

UiO : **Det juridiske fakultet**

Myke anskaffelser og ideelle leverandører

Kandidatnummer: 649

Leveringsfrist: 25.11.2016

Antall ord: 16 791



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Bakgrunn	1
1.2	Problemstillinger	1
1.3	Avgrensninger og begrepsavklaringer	1
1.4	Materiale og metode.....	3
2	IDEELLE AKTØRER OG DE FIRE FRIHETER.....	4
2.1	Innledning.....	4
2.2	EU-domstolens behandling av forholdet til de fire friheter	4
2.3	EU-kommisjonens behandling av forholdet til de fire friheter	8
2.4	ESAs og norske domstolers behandling av forholdet til de fire friheter	8
2.5	Oppsummering	9
3	ANSKAFFELSESDIREKTIVET	10
3.1	Spørsmålet om det nye direktivet kommer til anvendelse	10
3.1.1	Innledning	10
3.1.2	Direktivet kan kodifisere tidligere rettsstilstand.....	10
3.1.3	Betydningen av opphevelsen av skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester.....	14
3.1.4	Betydningen av den nye unntaksregelen i art. 77	16
3.1.5	Konklusjon	18
3.2	Spørsmålet om direktivet tillater direkte tildeling.....	19
3.2.1	Innledning	19
3.2.2	Direkte tildeling er tillatt etter primærretten	19
3.2.3	Å tillate direkte tildeling strider med anskaffelsesrettens formål	20
3.3	Spørsmålet om direktivet tillater å reservere konkurransen til ideelle aktører.....	21
3.3.1	Innledning	21
3.3.2	Direktivets fokus på myke tjenesters særskilte egenskaper	21
3.3.3	Direktivet skal fremme sosiale hensyn	24
3.3.4	Det må oppstilles et krav til en faktisk sammenheng mellom leverandørens ideelle karakter og ytelsens kvalitet.....	25
3.3.5	Konklusjon: Reservering kan fungere som et godt kompromiss	27
4	VURDERING AV RISIKOEN VED Å RESERVERE MYKE TJENESTER TIL IDEELLE AKTØRER.....	29
4.1	Innledning.....	29

4.2	Konsekvenser for Norge som part i EØS-avtalen	29
4.3	Konsekvenser for oppdragsgiver	30
4.4	Lav sannsynlighet og små konsekvenser gir liten risiko	32
5	ALTERNATIVE MÅTER Å TILGODESE IDEELLE LEVERANDØRER PÅ	35
5.1	Innledning.....	35
5.2	Innenfor direktivet: Anvendelse av spesielle tildelingskriterier for helse- og sosialtjenester	35
5.2.1	Innledning	35
5.2.2	Brukermedvirkning	37
5.2.3	Erfaring	37
5.2.4	Sondringen ideell/kommersiell	39
5.3	Utenfor direktivet: Egenregi og utvidet egenregi.....	41
5.3.1	Innledning	41
5.3.2	Egenregi	41
5.3.3	Utvidet egenregi.....	41
6	I HVILKEN GRAD HAR NORGE UTNYTTET DIREKTIVETS HANDLINGSROM?	44
7	KILDEREGISTER	46

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Når offentlige virksomheter skal tilby tjenesteytelser til befolkningen, har de to muligheter: De kan utføre tjenesten selv (i egenregi), eller de kan kjøpe tjenesten i markedet.¹ Dersom de velger å kjøpe tjenesten utenfra, kan det være ønskelig å gi enkelte oppdrag til visse typer aktører.

Helse- og sosialtjenester, som er tema for denne avhandlingen, har som formål å ivareta sårbare gruppers behov. Noen oppdragsgivere kan ha motforestillinger mot å gi slike tjenestekontrakter til profittorienterte aktører.² I stedet kan det være ønskelig at de aktørene som skal forsyne befolkningen med disse tjenestene, er ideelle organisasjoner, som i likhet med det offentlige selv opererer uten gevinst for øyet. Denne avhandlingen undersøker om og i hvilken grad EØS-retten tillater dette.

1.2 Problemstillinger

Avhandlingens hovedproblemstilling er hvilken betydning EØS-retten får for det offentliges anskaffelser av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner. Her er fire underproblemstillinger sentrale: For det første oppstår spørsmålet om hvorvidt det nye anskaffelsesdirektivet³ kommer til anvendelse på anskaffelser av helse- og sosialtjenester som leveres av ideelle aktører. Dersom denne typen anskaffelser faller innenfor direktivets anvendelsesområde, må det for det andre undersøkes hvorvidt direktivet gir adgang til direkte tildeling av kontrakter om levering av slike tjenester til ideelle aktører. For det tredje vil jeg undersøke om direktivet tillater at oppdragsgiver reserverer anbudskonkurransen til ideelle aktører, og eventuelt på hvilke vilkår. En fjerde underproblemstilling er om det fins alternative måter for oppdragsgiver å tilgodese ideelle tilbydere.

1.3 Avgrensninger og begrepsavklaringer

¹ Difi veileder 2013:2, s. 1

² Dette skaper ofte politisk debatt, se for eksempel Moxnes, Bjørnar: "Sykehjemsdebatten: Profitt i velferden er et sidespor", *Aftenposten* 1. september 2016 og Nordby, Kristin Johannesen: "Studenter varslet om uforsvarlig eldrepleie. Nå risikerer firmaet å miste kontrakten", *Aftenposten*, 21. September 2016

³ Direktiv 2014/24/EU

Denne avhandlingen er avgrenset til å gjelde helse- og sosialtjenester. I anskaffelsesdirektivet er disse kategorisert i bilag XIV⁴ og reguleres etter det som har blitt kalt ”det myke anskaffelsesregimet”⁵. Helsetjenester omfatter bl.a. sykehustjenester, sykehusstøttetjenester som for eksempel levering av sengetøy, hjemmesykepleie og behandlingstilbud til rusavhengige. Sosialtjenester er blant annet sosialarbeid, eldreomsorg og barne- og ungdomsomsorg.⁶ Når jeg i avhandlingen bruker betegnelsen ”myke anskaffelser” sikter jeg derfor til slike tjenester, og ikke til for eksempel religiøse tjenester eller utdanningstjenester, som også reguleres av det myke anskaffelsesregimet.

Virksomheter som har som hovedformål å integrere funksjonshemmede eller andre vanskeligstilte personer (vernede bedrifter), regnes ikke som leverandører av sosialtjenester i det myke anskaffelsesregimet, da disse reguleres i en egen unntaksbestemmelse.⁷ Det vil si at anskaffelsesdirektivene ikke innebærer noen begrensninger med tanke på å tilgodese slike aktører i offentlige anbudsprosesser. Det samme gjelder for virksomheter som i tillegg til å levere helse- og sosialtjenester utøver offentlig myndighet. Slike virksomheter er ikke omfattet av de generelle reglene om fri etableringsrett og fri bevegelighet for tjenesteytelse,⁸ og reguleres heller ikke av de spesielle anskaffelsesreglene.⁹ For disse virksomhetene er det tilstrekkelig at myndighetsutøvelsen bare utøves ”leilighetsvis”.¹⁰ Det er derfor ikke omfanget av utøvelsen, men selve begrepet ”offentlig myndighetsutøvelse” som blir det avgjørende vurderingsmomentet. Følgelig vil unntaket komme til anvendelse selv om kompetansen bare sjelden benyttes.¹¹ Det mest praktiske eksempelet på myke leverandører som utøver offentlig myndighet, er barnevernsinstitusjoner og andre virksomheter som leverer barnevernsrelaterte tjenester.¹²

Begrepet ideelle organisasjoner sikter til virksomheter som har som formål å drive sosialt og humanistisk arbeid, og der et eventuelt overskudd benyttes til å drifte og tilby slike tjenester til allmennheten.¹³

⁴ Direktiv 2014/24/EU, bilag XIV, under kategori ”Sundheds- og socialvæsen samt tilknyttede tjenesteydelser”

⁵ På engelsk ”the light regime” eller ”the light touch regime”, jf. Arrowsmith (2014) s. 417 og Telles (2016) s. 22

⁶ Dragsten (2013) s. 816

⁷ Direktiv 2014/24, artikkel 20. Se også egen unntaksbestemmelse i nye FOA (2016), §§ 8-8 og 16-9

⁸ Jf. TEUV art. 61, som gir art. 51 tilsvarende anvendelse på reglene som gjelder for tjenester

⁹ Sag C-160/08, Europakommisjonen mod Forbundsrepublikken Tyskland, premiss 73 flg. Unntaket er lovfestet i ny FOA § 2-4 bokstav h.

¹⁰ Jf. TEUV art. 51

¹¹ Arnesen og Wiggen (2008) s. 4

¹² For mer om dette, se Arnesen og Wiggen (2008) s. 4 flg. Se også KOFA's vedtak i sak 2010/364, og Oslo byfogdembetes kjennelse 16-126305TVI-OBYF, der avtaler inngått med private barnevernsinstitusjoner ble ansett for å innebære offentlig myndighetsutøvelse i EØS-rettslig forstand

¹³ Dragsten (2013) s. 168-169

1.4 Materiale og metode

På grunn av EØS-avtalen må norske myndigheter følge de EU-rettslige anskaffelsesreglene ved offentlige innkjøp. Disse er gitt gjennom egne direktiver som medlemsstatene må basere sin nasjonale lovgivning på. Det nyeste direktivet, direktiv 2014/24/EU, er gjennomført i Norge ved forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016, som trer i kraft 1. januar 2017. I EU-medlemsstatene var fristen for gjennomføring 18. april 2016. Direktivet avløser direktiv 2004/18/EU, som fortsatt er gjeldende i Norge.

Vi befinner oss derfor på skrivende tidspunkt i overgangen mellom to regimer. Det nye direktivet innebærer flere endringer, men det gjenstår fremdeles ubesvarte spørsmål om disse endringenes innhold og rekkevidde. Så langt er det ikke gjort mye forskning på hvilken innvirkning det nye direktivet vil få på myke anskaffelser fra ideelle organisasjoner. Primærkildene, i form av selve direktivteksten og dens forarbeider, vil derfor stå sentralt.

Denne avhandlingen drøfter hvilken adgang det er til å foretrekke ideelle leverandører ved myke anskaffelser, både etter primærretten og etter sekundærretten. Mens primærretten består av de generelle reglene om de fire friheter som er fastsatt i Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV), består sekundærretten av de spesielle reglene fastsatt i anskaffelsesdirektivene. En gjennomgående tråd i denne avhandlingen er å vise hvordan disse to regelnivåene – primærrett og sekundærrett – spiller sammen.

Materialet som denne avhandlingen bygger på, foreligger som regel på dansk, og jeg vil gjennomgående sitere fra de danske versjonene. Der hvor dansk versjon ikke foreligger, vil jeg imidlertid sitere fra engelsk.

2 Ideelle aktører og de fire friheter

2.1 Innledning

De EU-rettslige anskaffelsesreglene er vedtatt med hjemmel i Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV), som åpner for at EU kan vedta regler for å sikre at medlemsstatene overholder reglene om det indre markeds opprettelse og funksjon. Anskaffelsesdirektivene er dermed et sett spesialregler som er innført med det formål å opprettholde og gjennomføre EU-rettens primærregler, herunder reglene om fri konkurranse, etableringsfrihet og fri tilgang til å tilby tjenester.¹⁴

Det har vært påpekt fra flere hold at det er uvisst hvorvidt det er tillatt å forbeholde myke tjenstekontrakter til ideelle organisasjoner etter den generelle EU-retten, uavhengig av de spesielle anskaffelsesreglene.¹⁵ Fredrik Sejersted skriver for eksempel at det er ”legitimt å anta” at dette ikke er i strid med generelle EU-regler, men at det samtidig er ”diskutabelt”, og at det knytter seg en ”ikke helt ubetydelig prosessrisiko” til det.¹⁶ Med dette sikter han til at de generelle reglene om de fire friheter, som er inntatt i EØS-avtalens hoveddel, også gjelder for offentlige anskaffelser på områder som ikke er regulert i direktivene. I det følgende vil jeg diskutere hvorvidt det å forbeholde helse- og sosialtjenester til ideelle aktører er tillatt etter primærretten.

2.2 EU-domstolens behandling av forholdet til de fire friheter

I følge EU-rettspraksis er de generelle EU-reglene om fri konkurranse, etableringsfrihet og fri tilgang til å tilby tjenester¹⁷ ikke nødvendigvis til hinder for å reservere myke anskaffelser til ideelle organisasjoner. EU-domstolen har nemlig påpekt at det fins ulike hensyn som kan begrunne at det å reservere helse- og sosialtjenester til visse aktører er tillatt etter de traktatfestede EU-reglene. Sentralt i denne sammenheng er at man anser helse- og sosialtjenester for å være av en så spesiell karakter at det bør være opp til den enkelte medlemsstat om leveransen av dem skal overlates til det frie marked. Den objektive allmenne interessen i å opprettholde konkurransebegrensningen avveies derfor mot ulempene.¹⁸

¹⁴ Jf. TEUV art. 101-106, TEUV art. 49 og TEUV art. 56

¹⁵ Se for eksempel Arnesen og Wiggen (2008) s. 8-9

¹⁶ Sejersted (2014), s. 10

¹⁷ Jf. TEUV art. 101-106, TEUV art. 49 og TEUV art. 56

¹⁸ Hervey (2015) s. 234

Dette var blant annet tilfelle i sak C-475/99 (*Ambulanz Glöckner*)¹⁹, som gjaldt anskaffelser av ambulansetjenester. Myndighetene hadde med hjemmel i nasjonal lov reservert disse tjenestene til ideelle organisasjoner, og spørsmålet i saken var om dette var i strid med EU-rettens konkurranseregler.²⁰ EU-domstolen kom til at selv om den særstillingen loven ga ideelle organisasjoner i utgangspunktet *var* i strid med konkurransereglene, var den berettiget på grunn av de særskilte hensyn som gjorde seg gjeldende ved slike anskaffelser.²¹ I denne avveiningen var de spesielle karakteristika ved ytelsen avgjørende, slik som at utrykningstjenester krever store ressurser og full tilgjengelighet døgnet rundt, hvilket gjør at muligheten for inntjening er lav. En profittorientert leverandør ville derfor ikke ha insentiver til å levere ambulansetjenester i avsidesliggende områder der etterspørselen er minst. På bakgrunn av dette vurderte EU-domstolen at ideelle organisasjoner kunne prestere en bedre ytelse til allmenheten fordi deres tjenester ytes etter behov, uavhengig av geografisk område og etterspørsel.

At særlige hensyn gjør seg gjeldende ved myke anskaffelser, var også tema i sak C-113/13 (*Spezzino*)²², som i likhet med sak C-475/99 (*Ambulanz Glöckner*) gjaldt anskaffelse av utrykningstjenester. I følge italiensk regional lovgivning skulle offentlig akutt syketransport primært skje i egenregi, og ellers forbeholdes ideelle organisasjoner. EU-domstolen kom til at selv om loven utgjorde et indirekte diskriminerende tiltak etter reglene om etableringsfrihet og fri adgang til å yte tjenester, var tiltaket likevel forsvarlig på grunn av de særlige hensyn det var ment å beskytte. Disse var å bevare helsetjenester som er åpne for alle, samt å forhindre sløsing av finansielle, tekniske og menneskelige ressurser.²³ I sin begrunnelse uttalte domstolen at den nasjonale lovgivningen var bygget på prinsippene om universalitet, solidaritet og prismessig overkommelighet, og at ideelle organisasjoner spesifikt tilsikter å bevare disse prinsippene.²⁴ Slike formål kunne det tas hensyn til innenfor EU-retten.²⁵

Prinsippet om at særlige hensyn kan begrunne at myke anskaffelser reserveres til ideelle leverandører, har senere blitt gjentatt av EU-domstolen i sak C-50/14 (*CASTA*).²⁶ Også denne

¹⁹ Sag C-475/99 *Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz*.

²⁰ De aktuelle reglene var ulovlig vridning av konkurransen, jf. TEUV art. 101, og misbruk av dominerende stilling, jf. art 102

²¹ I følge TEUV artikkel 106 nr. 2 (daværende artikkel 86 nr. 2), er foretak som har blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning bare underlagt konkurransereglene ”i den grad anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem”.

