



Utredning på oppdrag fra
Kommunenes sentralforbund (KS)

Fritt brukervalg for pleie- og omsorgstjenester

Ved KLUGE Advokatfirma DA

INNHOLDSFORTEGNELSE

1. INNLEDNING	5
1.1 Utredningens tema	5
1.2 Begrepsbruken	5
2. SAMMENDRAG AV UTREDNINGEN	7
2.1 Ikke grunnlag for å etablere en ren offentligrettslig autorisasjonsordning	7
2.2 Brukervalg som en tjenestekonsesjon	7
2.3 Brukervalg som en kommunal anskaffelse med bruk av rammeavtaler	8
2.4 Etablering av et "ikke-valgsalternativ", kommunalt eller privat	8
2.5 Brukere som ikke har forutsetninger for å velge selv	8
2.6 Kommunenes kontroll med leverandørens ytelser	9
2.7 Tiltak mot sosial dumping	9
3. TJENESTENE SOM ER AKTUELLE FOR FRITT BRUKERVALG	10
3.1 Innledning	10
3.2 Krav til ytelsene i spesiallovgivningen	10
3.2.1 Tjenestenes innhold	10
3.2.2 Kvalitet og omfang	11
3.2.3 Kvalitetskrav i lovgivningen	11
3.3 Hvem har krav på ytelsene?	12
3.3.1 Hjemmehjelp og BPA	12
3.3.2 Hjemmesykepleie og sykehjem	13
3.4 Hvem er ansvarlig for å yte tjenestene?	13
3.5 Finansieringen av Tjenestene og adgangen til egenbetaling	14
3.6 Oppsummering	14
4. DAGENS EKSISTERENDE ORDNINGER FOR FRITT BRUKERVALG	15
4.1 Innledning	15
4.2 Fritt brukervalg for hjemmehjelp og hjemmesykepleie	15
4.3 Fritt brukervalg for BPA	15
4.4 Fritt sykehjemsvalg	16
5. AUTORISASJON AV LEVERANDØRER AV TJENESTENE	17
5.1 "Autorisasjon" av Leverandørene som alternativ til anskaffelsesregelverket	17
5.2 Den rettslige karakteren av autorisasjonen	18
5.2.1 Den opprinnelig påtenkte autorisasjonsordningen	18
5.2.2 Kan en annen utforming av autorisasjonsordningen medføre at dette er en "ren" autorisasjon?	19
5.3 Oppsummering – den rettslige karakteren av autorisasjonsordningen	20
5.4 Den videre fremstillingen	20
6. SVENSKE OG DANSKE ORDNINGER FOR FRITT BRUKERVALG	21
6.1 Innledning	21
6.2 Sverige	21
6.3 Danmark	22
6.4 Oppsummering	22

7. ER AUTORISASJONSORDNINGEN EN TJENESTEKONSESJON ELLER EN ANSKAFFELSE?	23
7.1 Innledning	23
7.2 Nærmere om tjenestekonsesjonsbegrepet	23
7.2.1 Innledning	23
7.2.2 Etterspørselsrisiko for Leverandøren	24
7.2.3 Særlig om etterspørselsrisiko ved drift av sykehjem	27
7.2.3.1 Innledning	27
7.2.3.2 Kan kjøp av sykehjems plasser foretas slik at Leverandøren får etterspørselsrisikoen?	28
7.2.4 Overføring av ansvar for oppgaven til Leverandøren	28
7.3 Oppsummering	31
7.3.1 Autorisasjonsordningen er trolig en tjenestekonsesjon, bortsett fra ved sykehjemsdrift	31
7.3.2 En annen utforming av autorisasjonsordningen kan medføre at den er en anskaffelse	32
7.4 Konsekvensene av at autorisasjonsordningen er en tjenestekonsesjon	32
7.4.1 Innledning	32
7.4.2 Offentlighet om tildelingen	33
7.4.3 Kriteriene for tildeling	33
7.4.4 Løpende autorisering	33
8. FRITT BRUKERVALG INNENFOR ANSKAFFELESEREGELVERKET	34
8.1 Innledning	34
8.2 Generelt om anskaffelsesregelverket for helse- og sosialtjenester	34
8.2.1 EU-regelverket	34
8.2.2 Det norske anskaffelsesregelverket	35
8.3 Bruk av rammeavtaler i et system med fritt brukervalg	35
8.3.1 Innledning	35
8.3.2 Generelt om bruk av rammeavtaler	35
8.3.3 Fritt brukervalg som fordelingsmekanisme i en rammeavtale	36
8.3.3.1 Innledning	36
8.3.3.2 Nærmere om lovligheten av fritt brukervalg som fordelingsmekanisme	37
8.3.3.3 Konklusjon – fritt brukervalg som fordelingsmekanisme i en rammeavtale	39
8.3.4 Supplering med nye rammeavtaler i løpet av avtaleperioden for den opprinnelige rammeavtalen	39
8.3.5 Oppsummering – bruk av rammeavtaler i et brukervalgssystem	40
8.4 Særlig om avtaler om sykehjemsdrift	41
8.4.1 Innledning	41
8.4.2 Avtaler med ideelle organisasjoner om sykehjemsdrift	41
9. OPPSUMMERING – ”AUTORISASJON”, TJENESTEKONSESJON ELLER ANSKAFFELSE?	43
9.1 ”Autorisasjon” i et system med fritt brukervalg	43
9.2 Brukervalg som en tjenestekonsesjon	43
9.3 Brukervalg som en kommunal anskaffelse med bruk av rammeavtaler	43
9.4 Oppsummering – brukervalg bør etableres som tjenestekonsesjoner, med unntak for avtaler om sykehjemsdrift	44

10. FELLESPØRSMÅL VED BRUK AV TJENESTEKONSESJONER OG RAMMEAVTALER	45
10.1 Innledning	45
10.2 Etablering av et ”ikke-valgsalternativ”, kommunalt eller privat	45
10.3 Brukere som ikke har forutsetninger for å velge selv	45
10.3.1 Innledning	45
10.3.2 Når mangler brukeren forutsetninger for å velge?	46
10.3.3 Hvem skal velge for en bruker som ikke kan velge selv?	46
10.4 Kommunenes kontroll med Leverandørens ytelser	47
10.5 Tiltak mot sosial dumping	47
10.5.1 Innledning	47
10.5.2 Generelt om lønns- og arbeidsvilkår for Leverandørens ansatte.....	48
10.5.3 Forholdet til EØS-avtalen artikkel 36	49
10.5.4 Oppsummering	50
KILDER:	51
LOVER	51
FORSKRIFTER	51
SVENSK LOVGIVNING	51
DANSK LOVGIVNING	52
DIREKTIVER	52
FORARBEIDER	52
FORARBEIDER OG UTREDNINGER TIL SVENSKE ”LAG OM VALFRIHETSSYSTEM” (LOV)	52
KOMMISJONSDOKUMENTER	53
HØYESTERETTSAVGJØRELSER	53
RETTSPRAKSIS FRA EF-DOMSTOLEN	53
KLAGENEMNDA FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER (KOFA)	54
ETTERARBEID	54
LITTERATUR	54

1. INNLEDNING

1.1 Utredningens tema

Kommunenes sentralforbund (KS) har bedt oss vurdere enkelte rettslige spørsmål i tilknytning til såkalt "fritt brukervalg" for nærmere spesifiserte helse- og sosialtjenester. Tjenestene som er aktuelle for fritt brukervalg er hjemmehjelp, brukerstyrt personlig assistanse (BPA), hjemmesykepleie og sykehjemsplass.

KS har i sin oppdragsbeskrivelse antydnet at et fritt brukervalg for disse tjenestene kan gjennomføres som en form for "autorisasjonsordning". Tanken er at leverandører som oppfyller kommunens krav til kvalitet med mer, godkjennes, eller "autoriseres", av kommunen. Autorisasjonen innebærer at leverandørene kan levere de nevnte helse- og sosialtjenestene til kommunens innbyggere.

Innbyggere i kommunen som i henhold til et kommunalt vedtak har rett til slike helse- og sosialtjenester, kan deretter henvende seg direkte til den av de autoriserte leverandørene som vedkommende ønsker å benytte. Det inngås en avtale mellom leverandøren og brukeren, og leverandøren leverer deretter tjenesten til brukeren, og kommunen betaler for dette. Alternativt kan innbyggerne fortsette å benytte kommunens eget tjenestetilbud innenfor disse områdene.

Kommunens betaling til leverandørene for å levere de aktuelle tjenestene kan organiseres på flere måter, men det er en grunnleggende idé bak ordningen at leverandørene skal få betalt pr bruker, ikke en fast sum for å stå til rådighet for kommunens innbyggere. Leverandørene vil derfor ha risikoen for at de faktisk klarer å tiltrekke seg brukere. De leverandørene som ikke klarer det, får heller ingen betaling.

En slik autorisasjonsordning reiser flere rettslige spørsmål. Det grunnleggende spørsmålet er hvilken rettslig "konstruksjon" autorisasjonen er. Er det en ren offentligrettslig autorisasjonsordning, en tjenestekonsesjon eller en kommunal anskaffelse som må følge reglene i anskaffelsesregelverket?

Svaret på dette er i stor grad styrende for hvordan en slik autorisasjonsordning kan utformes. Dersom ordningen er en anskaffelse, er det også et spørsmål om en slik ordning i det hele tatt kan gjennomføres innenfor anskaffelsesregelverket.

I tillegg har KS bedt oss vurdere en rekke andre, mer detaljpregede problemstillinger som kan tenkes å oppstå ved fritt brukervalg. Vi viser til kapittel 2 nedenfor for en oversikt over problemstillingene og våre hovedkonklusjoner.

1.2 Begrepsbruken

For enkelhets skyld omtaler vi i det følgende de tjenestene som leverandørene skal levere (hjemmehjelp, BPA, hjemmesykepleie og sykehjemsplass) som "Tjenestene". Leverandørene av Tjenestene vil bli omtalt som "Leverandørene". Det relevante EU-direktivet om offentlige

anskaffelser omtales som ”Direktivet”.¹ Den forskriften som implementerer Direktivet i norsk rett omtales som ”Forskriften”.²

¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlige tjenesteytelser.

² Forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402.

2. SAMMENDRAG AV UTREDNINGEN

2.1 Ikke grunnlag for å etablere en ren offentligrettslig autorisasjonsordning

KS har bedt oss vurdere om det kan innføres en ren offentligrettslig autorisasjonsordning for Leverandørene, som skal gi grunnlag for fritt brukervalg for Tjenestene. De Leverandørene som autoriseres skal få betalt fra kommunen for å levere Tjenestene til brukerne, men bare dersom de klarer å tiltrekke seg brukere. Autorisasjonsordningen er forutsetningsvis tenkt å ikke være verken en tjenstekonsesjon eller en kommunal anskaffelse som foretas i samsvar med anskaffelsesreglene.

Vår vurdering er at det ikke er rettslig adgang til å innføre en slik autorisasjonsordning. En slik ordning vil uansett enten være en tjenstekonsesjon eller en offentlig anskaffelse, avhengig av hvordan den utformes. Dette gjelder selv om det ikke inngås en formell avtale mellom kommunen og Leverandørene, og selv om brukernes betaling for Tjenestene skjer ved at de benytter en betalingsanvisning som de har mottatt fra kommunen.

Kommunale ordninger med fritt brukervalg må derfor etableres enten som en tjenstekonsesjon eller gjennom en ordinær anskaffelsesprosess.

2.2 Brukervalg som en tjenstekonsesjon

Et brukervalgssystem vil trolig være en tjenstekonsesjon dersom Leverandørene fullt ut har etterspørselsrisikoen for Tjenestene. For at Leverandørene skal bli ansett for å ha etterspørselsrisikoen, er det trolig en forutsetning at de ikke garanteres noe minste volum av Tjenestene. De kan trolig heller ikke motta noe fast beløp fra kommunen som betales uavhengig av om de klarer å skaffe seg brukere. Betalingen må m.a.o. utelukkende være en ren funksjon av antall brukere de klarer å skaffe seg. Forutsatt at brukervalgssystemet utformes slik, vil fritt brukervalg for *hjemmehjelp, hjemmesykepleie og BPA* etter vårt syn være en tjenstekonsesjon.

Om det inngås en formell avtale mellom kommunen og Leverandørene, som regulerer Leverandørenes forpliktelser, eller om Leverandørens forpliktelser utelukkende reguleres i en "autorisasjon", spiller ingen rolle for om det foreligger en tjenstekonsesjon.

Om kommunens betaling til Leverandørene skjer direkte fra kommunen, eller via en betalingsanvisning som brukeren disponerer, men som kommunen betaler i henhold til, spiller heller ingen rolle for om det foreligger en tjenstekonsesjon.

Tildeling av en tjenstekonsesjon til Leverandørene forutsetter en forutgående offentliggjøring av at kommunen har tenkt å tildele slike avtaler. Kunngjøringen behøver imidlertid ikke skje i samsvar med de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesregelverket. Vi anbefaler at kommunene offentliggjør sin intensjon om å tildele slike konsesjoner i DOFFIN og TED.

Tildelingen av konsesjon må skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Det er ikke anledning til å ta hensyn til nasjonalitet eller lokal tilhørighet ved tildelingen.

Det er ingenting til hinder for å tildele slike konsesjoner løpende, etterhvert som Leverandørene kan dokumentere at de oppfyller de krav kommunen stiller.

Avtaler med en privat Leverandør som skal drifte et kommunalt sykehjem, kombinert med fritt brukervalg for *sykehjemsplass*, er etter vårt syn *ikke* en tjenstekonsesjon. Slike avtaler må derfor inngås i samsvar med det ordinære anskaffelsesregelverket.

2.3 Brukervalg som en kommunal anskaffelse med bruk av rammeavtaler

Dersom kommunen garanterer Leverandørene et visst minste volum av Tjenestene, eller betaler Leverandøren et fast beløp uavhengig av hvor mange brukere Leverandøren oppnår, vil dette trolig være en ordinær anskaffelse som må følge anskaffelsesregelverket for uprioriterte tjenester.

Et brukervalgssystem for *hjemmehjelp, hjemmesykepleie og BPA*, innenfor anskaffelsesregelverket, forutsetter bruk av parallelle rammeavtaler med Leverandørene, samt at brukeren selv kan velge hvilken Leverandør han vil benytte. Det er et uavklart spørsmål om det er lovlig å fordele oppdrag under en rammeavtale gjennom brukernes eget, frie valg. Vi antar at dette er lovlig, men konklusjonen er ikke opplagt.

Som følge av den usikkerhet som er til stede anbefaler vi at systemer for fritt brukervalg for disse tjenestene utformes slik at de utgjør en tjenstekonsesjon, dvs. slik at Leverandør har etterspørselsrisikoen.

Når det gjelder fritt brukervalg for *sykehjemsplass*, kombinert med avtaler der en privat Leverandør skal drifte et kommunalt sykehjem, forutsetter ikke dette bruk av parallelle rammeavtaler.

Reglene om rammeavtaler og de øvrige prosedyrereglene i Forskriften gjelder ikke for tildeling av kontrakter med ideelle organisasjoner om levering av sykehjemsplasser.

2.4 Etablering av et "ikke-valgsalternativ", kommunalt eller privat

Uavhengig av om brukervalgsordningen innføres som en tjenstekonsesjon eller ved å bruke anskaffelsesreglene, må kommunen etablere et alternativ for dem som ikke ønsker å velge Leverandør, et såkalt "ikke-valgsalternativ".

Vi anbefaler at de som ikke ønsker å velge Leverandør tildeles det kommunale tilbudet. Dersom kommunen gjennomfører brukervalgssystemet som en tjenstekonsesjon, vil et kommunalt ikke-valgsalternativ trolig være det eneste mulige alternativet. Dersom brukervalgssystemet gjennomføres innenfor anskaffelsesregelverket, er det rettslig adgang til å etablere et system der brukere som ikke velger blir tildelt en av Leverandørene i en turordning. Vi anbefaler likevel et kommunalt ikke-valgsalternativ.

2.5 Brukere som ikke har forutsetninger for å velge selv

For disse brukerne vil det være naturlig at nærmeste pårørende velger hvilken Leverandør brukeren skal benytte. For brukere som er umyndiggjort vil det tilsvarende være vergen som skal ta valget. Dersom nærmeste pårørende eller vergen ikke ønsker å velge, tildeles brukerne det kommunale ikke-valgsalternativet.

2.6 Kommunenes kontroll med leverandørens ytelser

Selv om private Leverandører utfører Tjenestene, har kommunen det endelige ansvaret for at brukeren får tjenester av en kvalitet og med et omfang som han har krav på etter loven. Kommunen må derfor sikre seg mulighet til å kunne kontrollere Leverandørens ytelser til brukerne.

Dette kontrollbehovet er akkurat det samme enten autorisasjonsordningen gjennomføres som en tjenestekonsesjon eller som en anskaffelse som skal følge anskaffelsesregelverket. Kommunen vil uansett være ansvarlig for at tjenestene holder den nødvendige kvalitet.

Kommunens kontrollbehov er også uavhengig av om kravene til Leverandørene stilles i en "autorisasjon", uten at det inngås en formell avtale mellom kommunen og Leverandørene, eller om det utformes en formell avtale mellom kommunen og Leverandørene.

I dag inngår flere kommuner rammeavtaler med leverandører i systemer med fritt brukervalg. Disse avtalene inneholder ulike former for kontrollmekanismer, for å sikre at tjenestene holder den forutsatte kvalitet. Behovet for kontrollmekanismer og sanksjonsmuligheter er akkurat de samme i et system med en autorisasjon av leverandørene, i form av en tjenestekonsesjon. Muligheten for å innføre slike sanksjoner er også de samme i en tjenestekonsesjon som i dagens rammeavtaler.

2.7 Tiltak mot sosial dumping

Kommunene ønsker å forhindre at ansatte hos Leverandørene utsettes for sosial dumping. Etter vårt syn oppstår det ingen særproblemer mht sosial dumping ved innføring av slike brukervalgsordninger, ut over de problemstillinger som oppstår ved kommunenes alminnelige kontrakter med eksterne leverandører.

Dersom autorisasjonsordningen gjennomføres som en ordinær anskaffelse må denne forskriften følges. Dersom autorisasjonen derimot utformes som en tjenestekonsesjonskontrakt, plikter kommunen ikke å sørge for at Leverandørene følger forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

3. TJENESTENE SOM ER AKTUELLE FOR FRITT BRUKERVALG

3.1 Innledning

De tjenestetypene som omfattes av oppdraget er regulert i to lover. Hjemmehjelp og brukerstyrt personlig assistanse (BPA) er omhandlet i sosialtjenesteloven (sotjl.), mens kommunehelsetjenesteloven (khl.) regulerer tjenestene hjemmesykepleie og sykehjem.

Vi vil i det følgende gi en oversikt over de rettslige rammene for Tjenestene. Rettsspørsmålene vil bare bli gjennomgått i den grad de har betydning for den senere drøftelsen av de spørsmål som omfattes av FOU-oppdraget.

3.2 Krav til ytelsene i spesiallovgivningen

3.2.1 Tjenestenes innhold

Hjemmehjelp og brukerstyrt personlig assistanse (BPA) omfattes av begrepet ”praktisk bistand” i sotjl. § 4-2 bokstav a.

Hjemmehjelp ytes typisk som praktisk hjelp i hjemmet som rengjøring og matlaging mv. I tillegg ytes det hjemmehjelp til egenomsorg og personlig stell. Det er en flytende overgang mellom oppgavene hjemmehjelp og hjemmesykepleie for personlig stell, jf. khl. § 1-3.³

BPA skiller seg ut fra de øvrige Tjenestene ved at brukere som har fått tildelt bistand som BPA har egne, faste assistenter som vedkommende har arbeidslederansvar for. Innenfor de rammene kommunens vedtak om bistand angir, kan brukeren i prinsippet styre hvilke oppgaver assistenten skal utføre, samt hvor og til hvilke tider oppgavene skal utføres. Brukeren har derved en mer aktiv rolle i organisering og innholdet av tjenestene, i tråd med sine behov.⁴

Ca. to tredeler av BPA-ene er ansatt i kommunen og en tredel i et andelslag av brukere (ULOBA).⁵ Et lite mindretall er selvstendig næringsdrivende.

