



E-4/22-20

RETTSMØTERAPPORT

i sak E-4/22

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Oslo tingrett i saken mellom

Stendi AS,

Norlandia Care Norge AS

og

Oslo kommune

om tolkningen av europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF, særlig artikkel 2 nr. 1 punkt 9 og artiklene 74 til 77, og artiklene 31, 32, 36 og 39 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

I Innledning

1. Ved brev 14. mars 2022, registrert ved EFTA-domstolen 30. mars 2022, fremsatte Oslo tingrett en anmodning om rådgivende uttalelse i saken som står for den mellom Stendi AS («Stendi») og Norlandia Care Norge AS («Norlandia») og Oslo kommune.

2. Saken for Oslo tingrett gjelder Oslo kommunes anskaffelse av langsiktige leie- og tjenesteytingsavtaler for inntil 800 nye langtidsplasser i sykehjem, kunngjort i november 2020. Deltakelse i delen av anskaffelsen som gjelder drift av sykehjemsplassene, var reservert ideelle organisasjoner. Dette hindret Stendi og Norlandia, to kommersielle aktører, fra å delta i anbudskonkurransen.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

3. Artikkel 31 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») lyder:

1. I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapitlet om kapital.

2. Vedlegg VIII til XI inneholder særlige bestemmelser om etableringsrett.

4. EØS-avtalen artikkel 32 lyder:

Virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet, skal for denne avtaleparts vedkommende ikke omfattes av bestemmelsene i dette kapittel.

5. EØS-avtalen artikkel 36 lyder:

1. Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.

2. Vedlegg XI til XI inneholder særlige bestemmelser om adgangen til å yte tjenester.

6. EØS-avtalen artikkel 37 lyder:

Ved tjenester skal i denne avtale forstås tjenester som vanligvis ytes mot betaling, i den utstrekning de ikke kommer inn under bestemmelser om det frie varebytte og den frie bevegelse for kapital og personer.

Tjenester omfatter fremfor alt

- (a) industriell virksomhet,*
- (b) handelsvirksomhet,*
- (c) håndverksvirksomhet,*
- (d) virksomhet innen de frie yrker.*

Tjenesteyteren kan, i den hensikt å yte tjenesten i en stat, midlertidig utøve sin virksomhet der på samme vilkår som vedkommende stat fastsetter for sine egne statsborgere, med forbehold for bestemmelsene i kapittel 2.

7. EØS-avtalen artikkel 39 lyder:

Bestemmelsene i artikkel 30 og artikkel 32 til 34 skal anvendes på det saksområde som dette kapittel omhandler.

8. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF (EUT 2014 L 94, s. 65, og EØS-tillegg 2018 nr. 84 s. 556) («direktivet») ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 av 29. april 2016 (EUT 2017 L 300, s. 49, og EØS-tillegg 2017 nr. 73, s. 53) og er vist til i EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 2 (Offentlige innkjøp). Forfatningsrettslige krav ble angitt av Norge, Island og Liechtenstein. Kravene ble oppfylt 14. november 2016, og beslutningen trådte i kraft 1. januar 2017.

9. Direktivet artikkel 1 nr. 2, med overskriften «Formål og virkeområde», lyder:

Med innkjøp menes i dette direktiv anskaffelse foretatt av én eller flere offentlige oppdragsgivere ved hjelp av en offentlig kontrakt, av bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenester fra markedsdeltakere som disse offentlige oppdragsgiverne har valgt ut, uavhengig av om disse bygge- og anleggsarbeidene, varene eller tjenestene er beregnet på et offentlig formål.

10. Direktivet artikkel 2, med overskriften «Definisjoner», lyder i utdrag:

1. I dette direktiv menes med:

[...]

5) «offentlige kontrakter» gjensidig bebyrdende kontrakter som inngås skriftlig mellom én eller flere markedsdeltakere og én eller flere offentlige oppdragsgivere, og som gjelder utførelse av bygge- og anleggsarbeider, levering av varer eller yting av tjenester,

6) «offentlige bygge- og anleggskontrakter» offentlige kontrakter som gjelder ett av følgende:

a) utførelse eller både prosjektering og utførelse av bygge- og anleggsarbeid i tilknytning til én av virksomhetene definert i vedlegg II,

b) oppføring eller både prosjektering og oppføring av et bygg,

c) oppføring, uansett på hvilken måte, av et bygg som oppfyller kravene fastsatt av den offentlige oppdragsgiveren som har en avgjørende innflytelse på typen eller prosjekteringen av bygget,

[...]

