytte. En kunne tenkt seg at de to kommunale etatene satte seg sammen og klargjorde sammenhengene mellom hjelp i hjemmet og periodevis behov for opphold i et familiesenter. Resultatet kunne være en konkurranse som forutsatte at tilbyderne skulle dekke begge behov i et samspill.

"Brede" engelske eksempler: Transport, eiendomsdrift og sosiale tjenester

Flere innkjøpere i England har vært opptatt av hvordan en kunne koble sammen tjenester på tvers av tradisjonelle sektorer. Eksempelene gjelder kombinasjoner av transport og eiendomsdrift med tilleggstjenester av særlig sosial betydning.

Eksempel 1:

Kjøp av tjenester i London for drift av vanlig bussruter blir kombinert med en lokal "dial-a-ride"-tjeneste. Det betyr at folk med spesielle behov kan ringe selskapet og bli hentet utenfor egen dør.

Eksempel 2:

Sentrale myndigheter i England ønsker at "social enterprises" (bedrifter med et sosialt formål) og frivillige organisasjoner skal få en større rolle i å levere offentlige tjenester. Begrunnelsen er at disse organisasjonene har sin basis i lokalsamfunnet og har bedre forutsetninger for å forstå de lokale behovene enn andre aktører. Disse organisasjonenes handikapp er ofte at innkjøperne ikke er klar over hvilke sosiale, miljømessige og økonomiske gevinster som inngår i deres tjenester. Når disse tilleggsverdiene heller ikke etterspørres i konkurransegrunnlaget, kan tilbydere med slike tjenester lett tape i konkurranser med andre typer aktører.

Innkjøperne i Waltham Forest ville finne ut hvordan de ved innkjøp av transport ville få mer ut av pengene ved å inkludere tjenester som kunne knyttes til primærinnkjøpet på en naturlig måte. De ba derfor tilbyderne om å demonstrere hvordan deres driftsmodell kunne bidra til effektivisere og gi tilleggsverdier til tjenesten. Kontrakten ble vunnet av HCT Group (en sosial bedrift) av to grunner. Den første grunnen var at de hadde spesialisert seg på å gi marginale grupper på arbeidsmarkedet jobber i sin transporttjeneste. Den andre grunnen var at deres overskudd investeres i et treningscenter som hjelper langtidsledige ut i arbeidslivet.

Eksempel 3:

Et selskap som drifter eiendommer har i London vunnet flere kontrakter pga tilleggsverdier som blir etterspurt. De gir penger til utvikling av lokale skoletilbud innenfor eiendomsdrift og prioriterer å ansette unge mennesker med slik utdanning.

Varslingssystem i eldreomsorg – et "bredt" eksempel?

Verdal kommune ønsket et varslingssystem for brukere på sykehjem og i hjemmetjenesten som er intuitive for brukerne og som kan fange opp behov og aktivere rett hjelp til rett tid.

Arbeidet ble ledet av en tverrfaglig prosjektgruppe for rehabilitering av Verdal bo- og helsetun der IKT-kompetanse, teknisk kompetanse, sykepleiere og ledelsen var med. Særlig viktig var brukerperspektivet, og sykepleiere og fagarbeidere ved sykehjemmene ble trukket inn i tidlig fase. I arbeidet med selve anskaffelsen ble innkjøpsansvarlig koplet inn.

Kommunen arrangerte en åpen dialogkonferanse for leverandørmarkedet, der kommunen orienterte om prosessen og behovene og 18 ulike leverandører deltok. Leverandørene kunne senere levere inn et løsningsforslag med mulighet til å presentere disse i en-til-en møter med kommunen. 11 bedrifter leverte inn forslag og gjennomførte en-til-en møter.

Det ble gjennomført en anskaffelse etter prosedyren konkurranse med forhandling. Fem kvalifiserte tilbydere ble invitert til forhandlinger. Informasjonen som kommunen fikk via dialogaktivitetene ble brukt i arbeidet med å lage en funksjonell kravspesifikasjon. Anskaffelsen gjaldt velferdsteknologiske løsninger i form av nye systemer for varslings- og lokaliseringsteknologi ved henholdsvis Verdal bo- og helsetun og i hjemmetjenesten.