Siden assistenten bistår med personrettede oppgaver, er det viktig for brukeren å kunne velge assistent selv. Det legges derfor til rette for at brukeren i stor grad kan styre valget av assistent, selv om det er arbeidsgiveren som ansetter assistenter. Det er dessuten foreslått en lovendring om at brukeren også skal få velge arbeidsgivermodell.⁶

Hjemmesykepleie ytes i brukernes eget hjem. I tillegg til personlig stell som også kan utføres av hjemmehjelpstjenesten, utfører hjemmesykepleierne tjenester som krever pleiefaglig kompetanse, for eksempel medisinhåndtering, sårbehandling, måling av blodtrykk m.v.

Sykehjem er en av flere boformer med heldøgns opphold. Forskrift om sykehjem mv. regulerer krav til organisering og bemanning.⁷ Blant annet skal det være en legetjeneste,

³ Gyldendal Rettsdata: Kommentarer til sosialtjenesteloven ved Gorm Grammeltvedt, note 38.

⁴ Se Rundskriv I-20/2000 til lov om sosiale tjenester mv., publisert 1. juni 2000.

⁵ Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet om sterkere rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA) av 29. juni 2007, s. 16.

⁶ Jf. Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet om sterkere rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA) av 29. juni 2007.

⁷ Forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie 14. november 1988 nr. 932. (Forskrift for sykehjem m.v.).

fysioterapitjeneste og sykepleiertjeneste i tilknytning til sykehjemmet, jf. forskrift om sykehjem mv. § 2-1.

3.2.2 Kvalitet og omfang

Verdien av tjenestetilbudet for brukerne avhenger hovedsaklig av to faktorer; *kvaliteten* og *omfanget* på Tjenesten. Det gjelder visse minstestandarder både til kvalitet og omfang av tjenestene, jf. bl.a. Fusa-dommen, inntatt i Rt. 1990 s. 874.

Ved fritt brukervalg er det fortsatt kommunen som fastsetter omfanget av Tjenesten. Gjennom autorisasjonen kan kommunen også styre kvaliteten på Tjenestene. Det sier seg imidlertid selv at kvaliteten til en viss grad vil være avhengig av den personen som utfører de konkrete oppgavene på vegne av Leverandøren, og derfor kan være vanskelig å kontraksregulere fullt ut.

3.2.3 Kvalitetskrav i lovgivningen

Verken sosialtjenesteloven eller kommunehelsetjenesteloven inneholder nærmere krav til kvalitet på Tjenestene. For sosiale tjenester kan en ved hjelp av kontraktsterminologi som ”vanlig god vare” i det minste stille krav om at hensikten med tjenesten skal oppnås.⁸ Tjenester som utføres i brukernes hjemmesone stiller dessuten særlige krav til respekt for den personlige integritet, og kravene til kvalitet må suppleres av krav til respektfull opptreden.

For helsetjenester kan krav til kvalitet utfylles av yrkesfaglige og yrkesetiske regler og prinsipper.⁹ Etter helsepersonelloven § 4 skal helsearbeidere ”*utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes (...)*”

Til tjenester under både sotjl. og kol. er det gitt en forskrift som skal sikre kvalitet i pleie-omsorgstjenestene (kvalitetsforskriften).¹⁰ I formålsbestemmelsen er det understreket at personer som mottar disse tjenestene skal få ivaretatt sine ”*grunnleggende behov med respekt for det enkelte menneskets selvbestemmelsesrett, egenverd og livsførsel*”, jf. § 1.

Forskriften oppstiller både prosessuelle og materielle kvalitetskrav. For det første krever den at kommunen skal ha et kvalitetssikringssystem. For det andre er det i § 3 andre ledd presisert hva som er ment med grunnleggende behov for brukerne.

Det er eksplisitt uttalt at kommunen skal sikre at forskriften også blir fulgt av private som utfører Tjenestene på vegne av kommunen, jf. § 2 i kvalitetsforskriften.

Når det gjelder opphold i institusjon, oppstiller forskrift om sykehjem mv. blant annet krav til bemanning og gir rettigheter til beboerne. Eksempler på sistnevnte er at rommene som hovedregel skal være enerom og at beboerne fritt skal kunne ta imot besøk.

⁸ Se Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 4. utgave (Oslo: 2008) (Velferdsrett I), s. 178.

⁹ Se *Velferdsrett I* s. 217.

¹⁰ Forskrift om kvalitet i pleie- og omsorgstjenestene for tjenesteyting etter lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene og etter lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. 27. juni 2003 nr. 792 (kvalitetsforskriften).

3.3 Hvem har krav på ytelsene?

3.3.1 Hjemmehjelp og BPA

Sotjl. § 4-3 slår fast at:

”De som ikke kan dra omsorg for seg selv, eller som er helt avhengig av praktisk eller personlig hjelp for å greie dagliglivets gjøremål, har krav på hjelp etter § 4-2 bokstav a-d.”

Bestemmelsen oppstiller m.a.o. to alternative vilkår for å ha krav på denne typen ytelse. Vilkåret om at man ikke kan dra omsorg for seg selv krever en sosialfaglig vurdering av en persons alminnelige funksjonsevne. Funksjonsevnen må være så svak at det raskt kan få alvorlige eller skadelige konsekvenser for vedkommende om det ikke blir gitt sosiale tjenester, eksempelvis fordi vedkommende ikke klarer å spise eller gå på toalettet på egen hånd. Årsaken til manglene, om det dreier seg om nedsatt fysisk funksjonsevne eller mentale forstyrrelser, er ikke relevant.¹¹

Vilkåret om å være helt avhengig av hjelp for å greie dagliglivets gjøremål gir uttrykk for en mer konkret vurdering knyttet til det praktiske behovet. Alternativene er likevel langt på vei overlappende, og det går fram av forarbeidene at tilleggsformuleringen ikke var ment som en utvidelse av personkretsen.¹²

I tillegg knytter det seg særvilkår til de enkelte gruppene av sosiale tjenester. Både hjemmehjelp og BPA er omfattet av § 4-2 bokstav a, som retter seg mot personer med et *”særlig hjelpebehov på grunn av sykdom, funksjonshemming, alder eller av andre årsaker”*. Hjelpebehovet er med andre ord ikke knyttet til bestemte funksjonshemninger eller diagnoser.

Siden BPA er lovfestet, har kommunen en plikt til å tilby denne tjenesten, på lik linje med de øvrige tjenestene i sosialtjenesteloven. Den enkelte har likevel ikke noe ubetinget rettskrav på at praktisk bistand skal organiseres som BPA. Det er kommunen som avgjør hvilke tjenester som skal tilbys og om praktisk bistand eventuelt skal organiseres som BPA.¹³

Helse- og omsorgsdepartementet har i tråd med føringer fra Stortinget i 2007 fremmet forslag om at alle som fyller de alminnelige vilkårene for å motta praktisk bistand og opplæring, og har et omfattende behov for tjenester, skal ha rett til å kreve hele eller deler av tjenesten organisert som BPA.¹⁴ Etter høringsrunden ligger saken fortsatt hos departementet som skal utarbeide lovforslag.

Det er en forutsetning for å få BPA at bistandsbehovet er så omfattende eller av en slik art at brukerstyrt personlig assistanse er mer hensiktsmessig enn tradisjonelle omsorgstjenester for å

¹¹ Velferdsrett I s. 170-171.

¹² Ot.prp.nr.29 (1990-1991) Om lov om sosiale tjenester m.v. (sosialloven) s. 64.

¹³ Se omtale av gjeldende rett i høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet om sterkere rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA) av 29. juni 2007 s. 12: ”BPA er lovfestet fra 2000 og regulert i sosialtjenesteloven § 4-2 a. Alle kommuner plikter å ha ordningen. Søknader om BPA skal vurderes på samme måte og innenfor de samme rettslige rammene som andre tjenester i sosialtjenesteloven § 4-2 bokstav a-d, jf. § 4-3. Fyller søkeren vilkårene i sosialtjenesteloven, utløses en kommunal plikt til å yte tjenester. Kommunen avgjør hvilke tjenester som skal tilbys, og om praktisk bistand evt. skal organiseres som BPA.”

¹⁴ Se høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet om sterkere rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA) av 29. juni 2007.

kunne gi en ”aktiv og meningsfylt tilværelse i samvær med andre”, jf. sotjl. § 1-1.¹⁵ På den andre siden bør brukeren ha et funksjonsnivå som gjør ham i stand til å være arbeidsleder for BPAen, eventuelt med litt bistand fra andre.

3.3.2 Hjemmesykepleie og sykehjem

Retten til hjemmesykepleie og sykehjems plass følger av khl § 2-1, som slår fast at enhver har rett til ”nødvendig helsehjelp”. Khl. § 1-3 andre ledd nr. 4 og 6 pålegger kommunene å etablere deltjenester som hjemmesykepleie og sykehjem, men inneholder ikke nærmere vilkår for tildelingen av disse deltjenestene. Om man har krav på slike tjenester, beror derfor på om dette er ”nødvendig helsehjelp” etter § 2-1 første ledd.

3.4 Hvem er ansvarlig for å yte tjenestene?

Det er kommunene som har plikt til å sørge for Tjenestene, både etter sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven.

For sosiale tjenester er det presisert at det som hovedregel er oppholdskommunen som har ansvaret, jf. sotjl. § 10-1. I tillegg er det fremhevet at kommunene har et økonomisk ansvar for å oppfylle kravene etter loven, ved å sørge for de nødvendige bevilgningene, jf. sotjl. § 11-1. Loven åpner imidlertid for å kreve vederlag fra brukerne av tjenesten, jf. § 11-2. Finansieringen av tjenestene omtales nærmere i punkt 3.5 nedenfor.

For helsetjenester er det i khl. § 1-1 slått fast at landets ”kommuner skal sørge for nødvendig helsetjeneste for alle som bor eller midlertidig oppholder seg i kommunen.”

Kommunene kan selv velge om de vil yte den nødvendige helsehjelpen gjennom å ansette eget personell, eller ved å inngå avtale med private eller andre kommuner eller fylkeskommuner, som i så fall yter tjenestene på vegne av den ansvarlige kommunen, jf § 1-3 tredje ledd. Kommunen er imidlertid i siste instans ansvarlig for at brukerne får Tjenester som holder den kvalitet de har krav på i henhold til loven.

Loven inneholder ingen begrensninger mht hvilke type tjenester som kan utføres av private. Avtale om drift av sykehjem er spesifikt nevnt i § 1-3, mens bestemmelsen ellers henviser til § 4-1. I motsetning til § 4-1 første ledd, som uttrykkelig nevner allmennpraktiserende lege, fysioterapeut og jordmor, retter § 4-1 andre ledd seg mot ”organisasjon, institusjon, selskap eller lignende som vil drive privat helsevirksomhet på områder som omfattes av § 1-3”.

For disse øvrige tjenestene opplyser loven bare at en avtale må ligge til grunn for at den private parten skal få refusjon fra kommunen, jf. § 4-1 andre ledd. Nærmere regulering av avtaleinngåelsen er gjort for allmennpraktiserende lege, fysioterapeut og jordmor, hvor det skal foretas en kunngjøring, jf. § 4-2. Kommunen har ansvaret for finansieringen av tjenestene, jf. § 5-1.

Ingen av bestemmelsene henviser til regelverket om offentlige anskaffelser, og det må foretas en selvstendig vurdering av om det kommer til anvendelse, se punkt 7 og 8 nedenfor.

¹⁵ Se Rundskriv I-20/2000 til lov om sosiale tjenester mv., publisert 1. juni 2000.

3.5 Finansieringen av Tjenestene og adgangen til egenbetaling

Det er kommunene som har det økonomiske ansvaret for sosialtjenesten og kommunehelsetjenesten, jf. sotjl. § 11-1 og khl. § 5-1, men kommunene kan i en viss utstrekning kreve vederlag fra brukerne, jf. sotjl. § 11-2 og khl. § 2-3. Vederlag kan imidlertid bare kreves i den grad det er hjemmel for det i forskrift.

Det kan ikke kreves vederlag for hjemmesykepleie.¹⁶ For hjemmehjelp og BPA kan det heller ikke kreves vederlag for ”personlig stell og egenomsorg”, jf. § 8-2 nr. 2. Personlig stell og egenomsorg er definert som ”hjelp til å stå opp og legge seg, personlig hygiene, toalettbesøk, til å kle av og på seg, hjelp til å spise, nødvendig tilsyn og tilsvarende grunnleggende behov.” For andre typer hjemmehjelp, for eksempel rengjøring, kan det derimot kreves vederlag.

Egenbetaling for beboere på sykehjem er fastsatt i forskrift om vederlag for opphold i institusjon.¹⁷ Vederlaget skal omfatte kost, losji, tannbehandling, medisiner og helsetjenester, jf. § 7.

Både for tjenester i og utenfor institusjon er det regler om beregning og tak på vederlaget. Vederlaget kan ikke overstige kommunenes kostnader ved tjenestene, jf. forskrift til sosialtjenesteloven § 8-3 andre og tredje ledd og forskrift om vederlag for opphold i institusjon § 3 første ledd.

I tillegg er det et tak beregnet ut fra brukerens økonomi, jf. forskrift til sosialtjenesteloven § 8-3 fjerde ledd og § 8-4 og forskrift om vederlag for opphold i institusjon § 3 andre til sjette ledd og § 4. For begge typer tjenester er det oppstilt en detaljert beregningsmetode for vederlaget, basert på brukerens inntekter.

3.6 Oppsummering

Tjenestene er strengt lovregulerte ytelser, som brukerne har krav på, og som kommunen har ansvar for at de får. Det ansvaret har kommunen selv om det inngås avtale med private Leverandører som skal levere Tjenestene til brukerne, på vegne av kommunen.

¹⁶ Forskrift til lov om sosiale tjenester m.v. 4. desember 1992 nr. 915, § 8-2 nr 1.

¹⁷ Forskrift om vederlag for opphold i institusjon m.v. 26. april 1995 nr. 392.

4. DAGENS EKSISTERENDE ORDNINGER FOR FRITT BRUKERVALG

4.1 Innledning

Flere norske kommuner har i dag ordninger med såkalt "fritt brukervalg" for Tjenestene eller for enkelte av Tjenestene. Eksempelvis har Oslo kommune fritt brukervalg for hjemmehjelpstjenester i hele Oslo og hjemmesykepleietjenester for bydel Vestre Aker.

4.2 Fritt brukervalg for hjemmehjelp og hjemmesykepleie

Fritt brukervalg for hjemmehjelp og hjemmesykepleie er i hovedsak gjennomført ved at kommunen har inngått rammeavtaler med en eller flere leverandører av disse tjenestene. Så vidt vi er kjent med, er disse rammeavtalene inngått etter ordinære anskaffelsesprosesser, i tråd med anskaffelsesregelverket for uprioriterte tjenester. Brukerne har deretter selv kunnet velge hvilken av Leverandørene de ønsker å benytte, eller om de ønsker å benytte det ordinære kommunale tilbudet.

4.3 Fritt brukervalg for BPA

Når det gjelder BPA, ligger det i selve ordningen at det til en viss grad er et fritt brukervalg, ved at brukeren selv i stor grad skal få styre valget av assistent. Samtidig med søknaden om å få tildelt BPA, kan brukeren søke om at BPA-en skal være ansatt hos en annen Leverandør enn kommunen. I dag er ULOBA, et andelslag av funksjonshemmede, nærmest enerådende som arbeidsgiver utenom kommunene.

I det følgende brukes ULOBAs modell som illustrasjon på hvordan fritt brukervalg gjennomføres for BPA.

Siden ULOBA er organisert som et andelslag, må brukerne først kjøpe en andel i ULOBA. Brukerne får deretter opplæring i ledelse og relevant regelverk, som for eksempel ferieloven og HMS-lovgivning før de selv utformer en stillingsannonse for BPA. Videre gjennomfører brukerne ansettelsesprosessen, ved å intervju kandidater og til slutt skrive arbeidskontrakt. ULOBA er imidlertid arbeidsgiver i henhold til arbeidsavtalen.

Deretter inngås det en avtale mellom kommunen og ULOBA hvorefter kommunen betaler ULOBA for å stille BPAen til rådighet for brukeren.

Dersom brukeren ønsker å benytte en BPA som allerede er ansatt i kommunen, eller som blir ansatt i kommunen for å betjene brukeren, er det selvsagt ikke aktuelt å følge anskaffelsesregelverket ved tildeling av BPAen til brukeren.

Så vidt vi er kjent med, har anskaffelsesregelverket heller ikke vært benyttet der kommunen betaler ULOBA for å stille en BPA til rådighet for brukeren. Det samme gjelder de tilfeller hvor BPAen er selvstendig næringsdrivende. Bakgrunnen for dette er visstnok at kommunene har antatt at markedet ikke har vært godt nok utviklet til å få reell konkurranse om disse oppdragene. Vi er ikke kjent med at det har vært foretatt noen egentlig rettslig vurdering av om det har vært grunnlag for å inngå avtaler med BPAene uten å følge anskaffelsesregelverket.

4.4 Fritt sykehjemvalg

Enkelte kommuner har også innført fritt brukervalg for sykehjem. Det innebærer at en pasient som er tildelt sykehjemsplass kan velge hvilket av kommunens sykehjem han ønsker å benytte, eller om han ønsker å benytte et privat sykehjem som har driftsavtale med kommune.

Ettersom det er knapphet på sykehjemsplasser i de fleste kommuner, må brukeren imidlertid først flytte til det sykehjemmet som har ledig plass. Deretter kan brukeren stille seg på venteliste til det sykehjemmet han primært ønsker.

Driften av sykehjemmene har vært konkurranseutsatt i enkelte kommuner. Knapphet på sykehjemsbygninger har imidlertid satt begrensninger for hvordan slike konkurranser har kunnet organiseres. Mens det først og fremst kreves kvalifisert personale for å kunne levere de hjemmebaserte tjenestene, forutsetter drift av sykehjem store investeringer i bygningsmasse. For bygninger som kommunen eier har dette vært løst ved at det for enkelte sykehjem er blitt arrangert konkurranse om driften av sykehjemmene i medhold av Forskriften.

En stor del av sykehjemmene er imidlertid eid av ideelle organisasjoner. Til forskjell fra situasjonen der kommunen eier bygningene, er det vanskelig å få til en konkurranse om å drive sykehjem som er eid av private organisasjoner. Dersom andre enn den ideelle organisasjonen skal drive hjemmet, må den ideelle organisasjonen leie ut bygningen til kommunen, som deretter kan konkurranseutsette driften. Organisasjonene ønsker imidlertid primært å drive sykehjemmet selv, og har derfor ikke noe incentiv til å leie ut sine bygninger.

Avtaler om kjøp av sykehjemsplasser på sykehjem som drives av ideelle organisasjoner inngås derfor i dag etter forhandlinger direkte med organisasjonene, uten forutgående kunngjøring. I mangel av en forutgående konkurranse om drift av hvert enkelt sykehjem mangler kommunen objektive holdepunkter for kostnadsnivået. Kommunen har derfor en svak forhandlingssituasjon, idet den i hovedsak må bygge på organisasjonens opplysninger om hva det koster å drive sykehjem i det aktuelle bygget.

I tillegg er det knapphet på sykehjem i de fleste kommuner, slik at kommunen er avhengig av å ta i bruk alle sykehjemmene som allerede finnes. Dette svekker naturlig nok også kommunenes forhandlingsposisjon.