9) «kontrakter om offentlig tjenesteyting» offentlige kontrakter som gjelder yting av tjenester, bortsett fra de tjenestene som er nevnt i nr. 6,

[...]

11. Direktivet artikkel 74, med overskriften «Tildeling av kontrakter for sosialtjenester og annen særlig tjenesteyting», lyder:

Offentlige kontrakter for sosialtjenester og annen særlig tjenesteyting oppført i vedlegg XIV skal tildeles i samsvar med dette kapittel dersom kontraktens verdi er lik eller større enn terskelverdiene angitt i artikkel 4 bokstav d).

12. Direktivet artikkel 75, med overskriften «Offentliggjøring av kunngjøringer», lyder:

1. Offentlige oppdragsgivere som ønsker å tildele en offentlig kontrakt om tjenesteyting nevnt i artikkel 74, skal gjøre dette kjent på én av følgende måter:

a) med en kunngjøring av konkurranse, som skal inneholde opplysningene nevnt i vedlegg V del H, i samsvar med standardkjemaene nevnt i artikkel 51, eller

b) med en veiledende kunngjøring, som skal offentliggjøres kontinuerlig og inneholde opplysningene nevnt i vedlegg V del I. Den veiledende kunngjøringen skal spesifikt vise til de typene tjenester som vil være gjenstand for kontrakten som skal tildeles. Den skal angi at kontraktene vil bli tildelt uten ytterligere offentliggjøring, og innby interesserte markedsdeltakere til å uttrykke sin interesse skriftlig.

Første ledd får imidlertid ikke anvendelse dersom en framgangsmåte med forhandling uten forhåndskunngjøring kunne ha vært brukt i samsvar med artikkel 32 for tildeling av en kontrakt om offentlig tjenesteyting.

2. *Offentlige oppdragsgivere som har tildelt en offentlig kontrakt om tjenestene nevnt i artikkel 74, skal bekjentgjøre resultatene av framgangsmåten ved tildeling av kontrakter med en kunngjøring av kontraktstildeling, som skal inneholde opplysningene nevnt i vedlegg V del J, i samsvar med standardskjemaene nevnt i artikkel 51. De kan imidlertid sende slike kunngjøringer samlet for hvert kvartal. I så fall skal de sende de samlede kunngjøringene innen 30 dager etter utgangen av hvert kvartal.*

3. *Kommisjonen skal fastsette standardskjemaene nevnt i nr. 1 og 2 i denne artikkel ved hjelp av gjennomføringsrettsakter. Disse gjennomføringsrettsaktene skal vedtas etter framgangsmåten med rådgivende komité nevnt i artikkel 89 nr. 2.*

4. *Kunngjøringene nevnt i denne artikkel skal offentliggjøres i samsvar med artikkel 51.*

13. Direktivet artikkel 76, med overskriften «Prinsipper for tildeling av kontrakter», lyder:

1. *Medlemsstatene skal innføre nasjonale regler for tildeling av kontrakter som er omfattet av dette kapittel, for å sikre at offentlige oppdragsgivere overholder prinsippene om innsyn og likebehandling av markedsdeltakere. Medlemsstatene står fritt til å bestemme hvilke saksbehandlingsregler som får anvendelse, så lenge slike regler tillater offentlige oppdragsgivere å ta hensyn til særtrekkene ved de aktuelle tjenestene.*

2. *Medlemsstatene skal sikre at offentlige oppdragsgivere har mulighet til å ta hensyn til behovet for å sikre tjenestenes kvalitet, kontinuitet, adgangsmuligheter, tilgjengelighet og omfang, samt at prisene er overkommelige, og de forskjellige kategorier brukes, herunder vanskeligstilte og sårbare grupper, særlige behov, at brukerne får delta og får innflytelse, samt nyskaping. Medlemsstatene kan også fastsette at tjenesteyteren skal velges på grunnlag av det anbudet som har det beste forholdet mellom kvalitet og pris, idet det tas hensyn til kvalitets- og bærekraftskriterier for sosialtjenester.*

