

## Kapittel 7

# EØS-avtalens regler om markedsregulering, tjenestekjøp og -finansiering

## Innledning

Dette kapitlet skal gi en svært begrenset fremstilling av hvordan EØS-avtalens regler påvirker utformingen av nasjonale velferdstjenester. Siktemålet er ikke en fremstilling av reglene, men å skape en helt overordnet systemforståelse. Dette vil gjøre det enklere å velge hva man skal dypdykke i, dersom man vil se nærmere på hvordan EØS-retten influerer på velferdstjenestene.

De viktigste reglene i EØS-avtalen for temaet i denne boken er reglene om offentlige anskaffelser, reglene om offentlig finansiering av tjenester – statsstøttereglene – og reglene om det indre marked. Vi har allerede blitt kjent med konkurransereglene som retter seg mot bedriftene i kapittel 1. EØS-versjonen av de samme reglene møter vi igjen her nedenfor.

EØS-avtalen retter seg først og fremst mot landets nasjonale lovgivende og bevilgende myndigheter. Det er staten som er part i avtalen. Reglene i avtalen forplikter imidlertid både sektormyndigheter, kommuner og lokale statlige etater med et sørge for-ansvar. EØS-retten har derfor betydning både som

ramme for lovgivning og politikktutforming, samt for organisering, styring og drift av de enkelte tjenestene i velferdsstaten. Den har også betydning på lokalt plan når en kommune eller en statlig etat skal kjøpe private produsenters løsninger i markedet. Kompleksiteten forsterkes ved at EØS-avtalens regler både er generelle ulovfestede prinsipper, traktatbaserte regelverk, og en mengde detaljerte direktiver og forordninger.

## **Bakgrunn for drøftingen av EØS-rettens rolle**

Hittil har vi sett hvordan konkurransepolitikk og liberalisering har vært sentrale grep for å avregulere markeder og øke effektivitet og vekstkraft i vestlige lands økonomi gjennom snart 50 år. EU har vært en drivende kraft i dette. EØS-avtalen er en viktig rettslig ramme for markedsøkonomien også i Norge. Vi har også sett hvordan velferdstjenestene er dratt i motsatt retning og er blitt motsatser til markedstjenester ved å være skapt og styrt av staten for å nå noen politiske mål.

Metoden som er valgt for å nå disse målene er et omfattende sett av rettslige og forvaltningsmessige styringsvirkemidler. Som vi har sett, fastsetter lovverk og styringsinstruksjoner hvem som skal ha hvilken tjeneste, pris, kvalitet osv. Vi ser at markedsmekanismene settes ut av spill, og at tjenesten fortsatt er en offentlig tjeneste selv når private produserer den. Bedriftenes handlefrihet til å operere som markedsaktører er dermed bundet opp og begrenset innenfor velferdstjenestene.

EØS-avtalens betydning for konkurranse og innovasjon i velferdstjenestene må analyseres på denne bakgrunnen. Også her støter vi på et lite paradoks, denne gangen av akademisk art. Nesten ingen av de EØS-rettslige analyser vi har om norske velferdstjenester starter med en skikkelig kartlegging av den bakenforliggende regulering og styring av tjenestene. EØS-rettslige tekster vil normalt reflektere EØS-rettens kilder og begrepsapparat, heller enn det norske begrepsapparatet som er bygget opp rundt velferdstjenestene. Dette gjør det vanskelig å forstå hvordan EØS-retten slår ut for velferdstjenestene, og de EØS-rettslige svarene kan ofte forvirre mer enn de klargjør.

## Designfrihet for nasjonale myndigheter – nesten

Det første møtepunktet mellom EØS-avtalens regler og nasjonal politikk er på det overordnede politiske nivået, der velferdstjenestene utformes. Her er den store hovedregelen at staten står fritt til å fastsette hvilke tjenester individene skal ha rett til å motta, på hvilke vilkår og til hvilken pris. Vi ser dette tydelig for barnehager. Dette er en ren kommersiell markedsbasert tjeneste i noen EU-land. I Norge er det som kjent en rettighetsfestet og regulert tjeneste. Det er ingen tvil om at begge løsninger er forenlige med EØS-avtalen. Det samme gjelder for barnevern, skole, eldreomsorg og sykehus. Systemet vi har for regulering og finansiering av disse tjenestene i Norge er klart forenlig med EØS-avtalen, selv om man kan diskutere enkelte detaljer.

