



U i T

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet i Tromsø

Adgangen til å reservere konkurranse for ideelle leverandører ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester

En analyse av utnyttelsen av det EØS-rettslige handlingsrommet i norsk rett

Kathrine Ihle Arnesen

Liten masteroppgave i JUR-3902, våren 2018



Innholdsfortegnelse

1 Innledning	1
1.1 Tema og problemstilling	1
1.2 Aktualitet.....	1
1.3 Begrepsavklaring og bakgrunn	3
1.4 Metodiske særtrekk og videre fremstilling	4
2 Adgangen etter traktatretten til å reservere konkurranse for ideelle leverandører ...	5
2.1 Etableringsretten, tjenestefriheten og forbudet mot diskriminering	5
2.2 EU-domstolens syn på de fire friheter og reservasjon av konkurranse for ideelle leverandører	6
2.2.1 Innledning	6
2.2.2 Hensyn EU-domstolen mener gir grunnlag for reservert konkurranse	6
2.2.3 Vilkår	10
2.2.4 Oppsummering.....	15
2.3 Forholdet mellom unntaket for tjenester av generell økonomisk interesse og reserverte konkurranser for ideelle leverandører	16
2.3.1 Innledning	16
2.3.2 Medlemsstatene skal ikke bryte traktatreglene for foretak med eksklusive eller spesielle rettigheter	16
2.3.3 Unntak for foretak tillagt oppgaver av generell økonomisk interesse	18
2.3.4 Spezzino-saken	20
2.3.5 Oppsummering.....	21
2.4 Sammenfattet om handlingsrommet etter traktatretten	21
3 Adgangen etter anskaffelsesdirektivet til å reservere konkurranse for ideelle leverandører	22
3.1 Forholdet mellom traktatretten og direktivretten	22

3.2	Anskaffelsesdirektivet.....	24
3.3	Tjenester av generell økonomisk interesse	24
3.4	Adgangen til å reservere konkurranse for ideelle leverandører etter light-regimet	25
3.4.1	Innledning	25
3.4.2	Tjenester som omfattes og særskilt terskelverdi	25
3.4.3	Spesielle publiseringsregler	26
3.4.4	Retningslinjer for utforming av nasjonale regler	26
3.4.5	Oppsummering.....	27
3.5	Adgangen etter anskaffelsesdirektivet til å reservere konkurranse på EU-domstolens vilkår	27
3.5.1	Innledning	27
3.5.2	Helsetjenesters særskilte karakter	27
3.5.3	Viktigheten av liv og helse og fokus på gode velferdstjenester.....	28
3.5.4	Forarbeidenes og fortalens rettskildemessige vekt	29
3.5.5	Direktivets struktur og kontekst.....	29
3.5.6	Forbud mot urimelig favorisering av visse økonomiske leverandører	31
3.6	Handlingsrommet etter direktivretten	32
4	Adgangen etter norsk rett til å reservere konkurranse for ideelle leverandører	33
4.1	Innledning	33
4.2	Tjenester av allmenn økonomisk interesse	33
4.3	Adgangen etter anskaffelsesloven til å reservere konkurranse for ideelle leverandører	33
4.4	Adgangen etter anskaffelsesforskriften til å reservere konkurranse for ideelle leverandører	36
4.4.1	Innledning	36
4.4.2	Lovlig gjennomføring av reserverte konkurranser	37
4.4.3	Vilkår for å kunne reservere konkurranse.....	38

4.5	Utnyttelse av handlingsrommet	41
5	Anskaffelsesdirektivets artikkel 77 og anskaffelsesforskriften § 30-2	43
5.1	Innledning	43
5.2	Type tjeneste som omfattes.....	43
5.3	Krav til organisasjonen for å kunne reservere konkurranse.....	44
5.3.1	”Organisasjon”	44
5.3.2	Karakteristika ved organisasjonen	45
5.3.3	Aktivitetskrav.....	47
5.3.4	Oppsummerende om krav til organisasjonen.....	47
5.4	Maksimal varighet på kontrakten.....	47
5.5	Henvisning til bestemmelsen	48
5.6	Utnyttelse av handlingsrommet	48
6	Alternative løsninger	49
6.1	Innledning	49
6.2	Tildelingskriterier	49
6.2.1	Kvalitet.....	50
6.2.2	Kontinuitet	50
6.2.3	Tilgjengelighet	51
6.2.4	Brukermedvirkning	51
6.2.5	Vektlegging av ideell karakter	51
6.3	Egentlig og utvidet egenregi	52
6.4	Rammeavtale med flere ideelle leverandører	54
7	Kildeliste	55

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Offentlige myndigheter kan velge mellom å tilby offentlige tjenester selv i form av egenregi, eller kjøpe tjenesten i markedet. Når det offentlige benytter seg av markedet, skal anskaffelsen som hovedregel skje etter konkurranse.¹ Ved anskaffelse av bestemte typer tjenester kan det imidlertid tenkes at oppdragsgiver ønsker å reservere konkurransen for visse leverandører.

Helse- og sosialtjenester er ofte tjenester av personlig karakter som ytes til sårbare brukere og pasienter.² Oppdragsgiver kan ønske å bruke ideelle leverandører ved anskaffelse av slike tjenester, fordi de ideelle leverandørene motiveres av sosiale formål og i likhet med det offentlige ikke søker profitt. Dermed kan de fokusere på tjenesteytingen fremfor økonomisk gevinst.³ En reservasjon av konkurranser for slike leverandører kan i utgangspunktet tenkes å være en begrensning på fri konkurranse og det oppstår spørsmål om anskaffelsesregelverket tillater reserverte konkurranser. Samtidig anerkjenner anskaffelsesregelverket reserverte konkurranser gjennom kvalifikasjonskrav. Ett av avhandlingens spørsmål er om ideelt formål kan brukes som kvalifikasjonskrav.

Hovedproblemstillingen i avhandlingen er om EØS-retten gir adgang til å reservere konkurranse for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester og i hvilken grad handlingsrommet er utnyttet i norsk rett. Alternative måter å tilgodese ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester drøftes kort.

1.2 Aktualitet

De seneste årene har det skjedd store endringer i direktivreguleringen av det offentliges anskaffelser. I det tidligere anskaffelsesdirektivet opererte man med et skille mellom prioriterte og uprioriterte tjenester, slik at helse- og sosialtjenester var unntatt mesteparten av regelverket.⁴ Det nye anskaffelsesdirektivet opphevet skillet.⁵ Det nye regelverket innførte en bestemmelse som tillater at konkurranse om kontrakter om visse helse- og sosialtjenester

¹ Veileder Difi: *Veileder i anskaffelser av helse- og sosialtjenester*, april 2017 s. 1.

² Veileder Nærings- og fiskeridepartementet: *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, november 2017 s. 340.

³ NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket s. 105.

⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF artikkel 20 og 21.

⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU (heretter anskaffelsesdirektivet eller direktivet).

reserveres for visse leverandører, jf. artikkel 77. Det reiste spørsmål om reservasjonsadgangen for ideelle leverandører ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester opphørte.

Problemstillingen er også aktuell da EU-domstolen i 2016 avsa en dom om reservasjonsadgang for ideelle leverandører. Dommen er den siste i en rekke avgjørelser der domstolen har tatt stilling til reserverte konkurranser for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Sakene har dreiet seg om forholdet til de alminnelige EU-reglene og de særskilte reglene om det offentliges anskaffelser. Trenden er at domstolen åpner for prioritering av ideelle leverandører ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester.

Anskaffelsesloven⁶ og anskaffelsesforskriften⁷ trådte i kraft 1. januar 2017. Begge er utslag av det nye anskaffelsesdirektivet. I den gamle anskaffelsesforskriften var kontrakter om helse- og sosialtjenester unntatt fra store deler av anskaffelsesforskriften når den skulle inngås med ideelle organisasjoner.⁸ I den nye anskaffelsesforskriften gjenfinnes ikke et tilsvarende utformet unntak. Det er derimot oppstilt en adgang til å begrense konkurranse for visse organisasjoner i forskriften § 30-2. Unntaksadgangen i forskriften samsvarer i stor grad med unntaket i anskaffelsesdirektivets artikkel 77.

I forbindelse med utarbeidelsen av det nye norske regelverket har det vært diskusjon om reservasjonsadgangen. I 2014 skrev Fredrik Sejersted en utredning der han fant det ”klart” at den tidligere unntaksordningen ikke kunne videreføres.⁹ Karin Fløistad har på sin side argumentert for at man ikke har ment en endring med innføringen av det nye direktivet, slik at det fortsatt er mulig å reservere konkurranse for ideelle leverandører.¹⁰ Utredningenes mandater er sentrale i denne sammenheng. Sejersted vurderte om det tidligere unntaket kunne videreføres. Fløistad utredet det EØS-rettslige handlingsrommet, og kunne dermed komme til at det forelå en ”ny” reservasjonsadgang. Denne avhandlingen utreder i hvilken grad det EØS-rettslige handlingsrommet er utnyttet i norsk rett. På grunn av de ulike mandatene vil konklusjonene kunne bli ulike, uten at det nødvendigvis betyr uenighet.

Valget mellom å bruke ideelle eller kommersielle leverandører, eller tillate begge i konkurranse, skaper stadig samfunnsdebatt. Enkelte mener det er greit å slippe til de

⁶ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (heretter anskaffelsesloven).

⁷ Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (heretter anskaffelsesforskriften eller forskriften).

⁸ Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-1 tredje ledd bokstav a.

⁹ Fredrik Sejersted, *Rettslig vurdering av om unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres*, Oslo 2014 s. 12.

¹⁰ Karin Fløistad, *Utredning av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester*, 2017 s. 26.

kommersielle leverandørene som tjenesteytere av velferdstjenester.¹¹ Andre motsetter seg tanken på at profittsøkende leverandører skal drive tjenester preget av omsorg og personlig nærhet.¹²

1.3 Begrepsavklaring og bakgrunn

Helse- og sosialtjenester er definert i anskaffelsesdirektivet vedlegg XIV, og omfatter blant annet en rekke sykehus- og helsetjenester, levering av tjenester som blant annet mat og sengetøy til sykehus og hjemmesykepleie. Sosialtjenester som omfattes er blant annet velferdstilbud for eldre og funksjonshemmede. Andre tjenester er også omfattet, for eksempel utdanningstjenester, men disse vil ikke diskuteres i avhandlingen.

Det finnes ingen norsk legaldefinisjon av ideelle organisasjoner. En felles forståelse av begrepet er at organisasjonen ikke gir utbytte, har et formål som går utover den tjenesten som ytes, og har innslag av frivillighet.¹³ De ideelle organisasjonene reinvesterer overskudd i organisasjonens videre drift. Deres formål er som regel sosialt eller humanistisk arbeid.¹⁴

Det kan stilles spørsmål ved hvorfor man ønsker å reservere konkurranse for ideelle leverandører ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Enkelte hevder ideelle leverandører leverer bedre kvalitet i ytelsene enn de profittorienterte, og at de er mer budsjettmessig effektive.¹⁵ Mot dette kan innvendes at de kommersielle leverandørene har større press på seg til å utvikle mer effektive og kostnadsbesparende løsninger, på grunn av krav om profitt.

Som avhandlingen vil vise, mener jeg at argumentene om kvalitet og pris må sees i sammenheng. Gjennom opparbeidet kompetanse kan leverandørene oppdage behov for videreutvikling av tjenestene. De profittsøkende leverandørene må tilfredsstille et lønnsomhetskrav, mens de ideelle leverandørene kan videreutvikle tjenestene basert på samfunnets og brukernes behov. De ideelle leverandørene kan levere bedre kvalitet i tjenesten enn de kommersielle uten å øke prisen, ved at de reinvesterer overskudd og videreutvikler tjenestetilbudet. Det er et særskilt behov for høy kvalitet i helse- og sosialtjenester. Derfor

¹¹ Trine Eilertsen, ”De later som de er ideelle. Men de er kommersielle. Det er helt greit”, *Aftenposten tirsdag 24. april 2018*.

¹² Shafana M. Ali, ”Nei til profittjag i offentlige tjenester”, *Rogalands avis 30. januar 2017*.

¹³ NOU 2016: 12 Ideell opprydding s. 31 flg.

¹⁴ For øvrige definisjoner se Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013 s. 168-169 og Veileder Nærings- og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranse om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017, kapittel II punkt 3.

¹⁵ Veileder Nærings- og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017.

mener jeg at kvaliteten i de ideelle leverandørenes tjenester er et godt argument for å reservere konkurranse. Kvalitet har også nær sammenheng med budsjettmessig effektivitet. Det er ikke nødvendigvis slik at de ideelle leverandørene leverer rimeligere tjenester enn de profittsøkende. Men dersom man ser på budsjettmessig effektivitet i et større samfunnsøkonomisk perspektiv, slik at man også verdsetter den kvaliteten de kan tilby og annen frivillig virksomhet de ideelle bedriver, vil de kunne bidra til et lavere kostnadsnivå.

1.4 Metodiske særtrekk og videre fremstilling

Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å ha regler om det offentliges anskaffelser som tilfredsstillende de krav som følger av avtalens hoveddel og rettsakter vist til i vedleggene til avtalen. Anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften er utslag av denne plikten. Dette innebærer at bestemmelser i lov og forskrift må leses og forstås i lys av de krav EØS-avtalen setter til innholdet i norsk rett.

Samspillet mellom traktatregulering og direktivregulering er sentralt for avhandlingen.

Traktatretten er de grunnleggende frihetene slik de fremgår av EØS-avtalen¹⁶ og Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte¹⁷ (TEUV). Sentralt i anskaffelsesrettslig sammenheng er etableringsretten, retten til fritt å tilby tjenester og forbudet mot diskriminering.¹⁸ Relevant direktivrett er anskaffelsesdirektivets regler. Da oppgaven tar for seg EØS-rett anvendes de særlige tolkningsregler som gjelder for disiplinen. Det vil ikke gis en generell utredning for metode i EØS-retten.¹⁹ Reglene vil drøftes underveis i oppgaven.

Avhandlingen tar først for seg traktatretten og vurderer hvorvidt den åpner for å reservere konkurranse for ideelle leverandører ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Dersom det er adgang til å reservere konkurranse, vil spørsmålet være på hvilke betingelser. Det neste spørsmålet blir så hvilken betydning anskaffelsesdirektivet for den reservasjonsadgangen traktatretten gir. Det skal undersøkes om direktivet utvider eller innsnevrer adgangen. Et tredje spørsmål er hvordan de norske bestemmelsene skal forstås, om de gir en videre eller snevrere adgang til å reservere konkurranse enn EØS-reglene tillater. Oppgaven søker å fremstille samspillet mellom traktat- og direktivregulering og undersøker i hvilken grad norsk rett har brukt handlingsrommet i EØS-retten.

¹⁶ Slik den fremgår av Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

¹⁷ Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (heretter TEUV).

¹⁸ TEUV artikkel 49 og 56, EØS-avtalen artikkel 31 flg., 36 flg.

¹⁹ For en generell redegjørelse se for eksempel Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 kapittel VII s. 291 flg.

2 Adgangen etter traktatretten til å reservere konkurranse for ideelle leverandører

2.1 Etableringsretten, tjenestefriheten og forbudet mot diskriminering

I EØS-avtalens hoveddel er EU-rettens hovedregler om de fire friheter og forbudet mot diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet inntatt.²⁰ Da avhandlingen omhandler reservert konkurranse ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester er det særlig etableringsretten, tjenestefriheten og forbudet mot diskriminering som er relevante. Reglene er sentrale, men ikke absolutte. Unntakene er mange, og de følger både av avtalene og rettspraksis.²¹

Etableringsretten for fysiske og juridiske personer er nedfelt i EØS-avtalens artikkel 31 følgende, som svarer til etableringsretten nedfelt i TEUV artikkel 49 følgende.

Bestemmelsene gir rett til etablering i andre medlemsstater enn hjemstaten. Retten gjelder både etablering for allerede eksisterende virksomhet og opprettelse av ny virksomhet. Det stilles krav til at det foreligger en grenseoverskridende interesse.²²

Tjenestefriheten gir tjenesteytere frihet til å tilby sine tjenester uhindret av grensene til avtalepartene, og følger av EØS-avtalen artikkel 36 følgende og TEUV artikkel 56 følgende. Tjenester er tjenester som vanligvis ytes mot betaling og som ikke omfattes av reglene om fritt varebytte og fri bevegelighet av kapital og personer.²³ Tjenesteyting som i hovedsak skjer i én stat omfattes ikke av reglene, da det stilles krav til en grenseoverskridende interesse for at tjenestereglene skal komme til anvendelse.²⁴ Tjenesteytingen må være av midlertidig karakter for å omfattes av bestemmelsene.²⁵

Det oppstilles forbud mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet i EØS-avtalens artikkel 4.²⁶ Forbudet tolkes til å gjelde både direkte og indirekte diskriminering, slik at ordninger som tilsynelatende ikke er diskriminerende, men likevel stiller utenlandske aktører dårligere, også

²⁰ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 66.

²¹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 67.

²² Alan Dashwood mfl., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 6. utgave, Oxford og Portland 2011 s. 534.

²³ EØS-avtalen artikkel 37 sml. TEUV artikkel 57.

²⁴ Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 s. 424.

²⁵ Sejersted m.fl. (2011) s. 426.

²⁶ Sml. TEUV artikkel 18.

er omfattet.²⁷ Bestemmelsen har mindre praktisk betydning enn man kanskje skulle tro, da særbestemmelser i EØS-avtalen (som de fire friheter) går foran.²⁸

2.2 EU-domstolens syn på de fire friheter og reservasjon av konkurranse for ideelle leverandører

2.2.1 Innledning

Medlemsstatene kan under henvisning til skjønnsmarginen velge hvordan de vil utforme sine helse- og velferdsordninger.²⁹ Valgfriheten er ikke ubegrenset når det gjelder hvordan medlemsstatene organiserer ordningene, de må forholde seg til de grunnleggende frihetene.

EU-domstolen har i flere saker konkludert med at reserverte konkurranser for ideelle leverandører ikke nødvendigvis er en restriksjon på traktatreglene. Særlig relevante for å belyse vurderingene er to relativt nye avgjørelser om levering av ambulansetjenester fra leverandører som ikke har gevinst for øyet, sak C-113/13 *Spezzino*³⁰ og sak C-50/14 *CASTA*³¹. For å belyse kontinuiteten og bredden i domstolens praksis på området vil to eldre dommer også drøftes, sak C-70/95 *Sodemare*³² og sak C-475/99 *Ambulanz Glöckner*³³.

Først vil jeg se på hvilke hensyn EU-domstolen mener må være tilstede for at reserverte konkurranser ikke skal være en restriksjon på traktatreglene. Deretter vil jeg undersøke hvilke vilkår som må være oppfylt for at konkurranse kan reserveres uten å anses som en restriksjon.

2.2.2 Hensyn EU-domstolen mener gir grunnlag for reservert konkurranse

2.2.2.1 Helsetjenesters særskilte karakter

Gjennomgående i *Sodemare*, *Ambulanz Glöckner*, *Spezzino* og *CASTA* er et fokus på helsetjenesters og frivillige organisasjoners særskilte karakter. Særtrekkene ved ytelsen og leverandørene forankrer domstolens syn på hvorfor konkurranse kan reserveres for ideelle

²⁷ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 64.

²⁸ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 65.

²⁹ Eksempelvis *Sag C-70/95 Sodemare SA m.fl. mod Regionen Lombardiet*, Sml. 1997 s. I-3395 avsnitt 32.

³⁰ *Sag C-113/13 Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" m.fl. mod San Lorenzo Soc. coop. sociale og Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, Offentliggjort i elektronisk samling av avgjørelser: ECLI:EU:C:2014:2440

³¹ *Sag C 50/14 Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) m.fl. mod Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4), Regione Piemonte*, Offentliggjort i elektronisk samling av avgjørelser: ECLI:EU:C:2016:56.

³² *Sag C-70/95 Sodemare SA m.fl. mod Regionen Lombardiet*, Sml. 1997 s. I-3395.

³³ *Sag 475/99 Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz*, Sml. 2001 s. I-8089.

leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester, uten at det er en restriksjon på frihetene sikret ved traktatreglene. Domstolen har vært uklar i begrepsbruken på hvorvidt det forelå en lovlig restriksjon på frihetene, eller om den reserverte konkurransen ikke var å anse som restriksjon i det hele tatt. Selv om fokuset på tjenestenes særlige karakter er felles for alle dommene, har det fremkommet noe ulikt i hver enkelt dom. Jeg har derfor analysert avgjørelsene enkeltvis.