14. Direktivet artikkel 77, med overskriften «Reserverte kontrakter for visse tjenester», lyder:

1. *Medlemsstatene kan fastsette at offentlige oppdragsgivere kan gi en organisasjon retten til å delta i framgangsmåter ved tildeling av offentlige kontrakter som utelukkende gjelder de helse-, sosial- og kulturtjenestene som er nevnt i artikkel 74, som er omfattet av CPV-kodene 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, fra 85000000-9 til 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 og 98133110-8.*

2. En organisasjon som er nevnt i nr. 1, skal oppfylle alle følgende vilkår:

a) dens mål er å ivareta en oppgave innenfor offentlig tjenesteyting som er knyttet til yting av tjenestene nevnt i nr. 1,

b) overskudd reinvesteres med sikte på å nå organisasjonens mål. Dersom overskudd utdeles eller omfordeles, bør dette skje på grunnlag av deltakelse.

c) ledelses- eller eierskapsstrukturen i den organisasjonen som gjennomfører kontrakten, er basert på prinsippene for arbeidstakeres eierskap eller medbestemmelse, eller krever aktiv deltakelse av arbeidstakere, brukere eller berørte parter, og

d) organisasjonen er ikke tildelt noen kontrakt for de berørte tjenestene av den berørte oppdragsgiveren i henhold til denne artikkel i løpet av de siste tre årene.

3. Kontraktens varighet skal være høyst tre år.

4. I utlysingen av konkurranse skal det vises til denne artikkel.

5. Uten hensyn til artikkel 92 skal Kommisjonen vurdere virkningene av denne artikkel og framlegge en rapport om gjennomføringen for Europaparlamentet og Rådet innen 18. april 2019.

Nasjonal rett og praksis

15. Direktivet er gjennomført i norsk rett ved lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser («anskaffelsesloven») og forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser («anskaffelsesforskriften»).

16. Anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav h) lyder:

Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for kontrakter om

h. tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet som er unntatt EØS-avtalen etter artikkel 39, jf. artikkel 32.

17. Anskaffelsesforskriften § 30-2a lyder:

(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.

18. I lov av 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. («helse- og omsorgstjenesteloven») er kommunene gitt ansvaret for å tilby nødvendige helse- og omsorgstjenester til personer som oppholder seg i Norge, med unntak av tjenester som er lagt til stat eller fylkeskommune.

19. Helse- og omsorgstjenesteloven fastsetter i § 3-1 femte ledd at de nødvendige helse- og omsorgstjenester som er underlagt kommunens ansvar, «*kan ytes av kommunen selv eller ved at kommunen inngår avtale med andre offentlige eller private tjenesteytere*».

20. Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c fastsetter at kommunenes ansvar blant annet omfatter tilbud om «*plass i institusjon, herunder sykehjem*».

21. Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 11-1 skal den enkelte kommune dekke kostnadene ved tjenestene som kommunen har ansvar for etter loven, herunder plass i sykehjem. Loven § 11-2 gir likevel kommunene adgang til å kreve vederlag av pasient og bruker for hjelp fra kommunens helse- og omsorgstjeneste, herunder privat virksomhet som driver etter avtale med kommunen, når dette følger av lov eller forskrift.

22. Kapittel 4A i lov av 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter («pasient- og brukerrettighetsloven») regulerer adgangen til å yte helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen. Formålet er å sikre at det kan ytes nødvendig helsehjelp for å hindre vesentlig helseskade, samt å forebygge og begrense bruk av tvang.

23. Lov av 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv. («helsepersonelloven») fastsetter i § 3 at det med begrepet «helsehjelp» menes «*enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som utføres av helsepersonell*». Bestemmelsen fastsetter også at begrepet «helsepersonell» omfatter både personell med autorisasjon eller lisens (herunder leger og sykepleiere) og personell i helse- og omsorgstjenesten samt elever og studenter i helsefaglig opplæring som utfører helsehjelp.

24. Pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 fastsetter vilkårene for å gi helsehjelp som pasienten motsetter seg. Det følger av loven § 4A-4 at dersom vilkårene i § 4A-3 er oppfylt, kan helsehjelp gjennomføres med tvang eller andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten. Tvungen helsehjelp skal vurderes fortløpende og avbrytes straks lovens vilkår ikke lenger er til stede.

25. Vedtak om helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A kan bare treffes for inntil ett år av gangen, av det helsepersonell som er «*ansvarlig for helsehjelpen*», jf. § 4A-5. Statsforvalteren er tilsynsmyndighet og kan omgjøre tvangsvedtak både etter klage og av eget tiltak.

