



## **EFTA-DOMSTOLENS DOM**

28. mars 2023\*

*(Adgangen til å yte tjenester – Artikkel 36 EØS – Begrepet «tjenester» – Artikkel 37 EØS – Artikkel 39 EØS – Artikkel 32 EØS – Utøvelse av offentlig myndighet – Offentlige anskaffelser – Direktiv 2014/24/EU – Kontrakt om offentlig tjenesteyting – Ideelle organisasjoner – Reservasjon av kontrakter – Utelukkelse av kommersielle aktører)*

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 artikkel 74 til 77, og artikkel 31, 32, 36 og 39 i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, avsier

**DOMSTOLEN,**

sammensatt av: Páll Hreinsson, president (saksforberedende dommer), Bernd Hammermann, og Ola Mestad (ad hoc), dommere,

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

---

\* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk. Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og er basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innleggene inngitt på vegne av:

- Stendi AS («Stendi») og Norlandia Care Norge AS («Norlandia»), representert ved Aksel Joachim Hageler og Lennart Garnes, advokater,
- Oslo kommune, representert ved Ane Grimelid, advokat,
- 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 Melpo-Menie Joséphidès, Ewa Gromnicka, Erlend Møinichen Leonhardsen og Kyrre Isaksen, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Petr Ondrůšek, Mislav Mataija og Geert Wils, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Stendi og Norlandia, representert ved Aksel Joachim Hageler og Lennart Garnes; Oslo kommune, representert ved Ane Grimelid; den norske stat, representert ved Kristin Hallsjø Aarvik; ESA, representert ved Erlend Møinichen Leonhardsen; og Kommisjonen, representert ved Petr Ondrůšek og Mislav Mataija, i rettsmøte 4. oktober 2022,

slik

## **Dom**

### **I      Rettslig bakgrunn**

#### *EØS-rett*

- 1 Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») artikkel 31 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.*

2 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.*

3 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.*

4 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.*

5 EØS-avtalen artikkel 39 lyder:

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

6 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 Island, Liechtenstein og Norge. Kravene ble oppfylt 14. november 2016, og beslutningen trådte i kraft 1. januar 2017.

7 Direktivet betraktning 6 lyder:

*Det er også hensiktsmessig å bemerke at dette direktiv ikke bør berøre medlemsstatenes trygdellovgivning. Det bør heller ikke omhandle liberalisering av tjenester av allmenn økonomisk betydning som er forbeholdt offentlige eller private foretak, eller privatisering av offentlige foretak som yter tjenester.*

*Likeledes bør det bemerkes at medlemsstatene fritt kan organisere yting av lovfestede sosialtjenester eller andre tjenester, for eksempel posttjenester, enten som tjenester av allmenn økonomisk betydning eller som ikke-økonomiske tjenester av allmenn interesse, eller som en kombinasjon av disse. Det er hensiktsmessig å presisere at ikke-økonomiske tjenester av allmenn interesse ikke bør høre inn under dette direktivs virkeområde.*

8 Direktivet betraktning 114 lyder:

*Visse kategorier av tjenester har ved sin egenart fortsatt en begrenset dimensjon på tvers av landegrensene, nemlig slike tjenester som er kjent som personlige tjenester, for eksempel visse sosialtjenester, helsetjenester og undervisningstjenester. Disse tjenestene ytes i en bestemt sammenheng som varierer sterkt mellom medlemsstatene på grunn av forskjellige kulturelle tradisjoner. Det bør derfor opprettes en særlig ordning for offentlige kontrakter for disse tjenestene, med en høyere terskelverdi enn hva som gjelder for andre tjenester.*

*Personlige tjenester med verdier under denne terskelverdien vil normalt ikke være interessant for tjenesteytere fra andre medlemsstater, med mindre det foreligger konkrete indikasjoner på det motsatte, for eksempel EU-finansiering for grensekryssende prosjekter.*

*Kontrakter for personlige tjenester over denne terskelverdien skal være underlagt innsyn i hele Unionen. Gitt betydningen av den kulturelle sammenheng og følsomheten i disse tjenestene, bør medlemsstatene gis vidt skjønn til å organisere valget av tjenesteytere på den måten de anser som mest*

*hensiktsmessig. Reglene i dette direktiv tar hensyn til dette kravet, og det kreves bare overholdelse av grunnleggende prinsipper om innsyn og likebehandling og at det sikres at offentlige oppdragsgivere er i stand til å anvende bestemte kvalitetskriterier ved valg av tjenesteytere, for eksempel kriteriene angitt i det frivillige europeiske rammeverket for kvalitet i sosialtjenester («European Quality Framework for Social Services»), offentliggjort av Komiteen for sosial trygghet. Når det skal bestemmes hvilke framgangsmåter som skal brukes ved tildeling av kontrakter for personlige tjenester, bør medlemsstatene ta hensyn til artikkel 14 i TEUV og protokoll nr. 26. Når de gjør dette, bør medlemsstatene også etterstrebe målene om forenkling og om å lette den administrative byrden for offentlige oppdragsgivere og markedsdeltakere; det bør presiseres at dette også kan medføre at det skal anvendes regler som gjelder for tjenestekontrakter som ikke er underlagt den spesifikke ordningen.*

