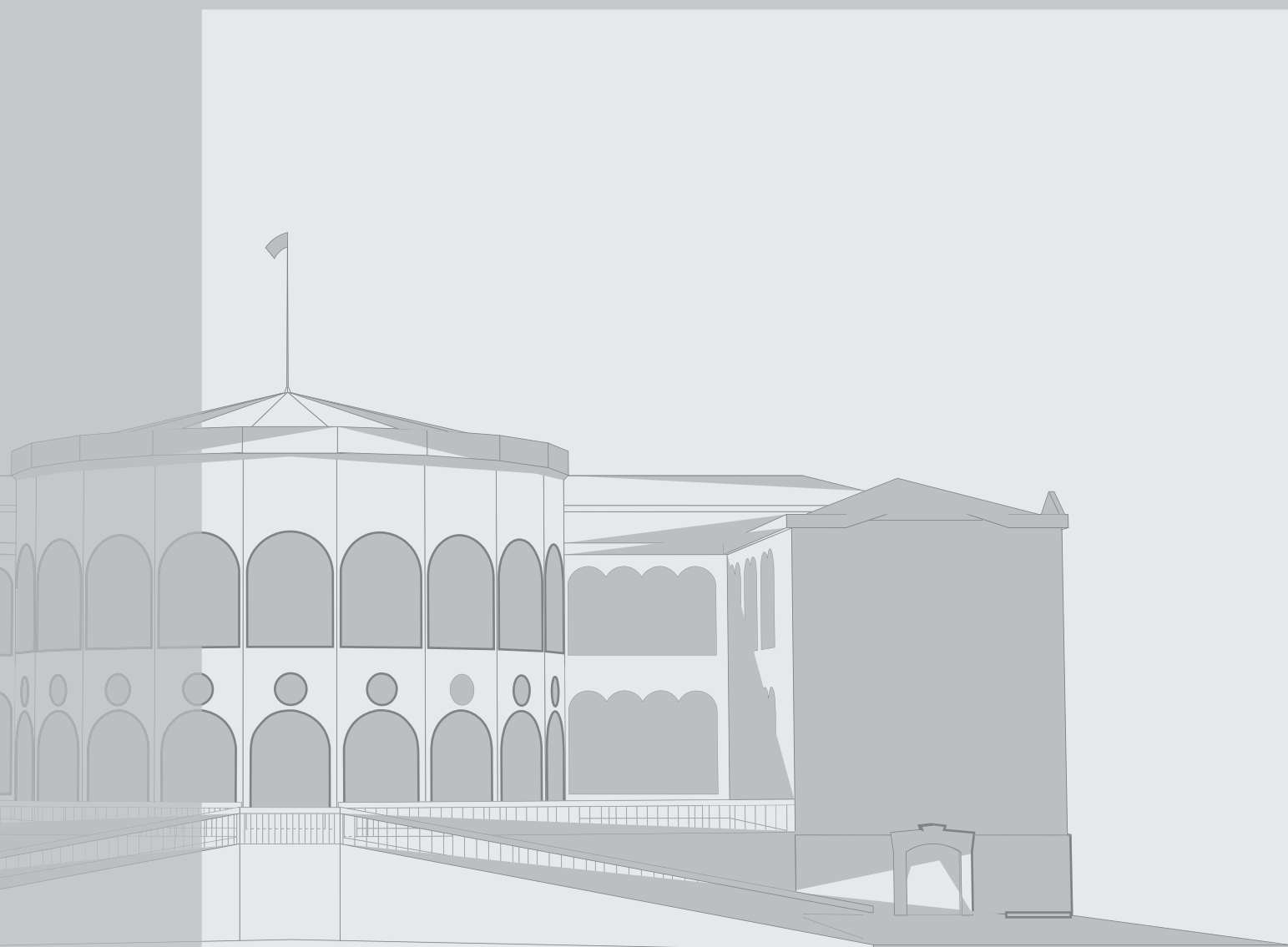


Perspektiv 02/08

Barnevern og EØS

Av Janicke Wiggen og Finn Arnesen,
Universitetet i Oslo



Stortingets utredningsseksjon yter faglig bistand til representanter, partigrupper og komiteer i Stortinget basert på spørsmål fra den enkelte oppdragsgiver.

Seksjonen publiserer også egeninitierte notater som gjøres allment tilgjengelig.

Tidligere utgitt:

- 01/05 *Ny britisk lov skal beskytte barn mot overgripere de møter på Internett*
- 01/06 *De nordiske medlemslandenes parlamenter og EU – om innvirkning på sine regjeringers EU-politikk*
- 02/06 *En sammenlignende oversikt over grunnlovsbeskyttelsen av menneskerettigheter i OECD-området*
- 03/06 *Arbeidstakeres mobilitet under EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester*
- 01/07 *Pasientmobilitet i EØS*
- 02/07 *Hva er Prüm-samarbeidet – og hvordan skiller det seg fra dagens operative politisamarbeid i Europa?*
- 03/07 *Flat skatt – Estland*
- 04/07 *Delelinjen i Barentshavet – Planlagt samarbeid versus uforutsett konflikt?*
- 01/08 *Forbud mot kjøp av sex – Erfaringer fra Sverige og Finland*

<http://www.stortinget.no/administrasjon/perspektiv.html>

Barnevern og EØS

Ved e-post av 13. desember 2007 har Stortingets utredningsseksjon bedt oss om å utrede fire spørsmål. Spørsmålene er stilt slik:

«Er det påkrevd etter EØS-avtalen å gjennomføre anbudsrunder i barnevernet når staten er avhengig av barnevernstjenester fra kommersielle aktører?

