

Kommunal - og regionaldepartementet
Postboks 8112 Dep
0032 OSLO

Deres ref
03/1453-3 MEM

Vår ref
200303269-2

Dato
11.07.2003

Fortolkning av regelverket for offentlige anskaffelser - Prosjekt Bostedsløse

Det vises til brev datert 24 mai, møte 4 juni og kontakt pr telefon med Kommunal- og regionaldepartementet, om Prosjekt Bostedsløse.

Hovedmålsetningen med prosjektet er å utvikle metoder og modeller for å forebygge bostedsløshet, gi mulighet for utprøving av lokale helhetlige løsninger, skape erfaringsgrunnlag for en nasjonal helhetlig løsning, samt legg til rette for erfarings- og kunnskapsformidling på område.

KRD ber i ovennevnte brev og i telefonsamtale 16 mai om at departementet bidrar til å belyse følgende temaer knyttet til lov og forskrift om offentlige anskaffelser:

- Forskriftens unntak for forsknings- og utviklingskontrakter
- Prosjekt Bostedsløse og forskriftens § 3-6
- Forskriftens bestemmelser om kontraktsvarighet
- Omsorgs-/oppfølgingstjenester og Offentlig privat samarbeid (OPS)
- Departementets kommentarer til tre konkrete saker fra Frelsesarmeen
- Andre forhold som kan ha betydning ved direktekjøp av omsorgstjenester

Departementet vil innledningsvis gi noen generelle kommentarer til forholdet mellom anskaffelsesregelverket og kjøp av omsorgstjenester, før de spørsmål som er reist i overnevnte brev og telefonsamtale kommenteres. Det skal imidlertid bemerkes at det er domstolen, og ikke departementet, som har den rettslige kompetansen til å fortolke forskriften med bindende virkning.

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

1. Generelt om regelverket og omsorgstjenester

Norges regelverk på området offentlige anskaffelser, gjennomfører både internasjonale forpliktelser (herunder EØS-avtalen) og inneholder regler utover det som følger av internasjonale forpliktelser.

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 vare-, tjeneste- og bygg/anleggkontrakter og kontraktsverdi, med mindre noe annet følger av særlov.

Forskrift om offentlige anskaffelser, fastsatt ved kgl.res. 15 juni 2001, gir nærmere regler om anskaffelsesprosedyrer ved blant annet kjøp av tjenester. Hovedelementene i anskaffelsesprosedylene er krav til kunngjøring, samt en valgfri mulighet til å benytte anbudsprosedyre eller kjøp etter forhandling.

Offentlige oppdragsgivere skal som hovedregel følge ovennevnte prosedyrer ved kjøp av tjenester som antas å ha en kontraktsverdi på 200 000 kr (eks. mva.) eller over.

Når det gjelder offentlige oppdragsgivers plikt til å følge anskaffelsesprosedylene i forskriften ved anskaffelser av omsorgstjenester, kan det opplyses at dette er forankret i nasjonale bestemmelser og ikke i internasjonale forpliktelser. EØS-avtalen angir imidlertid tilsvarende føringer som Lov om offentlige anskaffelser § 5, men uten å fastsette bestemte prosedyrer for selve anskaffelsen. I denne sammenheng skal det bemerkes at bakgrunnen for at de detaljerte EØS reglene på området ikke gjelder for helse og omsorgstjenester som sådan, er at tjenestens art ikke anses spesielt velegnet for grenseoverskridende handel og ikke forholdet til ideelle organisasjoner.

I forarbeidene til ny lov og forskrift (1999/2001), ble det lagt betydelig vekt på at hensynet til likebehandling, habilitet, forutberegnlighet, brukervennlighet og samfunnsøkonomiske anskaffelsesprosesser, bør ivaretas uavhengig av type anskaffelse. Videre ble det lagt til grunn at rettfærdige konkurranser om oppdrag stimulerer til utvikling og forbedring av eksisterende tjenester og at dette er et uttalt mål for samtlige offentlige oppgaver. Hensynet til fleksibilitet i forbindelse med slike anskaffelser ble imidlertid tillagt betydelig vekt. Forskriften åpner derfor for fritt bruk av forhandlingsprosedyren, som innebærer en utstrakt mulighet til å ha dialog med kvalifiserte leverandører under konkurransen. Forhandlingsprosedyren stiller enkelte krav til obligatorisk fremgangsmåte, men åpner for at oppdragsgiver i betydelig grad kan nyttegjøre seg av den kunnskap som leverandørene besitter og på den måten sikre at tjenesten får et riktig innhold.