*Medlemsstatene og offentlige oppdragsgivere står fortsatt fritt til å yte slike tjenester selv, eller til å organisere sosialtjenester på en måte som ikke medfører at det inngås offentlige kontrakter, for eksempel gjennom utelukkende å finansiere slike tjenester, eller ved å utstede lisenser eller tillatelser til alle markedsdeltakere som oppfyller vilkårene som på forhånd er fastsatt av den offentlige oppdragsgiveren, uten noen grenser eller kvoter, forutsatt at et slikt system sikrer tilstrekkelig annonsering og overholder prinsippene om innsyn og likebehandling.*

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 4 bokstav d), med overskriften «Terskelverdier», lyder:

*Dette direktiv får anvendelse på innkjøp med en verdi, uten merverdiavgift (mva), som anslås å være lik eller større enn følgende terskelverdier:*

[...]

*d) 750 000 euro for kontrakter om offentlig tjenesteyting for sosialtjenester og annen særlig tjenesteyting oppført i vedlegg XIV.*

12 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).*

13 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 standard skjemaene 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.*

14 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.*

15 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.

16 ESAs kunngjøring med tittelen «Threshold values referred to in Directives 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU and 2009/81/EC, expressed in the national currencies of the EFTA States» (EUT 2020 C 51, s. 16) («ESAs kunngjøring om terskelverdier») lyder:

Thresholds in EUR	Thresholds in NOK	Thresholds in CHF	Thresholds in ISK
80 000	771 036	91 563	10 429 009
139 000	1 339 676	159 091	18 120 403
214 000	2 062 522	244 931	27 897 599
428 000	4 125 045	489 863	55 795 199
750 000	7 228 467	858 404	97 771 961
1 000 000	9 637 957	1 144 539	130 362 615
5 350 000	51 563 071	6 123 288	697 439 993



*Nasjonal rett og praksis*

17 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»).

18 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.*

19 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.*

20 I lov 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.

21 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*».

22 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*».

23 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 pasienter og brukere for hjelp fra kommunens helse- og omsorgstjeneste, herunder privat praksis som driver etter avtale med kommunen, når dette følger av lov eller forskrift.

- 24 Kapittel 4A i lov 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.
- 25 Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv. 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.
- 26 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 utøves 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.
- 27 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. loven § 4A-5. Statsforvalteren er tilsynsmyndighet og kan omgjøre tvangsvedtak både etter klage og av eget tiltak.

## **II Faktum og saksgang**

- 28 Hovedsaken gjelder Oslo kommunes anskaffelse av langsiktige leie- og tjenesteytingsavtaler for inntil 800 nye langtidsplasser på sykehjem. Den delen av anskaffelsen som gjelder drift av sykehjemsplassene er reservert for en form for organisasjon som i Norge omtales som «ideelle organisasjoner». Ifølge anmodningen beskriver anskaffelsesforskriften § 30-2a nr. 2 «ideelle organisasjoner» som organisasjoner som ikke har avkastning på egenkapital som hovedformål. De bør utelukkende arbeide for et sosialt formål for fellesskapets beste, reinvestere eventuelt overskudd i aktivitet som oppfyller organisasjonens sosiale formål, og kan i begrenset omfang drive kommersiell aktivitet som støtter opp om virksomhetens sosiale formål. Saksøkerne, Stendi og Norlandia, får ikke delta i anbudskonkurransen fordi de ikke er «ideelle organisasjoner».
- 29 Stendi er et svenskeid foretak 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 samt driver eiendomsutvikling i Norge, Sverige, Finland, Nederland, Tyskland og Polen.

- 30 Oslo kommune er Norges 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.
- 31 Oslo kommune kunngjorde en konkurranse 25. november 2020 for å oppfylle sin forpliktelse etter helse- og omsorgstjenesteloven til å sørge for nødvendige helse- og omsorgstjenester, herunder plass i sykehjem, til dem som oppholder seg i kommunen. 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. 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.
- 32 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 psykiatri og somatikk. Plassene innen psykiatri er for pasienter med psykiatrisk sykdom som hoveddiagnose. Plassene innen somatikk opptas av pasienter med fysiske lidelser eller sykdommer og kognitiv svikt, og kan igjen deles inn i ordinære plasser og ulike typer skjermede og forsterkede plasser med tilrettelagt oppfølging.
- 33 Konkurransesgrunnlaget fastsetter at leverandøren av sykehjemstjenester må være en ideell organisasjon. Kontraktene om sykehjemstjenester er reservert for ideelle organisasjoner med hjemmel i anskaffelsesforskriften § 30-2a samt § 2-4 bokstav h) om tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet.
- 34 Oslo kommune har vedtatt politiske mål om å øke bruken av ideelle organisasjoner til utførelse av helse- og omsorgstjenester. 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, nemlig Stendi og Norlandia. Begge kontraktene med de kommersielle aktørene ble inngått før någjeldende politiske vedtak om å øke antallet ideelle organisasjoner i helse- og omsorgssektoren, og kontraktene utløper i 2022/2023.
- 35 Partene i hovedsaken er uenige om EØS-retten tillater EØS-statene 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 besluttet Oslo tingrett å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Anmodningen var datert 14. mars 2022 og ble registrert ved EFTA-domstolen 30. mars 2022. Oslo tingrett har forelagt 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 tjenstekontrakter 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?

