

Oslo kommune
Rådhuset
0037 OSLO

Deres ref
200205238-4

Vår ref
200302969-2/JHB

Dato
16.03.2003

Anmodning om å vurdere om anskaffelsesreglene kommer til anvendelse, når det skal inngås avtale om driftstilskudd med privatpraktiserende fysioterapeut

Det vises til deres brev datert 3. desember 2002 og NHDs brev 13 november 2003, vedrørende overnevnte problemstilling.

Departementet presiserer at det er kun domstolene som med endelig virkning kan avgjøre om en konkret avtale om driftstilskudd m.v. omfattes av regelverket. Som forvalter av anskaffelsesregelverket ønsker likevel departementet å kommentere spørsmålet fra Oslo kommune.

1. GENERELT OM ANSKAFFESESREGELVERKET

Lov av 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, slår i § 5 fast at "en anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse". Oppdragsgivere skal videre opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandlingen og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører. Loven kommer i utgangspunktet til anvendelse på alle typer anskaffelser og kontraktsverdi, med mindre noe annet følger av annen lovgivning.

Forskrift om offentlige anskaffelser, fastsatt ved kgl.res. 15 juni 2001 mv, gir nærmere regler om anskaffelsesprosedyrene ved bl.a. kjøp av helsetjenester. Hovedelementene i anskaffelsesprosedyrene er obligatorisk kunngjøring i DOFFIN ved anskaffelser over kr. 200 000,- (ekskl. mva), samt en valgfri mulighet til å benytte anbudsprosedyre eller kjøp etter forhandling.

For øvrig, skal anskaffelser av helsetjenester følge del I og III i regelverket, da slike

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Johan Henrik Børge
			skipsfart	22246696
0030 Oslo		Org no.	Telefaks	
		972 417 890	22 24 66 69	

tjenester i hovedsak anses å falle utenfor del II (EØS/WTO detaljerte regler for inngåelse av kontrakt).

2. OM TILDELING AV DRIFTSTØTTE OG EN SÆRRETT TIL Å REKVIRERE TRYGDEREFUSJONRETT FOR FYSIOTERAPEUTISKE BEHANDLINGER

Departementet oppfatter henvendelsen som et spørsmål om hvorvidt avtaler som innebærer omtalt driftstøtte og rett til offentlig refusjon, omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser. Dersom slike avtaler omfattes av forskriften, må oppdragsgiver følge bestemte anskaffelsesprosedyrer ved tildeling av kontrakt. Det presiseres at departementet ikke har til hensikt å uttale seg om fortolkningen av eventuelle andre regler som kan få betydning ved kjøp av helsetjenester som omfattes av lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

2.1 Nærmere om departementets vurdering – forskriftens anvendelsesområde

Departementet vil først peke på at Kommunehelsetjenesteloven § 4-2, gir en kommune frihet til å slutte avtale med privatpraktiserende fysioterapeuter om behandling av kommunens innbyggere, uten at det er gitt nærmere regler om avtaleinngåelse av denne typen. Departementet legger derfor det til grunn at selve kontraktinngåelsen ikke er regulert av særregler og at det alminnelige anskaffelsesregelverket må vurderes.

Anskaffelsesforskriften kommer til anvendelse for kjøp av tjenester, jf §1-1 og 1-4:

§ 1-1. Virkeområde

Denne forskrift får anvendelse på varekontrakter, tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som nevnt i § 1-3 (hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften) som inngås av oppdragsgivere som nevnt i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften).

§ 1-4. Definisjoner

I denne forskrift menes med:

- a. kontrakt: gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en oppdragsgiver og en leverandør*

Det første spørsmålet er om avtalen må anses å være en ”gjensidig bebyrdende avtale” mellom kommunen og en leverandør.

Forelagte avtale som inngås med privatpraktiserende fysioterapeuter, består av hovedelementene driftstøtte og en rett til å kreve offentlig refusjon ved behandling av pasienter. For å motta driftsstøtte, forplikter fysioterapeuten seg til

- å gi et tilbud for fysioterapeutisk behandling innenfor et geografisk område som avgrenses av kommunen,
- et åpent behandlingstilbud til befolkningen,
- avgi grunnlagsdata for føring av pasientstatistikk, og
- overholde åpningstider som fastsettes av kommunen.