EØS-avtalens regler dukker opp igjen først dersom politikerne skulle misbruke denne friheten. Man kan ikke nekte barn av svenske foreldre barnehageplass. Man kan heller ikke ta høyere pris fra dem enn for norske foreldre. Det ville være ulovlig nasjonalitetsbestemt diskriminering.

Men hovedregelen har unntak. EØS-avtalens regler om fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital har ledet til en rekke direktiver og forordninger som griper delvis inn i måten tjenestene organiseres og styres på. For eksempel har EØS-avtalen regler om pasienters rett til behandling i et annet EØS-land. Vi har også regler om gjensidig godkjenning av utdanninger og kvalifikasjoner. De påvirker utformingen av nasjonenes utdanningssystem og sikrer at fagarbeidere med utdanning og erfaring fra andre land kan jobbe i våre velferdstjenester. I helsevesenet er som allerede nevnt godkjenning av legemidler og medisinsk utstyr gjennomregulert av EU, både for å sikre kvalitet og for å sikre fri handel med trygge produkter.

En annen type unntak er hvordan EØS-avtalens regler for det indre marked kan påvirke regulering og finansiering av nasjonale velferdsordninger. Dette ser vi mer på nedenfor. På produsentleddet må virksomhetene – offentlige som private – forholde seg til en omfattende mengde regler som stammer fra EØS-avtalen: HMS-regler, kvalifikasjonskrav som nevnt, personvernregler for både ansatte og tjenestebrukere, og mye annet. Bedriftene som produserer tjenester for det offentlige, må forholde seg til konkurranselovgivningen, både den norske og reglene i EØS-avtalen.

Alt dette er ukontroversielt. Møtet mellom nasjonal velferdspolitik og EØS-avtalen blir kontroversielt først når private virksomheter kan bruke EØS-

retten som våpen for å fremtvinge en politikk som politikerne ikke ønsker. Det er også kontroversielt når EØS-retten brukes for å stoppe politikk som politikerne ønsker å gjennomføre. Den designfriheten, med unntak, som vi har sett på hittil, er altså ikke hele historien. EØS-avtalen gir rettigheter til private mot staten, som ofte kan brukes som brekkstang eller snublestein for politikken. Dette ser vi nærmere på i de neste avsnittene.

## **EØS-avtalens grunnleggende regler om konkurranse og marked**

EØS-avtalen har flere rettslige instrumenter som økonomer ofte omtaler i fellesskap som konkurranseregler. Dette er fordi de gir regler som setter rammer for markedene. I EØS-rettslig terminologi er dette feil. EØS-avtalens konkurranseregler ligger i avtalens Del IV, kapittel 1 og 2. De viktigste bestemmelsene for foretak er forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i artikkel 53, forbudet mot misbruk av dominerende stilling i artikkel 54, og fusjonskontrollen som er forankret i artikkel 56. Statsstøtteforbudet følger av artikkel 61. Reglene om det indre marked er forankret i avtalens Del II og Del III, og er ikke «konkurranseregler» i EØS-avtalens forstand.

I avsnittene nedenfor gis en svært kortfattet oversikt. Dette er ikke for å gi en komplett rettslig fremstilling, men for å skape overordnet forståelse for regelverkets funksjon og rolle i denne bokens hovedtema.

Konkurransereglene har vi, som tidligere nevnt, i EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Her forbys konkurransebegrensende samarbeid mellom bedriftene. De som har dominerende markedsrett, forbys å misbruke denne makten. I tillegg har vi regler om fusjonskontroll. Disse reglene står sjelden sentralt i diskusjonen om konkurranse i velferdstjenestene. Dette er av den enkle grunn at de kun retter seg mot selskapene og deres atferd.

Det viktige her er å være tydelig på hva konkurransereglene ikke betyr. De gir ikke bedriftene noen rett til å konkurrere med offentlige produsenter. Man kan ikke gå til Konkurransetilsynet for å tvinge stat og kommuner til å legge tjenester ut på anbud. Konkurranseretten gir heller ikke bedriftene

noen rett til markedsvennlige lover eller til å bli økonomisk likebehandlet med offentlige produsenter.

Ofte bidrar konkurransemyndighetene selv til misforståelser her. De liker å minne om at de har som oppgave å påpeke konkurransebegrensende reguleringer. Det er vel og bra, men hvem som helst kan gjøre det. Konkurransetilsynets mening er bare det: en mening. Politikken vedtas av politikerne og ikke av et kontrollorgan.

Forbudet mot offentlig støtte er også en del av EØS-avtalens konkurranseregler, men har et helt annet innhold enn de konkurransereglene vi så på ovenfor. Støtteforbudet betyr at staten eller kommunene ikke kan gi økonomisk støtte – subsidier, tilskudd, skattefordeler eller billig eiendom – til foretak som driver økonomisk aktivitet.

