

NFD
v/Konkurransopolitisk avdeling

Vår dato: 21.11.2018
Deres dato: 27.08.2018
Vår referanse: Adv H Bjørge
Deres referanse:

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

Det vises til høring datert 27 august 2018.

NHO Service og Handel (NHO SH) representerer bedrifter og bransjer som har lang og omfattende tradisjon for samarbeid med det offentlige om å løse helse- og omsorgsoppgaver. Virksomhetene er organisert som stiftelser eller selskap.

Forslaget innebærer å ekskludere private bedrifter, som over mange år har tilført den norske velferdsmodellen kontinuerlig tjenesteutvikling og et mangfold av miljøer for kompetanseutvikling. En vid og uforutsigbar bruk av unntaket slår bena under helt nødvendige likebehandlende premisser for seriøse aktørers bidrag til forbedringer av offentlig tjenestetilbud. Det er verken det offentlige, de ideelle eller andre private som isolert sett har skapt alle spekter av dagens tilbud. Det er summen og kombinasjonen av disse. Det er heller ikke eierform, men virksomhetens individuelle evne og kvaliteter helt ut til brukerne, som skal vurderes i de tilfellene det offentlige skal gå til eksternt samarbeid. Forslaget og dagens veileder på samme tema, er både uheldig juridisk og for formålet med helse- og omsorgs anskaffelser, og vil i vesentlig grad kunne begrense næringslivets bidrag til å utvikle helse- og omsorgstjenestetilbud til samfunnets beste. Utdypning følger nedenfor.

Innhold:

- Kort oppsummering av juridiske vurderinger
- FOA- kapittel IV kriteriene – ideelle kriterier for helse og omsorgstjenester
- Nærmere om reservasjonsbestemmelsen og kriterier
- Nærmere om definisjonen av ideell virksomhet
- Nærmere om begrunnelse i protokoll
- Administrative og økonomiske konsekvenser

1. Juridisk oppsummering

I korte trekk er vår juridiske oppfatning av forslaget slik:

- I dag henviser oppdragsgivere til generelle drøftelser i NFDs veileder, og referer til denne som hjemmelsgrunnlag i seg selv. Det er etter vår oppfatning rettstridig og oppfyller blant annet ikke klarhetsprinsippet.
- Forslaget om ny forskriftsbestemmelse om forskjellsbehandling av leverandører, overskrider det rettslige handlingsrommet som ligger i det "nye" anskaffelsesdirektivet (implementert 2017). Det bestrides ikke at det finnes ulike handlingsrom knyttet til helse- og sosialtjenester, men at det nye dekningsområdet til direktivet ikke tillater den form for generell forskjellsbehandling av leverandører som selger fullpristjenester til det offentlige.
- Forfeilet diskriminering i forhold til formålet med anskaffelsene: Dagens anskaffelsesregler hindrer ikke myndighetene å oppnå et langsiktig eller tilpasset helse- og omsorgstjenester på tjeneste- eller individnivå i de respektive målgruppene. Tvert imot. Dagens forskrift i nytt kapittel IV angir et utvidet rom for anskaffelsesmetoder innen helse- og omsorgstjenester som nettopp tar grunnleggende hensyn til tjenestenes karakter, og hvor de individuelle kvalitative behov eller valg kan vektlegges helt ut. Tilsvarende kan visse effekter rundt tjenesten ivaretas ved ulike tilbud.
- Anskaffelsene omhandler fullt ut kjøpte og finansierte tjenester over skattesystemet. Det foreligger ingen uavhengig forskning som tilsier et større kronebeløp går tilbake til tjenestene og resulterer i flere tjenester – fordi de er kjøpt av ideelle som sådan. Diskrimineringen av leverandørtyper er med andre ord ikke nødvendig for å oppnå nasjonale helse- eller økonomiske effekter for grupper eller individnivå.
- Sekundære forhold: Om norske myndigheter i prinsippet skulle legge til grunn en begrenset EØS-rettslig adgang til å diskriminere mellom ulike tjenesteleverandører, så er kriteriene forklart nærmest uten objektiv substans, eller noe som minner om en kvalifisert terskel. Substansen er svært likt det gamle generelle unntaket.
- Høringsnotatet oppfattes upresist om hva som er egentlige interessepolitiske beskrivelser om egenskaper hos ideelle, og hva som er dokumenterte egenskaper eller forskjeller hos ideelle og andre private virksomheter. Uavhengige rapporter, klarer ikke å identifisere slik merverdi for tjenestene. Det gir enkelte deler av høringsdokumentet et uvant uryddig utgangspunkt for eventuelle senere rettslige vurderinger, dersom forslaget gjennomføres. Nær sagt en faktisk eksistens av en ideell virksomhet på et aktuelt tjenesteområde, uavhengig av den ideelle virksomhets faktiske karakteristika, vil etter høringsdokumentet legitimere et EØS-rettslig handlingsrom for forskjellsbehandling. Det er i praksis en generell regel med svært vidt skjønnsmulighet fra anskaffelsesmyndighetene som foreslås. Domstolen vil med andre ord ikke kunne overprøve slike skjønnsstemaer som defineres