²² Sag C-113/13 *Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl. mod San Lorenzo Soc. coop. Sociale Onlus og Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*

²³ EU-domstolen, Pressemelding 14/173 s. 2

²⁴ Sag C-113/13, premiss 53

²⁵ Sag C-113/13, premiss 54

²⁶ 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*, premiss 66

saken gjaldt anskaffelse av akutte syketransporttjenester, og EU-domstolen viser gjennomgående til retningslinjene oppstilt i C-113/13 (Spezzino) for å begrunne at disse tjenestene kunne forbeholdes ideelle aktører uten at dette er i strid med de generelle EU-reglene om etableringsfrihet og friheten til å yte tjenester. Man kan utlede av dommen en underliggende oppfatning om at bruk av ikke-kommersielle, frivillige virksomheter til å utføre myke tjenester generelt er positivt for samfunnet, og at det bidrar til en kostnadseffektiv løsning for myndighetene.²⁷

Andre særtrekk ved myke anskaffelser som kan rettferdiggjøre at disse unntas fra konkurranse, er de særlige omsorgsaspektene som knytter seg til disse tjenestene. Dette er for eksempel ekstra aktuelt ved rusomsorg og eldreomsorg, der sistnevnte har gitt opphav til det medieskapte uttrykket ”bestemor på anbud”. Også når det gjelder eldreomsorgstjenester for det offentlige regning, har EU-domstolen godtatt at leveransen av disse kan forbeholdes ideelle organisasjoner og dermed unntas fra konkurranse. Saken C-70/95 (Sodemare)²⁸ gjaldt italienske regler om at tillatelse til å tilby eldreomsorg som var omfattet av det offentlige tjenestetilbudet, bare kunne gis til organisasjoner som ikke hadde økonomisk gevinst for øyet. EU-domstolen kom til at denne ordningen verken var i strid med reglene om etableringsfrihet, reglene om fri tilgang til å tilby tjenester eller konkurransereglene. Begrunnelsen var at de ideelle organisasjonene bedre kunne oppfylle de sosiale formål som de aktuelle tjenesteytelsene skulle oppnå, fordi de ikke var påvirket av kravet om å gå i overskudd. I denne sammenheng fremhevet domstolen at det italienske velferdssystemet bygget på solidaritetsprinsippet, og at hovedformålet med pleietjenestene var å bistå personer som på grunn av utilstrekkelig inntekt, helt eller delvis manglende evne til å klare seg selv eller en utsatt sosial posisjon, har behov for hjelp.²⁹

I C-113/13 (Spezzino) viste EU-domstolen i sin begrunnelse til sak C-70/95 (Sodemare). Generaladvokat Wahl hadde tidligere argumentert for at resultatet i Sodemare-saken ikke var relevant for utfallet i Spezzino, da saksforholdet i Sodemare ikke direkte gjaldt offentlige anskaffelser, men i stedet dreide seg om selve oppbyggingen av det italienske velferdssystemet.³⁰ Sejersted har lagt vekt på denne uttalelsen i sin utredning av 2014,³¹ avgitt på et tidspunkt da dom i saken ennå ikke forelå. I denne sammenheng skriver han at dersom EU-domstolen kom til samme resultat som generaladvokaten, ville dette bety at det å forbeholde

²⁷ Brown (2016), s. NA76

²⁸ Sag C-70/95 Sodemare SA m.fl. mod Regione Lombardia

²⁹ Sag C-70/95, premiss 29

³⁰ Forslag til avgjørelse av generaladvokat Wahl i sag C-113/13 Spezzino av 30. April 2014, premiss 71.

³¹ Sejersted (2014), s. 12

myke tjenestekontrakter til ideelle organisasjoner, slik den norske forskriften har tillatt,³² er i strid med den generelle EU-retten.

EU-domstolen kom imidlertid ikke til samme resultat som generaladvokaten. Den fant at det ikke var i strid med EU-retten å forbeholde de aktuelle tjenesteytelsene for ideelle organisasjoner.³³ Det at Spezzino-saken direkte gjaldt offentlige anskaffelser, gjorde altså ikke at tilfellet ble vurdert strengere enn i Sodemare, slik generaladvokaten hadde tatt til orde for. EU-domstolens vurdering var at de samme sosiale hensyn gjorde seg like mye gjeldende i et tilfelle som dette.³⁴

Disse avgjørelsene viser at i saker som omhandler anskaffelser av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner, forankrer EU-domstolen sine avgjørelser i de særlige karakteristika ved ytelsen. Slike karakteristika kan for eksempel være at helse- og sosialtjenester skal være åpne for alle, uavhengig av økonomisk stilling og bosted, noe som kan forsvare bruk av tiltak som utgjør begrensninger i de fire friheter. At disse hensynene anses som så viktige at de kan rettferdiggjøre slike tiltak, kommer tydelig frem i EU-domstolens uttalelse i Spezzino:

”Ved bedømmelsen af, om dette forbud overholdes, skal der imidlertid tages hensyn til den omstændighed, at menneskers liv og sundhed står øverst blant de goder og interesser, som er beskyttet ved traktaten, og at det tilkommer medlemsstaterne, som råder over en skønsmagt, at træffe bestemmelse om det niveau for beskyttelsen af den offentlige sundhed, som de ønsker at sikre, og hvorledes dette niveau skal nås.”³⁵

Med unntak av sak C-70/95 (Sodemare), gjelder de nevnte sakene utrykningstjenester. Slike tjenester er underlagt en egen unntaksregel etter direktiv 2014/24.³⁶ Sakene er likevel relevante da det på domstidspunktene ikke fantes en slik spesialregel, og resultatene er fundert på generelle EU-rettslige prinsipper. Disse har like stor relevans i dag, og har overføringsverdi til andre typer tjenesteytelser som også skal ivareta sosiale hensyn. McGowan har påpekt at dersom EU-domstolen bare tok sikte på å klarlegge rettstilstanden ved ambulansetjenester, ville det vært mye enklere å argumentere konkret ut i fra disse tjenestetypene, i stedet for å anvende generelle prinsipper. Når domstolen likevel har valgt å anvende generelle prinsipper i sin argumentasjon, taler dette for at prinsippene oppstilt i dommene er relevante også for andre typer saker hvor de samme hensynene gjør seg gjeldende.³⁷

³² jf. FOA (2006) § 2-1, tredje ledd, bokstav a

³³ Sag C-113/13, premiss 66

³⁴ Caranta har dessuten påpekt at det både i Sodemare og Spezzino dreide seg om å begrense markedsadgangen til fordel for en bestemt kategori leverandører, og at generaladvokatens forsøk på å skille de to sakene fra hverandre derfor hadde liten realitet, jf. Caranta (2016) s. 18

³⁵ Sag C-113/13 (Spezzino), premiss 56

³⁶ Jf. artikkel 10 bokstav h

³⁷ McGowan (2016)

På bakgrunn av EU-domstolens rettspraksis er det grunnlag for å hevde at det ikke er i strid med den generelle EU-retten å forbeholde myke tjenestekontrakter til ideelle organisasjoner der dette kan begrunnes i ytelsens karakter og brukernes behov.

2.3 EU-kommisjonens behandling av forholdet til de fire friheter

EU-kommisjonen har i et arbeidsdokument uttalt at anskaffelsesreglene er basert på prinsippet om likebehandling og ikke-diskriminering av økonomiske aktører, og at det derfor i utgangspunktet ikke er adgang for oppdragsgivere til å begrense en anskaffelsesprosess til ideelle leverandører.³⁸ Dette utsagnet begrenses imidlertid i neste avsnitt:

“However, national law regulating a particular activity might, in exceptional cases, provide for restricted access to certain services for the benefit of nonprofit organisations. In this case public authorities would be authorised to limit participation in a tender procedure to such non-profit organisations, if the national law is compatible with European law. Nevertheless, such a national law (...) would have to be justified on a case-by-case basis. On the basis of the case law of the Court of Justice, such a restriction could be justified, in particular, if it is necessary and proportionate in view of the attainment of certain social objectives pursued by the national social welfare system.”³⁹

I følge sitatet vil altså det å reservere myke anskaffelser til ideelle organisasjoner være problematisk i forhold til de EU-rettslige primærreglene. På den andre siden fremgår det av den samme uttalelsen at det ikke er et absolutt forbud mot å reservere myke anskaffelser til ideelle organisasjoner. En slik reservering kan nemlig begrunnes i de konkrete saksforholdene, under den forutsetning at adgangen er oppstilt i nasjonal lov. En reservasjon av myke anskaffelser vil dermed kunne godtas nettopp på grunn av de myke tjenestenes særlige karakter og de konkrete forhold i saken. Der en ideell organisasjon kan levere en bedre ytelse på grunn av sin ideelle karakter, for eksempel fordi det økonomiske overskuddet går direkte til tiltak til fordel for brukerne, er det grunn til å tro at det vil utgjøre en slik situasjon som det kommisjonen sikter til her.

2.4 ESAs og norske domstolars behandling av forholdet til de fire friheter

EFTAs overvåkingsorgan (ESA) har i likhet med EU-domstolen kommet til at de særskilte hensyn som gjør seg gjeldende ved sosialtjenester, kan rettferdiggjøre en forskjellsbehandling mellom ideelle og kommersielle leverandører. I avgjørelsen, som gjaldt det norske Barne-, ungdoms- og familiedirektoratets anskaffelse av barnevernstjenester, kom ESA under henvis-

³⁸ Commission staff working document (2013) s. 95

³⁹ Commission staff working document (2013) s. 95

ning til Sodemare til at det ikke var i strid med EU-retten å ekskludere kommersielle aktører fra markedet:

”[U]nder the rules on the freedom of establishment EEA States are allowed to exclude commercial operators from the market for public social services (...) Therefore, the Authority concludes that, in such cases, commercial operators cannot rely on the non-discrimination obligation (...) to claim the same treatment as non-profit operators.”⁴⁰

En lignende sak ble behandlet av Oslo byfogdembete 22. september 2016, og gjaldt Oslo kommunes utlysning av konkurranse om plasser i barnevernsinstitusjoner. Konkurransen var reservert til ideelle organisasjoner. Syv private kommersielle barnevernsinstitusjoner gikk til sak og krevde at konkurransen ble stanset ved midlertidig forføyning. Retten skulle ta stilling til om EØS-retten innebar at denne konkurransen ikke kunne avgrenses til ideelle organisasjoner. Men i stedet for å drøfte hvilken betydning EØS-retten hadde for lovligheten av en slik reservasjon, tok retten snarveien gjennom å drøfte hvorvidt unntaket om offentlig myndighetsutøvelse innebar at anskaffelsen ikke var omfattet av EØS-retten overhodet. Retten fant at de aktuelle barnevernstjenestene innebar utøvelse av offentlig myndighet, og at oppdragsgiver derfor ikke var forpliktet til å følge EØS-reglene. Den trengte derfor ikke ta stilling til om det å ekskludere kommersielle tilbydere fra konkurransen var i strid med de EU-rettslige reglene om etableringsfrihet og fri adgang til å yte tjenester. Oslo kommune viste imidlertid både til saken i Sodemare og til ESAs avgjørelse av 2010 i sin begrunnelse, og det er vanskelig å se at retten kunne kommet til et annet resultat enn i disse sakene, dersom den hadde tatt stilling til spørsmålet.⁴¹

2.5 Oppsummering

På grunn av myke tjenesters særlige karakteristika har både EU-domstolen og ESA kommet til at det å forbeholde disse tjenestene til ideelle leverandører ikke utgjør en ulovlig diskriminering av kommersielle aktører. Det er dermed tillatt etter primærretten å favorisere ideelle organisasjoner gjennom konkurransebegrensende tiltak der dette kan begrunnes nettopp i særlige karakteristika ved ytelsen.

⁴⁰ Complaint against Norway concerning the procurement of child care services, document no. 248/10/COL, s. 3

⁴¹ Saken er klaget inn til ESA på skrivende tidspunkt og avventer videre behandling der. For mer om dette, se Hovland I (2016)

3 Anskaffelsesdirektivet

3.1 Spørsmålet om det nye direktivet kommer til anvendelse

3.1.1 Innledning

Det nye anskaffelsesdirektivet, direktiv 2014/24/EU, avløser det gamle direktiv 2004/18/EU. Sistnevnte unntok helse- og sosialtjenester fra anskaffelsesreglene i sin helhet. Medlemsstatene kunne derfor regulere disse tjenestene slik de ville, så lenge dette ble gjort i tråd med primærretten. Dette var bakgrunnen for at den norske forskriften om offentlige anskaffelser (FOA) har operert med et generelt unntak for anskaffelser av helse- og sosialtjenester dersom leverandøren er en ideell organisasjon.⁴²

Etter innføringen av det nye anskaffelsesdirektivet er det ikke lenger gitt at den typen anskaffelser som er tema for denne oppgaven, faller utenfor sekundærreglenes anvendelsesområde. Det må derfor undersøkes hvorvidt det nye direktivet får anvendelse på anskaffelser av helse- og sosialtjenester fra ideelle aktører.

3.1.2 Direktivet kan kodifisere tidligere rettstilstand

Som nevnt har EU-domstolen gjennom de prinsipielle dommene *Ambulanz Glöckner*, *Sodemare* og *Spezzino*⁴³ klargjort at det før ikrafttreddelsen av det nye anskaffelsesdirektivet var tillatt for oppdragsgiver å forbeholde myke anskaffelser for ideelle organisasjoner der dette kunne begrunnes i de særskilte hensyn som tjenestene skulle ivareta. En av direktivets funksjoner er å kodifisere EU-domstolens rettspraksis, noe som fremkommer av direktivets fortale. Her står det bl.a. at det er behov for å ”præcisere grundlæggende begreper og koncepter (...) med henblik på at (...) integrere visse aspekter af EU-domstolens faste retspraksis”,⁴⁴ samtidig som det bemerkes at enkelte av direktivets begreper bør ”fortolkes i overensstemmelse med retspraksis”.⁴⁵ Et konkret eksempel på at direktivet kodifiserer rettspraksis, er den nye regelen i direktivets artikkel 10 bokstav h. Bestemmelsen unntar akutte ambulansetjenester fra direktivets anvendelsesområde, men kun der disse tildeles en ikke-kommersiell organisasjon.⁴⁶ Regelen kodifiserer dermed prinsippene oppstilt i *Ambulanz Glöckner* og *Spezzino*.

⁴² Jf. § 2-1, tredje ledd, bokstav a.

⁴³ jf. sak C-475/99, C-70/95 og C-113/13

⁴⁴ Fortalens pkt. 2

⁴⁵ Fortalens pkt. 89. Se også fortalens pkt. 107 for et lignende resonnement.

⁴⁶ *Hamer II* (2016) s. 487

Fordi et formål med direktiv 2014/24 er å kodifisere rettstilstanden, taler dette for at det også etter direktiv 2014/24 er adgang til å forbeholde andre typer myke tjenester til ideelle aktører, dersom dette kan begrunnes i de samme prinsippene som er trukket opp i rettspraksis. Dersom det motsatte skulle være tilfellet, altså at det ikke lenger er tillatt å forbeholde slike tjenester til ideelle aktører, er det rimelig å forvente at dette vil fremkomme klart av den nye direktivteksten. Noe slikt fremgår imidlertid verken av direktivet eller dets forarbeider. Det vil derfor ha formodningen mot seg at EU-lovgiver har endret denne adgangen som følger av tidligere rettspraksis.

En slik tankegang om at en fortolkning må avvises dersom det ikke finnes positive holdepunkter i regelens ordlyd, er ikke fremmed i EU-retten. Som Fenger bemerker har EU-domstolen ofte avvist en fortolkning som ikke har støtte i den aktuelle regelens ordlyd, med henvisning til at regelen ville vært formulert annerledes dersom EU-lovgiver hadde ønsket en slik rettstilstand.⁴⁷ EU-domstolen trakk for eksempel en slik slutning i sak C-257/00, som dreide seg om hvorvidt familien til en avdød person hadde rett til å oppholde seg i den medlemsstaten der avdøde hadde arbeidet tidligere. I følge EU-retten var det et krav om at avdøde måtte ha oppholdt seg i den aktuelle medlemsstaten i minst to år før sin død for at hans familie skulle få rett til å oppholde seg der permanent. Spørsmålet i saken var hvorvidt disse to årene måtte være tilbakelagt i en periode umiddelbart forut for arbeidstakerens død, eller om det holdt at perioden var tilbakelagt på et tidligere tidspunkt i avdødes liv.⁴⁸ Domstolen kom til at perioden måtte være avlagt umiddelbart før arbeidstakerens død, og uttalte i denne sammenheng:

”Det skal tilføjes, at såfremt fællesskabslovgiver havde ønsket, at opholdsperioder, der ligger længere forud for det tidspunkt, hvor arbejdstageren afgår ved døden, kunne tages i betragtning, ville det have været passende i forordning nr. 1251/70's ordlyd at indsætte en udtrykkelig tidsmæssig afgrænsning i denne henseende samt betingelser vedrørende arbejdstagerens familiemedlemmer, såsom det tidspunkt, hvor arbejdstageren indgår ægteskab.”⁴⁹

Også i sak C-167/95 trakk EU-domstolen en lignende slutning. Her var spørsmålet om EU-reglene gjorde at en nederlandsk veterinærpraksis måtte betale moms til Nederland av inntekter som virksomheten hadde opptjent utenfor hjemstaten. Det avgjørende var hva som ble regnet som leveringsstedet. Dersom leveringsstedet var stedet der den økonomiske virksomheten var etablert, i dette tilfellet Nederland, måtte det betales moms til hjemstaten for de aktuelle tjenesteytelsene. Dersom leveringsstedet derimot var det stedet der tjenesteytelsene fak-

⁴⁷ Fenger (2004) s. 537

⁴⁸ Sag C-257/00, Nani Givane m.fl. mod Secretary of State for the Home Department, premiss 16

⁴⁹ Sag C-257/00, premiss 49

tisk ble utført, i dette tilfellet Belgia, ville ikke virksomheten måtte betale moms av de aktuelle tjenesteytelsene til hjemstaten. Hovedregelen var at virksomhetens etableringssted (Nederland) utgjorde leveringsstedet. Direktivet oppstilte imidlertid visse unntak, bl.a. at når det gjaldt "rådgivningsvirksomheder, ingeniører, projekteringsvirksomheder, advokater og revisorer, samt andre lignende ydelser" var leveringsstedet det stedet hvor tjenesten faktisk ble utført. Spørsmålet var om dette unntaket fikk anvendelse på det aktuelle saksforholdet. I denne sammenheng la domstolen avgjørende vekt på at det ikke fremgikk direkte av direktivteksten at veterinærtjenester var omfattet av unntaket:

"Som med føje anført af den tyske regering ville fællesskabslovgiver dog, hvis han havde ønsket, at alle former for virksomhed, der udøves selvstændigt, skulle være omfattet af denne bestemmelse, have angivet dem i generelle termer. (...) Hvis lovgiver havde ønsket at lade lægeprofessionen i almindelighed være omfattet af denne bestemmelse, da det er en virksomhed, der typisk udøves selvstændigt, ville han desuden have anført professionen i opregningen, når henses til, at sjette direktiv i andre bestemmelser (...) konkret nævner dyrlægetjenesteydelser."⁵⁰

På denne bakgrunn kan det altså hevdes at det har formodningen mot seg at EU-lovgiver har ment at det ikke lenger skal være adgang til å forbeholde myke tjenstekontrakter til ideelle aktører etter det nye direktivet, når verken direktivteksten eller dens forarbeider gir grunnlag for en slik tolkning.