Disse reglene er, i motsetning til den øvrige konkurranseretten, svært viktige for velferdstjenestene. Når det offentlige vil ha private bedrifter til å produsere tjenestene, må de unngå at finansieringen bryter støtteforbudet. Når det er sagt, må det sies at dette sjelden blir et problem for finansiering av velferdstjenester i Norge. Grunnen er at de lov- og forskriftsfestede ordningene vi har for finansiering av tjenesteproduksjonen faller helt utenfor støtteforbudet. Produsentene er ikke «foretak» som driver økonomisk aktivitet i statsstøtterettslig forstand. Vi ser nærmere på dette nedenfor. Veldig enkelt er det slik at reguleringene vi gikk gjennom i kapittel 6 bringer finansieringen ut av støtteforbudet.

Den andre grunnen til at støtteforbudet ofte ikke slår inn, er at alle tjenester det offentlige kjøper fra private bedrifter etter anbudskonkurranser, nærmest av seg selv faller utenfor definisjonen av offentlig støtte. Kort sagt er det slik at når vederlaget er fastsatt gjennom de anbudsprosedyrer som følger av anskaffelsesregelverket, er ikke vederlaget en «fordel» i statsstøtterettslig forstand, selv om kontrakten er aldri så lønnsom for produsenten.

Det kanskje viktigste EØS-avtalen gjør, er å koble Norge til det indre markedet i Europa. Reglene som sikrer dette, kjenner de fleste som de fire friheter: fri bevegelse av varer, tjenester, personer eller arbeidstakere, og kapital. I tillegg kommer retten til fri etablering av næringsvirksomhet på tvers av landegrensene. Disse reglene er slik strukturert at hovedregelen er rett til fri bevegelse eller etablering uten restriksjoner. Unntakene statene kan gjøre fra de grunnleggende frihetene krever en saklig begrunnelse, og at begrensningen ikke er uforholdsmessig.

I tillegg kommer det som er EØS-avtalens største bidrag målt i tekstvolum. De flere tusen direktiver og forordninger utvikler like regler på tvers av landene. Disse reglene har også i stor grad ligget unna regulering av nasjonalstatenes velferdstjenester, som vi så innledningsvis i dette kapittelet. Grunnen til det er egentlig åpenbar. Tjenestene er politisk viktige, og de bygger på ganske ulike nasjonale tradisjoner. Selv om de fleste nasjonalstater har velutviklede velferdsstater, er detaljene svært ulike og politisk sensitive. EU har derfor ligget unna, men ikke helt, som vi allerede har sett.

## Anskaffelsesreglene

EU- og EØS-avtalens regler om offentlige anskaffelser er formelt sett ikke en del av konkurranseretten som vi behandlet ovenfor. Anskaffelsesreglene er blant tiltakene for å gjennomføre det indre marked i EØS-området. Anskaffelsesreglene er primært et prosedyreregulverk. De regulerer måten innkjøp gjennomføres på, ikke hva som kjøpes. Hva kjøpet gjelder, vil derimot ha betydning for hvilke prosedyrer som gjelder.

De viktigste rettslige prinsippene er åpenhet, likebehandling, ikke-diskriminering og proporsjonalitet. Disse prinsippene skal skape et velfungerende marked. De gjennom syrer de mange detaljerte reglene i anskaffelsesregelverket.

EUs anskaffelsesregler gjelder for kontrakter over visse terskelverdier, som regelmessig oppdateres. For eksempel er terskelverdien for de fleste kjøp av varer og tjenester 143 000 euro. I nasjonal rett kan landene fritt ha lavere terskelverdier, noe vi alltid har hatt i Norge.

Reglene har blitt kritisert for å være for kompliserte. Regelutviklingen har derfor det siste tiåret hatt som mål å forenkle prosedyrer og gjøre dem mer fleksible. Dette antas å gi kostnadsbesparelser for både offentlige innkjøpere og bedrifter. Dette er særlig viktig for mindre offentlige organer og mindre bedrifter.

Det offentlige kjøper varer og tjenester for betydelige summer hvert år. Innkjøp er dermed ikke bare et redskap for å skaffe det som trengs for å gjennomføre det offentliges politisk fastsatte oppgaver. Innkjøp er også et virkemiddel for å sikre politiske mål som ligger utenfor tjenesten. Derfor

må innkjøp til skole, helse og barnevern også bidra til miljømessig bærekraft, sosial inkludering og innovasjon. I kapittel 8 ser vi nærmere på hvordan anskaffelser kan gjøres mer innovative.

