

## Høringsnotat

### **Forslag til ny forskriftsbestemmelse om adgangen til å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner**

#### **1. Innledning**

Nærings- og fiskeridepartementet sender med dette på høring et forslag om å innføre en forskriftsbestemmelse som gir adgang til å reservere offentlige anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner på nærmere angitte vilkår.

Et nytt regelverk om offentlige anskaffelser trådte i kraft 1. januar 2017. Det nye regelverket består av en ny lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) og tre nye forskrifter; forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften), forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) og forskrift om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften).

Anskaffelsesloven § 7a fastsetter at departementet ved forskrift skal gi særskilte regler om anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Bestemmelsen fastslår at departementet ved utformingen av disse reglene særlig skal legge vekt på særtrekkene ved helse- og sosialtjenester, og forskriften skal bidra til å fremme viktige hensyn som mangfold, kvalitet, kontinuitet og brukermedvirkning innenfor dette tjenesteområdet.

Mot denne bakgrunn har departementet innført egne regler om anskaffelser av helse- og sosialtjenester i alle tre forskriftene på anskaffelsesområdet. Det legges opp til at den overnevnte forskriftsbestemmelsen inntas i de allerede eksisterende kapitlene om anskaffelser av helse- og sosialtjenester.

#### **2. Det rettslige handlingsrommet for å reservere kontrakter om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner**

I det tidligere anskaffelsesdirektivet<sup>1</sup> var helse- og sosialtjenester kategorisert som såkalte uprioriterte tjenester og dermed unntatt de fleste prosedyrereglene. I Norge ble dette EØS-rettslige handlingsrommet utnyttet ved at oppdragsgivere i norsk rett hadde adgang til å utelukke kommersielle aktører fra konkurranser om helse- og sosialtjenester.<sup>2</sup> I det nye anskaffelsesdirektivet<sup>3</sup> ble skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester opphevet. Det var etter dette rettslig usikkert hvilket handlingsrom det nye direktivet gav når det gjaldt adgangen til å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle aktører etter EØS-retten.

Adgangen til å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle aktører ble vurdert i NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser (Forenklingsutvalget).

---

<sup>1</sup> [Directive 2004/18/EC of European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.](#)

<sup>2</sup> [Forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 § 2-1 tredje ledd, bokstav a.](#)

<sup>3</sup> [Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC](#)

Forenklingsutvalgets flertall la til grunn at unntaksregelen neppe kunne videreføres over EØS-terskelverdiene ved gjennomføringen av de nye anskaffelsesdirektivene i norsk rett. Flertallet foreslo derfor å ikke videreføre unntaket, heller ikke for anskaffelser under EØS-terskelverdiene<sup>4</sup>. Et mindretall var enig i at det var en betydelig grad av usikkerhet knyttet til om unntaksregelen kunne videreføres. Mindretallet mente likevel at unntaket var så viktig at det burde videreføres både over og under EØS-terskelverdiene så lenge konklusjonen ikke var klar.<sup>5</sup>

Departementet innhentet en rettslig vurdering av om unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kunne videreføres etter gjennomføringen av nytt anskaffelsesdirektiv fra professor dr. juris Fredrik Sejersted<sup>6</sup>. Sejersted konkluderte i utredningen med at det var betydelig prosessrisiko knyttet til en forskriftsbestemmelse som gav en generell adgang til å vektlegge skillet mellom ideelle og kommersielle i kriteriene for anskaffelse av helse- og sosialtjenester.

Ved behandlingen av anskaffelsesloven i Stortinget ble mulighetene til å forbeholde anskaffelser av helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner særlig diskutert.<sup>7</sup> Stortingets næringskomité hadde merket seg at det under den åpne høringen i komiteen var flere som gav uttrykk for at EØS-regelverket gav et handlingsrom. Det hadde i den forbindelse særlig blitt vist til en nyere avgjørelse fra EU-domstolen, i sak C-113/13 Spezzino. Stortinget pekte på flere av de ideelle leverandørenes positive egenskaper og understreket den store betydningen ideelle organisasjoner har som leverandører av helse- og sosialtjenester i Norge. Stortinget uttalte at de så det som viktig å utnytte det handlingsrommet som EØS-regelverket gir for å legge til rette for at ideelle organisasjoner i så stor grad som mulig skal kunne tilby slike tjenester. Stortinget ba også regjeringen om å innhente en ekstern juridisk vurdering av handlingsrommet for å ivareta ideelle aktører innenfor helse- og sosialområdet.