etter beskrevet innhold i dokumentet, og er derfor mer eller mindre uegnet som en rettslig objektiv standard.

Oppsummering: Forslaget, eller dagens veileder på området, tar verken hensyn til at direktivet nå omhandler helse- og omsorgstjenester, eller at tidligere rettspraksis har høyere terskel for vurderingene i sak til sak for å kunne gi kontrakter direkte til en ideell virksomhet. Notatets forklaring om hva som ligger i kriteriene, gir nærmest ingen rettslig begrensning for diskriminering. Vårt forslag er at helse- og omsorgstjenester kjøpes inn etter kapittel IV i forskriften og at bedrifter vurderes ut fra i hvilken grad de evner å levere og utvikle tjenesten.

2. Forskriftens kapittel IV – ideelle kriterier for helse og omsorgstjenester

Både Stortings- og regjeringsdokumenter peker på helse- og omsorgstjenesters spesielle egenart, samt er opptatt av disse hensynene ivaretas i anskaffelsesprosessen. Innledningsvis i høringsdokumentet fremgår det at:

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

I kapittel IV har departementet allerede oppfylt lovens bestemmelser ved å angi utfyllende særnorske krav og kriterier. At behovene til brukerne og tjenestens art allerede er tilgodesett med nasjonal lovgivning, kommer ikke godt frem i høringsdokumentet eller debattene for øvrig. I tillegg kommer det en rekke spesifikke unntak i anskaffelsesregelverket generelt som innebærer at behov på individnivå blir ivaretatt, herunder praktisering av taushetsplikt der hvor personer kan identifiseres.

Kapittel IV innebærer at:

Oppdragsgiveren kan ta i betraktning særtrekkene ved ytelsen ved gjennomføringen av anskaffelsen, inkludert ved fastsettelsen av kravene til ytelsen, kontraktsvilkårene, kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene. Dette gjelder spesielt brukerens behov for kvalitet, kontinuitet, universell utforming, akseptable priser, tilgjengelighet og et helhetlig tjenestetilbud, kompetanse og erfaring, brukermedvirkning, ivaretagelse av brukerens integritet, mestring og deltakelse i samfunnet og mobilisering av ressurser i brukerens nærmiljø. Oppdragsgiveren kan også vektlegge sine behov for mangfold, kontinuitet og innovasjon.

Oppdragsgiveren kan tildele kontrakter ved brukervalg. Brukervalg skal i så fall være det eneste tildelingskriteriet.

Oppdragsgiveren kan inngå langvarige kontrakter dersom det er nødvendig på grunn av brukernes behov, kontraktens formål, investeringskostnader eller andre relevante grunner. Oppdragsgiveren kan inngå løpende kontrakter med oppsigelsesadgang.

NHO SH vil påpeke at med en slik tilrettelegging, så er alle relevante hensyn som kan og bør tas i ved anskaffelser av helse- og omsorgstjeneste på plass. Det stilles et stort spørsmål om aktører som ikke kan vinne kontrakter etter disse kriteriene – er de rette for oppgaven.

Kriteriene er også delvis supplert direktivet og dermed oppfyller man allerede handlingsrommet som gis i "solidaritetsprinsippet" jf høringsnotatet 3 første avsnitt - når anskaffelsene nå faller innunder direktivet.

I tillegg så påpekes det i høringsbrevet: Ideell sektor har en sterk tilknytning til frivilligheten. Det frivillige arbeidet skjer både gjennom likemannsarbeid, selvhjelpsgrupper, deltakergrupper, dugnader, forberedende arbeidstrening, sosialt entreprenørskap og aksjoner med videre. For brukerne representerer bruken av frivillige at man kan få tilgang til oppfølging og aktiviteter som gir sømløse overganger fra institusjon til dagliglivet. Dette er forhold som ikke naturlig settes som krav ved konkrete anskaffelser knyttet til mer spesialiserte tjenester, men som likevel gir kvalitet i form av et helhetlig tjenestetilbud av nytteverdi for den enkelte, pårørende og annet nettverk. Slike tilbud kan også ha en samfunnsøkonomisk nytte der de bygger opp under den rehabiliterende effekten etter et institusjonsopphold og forebygger eller utsetter kostnadskrevede reinnleggelser.