Er det mulig å unnta alle barnevernstjenester fra anbudsreglene?

Kan en unnta ideelle organisasjoner/aktører fra anbudsrunder?

Norsk praksis er i dag at barnevernsplasser legges ut på anbud med et tidsperspektiv på 2 år. Hvilke alternative tidsperspektiver er det mulig å operere med innenfor EØS-regelverket?»

Det ligger i dette at spørsmålet om norske regler legger større begrensninger på handlefriheten enn EØS-avtalens regler krever, ikke skal behandles.¹ Heller ikke behandler vi spørsmålet om det kan hevdes at de private aktører som i dag konkurrerer om oppdrag fra det offentlige, etter norsk rett er vernet mot myndighetsvedtak som medfører at grunnlaget for virksomheten deres helt eller delvis faller bort.

Begrepet barneverntjenester favner ulike tiltak som skal sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid, jf. bvl. kapittel 2 og § 1-1.² Barnevernloven kapittel 4 gir anvisning på en rekke tiltak. Mange av disse treffes av den kommunale barneverntjenesten, uten egentlig medvirkning fra private aktører, og reiser ingen EØS-rettslige spørsmål i denne sammenheng. Barnevernloven gir hjemmel for vedtak om omsorgsovertakelse og plassering i institusjon. De institusjoner det er tale om å plassere barn i, kan være statlige, men de kan også være kommunale eller private, jf. bvl. §§ 5-1 og 5-8. Kommunale og private institusjoner godkjennes av statlig regional barnevernsmyndighet, jf. bvl. § 5-8.

Plassering av barn i institusjon krever lovhjemmel, og institusjonen kan ikke nekte å motta barnet. Institusjonen kan heller ikke utskrive barnet før tiden med mindre barneverntjenesten samtykker, jf. bvl. § 5-4. Det følger videre av bvl. § 5-9 at institusjonen kan begrense barnas

¹ Det er vår oppfatning at de norske reglene om offentlige anskaffelser begrenser handlefriheten mer enn EØS-avtalen krever. I avsnitt 7 gir vi en kort oversikt over de viktigste forskjellene mellom EØS-avtalens krav til offentlige anskaffelser og den norske reguleringen.

² Lov 100/1992 om barneverntjenester (barnevernloven).



handle- og bevegelsesfrihet,³ og særlig iøynefallende er dette ved plassering etter bvl. §§ 4-24 og 4-26. Institusjonene har dermed visse tvangsbeføyelser overfor barna.

De spørsmål vi er bedt om å utrede, har sin bakgrunn i de situasjoner der det fattes vedtak om plassering i institusjon, og en sentral problemstilling er om EØS-avtalen stiller krav til fremgangsmåte og avtaleinnhold der staten engasjerer private institusjoner til å ta hånd om barn som blir plassert i institusjon med hjemmel i barnevernloven. Vi har likevel valgt å legge drøftelsene noe bredere opp, slik at vi også behandler kjøp av andre barnevernsrelaterte tjenester enn institusjonsplasser.

Dette notatet er basert på en utredning som opprinnelig ble slutført 15. februar 2008.

Janicke Wiggen
Universitetsstipendiat

Finn Arnesen
Professor dr. juris

Senter for europarett,
Det juridiske fakultet,
Universitetet i Oslo

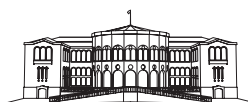
5. mai 2008

³ Dette er nærmere regulert i forskrift 2002/1594 om tvang i barnevernet.



INNHOLD

1.	KONKLUSJONER	2
2.	EØS-RETTLIG BAKGRUNN.....	2
3.	SPØRSMÅLET OM ANBUDSKONKURRANSE ER NØDVENDIG.....	2
3.1	Innledning	2
3.2	Unntaket for utøvelse av offentlig myndighet.....	3
3.3	Utenfor unntakets nedslagsfelt	4
3.3.1	Er kjøp av barnevernrelaterte tjenester kjøp av «tjenester» i EØS-avtalens forstand?	4
3.3.2	Kontrahering av barnevernrelaterte tjenester under EØS-avtalen/anskaffelsesdirektivet..	7
3.4	Nærmere om de generelle kravene til anskaffelsesprosessen.....	8
3.5	Konklusjon	10
4.	ER DET MULIG Å UNNTA ALLE BARNEVERNSTJENESTER FRA ANBUDSREGLENE?	10
5.	KAN EN UNNTA IDEELLE ORGANISASJONER OG AKTØRER FRA ANBUDSREGLENE?	10
6.	KONTRAKTENES VARIGHET	13
6.1	Innledning	13
6.2	Rammeavtaler – tillatt varighet	13
6.3	Tillatt varighet for andre kontraktstyper	14
7.	KORT OM FORSKJELLER MELLOM EØS-REGELVERKET OG DET NORSKE REGELVERKET OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	16
7.1	Anskaffelsesprosessen	16
7.2	Kontraktenes varighet	17
8.	SAMMENFATNING	18