Firmaet Relacom AS fikk kontrakten. Relacom hadde i en årrekke kombinert ulike systemer. Det nye i dette prosjektet var å sette kjente produkter sammen i et nytt system. Produktene i systemet hadde de ikke selv, men de kjenner dette markedet og visste hvem de skulle alliere seg med for dekke behovet.

Eksempel: Et "bredt" innkjøp: Omsorg+ i Oslo

Oslo kommune gjennomfører for tiden en konkurranse om et botilbud for eldre over 67 år, kalt "Omsorg+". I denne konkurransen ønsker kommunen å inngå leiekontrakter med idéelle organisasjoner for 300 omsorgsboliger med servicearealer i bygg tilpasset Omsorg+, samt kontrakt for basistjenester tilknyttet bygningen. Leverandøren må disponere tomt som er hensiktsmessig regulert. Både eksisterende boliger, ombyggings- og nybyggprosjekter er av interesse.

I dette prosjekter ser vi at kommunen ønsker tilbydere som *både* kan levere et hensiktsmessig bygg *og* de nødvendige omsorgstjenester. I praksis betyr dette at aktuelle tilbydere må tenke på samspillet mellom byggets utforming/muligheter og de tjenester som skal leveres. Trolig vil kommunen gjennom dette kombinerte innkjøpet får en bedre tjeneste enn om bygg og omsorg var innkjøpt hver for seg.

Eksempel: Ombygging og drift av sykehjem – fra "smalt" til "bredt" innkjøp?

Oslo kommune skal utlyse en konkurranse om bygging/ombygging og drift av flere sykehjem, blant andre Ammerudhjemmet. Konkurransen kan utlyses som et rent bygge- og driftsprosjekt. Alternativt kunne en ta utgangspunkt i det faktum at for folk som kommer på sykehjem i Norge skjer det et dramatisk brudd med mange tidligere relasjoner til familie, venner og nærmiljø. Med dette utgangspunktet kunne konkurransegrunnlaget inneholde krav om utforming av bygget og driftsformen slik at den ordinære drift vis a vis beboerne skulle kombineres med et organisert samspill med lokalmiljøet der sykehjemmet skal bygges. En kunne vise til bestemte, ønskelige koblinger til lokalmiljøet eller oppfordre tilbyderne til å komme med forslag. Et eksempel kunne være et organisert samarbeid med lokale skoler som ga enkeltelever kontakt med hver sin beboer med sikte på å beskrive historier fra beboerens liv dokumentert i et hefte med tekst og bilder. Et slikt samarbeid er på prosjektbasis og med ekstern finansiering allerede utviklet og gjennomført på Ammerudhjemmet.

8. Konklusjon

Eksemplene i dette notatet og tenkningen bak eksemplene viser at å knytte offentlige anskaffelser til samfunnsmessige hensyn av økonomisk, sosial og miljømessig karakter ikke er en ny tanke i deler av det norske innkjøpsmiljøet. Det finnes mao. allerede grobunn for de idéene EU ønsker introdusert i den nasjonale lovgivningen.

Disse aspektene ved anskaffelsene "vokser ut av" eksemplene:

- Innkjøperne trenger en bredere forståelse av de behovene innkjøpet skal dekke. Hvordan vil innkjøpe påvirke de økonomiske, sosiale eller miljømessige forhold som blir berørt?
- Innkjøp kan foretas slik at de forebygger problemer av sosial og miljømessig karakter, eventuelt også utvikler disse i positiv retning.
- Miljømessige forhold som skadelige utslipp, støy mv synes umiddelbart å være enklere å håndtere enn "sosiale" forhold. Trolig fordi det som del av offentlige innkjøp ikke har vært vanlig å vurdere hvordan eksempelvis et nytt bygg eller en ny vei kan påvirke det mellommenneskelige samspillet lokalt, eventuelt hvordan dette samspillet kan påvirkes i bestemte retninger gjennom innkjøpet.

07.04.2015