EUs regler for offentlige anskaffelser styres hovedsakelig av tre viktige direktiver:

- Direktiv 2014/24/EU om offentlige anskaffelser dekker prosedyrene for tildeling av offentlige bygge-, forsynings- og tjenestekontrakter av offentlige myndigheter. Det har som mål å sikre åpenhet, konkurranse og likebehandling i offentlige anskaffelser.
- Direktiv 2014/25/EU (Forsyningssektordirektivet): Dette direktivet gjelder anskaffelser av enheter som opererer innen vann-, energi-, transport- og posttjenestesektorene. Det sikrer at anskaffelser i disse sektorene gjennomføres rettferdig og transparent.
- Direktiv 2014/23/EU (Konsesjonsdirektivet): Dette direktivet regulerer tildelingen av konsesjonskontrakter, hvor entreprenøren gis rett til å utnytte de arbeider eller tjenester som er gjenstand for kontrakten. Det har som mål å skape et konkurransedyktig og transparent miljø for tildeling av slike kontrakter.

Disse direktivene har som mål å skape et godt regulert og konkurransedyktig anskaffelsesmarked innen EU. De sikrer at offentlige midler brukes effektivt, og at bedrifter har rettferdig tilgang til offentlige kontrakter. EU-direktivene er gjennomført i norsk rett gjennom lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) av 17. juni 2016 nr. 73, og forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) av 12. august 2016 nr. 974.

For helse- og velferdssektoren er reglene om innkjøp av helse- og sosialtjenester i det nevnte anskaffelsesdirektivet spesielt viktige. Her er det gitt egne og mer fleksible regler for anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Disse reglene gir mindre omfattende prosedyrekrav, men opprettholder fortsatt grunnleggende krav til åpenhet og likebehandling.

En offentlig innkjøper har adgang til å vektlegge erfaringer med en tilbyder fra tidligere anskaffelser. Dette betyr at den forretningsstrategien private produsenter velger, vil kunne påvirke mulighetene de har til å vinne fremtidige kontrakter. Her ser vi hvordan reglene for offentlige anskaffelser henger sammen med de strategiske poengene som ble omtalt i kapittel 3. Den kommersi-

elle aktøren som skal vinne offentlige kunder, må sikre seg at tilbudet treffer det offentlige behov. Videre må de sørge for at leveransen, når kontrakten er inngått, ikke undergraver dette behovet.

Vektlegging av tidligere erfaringer må imidlertid være forutsigbar for leverandørene. Hva som vil vektlegges, må fremgå av konkurransegrunnlaget. Erfaringene må være dokumentert på en objektiv og etterprøvbar måte, og alle leverandører må behandles likt. Erfaringene som vektlegges, må være relevante og objektivt konstaterbare. Leverandørene bør få mulighet til å kommentere på evalueringen. Vektleggingen av tidligere erfaringer må stå i forhold til anskaffelsens art og omfang, og være relevante for den aktuelle anskaffelsen.

## **EØS-rettens vanskelige skille mellom marked og ikke-marked**

De kort omtalte delene av EØS-avtalen er alle avgrenset til å gjelde for kommersielle aktører eller tjenestemarkeder. Konkurransereglene og støtteforbudet handler om «foretak» som driver økonomisk aktivitet. Retten til fri etablering gjelder bare tjenester som er å regne som økonomisk aktivitet. Det er ingen rett til fri etablering av det som regnes som ikke-økonomiske tjenester eller for aktiviteter som er å regne som utøvelse av offentlig myndighet. EØS-reglene om offentlige anskaffelser gjelder også bare for gjensidig bebyrdende kontrakter om varer eller tjenester, og organisering av ikke-økonomiske tjenester faller utenfor anskaffelsesdirektivet.

Dette viser at alle de EØS-rettslige reglene vi behandler i dette kapittelet, har en grense mot offentlige tjenester som ikke er økonomiske. Eller mer folkelig sagt: som ligger utenfor markedet.