På grunn av den rettslige usikkerheten ble de nye anskaffelsesforskriftene vedtatt uten en reservasjonsadgang. Departementet innhentet imidlertid en utredning av det EØS-rettslige handlingsrommet fra advokat Karin Fløistad i Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig.<sup>8</sup> Utredningen vurderte om direktiv 2014/24/EU endret forståelsen av de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse i anskaffelsesretten sammenlignet med den tidligere rettstilstanden for så vidt gjaldt muligheten til å reservere konkurranser om helse- og sosialtjenester til ideelle leverandører. Fløistad vurderte i denne forbindelse en rekke avgjørelser fra EU-domstolen, inkludert avgjørelsene i C-113/13 Spezzino og C-50/14 CASTA. Utredningen konkluderte med at prinsippene om likebehandling og konkurranse ikke var endret ved det nye anskaffelsesdirektivet. Fløistad la til grunn at prinsipper som er utledet av EU-domstolens praksis på området for helse- og sosialtjenester, nærmere bestemt eldreomsorg og ambulansetjenester, hadde overføringsverdi til andre typer

---

<sup>4</sup> [Se NOU 2014:4 Enklere regler –bedre anskaffelser, s. 105-106.](#)

<sup>5</sup> [Se NOU 2014:4 Enklere regler –bedre anskaffelser, s. 106 -108.](#)

<sup>6</sup> ["Rettslig vurdering av om unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres"](#), Fredrik Sejersted.

<sup>7</sup> [Innst. 358 L \(2015–2016\)](#)

<sup>8</sup> ["Utredning av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester"](#), Karin Fløistad

tjenesteleveranser som også skal ivareta sosiale hensyn og er begrunnet i solidaritetsprinsippet. Fløistad fremhevet imidlertid at det gjelder visse vilkår for reservasjonsadgangen, slik disse kan utledes fra EU-domstolens praksis.

Det har vært uklart hvordan vilkårene skal tolkes og dermed også hvor vid en reservasjonsadgang er. Et vedtak fra EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) fra høsten 2017, som lukket en sak om påstått ulovlig diskriminering av private leverandører, har bidratt til noe klarhet. Anskaffelsen som vedtaket gjaldt var foretatt etter det tidligere anskaffelsesregelverket, men vedtaket inneholdt uttalelser om vilkårene for å reservere helse- og sosialtjenester etter EØS-retten. Uttalelsene har, med bakgrunn i Fløistads utredning, overføringsverdi til situasjonen etter det nye direktivet. ESA pekte på utgangspunktet om at EØS-retten ikke er til hinder for at statene skal bestemme graden av beskyttelse helse- og sosialsystemet deres skal gi borgerne og hvordan denne graden av beskyttelse skal oppnås. ESA oppsummerte hovedprinsippene i EU-domstolens praksis og utledet fra denne en vid tolkning av vilkårene for reservasjonsadgang.

Etter Forenklingsutvalgets og Sejersteds vurderinger har det følgelig skjedd en rettsutvikling, som gjør at departementet mener at det nå kan legges til grunn at det er et handlingsrom i EØS-retten for å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle aktører. Departementet følger med dette opp Stortingets føringer om å utnytte handlingsrommet i EØS-retten for å legge til rette for at ideelle organisasjoner skal kunne tilby ulike helse- og sosialtjenester.

### **3. Departementets vurdering av behovet for å innføre en reservasjonsadgang.**

#### **3.1. *Behovet for å legge til rette for at ideelle aktører tilbyr helse- og sosialtjenester***

Regjeringen har et ønske om å legge til rette for at ideelle aktører tilbyr helse- og sosialtjenester og at konkurranser om anskaffelser av slike tjenester kan reserveres for disse aktørene. Ønsket er knyttet til de ideelle organisasjonenes kvaliteter og karakter og ønsket om å bevare disse.

Ideelle organisasjoner er organisasjoner som ikke har profitt som formål, men som arbeider for å forfølge et sosialt formål eller for samfunnets beste. De ideelle aktørene skiller seg fra private kommersielle aktører ved at eventuell profitt skal reinvesteres i velferdstjenester eller i andre sosiale formål.

De ideelle aktørene har en merverdi i samfunnet og gir samfunnsfordeler utover leveransen av de aktuelle helse- og sosialtjenestene. Ideelle organisasjoner og virksomheter er opptatt av brukernes medvirkning på individ- og systemnivå og har hatt tradisjon for å skape nye tjenestetilbud. Ideelle organisasjoner har også en kultur for samarbeid med andre aktører og bruk av frivillige. Dette medfører at brukerne på enkelte tjenesteområder blir fulgt opp gjennom ulike tilbud og kontakt også etter leveransen av tjenester. En slik tilgang til oppfølging, aktiviteter og sosialt fellesskap gir overganger fra institusjon til dagliglivet som kan bygge opp under den rehabiliterende effekten etter institusjonsopphold på en måte som forebygger eller utsetter kostnadskrevenne reinnleggelser.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Se mindretallets uttalelser i [NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser](#) s. 107-108, som peker på slike forhold.