Det nye med regelverket i forhold til denne typen anskaffelser, er at også slike kontrakter skal kunngjøres. Dette innebærer at oppdragsgiver må forholde seg til at det er flere aktører som ønsker å inngå kontrakt om utførelse av tjenesten. Disse skal primært behandles ut fra kvalifikasjoner og hva de kan levere i henhold til pris, løsninger samt kvalitet, og ikke hvem de er. Det kan tilføyes at dette ikke er en særegen norsk løsning, men at for eksempel Sverige i hovedsak har tilsvarende regler.

Dagens regelverk gir likevel enkelte unntak fra forskriftens anskaffelsesprosedyrer som for eksempel når anskaffelsen kun kan skje hos en leverandør (§ 11-2 b) og for visse forsknings- og utviklingskontrakter. Når det gjelder det bestemmelsen i § 11-2b, kan særlige behov som tilpasning til enkelt individ og oppfølging av personer legitimere et unntak fra konkurranse. For ytelser som fosterhjemordninger, kan det reises spørsmål om slike ordninger i hele tatt anses som tjenestekjøp/kontrakt i henhold til lovens formål. Slike ordninger vil trolig falle utenfor lovens virkeområde.

Særlige utfordringer ved anskaffelser av omsorgstjenester

På nasjonalt plan har offentlige oppdragsgivere varierende og ofte begrenset erfaring med å arrangere konkurranse om omsorgstjenester. Tradisjonelt har kommunale oppdragsgivere søkt en mer uformell samarbeidsform med en eller flere aktører, uten at oppdraget er basert på en konkurranse. I en overgangsperiode er det derfor forventet at oppdragsgivere finner det noe problematisk å forholde seg til nytt regelverk, da det kreves at oppdragiver må forholde seg til flere aktører ved konkurranse om oppdraget.

Når det gjelder visse omsorgstjenester, kan det også være spesielt utfordrende å definere krav til tjenesteutførelsen som sikrer at personer med individuelle behov blir fulgt opp på en måte som er riktig for det enkelte menneske. Likeledes kan det være utfordrende for oppdragsgiver å identifisere de krav som bør stilles til faglig bakgrunn eller virksomhetens personlige ressurser/kapasitet. Det må likevel antas at de fleste omsorgstjenester ikke skiller seg særlig ut fra andre tjenester, hvor det kan være krevende å definere innholdet og omfanget av tjenesten.

Departementet antar at økende erfaring på området, vil bidra til at oppdragsgivere over tid blir bedre på å bestille slike tjenester (herunder at brukernes individuelle behov blir tilstrekkelig ivaretatt gjennom et bredt tilbud). Det kan imidlertid være behov for særskilte kompetansetiltak knyttet til bestilling og definering av slike tjenester. Tilsvarende kan det være behov for at ulike omsorgsmodeller prøves ut og videreutvikles. Det skal her vises til at forskriften har et unntak for visse forsknings- og utviklingskontrakter (FoU). Dette innebærer at oppdragsgivere kan starte opp pilotprosjekt med det formål å prøve ut ulike modeller som gir tilfredsstillende resultat. Dersom prosjektet faller innunder et slikt unntak, kan oppdragsgivere og en eller flere private aktører ha et samarbeid over en viss periode uten at det er konkurranse om utførelse av tjenesten i perioden.

Evalueringsplanen

Som et ledd i handlingsplanen for offentlige anskaffelser og små/mellomstore bedrifter, vil departementet evaluere regelverket i 2004. I den anledning vil man se nærmere på virkeområdet og konsekvensene av dagens regelverk.

Det kan også opplyses at departementet er i ferd med å se særskilt på konsekvensene av regelverket ved anskaffelser av omsorgstjenester fra frivillige organisasjoner.

2. Unntaket for visse Forsknings- og utviklingskontrakter

Det følger av forskriftens § 1-3 andre ledd bokstav g at visse forsknings- og utviklingskontrakter er unntatt fra forskriften. KRD viser til at ett av målsetningene med Prosjekt Bostedsløse er å videreutvikle oppfølgings- og omsorgstjenester for utnytte

ressursene på en bedre måte samt oppnå bedre resultater nasjonalt og lokalt. I denne sammenheng blir det sentrale spørsmålet om tildeling av utviklingskontrakter som er rettet mot slike tjenester, faller inn under unntaket.

