



OSLO TINGRETT

ORIGINAL

Registered at the EFTA Court under No E-4/22-1
.....30..... day ofMAR..... 2022

Dok 59

EFTA Court
1 Rue du Fort Thüngen
L-1499 Luxembourg
Luxembourg

Deres referanse

Vår referanse

Dato

21-021791TVI-TOSL/01

14.03.2022

Anmodning om rådgivende uttalelse

1 Innledning

I medhold av den domstoloven § 51a, jf. artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA-avtalen), anmoder Oslo tingrett om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak 21-021791TVI-TOSL/01.

Partene og deres prosessfullmektiger er følgende:

Saksøker 1:	Stendi AS Lilleakerveien 2A, 0283 Oslo
Saksøker 2:	Norlandia Care Norge AS Munkedamsveien 35, 0250 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Aksel Joachim Hageler Advokat Lennart Garnes SANDS Advokatfirma DA Postboks 1829 Vika, 0123 Oslo
Saksøkt:	Oslo Kommune v/ordføreren Rådhuset, 0037 Oslo
Prosessfullmektig:	Advokat Ane Grimelid Kommuneadvokaten i Oslo Rådhuset, 0037 Oslo

Hovedsaken for Oslo tingrett gjelder Oslo kommunes anskaffelse av langsiktige leie- og tjenesteytingsavtaler for inntil 800 nye langtidsplasser i sykehjem, kunngjort i november 2020.

Postadresse
Postboks 2106 Vika, 0125 Oslo

Sentralbord
22 03 52 00

Saksbehandler
Joachim Bakke Larsen

Bankgiro

Organisasjonsnummer
926725939

Kontoradresse
C. J. Hambros plass 4, Oslo

Telefaks

Telefon

Ekspedisjonstid
08.00-15.45 (15.00)

Internett/E-post

oslo.tingrett.postmottak@domstol.no

Den delen av anskaffelsen som gjelder drift av sykehjemsplassene («sykehjemstjenestene») er reservert for ideelle organisasjoner. Saksøkerne, Stendi AS og Nordlandia Care Norge AS, får ikke delta i konkurransen fordi de ikke anses som ideelle organisasjoner.

Saksøkte, Oslo kommune, har i korte trekk anført tre rettslige grunnlag for at anskaffelsen skal kunne reserveres for ideelle organisasjoner:

- Prinsipalt: Anskaffelsen av sykehjemstjenestene må anses som en anskaffelse av «ikke-økonomiske tjenester av allmenn interesse» som faller utenfor EØS-avtalens og anskaffelsesdirektivets virkeområde.
- Subsidiært: Anskaffelsen er unntatt EØS-avtalen etter artikkel 32 jf. artikkel 39, fordi den gjelder tjenester som innebærer offentlig myndighetsutøvelse.
- Atter subsidiært: Anskaffelsesdirektivet ikke er til hinder for å reservere anskaffelsen av sykehjemstjenestene for ideelle organisasjoner på en slik måte som nasjonal rett åpner for.

Saksøkerne, Stendi AS og Norlandia Care Norge AS, er uenig i samtlige av Oslo kommunes ovennevnte anførsler. Partenes anførsler vil bli nærmere redegjort for i pkt. 5 nedenfor.

Oslo tingrett mener at det er behov for å forelegge EFTA-domstolen tolkningsspørsmål knyttet til de tre rettslige grunnlagene Oslo kommune påberoper for at anskaffelsen av sykehjemstjenestene kan reserveres for ideelle organisasjoner. Partene har også ønsket slik foreleggelse. Spørsmålene er stilt avslutningsvis, i pkt. 6.

2 Nærmere om behovet for foreleggelse

2.1 Anskaffelsesdirektivets tjenestebegrep

Det er uomtvistet at det skal inngås kontrakter i betydningen «gjensidig bebyrdende» avtaler, jf. anskaffelsesdirektivets artikkel 2 nr. 1 (5), mellom Oslo kommune og de valgte tilbyderne av sykehjemstjenester. Det er imidlertid uenighet mellom partene om sykehjemstjenestene utgjør «tjenester» i EØS-rettslig og anskaffelsesrettslig forstand, og dermed om det er tale om slike «tjenestekontrakter» som omfattes av anskaffelsesdirektivets i henhold til artikkel 2 nr. 1 (9), jf. artikkel 1 nr. 2.

EFTA-domstolen omtalte i sak E-13/19 *Hraðbraut* hvordan anskaffelsesdirektivets tjenestebegrep skal forstås. Saken gjaldt utdanningsområdet, og partene er uenige om avgjørelsens betydning for vår sak, som gjelder sykehjemstjenester. Oslo tingrett ønsker EFTA-domstolens avklaring av om de samme prinsippene er anvendelige ved vurderingen av om de aktuelle sykehjemstjenestene i hovedsaken er å betrakte som «tjenester» i anskaffelsesdirektivets forstand.

2.2 Unntaket i EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39, for tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet

EØS-avtalen artikkel 32 jf. artikkel 39 unntar «*virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet...*», fra bestemmelsene om etableringsrett og fri bevegelighet av tjenester.

Det foreligger en rekke avgjørelser fra EU-domstolen om forståelsen av dette unntaket. Avgjørelsene synes imidlertid å gjelde saksforhold som i noen grad skiller seg fra den saken retten har til behandling. Oslo tingrett ser derfor behov for å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen om tolkningen av myndighetsutøvelsesunntaket.

For det første er det spørsmål om Oslo kommune er avskåret fra å benytte seg av unntaket fordi kommersielle tilbydere av sykehjemstjenester tidligere har fått delta i kommunens konkurranser om anskaffelse av slike tjenester, eller fordi andre offentlige oppdragsgivere har besluttet å ikke påberope unntaket. Unntaket benyttes med andre ord ikke i alle anskaffelser. EU- eller EFTA-domstolen synes ikke tidligere å ha tatt stilling til den nærmere rekkevidden av EU-domstolens uttalelser i sak 152/73 *Sotgiu* (premiss 2 – 6), som kan være av betydning for avgjørelsen av dette spørsmålet.