På den annen side kan det innvendes at dersom EU-lovgiver hadde ment at også andre typer helse- og sosialtjenester skulle kunne unntas fra direktivets anvendelsesområde, ville man ha oppstilt en tilsvarende unntaksregel for disse, slik man har gjort i art. 10 bokstav h for ambulansetjenester. Å lovfeste en generell unntaksregel for myke tjenesteytelser på generell basis kan imidlertid fremstå som en vanskelig oppgave. Mens akutte ambulansetjenester er én konkret ytelse hvor de samme hensyn kan gjøre seg gjeldende uavhengig av tid og rom, vil ikke dette nødvendigvis være tilfellet for alle andre helse- og sosialtjenester. I den rettspraksis som foreligger om temaet, har domstolen alltid foretatt en konkret vurdering av hvorvidt de spesielle karakteristika ved ytelsen og de hensyn den skal ivareta kan rettferdiggjøre å forbeholde kontrakten til ideelle leverandører i det enkelte tilfelle.

Dersom meningen med det nye anskaffelsesdirektivet er at det ikke lenger skal være tillatt å gi kontrakter om levering av myke tjenester til ideelle organisasjoner der dette kan begrunnes i særlige karakteristika ved ytelsen, vil direktivet fravike de retningslinjene som EU-domstolen har oppstilt i *Ambulanz Glöckner*, *Sodemare* og *Spezzino*. Men hvorfor skulle EU-lovgiver ønske å fravike tidligere rettstilstand? Denne rettspraksisen er jo svært prinsipiell, da EU-domstolen her argumenterer ut i fra allmenne sosiale hensyn forankret i særtrekk ved ytelsen.

⁵⁰ Sag C-167/95, *Maatschap M. J. M. Linthorst, K. G. P. Pouwels en J. Scheres c.s. mod Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Roermond*, premiss 20-21

Det er i denne sammenheng vanskelig å finne gode grunner for at disse hensynene ikke lenger burde gjelde, og at direktivet har ment å fullstendig fravike disse prinsippene.

Det er videre et poeng at dommen i sak C-113/13 (Spezzino) ble avsagt på et tidspunkt da direktiv 2014/24 allerede var godt kjent og stod på terskelen til å bli gjennomført i medlemsstatene. EU-domstolen drøftet ikke hvilken betydning prinsippene som dommen bygger på, ville få for den fremtidige rettstilstanden under det nye direktivet. Det eneste domstolen nevnte i denne sammenheng var at det nye direktivet har en egen unntaksbestemmelse for akutte ambulansetjenester.⁵¹ Den nevnte imidlertid ingenting om hvilken betydning de generelle retningslinjene som dommen oppstiller, ville få for anskaffelser av andre helse- og sosialtjenester. Caranta har i denne forbindelse påpekt at det ikke akkurat bidrar til rettslig klarhet at EU-domstolen valgte å utforme nye krav for direkte tildeling av kontrakter til ideelle leverandører på et tidspunkt rett før de nye anskaffelsesreglene skulle tre i kraft.⁵² Dersom domstolen hadde vært av den oppfatning at disse prinsippene ikke ville være forenlige med det nye direktivet, er det rimelig å forvente at dette ble nevnt i domspremissene.

Videre kan det argumenteres for at det er lite sannsynlig at EU-lovgiver, som består av medlemsstatene i Rådet, har hatt interesse av å snevre inn det handlingsrommet som de allerede hadde etter rettspraksis og etter det gamle direktivet. Dette er i tråd med det restriktive tolkningsprinsipp, som tar sikte på å respektere statenes suverenitet ved å forhindre at statene blir pålagt mer omfattende plikter enn hva som umiddelbart følger av ordlyden.⁵³ Prinsippet gjelder riktignok for traktatolkning, men er overførbart til lovgivningsprosessene i EU da vedtakelsen av EUs direktiver også er resultatet av et samarbeid mellom stater. Det samme hensynet til statenes suverenitet gjør seg derfor gjeldende her, noe som taler for at direktivet ikke kan tolkes utvidende på dette punktet.

Et eksempel på at EU-domstolen ikke har villet tolke sekundærreglene utvidende uten holdpunkter i ordlyden, er sak C-348/98 (Ferreira). Saken gjaldt en passasjer som døde i en trafikkulykke. Føreren av bilen hadde ikke kjørt uaktsomt, og ulykken var derfor ikke dekket av bilforsikringen i følge portugisisk lov. Avdødes familie gikk til søksmål mot forsikringsselskapet og krevde erstatning for lidt tap på EU-rettslig grunnlag. I følge EUs motorvognndirektiv skulle det ansvar som måtte oppstå, være dekket av en forsikring. Direktivene regulerte imidlertid ikke betingelsene for at det skulle oppstå erstatningsansvar, og spørsmålet om ansvaret skulle bygges på et objektivt eller subjektivt grunnlag var derfor ikke regulert av EU-

⁵¹ Sag C-113/13 Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" m.fl. mod San Lorenzo Soc. coop. Sociale Onlus og Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus, premiss 8

⁵² Caranta (2016) s. 21

⁵³ Ruud og Ulfstein (2011), s. 93

retten. EU-domstolen kom i denne sammenheng til at spørsmålet om hvorvidt erstatning kunne bygges på objektivt grunnlag var opp til medlemsstatene selv å avgjøre:

”Når det ikke i fællesskabslovgivningen er truffet bestemmelse om, hvilken type erstatningsansvar for motorkøretøjer der skal dækkes af den lovpligtige forsikring, henhører det som udgangspunkt under medlemsstaternes kompetence at vælge den erstatningsansvarsordning, som skal gælde for skader, der forvoldes ved færdsel med motorkøretøjer.”⁵⁴

På denne bakgrunn ble ikke saksøkerne tilkjent erstatning. Sakens utfall bærer preg av den samme tankegangen som det restriktive tolkningsprinsipp bygger på, nemlig at man bør forhindre at statene blir pålagt mer omfattende plikter enn hva som umiddelbart følger av ordlyden. I folkeretten har man riktignok beveget seg bort fra det restriktive tolkningsprinsippet i senere tid, og det er ikke lenger slik at det er den løsning som gir statene mest frihet, som skal velges.⁵⁵ Likevel må det i følge Ruud og Ulfstein fortsatt være et utgangspunkt at inngrep i statenes suverenitet krever et rettslig grunnlag i form av et slags folkerettslig legalitetsprinsipp.⁵⁶ Mangel på klar ordlyd er derfor et argument mot å skulle innfortolke et forbud mot å kunne reservere myke anskaffelser til ideelle aktører.

3.1.3 Betydningen av opphevelsen av skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester

Det er på det rene at det forrige anskaffelsesdirektivet⁵⁷ ikke var til hinder for at myke tjenesteytelser kunne reserveres til bestemte aktører. Direktivet skilte nemlig mellom A- og B-tjenester, eller såkalte prioriterte og uprioriterte tjenester.⁵⁸ Mens A-tjenestene var regulert av direktivet, var B-tjenestene unntatt fra direktivets regler.⁵⁹ Helse- og sosialtjenester hørte inn under B-tjenestene, og direktivets regler fikk derfor ikke anvendelse på disse. Det var derfor uomstridt at medlemsstatene ikke behøvde å forholde seg til de spesielle anskaffelsesreglene ved kjøp av helse- og sosialtjenester i markedet.

I det nye anskaffelsesdirektivet er skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenesteytelser opphevet. Helse- og sosialtjenester, som tidligere var unntatt anskaffelsesreglene, er nå spe-

⁵⁴ Sag C-348/98 Vitor Manuel Mendes Ferreira og Maria Clara Delgado Correia Ferreira mod Companhia de Seguros Mundial Confiança SA, premiss 28

⁵⁵ Fleischer (2000) s. 47

⁵⁶ Ruud og Ulfstein (2011) s. 93

⁵⁷ Direktiv 2004/18

⁵⁸ Se artikkel 20 og 21, direktiv 2004/18/EF

⁵⁹ Begrunnelsen bak denne inndelingen var at A-tjenestene ble ansett for å ha en grenseoverskridende interesse, og dermed for å være av størst betydning for det frie marked. B-tjenestene, derimot, ble ansett for bare å være av begrenset grenseoverskridende interesse. For nærmere om begrunnelsen bak inndelingen, se Arrow-smith (2014) s. 416 og Hansen (2012) s. 113 flg.

sialregulert i direktivets artikkel 74-77. Disse reglene regulerer altså anskaffelser av helse- og sosialtjenester generelt.

I sin utredning konkluderer Sejersted med at det nye systemet i direktiv 2014/24 innebærer at det ikke lenger kan være tillatt å forbeholde myke tjenester til ideelle organisasjoner på samme måte som etter den norske forskriften av 2006. På departementets spørsmål om hvorvidt dagens unntak for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres, svarer han:

”Dette kan besvares ganske kort og konsist. Etter min vurdering er det klart at dagens unntak i § 2-1 (3) ikke kan videreføres i sin nåværende form når direktiv 2014/24 skal gjennomføres i norsk rett.”⁶⁰

I sin begrunnelse viser Sejersted bl.a. til at EU-lovgiver har valgt å oppheve skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester, og at helse- og sosialtjenester nå tas inn under de anskaffelsesreglene som de tidligere var unntatt fra.

Det at EU-lovgiver har valgt å legge helse- og sosialtjenester inn under det nye direktivet, må naturligvis bety at disse tjenestene ikke lenger kan unntas fra de EU-rettslige anskaffelsesreglene på generell basis, i motsetning til etter direktiv 2004/18. Dette fremgår bl.a. av kommisjonens forslag av 2011 til nytt direktiv:

”[d]en traditionelle skelnen mellem såkaldte prioriterede og ikkeprioriterede tjenesteydelser (A og B-tjenesteydelser) vil blive afskaffet. Resultaterne af evalueringen har vist, at det ikke længere er berettiget at begrænse den fulde anvendelse af lovgivningen om indkøb til en afgrænset gruppe af tjenesteydelser.”⁶¹

I følge Kommisjonen er det altså ikke lenger grunn til å la anskaffelsesreglene gjelde for en avgrenset gruppe av tjenesteytelser. Det fins også flere gode grunner til at regelverket ikke lenger bare bør gjelde for såkalte prioriterte tjenester. Det er for eksempel vanskelig å se at flere av de tidligere uprioriterte tjenestene, som for eksempel hotell- og restauranttjenester, ikke har tilstrekkelig grenseoverskridende interesse til at de bør underlegges de alminnelige anbudsreglene. Heller ikke andre typer helse- og sosialtjenester, som for eksempel apotekvirksomhet og levering av sengetøy til sykehus, er enkle å begrunne at bør unntas fra de alminnelige anbudsreglene.⁶² En generell unntaksregel kan derfor med rette anses for å favne for vidt.

⁶⁰ Sejersted (2014) s. 12

⁶¹ KOM (2011) 896, s. 10

⁶² Se bilag II B til direktiv 2004/18/EF som oppgir CPV-kodene for de typer tjenester som tidligere var klassifisert som uprioriterte. For mer informasjon om CPV-koder, se mytenders.no

Men dette betyr ikke at Sejersteds konklusjon er uangripelig. Temaet for Sejersteds utredning og for denne avhandlingen er ikke anskaffelser av det som tidligere ble ansett som uprioriterte tjenester generelt. Det vi er opptatt av, er anskaffelser av den mindre kategorien helse- og sosialtjenester, og kun i de tilfeller der leverandøren er en ideell organisasjon. Det er med andre ord en vesentlig forskjell mellom det å kategorisere etter tjenestetype og det å kategorisere både etter tjenestetype og etter type leverandør. Hvis man kategoriserer etter sistnevnte, vil myke tjenester levert av ideelle organisasjoner utgjøre en egen underkategori av den tidligere hovedkategorien uprioriterte tjenester. Det er ikke nødvendigvis slik at underkategorien helse- og sosialtjenester som leveres av ideelle organisasjoner, faller utenfor regelverket fordi EU-lovgiver har valgt å oppheve den vide unntaksregelen for uprioriterte tjenester.

3.1.4 Betydningen av den nye unntaksregelen i art. 77

Et av argumentene mot at anskaffelser av helse- og sosialtjenester fra ideelle leverandører faller utenfor det nye direktivet, er innføringen av den nye unntaksbestemmelsen i art. 77. Bestemmelsen åpner for at helse- og sosialtjenester kan reserveres for en treårsperiode til organisasjoner som oppfyller bestemte krav. Disse kravene er at organisasjonen må ha som formål å utføre offentlige oppdrag knyttet til slike tjenester, at utbyttet skal benyttes til å oppfylle organisasjonens målsettinger og at eierstrukturen er basert på medeierskap eller aktiv deltakelse av ansatte eller brukere. I tillegg er det et vilkår at organisasjonen ikke har blitt tildelt kontrakt for de samme tjenestene de siste tre årene av den samme oppdragsgiveren etter samme bestemmelse. Regelen retter seg mot bestemte typer ideelle organisasjoner, og nedslagsfeltet er derfor smalere enn for ideelle organisasjoner generelt.⁶³

I utredningen fra 2014 hevder Sejersted at selve det forhold at EU-lovgiver har valgt å konstruere en egen og snevrere unntaksadgang for å kunne tildele myke tjenestekontrakter til visse typer ideelle organisasjoner, må bety at det ikke lenger kan være adgang til å videreføre dagens unntaksregel i FOA § 2-1(3).⁶⁴ Mandatet for Sejersteds utredning var å undersøke om det etter implementeringen av det nye direktivet fortsatt vil være adgang til å unnta helse- og sosialtjenester fra anskaffelsesreglene dersom en slik kontrakt inngås med en ideell organisasjon, slik forskriften av 2006 tillater. Jeg er enig med Sejersted i at denne unntaksregelen ikke kan videreføres i sin nåværende form, men jeg mener likevel at det vil være å gå for langt å hevde at det ikke lenger er tillatt å forbeholde myke anskaffelser for ideelle leverandører i noen tilfeller, slik jeg oppfatter at Sejersted mener.

⁶³ Se Hamer II (2016) s. 513

⁶⁴ Sejersted (2014), s. 13. Det samme synspunktet fremmes i den svenske Velfärdsutredningen, se SOU 2016:78, s. 551

Det er et viktig poeng at unntaksadgangen for de konkrete tilfeller i art. 77 taler mot at man også skal kunne reservere kontrakter til organisasjoner som ikke er listet opp i bestemmelsen. Hensyn til sammenheng i regelverket tilsier at EU-lovgiver ikke ville gitt en egen, snevrere unntaksregel for visse typer ideelle organisasjoner, dersom man mente at myke anskaffelser fortsatt kunne reserveres til alle typer ideelle organisasjoner. Med andre ord kan det anføres at artikkel 77 må betraktes som en uttømmende regulering av adgangen til å reservere konkurranser for ideelle organisasjoner.⁶⁵ Men selv om unntaksadgangen i artikkel 77 ved første øyekast later til å stenge for at man skal kunne reservere kontrakter til organisasjoner som ikke er listet opp i bestemmelsen, er det etter min mening flere elementer som taler mot en slik tolkning.

For det første kom regelen inn i direktivet som et resultat av intens lobbyvirksomhet fra Storbritannia,⁶⁶ som ønsket å innføre en ordning for å ivareta enkelte nystartede virksomheter.⁶⁷ Dette er virksomheter som hovedsakelig er etablert av tidligere ansatte i offentlig sektor i den hensikt å levere offentlige tjenester,⁶⁸ og regelen kan derfor forklares som en slags omstillingsregel myntet på nyprivatiserte offentlige tjenester. EU valgte å imøtekomme Storbritannias ønske ved å tillate en videreføring av disse virksomhetene i en overgangsperiode på tre år. Det at man har villet gjøre Storbritannias til lags ved å innføre en slik unntaksregel, trenger imidlertid ikke bety at EU-lovgiver samtidig har ment at ingen andre tilfeller faller utenfor direktivets regler.

For det andre er selve formålet med bestemmelsen, utover det å imøtekomme Storbritannias ønsker, svært uklart. Direktivets fortale begrunner unntaksadgangen med at den skal sikre kontinuitet i offentlige tjenester.⁶⁹ Noen begrunnelse utover dette gis ikke. Forfattere som Hamer, Smith og Caranta har pekt på at dette ikke gir noen ordentlig forklaring på hensikten med bestemmelsen.⁷⁰ Caranta fremhever at det er vanskelig å se hvordan skillet ideelle/kommersielle organisasjoner er relevant når det gjelder å sikre leverandørens pålitelighet.⁷¹ Videre harmonerer det dårlig med formålet om å sikre kontinuitet i offentlige tjenester at regelen oppstiller en maksimal varighet på tre år, som får som konsekvens at ingen av de omfattede organisasjonene kan levere en tjeneste sammenhengende over lengre tid enn dette.⁷²

⁶⁵ Goller (2015), s. 7

⁶⁶ Smith (2014), s. 167

⁶⁷ NOU 2014:4 s. 261

⁶⁸ Smith (2014), s. 167

⁶⁹ Fortalens punkt 118

⁷⁰ Se Hamer II (2016) s. 512, Smith (2014), s. 167 og Caranta (2014) s. 93

⁷¹ Caranta (2014) s. 93

⁷² Caranta (2014) s. 94

Tidsbegrensningen innebærer dessuten en vesentlig innsnevring av unntaksbestemmelsens praktiske nedslagsfelt.⁷³ Tre år må regnes som en kort periode fordi hensynet til kontinuitet og forutberegnelighet er ekstra viktig for brukerne av helse- og sosialtjenester.

