

Kontrakter som reserveres for ideelle organisasjoner

15.05.2020

Bakgrunn

Tony Burner (SV) kom med følgende forslag:

«Drammen kommune vil inngå nye kontrakter kun med ideelle offentlige leverandører.»

Forslaget ble trukket etter at Rådmannen informerte om at forslaget kan være i strid med EU/EØS-retten. Rådmannen er bedt om å redegjøre for «hvorvidt og hvordan forslaget vil være lovstridig».

Rådmannens redegjørelse

I det norske regelverket for offentlige anskaffelser er det åpnet for at oppdragsgivere kan reservere kontrakter for ideelle organisasjoner:

- [Forskrift 12. august 2016 nr. 974](#) om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) § 30-2a
- [Forskrift 12. august 2016 nr. 976](#) om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften) § 14-1a
- [Forskrift 12. august 2016 nr. 975](#) om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) § 26-2a

Bestemmelsen:

- «(1) Oppdragsgivere 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 mål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet.
- (2) Ideelle organisasjoner har ikke avkastning på egenkapital som hovedformål. De arbeider utelukkende for et sosialt formål for fellesskapets beste, og reinvesterer eventuelt overskudd i aktivitet som oppfyller organisasjonens sosiale formål. En ideell organisasjon kan i begrenset omfang drive kommersiell aktivitet som støtter opp om virksomhetens sosiale formål.
- (3) Kunngjøringen av konkurransen skal vise til denne bestemmelsen.»

Regjeringen sendte 19.02.2020 ut en pressemelding (se side 3 i dette dokumentet) da bestemmelsen ble innført:

«Regjeringen mener at EØS-avtalen åpner for innføring av slike forskriftsbestemmelser. Forholdet til EØS er likevel ikke avklart. EFTAs Overvåkingsorgan (ESA) har stilt spørsmål ved om reguleringen er i strid med EØS-retten. Det betyr at oppdragsgivere som benytter seg av muligheten til å reservere konkurranser for ideelle kan risikere erstatningssøksmål, dersom det senere skulle vise seg at forskriftsbestemmelsene er i strid med EØS-avtalen.»

Norge har innført en forskriftsbestemmelse som potensielt er i strid med EU/EØS-retten. KS har uttalt at «dette er et område hvor det er vanskelig å oppnå en høy grad av rettslig sikkerhet, selv etter forskriftsfesting». Skulle konklusjonen bli at bestemmelsen ikke er i strid kan det fortsatt være usikkerhet knyttet til hvor grensen går for hva som skal anses som ideelle organisasjoner. Det samme gjelder om en reservasjon bidrar til å oppnå sosiale mål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet, eller ikke.

Oslo kommune har i lang tid ventet på en vurdering fra ESA knyttet til lovligheten av en kontrakt. Kommunen har utsatt kontraktsinngåelse i frykt for at kontrakten viser seg å være i strid med EU/EØS-retten. Nærings- og fiskeridepartementet har purret på ESA (se side 4 i dette dokumentet), men virker å ha innført bestemmelsen uten å ha fått en endelig avklaring.

Forskriftsbestemmelsen gir ikke en generell adgang til å reservere kontrakter for ideelle, den er avhengig av at «reservasjonen bidrar til å oppnå sosiale mål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet». Det må i hvert enkelt tilfelle må foretas en konkret vurdering av om vilkårene for reservasjon er oppfylt eller ikke.

Et annet viktig spørsmål er om det i det hele tatt finnes ideelle organisasjoner innenfor det konkrete markedet. Hvis det ikke eksisterer ideelle organisasjoner som leverer BPA-tjenester, er det naturligvis lite hensiktsmessig å benytte reserverte kontrakter. Rådmannen har ikke vurdert om det eksisterer slike leverandører innenfor dette området.

Rådmannens konklusjon

Redegjørelsen viser at det er stor usikkerhet og risiko knyttet til dette tema. Rådmannen har på nåværende tidspunkt ikke grunnlag for å endelig konkludere i spørsmålet om «hvorvidt og hvordan forslaget vil være lovstridig».

Det er derfor ikke hensiktsmessig å foreta en nærmere vurdering før det foreligger rettslig avklaring fra ESA eller andre relevante organer.

Vil gjøre det lettere for ideelle aktører å levere helse- og sosialtjenester

Pressemelding | Dato: 19.02.2020

Regjeringen gjør endringer i anskaffelsesregelverket slik at man kan reservere konkurranser om helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører.

- [Les forskriften her](#)

– Regjeringen vil bevare mangfoldet i helse- og sosialtjenestene ved å gjøre det lettere å bruke ideelle leverandører. Vi sikrer at anskaffelsesregelverket åpner for at staten og kommunene kan utnytte handlingsrommet til å bruke ideelle aktører ved kjøp av helse- og sosialtjenester. Mer mangfold blant de som tilbyr helse- og sosialtjenester gir valgfrihet for brukerne. På den måten kan folk selv bestemme hva som passer best i deres liv, sier næringsminister Iselin Nybø.