Som motytelse for at fysioterapeuten gir kommunens innbyggere et tilbud som omtalt ovenfor, gis det et vederlag fra kommunen i form av regelmessige faste beløp (såkalt driftstøtte) og en rett til refusjon over trygdesystemet for enhver pasient som oppfyller vilkårene for offentlig behandling. Det er opplyst av Oslo Kommune at størrelsen på driftstøttevederlaget varierer, men at full driftstøtte beløper seg på ca. kr. 200 000,- pr år.

Departementets oppfatning er at en slik avtale inneholder gjensidig forpliktende elementer, og at driftstøtten varierer i forhold til omfanget av de forpliktelser som påhviler fysioterapeuten. Det må også pekes på særretten til å kreve refusjon er et hovedelement av vederlaget, da dette elementet utgjør en betydelig del av kontraktsverdien for fysioterapeuten. Refusjonsretten innebærer at fysioterapeuten står styrket i konkurransen ovenfor andre private. Det må dog understrekes at ordningen med fritt fysioterapeutvalg for pasienter, gjør det problematisk å fastsette en verdi på denne retten.

I lys av de argumenter som fremhevet ovenfor, er det departementets vurdering at en slik avtale i utgangspunktet anses å være "gjensidig bebyrdende".

2.2 Forskriftens avgrensning mot såkalte tjenstekonsesjoner

Et av anskaffelsesforskriften hovedformål, er å gjennomføre Norges internasjonale forpliktelser om tildeling av offentlige anskaffelseskontrakter på et ikke-diskriminerende grunnlag. Når det gjelder tjenstekontrakter, følger de norske forpliktelsene til å følge bestemte anskaffelsesprosedyrer av det såkalte tjenstedirektivet (92/50/EEC) og WTO/GPA avtalen (Government Procurement Agreement). Videre ble det under forarbeidene til anskaffelsesdirektivene, bestemt at direktivet ikke skal gjelde for det som i EØS-retten betegnes som "tjenstekonsesjoner". Dette har også blitt slått fast av EU-domstolen, jf C-324/98:

50.

Som det fremgår af punkt 10 i dokument nr. 5250/90 ADD 1 af 22. marts 1990 med overskriften »Rådets begrundelse«, der var vedlagt Rådets fælles holdning af samme dato til det ændrede forslag til Rådets direktiv om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, fulgte Rådet imidlertid ikke Kommissionens forslag om at medtage regler vedrørende koncessionskontrakter om offentlige tjensteydelser i direktiv 90/531. Rådets begrundelse var, at der kun fandtes sådanne koncessionskontrakter om offentlige tjensteydelser i én medlemsstat, hvorfor der - i mangel af en indgående undersøgelse af de forskellige former for koncessionskontrakter om offentlige tjensteydelser, som medlemsstaterne tildeler inden for de nævnte sektorer - ikke var anledning til fastsætte regler for disse kontrakter.

51.

Det må i lyset af disse forhold konstateres, at Kommissionen ikke foreslog at medtage koncessionskontrakter om offentlige tjensteydelser i sit forslag af 27. september 1991 til Rådets direktiv 91/C 337/01 om ændring af direktiv 90/531 (EFT C 337, s. 1), som efterfølgende førte til vedtagelsen af direktiv 93/38.

57.

Da koncessionskontrakter om offentlige tjensteydelser således ikke falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 93/38, skal det, i modsætning til den af Talaustria foreslåede fortolkning, fastslås, at sådanne

kontrakter ikke er omfattet af begrebet »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt«, i det nævnte direktivs artikel 1, nr. 4.

Departementet har i tidligere uttalelser, lagt til grunn at en tilsvarende avgrensning må legges til grunn for hvilke tjenestekontrakter som er omfattet av forskriften.

Videre vurderer departementet den forelagte driftsavtale med særrett til å kreve refusjon, jf "Overenskomst mellom Oslo Kommune og NFF", å ha sterke fellestrekk med det som dagens EØS-rettspraksis omtaler som "tjenestekonsesjon". Det vises her til at driftsstøtten på langt nær vil være tilstrekkelig for å dekke de totale omkostningene for å opprettholde en praksis og forestå et fysioterapeuttilbud som avtalen legger til grunn.