Generelt

Nevnte forsknings- og utviklingskontrakter er unntatt regelverket, fordi det ofte kreves et samarbeid mellom partene som har mer til felles med et partnerskaps- og investeringslignende forhold fremfor leverandør og kjøper forhold. Det skal her særlig pekes på at involverte parter som regel må investere (i form av ulike innsatsfaktorer) for å skape en prototype/modell, hvor verdien av nyskapningen først vil komme til nytte ved senere omsetning eller gjenbruk av nyskapningen.

For nevnte type kontrakter kan oppdragsgiver selv velge en eller flere samarbeidspartner(e) for å utvikle nye løsninger (f.eks. behandlings- eller oppfølgingsmetoder) som på en bedre måte dekker oppdragsgivers behov. Det skal imidlertid understrekes at når prototypen er ferdigstilt, skal det gjennomføres konkurranse i henhold til forskriften ved fremtidige leveranser av produktet eller tjenesten.

Ordlyden

Bestemmelsen lyder:

”(2) Forskriften får likevel ikke anvendelse på:

- g. forsknings- og utviklingstjenester forutsatt at oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet”*

Ordlyden omtaler de forsknings- og/eller utviklingskontrakter, hvor oppdragsgiver sammen med kontraktspartneren ”deler gevinsten” av nyskapningen eller når også andre aktører bærer kostnadene for utviklingen. Kontrakter hvor den offentlige oppdragsgiver dekker alle kostnader og har den hele og fulle nytten av forsknings- eller utviklingstjenesten, er med andre ord ikke omfattet av unntaket.

Det sentrale for typen kontrakter som omfattes, er at kontrakten har til hensikt å fremskaffe ny kunnskap eventuelt utvikle eller videre utvikle nye løsninger (herunder teknologi, behandlingsopplegg, modeller for tjenestens innhold, mv). Dette innebærer blant annet at kontrakten har til formål å fremskaffe noe som ikke er tilgjengelig i dagens marked. Det legges også til grunn at bestemmelsen kun omfatter kontrakter hvor forskning eller utviklingsdelen utgjør et hovedelement. Kontrakter om utføre en alminnelig tjeneste, som innebærer mindre elementer av videreutvikling, vil med andre ord ikke anses å oppfylle bestemmelsens krav til nyskapning. Et forsknings eller utviklingskontrakt kan likevel innebære at den offentliges samarbeidspartner får ansvaret for utførelse av en tjeneste når dette er en forutsetning for nyskapningen. Det synes imidlertid å gjelde en forutsetning at kontrakten er tuftet på en innretning som stiller visse krav til dokumentasjon av de modeller som prøves ut eller av resultatet.

Det at nyskapningen er forankret i behovet for å utvikle lokale løsninger, utelukker ikke anvendelse av bestemmelsen. For eksempel kan lokale eller nasjonale forhold gjøre det nødvendig å forske på eller å utvikle eksisterende tjenester slik at man oppnår bedre resultater på lokalt nivå.

Vurdering om prosjektet omfattes av bestemmelsen

Som et utgangspunkt må det skilles mellom prosjektsamarbeidet Bostedsløse som sådan og eventuelle utviklingskontrakter som kommunen gjennomfører som en følge av prosjektet. Med dette menes det at samarbeidsprosjektet i seg selv kan ha til formål å utvikle eksisterende tjenester, uten at konkrete kontrakter som forankres i prosjektet er å anse som utviklingskontrakter. Det sentrale spørsmålet blir derfor om konkrete kontrakter mellom kommunene og den private part om oppfølgingstjenester, oppfyller kravet til å være en utviklingskontrakt.

Når det gjelder spørsmålet om kontrakter som er basert på målsetningene til Prosjekt Bostedsløse omfattes av bestemmelsen, må dette avgjøres ut fra hvilke elementer av nyskaping den konkrete kontrakten tar sikte på å oppnå. Det skal i denne sammenheng tilføyes at departementet har begrenset med informasjon om hva en slik kontrakt kan tenkes å inneholde. Følgelig har departementet liten forutsetning for å vurdere hvorvidt en fremtidig avtale oppfyller kravene i bestemmelsen. På generelt grunnlag kan det likevel anføres at for eksempel en avtale som forplikter de private partene til å prøve ut ulike modeller for oppfølgingstjenester, dokumentere erfaringer og foreslå nye løsninger for drift og bedre omsorgstilbud kan oppfylle kravet til nyskaping. Som anført ovenfor gjelder det imidlertid en forutsetning om at utviklingselementet er markant, og nytten av nyskapingen kommer andre enn de involverte oppdragsgiver til del eller at andre enn den offentlige oppdragsgiveren dekker en del av kostnadene for nyskapingen.