NHO SH antar at dersom frivillige arbeidskraft (uorganisert og ubetalt) eller nettverk, er en ønsket ressurs mot de profesjonelle tjenester som kontrakten skal omhandle – burde dette heller være et kriterium under anskaffelser gjennomført etter forskriften kapittel IV - enn et argument for å ekskludere andre bedrifers innsats som skaper lignende lokale nettverk. Det er en feilslutning å stenge ute bedrifter for å sikre helse- og omsorgstjenester med slik forankring. Hvis man ønsker private og mer samfunnsengasjerte sosiale entreprenører, med slik tilknytning – så må virksomhetene få delta for å ta del i den utviklingen.

3. Nærmere om forslaget og reservasjonsadgangen

Hovedpunkter

Det skal understrekes anskaffelsene omhandler fullt ut offentlig finansierte tjenester og f.eks. ikke avtaler om frivillighet eller veldedighetssamarbeid med ideelle. En likebehandling av aktørene i anskaffelsesregime er derfor på ingen måte til hinder for andre og tette samarbeid mellom bedrifter, ideelle og samfunn.

NHO SH oppfatter forslaget til å være i strid med anskaffelsesdirektivets krav om likebehandling ved profesjonelle kjøp fra eksterne private virksomheter. Helse- og omsorgstjenester er nå eksplisitt tatt inn i regelverket for å sikre mer harmonisert praksis på området. Direktivet fanger opp tidligere rettspraksis, men begrenser det til typetilfeller og helt spesifikke tjenester. Det er videre omfattende rettspraksis på at unntak skal generelt tolkes snevert når først anskaffelsene faller inn under dekningsområdet og nærmere rammer for anskaffelsesprosessen.

Forslaget derimot, støtter seg på et resonnement som snur regelen om at unntak skal tolkes restriktivt. Det baserer seg på at direktivet i så fall må operere med et uttalt forbud for nasjonale særregler om denne type diskriminering av aktører.

Sentrale utredninger: Det fremgår av historikken i saken at regjeringen bestilte en rapport fra Fredrik Sejersted (tidligere professor i rettsvitenskap ved Senter for europarett) om mulighet for videreføring av det gamle unntaket for reservasjonsadgangen ovenfor ideelle. Hovedkonklusjonen var at det er juridisk problematisk og høyst tvilsomt å videreføre det tidligere eller lignende unntak.

Det nye forslaget støtter seg i stor grad på en rapport fra advokat Karin Fløistad som oppfatter det nye direktivet til å ikke å gi et absolutt forbud mot denne typen forskjellsbehandling – så fremt vilkårene i gammel rettspraksis følges. Med andre ord så gjelder det et eget regime på området utenfor anskaffelsesdirektivet for ideelle, og at anskaffelsesdirektivet ikke setter rammer for dette.

I høringsdokumentet fremgår også departementets oppfatning av en ESA-klagesak som ble lukket høsten 2017 og som gjaldt de gamle reglene: at *"ESA pekte på utgangspunktet om at EØS-retten ikke er til hinder for at statene skal bestemme graden av beskyttelse helse- og sosialsystemet deres skal gi borgerne og hvordan denne graden av beskyttelse skal oppnås. ESA oppsummerte hovedprinsippene i EU-domstolens praksis og utledet fra denne en vid tolkning av vilkårene for reservasjonsadgang."*

NHO SH oppfatter ikke ESA til å ha konkludert betydningen av det nye direktivet, men først og fremst tolket tidligere rettspraksis i en sak som omhandlet dette. Det er heller ikke behandlet om anskaffelsesforskriftens kapittel 4 eller anskaffelsesdirektivet, nettopp er en oppfyllelse av "solidaritetsprinsippet" på helse- og omsorgssektoren. Kapittel 4 gir medlemslandene muligheter som man på andre anskaffelsesområder ikke har. Likevel gjelder det rammer som ikke åpner for denne type diskriminering på generelt grunnlag.