1. KONKLUSJONER

Drøftelsene vil vise at EØS-retten ikke legger vesentlige begrensninger på myndighetenes handlefrihet ved tildeling av oppdrag om utførelse av barneverntjenester. Dette medfører at norske myndigheter har et betydelig handlingsrom under EØS-avtalen. Vi finner imidlertid grunn til å understreke at utnyttelsen av dette handlingsrommet kan være begrenset av andre forhold; så vel rettslige som mer politiske og faktiske. Det ligger utenfor vårt mandat å analysere disse nærmere, men vi vil påpeke at i den grad praksis legges om, kan det nok tenkes at aktører som dermed blir lukket ute fra nye oppdrag i barneverntjenesten vil hevde at de har foretatt investeringer og lignende i en forventning om å komme i betraktning ved tildeling av oppdrag, og at denne forventningen har et rettslig vern. Videre vil vi påpeke at en endring av praksis etter vårt syn fordrer endringer i det norske anskaffelsesregelverket.

2. EØS-RETTLIG BAKGRUNN

EØS-avtalen griper, som fellesskapsretten, bare i beskjeden grad inn i statenes frihet til å innrette sosial- og omsorgsvesen som de måtte ønske.⁴ Den enkelte stat står derfor fritt til å beslutte om den vil etterspørre sosial- og omsorgstjenester fra private aktører, og hvilke tjenester den vil etterspørre. Der staten velger å benytte seg av andre,⁵ må imidlertid valget av medkontrahent skje i samsvar med de krav som følger av EØS-avtalen. Slike krav kan gjelde fremgangsmåten ved valg av medkontrahent, kriteriene valget skjer på grunnlag av, og vilkårene medkontrahenten pålegges.

Prinsipielt sett er det to hovedgrupper av EØS-rettslige regler som kan tenkes å stille krav til statens kontrahering av private aktører; konkurransereglene, herunder statsstøttereglene, og reglene om de fire friheter. Av reglene om de fire friheter er det i første rekke reglene om etableringsrett og fri bevegelighet for tjenesteytelse, og operasjonaliseringen av dem gjennom direktiv 2004/18/EF, anskaffelsesdirektivet,⁶ som er aktuelle.

Etter vårt syn reiser konkurransereglene eller reglene om statsstøtte få problemstillinger det er grunn til å drøfte i denne sammenheng.

3. SPØRSMÅLET OM ANBUDSKONKURRANSE ER NØDVENDIG

3.1 Innledning

EØS-avtalen del II kapittel 2 og 3 gir regler om henholdsvis etableringsrett og fri bevegelighet for tjenesteytelse. Med hjemmel i disse bestemmelsenes motstykker i EF-traktaten er det gitt nærmere regler om offentlige myndigheters anskaffelser. EØS-avtalen art. 32 bestemmer imidlertid at virksomhet som, «om enn bare leilighetsvis» innebærer utøvelse av «offentlig

⁴ Se eksempelvis sak C-245/03, Merck, Sharp og Dohme, Sml. 2005 s. I-637, premiss 28 og de avgjørelser det vises til der.

⁵ Stat og kommune kan i denne sammenheng ses som ett, jf. for så vidt EFTA-domstolens dom i sak E-2/06, ESA mot Norge (Hjemfall), der ikke skilles mellom stat og kommune.

⁶ Direktiv 2004/18/EF om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlige tjenesteytelse.



myndighet» ikke omfattes av bestemmelsene i kapitlet om etableringsrett. EØS-avtalen art. 39 gir art. 32 tilsvarende anvendelse for tjenesteytelser. Er vi innenfor dette unntaket, er vi også utenfor EØS-avtalens nedslagsfelt. Et første spørsmål er derfor om private barneverninstitusjoner kan sies å utøve «offentlig myndighet». Dette behandles i avsnitt 3.2. nedenfor.

I den grad unntaket ikke kommer til anvendelse, er vi innenfor EØS-avtalens nedslagsfelt, og spørsmålet blir da hvilke føringer EØS-avtalen legger. I avsnitt 3.3 behandler vi dette i mer generelle vendinger, før vi i avsnitt 3.4 redegjør nærmere for innholdet i disse føringene.

3.2 Unntaket for utøvelse av offentlig myndighet

Uttrykket «offentlig myndighet» er verken definert i EØS-avtalen eller EF-traktaten. Rekkevidden av unntaket i EF-traktaten art. 45, som svarer til EØS-avtalen art. 32, har imidlertid vært tema i en rekke avgjørelser fra EF-domstolen. Sak 2/74, Reyners, Sml. 1974 s. 631, er en av de tidlige sakene der rekkevidden av unntaket var et tema. Generaladvokaten påpekte her at

«Offentlig myndighed udspringer af statens suverænitet; den indebærer for udøveren muligheden for at bruge ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagtens privilegier, beføjelser til at udøve tvang overfor borgerne.