37 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og forslagene til svar som er inngitt til EFTA-domstolen. Partenes argumenter vil i det følgende bare bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

### **III EFTA-domstolens svar**

*Det første spørsmål*

38 Ved sitt første spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om en gjensidig bebyrdende kontrakt om levering av langtidsplasser i sykehjem, som beskrevet i

anmodningen, skal anses som en kontrakt om yting av «tjenester» etter direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 9.

- 39 En «kontrakt om offentlig tjenesteyting» er definert i direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 9 som en offentlig kontrakt som gjelder yting av tjenester, bortsett fra de tjenestene som er nevnt i artikkel 2 nr. 1 punkt 6.
- 40 EFTA-domstolen minner om at direktivet er ment å gjennomføre EØS-avtalens bestemmelser om etableringsadgangen og adgangen til å yte tjenester. Begrepet «tjenester» etter direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 9 må tolkes i lys av adgangen til å yte tjenester nedfelt i EØS-avtalen artikkel 36. Det er derfor nødvendig å fastslå om kontrakter slik som de hovedsaken gjelder, kan anses å gjelde ytelse av «tjenester» etter EØS-avtalen artikkel 37 (se sak E-13/19 *Hraðbraut*, dom 10. desember 2020, avsnitt 90 og 91 og rettspraksis som det vises til der, og jf. dommen i *ASADE*, C-436/20, EU:C:2022:559, avsnitt 59 og rettspraksis som det vises til der).
- 41 Etter EØS-avtalen artikkel 37 første ledd skal kun tjenester som vanligvis ytes mot betaling, anses som tjenester etter EØS-avtalen. Etter denne bestemmelse er det vesentlige kjennetegnet ved betaling at den utgjør vederlag for en tjeneste som er ytt (se *Hraðbraut*, som omtalt over, avsnitt 91 og rettspraksis som det vises til der, og jf. *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 60 og rettspraksis som det vises til der).
- 42 Den norske stat og Oslo kommune har anført at tjenestene som hovedsaken gjelder, i lys av *Hraðbraut*, som omtalt over, ikke kan anses som «tjenester» etter EØS-avtalen artikkel 37.
- 43 Dette argumentet kan ikke føre frem. I *Hraðbraut* la EFTA-domstolen til grunn at det vesentlige kjennetegn ved vederlag er fraværende når det gjelder utdanning ytt etter et nasjonalt utdanningssystem i situasjoner der staten, når den oppretter og opprettholder et slikt system, oppfyller sine plikter overfor egen befolkning på det sosiale, kulturelle og utdanningsmessige område, og når et slikt system som hovedregel finansieres av det offentlige og ikke av elevene eller deres foreldre (se *Hraðbraut*, som omtalt over, avsnitt 92 og rettspraksis som det vises til der). Den virksomheten som hovedsaken gjelder drives ikke på samme måte innenfor rammen av et slikt system. Følgelig får begrunnelsen i *Hraðbraut* ikke anvendelse på slik virksomhet (jf. dommen i *Smits og Peerbooms*, C-157/99, EU:C:2001:404, avsnitt 48–59).
- 44 Det følger av fast rettspraksis at medisinske tjenester som ytes mot vederlag, faller inn under bestemmelsene om adgangen til å yte tjenester (se forente saker E-11/07 og E-1/08 *Rindal og Slinning*, Sml. 2008 s. 320, avsnitt 42). En medisinsk tjeneste opphører ikke å være en tjeneste etter EØS-avtalen artikkel 37 selv om den betales av en nasjonal helsetjeneste eller av et system som yter naturalytelser (jf. dommen i *Müller-Fauré og van Riet*, C-385/99, EU:C:2003:270, avsnitt 103 og rettspraksis som det vises til der). Det er ikke nødvendig at tjenesten betales for av dem de ytes til (se sak E-6/16 *Fjarskipti hf.*, Sml. 2016 s. 1084, avsnitt 44 og rettspraksis som det vises til der).
- 45 Som også bekreftes av direktivet betraktning 6, er det bare virksomhet av økonomisk

art som kan være gjenstand for en kontrakt om offentlig tjenesteyting etter direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 9. En slik tolkning støttes av direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 10, som fastsetter at en markedsdeltaker kjennetegnes ved at den på markedet tilbyr utførelse av bygge- og anleggsarbeid og/eller oppføring av bygg, levering av produkter eller tjenesteyting. Det at en kontrakt inngås med et ideelt foretak, utelukker ikke foretaket fra å kunne drive økonomisk virksomhet etter direktivet. Videre er det å forfølge et sosialt mål eller å ta hensyn til prinsippet om solidaritet i forbindelse med tjenesteyting ikke i seg selv til hinder for at ytingen av disse tjenester kan anses som en økonomisk virksomhet (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 61, 62 og 65 og rettspraksis som det vises til der).