Det at artikkel 77 ble innført på bakgrunn av lobbying fra Storbritannia uten at man har kunnet si noe konkret om det EU-rettslige formålet bak bestemmelsen, skaper inntrykk av at EU-lovgiver ikke har hatt et helt gjennomtenkt syn på unntaksregelens funksjon. Goller og Sejersted har dessuten påpekt at bestemmelsen kom inn helt på slutten av lovgivningsprosessen,⁷⁴ noe som forsterker inntrykket av at regelen er resultatet av et lite gjennomtenkt hastearbeid. På bakgrunn av dette virker det lite sannsynlig at EU-lovgivers hensikt med unntaksregelen samtidig har vært å stenge for at myke tjenester forbeholdes andre typer ideelle organisasjoner enn de som fremgår av bestemmelsen, til tross for at EU-domstolen har tillatt dette tidligere. Det at man har valgt å gi en egen unntaksbestemmelse i art. 77, er derfor etter min mening ikke et godt nok argument for at det ikke lenger skal være tillatt å forbeholde myke anskaffelser til andre typer ideelle organisasjoner enn de som er listet opp i bestemmelsen. Som Goller har hevdet, kan det at direktivet uttrykkelig åpner for å reservere visse kontraktstyper for ideelle organisasjoner like gjerne tas til inntekt for at dette ikke er prinsipielt utelukket av reglene.⁷⁵

Videre er det ikke gitt at de organisasjonene som man kan reservere myke tjenester til etter art. 77, ville vært omfattet av unntaksregelen som EU-domstolen har oppstilt gjennom bl.a. *Ambulanz Glöckner* og *Sodemare*. I de nevnte dommene la EU-domstolen vekt på at det forelå særlige karakteristika ved ytelsen som begrunnet at den burde leveres av ideelle aktører, og at tilfellet dermed kunne unntas fra reglene om fri konkurranse, etableringsfrihet og fri tilgang til å yte tjenester. Art. 77, derimot, inneholder ingen tilsvarende krav til at det må foreligge slike hensyn. Regelen åpner for at oppdragsgiver kan reservere myke tjenestekontrakter til en ideell organisasjon som oppfyller de vilkårene som regelen oppstiller, uten at det må foreligge spesielle hensyn som tilsier at en reservasjon er den beste løsning i dette tilfellet. Slik vil ikke alle de tilfellene som omfattes av art. 77-unntaket også være omfattet av det domstolskapte unntaket. Fordi disse tilfellene ikke er overlappende, kan man ikke bruke den nye regelen i art. 77 som argument for at direktivet har fraveket EU-domstolens rettspraksis på området.

3.1.5 Konklusjon

⁷³ NOU 2014:4 s. 261

⁷⁴ Sejersted (2014) s. 19 og Goller (2015) s. 7. Selv har jeg ikke kunnet finne ytterligere belegg for dette.

⁷⁵ Goller (2015) s. 7

Det nye direktivets opphevelse av skillet mellom prioriterte og uprioriterte ytelser, samt innføringen av unntaksregelen i artikkel 77, er ikke gode nok argumenter for å kunne si med sikkerhet at myke tjenesteytelser som leveres av ideelle organisasjoner, faller innenfor det nye direktivets anvendelsesområde. Direktivet kan slik fungere som en kodifisering av tidligere rettstilstand på dette området.

På den andre siden fins det heller ingen positive holdepunkter for at det nye direktivet har ment å videreføre tidligere rettstilstand. Jeg vil derfor forutsette for den videre drøftelsen at det nye direktivet kommer til anvendelse på disse tjenestene, og i stedet undersøke hvilket handlingsrom det er innenfor det nye direktivet til å bruke ideelle leverandører ved myke anskaffelser.

3.2 Spørsmålet om direktivet tillater direkte tildeling

3.2.1 Innledning

Dersom man legger til grunn at anskaffelser av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner faller innenfor anvendelsesområdet til det nye direktivet, blir neste steg å undersøke hva som følger av direktivet når det gjelder denne typen anskaffelser. Kan direktivet tolkes slik at det åpner for direkte tildelinger til ideelle aktører dersom dette kan begrunnes i ytelsens karakter og brukernes behov?

3.2.2 Direkte tildeling er tillatt etter primærretten

EU-domstolen har gjentatte ganger kommet til at direkte tildeling av myke tjenestekontrakter til ideelle leverandører ikke er i strid med reglene om de fire friheter, så lenge det gjøres etter de betingelser som domstolen har oppstilt. Dette ble senest bekreftet i sak C-50/14 (CASTA):

”[N]år alle de betingelser, der i henhold til EU-retten giver en medlemsstat mulighed for at fastsætte brugen af frivillige sammenslutninger, er opfyldt, kan leveringen af sygetransportydelse overdrages til disse sammenslutninger ved direkte tildeling og uden nogen form for offentliggørelse. Det manglende krav om offentliggørelse indebærer, at de offentlige myndigheder, der på de nævnte betingelser gør brug af frivillige sammenslutninger, i medfør af EU-retten ikke er forpligtet til at foretage en sammenligning mellem de frivillige organisationer.”⁷⁶

Flere har reist kritikk mot EU-domstolens konklusjon. Mens Brown har stilt spørsmålsteget ved hvordan hensynet til effektiv bruk av ressurser kan maksimeres dersom oppdragsgiver

⁷⁶ 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, premiss 69

ikke har sammenlignet tilbud fra to eller flere ideelle organisasjoner,⁷⁷ har Caranta til og med kalt avgjørelsen om å tillate direkte tildeling for ”maddening”.⁷⁸ Som Generaladvokat Wahl anførte i saken, vil jo det at flere ideelle aktører konkurrerer om den samme kontrakten, normalt bare oppmuntre hver enkelt leverandør til å bli ekstra kostnadsbevisst.⁷⁹ En direkte tildeling til en bestemt ideell organisasjon, derimot, gir ikke det samme incentivet til kostnadsreduksjon, og vil dessuten virke diskriminerende mot andre potensielle ideelle leverandører.

Det er riktig at det strider med hensynet til fri konkurranse ikke å invitere flere ideelle aktører til å konkurrere om den samme tjenestekontrakten. Det kan imidlertid virke som at EU-domstolen har ment at hvorvidt oppdragsgiver velger å sammenligne flere tilbud, er noe som bør overlates til medlemsstatenes skjønn. Det vil være hensiktsmessig å gi oppdragsgiver adgang til å foreta en direktetildeling i de tilfeller der man vet at det ikke fins et stort ideelt tilbud av den aktuelle tjenesten, noe som for eksempel kan være aktuelt innenfor rusomsorgen.⁸⁰ En direktetildeling i slike tilfeller vil være både tids- og arbeidsbesparende. På andre områder, derimot, kan det være hensiktsmessig å undersøke hva markedet har å tilby før man tar en avgjørelse. Dette gjelder fortrinnsvis for de tjenesteytelsene der man har grunn til å tro at flere ideelle aktører vil ha interesse av å levere den aktuelle tjenesten.

3.2.3 Å tillate direkte tildeling strider med anskaffelsesrettens formål

Selv om direkte tildeling av myke tjenestekontrakter til ideelle organisasjoner har blitt tillatt etter de EU-rettslige primærreglene, betyr ikke dette at det samme er tillatt etter de sekundære anskaffelsesreglene.

Det gir lite mening å komme til at det nye direktivet får anvendelse på myke tjenester som leveres av ideelle aktører, og samtidig tolke direktivet slik at det gir adgang til direkte tildeling av disse tjenestekontraktene. Hovedformålet med anskaffelsesreglene er å medvirke til en åpen og rettferdig konkurranse om offentlige kontrakter for å sikre den frie bevegelighet i EU, og at alle virksomheter har lik adgang til offentlige kontrakter.⁸¹ Videre er et formål med direktivet å fjerne hindringene for fri utveksling av tjenester for å beskytte interessene til de tilbyderne som er etablert i en medlemsstat, og som ønsker tilby tjenester til oppdragsgivere i

⁷⁷ Se Brown (2016), s. NA76. Se også Sánchez-Graells (2016) s. 36, som uttrykker det samme synet

⁷⁸ Caranta (2016)

⁷⁹ Forslag til avgjørelse av generaladvokat Wahl i sag C-113/13 Spezzino av 30. April 2014, premiss 58

⁸⁰ Se for eksempel Agenda Kaupang (2011) s. 15, som omhandler en konkurranse om et rusomsorgstilbud i Oslo der Kirkens Bymisjon var eneste tilbyder i konkurransen

⁸¹ Hamer (2016) s. 32-33

en annen medlemsstat.⁸² Dersom man tolker direktivet slik at det samtidig åpner for at noen tjenester kan tildeles direkte til en bestemt aktør uten at det foretas en sammenligning med andre aktører, vil dette uthule formålene som direktivet er ment å ivareta.

Det å åpne for direkte tildeling av kontrakter om ytelser som faller innenfor direktivets anvendelsesområde vil med andre ord bryte med de prinsipper som direktivet er fundert på. Det å komme til at anskaffelsesretten tillater direkte tildeling av myke tjenstekontrakter er derfor egentlig det samme som å si at denne typen anskaffelser faller utenfor direktivets anvendelsesområde. Det blir derfor paradoksalt å komme til at direktivet får anvendelse på denne typen anskaffelser, samtidig som man mener at det åpner for direkte tildeling av disse. Følgelig må man konkludere med at tjenester som faller inn under anskaffelsesdirektivet, ikke kan være gjenstand for direkte tildeling, så lenge direktivet selv ikke eksplisitt tillater dette.⁸³

3.3 Spørsmålet om direktivet tillater å reservere konkurransen til ideelle aktører

3.3.1 Innledning

Når det ikke er mulig å foreta en direkte tildeling under direktiv 2014/24, må det undersøkes om det fins andre muligheter for oppdragsgiver til å sikre at medkontrahenten er ideell. Her vil alternativet være å reservere kontrakten til ideelle tilbydere, slik at det er et vilkår for å delta i konkurransen at leverandøren opererer uten gevinst for øyet. Dette blir i realiteten et spørsmål om oppdragsgiver kan angi som kvalifikasjonskrav at leverandøren er en ideell organisasjon. Dette skiller seg fra det å foreta en direkte tildeling fordi oppdragsgiver ved en reservasjon gir alle potensielle ideelle tilbydere muligheten til å delta i konkurransen. Dette vil i større grad fremme de anskaffelsesrettslige formålene ved at det åpner for konkurranse, noe som bidrar til mest mulig effektiv bruk av samfunnets ressurser. Ulempen er at det å reservere konkurransen til ideelle tilbydere, ekskluderer kommersielle tilbydere fra å delta. En reservasjon virker derfor begrensende på konkurransen, selv om den åpner for mer konkurranse enn hva en direkte tildeling gjør.

3.3.2 Direktivets fokus på myke tjenesters særskilte egenskaper

Som vist i kapittel 2 har EU-domstolen hatt et sterkt fokus på de spesielle hensynene som gjør seg gjeldende ved myke anskaffelser, noe som har kunnet rettferdiggjøre begrensninger i de

⁸² C-237/99 Kommissionen mod Frankrig, premiss 41

⁸³ Se for eksempel artikkel 16 nr. 2 bokstav a, som åpner for bruk av direkte tildeling ved forsvarsanskaffelser der det anses nødvendig for å beskytte vesentlige sikkerhetsinteresser

fire friheter i form av direkte tildeling til ideelle leverandører. Dette fokuset på særskilte karaktertrekk ved helse- og sosialtjenester er noe man finner igjen i direktivets forarbeider.

Det fremgår for eksempel av kommisjonens forslag til direktiv 2014/24 at det anses som klart at ”den lovmæssige indkøbsordning ikke er tilpasset sociale tjenesteydelser, som behøver et særligt regel”.⁸⁴ Kommisjonen anså altså at man hadde behov for egne reguleringer som gjelder slike tjenesteytelser:

”[S]ociale, sundhedsmæssige og uddannelsesmæssige tjenesteydelser har særlige egenskaber, som gør det uhensigtsmæssigt at anvende de normale fremgangsmåder ved tildelingen af offentlige tjenesteydelseskontrakter. Disse tjenesteydelser leveres typisk i en bestemt sammenhæng, som er vidt forskellige fra medlemsstat til medlemsstat som følge af forskellige administrative, organisatoriske og kulturelle forhold.”⁸⁵

Denne uttalelsen begrunner for det første hvorfor EU-lovgiver har valgt å regulere helse- og sosialtjenester særskilt i direktivets artikkel 74-77. Samtidig minner kommisjonens vektlegging av myke tjenesters særlige egenskaper om argumentasjonen som EU-domstolen brukte i sakene *Ambulanz Glöckner*, *Spezzino* og *Sodemare*, som ble brukt for å begrunne at det var behov for andre fremgangsmåter når det gjaldt anskaffelser av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner. Uttalelsen kan derfor tas til inntekt for at hensikten med det nye direktivet ikke har vært å bevege seg vekk fra de prinsippene som ble oppstilt av EU-domstolen i disse dommene.

Kommisjonens uttalelse viser altså at man i det nye direktivet fremdeles har et spesielt fokus på myke anskaffelsers særlige egenskaper, og hvordan disse egenskapene gjør at det er behov for å følge andre fremgangsmåter ved tildelingen av disse tjenestene. Dette taler for at det er tillatt etter direktivet å reservere enkelte myke anskaffelser til ideelle organisasjoner der det kan begrunnes i de samme hensynene.

I fortalen til direktiv 2014/24 understrekes det at helse- og sosialtjenester bare anses for å ha en begrenset grenseoverskridende dimensjon. I denne sammenheng argumenteres det for at medlemsstatene bør ha vide skjønnsbeføyelser når det gjelder valg av leverandører til disse tjenestetypene, på grunn av den kulturelle sammenheng de leveres i, og av hensyn til deres sensitive karakter.⁸⁶ Punkt 5-7 i fortalen gir dessuten klare signaler om at det nye direktivet ikke skal innebære noen endring i medlemsstatenes frihet når det gjelder å definere og å leve-

⁸⁴ KOM (2011) 896 s. 10

⁸⁵ KOM (2011) 896 s. 10

⁸⁶ Fortalens punkt 114

re disse tjenesteytelsene i henhold til nasjonale behov.⁸⁷ På den andre siden understrekes det at helse- og sosialtjenester som overstiger terskelverdiene, må underlegges gjennomsiktighet på EU-plan.⁸⁸

Her reflekterer direktivets fortale en viss spenning. På den ene siden understrekes det at medlemsstatenes organisering av helse- og sosialtjenester er noe EU ikke skal legge seg opp i, mens det på den andre siden gis uttrykk for at det vil få negative konsekvenser for fellesmarkedet dersom disse tjenestene unntas fra konkurranse.⁸⁹ Men det legges i det minste vekt på at myke anskaffelser har særskilte karaktertrekk, og at dette gjør at de vanlige anbudsreglene ikke egner seg til å regulere disse fullt ut.

At konkurransefremmende hensyn ikke skal gå på bekostning av helse- og sosialtjenestenes særlige karaktertrekk, kommer sterkere frem når det i fortalen vises til at medlemsstatene i forbindelse med tildeling av kontrakter vedrørende tjenesteytelser til personer bør ta hensyn til TEUV art. 14.⁹⁰ Av artikkel 14 fremgår det at unionen og dens medlemmer skal sørge for at tjenester av allmenn økonomisk betydning, i lys av den rolle slike tjenester spiller når det gjelder å fremme sosial og territorial utjevning, skal kunne ytes på grunnlag av de prinsipper og vilkår som gjør det mulig for dem å utføre sine oppgaver. I dette ligger en oppfordring til medlemsstatene om å balansere formålet med de sosiale tjenestene med interessen i å åpne markedet for sosiale tjenester for konkurranse.⁹¹ Wehlander ser det slik at dette indikerer at EU-lovgiver ikke ønsker å fremme uhindret konkurranse på feltet for helse- og sosialtjenester.⁹²

Videre inneholder direktivet som nevnt en spesialregel for bestemte utrykningstjenester utført av ideelle organisasjoner.⁹³ Fortalen begrunner dette unntaket med at det ville være vanskelig å bevare disse organisasjonenes ”særlige karakter”/”particular nature” dersom leverandørene av disse tjenestene skulle utvelges etter direktivets prosedyrer.⁹⁴ Denne begrunnelsen er interessant i vår sammenheng da den utelukkende er forankret i at ideelle organisasjoner har en verdi i seg selv. Unntaksbestemmelsen og dens underliggende begrunnelse gjelder riktignok bare for bestemte nødtjenester, men den illustrerer at tanken om at non-profitorganisasjoners

⁸⁷ Ølykke og Nielsen (2015) s. 308

⁸⁸ Fortalens punkt 114

⁸⁹ Smith (2014), s. 161

⁹⁰ Fortalens punkt 114

⁹¹ Wehlander (2016), s. 239

⁹² Wehlander (2016), s. 240

⁹³ Artikkel 10, bokstav h

⁹⁴ Fortalens punkt 28

ideelle karakter er beskyttelsesverdig i seg selv, og det på bekostning av konkurransefremmende hensyn, ikke er fremmed for EU-lovgiver. Her kan det igjen innvendes at det at fortalen bare nevner leverandører av ambulansetjenester, gir grunnlag for motsetningsslutninger. Med andre ord kan man påstå at dersom EU-lovgiver hadde ment at andre ideelle tjenesteleverandører også har en særlig karakter som bør ivaretas, ville disse vært nevnt. Den særegne karakteren som kjennetegner ideelle leverandører av ambulansetjenester, er imidlertid noe som også kjennetegner andre typer ideelle organisasjoner. Lik tilgang til helsetjenester uavhengig av geografi er et typisk hensyn som ideelle organisasjoner sikter å imøtekomme, for eksempel innen rusomsorgen.⁹⁵ Her er hensikten bak lokalt etablerte tilbud at brukerne ikke skal måtte pålegges å reise langt for å motta hjelp.⁹⁶ Det er derfor vanskelig å se at direktivet skal kunne gi grunnlag for motsetningsslutninger i denne sammenheng.