3. Forskriftens § 3-6 og likebehandlingsprinsippet

KRD reiser spørsmål om bestemmelsen er til hinder for at frivillige organisasjoner som deltar i Prosjekt Bostedsløse eller lignende prosjekt, senere kan gi tilbud på konkrete anskaffelser dersom ulike løsninger på den lokale bostedsløseproblematikken samt konkrete anskaffelser diskuteres i forbindelse med prosjektet. Videre etterspør KRD retningslinjer som er forenlig med regelverket med hensyn til et slikt samarbeid.

Generelt

Bestemmelsen forutsetter at forskriften kommer til anvendelse. Paragraf 3-6 er en presisering av likebehandlingsprinsippet som skal sikre at potensielle deltagere i en fremtidig konkurranse gis like betingelser. I NOU 1997:21 s. 132 er det nevnt som eksempel på anvendelsen av bestemmelsen at vedkommende ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget utformer prosjektbeskrivelsen på en slik måte at det spesielt tilpasses hans eget produksjonsapparat. I et slikt tilfelle vil rådgiveren ikke være upåvirket med hensyn til egne interesser når han bistår anbudsinnbyder, og han skal derfor ikke engasjeres da dette vil kunne undergrave fri konkurranse om oppdraget.

Ordlyden i § 3-6

Anskaffelsesforskriftens § 3-6 sier at

”oppdragsgiver skal ikke søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelse av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen når dette skjer på en måte som vil utelukke konkurranse.”

Ordlyden retter seg mot personer eller virksomheter som kan ha økonomisk interesse i å påvirke innholdet i spesifikasjonene på en måte som avgrenser konkurransen om kontrakten.

Setningen ”når dette skjer på en måte som vil utelukke konkurranse” setter en nedre terskelen for når en aktør er inhabil. Ut fra sistnevnte del av bestemmelsen kan det synes som om terskelen for at bestemmelsen kommer til anvendelse er relativt høy. For eksempel kan det tenkes at selv med spesifikasjoner som er tilpasset en bestemt leverandør at en viss konkurranse kan finne sted. Formålet med bestemmelsen tilsier dog, at et engasjement eller samarbeid i forbindelse med spesifikasjonene som kan forrykke en eller flere leverandørers konkurransemessige stilling i forhold til øvrige leverandører, i prinsippet omfattes av bestemmelsen. Bestemmelsen åpner imidlertid for at oppdragsgiver til en viss grad kan reparere på mulige konkurransevridninger ved å ta hensyn til at en leverandør kan ha påvirket spesifikasjonene. Et slikt tiltak kan være å sende spesifikasjonene på høring til andre potensielle leverandører, for at mulige konkurransedreivende spesifikasjonskrav kan fjernes. Videre kan tiltak som innebærer at potensielle leverandører får tilgang på tilsvarende informasjon samt god tid til å gi tilbud, i noen tilfeller være med på å reparere en utilbørlig fordel for en eller flere leverandører.

Relevant veiledning, kan også hentes fra det danske Klagenævnet som vurderer følgende forhold når det skal ta stilling til om ”rådgiveren” er inhabil:

- *hvilket omfang rådgivningen har hatt*
- *om produktet av rådgivningen stilles til rådighet for alle tilbudsgivere*
- *om rådgiveren også har medvirket i å fastsette tildelingskriteriene*
- *om samarbeidet mellom rådgiveren og oppdragsgiveren har resultert i tekniske spesifikasjoner som er skreddersydd rådgiverens egne produkter*
- *om rådgiveren har skaffet seg en utilbørlig konkurransefordel*

Vurdering om samarbeidet gjør de ideelle organisasjonene inhabile

Departementet vil peke på at ordlyden omhandler utarbeidelse av spesifikasjoner for en fremtidig kontrakt. Ut fra den informasjonen som er gitt departementet, synes Prosjekt Bostedsløse primært å være et forum hvor ulike modeller, initiativ og innsatsfaktorer diskuteres. Prosjektet har således karakter av å være et forprosjekt om hvordan kommuner i fremtiden kan bedre sitt tilbud til bostedsløse. Det foreligger således ingen opplysninger for departementet om at forumet arbeider med spesifikasjoner til en bestemt kontrakt.

Dersom prosjektforumet likevel tar sikte på å diskutere krav til en tjeneste som omhandler en bestemt fremtidig kontrakt, kan det være av betydning for utfallet at forumet er representert med flere potensielle og konkurrerende leverandører. Dette må antas å redusere faren for konkurransevridning til fordel for en aktør. Departementet legger også til grunn at relevant informasjon fra prosjektmøter blir tilgjengelig for eventuelle andre leverandører på et senere tidspunkt, dersom forumet diskuterer konkrete spesifikasjoner til ett eller flere prosjekt.