- 46 Ifølge anmodningen gjelder tjenestene i hovedsaken levering av langtidsplasser i sykehjem, som er anskaffet av en kommune til en anslått verdi av 710 400 000 kroner årlig. Det må legges til grunn at betalinger, slik som kommunen vil foreta i hovedsaken etter avslutning av anskaffelsesprosessen, utgjør vederlag for tjenester som dem hovedsaken gjelder, og utgjør betaling for den aktuelle tjenesteyter. Følgelig må tjenester slik som dem hovedsaken gjelder, anses som «tjenester» etter EØS-avtalen artikkel 37. Det følger av dette at en offentlig kontrakt som gjelder yting av tjenester slik som dem hovedsaken gjelder, utgjør en «kontrakt om offentlig tjenesteyting» etter direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 9.
- 47 I lys av det ovenstående må svaret på det første spørsmål bli at en gjensidig bebyrdende kontrakt om levering av langtidsplasser i sykehjem, under omstendigheter slik som i hovedsaken, utgjør en kontrakt om yting av tjenester etter direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 9.

*Det andre spørsmål*

- 48 Ved sitt andre spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om en offentlig oppdragsgivers adgang til å påberope unntaket i EØS-avtalen artikkel 32, jf. EØS-avtalen artikkel 39, påvirkes av om: a) de aktuelle tjenester tidligere har vært gjenstand for offentlige tjenestekontrakter mellom den offentlige oppdragsgiveren og både ideelle organisasjoner og andre leverandører, b) andre offentlige oppdragsgivere i samme stat fremdeles velger å inngå kontrakter om tilsvarende tjenester med både ideelle organisasjoner og andre leverandører, og c) adgangen til å beslutte tvangsbeføyelser ikke er lagt direkte til kontraktsparten, men til helsepersonellet i arbeid hos kontraktsparten. I tillegg spør den anmodende domstol om hvordan formuleringen «om enn bare leilighetsvis» i EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39, skal forstås.
- 49 EFTA-domstolen finner det nødvendig først å undersøke om virksomhet slik som i hovedsaken, omfattes av unntaket i EØS-avtalen artikkel 39, jf. EØS-avtalen artikkel 32.
- 50 Oslo kommune har anført at sykehjemstjenestene som hovedsaken gjelder omfattes av unntaket i EØS-avtalen artikkel 32 ettersom de innebærer utøvelse av offentlig myndighet. Det har særlig blitt hevdet at siden helsepersonell på sykehjem har myndighet til å fatte vedtak om og utøve tvungen helsehjelp, må virksomheten med å

drive et sykehjem anses som direkte og spesifikt forbundet med utøvelsen av offentlig myndighet.

- 51 EØS-avtalen artikkel 39 gjør unntaket for utøvelse av offentlig myndighet i EØS-avtalen artikkel 32 gjeldende for adgangen til å yte tjenester. Derfor fastsetter EØS-avtalen artikkel 39 at bestemmelsene om adgangen til å yte tjenester ikke gjelder for virksomhet som er forbundet, om enn bare leilighetsvis, med utøvelsen av offentlig myndighet. Tolkningen av «utøvelse av offentlig myndighet» må ta hensyn til begrensingene nevnte bestemmelse pålegger de tillatte unntak fra prinsippet om adgang til å yte tjenester, for å unngå at EØS-avtalens effektivitet undergraves av EØS-statenes ensidige beslutninger (jf. dommen i *Kommisjonen mot Ungarn*, C-392/15, EU:C:2017:73, avsnitt 105).
- 52 Som et unntak fra en grunnleggende frihet må EØS-avtalen artikkel 32 forstås på en måte som begrenser dens virkeområde til det som er strengt nødvendig for å ivareta de interesser den tillater EØS-statene å beskytte (jf. dommen i *Kommisjonen mot Ungarn*, som omtalt over, avsnitt 106).
- 53 For det første må unntaket begrenses til virksomhet som i seg selv er direkte og spesifikt forbundet med utøvelsen av offentlig myndighet. En slik forbindelse krever tilstrekkelig kvalifisert utøvelse av ekstraordinære rettslige beføyelser, statsmaktens privilegier eller tvangsmyndighet (jf. dommene i *Kommisjonen mot Ungarn*, som omtalt over, avsnitt 107, og *Kommisjonen mot Tyskland*, C-160/08, EU:C:2010:230, avsnitt 78 og 79).
- 54 For det andre er det ikke mulig å utvide dette unntaket til å omfatte en hel yrkesgruppe så lenge virksomheten som er forbundet med utøvelsen av offentlig myndighet, kan skilles fra den aktuelle yrkesvirksomhet samlet sett (jf. dommen i *Kommisjonen mot Tyskland*, C-404/05, EU:C:2007:723, avsnitt 47 og rettspraksis som det vises til der).
- 55 Unntaket i EØS-avtalen artikkel 32 omfatter ikke visse former for virksomhet som er tilknyttet eller forberedende for utøvelsen av offentlig myndighet, eller visse former for virksomhet hvis utøvelse, selv om den omfatter kontakter, om enn regelmessige og organiske, med de administrative eller rettslige myndigheter, eller til og med samarbeid, om enn obligatorisk, i deres virke, etterlater deres skjønnsmessige og beslutningsmessige myndighet intakt, og heller ikke visse former for virksomhet som ikke innebærer utøvelse av beslutningsmyndighet, håndhevingsmyndighet eller tvangsmyndighet (jf. dommen i *Kommisjonen mot Ungarn*, som omtalt over, avsnitt 108, og rettspraksis som det vises til der).
- 56 Det må skilles mellom virksomhet som utøves av private organer og som utgjør enkle forberedende oppgaver, og virksomhet som har en direkte og konkret tilknytning til utøvelse av offentlig myndighet. Når private organer utøver en offentlig myndighets fullmakter, kan EØS-avtalen artikkel 32 ikke påberopes dersom gjeldende lovgivning fastsetter at disse private organer skal kontrolleres av en offentlig myndighet. Private organer som utøver sin virksomhet under aktivt tilsyn av vedkommende offentlige myndighet, som til sist er ansvarlig for disse organenes kontroller og avgjørelser, kan ikke anses å være direkte og spesifikt forbundet med utøvelsen av offentlig myndighet

(jf. dommen i *Kommisjonen mot Portugal*, C-438/08, EU:C:2009:651, avsnitt 37).