Sak C-50/75 Sodemare gjaldt organiseringen av det offentlige italienske velferdstilbudet for eldreomsorg. Spørsmålet var om traktatretten var til hinder for å tildele kontrakter om levering av eldreomsorgstjenester betalt av det offentlige velferdssystemet til organisasjoner som ikke var profittsøkende.³⁴ EU-domstolen understreket at velferdssystemet var bygget på et solidaritetsprinsipp, og at omsorg var et sentralt element ved ytelsen fordi tjenestens hovedformål var å bistå personer i en vanskelig og utsatt posisjon.³⁵ Dette solidaritetselementet ble så vektlagt som et hensyn som begrunnet en reservasjonsadgang, og domstolen var klar på at det ikke forelå en restriksjon. Domstolen vektla også at det ikke forelå diskriminering, fordi nasjonale og utenlandske kommersielle selskaper var behandlet likt. Leverandører som ikke søkte profitt kunne prioriteres fordi de kunne fokusere på å oppfylle det sosiale formålet fremfor fortjeneste.³⁶ Kravet om at leverandøren ikke arbeidet med gevinst for øyet, var tillatt etter traktatreglene, begrunnet i tjenestens karakter.

Det har vært diskutert om Sodemare-saken kan vektlegges i diskusjonen om reserverte konkurranse for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester. I sitt forslag til avgjørelse før Spezzino-saken la generaladvokat Wahl til grunn at Sodemare ikke gjaldt anskaffelser, men organiseringen av det italienske velferdssystemet.³⁷ EU-domstolen mente Sodemare kunne vektlegges, fordi de samme hensyn som gjør seg gjeldende i Sodemare, kan gjelde også ved anskaffelse av ulike helsetjenester.³⁸ På bakgrunn av den generelle argumentasjonen i Sodemare er jeg enig i at dommen har overføringsverdi ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester.

I Spezzino-saken var spørsmålet om en italiensk lov som begrenset tildeling av kontrakt om syketransport for frivillige organisasjoner (registrert i frivillighetsregisteret) var forenlig med

³⁴ Sodemare avsnitt 21.

³⁵ Sodemare avsnitt 29.

³⁶ Sodemare avsnitt 33 og 34.

³⁷ Forslag til avgjørelse av generaladvokat N. Wahl i sak C-113/13 Spezzino, avgitt 30. april 2014 avsnitt 71.

³⁸ Spezzino avsnitt 55 og avsnitt 58.

EU-retten. Domstolen tok også stilling til direkte tildeling.³⁹ Konkurransbegrensningen ble i utgangspunktet ansett å være i strid med EU-rettens traktatregler om fri bevegelse av tjenester og rett til etablering.⁴⁰ Domstolen fant likevel at tiltaket ikke var å anse som en restriksjon på traktatretten, fordi det var begrunnet i prinsipper som solidaritet og universalitet.⁴¹ Domstolen var altså uklar på hvorvidt det var tale om en lovlig restriksjon, eller ikke en restriksjon overhodet. Ønsket om å opprettholde en stabil og tilgjengelig tjeneste, og ønsket om å unngå sløsing av økonomiske, tekniske og menneskelige ressurser ble fremhevet.⁴² Medlemsstatene ble gitt adgang til å anta at bruken av frivillige organisasjoner er i samsvar med det sosiale formålet med ambulansetjenester, og kan bidra til å kontrollere kostnadsnivået på tjenestene.⁴³ Basert på ambulansetjenestenes særskilte karakter konkluderte retten med at det ikke forelå restriksjoner på frihetene.

I CASTA-saken var spørsmålet om EU-lovgivningen var til hinder for en nasjonal bestemmelse som tillot direkte tildeling av kontrakter vedrørende sykefrakt av dialysepasienter til frivillige organisasjoner.⁴⁴ EU-domstolen fant at en direkte tildeling i utgangspunktet var en restriksjon, men også her var vilkårene og hensynene som tilsier at reservasjon ikke er en restriksjon, til stede.⁴⁵ Domstolen var altså uklar også i CASTA om hvorvidt det er tale om en legitimert restriksjon, eller om det ikke er en restriksjon i det hele tatt. Argumentasjonen i CASTA er svært lik den i Spezzino, og EU-domstolen henviser gjennomgående til Spezzino-dommen. For eksempel gjentas ønsket om å opprettholde en stabil og tilgjengelig tjeneste, og unngå sløsing av ressurser. Synet på bruken av frivillige organisasjoner er også det samme.⁴⁶ Med samme begrunnelse som i Spezzino forelå det ikke restriksjoner på frihetene beskyttet av traktatens bestemmelser. Dommen gjelder direkte tildeling, og oppgaven vurderer reserverte konkurranser. Argumentasjonen er likevel relevant, da en reservasjon er mindre inngripende, som taler for at de samme argumentene kan brukes.

I sak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, var spørsmålet om en tysk delstats reservasjon av ambulansetjenester for ideelle leverandører var i strid med EU-rettens regler om ulovlig vridning av konkurranse og misbruk av dominerende posisjon.⁴⁷ Organisasjonen drev både

³⁹ Spezzino avsnitt 31.

⁴⁰ Spezzino avsnitt 52.

⁴¹ Spezzino avsnitt 52.

⁴² Spezzino avsnitt 57.

⁴³ Spezzino avsnitt 59.

⁴⁴ CASTA avsnitt 16 og 29.

⁴⁵ CASTA avsnitt 55 flg.

⁴⁶ CASTA avsnitt 61.

⁴⁷ *Ambulanz Glöckner* avsnitt 17.

pasienttransport og utrykningstjeneste. Det ble drøftet hvorvidt unntaket i dagens artikkel 106 (2) TEUV kom til anvendelse.⁴⁸ I vurderingene ble det vist til at tjenesten krevde omfattende investeringer, kvalifisert personale og god tilgjengelighet.⁴⁹ Momentene er typiske for ambulansetjenester, og fører til relativt høye omkostninger og begrenset mulighet for profitt. Profittorienterte leverandører ble antatt å foretrekke tjenesteyting i tett befolkede områder med små avstander for å maksimere inntjeningen. De ideelle leverandørene var forpliktet til å levere tjenester til lik pris og kvalitet uavhengig av geografi. En prioritering av de ideelle leverandørene for ambulansetjenester var ikke i strid med traktatens friheter, fordi man sikret best mulig tjenestetilbud for flest mulig borgere, uavhengig av geografi og økonomi.⁵⁰

2.2.2.2 Liv og helse

I tillegg til tjenestenes særlige karakter fremhever flere av dommene viktigheten av å verne om liv og helse i EU-retten. Under henvisning til at medlemsstatene har adgang til selv å utforme sine velferdssystemer, om enn ikke ubegrenset av traktatens grunnleggende friheter, fremhever EU-domstolen i både Spezzino og CASTA:

”Ved bedømmelsen af, om dette forbud overholdes, skal der imidlertid tages hensyn til den omstændighed, at menneskers liv og sundhed står øverst blandt de goder og interesser, som er beskyttet ved traktaten, og at det tilkommer medlemsstaterne, som råder over en skønsbeføjelse, at træffe bestemmelse om det niveau for beskyttelsen af den offentlige sundhed, som de ønsker at sikre, og hvorledes dette niveau skal nås...”⁵¹

Også i Sodemare er det understreket at den omdiskuterte bestemmelsen hadde til formål å fremme og beskytte menneskers helse ved hjelp av sosiale bistands- og helseordninger.⁵²

Ved å understreke viktigheten av å beskytte borgernes liv og helse i alle de tre dommene sender EU-domstolen et signal om den særstilling liv og helse har. Dersom tiltak er begrunnet i et ønske om å beskytte borgernes helse kan konkurranse reserveres for ideelle leverandører, uten at det er en restriksjon på de fire friheter.

⁴⁸ EØS-avtalen artikkel 59.

⁴⁹ Ambulanz Glöckner avsnitt 53.

⁵⁰ Ambulanz Glöckner avsnitt 66.

⁵¹ Spezzino avsnitt 56 CASTA avsnitt 60.

⁵² Sodemare avsnitt 28.

2.2.2.3 Rekkevidde

Selv om domstolens argumentasjon er uklar på hvorvidt reservasjonen i utgangspunktet synes å være i strid med frihetene, eller om det aldri er å anse som en restriksjon, er konklusjonen i samtlige av sakene felles. Reserverte konkurranser er ikke en legitimert restriksjon i form av et unntak, men en tolkning av regelverket som tilsier at reservert konkurranse for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester ikke er en restriksjon overhodet.

Det kan stilles spørsmål ved hvilken rekkevidde dommene har. Tre av dommene gjelder utrykningstjenester, som nå er regulert i en egen bestemmelse i anskaffelsesdirektivet artikkel 10 h. Fortalens avsnitt 28 krever at unntaket ikke anvendes utvidende. Den nye regelen har vært tatt til inntekt for at rekkevidden av *Ambulanz Glöckner*, *Spezzino* og *CASTA* nå er vesentlig begrenset. Det har også vært argumentert for at rettspraksisen har begrenset rekkevidde på grunnlag av det generelle tolkningsprinsippet om at begrensninger på frihetene skal tolkes restriktivt.⁵³ På den annen side har det vært hevdet at EU-domstolen argumenterer med generelle prinsipper, som taler for at praksisen har overføringsverdi også til anskaffelse av andre tjenester.⁵⁴ Det følger av en slik tankegang at dersom domstolen hadde ønsket et snevert unntak som kun gjaldt de omhandlede tjenestene, hadde det vært enklere å argumentere ut fra den konkrete tjenesten fremfor på generelt grunnlag. Jeg er enig i at der de samme generelle prinsippene gjør seg gjeldende ved anskaffelser av andre type tjenester enn utrykningstjenester, kan konkurranse reserveres for ideelle leverandører. Det forutsetter at vilkårene som skal gjennomgås i det følgende er oppfylt.

2.2.3 Vilkår

2.2.3.1 Krav til organisasjonen

Rettspraksis oppstiller ikke noe enhetlig krav til rettslig organisasjonsform. I *Spezzino* og *CASTA* var det tale om frivillige organisasjoner, mens det i *Sodemare* var tale om organisasjoner som ikke driver virksomhet med gevinst for øye. Selv om ordbruken er ulik omfatter den ideelle organisasjoner i begge tilfeller. Som nevnt er et kjennetegn ved ideelle leverandører at de har innslag av frivillighet ved ulønnet arbeidskraft og virksomhet. Ordbruken ”ikke driver virksomhet med gevinst for øye” er også treffende for de ideelle

⁵³ Pedro Telles ”The Impact of the *Spezzino* Judgement for Third Sector Organisations”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, (2016) 1. utgave s. 22-30 (s. 22).

⁵⁴ David McGowan ”Does the reservation of ambulance services to voluntary organisations on a cost reimbursement basis give rise to a public service contract?”, *Public Procurement Law Review* (2015) 3. utgave s. 61-66 (s. 65).

leverandørene. Det er vanlig at et eventuelt overskudd reinvesteres i virksomheten. Det kan imidlertid hevdes at de ideelle leverandørene har noe ”mer” ved seg, ved at de også har et formål utover tjenesteytingen.

Frivillige organisasjoner må ikke forfølge andre formål enn sosiale formål, solidaritet og budsjettmessig effektivitet for at konkurranse kan reserveres.⁵⁵ Formålene er i samfunnets interesse. Det juridiske rammeverket for organisasjonene må derfor ha et sosialt formål og et mål om å jobbe for samfunnets beste.⁵⁶ Organisasjonene må ikke oppnå vinning utover dekning av variable, faste og løpende kostnader som er nødvendige for å levere ytelsen. Betalt arbeidskraft kan kun brukes for å sikre at organisasjonen fungerer.⁵⁷ Kravene medfører at organisasjonen ikke kan være drevet med gevinst for øye, og at den i en viss grad er basert på frivillighet. EU-domstolen presiserer på denne måten hvilke typer frivillige/ikke-profittsøkende organisasjoner som omfattes. På grunn av kravene til sosiale formål og fravær av vinning passer ideelle leverandører godt til organisasjonskravet.

Det kan tenkes at organisasjonsform spiller inn. Eksempelvis forfølger stiftelser et bestemt formål utover økonomisk gevinst, mens selskaper driver økonomisk virksomhet. Frivillighet og organisasjoner som ikke har gevinst for øye er sjelden forenlig med selskaper som driver økonomisk virksomhet. Som hovedregel omfattes derfor ikke selskaper av unntaket.⁵⁸

2.2.3.2 Oppnåelse av sosialt formål, solidaritet og budsjettmessig effektivitet

Det oppstilles krav i både Spezzino og CASTA om at bruken av de ideelle organisasjonene fremmer et sosialt formål og forfølger et mål om solidaritet eller ”samfunnets beste”.⁵⁹ Sosiale formål og solidaritet er ikke definert. En alminnelig språklig forståelse er at virksomheten motiveres av å levere tjenester til fordel for samfunnet og fellesskapet, fremfor økonomisk gevinst.⁶⁰ I dagens samfunn har en rekke selskaper solidariske formål, men så lenge disse er underordnet målet om profit, oppfyller de ikke kravet.

Telles mener det ikke er tilstrekkelig med et mål om ikke å ha profit.⁶¹ Han begrunner dette med de detaljerte kravene domstolen oppstiller, og at dersom man ønsket å tilgodese alle *non-*

⁵⁵ Spezzino avsnitt 61 CASTA avsnitt 64.

⁵⁶ Telles (2016) s. 24.

⁵⁷ Spezzino avsnitt 62 CASTA avsnitt 65.

⁵⁸ Selv om det er vanskelig er det ikke utelukket. Kanskje omfattes aksjeselskaper hvis de har ideelle eiere.

⁵⁹ Spezzino avsnitt 60, CASTA avsnitt 63.

⁶⁰ Ivar Eimhjellen og Jill Loga, *Utviklingen av sosialt entreprenørskap i Norge*, rapport til Kulturdepartementet 11.01.2017 s. 68.

⁶¹ Telles (2016) s. 24.

profit organisasjoner, ville ikke domstolen oppstilt sosialt formål som vilkår. Jeg er enig med Telles i at EU-domstolens tydelig krav til solidaritet og sosiale formål må tillegges vekt. Men etter min mening vil de fleste ideelle leverandørene oppfylle vilkåret, da deres formål som regel er sosiale. Denne tilnærmingen støtter tanken om at det er tilstrekkelig å bruke ideelle leverandører for å oppfylle vilkåret om sosialt formål og solidaritet.

De ideelle leverandørene kan også hevdes å bidra til samfunnets beste ved å drive annen frivillig virksomhet utover den enkelte tjenesten. I sitt forslag til avgjørelse før Spezzino-saken, argumenterte Wahl for at man heller burde tilgodese de ideelle leverandørene innenfor regelverkets rammer.⁶² Fremfor å belønne én gratis virksomhet med reserverte konkurranser ved annen tjenesteyting, kan man for eksempel betale de ideelle leverandørene for det arbeidet de gjør, utover å yte helse- og sosialtjenester. Jeg mener man må vektlegge at den frivillige virksomheten de ideelle leverandørene bedriver, er sterkt knyttet til deres tjenesteyting. Ved reserverte konkurranser bygges kompetanse som igjen fører til at de kan bedrive annen frivillig virksomhet basert på denne kompetansen. Derfor bør ideelle leverandørers virksomhet utover den konkrete anskaffelsen vektlegges i vurderingen av om reserverte konkurranser er til samfunnets beste.

Argumentet om at det er til samfunnets beste å ekskludere profittsøkende leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester er ikke ukjent, ifølge Caranta.⁶³ Han viser til at det i en viss grad samsvarer med adgangen til å reservere kontrakter. Han er imidlertid sterkt imot en slik argumentasjon for direkte tildeling. Også Telles viser til at domstolens avgjørelse i Spezzino hadde vært lettere å akseptere om det bare hadde blitt gitt adgang til reserverte konkurranser fremfor direkte tildelinger.⁶⁴ Spørsmålet i denne avhandlingen er om det er adgang til å reservere konkurranse. En reservasjon er en mindre uthuling av regelverket enn en adgang til direkte tildeling. Fordi det er mindre inngripende kan det rettferdiggjøre en mindre streng tolking av vilkårene.⁶⁵

Også ved å bidra til økt kvalitet og tilgjengelighet i tjenestetilbudet kan leverandører oppfylle vilkåret.⁶⁶ Tankegangen har støtte i EU-domstolens praksis. Eksempelvis i *Ambulanz*

⁶² Wahl (2014) avsnitt 65.

⁶³ Roberto Caranta "After *Spezzino*: A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (2016) 1. utgave s. 14-21 (s. 19).

⁶⁴ Telles (2016) s. 28.

⁶⁵ Caranta (2016) s. 19 viser til at restriksjoner basert på offentlige interesser må være passende for å nå målet og ikke være for inngripende, for å være i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet.

⁶⁶ Fløistad (2017) s. 28.

Glöckner der de ideelle leverandørene kunne sikre bedre tilgjengelighet og lavere priser, som var til samfunnets beste. Et kjennetegn på ideelle leverandører at de forfølger sosiale formål, og ikke profitt. Ved at de reinvesterer sitt overskudd, videreutvikles organisasjonens evne til å jobbe for samfunnets beste og tilby økt kvalitet i tjenesten.

Statenes skjønnsfrihet er sentral ved organisering av deres helse- og velferdstjenester.⁶⁷ Dette tilsier at statene står temmelig fritt til å mene at det vil tjene samfunnet best å organisere helse- og velferdssystemet slik at konkurranser reserveres for ideelle leverandører.

I sammenheng med kravet til oppnåelse av sosialt formål og samfunnets beste må reservasjonen fremme budsjettmessig effektivitet. Vilkåret er ikke forklart nærmere. EU-domstolen hadde mulighet til å utdype det i CASTA-saken, men gjentok bare tidligere formuleringer. Telles antar at domstolen legger til grunn at ideelle leverandører er mer kostnadseffektive for oppdragsgiver enn profittsøkende leverandører, og kritiserer standpunktet.⁶⁸ Han er av den oppfatning at konkurranse tvinger tilbydere til å bli mer kostnadseffektive (uavhengig av om det er en ideell eller kommersiell leverandør), og at mangelen på konkurranse kan føre til at de ideelle leverandørene hever prisene over tid. Han stiller også spørsmål ved om de ideelle leverandørene trenger reserverte konkurranser dersom de virkelig er mer effektive. Hvis de kan levere på lavere pris burde det stille dem godt også i konkurranser med profittsøkende leverandører.⁶⁹ Også Caranta er svært skeptisk til vilkåret.⁷⁰ Han viser til at argumentet om at direkte tildeling bidrar til budsjettmessig effektivitet "simply defies belief".⁷¹

Jeg finner Carantas og Telles argumentasjon noe ensidig. Slik jeg forstår dem legger de til grunn en streng økonomisk forståelse av budsjettmessig effektivitet. Jeg mener vilkåret må leses i sammenheng med sosialt formål og solidaritet, da vilkårene er oppstilt i sammenheng i dommene. Også Fløistad nevner kort (men utdyper ikke) at det må foreligge en sammenheng mellom vilkårene.⁷² Ved å se på sammenhengene er vilkåret budsjettmessig effektivitet et relativt mål. Man kan oppnå budsjettmessig effektivitet for den samlede samfunnsøkonomien, selv om det ikke er det rimeligste alternativet i den enkelte anskaffelsen. Eksempelvis vil det

⁶⁷ Spezzino avsnitt 55 og CASTA avsnitt 59.

⁶⁸ Telles (2016) s. 25 flg.

⁶⁹ Også generaladvokat Wahl bruker dette argumentet i sin uttalelse før Spezzino, se avsnitt 58.

⁷⁰ Caranta (2016) s. 19.

⁷¹ Etter min mening er dette ikke en sannhet uten unntak. Dersom det er tale om en tjeneste som kun tilbys av en ideell leverandør vil det være både tids- og kostnadsbesparende med en direkte tildeling.