Enkelte forhåndsregler bør likevel tas for å ikke bryte med det generelle likebehandlingsprinsippet og kunngjøringsreglene. Departementet ser ikke bort fra at deltagere som deltar i samarbeidet vil få en betydelig fordel ved senere konkurranser. Oppdragsgivere må derfor ikke ”forhåndskunngjøre” anskaffelsen i prosjektet, f.eks. ved å legge frem detaljert spesifikasjoner for en konkret anskaffelse. Slike opplysninger innebærer fordeler som det er vanskelig å jevne ut ovenfor andre aktører, på en måte som gjør at disse kommer i en tilsvarende konkurranseposisjon. Det anbefales også at oppdragsgiver ikke benytter seg av minimale frister for å gi tilbud, men gir rikelig med tid for å oppveie den mulige konkurransefordelen som enkelte aktører har fått.

3. Forskriftens bestemmelser om kontraktsvarighet

KKD opplyser at oppdragsgivere ofte operer med en kontraktsvarighet for drift av omsorgstjenester på 3-5 år. I de tilfeller hvor leverandøren må stille med egnede lokaler, for å delta i konkurransen om oppfølgings/omsorgstjenestene, utgjør den relativt korte kontraktsperioden et betydelig problem. Dette skyldes de tunge investeringene som leverandørene må foreta for å ha et egnede lokaler tilgjengelig og at de samtidig bærer en reell risiko for å miste kontrakten etter 3-5 år.

Forskriftens bestemmelser

Når det gjelder kontraktens varighet, skal det bemerkes at forskriften ikke inneholder konkrete bestemmelser om maksimum varighet. Derimot kan det anføres at formålet med regelverket tilsier at oppdragsgiver skal legge til grunn en kontraktsvarighet som er naturlig for den type kontrakt som inngås, jf prinsippet om forretningsbaserte anskaffelser. Et veiledende utgangspunkt er den kontraktsvarighet som er alminnelig praksis i det spesifikke markedet for den aktuelle type kontrakt (utgangspunktet for en markedsinvestor). I enkelte tilfeller vil for eksempel behovet for å ha et spesielt tilpasset bygg og et serviceapparat til disposisjon innen samme område over lengre tid, tilsi at kontraktsvarigheten overstiger det som vil være en driftavtale i lokaler som oppdragsgiver har eie eller leie råderett over. Et eksempel kan være kontrakter som er tuftet på såkalte Offentlig privat samarbeidsmodeller (OPS). I slike tilfeller er ofte kontraktsvarigheten på 10-30 år. Slike modeller vil bli ytterligere kommentert nedenfor.

Det kan for øvrig opplyses at juridisk teori og EU-kommisjonen har pekt at lange *rammekontrakter* kan være i strid grunnleggende regler om et åpent marked. Begrunnelsen er at denne typen kontrakter kan innrettes på en måte som vil lukke markedet for lang tid, samtidig som oppdragsgiver har en meget stor fleksibilitet ved bruk av denne avtaleformen. For eksempel kan man tenke seg at avtalen kun fastlegger pris for visse varer eller tjenester, uten å angi et maksimum antall enheter som kan kjøpes gjennom avtalen. Departementet har derfor i tidligere veiledninger til anskaffelsesforskriftene, anbefalt at varigheten for denne typen avtaler ikke bør overstige 3-5 år. En annen grunn for departementets syn, er at lange rammeavtaler ofte vil gi dyre anskaffelser over tid fordi oppdragsgiver ikke benytter seg av at flere leverandører kan ha kommet på markedet og at disse kan tilby bedre betingelser.

Særlig om drift av omsorgstjenester og krav til lokaler

Det skal her særlig vises til de tilfeller hvor det er en forutsetning at leverandøren av drifttjenestene stiller med egnede lokaler. I slike tilfeller kan det tenkes flere måter for leverandøren å tilfredstille et slikt krav. Leverandøren kan enten leie lokaler for perioden, eller investere i eget lokale. Dersom det forutsettes at oppdragsgiver ønsker lokaler som må spesielt tilpasses virksomheten, vil det i henhold til ovennevnte "markedsinvestorbaserte" tankegang, være et utgangspunkt at kontraktsvarigheten er så lang at leverandørene kan forsvare de investeringene som er nødvendig for å levere tjenesten. Dette er først og fremst begrunnet i at oppdragsgiver bør søke størst mulig konkurranse om kontrakten og at kontraktsvarighet som innebærer at leverandørene må bære en uakseptabel risiko for at kontrakten blir regningssvarende, vil medføre at kontrakten ikke er attraktiv for markedet. Likevel må det understrekes at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å ta spesielt hensyn til de leverandørene som må finansiere nybygg, for å delta i konkurransen om levering av omsorgstjenester/oppfølgningstjenester.