For det andre er det spørsmål om anvendelsen av myndighetsutøvelsesunntaket i hovedsaken påvirkes av at utøvelsen av tvangsbeføyelsene overfor pasienter uten samtykkekompetanse ikke er lagt direkte til den offentlige oppdragsgiverens kontraktspart, men til helsepersonellet i arbeid hos kontraktsparten.

For det tredje er det spørsmål om hvordan vilkåret «leilighetsvis» i EØS-avtalen artikkel 32 skal forstås. Herunder om det eksisterer en nedre kvantitativ grense for unntakets anvendelse, og hvilken relevans EU-domstolens rettspraksis knyttet til unntaket i EØS-avtalens artikkel 28 (4) (unntaket fra den frie bevegelighet for arbeidstakere for stillinger i den offentlige administrasjon) i tilfelle har for fastsettelsen av denne, jf. blant annet EU-domstolens sak C-47/02 *Anker*.

2.3 Adgangen til å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner, anskaffelsesforskriften § 30-2a

Norske myndigheter har lagt til grunn at EU-domstolen i sakene C-113/13 *Spezzino* og C-50/14 *CASTA* etablerte en adgang for nasjonale myndigheter til å vedta lovbestemmelser om at anskaffelser av helse- og sosialtjenester som var omfattet av vedlegg B til det tidligere anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF) kunne/skulle reserveres for ideelle organisasjoner. Etter ikrafttreddelsen av det nye anskaffelsesdirektivet, direktiv 2014/24/EU, har norske myndigheter vurdert om det fortsatt eksisterer en reservasjonsadgang, og konkludert med at det gjør det. På den bakgrunn ble reservasjonshjemmelen i anskaffelsesforskriften § 30-2a innført i februar 2020, se pkt. 3.2 nedenfor.

Oslo tingrett oppfatter det slik at det ikke er rettslig avklart om det etter ikrafttreddelsen av gjeldende anskaffelsesdirektiv fortsatt er adgang for EØS-statene til å innføre nasjonal lovgivning som åpner for at offentlige oppdragsgivere kan reservere anskaffelser av kontrakter om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner. Spørsmålet er så langt ikke tatt stilling til av EU- eller EFTA-domstolen, og Oslo tingrett ønsker derfor EFTA-domstolens tolkningsuttalelse om dette.

3 Relevant nasjonal lovgivning

3.1 Implementering av EØS-avtalen og direktiv 2014/24 EU i norsk rett

Direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet) er gjennomført i norsk rett ved lov av 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) og forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

Følgende bestemmelser i anskaffelsesforskriften er særlig aktuelle i Oslo tingretts sak:

- Anskaffelsesforskriften § 2-4 h), hvor det heter at «*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.*»
- Anskaffelsesforskriften § 30-2a, den såkalte reservasjonshjemmelen, se pkt. 3.2 nedenfor.

3.2 Den nasjonale bestemmelsen om adgang til å reservere konkurranser for ideelle organisasjoner – anskaffelsesforskriften § 30-2a

3.2.1 Bestemmelsen og dens bakgrunn

I anskaffelsesforskriften § 30-2a er det inntatt en egen bestemmelse som gir oppdragsgivere adgang til å reservere konkurranser om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner. Bestemmelsen ble tilføyd i anskaffelsesforskriften, i kraft i februar 2020, og har følgende ordlyd:

- (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.*

I den norske regjeringens høringsnotat knyttet til bestemmelsen heter det blant annet om bakgrunnen for den:

Regjeringen har et ønske om å legge til rette for at ideelle aktører kan tilby 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. (...)

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 kostnadskrevende reinnleggelser.

Erfaringer har vist at de ideelle aktørene har problemer med å nå opp i tradisjonelle anbuds konkurranser. 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 anbuds konkurranser. 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.

I høringsnotatet er også fordeler og ulemper ved en reservasjonsadgang drøftet:

Reservasjonsadgangen er ment å ivareta ideelle organisasjoner og de nevnte særegenhetene, som antas å stå i fare for å gå tapt ved tradisjonelle anbuds konkurranser. Ideelle aktører oppfattes som viktige bidragsytere 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.

Det er også pekt på at bestemmelsen er en «kan-bestemmelse», og at oppdragsgiverne bør vurdere om reservasjon er hensiktsmessig i det enkelte tilfellet.

3.2.2 Vilkåret «ideelle organisasjoner» i anskaffelsesforskriftens § 30-2a

Definisjonen av ideelle organisasjoner i bestemmelsens annet avsnitt stiller ikke krav om en bestemt organisasjonsform, eller at leveransene utføres av frivillig/ulønnet personell. I høringsnotatet fra regjeringen heter det blant annet følgende om vurderingen av hva som er ideelle organisasjoner:

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. (...)

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.

3.2.3 Øvrige vilkår for å benytte reservasjonsadgangen

Det følger av § 30-2a (1) at det er et vilkår at reservasjonen «bidrar til å oppnå sosiale mål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet».

I høringsnotatet er det nevnt at oppdragsgiverne må foreta en konkret helhetsvurdering i hvert tilfelle. Videre fremgår det blant annet at:

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.(...)

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. Dette vil omfatte lovregulerte tjenester der en offentlig myndighet er pålagt å sørge for et nærmere angitt tilbud (...)

Når det gjelder vilkåret om budsjettmessig effektivitet, heter det i høringsnotatet at

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.

3.3 **Øvrige relevante nasjonale bestemmelser**

3.3.1 Kommunens ansvar for å tilby helse- og omsorgstjenester – helse- og omsorgstjenesteloven

Gjennom 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.

Av helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2, første ledd nr. 6 bokstav c følger det at kommunenes ansvar blant annet omfatter tilbud om «*plass i institusjon, herunder sykehjem*». Lovens § 3-2 a omtaler nærmere det kommunale ansvaret for tilbud om opphold i sykehjem eller tilsvarende bolig særskilt tilrettelagt for heldøgns tjenester.

I helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1, femte ledd er det presisert at de nødvendige helse- og omsorgstjenestene underlagt kommunens ansvar, «*kan ytes av kommunen selv eller ved at kommunen inngår avtale med andre offentlige eller private tjenesteytere*».

I henhold til helse- og omsorgstjenesteloven § 11-1 skal den enkelte kommune dekke kostnadene ved tjenestene som kommunen har ansvar for etter loven, herunder plass i sykehjem. Lovens § 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. Nærmere hjemmel for krav om vederlag (egenandel) er gitt i forskrift av 16. desember 2011 nr. 1349 om egenandel for kommunale helse- og omsorgstjenester.

Av forskriften § 1 følger det at kommunen kan kreve «egenandel» for opphold i institusjon, herunder sykehjem, når kommunen helt eller delvis dekker utgiftene til opphold i slik institusjon, eller har stilt garanti for oppholdet. Egenandelens maksimale størrelse ved langtidsopphold i institusjonen er fastsatt i § 3. Egenandelen må ikke overstige de reelle oppholdsutgiftene. Innenfor denne rammen kan kommunen kreve en egenandel tilsvarende 75 prosent av pasientens/brukerens inntekter inntil folketrygdens grunnbeløp (NOK 106 399), fratrukket et fribeløp på 9 100 kr per år, og inntil 85 prosent av inntekten utover folketrygdens grunnbeløp. I 2020 var fordelingen mellom offentlig finansiering og beboernes egenandel henholdsvis ca. 80 % og 20 %.

3.3.2 Adgang til å yte helsehjelp ved tvang – pasient- og brukerrettighetsloven

Lov av 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) regulerer i kapittel 4A 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.

Med «helsehjelp» menes «*enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som utføres av helsepersonell*», jf. lov av 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv. (helsepersonelloven). Begrepet «helsepersonell» omfatter både personell med autorisasjon eller lisens (herunder lege og sykepleier) og personell i helse- og omsorgstjenesten samt elever og studenter i helsefaglig opplæring som utfører helsehjelp, jf. helsepersonelloven § 3.

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 fastsetter vilkårene for å gi helsehjelp som pasienten motsetter seg. Det følger av § 4A-4 at dersom vilkårene i § 4A-3 er oppfylt, kan helsehjelp gjennomføres med tvang eller andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten. Som eksempler nevner bestemmelsen at pasienten kan holdes tilbake i helseinstitusjon dersom det er nødvendig for å få gjennomført helsehjelpen, samt at bevegelseshindrende tiltak kan anvendes. Tvungen helsehjelp skal vurderes fortløpende og avbrytes straks lovens vilkår ikke lenger er til stede.

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

4 Relevante faktiske forhold

4.1 Partene

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

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

4.2 Nærmere om anskaffelsen

Hovedsaken gjelder Oslo kommunes anskaffelse av langsiktige leie- og tjenesteytingsavtaler for inntil 800 nye langtidsplasser på sykehjem. Konkurransen ble kunngjort 25. november 2020. Anskaffelsen er sammensatt 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.

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

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.

Konkurranser grunnlaget fastsetter at leverandøren av sykehjemstjenester må være en ideell organisasjon i henhold til definisjonen i anskaffelsesforskriften § 30-2a, annet ledd. 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.

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

4.3 Nærmere om langtidsplasser i Oslo kommunens sykehjem (langtidshjem)

4.3.1 Avtaler med private tjenesteytere om drift av kommunale sykehjem

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 driftet av private aktører etter kontrakt. Av de 18 privat drevne sykehjemmene var 17 driftet av ideelle organisasjoner og to av kommersielle aktører (saksøkerne). De to kontraktene med kommersielle aktører (saksøkerne) ble begge inngått før någjeldende politiske vedtak om økt ideell drift i helse- og omsorgssektoren, og utløper i 2022/2023.

Oslo kommune stiller samme minimumskrav til og følger opp kvaliteten på sykehjemstjenestene uavhengig av om de utføres av private aktører eller kommunen selv. Kommunen krever blant annet at tjenestene skal oppfylle alle krav som følger av lov og forskrift samt Oslo kommunes egne vedtatte krav til innhold og kvalitet i sykehjem og boform med heldøgns pleie og omsorg.

4.3.2 Plasser og beboere i langtidshjem

Det finnes forskjellige typer av langtidsplasser i sykehjem. Hovedskillet går mellom *somatiske plasser* og *psykiatriske plasser*. De psykiatriske plassene er for pasienter med hoveddiagnose psykisk sykdom. De somatiske plassene opptas av pasienter med kroppslige (fysiske) lidelser/sykdom og kognitiv svikt, og kan videre deles inn i ordinære plasser og ulike former for skjermede og forsterkede plasser med tilrettelagt oppfølging.

Det er et mål at så mange som mulig av Oslos innbyggere ved hjelp av tilrettelegging i hjemmet skal gis mulighet til å bo i sitt eget hjem livet ut. En konsekvens av dette er at det kun er de sykeste eldre som får langtidsplass ved sykehjemmene i kommunen. Beboerne på Oslo kommunes sykehjem er i gjennomsnitt rundt 85 år, og det er vurdert at om lag 85 prosent lider av kognitiv svikt/ulik grad av demenssykdom. Denne andelen forventes å øke ytterligere i årene fremover.

4.4 Omfanget av tvungen helsehjelp i Oslo kommunes sykehjem

Sykehjemsetaten i Oslo kommune har siden 2014 ført statistikk over antallet formelle vedtak om tvungen helsehjelp som er fattet av helsepersonell ved sykehjemmene i kommunen i henhold til vilkårene i pasient- og brukerrettighetsloven kap. 4A. Statistikken viser at det i 2021 ble fattet 221 vedtak om tvungen helsehjelp (fordelt på 200 beboere/pasienter), mens det i 2020, 2019 og 2018 ble truffet henholdsvis 198, 187 og 196 tvangsvedtak.