⁷² Fløistad (2017) s. 28.

være budsjettmessig effektivt å få dekket hele behovet for ambulansetjenester til en bestemt pris og kvalitet, fremfor at det offentlige må betjene de dyreste områdene. Motargumentet er at det ikke er berettiget å reservere konkurranse om én tjeneste for at en helt annen tjeneste (som kanskje ikke er en helse- og sosialtjeneste) kan ytes rimeligere. Her mener jeg sammenhengen spiller inn. De ideelle leverandørene jobber for samfunnets beste, og man kan oppnå budsjettmessig effektivitet selv om det er andre tjenester i samfunnets interesse som drives gratis. Det forutsetter at tjenestene følger sosiale formål og solidaritet.

Fordi de ideelle leverandørene leverer tjenester som i en viss grad er basert på frivillig virksomhet, tilsier det lavere kostnader. Det ble i både Spezzino og CASTA fremhevet et forbud mot gevinst som også tilsier lavere kostnader enn profittsøkende leverandører.⁷³

Jeg vurderer adgangen til å reservere konkurranse for ideelle leverandører, mens Caranta og Telles fokuserer på direkte tildeling. Det anskaffelsesrettslige proporsjonalitetsprinsippet tilsier at det er lavere terskel for å akseptere reserverte konkurranser enn direkte tildelinger, som kan rettferdiggjøre en mindre streng tolkning av vilkårene. Dessuten vil en reservert konkurranse fortsatt være en konkurranse – de ideelle leverandørene må konkurrere mot hverandre. Konkurransen kan gi motivasjon til å senke kostnader og forbedre kvalitet.⁷⁴

Samlet mener jeg at så lenge det er tale om reservasjon av konkurranse, kan det hevdes at de ideelle leverandørene kan antas å være mer budsjettmessig effektive og lettere oppfyller vilkåret.

2.2.3.3 Fravær av økonomisk vinning

I sammenheng med de her nevnte krav, er reservasjonsadgangen videre begrenset ved at leverandørene ikke må oppnå vinning. Forbudet gjelder både organisasjonen og dens medlemmer. Det er kun de variable, faste og løpende omkostningene som kan godtgjøres.⁷⁵

I CASTA ble det oppstilt en ytterligere begrensning for direkte tildeling, ved at de ideelle leverandørene fikk begrenset adgang til å drive kommersiell virksomhet.⁷⁶ EU-domstolen lot det være opp til medlemsstatene å sette en grense for de ideelle leverandørenes kommersielle aktivitet. Statene må i denne sammenheng etablere klare grenser regulert ved en numerisk

⁷³ Spezzino avsnitt 61 og CASTA avsnitt 73 flg.

⁷⁴ I denne retning se 154/17/COL Case no:77606 EFTA Surveillance Authority Decision of 20 September 2017 closing a complaint case arising from an alleged unlawful discrimination of private enterprises and breach of the EEA rules on public procurement s. 9.

⁷⁵ Spezzino avsnitt 61 og CASTA avsnitt 73 flg.

⁷⁶ CASTA avsnitt 73 flg.

grense eller på annet vis. Generelt skal enhver kommersiell virksomhet være marginal og understøtte forfølgelsen av organisasjonenes frivillige virksomhet.⁷⁷ Utover disse retningslinjene gis det ikke veiledning på hvor grensen ligger.

En mulighet er å bruke reglene om utvidet egenregi som veiledning på hvor mye kommersiell virksomhet som er tillatt. Ved utvidet egenregi unntas kontrakten fra regelverket når leverandøren blant annet utfører mer enn 80% av sin virksomhet for oppdragsgiver.⁷⁸ Der øvrige vilkår er oppfylt, kan leverandøren utføre inntil 20% av sin aktivitet for andre, uten å være underlagt regelverket. Etter min mening kan dette være en god veiledning for ideelle leverandørers kommersielle aktivitet, da direktivet ved andre tilfeller har åpnet for at 20% av virksomheten kan være unntatt fra regelverket. På denne bakgrunn kan inntil 20% av de ideelle leverandørenes virksomhet kan være kommersiell.

2.2.4 Oppsummering

Reservasjonsadgangen er særlig begrunnet i helse- og sosialtjenesters særskilte karakter, og betydningen av liv og helse. Hensynet til de ideelle leverandørene er ikke det avgjørende, men det kan vektlegges at disse har de beste forutsetninger for å levere ønsket ytelse. Derfor er det kanskje ikke så galt å bruke ideelt formål som kvalifikasjonskrav. Villkårene som er oppstilt for reservasjon av konkurranse for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester er vage. De nasjonale domstolene må anvende reglene og ta nærmere stilling til innholdet.⁷⁹ I de tilfellene vilkårene anses å være oppfylt, og reservert konkurranse kan begrunnes i de nærmere bestemte hensyn, er reservasjonen ikke å anse som en restriksjon på etableringsretten og tjenestefriheten. Traktatretten gir statene frihet til å reservere konkurranse for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Spørsmålet blir så om direktivet innsnevrer denne adgangen. Dette kommer vi til i kapittel 3.

I enkelte tilfeller er de ideelle leverandørene tillagt oppgaver som er i allmennhetens interesse, for eksempel ved ytelsen av visse helse- og sosialtjenester. I den utstrekning EØS-avtalens regler hindrer ytelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning kommer de ikke til anvendelse, jf. EØS-avtalens artikkel 59 annet ledd. I det videre skal det undersøkes om konkurranse kan reserveres for de ideelle leverandørene ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester under henvisning til EØS-avtalens artikkel 59.

⁷⁷ CASTA avsnitt 78

⁷⁸ Jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 12 og anskaffelsesforskriften § 3-1.

⁷⁹ Adrian Brown "The direct award of ambulance services to voluntary organisations in Italy, revisited: case C-50/14 CASTA", *Public Procurement Law Review* 2016 3. utgave s. NA72-76 (NA74).

2.3 Forholdet mellom unntaket for tjenester av generell økonomisk interesse og reserverte konkurranser for ideelle leverandører

2.3.1 Innledning

Medlemsstatene skal ikke vedta eller opprettholde tiltak som strider mot traktatreglene til fordel for offentlige foretak eller foretak som myndighetene tillegger særlige eller eksklusive rettigheter, jf. EØS-avtalens artikkel 59.⁸⁰ Bestemmelsens annet ledd oppstiller et unntak fra de tilfeller avtalens regler hindrer foretakene i å utføre de tildelte oppgavene. Spørsmålet i det følgende er om konkurranse kan reserveres for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester under henvisning til EØS-avtalens artikkel 59. I *Ambulanz Glöckner*-saken tok domstolen stilling til om konkurranse kunne reserveres med hjemmel i TEUV artikkel 106, som svarer til EØS-avtalens artikkel 59. Saken gjaldt utrykningstjenester og er derfor relevant for å vurdere reservasjonsadgangen i EØS-avtalens artikkel 59 ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester.

2.3.2 Medlemsstatene skal ikke bryte traktatreglene for foretak med eksklusive eller spesielle rettigheter

I praksis har EU-domstolen klargjort at offentlige foretak er foretak der det offentlige kan påvirke foretakets kommersielle beslutninger.⁸¹ Det kan være gjennom finansiell deltakelse eller ved regler som gir mulighet til å påvirke ledelsen i styringen av foretaket. Foretak som er tillagt spesielle eller eksklusive rettigheter, er også omfattet av bestemmelsen. Formuleringen reiser spørsmål om hva som er ”spesielle” og ”eksklusive” rettigheter. Bekkedal mener definisjonene som fremgår av *Transparency Directive*,⁸² kan anvendes for å forstå skillet mellom dem.⁸³ Der defineres eksklusive rettigheter som rettigheter en medlemsstat innrømmer en enkelt virksomhet ved reguleringer, som forbeholder en tjenesteyting for foretaket innen et gitt geografisk område.⁸⁴ Særlige rettigheter er rettigheter innrømmet et begrenset antall virksomheter innen et gitt geografisk område. De skiller seg dermed fra de eksklusive rettighetene ved at de kan tildeles flere foretak. Det oppstilles tre alternativ for hva som omfattes av spesielle rettigheter. Enten må rettighetene begrense antallet virksomheter til to eller flere med gitt tillatelse til tjenesteyting. Eller så utpekes et visst antall konkurrerende

⁸⁰ Sml. artikkel 106 TEUV.

⁸¹ Forente sager 188-190/80 *Frankrike, Italia og Storbritannia mod kommisjonen* Sml. 1982 s. 2545 avsnitt 26.

⁸² Kommisjonens direktiv 2006/111.

⁸³ Tarjei Bekkedal i Finn Arnesen m.fl. (red), *Agreement on the European Economic Area A Commentary* Oslo 2018 s. 571.

⁸⁴ Direktiv 2006/111 artikkel 2 bokstav f.

virksomheter som autorisert til å yte bestemte tjenester. Spesielle rettigheter kan også være rettigheter som på annen måte i vesentlig grad påvirker andre virksomheters muligheter for å prestere samme ytelse innenfor samme geografiske område under hovedsakelig samme betingelser.⁸⁵

Myndighetene forpliktet til verken å iverksette eller fortsette tiltak som strider mot traktaten, jf. artikkel 59 (1). Tiltak er vidt forstått, og omfatter blant annet lov, forskrift, og andre administrative tiltak.⁸⁶

I Höfner-saken vurderte EU-domstolen lovligheten av en tysk ordning som krevet at visse typer jobbsøkere ble satt i kontakt med potensielle arbeidsgivere gjennom et statlig godkjent byrå, som ble gitt eksklusive rettigheter på området.⁸⁷ EU-domstolen avsa dom om at alle statlige regler som får et foretak til å bryte med TEUV artikkel 102 (om misbruk av dominerende posisjon) er ulovlige under TEUV artikkel 106. Tildelingen av eksklusive rettigheter er ikke ulovlig per se, men en stat bryter med TEUV artikkel 106 hvis den gir et foretak en så dominerende posisjon at utøvelsen av de eksklusive rettighetene i seg selv ikke kan unngå å innebære misbruk av posisjonen, typisk ved at monopolet ikke klarer å dekke etterspørsel i markedet. Myndighetsskapt monopol kan dermed utløse brudd på artikkel 106.

I Ambulanz Glöckner slo EU-domstolen fast at organisasjonen var å anse som en virksomhet som omhandlet i TEUV artikkel 106 (1).⁸⁸ Deretter ble det vurdert om organisasjonen var tillagt en særlig eller eksklusiv rettighet. Retten viste til at den omstridte lovbestemmelsen innrømmer et begrenset antall virksomheter en beskyttelse som var egnet til å påvirke andre virksomheters mulighet for å utøve samme økonomiske virksomhet innen samme område til vesentlig samme vilkår.⁸⁹ Dette stemmer godt med definisjonen på spesielle rettigheter, slik Bekkedal definerer det.⁹⁰ Retten konkluderte med at organisasjonen var innrømmer en særlig eller eksklusiv rettighet, og at det forelå brudd på traktaten. Det neste spørsmålet var om bruddet var berettiget i henhold til TEUV artikkel 106 annet ledd.

⁸⁵ Direktiv 2006/111 artikkel 2 bokstav g.

⁸⁶ Richard Whish og David Bailey, *Competition Law*, 8. utgave, 2015 s. 238.

⁸⁷ Sag C-41/90 *Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH*, Sml. 1991 s. I-1979.

⁸⁸ *Ambulanz Glöckner* avsnitt 22.

⁸⁹ *Ambulanz Glöckner* avsnitt 24.

⁹⁰ Sml artikkel 2 litra g punkt iii.

2.3.3 Unntak for foretak tillagt oppgaver av generell økonomisk interesse

Foretak som er tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning, ikke er undergitt avtalereglene i den grad reglene hindrer dem i å utføre disse særlige oppgavene.⁹¹ Unntaket begrenses av at samhandelen ikke må stride mot avtalepartenes interesser. Fordi bestemmelsen tillater unntak fra traktatreglene må den tolkes strengt,⁹² slik at man unngår uthuling av regelverket.⁹³

ESA behandlet unntaket i EØS-avtalens artikkel 59 (2) i Sorpa-saken.⁹⁴ Saken gjaldt organiseringen av renovasjonstjenester, der det ble anført at prisene det offentlige foretaket tilbød, presset ut private konkurrenter. ESA kommenterte at unntak fra reglene måtte være i tråd med EØS-avtalens artikkel 59 (2). For at unntaket skulle komme til anvendelse måtte foretaket utøve oppgaver av generell økonomisk interesse, og EØS-reglene måtte anses som en hindring for utøvelsen av disse oppgavene.⁹⁵ Tolkningen samsvarer med EU-domstolens tilnærming til artikkel 106 (2) TEUV.

Tre vilkår må være oppfylt for at unntaket i artikkel 59 (2) skal komme til anvendelse.

For det første må det være et foretak som har fått tildelt en oppgave av allmenn økonomisk interesse av en offentlig myndighet. At den må tildeles, tilsier at det foreligger en avtale eller et vedtak om tildelingen. I BUPA-saken vurderte EU-domstolen hva som ligger i kravet til tjenester av generell økonomisk interesse.⁹⁶ Det ble understreket at medlemsstatene har et bredt skjønn til å fastslå hva som ligger i begrepet, men ikke på en slik måte at hele sektorer kan anses å være av generell økonomisk interesse. Selv om statene har en vid skjønnsmargin er skjønnsfriheten ikke ubegrenset.

Leverandøren trenger ikke utføre universelle oppgaver, og det er ikke et krav at arbeidet utføres gratis eller uten profittformål. Men tjenesten må være generell på den måten at den må tilbys til enhver som trenger den.⁹⁷ For eksempel togdrift kan tenkes omfattet, da det er

⁹¹ Sml. TEUV art. 106 (2).

⁹² Se for eksempel Sag C-157/94 *Kommisjonen mod Nederland* Sml. 1997 I-5699 avsnitt 37.

⁹³ Whish (2015) s. 248. Tarjei Bekkedal i Finn Arnesen m.fl. (red) (2016) med videre henvisninger, s. 577.

⁹⁴ Sak E-29/15 *Sorpa bs. mot det islandske konkurransetilsyn*, EFTA Ct. Rep. 2016 bok 2 s. 825.

⁹⁵ Sorpa, avsnitt 66.

⁹⁶ Sag T-289/03 *British United Provident Association Ltd (BUPA), London (Det Forenede Kongerige) m.fl. mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*, Sml. 2008 II-00081.

⁹⁷ Paul Craig og Gráinne de Búrca, *EU Law Text, Cases, and Materials*, 5. utgave, Oxford 2011 s. 1080.

tjenester der man ønsker en stabil drift. Bekkedal forklarer at bestemmelsen retter seg mot det offentliges finansiering av samfunnets uunnværlige tjenester.⁹⁸

Etter min mening stemmer omtalen av tjenester av generell økonomisk interesse godt overens med helse- og sosialtjenester. Disse tjenestene er universelle oppgaver man ønsker skal være tilgjengelig for alle som trenger dem, og man ønsker stabil drift. En rekke helse- og sosialtjenester, for eksempel utrykningstjenester, vil også stemme med Bekkedals definisjon. Det offentliges økonomiske interesser påvirkes av organiseringen av tjenester som er uunnværlige, for eksempel ambulansetjenester.

EU-domstolen vurderte om det var tale om tjenester av allmenn økonomisk interesse i *Ambulanz Glöckner*. Det ble vektlagt at utrykningskjøring krevet store investeringer i utstyr og ressurser, og at organisasjonen forpliktet seg til å levere samme kvalitet på tjenestene i hele det geografiske området til samme pris. Profittsøkende leverandører kunne være fristet til å fokusere på tjenesteyting i tett befolkede områder. Det ble ansett å være i overensstemmelse med den allmenne interesse at tjenesten ble levert til hele det geografiske området, til de samme prisene og den samme kvaliteten, uten hensyn til lønnsomhet.⁹⁹

For det andre må det vurderes om traktatreglene hindrer foretaket i å utføre sine oppgaver. Det er tilstrekkelig at traktatens regler lovlig eller faktisk hindret foretakenes spesielle forpliktelser, det er ikke nødvendig at foretakets overlevelse står på spill.¹⁰⁰ Selv om terskelen tilsynelatende ikke er høy, gjøres en grundig vurdering av om vilkåret er oppfylt.¹⁰¹ Når det gjelder helse- og sosialtjenester er konkurransebegrensningen ikke nødvendig, og vilkåret ikke oppfylt, dersom leverandøren ikke kan dekke hele etterspørselen.¹⁰²

Det kan trekkes en linje til restriksjonsvurderingen som gjøres i tilknytning til de fire friheter. Da var spørsmålet om foretakets tjenesteyting var en restriksjon på traktaten. I tilknytning til unntaket i artikkel 59 annet ledd er spørsmålet om avtalen hindrer foretaket i tjenesteytingen. Det kan tenkes at hindringsdefinisjonen er tilsvarende i begge spørsmålene, men at funksjonen er omvendt. Reservert konkurranse ble i sammenheng med de fire friheter ikke ansett å være en restriksjon på traktaten hvis det kunne begrunnes i helse- og sosialtjenesters særskilte karakter. Det kan på denne bakgrunn tenkes at unntaket i artikkel 59 kommer til

⁹⁸ Bekkedal (2018) s. 581.

⁹⁹ *Ambulanz Glöckner* avsnitt 53-55.

¹⁰⁰ Sag C-157/94.

¹⁰¹ Craig og Búrca (2011) s. 1081.

¹⁰² Bekkedal (2018) s. 580.

anvendelse hvis det er nødvendig å reservere konkurranse for at foretaket skal få utført sine oppgaver, på grunn av helse- og sosialtjenesters særskilte karakter. Nettopp på grunn av de særskilte hensynene som gjør seg gjeldende, vil reservasjon være nødvendig, og traktatreglene utgjør et hinder for utøvelse av tjenestene tillagt foretaket.

I Ambulanz Glöckner ble det undersøkt om konkurransebegrensningen var nødvendig for at organisasjonen kunne utføre sin oppgave på økonomisk akseptable vilkår. EU-domstolen påpekte at for å kunne sikre en tjenesteyting på rimelige økonomiske vilkår, forutsatte det en mulighet til å kompensere mindre lønnsomme aktivitetsområder mot mer lønnsomme områder.¹⁰³ Rettighetene til området for syketransport uten utrykning var nettopp det som gjorde det mulig å ivareta den allmenne oppgaven (utrykningstjeneste) på akseptable økonomiske vilkår. Dessuten var tjenestene vanskelige å skille fra hverandre.¹⁰⁴ Man fryktet at de profittsøkende leverandørenes tilstedeværelse ville true både kvaliteten og påliteligheten i tjenestetilbudet.¹⁰⁵ Vilkåret ble ansett oppfylt, forutsatt at organisasjonen kunne dekke etterspørselen. Henvisningen til det særskilte behovet for kvalitet og pålitelighet støtter tanken om at hindringsdefinisjonen er den samme som i forbindelse med de fire friheter.

For det tredje oppstilles et krav om at samhandelen ikke må påvirkes på en sånn måte at det virker mot EUs interesser. Medlemsstatenes generelle interesser søkt oppnådd ved tildeling av oppgaver av allmenn økonomisk betydning er underordnet EUs interesser, nærmere bestemt ønsket om et åpent indre marked. EU-domstolen tar ikke stilling til spørsmålet i sakene som her er vurdert.

2.3.4 Spezzino-saken

I Spezzino-saken ble EU-domstolen også forelagt spørsmålet om forholdet mellom reservert konkurranse for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester og artikkel 106 TEUV. I stedet for å benytte seg av unntaksadgangen som følger av TEUV artikkel 106 (2), tolker EU-domstolen seg frem til at reservert konkurranse ikke er en restriksjon. I avsnitt 64 uttaler domstolen seg om spørsmålet om anvendelsen av artikkel 106:

”Hvad angår fortolkningen af traktatens bestemmelser på konkurrenceområdet følger det af betragtningerne vedrørende fortolkningen af EU-retten på området for offentlige kontrakter,

¹⁰³ Ambulanz Glöckner avsnitt 57.

¹⁰⁴ Ambulanz Glöckner avsnitt 60 og 61.

¹⁰⁵ Ambulanz Glöckner avsnitt 61.

at det ikke er fornødent at foretage en undersøgelse af en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede på baggrund af de pågældende konkurrenceregler.”