4. Omsorgstjenester og OPS

Internasjonalt inngås det en ny type forpliktende partnerskap mellom næringslivet og det offentlige som blir kalt Public Private Partnership (PPP). I Norge kalles dette Offentlig Privat Samarbeid eller OPS. OPS kan være en måte å forbedre offentlige tjenester slik at brukerne får bedre kvalitet og mer tjenesteyting av hver offentlig forvaltet krone¹. Slike partnerskap har i Storbritannia også blitt benyttet innen omsorgssektoren, herunder i forbindelse med ”shelter housing” for husløse personer.

Det karakteristiske for slike prosjekt er at en privat aktør finansierer boliger for bostedsløse og drifter denne tjenesten over en periode på 15-25 år. Det offentlige stiller krav til omfanget og kvaliteten på tjenesten, uten å stille detaljerte krav til hvordan oppdragsgiveren skal møte kravene. Det offentlige beholder samfunnsansvaret ovenfor brukerne, mens finansiering, vedlikeholds- og driftsrisiko ligger hos den private aktøren.

Det skal bemerkes at det finnes flere OPS varianter og at noen av modellene innebærer at den private part skal overdra eiendom til den offentlige part etter at kontraktsperioden er over. Dette er særlig aktuelt ved bruk av OPS for skoler, sykehus og veier. For slike kontrakter vil det normalt forutsettes at den private parten har fått dekket sine investeringer før eiendommen overdras. I de tilfeller hvor eiendommen ikke skal overdras, kan det være et naturlig utgangspunkt at det ved beregning av vederlag for tjenesten tas i betraktning at OPS selskapet har helt eller delvis fått finansiert eiendommen som er benyttet i forbindelse utførelse av tjenesten.

Konkurransen om en omsorgskontrakt som er basert på OPS modeller skal normalt gjennomføres i henhold til fremgangsmåten i anskaffelsesforskriften. Unntaket er hvis OPS – kontrakten er innrettet som en såkalt tjenestekonsesjon eller bygg og anleggkonsesjon. Tildeling av slike tjenestekonsesjoner bør likevel skje ved en form for konkurranse om konsesjonen, selv om oppdragsgiver er ikke bundet av forskriftens prosedyreregler. For å ivareta EØS-avtalens generelle regler om fri flyt av varer og tjenester, bør man også legge til grunn prinsippene i lov om offentlige anskaffelser § 5. Dette, fordi lovens prinsipper reflekterer gjeldende EØS forpliktelser på området. Når det gjelder bygg- og anleggkonsesjoner skal forskriftens særlige regler i kapittel 19 legges til grunn.

EU-kommisjonen har i et fortolkningsdokument² ansett at omtalte konsesjoner anses å foreligge når den private aktøren får en rett til å utnytte en enerett over en periode, i stedet for ordinær betaling for utførelse av tjenesten (tjenestekonsesjon). Tilsvarende ved bygg og anleggkonsesjoner hvor den private aktøren får en rett til å utnytte et bygg, uten at den private aktøren mottar full betaling for bygget fra den offentlige oppdragsgiveren. Kommisjonen fremholder videre at både bygg og anleggkonsesjoner og tjenestekonsesjoner betinger at retten til å utnytte bygget eller enretten til å utføre tjenesten løper over en lengre periode samt at den private selv bærer risikoen for helt eller delvis inntjening av påløpte kostnader. For å dekke kostnadene kan den private aktøren for eksempel motta betaling fra brukerne eller motta betaling fra det offentlige for antallet som benytter seg av tjenesten. Det kan tilføyes at det for tiden hefter noe usikkerhet om slike konsesjoner får anvendelse på det norske regelverket. Det kan imidlertid opplyses at departementet arbeider med å kartlegge

¹ Kilde: Rapport for Nærings- og handelsdepartementet, Kartlegging og utredning av former for OPS, av KPMG

² Commission interpretative communication on concessions under Community law, adopted 27 April 2000

problemstillingene i henhold til det norske regelverket, herunder en nærmere presisering av unntaket for konsesjoner.