Kommunen er ikke pålagt å følge *prosedyrekravene* i Forskriften ved tildeling av oppdrag til ideelle organisasjoner, jf. Forskriften § 2-1 femte ledd. De alminnelige reglene i Forskriftens del I gjelder likevel, for eksempel kravet til konkurranse i § 3-1- første ledd:

”Enhver anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse uansett hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes”

Kravet til konkurranse gjelder kun ”så langt det er mulig”, noe som også er understreket i departementets veileder.¹⁸

¹⁸ Se Fornyings- og administrasjonsdepartementet: *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser* punkt 5.1.3.

5. AUTORISASJON AV LEVERANDØRER AV TJENESTENE

5.1 ”Autorisasjon” av Leverandørene som alternativ til anskaffelsesregelverket

Det har hersket betydelig usikkerhet ved flere av de rettslige sidene ved dagens ordninger med fritt brukervalg. En grunnleggende problemstilling er om regelverket for offentlige anskaffelser må følges ved inngåelse av avtalene med Leverandørene. Dersom dette regelverket skal følges, har det vært reist spørsmål om det er lovlig å inngå parallelle rammeavtaler, der den enkelte bruker av tjenestene fritt kan velge hvilken Leverandør han ønsker å benytte.

Dette er noe av bakgrunnen for at KS har bedt oss vurdere om det kan etableres en ”autorisasjonsordning” for de Leverandørene som ønsker å levere Tjenestene til kommunens innbyggere.

Den grunnleggende idéen bak en autorisasjonsordning er at Leverandører som oppfyller visse vilkår godkjennes, eller ”autoriseres”, av kommunen. Leverandørene oppføres deretter i et register. Innbyggere i kommunen som i henhold til et kommunalt vedtak har rett til Tjenestene, kan henvende seg direkte til den av disse autoriserte Leverandørene som vedkommende ønsker å benytte. Leverandøren leverer deretter Tjenesten til brukeren, og kommunen betaler for dette.

KS har i utgangspunktet sett for seg at det ikke skal inngås en formell avtale mellom Leverandørene og kommunen, men derimot en avtale mellom den enkelte bruker av Tjenestene og den Leverandøren vedkommende velger.

Som nevnt i pkt 3.4 er kommunene ansvarlig for at Tjenestene tilfredsstillers lovens minimumskrav til kvalitet og omfang. Brukerne av Tjenestene kan fremme krav mot kommunen, dersom Tjenestene som de mottar av Leverandørene ikke tilfredsstillers disse kravene. Etter vårt syn bør autorisasjonen derfor inneholde detaljerte krav til de Tjenestene Leverandørene skal levere, for å sikre at disse ytelsene tilfredsstillers lovens krav.

Autorisasjonen bør også gi kommunen rett til å kontrollere Tjenestenes kvalitet, og inneholde sanksjoner overfor Leverandøren dersom Tjenestene ikke tilfredsstillers kravene. Ved grove brudd bør autorisasjonen kunne tilbakekalles. Vi antar at kommunene også ønsker å kunne benytte andre virkemidler overfor Leverandøren, eksempelvis redusert betaling, dersom Tjenestene ikke er tilfredsstillende.

Kommunens betaling til Leverandøren kan organiseres på flere måter. En mulig modell er å utstyre brukerne med en betalingsanvisning. Anvisningen inneholder et beløp som kommunen betaler til den Leverandøren brukeren velger. Anvisningen utgjør både et bevis på at kommunen har fattet vedtak om tildeling av en pleie- og omsorgstjeneste og en garanti overfor Leverandørene for at de vil få betalt for en tjeneste av et bestemt omfang. Kommunen betaler deretter Leverandøren i samsvar med bruken, opp til maksimumsbeløpet i anvisningen.

5.2 Den rettslige karakteren av autorisasjonen

5.2.1 Den opprinnelig påtenkte autorisasjonsordningen

En slik autorisasjonsordning som er beskrevet ovenfor kan i prinsippet tenkes å falle i tre forskjellige rettslige kategorier. Den kan tenkes å være en ren offentligrettslig autorisasjon, den kan være en såkalt "tjenestekonsesjon", eller den kan være en anskaffelse i den forstand at den reguleres fullt ut av anskaffelsesregelverket. Sistnevnte vil i det følgende bli benevnt en "anskaffelseskontrakt" eller en "anskaffelse".

Hvilken frihet kommunene har til å etablere slike autorisasjonsordninger, avhenger til viss grad av hvilken av disse kategoriene ordningen faller i.

En slik autorisasjonsordning inneholder i realiteten to elementer. For det første inneholder den en godkjenningsordning, som innebærer at alle som tilfredsstillende visse krav, kan levere bestemte tjenester til kommunens innbyggere. Dette er det vi normalt forbinder med autorisasjonsordninger, eksempelvis i form av skjenkebevilling og lignende. Slike "rene" autorisasjonsordninger innebærer ikke at kommunen forplikter seg til å anskaffe noe fra dem som autoriseres. Autorisasjonen innebærer bare en rett til å utføre visse typer oppgaver og tjenester, og eventuelt skaffe seg inntekter på denne måten.¹⁹

Det spesielle med den påtenkte autorisasjonsordningen for Tjenestene er at den inneholder et tilleggselement, nemlig en forpliktelse for kommunen til å betale Leverandøren dersom noen av kommunenes innbyggere benytter de Tjenestene Leverandøren er autorisert til å levere. Autoriseringen innebærer m.a.o. også potensielt at kommunen blir forpliktet til å betale Leverandøren for å utføre en tjeneste som kommunen i utgangspunktet plikter å tilby brukerne.

De ovennevnte momentene, betaling fra kommunen til Leverandøren for å utføre en tjeneste som kommunen er forpliktet til å levere og en rett for kommunen til å gjøre gjeldende sanksjoner dersom Leverandørens ytelse ikke er tilfredsstillende, er typiske for en gjensidig bebyrdende kontrakt, noe som innebærer at ordningen må anses enten som en anskaffelseskontrakt eller en tjenestekonsesjon.

KS har fremhevet at forholdet mellom kommunen og Leverandørene i utgangspunktet bare er tenkt regulert gjennom autorisasjonen, og at det ikke inngås noen formell kontrakt mellom disse. KS har reist spørsmål om dette medfører at ordningen kan anses som en ren offentligrettslig tillatelse, snarere enn en anskaffelse eller en tjenestekonsesjon.

Etter vårt syn har mangelen på en slik formell kontrakt liten betydning for spørsmålet om det foreligger en ren offentligrettslig autorisasjon. Reelt sett har autorisasjonen de aller fleste kjennetegn som er typiske for en gjensidig bebyrdende kontrakt. Den regulerer Leverandørens forpliktelser overfor brukerne, den fastlegger prisen kommunen skal betale Leverandørene og den bør inneholde sanksjoner dersom Leverandørene ikke oppfyller sine forpliktelser. At man kaller ordningen for "autorisasjon", og ikke en kontrakt mellom kommunen og Leverandøren, kan åpenbart i seg selv ikke medføre at ordningen ikke må konkurransesettes.

¹⁹ Visse former for slike autorisasjoner kan imidlertid innebære en såkalt "tjenestekonsesjon", jf. nærmere om dette i kapittel 7.

Etter vårt syn medfører de ovennevnte forholdene at det er relativt åpenbart at en slik autorisasjonsordning ikke kan anses som en ren offentligrettslig autorisasjonsordning. Det dreier seg enten om en ordinær anskaffelse eller en tjenstekonsesjon.

Dette understøttes også av en nyere avgjørelse fra EU-kommisjonen vedrørende den svenske refusjonsordning for fysioterapeuter (sjukgymnaster). Svenske fysioterapeuter som får en såkalt "samverksavtale" med kommunen får et tilskudd pr. pasient fra kommunen. Innholdet i avtalen og fysioterapeutens tilskudd er regulert i lov, og kommunene har dermed ingen frihet til selv å fastsette vederlag e.l. Slik sett har ordningen et betydelig klarere preg av offentligrettslig regulering enn den autorisasjonsordning som eventuelt skal innføres for Tjenestene. De svenske myndighetene hadde på denne bakgrunn ansett dette som en form for offentligrettslig tillatelse, som ikke inneholdt noe element av anskaffelse fra det offentliges side. Kommisjonen var uenig i dette, og la til grunn at dette var en tjenstekonsesjon, og at det dermed gjaldt visse krav til hvordan avtalene skulle inngås.²⁰ Vi gjennomgår avgjørelsen nærmere under pkt 7.2.4, hvor vi drøfter om den påtenkte autorisasjonsordningen er en tjenstekonsesjon.

Lignende synspunkter er også lagt til grunn av *Madell* i en utredning for det svenske Konkurrensverket, i tilknytning til forberedelsen av den svenske "Lag om valfrihetssystem". *Madell* gir uttrykk for at i en situasjon der kommunen er ansvarlig for kvaliteten på de tjenestene som ytes, og derfor må regulere det nærmere innhold i ytelsene i sin kontrakt med Leverandøren, må kontrakten som utgangspunkt inngås i samsvar med de svenske anskaffelsesreglene.²¹

Etter vårt syn er det på bakgrunn av ovenstående på det rene at autorisasjonsordningen enten er en anskaffelse som fullt ut må følge anskaffelsesregelverket, eller en tjenstekonsesjon. Dersom dette er en "tjenstekonsesjon", gjelder ikke det detaljerte anskaffelsesregelverket. Det gjelder likevel visse krav til tildelingsprosessen for slike tjenstekonsesjoner.

Om autorisasjonsordningen faller i den ene eller annen av disse kategoriene, beror på den nærmere utforming av systemet. Det vil det bli redegjort nærmere for under pkt 7.2.2 og pkt 7.2.3.

5.2.2 Kan en annen utforming av autorisasjonsordningen medføre at dette er en "ren" autorisasjon?

Fra KS' side er det reist spørsmål om det er mulig å utforme autorisasjonsordningen på en annen måte enn det som er antydnet i pkt 5.2.1, med den konsekvens at dette blir en ren offentligrettslig tillatelse. Det er særlig reist spørsmål om hvilken betydning det har at kommunen følger opp Leverandøren i form av kvalitetskontroller, sanksjoner hvis det ikke leveres ønsket kvalitet, med mer. Det er reist spørsmål om ordningen kan tenkes å være en "ren autorisasjonsordning" dersom det ikke finner sted noen slik oppfølging fra kommunens side.

Vi peker innledningsvis på at vi har vanskelig for å se at det i praksis vil være ønskelig/mulig at kommunene unnlater å følge opp Leverandørene, i hvert fall til en viss grad. Ettersom

²⁰ Kommisjonens uttalelse i sak 2006/4689, [2007] 4723 av 17. oktober 2007.

²¹ Se *Madell*: Konkurrensverkets rapportserie 2007:3: "Öka konsumentnyttan inom vård och omsorg – förslag för konkurrens och ökat företagande" Bilag 1: "Är kundvalssystem med auktorisation inom vård- och omsorgssektorn förenliga med upphandlingsreglerna"? Docent Tom Madell s. 145-146.

kommunene i siste instans har ansvaret for at Tjenestene holder den lovmessige kvalitet, bør kommunen ha en viss kontroll med at Leverandørene faktisk leverer Tjenester av en slik kvalitet. I tillegg betaler kommunen Leverandørene for å utføre Tjenestene. Også av den grunn er det vanskelig å se for seg at kommunen ikke skal kontrollere at Leverandørene faktisk leverer det de får betalt for å levere.

I teorien kan man imidlertid tenke seg et system der kommunen utelukkende betaler for Tjenestene, og ikke foretar noen form for kontroll med Leverandørene. All kvalitetskontroll vil i så fall skje gjennom brukernes eget valg, ved at brukerne velger bort de Leverandørene som oppleves å levere for dårlig.

Spørsmålet er så om også en slik ordning vil være en tjenestekonsesjon eller anskaffelse, eller om dette vil være en ”ren” autorisasjonsordning. Vi har vanskelig for å se at en slik mangel på kontroll med Leverandørene medfører at dette ikke er en kontrakt i Forskriftens forstand. Selv uten noen kontrollmekanismer er det vanskelig å komme utenom at Leverandørene reelt sett utfører en oppgave for kommunen, som kommunen betaler for. Etter vårt syn er dette en kontrakt i Forskriftens forstand. Vi kan derfor ikke se at det er mulig å utforme systemet på en annen måte og dermed komme utenom at dette er enten en tjenestekontrakt eller en tjenestekonsesjon.

5.3 Oppsummering – den rettslige karakteren av autorisasjonsordningen

Etter vårt syn er den autorisasjonsordningen som er antydnet fra KS’ side *enten* en kommunal anskaffelse som må gjennomføres i henhold til de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesregelverket, *eller* en såkalt ”tjenestekonsesjon”, som må inngås i samsvar med reglene for tjenestekonsesjoner. Autorisasjonsordningen er m.a.o. ikke en ren offentligrettslig tillatelse på linje med skjenkebevillinger og lignende.

Om autorisasjonsordningen skal anses som en anskaffelse, eller faller i kategorien tjenestekonsesjon, beror på den nærmere utformingen av ordningen. Dette kommer vi nærmere tilbake til i kapittel 7 nedenfor.

5.4 Den videre fremstillingen

I kapittel 6 nedenfor skal vi kort redegjøre for de svenske og danske ordningene som er innført for fritt brukervalg for helse- og sosialtjenester.

I kapittel 7 drøfter vi om den påtenkte autorisasjonsordningen er en tjenestekonsesjon eller en anskaffelse som må gjennomføres i samsvar med anskaffelsesreglene.

I kapittel 8 behandler vi situasjonen dersom autorisasjonsordningen utformes på en slik måte at den må anses som anskaffelse. Herunder drøfter vi om ordningen i det hele tatt kan gjennomføres dersom den må anses som en anskaffelse.

6. SVENSK E OG DANSKE ORDNINGER FOR FRITT BRUKERVALG

6.1 Innledning

Sverige og Danmark har gjennom egne lover innført ordninger for fritt brukervalg, som et stykke på vei sammenfaller med en slik autorisasjonsordning som er beskrevet ovenfor under pkt 5.1.

6.2 Sverige

I Sverige er det gitt en særskilt "Lag om valfrihetssystem"(LOV), som innfører et system for fritt brukervalg etter nærmere retningslinjer. Loven regulerer brukervalg for ordninger som tilsvarer de norske ordningene for hjemmesykepleie, hjemmehjelp, BPA og sykehjem, samt en rekke andre ytelser som f.eks. sykehustjenester, allmennlege og tannlege.²²

Kommuner som ønsker å innføre fritt brukervalg kan enten gjøre det ved å følge fremgangsmåten i LOV, eller ved å følge det vanlige svenske regelverket for offentlige anskaffelser (LOU).²³

Dersom kommunen følger LOV, skal kommunen først annonsere etter leverandører i en nasjonal database eller på annen måte, for eksempel på kommunenes hjemmeside. Annonsene skal gjelde til de blir tilbakekalt. De inneholder m.a.o. ingen frist for å søke om å delta.

Kommunen skal dessuten utarbeide et konkurransegrunnlag, på samme måte som ved ordinære anskaffelser. Konkurransegrunnlaget skal inneholde beskrivelse av tjenesten, kvalifikasjonskrav og kontraktsvilkår. Det som skiller denne typen konkurransegrunnlag fra vanlige anskaffelser er at konkurransegrunnlaget også regulerer prisen på de tjenestene som skal leveres.

Alle leverandører som oppfyller kravene som er fastsatt i konkurransegrunnlaget og lovgivningen skal få mulighet til å inngå avtale med kommunen. Brukerne kan deretter velge mellom de leverandørene som til enhver tid har avtale med kommunen. Dersom brukerne ikke er fornøyd, kan de bytte leverandør. Siden prisen er fastsatt på forhånd, er det ikke noen konkurranse på pris. Konkurransen mellom leverandørene skjer overfor brukerne, ved at brukerne selv velger hvilken leverandør de vil benytte.

Kommunen skal også etablere et ikke-valgsalternativ for de brukerne som ikke ønsker å foreta et valg mellom de leverandørene som har fått avtale med kommunen. Ikke-valgsalternativet skal være fastsatt på forhånd og kan utformes etter forskjellige modeller. Ved siden av kommunens egne tjenester, kan ikke-valgsalternativet utgjøre en tildeling av Leverandører i valgfrihetsordningen etter tur, eller én fast Leverandør som er tildelt kontrakt i medhold av LOU. I proposisjonen fra regjeringen er det uttalt at en *rangering* av leverandørene ikke kan skje innenfor LOV, bare i medhold av LOU.²⁴

²² Lag om valfrihetssystem utfärdad den 11 november 2008 SFS 2008:962 (LOV).

²³ Lag om offentlig upphandling utfärdad den 22 november 2007 SFS 2007:1091 (LOU).

²⁴ Regeringens proposition 2008/09:29 Lag om valfrihetssystem s. 99: "Den upphandlande myndigheten ska i förväg bestämma vad som gäller om den enskilde inte väljer. Den upphandlande myndighetens handläggare får inte slumpvis välja bland de leverantörer som tecknat avtal med den upphandlande myndigheten. Viktning eller rangordning av leverantörerna är, som tidigare påpekats, inte tillåtit i ett valfrihetssystem."

I de svenske forarbeidene til LOV er det lagt til grunn at autorisasjonsordningen er en tjenestekonsesjon.²⁵

6.3 Danmark

I Danmark omfatter fritt brukervalg både bistand i hjemmet, omtalt som personlig hjelp og pleie, og sykehjem.

For bistand i hjemmet kan kommunen ifølge serviceloven enten benytte en ordinær anskaffelsesprosess eller en autorisasjonsordning. I førstnevnte tilfelle skal kommunen inngå kontrakt med minimum to og maksimum fem leverandører på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Dersom kommunen benytter autorisasjonsmodellen, skal alle leverandører som oppfyller kommunens kvalitetskrav autoriseres. Leverandørene må i dette tilfellet utføre oppdraget til en pris som tilsvarer til den kommunale leverandørens gjennomsnittlige, langsiktige kostnader. Kommunene skal årlig annonsere de kvalitets- og prismessige betingelsene for levering av bistand i hjemmet og oppfyller ifølge Konkurrencestyrelsen dermed også tilbudslovens krav til annonsering.²⁶

6.4 Oppsummering

Både Sverige og Danmark har lovregulert adgangen til fritt brukervalg gjennom en autorisasjonsordning. Utformingen av autorisasjonsordningen er i stor grad felles for begge landene. Kommunen oppstiller på forhånd visse krav til kvalitet mm. til Leverandørene. Alle Leverandører som oppfyller disse kravene blir oppført på en liste over godkjente, eller autoriserte, Leverandører. Det er ingen konkurranse på pris eller annen rangering mellom Leverandørene – valget er alene opp til brukerne.

I Sverige er autorisasjonsordningen ansett som en tjenestekonsesjon, som ligger utenfor virkeområdet til anskaffelsesregelverket.

I Danmark er en autorisasjonsordning ansett for å ligge innenfor det nasjonale anskaffelsesregelverket for uprioriterte tjenester. Siden dette regelverket bare innebærer en plikt til annonsering og overholdelse av de generelle prinsippene, har danske myndigheter ansett en autorisasjonsordning som lovlig.

²⁵ Regeringens proposition 2008/09:29 “Lag om valfrihetssystem”, s. 55 flg. I enkelte utredninger som gikk forut for proposisjonen er det imidlertid lagt til grunn at systemet er en anskaffelse, som må følge det svenske anskaffelsesregelverket.

²⁶ For nærmere omtale av den danske ordningen om fritt brukervalg, se <http://www.vfm.dk/Temaer/social-omraader/Eldre/hjemmehjaelp/frit-valg-personlig-praktisk-hjaelp/Sider/Start.aspx>.