Måten domstolen har løst problemet på, har vært sterkt kritisert. Det har vært hevdet at det er en ren uthuling av regelverket, og at akkurat samme argumenter ville blitt brukt om vurderingen ble gjort i henhold til artikkel 106 (2) TEUV.¹⁰⁶

Det er usikkert hvordan domstolen hadde vurdert forholdet mellom den konkrete saken og artikkel 106 (2) dersom anskaffelsen hadde vært å anse som en restriksjon på frihetene sikret av traktatsbestemmelsene. Basert på argumentasjonen i Spezzino er det mulig at unntaket hadde funnet anvendelse. Tjenesten beskrives som en tjeneste av allmenn interesse. Et av de sentrale hensynene er ønsket om å unngå sløsing med ressurser og sikre universelle tjenester som er i samfunnets økonomiske interesse.¹⁰⁷ Argumentasjonen samsvarer godt med vilkåret tjeneste av generell økonomisk interesse. Hadde det foreligget en restriksjon på tjeneste- og etableringsretten, ville traktatreglene hindret leverandøren i å utføre sine oppgaver. Den siste vurderingen ville vært om samhandelen strider med unionens interesser. På den ene siden kunne det vært argumentert at reserverte konkurranser strider med tanken om åpent marked. På den annen side kunne man vist til betydningen av helse i EU-retten og på den måten kommet frem til at utviklingen ikke var i strid med unionens interesser.

2.3.5 Oppsummering

Dersom det foreligger brudd på traktatreglene, har kapitlet vist at konkurranse kan reserveres for ideelle leverandører under henvisning til EØS-avtalens artikkel 59. Den nyeste utviklingen der domstolen tolker reserverte konkurranser å ikke være en restriksjon på traktaten, kan tilsi at unntaket får begrenset betydning i tiden fremover.

2.4 Sammenfattet om handlingsrommet etter traktatretten

Traktatretten tillater å reservere konkurranse for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester på nærmere bestemte vilkår. Dersom bruken av ideelle leverandører kan begrunnes i tjenestens særlige karakter eller viktigheten av liv og helse, fremmer et sosial formål, er til samfunnets beste og er budsjettmessig effektivt, anses den reserverte konkurransen ikke å være en restriksjon på etableringsretten og tjenestefriheten. Domstolen har gått langt i å argumentere for at adgangen til å reservere konkurranse for ideelle

¹⁰⁶ Albert Sánchez-Graells ”Competition and State Aid Implications of the Spezzino Judgement (C-113/13)”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2016 1. utgave s. 31-38 (s. 36).

¹⁰⁷ Spezzino avsnitt 53 og 57.

leverandører ikke er et brudd på traktatreglene. Skulle det likevel stille seg slik at den reserverte konkurransen anses å være en restriksjon, kan konkurransen reserveres for ideelle leverandører under henvisning til EØS-avtalens artikkel 59. Oppsummeringen viser at EØS-retten i høy grad tillater medlemsstatene å prioritere de ideelle leverandørene gjennom reserverte konkurranser. I det følgende skal det undersøkes hvilken betydning anskaffelsesdirektivet har for adgangen til å reservere konkurranse for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester.

3 Adgangen etter anskaffelsesdirektivet til å reservere konkurranse for ideelle leverandører

3.1 Forholdet mellom traktatretten og direktivretten

Når det oppstår spørsmål om forholdet mellom traktat- og direktivrett, kan EU-domstolen tilnærme seg spørsmålet på flere måter. Valget av tilnærming vil påvirke hvilken løsning man kommer til, og dermed i hvilken grad man får et resultat der direktivretten anses å være i samsvar med traktatretten.

Homogenitetsprinsippet tilsier at tolkningsspørsmålene løses likt der de oppstår i EØS-kontekst som der de oppstår i EU-kontekst (med mindre tungtveiende grunner tilsier noe annet). Prinsippet etablerer ikke et hierarki, men søker ensartede løsninger.

Homogenitetsprinsippets anvendelse er ikke et problem når det er samsvar mellom traktat- og direktivrett, men det kan bli utfordrende ved motstrid mellom traktat- og direktivrett.¹⁰⁸ I vårt tilfelle er det imidlertid ikke tale om motstrid, men en domstolskapt reservasjonsadgang for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester, uten at direktivet oppstiller en tilsvarende regel.

I forente saker C-360/15 og C-31/16 oppstod det spørsmål om forholdet mellom traktat- og direktivrett ved tolkning av en nasjonal regel.¹⁰⁹ Under spørsmål om tjenstedirektivets anvendelse på detaljhandel av klær og sko uttalte domstolen seg om forholdet mellom traktat og direktiv. Dersom man ved tolking av nasjonale regler undersøker både traktat og

¹⁰⁸ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 326.

¹⁰⁹ Forente saker 360/15 og 31/16 *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort mod X BV og Visser Vastgoed Beleggingen BV mod Raad van de gemeente Appingedam*. Offentliggjort i elektronisk samling av avgjørelser: ECLI:EU:C:2018:44.

direktivrett i tilfeller det viser seg umulig å avgjøre om tjenestefriheten har forrang, vil det være det samme som å innføre at man i hver enkelt sak må undersøke forholdet til traktatretten. En slik ordning ville bringe harmoniseringsformålet med direktivet i fare.¹¹⁰

I STX-saken uttalte EFTA-domstolen at det måtte undersøkes om de nasjonale vilkårene utgjorde en restriksjon på tjenestefriheten, og om en eventuell restriksjon kunne rettfærdiggjøres.¹¹¹ Høyesterett valgte i sin avgjørelse å se bort fra uttalelsen.¹¹² I den senere Jonsson-saken kom EFTA-domstolen med et obiter dictum med en henvisning til STX-saken. Det ble gjentatt at der sekundærretten ikke harmoniserer nasjonal lovgivning, men samordner den, kan de enkelte statene selv utforme vilkår. Det kan da også være nødvendig å prøve om den nasjonale reguleringen er forenlig med den EØS-rettslige traktatretten.¹¹³

Sammenfattet er det avgjørende for forholdet mellom traktat- og direktivrett formålet med direktivet. I de tilfeller direktivet er ment å harmonisere reglene mellom alle statene, slik at det foreligger rettsenhet, kan man i større grad legge til grunn at regler i tråd med direktivet er i tråd med traktatretten. I motsatt tilfelle vil direktivet miste den harmoniserende effekten. I tilfeller direktivets formål er å samordne nasjonal lovgivning blir det derimot en mer åpen vurdering, og det kan være nødvendig å prøve de nasjonale reglene mot traktatretten.¹¹⁴ Poenget er at selv om den nasjonale regel ikke rammes av direktivet, kan den likevel være i strid med traktaten. Motsetningsvis, hvis en nasjonal regel er slik direktivet krever, er den også i tråd med traktaten, med mindre direktivet er i strid med traktaten.

Fortalen til anskaffelsesdirektivet forklarer bakgrunnen for direktivet med et behov for å samordne nasjonale anskaffelsesprosedyrer for kontrakter over en viss verdi, for å sikre de fire friheter og et åpent indre marked.¹¹⁵ Det er gjentatt i fortalens siste avsnitt at målet med direktivet er samordning av lover og forskrifter om visse offentlige anskaffelsesprosedyrer fra medlemsstatene.¹¹⁶ Direktivet søker riktignok å sikre samsvar i regelsettene mellom statene, men er ikke i sin helhet et harmoniseringsdirektiv. Dette blir særlig tydelig av reglene i det

¹¹⁰ Forente saker 360/15 og 31/16 avsnitt 96.

¹¹¹ Sak E-2/11 *Norway Offshore AS and Others v Staten v/Tariffnemnda*, EFTA Ct. Rep. 2012 bok 1 s. 4 avsnitt 73.

¹¹² HR-2013-496-A avsnitt 100.

¹¹³ Sak E-3/12 *Den norske stat v/Arbeidsdepartementet mot Stig Arne Jonsson*, EFTA Ct. Rep. 2013 bok 1 s. 136 avsnitt 56.

¹¹⁴ Phil Syrpis, "The relationship between primary and secondary law in the EU", *Common Market Law Review*, vol. 52 2015 s. 461–488 (s. 467). Se artikkel for gjennomgang av de ulike tilnærmingene.

¹¹⁵ Fortalen avsnitt 1.

¹¹⁶ Fortalen avsnitt 136.

nye light-regimet, som i stor grad overlater til medlemsstatene hvordan de velger å gjennomføre direktivet.

Da formålet med direktivet er samordning, er det uklart i hvilken grad direktivet gjennomfører regler på akkurat samme måte som i traktatretten. I det følgende skal det derfor undersøkes om det er holdepunkter som tilsier at det er en reservasjonsadgang etter direktivet på samme måte som i traktatretten, eller om direktivet har innsnevret eller utvidet denne adgangen.

3.2 Anskaffelsesdirektivet

Anskaffelsesdirektivet kommer til anvendelse når det offentlige inngår kontrakter som gjelder en anskaffelse over de fastsatte terskelverdier.¹¹⁷ På generelt grunnlag er oppdragsgivere alltid forpliktet til å behandle leverandørene likeverdig, uten å diskriminere, og til å gjennomføre konkurranser på en transparent og forholdsmessig måte.¹¹⁸ I fortalen blir det presisert at det er opp til de nasjonale myndighetene å organisere velferdssystemene og de sosiale tjenestene, forutsatt at systemet overholder kravene til publisering, åpenhet og ikke-diskriminering.¹¹⁹

Med innføringen av det nye direktivet ble reguleringen av adgangen til å reservere konkurranse for ideelle leverandører endret. Som en følge av endringene har det oppstått spørsmål om den faktiske adgangen også er endret som en konsekvens av de nye reglene. Tidligere ble det skilt mellom A- og B-tjenester.¹²⁰ A-tjenester ble ansett å være av størst betydning for det indre markedet på grunn av det økonomiske potensialet, mens B-tjenestene ikke ble ansett å ha samme grenseoverskridende interesser. Statene stod derfor friere ved anskaffelser av B-tjenester.¹²¹ Medlemsstatene kunne prioritere ideelle aktører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester, da de var klassifisert som B-tjenester. Helse- og sosialtjenester er nå regulert i et eget kapittel kalt light-regimet, artikkel 74-76.

3.3 Tjenester av generell økonomisk interesse

Anskaffelsesdirektivet påvirker ikke medlemsstatenes adgang til å definere og organisere tjenester av generell økonomisk interesse i tråd med traktatretten, som samsvarer godt med traktatretten.¹²² Det er antatt at direktivretten ikke hindrer beskyttelse som følger av

¹¹⁷ Anskaffelsesdirektivet artikkel 1 og artikkel 4.

¹¹⁸ Anskaffelsesdirektivet artikkel 18.

¹¹⁹ Fortalens avsnitt 7 og 114 fjerde ledd.

¹²⁰ Direktiv 2004/18/EF artikkel 20 og 21.

¹²¹ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3. utgave, London 2014 s. 416.

¹²² Anskaffelsesdirektivet artikkel 1 nr. 4 og fortalen avsnitt 6.

traktatretten.¹²³ Tilnærmingen tilsier at når vilkårene er oppfylt for å unnta tjenester av allmenn økonomisk interesse fra traktatreglene, vil ikke direktivet hindre dette. Direktivretten hindrer derfor ikke tildeling av rettigheter i tilfeller som omfattes av EØS-avtalens artikkel 59. Det gjentas at det ikke er adgang til å unnta hele sektorer fra traktatreglene, men at enkelttilfeller kan være beskyttet av artikkel 59.

3.4 Adgangen til å reservere konkurranse for ideelle leverandører etter light-regimet

3.4.1 Innledning

I teorien har man omtalt de nye reglene for anskaffelse av helse- og sosialtjenester som et ”light-regime”.¹²⁴ Reglene anses som et mykere regime fordi det skal mer til før reglene kommer til anvendelse enn ved øvrige anskaffelser. Eksempelvis er terskelverdien høyere og publiseringsreglene enklere. I det følgende vurderes det om light-regimet tillater å reservere konkurranse for ideelle leverandører.

Det nye direktivet har innført en særskilt unntaksregel som gir adgang til å reservere konkurranse for visse leverandører ved anskaffelse av visse helse- og sosialtjenester i artikkel 77. Artikkelen vil behandles i kapittel 7, og ikke sammen med light-regimet. Det er flere grunner til dette. For det første er artikkel 77 en spesialregel som omfatter relativt få tjenester sammenlignet med light-regimet. For det andre er reglene som følger av light-regimet ”skal-regler”, mens artikkel 77 er en ”kan-regel”.

3.4.2 Tjenester som omfattes og særskilt terskelverdi

Offentlige kontrakter for helse- og sosialtjenester som er opplistet i anskaffelsesdirektivets vedlegg XIV, skal tildeles i tråd med reglene i del III kapittel I, jf. artikkel 74. Det forutsetter at verdien er lik eller høyere enn den særskilte terskelverdien i artikkel 4 punkt d.

Vedlegg XIV opplister en rekke helse-, sosial-, utdannelse- og kulturtilbud. Det er ikke slik at alle helse- og sosialtjenester omfattes. Oppdragsgiver må være nøye ved vurderingen av om light-regimet kommer til anvendelse. Terskelverdien er høyere for kontrakter som omfattes av light-regimet, 750 000 euro. I fortalen til anskaffelsesdirektivet forklares det at enkelte tjenester er regulert i light-regimet fordi helse- og sosialtjenester er av liten

¹²³ Fløistad (2017) s. 21, jf. Arrowsmith (2014) s. 478.

¹²⁴ Arrowsmith (2014) s. 417.

grenseoverskridende interesse, og hvordan tjenestene ytes varierer mellom statene på grunn av kultur.¹²⁵

Artikkel 74 oppstiller inngangsvilkår om typen tjenester og terskelverdien for at light-regimet i det hele tatt skal komme til anvendelse. Light-regimet gjelder ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester, jf. vedlegg XIV. Den forhøyede terskelverdien tilsier ikke en prioritering av ideelle leverandører per se. Medlemsstatene har derimot muligheter til å tilgodese de ideelle leverandørene under terskelverdien dersom det er ønskelig, og den forhøyde terskelen gir større frihet ved helse- og sosialtjenester enn ellers.

3.4.3 Spesielle publiseringsregler

Det oppstilles særlige publiseringsregler for myndigheter som planlegger å tildele kontrakter etter light-regimet i anskaffelsesdirektivet artikkel 75. Oppdragsgiver gis mulighet til å velge mellom å foreta en alminnelig kunngjøring eller en forhåndskunngjøring. Også etter at kontrakt er tildelt etter reglene i light-regimet, gjelder det detaljerte regler, jf. artikkel 75 (2). De spesielle publiseringsreglene undersøkes ikke nærmere i denne oppgaven.¹²⁶ Samlet sett er reglene beskrevet som mer fleksible for oppdragsgiver, noe som i seg selv ikke gir grunnlag for å prioritere ideelle leverandører.

3.4.4 Retningslinjer for utforming av nasjonale regler

Medlemsstatene pålegges å innføre nasjonale regler for tildeling av kontrakter etter light-regimet i anskaffelsesdirektivets artikkel 76 (1). Det nasjonale regelverket må sikre hensynet til gjennomsiktighet og likebehandling. Videre må reglene tillate oppdragsgiver å ta hensyn til tjenestenes særlige karakter. Medlemsstatene er dermed gitt videre rammer ved utformingen av regelverket etter light-regimet enn ved de øvrige anskaffelsesreglene.¹²⁷ Smith forklarer at bestemmelsen er ment å sikre forutsigbarhet for oppdragsgiver, økonomiske aktører og andre aktører som trenger å forstå hvilke regler som kommer til anvendelse.¹²⁸

Bestemmelsen gir oppdragsgiver større fleksibilitet ved valg av prosedyrer og tildelingskriterier. Ved å gi adgang til å vektlegge de opplistede kriteriene utvides også

¹²⁵ Fortalens avsnitt 114.

¹²⁶ For en mer detaljert gjennomgang, se Susie Smith, "Articles 74 to 77 of the 2014 Public Procurement Directive: The New "Light Regime" for Social, Health and Other Services and a New Category of Reserved Contracts for Certain Social Health and Cultural Services Contracts", *Public Procurement Law Review*, 4. utgave 2014 s. 159-168 (s. 164).

¹²⁷ Roberto Caranta, *Mapping the margins of EU public contracts law: covered, mixed, excluded and special contracts*, i Lichère, Caranta og Treumer (eds.) *Modernising public procurement: The new directive*, København 2014 s. 90.

¹²⁸ Smith (2014) s. 166.

handlingsrommet sammenlignet med reglene som gjelder ved øvrige anskaffelser. Dette er et sentralt poeng da momentene som er nevnt kan være til fordel for de ideelle leverandørene. Selv om det gis en fordel, gir artikkel 76 ikke adgang til å reservere konkurranse for de ideelle leverandørene. Artikkel 76 vurderes nærmere i kapittel 6 om alternative løsninger.

3.4.5 Oppsummering

En gjennomgang av reglene i light-regimet tilsier at det ikke er adgang til å reservere konkurranse for ideelle leverandører etter artikkel 74-76. Der tjenestene tidligere var unntatt fra direktivregulering, har det nye regelsettet innskrenket handlingsrommet. Det er imidlertid klart at light-regimet gir adgang til å vektlegge hensyn på en slik måte at de ideelle leverandørene kan prioriteres.

Det er lite samsvar å spore mellom vilkårene for å reservere konkurranse for ideelle leverandører oppstilt i rettspraksisen fra EU-domstolen og reglene i light-regimet. Light-regimet opererer med tildelingskriterier de ideelle leverandørene lettere kan score høyt på, men tillater ikke å bruke det forhold at leverandøren er ”ideell” som avgrensningskriterium. Spørsmålet blir derfor om det fremdeles er adgang til å reservere konkurranse for ideelle leverandører på samme vilkår som EU-domstolen har oppstilt.

3.5 Adgangen etter anskaffelsesdirektivet til å reservere konkurranse på EU-domstolens vilkår

3.5.1 Innledning

Spørsmålet i det følgende er om direktivet tillater reservasjon på samme vilkår som traktatretten. Det undersøkes om de hensyn som har begrunnet konkurranse i traktatretten også er fremhevet i direktivet. Dersom det er tilfellet, kan det tale for at det er adgang til å reservere konkurranse for ideelle leverandører også etter anskaffelsesdirektivet. Også direktivets struktur og kontekst undersøkes i vurderingen av reservasjonsadgangen.

3.5.2 Helsetjenesters særskilte karakter

I forarbeidene til anskaffelsesdirektivet vektlegger Europakommisjonen det særpreg som kjennetegner helse- og sosialtjenester. Nettopp på grunn av helse- og sosialtjenesters særlige karakteristika kan vanlige anskaffelsesprosedyrer være mindre passende ved tildeling av

offentlige tjenstekontrakter for slike tjenester.¹²⁹ Argumentasjonen til Kommisjonen minner om den EU-domstolen har brukt. At andre anskaffelsesprosedyrer kan være nødvendig forankret i tjenestenes karakter, er det tatt høyde for også i direktivretten.

Europakommisjonen har også tatt stilling til betydningen av helse- og sosialtjenesters særskilte karakter i et arbeidsdokument.¹³⁰ Der fremgår det at anskaffelsesdirektivet synes å gjøre det vanskelig å tillate reservasjon av konkurranse for ideelle leverandører. Forbudet er imidlertid ikke absolutt. I det påfølgende avsnittet påpekes at situasjonen er annerledes i tilfeller der sosiale formål gjør seg gjeldende. Det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak, og det forutsettes at reservasjonsadgangen følger av nasjonal regulering. Under disse forutsetninger konkluderer Kommisjonen med at i de tilfeller reservasjonen er nødvendig og proporsjonal med tanke på å oppnå visse sosiale formål, kan den være rettmessig.¹³¹ Vilkårene samsvarer godt med EU-domstolens oppstilte vilkår om sosiale formål, solidaritet og budsjettmessig effektivitet.

Poenget om at helse- og sosialtjenester er av en særlig karakter gjenfinnes i fortalen til anskaffelsesdirektivet.¹³² Nettopp på grunn av tjenestenes særpreg er det ønskelig med spesifikke regler for tjenestene. Mot dette kan det innvendes at det ikke er et ønske om reserverte konkurranser, og at spesifikke regler er gitt i light-regimet. Men etter min mening må man ikke glemme at statene har store friheter ved utformingen av sine sosial- og velferdsordninger, slik at reserverte konkurranser kan være tillatt.¹³³

At både Kommisjonen og fortalen har fokus på helse- og sosialtjenesters særskilte karakter, taler for at reservasjon av konkurranse for ideelle leverandører på EU-domstolens vilkår kan være tillatt også etter anskaffelsesdirektivet.