Som redegjort for ovenfor, kan vedtak om tvungen helsehjelp treffes for inntil ett år av gangen. For vedtak som går over tid, kan det være aktuelt å utøve den aktuelle formen for tvang hyppig, for eksempel på daglig basis. Antallet formelle vedtak sier derfor ikke i seg selv noe om hvor hyppig ansatte ved sykehjemmene utøver tvungen helsehjelp i henhold til vedtakene.

Kommunen har fått signaler om at den administrative byrden ved å treffe formelle vedtak om tvungen helsehjelp kan medføre at det i noe grad utøves slik helsehjelp også uten vedtak. Dette er noe kommunen vil komme tilbake til i den videre prosessen for den nasjonale domstolen.

5 Partenes EØS-rettslige anførsler

5.1 Hovedtrekkene i saksøkers EØS-rettslige anførsler

5.1.1 Om anskaffelsen faller inn under tjenestebegrepet

Saksøkerne anfører at ytelsene som anskaffes omfattes av tjenestebegrepet i EØS-avtalen artikkel 37, og følgelig også anskaffelsesdirektivets tjenestebegrep i artikkel 2(1) nr. 9.

Til støtte for sin anførsel påberoper saksøkte EU- og EFTA-domstolssakene C-263/86 *Humbel*, E-13/19 *Hraðbraut* og E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund*. I disse tre utdanningssektorrelaterte sakene var det imidlertid slik at respektive offentlige og private skoler, samt kommunale barnehager, mottok ulike former for økonomisk tilskudd over offentlige budsjetter for å være en del av det offentliges skole- eller barnehagetilbudet til befolkningen. Tilskuddsbeløpet ble bevilget direkte over offentlige budsjetter og var ikke et markedsmessig vederlag for en detaljregulert kontraktsytelse. I stedet utførte disse skolene og barnehagene sin virksomhet i henhold til den offentligrettslige lovgivning og planverk som regulerte innholdet i skole- og barnehagetilbudet.

For den ytelsen hovedsaken gjelder stiller dette seg annerledes. Der skal saksøkte betale et reelt og markedsmessig vederlag formet gjennom en reservert eller åpen anbudskonkurranse. Uten eksterne tjenesteleveranser ville saksøkte ha måttet produsere tjenestene selv, med tilhørende kostnader. I den forstand har saksøkte en åpenbar økonomisk interesse i kontraktsytelsene leverandørene presterer. På den bakgrunn kan det hverken være avgjørende

- at kommunens vederlagsbetaling finansieres gjennom midler bevilget over offentlige budsjetter,

- at sykehjemsbeboerne – som de ultimate «sluttbrukerne» som tilgodeses gjennom det tjenestetilbudet saksøkte kjøper inn – bare betaler en egenandel som ikke er et markedsmessig vederlag, og dermed ikke nødvendigvis speiler tjenesteleveransens reelle kostnad, eller
- at kommunen, gjennom å tilby sykehjemstjenester til innbyggerne sine, ikke mener å engasjere seg i inntektsgivende virksomhet («gainful activity»), men bare oppfylle sine offentligrettslige forpliktelser overfor sine innbyggere.

Til støtte for saksøkernes syn vises også til sak C-281/06 *Jundt*, avsnitt 28 til 31, hvor særlig sistnevnte avsnitt er av interesse.

5.1.2 Om myndighetsutøvelsesunntaket i EØS-avtalen artikkel 32

5.1.2.1 *Prinsipal anførsel*

Saksøkerne anfører prinsipalt at når en tjenesteyter (eller kategori tjenesteytere) først har blitt gitt tilgang til en «[v]irksomhet» som angivelig innebærer «utøvelse av offentlig myndighet», kan man ikke på grunnlag av EØS-avtalen artikkel 32 forskjellsbehandle tjenesteyteren vis-a-vis andre tjenesteytere eller andre kategorier tjenesteytere, hva gjelder rammevilkårene for utøvelsen av den «virksomheten» tjenesteyteren allerede for lengst har blitt gitt tilgang til.

I hovedsaken ligger forskjellsbehandlingen i det å reservere visse anskaffelser for en kategori tjenestetilbydere («ideelle organisasjoner»), samtidig som en annen kategori tjenestetilbydere (kommersielle leverandører) ekskluderes fra reserverte anskaffelser, selv om begge kategorier tjenestetilbydere gjennom mange år har hatt og fremdeles vil få tilgang til «virksomheten», dvs. kontrakter om leveranse av sykehjemstjenester, herunder at helsepersonell i arbeid for både ideelle og kommersielle leverandører har lik myndighet til utøvelse av tvang på visse vilkår. I den grad saksøkte under nåværende politiske styre ikke vil tildele flere sykehjemstjenestekontrakter til kommersielle leverandører, tildeler fremdeles andre offentlige oppdragsgivere sykehjemstjenestekontrakter med tilsvarende tvangsbeføyelser til kommersielle leverandører.

At EØS-avtalen artikkel 32 ikke kan tjene til å rettferdiggjøre diskriminerende rammevilkår for ulike kategorier tjenesteytere etter at vedkommende kategori tjenesteytere for lengst er gitt tilgang til «virksomheten» og den angivelige myndighetsutøvelsen, utledes fra sak 152/73 *Sotgiu* (avsnitt 4 og 6) og sak 225/86 *Kommisjonen mot Italia* (avsnitt 11 samt generaladvokatens uttalelse i avsnitt 27 *i.f.*).

Både EU-domstolens praksis og juridisk teori tilsier at artikkel 28(4) og artikkel 32 forfølger samme hensyn og må forstås likt så langt det passer. At *Sotgiu*-saken gjaldt EU-traktatsbestemmelsen som tilsvarer EØS-avtalens artikkel 28(4), svekker dermed ikke *Sotgiu*-resonnementets overføringsverdi til foreliggende saksforhold.