3.3.3 Direktivet skal fremme sosiale hensyn

I direktivets forarbeider uttaler EU-kommisjonen at et formål med anbudsreglene er å

”[g]ive ordregiverne bedre mulighed for at anvende offentlige indkøb til støtte for fælles samfundsmæssige mål såsom (...) fremme af (...) social integration samt sikring af de bedst mulige betingelser for tilvejebringelse af sociale tjenester af høj kvalitet.”⁹⁷

Uttalelsen viser hvordan Kommisjonen anerkjenner at anskaffelsesreglene ikke bare forfølger formålet om å sikre det indre marked, men at de også skal tilgodese andre samfunnsmessige mål som sosiale hensyn.⁹⁸ Med andre ord er det ikke slik at direktivet utelukkende skal fremme økt konkurranse. De konkurransefremmende hensyn må også veies mot hensynet til brukerne av de sosiale tjenestene. Å reservere myke tjenestekontrakter til ideelle leverandører fremstår i denne sammenheng som en hensiktsmessig løsning.

I tråd med Kommisjonens uttalelser fremgår det av Rådets diskusjoner vedrørende det nye direktivet at hensikten med light-regimet ikke er å begrense medlemsstatenes muligheter når det gjelder innkjøp av helse- og sosialtjenester, men å gi dem økt fleksibilitet i organiseringen av anbudsprosedyrene for slike tjenester:

”Social services of general economic interest have a fundamental role in the EU citizens' life quality. The European public procurement rules respect the competence of Member State in this field as they do not in any way oblige Member States to externalise the execution of such services. If contracting autho-

⁹⁵ Goller (2015) s. 9

⁹⁶ Goller (2015) s. 9

⁹⁷ KOM/2011/896, s. 2

⁹⁸ Hamer (2016) s. 34

rities decide to externalise such services, they have to comply with EU rules. The objective is now to give more flexibility to Member States to organise the tender procedures for these services.”⁹⁹

Sitatet bekrefter hvordan direktiv 2014/24 ikke bare har til hensikt å sikre så stor konkurranse som mulig. Et formål med direktivet er også å ivareta sosiale hensyn, og dette krever at det gis rom for smidige løsninger ved innkjøp av helse- og sosialtjenester.

Vi har nå sett på forarbeider til direktivet i form av uttalelser fra Kommisjonen og diskusjoner i Rådet. Slike uttalelser er riktignok ikke bindende for EU-domstolen,¹⁰⁰ og må derfor leses med en viss varsomhet. Videre inneholder EUs sekundærrett, i motsetning til for eksempel skandinavisk rett, lange fortaler som gir uttrykk for bl.a. formålet med reglene. Dette gjør at forarbeidene generelt får mindre betydning i EU-retten når det gjelder å fastlegge meningen med en lovbestemmelse.¹⁰¹ Likevel er direktivets forarbeider av rettskildemessig og praktisk interesse, da de gir uttrykk for bl.a. hvordan EUs organer mener at direktivene korrekt skal tolkes og praktiseres.¹⁰² Dessuten har EU-domstolen anvendt forarbeider for å fastlegge innholdet i lovbestemmelser der reglenes betydning ikke fremgår tilstrekkelig klart av ordlyden eller formålsbetraktninger alene.¹⁰³ Jo mer uklar ordlyden er, desto større grunn er det til å undersøke regelens formål og bakgrunn, og her kan forarbeidene være nyttige.¹⁰⁴ EU-domstolens bruk av forarbeider som rettskilde har dessuten økt i den senere tid,¹⁰⁵ noe som bl.a. skyldes økt tilgjengelighet og bedre kvalitet på forarbeidene.¹⁰⁶

3.3.4 Det må oppstilles et krav til en faktisk sammenheng mellom leverandørens ideelle karakter og ytelsens kvalitet

Et viktig argumentet *mot* at EU-lovgiver i direktiv 2014/24 har ment å åpne for at myke anskaffelser kan reserveres til ideelle organisasjoner, er at en slik adgang ikke vil kunne garantere at ideelle organisasjoner rent *faktisk* vil prestere en bedre ytelse. Dersom det ikke stilles krav til en slik sammenheng mellom leverandørens ideelle karakter og ytelsens kvalitet, vil det dessuten utgjøre en mulighet å omgå regelverket på. En slik omgåelse er klart i strid med

⁹⁹ 2011/0438(COD)

¹⁰⁰ Jf. TEUV artikkel 288, femte ledd

¹⁰¹ Rosas (2004), s. 336

¹⁰² Sejersted (2014) s. 11

¹⁰³ Frick og Schonberg (2003), s. 168

¹⁰⁴ Rosas (2004), s. 337

¹⁰⁵ Se for eksempel Arnesen og Stenvik (2015) s. 37 og Fenger (2004) s. 530

¹⁰⁶ Sejersted (2011) s. 233

bestemmelsen om at det innebærer en ulovlig innskrenkning av konkurransen dersom anbudet utformes med den hensikt å urettmessig favorisere visse økonomiske aktører.¹⁰⁷

Rettspraksis viser imidlertid at et vilkår for at konkurransebegrensende tiltak skal tillates, er at den ideelle leverandøren rent *faktisk* må bidra til en realisering av de sosiale formålene. EU-domstolen har som nevnt flere ganger slått fast at de særlige karakteristika som knytter seg til helse- og sosialtjenester, gjør at det ikke er i strid med traktatreglene å reservere visse myke anskaffelser til ideelle leverandører.¹⁰⁸ Samtidig har domstolen understreket at adgangen til en slik reservasjon forutsetter at den rettslige rammen for kontraktene rent faktisk må bidra til en realisering av tjenestenes sosiale formål. Dette ble første gang slått fast i C-113/13 (Spezzino)¹⁰⁹, og har senere blitt gjentatt av EU-domstolen i sak C-50/14 (Casta)¹¹⁰. I disse sakene var det altså ikke tilstrekkelig å anta at de ideelle organisasjonene fremmet de sosiale formålene utelukkende fordi de var ideelle, det måtte også kunne godtgjøres at de rent faktisk ville gjøre det. Dommene illustrerer hvordan særbehandlingen av ideelle organisasjoner har som formål å sikre at de ideelle aktørene som er egnet til å nå sosiale mål, får bidra med dette, men uten at denne særbehandlingen skal kunne fungere som en bakvei for ulovlig tildeling av offentlige kontrakter.¹¹¹

Vilkåret om en faktisk sammenheng mellom organisasjonens ideelle karakter og ytelsens kvalitet er imidlertid nokså vagt. EU-domstolen har ikke utdypet under hvilke omstendigheter dette vilkåret er oppfylt, og det er overlatt til de nasjonale domstolene å anvende dette på sakens faktum.¹¹² Et sentralt moment er at det dreier seg om en forhåndsvurdering som må gjøres av oppdragsgiver i anskaffelsesprosessens innledningsfase. Det er altså ikke snakk om å evaluere resultatene i ettertid, noe som gjør at vurderingen i en viss grad objektiviseres. Oppdragsgivers begrunnelse for å reservere konkurransen utgjør derfor en viktig del av konkurransegrunnlaget, og bør bygge på de samme prinsipper som EU-domstolen har oppstilt. Slik vil reserveringen for eksempel kunne forsvares med at hele befolkningen skal ha lik tilgang på tjenesten, uavhengig av geografi og økonomi, og at ideelle leverandører antas å være bedre egnet til å levere dette. En annen begrunnelse kan være ønsket om at overskuddet skal gå tilbake til brukerne av tjenesten i stedet for til eierne, og at man mener dette vil resultere i et bedre tjenestetilbud. Dette fordrer imidlertid at det etterprøves at overskuddet faktisk tilbake-

¹⁰⁷ Artikkel 18 nr. 1

¹⁰⁸ Dette vil bli drøftet nærmere i pkt. 3.2.3

¹⁰⁹ Sag C-113/13 Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" m.fl. mod San Lorenzo Soc. coop. Sociale Onlus og Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus, premiss 65

¹¹⁰ 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, premiss 66

¹¹¹ Aschieri (2016) s. 11-12

¹¹² Brown (2016), s. NA74

føres til driften av tilbudet. En slik kontroll vil for eksempel innebære å se til at ikke unødvendig store summer går til lønninger, eller at virksomheten ikke kjøper kostbare tjenester av selskaper som eies av noen som sitter i stiftelsen.

Dommene som oppstiller kravet om en faktisk sammenheng, er som nevnt avsagt før vedtakelsen av det nye anskaffelsesdirektivet og gjelder bare spørsmålet om hvorvidt anskaffelsene var i tråd med EU-traktatens regler. Men det gir mening at der EU-domstolen har funnet det nødvendig å stille krav til en faktisk sammenheng etter primærreglene, vil den finne grunn til å gjøre det samme etter sekundærreglene. Det samme følger av en ”fra det mer til det mindre”-betragtning.

3.3.5 Konklusjon: Reservering kan fungere som et godt kompromiss

Selv om hovedformålet med anskaffelsesdirektivet er å medvirke til en åpen og rettferdig konkurranse om offentlige kontrakter, gir direktivet samtidig uttrykk for at et annet formål er å bidra til en realisering av sosiale mål. Dersom direktivet skal lykkes i å ivareta disse kryssende hensynene, er det nødvendig å finne en løsning som tilgodeser begge disse formålene, uten at ivaretagelsen av det ene fortrenger det andre. På den ene siden kan ikke myke tjenesteytelser følge de ordinære anskaffelsesreglene til punkt og prikke, da dette vil gå på bekostning av de sosiale formålene som helse- og sosialtjenestene skal ivareta. På den andre siden vil det å foreta direkte tildelinger av myke tjenesteytelser til ideelle organisasjoner gå kraftig utover hensynet til konkurranse og likebehandling, som utgjør selve kjernen i anskaffelsesreglene. En reservasjon av myke tjenestekontrakter til ideelle aktører, derimot, vil kunne fungere som et godt kompromiss. En slik reservasjon bidrar til å skape konkurranse mellom flere potensielle aktører, samtidig som det sikrer at de sosiale formålene med ytelsen ikke påvirkes negativt av profittkrav.

Det er imidlertid viktig å tilføye at en reservasjon av myke tjenesteytelser til ideelle aktører ikke kan tillates i ethvert tilfelle. En betingelse for å kunne foreta en slik reservasjon er at den ideelle leverandøren rent faktisk vil bidra til en realisering av de sosiale formålene med ytelsen. Med andre ord må det kunne påvises en positiv sammenheng mellom leverandørens ideelle karakter og tjenesteytelsens kvalitet.

På bakgrunn av det ovennevnte konkluderer jeg med at det nye anskaffelsesdirektivet ikke vil være direkte til hinder for å reservere myke tjenestekontrakter til ideelle organisasjoner. Det avgjørende vil måtte bli en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, der ulempene med å forskjellsbehandle ideelle leverandører veies opp mot fordelene ved en reservasjon. Det er videre grunn til å tro at jo klarere oppdragsgiver kan påvise at ideelle aktører kan levere kvalitativt

bedre helse- og sosialtjenester enn kommersielle aktører, desto større vil handlingsrommet være for å foreta en reservasjon.¹¹³

¹¹³ Sejersted (2014) s. 4

4 Vurdering av risikoen ved å reservere myke tjenester til ideelle aktører

4.1 Innledning

Selv om man sier seg enig i at reservering er tillatt etter sekundærreglene, fins det likevel ingen garanti for at EU-domstolen vil dele dette synet. Det kan derfor fremstå som for risikofylt å reservere kontrakter til ideelle aktører i slike tilfeller. Men hva går egentlig en slik risiko ut på, og er gevinsten i å holde seg på ”den trygge siden” større enn å utfordre et uklart rettsbilde?

Jeg vil i det følgende se på hvilken risiko det innebærer for norske myndigheter å lovfeste en adgang til å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner. Videre vil jeg drøfte hvor risikabelt det er for oppdragsgivere å reservere kontrakter til ideelle organisasjoner.

4.2 Konsekvenser for Norge som part i EØS-avtalen

Dersom norske myndigheter lovfester en adgang for oppdragsgiver til å reservere anbudskonkurranse om myke tjenester til ideelle organisasjoner, kan ett av tre ulike scenarioer inntreffe: Saken kan havne til behandling i KOFA, den kan ende opp i de ordinære domstolene eller den kan behandles av EFTA-domstolen etter søksmål fra ESA.

Det vanligste i en anskaffelsestvist er at saken havner til behandling i klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Klagenemnda kan bare prøve hvorvidt oppdragsgivers beslutning om å reservere kontrakten er lovmessig etter lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter.¹¹⁴ Dersom nemnda vurderer at forskriftsbestemmelsen er i strid med Norges EØS-forpliktelser, vil den kunne komme til at bestemmelsen er ugyldig.¹¹⁵ Nemnda uttaler seg om hva som er gjeldende rett, men dens uttalelser er kun rådgivende.¹¹⁶ KOFA avgjør derfor ikke tvisten med bindende virkning mellom partene, og avgjørelsen får slik ingen rettslige konsekvenser i seg selv. Avgjørelsen vil imidlertid være et viktig argument for hva rettsstilstanden er.

¹¹⁴ Forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 12

¹¹⁵ For mer om forskriftsbestemmelser som er i strid med folkerettslige forpliktelser, se Arnesen og Stenvik (2015) s. 131-132

¹¹⁶ Jf. Forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 1

Et alternativ til behandling i KOFA er at private angriper selve lovbestemmelsen ved å anlegge søksmål mot staten for manglende gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser. Dersom retten kommer til at unntaksadgangen for ideelle organisasjoner ikke er en korrekt implementering av EU-direktivet, vil myndighetene kunne bli erstatningsansvarlige dersom saksøker har lidt økonomisk tap som følge av unntaket.¹¹⁷

Dersom lovgiver innfører en regel som gir adgang til å reservere helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner, kan ESA iverksette undersøkelser på eget initiativ, eller etter klage.¹¹⁸ Et privat rettssubjekt i form av en konkurrerende leverandør kan for eksempel klage til ESA som resultat av at virksomheten mener å ha blitt ulovlig forbigått i konkurransen. ESA er gitt en særskilt kontrollkompetanse på området for offentlige anskaffelser, noe som gjør at organet kan ta opp mistanker om brudd på regelverket raskere enn ellers. Dersom ESA finner at et forhold er i strid med anskaffelsesreglene, kan organet gi nasjonale myndigheter en frist på 21 dager til enten å rette opp forholdet eller gi en begrunnet redegjørelse for hvorfor dette ikke har skjedd.¹¹⁹ Alternativt kan ESA anlegge traktatbruddssøksmål for EFTA-domstolen.¹²⁰ Dersom EFTA-domstolen skulle komme til at det er i strid med EØS-avtalen å tillate at myke anskaffelser kan reserveres til ideelle organisasjoner, vil Norge bli dømt for å ha brutt sine EØS-forpliktelser. Staten vil da måtte treffe de vedtak som er nødvendig for å oppfylle EFTA-domstolens avgjørelse.¹²¹

4.3 Konsekvenser for oppdragsgiver

Dersom norske myndigheter innfører en lov som gir adgang til å reservere myke tjenestekontrakter til ideelle aktører, må dette gjøres gjennom en bestemmelse som overlater et visst skjønnsrom til oppdragsgiver. Som jeg har vært inne på, har EU-domstolen oppstilt som vilkår for å forbeholde levering av helse- og sosialtjenester til ideelle aktører at leverandøren faktisk bidrar til en realisering av de sosiale formålene med ytelsen. Dette kan formuleres som et krav om at det må kunne påvises en positiv sammenheng mellom leverandørens ideelle karakter og ytelsens kvalitet.¹²² Fordi dette kravet er en forutsetning for å kunne reservere konkurransen til ideelle organisasjoner, må en lovbestemmelse som åpner for dette, forutsette at dette vilkåret er oppfylt. Det mest praktiske i denne sammenheng er at lovgiver overlater

¹¹⁷ Et slikt erstatningsansvar ble for første gang oppstilt av EFTA-domstolen i E-09/97, Erla María Sveinbjörnsdóttir v. The Government of Iceland, premiss 62. For mer om reglene om statens erstatningsansvar ved manglende gjennomføring av EØS-regler, se Fredriksen (2011) s. 73 flg.

¹¹⁸ Sejersted (2011) s. 149

¹¹⁹ Jf. ODA-avtalen art. 23 og protokoll 2 til avtalen

¹²⁰ Jf. ODA-avtalen art. 31

¹²¹ Jf. ODA-avtalen art. 33

¹²² Se pkt. 3.3.5

denne skjønnsvurderingen til oppdragsgiver. En slik bestemmelse vil for eksempel kunne se slik ut:

”§ x-x Helse- og sosialtjenester:

Der karakteristika ved tjenesteytelsen tilsier at leverandørkretsen avgrenses til ideelle organisasjoner, kan oppdragsgiver reservere konkurransen om kontrakten til slike aktører”.

Dersom oppdragsgiver reserverer konkurransen til ideelle organisasjoner med hjemmel i en slik bestemmelse, kan kommersielle aktører tenkes å hevde at det ikke er grunnlag for å utelukke dem på bakgrunn av en slik reservasjon. I så fall vil saken kunne havne til behandling i KOFA. I en slik klagesak må oppdragsgiver kunne rettfærdiggjøre reservasjonen av konkurransen ved å påvise at ytelsens karakter virkelig tilsier at leverandøren er ideell. Her vil EU-domstolens prinsipper om solidaritet og universalitet fungere som sentrale argumenter. Skulle KOFA komme til at oppdragsgiver ikke hadde grunn til å reservere konkurransen, kan klagenemnda gi uttalelse om at det er begått brudd på anskaffelsesreglene.¹²³ Resultatet av en slik uttalelse vil være at oppdragsgiver må lyse ut ny konkurranse som er åpen for kommersielle så vel som ideelle tilbydere. Nemnda har riktignok nylig fått kompetanse til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr.¹²⁴ Dette gjelder imidlertid bare dersom det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. I vårt tilfelle er det ikke snakk om å ha foretatt en direkte tildeling, men å ha reservert konkurransen til visse typer aktører. Det er derfor vanskelig å se at overtredelsesgebyr vil bli aktuelt her.