7. ER AUTORISASJONSORDNINGEN EN TJENESTEKONSESJON ELLER EN ANSKAFFELSE?

7.1 Innledning

Som nevnt er det et sentralt spørsmål om en autorisasjonsordning, slik denne er beskrevet i pkt 5.1 og 5.2, er underlagt forskrift om offentlige anskaffelser, eller om det er en såkalt "tjenestekonsesjon". Dersom ordningen er en tjenestekonsesjon, gjelder ikke Forskriften, jf. § 1-3 andre ledd bokstav j. Heller ikke lov om offentlige anskaffelser gjelder for tjenestekonsesjoner.²⁷

I pkt 7.2 og 7.3 skal vi redegjøre for om autorisasjonsordningen, slik den er beskrevet i pkt. 5.1 og 5.2, er en tjenestekonsesjon. Som det vil fremgå av vår redegjørelse, er autorisasjonen trolig en tjenestekonsesjon. I pkt 7.4 redegjør vi derfor for hvilke regler som gjelder for tildeling av en slik autorisasjon i form av en tjenestekonsesjon.

7.2 Nærmere om tjenestekonsesjonsbegrepet

7.2.1 Innledning

I Forskriften § 4-1 e er en tjenestekonsesjon definert som en:

"kontrakt av samme type som angitt i bokstav d, med det unntak at vederlaget for tjenesten som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller i en slik rett sammen med betaling."

Definisjonen fremkommer i Direktivet, og er basert på rettspraksis fra EF-domstolen. Definisjonen må derfor tolkes på bakgrunn av denne rettspraksisen.

Definisjonen forutsetter at det foreligger en "kontrakt", dvs en gjensidig bebyrdende avtale, mellom oppdragsgiver (kommunen i vårt tilfelle) og konsesjonshaver (Leverandøren i vårt tilfelle). Slik autorisasjonsordningen opprinnelig var tenkt utformet fra KS' side, inngås det ingen formell kontrakt mellom kommunen og Leverandøren. Kommunen bare "autoriserer" Leverandøren til å levere Tjenestene. Som vi har påpekt i pkt 5.2 innebærer autorisasjonen imidlertid i det alt vesentlige den samme realitet som om det hadde foreligget en kontrakt mellom kommunen og Leverandøren. Mangelen på formell kontrakt utelukker derfor etter vårt syn ikke at det kan foreligge en tjenestekonsesjon.

Ettersom spørsmålet om det inngås en kontrakt i formell forstand mellom kommunen og Leverandørene ikke spiller noen rolle for om ordningen faller i kategorien tjenestekonsesjonskontrakt eller tjenestekontrakt, er det ingen grunn til at kommunen skal unnlate å inngå en kontrakt med Leverandørene. Vi vil tvert i mot tro at dette kan være hensiktsmessig, fordi det kan medføre at det blir klarere hva som er Leverandørens forpliktelser overfor kommunen.

²⁷ Se for eksempel klagenemndas avgjørelse Sak 2005/304: Hordaland fylkeskommune, avgjørelse av 5. februar 2007. Sakene som hvor nemnda kommer til at det foreligger en tjenestekonsesjonskontrakt gjelder gammel forskrift, men det er ikke grunn til å tro at nemnda vil endre praksis selv om unntaket nå følger direkte av forskriften.

Som det vil fremgå nedenfor, er det to momenter som er sentrale i vurderingen av om det foreligger en tjenestekonsesjon; hvem som har etterspørselsrisikoen for Tjenestene og hvem som har det endelige ansvaret for Tjenestene.

7.2.2 Etterspørselsrisiko for Leverandøren

Forskriftens § 4-1 fastslår at tjenestekonsesjoner er kontrakter der tjenesteyterens vederlag består i retten til selv å utnytte den tjenesten han skal utføre for oppdragsgiver, enten alene eller sammen med betaling fra oppdragsgiver.

Dette innebærer at konsesjonæren må ha etterspørselsrisikoen for den tjenesten han skal utføre.²⁸ Normalt innebærer det at *brukeren* av tjenesten skal betale hele eller deler av vederlaget for tjenesten. Et eksempel er at en bussoperatør kjører en bussrute på vegne av kommunen. Operatøren mottar ikke vederlag fra kommunen, men får til gjengjeld billettinntektene fra passasjerene. Dette er en tjenestekonsesjon, fordi operatøren har risikoen for etterspørselen etter den oppgaven han utfører.

Dersom operatøren derimot får hele sitt vederlag fra kommunen, uavhengig av hvor mange passasjerer han har, har konsesjonæren ingen etterspørselsrisiko. Da foreligger det ingen tjenestekonsesjon, men en ordinær kommunal anskaffelse.

At bussoperatøren får *deler* av sitt vederlag fra kommunen er ikke i seg selv til hinder for at det kan foreligge en tjenestekonsesjon. Det avgjørende er om så vidt store deler av vederlaget er knyttet til utnyttelsen av retten til å drive bussruten at operatøren har den reelle etterspørselsrisikoen.

Det er imidlertid normalt en forutsetning for at det kan foreligge en tjenestekonsesjon at konsesjonshaver får en *vesentlig del* av sine inntekter fra brukerne av tjenesten, jf. bl.a. Kommisjonens tolkningsmeddelelse om konsesjonskontrakter fra 2000, hvor det gis uttrykk for at:

*“Ligesom for koncessioner på bygge- og anlægsarbejder er udnyttelseskriteriet nemlig væsentligt med henblik på at fastslå, om der er tale om en koncession på tjenesteydelser. Efter dette kriterium er der tale om en koncession, når operatøren påtager sig risikoen ved tjenesteydelsen (etablering og udnyttelse), og en betydelig del af vederlaget herfor betales af brugeren, især ved opkrævning af en eller anden form for gebyr. Den måde, hvorpå operatøren aflønnes, er ligesom for koncessioner på bygge- og anlægsarbejder et element, der gør det muligt at fastslå, hvem der påtager sig risikoen ved udnyttelsen.”*²⁹

Også definisjonen av tjenestekonsesjoner i Forskriften, kan synes å bygge på en forutsetning om at dersom betalingen fullt ut kommer fra oppdragsgiver, foreligger det ikke en tjenestekonsesjon. Som nevnt fremgår det av definisjonen at ”vederlaget for tjenesten som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller i en slik rett *sammen med betaling*” vår understrekning. Formuleringen er ikke helt klar, men det er nærliggende å forstå den slik at dersom *all* betaling kommer fra oppdragsgiver, foreligger ingen tjenestekonsesjon. Ordlyden stenger imidlertid strengt tatt ikke for at hele betalingen kan komme fra oppdragsgiver, såfremt betalingen er et resultat av at konsesjonshaver ”utnytter tjenesten”.

²⁸ Jf. eksempelvis C-324/98, *Telaustria*, dom av 7. desember 2000.

²⁹ Kommisjonens fortolkningsmeddelelse om konsesjoner (2000/C 121/02) pkt 2.2.

Det kan også vises til en av de svenske utredningene som gikk forut for vedtagelsen av LOV hvor det ble gitt uttrykk for at ettersom kommunene skulle betale fullt ut for tjenestene, var valgfrihetsordningen ikke en tjenestekonsesjon.³⁰

Når det gjelder Tjenestene som omtales i utredningen, er tanken bak en autorisasjonsordning at kommunene fullt ut skal betale de Tjenestene Leverandørene yter til brukerne. Dette skyldes at kommunens adgang til å ta betaling fra brukerne er begrenset gjennom spesiallovgivning, se pkt. 3.5 ovenfor. For enkelte typer tjenester, for eksempel hjemmesykepleie, er egenbetaling forbudt. Brukerne kan derfor ikke pålegges å betale Leverandøren for Tjenestene.

Spørsmålet er derfor om det at kommunen betaler fullt ut for Tjenestene utelukker at autorisasjonsordningen kan være en tjenestekonsesjon.

KS har antydnet at en autorisasjonsordning kan organiseres slik at brukerne blir tildelt en betalingsanvisning, som de deretter fritt kan benytte til å betale den Leverandøren de ønsker å benytte. Betalingen for Tjenesten vil da formelt komme via brukerens bruk av betalingsanvisningen. Reelt sett er det imidlertid kommunen som betaler for Tjenesten, gjennom å utbetale ihht betalingsanvisningen. Det forhold at betalingen formelt sett kommer via brukeren endrer ikke realiteten, nemlig at det i siste instans er kommunen som i sin helhet betaler for Tjenestene.³¹

Det kan imidlertid med betydelig tyngde argumenteres for at det kan foreligge en tjenestekonsesjon, selv om betalingen for den oppgaven som skal utføres fullt ut kommer fra oppdragsgiver.

For det første er det åpenbart at konsesjonshaverens etterspørselsrisiko kan være akkurat den samme, uavhengig av om brukerne eller oppdragsgiver betaler. Et eksempel på dette er såkalte "shadow tolls". Dette er et system hvor en konsesjonær gis i oppdrag å drive eksempelvis en bussrute eller en bompengefinansiert vei for kommunen. Konsesjonæren får ikke billettinntektene, eller bompenginntektene fra veien, men får betalt ved at kommunen registrerer antallet busspassasjerer/bilister, og betaler vederlag til konsesjonæren basert på dette. Betalingen kommer m.a.o. fra oppdragsgiver, men er avhengig av etterspørselen fra brukerne, som konsesjonæren har risikoen for. Konsesjonæren har derfor eksakt den samme etterspørselsrisiko i et slikt system som om han hadde fått sin betaling direkte fra brukerne gjennom å motta billettinntektene. Det er derfor vanskelig å se noen reell grunn til å behandle et slikt system på en annen måte enn om vederlaget kommer fra brukerne. Systemet faller også inn under Forskriftens definisjon av en tjenestekonsesjon, i den forstand at "vederlaget for tjenesten som skal utføres ... utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten".

Systemet med "shadow tolls" er relativt parallelt til et fritt brukervalg for Tjenestene. Også i et fritt brukervalg har leverandøren etterspørselsrisikoen, ved at de risikerer å ikke få betaling fra kommunen dersom de ikke klarer å tiltrekke seg brukere.

³⁰ Utredning til SOU 2008:15 "LOV att välja – Lag Om Valfrietssystem".

"Valfrietssystem och tjänstekoncessioner" - doktoranden Andrea Sundstrand, punkt 3.2.

³¹ Se eksempelvis KOFA sak 2005/86: Vestby kommune, avgjørelse 23. mai 2005, avsnitt 21, hvor klagenemnda avviste at måten betalingen skjer på er avgjørende er vurderingen av om det foreligger en tjenestekonsesjon. Det ble gitt uttrykk for at "Ved kun å se på betalingsstrømmen, uten å se hen til om leverandøren også påtar seg ansvar og risiko for driften, vil det lett kunne åpnes for omgåelser av regelverket."

For det andre er det også i juridisk teori en viss støtte for at hvem som har risikoen for etterspørselen etter leverandørens tjeneste er avgjørende for om en avtale er en tjenestekonsesjon eller en anskaffelse, ikke hvordan betalingen skjer. Arrowsmith gir således, på bakgrunn av enkelte dommer fra EF-domstolen, uttrykk for at

*”This again does not seem to rule out the possibility that a concession may exist even when the user is not the source of payment. Whether a concession may exist when the provider takes on demand risk based on demand by third party users, but payment is made either by the procuring party or by third parties who are not users, is thus not yet clear.”*³²

For det tredje har EU-kommisjonen i nyere praksis ikke lagt avgjørende vekt på om betalingen kommer fra brukeren eller fra oppdragsgiver, så lenge oppdragstaker/leverandøren har etterspørselsrisikoen. Eksempelvis har Kommisjonen i den nevnte avgjørelsen om ”sjukgymnaster” lagt til grunn at dette er en tjenestekonsesjon, på tross av at betalingen til fysioterapeutene i det alt vesentlige kom fra kommunen, ikke fra brukerne.³³

Blant annet på bakgrunn av denne uttalelsen la den svenske regjeringen i sin proposisjon om LOV til grunn at den autorisasjonsordningen som ble innført gjennom LOV var en tjenestekonsesjon, ikke en anskaffelse. Regjeringen la avgjørende vekt på at selv om vederlaget for brukernes tjenester kommer fra kommunen, har leverandørene etterspørselsrisikoen, fordi de risikerer å ikke få noen brukere, og dermed ingen betaling.³⁴

Endelig har Kommisjonen i forbindelse med et mulig nytt direktiv om tjenestekonsesjoner foreslått en definisjon av tjenestekonsesjoner. I kommentarene til denne definisjonen gis det uttrykk for at:

*”Although the origin of the concessionaire’s remuneration – directly paid by the user of the construction or service – might indicate the existence of a concession, the exploitation risk is the decisive factor (i.e., shadow toll arrangements may constitute concessions).”*³⁵

Kommisjonen gir m.a.o. klart uttrykk for at det ikke er et absolutt krav at betalingen kommer direkte fra brukerne, det avgjørende er hvem som har etterspørselsrisikoen. Uttalelsen fremkommer riktignok som en kommentar til en definisjon av tjenestekonsesjonsbegrepet i et påtenkt nytt direktiv, og er dermed strengt tatt ikke en kommentar til hva som er gjeldende rett i dag. Uttalelsen harmonerer imidlertid godt med Kommisjonenes nyere praksis, eksempelvis avgjørelsen vedrørende de svenske fysioterapeutene.

Etterspørselsrisikoen i et system med fritt brukervalg ligger reelt sett hos Leverandørene. Dette trekker klart i retning av at ordningen er en tjenestekonsesjon, selv om kommunene

³² Arrowsmith: Sue Arrowsmith, *The Law on Public and Utilities Procurement*, 2nd ed (London: 2005) s. 326.

³³ Nærings- og handelsdepartementet har i en tolkningsuttalelse lagt til grunn at også norske refusjonsordninger for fysioterapeuter er tjenestekonsesjoner. Departementet la imidlertid bl.a vekt på at brukerne betalte en del av fysioterapeutens vederlag, slik at saken ikke er direkte sammenlignbar med situasjonen for Tjenestene. Brevet er datert 16. mars 2003 og tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/Tema/konkurransopolitikk/Listeside-konkurransopolitikk/regelverket-for-anskaffelser/fortolkningsuttalelser.html?id=414622>.

³⁴ Regeringens proposisjon 2008/09:29 “Lag om valfrihetssystem”, s. 55 flg.

³⁵ European Commission Discussion Document: Key issues of a possible initiative on concession, CCO/2007/06 EN, s. 3.

betaler for Tjenestene. Etter vårt syn er det også likegyldig om betalingen skjer direkte fra kommunen til Leverandørene eller ved å utstyre brukerne med en betalingsanvisning.

Autorisasjonsordningen må imidlertid organiseres slik at betalingen til Leverandøren avhenger av om Leverandøren klarer å skaffe seg brukere. Dersom kommunen betaler Leverandøren en fast sum for å utføre oppgavene, eller garanterer Leverandørene et visst minste volum, reduseres risikoelementet betydelig. Et slikt system kan neppe karakteriseres som en tjenstekonsesjon.

7.2.3 Særlig om etterspørselsrisiko ved drift av sykehjem

7.2.3.1 Innledning

Kommunene inngår i dag avtaler med to ulike kategorier drivere av sykehjem. For det første inngås det avtaler med ordinære kommersielle aktører som driver et sykehjem som kommunen eier. For det andre inngås det avtaler med ideelle organisasjoner, som driver sykehjem som organisasjonen selv eier, men der kommunen betaler dem for å levere sykehjemsplasser til kommunen.

Begge disse leverandørkategoriene står i en noe annen stilling enn Leverandører av de øvrige Tjenestene når det gjelder etterspørselsrisiko.

Når det inngås slike avtaler, forplikter Leverandøren seg til å drifte sykehjemmet, med de beboerne som på det tidspunkt befinner seg på sykehjemmet. Leverandøren overtar dermed normalt driften av et sykehjem med fullt belegg.

Dersom avtalene utformes slik at Leverandørene får betalt pr beboer, har Leverandørene i prinsippet etterspørselsrisikoen. Leverandørene mister inntekter dersom beboerne flytter eller når de dør. Denne etterspørselsrisikoen er imidlertid temmelig teoretisk. I praksis er sykehjemsplasser et såvidt begrenset gode at det er nærmest utenkelig at sykehjemmet skal tømmes for beboere. Dette gjelder selv om den aktuelle kommunen har innført fritt brukervalg for sykehjemstjenester. Normalt vil det derfor bare være marginale svingninger i antallet beboere.

Etterspørselsrisikoen for Leverandører av de øvrige Tjenestene er derfor i praksis langt mer reell enn den etterspørselsrisikoen en driver av et sykehjem har.

Etter vårt syn innebærer avtaler med private Leverandører om drift av sykehjem ikke en slik overføring av etterspørselsrisiko som er karakteristisk for en tjenstekonsesjonskontrakt. Slike avtaler skiller seg dermed fra autorisasjonsordninger for de øvrige Tjenestene.

Dette innebærer som utgangspunkt at avtalene må inngås i tråd med det ordinære anskaffelsesregelverket for uprioriterte tjenester, fordi avtalene ikke er tjenstekonsesjoner. KS har imidlertid bedt oss vurdere om det er mulig å organisere kjøp av sykehjemsplasser på en slik måte at dette også er en tjenstekonsesjon. Dette vil bli vurdert nedenfor i pkt 7.2.3.2.

De avtalene som inngås med de ideelle organisasjonene, er unntatt fra prosedyrereglene i Forskriften. Inngåelse av slike kontrakter skal likevel være basert på konkurranse "så langt det er mulig", jf. Forskriften § 3-1 første ledd. Hva som ligger i dette redegjør vi nærmere for i pkt 8.4 nedenfor.

7.2.3.2 Kan kjøp av sykehjemsplasser foretas slik at Leverandøren får etterspørselsrisikoen?

KS har bedt oss vurdere om det kan være mulig å organisere systemet med fritt brukervalg for sykehjemsplasser på en annen måte, slik at Leverandørene har reell etterspørselsrisiko, og at også dette dermed kunne tenkes å bli en tjenestekonsesjon, på linje med de øvrige Tjenestene.

Rent teoretisk kan man tenke seg et system der kommunen ”autoriserer” diverse leverandører til å levere sykehjemsplasser, uten at dette er knyttet til noe bestemt sykehjemsbygg med eksisterende brukere. Leverandørene kunne så eventuelt skaffe seg et bygg som var egnet til å drive sykehjemsdrift. Deretter kunne de, på samme måte som for de øvrige tjenestene, konkurrere om å skaffe seg brukere. De ville i så fall ha etterspørselsrisiko på linje med tilbyderne av de øvrige Tjenestene.

En slik løsning fremstår imidlertid kun som en teoretisk mulighet. Det er mangel på egnede sykehjemsbygg, og vi kan ikke se for oss at et slik system vil fungere i praksis. Pr i dag fremstår det eneste praktisk gjennomførbare systemet som en ordning med å inngå avtaler med leverandørene om å drifte et eksisterende bygg, kombinert med fritt brukervalg for brukerne. Her skjer det som nevnt ikke en slik overføring av etterspørselsrisikoen som er karakteristisk for en tjenestekonsesjon.

7.2.4 Overføring av ansvar for oppgaven til Leverandøren

En problemstilling som har vært reist, er om en tjenestekonsesjon forutsetter at *ansvaret* for den oppgaven som konsesjonæren skal utføre, fullt ut må overføres til konsesjonæren.

De pleie- og omsorgstjenestene som er omtalt i denne utredningen er lovpålagte tjenester, som kommunen er ansvarlig for å stille til rådighet for innbyggerne. Selv om Leverandøren utfører disse tjenestene i henhold til autorisasjonen, er kommunen i siste instans ansvarlig overfor innbyggerne for at Tjenestene oppfyller minstekravene til kvalitet og omfang.