Det er altså kun staten, der direkte eller ved delegation til bestemte personer, som ikke behøver normalt at have offentlige funktioner, kan udøve denne myndighed.»⁷

EF-domstolen følger opp dette når den i sitt svar til den foreleggende domstol uttaler at unntaket skal begrenses til de former for virksomhet

«der i sig selv er direkte og særlig forbundet med udøvelse af offentlig myndighed».⁸

I seg selv kan dette knapt sies å være svært klargjørende. Rettssetningen er imidlertid lagt til grunn i senere avgjørelser, og disse bidrar til å kaste lys over hva som omfattes av unntaket. I sak C-114/97, Kommisjonen mot Spania, Sml. 1998 s. I-6717, var spørsmålet om private vaktelskap falt inn under unntaket. EF-domstolen avviste dette ut fra følgende betraktninger: «Efter Domstolens faste praksis skal undtagelsen i artikkel 55 således begrænses til sådan virksomhed, som i sig selv er direkte og særlig forbundet med udøvelse af offentlig myndighed (dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners Sml. s. 631, præmis 45, og af 13.7.1993, sag C-42/92, Thijssen, Sml. I, s. 4047, præmis 8).

I den foreliggende sag fremgår det af akterne, at formålet med vaktelskabernes og vagtpersonalets virksomhet er på privatretlig grunnlag at sørge for utførelse af oppgaver, der består i overvågning og beskyttelse.

Udøvelsen af denne virksomhet indebærer imidlertid ikke, at vaktelskaberne og vagtpersonalet har beføjelse til at udøve tvang. Blot at bidrage til, at den offentlige sikkerhet opretholdes, som enhver enkeltperson kan blive nødsaget til, er nemlig ikke udøvelse af offentlig myndighed.»⁹

⁷ Sml. 1974 s. 631, på s. 664.

⁸ Domsslutningen, punkt 2.

⁹ Sml. 1998 s. I-6717, premissenes pkt. 35 til 37.



Vi ser her at adgangen til å utøve tvang som krever lovhjemmel er et sentralt element i offentlig myndighetsutøvelse, slik at fravær av slik adgang kan medføre at unntaket ikke kommer til anvendelse.¹⁰ Som nevnt rekker barneverninstitusjonenes myndighet overfor barna lengre enn den myndighet man i alminnelighet har overfor andres barn.

EF-domstolens praksis viser at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse skal tolkes strengt. Samtidig er det tilstrekkelig til at unntaket kommer til anvendelse at det bare «leilighetsvis» utøves offentlig myndighet. Dette innebærer at det er begrepet «offentlig myndighetsutøvelse» som skal tolkes strengt. Foreligger det først kompetanse til å utøve offentlig myndighet, kommer unntaket til anvendelse selv om kompetansen bare sjelden benyttes.

Vurderingstemaet etter EØS art. 32 er formulert annerledes enn for eksempel vurderingstemaet etter EØS art. 28 nr. 4, som bestemmer at reglene om arbeidskraftens frie bevegelighet ikke kommer til anvendelse på «stillinger i den offentlige administrasjon». Her har EF-domstolen understreket at unntaket bare kommer til anvendelse på stillinger der utøvelse av offentlig myndighet skjer jevnlig, og utgjør mer enn bare en liten del av de oppgaver som ligger til stillingen. Denne vurderingen er en ex ante vurdering. Poenget kan illustreres med EF-domstolens avgjørelse i sak C-47/02, Anker m.fl., Sml. 2003 s. I-10447, som gjaldt spørsmålet om et nasjonalitetskrav for kapteiner var omfattet av unntaket. EF-domstolen fant at et slikt krav kan falle inn under unntaket, fordi kapteinen etter nasjonale regler i mange henseende er statens representant, med kompetanse til å utøve offentlig myndighet. Unntaket kommer likevel ikke til anvendelse der utøvelse av den offentlige myndighet som er lagt til stillingen utgjør en meget begrenset del av den. I saken fant derfor domstolen at unntaket ikke kom til anvendelse ved ansettelse av kapteiner på små havgående fiskefartøyer, fordi funksjonen som representant for flaggstaten utgjorde en ubetydelig del av stillingen.¹¹

Vi ser her at EF-domstolen legger avgjørende vekt på muligheten for at det blir behov for utøvelse av offentlig myndighet, og relaterer denne vurderingen til faktiske karakteristika ved den aktuelle stillingen. En tilsvarende synsvinkel kan legges til grunn i relasjon til unntaket i EØS art. 32, der det uttrykkelig fremgår av ordlyden at unntaket kommer til anvendelse ved tildelingen av oppgaver som innebærer offentlig myndighetsutøvelse, selv om slik myndighetsutøvelse rent faktisk bare skjer leilighetsvis.