– Regjeringen er tydelig på at vi vil styrke ideelle aktørers posisjon. Historisk har ideelle aktører sett utfordringer i samfunnet og tatt ansvar. Det vil vi at de fortsatt skal gjøre, og jeg er derfor veldig glad for at vi nå åpner for å skjerme ideelle aktører i konkurranser om kjøp av helse- og sosialtjenester, sier barne- og familieminister Kjell Ingolf Ropstad.

Handlingsrommet brukes

Regjeringen mener at EØS-avtalen åpner for innføring av slike forskriftsbestemmelser. Forholdet til EØS er likevel ikke avklart. EFTAs Overvåkingsorgan (ESA) har stilt spørsmål ved om reguleringen er i strid med EØS-retten. Det betyr at oppdragsgivere som benytter seg av muligheten til å reservere konkurranser for ideelle kan risikere erstatningssøksmål, dersom det senere skulle vise seg at forskriftsbestemmelsene er i strid med EØS-avtalen.

Ikke handlingsrom for generelle regler om reserverte konkurranser for ideelle?

Problemene for offentlige virksomheter i Norge tårner seg opp på grunn av langdryg saksbehandling i EFTAs overvåking. Det gjelder spørsmålet om handlingsrom for ideelle. Det meldes imidlertid at det administrative nivået i EFTAs overvåkingsorgan foreløpig har sagt at det ikke er rettslig anledning til å innføre generelle bestemmelser som gir adgang til å reservere konkurranser for ideelle aktører ved kjøp av helse- og sosialtjenester. Men noen endelig avklaring lar vente på seg.

Anbud365 har bedt Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) om en kommentar til situasjonen, og svaret var: «Saken er fortsatt under behandling i departementet. Mer informasjon vil komme senere.» Samme svar har departementet gitt Helse Sør-Øst – de vil avvente ESAs vurdering før det tas stilling til hva som videre skal skje med høringsforslaget.

Sakens bakgrunn er at NFD sendte ny forskriftsbestemmelse om reservasjonsadgang for ideelle organisasjoner ut på høring den 27. august 2018. Forslaget til forskriftsfesting var ment å klargjøre rettstilstanden innen området, ved å fastslå at det eksisterer et EØS-rettslig handlingsrom for å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører.

Forsinket prosess

Høring av ny forskriftsbestemmelse ble avsluttet 23. november 2018. Nærings- og fiskeridepartementet har mottatt 50 hørings svar og om lag 60 % støtter innføringen av de nye bestemmelsene. Prosessen med å vedta de nye forskriftsbestemmelsene har imidlertid blitt forsinket fordi Eftas overvåkingsorgan ESA (Efta Surveillance Authority) har stilt spørsmål ved om det eksisterer et handlingsrom for å reservere anskaffelser for ideelle aktører i EØS-retten.

I et saksfremlegg til styret nylig skriver adm. dir i Helse Sør-Øst at rettstilstanden innen området er uklar og det vil være knyttet risiko for rettslige prosesser dersom man reserverer en anskaffelse for ideelle leverandører nå.

Ikke rettslig adgang?

Helse- og omsorgsdepartementet har, ifølge nevnte saksfremlegg, opplyst at ESAs foreløpige vurdering på administrativt nivå er at det etter ikrafttreden av de nye anskaffelsesdirektivene ikke er rettslig anledning til å innføre generelle bestemmelser som gir adgang til å reservere konkurranser for ideelle aktører ved kjøp av helse- og sosialtjenester. ESAs beslutningsorgan, ESA-kollegiet,

har imidlertid ikke har tatt stilling i saken enda. Norge har overfor ESA argumentert for at det er i tråd med EØS-avtalen å innføre bestemmelsene.

ESA kan formelt sett ikke åpne sak om selve forskriftsbestemmelsen før den har blitt vedtatt og avventer derfor den videre utviklingen. Helse- og omsorgsdepartementet har opplyst til Helse Sør-Øst at Regjeringen foreløpig ikke har tatt stilling til hvordan man skal forholde seg til ESAs tilbakemelding på administrativt nivå.

«Purrebrev» fra NFD

Det er saker fra Oslo og Bergen som konkret ligger til behandling i EFTAs overvåkingsorgan, og som er årsaken til at det tar tid med en avklaring. Anbudskonkurransen det gjelder, er bygging og drift av et sykehjem for langtidspasienter kunngjort i desember 2016. Anskaffelsen er forbeholdt ideelle leverandører.

I et «purrebrev» fra NFD tidligere i sommer, bes EFTAs overvåkingsorgan om å skynde på. Det er maktpåliggende med en avgjørelse så snart som råd er, heter det, Oslo kommune har utsatt kontraktsinngåelsen i lengre tid, og står nå overfor betydelige belastninger og kan ikke vente på en avgjørelse særlig lenger. Det haster for langtidspasientene det gjelder, fordi de skal overføres til et nytt sykehjem i stedet for å fortsette å holde til i et sykehjem med lavere kvalitet.

Departementet anbefaler overvåkingsorganet å skille ut Oslo-saken – av to grunner: Anskaffelsen ble kunngjort før det nye regelverket trådte i kraft, og fordi unntaket fra daværende regelverk som ble lagt til grunn, fantes så vel i EØS-avtalen og i EU-reglene for offentlige anskaffelser. Og NFD ber om at EFTAs overvåkingsorgan opplyser om når beslutningen vil foreligge.