Erfaringer har vist at de ideelle aktørene har problemer med å nå opp i tradisjonelle anbudskonkurranser. Vanskelighetene er blant annet knyttet til de ideelle leverandørenes historiske pensjonskostnader. Det har også sammenheng med at det er vanskelig for en bestiller å konkretisere de ideelles kvalitative fordeler. Dette er knyttet til at de ideelle aktørene gir kvalitative og økonomiske fordeler for samfunnet som går utover fordelene de gir i leveransen av den konkrete tjenesten og som faller utenfor oppdragsgiverens ansvarsområde, og som dermed er vanskelig å vektlegge i tradisjonelle anbudskonkurranser. Slike samfunnsfordeler er knyttet til det som er nevnt over, som eksempelvis at de ideelle aktørene reinvesterer sitt overskudd eller bidrar med en frivillig oppfølging av brukergrupper også etter deres opphold i institusjon.

### *3.2. Fordeler og ulemper med innføringen av reservasjonsadgang*

Reservasjonsadgangen er ment å ivareta ideelle organisasjoner og de nevnte særegenhetene, som antas å stå i fare for å gå tapt ved tradisjonelle anbudskonkurranser. Ideelle aktører oppfattes som viktige bidragsyttere i leveringen av velferdstjenester, i tillegg til det offentlige og kommersielle aktører. Ved å legge til rette for at ideelle aktører kan levere gode velferdstjenester, antas det at det skapes en større bredde og variasjon i det totale velferdstilbudet, en velferdsmiks. Dette kan også gi et mer tilpasset tjenestetilbud for ulike grupperinger i samfunnet, noe som kan bidra til en balansert og tilgjengelig helsetjeneste av høy kvalitet. Større valgfrihet, og dermed også større grad av medbestemmelse for brukerne av offentlige finansierte velferdstjenester, vil kunne oppfattes som et samfunnsmessig gode.

På den annen siden vil en innføring av en forskriftsbestemmelse som gir adgang til å reservere konkurranser om helse- og sosialtjenester for ideelle aktører være en regulering som fører til mindre konkurranse om fordelingen av offentlige kontrakter. Forslaget vil ha negative konsekvenser for det kommersielle private næringslivet som leverer helse- og sosialtjenester, da disse ikke lengre kan delta i enkelte konkurranser. Dette vil kunne påvirke konkurranseforholdene og økonomiske tilpasninger blant de private tilbyderne.

Aktørene som nyter godt av reservasjonsadgangen vil kunne oppnå en monopol- eller oligopolgevinst, som kan føre til høyere priser og dårligere kvalitet på velferdstjenestene som leveres til samfunnet, sammenliknet med om disse ikke hadde et slikt konkurransefortrinn. Manglende konkurranse kan også føre til at det offentlige må betale mer for sine kontrakter om leveranser av helse- og sosialtjenester, sammenliknet med om leveransen utsettes for et konkurransepress uten særfordeler. Dette kan til syvende og sist innebære at skattebetalernes byrder øker. På den annen side kreves det fortsatt konkurranse mellom de ideelle aktørene, slik at leveransen likevel utsettes for et visst konkurransepress.

Ettersom ideelle organisasjoner ikke har profitt som hensikt, og heller jobber for sosiale formål eller samfunnets beste, skal eventuelle overskudd fra kontraktene gå tilbake til tjenestene, eller til andre sosiale formål. Også dette kan ha positive konsekvenser for samfunnet som helhet, selv om det er tale om kvalitative fordeler som vanskelig lar seg tallfeste.

Bestemmelsen som departementet foreslår er en kan-bestemmelse, og oppdragsgivere må derfor ikke reservere konkurranser for ideelle aktører om dette ikke er ønskelig. I tillegg til at oppdragsgiveren må vurdere om vilkårene for reservasjonsadgang er oppfylt før man utlyser en reservert konkurranse, gjør departementet oppmerksom på at oppdragsgiverne også bør vurdere om reservasjon er hensiktsmessig i det konkrete tilfellet. I denne sammenheng er det særlig sentralt å vurdere i hvilket omfang de negative konsekvensene av forslaget slår til dersom den aktuelle konkurransen reserveres. I noen markeder vil det eksempelvis ikke være fornuftig å reservere fordi det ikke er nok ideelle aktører til å oppnå tilstrekkelig konkurranse om kontrakten.