Det kan tilføyes at ESA ikke har bekreftet overfor NHO SH at de ser dagens praktisering etter det nye regelverket som legitim. Dette burde vært kurant for ESA om spørsmålene anses som avklart, eventuelt om ESA hadde tatt eksplisitt stilling til dette for det nye regelverket også. Ei heller burde det være nødvendig med de pågående undersøkelser fra ESA sin side om den norske praksisen.

Vår konklusjon er derfor at forslaget ikke er trygt forankret i en omforent forståelse av den rettslige situasjonen etter det nye direktivet.

NHO SH oppfatter det som legitimt for Regjeringen å utforske handlingsrommet i EØS-avtalen. Det skal likevel bemerkes at det er den skjerpede praksisen som setter mange saker på spissen. De fleste bedrifter kunne leve greit med den tidligere unntaksbestemmelsen, fordi unntaksbestemmelsen ble nasjonalt praktisert mer som en sikkerhetsventil for spesielle tilfeller.

I dag er rammevilkårene endret. Myndighetene gir høyst usikre rammevilkår for offentlig og privat samarbeid. Forskjellsbehandlingen er blitt systematisk, skjønnsmessig og bred. Det skyver bedriftene mot et fokus for hva som er minimumsbeskyttede juridiske rettigheter i handelsavtaler, fremfor å forholde seg til et mer nyansert politisk virkemiddel. En slik utvikling er ikke ønsket fra

bedriftene. Mange ønsker og har et rikt samarbeid med ideelle organisasjoner. Det er et samarbeid som bør utforskes og utvikles, og ikke bli et enten eller.

Rettsliggjøring av uheldig fakta beskrivelse i høringsdokumentet

Høringsbrevet slår fast at "ideelle" virksomheter har en merverdi, som andre private ikke tillegges: *"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."*

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.

I denne sammenheng vises det til utredninger som **Rapport 2015:2** Senter for forskning på sivilsamfunn og frivillig sektor. Rapporten ble bestilt av NFD. Rapporten støtter ikke de erklæringene som er i høringsbrevet. Tvert imot pekes det på i departementets angivelse: *Det finnes ikke tilstrekkelig forskning til å kunne fastslå i hvilken grad ideelle leverandører i Norge gir den aktuelle merverdien.*

Tilsvarende: FAFO rapport ***En ideell forskjell?*** Om ideelle aktører i spesialisthelsetjenesten 2016. Heller ikke denne rapporten kan legge til grunn at de egenskapene er spesielle for ideelle slik høringsbrevet trekker frem. Derimot handler det om mest om kvaliteter rundt leverandørens ansatte, systemer, langsiktighet og ledelse. Dette er ikke unikt for noen organisasjonsform, og en rekke andre private aktører enn de ideelle vil falle inn under den samme beskrivelsen.

NHO SH oppfatter at høringsnotatet på flere steder, lager et udokumentert og forutinntatt skille mellom typer virksomheter, motiver, eller egenskaper som sådan. Det kan vanskelig skrives som et faktum at alle ideelle organisasjoner har disse egenskapene, og fremhever seg over andre typer å innrette en driftsorganisasjon på. NHO SH oppfatter at begge virksomhetsformer har like stort potensial til å utøve høyt kvalifiserte tjenester. I de tilfeller hvor kvaliteten måles i stat eller kommune – er det nettopp liten forskjell mellom disse aktørene når det gjelder høyest skåre på brukertilfredshet og kvalitet.

I den grad disse beskrivelsene skal godtgjøre en EØS-rettslig begrunnelse for favoriseringen, så oppfatter vi at denne begrunnelsen i høringsbrevet fortsatt står udokumentert. Det er imidlertid et problematisk rettslig anliggende, når beskrivelsene skjer i kombinasjonen av de luftige kriteriene som legges til grunn i forslaget.

Bestemmelsens første ledd lyder:

(1) Oppdragsgiveren kan reservere retten til å delta i konkurranser om helse- og sosialtjenester (som angitt i vedlegg 3) til ideelle organisasjoner dersom reservasjonen bidrar til å oppnå sosiale formål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet.

Det skal her nevnes at Spezzino-dommen fra 2013, bruker uttrykket "actual" contributes to the social purpose..."hvilket understreker etter vår oppfatning en mer konkret og bevislig sammenheng mellom organisasjonen og det som oppnås av sosiale formål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet.