En kommersiell leverandør som mener seg forbigått, kan også anlegge søksmål mot oppdragsgiver for domstolene. Dersom retten skulle komme til at reservasjonen av anskaffelsen ikke er berettiget, kan den sette beslutningen til side eller stanse kontraktsinngåelsen ved midlertidig forføyning.¹²⁵ Erstatning av motpartens negative eller positive kontraktsinteresse vil imidlertid ikke bli aktuelt her. For å kunne idømme erstatning må det bevises at saksøker har lidt et økonomisk tap som følge av at oppdragsgiver har brutt reglene.¹²⁶ For den negative kontraktsinteressen må det kunne påvises at saksøker har hatt utgifter som følge av oppdragsgivers regelbrudd. Høyesterett har i denne sammenheng uttalt at det må kunne påvises at leverandøren ikke ville ha deltatt i konkurransen om han hadde kjent til at feilen ville ha blitt begått.¹²⁷ I en reserveringssituasjon vil det eventuelle regelbruddet bestå i at oppdragsgiver urettmessig har utelukket leverandøren fra å delta i konkurransen. Erstatning kan derfor vans-

¹²³ Jf. Forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 12, annet ledd

¹²⁴ Jf. Forskrift om endring i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser, § 13 bokstav a fjerde ledd

¹²⁵ Se lov om offentlige anskaffelser §§ 8-9

¹²⁶ Jf. lov om offentlige anskaffelser § 10

¹²⁷ Jf. Rt-1997-574 (Firesafe), s. 578

kelig bli aktuelt der saksøker ikke har kunnet deltatt i konkurransen i det hele tatt, og følgelig ikke har hatt noen utgifter i forbindelse med deltakelsen. For erstatning av den positive kontraktsinteressen må det kunne påvises at saksøker ville blitt tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver hadde utformet konkurransegrunnlaget i henhold til regelverket. Heller ikke her kan det påvises at saksøker ville ha vunnet kontrakten når vedkommende ikke har deltatt i konkurransen i det hele tatt.

4.4 Lav sannsynlighet og små konsekvenser gir liten risiko

Begrepet risiko har mange definisjoner. Én definisjon er at risiko utgjør kombinasjonen av sannsynlighet og utfall.¹²⁸ Det vil si at risikoen er lik sannsynligheten for at et scenario vil inntreffe, ganger alvorligheten av utfallet.¹²⁹

For norske myndigheter vil et uønsket scenario være at staten blir dømt til å betale erstatning for manglende gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser i domstolene, eller at Norge dømmes for traktatbrudd i EFTA-domstolen etter søksmål fra ESA. Sannsynligheten for at noen av disse scenarioene vil inntreffe, må imidlertid regnes for å være nokså lav. Når det gjelder søksmål for domstolene, er det lite sannsynlig at en privat anbyder som føler seg forbigått i en konkurranse, vil påta seg å gå til sak mot den norske stat for manglende gjennomføring av EØS-retten. En mulighet som fremstår som noe mer sannsynlig, er at en interesseorganisasjon reiser søksmål fordi saken gjelder et forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, jf. tvisteloven § 1-4. Det må i så fall kunne påvises at organisasjonen har et reelt behov for å få kravet avgjort etter tvisteloven § 1-3.¹³⁰ Organisasjoner som kan tenkes å ha rettslig interesse i denne sammenheng, er for eksempel NHO. Organisasjonen har ved flere anledninger uttrykt at det er behov for mangfold på markedet innenfor helse- og sosialtjenester, og at det derfor er viktig at markedet ikke reserveres for bestemte aktører.¹³¹

Det må imidlertid anses som lite sannsynlig at ESA skulle anlegge søksmål mot norske myndigheter i EFTA-domstolen. Selv om ESA plikter å undersøke alle klager som hører under dets kompetanse, velger organet langt på vei selv hvilke saker det går videre med.¹³² For at Norge skal dømmes for traktatbrudd, må derfor ESA for det første velge å gå videre med saken, og for det andre må EFTA-domstolen komme til at forholdet utgjør et traktatbrudd.

¹²⁸ Aven (2012) s. 37

¹²⁹ Aven (2012) s. 37

¹³⁰ For mer om organisasjoners søksmålsadgang, se Backer (2015) s. 235 flg.

¹³¹ NHO (2016)

¹³² Sejersted (2011) s. 148

Sejersted vurderer det som ”overveiende sannsynlig” at norske myndigheter vil tape en slik rettssak.¹³³ Etter min mening er derimot sannsynligheten nokså lav, bl.a. fordi EFTA-domstolen plikter å legge vekt på EU-domstolens praksis i sine avgjørelser.¹³⁴ EFTA-domstolen må derfor legge vekt på de tidligere dommene der EU-domstolen har kommet til at det er tillatt å reservere helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner.¹³⁵

Når det gjelder konsekvensene av å bli dømt er ikke dette så alvorlig for Norge som en kanskje skulle tro. Konsekvensene av å tape saken vil først og fremst være at norske myndigheter ikke vil kunne reservere myke anskaffelser til ideelle organisasjoner i fremtiden. I tillegg vil staten eventuelt måtte erstatte en privat leverandørs tapte inntekter for ikke å ha vunnet en anbudskontrakt. Men et slikt tap vil, som nevnt, være vanskelig å dokumentere da det ikke kan bevises at en leverandør som har vært utelukket fra å delta i konkurransen, ville ha vunnet kontrakten.

Fordi risiko betyr sannsynlighet ganger utfall, vil en svært liten sannsynlighet kombinert med svært alvorlige konsekvenser likevel gi en stor risiko. Omvendt vil risikoen også være stor der konsekvensene er små, men sannsynligheten er stor. I vårt tilfelle er imidlertid sannsynligheten for at Norge taper en slik sak, nokså lav, samtidig som konsekvensene er små. Alternativet vil jo være ikke å tillate at myke anskaffelser reserveres til ideelle organisasjoner selv om konkrete forhold tilsier at det er en fordel at leverandøren opererer uten gevinst for øyet. På denne bakgrunn vil ikke norske myndigheter ha mye å tape på å utfordre en uklar rettstilstand. Dersom staten skulle komme til å tape saken, ville jo dette uansett ført til det samme, nemlig at man ikke lenger kan reservere myke anskaffelser til ideelle aktører. Å ta denne sjansen basert på en ren risikokalkulering fører også med seg etiske problemstillinger. Mens noen vil finne det uetisk å utfordre regelverket, vil andre anse det som minst like problematisk at man unnlater å undersøke rekkevidden av det handlingsrommet direktivet åpner for. Det vil imidlertid bli for vidtrekkende å gå nærmere inn på de etiske aspektene her.

På grunn av den lave risikoen kan det være grunn til å utfordre den uklare rettstilstanden under det nye direktivet. Dersom norske myndigheter ønsker å bevare det ideelle arbeidet i helse- og sosialsektoren, medfører det ingen stor risiko å lovfeste en regel som tillater å reservere myke anskaffelser til ideelle organisasjoner i de tilfeller der det fins en faktisk sammenheng mellom nullgevinst-kravet og ytelsens kvalitet.

¹³³ Sejersted (2014) s. 13

¹³⁴ Jf. EØS-avtalen art. 6 og ODA-avtalen art. 3

¹³⁵ Se bl.a. C-70/95 (Sodemare), C-475/99 (Ambulanz Glöckner) og C-113/13 (Spezzino)

For oppdragsgiver vil det uønskede scenarioet bestå i at man klages inn til KOFA eller saksøkes for domstolene. Hvorvidt det foreligger en høy sannsynlighet for at dette vil skje, beror på kvaliteten av oppdragsgivers vurdering. Der oppdragsgiver har reservert konkurransen til ideelle aktører uten å ha noen holdepunkter for at karakteristika ved ytelsen tilsier at leverandørkretsen begrenses, er det klart at sannsynligheten for at saken havner i KOFA eller domstolene, er høy. Har oppdragsgiver derimot foretatt en konkret vurdering og kommet til at det fins en sammenheng mellom leverandørens ideelle karakter og ytelsens kvalitet, er sannsynligheten mindre. Sannsynligheten kan imidlertid tenkes å være høyere i startfasen etter innføringen av en eventuell lovbestemmelse som gir adgang til reservering, da kommersielle leverandører kan tenkes å gå til sak for å undersøke hvor grensene går. Men slike søksmål vil nok minke etter hvert som KOFA og domstolene trekker opp grensene for hvilke tilfeller som rettferdiggjør en reservering av konkurransen.

For oppdragsgiver vil en mulig konsekvens av en domfellelse være at man lyser ut ny konkurranse som også er åpen for kommersielle aktører. Et alternativ vil være å tilby tjenesten i egenregi, noe som gjør at oppdragsgiver slipper å forholde seg til anbudsreglene i det hele tatt. Oppdragsgiver må dermed vurdere fordelene av å reservere konkurransen til ideelle opp mot kostnadene ved å lyse den ut på nytt eller eventuelt avlyse konkurransen for å tilby tjenesten i egenregi. Momenter i vurderingen vil være hvor mye merarbeid som kreves for å lyse ut ny konkurranse, om man har tid til en eventuell forsinkelse og sakskostnadene ved et eventuelt søksmål.

5 Alternative måter å tilgodese ideelle leverandører på

5.1 Innledning

Det er ikke gitt at rettstilstanden under det nye direktivet er slik at det er tillatt å reservere konkurransen til ideelle organisasjoner. Neste skritt vil derfor være å undersøke hvorvidt det fins andre måter å tilgodese ideelle leverandører på. I denne drøftelsen vil jeg undersøke hvilke alternativer oppdragsgiver har til å anvende ekskluderende kvalifikasjonskrav, enten ved å utnytte det resterende handlingsrommet innenfor direktivet, eller ved å organisere tjenesten på en slik måte at man kan operere utenfor direktivets rammer.

5.2 Innenfor direktivet: Anvendelse av spesielle tildelingskriterier for helse- og sosialtjenester

5.2.1 Innledning

For den videre drøftelsen vil jeg utelukke muligheten for å anvende som *kvalifikasjonskrav* at leverandøren må være ideell og i stedet gå over til å undersøke i hvilken grad direktiv 2014/24 åpner for å anvende *tildelingskriterier* som er mer fordelaktige for ideelle organisasjoner. Denne sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier er essensiell. Mens oppfyllelse av kvalifikasjonskrav er et absolutt vilkår for å bli vurdert som tilbyder i en anbudskonkurranse, er tildelingskriterier momenter som inngår i vurderingen av hvilket tilbud som vinner konkurransen. Tildelingskriterier er med andre ord kriterier oppdragsgiver skal foreta valg av tilbud ut i fra.¹³⁶ Tildelingskriteriene må derfor være egnet til å vurdere hvilket tilbud som er best, noe som betyr at oppdragsgiver bare kan anvende tildelingskriterier som har som formål å identifisere det tilbudet med best forhold mellom pris og kvalitet.¹³⁷

Etter det gamle anskaffelsesdirektivet kunne oppdragsgiver bare basere kontraktstildelingen på kriteriene laveste pris eller økonomisk mest fordelaktige tilbud.¹³⁸ I det nye direktivet er oppdragsgiver gitt mer fleksibilitet. Den nye bestemmelsen i artikkel 67 understreker at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet kan beregnes ut ifra forholdet mellom pris og kvalitet, og at bl.a. miljømessige og sosiale aspekter kan inngå i denne vurderingen.¹³⁹ Fortalen presiserer imidlertid at dette ikke bør gi oppdragsgiverne en ubegrenset valgfrihet, og at beslut-

¹³⁶ Dragsten (2013) s. 364

¹³⁷ Holsøe og Nielsen (2016), s. 588

¹³⁸ Direktiv 2004/18/EF, artikkel 53

¹³⁹ For mer om hvordan det nye direktivet innebærer større fleksibilitet for bruk av tildelingskriterier ved alminnelige anskaffelser, se Faustino (2014)

ningen om tildeling av kontrakt ikke utelukkende kan basere seg på ikke-omkostningsmessige kriterier. De kvalitative kriterier skal derfor ledsages av et omkostningskriterium.¹⁴⁰

Når det gjelder helse- og sosialtjenester, åpner direktivets artikkel 76 for at oppdragsgiver kan anvende enda mer fleksible tildelingskriterier enn for andre tjenesteytelser. Det sentrale er at de valgte kriteriene skal ta hensyn til tjenesteytelsenes ”særlige karakter”.¹⁴¹ Denne formuleringen minner svært mye om EU-domstolens uttalelser i bl.a. *Sodemare*, *Ambulanz Glöckner* og *Spezzino*, der fokuset på tjenestenes særlige karakter også var det sentrale.

I følge bestemmelsen skal oppdragsgiver ha mulighet til å ta hensyn til tjenesteytelsens kvalitet, kontinuitet, adgangsmuligheter, tilgjengelighet og omfang, og det at prisene er overkommelige for brukerne. I tillegg skal det kunne tas hensyn til de forskjellige brukernes særlige behov, herunder dårlig stilte og sårbare gruppers behov. Til slutt skal det kunne tas hensyn til brukermedvirkning og innovasjon.¹⁴² Disse tildelingskriteriene gjør at oppdragsgiver har langt flere strenger å spille på enn ved anskaffelser av andre tjenesteytelser fordi den overlater et stort skjønnsrom til medlemsstatene.¹⁴³

De spesielle hensynene som kan vektlegges ved helse- og sosialtjenester, gjør at det er adgang til å ekskludere det tilbudet med lavest pris til fordel for tilbud av bedre kvalitet.¹⁴⁴ Dette betyr at oppdragsgiver har adgang til å legge mer vekt på kriterier som for eksempel kvalitet og kontinuitet enn på pris. Hamer har til og med tolket regelen som at oppdragsgiver kan unnlate helt å legge vekt på pris.¹⁴⁵ Også direktivets fortale støtter opp om denne tolkningen, idet den sier at medlemsstatene ”bør have vide skønnsbeføjelser til at planlægge valget af leverandører på den måde, de finner mest hensiktsmæssig”, ”under hensyntagen til vigtigheden af den kulturelle sammenheng og disse tjenesteydelsers følsomhed”.¹⁴⁶ Igjen vekker direktivet sterke assosiasjoner til EU-domstolens rettspraksis.

Det kan tenkes flere fordeler ved å anvende strategiske tildelingskriterier i stedet for ekskluderende kvalifikasjonskrav. Sejersted er for eksempel inne på at det i stedet for å reservere konkurransen til ideelle, vil innebære en mindre prosessrisiko å utforme tildelingskriterier som

¹⁴⁰ Fortalens punkt 92

¹⁴¹ Art. 76 nr. 1

¹⁴² Art. 76 nr. 2

¹⁴³ Arrowsmith (2014) s. 417

¹⁴⁴ Caranta (2014) s. 91

¹⁴⁵ Hamer (2016) s. 503

¹⁴⁶ Fortalens punkt 114

ideelle organisasjoner er godt posisjonert for å oppfylle.¹⁴⁷ I den svenske utredningen av anskaffelsesreglene kom man også fram til at dersom målet med nullgevinst-kravet er å anskaffe sosiale tjenester av god kvalitet, vil det i stedet for å utelukke profittorienterte virksomheter være mindre inngripende å stille høyere kvalitetskrav i anbudsgrunnlaget og forsikre seg om at disse blir fulgt.¹⁴⁸ På denne måten tilsikter man også å fange opp den spesielle verdien som ideelle organisasjoner representerer.¹⁴⁹

I det følgende vil jeg gjennomgå noen eksempler på kvalifikasjonskrav som kan anvendes for å fange opp styrkene til ideelle leverandører.

5.2.2 Brukermedvirkning

Et eksempel på tildelingskriterium som er listet opp i direktivets artikkel 76, er brukermedvirkning i form av at brukerne inndras og får innflytelse.

I følge Goller er hensynet til brukermedvirkning noe som antakeligvis går utover det som er tillatt ved anskaffelser av andre vare- og tjenestegrupper, og som gjør ideelle organisasjoner mer konkurransedyktige.¹⁵⁰ Mens kommersielle leverandører må balansere hensynet til brukermedvirkning med hensynet til privatøkonomisk lønnsomhet, eksisterer ideelle organisasjoner utelukkende av hensyn til brukerne.¹⁵¹ Det er derfor grunn til å tro at ideelle leverandører er bedre posisjonert for å score høyt på dette kriteriet.

5.2.3 Erfaring

Ideelle organisasjoner har gjerne lang og omfattende erfaring med å tilby helse- og sosialtjenester. Å vektlegge erfaring er derfor en måte å gi ideelle organisasjoner en fordel på områder hvor de allerede er godt etablert. Her vil organisasjoner som Frelsesarmeen og Røde Kors, som har en lang tradisjon for å tilby ulike helse- og sosialtjenester, ha et fortrinn fremfor for eksempel nystartede virksomheter. Erfaringskriteriet bidrar dermed til å bevare samarbeidet med ideelle virksomheter som allerede er godt etablert.