Etter vår oppfatning er det temmelig klart at institusjoner som mottar barn etter plasseringsvedtak omfattes av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse, slik at reglene om etableringsrett og fri bevegelighet for tjenesteytelser ikke begrenser myndighetenes frihet ved valget mellom hvilke institusjoner som skal benyttes.

3.3 Utenfor unntakets nedslagsfelt

3.3.1 Er kjøp av barnevernrelaterte tjenester kjøp av «tjenester» i EØS-avtalens forstand?

Det kan spørres om barnevernrelaterte tjenester er av en slik art at de ikke berøres av EØS-avtalens regler om fri bevegelighet og konkurranse. Et slikt synspunkt kan eventuelt forankres i

¹⁰ Dette er fulgt opp i senere avgjørelser, jf. senest EF-domstolens avgjørelse i sak C-465/05, Kommisjonen mot Italia, hvor dom falt 13. desember 2007.

¹¹ Se premissene pkt. 60 til 64.



det forhold at det offentlige ikke driver økonomisk virksomhet når det yter barneverntjenester, samt den omstendighet at det ikke finnes annen etterspørsel etter barneverntjenester enn den det offentlige genererer. Det er, kan det hevdes, dermed ikke noe egentlig marked for barneverntjenester. Barneverntjenester skiller seg dermed også fra andre sosiale tjenester. I forlengelsen av dette kan det hevdes at barneverntjenester heller ikke er «tjenester» i EØS-rettslig forstand.

Når det offentlige finansierer barnevernrelaterte tjenester, drives det ingen økonomisk virksomhet. Det er snarere slik at det offentlige oppfyller sine forpliktelser overfor befolkningen på det sosiale området. Konkurransereglene regulerer atferden til «foretak», jf. EØS-avtalen art. 53 og 54. Begrepet «foretak» omfatter også offentlige myndigheter og enheter, men bare der de driver økonomisk aktivitet. Når stat og kommune finansierer barneverntjenester, er ikke dette en økonomisk aktivitet, og stat og kommune er heller ikke «foretak» i relasjon til konkurransereglene. Konkurransereglene kommer derfor ikke til anvendelse på de avtaler som inngås. Heller ikke det offentliges opptreden som innkjøper på markedet vil reguleres av konkurransereglene; heller ikke her opptrer det offentlige som «foretak».¹² Det samme synspunkt kan i rimelig utstrekning anlegges i tilfeller der det offentlige selv yter barneverntjenester.

Helt åpenbart er dette ikke. Etter konkurransereglene er det arten av aktiviteten i seg selv som er avgjørende for om reglene kommer til anvendelse. Etter Kommisjonens syn viser rettspraksis at man må vurdere «en række kriterier vedrørende de betingelser, hvorunder tjenesten ydes, f.eks. om der findes et marked, om der foreligger statslige prerogativer eller solidaritetsforpliktelser.» Se avsnitt 2.1 i Kom(2007) 725 («Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget. Vedlegg til meddelelsen «Et indre marked for Europa i det 21. århundrede. Tjenesteydelser af almen interesse, herunder sociale ydelser af almen interesse: Europas nye udfordring.»).

Barnevernrelaterte tjenester ytes og finansieres ut fra solidaritetsbetraktninger, og er tjenester som springer ut av det offentliges sosiale ansvar overfor sine borgere. Dette taler mot at offentlige barnevernsinstitusjoner kan anses som «foretak» i EØS-avtalens forstand. Det kan likevel ikke utelukkes at offentlige institusjoner kan anses som foretak der de opptrer i konkurranse med private organisasjoner om offentlige oppdrag på området. Liknende problemstillinger har nylig vært oppe til diskusjon i sak E-5/07, som ble behandlet i EFTA-domstolen 16. januar i år. EFTA-domstolens avgjørelse foreligger i skrivende stund ikke.

På samme bakgrunn vil trolig (potensielle) brukere av tjenestene ikke kunne påberope tjenestereglene overfor det offentlige; de tjenester det offentlige yter i denne relasjon, ytes ikke med tanke på å delta i økonomisk virksomhet, men for å oppfylle forpliktelser overfor befolkningen.¹³

Det forhold at konkurransereglene ikke kommer til anvendelse på det offentliges opptreden som tilbyder av sosiale tjenester, er imidlertid ikke ensbetydende med at reglene om de fire friheter

¹² Se eksempelvis sak C-205/03 P, FENIN, Sml. 2006 s. I-6295.

¹³ Se eksempelvis sak 263/86 Humbel, Sml. 1988 s. 5365 og sak C-109/92 Wirth, Sml. 1993 s. I-6447.



heller ikke kommer til anvendelse i relasjonen mellom det offentlige og potensielle medhjelpere.