Spørsmålet er derfor om dette kommunale ansvaret for Tjenestene er til hinder for at autorisasjonsordningen kan være en tjenestekonsesjon.

Allerede i Kommisjonens tolkningsuttalelse om konsesjoner fra 2000 ble overføring av ansvaret for tjenesten trukket fram som et sentralt element ved en tjenestekonsesjon.

*”Koncessioner på tjenesteydelser er ligesom koncessioner på bygge- og anlægsarbejder karakteriseret ved overdragelsen av ansvaret for udnyttelsen.”*³⁶

Uttalelsen bygger på *Lottomatica*-dommen fra 1994.³⁷ Spørsmålet i saken var om avtaler som gjaldt drift av lottospill var omfattet av et tidligere direktiv om offentlige anskaffelser.³⁸ Konkurransen gjaldt levering av et IT-system, mens sentrale oppgaver ble igjen hos den statlige myndigheten og lottoforhandlerne. Det var for eksempel statsorganer som foretok trekningene og kontrollerte vinnerkupongene, og deretter godkjente og utbetalte gevinstene.

³⁶ Se punkt 2.2 i Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen, EF-Tidende nr. C 121 af 29/04/2000 s. 0002 – 0013.

³⁷ Jf. C-272/91, Kommisjonen mot Italia ”Lottomatica”, dom av 26. april 1994.

³⁸ Direktiv 77/62.

Selv om vederlaget for drift av IT-systemet ble fastsatt på grunnlag av bruttoinntektene fra lotteriet, kom Domstolen til at avtalen var omfattet av anskaffelsesdirektivet, fordi ansvaret for de forskjellige oppgavene i forbindelse med lottospillet ikke ble overdratt til konsesjonæren.

Vilkåret om overføring av ansvaret for tjenesten er fulgt opp i *Contse*.³⁹ Avtalen som ble vurdert i *Contse* gjaldt tjenester knyttet til respirasjonsbehandling i hjemmet. Domstolen anså ikke avtalen som en tjenestekonsesjon.

”Som (...) anført under retsmødet, vedbliver den spanske forvaltning nemlig med at være ansvarlig for enhver skade, der påføres som følge af mangler ved tjenesteydelsen. Dette forhold, der indebærer, at der ikke sker nogen overførsel af de risici, som er forbundet med den omhandlede tjenesteydelse, samt den omstændighed at vederlaget for tjenesteydelsen afholdes af den spanske sundhedsforvaltning, støtter denne konklusjon.”⁴⁰

Domstolen begrunner m.a.o. sin konklusjon både med at vederlaget for tjenestene ble dekket av myndighetene og at myndighetene fortsatt var ansvarlig for skader som kunne oppstå som følge av mangler ved tjenesteytelsen. *Contse* er imidlertid ikke et rent eksempel på at manglende overførsel av ansvar for den aktuelle tjenesten i seg selv medfører at det dreier seg om en anskaffelse. Det fremgår ikke klart av dommen hvordan vederlaget for leverandørens tjenester ble betalt, utover at det ble betalt av oppdragsgiver. Dersom det forelå en helt ordinær betaling fra oppdragsgiver, er dette i seg selv tilstrekkelig til at leverandøren ikke hadde noen etterspørselsrisiko. Det er da åpenbart at ordningen ikke var en tjenestekonsesjon.

Etter vårt syn er *Contse* derfor ikke noe klart prejudikat for at manglende overførsel av ansvaret for den aktuelle tjenesten i seg selv forhindrer at det kan foreligge en tjenestekonsesjon. Vi kan heller ikke se at det foreligger noe annet klart prejudikat for at slikt manglende overføring av ansvar stenger for at det kan foreligge en tjenestekonsesjon.

De tilfellene hvor Domstolen har kommet til at det foreligger en tjenestekonsesjon gjelder riktignok typisk tjenester hvor det offentlige ikke har en lovpålagt plikt overfor borgerne til å yte tjenester av en bestemt kvalitet eller omfang. I *Teleaustria* gjaldt det produksjon og utgivelse av telefonkataloger,⁴¹ i *Buchhändler-Vereinigung* gjaldt det distribusjon av den tyske nasjonalbibliografien,⁴² i *Coname* vedlikehold, drift og overvåking av metangassnett,⁴³ i *Parking-Brixen* drift av parkeringsplasser⁴⁴ og i *ANAV* lokal transport.⁴⁵ Det er imidlertid ingen av disse dommene som etter vårt syn eksplisitt stenger for at det kan foreligge en tjenestekonsesjon, selv om det grunnleggende ansvaret for de tjenestene som skal utføres forblir hos oppdragsgiver.

I juridisk teori er det under henvisning til *Lottomatica* blitt antydnet at tjenestekonsesjoner forutsetter at ansvaret for den oppgaven som skal utføres, overføres til konsesjonæren. Arrowsmith gir således uttrykk for at:

³⁹ C-234/03, *Contse* m.fl., dom av 27. oktober 2005.

⁴⁰ *Contse* avsnitt 22.

⁴¹ C-324/98, *Telaustria*, dom av 7. desember 2000.

⁴² C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, kjennelse av 21. juli 2005.

⁴³ C-231/03, *Coname*, dom av 21. juli 2005.

⁴⁴ C-458/03, *Parking Brixen*, dom av 13. oktober 2005.

⁴⁵ C-410/04, *ANAV*, dom av 6. april 2006.

*”This seems to indicate that it is not sufficient to provide support services in connection with the government’s own responsibilities in public service provision: there must be provision of a service directly to the public for which responsibility is transferred [vår understrekning]”.*⁴⁶

I Sverige er det i en av utredningene som gikk forut for vedtakelsen av LOV lagt vekt på at kommunene ved pleie- og omsorgstjenester fortsatt er pliktsubjekt eller ”huvudman” for tjenestene.⁴⁷ Som en konsekvens av dette legges det til grunn at tildeling av slike kontrakter regnes som en anskaffelse.

Oppsummert er det enkelte uttalelser både i dommer fra EF-domstolen og i juridisk teori som indikerer at en tjenstekonsesjon forutsetter at ansvaret for den aktuelle tjenesten overføres fra oppdragsgiver til konsesjonæren. I så fall vil dette stenge for bruk av tjenstekonsesjoner på helse- og sosialområdet, fordi det offentlige ikke overfører det grunnleggende ansvaret for å yte Tjenestene til Leverandøren. Det som overføres er bare den praktiske gjennomføringen av Tjenestene. En slik tolkning av tjenstekonsesjonsbegrepet vil også innebære at tjenstekonsesjoner heller ikke kan benyttes på andre områder der det offentlige har en lovpålagt plikt til å yte bestemte tjenester til borgerne.

På den annen side foreligger det enkelte nyere uttalelser fra EU-kommisjonen som kan indikere at det *kan* foreligge en tjenstekonsesjon selv om alt ansvaret for tjenesten *ikke* overføres til konsesjonæren. Et eksempel er den nevnte saken vedrørende svenske sjukgymnaster. Kommisjonen ga som nevnt uttrykk for at dette var en tjenstekonsesjon, under henvisning til at fysioterapeutene hadde etterspørselsrisikoen, ved at de ikke fikk noe tilskudd dersom de ikke skaffet seg pasienter.⁴⁸

Den svenske fysioterapiordningen har betydelige likheter med den autorisasjonsordningen som er beskrevet i pkt 5.1. Det er derfor nærliggende å legge til grunn at når en slik støtte til fysioterapeuter er en konsesjonskontrakt, vil også den nevnte autorisasjonsordningen være det.

Det fremgår imidlertid ikke helt klart av Kommisjonenes uttalelse om de svenske kommunene i siste instans er ansvarlig for kvaliteten på de tjenester fysioterapeutene leverer. Det er derfor neppe grunnlag for å tolke uttalelsen som et klart uttrykk for at Kommisjonen mente å gi uttrykk for at det kan foreligge en tjenstekonsesjon selv om kommunen sitter med det endelige ansvaret for den tjenesten som leveres.

Den svenske regjeringen har imidlertid i sin proposisjon om LOV lagt til grunn at den svenske ordningen med fritt brukervalg innebærer en tjenstekonsesjon, ikke en anskaffelse. Regjeringen la først og fremst vekt på at den reelle etterspørselsrisikoen for de tjenestene som leverandørene skal levere i henhold til LOV, overføres på leverandørene. Regjeringen legger videre vekt på Kommisjonens uttalelse vedrørende de svenske fysioterapeutene, og påpeker at brukervalgssystemet som etableres ved LOV har mange fellestrekk med refusjonsordningen til fysioterapeutene.⁴⁹ At det offentlige har det endelige ansvaret for kvaliteten på flere av de

⁴⁶ Arrowsmith s. 327.

⁴⁷ Madell s. 145: ”För de fall kommunen är huvudman för verksamheten måste det dock föreligga någon form av avtalsförhållande med tjänsteleverantören för att säkerställa service- och kvalitetsnivåer etc. Utan uttryckligt stöd för annat kan en sådan överenskommelse inom till exempel äldreomsorg inte göras utan att den föregås av ett upphandlingsförfarande enligt lagen om offentlig upphandling.”

⁴⁸ Kommisjonens uttalelse i sak 2006/4689, [2007] 4723 av 17.oktober 2007.

⁴⁹ Regeringens proposition 2008/09:29 ”Lag om valfrihetssystem”, s. 55 flg.

tjenestene som er omfattet av LOV, ble åpenbart ikke ansett for å forhindre at dette var en tjenestekonsesjon. Det er selvsagt begrenset hvilken rettskildemessig vekt den svenske regjeringens standpunkt i denne saken kan sies å ha, men en viss vekt må vurderingen kunne tillegges.

Heller ikke Kommisjonens diskusjonsnotat om et mulig nytt direktiv om tjenestekonsesjoner indikerer at det er et krav at det endelige ansvaret for de tjenestene som konsesjonæren skal yte, overføres til konsesjonæren. Tvert i mot er det enkelte uttalelser i diskusjonsnotatet som kan indikere det motsatte. Diskusjonsnotatet påpeker at:

*”Service concessions often concern activities whose nature and purpose, as well as the rules to which they are subject, are likely to be the states responsibility and may be the subject to exclusive or special rights. However, this is not essential for an agreement to be considered a concession.”*⁵⁰

Dette utsagnet knytter seg til en diskusjon som har pågått i tilknytning til dagens regler for konsesjoner, nemlig om en tjenestekonsesjon forutsetter at den oppgaven som overføres til konsesjonæren er en oppgave som i utgangspunktet påligger det offentlige. Diskusjonsnotatet tar avstand fra et slikt synspunkt. Det interessante i vår sammenheng er imidlertid påpekningen av at tjenestekonsesjoner *typisk* omfatter oppgaver som er det offentliges ansvar. Slike oppgaver vil typisk være oppgaver der det offentlige i siste instans har ansvaret for at borgerne får de tjenester de har krav på, slik som eksempelvis de helsetjenester som nærværende utredning omfatter.

Det er også flere eksempler på at avtaler regnes som tjenestekonsesjoner, på tross av at den offentlige oppdragsgiver beholder en del av ansvaret for de tjenestene konsesjonæren leverer til brukerne. Et eksempel er visse former for OPS-prosjekter innenfor veisektoren. I disse prosjektene får konsesjonæren rett til å bygge og drive en offentlig vei i en bestemt tidsperiode. Konsesjonæren får ingen direkte betaling for dette fra oppdragsgiver, men får bompenginntektene fra veien. Overfor oppdragsgiver er konsesjonæren ansvarlig for å vedlikeholde veien. Dersom brukerne av veien påføres skader som følge av mangelfullt vedlikehold, er det likevel neppe tvil om at disse kan gjøre gjeldende et krav direkte mot den offentlige, som eier av veien. Det offentlige har m.a.o. overfor brukerne et ansvar for at disse får en vei som er tilstrekkelig vedlikeholdt. At det offentlig beholder dette ansvaret for veistandarden, har aldri blitt ansett for å være til hinder for at systemet er en tjenestekonsesjon.

7.3 Oppsummering

7.3.1 Autorisasjonsordningen er trolig en tjenestekonsesjon, bortsett fra ved sykehjemsdrift

En autorisasjonsordning som beskrevet i pkt 5.1 medfører at Leverandørene har den reelle etterspørselsrisikoen for Tjenestene. Dette trekker klart i retning av at en slik ordning er en tjenestekonsesjon. Dette gjelder selv om betalingen for Tjenestene kommer fra kommunen, ikke fra brukerne av Tjenestene.

⁵⁰ European Commission Discussion Document: Key issues of a possible initiative on concession, CCO/2007/06 EN, s 3.

Mangelen på formell kontrakt mellom kommunen og Leverandørene utelukker i seg selv ikke at det kan foreligge en tjenestekonsesjon.

I en autorisasjonsordning vil det fremdeles være kommunen som har det endelige ansvaret for at Tjenestene holder den kvalitet som borgerne har krav på etter loven. Enkelte dommer fra EF-domstolen og uttalelser i juridisk teori kan tilsi at dette er til hinder for at ordningen kan karakteriseres som en tjenestekonsesjon. Dommene er imidlertid ikke entydige, og det er andre rettskilder som tilsier at dette ikke er til hinder for at autorisasjonsordningen er en tjenestekonsesjon.

På bakgrunn av ovenstående er vår vurdering at en autorisasjonsordning som beskrevet i pkt 5.1 trolig er en tjenestekonsesjon.

Også ved sykehjemsdrift kan kontrakten mellom kommunen og driveren av sykehjemmet utformes slik at driveren har den formelle etterspørselsrisikoen. Reelt sett er etterspørselsrisikoen såvidt teoretisk ved sykehjemsdrift at det neppe er naturlig å klassifisere slike kontrakter som tjenestekonsesjoner.

7.3.2 En annen utforming av autorisasjonsordningen kan medføre at den er en anskaffelse

Dersom enkelte kommuner utformer autorisasjonsordningen på en annen måte enn det som er beskrevet i pkt 5.1, kan det medføre at dette må anses som en anskaffelse som skal følge anskaffelsesregelverket.

Hovedårsaken til at vi mener autorisasjonsordningen er en tjenestekonsesjon er at Leverandøren har den reelle etterspørselsrisikoen. Dersom autorisasjonsordningen utformes slik at denne etterspørselsrisikoen reduseres, kan det medføre at ordningen må anses som en anskaffelse.

Dersom kommunen eksempelvis garanterer for et minste antall brukere, eller betaler Leverandørene et fast beløp uavhengig av antall brukere eller lignende, reduseres Leverandørenes risiko. Som nevnt i pkt 7.2.2 ovenfor kan det i prinsippet foreligge en tjenestekonsesjon selv om leverandøren får deler av sitt vederlag gjennom en slik fast betaling fra oppdragsgiver. Den autorisasjonsordningen som beskrevet i pkt 5.1 er imidlertid trolig i grenselandet for å være en tjenestekonsesjon, selv *uten* at kommunen betaler et slikt fast beløp eller garanterer for et minste antall brukere. Dersom det gis slike garantier eller lignende, kan dette derfor medføre at ordningen går over fra å være en tjenestekonsesjon til å bli en anskaffelse.

Dersom kommunene vil basere sin inngåelse av autorisasjonsordninger på reglene om tjenestekonsesjoner, anbefaler vi derfor at kommunene ikke betaler noe fast beløp til leverandørene, uavhengig av antall brukere. Kommunen bør heller ikke garantere et minste antall brukere.

7.4 Konsekvensene av at autorisasjonsordningen er en tjenestekonsesjon

7.4.1 Innledning

At autorisasjonsordningen – med unntak for sykehjemsdrift - er en tjenestekonsesjon medfører at kommunene kan autorisere Leverandørene, uten å følge anskaffelsesregelverket.

Kommunene må imidlertid overholde EØS-avtalens grunnleggende krav til ikke-diskriminering, tildeling på et objektivt grunnlag og etter en transparent tildelingsprosess. Vi skal nedenfor redegjøre kort for hva dette innebærer i praksis.

7.4.2 Offentlighet om tildelingen

Tildeling av tjenestekonsesjoner forutsetter, i likhet med offentlige anskaffelser, en forutgående offentliggjøring av at kommunen har tenkt å tildele slike avtaler.⁵¹ Autorisering av Leverandørene krever derfor en forutgående kunngjøring, slik at alle som ønsker det har anledning til å søke om å bli autorisert. Kunngjøringen behøver imidlertid ikke skje i samsvar med de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesregelverket.

Hvilken form for offentliggjøring som konkret kreves for å tilfredsstillende krav som er oppstilt i EF-domstolens rettspraksis, er fremdeles relativt uavklart. Det er imidlertid slått fast i rettspraksis at kunngjøringen skal foretas slik at også tilbydere fra andre land enn Norge får en reell mulighet til å bli kjent med kunngjøringen. Unntak fra dette gjelder bare dersom det er grunn til å tro at det ikke vil være noen interesse for konkurransen utenfor det land hvor denne gjennomføres, eksempelvis fordi konkurransen har liten økonomisk verdi.⁵²

Vi vil anbefale at kommunene offentliggjør sin intensjon om å autorisere leverandører av Tjenestene i DOFFIN og TED. Dette bør under alle omstendigheter være tilstrekkelig til å tilfredsstillende kravet til offentlighet.⁵³

Utlysningen må redegjøre nærmere for hvilke krav som stilles til dem som skal autoriseres, hvilken dokumentasjon på kompetanse de må fremlegge, og lignende. Det er imidlertid ikke de samme detaljerte krav til dokumentasjon som det som følger av anskaffelsesregelverket.

7.4.3 Kriteriene for tildeling

Tildelingen av autorisasjonene må skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Det er ikke anledning til å ta hensyn til nasjonalitet eller lokal tilhørighet ved tildelingen.⁵⁴

I tillegg må det selvsagt være samsvar mellom det som er sagt i utlysningen om tildelingskriteriene og de kriteriene som rent faktisk benyttes ved tildelingen.

7.4.4 Løpende autorisering

Det er ingenting til hinder for å autorisere Leverandører løpende, etterhvert som de kan dokumentere at de oppfyller autorisasjonskravene.

⁵¹ Jf. bl.a. C-324/98 *Teleaustria*, dom av 7. desember 2000, avsnitt 60-61.

⁵² Se bl.a. C-231/03, *Coname*, dom av 21. juli 2005, avsnitt 17 og 20.

⁵³ Det kan ikke oppstilles noen plikt til kunngjøring i TED ut fra EF-domstolens praksis. Trolig er også en annonse på kommunens hjemmeside tilfredsstillende. Vår anbefaling om kunngjøring i DOFFIN og TED gis på bakgrunn av at kommunen da vil være på den sikre siden.

⁵⁴ Se generelt om tildeling av konsesjoner: Hans Petter Graver: *Konsesjoner og konkurranse – om krav fra fellesskapsretten ved tildeling av offentlige tillatelser*, Lov og Rett nr 4/5 2004, s. 224 flg.

8. FRITT BRUKERVALG INNENFOR ANSKAFFELESREGELVERKET

8.1 Innledning

Som det er redegjort for ovenfor under pkt 7.2 er vår vurdering at den autorisasjonsordning som er beskrevet i pkt 5.1 trolig er en tjenstekonsesjon. Kommunene kan derfor autorisere Leverandørene uten å følge anskaffelsesregelverket.

Denne konklusjonen forutsetter som nevnt at Leverandørene har etterspørselsrisikoen. Det kan imidlertid tenkes at enkelte kommuner ønsker å utforme autorisasjonsordningen på en slik måte at Leverandørens etterspørselsrisiko reduseres.