Denne grensedragningen er vanskelig. En grunn til det er at begrepene er like eller nokså på tvers av de ulike delene av EØS-retten. Det leder tanken i retning av at en og samme tjeneste må behandles likt under de ulike reglene. Hvis barnehager ikke er «økonomiske» tjenester i ett regelsett, skulle man tro at svaret er det samme i de andre reglene. Det er nok for enkelt. De reglene vi så vidt ser på her, retter seg mot ulike pliktsubjekter. Konkurransereglene gjelder private foretak, mens de andre reglene

gir plikter for offentlige myndigheter. De retter seg også mot svært ulike myndighetshandlinger. Anskaffelsesreglene gjelder innkjøp av varer og tjenester. Støtteforbudet gjelder statens finansiering av tjenester. Retten til fri etablering og tjenesteutøvelse retter seg mot statens utforming av rettslige rammer for markedsaktører. Når begrepet «økonomisk aktivitet» går igjen på tvers av regelverk med så ulike funksjoner, bør man være forsiktig med å anta at regelinnholdet er likt, selv om terminologien er lik.<sup>29</sup>

### **Kjøp av tjeneste til drift av en ikke-økonomisk tjeneste**

Dette kan illustreres ved å lage eksempler med utgangspunkt i saken *Norlandia og Stendi* har reist mot Oslo kommune om reservasjon av kontrakter for drift av omsorgsinstitusjoner for ideelle (se EFTA-domstolens dom i sak E-4/22 *Stendi AS & Norlandia Care Norge AS v Oslo Kommune*).

EFTA-domstolen slo fast at kommunens kjøp av sykehjemsdrift er en økonomisk tjeneste. Men har domstolen dermed også sagt at kommunens finansiering av egne sykehjem er en økonomisk aktivitet i statsstøttereglenes forstand? Har domstolen samtidig også sagt at når Stortinget fastsetter lovkravene til sykehjemsdriften, må alle rettslige og økonomiske elementer være forenlige med EØS-avtalens regler om rett til fri etablering og rett til fri tjenesteytelse? Hvis grensedragningen er lik for alle de EØS-reglene, må svaret bli at grensefastsettelse i ett regelverk også gjelder likt for de andre.

Men hvis man antar at støtteforbudet ikke gjelder for finansiering av kommunale sykehjem, fordi den kommunale tjenesten ikke drives av et foretak, så oppstår to nye spørsmål: Betyr det at konkurransereglene heller ikke gjelder, for eksempel hvis *Norlandia* og *Stendi* skulle fusjonere? Svaret er åpenbart; konkurransereglene gjelder, og de må melde en eventuell fusjon til Konkurransetilsynet.

Neste spørsmål blir om staten kan vise til at dersom kommunens sykehjemstjeneste er ikke-økonomisk, så kan staten forby etablering av kommersielle, i stedet for å reservere kontrakter for ideelle. Svaret er nok ganske klart også her; selv om sykehjemstjenesten ikke er en økonomisk aktivitet i EØS-avtalens forstand, så er salg av sykehjemstjenester til kommuner en økonomisk aktivitet. Lovregulerte inngrep i denne aktiviteten må testes mot retten til fri etablering.

Den korte gjennomgangen her viser at man må være svært forsiktig med å forenkle vurderingene av hva EØS-retten gjelder.

---

29 Wehlander behandler problemstillingen i *Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law* (Springer, 2016), kapittel 2. Hun argumenterer for at de rettslige analysene under de ulike deler av EØS-avtalen ikke er like. Dette legges også til grunn i kapittel 5 av rapport fra arbeidsgruppe ledet av professor dr. juris Erling J. Hjelmeng *Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører*, avgitt til Nærings- og fiskeridepartementet 23. januar 2018.

Selve grensedragningen mellom økonomisk og ikke-økonomisk tar utgangspunkt i den rettslige og faktiske konteksten, som er etablert i nasjonal rett. Eksemplene ovenfor fra barnehager og sykehjem er illustrerende. Hvis tjenesten «vanligvis ytes mot betaling», er den økonomisk. Hvis den ytes av det offentlige innenfor et solidarisk og rettighetsbasert system, uten betaling, eller ved en regulert egenandel, faller den normalt utenfor. Som vi har sett i kapittel 6, er alle velferdstjenestene vi behandler i denne boken regulert slik at det er god grunn til å tro at de vil karakteriseres som ikke-økonomiske tjenester.<sup>30</sup> Om produsenten er statlig, privat, kommersiell eller ideell, har i seg selv lite å si.