III Faktum og saksgang

26. Stendi har svensk eierskap og er en del av Ambea-konsernet, som tilbyr omsorgsrelaterte tjenester i Norge, Sverige og Danmark. Norlandia er en del av Norlandia Health & Care Group AS, som er et konsern som tilbyr omsorgs- og velferdstjenester og driver eiendomsutvikling i Norge, Sverige, Finland, Nederland, Tyskland og Polen.

27. Oslo kommune er Norges største kommune målt i antall innbyggere. Anskaffelsen hovedsaken gjelder er gjennomført av den interne sykehjemsetaten i kommunen, som har ansvaret for Oslo kommunes sykehjemstilbud.

28. Hovedsaken gjelder Oslo kommunes anskaffelse av langsiktige leie- og tjenesteytingsavtaler for inntil 800 nye langtidsplasser på sykehjem. Konkurransen ble kunngjort 25. november 2020. Anskaffelsen består av to deler: en *eiendomsdel* bestående av langsiktige leieavtaler (30+10 år) for sykehjemsbygg, og en *tjenestedel* bestående av kontrakter (8+1+1 år) om ytelse av sykehjemstjenester, i form av drift av inntil 800 langtidsplasser innen psykiatri og somatikk.

29. Samlet kontraktsverdi for eiendomsdelen er beregnet til 155,3 millioner kroner årlig, mens samlet kontraktsverdi for sykehjemstjenestedelen er estimert til 710,4 millioner kroner årlig. Tvisten i hovedsaken knytter seg til tjenestedelen av anskaffelsen.

30. Leverandøren av sykehjemstjenestene skal drifte heldøgns sykehjemsplasser i langtidshjem (langtidsplasser) med alle nødvendige tilhørende funksjoner. Langtidshjem er langtids bo-, helse- og omsorgstilbud for personer som ikke lenger kan bo i eget hjem. Anskaffelsen omfatter langtidsplasser både innen somatikk og psykiatri.

31. Konkurransgrunnlaget fastsetter at leverandøren av sykehjemstjenester må være en ideell organisasjon som definert i anskaffelsesforskriften § 30-2a nr. 2. Kontraktene om sykehjemstjenester er reservert for ideelle aktører med hjemmel i anskaffelsesforskriften § 30-2a samt § 2-4 bokstav h) om tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet.

32. Anskaffelsen gjennomføres som del av kommunens forpliktelse etter helse- og omsorgstjenesteloven til å sørge for nødvendige helse- og omsorgstjenester, herunder plass i sykehjem, til dem som oppholder seg i kommunen. Oslo kommune har vedtatt politiske mål om å øke bruken av ideelle aktører til utførelse av slike tjenester.

33. Langtidssykehjemmene som inngår i Oslo kommunes sykehjemstilbud, driftes dels av kommunen selv i egenregi, og dels av private tjenesteytere etter avtale med

kommunen. Per mars 2022 var 19 av totalt 37 langtidssykehjem driftet av kommunen selv, og de resterende 18 var driftet av private aktører etter kontrakt. Av de 18 privat drevne sykehjemmene var 16 driftet av ideelle organisasjoner og to av kommersielle aktører (Stendi og Norlandia). Begge kontraktene med de kommersielle aktørene ble inngått før någjeldende politiske vedtak om økt ideell drift i helse- og omsorgssektoren, og utløper i 2022/2023.

34. På grunn av reservasjonen til fordel for ideelle organisasjoner får Stendi og Norlandia ikke delta i konkurransen fordi de ikke anses som ideelle organisasjoner.

35. Partene i hovedsaken er uenige om EØS-statene etter EØS-retten har adgang til å innføre nasjonal lovgivning som fastsetter at offentlige oppdragsgivere kan reservere anskaffelser av kontrakter om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner.

36. På denne bakgrunn har Oslo tingrett ansett det som nødvendig å forelegge EFTA-domstolen følgende spørsmål:

Om anskaffelsen er innenfor eller utenfor tjenestebegrepet:

1. Skal en gjensidig bebyrdende kontrakt om levering av langtidsplasser i sykehjem, som anskaffes under de forutsetninger som er beskrevet [i anmodningen], anses som en kontrakt som gjelder yting av «tjenester» etter direktiv 2014/24/EU artikkel 2 nr. 1 (9)?