Dersom kommunen eksempelvis garanterer for et minste antall brukere, eller betaler Leverandørene et fast beløp uavhengig av antall brukere eller lignende, er vår vurdering som nevnt at dette trolig medfører at ordningen går over fra å være en tjenstekonsesjon til å bli en ordinær anskaffelse av Tjenestene.

En slik anskaffelse må følge anskaffelsesregelverket. Vi skal derfor i punkt 8.2 redegjøre generelt for anskaffelsesregelverket for kjøp av helse- og sosialtjenester.

De kommunene som hittil har innført ordninger med fritt brukervalg for pleie- og omsorgstjenester har i hovedsak inngått rammeavtaler med leverandørene av disse tjenestene. Dersom anskaffelsesregelverket skal følges ved innføring av slike brukervalgsordninger, antar vi at dette er den eneste praktisk gjennomførbare metoden for å inngå avtaler med Leverandørene. I pkt 8.3 redegjør vi for regelverket for tildeling av rammeavtaler, og vurderer om dette regelverket kan benyttes til å innføre slike ordninger.

Når det gjelder avtaler om drift av sykehjem, er vår vurdering som nevnt at dette ikke er tjenstekonsesjoner, men ordinære anskaffelser. Dette gjelder selv om slike avtaler kombineres med at kommunen innfører fritt brukervalg også for sykehjemsplasser. Vi skal i pkt 8.4 nedenfor særskilt behandle avtaler om drift av sykehjem.

8.2 Generelt om anskaffelsesregelverket for helse- og sosialtjenester

8.2.1 EU-regelverket

Kommunenes anskaffelse av helse- og sosialtjenester reguleres av direktiv 2004/18 ("Direktivet").⁵⁵

Direktivet inneholder detaljerte krav til prosedyrer for inngåelsen av kontrakter. Prosedyrereglene i Direktivet gjelder imidlertid bare for bestemte typer kontrakter over bestemte beløp.

Helse- og sosialtjenester er ikke omfattet av prosedyrekravene i Direktivet, se kategori 25 "Sundheds- og socialvæsen" i vedlegg II B. Tjenestene som er opplistet i vedlegg IIB til direktivet kalles B-tjenester eller uprioriterte tjenester. For slike tjenester stiller Direktivet

⁵⁵ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlige tjenesteytelser.

bare krav til tekniske spesifikasjoner og kunngjøring etter kontraktstildeling.⁵⁶ Det antas likevel at EØS-avtalens hoveddel krever en viss form for offentlighet forut for tildelingene, på samme måte som ved tildeling av tjenstekonsesjoner.⁵⁷

8.2.2 Det norske anskaffelsesregelverket

Det norske regelverket for offentlige anskaffelser gjennomfører våre forpliktelser etter EØS-avtalen ved å implementere en rekke EF-direktiver, herunder Direktivet.

Det norske regelverket inneholder imidlertid også regler som går utover det Norge er forpliktet til etter Direktivet. I Norge kreves det således kunngjøring nasjonalt, i Doffin, også for anskaffelse av helse- og sosialtjenester til en verdi over kr. 500 000, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 andre ledd, jf. § 9-1. Forskriften inneholder dessuten detaljerte prosedyreregler for denne type kontrakter, om enn noe mer fleksible enn for prioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene, se del II i Forskriften.

Avtaler om kjøp av Tjenestene må m.a.o. følge prosedyrereglene i Forskriften. Dette er ikke en konsekvens av Direktivet, men et resultat av at Norge har valgt å la anskaffelsesregelverkets prosedyreregler få virkning også for tjenester som ikke er omfattet av Direktivets prosedyreregler.⁵⁸

8.3 Bruk av rammeavtaler i et system med fritt brukervalg

8.3.1 Innledning

Dersom kommunene skal etablere en ordning med fritt brukervalg innenfor anskaffelsesregelverket, forutsetter dette bruk av rammeavtaler. Kommunene inngår i så fall rammeavtaler med flere Leverandører av Tjenestene. Deretter kan brukerne velge hvilken Leverandør de ønsker å benytte.

Den rettslige hovedproblemstillingen i tilknytning til et slikt system med parallelle rammeavtaler er om det er rettslig adgang til å la brukerne fritt få velge hvilken Leverandør de ønsker å benytte

8.3.2 Generelt om bruk av rammeavtaler

I Forskriften, § 4-2 f, er rammeavtaler definert som en

”avtale inngått mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, særlig med hensyn til pris og eventuelt planlagte mengder”

For såkalte parallelle rammeavtaler, dvs. rammeavtaler med flere leverandører om den samme ytelsen, kan oppdragsgiver velge mellom to hovedmodeller:

⁵⁶ Se artikkel 21, jf. artiklene 23 og 35 fjerde ledd i direktiv 2004/18.

⁵⁷ Se Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektivene (2006/C 179/02).

⁵⁸ For kontrakter om helse- og sosialtjenester med ideelle organisasjoner, gjelder verken krav til kunngjøring i Doffin eller bestemte prosedyreregler, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 tredje ledd. For slike kontrakter gjelder bare Direktivets regler om tekniske spesifikasjoner og kunngjøring av resultatet av konkurransen, samt del I i Forskriften.

Forskriftens § 6-3 første ledd regulerer rammeavtaler der alle vilkårene er fastlagt i rammeavtalen. Ved tildeling av oppdrag under rammeavtalen kan oppdragsgiver ta direkte kontakt med en av leverandørene og tildele ”på grunnlag av vilkårene” som er fastsatt i rammeavtalen. Denne modellen forutsetter derfor at kontraktsvilkårene er fastlagt, slik at det ikke er nødvendig med nye konkurranser.

Forskriftens § 6-3 andre ledd regulerer situasjonen der alle vilkår ikke er fastlagt i rammeavtalen. Oppdragsgiver skal da invitere leverandørene innenfor rammeavtalen til en ny konkurranse ved tildelingen av kontrakter under rammeavtalen. Vilråene i rammeavtalen og i det opprinnelige konkurransegrunnlaget er i utgangspunktet grunnlag også for den nye konkurransen, se § 6-3 andre ledd, andre til fjerde punktum.

Ved fritt brukervalg er det ikke gjennomførbart å arrangere en ny konkurranse hver gang en enkeltbruker skal velge leverandør. Hovedformålet med fritt brukervalg er at brukerne fritt skal kunne velge Leverandør. De skal derfor ikke behøve å velge i henhold til på forhånd oppstilte kriterier fra kommunen, eller å måtte begrunne hvorfor de valgte en Leverandør fremfor en annen. Brukerne kan for eksempel støtte valget sitt på erfaringer som venner og kjente har gjort seg.

Bruk av rammeavtaler ved fritt brukervalg forutsetter derfor at man benytter den første modellen, hvor kontraktsvilkårene er fastlagt på forhånd. Ved fritt brukervalg er ”fordelingsmekanismen” at brukeren selv velger hvilken leverandør han vil benytte. Spørsmålet er om dette er tilstrekkelig til at man kan si at fordelingsmekanismen er fastsatt på forhånd. Dette vil bli drøftet i pkt 8.3.3 nedenfor.

8.3.3 Fritt brukervalg som fordelingsmekanisme i en rammeavtale

8.3.3.1 Innledning

Som nevnt ovenfor går det fram av Forskriften § 6-3 andre ledd at tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen skal skje på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen/det opprinnelige konkurransegrunnlaget. Kjernespørsmålet i vår sak om det er tilstrekkelig at rammeavtalen opplyser at tildeling skjer etter brukernes eget, frie valg.

Det er lagt til grunn i en rekke rettskilder at fordelingsmekanismen under parallelle rammeavtaler må tilfredsstillende de grunnleggende krav i Direktivets artikkel 2 om at anskaffelsen skal være basert på objektive, transparente og ikke-diskriminerende kriterier.⁵⁹ Dette gjelder både ved inngåelsen av selve rammeavtalen og ved inngåelse av den enkelte kontrakt under rammeavtalen.

Problemet med fritt brukervalg er at brukernes valg av leverandør strengt tatt ikke behøver å være basert på objektive og ikke diskriminerende kriterier. Hvordan brukeren foretar sitt valg er heller ikke transparent. Eksempelvis er det ingenting i veien for at brukeren foretar sitt valg basert på at han ikke liker hudfargen på leverandørens ansatte. Han behøver heller ikke opplyse at dette er begrunnelsen for valget. Kriteriene for valget er dermed heller ikke

⁵⁹ Se eksempelvis Kommissjonens tolkningsnotat om rammeavtaler: Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive, CC/2005/03 s. 8, note 24.

transparent. Hele poenget med fritt brukervalg er nettopp at brukeren skal stå fritt til å velge leverandør.⁶⁰

Som et tankeeksperiment kan man tenke seg denne fordelingsmekanismen overført på andre rammeavtaler enn fritt brukervalg av omsorgstjenester. Eksempelvis kan man tenke seg en kommune som inngår parallelle rammeavtaler om å levere kontorrekvisita til kommunen. I konkurransegrunnlaget opplyser kommunen at valget av leverandør i hvert enkelt tilfelle vil bero på en diskresjonær avgjørelse fra en tilfeldig utvalgt innbygger i kommunen. Vedkommende kan fritt bestemme hvem som skal få oppdraget, basert på sine egne sympatier og antipatier. En slik måte å fordele oppdrag om å levere kontorrekvisita på, tilfredsstiller ikke de grunnleggende kravene til objektivitet og transparens.

Spørsmålet er derfor om en slik utvelgelsesmekanisme likevel er lovlig når den benyttes i et system med fritt brukervalg av omsorgstjenester.

8.3.3.2 Nærmere om lovligheten av fritt brukervalg som fordelingsmekanisme

Et argument for at fritt brukervalg er et lovlig tildelingskriterium er at et slikt system harmonerer godt med enkelte av de grunnleggende formålene som ligger bak anskaffelsesregelverket. Regelverket tar bl.a. sikte på å skape reell konkurranse om offentlige kontrakter. Et system der brukerne av offentlige tjenester selv velger hvilke leverandører de ønsker å benytte for å få utført disse tjenestene harmonerer godt med denne grunnidéen. Det fremstår på mange måter som paradoksalt dersom regelverket skal hindre det offentlige i å utsette leverandørene for en reell "markedskonkurranse", ved at "sluttbrukeren" får velge leverandør.

På den annen side er det også et sentralt formål med reglene at konkurransen skal gjennomføres på en måte som innebærer lik behandling av leverandører og med mulighet for leverandører å bli kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltakelse og tildeling av kontrakt, jf forskriftens § 3-1 (4). Som nevnt harmonerer ikke dette godt med at brukerne kan velge fritt.

En viss støtte for at fritt brukervalg er en lovlig fordelingsmekanisme finnes i Kommisjonens "Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest".⁶¹ I dokumentet stilles det spørsmål om hvordan anskaffelsesreglene kan forenes med en frihet for brukerne til å velge blant leverandører av sosiale tjenester som det offentlige har inngått avtaler med. Kommisjonen gir uttrykk for at:

"Public procurement procedures do not aim at limiting the number of service providers selected. Contracting authorities have full freedom to choose one or several operators to satisfy their needs. Public authorities can for example entrust the same service concession to

⁶⁰ Problemene knyttet til å benytte rammeavtaler som grunnlag for et system med fritt brukervalg er generelt påpekt av Tom Madell i hans utredning i tilknytning til innføringen av den svenske LOV. Han påpeker generelt at et fritt kundevalg synes vanskelig forenlig med prinsippene om at fordelingskriteriene skal være fastsatt på forhånd, men uten å gå i detalj om spørsmålet. Se nærmere Madell: s. 189.

⁶¹ Commission Staff Working document, "Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest", SEC (2007) 1514 av 20.11.2007. Dokumentet er utgitt i tilknytning til Kommisjonenes veiledning om "Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment".

several operators, if this is practically feasible, thereby guaranteeing a larger choice for users of the service. [Vår understrekning]”⁶²

Rettskildeverdien av et slikt dokument fra Kommisjonen er begrenset, og uttalelsen adresserer heller ikke eksplisitt vår problemstilling. Uttalelsen synes imidlertid å bygge på en forutsetning om at anskaffelsesreglene ikke hindrer at brukerne av den typen tjenester kan velge mellom ulike leverandører som det offentlige har inngått avtale med.

Det er også naturlig å trekke en parallell til de reglene som gjelder for konsesjonskontrakter. Konsesjonskontraktene reguleres ikke av anskaffelsesdirektivet og anskaffelsesforskriften, men også tjenestekonsesjoner skal tildeles på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier, som er transparente. En tjenestekonsesjon innebærer som nevnt at den som tildeles konsesjonen får rett til å utnytte det tildelte godet til å skaffe seg inntekter og ta betalt fra brukerne av godet. *Brukernes valg mht om de vil benytte dette godet* er ikke nødvendigvis basert på objektive og transparente kriterier. På tross av dette har det aldri vært antydning at det skulle være i strid med de generelle prinsippene å la brukerne selv få velge å benytte seg av det godet som er omfattet av konsesjonskontrakten, så lenge selve tildelingen av konsesjonskontrakten overholder de generelle prinsippene.

Overført på vårt tilfelle kan det hevdes at når konsesjonskontraktene oppfyller de generelle prinsippene, selv om brukernes valg av om de vil benytte seg av det godet konsesjonærene er tildelt ikke skjer på objektive og transparente vilkår, så må fritt brukervalg innenfor et rammeavtalesystem også tilfredsstillende disse prinsippene.

En viss støtte for at denne typen fordelingsmekanismer er lovlige finnes også i juridisk teori. *Smiseth* gir således uttrykk for at når det er inngått en rammeavtale om kjøp av medisiner må den enkelte lege kunne ta det endelige valget m.h.t. hvilken medisin som kjøpes, siden det er faglig uenighet om hvilken medisin som er den beste.⁶³ På samme måte kan en hevde at det er brukerne selv som ut fra opplevd kvalitet har de beste forutsetningene for å velge Leverandør for Tjenestene.

Et annet forhold som kan tilsi at en slik fordelingsmekanisme er lovlig, er at denne typen systemer synes å ha blitt akseptert i praksis. Eksempelvis finnes det praksis fra KOFA, som synes å forutsette at brukernes frie valg er en lovlig fordelingsmekanisme. Sak 2007/93 gjaldt inngåelse av rammeavtale for polikliniske radiologitjenester. Følgende var opplyst i konkurransegrunnlaget om tildeling av kontrakter:

”Avrop mot rammeavtalene vil skje av pasienten selv gjennom pasientvalgt henvisning fra rekvirent og bestemmelser om fritt sykehusvalg (...).”

Ordningen er langt på vei parallell til det frie brukervalg som er tema for denne utredningen. KOFA synes ikke å ha vært inne på tanken at et slikt tildelingssystem strider mot de generelle prinsippene. Den rettskildemessige verdien av at nemnda ikke slo ned på ordningen er imidlertid begrenset, siden problemstillingen ikke var brakt opp av klageren.⁶⁴

I Sverige har regjeringen i proposisjonen til LOV som nevnt karakterisert kontrakter tildelt i

⁶² Dokumentets s. 9.

⁶³ Henrik Smiseth, Nye bestemmelser om bruk av rammeavtaler ved offentlige anskaffelser, Tidsskrift for Forretningsjus nr. 4/2005, s. 492.

⁶⁴ Sak 2007/93: Helse Sør-Øst RHF, avgjørelse av 28. januar 2008.

medhold av valgfrihetsordningen som en tjenestekonsesjon.⁶⁵ I *Frittvalutredningen*, som gikk forut for denne proposisjonen, var ordningen derimot omtalt som en tjenestekontrakt som måtte følge anskaffelsesregelverket.⁶⁶ På tross av dette er det i *Frittvalutredningen* ikke stilt spørsmål ved om de generelle prinsippene krever en rangering eller fordeling av oppdragene på forhånd. Det synes tvert i mot underforstått at brukernes eget valg er en lovlig metode for å fordele oppdragene på.

Heller ikke i Danmark synes man å ha problematisert spørsmålet om et fritt brukervalg vil være en lovlig metode for å fordele oppdrag under en rammeavtale.

Det er mulig at den manglende drøftelsen av dette spørsmålet kan skyldes at man ikke har prosedyreregler for inngåelse av rammeavtaler for helse- og sosialtjenester i Danmark og Sverige. De generelle prinsippene gjelder imidlertid uansett, slik at det ville ha vært naturlig å drøfte om disse prinsippene var til hinder for et fritt brukervalg, dersom man hadde vurdert dette som et problem.

8.3.3.3 Konklusjon – fritt brukervalg som fordelingsmekanisme i en rammeavtale

Etter vårt syn er det betydelig usikkerhet knyttet til om fritt brukervalg kan benyttes som fordelingsmekanisme i et system med parallelle rammeavtaler. Parallellen til konsesjonskontrakter, det faktum at systemet synes å være akseptert i et kommisjonsnotat og at man i Sverige og Danmark synes å ha lagt til grunn at dette er en lovlig fordelingsmekanisme, tilsier at dette er en lovlig fordelingsmekanisme. Det er imidlertid også tungtveiende motargumenter mot at dette er en lovlig fordelingsmekanisme.

Vi heller likevel i retning av at det er adgang til å benytte fritt brukervalg som fordelingsmekanisme i et system med parallelle rammeavtaler. Kommunene kan m.a.o. trolig etablere et system for fritt brukervalg, selv om dette utformes slik at det er en anskaffelse, ikke en tjenestekonsesjon.

Vi vil imidlertid understreke at det er betydelig usikkerhet knyttet til denne konklusjonen. Vi vil derfor anbefale at brukervalgsordninger utformes slik at Leverandørene har etterspørselsrisikoen, og at de dermed (trolig) er tjenestekonsesjoner.

8.3.4 Supplering med nye rammeavtaler i løpet av avtaleperioden for den opprinnelige rammeavtalen

En av grunnene til at KS har ønsket å vurdere om et fritt brukervalg kan gjennomføres uten å benytte rammeavtaler, er at man har ønsket å kunne autorisere nye Leverandører løpende, etter hvert som disse melder sin interesse for å delta i ordningen.

Dersom en rammeavtale inngås med flere Leverandører om å levere tjenester innenfor et system med fritt brukervalg, kan man ikke ta opp nye Leverandører i løpet av

⁶⁵ Regeringens proposition 2008/09:29 Lag om valgfrihetssystem s. 57.

⁶⁶ Frittvalutredningen: LOV att välja – Lag Om Valgfrihetssystem SOU 2008:15 s. 125: ”I och med att utredaren fastslagit att det föreligger ett avtal med ekonomiska villkor mellan kommunen och den externa leverantören om utförandet av en tjänst så ska *upphandlingsreglerna* [vår uth.]och reglerna i fördraget respekteras.” *Ibid* s. 128: ”Mot bakgrund av de rättsutlåtande som Andrea Sundstrand och Tom Madell skrivit kan utredaren inte finna att det valgfrihetssystem som utredaren föreslår kan betraktas som en tjänstekoncession.”

rammeavtaleperioden, innenfor den allerede inngåtte parallelle rammeavtalen. Departementet har således i sin veiledning til Forskriften gitt uttrykk for at:

*”Rammeavtalene er med andre ord et lukket system, der verken nye oppdragsgivere eller nye leverandører kan slutte seg til rammeavtalen i løpet av avtaleperioden”.*⁶⁷

Dette er også fremhevet i tolkningsnotatet fra Kommisjonen.⁶⁸

Etter vår vurdering er det klart at det vil innebære en ulovlig direkteanskaffelse dersom en ny Leverandør får tiltre en eksisterende parallell rammeavtale uten å ha deltatt i en forutgående konkurranse.