- 57 Ifølge anmodningen kan tvungen helsehjelp ytes til personer uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen dersom vilkårene i pasient- og brukerrettighetsloven er oppfylt. Formålet er å sikre at det kan ytes nødvendig helsehjelp for å hindre vesentlig helseskade, samt å forebygge og begrense bruken av tvang. Myndigheten til å beslutte tvangstiltak er lagt til det enkelte autoriserte helsepersonell som yter helsehjelp på grunnlag av sin autorisasjon som helsepersonell, og ikke basert på bestemte aktiviteter. Et vedtak om tvungen helsehjelp må fattes av helsepersonell som er kvalifisert til å fatte et slikt vedtak. Denne myndighet er ikke avledet av kontraktsforholdet mellom en leverandør og den offentlige oppdragsgiver. Ethvert vedtak om tvungen helsehjelp er fattet av autorisert helsepersonell på selvstendig grunnlag, og på grunnlag av helsefaglige vurderinger og vilkårene fastsatt i det relevante nasjonale rettslige rammeverk.
- 58 I rettsmøtet opplyste den norske stat at myndigheten til å fatte vedtak og utøve tvungen helsehjelp er tillagt alt helsepersonell, uavhengig av nasjonalitet eller arbeidssted, som er autorisert etter det relevante nasjonale rettslige rammeverk.
- 59 På grunnlag av opplysningene i anmodningen påpeker EFTA-domstolen, som også påpekt av Kommisjonen i rettsmøtet, at myndigheten til å utøve tvungen helsehjelp ikke ligger hos den markedsdeltaker som er tildelt den aktuelle kontrakt, men hos det helsepersonell som har autorisasjon basert på sin yrkesmessige status etter nasjonal lovgivning, og som er ansatt hos den aktuelle markedsdeltaker. Videre forklarte den norske stat i sitt skriftlige innlegg, som også påpekt av Kommisjonen, at et vedtak om tvungen helsehjelp nødvendigvis må fattes av helsepersonell, som er personene med de medisinske kvalifikasjoner som er nødvendige for å fatte et slikt vedtak. Denne myndighet må betraktes som atskilt fra en kontrakt om drift av et sykehjem. Følgelig er virksomheten med å drive et sykehjem, under omstendigheter som i hovedsaken, atskilt fra den myndighet som måtte være tillagt dens ansatte individuelt og uavhengig etter nasjonal lovgivning.
- 60 Videre, som det også følger av anmodningen, er tvungen helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven underlagt tilsyn. Vedtak om tvungen helsehjelp kan treffes for inntil ett år av gangen og skal vurderes fortløpende og avbrytes straks lovens vilkår ikke lenger er til stede. Slike vedtak er underlagt tilsyn av Statsforvalteren, som kan omgjøre tvangsvedtak både etter klage og av eget tiltak. Under slike omstendigheter kan helsepersonellens myndighet til å fatte vedtak om og utøve tvungen helsehjelp ikke anses å være forbundet med utøvelsen av offentlig myndighet.
- 61 Det følger av det ovennevnte at EØS-avtalen artikkel 39, jf. EØS-avtalen artikkel 32, ikke gjelder for den virksomhet hovedsaken gjelder. Følgelig er det ikke nødvendig å besvare den anmodende retts øvrige underspørsmål knyttet til dette unntak.
- 62 I lys av det ovenstående må svaret på det andre spørsmål bli at virksomheten med å drive sykehjem, under omstendigheter som i hovedsaken, selv om det måtte bli nødvendig å yte tvungen helsehjelp, innenfor en rettslig ramme som den som er



beskrevet i anmodningen, ikke kan anses å være direkte og spesifikt forbundet med utøvelsen av offentlig myndighet. Følgelig gjelder ikke unntaket i EØS-avtalen artikkel 39, jf. EØS-avtalen artikkel 32, for slik virksomhet.