Et eksempel på at erfaring ble bukt som tildelingskriterium, kan hentes fra en norsk anbudskonkurranse fra 2008, som gjaldt oppfølgingstjenester for beboerne i Schandorffsgate 4, som

¹⁴⁷ Sejersted (2014) s. 18

¹⁴⁸ SOU 2013:12 s. 521

¹⁴⁹ SOU 2013:12 s. 521

¹⁵⁰ Goller (2015) s. 9

¹⁵¹ Goller (2015) s. 9

er et rusomsorgstilbud i Oslo.¹⁵² Kirkens Bymisjon, som vant konkurransen, har lang erfaring fra rusomsorg generelt og hadde driftet det aktuelle tilbudet siden 2006. Dette kan også ha vært en av grunnene til at ingen andre aktører leverte tilbud i konkurransen. Slik tilfellet var med Schandorffsgate 4, var kriteriet erfaring formulert generelt, slik at det kun var krav til erfaring fra bransjen. Kriteriet siktet dermed ikke til at tilbyderne måtte ha erfaring fra akkurat dette rusomsorgstilbudet. Slik ville eventuelle andre tilbydere få samme uttelling som Kirkens Bymisjon dersom de kunne vise til like omfattende erfaring fra å tilby rusomsorg i andre sammenhenger.

I stedet for å vektlegge generell erfaring fra bransjen, kan det være attraktivt for oppdragsgiver å legge vekt på konkret erfaring med å tilby den aktuelle tjenesteytelsen i den samme brukeretsen. Med andre ord kan det være ønskelig for oppdragsgiver å vektlegge sin egen erfaring med tidligere leverandører.

Det fins tilfeller hvor det å vektlegge egen erfaring med tilbydere er tillatt etter EU-retten. Oljedirektivet¹⁵³ inneholder for eksempel en bestemmelse som sier at myndighetene kan vektlegge tidligere erfaringer som går på manglende effektivitet eller manglende ansvar som en virksomhet har utvist i forbindelse med tidligere tillatelser.¹⁵⁴ Bestemmelsen gir imidlertid bare adgang til å vektlegge *negative erfaringer*. Å vektlegge tidligere erfaring med leverandøren som noe som teller *positivt* i konkurransen, kan imidlertid virke diskriminerende i forhold til virksomheter som ikke er i stand til å dokumentere tidligere resultater, men som kanskje kan vise seg å være vel så gode som veteranene dersom de får muligheten. En slik tankegang er årsaken til at det i anskaffelsesretten i utgangspunktet ikke er tillatt å vektlegge positive erfaringer som oppdragsgiver har med virksomheter som tidligere har hatt kontrakten. Hensynet bak dette er naturligvis at de virksomhetene som ikke tidligere har levert tjenesten, ikke har fått den samme muligheten til å gjøre et positivt inntrykk på oppdragsgiver, noe som strider mot prinsippet om likebehandling. Det å vektlegge tidligere positiv erfaring som oppdragsgiver direkte har hatt med en tidligere leverandør, vil derfor i utgangspunktet utgjøre en urettmessig fordel på bekostning av de andre konkurrentene.

For myke anskaffelsers vedkommende stiller midlertid bruken av kriteriet tidligere erfaring seg annerledes. Når det gjelder helse- og sosialtjenester, må kriteriet ses i sammenheng med hensynet til kontinuitet, som er listet opp som eksempel på tildelingskriterier i direktivets artikkel 76. Behovet for kontinuitet er ekstra stort når det gjelder helse- og sosialtjenester, der man er avhengig av å bygge opp tillit og kjennskap til den enkelte bruker. En ideell leveran-

¹⁵² Agenda Kaupang (2011) s. 16

¹⁵³ Direktiv 1994/22/EF

¹⁵⁴ Jf. art. 5, annet ledd

dør som allerede har driftet tilbudet frem til tidspunktet for ny konkurranseutlysning, slik tilfellet var med Kirkens Bymisjon i konkurransen om Schandorrfsgate 4, vil sannsynligvis allerede ha opparbeidet seg en slik kjennskap og tillit.

Etter min mening vil en tildeling av myke tjenstekontrakter basert på oppdragsgivers tidligere erfaring fra samme kontraktsforhold sannsynligvis være legitim. Dette fordi kriteriet kan begrunnes objektivt, forankret i brukernes behov for tillit og forutsigbarhet. I et slikt tilfelle vil den ideelle tilbyderer være godt posisjonert til å få forlenget kontrakten uten at oppdragsgiver trenger ta snarveien om en konkurransebegrensende reservasjon.

Hensynet til kontinuitet vil altså tilsi at de ideelle organisasjonene som har en tradisjonell posisjon i helse- og sosialtjenestene, kan fortsette i samme spor.¹⁵⁵ Et motargument er imidlertid at hensynet til kontinuitet vil kunne ivaretas ved at de ansatte har rett til å fortsette arbeidsforholdet hos ny driver selv om driften overtas av en kommersiell leverandør. Dette følger av arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern ved virksomhetsoverdragelse.¹⁵⁶ Da det er de ansatte som står for den daglige kontakten med brukerne, vil en viss kontinuitet bevares i form av de personlige relasjonene mellom bruker og ansatt. Det er imidlertid ingen garanti for at de ansatte fra den ideelle organisasjonen vil velge å følge med over til den nye virksomheten. Dessuten vil selve driften ved en slik virksomhetsoverdragelse måtte legges om til en kommersiell modell. Dette vil kunne føre til endringer i selve tilbudet og slik redusere stabiliteten for brukerne.

5.2.4 Sondringen ideell/kommersiell

Et alternativ til å bruke sondringen ideell/kommersiell som kvalifikasjonskrav, er å anvende den som tildelingskriterium. Dette er mindre inngripende fordi kravet om ideell drift i en slik form ikke vil ekskludere profittorienterte virksomheter fra å delta, men kun fungere som ett av flere momenter i vurderingen av hvem som vinner kontrakten. Goller argumenterer for at det å ta i betraktning hvorvidt leverandøren er ideell eller kommersiell, må være et legitimt hensyn da det allerede er utbredt praksis i medlemsstatene for å reservere konkurranser til ideelle organisasjoner samtidig som en slik adgang nå er kodifisert gjennom artikkel 77 for visse typer organisasjoner. Det må da være adgang til det som er mindre inngripende, nemlig å integrere dette som ett av flere hensyn i konkurransen.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Goller (2015) s. 9

¹⁵⁶ Jf. Arbeidsmiljøloven § 16-4

¹⁵⁷ Goller (2015) s. 9-10

Kriteriet ideell/kommersiell må imidlertid ikke være av en slik karakter at det reelt sett umuliggjør at kommersielle aktører kan vinne kontrakten.¹⁵⁸ I denne forlengelse vil for eksempel oppdragsgiver ikke kunne vekte kriteriet så tungt at det i realiteten avgjør konkurransen. Flere andre kriterier må altså ha en betydelig innflytelse på totalscoren.

Sejersted er skeptisk til om det vil være adgang til å vektlegge sontringen ideell/kommersiell som tildelingskriterium, men er åpen for at det kan tenkes tillatt i den enkelte sak der dette kan begrunnes særskilt.¹⁵⁹ Dette er etter min mening en rimelig konklusjon da det også for spørsmålet om hvorvidt en kontrakt kan reserveres til ideelle organisasjoner er avgjørende om det fins konkrete omstendigheter i det enkelte tilfelle som kan begrunne en slik reservasjon. Videre henger kravet om en faktisk sammenheng sammen med kravet om at tildelingskriterier skal være objektive og ha tilknytning til kontraktens gjenstand, og at kriteriene må være egnet til å skille mellom tilbudene for å kunne identifisere det tilbudet som er best.¹⁶⁰ Oppdragsgiver har ikke en ubegrenset skjønnsmyndighet her. Et tildelingskriterium som gir poeng for at tilbyderer driver uten gevinst for øyet, vil derfor fremstå som usaklig der det ikke kan påvises noen positiv sammenheng mellom ideell drift og kvaliteten på ytelsen. Det samme kravet til en slik sammenheng må derfor også oppstilles ved bruk av tildelingskriterier.

Et alternativ til å oppstille sontringen ideell/kommersiell som tildelingskriterium er å vektlegge at en størst mulig andel av vederlaget som ytes for tjenesten, skal kanaliseres tilbake til brukerne. Dette vil redusere muligheten for at kommersielle konkurrenter ikke kan vinne konkurransen, samtidig som det skaper et insentiv også for de kommersielle til å kanalisere noe av overskuddet tilbake til brukerne. I Sverige har man i en fersk offentlig utredning konkludert med at det bør være mulig å anvende gjeninvestering av overskudd som tildelingskriterium, men at det må være opp til domstolene å vurdere om kriteriet har tilstrekkelig tilknytning til det konkrete kontraktsformålet.¹⁶¹ Den svenske Velferdsutredningen har i tillegg foreslått å innføre et gevinsttak, slik at private virksomheter som leverer velferdstjenester, bare kan operere med et visst driftsresultat.¹⁶² En lignende regel har blitt foreslått på det norske Stortinget,¹⁶³ uten at det foreligger flertall for forslaget i dag.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Goller (2015) s. 10

¹⁵⁹ Sejersted (2014) s. 18

¹⁶⁰ Jf. direktivets art. 67

¹⁶¹ SOU 2016:78, s. 559-561

¹⁶² Det maksimalt tillatte driftsresultatet foreslås satt til den statslånsrenten som gjaldt ved foregående regnskapsårs avslutning, med et tillegg på sju prosentpoeng multiplisert med operativt kapital ved forrige regnskapsårs utgang. For mer om dette, se SOU 2016:78, s. 346 flg.

¹⁶³ Se Innst. 232 S (2015-2016)

¹⁶⁴ Hovland II (2016)

5.3 Utenfor direktivet: Egenregi og utvidet egenregi

5.3.1 Innledning

I stedet for å anskaffe helse- og sosialtjenester etter reglene i direktiv 2014/24, har oppdragsgiver muligheten til å organisere leveringen av disse tjenestene på en slik måte at man ikke står overfor en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand. Her har det offentlige to alternativer: For det første kan oppdragsgiver velge å stå for leveringen av tjenestene helt selv, uten å involvere verken ideelle eller kommersielle leverandører. For det andre kan oppdragsgiver levere disse tjenestene i samarbeid med ideelle organisasjoner og organisere samarbeidet på en slik måte at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse.

5.3.2 Egenregi

Som alternativ til å kjøpe helse- og sosialtjenester i markedet kan de nasjonale myndighetene i medlemsstatene simpelthen velge å stå for tilbudet av helse- og sosialtjenester selv, gjennom såkalt egenregi. I så fall foreligger det ingen anskaffelseskontrakt, og anskaffelsesreglene kommer derfor ikke til anvendelse.¹⁶⁵ Muligheten til å tilby helse- og sosialtjenester i egenregi fremheves også i direktivets fortale:

”Det bør bemerkes, at intet i dette direktiv forpligter medlemsstatene til at outsource eller eksternalisere levering av tjenesteydelser, som de selv ønsker at levere eller at organisere på anden måde end ved hjelp av offentlige kontrakter i dette direktivets forstand.”¹⁶⁶

Fordi egenregi ikke innebærer noe samarbeid mellom det offentlige og ideelle aktører, fungerer det heller ikke som en måte å tilgodese ideelle leverandører på. Ved å benytte egenregi unngår man imidlertid ulempene ved å kjøpe tjenesten i markedet etter alminnelige anbudsprosedyrer. Grunnen til at offentlige oppdragsgivere kan ha et ønske om å gi myke tjenestekontrakter til ideelle aktører, er jo at man frykter at høye inntjeningskrav kan få negative konsekvenser for tjenestens kvalitet overfor brukerne. Ved i stedet å tilby disse tjenestene selv, eliminerer man muligheten for at kontrakten går til en profittorientert leverandør.

5.3.3 Utvidet egenregi

En annen mulighet er såkalt ”utvidet egenregi”. Man står ovenfor utvidet egenregi der det foreligger en bestemt tilknytning mellom oppdragsgiver og leverandør (kontrollkriteriet), i

¹⁶⁵ Sejersted (2014) s. 20.

¹⁶⁶ Fortalens punkt 5

tillegg til at leverandørens aktivitet i hovedsak må være rettet mot oppdragsgiveren (aktivitetskriteriet).¹⁶⁷ EU-domstolen har kommet til at der disse vilkårene er oppfylt, utgjør ikke samarbeidet en kontrakt mellom to selvstendige rettssubjekter i direktivets forstand, og forholdet behøver derfor ikke følge anskaffelsesreglene.¹⁶⁸ Nå er unntaket for utvidet egenregi også kodifisert gjennom artikkel 12 i det nye direktivet og er opptatt i nye FOA § 3-1.

Modellen åpner for flere muligheter der ideelle organisasjoner kan komme inn og bistå det offentlige i leveringen av helse- og sosialtjenester. Reglene om utvidet egenregi fungerer dermed som en alternativ måte for det offentlige å samarbeide med ideelle organisasjoner på, slik at brukerne vil kunne fortsette å profitere på disse aktørenes særlige karaktertrekk.

For å oppfylle aktivitetskriteriet må mer enn 80 % av leverandørens aktivitet utføres for oppdragsgiveren.¹⁶⁹ Dette kriteriet vil ikke nødvendigvis utgjøre et problem i vår sammenheng da ideelle organisasjoner på helse- og sosialfeltet ofte har en betydelig del av sine aktiviteter knyttet til faste oppdragsgivere.¹⁷⁰ For eksempel vil ideelle organisasjoner som utfører kommunale helsetjenester, kunne oppfylle aktivitetsvilkåret dersom organisasjonene i det alt vesentlige kun leverer helsetjenester etter avtale med kommunene.¹⁷¹

Kontrollkriteriet, derimot, byr på flere problemer. For at dette kriteriet skal kunne sies å være oppfylt, må den offentlige oppdragsgiveren ha en kontroll over leverandøren som tilsvarende kontrollen over egen virksomhet. Essensen er at leverandøren ikke skal kunne opptre selvstendig og forfølge andre interesser enn oppdragsgiver.¹⁷² Fordi ideelle organisasjoner normalt er selveiende og i det vesentlige uavhengige av offentlige myndigheter, er det vanskelig å se at kontrollkriteriet vil kunne oppfylles ved et samarbeid mellom det offentlige og ideell sektor.¹⁷³ Likevel har det blitt hevdet av Eriksen at det ikke er utelukket at slike stiftelser vil kunne anses for å være underlagt en offentlig kontroll.¹⁷⁴ I denne sammenheng viser han til danske konkurransemyndigheter, som har hevdet at det følger av EU-domstolens praksis at det ikke er nødvendig at den offentlige oppdragsgiver eier den kontrollerte virksomheten for at kontrollvilkåret skal være oppfylt. Regler om utvidet egenregi kan derfor anvendes på selv-

¹⁶⁷ Wiggen (2013) s. 81

¹⁶⁸ Se for eksempel sak C-107/98, Teckal Srl mod Comune di Viano og Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia

¹⁶⁹ Jf. artikkel 12 nr. 1, bokstav b, direktiv 2014/24

¹⁷⁰ Goller (2015) s. 11

¹⁷¹ Eriksen (2015) s. 46

¹⁷² Wiggen (2013) s. 133

¹⁷³ Goller (2015) s. 11

¹⁷⁴ Eriksen (2015) s. 48

eiende institusjoner.¹⁷⁵ Argumentasjonen går ut på at selv om eierskap inngår som et viktig moment i vurderingen, er det ikke en nødvendig forutsetning.¹⁷⁶ Dette forankres bl.a. i sak C-324/07 (Coditel).¹⁷⁷ Eriksen viser i tillegg til en fortolkningsuttalelse fra Fornyings-, Administrasjons- og Kirkedepartementet, der spørsmålet var hvorvidt stiftelsen Petrad¹⁷⁸ kunne omfattes av reglene om utvidet egenregi. Her kom departementet til at selv om Petrad var en selveiende stiftelse, forelå det andre momenter som gjorde at den ble ansett å være under offentlig kontroll. Blant disse var at det offentlige kunne utforme og endre vedtektsbestemmelser og hadde full kontroll over stiftelsens sammensetning av styre.¹⁷⁹ I tillegg utøvde det offentlige en betydelig kontroll over stiftelsen ved å kunne knytte vilkår til tilskudd og kjøp av tjenester.¹⁸⁰ På denne bakgrunn kan altså kontrollvilkåret tenkes å være oppfylt til tross for at den ideelle organisasjonen er selveiende.

¹⁷⁵ Konkurrancestyrelsens notat av 2. februar 2020, s. 8

¹⁷⁶ Konkurrancestyrelsens notat av 2. februar 2020, s. 8. Se også FAD veileder (2013), s. 33

¹⁷⁷ Sag C-324/07, Coditel Brabant SA mod Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale, premiss 28 flg.

¹⁷⁸ Petrad er en norsk stiftelse med formål å utvikle og gjennomføre opplæringsprogram i petroleumsforvaltning for ledere innen petroleumsvirksomhet i utviklingsland og land med overgangskonometri

¹⁷⁹ Fortolkningsuttalelse av 09.09.2010, FAD, s. 8

¹⁸⁰ Fortolkningsuttalelse av 09.09.2010, FAD, s. 10

6 I hvilken grad har Norge utnyttet direktivets handlingsrom?

Ny forskrift for offentlige anskaffelser trer i kraft 1. januar 2017. Reglene om anskaffelser av helse- og sosialtjenester er regulert i kapittel 30. En tilsvarende unntaksregel som i den gamle forskriften, er ikke videreført.¹⁸¹ Dette er ikke overraskende da unntaket uansett ikke kan videreføres i dets nåværende form innenfor rammene av det nye direktivet. Som jeg har argumentert for, vil det imidlertid være rom for en mellomløsning der man tillater å reservere myke tjenester til ideelle leverandører der dette kan begrunnes i ytelsens særskilte karakter. Dette er i tråd med EU-domstolens rettspraksis, hvor det er oppstilt som vilkår at det må eksistere en faktisk sammenheng mellom leverandørens ideelle karakter og ytelsens kvalitet.¹⁸² En nasjonalt lovfestet adgang til å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner vil derfor etter min mening være i tråd med EU-retten dersom bestemmelsen oppstiller et tilsvarende vilkår.