Derimot vil vi ikke utelukke at kommunen, i den perioden hvor de første rammeavtalene løper, kan gjennomføre nye konkurranser om å inngå ytterligere parallelle rammeavtaler, med tilsvarende innhold som de først inngåtte rammeavtalene. Systemet vil i så fall fungere på følgende måte:

Kommunen utlyser opprinnelig en konkurranse om å inngå parallelle rammeavtaler om å levere Tjenestene, med fritt brukervalg som fordelingsmekanisme mellom Leverandørene. I utlysningen gjøres det eksplisitt oppmerksom på at kommunen, mens rammeavtalene løper, vil kunne komme til å utlyse en ny konkurranse om å inngå ytterligere rammeavtaler, med tilsvarende innhold som de først inngåtte avtalene. De Leverandørene som får avtale i den første konkurransen, risikerer m.a.o. at de reelt sett får flere konkurrenter, ved at det inngås nye rammeavtaler med tilsvarende innhold som de først inngåtte avtalene. Formelt sett er dette likevel noe annet enn at det kommer nye Leverandører inn i den opprinnelige rammeavtalen.

Det kan likevel reises spørsmål om en slik fremgangsmåte innebærer en omgåelse av anskaffelsesregelverket, fordi systemet gir for liten forutberegnelighet for Leverandørene. Som nevnt ovenfor, er det tvil om hvorvidt fritt brukervalg kan benyttes som fordelingsmekanisme, blant annet fordi dette gir liten forutberegnelighet. Dersom Leverandørene i realiteten ikke ved avtaleinngåelsen kan vite hvor mange Leverandører de til enhver til reelt sett vil konkurrere med, fordi det underveis i avtaleperioden vil bli arrangert nye konkurranser, reduseres forutberegneligheten ytterligere. Etter vår vurdering kan det likevel ikke utelukkes at en fremgangsmåte som nevnt er tillatt, all den stund det tas et eksplisitt forbehold som nevnt, i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen. Leverandørene vil da være vel kjent med at dette er forutsetningen i rammeavtalen. Dersom de likevel velger å inngå avtale, er det vanskelig å se gode argumenter for at det ikke skal være adgang til dette. Spørsmålet må likevel anses som uavklart.

8.3.5 Oppsummering – bruk av rammeavtaler i et brukervalgssystem

Dersom kommunene betaler Leverandørene et fast beløp for å levere Tjenestene, eller garanterer Leverandørene et minste antall brukere, må kontrakten trolig inngås i samsvar med anskaffelsesregelverket. Dette forutsetter bruk av parallelle rammeavtaler. Vår vurdering er at

⁶⁷ Fornyings- og administrasjonsdepartementet: *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, november 2006. punkt 8.3.4.

⁶⁸ CC/2005/03: ”Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive” – notat om rammeavtaler fra Kommisjonen s. 5: “In other words, framework agreements constitute a closed system which no-one else can enter, either as a purchaser or a supplier.”

det trolig er adgang til å fordele oppdragene mellom Leverandørene ved at brukerne selv velger hvilken Leverandør de ønsker å benytte. Det er imidlertid betydelig tvil knyttet til denne konklusjonen.

Det er et åpent spørsmål om kommunen kan inngå avtaler med Leverandørene som gir kommunen rett til å inngå ytterligere rammeavtaler med samme innhold som de opprinnelige rammeavtalene.

På bakgrunn av de betydelige usikkerhetsmomenter som er til stede ved bruk av rammeavtaler i et brukervalgssystem, vil vi anbefale at brukervalgssystemet utformes slik at den er en tjenestekonsesjon, ikke en anskaffelse.

8.4 Særlig om avtaler om sykehjemsdrift

8.4.1 Innledning

Som nevnt er vår vurdering at en avtale mellom en kommune og en privat aktør om å drive et kommunalt sykehjem ikke er en tjenestekonsesjon, men en ordinær anskaffelse av en uprioritert tjeneste, som må følge reglene i Forskriften om kjøp av slike tjenester.⁶⁹

Ved inngåelse av slike avtaler oppstår det heller ikke noen særskilte problemstillinger knyttet til reglene for inngåelse av parallelle rammeavtaler. I disse tilfellene inngås det én avtale for hvert sykehjem, ikke flere parallelle rammeavtaler for samme sykehjem.

8.4.2 Avtaler med ideelle organisasjoner om sykehjemsdrift

Kommunen er ikke pålagt å følge *prosedyrekravene* i Forskriften ved tildeling av oppdrag til ideelle organisasjoner, jf. Forskriften § 2-1 femte ledd. De alminnelige reglene i Forskriftens del I gjelder likevel. Dette innebærer bl.a. at forskriftens § 3-1 første ledd gjelder. Her slås det fast at:

”Enhver anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse uansett hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes”

Som vi tidligere har påpekt, er det vanskelig å få til en konkurranse om å drive sykehjem som er eid av private organisasjoner, fordi det i praksis ikke er andre aktuelle drivere til sykehjemmet enn den ideelle organisasjonen som eier hjemmet.⁷⁰

Spørsmålet er hvordan kommunen kan gå fram for å overholde kravet til konkurranse i Forskriftens § 3-1 første ledd.

Departementet har nylig i en stortingsmelding om innkjøp presisert at forutgående kunngjøring ikke er nødvendig for tildeling av kontrakter til ideelle organisasjoner. I stortingsmeldingen skisseres videre muligheten for en begrenset konkurranse, hvor bare ideelle organisasjoner får levere tilbud.⁷¹

⁶⁹ Med unntak for prosedyrekravene for avtaler med ideelle organisasjoner, jf. pkt 4.4.

⁷⁰ Se pkt 4.4 foran.

⁷¹ St.meld. nr. 36 (2008-2009): *Det gode innkjøp* Tilråding frå Fornyings- og administrasjonsdepartementet av 8. mai 2009, godkjend i statsråd same dagen, punkt 4.2: ”Unntaket gir innkjøparane eit val. Dei kan halde avgrensa konkurransar der berre ideelle organisasjonar får levere tilbud. Dei treng då ikkje å følgje dei detaljerte prosedyre-reglane i forskrifta, blant anna kravet om kunngjering i Doffin. Alternativt kan dei velje å

Nærmere veiledning kan hentes fra klagenemndas avgjørelse om kjøp av behandlingsplasser og kurdøgn fra rehabiliteringssenteret ”CatoSenteret”, sak 2005/180.⁷²

Klagenemnda kom i denne saken til at tildelingen av kontrakten var omfattet av unntaket for ideelle organisasjoner, men at oppdragsgiveren hadde brutt kravet til konkurranse i anskaffelsesloven § 5. Begrunnelsen fra klagenemnda var at oppdragsgiveren ikke hadde gitt eventuelle andre rehabiliteringsinstitusjoner *muligheten til å tilbud* på behandlingsplasser. Klagenemndas avgjørelse er åpenbart bygget på en forutsetning om at det fantes et marked for slike tjenester og at det ikke forelå saklige grunner for å unnlate å hente inn andre tilbud.

Avgjørelsen innebærer at kommunen som utgangspunkt har plikt til å kontakte mer enn én ideell organisasjon for å få et tilbud på sykehjemsplasser.

Markedssituasjonen for behandlingsplasser ved et rehabiliteringssenter skiller seg imidlertid fra sykehjemsplasser, ved at hele landet kan anses som ett marked. Siden tjenestene ved rehabiliteringssenter er mer spesialisert enn ved sykehjem, og oppholdet for brukerne jevnt over kortere enn ved sykehjemsopphold, er ikke nærhet til bostedet avgjørende. Flere senter kan derfor oppfylle brukernes behov, og det er mulig å etablere en reell konkurranse om oppdragene, ved å hente inn tilbud fra ideelle organisasjoner som driver rehabiliteringssenter på forskjellige steder.

Siden opphold på sykehjem kan ha en lang varighet, er det viktig at sykehjemmet befinner seg i rimelig nærhet fra bostedet til brukeren eller de nærmeste pårørende. Markedet for sykehjemsplasser vil derfor i dette tilfellet være sykehjem som ligger i kommunen, eller innenfor en akseptabel avstand eller reisetid.

Som nevnt i pkt. 4.4 er det knapphet på sykehjemsplasser i de fleste kommuner. Kommunen vil derfor ofte være avhengig av å kunne inngå kontrakt med *alle* de ideelle organisasjonene som driver sykehjem i, eller i nærheten av, kommunen.

Man kan eksempelvis tenke seg en kommune hvor det er to sykehjem, A og B. Begge har avtaler med kommunen, som utløper hhv 1.1.2010 og 1.1.2011. Når sykehjem As avtale løper ut 1.1.2010, gir det normalt liten mening å innhente et konkurrerende tilbud fra sykehjem B, dersom kommunen uansett trenger plassene ved begge hjemmene. Så lenge organisasjonene innser at kommunene ikke har noe annen mulighet til å oppfylle brukernes behov enn ved å inngå avtale med dem, kan de langt på vei diktere avtalebetingelsene. I slike situasjoner er det ikke mulig å oppnå reell konkurranse.

Kravet til konkurranse gjelder som tidligere nevnt bare ”så langt det er mulig”, jf. Forskriften § 3-1 første ledd. I slike situasjoner som skissert ovenfor er vår vurdering derfor at kommunen oppfyller lovens krav ved å forhandle så godt de kan med dette utgangspunktet. På lang sikt kan kommunen tilpasse avtalenes lengde slik at kommunen kan forhandle samlet med flere organisasjoner. Gjennom å sammenligne tilbudene, og eventuelt hente inn uavhengige beregninger av driftskostnadene for det enkelte sykehjem, kan kommunen få en bedre oversikt over rammebetingelsene for organisasjonene.

gjennomføre konkurransar i tråd med prosedyrereglane i innkjøpsforskrifta, og kunngjere innkjøpet i Doffin med invitasjon til alle interesserte leverandørar, medrekna ideelle organisasjonar, om å delta i konkurransen”

⁷² Sak 2005/180: Helse- og omsorgsdepartementet, avgjørelse 18. september 2006.

9. OPPSUMMERING – ”AUTORISASJON”, TJENESTEKONSESJON ELLER ANSKAFFELSE?

9.1 ”Autorisasjon” i et system med fritt brukervalg

Som det fremgår av pkt 5.2, er vår vurdering at det ikke er rettslig adgang til å innføre en ren offentligrettslig autorisasjonsordning med et innhold som skissert i pkt 5.1. En slik ordning vil enten være en tjenstekonsesjon eller en offentlig anskaffelse, avhengig av hvordan den utformes. Dette gjelder selv om det ikke inngås en formell avtale mellom kommunen og Leverandørene, og selv om brukernes betaling for Tjenestene skjer ved at de benytter en betalingsanvisning som de har mottatt fra kommunen.

Kommunale ordninger med fritt brukervalg må derfor etableres enten som en tjenstekonsesjon eller gjennom en ordinær anskaffelsesprosess.

9.2 Brukervalg som en tjenstekonsesjon

Et brukervalgssystem vil trolig være en tjenstekonsesjon dersom Leverandørene fullt ut har etterspørselsrisikoen for Tjenestene. Dette innebærer at betalingen utelukkende må være en ren funksjon av antall brukere de klarer å skaffe seg. Dersom Leverandørene garanteres et minstevolum av Tjenestene eller mottar et fast beløp fra kommunen, vil dette trolig være en anskaffelse som må følge anskaffelsesregelverket for uprioriterte tjenester.

Om det inngås en formell avtale mellom kommunen og Leverandørene, som regulerer Leverandørens forpliktelser, eller om Leverandørens forpliktelser utelukkende reguleres i en ”autorisasjon”, spiller ingen rolle for om det foreligger en tjenstekonsesjon.

Om kommunens betaling til Leverandørene skjer direkte fra kommunen, eller via en betalingsanvisning som brukeren disponerer, men som kommunen betaler i henhold til, spiller heller ingen rolle for om det foreligger en tjenstekonsesjon.

De avtalene som kommunen inngår med Leverandørene og som innebærer at Leverandøren skal drifte et kommunalt sykehjem, er etter vårt syn ikke en tjenstekonsesjon, men en ordinær kommunal anskaffelse.

9.3 Brukervalg som en kommunal anskaffelse med bruk av rammeavtaler

Dersom en kommune ønsker å garantere Leverandørene et visst minste volum av Tjenestene, eller betale Leverandøren et fast beløp uavhengig av hvor mange brukere Leverandøren oppnår, vil dette trolig være en ordinær anskaffelse som må følge anskaffelsesregelverket for uprioriterte tjenester.

Et brukervalgssystem forutsetter bruk av rammeavtaler med Leverandørene, samt at brukeren selv kan velge hvilken Leverandør han vil benytte. Det er et uavklart spørsmål om det er lovlig å fordele oppdrag under en rammeavtale gjennom brukernes eget frie valg. Vi antar at dette er lovlig, men konklusjonen er ikke opplagt.

Dersom kommunene inngår rammeavtaler med Leverandørene, vil enkelte kommuner trolig ønske å kunne supplere disse rammeavtalene på et senere tidspunkt, ved å inngå ytterligere

rammeavtaler med flere Leverandører av de samme Tjenestene. Det er et tvilsomt spørsmål om kommunen har adgang til det. Vi heller imidlertid i retning av at det er adgang til dette, forutsatt at det klart er tatt forbehold om dette ved inngåelsen av de opprinnelige rammeavtalene.

Avtaler om drift av sykehjem som kommunen eier innebærer ikke bruk av parallelle rammeavtaler. Etter vår vurdering er det ikke noen rettslige problemer knyttet til å inngå slike avtaler i samsvar med det ordinære anskaffelsesregelverket.

9.4 Oppsummering – brukervalg bør etableres som tjenestekonsesjoner, med unntak for avtaler om sykehjemsdrift

Vår anbefaling er at systemer for fritt brukervalg bør utformes slik at de utgjør en tjenestekonsesjon, dvs. slik at Leverandør har etterspørselsrisikoen.

Det er trolig også adgang til å inngå ordinære rammeavtaler med Leverandørene innenfor anskaffelsesregelverket, der Leverandørene ikke har etterspørselsrisikoen. Det er imidlertid et usikkert spørsmål om brukernes eget valg er en lovlig fordelingsmekanisme mellom Leverandørene i et slikt system. Bruk av tjenestekonsesjoner fremstår derfor som et sikrere alternativ.

Avtaler om drift av sykehjem skal inngås i henhold til de ordinære reglene i anskaffelsesregelverket for uprioriterte tjenester. Avtaler med ideelle organisasjoner om kjøp av sykehjems plasser kan inngås uten å følge prosedyrereglene i Forskriften. Knapphet på sykehjems plasser i de fleste kommuner gjør at det er vanskelig å oppnå en reell konkurranse mellom de ideelle organisasjonene. Kommunen oppfyller likevel Forskriftens krav ved å forhandle direkte med organisasjonene.

10. FELLESPØRSMÅL VED BRUK AV TJENESTEKONSESJONER OG RAMMEAFTALER

10.1 Innledning

Uavhengig av hvilken framgangsmåte kommunen bruker for å plassere Tjenestene hos private Leverandører, er det enkelte felles problemstillinger som det må tas stilling til.

Overfor brukerne er spørsmålet hvordan kommunen skal håndtere dem som ikke ønsker å foreta et aktivt valg av Leverandør, eller ikke har forutsetninger for å velge selv, jf. pkt 10.2 og 10.3 nedenfor.

Overfor Leverandørene er problemstillingen for det første hvordan kommunen kan sikre seg tilfredsstillende kvalitet på Leverandørens ytelser, jf. pkt 10.4 nedenfor. Videre har KS bedt oss vurdere hvordan kommunen kan sikre Leverandørens ansatte mot sosial dumping, jf. pkt 10.5.

10.2 Etablering av et "ikke-valgsalternativ", kommunalt eller privat

Motivet bak ordningen med fritt brukervalg er å gi brukerne *mulighet* til å velge, uten at det dermed skal være en plikt for brukeren til å foreta et aktivt valg. Det store flertallet av brukere i dagens brukervalgsordninger foretar ikke noe aktivt valg. Dette tilsier at kommunen må etablere et alternativ for dem som ikke ønsker å velge, et såkalt "ikke-valgsalternativ".

Et ikke-valgsalternativ kan utformes slik at de som ikke velger, automatisk får tjenester fra kommunen. Alternativt kan disse fordeles mellom Leverandørene etter en fordelingsnøkkel. Om man velger det ene eller andre alternativ kan få store konsekvenser for hvilket tjenestevolum Leverandørene vil oppnå.

Vi anbefaler som nevnt at den påtenkte autorisasjonsordningen gjennomføres som en tjenstekonsesjon. I et slikt system vil et kommunalt ikke-valgsalternativ trolig være det eneste mulige alternativet. Ved en fordeling av oppdragene mellom Leverandørene på forhånd, reduseres Leverandørenes etterspørselsrisiko betydelig. Som nevnt i pkt 7.3.2 vil det trolig medføre at systemet ikke kan anses som ene tjenstekonsesjon.

Dersom brukervalgsordningen gjennomføres ved bruk av de ordinære anskaffelsesreglene og et system med rammeavtaler, er det rettslig sett ingenting til hinder for at brukere som ikke velger blir tildelt en av Leverandørene i en turordning. Gode grunner taler imidlertid for at det kommunale tilbudet bør være ikke-valgsalternativet også ved bruk av anskaffelsesprosedyren.

10.3 Brukere som ikke har forutsetninger for å velge selv

10.3.1 Innledning

Fritt brukervalg er basert på en forutsetning om at brukerne er i stand til å motta og vurdere informasjon for å gjøre et forsvarlig valg. Enkelte brukere har ikke forutsetninger for dette, eksempelvis pga. av senil demens.⁷³

⁷³ BPA krever at brukeren er egnet til å være arbeidsleder og vil ikke være aktuelt for brukere som ikke har forutsetninger for å velge selv. Vi går derfor ikke nærmere inn på denne typen tjenester i dette avsnittet.

Spørsmålet er derfor hvordan denne situasjonen skal håndteres. For det første er det spørsmål om hvor mye som skal til før en person ikke har forutsetninger for å velge Leverandør selv. Dersom en person ikke kan velge Leverandør selv, oppstår det for det andre et spørsmål om hvem som da skal velge for ham. For det tredje er spørsmålet hva kommunen skal gjøre dersom den som er utpekt til å velge for brukeren ikke foretar et valg.

10.3.2 Når mangler brukeren forutsetninger for å velge?

Når det gjelder spørsmålet om hva som skal til før en bruker ikke kan velge Leverandør selv, gir reglene om krav til samtykke i pasientrettighetsloven et utgangspunkt.⁷⁴ All helsehjelp krever i utgangspunktet en form for samtykke fra brukeren, jf. pasientrettighetsloven § 4-1. Samtykkekompetansen kan falle bort dersom pasienten ”åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter”, jf. pasientrettighetsloven § 4-3 tredje ledd.

Dersom en bruker bare har en mindre reduksjon i forstandsevnene, som lettere alderdomssvekkelse, har han fortsatt samtykkekompetansen i behold.⁷⁵ Dette gjelder også for vurderingen av om brukeren kan velge Leverandør selv.

10.3.3 Hvem skal velge for en bruker som ikke kan velge selv?

Dersom brukeren mangler samtykkekompetanse, er spørsmålet *hvem* som skal velge for brukeren. Vi kan skille mellom tilfeller hvor brukeren er myndig og umyndiggjort.

Pasientrettighetsloven utpeker forskjellige grupper som kan velge for myndige personer ut ifra hvilken helsetjeneste det gjelder. For helsetjenester av ”lite inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet” kan den som yter helsetjenesten ta avgjørelser for pasienten, jf. pasientrettighetsloven § 4-6 første ledd. I prinsippet kan derfor trolig kommunens helsepersonell velge Leverandør av hjemmesykepleie og hjemmehjelp for brukeren. Hvilket sykehjem vedkommende skal plasseres på er derimot trolig en så viktig avgjørelse at det ligger utenfor beslutningskompetansen til helsepersonellet i medhold av denne bestemmelsen.