Offentlige innkjøp som foretas for å oppfylle forpliktelser av sosial, kulturell eller utdanningsmessig art, vil som utgangspunkt være underlagt reglene om offentlige anskaffelser. Dette ligger nærmest implisitt i anskaffelsesregelverket. Det avgjørende for om regelverket kommer til anvendelse vil dermed være om de tjenester som kjøpes inn av offentlige aktører når de oppfyller sine forpliktelser på det sosiale området, utgjør «tjenester» i EØS-rettslig forstand og ikke innebærer offentlig myndighetsutøvelse.¹⁴

Etter anskaffelsesdirektivet er det avgjørende om de aktører det offentlige henvender seg til, yter tjenester mot betaling. I denne sammenheng er det uten betydning hvorvidt den enkelte tjenesteyter søker å oppnå fortjeneste eller ikke.¹⁵ Dette innebærer etter vårt syn at de tjenester det offentlige etterspør i forbindelse med oppfyllelsen av sine forpliktelser overfor borgerne, nærmest uten unntak vil utgjøre tjenester i EØS-avtalens forstand.

EF-domstolens avgjørelse i sak C-281/06 Jundt, er illustrerende. Etter å ha konstatert at domstolen har holdt undervisning i institusjoner som utgjør del av det offentlige undervisningssystem, og som helt eller hovedsakelig er finansiert av offentlige midler, utenfor tjenestebegrepet i EF-traktatens art. 50, uttaler domstolen:

«Hovedsagen vedrører imidlertid ikke undervisningsvirksomhet ved selve universiteterne, finansieret over det offentlige budget. Den foreliggende sag og den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning vedrører derimot tjenesteydelser leveret som bibeskæftigelse af fysiske personer, som universiteterne anvender for at varetage deres opgaver. Betalingen for disse tjenesteydelser kan udgøre en betaling fra det pågældende universitet.

Som generaladvokaten har anført i punkt 12 i forslaget til afgørelse, er den afgørende faktor, som bringer en aktivitet inden for anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser, aktivitetens økonomiske karakter, nemlig at aktiviteten ikke må udøves vederlagsfrit.»¹⁶

Illustrerende er også sak C-532/03, Kommisjonen mot Irland. Saken gjaldt spørsmålet om tildeling av ambulanseskjæringsoppdrag uten forutgående kunngjøring var i strid med EF-traktatens artikler 43 og 49 samt EF-rettens overordnede prinsipper. Irland anførte at ambulansetjenester blir besørget gratis, og derfor ikke utgjør tjenester som «normalt blir ytet mot betaling». EF-domstolen tok ikke stilling til dette, men avgjorde saken på annet grunnlag. Generaladvokaten drøftet imidlertid argumentasjonen, og avviste den, jf. følgende:

«I den foreliggende sag er det anvendelsen af princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser, der står i centrum. Dette forudsætter, at genstanden for det omtvistede udbud er «tjenesteydelser» i artikel 50 EF's forstand.

Man kunne nu indtage det standpunkt, at sygetransport og/eller udrykningskørsel som regel ikke betales direkte af den, der gør brug af ydelsen, men at udgifterne overtages af forsikringen eller bæres direkte af statskassen. Eftersom det ifølge Domstolens praksis netop inden for sundhedsvæsenet [...] er

¹⁴ Er kompetanse til å utøve offentlig myndighet en integrert del av tjenesten, er vi innenfor unntaket for offentlig myndighetsutøvelse.

¹⁵ Se eksempelvis sak C-281/06 Jundt, avsnitt 33 med videre henvisninger.

¹⁶ Avgjørelsens premiss 31 og 32.



tilstrækkelig, at vederlaget for en ydelse betales af tredjemand, er det overflødig at undersøge afregningssystemet for de omhandlede ydelser nærmere. Det er under alle omstændigheder ubestridt, at East Coast Area Health Board yder en såkaldt «contribution». Hvor stor dennes andel af de faktiske udgifter er, behøver derfor ikke afklares af hensyn til den foreliggende sag.»¹⁷

Etter vårt syn er det derfor neppe riktig å hevde at barnevernrelaterte tjenester, når de kjøpes fra private (herunder ideelle) aktører, på grunn av sin art ikke er å anse som «tjenester» i EØS-avtalens forstand.

3.3.2 Kontrahering av barnevernrelaterte tjenester under EØS-avtalen/anskaffelsesdirektivet

Det fremgår av avsnittet foran at kontrahering av barnevernrelaterte tjenester som ikke innebærer adgang til offentlig myndighetsutøvelse, vil være kjøp av «tjenester» slik dette uttrykket brukes i EØS-retten. Kjøpet må derfor skje i samsvar med de krav som følger av avtalen.

Offentlige myndigheters tjenestekjøp er særskilt regulert gjennom direktiv 2004/18/EF, anskaffelsesdirektivet. Sideløpende med de krav som følger av dette, stiller også bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel om etableringsrett og fri bevegelighet for tjenester visse krav.

Anskaffelsesdirektivet gir detaljerte regler om det offentliges anskaffelser, men formulerer også i art. 2 et mer alminnelig prinsipp for kontraktsinngåelser. Artikkel 2 krever at offentlige myndigheter

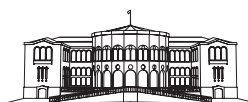
«overholder prinsippene om likebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsiktig måte».