3.5.3 Viktigheten av liv og helse og fokus på gode velferdstjenester

EU-domstolen har gjennomgående et stort fokus på liv og helse, og god kvalitet i tilbudet av velferdstjenester i den nevnte rettspraksisen. Liv og helse gis også en særskilt stilling i direktivet. Direktivet må ikke hindre pålegg eller håndhevelse av tiltak som er nødvendige for

¹²⁹ COM/2011/896 Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement s. 10.

¹³⁰ Commission staff working document: "Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest", 29.04.2013.

¹³¹ Commission Staff Working document 2013 s. 95.

¹³² Fortalens avsnitt 114.

¹³³ Fortalens avsnitt 6.

å beskytte liv og helse, forutsatt at tiltakene er i tråd med traktatretten.¹³⁴ EU-domstolen har slått fast at reserverte konkurranser ikke er en restriksjon på traktatretten begrunnet i liv og helse, noe som tilsier at også direktivretten tillater reserverte konkurranser. Den generelle prioriteringen av liv og helse samsvarer godt med den som fremgår av traktatretten, og tilsier at medlemsstatene må søke balanse i regelverket der konkurranse avveies mot liv og helse.

Direktivretten har også fokus på ønsket om høy kvalitet i sosialtjenestene. I Europakommisjonens forslag til anskaffelsesdirektiv foreslås det to nye mål, hvorav ett er å sikre at innkjøpere gjør bedre bruk av anskaffelser til støtte for samfunnsmessige mål, som å sikre best mulig forhold for høy kvalitet i sosialtjenester. Kommisjonens forslag kan leses som et ønske om at anskaffelsene skal organiseres på en måte som vil gi best kvalitet i tjenestetilbudet. Målet sett i sammenheng med adgangen til selv å utforme tjenestene og det generelle fokuset på sosiale hensyn i fortalen,¹³⁵ taler for at reserverte konkurranser for ideelle leverandører på EU-domstolens vilkår ikke er utelukket etter anskaffelsesdirektivet.

3.5.4 Forarbeidenes og fortalens rettskildemessige vekt

Både forarbeid og fortalen til direktivet har momenter som taler for at det kan være adgang til å reservere konkurranse for ideelle leverandører. Her er den EØS-rettslige metoden sentral. Forarbeider kan tas i betraktning, men vektlegges med forsiktighet. Det er av betydning at de omtalte kildene er relativt nye og lett tilgjengelige, som taler for en større vekt.¹³⁶ Fortaler kan ses som et uttrykk for formålet med direktivet og kan også vurderes, men man bør være forsiktig med generaliseringer.¹³⁷ På grunn av den begrensede betydningen ordlyden kan ha, kan likevel disse kildene tillegges vekt. Fortalen og forarbeidet til anskaffelsesdirektivet taler for at direktivet tillater reservert konkurranse på EU-domstolens vilkår, men fordi man skal være forsiktig med generaliseringer er det flere momenter som burde lede til samme konklusjon. Derfor analyseres også direktivets struktur og kontekst.

3.5.5 Direktivets struktur og kontekst

Direktivets struktur og kontekst kan vektlegges som tolkingsfaktor,¹³⁸ og kan bidra til å klarlegge om det foreligger adgang til å reservere konkurranse for ideelle leverandører på EU-domstolens vilkår. Fløistad har argumentert for at direktivets struktur og kontekst taler for at

¹³⁴ Fortalens premiss 41.

¹³⁵ Fortalens avsnitt 6. Sosiale hensyn er også nevnt i en rekke andre avsnitt, for eksempel avsnitt 95-101, 105, 114 og 118.

¹³⁶ Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 36.

¹³⁷ Arnesen og Stenvik (2015) s. 36.

¹³⁸ Arnesen og Stenvik (2015) s. 36.

det er adgang til å reservere konkurranse.¹³⁹ I det følgende vil direktivets struktur og kontekst analyseres for å vurdere om det gir adgang til å reservere konkurranse på EU-domstolens vilkår.

Som nevnt er strukturen på direktivets bestemmelser endret vesentlig med det nye direktivet. Spørsmålet er om det tilsvarer en realitetsendring i adgangen til å prioritere ideelle leverandører. Den endrede strukturen kan tas til inntekt for at det har vært et mål å endre adgangen til å reservere konkurranse for ideelle leverandører. På den annen side fremgår det tydelig av fortalens at direktivets siktemål er å kodifisere praksis fra EU-domstolen, og at det er et ønske om ikke å snevre inn det nasjonale handlingsrommet.¹⁴⁰ Den foreliggende rettspraksisen fra EU-domstolen tilsier at det er en adgang til å reservere konkurranse for ideelle leverandører.

Et annet moment som taler for at man ikke har ønsket å snevre inn adgangen til å reservere konkurranse for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester, er den gjennomgatte praksisen fra EU-domstolen. Spezzino og CASTA er avsagt etter vedtakelsen av det nye direktivet og er steg i rettsutvikling fra domstolens side om adgangen til prioritere bestemte leverandører. Det bemerkes at det nye direktivet ikke kom til anvendelse i sakene.

En innføring av en konkret bestemmelse som regulerer reservert konkurranse for bestemte typer leverandører kan forstås som en uttømmende regulering av reservasjonsadgangen. Vedtakelsen av artikkel 77 kan tale for at det ikke finnes øvrig rom for reservert konkurranse ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Men både Fløistad og Goller viser til at reservasjonsadgangen i artikkel 77 kan tas til inntekt for at andre unntak ikke er prinsipielt utelukket. De viser til at det ikke er en uvanlig lovgivningsteknikk i EU å åpne for flere unntak gjennom en unntaksbestemmelse.¹⁴¹ En slik forståelse tilsier at man kan være trygg på at en reservasjon av konkurranse i tråd med artikkel 77 er lov, men at det også utover dette handlingsrommet vil være adgang til å reservere konkurranse.

En rekke momenter taler for at reservasjonsadgangen strekker seg ut over det som følger av artikkel 77. For det første er artikkel 77 et resultat av lobbyvirksomhet og påtrykk fra

¹³⁹ Fløistad (2017) s. 12 følgende.

¹⁴⁰ Se Fløistad (2017) s. 11 for mer om kodifikasjonsformålet.

¹⁴¹ Morten Goller, *Handlingsrom for bruk av ideelle organisasjoner*, notat til Ideelt Nettverk fra advokatfirmaet Wiersholm, vedlegg til høringssvar fra Ideelt Nettverk til Nærings- og Fiskeridepartementet av 17.06.2015 s. 7, Fløistad (2017) s. 15.

Storbritannia.¹⁴² Storbritannia ønsket en ordning for bestemte typer organisasjoner, hvor tidligere offentlig ansatte jobber i nystartet privat virksomhet (såkalte spin-outs). Smith kaller resultatet i form av artikkel 77 et kompromiss ved at visse organisasjoner ikke er unntatt regelverket, men får begrenset konkurranse.¹⁴³ At bestemmelsen er et utslag av én medlemsstats interesser (en stat som nå er på vei ut av den europeiske union), er et argument for at den ikke utelukker andre unntak.

For det andre kom artikkel 77 inn sent i lovgivningsprosessen.¹⁴⁴ En bestemmelse som kommer sent inn i prosessen og omtales som et resultat av et kompromiss med en medlemsstat synes å være en lite gjennomtenkt løsning av problemstillingen. Det gjør det også vanskelig å si noe om hensikten med bestemmelsen, og i hvilken grad den er ment som en uttømmende regulering.¹⁴⁵

For det tredje kan sammenhengen med andre bestemmelser i direktivet være med å klargjøre hvorvidt artikkel 77 er ment som en uttømmende regulering av reservasjonsadgangen.¹⁴⁶ Det følger av anskaffelsesdirektivets artikkel 10 bokstav h at blant annet akutte ambulansetjenester unntas fra regelverket når de tilbys av non-profit organisasjoner eller foreninger. Anskaffelsesdirektivet gir også mulighet til å reservere konkurranse for bedrifter som har ansatte på forskjellige typer arbeidsmarkedstiltak i artikkel 20. Direktivet gir andre muligheter til å tilsidesette konkurransehensynet til fordel for å prioritere ideelle leverandører. Dersom lovgiver ønsket et unntak for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og omsorgstjenester, kunne det blitt oppstilt som en konkret unntaksbestemmelse, i samme drakt som artikkel 10 h eller artikkel 20. På den annen side fremhever Fløistad at mangfoldet i helse- og sosialtjenesters særlige karakter blir tydelig i denne sammenheng.¹⁴⁷ Det kan være vanskelig å oppstille en konkret unntaksregel for tjenester som etter sin art må vurderes i hvert enkelt tilfelle.

3.5.6 Forbud mot urimelig favorisering av visse økonomiske leverandører

Et argument mot at anskaffelsesdirektivet tillater reserverte konkurranser for ideelle leverandører er artikkel 18, som forbyr urimelig favorisering av visse økonomiske

¹⁴² Abby Semple, "Socially Responsible Public Procurement (SRPP) under EU law and International Agreements", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, nr. 3 2017 s. 293-310 (s. 297).

¹⁴³ Susie Smith (2014) s. 167.

¹⁴⁴ Roberto Caranta (2014) s. 93.

¹⁴⁵ Flere teoretikere har vist til at bestemmelsens hensikt er uklar. Se for eksempel Susie Smith (2014) s. 167 og Roberto Caranta (2014) s. 93.

¹⁴⁶ Fløistad (2017) s. 14 flg.

¹⁴⁷ Fløistad (2017) s. 14.

leverandører. Men etter min mening vil en reservert konkurranse for ideelle leverandører på EU-domstolens vilkår ikke være en urimelig favorisering. For det første kan reservasjonen begrunnes i tjenestenes særlige karakter og betydning av liv og helse. Som vi har sett er dette hensyn anskaffelsesdirektivet anerkjenner. For det andre oppstiller praksisen vilkår som må være oppfylt. Vilkårene skal sikre at organiseringen av tjenesten er egnet til å nå sosiale formål, er i samfunnets interesse og budsjettmessig effektiv. Der vilkårene er oppfylt vil derfor en reservert konkurranse ikke være ”urimelig favorisering”.

3.6 Handlingsrommet etter direktivretten

Homogenitetsprinsippet står sterkt i EØS-retten, og det er ønskelig med et samsvar mellom regelsettene. Felles for dem er at hensynet til tjenestenes særskilte karakter og viktigheten av liv og helse, er vektlagt i både traktat- og direktivretten. Momentene er i traktatretten brukt som begrunnelse for reserverte konkurranser for ideelle leverandører. Sammenholdt med direktivets struktur og kontekst taler det for at konkurranse kan reserveres for ideelle leverandører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester, også etter direktivet. På denne bakgrunn tilsier en helhetlig vurdering av vektleggingen av de samme hensyn og direktivets struktur og kontekst, at konkurranse kan reserveres for ideelle leverandører på EU-domstolens vilkår ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester.

Ett av anskaffelsesdirektivets formål er å sikre åpen konkurranse i hele EØS ved offentlige anskaffelser. Som vi har sett har direktivet også gjennomgående fokus på helse- og sosialhensyn. Ved å tillate reserverte konkurranser kan både ønsket om konkurranse og vernet om helse- og sosialhensyn ivaretas på en god måte.

Innledningsvis ble det nevnt at ett av avhandlingens formål er å undersøke i hvilken grad direktivretten utvider eller innsnevrer den reservasjonsadgangen som følger av traktatretten. Forståelsen som er lagt til grunn i denne oppgaven tilsier at konkurranse kan reserveres på samme vilkår i direktivretten som i traktatretten. Handlingsrommet er dermed verken utvidet eller innsnevret, men er tilsvarende. I det følgende skal det vurderes i hvilken grad norsk rett har brukt handlingsrommet traktat- og direktivretten oppstiller.

4 Adgangen etter norsk rett til å reservere konkurranse for ideelle leverandører

4.1 Innledning

Det er slått fast at EØS-retten tillater reservert konkurranse, også utover vilkårene i artikkel 77. I norsk rett reguleres anskaffelsesregelverket ved anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Presumsjonsprinsippet tilsier at norsk rett så langt det lar seg gjøre skal tolkes slik at den er i overensstemmelse med EØS-retten, men det er ikke til hinder for at norsk rett opererer med strengere regelverk enn EØS.¹⁴⁸

4.2 Tjenester av allmenn økonomisk interesse

Som nevnt kan ikke hele sektorer organiseres som tjenester av allmenn økonomisk interesse som omfattes av unntaket i EØS-avtalens artikkel 59 (2). Enkelttilfeller kan omfattes av unntaket hvis tjenestetilbudet er organisert i tråd med regelverket. Ved å organisere visse tjenestetilbud i tråd med reglene i EØS-avtalen artikkel 59 (2), kan man utnytte det EØS-rettslige handlingsrommet utover anskaffelsesregelverket. Det vil bero på myndighetenes organisering av helse- og velferdssystemet hvorvidt unntaket kommer til anvendelse. Det vil føre for langt å gå i dybden på det i denne oppgaven. Av betydning for oppgaven er at der tildeling er gjort i tråd med artikkel 59 (2), kan tjenester reserveres for ideelle leverandører.

4.3 Adgangen etter anskaffelsesloven til å reservere konkurranse for ideelle leverandører

I anskaffelseslovens § 7a er det inntatt en egen bestemmelse om anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Departementet skal ved forskrift gi ”særskilte regler om anskaffelser av helse- og sosialtjenester”. Ved utformingen av forskriften skal det særlig legges vekt på særtrekkene ved helse- og sosialtjenester, jf. anskaffelsesloven § 7a annet ledd første punktum. I annet ledd annet punktum er det bestemt at forskriften blant annet skal fremme hensynet til kvalitet og kontinuitet innenfor tjenesteområdet.

Særskilte regler om anskaffelser av helse- og sosialtjenester er gitt i anskaffelsesforskriften del IV. Ordlyden i anskaffelsesloven § 7a annet ledd første punktum samsvarer godt med EU-domstolens vurderinger; helsetjenesters særlige karakter må vektlegges i vurderingen av om

¹⁴⁸ Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 s. 265.

konkurransen kan reserveres for de ideelle leverandørene. Hensynene i annet ledd annet punktum kan ikke ses som en uttømmende regulering, ordlyden tilsier at også andre hensyn kan vektlegges, jf. ”som”. For øvrig gir bestemmelsen ingen veiledning i hvilke vilkår som skal oppstilles.

Forarbeidene kan belyse hvilke hensikter lovgiver har hatt med reguleringen i anskaffelsesloven § 7a. Både utredningen, proposisjonen og næringskomiteens innstilling har vurdert reservasjonsadgangen for ideelle leverandører nærmere.¹⁴⁹

I NOU 2014: 4 foreslo utvalgets flertall å oppheve unntaksbestemmelsen for ideelle leverandører, både over og under terskelverdien. Flertallet viste til at brukernes behov må stå i sentrum, og at selv om ideelle organisasjoner er viktige leverandører av helse- og sosialtjenester, bør de heller tilgodeses på andre måter enn reservert konkurranse.¹⁵⁰ Det er imidlertid sentralt at på tidspunktet for uttalelsen var dommene Spezzino og CASTA ennå ikke avsagt. Mindretallet viste også til brukernes behov, men som et argument for at man burde begrense konkurranse for ideelle leverandører. Helse- og sosialtjenesters særskilte karakter og det store behovet for kvalitet i tjenesten trekkes frem som aspekter som taler for at det er ønskelig å opprettholde unntaket.¹⁵¹ Nå som avgjørelsene i Spezzino og CASTA foreligger, taler argumentasjonen der for at mindretallets argumentasjon samsvarer best med traktatretten.

Proposisjonen er av nyere dato, men departementet er likevel enige med flertallet fra utredningen om at unntaket ikke kan videreføres.¹⁵² Under henvisning til Sejersteds utredning mener departementet at en videreføring av unntaket vil være et brudd på EØS-avtalen. Også i proposisjonen understrekes viktigheten av ideelle leverandører, og at de besitter en særlig kompetanse og tillitt. Det presiseres at regjeringen ønsker å utnytte handlingsrommet i størst mulig grad. Men departementet konkluderer med at en adgang til å reservere konkurranse for ideelle leverandører på samme måte som tidligere vil være et brudd på likebehandlingsprinsippet, og derfor ikke mulig å gjennomføre uten å bryte med EØS-retten.

¹⁴⁹ NOU 2014: 4 s. 105 flg. Prop.51 L (2015 – 2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) s. 75. Innst.358 L (2015 – 2016) Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) s. 19 flg.

¹⁵⁰ NOU 2014: 4 s. 107.

¹⁵¹ NOU 2014: 4 s. 107-109.

¹⁵² Prop.51 L (2015 – 2016) s. 76.

Næringskomiteen gir uttrykk for at de er kjent med at det er adgang til å forbeholde anskaffelse av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører under henvisning til Spezzino-saken, og at det er ønskelig å utnytte det handlingsrom EU-retten til enhver tid gir.¹⁵³ Ideelle leverandørers særlige kompetanse og stilling i det norske samfunnet, brukerens behov samt helse- og sosialtjenesters spesielle egenskaper blir understreket, og det bes om en ny utredning. Næringskomiteens tilråding ble fulgt og bestemmelsen i anskaffelsesloven § 7a er lik tilrådingen.¹⁵⁴

Høyres og Fremskrittspartiets medlemmer i komiteen påpeker at staten kan bli erstatningspliktig dersom de ideelle organisasjonene får tildelt kontrakter utover det EØS-rettslige rammeverket. De ønsket å utnytte handlingsrommet, men på en slik måte at det ikke oppstår uklarhet og risiko for erstatningskrav.¹⁵⁵ Etter min mening er denne frykten overdrevet. Dersom det foretas en ulovlig direkte tildeling, kan kontrakten bli uten virkning og kommer antakelig ut på markedet igjen, jf. anskaffelsesloven § 13.¹⁵⁶ Leverandører som mener de er urettmessig utelukket fra konkurransen, har hatt begrenset med utgifter fordi de ikke har tatt del i konkurransen. Dersom utelukkede leverandører klager inn saken for KOFA, kan det derimot tenkes at det blir vurdert saksomkostninger, noe som vil være en prosessrisiko og ikke erstatning per se. Får klageren stoppet konkurransen tidlig, har de hatt få utgifter, som taler mot store erstatningssummer. På denne bakgrunn mener jeg den uttrykte frykten for erstatningskrav er overdrevet. I det følgende vil det undersøkes i hvor stor grad man har nådd målet om en klar reservasjonsadgang i forskriften for å unngå erstatningskrav, eller om frykten for å gjøre feil begrenser regelutforming.

En ordlydstolkning og gjennomgang av forarbeidene tilsier at det har vært en prosess for å komme frem til dagens lovregel, som i tråd med traktat- og direktivretten tillater å vektlegge særtrekkene ved helse- og sosialtjenester. Siden det gis adgang til å regulere unntaket i forskriften, må det i det følgende undersøkes i hvilken grad forskriften tillater å gjøre unntak fra de alminnelige anskaffelsesrettslige prosedyrereglene til fordel for ideelle leverandører ved anskaffelse av helsetjenester.

¹⁵³ Innst.358 L (2015 – 2016) s. 19.

¹⁵⁴ Innst.358 L (2015-2016) s. 29.

¹⁵⁵ Innst.358 L (2015-2016) s. 22.

¹⁵⁶ For mer om erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene og forholdet til EFTA-domstolens uttalelse i Fosen-linjen sak E-16/16, se Finn Arnesen og Halvard Haukeland Fredriksen, ”Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – etter EFTA-domstolens tolkningsuttalelse i *Fosen-linjen*”, i *Tidsskrift for forretningsjus*, årgang 23 nr. 3-4 2017, s. 169-195.

