

Barne- og likestillingsdepartementet
Postboks 8036 Dep
0030 OSLO

Deres referanse
200700278-/RAE

Vår referanse
200703626-/CPM

Dato
21. januar 2008

Anskaffelsesregelverket ved kjøp av barneverntjenester fra private aktører

Det vises til brev fra Barne- og likestillingsdepartementet av 12.12.2007 der Fornyings- og administrasjonsdepartementet bes om å vurdere anskaffelsesregelverket ved kjøp av barneverntjenester fra private aktører. I den forbindelse ønskes det vurdert om EØS-reglene er til hinder for å unnta kjøp av slike tjenester fra konkurranse.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet skal innledningsvis bemerke at det er domstolen og ikke departementet som har den rettslige kompetansen til å tolke anskaffelsesregelverket med bindende virkning. I lys av at spørsmålet er av prinsipiell interesse, vil departementet likevel kommentere henvendelsen.

1. Generelt om EØS-avtalen og dens anvendelsesområde

Direktiv 2004/18/EF av 30. april 2004 om offentlige anskaffelser innen klassisk sektor (anskaffelsesdirektivet) er en del av EØS-avtalen i henhold til vedlegg XVI. Dette direktivet stiller krav til gjennomføringen av offentlige anskaffelser over EØS-terskelverdien.

Direktivet gjelder gjensidig bebyrdende kontrakter om kjøp av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som inngås mellom det offentlige på den ene siden og en eller flere private leverandører på den andre siden, jf. direktivets artikkel 1, stk. 2, litra a). Direktivet gjelder dermed ikke ytelser som utføres av det offentlige i egenregi, dvs. med eget personale.

Direktivet regulerer ikke om en ytelse skal utføres i egenregi eller av en privat leverandør. Det er det offentlige selv som tar denne avgjørelsen, og anskaffelsesregelverket er derfor ikke til hinder for at det offentlige velger å løse oppgaven selv. Regelverket kommer først til anvendelse dersom det offentlige velger å kjøpe tjenester fra private leverandører.

Når det dreier seg om kjøp av tjenester sonderer direktivet mellom to typer: Prioriterte tjenester og uprioriterte tjenester. Kun de prioriterte tjenester er fullt ut omfattet av direktivets prosedyrekrav. En liste over prioriterte og uprioriterte tjenester er opplistet i direktivets bilag II a og b.

I tillegg gjelder de generelle EØS-rettslige prinsippene, herunder om likebehandling og gjennomsiktighet, uansett om det dreier seg om prioriterte eller uprioriterte tjenester. For kontrakter som ikke overstiger EØS-terskelverdien gjelder utelukkende disse generelle prinsippene.

EØS-avtalens terskelverdi for uprioriterte tjenester er på nåværende tidspunkt 1,7 millioner kr.

2. Særlig om barnevernstjenester og EØS-avtalen

2.1. Karakterisering av barnevernstjenester

Det er i pressen blitt hevdet at kjøp av barnevernstjenester ikke er tjenester slik dette begrepet forstås i EØS avtalen. Dette synes begrunnet i at det dreier seg om offentlig myndighetsutøvelse og at det ikke finnes noe marked for barnevernstjenester.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet mener på sin side at et kjøp av barnevernstjenester fra en privat leverandør må betraktes som en gjensidig bebyrdende avtale som må følge regelverket for offentlige anskaffelser.

Helsetjenester er spesifikt nevnt i anskaffelsesdirektivets bilag II b, og det fremgår av den såkalte CPV-nomenklatur¹ at barnevernstjenester regnes som slike tjenester med CPV-koden 85311300, "social work services with accommodation, welfare services for children and young people", jf. CPC-kode 93312, "welfare services delivered through residential institutions to children and other clients".

Det følger av dette at barnevernstjenester er uprioriterte tjenester.

Departementet viser også til Kommisjonens grønnbok om "services of general interest" av 21. mai 2003, KOM (2003) 270, som blant annet vedrører sosial og sundhetsytelser. Her uttaler Kommisjonen seg om betydningen av om en tjeneste er av økonomisk eller ikke-økonomisk art i forhold til blant annet regelverket for offentlige anskaffelser, og om spørsmålet om tilstedeværelsen av et marked:

"43. The distinction between services of an economic nature and services of a non-economic nature is important because they are not subject to the same rules of the Treaty. For instance, provisions such as the principle of non-discrimination and the principle of free movement of persons apply with regard to the access to all kind of services. The public procurement rules apply to the goods, services or works acquired by public entities with a view to providing both services of economic and non-economic nature. However, the freedom to provide services, the right of establishment, the competition and State aid rules of the Treaty only apply to economic activities. Also, Article 16. of the Treaty and

¹ CPV-kode skal angis i alle kunngjøringer med det formål å identifisere arten av de pågjeldende kjøp

Article 36 of the Charter of Fundamental Rights refer only to services of general economic interest.