*Det tredje spørsmål*

- 63 Ved sitt tredje spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om EØS-avtalen artikkel 31 og 36 og direktivet artikkel 74 til 77 utelukker nasjonal lovgivning som tillater at offentlige oppdragsgivere kan reservere retten til å delta i konkurranser om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner på vilkårene fastsatt i denne nasjonale lovgivningen.
- 64 Direktivet artikkel 74 til 77 fastsetter en forenklet ordning for tildeling av offentlige kontrakter for sosialtjenester og annen særlig tjenesteyting oppført i vedlegg XIV til direktivet. Artikkel 75 og 76 gir uttrykk for prinsippene om likebehandling og innsyn slik de er utviklet gjennom rettspraksis om de grunnleggende friheter, som fortsatt er relevant for tolkningen av disse bestemmelsene (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 92 til 94).
- 65 Direktivet artikkel 74 fastsetter at offentlige kontrakter for sosialtjenester og annen særlig tjenesteyting oppført i vedlegg XIV til direktivet, skal tildeles i samsvar med direktivet avdeling III kapittel I dersom verdien av kontraktene er lik eller større enn terskelverdiene angitt i direktivet artikkel 4 bokstav d). Artikkel 4 bokstav d) fastsetter en terskelverdi på 750 000 euro for slike kontrakter om offentlig tjenesteyting. Denne terskelverdien er i ESAs kunngjøring om terskelverdier uttrykt i norske kroner som 7 228 467 kroner. Ifølge direktivet betraktning 114 har visse kategorier av tjenester ved sin egenart fortsatt en begrenset dimensjon på tvers av landegrensene. Den grenseoverskridende dimensjon er imidlertid hovedsakelig også knyttet til terskelverdiene. Selv om slike tjenester med verdier under denne terskelverdien normalt ikke vil være interessante for tjenesteytere fra andre EØS-stater, bør kontrakter over denne terskelverdi være gjenstand for innsyn og likebehandling i hele EØS-området siden disse vil være interessant for tjenesteytere fra andre EØS-stater.
- 66 Ifølge anmodningen har tjenestene som hovedsaken gjelder, en verdi estimert til 710 400 000 kroner årlig. Siden den anslåtte verdien av tjenestene som saken gjelder overstiger terskelverdien fastsatt i direktivet artikkel 4 bokstav d), får følgelig bestemmelsene i direktivet avdeling III kapittel I anvendelse.
- 67 Direktivet artikkel 77 fastsetter at EØS-statene kan tillate offentlige oppdragsgivere å reservere retten til å delta i konkurranser om tildeling av offentlige kontrakter som gjelder yting av en tjeneste nevnt i vedlegg XIV til direktivet, for markedsdeltakere som oppfyller alle vilkår i nevnte bestemmelse. Bestemmelsen dekker imidlertid ikke uttømmende de tilfeller der slike kontrakter kan reserveres for visse kategorier markedsdeltakere (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 81 og 82).
- 68 Direktivet artikkel 76 forplikter EØS-statene til å innføre nasjonale regler for tildeling av kontrakter som er omfattet av avdeling III kapittel I, for å sikre at offentlige

oppdragsgivere overholder prinsippene om innsyn og likebehandling av markedsdeltakere. EØS-statene 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. EØS-statene 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 særlige behov, at brukerne får delta og får innflytelse, samt nyskaping (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 84).

- 69 Direktivet betraktning 114 bekrefter at ordningen opprettet ved direktivet i artikkel 76 kjennetegnes av den omfattende skjønnsadgang EØS-statene er gitt til å organisere valget av tilbydere av tjenestene oppført i vedlegg XIV til direktivet på den måten de anser som mest hensiktsmessig. EØS-statene nyter omfattende skjønnsadgang til å bestille tjenester av allmenn økonomisk betydning så nært brukernes behov som mulig.
- 70 Det er derfor nødvendig å undersøke om prinsippene om likebehandling og innsyn, som nevnt i direktivet artikkel 76, utelukker nasjonal lovgivning som reserverer retten til å delta i konkurranser om tildeling av offentlige kontrakter om drift av sykehjemstjenester til fordel for ideelle organisasjoner dersom de ikke oppfyller vilkårene fastsatt i artikkel 77 (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 86).
- 71 Når det gjelder prinsippet om likebehandling av markedsdeltakere, innebærer det faktum at private kommersielle foretak ikke har mulighet til å delta i slike konkurranser om tildeling av offentlige kontrakter, forskjellsbehandling av markedsdeltakere, som er i strid med dette prinsipp, med mindre forskjellsbehandlingen kan begrunnes i objektive omstendigheter (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 87 og rettspraksis som det vises til der).
- 72 I denne sammenheng kan en EØS-stat imidlertid, ved utøvelsen av den myndighet som den har til å organisere sitt velferdssystem, være av den oppfatning at et velferdssystem nødvendigvis innebærer, for at det skal kunne nå sine mål, at private aktørers adgang til dette systemet som leverandører av velferdstjenester skal gjøres betinget av at de er ideelle (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 88 og rettspraksis som det vises til der).
- 73 I denne sammenheng er tidligere rettspraksis fra Den europeiske unions domstol som fastsetter at prinsippet om likebehandling ikke utelukker at en EØS-stat kan reservere statusen som leverandør av velferdstjenester for ideelle private aktører, herunder slike som ikke er strengt frivillige, fortsatt relevant ved tolkningen av direktivet artikkel 76 (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 93 og 94, og rettspraksis som det vises til der).
- 74 Det følger at prinsippet om likebehandling av markedsdeltakere, som nå er nedfelt i direktivet artikkel 76, gir EØS-statene rett til å reservere retten til å delta i en konkurranse om tildeling av offentlige kontrakter for sosialtjenester og annen særlig tjenesteyting til fordel for private ideelle foretak, herunder slike som ikke er strengt

frivillige, forutsatt at følgende to vilkår er oppfylt (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 95).