Barnehageeksemplet og eksemplet med salg av sykehjemsdrift til kommuner faller dermed greit på plass på hver side av grensen. Barnehagene er en del av den offentlig finansierte tjenesten, mens kjøp av sykehjemsdrift er en underleveranse for å dekke det offentlige ansvaret på en presumptivt billigere måte. Selve kjøpet er en markedsbasert aktivitet. Tilsvarende blir forholdet mellom EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-13/19 *Hraðbraut ehf.* og konklusjonen fra Stendi-dommen klar. I den islandske saken var det ikke et tjenestekjøp når det offentlige betaler private skoler innenfor et statlig regulert finansieringsregime. Vi kan nok legge til grunn at det samme vil gjelde for finansieringen av norske private skoler med offentlig støtte. Derimot må vi anta at skoler som markedsfører et rent kommersielt undervisningstilbud er å regne som en økonomisk tjeneste.

Denne grensedragningen er svært viktig for EØS-rettens praktiske rolle i drift og finansiering av norske velferdstjenester. Jussen er dessverre uklar på dette feltet. Mye tyder imidlertid på at den måten norske tjenester er regulert og styrt på, bringer dem ut av de sentrale delene av EØS-retten. Kjøp av tjenester for å levere det offentliges ansvar overfor brukere med rettigheter vil nok anses som en markedsaktivitet, på samme måte som kjøp av utstyr eller bygg- og anleggstjenester.

### **Hvordan en og samme tjeneste kan være enten økonomisk eller ikke-økonomisk**

Tenker vi oss et land som har en privat barnehagesektor, der antall plasser styres av markedet, priser styres av markedet, fordeling av barn styres av markedet, og

---

30 Se kapittel 6.5.2.6 i Velferdstjenesteutvalgets innstilling, som behandler ulike saker om plasseringen av de enkelte tjenestene.

kvalitetskrav til selve barnehagen er helt opp til markedet. Da kan man anta at barnehagene vil bli sett på som økonomisk aktivitet. Går staten i et slikt tilfelle inn med finansiering for å senke prisene, kan man nok legge til grunn at støttetiltaket må notiseres til Europakommisjonen og godkjennes før tiltaket gjennomføres.

Se så til et land der barn har rett på barnehageplass, som kommunen har plikt til å levere. Der tilbudt volum dermed blir en funksjon av loven og demografien. Særlig når pris på barnehageplass er lovregulert, og systemet for finansiering av private barnehagers drift av barnehagene er lovregulert, og kvaliteten på både individnivå og institusjonsnivå styres av det offentlige. Det er ikke rart om man lander på den konklusjonen som EFTA-domstolen kom til i sak E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund: Norske barnehager er ikke økonomisk aktivitet, og kommunenes finansiering av egne barnehager er ikke statsstøtte i EØS-avtalens forstand.

## Kan tjenester reserveres for ideelle?

Som vi så i kapittel 3, har en sterk vilje til å beholde og videreutvikle ideell sektor ledet til spørsmålet om anbudskonkurranser kan reserveres for ideelle, slik at andre private ikke kan delta i konkurransen. Dette har skapt både juridisk og politisk debatt. Spørsmålet foranlediget en egen NOU fra Avkommersialiseringsutvalget, NOU 2014:1 *Definisjon og registrering av ideelle velferdsaktører*.

I enkelte sektorer er ganske betydelige tjenesteproduksjonsvolum forbeholdt ideelle. Dette gjelder særlig i spesialisthelsetjenesten, med de 12 ideelle foretakene som er integrert i de regionale helseforetakene. Med utbytteforbudet for private skoler med offentlig finansiering blir skoledriften regulert frem til samme utfall som om skolene var drevet av ideelle.

Adgangen til å reservere tjenestekjøp for ideelle leverandører er drøftet i en rekke juridiske utredninger. Spørsmålet behandles av domstolene. Avkommersialiseringsutvalgets første delutredning foreslo å utforme en definisjon av ideelle og adgang til registrering av private organisasjoner som fyller definisjonen. Hensikten var å forenkle reservasjonsadgangen når de øvrige vilkårene er til stede.

Både anskaffelsesforskriften og den bakenforliggende EØS-retten åpner for å reservere kontrakter for ideelle, selv om dette fremstår som et klart brudd på likebehandlingsprinsippet. Dette har vært klart ganske lenge. Reservasjonsadgangen

virker rent prinsipielt veldig fremmed i et anskaffelsesregelverk der likebehandling er så viktig. Reservasjonsadgangen må nok forstås som et utslag av den designfriheten statene har for sosial- og velferdspolitiske tiltak.

Det som skaper tvil, er vilkårene for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig. Det er tre vilkår.<sup>31</sup> For det første må reservasjonen gjelde virksomheter som er ideelle aktører. Dette forenkles gjennom forslagene fra Avkommersialiseringsutvalgets NOU 2024:1 Definisjon og registrering av ideelle. Vi går ikke nærmere inn på dette her.