Den nye forskriften inneholder imidlertid ingen slik reservasjonsadgang. Årsaken til dette er at Nærings- og Fiskeridepartementet, som har ansvaret for utformingen av forskriften, har vært av den oppfatning at det nye anskaffelsesdirektivet stenger for å kunne reservere myke tjenester til ideelle aktører. For det første konkluderer Sejersted-rapporten,¹⁸³ som er gjort på bestilling av departementet, med at det etter det nye direktivet ikke vil være tillatt å reservere myke tjenester til ideelle. Departementet viser til rapporten i et nyhetsbrev av 06.07.2014:

”På bakgrunn av de nye EU-reglene ba Nærings- og fiskeridepartementet professor Sejersted om å gjøre en rettslig vurdering av om unntaket for de ideelle aktørene kunne videreføres. Regjeringen har nå motatt vurderingen fra Sejersted som er helt klar: unntaket kan ikke videreføres når det nye anskaffelsesdirektivet skal gjennomføres i norsk rett.”¹⁸⁴

Videre gir departementet uttrykk for det samme synet i et EØS-notat skrevet to år senere i forbindelse med implementeringen av det nye EU-direktivet. Her står det at ”unntaket [for anskaffelser av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner] kan ikke videreføres innenfor rammene av det nye direktivet. Det skyldes at disse tjenestene nå underlegges direktivets prosedyreregler mens de før var uprioriterte. Direktivets unntaksregler er uttømmende”.¹⁸⁵

Departementet har rett i at unntaket ikke kan videreføres i sin nåværende form, men det betyr ikke at det ikke lenger er rom for noe unntak overhodet. Jeg mener som nevnt at det er rom

¹⁸¹ Jf. FOA (2006) § 2-1(3) a

¹⁸² Se for eksempel C-113/13 (Spezzino), premiss 65. Se også pkt. 3.1.6

¹⁸³ Sejersted (2014)

¹⁸⁴ Nyhetsbrev av 06.07.2014, Nærings- og Fiskeridepartementet

¹⁸⁵ EØS-notat av 18.04.2016, Nærings- og Fiskeridepartementet

for en mellomløsning som sier at der bruk av ideelle leverandører kan begrunnes i ytelsens særskilte karakter, kan oppdragsgiver etter en skjønnsmessig vurdering velge å reservere konkurransen til slike aktører. Dette vil etter mitt syn være i tråd med EU-retten så lenge bruken av en ideell aktør kan begrunnes konkret for den enkelte anskaffelsen.

På bakgrunn av departementets formuleringer virker det imidlertid ikke som at man i det hele tatt har overveid hvorvidt det vil være rom for en slik mellomløsning, men at man har gått inn for en enten/eller-tilnærming. I stedet for å forsøke å bevare tradisjonen med å engasjere ideelle leverandører i helse- og sosialsektoren, har departementet opprettet en sikkerhetsventil som garanterer at Norge ikke vil kunne dømmes for å ha brutt sine EØS-rettslige forpliktelser. Noen vil hevde at dersom resultatet blir en økning av profittorienterte aktører på velferdsmarkedet, vil disses gevinstkrav føre til at brukerne av tjenestene sitter igjen som taperne.

Siste ord er imidlertid ikke sagt i denne saken. Under en åpen høring i næringskomiteen ga flere instanser uttrykk for at EU-direktivet gir et videre handlingsrom som bør utnyttes.¹⁸⁶ Departementet er derfor i skrivende stund i gang med å innhente en juridisk utredning som skal vurdere om direktivets handlingsrom når det gjelder å tilgodese ideelle organisasjoner er større enn tidligere antatt. Dette vil kunne føre til nye regelendringer.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Inst. 358 L (2015-2016), s. 19

¹⁸⁷ Pressemelding av 18.08.2016, Nærings- og Fiskeridepartementet

7 Kilderegister

Lover og forskrifter

1992	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]
1999	Lov 16. Juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser [Anskaffelsesloven]
2002	Forskrift 22. November 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser
2005	Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern [Arbeidsmiljøloven]
2005	Lov 17. Juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister [Tvisteloven]
2006	Forskrift 7. April 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser [FOA]
2016	Lov 17. Juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser [Anskaffelsesloven]
2016	Forskrift 12. August 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser [FOA]
2016	Forskrift 12. August 2016 nr. 977 om endring i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser

Forarbeider

NOU 2014:4	<i>Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.</i>
SOU 2013:12	<i>Gode affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling, Bilag 20, Rättsutredning avseende frågan om att reservera upphandlingskontrakt till icke-vinstsyftande företag/organisationer</i>
Inst. 358 L (2015-2016)	<i>Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)</i> https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/innstillinger/stortinget/2015-2016/inns-201516-358.pdf
Innst. 232 S (2015-2016)	<i>Innstilling til Stortinget fra Finanskomiteen</i> https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/innstillinger/stortinget/2015-2016/inns-201516-232.pdf

SOU 2016:78 *Ordning och reda i välfärden*
<http://www.regeringen.se/contentassets/da2cceb5dc84389b79b48b06a5e000a/ordning-och-reda-i-valfarden-sou-201678>

Konvensjoner og direktiver

TEUV	Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte, Lisboa 2007
Direktiv 1994/22/EF	Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 1994/22/EF af 30. Maj 1994 om betingelser for tideling og udnyttelse af tilladelser til prospektering, efterforskning og 47produktion af kulbrinter, EUT 1994/L164/3
Direktiv 2004/18/EF	Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 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
Direktiv 2014/24/EU	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

Norske dommer/kjennelser

Rt-1997-574 Firesafe
 16-126305TVI-OBYF (Oslo Byfogdembete)

Dommer fra EU-domstolen

Sag C-70/95	Sodemare SA m.fl. mod Regione Lombardia	ECLI:EU:C:1997:301
Sag C-167/95	Maatschap M. J. M. Linthorst, K. G. P. Pouwels en J. Scheres c.s. mod Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Roermond	ECLI:EU:C:1997:105
Sag C-107/98	Teckal Srl mod Comune di Viano og Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia	ECLI:EU:C:1999:562
Sag C-348/98	Vitor Manuel Mendes Ferreira og Maria Clara Delgado Correia Ferreira mod Companhia de	ECLI:EU:C:2000:442

Seguros Mundial Confiança SA

Sag C-237/99	Kommissionen mod Frankrig	ECLI:EU:C:2001:70
Sag C-475/99	Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Süd-westpfalz	ECLI:EU:C:2001:577
Sag C-257/00	Nani Givane m.fl. mod Secretary of State for the Home Department	ECLI:EU:C:2003:8
Sag C-324/07	Coditel Brabant SA mod Commune d’Uccle, Région de Bruxelles-Capitale	ECLI:EU:C:2008:621
Sag C-113/13	Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl. mod San Lorenzo Soc. coop. Sociale Onlus og Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus	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), Regione Piemonte	ECLI:EU:C:2016:56

Forslag til avgjørelser fra generaladvokaten

Sag C-113/13 Forslag til avgjørelse av generaladvokat Wahl, fremsatt den 30. April 2014 (Spezzino)

Avgjørelser fra EFTAs overvåkningsorgan

248/10/COL Complaint against Norway concerning the procurement of child care services 21.06.2010
<http://www.eftasurv.int/media/public-documents/551991.pdf>

Rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen

Case E-09/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir v. The Government of Iceland 10.12.1998

KOFA-avgjørelser

Sak 2010/364 NHO mot Barne, ungdoms og familieetaten Region Øst
<http://www.kofa.no/PageFiles/2571/2010-364.pdf>

Dokumenter fra offentlige organer

Notat, 02.02.2010	<i>In-house begrebets betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner</i> http://www.nohr-con.com/uploads/documents/konkurrencestyrelsen/vejledende_uttalelse_inhouse_begrebets_betydning_for_kommunal_aftaleindgaelse_med_selvejende_institutioner.pdf	Konkurrencestyrelsen (DK)
Fortolkningsuttalelse, 09.09.2010	<i>Oljedirektoratets innkjøp fra PETRAD - kommer lov om offentlige anskaffelser til anvendelse?</i> https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_OD_PETRAD.pdf	Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet
Høringsbrev, 21.03.2012	<i>Høring – unntak for utøvelse av offentlig myndighet i forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften</i> https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-unntak-utovelse/id675864/	Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet
Veileder 2013:2	<i>Veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester</i> https://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser/files/Difis%20veileder%20for%20anskaffelser%20av%20helse-%20og%20sosialtjenester.pdf	Direktoratet for IKT og Forvaltning
Nyhetsbrev, 06.07.2014	<i>Sejersted-rapporten klar</i> https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Sejersted-rapporten-klar/id765116/	Nærings- og Fiskeridepartementet
EØS-notat 18.04.2016	<i>Direktiv om offentlige anskaffelser</i> https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2011/nov/direktiv-om-offentlige-anskaffelser/id2434771/	Nærings- og Fiskeridepartementet
Pressemelding 18.08.2016	<i>Enklere anskaffelsesregler</i> https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/enklere-anskaffelsesregler/id2509306/	Nærings- og Fiskeridepartementet

Dokumenter fra EU-organer

- | | | |
|------------|---|----------------|
| 01.08.2006 | "Kommisionens fortolkningsmeddelelse om den fælles-skabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne", EU-tidende 2006 nr. 179
http://eur-lex.europa.eu/legal-con-tent/DA/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2006.179.01.0002.01.DA.N&toc=OJ:C:2006:179:FULL | EU-kommisjonen |
| 20.12.2011 | KOM/2011/0896: Forslag til Europaparlamentets og Rådets direktiv om offentlige innkjøp
http://eur-lex.europa.eu/legal-con-tent/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&from=EN | EU-kommisjonen |
| 20.01.2012 | 2011/0430(COD): Cluster 2: Strategic use of Public Procurement
http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5369-2012-INIT/en/pdf | Rådet |
| 29.04.2013 | 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"
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf | EU-kommisjonen |
| 11.12.2014 | Press release 14/173, <i>Emergency ambulance services may be entrusted on a preferential basis and by direct award to voluntary associations</i> , Luxembourg, 11.12.2014
http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140173en.pdf | EU-domstolen |

Litteratur

- | | |
|----------------|--|
| Agenda Kaupang | "Offentlige innkjøp av helse og sosialtjenester fra ideelle aktører – alternative løsninger" (2011)
http://www.frivillighetnorge.no/filestore/Dokumenter/Frivillighetspolitikk/BjrnKaupang.pdf |
|----------------|--|

Arnesen, Finn og Stenvik, Are	<i>Internasjonalisering og juridisk metode</i> (2. Utgave), 2015
Arnesen, Finn og Wiggen, Jannicke	”Barnevern og EØS” (2008), Perspektiv 02/08, Stortingets Utredningsseksjon
Arrowsmith, Sue	<i>The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK, Volume I</i> , (3. Utgave), 2014
Aschieri, Annalisa	”Legal and Factual Background of the Spezzino Judgment (C-113/13): Inconsistencies and Advantages of the Special Role Played by Voluntary Associations in the Functioning of the Italian Social Protection Systems” <i>European Procurement & Public Private Partnership Law Review</i> , (2016), 1. Utgave, s. 6-13
Aven, Terje	”The risk concept – historical and recent development trends” <i>Reliability Engineering and System Safety</i> (2012), s. 33-44 http://ac.els-cdn.com/S0951832011002584/1-s2.0-S0951832011002584-main.pdf?_tid=896d0132-735c-11e6-b5ac-00000aab0f6c&acdnat=1473075376_e9f7e7b2319cdf8a7e81f153518af614
Backer, Inge Lorange	<i>Norsk Sivilprosess</i> , 2015
Brown, Adrian	”The direct award of ambulance services to voluntary organisations in Italy, revisited: case C-50/14 CASTA”, <i>Public Procurement Law Review</i> (2016), 3. utgave, s. NA72-76
Caranta, Roberto	”Mapping the margins of EU public contracts law: covered, mixed, excluded and special contracts”, I: <i>Modernising Public Procurement: The New Directive</i> , 2014
Caranta, Roberto	”After Spezzino (Case-C-113/13): A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector” <i>European Procurement & Public Private Partnership Law Review</i> , (2016), 1. utgave, s. 14-21
Dragsten, H. Mari- anne	<i>Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger</i> , 2013
Eriksen, Christof- fer C.	”Reglene om egenregi: Anskaffelsesrettslig ramme for organisering av kommunal virksomhet og det offentliges samarbeid med ideelle organisasjoner i velferdssektoren”, (2015), juridisk betenkning avgitt til Fagforbundet file:///Users/runa/Downloads/Kommuner-Egenregi140515.pdf

Faustino, Paula Bordalo	"Award criteria in the new EU directive on public procurement" <i>Public Procurement Law Review</i> , (2014), 3. utgave, s. 124-133
Fenger, Niels	<i>Forvaltning og Fællesskab: Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens</i> , 2004
Fleischer, Carl August	<i>Folkerett</i> , 7. utg., 2000
Fredriksen, Halvard Haukeland	"EØS-rett i norske domstoler" (2011), Europautredningen http://www.europautredningen.no/wp-content/uploads/2011/04/Rap3-domstoler.pdf
Frick, Karin, og Schonberg, Soren	"Finishing, refining, polishing: on the use of travaux preparatoires as an aid to the interpretation of Community legislation" <i>European Law Review</i> , (2003), 28(2), s. 149-171
Goller, Morten	"Handlingsrom for bruk av ideelle organisasjoner" (2015), notat til Ideelt Nettverk fra advokatfirmaet Wiersholm, vedlegg til høringssvar fra Ideelt Nettverk til Nærings- og Fiskeridepartementet av 17.06.2015 https://www.regjeringen.no/contentassets/fc22c5b0590a4cefb69dd8660c9b425d/ideelt-nettverk.pdf
Hamer, Carina Risvig	<i>Grundlæggende udbudsret</i> , 2016
Hamer, Carina Risvig	"Indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser (light-regimet)", I: <i>Udbudsloven</i> , Steen Treumer (red.), 2016, s. 481-518
Hansen, Carina Risvig	<i>Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive</i> , 2012
Hervey, Tamara K. Og McHale, Jean V.	<i>European Union Health Law: Themes and Implications</i> , 2015 https://books.google.no/books?id=6JGzCwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=no&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
Holsøe, Tom og Nielsen, Martin Levi Strøm	"Evalueringsmetoder" I: <i>Aktuel udbudsret II</i> , Karsten Hagel-Sørensen (red.), 2016, s. 583-610
Hovland, Lennart	"Hvorfor er andre enn ideelle mindre egnet til visse kontrakter?", Anbud365, 10.10.2016 http://www.anbud365.no/hvorfor-er-andre-enn-de-ideelle-mindre-egnet-til-visse-kontrakter/
Hovland, Lennart	"Ikke flertall for "gevinsttak" for velferdsleverandører i dag, men..."

- Anbud 365, 12.10.2016
<http://www.anbud365.no/ikke-flertall-gevinsttak-velferds-leverandorer-dag-men/>
- 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 (sitert fra Westlaw)
- Moxnes, Bjørnar "Sykehjemsdebatten: Profitt i velferden er et sidespor", *Aftenposten*, 1. september 2016
<http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Sykehjemsdebatten-Profitt-i-velferden-er-et-sidespor--Bjornar-Moxnes-603545b.html>
- NHO *Anskaffelsesjubel – med litt bismak* (2016), 03.06.2016
<https://www.nho.no/Politikk-og-analyse/offentlige-anskaffelser/anskaffelsesjubel---med-litt-bismak/> [Sitert 02.11.2016]
- Nordby, Kristin Johannesen "Studenter varslet om uforsvarlig eldrepleie. Nå risikerer firmaet å miste kontrakten", *Aftenposten*, 21. september 2016
<http://www.aftenposten.no/norge/Studenter-varslet-om-uforsvarlig-eldrepleie-Na-risikerer-firmaet-a-miste-kontrakten-604669b.html>
- Rosas, Alan "Tolknings- og tillämpningsproblem i mötet mellan nordisk och internationell juridisk metod" (2004), Forhandlinger ved det 37. Nordiske juristmøte (Reykjavik 2005)
<http://nordiskjurist.org/wp-content/uploads/2013/10/Referent120.pdf>
- Ruud, Morten og Ulfstein, Geir *Innføring i folkerett*, 4. utg., 2011
- Sánchez-Graells, Albert "Competition and State Aid Implications of the Spezzino Judgment (C-113/13): The Scope for Inconsistency in Aid Assessments for Voluntary Organisations Providing Public Services" *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, (2016), 1. utgave, s. 31-38
- Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas og Kolstad, Olav *EØS-rett*, (3. utg.), 2011
- Sejersted, Fredrik "Rettslig vurdering av om unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres" (2014).
<https://www.regjeringen.no/contentassets/cada61a19bab448ba0c35ba4a0756fcb/sejersted.pdf?id=2271254>
- 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* (2014), 4. utgave, s. 159-168
- Telles, Pedro ”The Impact of the Spezzino Judgment for Third Sector Organisations” *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, (2016), 1. utgave, s. 22-30
- Trætteberg, Håkon
Dalby og Sivesind,
Karl Henrik ”Ideelle organisasjoners særtrekk og merverdi på helse- og omsorgsfeltet” (2015), Senter for forskning på sivilsamfunn og frivillig sektor Bergen/Oslo.
<https://brage.bibsys.no/xmlui/bitstream/handle/11250/2389367/Ideelle%2borganisasjoners%2bs%25C3%25A6rtrekk%2bog%2bmerverdi%2bin%2bfor%2bhelse-%2bog%2bomsorgsfeltet.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Wehlander, Caroline *Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law*, 2016
- Wiggen, Janicke *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor: Kontraktsbegrepets grenser*, 2013
- Ølykke, Grith
Skovgaard og Nilsen, Rune *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, 2015