- 75 For det første at eventuelt overskudd som følger av gjennomføringen av disse kontrakter reinvesteres av disse foretakene med sikte på å nå det sosiale mål av allmenn interesse som de forfølger (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 95).
- 76 For det andre må den utelukkende bruken av private ideelle foretak til å yte slike sosiale og andre særlige tjenester være forankret både i prinsippene om universalitet og solidaritet, som ligger i et velferdssystem, samt hensynet til økonomisk effektivitet og egnethet, i den utstrekning det tillater at tjenester av allmenn interesse kan ytes på en økonomisk balansert måte for budsjettformål av foretak som i hovedsak er opprettet for å tjene allmennhetens interesser, og hvis beslutninger ikke styres av rent kommersielle hensyn. Når det er begrunnet i slike hensyn, er utelukkelsen av private kommersielle foretak fra konkurranser om tildeling av offentlige kontrakter om yting av sosialtjenester og annen særlig tjenesteyting ikke i strid med prinsippet om likebehandling, forutsatt at slik utelukkelse faktisk bidrar til det sosiale formål og til å nå målene om solidaritet og budsjettmessig effektivitet som systemet bygger på (jf. dommene i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 90, 91 og 95, og *Spezzino*, C-113/13, EU:C:2014:2440, avsnitt 60).
- 77 For å oppfylle disse kravene kan de private foretakene som kontraktene er reservert for etter nasjonal lovgivning, ikke forfølge andre mål enn dem som er nevnt i foregående avsnitt, og heller ikke oppnå overskudd, ikke engang indirekte, som ikke reinvesteres med sikte på å nå de sosiale mål av allmenn interesse som de forfølger. De kan heller ikke gi sine medlemmer eller eiere direkte eller indirekte del i overskudd (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 92).
- 78 EFTA-domstolen minner om at direktivet artikkel 76 utelukker at slike offentlige kontrakter kan tildeles direkte til et ideelt foretak som ikke er et frivillig foretak, uten en anbudskonkurranse (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 96).
- 79 Når det gjelder prinsippet om innsyn, minner EFTA-domstolen videre om at prinsippet krever at oppdragsgiveren sikrer tilstrekkelig offentliggjøring slik at det for det første er mulig å åpne for konkurranse, og for det andre at det er mulig å vurdere om fremgangsmåten for tildeling er upartisk slik at enhver interessert markedsdeltaker kan treffe beslutning om å inngi anbud på grunnlag av all relevant informasjon, og utelukke enhver risiko for favorisering eller vilkårlighet fra oppdragsgiverens side (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 97 og rettspraksis som det vises til der).
- 80 Direktivet artikkel 75 fastsetter kravene til offentliggjøring som følger av prinsippet om innsyn med hensyn til fremgangsmåter for tildeling av offentlige kontrakter som omfattes av den forenklete ordningen fastsatt i direktivet artikkel 74 til 77 (jf. dommen i *ASADE*, som omtalt over, avsnitt 99).
- 81 I sitt spørsmål viser den anmodende domstol spesifikt til anskaffelsesforskriften § 30-2a. Ifølge anmodningen følger det av bestemmelsens ordlyd at oppdragsgivere kan

reservere retten til å delta i konkurranser om helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner dersom reservasjonen bidrar til å oppnå sosiale mål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet. Bestemmelsen fastsetter at ideelle organisasjoner ikke skal ha avkastning på egenkapital som hovedformål. De skal utelukkende arbeide for et sosialt formål for fellesskapets beste, og reinvestere eventuelt overskudd i aktivitet som oppfyller organisasjonens sosiale formål. Den fastsetter videre at en ideell organisasjon kan i begrenset omfang drive kommersiell aktivitet som støtter opp om virksomhetens sosiale formål.

- 82 Stendi og Norlandia har i sitt skriftlige innlegg og i rettsmøtet hevdet at det er mulig for private investorer å eie ideelle organisasjoner som kontraktene er reservert for etter den gjeldende rettslige rammen. Det har videre blitt hevdet at eierne av ideelle organisasjoner står fritt til å tjene penger ved å leie ut fast eiendom til ideelle organisasjoner eller ved å tilby dem ulike tjenester, for eksempel bemanningstjenester eller administrative støttetjenester, samt til å selge de ideelle organisasjonene til andre markedsdeltakere.
- 83 I rettsmøtet opplyste Oslo kommune at det i prinsippet var mulig for private investorer å eie en ideell organisasjon, selv om de fleste ideelle organisasjoner var organisert som selveide stiftelser. Når det gjelder spørsmålet om ideelle organisasjoner kan selges av sine eiere, bemerket Oslo kommune at det finnes eksempler på at ideelle organisasjoner har blitt grunnlagt og deretter solgt av eieren etter at en kontrakt om offentlig tjenesteyting var avsluttet.
- 84 På den annen side uttalte den norske stat at ideelle organisasjoner ikke kunne eies av private investorer siden definisjonen av er at de er kommersielle. Staten utelukket imidlertid ikke muligheten for at fysiske personer kunne eie ideelle organisasjoner. Staten opplyste videre at overskudd fra en ideell organisasjon ikke kan kanaliseres til dens medlemmer eller eiere, og viste i denne sammenheng til den norske regjerings høringsnotat, hvis rettskildeværdi ble bestridt av noen av partene som deltok i rettsmøtet. Den norske stat anførte også at kravet etter norsk lov om at eieren av en ideell organisasjon også må være ideell, innebærer at de ikke kan selge den ideelle organisasjonen til noen andre, og at det foreligger en konkret vurdering av om det finnes tiltak for å hindre dette.
- 85 Det er opp til den anmodende domstol å avgjøre i hvilken grad anskaffelsesforskriften § 30-2a oppfyller ovennevnte krav. For å oppfylle disse kravene må muligheten for å skape overskudd og for eksempel utbetale dette overskuddet, direkte eller indirekte, til en kommersiell eier, enten gjennom direkte utbetaling etter at den offentlige kontrakten er avsluttet, eller gjennom salg av den ideelle organisasjon til en annen markedsdeltaker, utelukkes. Å reservere kontrakter for påstått ideelle organisasjoner som i hovedsak kun er verktøy for å skape overskudd for sine kommersielle eiere, ville være i strid med kravene som følger av EØS-retten. I tillegg, som angitt over, må reservasjonen for ideelle organisasjoner faktisk være forankret i prinsippene om universalitet og solidaritet, så vel som i hensynet til økonomisk effektivitet og egnethet, og bidra effektivt til dette formål og mål.