4.4 Adgangen etter anskaffelsesforskriften til å reservere konkurranse for ideelle leverandører

4.4.1 Innledning

I tråd med anskaffelsesloven § 7a er anskaffelse av helse- og sosialtjenester regulert spesifikt i del IV (kapittel 30) i anskaffelsesforskriften. Kapitlet gjelder for anskaffelser som er lik eller overstiger den spesielle terskelverdien for helse- og sosialtjenester, anskaffelser over 6.3 millioner kroner.¹⁵⁷ For anskaffelser under terskelverdien er det kun anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriftens del I som gjelder.¹⁵⁸

Siden anskaffelsesdirektivet ikke gjelder for anskaffelser under terskelverdien blir spørsmålet om det norske regelverket setter grenser for adgangen til å reservere konkurranse under terskelverdien. Forenklingsutvalget la til grunn at kravet til likebehandling er til hinder for å kunne tilgodese de ideelle leverandørene også under terskelverdien.¹⁵⁹ I ettertid har næringsministeren gitt et klarleggende svar til Stortinget, der hun eksplisitt svarte at konkurranser kan reserveres for ideelle leverandører under terskelverdien.¹⁶⁰ Denne tilnærmingen må være riktig, da direktivet regulerer anskaffelser over terskelverdien. Under terskelen er det den alminnelige EØS-retten som begrenser handlefriheten, og denne forbyr ikke reserverte konkurranser for ideelle leverandører.¹⁶¹

For anskaffelse av helse- og sosialtjenester over terskelverdien gjelder anskaffelsesforskriftens del IV (kapittel 30) og de generelle reglene i forskriftens del I og anskaffelsesloven. Anskaffelsesforskriftens kapittel 30 angir de særskilte prosedyrereglene som gjelder ved anskaffelse av helse og sosialtjenester. Kapitlet gir regler for gjennomføring av konkurranse, reserverte konkurranser for visse tjenester og leverandører, unntak for tjenester til enkeltbrukere og en rekke regler om kunngjøring, meddelelse, karenperiode og suspensjonsregler. Det er reglene for gjennomføring av konkurranse og den oppstilte adgangen til å reservere konkurranse som er av interesse for denne avhandlingen. De øvrige reglene går det derfor ikke inn på.

¹⁵⁷ Jf. anskaffelsesforskriften § 5-3 annet ledd.

¹⁵⁸ Jf. anskaffelsesforskriften § 5-1 første ledd.

¹⁵⁹ NOU 2014: 4 s. 106.

¹⁶⁰ Dokument nr. 15:10 2015-2016 spørsmål 1417.

¹⁶¹ Det er flere kilder som har konkludert på denne måten, jf. Difis Veileder (2017) s. 48, og Veileder Nærings og fiskeridepartementet: *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser november 2017*, s. 339.

Adgangen til å reservere konkurranse for visse leverandører ved anskaffelse av bestemte typer helse- og sosialtjenester er eksplisitt regulert i anskaffelsesforskriften § 30-2. Vilkårene i forskriftens § 30-2 vil undersøkes i sammenheng med anskaffelsesdirektivets artikkel 77 i avhandlingens kapittel 5.

Oppdragsgiver har klart større handlingsrom ved konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Oppdragsgiver kan for det første vektlegge ytelsens særtrekk ved gjennomføringen av anskaffelsen, jf. forskriftens § 30-1 (3). En slik adgang taler for at norsk rett tillater reserverte konkurranser for ideelle leverandører. For det andre kan oppdragsgiver tildele kontrakter ved brukervalg, dersom det er det eneste tildelingskriteriet, jf. forskriften § 30-1 (4). Adgangen er et resultat av at brukere har opplevd at deres medvirkning ikke blir tilstrekkelig ivaretatt ved anskaffelsesprosedyrer. Brukere kan ha et stort personlig hjelpebehov, og bestemmelsen er et resultat av ønsket om å sikre deres rett til å medvirke.¹⁶² Den åpner imidlertid ikke for reserverte konkurranser. For det tredje kan oppdragsgiver inngå langvarige kontrakter der det er nødvendig for brukerens behov, jf. forskriftens § 30-1 (5). Adgangen ivaretar ønsket om kontinuitet i ytelsen, men gir ikke adgang til å reservere konkurranser for ideelle leverandører.

Oppdragsgiver skal fastsette gjennomføringsmåte, jf. forskriftens § 30-1 (1). Ved å gi oppdragsgiver frihet til å velge gjennomføring kan det tenkes at reserverte konkurranser er tillatt. Valgfriheten begrenses av forskriftens § 30-1 (2), som forplikter oppdragsgiver til å overholde kravene til likebehandling og forutberegnelighet. Kravene samsvarer godt med de generelle prinsippene i anskaffelsesloven § 4. Ved å overholde prinsippene synes ikke forskriftens særlige regler å foreta en derogasjon fra loven. Spørsmålet i det følgende er hvordan konkurranse kan reserveres for ideelle leverandører uten å bryte med reglene i anskaffelsesforskriften kapittel 30.

4.4.2 Lovlig gjennomføring av reserverte konkurranser

Hvordan den reserverte konkurransen gjennomføres påvirker hvorvidt reservasjonen er tillatt etter norsk rett. Reglene i anskaffelsesforskriftens kapittel 30 oppstiller rammer oppdragsgiver må holde seg innenfor når det vurderes å reservere konkurranse.

¹⁶² NOU 2014: 4 s. 255 flg.

Fløistad har anført at vurderingen av om konkurransen skal reserveres bør gjøres under planleggingsfasen.¹⁶³ Tidspunktet for vurderingen er praktisk, da valget om å reservere konkurranse påvirker den videre prosessen.¹⁶⁴ I tillegg sikrer det en nøytral vurdering ved at oppdragsgiver må foreta vurderingen på et tidlig tidspunkt. Ved vurdering i tidlig fase vil også vurderingen fremgå av konkurransegrunnlaget som sikrer forutberegneligheten. For at reservasjonen skal være lovlig må den være begrunnet i de hensyn EU-domstolen har oppstilt, og oppfylle vilkårene for reservasjon av konkurranser.

Det er også krav til hvordan oppdragsgiver avgrenser deltakerne når konkurranse reserveres. EØS-rettens krav til likebehandling og ikke-diskriminering må overholdes. Som nevnt er det vektlagt av EU-domstolen om konkurransen kun stenger deltakelse for kommersielle leverandører.¹⁶⁵ Det er ikke adgang til å stenge konkurranse for deltakelse fra ideelle leverandører i andre EØS-land, da det vil tilsi brudd på ikke-diskrimineringsprinsippet. Kravet om kunngjøring i hele EØS følger også av anskaffelsesforskriften § 30-5, jf. § 21-1. Dersom disse kravene overholdes behandles like tilfeller likt, som er kjernen i likebehandlingsprinsippet.¹⁶⁶ Da er ikke en reservert konkurranse brudd på reglene om likebehandling, jf. anskaffelsesforskriften § 30-1 (2) og anskaffelsesloven § 4.

For øvrig anbefaler departementet å føre anskaffelsesprotokoll for å sikre etterprøvbarehet, og oppfordrer oppdragsgivere til å følge opp kontraktene for å sikre leverandørens ideelle karakter.¹⁶⁷ En slik oppfølging fra oppdragsgiver er fordelaktig dersom det skulle bli spørsmål om konkurransen er rettmessig reservert.

4.4.3 Vilkår for å kunne reservere konkurranse

Traktatretten og direktivretten tillater medlemsstatene å utforme sine velferdssystemer, på grunn av den særstilling helse- og sosialtjenester har, og viktigheten av liv og helse. Medlemsstatene står imidlertid ikke fritt, og må forholde seg til de gitte vilkårene. Det stilles krav til organisasjonen, forholdet mellom sosialt formål, solidaritet og budsjettmessig effektivitet og fravær av økonomisk vinning. For at norsk rett skal være i tråd med EØS-retten

¹⁶³ Fløistad (2017) s. 29.

¹⁶⁴ Veileder Nærings og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017 kapittel II punkt 6 a).

¹⁶⁵ Sodemare avsnitt 33.

¹⁶⁶ Veileder Nærings og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017 kapittel II punkt 6 c)

¹⁶⁷ Veileder Nærings og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017 kapittel II punkt 6 b) og d).

må disse vilkårene overholdes. Dette synspunktet deles av Nærings- og fiskeridepartementet, og er utdypet i deres veileder om adgangen til å reservere konkurranse.¹⁶⁸

4.4.3.1 Krav til organisasjonen

Departementet bemerker at det ikke foreligger en legaldefinisjon av hva som utgjør en ideell virksomhet i norsk rett. Under henvisning til praksis fra EU-domstolen påpeker departementet at det er særlig tre momenter som gjør seg gjeldende i vurderingen av om en organisasjon er ideell; disponeringen av ressurser skal være slik at overskudd går tilbake til organisasjonen, at virksomhetens formål ikke er profitt, og at organisasjonsformen ikke tillater å ta ut overskytende kapital.¹⁶⁹

Kravet om at overskudd skal tilbakeføres til organisasjonen samsvarer med EU-domstolens praksis. Etter min mening er departementet noe upresist i sin beskrivelse av kravet til virksomhetens formål. Det uttales at det kreves at virksomhetens formål strekker seg utover det økonomiske motivet og er preget av idealisme. Under henvisning til Spezzino utdypes vilkåret med at organisasjonen ”eksempelvis” bidrar til å forfølge et sosialt formål og arbeider for samfunnets beste.¹⁷⁰ Slik jeg leser Spezzino, oppstilles det som et krav at de frivillige organisasjonene ikke må forfølge andre formål enn sosiale formål, solidaritet og budsjettmessig effektivitet.¹⁷¹ Organisasjonene må forfølge disse formålene, de er ikke ment som et generelt eksempel. Likevel er det nok slik at de fleste organisasjoner som oppfyller de øvrige vilkårene for å være en ideell organisasjon, også vil oppfylle kravene oppstilt i Spezzino. Det vil ikke være noen faktisk forskjell.

Som nevnt oppstiller ikke EU-domstolens praksis krav til rettslig organisasjonsstruktur. Departementet viser i veilederen til at organisasjonsstrukturen kan påvirke oppfyllelsen av vilkåret.¹⁷² For eksempel slik at stiftelser og selskaper med ideelle eiere kan oppnå kravet,¹⁷³ men ikke aksjeselskaper eid av privatpersoner.¹⁷⁴ Sammenholdt med gjennomgangen av EU-

¹⁶⁸ Veileder Nærings og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017 kapittel II.

¹⁶⁹ Veileder Nærings og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017 kapittel II punkt 3.

¹⁷⁰ Veileder Nærings og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017 kapittel II punkt 3 b).

¹⁷¹ Spezzino avsnitt 60 og 61.

¹⁷² Veileder Nærings og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017 kapittel II punkt 3 d).

¹⁷³ Veileder jf. KOFA sak 2009/69 avsnitt 128.

¹⁷⁴ Veileder jf. KOFA sak 2011/354 avsnitt 22.

domstolens praksis utnytter norsk rett handlingsrommet i full grad ved vurderingen av hvilke organisasjoner konkurranse kan reserveres for.

4.4.3.2 Sosiale formål, solidaritet og budsjettmessig effektivitet

EØS-retten stiller krav til at bruken av de ideelle leverandørene bidrar til å nå sosiale formål, solidaritet og budsjettmessig effektivitet. Min oppfatning er som nevnt at disse vilkårene må ses i sammenheng. Dette skiller seg noe fra departementets veileder, som behandler vilkårene separat. I veilederen er vurderingene delt mellom momenter som begrunner positiv sammenheng mellom bruk av ideelle leverandører og tjenesteytelsens kvalitet, og momenter som begrunner positiv sammenheng mellom bruk av ideelle leverandører og budsjettmessig effektivitet.

I hovedsak samsvarer departementets forståelse av vilkårene med den som er gjennomgått i avhandlingen. En forskjell er at departementet har vurdert vilkåret til å handle om en sammenheng mellom bruken av ideelle leverandører og ”kvalitet” i tjenesteytingen. Etter min mening handler ikke EU-domstolens vilkår bare om kvalitet i tjenesteyting, men er en helhetsvurdering av om anvendelsen av ideelle leverandører bidrar til å nå sosiale formål og er i samfunnets interesse. Dette kan tale for at den norske forståelsen av vilkåret er snevrere enn den EØS-rettslige. Men sannsynligvis er innholdet i vurderingene tilnærmet like, da departementet påpeker at det ikke bare er kvalitet i snever forstand som skal vektlegges. Departementet anfører blant annet at ideelle leverandører kan fungere som talspersoner for sine tjenestegrupper og dermed bidra til å redusere et demokratisk underskudd.¹⁷⁵ Ideen er et utslag av tanken om at ideelle leverandører bidrar med noe mer til samfunnet ut over den tjenesten de yter.¹⁷⁶ Når innholdet er forstått likt har man utnyttet det EØS-rettslige handlingsrommet fullt ut.

De ideelle leverandørene har bidratt til solidaritet og sosiale formål på flere måter i det norske samfunnet. De har vært viktige aktører i utviklingen av dagens velferdssystem. Gjennom sitt arbeid har de opparbeidet kunnskap som har gitt dem mulighet til å fungere som innovatører innen helse- og sosialarbeid. Dermed har de kunnet bidra til å utvikle et bredt tjenestetilbud man kanskje ikke ville sett ved anvendelse av profittsøkende leverandører.¹⁷⁷ Tradisjonelt har

¹⁷⁵ Veileder Nærings og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017 kapittel II punkt 4 c). Se også NOU 2014: 4 s. 107.

¹⁷⁶ Som fremhevet i Veileder Nærings og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017 kapittel II punkt 4 d).

¹⁷⁷ NOU 2014: 4 s. 106.

de ideelle leverandørene oppfylt vilkåret, som taler for at også videre bruk av dem vil være til samfunnets beste.

Departementet gir også veiledning om hvilke momenter som kan begrunne positiv sammenheng mellom bruk av ideelle leverandører og budsjettmessig effektivitet. I hovedsak bygger departementet på presumsjonen om at ideelle leverandører er budsjettmessig effektive så langt de ikke opererer med et mål om profitt, bruker frivillige og fører overskudd tilbake i organisasjonen.¹⁷⁸

Mot denne tilnærmingen kan det innvendes at de ideelle leverandørene i Norge har hatt utfordringer med å være konkurransedyktige på pris. Som en direkte følge av samarbeidet med offentlig sektor om utviklingen av velferdstjenestene ble de ideelle leverandørene pålagt å ha samme lønns- og pensjonsordninger som det offentlige. Kostnadene ved disse ordningene er blitt svært dyre, da de er oppjustert vesentlig de siste 20 årene. Kostnadene skaper betydelige utfordringer for de ideelle leverandørene når det kommer til å kunne konkurrere på pris. Det kan synes urimelig å ha forpliktet de ideelle leverandørene til høye kostnader når de er beskyttet mot konkurranse, for så å åpne for konkurranse uten at forpliktelsen kan heves.¹⁷⁹ En slik løsning vil i realiteten presse de ideelle leverandørene ut av markedet. Jeg mener denne ulempen ikke kan tillegges vekt i vurderingen av om konkurranse kan reserveres, da det ikke er åpnet for å reservere konkurranser av hensyn til de ideelle organisasjonene.

Selv om departementet ikke viser til sammenhengen mellom sosialt formål, solidaritet og budsjettmessig effektivitet uttrykkelig, påpekes det at vilkåret er oppfylt der samfunnet har en gevinst ved at sosiale problemer avhjelpest på en måte som reduserer utgiftene i et lengre perspektiv.¹⁸⁰ Et slikt syn på budsjettmessig effektivitet taler for at det kan være oppfylt selv om leverandøren ikke er rimeligst i den enkelte konkurranse, basert på sammenhengen med sosiale formål og solidaritet. Denne tilnærmingen svarer til EU-domstolens tilnærming.

4.5 Utnyttelse av handlingsrommet

Kapittel 4 har vist at norsk rett i stor grad har utnyttet det handlingsrommet som er gitt. Loven åpner for å vektlegge tjenestenes særlige karakter, og forskriften regulerer helse- og sosialtjenester i et eget kapittel. Det fremgår av forskriften at det er opp til oppdragsgiver å

¹⁷⁸ Veileder Nærings og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017 kapittel II punkt 5.

¹⁷⁹ NOU 2014: 4 s. 107.

¹⁸⁰ Veileder Nærings og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*, desember 2017 kapittel II punkt 5.

bestemme gjennomføring av konkurransen, så lenge kravene til likebehandling og forutberegnelighet overholdes. Departementet har i veileder gitt informasjon om hvordan regelverket skal forstås og hvordan konkurranse kan reserveres uten å bryte med reguleringen. Et par ting er verdt å kommentere nærmere ved vurderingen av i hvilken grad man har utnyttet handlingsrommet.

Det kan stilles spørsmål ved departementets valg om å gi informasjonen i en veileder. Den kan oppfattes som en regulering utover forskriften. På den annen side kan den ses som informasjon om hvordan man skal forstå forskriftsreguleringen. Etter min mening må den siste tilnærmingen være riktig, da departementet gir veiledning om hvordan man kan tolke regelverket for å tillate konkurranser. Det oppstilles ikke nye regler.

Videre kan det være en utfordring at regelverket legger opp til at oppdragsgiver skal vurdere om det er adgang til å reservere konkurranse. Reservasjonsadgangen er kompleks med vage vilkår. En utfordring er at oppdragsgiver kan tenkes å være redd for å trække feil i et komplisert juridisk landskap. Konsekvensen kan bli at oppdragsgiver velger ikke å reservere konkurranse for ideelle leverandører, selv der det i teorien er lov. Det kan være et gap mellom den faktiske og teoretiske utnyttelsen av handlingsrommet.

Det oppstår dermed også et spørsmål om departementet burde oppstilt en forskriftsbestemmelse fremfor en veileder. Fløistad har argumentert for at EØS-retten ikke stiller krav til nasjonal regulering, men at en slik løsning vil gjøre ordningen mer robust.¹⁸¹ Det er klart at ved å regulere spørsmålet i en veileder forblir det adgang til å gjøre konkrete helhetsvurderinger, noe som er ønskelig ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester. På den annen side vil innføringen av en nasjonal regulering samsvare bedre med Kommisjonens uttalelser, hvor det ble forutsatt nasjonal regulering.¹⁸² Også EU-domstolens praksis har omhandlet forholdet mellom nasjonale bestemmelser som tillot å tilgodese ideelle leverandører og EU-retten. Fløistad viser til at også en etterprøving av de reserverte konkurransene vil bli enklere der det foreligger en nasjonal regulering.¹⁸³ Kanskje er den valgte løsningen et utslag av frykten for erstatningskrav.

Jeg mener på denne bakgrunn at departementet burde regulert adgangen i forskrifts form, der man tillater oppdragsgiver en konkret vurdering. Det ville skapt god tilgjengelighet av

¹⁸¹ Fløistad (2017) s. 29.

¹⁸² Commission Staff Working document 2013 s. 95.

¹⁸³ Fløistad (2017) s. 29.

informasjonen og vil være lettere å etterprøve enn en oppdragsgivers skjønnsmessige vurdering basert på veilederen. En bestemmelse med klare vilkår ville kanskje ført til at oppdragsgiver var tryggere på vurderingene som måtte gjøres, og at man dermed hadde unngått en situasjon der oppdragsgiver ikke reserverer fordi man er redd for å gjøre feil.

Samlet sett utnytter norsk rett det EØS-rettslige handlingsrommet svært godt, utover spesialreguleringen i forskriftens § 30-2. Ved at konkurranse tillates på samme vilkår, og forståelsen av vilkårene er lik, har man utnyttet handlingsrommet fullt ut. Det bemerkes at dersom man velger å organisere visse helse- og sosialtjenester som tjenester av generell økonomisk interesse, vil også handlingsrommet utvides i de omfattede tilfellene. Spørsmålet i det følgende er om spesialreguleringen i forskriftens § 30-2 utnytter handlingsrommet som følger av direktivets artikkel 77.

5 Anskaffelsesdirektivets artikkel 77 og anskaffelsesforskriften § 30-2

5.1 Innledning

Det er gitt en innføring i bakgrunnen for anskaffelsesdirektivets artikkel 77 foran.¹⁸⁴ Bestemmelsen gir adgang til å reservere kortvarige kontrakter for visse leverandører ved anskaffelse av enkelte helse- og sosialtjenester. Bestemmelsen er ment å ivareta sosiale entreprenører i en oppstartsfase.¹⁸⁵ I det følgende skal det redegjøres for artikkel 77 og undersøkes i hvilken grad handlingsrommet er brukt i den norske gjennomføringen i forskriften § 30-2.