Sotgiu-resonnementet må også gjelde for ikke-nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. Det kan utledes logisk fra sak C-438/08 *Kommisjonen mot Portugal*, hvor EU-domstolen uttalte at siden EØS-avtalen artikkel 31 også omfatter ikke-nasjonalitetsbaserte restriksjoner, må følgelig artikkel 32-unntaket også omfatte tiltak som ikke diskriminerer på grunnlag av nasjonalitet. I sin tur må det logisk innebære at den innskrenkningen av artikkel 32-unntakets rekkevidde som *Sotgiu*-resonnementet innebærer, også må omfatte ikke-nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling mellom ulike kategorier økonomiske aktører

Sotgiu-resonnementet bekrefter dessuten at man ved prøving av om EØS-avtalen artikkel 32 kommer til anvendelse, ikke bare kan nøye seg med å se på den angivelige myndighetsutøvelsens art og innhold. EØS-statens artikkel 32-påberopelse må i tillegg «konsistenssjekkes» på den måten avsnitt 4 i *Sotgiu* foreskriver. Artikkel 32-unntaket kan med andre ord ikke betraktes som en ren objektiv avgrensning av EØS-avtalens saklige virkeområde utenfor domstolenes og EU-/EØS-kontrollorganenes prøvingsrett, slik saksøkte synes å anføre. I den forbindelse er det også grunn til å påpeke at spørsmålet om artikkel 32s anvendelse på en gitt «*virksomhet*», bare settes på spissen dersom påberopelsen av artikkel 32 innebærer en restriksjon på likebehandlingsprinsippet/etableringsretten eller anskaffelsesdirektivet for øvrig. Først da må det tas stilling til om artikkel 32 kan rettferdiggjøre vedkommende restriksjon. Etter det saksøkerne kjenner til, har EU-domstolen ennå til gode å konkludere med at myndighetsutøvelse foreligger i sakene den har fått til behandling.

5.1.2.2 *Subsidiær anførsel*

Subsidiært anfører saksøkerne at den hjemlede tvangsbruken som kan finne sted på norske sykehjem, ikke er så kvalifisert, omfattende og hyppig at EU-domstolens strenge vilkår for anvendelse av artikkel 32 er oppfylte.

At aktuell tvangsbruk ikke kan anses som kvalifisert, kan blant annet utledes fra det faktum at det er helsepersonell i arbeid hos tjenesteleverandøren som er tillagt tvangshjemlene, i tjenesteleverandøren som oppdragsgivers kontraktspart. Dette gjelder helt uavhengig av om leverandøren er «ideell» eller ikke. Tvangsmyndigheten er med andre ord tillagt autorisert helsepersonell etter aktuelle sektorlovgivning, og følger ikke av kontraktsforholdet mellom leverandør og oppdragsgiver. Eventuelle avgjørelser om tvangsbruk tas av autorisert helsepersonell på selvstendig grunnlag basert på lovens vilkår og helsefaglige vurderinger.

I henhold til avsnitt 47 i sak 2/74 *Reyners* kan dermed den angivelige offentlige myndighetsutøvelsen som helsepersonellens tvangsbeføyelser utgjør, anses adskilt fra sykehjemstjenesteleverandørenes kontraktsytelser overfor saksøkte og andre oppdragsgivere. Bare helsepersonellens «*virksomhet*» kan eventuelt være direkte og spesifikt forbundet med den angivelige myndighetsutøvelsen, jf. *Reyners* avsnitt 45. Hvis ikke ville det påberopte artikkel 32-unntaket gis «*a scope which would exceed the objective for which this exemption clause was inserted*», jf. *Reyners* avsnitt 43.

Sett i forhold til antallet sykehjemsplasser og liggedøgn, fattes det svært få tvangsvedtak. I sak C-47/02 *Anker* (avsnitt 63) uttales at «[i]t is also necessary that such rights are in fact exercised

on a regular basis by those holders and do not represent a very minor part of their activities.» Med støtte i juridisk teori anfører saksøkerne at synspunktet fra Anker har full overføringsverdi til artikkel 32, selv om Anker gjaldt arbeidstaker-unntaket etter artikkel 28(4), og selv om artikkel 32-ordlyden inneholder formuleringen «om enn bare leilighetsvis».

5.1.3 Om reservasjonshjemmelen i anskaffelsesforskriften § 30-2a

5.1.3.1 *Prinsipal anførsel*

Prinsipalt anfører saksøkerne at reservasjonen til fordel for ideelle organisasjoner utgjør en ikke-rettferdiggjort overtredelse likebehandlingsprinsippet/etableringsretten. Saksøkerne anfører at forholdet mellom anskaffelsesdirektivet og primærretten har blitt påvirket av det nye anskaffelsesdirektivet. Det nye anskaffelsesdirektivet opphevet tidligere direktivs skille mellom såkalte prioriterte (vedlegg II A-tjenester) og uprioriterte (vedlegg II B-tjenester) tjenester og innførte et eget kapittel med særregulering av «*social and other specific services*» (anskaffelsesdirektivet artikkel 74 til 77), samt særskilte reservasjonshjemler i artiklene 10 (h) og 77. I *Spezzino*-sakens avsnitt 8 konstateres at den form for «nødambulans»-transport *Spezzino*-saksforholdet gjaldt, ville ha vært omfattet av artikkel 10 (h) i det da allerede vedtatte nye anskaffelsesdirektivet 2014/24.