For det andre må reservasjonen faktisk fremme sosiale hensyn og økonomisk effektivitet. Det er antagelig ikke tilstrekkelig her at staten eller kommunen ønsker å fremme ideelle organisasjoner, men dette er omstridt. Det sosiale formålet ivaretas ellers normalt ved at kontraktene det er snakk om, dreier seg om å levere lovpålagte velferdstjenester som staten eller kommunene er forpliktet til å levere. Dermed er det uklart om reservasjon overhodet kan ha noen ytterligere sosial virkning.

For det tredje må reservasjonen fremme budsjettmessig effektivitet. Dette er normalt oppfylt når betalingen for tjenestekjøpet er begrenset til å sikre kostnadsdekning og et rimelig overskudd. Det er ikke nødvendigvis diskvalifiserende at det sosiale formålet kunne vært oppnådd på en billigere måte. Mye tyder på at kravet om budsjettmessig effektivitet er oppfylt hvis reservasjonen gjelder ideelle aktører som ikke har fortjeneste som formål og heller ikke faktisk tar ut overskudd.

Det er uklart om dette vilkåret tillater at organisasjonen disponerer overskudd fra kontrakten til andre formål. Hvis ikke, må reserverte kontrakter kreve at den ideelle organisasjonen dokumenterer kostnader og betaler tilbake overskudd. Hvis reinvestering av overskudd i annen del av virksomheten tiltales, må man se til at overskuddet ikke blir ulovlig statsstøtte.<sup>32</sup>

Den nærmere betydningen av disse utgangspunktene kommer på spissen der kommersielle leverandører kunne ha levert samme tjenester til lavere

---

31 Fremstillingen her er en meget kort oppsummering av analyser innhentet for Avkommersialiseringsutvalget. Notat fra advokatfirmaet Lund & Co og for NHO Geneo fra Advokatfirmaet SANDS. Analysene er basert på oppdatert rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen, herunder sak E-4/22 Stendi AS & Norlandia Care Norge AS v Oslo kommune.

32 Notat fra Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS v/Karin Fløistad og Erik Martinius Klevmo fra 24. mai 2024 til Avkommersialiseringsutvalget, se særlig punkt 4.3.2.2, andre kulepunkt.

kostnad. I Stendi-saken la Oslo tingrett vekt på dette og konkluderte med at det motbeviste at hensynene til økonomisk effektivitet kunne være ivaretatt. Denne måten å resonnerer på kan kritiseres fordi resonnementet bare leder tilbake til anskaffelsesrettens utgangspunkt om at det beste tilbudet skal vinne. Da blir reservasjonsadgangen i realiteten uten innhold. På dette punktet er vilkårene for reservasjon av tjenestekjøp fortsatt nokså uklare. Borgarting lagmannsrett kom til samme resultat som tingretten, men med en begrunnelse som var noe mer åpen for reservasjon i Stendi-saken. Kommunen har anket denne dommen inn for Høyesterett.

Adgangen til å reservere tilskuddsfinansierte tjenester for ideelle aktører er noe mer uklar. I utgangspunktet kunne man gjøre dette gjennom å utforme tjenesten og finansieringen slik at den faller utenfor støtteforbudet, slik vi etter alt å dømme har gjort med dagens ordning for finansiering av private skoler og barnehager. Men kommersielle foretak ekskluderes ikke gjennom dette. Skal de ekskluderes, må skarpere rettslige virkemidler tas i bruk.

Problemet med å sikre ideelles eksistens gjennom ulike former for rettslig forskjellsbehandling er at man uansett ender opp med ulik behandling av like tilbud fra produsenter som er ulike. Slik politikk vil alltid balansere på en knivsegg av ulovlighet.

## **EUs Helseunion og programmet EU4Health**

EUs helseunion representerer et ambisiøst skritt mot en mer robust og samlet helsepolitikk på tvers av medlemslandene. Samarbeidet er utformet for å styrke EU-landenes evne til å forberede seg på og reagere på helsekriser gjennom bedre koordinering og ressursdeling. Med lærdom fra koronapandemien prioriterer EU å ha tilgjengelige, rimelige og innovative medisinske forsyninger. Videre arbeider EU for å forbedre forebygging, behandling og ettervern for sykdommer som kreft, og sterkere samarbeid om mental helse.

Hovedpillarene i helseunionen er et nytt regelverk for helsekriser og en ny helseberedskapsmyndighet i EU (HERA). Videre satser EU på bedre forsyningssikkerhet for legemidler og en mer teknologibasert helsepolitikk.