5.2 Type tjeneste som omfattes

Medlemsstatene kan tillate oppdragsgiverne å begrense adgangen til å delta i konkurranse. Det forutsetter at kontrakten gjelder de tjenester som fremgår av artikkel 74 og som er omfattet av bestemte CPV-koder, jf. art. 77 (1). CPV-kodene i artikkel 77 omfatter en rekke utdanningstjenester, sosialtjenester, helsetjenester og kulturtjenester, men gjelder ikke alle tjenester som følger av vedlegg XIV. Følgelig må oppdragsgivere som vurderer å reservere

¹⁸⁴ Se punkt 6.5.5.

¹⁸⁵ Difis veileder 2017 s. 34.

konkurransen være nøye i vurderingen, og sjekke om tjenesten er dekket av de opplistede CPV-kodene i artikkel 77.

Også i anskaffelsesforskriften er det begrenset hvilke tjenester som er omfattet av unntaket. Reservasjonsadgangen i § 30-2 gjelder kun tjenester som nevnt i forskriftens vedlegg 4, jf. foa. § 30-2 (1). En gjennomgang av CPV-kodene nevnt i anskaffelsesdirektivet artikkel 77 og anskaffelsesforskriften vedlegg 4 viser at den norske forskriften utelukker en rekke tjenester reservasjonsadgangen kan omfatte etter direktivet. Tilsynelatende samsvarer dette dårlig med det uttalte ønsket om å utnytte det EØS-rettslige handlingsrommet i størst mulig grad. Men CPV-kodene som er gjengitt i den norske forskriften gjelder helse- og sosialtjenester. Tjenestene som ikke er omfattet, kan i hovedsak kategoriseres som forsyningstjenester, visse utdanningstjenester og visse kulturelle tjenester. Skillet samsvarer godt med ønsket om å videreføre muligheten til å unnta kontrakter om helse- og sosialtjenester fra åpen konkurranse. Handlingsrommet for å tilgodese ideelle leverandører ved å reservere konkurranse er ikke brukt fullt ut i norsk rett. Men man har i full grad utnyttet muligheten ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester.

5.3 Krav til organisasjonen for å kunne reservere konkurranse

5.3.1 "Organisasjon"

For at unntaket skal komme til anvendelse må det være tale om en organisasjon, jf. art. 77 (1) og anskaffelsesforskriften § 30-2 (1). Det tas utgangspunkt i en alminnelig språklig forståelse av ordlyden for å redegjøre for innholdet.¹⁸⁶

En vanlig definisjon på en organisasjon er at det er en sammenslutning eller forening som jobber for visse formål eller verdier.¹⁸⁷ Selskaper er derimot økonomiske foretak.¹⁸⁸ En språklig tilnærming tilsier derfor at kravet om at det må være en "organisasjon" kan være en fordel for de ideelle leverandørene. Det finnes imidlertid mange måter å organisere seg på. For eksempel vil ideelle aksjeselskaper kunne oppfylle vilkåret, hvis de jobber for bestemte

¹⁸⁶ Niels Fenger skriver at ordlyden er det viktigste holdepunktet for fortolkning av bestemmelser i EU-retten. Niels Fenger *Forvaltning og Fællesskab: Om EU-retten betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens*, København 2004 s. 523.

¹⁸⁷ Språklig definisjon hentet fra store norske leksikon den 26.03.2018: <https://snl.no/organisasjon>

¹⁸⁸ Språklig definisjon hentet fra store norske leksikon den 26.03.2018: https://snl.no/selskap_-_jus

formål og ikke profitt.¹⁸⁹ En nærmere analyse av forholdet mellom organisasjonsbegrepet og måten man organiserer selskaper på faller utenfor denne oppgaven.

5.3.2 Karakteristika ved organisasjonen

Argyrou drøfter om vilkårene for organisasjonen passer til sosiale virksomheter. Det diskuteres ikke i dybden her, da han understreker at de sosiale virksomhetene bare i ”hovedsak” bruker overskudd til å nå sosiale mål.¹⁹⁰ For å være en ideell leverandør må overskudd reinvesteres. Sosiale virksomheter er dermed ikke nødvendigvis ideelle organisasjoner.

I artikkel 77 annet ledd oppstilles det tre kumulative vilkår organisasjonen må oppfylle for at konkurransen kan reserveres. Smith skiller mellom vilkårene i litra a, b og c som gjelder organisasjonens struktur, og vilkåret i litra d som gjelder tidligere kontraktstildeling.¹⁹¹ Jeg har valgt tilsvarende tilnærming, men har kalt det siste vilkåret aktivitetskrav.

For det første må organisasjonen ha som mål å drive med offentlig tjenesteyting knyttet til tjenestene som fremgår av bestemmelsens første ledd, jf. artikkel 77 (2) litra a. Følgelig må organisasjonens mål være offentlig tjenesteyting innen utdanning-, sosial-, helse- eller kulturelle tjenester, og tjenesten må være omfattet av CPV-kodene i art. 77 (1). Etter den norske bestemmelsen må organisasjonens formål være knyttet til offentlig utøvelse av tjenester som fremgår av § 30-2 (1) første punktum, jf. § 30-2 (1) a. Da den norske forskriften tillater reservasjon for færre tjenestetyper enn direktivet, er også vilkåret for organisasjonen strengere. Sett bort fra at den norske forskriften omfatter færre tjenester er utformingen den samme som direktivets. Det har vært antatt at mange ideelle leverandører vil oppfylle vilkåret.¹⁹² Etter min mening er ikke vilkåret en særskilt fordel for de ideelle leverandørene, da også profittsøkende leverandører kan yte helse- og sosialtjenester.

For det andre stilles det et krav til organisasjonens eierstruktur, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 77 (2) litra c. Det fremgår at organisasjonen må være basert på at de ansatte har eierskap, ”participatory principles”, eller ”active participation” av ansatte, brukere eller organisasjonens interessenter. ”Participatory principles” og ”active participation” er ikke

¹⁸⁹ Difis veileder (2017) s. 8.

¹⁹⁰ Aikaterini Argyrou, ”Providing Social Enterprises with Better Access to Public Procurement: the Development of Supportive Legal Frameworks”, *European Procurement and Public Private Partnership Law Review* nr. 3 2017 s. 310-325 (s. 311).

¹⁹¹ Smith (2014).

¹⁹² NOU 2014: 4 s. 260.

forklart eller definert. I anskaffelsesforskriften er det også satt krav til organisasjonens struktur.¹⁹³ De ansatte må eie eller medvirke i ledelsen. Alternativt kan de ansatte, brukere eller interessenter delta aktivt i ledelsen.

Kravet til at de ansatte må eie eller delta i ledelsen kan forstås som et ønske om å gi de ansatte et sterkere forhold til organisasjonen de jobber i. Gjennom å eie eller ha aktiv deltakelse i ledelsen får de større innsyn i hvordan organisasjonen fungerer. En følelse av eierskap kan bidra til at de ansatte gjør en ekstra innsats for organisasjonen, og dermed påvirke tjenestenes kvalitet og effektivitet.

Personkretsen som kan oppfylle vilkåret utvides ved at det er tilstrekkelig at ansatte, brukere eller interessenter deltar aktivt i ledelsen. Ansatte og brukere er klart definerte grupper. Interessenter kan omfatte de som har en tilknytning til organisasjonen på en slik måte at de påvirkes av organisasjonens handlinger, for eksempel styremedlemmer. Gjennom en slik tilknytning vil man ha interesse i organisasjonens utvikling. Vilkåret stiller ikke ideelle leverandører i en særstilling, men det er ikke utelukket at de kan oppfylle vilkåret. Kommersielle leverandører kan også være organisert på en slik måte at de ansatte eier eller medvirker i organisasjonen.

For det tredje må organisasjonens overskudd investeres på en måte som er med på å nå organisasjonens mål, jf. art. 77 (2) litra b. Det stilles krav til at der overskuddet fordeles eller omfordeles må det være basert på ”participatory considerations”. Nøyaktig hva som ligger i kravet til deltakelsesorienterte hensyn fremgår ikke av bestemmelsen. I forskriftens § 30-2 litra c oppstilles et tilsvarende vilkår. Overskudd må investeres for å nå organisasjonens mål. Der overskudd skal fordeles eller omfordeles, må det skje i tråd med kravet til de ansattes medvirkning i ledelsen, eller de ansattes, brukeres eller interessenters aktive deltakelse i ledelsen.

Vilkårene i den norske bestemmelsen samsvarer med direktivets regulering. Kravet til at investering må bidra til å nå organisasjonens mål kan samsvare med definisjonene av ideelle leverandører.¹⁹⁴ Hva angår deltakelsesorienterte hensyn kan en ordlydstolkning tilsi at omfordeling eller utdeling må skje på en måte som motiverer til videre deltakelse eller medvirkning. På den måten blir det ikke et uttak av overskudd, men en måte å reinvestere på.

¹⁹³ Jf. anskaffelsesforskriften § 30-2 (1) b.

¹⁹⁴ NOU 2014: 4 s. 260.

Vilkåret tilsier at ideelle leverandører har bedre muligheter enn de kommersielle til å oppfylle kravene for reserverte konkurranser etter direktivets artikkel 77 og forskriftens § 30-2.

5.3.3 Aktivitetskrav

I anskaffelsesdirektivets artikkel 77 (2) litra d oppstilles det krav til at organisasjonen ikke kan ha blitt tildelt kontrakt etter artikkel 77 for de aktuelle tjenestene av den aktuelle oppdragsgivende myndighet de foregående tre årene. Anskaffelsesforskriften § 30-2 litra d oppstiller tilsvarende vilkår.

Vilkåret er oppstilt som en mekanisme for å unngå konkurransevridding. Ved å innføre begrensningen på gjentatt tildeling unngår man at oppdragsgiver mange ganger gir kontrakter til samme leverandør.¹⁹⁵ Vilkåret er imidlertid ikke en begrensning i adgangen til å tildele en kontrakt til den ideelle leverandøren etter tre år dersom leverandøren vinner en åpen konkurranse. Begrensningen har stor påvirkning på det praktiske nedslagsfeltet til reservasjonsadgangen,¹⁹⁶ og innsnevrer virkningen.

5.3.4 Oppsummerende om krav til organisasjonen

Sammenfattet er kravene til organisasjonen i artikkel 77, og dermed også forskriften § 30-2, vagt utformet. Smith er svært kritisk til de manglende definisjonene på begrepsbruken og gir følgende forklaring: "These terms appear, to the author, to bear the hallmark of political compromise".¹⁹⁷ På bakgrunn av denne vagheten må det foretas en konkret vurdering av om vilkårene er oppfylt. Kravene til organisasjonen er ikke helt tilsvarende forståelsen av begrepet "ideelle leverandører", men det er et visst overlapp.¹⁹⁸

5.4 Maksimal varighet på kontrakten

Det stilles også krav om at maksimal kontraktvarighet er tre år i artikkel 77 tredje ledd. Tilsvarende er gjort i anskaffelsesforskriften § 30-2 (2). Dette vilkåret er opphavet til mye av kritikken som er rettet mot reservasjonsadgangen i artikkel 77. Fortalens premiss 118 fremhever særlig viktigheten av kontinuitet i tjenestetilbudet som kjennetegner helse- og sosialtjenester, og angir kontinuitetsbehovet som særlig grunn for reserverte konkurranser. I teorien er begrunnelsen sterkt kritisert. Dersom man har et ønske om kontinuitet i tjenesten er

¹⁹⁵ Smith (2014) s. 167.

¹⁹⁶ NOU 2014: 4 s. 260.

¹⁹⁷ Smith (2014) s. 167.

¹⁹⁸ Difis veileder 2017 s. 34.

det motstridende å samtidig oppstille et krav om maksimalt tre års kontrakter.¹⁹⁹ Treumer påpeker at inkonsekvens mellom artiklene i direktiv og fortale ikke er uvanlig, og ofte bevisst.²⁰⁰ Ved å regulere omdiskuterte problemer på en tvetydig måte vil flere medlemsstater kunne påberope seg diplomatiske seire, og man utsetter problemet uten å måtte ta et endelig standpunkt. På den negative side forblir anskaffelsesretten det Treumer kaller ”advokaters paradisi” ved at hensikten med bestemmelsen forblir uklar.²⁰¹

Vilkåret kan også ses som et uttrykk for at man ønsker å balansere helse- og sosialhensyn mot konkurransehensyn. Det tilrettelegges for bruk av de bestemte leverandørene ved anskaffelse av visse helse- og sosialtjenester fordi det antas at det er en fordel for tjenesteytingen. For å ivareta konkurransehensynet gis det imidlertid bare unntak for inntil tre år.

Grensen for kontraktens varighet er ikke en regel som vil være spesielt fordelaktig for de ideelle organisasjonene. Det vil derimot være en hjelp for nye aktører på markedet, og gi dem mulighet til å etablere seg uten å måtte konkurrere i starten.

5.5 Henvisning til bestemmelsen

For å kunne reservere konkurranse for visse leverandører må kunngjøringen av konkurransen henvisse til bestemmelsen, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 77 og anskaffelsesforskriften § 30-2. En slik henvisning vil bidra til effektive anskaffelser ved at tilbyderne selv kan vurdere om de oppfyller vilkårene stilt til organisasjonen. Det skaper også god forutberegnelighet for tilbydere ved at de lettere kan forutse sin stilling. Vilkåret er ikke av spesiell betydning for ideelle leverandører.

5.6 Utnyttelse av handlingsrommet

Som gjennomgangen har vist har norsk rett stort sett brukt det handlingsrommet som er gitt for å reservere konkurranse for ideelle leverandører etter særbestemmelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 77. Det kan tenkes at visse ideelle organisasjoner oppfyller vilkårene for å reservere konkurranse, og at det ved den nye unntaksbestemmelsen er en adgang til å tilgodese enkelte av de ideelle leverandørene ved anskaffelse av visse helse- og sosialtjenester.

¹⁹⁹ Se for eksempel Roberto Caranta (2014) s. 93 og 94.

²⁰⁰ Steen Treumer ”Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive”, i Lichère, Caranta og Treumer (eds.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, København 2014 s. 22.

²⁰¹ Treumer (2014) s. 25.

6 Alternative løsninger

6.1 Innledning

I det følgende skal det vurderes hvilke andre muligheter oppdragsgiver har til å tilgodese de ideelle leverandørene innenfor anskaffelsesregelverket. Da oppgaven er anskaffelsesrettslig, avgrenser den mot reglene om statsstøtte. Det forutsettes i det følgende at det ikke er et kvalifikasjonskrav at leverandøren er ideell, og at konkurransen ikke er begrenset i så måte.

6.2 Tildelingskriterier

Tildelingskriterier er krav oppdragsgiver stiller til tjenesten, som inngår som momenter i vurderingen av inngitte tilbud. Tildelingskriteriene skal være objektive, saklige og i samsvar med de grunnleggende prinsippene, jf. anskaffelsesloven § 4. De må ha tilknytning til leveransen.²⁰²

Etter det tidligere anskaffelsesdirektivet skulle oppdragsgiver basere valget sitt på laveste pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.²⁰³ Etter det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 67 kan oppdragsgiver vektlegge en rekke momenter ved vurderingen av det mest fordelaktige tilbudet, blant annet kvalitet, sosiale og miljømessige formål. Adgangen til å vektlegge disse momentene gir oppdragsgiver større rom i sine vurderinger. Tilsvarende gjelder i norsk rett, jf. anskaffelsesforskriften § 18-1.

Den spesielle regelen for tildelingskriterier ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester følger av direktivets artikkel 76. Medlemsstatene skal sikre at oppdragsgiver kan ta visse hensyn i betraktning ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester, og bestemmelsen lister opp som følger: Kvalitet, kontinuitet, adgangsmulighet, tilgjengelighet og omfang, pris for bruker og brukers særlige behov, brukermedvirkning og innovasjon. Smith legger til grunn at det gir mest mening å se på kriteriene som en illustrasjon slik at andre hensyn ikke er utelukket.²⁰⁴ I norsk rett er bestemmelsen gjennomført i anskaffelsesforskriften § 30-1 tredje ledd.

Momentene som er listet opp er ikke ment som en uttømmende regulering. Formålet med bestemmelsen er at brukeren skal få best mulig tjenester innenfor oppdragsgivers budsjett.²⁰⁵

²⁰² Anskaffelsesforskriften § 18-1.

²⁰³ Direktiv 2004/18/EF artikkel 53.

²⁰⁴ Smith (2014) s. 166.

²⁰⁵ Veileder Nærings- og fiskeridepartementet: *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2017 s. 340.

Følgelig får oppdragsgiver større fleksibilitet ved valg av tildelingskriterier. Noen av momentene som er nevnt vil også gjelde for vanlige anskaffelser (kvalitet). Andre utvider handlingsrommet for anskaffelser av helse og sosialtjenester (eksempelvis kontinuitet).

6.2.1 Kvalitet

Adgangen til å vektlegge kvalitet kan påvirke muligheten til å tilgodese de ideelle leverandørene. Dersom man legger til grunn presumsjonen om at ideelle leverandører leverer bedre kvalitet i sine tjenester kan en vektlegging av hensynet være til de ideelle leverandørenes fordel. Kvalitet kan også vektlegges ved anskaffelse av andre tjenester enn helse- og sosialtjenester og er derfor ikke særskilt for denne typen anskaffelser. Men kvalitet har en særskilt betydning ved anskaffelse av personlige tjenester. Ifølge det europeiske rammeverket for kvalitet i sosialtjenester,²⁰⁶ er momentene som er gjennomgått i det følgende med på å bidra til økt kvalitet i tjenesten.²⁰⁷

6.2.2 Kontinuitet

I det europeiske dokumentet om kvalitet i sosialtjenester er det presisert at kontinuiteten i ytelsen bør sikres ved at brukeren kan støtte seg på kontinuerlig, uavbrutt tjenestetilbud. Ønsket om kontinuitet omfatter både tilbud tidlig i prosessen og kontinuerlig støtte og oppfølging underveis.²⁰⁸ Kontinuitet er et tvilsomt hensyn i anskaffelsesretten, fordi ett av formålene med anskaffelsesreglene er å åpne for aktører og sikre konkurranse.²⁰⁹ Kontinuitetskriteriet vil være en fordel for allerede etablerte ideelle leverandører, men vil også kunne vektlegges for kommersielle leverandører. Det kan gjøre det vanskeligere å starte eller utvide driften for ideelle leverandører til områder der det er etablerte profittsøkende leverandører.

En utfordring ved kontinuitetsargumentet er at kriteriet påvirkes av både hvem som tilbyr tjenesten og bemanningen som utfører tjenesten. Kontrakten tildeles den juridiske personen, mens det er fysiske personer som utfører arbeidet og sikrer følelsen av kontinuitet for brukeren. Denne kontinuiteten kan sikres også dersom man skulle gå over til kommersielle leverandører, i de tilfellene de ansatte ønsker å overføres til den nye virksomheten etter

²⁰⁶The Social Protection Committee: A Voluntary European Quality Framework for Social Services. SPC/2010/10/8 final. Rammeverket er frivillig, og er ment som en veiledning til hvordan man kan utvikle en felles forståelse av kvalitet ved personlige tjenester, jf. fortalens avsnitt 114.

²⁰⁷ SPC/2010/10/8 Final s. 5.

²⁰⁸ SPC/2010/10/8 s. 6.

²⁰⁹ Sejersted (2014) s. 17.

reglene om oppsigelsesvern ved virksomhetsoverdragelse.²¹⁰ På en annen side er det ikke sikkert at ansatte hos en ideell leverandør ønsker å fortsette i jobben i en kommersiell virksomhet, da de ideelle verdiene kan være en av årsakene til at de har valgt jobben. Selv om kontinuiteten i arbeidsstyrken skulle videreføres kan en virksomhetsoverdragelse føre til en endring i struktur og organisering, slik at brukeren likevel ikke får følelsen av kontinuitet i tjenestetilbudet selv om bemanningen forblir den samme.