Om myndighetsutøvelsesunntaket i EØS-avtalen artikkel 32:

1. Påvirkes en offentlig oppdragsgivers adgang til å påberope unntaket i EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39, av om:

a) de aktuelle tjenesteytelsene tidligere har vært gjenstand for offentlige tjenestekontrakter mellom oppdragsgiveren og både ideelle organisasjoner og andre (ikke-ideelle) leverandører?

b) andre offentlige oppdragsgivere i samme stat fremdeles velger å inngå kontrakter om tilsvarende tjenester med både ideelle organisasjoner og andre (ikke-ideelle) leverandører?

c) adgangen til å beslutte tvangsbeføyelser overfor pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen, ikke er lagt direkte til den offentlige oppdragsgiverens kontraktspart, men til helsepersonellet i arbeid hos kontraktsparten?

2. Hvordan skal formuleringen «om enn bare leilighetsvis» i EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39, forstås?

Om reservasjonen til fordel for ideelle organisasjoner:

1. Er EØS-avtalen artikkel 31 og 36 og direktiv 2014/24/EU artikkel 74 – 77 til hinder for nasjonal lovgivning som åpner for at offentlige oppdragsgivere kan reservere retten til å delta i konkurranser om helse- og sosialtjenester for «ideelle organisasjoner», på slike vilkår som er oppstilt i den aktuelle nasjonale lovbestemmelsen?

IV Skriftlige innlegg

37. I samsvar med artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 90 nr. 1 i EFTA-domstolens rettergangsordning er skriftlige innlegg inngitt av:

- Stendi og Norlandia, representert ved advokatene Aksel Joachim Hageler og Lennart Garnes,
- Oslo kommune, representert ved advokat Ane Grimelid,
- den norske stat, representert ved Kristin Hallsjø Aarvik og Tone Hostvedt Aarthun, som partsrepresentanter,
- Islands regjering, representert ved Anna Jóhannsdóttir, Inga Þórey Óskarsdóttir og Hrafn Hlynsson, som partsrepresentanter,
- Spanias regjering, representert ved Juan Rodríguez de la Rúa Puig, som partsrepresentant,
- EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Ewa Gromnicka, Erlend Møinichen Leonhardsen, Kyrre Isaksen og Melpo-Menie Joséphidès, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommissjonen»), representert ved Petr Ondrůšek, Mislav Mataija og Geert Wils, som partsrepresentanter.

V Fremsatte forslag til svar

Stendi og Norlandia

38. Stendi og Norlandia foreslår at de forelagte spørsmål besvares på følgende måte:

En gjensidig bebyrdende kontrakt om levering av langtidsplasser i sykehjem tildelt etter en konkurranse slik som beskrevet i anmodningen, skal anses som en kontrakt om yting av «tjenester» etter direktiv 2014/24/EU artikkel 2 nr. 1 punkt 9.

Det faktum at en ikke-ideell aktører allerede har fått tillatelse til å utøve den aktuelle «virksomhet», og undertiden er og i fremtiden vil bli gitt tillatelse til «virksomhet[en]» gjennom pågående og fremtidige offentlige tjenesteavtaler for sykehjemsplasser tildelt ikke-ideelle aktører av norske kommuner, utelukker anvendelsen av artikkel 32 EØS i denne sammenheng. Det faktum at det er helsepersonellet som arbeider for tjenesteyteren og ikke tjenesteyteren selv som er ilagt tvangsmyndighet, utelukker anvendelsen av artikkel 32 i denne sammenheng. Formuleringen «om enn bare leilighetsvis» bør ses bort fra, eller i det minste ikke vektlegges. Artikkel 32 bør i stedet forstås på samme måte som artikkel 28 nr. 4, i den forstand at den skal tolkes slik at den krever at den påståtte offentlige myndighetsutøvelse må finne sted regelmessig.

Det siste spørsmål stilt i anmodningen må besvares bekreftende, slik at direktivet artikkel 76 er til hinder for «nasjonal lovgivning som åpner for at offentlige oppdragsgivere kan reservere retten til å delta i konkurranser om helse- og sosialtjenester for «ideelle organisasjoner», på slike vilkår som er oppstilt i den aktuelle nasjonale lovbestemmelsen».