Det er imidlertid en dårlig løsning at helsepersonell velger Leverandør av hjemmesykepleie og hjemmehjelp for brukeren. En slik løsning ville kunne medføre spørsmål om helsepersonellens habilitet og lignende. Den naturlige løsning i disse situasjonene er at nærmeste pårørende foretar valget, enten det dreier seg om leverandør av hjemmesykepleie eller sykehjemsplassering. Hvem som er nærmeste pårørende er definert i pasientrettighetsloven § 1-3. Dersom nærmeste pårørende ikke ønsker å ta et valg, vil det naturlige være å falle tilbake på ikke-valgsalternativet, jf. pkt 10.2 ovenfor.

Dersom brukeren er umyndiggjort etter umyndiggjørelsesloven, vil det være vedkommendes verge som har kompetanse til å treffe beslutningen. Dersom vergen ikke ønsker å treffe en beslutning, faller man tilbake på ikke-valgsalternativet.

⁷⁴ Lov om pasientrettigheter 2. juli 1999 nr. 63.

⁷⁵ Se Gyldendal Rettsdata: Kommentarer til pasientrettighetsloven ved Aslak Syse note 73.

Hjemmehjelpstjenester er ikke helsetjenester og krever ikke samtykke fra brukerne i samme grad. Det antas at brukere som ikke har behov for annen bistand enn hjemmehjelp gjennomgående vil ha forutsetninger for å foreta valget selv. Dersom det ikke er tilfellet, vil en kunne bruke samme modell som skisseres nedenfor for helsetjenestene.

10.4 Kommunenes kontroll med Leverandørens ytelser

Ved helse- og sosialtjenester utført i egenregi sikrer kommunen kvaliteten på Tjenestene gjennom arbeidsgivers styringsrett. Arbeidsgiver skal gi instruksjon, veiledning og føre tilsyn. Manglende instruksjon og tilsyn kan gi grunnlag for at arbeidsgiveren blir pålagt erstatningsansvar.⁷⁶

Når private utfører tjenestene, har kommunen i utgangspunktet ikke samme mulighet til kontinuerlig tilsyn. Det er derfor viktig at kommunen sikrer seg kontroll med Leverandørens ytelser til brukerne. Dette behovet er akkurat det samme enten autorisasjonsordningen gjennomføres som en tjenstekonsesjon eller som en anskaffelse som skal følge anskaffelsesregelverket. Kommunen vil uavhengig av dette være ansvarlig for at tjenestene holder den nødvendige kvalitet, og vil derfor uansett ha behov for å kunne kontrollere dette, og ha sanksjoner dersom kvalitetskravene ikke overholdes.

Kommunens kontrollbehov er også uavhengig av om kravene til Leverandørene stilles i en "autorisasjon", uten at det inngås en formell avtale mellom kommunen og Leverandørene, eller om det utformes en formell avtale mellom kommunen og Leverandørene. Kommunens grunnleggende ansvar for tjenestene vil uansett være det samme, og kommunen vil derfor uansett ha samme behov for å kontrollere ytelsenes kvalitet.

I dag inngår flere kommuner rammeavtaler med leverandører i systemer med fritt brukervalg. Disse avtalene inneholder ulike former for kontrollmekanismer, for å sikre at tjenestene holder den forutsatte kvalitet. Likeledes inneholder de sanksjonsmuligheter, dersom leverandørene ikke overholder sine forpliktelser.

Etter vårt syn vil behovet for kontrollmekanismer og sanksjonsmuligheter være akkurat de samme i et system med en autorisasjon av leverandørene, i form av en tjenstekonsesjon. Muligheten for å innføre slike sanksjoner er også de samme i en tjenstekonsesjon som i dagens rammeavtaler. Vi anser det derfor ikke som naturlig å gå i detaljer om hvordan kontrollmulighetene og sanksjonsmulighetene bør utformes i en slik autorisasjon, ettersom det i all hovedsak vil innebære en videreføring av dagens praksis innenfor rammeavtalesystemet.

Det sentrale vil fremdeles være å kontrollere at Tjenestene som Leverandørene utfører er i samsvar med de krav til kvalitet og omfang som følger av loven og av kommunens vedtak om å tildele slike ytelser til brukeren, samt å sikre seg sanksjonsmuligheter dersom Tjenestene ikke er i samsvar med forutsetningene.

10.5 Tiltak mot sosial dumping

10.5.1 Innledning

KS har bedt oss vurdere hvilke muligheter et system med fritt brukervalg gir for å hindre sosial dumping. Spørsmålet er hvordan kommunen kontraktmessig kan sikre seg mot at Leverandørenes ansatte utsettes for sosial dumping.

Oppsummert er vår vurdering at de avtalene kommunen inngår med Leverandørene ikke reiser særskilte problemer hva angår muligheten for å hindre sosial dumping, ut over de

⁷⁶ Kjønstad og Syse II 2008 s. 392.

problemer som oppstår ved andre typer kontrakter som kommunene inngår med eksterne leverandører. Vi vil derfor bare gi en kortfattet redegjørelse for denne problemstillingen.

10.5.2 Generelt om lønns- og arbeidsvilkår for Leverandørenes ansatte

Arbeidstakere som arbeider i Norge omfattes som utgangspunkt av den norske arbeidsmiljøloven, ferieloven og andre norske arbeidsrettslige verneregler.⁷⁷ I utgangspunktet oppstår det derfor ingen særproblemer knyttet til arbeidstakere som arbeider for Leverandørene. Dette gjelder som utgangspunkt selv om arbeidstakerne er utlendinger.

For arbeidstakere som er ansatt i utenlandsk selskap, og som bare utfører kortvarige oppdrag i Norge, gjelder ikke nødvendigvis norsk rett fullt ut. For slike arbeidsforhold gjelder den såkalte "utsendingsforskriften".⁷⁸ Denne forskriften sikrer arbeidstakerne visse minimumsrettigheter. Forskriften gjelder generelt for alle såkalte "utsendte" arbeidstakere. Forskriften reiser derfor ingen særproblemstillinger for ansatte hos Leverandørene. Vi går derfor ikke nærmere inn på forskriften her.

Arbeidsmiljøloven kapittel 10 har bestemmelser om arbeidstid.⁷⁹ Disse bestemmelsene kommer til anvendelse for både norske og utenlandske arbeidstakere. Arbeidsgiver må derfor holde seg innenfor lovens grenser for arbeidstid og betaling for overtid både for norske og utenlandske arbeidstakere.

Arbeidsmiljøloven har ingen nærmere reguleringer om minstelønn. For offentlige arbeidsgivere er dette forholdet til en viss grad regulert i en egen forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.⁸⁰ Forskriften gjelder statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer når de inngår tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1,05 millioner kroner eks. mva. for statlige myndigheter og 1,65 millioner kroner eks. mva. for andre oppdragsgivere. Det fremgår av forskriften § 5 at oppdragsgiver i sine kontrakter skal

"stille krav om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, har lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke."

Med hjemmel i denne forskriften skal m.a.o. kommunene i sine kontrakter med Leverandørene stille krav om at Leverandørene gir sine ansatte lønnsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av "landsomfattende tariffavtale" eller som "ellers er normalt for vedkommende sted og yrke".

Forskriften om lønns- og arbeidsvilkår gjelder etter sin ordlyd bare for tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter over en viss verdi. I forskriftens § 2 slås det fast at definisjonene i anskaffelsesforskriften gjelder tilsvarende for forskriften om lønns- og arbeidsvilkår. I anskaffelsesforskriften er tjenestekontrakter definert som noe *annet* enn tjenestekonsesjonskontrakter, jf. hhv anskaffelsesforskriftens § 4-1 d og e. Det er derfor nærliggende å konkludere med at forskriften om lønns- og arbeidsvilkår *ikke* gjelder dersom

⁷⁷ Dette følger av alminnelige lovvalgsregler. Arbeidstakernes rettsforhold anses som utgangspunkt å ha sin nærmeste tilknytning til det landet de arbeider i, dvs. i dette tilfellet Norge. Det følger da av alminnelige lovvalgsregler at arbeidsforholdet reguleres av norsk rett.

⁷⁸ Forskrift om utsendte arbeidstakere 16. desember 2005 nr. 1566.

⁷⁹ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv 17. juni 2005 nr. 62.

⁸⁰ Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter 8. februar 2008 nr. 112.

kommunene inngår en tjenestekonsesjonskontrakt. Det kan imidlertid under ingen omstendigheter være noe til hinder for at kommunene velger å anvende forskriften også på de tjenestekonsesjonskontraktene som inngås med Leverandørene.⁸¹

Det oppstår derfor ingen særproblemer vedrørende sosial dumping for Leverandørens ansatte, sammenlignet med ansatte hos andre leverandører av kommunale tjenester.

10.5.3 Forholdet til EØS-avtalen artikkel 36

EF-domstolen avsa 3. april 2008 en dom som har skapt tvil om den norske forskriften om arbeidsvilkår i offentlige kontrakter fullt ut er i samsvar med EØS-avtalens bestemmelser om fri flyt av tjenester.⁸²

Avgjørelsen omhandlet tyske regler som skulle sikre utenlandske arbeidstakere samme lønn som tyske arbeidere ved inngåelse av offentlige byggekontrakter. De tyske reglene påla oppdragsgivere å kun tildele offentlige byggekontrakter til virksomheter som i sitt tilbud hadde forpliktet seg til å gi sine arbeidstakere den samme lønn som fulgte av en lokal tariffavtale for denne typen virksomhet. Spørsmålet for EF-domstolen var om dette var i strid med EF-traktaten artikkel 49 om fri flyt av tjenester, som tilsvarer EØS art 36 nr.1. EØS art 36 slår fast at:

”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.”

EF-domstolen uttalte at de nasjonale reglene gikk ut over de ufravikelige reglene om minimumsbeskyttelse i det såkalte ”utsendingsdirektivet”. Bakgrunnen for dette var i korthet at utsendingsdirektivets artikkel 3 fastslår at utenlandske arbeidstakere er beskyttet av nasjonale arbeidstakerrettigheter (minimumsrettigheter) *fastsatt i lov, forskrift eller allmenngjort tariffavtale*.⁸³ De tyske reglene gikk lengre enn dette, ved at de påbød leverandørene å gi sine ansatte lønn i samsvar med en lokal tariffavtale som *ikke var allmenngjort*. Dette var en forpliktelse som gikk ut over den forpliktelsen Tyskland hadde etter utsendingsdirektivet, og EF-domstolen konkluderte med at dette innebar et brudd på EF-traktatens art 49.

Den norske forskriften pålegger offentlige oppdragsgivere å sørge for at de ansatte hos deres leverandører har ”lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke”. Også de norske reglene går m.a.o. lenger i å pålegge bestemte lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av tjenstedirektivet. Det er på denne bakgrunn reist spørsmål om forskriften er i strid med EØS art 36. Dette er en komplisert problemstilling, som ennå ikke kan anses å ha funnet sin løsning. Problemstillingen er imidlertid ikke spesiell for de kontrakter som kommunene eventuelt skal inngå med Leverandørene. Vi går derfor ikke nærmere inn på den. Inntil videre vil det være naturlig for kommunene å forholde seg til forskriftens regler ved inngåelse av kontrakter med Leverandørene.

⁸¹ Med det mulige forbeholdet at deler av forskriften kan være i strid med EØS-avtalen, jf. pkt 10.5.3.

⁸² C-346/06, *Rüffert* av 3. april 2008.

⁸³ Siden helse- og omsorgsarbeidere ikke er omfattet av en allmenngjort tariffavtale, vil vi heretter kun omtale lover og forskrifter.

10.5.4 Oppsummering

Det oppstår ingen særproblemer mht sosial dumping ved inngåelse av kontrakt med Leverandørene, ut over de problemstillinger som oppstår ved kommunenes øvrige kontrakter med eksterne leverandører.

Dersom autorisasjonen utformes som en tjenestekonsesjonskontrakt, plikter kommunen ikke å sørge for at konsesjonæren følger forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Dersom autorisasjonsordningen gjennomføres som en ordinær anskaffelse må denne forskriften derimot følges.

KILDER:**LOVER**

Lov om sosiale tjenester m.v. 13. desember 1991 nr. 81 (sosialtjenesteloven)

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv 17. juni 2005 nr. 62 (arbeidsmiljøloven)

Lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69 (anskaffelsesloven)

Lov om helsepersonell m.v. 2. juli 1999 nr. 64 (helsepersonelloven)

Lov om pasientrettigheter 2. juli 1999 nr. 63 (pasientrettighetsloven)

Lov om helsetjenesten i kommunene 19. november 1982 nr. 66 (kommunehelsetjenesteloven – kol.)

Lov om Umyndiggjørelse 28. november 1898 (umyndiggjørelsesloven)

FORSKRIFTER

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter 8. februar 2008 nr. 112

Forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402

Forskrift om utsendte arbeidstakere 16. desember 2005 nr. 1566

Forskrift om kvalitet i pleie- og omsorgstjenestene for tjenesteyting etter lov av 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene og etter lov av 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. 27. juni 2003 nr. 792 (kvalitetsforskriften)

Forskrift om vederlag for opphold i institusjon m.v. 26. april 1995 nr. 392

Forskrift til lov om sosiale tjenester m.v. 4. desember 1992 nr. 915

Forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie 14. november 1988 nr. 932 (Forskrift for sykehjem m.v.)

SVENSK LOVGIVNING

Lag om valfrihetssystem utfärdad den 11 november 2008 SFS 2008:962 (LOV)

Lag om offentlig upphandling utfärdad den 22 november 2007 SFS 2007:1091 (LOU)

DANSK LOVGIVNING

Lov nr. 979 af 1. oktober 2008 (serviceloven)

Lov nr. 1410 af 7. december 2007 om indhenting af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven)

Bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

DIREKTIVER

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlige tjenesteytelser ("Direktivet")

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/17/EF 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av kontrakter innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester (forsyningsdirektivet)

Europa-Parlamentet og Rådets Direktiv 96/71/EF 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (utsendingsdirektivet)

Rådsdirektiv 92/50/EØF av 18. juni 1992 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige tjenesteytelser (tjenestedirektivet)

FORARBEIDER

Ot.prp.nr.29 (1990-1991) Om lov om sosiale tjenester m.v. (sosialloven)

Ot.prp.nr.66 (1981-1982) 1. Om lov om helsetjenesten i kommunene 2. Om lov om endringene i lov av 5. juni 1964 nr. 2 om sosial omsorg. 3. Om lov om planlegging av og forsøksvirksomhet i sosialtjenesten og helsetjenesten i kommunene

FORARBEIDER OG UTREDNINGER TIL SVENSKE "LAG OM VALFRIHETSSYSTEM" (LOV)

Regeringens proposition 2008/09:29 Lag om valfrihetssystem

Lagrådsremiss Lag om valfrihetssystem

Frittvalutredningen: LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem SOU 2008:15

Madell: Konkurrensverkets rapportserie 2007:3: "Öka konsumentnyttan inom vård och omsorg – förslag för konkurrens och ökat företagande" Bilag 1: "Är kundvalssystem med auktorisation inom vård- och omsorgssektorn förenliga med upphandlingsreglerna"? Docent Tom Madell

Sundstrand: Utredning til SOU 2008:15 "LOV att välja – Lag Om Valfrihetssystem"

“Valfrihetssystem och tjänstekoncessioner” - doktoranden Andrea Sundstrand

KOMMISJONSDOKUMENTER

Commission Staff Working document, ”Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest”, SEC (2007) 1514 av 20.11.2007. Dokumentet er utgitt i tilknytning til Kommisjonenes veiledning om ”Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment”.

Kommisjonens uttalelse i sak 2006/4689, [2007] 4723 av 17.oktober 2007

European Commission Discussion Document: Key issues of a possible initiative on concession, CCO/2007/06 EN

Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne, 2006/C 179/02

Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive, CC/2005/03

Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen, EF-Tidende nr. C 121 af 29/04/2000 s. 0002 - 0013

HØYESTERETTSAVGJØRELSER

Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen)

RETTSPRAKSIS FRA EF-DOMSTOLEN

C-346/06, Dirk Rüffert mot Land Niedersachsen, dom av 3. april 2008

C-382/05, Kommisjonen mot Italia, dom av 18. juli 2007

C-410/04, ANAV, dom av 6. april 2006

C-323/03, Kommisjonen mot Spania, dom av 9. mars 2006

C-458/03, Parking Brixen, dom av 13. oktober 2005

C-234/03, Contse m.fl., dom av 27. oktober 2005

C-231/03, Coname, dom av 21. juli 2005

C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, kjennelse av 21. juli 2005

C-324/98, Telaustria, dom av 7. desember 2000

C-272/91, Kommisjonen mot Italia ”Lottomatica”, dom av 26. april 1994

KLAGENEMNDA FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER (KOFA)

Sak 2008/27: Skattedirektoratet, avgjørelse 28. april 2008

Sak 2007/142: Oslo kommune v/Undervisningsbygg Oslo KF, avgjørelse 7. april 2008

Sak 2007/93: Helse Sør-Øst RHF, avgjørelse 28. januar 2008

Sak 2007/127: Akershus fylkeskommune, avgjørelse 14. januar 2008

Sak 2007/40: Rogaland fylkeskommune, avgjørelse 20. august 2007

Sak 2005/304: Hordaland fylkeskommune, avgjørelse 5. februar 2007

Sak 2005/180: Helse- og omsorgsdepartementet, avgjørelse 18. september 2006

Sak 2005/86: Vestby kommune, avgjørelse 23. mai 2005

ETTERARBEID

St.meld. nr. 36 (2008-2009): *Det gode innkjøp* Tilråding frå Fornyings- og administrasjonsdepartementet av 8. mai 2009, godkjend i statsråd same dagen

Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet om sterkere rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA) av 29. juni 2007

Konkurrencestyrelsen: *Annonceringspligt- og hvad så nu?* Juni 2007

Fornyings- og administrasjonsdepartementet: *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, november 2006

Tolkningsuttalelse fra Moderniseringsdepartementet "Forskrift om offentlige anskaffelser og ideelle organisasjoner" datert 14. april 2005

Tolkningsuttalelse fra Nærings- og handelsdepartementet om anskaffelsesreglene kommer til anvendelse ved avtale om driftstilskudd med privatpraktiserende fysioterapeut, datert 16. mars 2003

Tolkningsuttalelse fra Nærings- og handelsdepartementet "Prosjekt Bostedsløse" om omsorgstjenester, datert 11. juli 2003

Rundskriv I-20/2000 til lov om sosiale tjenester mv., publisert 1. juni 2000

LITTERATUR

Arrowsmith: Sue Arrowsmith, *The Law on Public and Utilities Procurement*, 2nd ed (London: 2005)

Bovis: Christopher Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation* (New York: 2006)

Grammeltvedt: Gyldendal Rettsdata: *Kommentarer til sosialtjenesteloven* ved Gorm Grammeltvedt

Graver: Hans Petter Graver: *Konsesjoner og konkurranse – om krav fra fellesskapsretten ved tildeling av offentlige tillatelser*, Lov og Rett nr 4/5 2004

Hebly: Jan M. Hebly (red.), *Legislative history of the “Classic” Directive 2004/18/EC* (Alphen aan den Rijn: 2007)

Nielsen og Treumer: Ruth Nielsen & Steen Treumer (red.), *The New EU Public Procurement Directives* (København: 2005)

Smiseth: Henrik Smiseth, *Nye bestemmelser om bruk av rammeavtaler ved offentlige anskaffelser*, Tidsskrift for Forretningsjus nr. 4/2005

Syse: Gyldendal Rettsdata: *Kommentarer til pasientrettighetsloven* ved Aslak Syse

Velferdsrett I: Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 4. utgave (Oslo: 2008)

Velferdsrett II: Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett II: Barnevern og sosiale tjenester*, 3. utgave (Oslo: 2008)