### 3.3. *Alternative tiltak*

Dagens forskrift inneholder ikke en bestemmelse som eksplisitt fastsetter at det er reservasjonsadgang for ideelle aktører. Departementet har foreløpig fulgt opp Fløistads utredning ved å utforme en veileder om hvordan offentlige oppdragsgivere kan vurdere om det er adgang til å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle aktører. Den enkelte oppdragsgiver kan etter veilederen reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester der oppdragsgivere innfortolker en reservasjonsadgang i forskriften basert på handlingsrommet i EØS-retten og Stortingets føringer og der den mener at vilkårene for reservasjon er oppfylt. Veilederen gjennomgår momentene som oppdragsgiveren kan vektlegge og se hen til for å vurdere om det foreligger en reservasjonsadgang i konkrete tilfeller.

Et mulig alternativt tiltak er å styrke veilederen ytterligere samtidig som det arbeides aktivt for å gjøre denne kjent blant offentlige oppdragsgivere i Norge. Så lenge det kun veiledes om reservasjonsadgang, vil det imidlertid trolig være noe vanskeligere for oppdragsgivere å reservere anskaffelser for ideelle aktører. Selv om en reservasjonsadgang etter departementets oppfatning kan innfortolkes i dagens forskrift og basere seg på de momenter som fremheves i veilederen, har det hersket stor usikkerhet knyttet til om det overhodet er et handlingsrom i EØS-retten som gir en reservasjonsadgang, og dermed også hva som er tillatt etter norsk rett. Dette leder sannsynligvis til færre reservasjoner for ideelle aktører og mer usikkerhet hos oppdragsgiveren enn det en forskriftsbestemmelse som eksplisitt fastsetter en reservasjonsadgang vil gjøre.

### 3.4. *Departementets samlede vurdering*

Flere aktører har på bakgrunn av den rettslige usikkerheten ytret ønske om en klarere rettstilstand og en forskriftsfesting. Departementet mener at det er hensiktsmessig at et spørsmål av så stor viktighet som reservasjonsadgangen tas stilling til sentralt. Departementet ser det som viktig å skape en klar rettstilstand, sett hen til usikkerheten som lenge har hersket på området. Departementet legger til at det trolig har positive administrative konsekvenser, og dermed også kan være økonomisk fordelaktig, for offentlige oppdragsgivere som ønsker å reservere at de kan legge til grunn at det finnes et handlingsrom i EØS-retten og kun må vurdere om de nærmere vilkårene for å utnytte dette handlingsrommet er oppfylt. En økende grad av rettslig sikkerhet rundt reservasjonsretten for ideelle aktører, vil således kunne medføre mindre ressurskrevende anbudsprosesser samlet sett.

Departementet ser det som sentralt å følge opp Stortingets føring om å utnytte det EØS-rettslige handlingsrommet til å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle aktører fullt ut. Når det etter departementets syn foreligger et handlingsrom i EØS-retten som gir adgang til dette ønsker departementet at reservasjonsadgangen kommer eksplisitt til uttrykk i anskaffelsesregelverket på en måte som er forutberegnelig for oppdragsgivere og leverandører. Departementet foreslår derfor at det innføres en forskriftsbestemmelse som fastsetter at det er adgang til å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester i norsk rett.

#### **4. Den konkrete utformingen av forskriftsbestemmelsen**

Det er departementets oppfatning at vilkårene som kan utledes fra EU-domstolens praksis må være oppfylt for at konkurransen skal kunne reserveres for ideelle aktører. Vilkaene for en reservasjonsadgang er at organisasjonene som deltar i konkurransen er ideelle, at reservasjonen bidrar til å oppnå sosiale formål og fellesskapets beste og at den bidrar til budsjettmessig effektivitet. Vilkaene omtales nærmere i punkt 5 nedenfor.

Det er også departementets oppfatning at vilkaene må vurderes konkret i den enkelte anskaffelsen for at konkurransen skal kunne reserveres for ideelle aktører. At vilkaene må vurderes i hver enkelt sak er den mest robuste løsningen EØS-rettslig, da restriksjoner i de fire friheter ikke kan gå utover det som er nødvendig i den enkelte sak. Dette er også i tråd med anbefalingene som advokat Fløistad ga i sin utredning. Departementet foreslår derfor en bestemmelse som krever at oppdragsgiveren må gjøre en konkret helhetsvurdering av om vilkaene for reservasjonsadgang er oppfylt i den enkelte anskaffelsen.

Departementet foreslår også at bestemmelsen definerer hva som utgjør en ideell aktør i anskaffelsesregelverkets forstand. En ideell organisasjon er en organisasjon som arbeider utelukkende for et sosialt formål for fellesskapets beste og som reinvesterer eventuelt overskudd tilbake til organisasjonens formål. Hva som ligger i dette omtales nærmere i punkt 5 nedenfor.