I lys av departementets vektlegging av angivelige generelle egenartede egenskaper hos ideelle, er det et legitimt spørsmål om det overhodet finnes noen tilfeller hvor en som oppfyller definisjonen i andre ledd –likevel ikke bidrar til å *oppnå sosiale formål og fellesskapets beste?*

Høringsbrevet på side 3 erklærer at slike virksomheter har en konkret merverdi på disse områdene. Og om "budsjettmessig effektivitet" heter det i høringsbrevet: *Når det gjelder vilkåret om budsjettmessig effektivitet, har flere av forholdene som nevnes overfor i punkt 5.3 en verdi som er samfunnsøkonomisk positiv. Det er derfor en presumsjon for at ideelle aktører bidrar til budsjettmessig/økonomisk effektivitet, sparer staten for ressurser og unngår sløsing så langt de ikke opererer med et mål om økonomisk overskudd og fører eventuelt overskudd tilbake til tjenestene eller sosiale formål.*

NHO SH vil peke på at dette er en offisiell rubrisering av virksomhet som er foruroligende. Det er ikke et egnet skille til andre private kompetente bedrifter som utfører tjenestene etter det omfang og kvalitet som det offentlige beskriver, foruten skatter til fellesskapet. Videre gjelder det offentlige lønns- og arbeidsvilkår som er obligatoriske for de som utfører tjenestene.

I dette perspektivet, tas det heller ikke opp at Norge allerede tilrettelegger for ideelle organisasjoner gjennom skattesystemet og andre finansielle tiltak. Senest ble pensjonsrefusjonsordninger innført for det norske myndigheter mener er ideelle tjenesteproduserende virksomheters historiske ulempe i konkurranse med andre. Forslaget om skjermingen og reservasjon som omhandles her, vil være en annen form subsidiering. Det omtales lite, at også dette er kostnader for fellesskapet.

Det kan være rom for å se at domstolens økonomiske kriterie " *budgetary efficiency*" vil oppfylles med tungt forankret tjenestetilbud i frivillige som nødvendig i enkelte land for å finansiere det offentlige tjenestetilbud med rimelige tjenester. Det kan man knapt legge til grunn i Norge er en generell situasjon, som legitimerer et generell "presumsjon" for at kriteriet er oppfylt.

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

Vår vurdering er at Spezzino-dommen, som etter vår oppfatning gjaldt det tidligere regime, synes også å kreve en mer bevislig sammenheng mellom direktetiledelingen, hva som skal oppnås og hvordan den rent konkret oppfyller bedring av det aktuelle tilbudet.

4. Nærmere om definisjonen av ideelle

Gruppen som skal kunne skjermes i konkurransen med andre aktører fremgår av forslaget andre ledd:

(2) Ideelle organisasjoner er organisasjoner som arbeider utelukkende for et sosialt formål for felleskapets beste og som reinvesterer eventuelt overskudd tilbake til organisasjonens formål.

Av høringen fremgår det videre:

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

Det fremgår også i høringsbrevet:

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. Eksempelvis utelukker ikke kafédrift i tilknytning til et sykehjem at organisasjonen anses som ideell, men på samme måte som for annen inntjening den ideelle organisasjonen har kan heller ikke dette tas ut som overskudd.

- Departementet bør tydeliggjøre hva som det menes "og som reinvesterer eventuelt overskudd tilbake til organisasjonens formål" i slike tilfeller. Tilsvarende : " Det fremkommer av forslaget til definisjon at organisasjonen må arbeide utelukkende for det sosiale formålet.

Er det slik at en virksomhet som oppfyller kriteriene kan ta ut overskudd fra tjenesten og fordele det til andre aktiviteter i vedtektene? Hvordan faller utleie av eiendom, aksjeinvesteringer, livssynsaktiviteter innenfor "sosiale formål eller samfunnets beste"?

NHO SH vil på denne problemstillingen peke på at det er en svært utfordrende grensegang mellom hvem som skal bli holdt lovlig utenfor en konkurranse om kontrakt. Det henger etter vår oppfatning sammen med at den faktiske begrunnelsen for et slikt unntak er tuftet på feilaktig presumsjoner om karakterforskjeller mellom en profesjonell privat aktør og en tilsvarende ideell tjenesteprodusent.

5. Nærmere om protokoll

Protokollføringen må være tilstrekkelig for at det dokumenteres en grundig overveielse av hvorfor forskjellsbehandlingen er nødvendig for å *oppnå sosiale formål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet*. Hvorfor vil f.eks. avvikling av privat konkurransedyktig virksomhet føre til "budsjettmessig effektivitet", når en eventuell erstatning skjer med en hvilken som helst ideell virksomhet som vinner en skjermet konkurranse? Hvordan vil dette vise seg i kommunens budsjett og hvilke tjenester er det de da ikke trenger å utføre? Hvilke sosiale formål gjelder dette konkret?