86 I lys av det ovenstående må svaret på det tredje spørsmålet bli at direktivet artikkel 74 til 77 må tolkes slik at de ikke utelukker nasjonal lovgivning som reserverer til fordel for organisasjoner slik som i hovedsaken (ideelle organisasjoner) retten til å delta i en anskaffelsesprosess som omfatter en anbudskonkurranse, for tildeling av offentlige kontrakter om yting av sosialtjenester eller andre særlige tjenester oppført i vedlegg XIV til direktivet, selv der disse organisasjonene ikke oppfyller kravene fastsatt i artikkel 77, forutsatt at følgende to vilkår er oppfylt. For det første, for å overholde prinsippet om likebehandling som fastsatt i direktivet artikkel 76, må den rettslige og kontraktsmessige rammen som disse organisasjonene utøver sin virksomhet innenfor, faktisk være forankret i prinsippene om universalitet og solidaritet, som er en nødvendig del av et velferdssystem, så vel som i hensynet til økonomisk effektivitet og egnethet, og effektivt bidra til det sosiale formål og de mål om solidaritet og budsjettmessig effektivitet som dette system bygger på. For det andre må prinsippet om innsyn, som fastsatt i direktivet artikkel 75 og 76, overholdes.

#### **IV Saksomkostninger**

87 Etersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstol, ligger det til denne domstol å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene. Omkostninger som er påløpt i forbindelse med inngivelse av innlegg for EFTA-domstolen, annet enn partenes omkostninger, kan ikke kreves dekket.

På dette grunnlag avgir

#### **EFTA-DOMSTOLEN**

som svar på spørsmålene forelagt den av Oslo tingrett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. En gjensidig bebyrdende kontrakt om levering av langtidsplasser i sykehjem, under omstendigheter som i hovedsaken, må anses som en kontrakt som gjelder yting av tjenester etter artikkel 2 nr. 1 punkt 9 i direktiv 2014/24/EU om offentlige innkjøp.**
- 2. Virksomheten med å drive sykehjem, under omstendigheter som i hovedsaken, selv om det måtte bli nødvendig å yte tvungen helsehjelp, innenfor en rettslig ramme slik som den som er beskrevet i anmodningen om rådgivende uttalelse, kan ikke anses å være direkte og spesifikt forbundet med utøvelsen av offentlig myndighet. Følgelig gjelder ikke unntaket i EØS-avtalen artikkel 39, jf. EØS-avtalen artikkel 32, for slik virksomhet.**
- 3. Direktiv 2014/24/EU artikkel 74 til 77 må tolkes slik at de ikke utelukker nasjonal lovgivning som reserverer til fordel for organisasjoner slik som i**

**hovedsaken (ideelle organisasjoner) retten til å delta i en anskaffelsesprosess som omfatter en anbudskonkurranse, for tildeling av offentlige kontrakter om yting av sosialtjenester eller andre særlige tjenester oppført i vedlegg XIV til direktiv 2014/24/EU, selv der disse organisasjoner ikke oppfyller kravene fastsatt i nevnte direktiv artikkel 77, forutsatt at følgende to vilkår er oppfylt. For det første, for å overholde prinsippet om likebehandling av markedsdeltakere som fastsatt i nevnte direktiv artikkel 76, må den rettslige og kontraktsmessige rammen som disse organisasjonene utøver sin virksomhet innenfor, faktisk være forankret i prinsippene om universalitet og solidaritet, som er en nødvendig del av et velferdssystem, så vel som i hensynet til økonomisk effektivitet og egnethet, og effektivt bidra til det sosiale formål og de mål om solidaritet og budsjettmessig effektivitet som dette system bygger på. For det andre må prinsippet om innsyn, som fastsatt i nevnte direktiv artikkel 75 og 76, overholdes.**

Páll Hreinsson

Bernd Hammermann

Ola Mestad

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 28. mars 2023.

Ólafur Jóhannes Einarsson  
Justissekretær

Páll Hreinsson  
President