Departementet foreslår at bestemmelsen angir at kunngjøringen av konkurransen skal vise til bestemmelsen om reservasjonsadgang. Andre bestemmelser som gir adgang til å reservere kontrakter for nærmere definerte grupper av aktører, inneholder tilsvarende krav.

Bruken av reservasjonsadgangen bør begrunnes av oppdragsgiverne. Det følger allerede av anskaffelsesforskriften § 10-5 bokstav n at anskaffelsesprotokollen skal inneholde opplysninger om "vesentlige forhold". Bestemmelsen lister imidlertid også opp flere spesifikke forhold som skal inngå i protokollen i den utstrekning de er relevante. Departementet foreslår derfor at det presiseres i bestemmelsen at oppdragsgiveren skal angi i anskaffelsesprotokollen begrunnelsen for å bruke reservasjonsadgangen.

I forsyningsforskriften fremgår det av § 21-5 at oppdragsgiveren har en dokumentasjonsplikt. Bestemmelsen lister opp flere forhold i anskaffelsesprosessen som det skal oppbevares dokumentasjon om. Departementet foreslår at det legges til i bestemmelsen at oppdragsgiveren også skal oppbevare dokumentasjon om bruk av adgangen til å reservere konkurranser.

I konsesjonskontraktforskriften fremgår det av § 7-1 at oppdragsgiveren har en dokumentasjonsplikt. Det fremkommer at oppdragsgiveren skal oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å "begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen". Å bestemme seg for å bruke reservasjonsadgangen er en slik viktig beslutning. Bestemmelsen lister ikke opp eksempler på hva som utgjør viktige beslutninger, og departementet foreslår derfor ingen endringer i denne bestemmelsen.

Departementet foreslår at en bestemmelse om reservasjonsadgangen innføres i anskaffelsesforskriften kapittel 30, forsyningsforskriften kapittel 26 og konsesjonskontraktforskriften kapittel 14. Departementet fremsetter følgende forslag:

I forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 § 30-2a, forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene 12. august 2016 nr. 975 § 26-2a og forskrift om konsesjonskontrakter 12. august 2016 nr. 976 § 14-1a foreslås følgende endringer:

### **§ x Kontrakter som reserveres for ideelle organisasjoner**

- (1) Oppdragsgiveren kan reservere retten til å delta i konkurranser om helse- og sosialtjenester (som angitt i vedlegg 3) til ideelle organisasjoner dersom reservasjonen bidrar til å oppnå sosiale formål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet.
- (2) Ideelle organisasjoner er organisasjoner som arbeider utelukkende for et sosialt formål for fellesskapets beste og som reinvesterer eventuelt overskudd tilbake til organisasjonens formål.
- (3) Kunngjøringen av konkurransen skal vise til denne bestemmelsen.

I forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 § 10-5 foreslås følgende endringer:

§ 10-5 annet ledd bokstav n) skal lyde:

n) begrunnelsen for å reservere konkurransen for ideelle organisasjoner

Nåværende bokstav n) blir ny bokstav o).

I forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene 12. august 2016 nr. 975 § 21-5 foreslås følgende endringer:

§ 21-5 første ledd ny bokstav f) skal lyde:

f) bruk av reserverte konkurranser etter forskriften

Nåværende bokstav f) blir ny bokstav g).

## **5. Nærmere om vilkårene for reservasjonsadgang**

### **5.1. Overordnet om vilkårene**

Reservasjonsadgangen bygger på praksis fra EU-domstolen. Sentralt i denne sammenhengen er sak C-113/13 Spezzino. I saken behandlet EU-domstolen en

bestemmelse i nasjonal lovgivning i Italia, som sa at syketransport primært skulle betros frivillige organisasjoner. EU-domstolen uttalte at EU-retten ikke er til hinder for nasjonal lovgivning som bestemmer at levering av akutte syketransporttjenester primært og ved direkte tildeling skal betros frivillige organisasjoner. Dette gjelder så langt som den rettslige og kontraktmessige rammen organisasjonene opptre innenfor, faktisk bidrar til å oppnå de sosiale formål og forfølgelsen av formålene om solidaritet og budsjettmessig effektivitet som lovgivningen støtter seg på.<sup>10</sup>

Fløistad har formulert dette slik at oppdragsgiveren må vurdere om det er "*en positiv sammenheng mellom leverandørenes ideelle karakter og tjenesteytelsenes kvalitet og budgetary efficiency*".<sup>11</sup> Flertallet i Stortingets næringskomité formulerte dette som at "*kontrakter for helse- og sosialtjenester bare kan reserveres for ideelle organisasjoner dersom dette etter en konkret vurdering i det enkelte tilfellet bidrar til å realisere myndighetenes målsettinger innenfor helse- og sosialsektoren, under hensyn til fellesskapets beste og økonomisk effektivitet.*"<sup>12</sup>

Selv om formuleringen i forslaget til forskriftsbestemmelse varierer noe fra EU-domstolens uttalelse i Spezzino, er det departementets intensjon at meningsinnholdet skal være det samme. Oppdragsgiveren må vurdere om de samme hensyn som begrunner og lovliggjør den italienske lovbestemmelsen, også kan begrunne og lovliggjøre reservasjon av konkrete anskaffelser for ideelle aktører i norsk rett.