6. Administrative og økonomiske konsekvenser

På dette punkt mener vi at departementets vurdering er tydelig og klar:

"Forslaget kan potensielt ha store konsekvenser for det private kommersielle næringslivet.

Forslaget kan også ha stor samfunnsøkonomisk betydning. Dette er redegjort for i punkt 3. Som nevnt er bestemmelsen en "kan"-bestemmelse som ikke etablerer en plikt for oppdragsgivere til å reservere konkurransene for ideelle aktører. Oppdragsgivere bør tenke over hvorvidt det er samfunnsøkonomisk fornuftig å foreta en reservasjon og om eventuelle merkostnader som følge av redusert konkurranse skal prioriteres innenfor gjeldende budsjetttrammer i de konkrete tilfellene hvor vilkårene for reservasjon er oppfylt. "

Hvor store konsekvensene av en innføring av reservasjonsadgangen vil være, avhenger av hvordan reservasjonsadgangen blir praktisert. Det er derfor vanskelig å kvantifisere de økonomiske og administrative konsekvenser."

NHO SH er her helt på linje med departementets vurdering.

Det kan også tilføyes at det offentlige ofte setter ut de kontraktene hvor det er behov for stor fleksibilitet. Og det offentliges behov for fleksibilitet blir ofte i praksis leverandørens ensidige risiko. Det er kontrakter hvor private leverandører på kort tid og basert på egne investeringer – tar oppdrag som det offentlige ikke klarer å etablere en organisasjon for. Mens det er et fokus på hva enkelte aktører har kommet ut på i lønnsomhet, er det ikke et allment fokus på den risikoen som de private må ta. Heller ikke de aktørene som har hatt økonomiske tap.

Erfaringen under de store ankomstene av enslige mindreårige 2015-2017 viste at de ideelle ikke ønske å ta slike risikoer. Ingen av de barna ble plassert hos de ideelle, om vi har oppfattet tallene riktig. Samtidig ble det nasjonale tilbudet av omsorgsplasser om lag tidoblet på noen få måneder, i det vesentlige som en følge av et stort og nødvendig initiativ fra øvrige private aktører. Enkelte aktører fikk gode overskudd på dette, andre igjen gikk med tap, som følge av store og uforutsigbare svingninger i behovet for plasser.

På et tidspunkt vil en bred og skjønnsmessig praksis basert på forskjellsbehandlingen gi umulige forhold for bedrifter som vil bygge profesjonalitet og kompetanse, samt langsiktig økonomisk drift. De eventuelt gjenstående tilfeldige oppgavene vil måtte dekkes av bedrifter som er henstilt til å tenke risiko og kortsiktighet. NHO SH har vanskelig forstå at dette er ambisjonene for offentlig og privat leverandørutvikling, eller for stabilt arbeidsmiljø.

Om øvrig forskrifter

Forslaget berører tre sentrale forskrifter innen offentlige anskaffelser. Det er: forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974, forskrift om konsesjonskontrakter 12. august 2016 nr. 976 og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene 12. august 2016 nr. 975. Sistnevnte regulerer også private rettssubjekter og anskaffelser fra disse.

NHO SH har ikke sett nærmere på om det kan gjelde andre rettslige krav, enn det som gjelder for det alminnelige anskaffelsesregelverket.

Avslutning

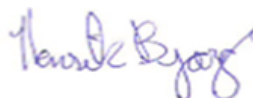
NHO SH ber om forslaget ikke gjennomføres. Helse- og omsorgsvirksomheter bør bli vurdert etter sin evne til å utføre oppdragene profesjonelt, samt gis mulighet til å bidra med en utvikling av offentlige tjenester. Dersom private bedrifter over lengre tid mister mulighet til samarbeid med offentlig sektor på anskaffelsesområdet, vil det også ha betydning for alle tilgrensende områder som f.eks. eksisterende frie brukervalg, spesialisttjenester, mv.

I den grad departementet ønsker ytterligere utdypninger av våre kommentarer, bidrar vi gjerne med det i et møte.

Vennlig hilsen
NHO Service og Handel



Anne-Cecilie Kaltenborn
Adm.dir



Henrik Bjørge
Advokat/spesialrådgiver