Helse- og sosialtjenestekapittelets artikkel 76 foreskriver ikke bare at EØS-statene «*shall put in place national rules for the award of contracts subject to this Chapter in order to ensure contracting authorities comply with the principles of transparency and equal treatment of economic operators*», jf. nr. (1). Artikkel 76(2) bekrefter at man kan utforme både kravene til tjenesteinnholdet (kravspesifikasjonen) og tjenesteleverandørene (kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier) slik at kvalitative og sosiale, ikke-økonomiske hensyn ivaretas i så stor grad som oppdragsgiver ønsker. Tildelingskriteriene kan utformes slik at kvalitative hensyn vektlegges mer en pris. Hvis ønskelig kan man også sette en fastpris for tjenesteytelsen, slik at leverandørene utelukkende konkurrerer basert på slike kvalitative og sosiale hensyn som er opplistet i artikkel 76(2). Med den fleksibilitet og mulighet for vektleggelse av kvalitative og sosiale hensyn artikkel 76(2) bekrefter, kan saksøkerne ikke se at et krav om å være «ideell organisasjon» kan rettferdiggjøres. Eksempelvis vil et slikt krav ikke ha tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden. Kravet om at et tildelings- eller kvalifikasjonskriterium må ha tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden er utledet nettopp fra likebehandlingsprinsippet.

I kjølvannet av artikkel 76(1) og (2), vises også særskilt til anskaffelsesdirektivet artikkel 18 og 19. Artikkel 18 inneholder direktivets generelle likebehandlingsprinsipp, og presiserer i første ledd at anskaffelser ikke skal innrettes slik at konkurransen begrenses kunstig. Artikkel 19 knesetter et vidtfaavnende «*economic operator*»-begrep, som blant annet innebærer at deltakelse i offentlige anskaffelser ikke kan gjøres avhengig av eksempelvis juridisk selskapsform- eller struktur. I den forbindelse vises særskilt til sak C-219/19 *Parsec*, som bekrefter at

forskjellsbehandling av «*economic operators*» ikke kan baseres på helt generelle presumsjoner om at visse kategorier «*economic operators*» har visse kvaliteter andre kategorier ikke har.

Saksøkerne anfører at dette poenget fra *Parsec* har full overføringsverdi også til anskaffelser av helse- og sosialtjenestekontrakter. Både fordi anskaffelsesdirektivets artikler 18 og 19 kommer til anvendelse også på helse- og sosialtjenestekontrakter (sammen med artiklene 74 til 77), og fordi rettfærdiggjøringslærens krav til forholdsmessighet basert på egnethet, konsistens og nødvendighet, også gjelder for restriksjoner/brudd på likebehandlingsprinsippet i forbindelse med anskaffelser av helse- og sosialtjenestekontrakter, jf. blant annet sak C-169/07 *Hartlauer* (avsnitt 29, 30, 41, 44 til 63).

Etter innføringen av det nye anskaffelsesdirektivet, vil være uforholdsmessig å operere med «idealitet» som kvalifikasjonskriterium. De hensyn som er påberopt som begrunnelse for reservasjonshjemmelen vil kunne ivaretas tilstrekkelig gjennom artikkel 76(2)-baserte tildelingskriterier anvendt i anskaffelser åpne for alle «*economic operators*». Med andre ord anfører saksøkerne at innføringen av det nye anskaffelsesdirektivet har innskrenket likebehandlingsprinsippet/primærrettens «rettfærdiggjøringshandlingsrom», slik at det ikke lenger er noe rom tilbake for et slikt nasjonalt særuntak som anskaffelsesforskriften § 30-2a åpner for.

5.1.3.2 *Subsidiær anførsel*

Subsidiært anfører saksøkerne at selv dersom *Spezzino* og *CASTA* fremdeles er uttrykk for gjeldende rett (i strid med saksøkernes prinsipale anførsel), er uansett ikke reservasjonsvilkårene oppstilt i *Spezzino* og *CASTA* oppfylte.

Redegjørelsen ovenfor om relevant nasjonal lovgivning, indikerer at oppdragsgivere kan basere seg på generelle presumsjoner om oppfyllelse av vilkårene for å reservere. For anskaffelsen hovedsaken gjelder, har saksøktens konkurransegrunnlag ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor saksøkte eventuelt anser at aktuelle vilkår er oppfylte.

Spezzino og *CASTA* krever imidlertid at favorisering av «*voluntary associations[.] must actually contribute to*» ivaretagelse av de påberopte angivelig legitime hensyn, herunder «*budgetary efficiency*». I *Spezzino* legges det dessuten til grunn at tildeling av aktuelle ambulansetjenestekontrakter til «*voluntary associations*» «*may help control costs relating to those services*», ettersom det er et vilkår at de frivillige organisasjonene som tilgodeses «*do not make any profit as a result of their services, apart from the reimbursement of variable, fixed and on-going expenditure necessary to provide [the services]*»

«*Budgetary efficiency*»-vilkåret EU-domstolen oppstiller i *Spezzino* og *CASTA* står dermed i direkte motsetning til forskriftsforarbeidenes egen erkjennelse av at bruk av reservasjonsadgangen «*kan føre til høyere priser og dårligere kvalitet på velferdstjenestene som leveres til samfunnet*» (vist til ovenfor). Begrensningen på «*kommersiell aktivitet*» som ordlyden i anskaffelsesforskriften § 30-2a (2) oppstiller, synes dessuten å ha begrenset praktisk

realitet for norske ideelle organisasjoner. Som nevnt ovenfor kreves ikke at kontraktsleveransene skal være basert på frivillig/ulønnet arbeidskraft i noen grad. I stedet tillates det at ideelle leverandører beregner seg fortjeneste på kontraktene med offentlige oppdragsgivere. De tillates også å ha omfattende sideliggende kommersiell virksomhet, typisk i form av eiendomsinvesteringer. I realiteten er det ikke noe annet som skiller norske ideelle organisasjoner fra kommersielle leverandører enn kravet etter anskaffelsesforskriften § 30-2a(2) til reinvestering av eventuelt overskudd. Den faktiske situasjonen for norske «ideelle organisasjoner» er dermed vesensforskjellig fra de strenge vilkårene pålagt aktuelle italienske «*voluntary organisations*» i *Spezzino*- og *CASTA*-sakene. Med adresse til anskaffelsesforskriftens vilkår om at reservasjoner må bidra til oppnåelse av «*sosiale mål*» og «*felleskapets beste*», vises til at det ikke finnes faglig belegg for kvalitetsforskjeller mellom «ideelle» og andre leverandører (se ovenfor).