## 5.2. Vilkåret om at organisasjonen er ideell

Det finnes ikke i Norge en lovfestet og enhetlig definisjon av hva som utgjør en ideell organisasjon. Definisjonen som nå foreslås er ikke en legaldefinisjon som får anvendelse utenfor anskaffelsesregelverket, men presiserer kun hva som utgjør en ideell organisasjon i anskaffelsesregelverkets forstand.

Departementet foreslår at ideelle organisasjoner etter anskaffelsesregelverket skal forstås som organisasjoner som arbeider utelukkende for et sosialt formål for fellesskapets beste og som reinvesterer eventuelt overskudd tilbake til organisasjonens formål. Etter departementets oppfatning må hva som utgjør en ideell organisasjon etter disse vilkårene vurderes konkret, ut fra formålet med organisasjonen og bruken av et ev. overskudd fra denne.

Ordlyden "ideelle organisasjoner" er en videreføring av begrepsbruken i tidligere bestemmelse<sup>13</sup> og praksis knyttet til denne vil fremdeles kunne ha betydning for tolkningen.

---

<sup>10</sup> Se [sak C-113/13 \(Spezzino\)](#) hvor det ble uttalt i premiss 65 at "*Articles 49 TFEU and 56 TFEU must be interpreted as meaning that they do not preclude national legislation, such as that at issue in the main proceedings, which provides that the provision of urgent and emergency ambulance services must be entrusted on a preferential basis and awarded directly, without any advertising, to the voluntary associations covered by the agreements, in so far as the legal and contractual framework in which the activity of those associations is carried out actually contributes to the social purpose and the pursuit of the objectives of the good of the community and budgetary efficiency on which that legislation is based*".

<sup>11</sup> Se [Utredning av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester](#), Karin Fløistad, Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS, s. 28.

<sup>12</sup> Se [Innst. 358 L \(2015-2016\)](#) punkt. 2.2.5

<sup>13</sup> [Forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402](#) § 2-1 tredje ledd, bokstav a.



Når det gjelder organisasjonens formål skiller ideelle virksomheter seg fra kommersielle virksomheter ved at de ikke har profitt som formål, men har et annet grunnlag for sin virksomhet. Ideelle virksomheter har altså en virksomhetsidé som strekker seg ut over selve tjenesteproduksjonen og er preget av idealisme ved at den driftes uten økonomisk motiv, for å avhjelpe sosiale behov i samfunnet eller for å hjelpe bestemte utsatte grupper. Organisasjonen bidrar eksempelvis til å forfølge et sosialt formål og arbeider for samfunnets beste. Når det skal vurderes hva som er organisasjonens formål, kan organisasjonens vedtektsbestemte formål si noe om dette. Uttalelser om formål i vedtektene er likevel ikke alene tilstrekkelig til å definere en organisasjon som ideell og dens ideelle karakter må vurderes konkret. Det fremkommer av forslaget til definisjon at organisasjonen må arbeide utelukkende for det sosiale formålet. Dette innebærer at dersom organisasjonen yter andre tjenester på markedet enn helse- og sosialtjenester, må denne aktiviteten være begrenset og støtte utøvelsen av den ideelle virksomheten ved at overskudd ikke tas ut av organisasjonen.<sup>14</sup> Eksempelvis utelukker ikke kafédrift i tilknytning til et sykehjem at organisasjonen anses som ideell, men på samme måte som for annen inntjening den ideelle organisasjonen har kan heller ikke dette tas ut som overskudd.

Når det gjelder eventuelt "overskudd" er det sentrale at overskudd eller tilgjengelige ressurser ikke skal ledes ut av den ideelle virksomheten til medlemmer, eiere eller andre, ut over det som kreves for å dekke kostnadene ved driften. Virksomheten skal være organisert slik at den er uavhengig av økonomiske interesser, og eventuell fortjeneste som følger av organisasjonens virksomhet må derfor reinvesteres i sosiale formål som er i tråd med virksomhetens formål.