Når det gjelder spørsmålet om OPS modeller bør vurderes i denne sammenheng, skal det bemerkes at det faktisk at Storbritannia har et titalls forskjellige "shelter housing" prosjekter som gjennomføres ut fra en OPS modell, gjør det relevant å diskutere om denne formen også er egnet i Norge. Næringsdepartementet har en rapport om "Kartlegging og utredning av ulike former for OPS", på høring hos blant annet KRD³. Høringsfirsten gikk ut 27 juni. I rapporten reises også spørsmålet om hvordan sentrale myndigheter bør legge forholdene til rette, slik at OPS alternativet kan legges til grunn der forholdene for dette er gunstig. Departementet vil avvente resultatet av høringen, før departementet gir råd med hensyn til hvordan OPS bør følges opp i Norge.

5. Kommentarer til de konkrete eksemplene fra Frelsesarmeen

Sak 1 og 2 reiser først og fremst ikke spørsmål vedrørende anskaffelsesregelverket. Sak 1 om Haugesund bo – og omsorgssenter, synes å reise spørsmål om en kommune skal ha rett til å gjennomføre en konkurranse om oppdraget og en fortolkning av eksisterende avtale. Pr i dag har kommunene ansvar for å sørge for at det gis et slikt tilbud for kommunens innbyggere. De har også en rett til å velge at det gjennomføres konkurranse om oppdraget.

Når det gjelder sak 3 og Heimdalsgata 25 er det reist spørsmål om kommunen kan avvise Frelsesarmeen utelukkende pga at aktøren mottar offentlig støtte. Spørsmålet ble reist fordi kommunen synes å være av den oppfatning at støtten kan være i strid med regelverkets grunnleggende prinsipper om likebehandling.

EU domstolen har i sak c-94/99 pkt 32., uttalt følgende:

Det første spørsmål kan herefter blot besvares med, at det princip om ligebehandling af de bydende, der er fastsat i direktiv 92/50, ikke tilsidesættes, blot fordi den ordregivende myndighed træffer afgørelse om, at der gives adgang til en procedure vedrørende tildeling af en offentlig tjenesteydelsesaftale for organer, som enten fra den ordregivende myndighed selv eller andre ordregivende myndigheder modtager tilskud, uanset disses karakter, således at disse organer kan afgive bud med priser, der ligger væsentligt under buddene fra de øvrige bydende, som ikke modtager sådanne tilskud.

EU domstolen slår dermed fast at det ikke er i strid med likebehandlingsprinsippet at deltageren i konkurransen mottar offentlig støtte. Departementet legger derfor til grunn at kommunen ikke kan avvise Frelsesarmeen, utelukkende med en slik begrunnelse. Dette må også anses å gjelde selv om for eksempel staten gjennom Husbanken har konkrete regler for svært gunstige lånebetingelser til slike prosjekter og lånetilsagn er blitt innvilget.

Departementet vil imidlertid peke på at oppdragsgiver har et visst skjønn når det gjelder krav til virksomhetens finansielle kapasitet, herunder at den finansielle kapasiteten er tilstrekkelig for å gjennomføre kontrakten. Oppdragsgiver kan derfor be om dokumentasjon om hvordan prosjektet skal finansieres. Oppdragsgiver kan dog ikke stille strengere krav enn det som er nødvendig for å gjennomføre kontrakten. Dersom leverandøren har behov for lånefinansiering f.eks. fra Husbanken, vil det være tilstrekkelig at banken gir en garanti for at leverandøren mottar lån dersom leverandøren vinner frem med sitt tilbud.

³ Rapporten er også tilgjengelig på www.nhd.no under offentlige anskaffelser

Det skal også pekes på at andre forhold enn anskaffelsesregelverket kan ha betydning for en virksomhets deltagelse i en konkurranse. Støtteyter kan f.eks. ha stilt som betingelse for støtte, at virksomheten ikke skal delta i en slik konkurranse. Dersom virksomheten likevel skulle delta i en slik konkurranse, kan dette få konsekvenser for støttetilsagnet og utløse et krav om tilbakebetaling.

6. Andre regelverk som bør vurderes ved direktekjøp av omsorgstjenester – særlig om EØS-avtalens statsstøtteregler

Ved kjøp av omsorgstjenester er det andre regelverk som kan ha betydning for hvordan kjøpet gjennomføres. I denne sammenheng bør forholdet til reglene for offentlig støtte vurderes nærmere, da det gjelder betydelige begrensinger med hensyn til hvor stor støtte som kan gis til foretak som opptrer i markedet. Et sentralt forhold ved direktekjøp av tjenester og støttereglerverket, er hvordan vederlaget beregnes og implementering av gjennomsiktighetsmekanismer som hindrer at ulovlig støtte gis.