Oslo kommune

39. Oslo kommune foreslår at de forelagte spørsmål besvares på følgende måte:

Kontrakter om levering av langtidsplasser i sykehjem med egenskaper slik som beskrevet i anmodningen, har ikke som formål å yte «tjenester» etter direktiv 2014/24/EU og utgjør følgelig ikke kontrakter om offentlig tjenesteyting etter direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 9.

Hvis virksomhet som er gjenstand for en kontrakt om offentlig tjenesteyting i tilstrekkelig grad gjelder utøvelse av offentlig myndighet til å omfattes av unntaket i EØS-avtalen artikkelene 32 og 39, er en offentlig oppdragsgivers adgang til å påberope seg dette unntak ikke underlagt kontroll av konsekvent anvendelse av unntaket. Oppdragsgivers valg, for det første, om unntaket i EØS-avtalen artikkelene 32 og 39 skal påberopes, og for det andre, om hvordan en anbudsprosedyre der unntaket påberopes skal organiseres, påvirkes følgelig blant annet ikke av om den samme eller andre oppdragsgivere tidligere har valgt eller fremdeles velger å påberope unntaket for tilsvarende virksomhet.

Så lenge myndigheten til å vedta tvangstiltak utgjør en integrert del av kontraktsgjenstanden og ikke kan skilles fra den private leverandørs kontraktsforpliktelser, påvirkes ikke en oppdragsgivers adgang til å påberope EØS-avtalen artikkelene 32 og 39 av det faktum at tvangsmyndigheten er tillagt det personell som er ansatt hos leverandøren.

Formuleringen «om enn bare leilighetsvis» i EØS-avtalen artikkelene 32 og 39 skal forstås slik at det er tilstrekkelig for at unntaket skal gjelde at den aktuelle virksomhet innebærer utøvelse av offentlig myndighet «fra tid til annen» eller

«nå og da». Det kvantitative krav fastsatt i sak C-47/02 Anker (avsnitt 63) om EØS-avtalen artikkel 28 nr. 4, gjelder ikke for unntaket i EØS-avtalen artiklene 32 og 39.

EØS-avtalen artiklene 31 og 36 og direktiv 2014/24/EU artiklene 74 til 77 må tolkes slik at de ikke er til hinder for nasjonal lovgivning som åpner for at offentlige oppdragsgivere kan reservere retten til å delta i konkurranser om sykehjemstjenester for «ideelle organisasjoner», forutsatt at forskriften overholder prinsippene om likebehandling og innsyn etter anskaffelsesdirektivet artiklene 75 og 76.

Den norske stat

40. Den norske stat foreslår at de forelagte spørsmål besvares på følgende måte:

Kontrakten om levering av langtidsplasser i sykehjem bør ikke anses å ha som formål yting av «tjenester» etter direktiv 2014/24/EU, siden ytingen av slike tjenester finner sted som en integrert del av et nasjonalt helse- og omsorgssystem der kommunen ikke søker å drive kommersiell virksomhet, men oppfyller sin plikt overfor sine innbyggere med utgangspunkt i prinsippet om solidaritet, og der dette system hovedsakelig er offentlig finansiert. Som sådan utgjør ikke kontrakten en kontrakt om offentlig tjenesteyting etter direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 9.

Unntaket i EØS-avtalen artikkel 32 gjelder virksomhet som i seg selv er direkte og spesifikt forbundet med utøvelsen av offentlig myndighet. I så tilfelle har statene adgang til å påberope seg dette når det gjelder slik virksomhet, uten noen kontroll av om det påberopes konsekvent. Videre er anvendelsen av unntaket ikke begrenset til virksomhet der offentlig myndighet utøves hyppig eller regelmessig, da dette ville være i strid med formuleringen «om enn bare leilighetsvis».

Leveringen av langtidsplasser i sykehjem er direkte og spesifikt forbundet med utøvelsen av helsehjelp med tvang overfor beboere i slike hjem. At myndigheten til å gjøre vedtak om tvungen helsehjelp etter nasjonal lovgivning er tillagt helsepersonellet som er ansatt hos leverandøren av sykehjemsplassene, og ikke leverandøren selv, påvirker ikke anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 32.