EF-domstolen har lagt til grunn at reglene om fri bevegelighet allerede på traktatnivå medfører at medlemsstatene må tildele oppdrag i samsvar med ulovfestede prinsipper om likebehandling, ikke-diskriminering og transparens. Direktivet kan derfor vanskelig forstås som annet enn en henvisning til disse prinsippene på dette punktet.

Alle tjenestekjøp er imidlertid ikke underlagt like detaljerte regler. Av særlig interesse i denne sammenheng er at anskaffelsesdirektivet art. 21 bestemmer at tjenesteytelser som er oppført i direktivets vedlegg II B utelukkende er underlagt artikkel 23 og artikkel 35 nr. 4. Blant de tjenester vi finner her er «sundhets- og sosialvæsen», og den aktuelle posten i CPV-nomenklaturen, nr. 853100000-2, omfatter blant annet undergrupper som nr. 85310000-5, «Sosialarbeid», nr. 853111300-5, «Barne- og ungdomsomsorg med innkvartering» og nr. 85312110-3, «Daginstitutioner for barn».

Anskaffelsesdirektivet art. 23 regulerer bruk av tekniske spesifikasjoner. Bestemmelsen er neppe særlig aktuell ved kjøp av barnevernrelaterte tjenester. Artikkel 35 nr. 4 pålegger medlemsstatene visse kunngjøringsplikter etter at kontrakt er tildelt. Denne bestemmelsen stiller dermed ikke krav til selve anskaffelsesprosessen.

¹⁷ Generaladvokatens forslag til dom, avsnitt 53 og 54.



Siden anskaffelsesdirektivet art. 2 må forstås som en henvisning til ulovfestede prinsipper som allerede gjelder, er det ikke holdbart å hevde at det forhold at art. 21 bestemmer at tjenester oppført i vedlegg II B «utelukkende» er underlagt art 23 og 35 nr. 4, kan forstås slik at prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering og transparens ikke gjelder.

Dette medfører at de føringene anskaffelsesdirektivet legger på anskaffelsen av barnevernsrelaterte tjenester som ikke omfattes av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse, er at prinsippene om likebehandling og ikke-forskjellsbehandling respekteres, og at anskaffelsesprosessen er slik innrettet at det lar seg gjøre for utenforstående å vurdere om disse prinsippene er fulgt.¹⁸

Disse føringene er sammenfallende med de krav til det offentliges kjøp av tjenester som ikke er omfattet av anskaffelsesdirektivet EF-domstolen har utledet av EF-traktens regler om etableringsrett og fri bevegelse for tjenesteytelse.¹⁹

3.4 Nærmere om de generelle kravene til anskaffelsesprosessen

Som nevnt har EF-domstolen uttalt at selv om innkjøpet faller utenfor anskaffelsesdirektivene, må likevel EF-traktatens overordnede prinsipper iakttas.²⁰ Som illustrasjon kan nevnes sak C-59/00 Vestergaard, der EF-domstolen uttalte:

«Selv om visse kontrakter er udelukket fra anvendelsesområdet for EF-direktivene vedrørende offentlige kontrakter, er de ordregivende myndigheter, der indgår dem, dog forpliktet til at overholde traktatens grunnleggende regler (jf. i denne retning dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60).»²¹

Kommisjonen har utarbeidet en tolkningsmeddelelse om EF-rettens anvendelse på kontrakter som faller helt eller delvis utenfor direktivene om offentlige anskaffelser.²²

Tolkningsmeddelelsen er uttrykk for Kommisjonens forståelse av rettspraksis. Den kan derfor ikke uten videre legges til grunn som uttrykk for gjeldende rett. Det er likevel på det rene at både Kommisjonen og ESA vil følge meddelelsen. Den gir derfor en nyttig pekepinn om hvilke prosedyrer som bør iakttas også når oppdrag om sosial- og helsetjenester tildeles. I det følgende vil vi derfor i korte trekk gjøre rede for meddelelsens innhold.

Det fremgår av meddelelsen at traktatens regler og de prinsipper EF-domstolen har utledet av dem skal etterleves ved alle anskaffelser som faller inn under avtalen. Dette medfører at de fire

¹⁸ Se nærmere Sejersted m.fl., EØS-rett, 2. utg. Oslo 2004, kapittel 29, og avsnitt 3.4 nedenfor.

¹⁹ Jf. for så vidt Europakommisjonens tolkningsmeddelelse om kontrakter som faller utenfor anskaffelsesregelverket, EU-tidende 2006 nr. 179 s. 2.

²⁰ Se EF-domstolens avgjørelser i sak C-324/98 Telaustria, Sml. 2000 s. I10745, sak C-231/03 Coname, Sml. 2005 s. I-7287, sak C-458/03 Parking Bixen (konsesjonskontrakter), Sml. 2005 s. I-8585, sak C-234/03 Contse (uprioriterte tjenester), Sml. 2005 s. I-1937 og sakene C-59/00 Vestergaard, Sml. 2001 s. I-9505, og C-264/03 Kommisjonen mot Frankrike (kontrakter under terskelverdiene).

²¹ Sak C-59/00, premissens pkt. 20.