44. As regards the distinction between services of an economic nature and services of a non-economic nature, any activity consisting in offering goods and services on a given market is an economic activity. Thus, economic and non-economic services can co-exist within the same sector and sometimes even be provided by the same organisation. Furthermore, while there may be no market for the provision of particular services to the public, there may nevertheless be an upstream market where undertakings contract with the public authorities to provide these services. The internal market, competition and state aid rules apply to such upstream markets.”

Det kan videre opplyses at Kommisjonen i november 2007 – som oppfølging på denne grønnboken – har gitt ut en meddelelse særlig om sosialytelser av allmenn interesse (KOM(2007) 725) og et tilhørende arbeidsdokument med spørsmål og svar om anvendelsen av anskaffelsesregelverket på slike ytelser (SEC(2007) 1514).

2.2. Krav til konkurranse etter EØS-reglene

Det er fullt mulig for det offentlige å velge å levere barnevernstjenester selv (egenregi). Da får EØS-reglene om offentlige anskaffelser ikke anvendelse. Velger det offentlige derimot å kjøpe tjenestene fra private følger det bestemte krav av EØS-avtalen.

Ved kjøp av barnevernstjenester over EØS-terskelverdien er det ikke krav om – ettersom det er uprioriterte tjenester – å følge direktivets detaljerte prosedyreregler. I henhold til direktivets artikkel 21 er slike kjøp utelukkende underlagt prosedyrebestemmelsene om tekniske spesifikasjoner, jf. artikkel 23, og om kunngjøring av konkurranseresultater, jf. artikkel 35, stk. 4. Det betyr for eksempel at direktivets regler om forutgående kunngjøring av konkurransen, frister, tildelingskriterier, mv. ikke får anvendelse for slike tjenester. Direktivets innledende bestemmelser, herunder artikkel 2 om prinsipper for inngåelse av kontrakter (likebehandling), får også anvendelse ved kjøp av uprioriterte tjenester over terskelverdien.

I tillegg må de generelle EU-rettslige prinsippene, blant annet om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet, følges, dersom tildelingen av den pågjeldende kontrakt i tilstrekkelig grad har innvirkning på det indre marked. Dette er ved flere anledninger slått fast av EF-domstolen og gjelder uansett om kontrakten overstiger EØS-terskelverdien.

Det EU-rettslige prinsipp om likebehandling innebærer at alle aktuelle og potensielle leverandører skal behandles likt. Det vil blant annet si at leverandørene – uavhengig av nasjonalitet – må ha tilgang til de samme opplysninger, må møtes med like krav og må ha like forutsetninger for å avgi tilbud.

Prinsippet om gjennomsiktighet består i at oppdragsgiver må sikre en passende grad av offentlighet til fordel for enhver potensiell tilbudsgiver som gjør det mulig å åpne markedet for tjenester for konkurranse, og å kontrollere at prosedyrene er upartiske, jf. blant annet Tel-Austria-dommen, sak C-324/98. Konkret innebærer det at en leverandør i en annen medlemsstat må adgang til de nødvendige opplysninger og må ha tilgang til å melde sin interesse før tildeling av kontrakten.

Ved vurderingen av om en kontrakt har innvirkning på det indre marked, dvs. om tildelingen vil kunne interessere leverandører i andre medlemsland, skal oppdragsgiver ta med en rekke elementer; for eksempel kontraktens gjenstand og anslåtte verdi, hvor tjenesten skal utføres, de særlige forhold som kjennetegner den berørte sektor, herunder markedets størrelse og struktur, handelspraksis mv.

EF-Domstolen har i en sak mot Irland avsagt 13. november 2007 (C-307/03) tatt stilling til de grunnleggende prinsippene når det dreier seg om uprioriterte tjenester. Domstolen kommer imidlertid ikke inn på hvordan oppdragsgivere skal foreta vurderingen av om en kontrakt har grenseoverskridende interesse. Det uttales imidlertid at det ikke kan oppstilles noen presumsjon for at en uprioritert tjenestekontrakt har interesse for samhandelen. Domstolen synes dermed å oppstille et krav om at en slik interesse positivt må bevises ved en påstand om overtredelse av prinsippene.

Vedrørende barnevernstjenester har Barne- og likestillingsdepartementet opplyst at det allerede i dag er internasjonale aktører som tilbyr slike tjenester i det norske marked. Dette kan tale for at slike tjenester har interesse for leverandører i andre medlemsland. Oppdragsgiver må likevel for hver kontrakt foreta en konkret vurdering under hensyntagen til ovennevnte elementer.

Vurderer oppdragsgiver at en konkret kontrakt har en slik fellesskapsinteresse, er det som utgangspunkt ikke i henhold til EØS-reglene mulig å unnta kjøp av barnevernstjenester fra konkurranse.

For en nærmere redegjørelse for de anskaffelsesrettslige prinsippene viser departementet til Kommisjonens fortolkningsmeddelelse om kontrakter som ikke eller kun delvis er omfattet av anskaffelsesdirektivene. Meddelelsen kan finnes her:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2006/c_179/c_17920060801en00020007.pdf.