EØS-avtalen artiklene 31 og 36 og direktiv 2014/24/EU artiklene 74 til 77 er ikke til hinder for nasjonal lovgivning som fastsetter at offentlige oppdragsgivere kan reservere retten til å delta i en anbudskonkurranse om kontrakter om yting av helse- og sosialtjenester til fordel for ideelle organisasjoner, forutsatt at reservasjonen overholder prinsippene om likebehandling og innsyn som fastsatt i direktiv 2014/24/EU artiklene 75 og 76. Som sådan kan en EØS-stat, i utøvelsen av den myndighet som den har til å organisere sitt velferdssystem, reservere retten til å delta i en anbudskonkurranse om levering av langtidsplasser i

sykehjem, med sikte på å oppnå sine sosiale mål, til fordel for ideelle organisasjoner.

Islands regjering

41. Islands regjering foreslår at det første spørsmål besvares benektende, da den virksomhet ideelle organisasjoner driver når de leverer sykehjemstjenester, er av ikke-økonomisk art og derfor faller utenfor direktivets virkeområde. Islands regjering foreslår ikke noen bestemte svar på de andre spørsmål som er forelagt.

Spanias regjering

42. Spanias regjering foreslår at de forelagte spørsmål besvares på følgende måte:

i) Sykehjemstjenester i Norge skal ikke anses som «tjenester» etter direktiv 2014/24 artikkel 2 nr. 1 punkt 9, da slike tjenester er ikke-økonomiske tjenester av allmenn interesse, som faller utenfor direktivets virkeområde.

ii) Subsidiært er EØS-avtalen artiklene 31 og 36 og direktiv 2014/24 artiklene 74 til 77 ikke nødvendigvis til hinder for nasjonal lovgivning som åpner for at offentlige oppdragsgivere kan reservere retten til å delta i anbudskonkurranser om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner på slike vilkår som er oppstilt i den aktuelle nasjonale lovbestemmelse.

ESA

43. ESA foreslår at de forelagte spørsmål besvares på følgende måte:

1. En gjensidig bebyrdende kontrakt om levering av langtidsplasser i sykehjem, som anskaffes under de forutsetninger som er beskrevet [i anmodningen], skal anses som en kontrakt som gjelder yting av «tjenester» etter direktiv 2014/24/EU artikkel 2 nr. 1 punkt 9.

2. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014, artiklene 74 til 77 må tolkes slik at de er til hinder for nasjonal lovgivning som åpner for at offentlige oppdragsgivere kan reservere retten til å delta i konkurranser om helse- og sosialtjenester for «ideelle organisasjoner» på slike vilkår som er oppstilt i den aktuelle nasjonale lovbestemmelse.

3. Helsehjelp og vedtak om å utøve helsehjelp, med eller uten samtykke etter pasientrettighetsloven er ikke en gang leilighetsvis forbundet med utøvelsen av offentlig myndighet etter artikkel 32, som derfor ikke kan påberopes i forbindelse med en offentlig kontrakt om tjenester etter pasientrettighetsloven.

Kommisjonen

44. Kommisjonen foreslår at de forelagte spørsmål besvares på følgende måte:

Om anskaffelsen er innenfor eller utenfor tjenestebegrepet:

En gjensidig bebyrdende kontrakt om levering av langtidsplasser i sykehjem, som anskaffes under de forutsetninger som er beskrevet [i anmodningen], skal anses som en kontrakt som gjelder yting av «tjenester» etter direktiv 2014/24/EU artikkel 2 nr. 1 punkt 9.

Om reservasjonen til fordel for ideelle organisasjoner:

Direktiv 2014/24/EU artiklene 18 nr. 1 og 74 til 76 er til hinder for nasjonal lovgivning som åpner for at offentlige oppdragsgivere kan reservere retten til å delta i anbudskonkurranser om de helse- og sosialtjenester den foreliggende sak gjelder, for ideelle organisasjoner på slike vilkår som er oppstilt i den aktuelle nasjonale lovbestemmelse, i den utstrekning kravene i direktivet artikkel 77 ikke er oppfylt.

Om myndighetsutøvelsesunntaket i EØS-avtalen artikkel 32:

EØS-avtalen artikkel 32 bør tolkes slik at den ikke gjelder for virksomheten til offentlige oppdragsgiveres kontraktsparter eller deres helsepersonell under omstendigheter slik som hovedsaken gjelder, uten hensyn til om virksomheten til disse kontraktsparter eller andre tilsvarende kontraktsparter i samme stat drives på kommersielt eller ideelt grunnlag.

Páll Hreinsson
Saksforberedende dommer