Både direkte og indirekte overskudd omfattes av bestemmelsen. Dersom fortjeneste hentes ut til eierne, direkte ved utdeling av utbytte eller indirekte ved andre transaksjoner, vil virksomheten ikke regnes som ideell. Eksempler på indirekte uttak av fortjeneste kan skje i form av utvidelse av egenkapital som går utover det som må anses som rimelig, inngåelse av kontrakter med eiere om leie eller kjøp av ulike varer og tjenester over markedspris, salg av eiendom som realiserer kapital som ikke anvendes til den ideelle eierens formål eller ekstraordinære lønninger.

Det har tidligere vært reist spørsmål om konsernstrukturer eller organisasjonsform kan legge begrensninger på hvilke virksomheter som kan anses som ideelle. Etter departementets oppfatning er det sentrale at konsernstrukturer og organisasjonsform legger til rette for at overskudd eller opparbeidet egenkapital ikke på noen måte eller på noe tidspunkt kan tas ut eller anvendes til noe annet enn de oppgaver og ideelle formål som er fastlagt i organisasjonens vedtekter.

Hvis virksomheten er organisert som en stiftelse, som har som hovedformål å drive sosialt eller humanitært formål, tilsier kravene til stiftelser at det er liten risiko for omgåelser, så lenge kravene til bruk av overskudd nevnt innledningsvis er oppfylt.

---

<sup>14</sup> Se sak [C-50/14 \(CASTA\)](#), avsnitt 78 hvor det heter " It follows that any commercial activity carried out by such associations on the market must be marginal and support the pursuit of their voluntary activity

At virksomheten er organisert som et aksjeselskap er ikke prinsipielt til hinder for å være ideell, så lenge organisasjonens formål er å dekke sosiale behov og selskapet drives uten økonomiske motiv. I praksis vil dette som utgangspunkt innebære at eieren må være ideell. Dersom eieren er en privatperson eller det er tale om et kommersielt konsern vil det være en risiko for at det knytter seg økonomiske eierinteresser til selskapet. Den konkrete vurderingen vil i slike tilfeller særlig måtte se på om det foreligger sikkerhetsforanstaltninger som hindrer at eieren senere står fri til å endre virksomhetens formål og tillate uttak av utbytte, på en måte som undergraver det ideelle formålet.

### 5.3. *Vilkårene om oppnåelse av sosiale formål og fellesskapets beste*

Selv om det legges opp til at oppdragsgiverne foretar en konkret helhetsvurdering i hver enkelt anskaffelse, trenger ikke vurderingene etter departementets oppfatning alene å knyttes til den konkrete anskaffelsen. Vurderingen som oppdragsgiveren må foreta handler ikke alene om fordeler ved bruk av ideelle aktører i den spesifikke anskaffelsen i snever forstand, men også om hvordan bruk av de ideelle kan bidra til å sikre en tjenesteytelses kvalitet og oppnå sosiale formål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet mer generelt.

Etter departementets syn er det flere momenter som kan begrunne en positiv sammenheng mellom bruk av ideelle leverandører og oppnåelsen av sosiale formål og fellesskapets beste.

Det er etter departementets oppfatning et grunnleggende krav at den aktuelle tjenesten som konkurransen skal reserveres for gjelder helse- og sosialtjenester som skal ivareta sosiale hensyn og er begrunnet i solidaritetsprinsippet.<sup>15</sup> Dette vil omfatte lovregulerte tjenester der en offentlig myndighet er pålagt å sørge for et nærmere angitt tilbud, herunder kommunale helse- og omsorgstjenester, spesialisthelsetjenester omfattet av de regionale helseforetakenes lovpålagte ansvar og barnevernstjenester. Dette er tjenester som Stortinget har besluttet at befolkningen skal ha lik tilgang til, og det er etter departementets syn til fellesskapets beste dersom ressursene som fellesskapet har avsatt til å beskytte borgerens interesser utnyttes så effektivt som mulig. Dette oppfylles dersom flere brukere får tilgang til tjenester av god kvalitet, uten at de samlede ressursene som benyttes på formålet økes. Ideelle virksomheter som reinvesterer eventuelt overskudd fra tjenestene, kan bidra til dette. Oppdragsgivere kan vektlegge at det er tale om en lovpålagt og offentlig finansiert helsetjeneste som hele befolkningen skal ha tilgang til.