Det er dermed saksøkernes syn at reservasjonsvilkårene oppstilt i *Spezzino*- og *CASTA*-sakene uansett ikke er oppfylt, hverken for reservasjonshjemmelen i anskaffelsesforskriften § 30-2a eller selve den anskaffelsen hovedsaken gjelder. Også i forbindelse med offentlige anskaffelser av helse- og sosialtjenestekontrakter, vil altså restriksjoner på likebehandlingsprinsippet og primærretten måtte finne seg i en reell forholdsmessighetsprøving, jf. henvisning ovenfor til *Hartlauer*-saken.

5.2 Hovedtrekkene i saksøktes EØS-rettslige anførsler

5.2.1 Om anskaffelsen faller inn under tjenestebegrepet

Kommunen anfører prinsipalt at de aktuelle ytelsene i form av sykehjemsdrift som anskaffelsen i hovedsaken gjelder, ikke omfattes av anskaffelsesdirektivet eller EØS-avtalens bestemmelser om etableringsrett og fri bevegelse av tjenester. Etter kommunens syn gjelder kontraktene om sykehjemsdrift «ikke-økonomiske tjenesteytelser av allmenn interesse» som anskaffelsesdirektivets fortale premiss 6 presiserer at faller utenfor direktivets virkeområde.

Kommunen gjør gjeldende at kriteriene som EFTA-domstolen oppstiller i dommen i sak E-13/19 *Hraðbraut* premiss 90 – 93, kan anvendes for å etablere at det heller ikke i herværende sak er tale om kontrakter som gjelder (økonomiske) «tjenester» i anskaffelsesdirektivets forstand, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 (9). I saken tok EFTA-domstolen stilling til om tre kontrakter mellom offentlige utdanningsmyndigheter på Island og private skoler som tilbød høyere utdanning, utgjorde «tjenestekontrakter» etter direktivet. EFTA-domstolen anvendte kriteriene utledet av blant annet *Humbel* og *Private Barnehagers Landsforbund*, og kom til at kontraktene ikke gjaldt «tjenester» og dermed ikke var «tjenestekontrakter». Det avgjørende for EFTA-domstolen var at tjenestene i hovedsak var finansiert av det offentlige, og at islandske myndigheters formål med å etablere og drifte det offentlige utdannings-systemet ikke var å drive inntektsgivende virksomhet, men å oppfylle sine forsynings-forpliktelse overfor borgerne på utdanningsområdet.

Kommunen gjør gjeldende at de rettslige prinsippene som EFTA-domstolen anvender i sak E-13/19 *Hraðbraut* må gjelde tilsvarende også for andre velferdsytelser enn utdanningstjenester, med samme kjennetegn. Begrunnelsen etter relevant rettspraksis for at denne typen tjenester er «ikke-økonomiske», er ikke knyttet til det faktum i seg selv at det er tale om utdanning, men derimot til det organisatoriske og finansielle rammeverket for tjenestene.

Etter Oslo kommunes syn er ikke EØS-rettslig praksis ut over dommen i sak E-13/19 *Hraðbraut* til hinder for at tjenestebegrepet i anskaffelsesdirektivet artikkel 2 (1) nr. 9 tolkes på den måten som kommunen anfører. Herunder bemerkes at EU-domstolens avgjørelse i sak C-281/06 *Jundt* ikke ble ansett til hinder verken for EU-domstolens avgjørelse i sak C-74/16 *Congregacion* eller EFTA-domstolens dom i *Hraðbraut*.

Sykehjemstjenestene i hovedsaken har samme kjennetegn som utdanningstjenestene omhandlet i rettspraksis, og er i gjennomsnitt i overkant av 80 prosent offentlig finansiert.

5.2.2 Om myndighetsutøvelsesunntaket i EØS-avtalen artikkel 32

Oslo kommune anfører at unntaket i EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39, for «*[v]irksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet*» får anvendelse på kontraktene om sykehjemstjenester i hovedsaken. Kontraktene er dermed ikke gjenstand for en prøving opp mot EØS-avtalens bestemmelser om etableringsrett og fri bevegelighet av tjenester.

EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39, er en selvstendig unntaksbestemmelse som begrenser virkeområdet både for EØS-avtalens regler om etableringsrett og fri bevegelighet av tjenester og anskaffelsesdirektivet (som springer ut av førstnevnte bestemmelser). En nødvendig konsekvens av dette er etter kommunes syn at den offentlige oppdragsgiverens valg knyttet til gjennomføringen av en anskaffelse som omfattes av unntaket, ikke kan være gjenstand for en EØS-rettslig prøving eller «konsistenssjekk». EU-domstolens avgjørelse i sak 152/73 *Sotgiu* har etter kommunens syn ikke overføringsverdi til saksforholdet i hovedsaken.

Kommunen anfører at virksomheten ved kommunens sykehjem må anses «*direkte og spesifikt forbundet*» med en «*tilstrekkelig kvalifisert*» utøvelse av offentlig myndighet. Helsepersonell i sykehjem har på nærmere vilkår hjemmel til å treffe vedtak om, og gjennomføre, tvungen helsehjelp til beboerne. Myndighet til å utøve tvang ligger i kjernen av den offentlige myndighetsutøvelse som omfattes av EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39. Det å fatte vedtak om samt gjennomføre helsehjelp ved tvang er en integrert del av virksomheten ved sykehjemmet, og en integrert del av kontraktsgjensstanden når kommunen inngår kontrakt med private aktører om levering av sykehjemstjenester på kommunens vegne, sml. sak 2/74 *Reyners*.

Kommunen anfører at den kvantitative standarden for at offentlig myndighetsutøvelse skal omfattes av EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39, bør baseres på en naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd om «leilighetsvis» utøvelse, det vil si «av og til» eller «nå og da». Det foreligger ikke rettspraksis som støtter at det strengere kvantitative krav som EU-domstolen har oppstilt for unntaket i EØS-avtalen artikkel 28 (4), jf. sak C-47/02 *Anker*, skal gjelde tilsvarende for artikkel 32, jf. artikkel 39 – i strid med sistnevnte bestemmelses ordlyd. Kommunen mener imidlertid at den tvungne helsehjelpen som utøves i kommunens sykehjem har et tilstrekkelig omfang uansett kvantitativ standard.