Når det gjelder hvilke typer tjenestekontrakter som skal anses å omfattes av begrepet "tjenestekonsesjoner", er det i dag få rettskilder som utdyper kriteriene nærmere. Felles for slike avtalekonstruksjoner synes imidlertid å være at avtalen har et sterkere innslag av myndighetsutøvelse, enn for rene kommersielle avtaler. En viss veiledning følger også av definisjonen av bygg- og anleggskonsesjoner som, i motsetning til tjenestekonsesjoner, er eksplisitt omfattet av reglene (jf forskriftens § 1-4 g). Denne lyder:

g. offentlig bygge- og anleggskonsesjon: en kontrakt av samme type som angitt i bokstav c, med det unntak at vederlaget for arbeidene som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte byggverket eller i en slik rett sammen med betaling

I en dom fra EU (Arnhem C- 360/96), antyder domstolen at samme vurderinger er relevant, for innholdet i begrepet "tjenestekonsesjon". I premiss 24 og 25, sier domstolen:

24.

"Indledningsvis bemærkes, at den franske regering i sit skriftlige indlæg har anført, at kontrakterne mellem kommunerne og ARA kunne anses for at være koncessionskontrakter om offentlige tjenesteydelser, som derfor er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 92/50. Den har anført, at det er en betingelse for, at der foreligger en koncessionskontrakt om offentlige tjenesteydelser i fællesskabsrettens forstand, at kontrahenten vederlægges enten ved retten til at udnytte tjenesteydelserne eller ved denne ret sammen med en pris.

25.

Hertil bemærkes blot - uden at det er nødvendigt at fortolke begrebet koncession på af offentlig tjeneste, som ikke er genstand for de af den nationale ret stillede spørgsmål - at det fremgår af de oplysninger, som kommunerne har givet som svar på et spørgsmål stillet af Domstolen, og navnlig af artikel 8 og 9 i rammeaftalen mellem Rheden kommune og ARA samt af artikel 7 i den aftale om tjenesteydelser vedrørende indsamling af husholdningsaffald, der er indgået mellem de samme parter, at det vederlag, der betales til ARA, alene består i en pris og ikke i retten til at udnytte tjenesteydelserne.

I sak c- 324/98 premiss 58, sier domstolen:

"Selv om en sådan aftale er omfattet af direktiv 93/38, er den på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin udelukket fra anvendelsesområdet for dette direktiv, navnlig fordi den modydelser, som den

førstnevnte virksomhed leverer til den anden, består i, at sidstnevnte virksomhed med henblik på at opnå betaling får ret til at udnytte sin egen ydelse”

Det vises også til side 7 i kommisjonens fortolkningsdokument om ”konesjoner i fellesskapsrettens bestemmelser om offentlige kontrakter”. Her sies det at et vesentlig element i vurderingen av om avtalen omfattes av reglene for tjenestekonsesjon, er om kontraktsparten bærer en *reell risiko* for inntjening ved utnyttelse av en rettighet, og at en til dels større del av vederlaget for tjenesten betales av brukerne.

I denne sammenheng vises det til forelagte opplysninger, at det pasienten som velger hvilken fysioterapeut som vedkommende vil benytte (fritt brukervalg). Tjenesteyteren (fysioterapeuten) bærer med dette en reell risiko for inntjening, da tjenesteyteren ikke har noen garanti for i hvilken grad tjenesteyteren vil bli benyttet av brukerne.

Det skal likevel bemerkes at departementet finner det noe problematisk, på generelt grunnlag, å vurdere den reelle kommersielle risikoen for fysioterapeuter med slike avtaler. Det legges imidlertid til grunn at pasienter vil velge fysioterapeut ut fra kvalitet, markedsføring, resultater, fasiliteter og pris, samt at fysioterapeuten vil måtte konkurrere både med andre som har tilsvarende avtaler og de som ikke har.

3. OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

Gjensidig bebyrdende avtaler, hvor det offentlige kjøper fysioterapeutbehandlinger til allmennheten, er i utgangspunktet omfattet av forskriften for offentlige anskaffelser del I og III. Med hensyn til inngåelse av tjenestekontrakter, opererer forskriften likevel med en avgrensning i forhold til såkalte ”tjenestekonsesjoner”. Dette innebærer at når det inngås en avtale som innebærer at vederlaget i hovedsak er basert på

- at tjenesteyteren utnytter en rettighet,
- kun mottar delvis betaling fra oppdragsgiver,
- øvrig del av vederlaget kommer fra brukere, og
- brukerne har fritt valg om de vil benytte tjenestetilbudet,

er kontrakten å betrakte som en tjenestekonsesjon og ikke omfattet av forskriften.

Departementet er derfor av den oppfatning at en avtale basert på den modell, som overenskomsten mellom Oslo Kommune og NFF legger opp til, vil falle utenfor forskriften.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge
seniorrådgiver