Regjeringens oppfatning er at en balansert og tilgjengelig helsetjeneste av høy kvalitet best sikres der man har en kombinasjon av offentlige, kommersielle og ideelle leverandører, en velferdsmiks. Gjennom at oppdragsgiverne kan reservere kontrakter for ideelle

---

<sup>15</sup> Se [Utredning av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester](#), Karin Fløistad, Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS, s. 2 som uttaler "Ambulanz Glöckner, Spezzino og CASTA gjelder alle utrykningstjenester. På domstidspunktene var det ikke en egen unntaksregel for disse tjenestene slik som nå følger av artikkel 10 bokstav h. Resultatene i dommene har grunnlag i helt generelle EU-rettslige prinsipper. Disse prinsippene har overføringsverdi til andre typer tjenesteleveranser som også skal ivareta sosiale hensyn og er begrunnet i solidaritetsprinsippet".

organisasjoner sikres et viktig alternativ til offentlige og kommersielle aktører, og at velferdsmixen opprettholdes på en måte som sikrer befolkningens helse og sosiale velferd.

Ideelle organisasjoner kan bidra til å gi stemme til grupperinger i samfunnet som ellers ikke ville blitt hørt eller som ville hatt vanskeligheter med å bli hørt.<sup>16</sup> Virksomheter som driftes på et annet grunnlag enn fortjeneste, kan også bidra til investeringer i nye tilbud som det ikke på forhånd er avklart om har finansiering eller vil gi avkastning, men som likevel møter enkeltmenneskers behov. Der ideelle aktører bidrar til dette, er det forhold som etter bestemmelsen kan vektlegges av oppdragsgiver.

Ideell sektor har en sterk tilknytning til frivilligheten. Det frivillige arbeidet skjer både gjennom likemannsarbeid, selvhjelpsgrupper, deltakergrupper, dugnader, forberedende arbeidstrening, sosialt entreprenørskap og aksjoner med videre. For brukerne representerer bruken av frivillige at man kan få tilgang til oppfølging og aktiviteter som gir sømløse overganger fra institusjon til dagliglivet. Dette er forhold som ikke naturlig settes som krav ved konkrete anskaffelser knyttet til mer spesialiserte tjenester, men som likevel gir kvalitet i form av et helhetlig tjenestetilbud av nytteverdi for den enkelte, pårørende og annet nettverk. Slike tilbud kan også ha en samfunnsøkonomisk nytte der de bygger opp under den rehabiliterende effekten etter et institusjonsopphold og forebygger eller utsetter kostnadskrevende reinnleggelser.<sup>17</sup> Der de ideelle aktørene bidrar til å sikre et tilbud utover leveringen av den konkrete tjenestene, kan oppdragsgiver etter bestemmelsen vektlegge dette i vurderingen.

#### 5.4. Vilkåret om budsjettmessig effektivitet

Når det gjelder vilkåret om budsjettmessig effektivitet, har flere av forholdene som nevnes overfor i punkt 5.3 en verdi som er samfunnsøkonomisk positiv. Det er derfor en presumsjon for at ideelle aktører bidrar til budsjettmessig/økonomisk effektivitet, sparer staten for ressurser og unngår sløsing så langt de ikke opererer med et mål om økonomisk overskudd og fører eventuelt overskudd tilbake til tjenestene eller sosiale formål. I den grad slike virksomheter benytter frivillige, vil det være egnet til å styrke presumsjonen ytterligere.<sup>18</sup>

## 6. Økonomiske og administrative konsekvenser

Forslaget kan potensielt ha store konsekvenser for det private kommersielle næringslivet. Forslaget kan også ha stor samfunnsøkonomisk betydning. Dette er redegjort for i punkt 3. Som nevnt er bestemmelsen en "kan"-bestemmelse som ikke etablerer en plikt for oppdragsgivere til å reservere konkurransene for ideelle aktører. Oppdragsgivere bør tenke over hvorvidt det er samfunnsøkonomisk fornuftig å foreta en reservasjon og om eventuelle

<sup>16</sup> Se lignende betraktninger i mindretallets uttalelser i [NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser](#) s. 107.

<sup>17</sup> Se mindretallets uttalelser i [NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser](#) s. 107-108.

<sup>18</sup> I denne sammenheng se Albert Sanches-Graells (EPPL 1/2016 s. 37) som uttaler følgende om kriteriet "*It seems much more feasible that there will be no connection whatsoever between the Spezzino and the Altmark tests and, consequently, there will be no effective economic assessment of the "contribution to budgetary efficiency" that community-based organizations actually make through the provision of public services. It would not be surprising if such conditions would simply be based on the assumption that, by employing an unknown portion of unpaid volunteers and not being profit-oriented, they allow the State to save financial resources or, if we are to play with words, to prevent, as far as possible, any wastage*".

merkostnader som følge av redusert konkurranse skal prioriteres innenfor gjeldende budsjettammer i de konkrete tilfellene hvor vilkårene for reservasjon er oppfylt. Hvor store konsekvensene av en innføring av reservasjonsadgangen vil være, avhenger av hvordan reservasjonsadgangen blir praktisert. Det er derfor vanskelig å kvantifisere de økonomiske og administrative konsekvenser.