5.2.3 Om reservasjonshjemmelen i anskaffelsesforskriften § 30-2a

Oslo kommune anfører at reservasjonen av anskaffelsen av sykehjemstjenester for ideelle organisasjoner i hovedsaken, ikke er i strid med anskaffelsesdirektivet eller EØS-avtalen artikkel 31 og 36. Den norske anskaffelsesforskriften § 30-2a, som reservasjonen er hjemlet i, er etter kommunens syn i samsvar med det EØS-rettslige handlingsrommet som følger av anskaffelsesdirektivet og det særlige regimet for sosiale og andre spesifikke tjenester (direktivets artikkel 74 – 77, «the light regime»), og EØS-avtalen artikkel 31 og 36. Videre er den nasjonale definisjonen av «ideelle organisasjoner» på linje med det innhold begrepet «non-profit organisations» er gitt i EU-domstolens praksis, og det samme gjelder for de angitte vilkårene for reservasjon. Endelig gjør kommunen gjeldende at enkeltbeslutningen om å reservere sykehjemstjenestene i anskaffelsen i hovedsaken for ideelle organisasjoner, er i tråd med vilkårene i anskaffelsesforskriften § 30-2a og EØS-retten.

Etter Oslo kommunes syn bør spørsmålet om den EØS-rettslige forenligheten av reservasjonshjemmelen i anskaffelsesforskriften § 30-2a vurderes ut fra de generelle rammene for EØS-statenes handlingsrom som følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 76. Kommunen anfører at reservasjonshjemmelen er i samsvar med artikkel 76, i hvert fall hva angår sykehjemstjenester, jf. EU-domstolens dom i sak C-70/95 *Sodemare*.

Anskaffelsesdirektivet kan etter kommunens oppfatning ikke på generelt grunnlag forstås som et totalharmoniseringsdirektiv, men må heller betraktes som et «minimumsharmoniserings-direktiv». Når det spesielt gjelder «the light regime» i direktivets artikler 74 – 77, mener kommunen at det ikke er rimelig å tolke bestemmelsen i artikkel 77 slik at den uttømmende regulerer statenes adgang til ut ifra konkrete vurderinger å innføre regler om reservasjon av kontrakter om helse- og sosialtjenester. Det er heller ikke naturlig å legge til grunn en streng fortolkning av artikkel 76. Dette ville ikke være forenlig med den i EØS-rettspraksis anerkjente skjønnsfriheten for medlemstatene til selv å bestemme organiseringen og finansieringen av sine velferdstjenester.

Det følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 76 (1) at nasjonale bestemmelser om tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester underlagt «the light regime» må være i samsvar med prinsippene om likebehandling og transparens. Den nasjonale reguleringen må dessuten gjøre

det mulig for offentlige oppdragsgivere å ta i betraktning særtrekkene ved de aktuelle tjenestene, herunder slike hensyn og kvalitetsmål som artikkel 76 (2) omtaler.

Både bestemmelsen i den norske anskaffelsesforskriften § 30-1 og reservasjonshjemmelen i § 30-2a er ment å bidra til oppfyllelsen av slike kvalitetsmål for velferdstjenester som er omtalt i direktivet artikkel 76 (2) og anerkjent i EØS-retten som legitime hensyn på velferdstjenesteområdet. Det siste omfatter blant annet målet om å ha et tilpasset tjenestetilbud for ulike grupper i samfunnet, noe som igjen kan bidra til en balansert og tilgjengelig helsetjeneste av høy kvalitet. Nasjonale myndigheter vurderer at de ideelle organisasjonenes tjenestetilbud er viktig for å nå slike sentrale og overordnede kvalitetsmessige mål, og at det derfor er ønskelig å bevare de ideelle aktørene som bidragsytere i leveringen av helse- og sosialtjenester. Reservasjonshjemmelen i anskaffelsesforskriften § 30-2a er innført som et hovedvirkemiddel for å oppnå dette ønsket, og er ment å dempe de ideelle organisasjonenes utfordringer med å nå opp i tradisjonelle (åpne) konkurranser etter anskaffelsesreglene. De nevnte formålene gjør seg sterkt gjeldende for sykehjemstjenestene som reservasjonen i hovedsaken gjelder.

Reservasjon av konkurranser om levering av helse- og sosialtjenester, herunder sykehjemstjenester, er et tiltak direkte rettet mot ideelle organisasjoner for å oppfylle overordnede mål knyttet til det offentlige velferdstjenestetilbudet som de ideelle aktørene bidrar til. Oslo kommune gjør derfor gjeldende at kommersielle og ideelle tilbydere av tjenestene ikke er i en sammenliknbar situasjon. Dermed foreligger det heller ikke brudd på likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesdirektivet artikkel 76 (1).

Under enhver omstendighet må etter kommunens syn en eventuell forskjellsbehandling av kommersielle og ideelle tilbydere anses som et saklig begrunnet og forholdsmessig tiltak for å nå sosial- og velferdspolitiske mål med de aktuelle ytelsene.

Avslutningsvis bemerker kommunen at også prinsippet om transparens i anskaffelsesdirektivet artikkel 76 (1) er overholdt, siden konkurransen som hovedsaken gjelder er kunngjort i samsvar med den norske anskaffelsesforskriften § 30-2a (3), jf. § 30-5.

6 Tolkningsspørsmål til EFTA-domstolen

Oslo tingrett ber på bakgrunn av det ovenstående om EFTA-domstolens svar på følgende tolkningsspørsmål knyttet til partenes tre hovedanførsler:

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 ovenfor, anses som en kontrakt som gjelder yting av «tjenester» etter direktiv 2014/724/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?

Oslo tingrett



Eirik Aass
tingrettsdommer