Et sentralt element i helseunionen er European Health Data Space. Dette arbeidet skal forbedre helsetjenester på tvers av EU ved å gi innbyggerne kontroll over deres helsedata. Det skal også støtte forskning og innovasjon gjennom sikker og effektiv bruk av helsedata. Strategien for global helse fra 2022 er en annen viktig del av helseunionen.

### **Stortingsmelding 5 (2023–2024) En motstandsdyktig helseberedskap, kap. 3.4:**

Norsk deltakelse i EU-programmer tilfører store samarbeids- og finansieringsmuligheter for norske aktører, også innenfor helsenæringen. For helsenæringen er EUs forskningsprogram Horisont Europa, EUs helseprogram EU4Health og Investerings- og kapasitetsbyggingsprogrammet DIGITAL de viktigste arenaene. Det ligger et betydelig potensial for norsk helsenæring i å oppnå EU-midler i tiden fremover. Horisont Europas overordnede mål er å øke europeisk konkurransekraft, sikre økonomisk vekst og løse store samfunnsutfordringer. Gjennom EU4Health finansierer og tilrettelegger EU for utviklingstiltak, prosjekter og samarbeid mellom land i Europa. EU4Health har fire innsatsområder: helseberedskap, sykdomsforebygging, helsesystemer og digitalisering. I tillegg er kreft et tverrgående tema. DIGITAL er Europas viktigste verktøy for å bygge digital kapasitet og infrastruktur, og sikre digital suverenitet innenfor seks områder: tungregning; kunstig intelligens og data; cybersikkerhet; avansert digital kompetanse; styrket bruk av teknologiene; og en egen satsning på halvlederproduksjon (Chips Act).

EU4Health-programmet er et hovedinstrument for å utvikle en europeisk helseunion, og et klart signal om at folkehelse er en prioritet for EU. Dette ble også etablert som respons på koronapandemien. Med et budsjett på 5,3 milliarder euro i perioden 2021–2027, representerer programmet en betydelig satsning. Målet er å forbedre helse, beskytte befolkningen mot alvorlige grenseoverskridende helsetrusler, forbedre tilgang på medisiner og medisinsk utstyr, og å styrke helsesystemene. Videre fokuserer EU4Health på å styrke helsedata, digitale verktøy og tjenester, og den digitale transformasjonen av helsevesenet.

I desember 2023 ble det klart at EU-kommisjonen åpner for norsk deltakelse i EUs helseunion. Norge skal kunne delta på lik linje med EU-landene i EU4Health. Norge har vært en del av EUs helseprogrammer siden 1995 og fortsetter sitt engasjement gjennom EU4Health. Norsk deltakelse kan sikre at vi blir integrert i et styrket digitalt helsesystem i EU, og det kan bidra til å forbedre norsk helseberedskap og folkehelse gjennom europeisk samarbeid. Videre skal dette styrke den norske helsenæringens konkurransevne

innen helseteknologi og innovasjon. Helsedirektoratet koordinerer Norges deltakelse i programmet, og bistår med informasjon om utlysninger og prosesser. Dette inkluderer å hjelpe norske organisasjoner med å søke midler og delta i prosjekter som adresserer viktige samfunnsutfordringer relatert til helse. Gjennom EU4Health kan norske fagmiljøer og andre interessenter delta i samarbeidsprosjekter på lik linje med aktører i EU-landene, noe som fremmer internasjonalt samarbeid og kunnskapsdeling. Forhandlingene om Norges deltakelse i EUs helseunion er ikke sluttført.

## Oppsummering

Dette kapitlet viser hvordan EØS-retten, i all sin kompleksitet, egentlig er nokså enkel. Det politiske designet av velferdstjenestene bryr ikke EØS-avtalen seg noe særlig om, så lenge man unngår å diskriminere ulike produsenter eller ulike brukere. Statsstøttereglene og reglene om det indre markedet settes i praksis ut av spill gjennom måten de offentlige tjenestene reguleres og styres på, selv når tjenestene produseres av private. Likevel har EØS-retten en rekke regler som påvirker driften av tjenestene. For eksempel gjelder retten til fri bevegelse av tjenester for pasienter.

På lokalplanet, i kommuner og statlige enheter med sørge for-ansvar, gir EØS-avtalen full frihet til å la være å kjøpe produksjonskapasitet i markedet. Men velger man å ta privates kapasitet i bruk, vil EØS-retten si noe om hvordan det skal skje, typisk gjennom krav om å følge anskaffelsesreglene ved innkjøp av tjenester.