Generelt om vilkårene i EØS-avtalen

Dersom følgende vilkår i EØS-avtalen artikkel 61(1) er oppfylt, så foreligger det i utgangspunktet ulovlig offentlig støtte:

1. *Støtten må være gitt av staten eller av offentlige midler i enhver form (offentlig støtte)*
2. *Støtten må vri konkurransen eller true med å vri konkurransen*
3. *Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer.*
4. *Støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene (avtalepartene)*

Støttebegrepet skal i henhold til praksis tolkes vidt. Enhver direkte eller indirekte overføring av offentlige midler omfattes. Således vil i utgangspunktet f. eks. unntak fra de alminnelige skatteregler, offentlige garantier, salg av offentlige midler til underpris og kjøp til overpris omfattes av støttebegrepet.

Ved kjøp av tjenester uten konkurranse, er det en reell fare for at det offentlige betaler mer for oppdraget enn det som anses for å være markedspris. En overpris gir en privat aktør mulighet til å krysssubsidiere andre aktiviteter som utøves i konkurranse med andre. For å forhindre strid med statsstøttereglerverket er det derfor viktig at man sikrer at det betales ”riktig pris” på annen måte enn gjennom anskaffelsesregelverket. Med andre mekanismer enn konkurranse, siktes det til tiltak som kan gi tilstrekkelig garanti for at ulovlig støtte ikke tildeles. Virksomheten kan for eksempel føre regnskaper som gjør det mulig å etterprøve om det foreligger overkompensasjon og krysssubsidiering.

Når det gjelder vilkårene ”vri eller true med å vri konkurransen eller ”påvirke samhandelen”, er terskelen i praksis lav for når disse vilkårene anses oppfylt. I denne sammenheng bemerkes det at frivillige organisasjoner i stadig større grad opptrer på diverse kommersielle markeder. Kommersielle markeder i denne sammenheng, kan for eksempel være markeder for omsetning av klær eller fast eiendom.

Det understrekes at det er *foretak* som ikke kan motta støtte som omfattes av artikkel 61(1). Foretaksbegrepet i EØS-avtalen er ikke sammenfallende med det internrettslige foretaksbegrepet. Praksis fra EF-domstolen tilsier at det skal lite til for at en enhet anses for å være et foretak. EØS-avtalens protokoll 22 artikkel 2 taler i samme retning. Her sies det at et foretak er ”enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art”. I den grad frivillige organisasjoner opptrer i konkurranse om oppdrag fra det offentlige, vil det være vanskelig å argumentere for at organisasjonen ikke skal anses for å være et foretak i statsstøttereglenes forstand. Dette gjelder uavhengig av om organisasjonen har et profittmotiv for å opptre i det kommersielle markedet eller ikke.

De praktiske og juridiske implikasjonene av at en transaksjon anses som støtte, er i grove trekk at støtten (transaksjonen) som hovedregel må notifiseres til EFTAs overvåkningsorgan via Næringsdepartementet. EFTAs overvåkningsorgan vil deretter enten godkjenne eller nekte støtten. I denne sammenheng skal det bemerkes at det er støttegiver som har ansvaret for å notifisere støtten og at ulovlig støtte kan kreves tilbakebetalt.

Utsetting av forvaltningsoppgaver til frivillige organisasjoner eller andre foretak
EF-domstolens avgjørelse i den såkalte Ferring-saken (C-53/00), innebærer at når det offentlige kjøper tjenester av ”almen økonomisk betydning” (såkalte ”Public service obligations”) fra private aktører, er dette ikke å anse som transaksjoner som omfattes av notifiseringsbestemmelsene. Forutsetningen er imidlertid at den private aktøren ikke overkompenseres for den forpliktelsen vedkommende virksomhet er pålagt. En avtale der en frivillig organisasjon pålegges å forestå husvære til bostedsløse vil sannsynligvis bli ansett for å være en slik tjeneste av almen økonomisk interesse. Det skal imidlertid understrekes at det i en ny sak som EU-domstolen skal ta stilling til 24. juli, kan endre dagens praksis. Et mulig utfall er at slike transaksjoner alltid skal notifiseres, enten i form av notifisering av en støtteordning eller den enkelte transaksjonen.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge
senior rådgiver

Kopi:
Statsministerens kontor v/Martin Skancke
Sosialdepartementet
Frelsesarmeen
Stortingets utredningsgruppe
Oslo kommune v/ Byrådsavdelingen for Sosial og velferdstjenester