6.2.3 Tilgjengelighet

Det europeiske rammeverket understreker at tjenester burde være tilgjengelig for alle som trenger dem, hva gjelder både fysisk tilgjengelighet og pris.²¹¹ Det vises også til at tilgjengelighet i form av geografisk nærhet kan bidra til økt kvalitet, der brukerne kan velge tjenester ut fra stedet som er mest ønskelig for dem og deres familier.²¹² Å bruke tilgjengelighet som kriterium er en derogasjon fra de alminnelige reglene, ved at man ser bort fra utgangspunktet om at det ikke er lov å diskriminere på grunnlag av geografi.²¹³ Vektlegging av tilgjengelighet vil være en fordel der de ideelle leverandørene alt er etablert, men en ulempe for ideelle leverandører som vil utvide tjenestetilbudet i områder kommersielle leverandører er etablert.²¹⁴ Med tanke på pris kan de ideelle leverandørene ha en fordel, dersom presumsjonen om at de er rimeligere legges til grunn.

6.2.4 Brukermedvirkning

Det europeiske rammeverket legger opp til at leverandørene oppmuntrer til aktiv involvering av brukerne og deres nærmeste.²¹⁵ Brukermedvirkningen kan skje både i planleggingsfase, gjennomføring og i evaluering av tjenesten. Vekten på brukermedvirkning kan være en fordel for de ideelle leverandørene. De eksisterer for sine brukere, og ikke for profit.²¹⁶

6.2.5 Vektlegging av ideell karakter

Det har vært diskutert om leverandørens organisering som ideell eller kommersiell kan brukes som et tildelingskriterium. Det kan hevdes å følge av en ”fra det mer til det mindre” betraktning. Det er omfattende praksis for å reservere kontrakter som taler for at ideell

²¹⁰ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 16-4.

²¹¹ SPC/2010/10/8 s. 6.

²¹² SPC/2010/10/8 s. 5.

²¹³ Sejersted (2014) s. 17.

²¹⁴ Sejersted (2014) s. 17.

²¹⁵ SPC/2010/10/8 s. 7.

²¹⁶ Goller (2015) s. 9.

karakter som tildelingskriterium bør være tillatt.²¹⁷ På den annen side kan det ikke vektlegges i så stor grad at det umuliggjør kommersielle tildelinger, da det i praksis vil være en reservert konkurranse.²¹⁸

Etter min mening taler utformingen av artikkel 76 og anskaffelsesforskriften § 30-1 (3) for at det vil være mulig å vektlegge leverandørens karakter, da oppstillingen av momenter ikke er en uttømmende regulering. Dersom de generelle kravene er oppfylt (objektivitet, tilknytning og egnet til å definere det beste tilbudet),²¹⁹ og det foreligger en konkret grunn til å reservere konkurranse slik det kreves i EU-domstolens praksis, kan leverandørens karakter vektlegges.

I en svensk offentlig utredning slås det fast at det bør være mulig å bruke gjeninvestering av overskudd som tildelingskriterium.²²⁰ Det legges opp til at domstolen skal avgjøre om tildelingskriteriene har tilstrekkelig tilknytning til kontraktsformålet og er forenlig med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene.²²¹ En slik tilnærming vil være en alternativ mulighet til å prioritere de ideelle leverandørene.

6.3 Egentlig og utvidet egenregi

I stedet for at helse- og sosialtjenester anskaffes fra markedet, kan det offentlige velge å arrangere tjenestene slik at de selv utfører tjenesteytingen i form av egenregi. Det foreligger ingen anskaffelseskontrakt, slik at regelverket ikke kommer til anvendelse.²²² Med tanke på de ideelle leverandørene er dette alternativet av liten interesse. Dersom det ikke foretas en anskaffelse vil både ideelle og kommersielle leverandører være utelukket. Det kan være en fordel hvis man antar at de kommersielle leverandørene leverer dyrere tjenester og lavere kvalitet, og fokuset ligger på hensynet til kvalitet i tjenesten, og ikke de ideelle leverandørene.

Når det offentlige inngår kontrakter med et rettssubjekt som oppdragsgiveren har en tilstrekkelig nær tilknytning til og som oppfyller vilkårene for kontroll, aktivitet og fravær av private eierandeler, er kontrakten unntatt anskaffelsesregelverket.²²³ Reglene om utvidet

²¹⁷ Goller (2015) s. 9.

²¹⁸ Goller (2015) s. 10.

²¹⁹ Anskaffelsesdirektivet artikkel 67.

²²⁰ For mer om løsninger i nordisk rett se Fløistad (2017) s. 48 flg.

²²¹ SOU 2016: 78 Ordning och reda i välfärden, s. 559-561.

²²² Lov om offentlige anskaffelser § 1 jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-1.

²²³ Jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1.

egenregi er utviklet gjennom rettspraksis i EU-domstolen og er kodifisert i anskaffelsesdirektivet artikkel 12 og den norske anskaffelsesforskriften § 3-1.²²⁴

For det første må kontrollkriteriet være oppfylt. Oppdragsgiveren må utøve en kontroll over rettssubjektet som svarer til den kontrollen han utøver over sin egen virksomhet.²²⁵ Kravet er oppfylt når oppdragsgiver utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet.²²⁶

I utgangspunktet synes det lite treffende at ideelle leverandører er underlagt slik kontroll, da de ideelle leverandørene som regel er selvstendige rettssubjekter og ikke underlagt offentlig myndighet. På den annen side kan også offentlig kontrollerte leverandører være ideelle. Det offentlige utøver kontroll også der de ikke utøver eierskap, men kan kontrollere sammensetningen av styret og stille vilkår knyttet til tilskudd og tjenstekjøp.²²⁷ Det offentlige kan tenkes å utøve en kontroll over ideelle som svarer til den kontroll som utøves over egen virksomhet.²²⁸

For det andre stilles krav til rettssubjektets aktivitet. Minst 80% av aktiviteten må utøves for oppdragsgiver eller andre rettssubjekter under oppdragsgivers kontroll.²²⁹ For ideelle leverandører som leverer tjenester til flere oppdragsgivere som ikke er en del av det offentlige, kan det bli vanskelig å oppfylle kriteriet. Motsetningsvis vil ideelle leverandører som i hovedsak (minst 80%) leverer helse- og sosialtjenester til det offentlige, oppfylle kriteriet.²³⁰

For det tredje kreves et fravær av direkte private eierandeler.²³¹ EU-domstolen tok stilling til spørsmålet om direkte private eierandeler i ideelle leverandører i saken SUCH.²³² SUCH var en ideell organisasjon, og eierne var både offentlige og private aktører. Det offentlige var i flertall og hadde størst innflytelse. Domstolen understreket at selv om de private aktørene var i mindretall og var ideelle aktører, kunne de ha andre interesser enn det offentlige selv.

²²⁴ Se for eksempel sak C-107/98 *Teckal Srl mod Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*. Sml. 1999 I-08121.

²²⁵ Jf. Anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav a.

²²⁶ Jf. Anskaffelsesforskriften § 3-1 annet ledd.

²²⁷ Fornyings og administrasjonsdepartementet fremla en tolkningsuttalelse 9. september 2010 om myndighetenes kontroll over stiftelsen PETRAD, med uttalelser om prinsipielle spørsmål.

²²⁸ Christoffer C. Eriksen, *Kommuner og egenregi*, (2015) s. 50.

²²⁹ Jf. Anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav b.

²³⁰ Eriksen (2015) s. 46.

²³¹ Anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) bokstav c.

²³² Sak C-574/12 *Centro Hospitalar de Setúbal EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) mod Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda.*,

Følgelig hadde ikke det offentlige samme kontroll som over seg selv. Vilkårene for utvidet egenregi var dermed ikke oppfylt. Kravet til fravær av private eierandeler er like strengt for ideelle leverandører som for profittsøkende leverandører. Samlet gjør vilkårene det vanskelig å tilgodese ideelle leverandører ved utvidet egenregi.²³³

6.4 Rammeavtale med flere ideelle leverandører

I mars 2018 avsa EU-domstolen dom om forholdet mellom anskaffelsesregelverket og et landbruksprogram der myndighetene inngikk rammeavtaler om rådgivning overfor bønder med alle konsulenter som oppfylte nærmere angitte krav.²³⁴ Avrop under rammeavtalene, og valg av konsulent, ble foretatt av bøndene. Domstolen fant at tildeling av rammeavtalene ikke var omfattet av anskaffelsesdirektivet. Grunnen var at det ikke var myndighetene som foretok avrop under avtalene, men den enkelte bonde.

Dommen reiser interessante spørsmål også for anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Kanskje åpner den for at det offentlige inngår en avtale med samtlige ideelle leverandører som oppfyller de fastsatte kravene for å levere en helse- eller sosialtjeneste, hvorpå brukerne selv velger hvilken leverandør de vil benytte seg av. En slik ordning vil kunne imøtekomme både ønsket om å benytte seg av ideelle leverandører fordi de har de beste forutsetninger for å levere den etterspurte tjeneste, og ønsket om å styrke brukermedvirkningen.

²³³ Se Fløistad (2017) s. 32 flg. for mer utdypende om utvidet egenregi.

²³⁴ Sak C-9/17, *Tirkkonen*, offentliggjort i elektronisk samling av avgjørelser: ECLI:EU:C:2018:142, avsnitt 31.

7 Kildeliste

Norsk lov

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

Norsk forskrift

Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)

Norske forarbeider

NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket

Innst.358 L (2015 – 2016) Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

Prop.51 L (2015 – 2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

NOU 2016: 12 Ideell opprydding

Svenske forarbeider

SOU 2016: 78 Ordning och reda i välfärden. Hentet fra:

<http://www.regeringen.se/4ab5e0/contentassets/da2ccef5dc84389b79b48b06a5e000a/ordning-och-reda-i-valfarden-sou-201678> (Sist sjekket april 2018)

EU/EØS-konvensjoner og direktiver

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. Marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, EUT 2004/L134/114

Kommissionens direktiv 2006/111/EF af 16. november 2006 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemskuelighed i bestemte virksomheder, EUT 2006/L318/17.

Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV), Lisboa 2007

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, EUT 2014/L94/65

Avgjørelser fra Høyesterett

HR-2013-496-A

Avgjørelser fra EU-domstolen

Forente sager 188-190/80 *Frankrike, Italia og Storbritannia mod kommisjonen*. Sml. 1982 s. 2545. ECLI:EU:C:1982:257.

Sag C-41/90 *Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH*, Sml. 1991 s. I-1979. ECLI:EU:C:1991:161.

Sag C-157/94 *Kommisjonen mod Nederland*. Sml. 1997 s. I-5699. ECLI:EU:C:1997:499.

Sag C-70/95 *Sodemare SA m.fl. mod Regione Lombardia*. Sml. 1997 s. I-03395.

ECLI:EU:C:1997:301.

Sag C-107/98 *Teckal Srl mod Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*. Sml. 1999 I-08121. ECLI:EU:C:1999:562

Sag C-475/99 *Firma Ambulanz-Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz*. Sml. 2001 s. I-08089.
ECLI:EU:C:2001:577.

Sag T-289/03 *British United Provident Association Ltd (BUPA), London (Det Forenede Kongerige) m.fl. mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*, Sml. 2008 II-00081.
ECLI:EU:T:2008:29

Sag C-574/12 *Centro Hospitalar de Setúbal EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) mod Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*.
Offentliggjort i elektronisk samling av avgjørelser: ECLI:EU:C:2014:2004

Sag C-113/13 *Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' and Others mod San Lorenzo Soc. coop. Sociale and Corce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*. Offentliggjort i elektronisk samling av avgjørelser: ECLI:EU:C:2014:2440.

Sag C-50/14 *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) m.fl. mod Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) og Regione Piemonte*. Offentliggjort i elektronisk samling av avgjørelser: ECLI:EU:C:2016:56.

Forente sager 360/15 og 31/16 *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort mod X BV og Visser Vastgoed Beleggingen BV mod Raad van de gemeente Appingedam*. Offentliggjort i elektronisk samling av avgjørelser: ECLI:EU:C:2018:44

Sag C-9/17 *Sag anlagt af Maria Tirkkonen*. Offentliggjort i elektronisk samling av avgjørelser: ECLI:EU:C:2018:142.

Forslag fra generaladvokaten

Forslag til avgjørelse av generaladvokat N. Wahl i sak C-113/13 (Spezzino), avgitt 30. april 2014.

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Sak E-2/11 *Norway Offshore AS and Others v Staten v/Tariffnemnda*, EFTA Ct. Rep. 2012 bok 1 s. 4.

Sak E-3/12 *Den norske stat v/Arbeidsdepartementet mot Stig Arne Jonsson*, EFTA Ct. Rep. 2013 bok 1 s. 136.

Sak E-29/15 *Sorpa bs mot det islandske konkurransetilsyn*, EFTA Ct. Rep. 2016 bok 2 s. 825.

Avgjørelser fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA)

154/17/COL Case no: 77606 EFTA Surveillance Authority Decision of 20 September 2017 closing a complaint case arising from an alleged unlawful discrimination of private enterprises and breach of the EEA rules on public procurement.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/39ccee1c40294130a78bf8839988c153/77606---decision---complaint-against-norway-concerning-unl2120060.pdf> (Sist sjekket mars 2018)

KOFA-avgjørelser

Sak 2009/69 Barne- ungdoms- og familiedirektoratet mot Kirkens Bymisjon.

Sak 2011/354 Barne- ungdoms og familiedirektoratet mot Linnea Kompetanse AS.

Dokumenter fra offentlige organer

FADs uttalelse 9. september 2010 Hentet fra:

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransepolitikk/anskaffelser/fortolkningsuttalelse_od_petrad.pdf (Sist sjekket april 2018)

Dokument nr. 15:10 (2015-2016) *Spørsmål til skriftlig besvarelse med svar*. Spørsmål nr. 1351-1500 21. juni til 26. august 2016.

<https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/dokumentserien/2015-2016/dok-15-10-2015-2016.pdf> (Sist sjekket mars 2018)

Veileder Direktoratet for forvaltning og ikt (Difi): *Veileder i anskaffelser av helse- og sosialtjenester*. April 2017. https://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser/files/veileder_helse-og_sosialtjenester_07.04.17.pdf (Sist sjekket mars 2018)

Veileder Nærings- og fiskeridepartementet: *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*. November 2017.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/veileder-til-reglene-om-offentlige-anskaffelser002.pdf> (Sist sjekket mars 2018)

Veileder Nærings- og fiskeridepartementet: *Adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører*. Desember 2017.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veiledning-om-hvordan-oppdragsgiver-kan-vurdere-om-det-er-adgang-til-a-reservere-konkurranser-om-anskaffelser-av-helse--og-sosialtjenester-for-ideelle-leverandorer/id2582864/> (Sist sjekket mars 2018)

Dokumenter fra EU-organer

The Social Protection Committee: A Voluntary European Quality Framework for Social Services. SPC/2010/10/8 final. Hentet fra:

<http://ec.europa.eu/social/search.jsp?mainCat=22&advSearchKey=a+voluntary+European+Quality+Framework+for+Social+Services+&mode=advancedSubmit&langId=en&searchType=&strictMode=on> (Sist sjekket mars 2018)

COM/2011/0896. Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, av 20.12.2011. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&qid=1520244829579&from=EN> (Sist sjekket mars 2018)

Commission staff working document: ”*Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*”, 29.04.2013.

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf (Sist sjekket april 2018).

Litteratur

Argyrou, Aikaterini, ”Providing Social Entreprises with Better Access to Public Procurement: the Development of Supportive Legal Frameworks”, *European Procurement and Public Private Partnership Law Review* nr. 3 2017 s. 310-325

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave (Oslo 2015).

Arnesen, Finn og Fredriksen, Halvard Haukeland, ”Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – etter EFTA-domstolens tolkningsuttalelse i *Fosen-linjen*”, i *Tidsskrift for forretningsjus*, årgang 23 nr. 3-4 2017, s. 169-195.

Arnesen, Finn i Finn Arnesen m.fl. (red.), *Agreement on the European Economic Area A Commentary* (Oslo 2018).

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK Volume 1*, 3. utgave (London 2014).

Bekkedal, Tarjei i Finn Arnesen m.fl. (red), *Agreement on the European Economic Area A Commentary* (Oslo 2018).

Brown, Adrian, ”The direct award of ambulance services to voluntary organisations in Italy, revisited: case C-50/14 CASTA”, *Public Procurement Law Review*, 2016 3. utgave NA72-NA76.

Caranta, Roberto, ”Mapping the margins of EU public contracts law: covered, mixed, excluded and special contracts”, i, Lichère, Caranta og Treumer (eds.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, (København 2014).

Caranta, Roberto, ”After Spezzino (Case C-113/13): A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 1. utgave 2016 s. 14-21.

Craig, Paul og Gráinne de Búrca, *EU Law Text, Cases, and Materials*, 5. utgave (Oxford 2011).

Dashwood, Alan mfl., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 6. utgave (Oxford og Portland 2011).

Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser* (Oslo 2013).

Eimhjellen, Ivar og Jill Loga, *Rapport: Sosialt entreprenørskap i Norge*, Rapport til Kulturdepartementet 1.11.2017.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/a1a1bf44a8f845b894613fc81435e20b/rapport-09-2016.pdf> (Sist sjekket april 2018)

Eriksen, Christoffer C., *Kommuner og egenregi*, 2015. Hentet fra:

<http://www.fagforbundet.no/file/fbe7db4a0c0c8331f4923be4575b4056/Kommuner-Egenregi140515/> (April 2018)

Fenger, Niels, *Forvaltning og Fællesskab: Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens*, (København 2004).

Fløistad, Karin, *Utredning av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester* (2017).

https://www.regjeringen.no/contentassets/8dfcb07f91a84a7cacd2b8f14afe84cf/0900sv_22376.pdf2009637.pdf (Sist sjekket april 2018)

Fredriksen, Halvard Haukeland, og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave (Bergen 2018).

Goller, Morten, ”Handlingsrom for bruk av ideelle organisasjoner”. Notat til Ideelt Nettverk fra advokatfirmaet Wiersholm, vedlegg til høringssvar fra Ideelt Nettverk til Nærings- og fiskeridepartementet 17.06.2015.

http://ideeltnettverk.no/sites/ideeltnettverk.no/files/goller_2015-06-16_handlingsrom_for_bruk_av_ideelle_organisasjoner_-_endelig.pdf (Sist sjekket mars 2018)

McGowan, David, ”Does the reservation of ambulance services to voluntary organisations on a cost reimbursement basis give rise to a public service contract?”, *Public Procurement Law Review* 2015 3. utgave s. 61-66.

Sánchez-Graells, Albert, ”Competition and State Aid Implications of the Spezzino Judgement (C-113/13): the Scope for Inconsistency in Aid Assessments for Voluntary Organisations

providing Public Services”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 1. utgave 2016 s. 31-38.

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011).

Sejersted, Fredrik, *Rettslig vurdering av om unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres* (Oslo 2014).

<https://www.regjeringen.no/contentassets/cada61a19bab448ba0c35ba4a0756fcb/sejersted.pdf?id=2271254> (Sist sjekket mars 2018)

Semple, Abby, ”Socially Responsible Public Procurement (SRPP) under EU law and International Agreements”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, nr. 3 2017 s. 293-310

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

Syrpis, Phil, ”The relationship between primary and secondary law in the EU”, *Common Market Law Review*, vol. 52 2015 s. 461–488.

Telles, Pedro, ”The Impact of the *Spezzino* Judgment for Third Sector Organisations”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 1. utgave 2016 s. 22-30.

Treumer, Steen ”Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive”, i, Lichère, Caranta og Treumer (eds.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, (København 2014).

Whish, Richard og David Bailey, *Competition Law*, 8. utgave (2015).

Øvrige kilder

Store norske leksikon: ”Organisasjon”. <https://snl.no/organisasjon> Mars 2018.

Store norske leksikon: ”Selskap”. https://snl.no/selskap_-_jus Mars 2018.

Eilertsen, Trine, ”De later som de er ideelle. Men de er kommersielle. Det er helt greit”,
Aftenposten tirsdag 24. april:

<https://www.aftenposten.no/meninger/kommentar/i/KvRAxX/Staten-ma-vare-opptatt-av-hvor-det-bli-av-barnehagekronene-Det-er-ikke-det-samme-som-a-si-nei-til-profitt--Trine-Eilertsen> (Sist sjekket april 2018)

Ali, Shafana M., ”Nei til profittjag i offentlige tjenester”, *Rogalands avis 30. januar 2017*.
<https://www.dagsavisen.no/rogalandsavis/kronikk-nei-til-profittjag-i-offentlige-tjenester-1.919111> (Sist sjekket april 2018)