3. Krav til kontrakter om barnevernstjenester etter det norske regelverket

I Norge reguleres det offentliges kjøp av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider av lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Barnevernstjenester er i utgangspunktet omfattet av forskriftens del I og II, jf. forskriftens § 2-1 (1) og (5). Dersom kontrakten overstiger EØS-terskelverdien gjelder likevel § 17-3 om tekniske spesifikasjoner og § 18-4 om kunngjøring av konkurranseresultater.

Lov om offentlige anskaffelser og forskriftens del I fastlegger en rekke alminnelige regler og grunnleggende krav som gjelder for alle anskaffelser. Disse krav innebærer blant annet at anskaffelsene så langt det er mulig skal være basert på konkurranse og at leverandører skal behandles likt og uten diskriminering på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet.

Forskriftens del II innfører en nasjonal terskelverdi på 500.000 kr. Anskaffelser av barnevernstjenester over denne verdi skal i utgangspunktet kunngjøres på Doffin og må følge et sett med prosedyreregler. Dette gjelder også uprioriterte tjenester. Reglene etter del II er

imidlertid mer fleksible enn prosedyrereglene etter anskaffelsesdirektivet, blant annet har oppdragsgiver alltid mulighet til å forhandle med leverandørene.

EØS-regelverket stiller ikke krav om at Norge skal innføre et slikt nasjonalt prosedyresett. Norge er imidlertid forpliktet til å sørge for at de grunnleggende prinsipper om blant annet likebehandling og gjennomsiktighet som beskrevet i avsnitt 2.2. overholdes. Dersom det nasjonale regelsett fjernes, vil oppdragsgiver uansett være forpliktet til å følge disse prinsippene ved kjøp av barnevernstjenester. Dette vil bety at hver enkelt oppdragsgiver for den enkelte kontrakt må foreta en konkret vurdering av hvilke krav som kan utledes av prinsippene. Dette kan være særdeles komplisert i praksis.

For kjøp av helse- og sosialtjenester fra en ideell organisasjon finnes imidlertid et særlig unntak i forskriftens § 2-1 (3). Unntaket innebærer at oppdragsgiver ikke trenger å følge forskriftens del II, herunder kravet om nasjonal kunngjøring i Doffin eller de spesielle prosedyrer som ellers gjelder etter denne delen. Det er således ikke krav om at avholde en anbudskonkurranse som sådan.

Loven og forskriftens del I gjelder imidlertid under alle omstendigheter for kjøp av slike tjenester. Det betyr blant annet at det i den grad det er mulig skal være en form for konkurranse mellom ideelle organisasjoner om kontrakten, jf. for eksempel forskriftens § 3-1 (1). Når det gjelder kravet til konkurranse ved kjøp som overstiger EØS-avtalens terskelverdi kan oppdragsgivere imidlertid ikke plukke ut enkelte leverandører, men må sørge for en bredere offentliggjøring. Også forskriftens § 17-3 om tekniske spesifikasjoner og § 18-4 om kunngjøring av konkurranser gjelder uansett, dersom terskelverdien er oversteget.

Følgelig er det i utgangspunktet heller ikke etter det nasjonale anskaffelsesregelverk mulig å unnta kjøp av barnevernstjenester fra konkurranse.

Departementet viser for øvrig til sin fortolkningsuttalelse av 14. april 2005 og til sin veileder til reglene om offentlige anskaffelser for en nærmere redegjørelse for unntaksbestemmelsen vedrørende ideelle organisasjoner.

4. Sammenfatning

Det er fullt mulig for det offentlige å velge å levere barnevernstjenester selv (egenregi). Reglene om offentlige anskaffelser gjelder først dersom det offentlige velger å kjøpe barnevernstjenester fra private aktører.

Barnevernstjenester er i henhold til EØS-regelverket såkalte uprioriterte tjenester. Dette betyr at det ikke er et EØS-krav om å følge de detaljerte prosedyreregler i anskaffelsesdirektivet ved kjøp av barnevernstjenester. Derimot gjelder de generelle EØS-rettlige prinsippene, blant annet om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet. Etter disse prinsippene må det – dersom kontrakten har grenseoverskridende interesse – åpnes for konkurranse for leverandører i andre medlemsland. Har en kontrakt om barnevernstjenester en slik grenseoverskridende interesse er det således i utgangspunktet ikke etter EØS-reglene mulig å unnta denne fra konkurranse.

Det er i hovedsak heller ikke mulig å unnta kjøp av barnevernstjenester fra konkurranse etter det norske anskaffelsesregelverket. Etter dette regelsettet skal kontrakter om barnevernstjenester over 500.000 kr. i utgangspunktet inngås etter et sett prosedyreregler som

blant annet stiller krav om kunngjøring. Ved kjøp av barnevernstjenester fra en ideell organisasjon trenger oppdragsgivere likevel ikke å følge disse prosedyrereglene. Dvs. at det i slike tilfeller ikke er krav om å avholde en anbudskonkurranse som sådan. Oppdragsgiver må imidlertid under alle omstendigheter sikre at en rekke grunnleggende krav, herunder krav om konkurranse, ivaretas.

Kjøp av barnevernstjenester under 500.000 kr. er utelukkende underlagt disse grunnleggende kravene.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Christina Paludan Melson
rådgiver