²² Europakommisjonens tolkningsmeddelelse om kontrakter som faller utenfor anskaffelsesregelverket, EU-tidende 2006 nr. 179.



friheter,²³ forbudet mot diskriminering og prinsippene om likebehandling, transparens, proporsjonalitet og gjensidig anerkjennelse må respekteres.²⁴

I sak C-231/03, Coname, Sml. 2005 s. I-7287, uttalte domstolen imidlertid at;

«I den foreliggende sag bemærkes, at det ikke fremgår af sagsakterne, om det på grund af særlige omstændigheder, som f.eks. en meget begrænset økonomisk betydning, med rette kan hævdes, at en virksomhed i en anden medlemsstat end den, hvori Cingia de' Botti kommune ligger, ikke ville være interessert i at opnå tildeling af den omhandlede koncessionskontrakt, og at virkningerne for de omhandlede grundlæggende friheder må betragtes som for usikre og for indirekte til, at man kan fastslå, at disse er blevet tilsidesat»²⁵

Dommen viser at i de tilfellene hvor virkningene for samhandelen er svært avledet og indirekte, vil traktatens regler ikke være brutt selv om kontrakten tildeles uten forutgående annonsering, for eksempel. Kommisjonen legger derfor til grunn at traktatens regler og de prinsipper de gir grunnlag for bare gjelder ved kontraktstildelinger som har tilstrekkelig tilknytning til fellesmarkedets funksjon.²⁶ Sagt med andre ord må den enkelte offentlige oppdragsgiver vurdere om den kontrakten som skal tildeles, er av interesse for EØS-markedet. Ifølge Kommisjonen vil dette måtte bero på en individuell vurdering der kontraktens gjenstand og verdi, eventuelle spesielle aspekter ved den aktuelle sektoren samt den geografiske lokaliseringen av stedet for kontraktsoppfyllelse er sentrale vurderingstemaer.²⁷

Dersom kontrakten kan være av betydning for EØS-området, er hovedregelen at myndighetene må sikre overholdelse av likebehandlingsprinsippet og forbudet mot nasjonalitetsbasert forskjellbehandling. I dette ligger en forpliktelse til transparens:

«Ligebehandlingsprinsippet og prinsippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet indebærer navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at principperne overholdes. Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelseskonsessioner for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. i samme retning dommen i sagen Telaustria og Telefonadress, præmis 61 og 62)»²⁸

Myndighetene må således besørge at oppdraget bekjentgjøres i en slik grad at potensielle interessenter kan bli oppmerksomme på kontrakten, og på en slik måte at det er mulig å etterprøve om myndighetene har iaktatt prinsippet om likebehandling og forbudet mot nasjonalitetsbestemt diskriminering i tildelingsprosedyren.

Kontraktstildelingen må dermed, også når det gjelder tjenester innenfor sosial- og helsesektoren, iaktta traktatens regler og overordnede prinsipper. Annonsering og kontraktstildeling i tråd med direktivet vil selvfølgelig oppfylle de krav som følger av traktaten og de overordnede prinsipper som domstolen har utledet av den. Samtidig kan det medføre

²³ Fri bevegelse for varer, personer, tjenesteytelser og kapital.

²⁴ Meddelelsen s. 3. Dette er også i samsvar med hva som hevdes i teorien.

²⁵ Sak C-213/03, Coname, premiss 20.

²⁶ Kommisjonens meddelelse, s. 3.

²⁷ Meddelelsen s. 4.

²⁸ Sak C-458/03, Parking Brixen, Sml. 2005 s. I-8585, premiss 49



høye transaksjonskostnader å tilrettelegge for egne prosedyrer som ivaretar kravene om ikke-diskriminering, likebehandling og transparens. Slik sett kan det være grunn til å reise spørsmål om det er så mye å vinne på å kunne manøvrere utenfor direktivets prosessuelle regelverk, men pliktig til det, er myndighetene ikke.

Den kanskje viktigste konsekvensen av å stå utenfor anskaffelsesdirektivets nedslagsfelt, er muligheten til å operere med kvalifikasjons- og tildelingskriterier som er bedre tilpasset det oppdrag som skal tildeles enn anskaffelsesdirektivet åpner for.

3.5 Konklusjon

Drøftelsene foran viser at kjøp av barneverntjenester ikke behøver å skje etter anbud. Selv der EØS-avtalen kommer til anvendelse, står norske myndigheter temmelig fritt etter EØS-retten til å velge medkontrahent. Det forhold at man skal tildele kontrakt må imidlertid gjøres kjent på en slik måte at potensielle interessenter kan melde sin interesse, valget av medkontrahent må skje på grunnlag av offentliggjorte kriterier etter en prosedyre som sikrer likebehandling, og det må være mulig å få de beslutninger som fattes i prosessen rettslig prøvet.

4. ER DET MULIG Å UNNTA ALLE BARNEVERNSTJENESTER FRA ANBUDSREGLENE?

Det følger av drøftelsene i avsnitt 3 foran, at det ikke er mulig å unnta alle barneverntjenester fra anskaffelsesreglene. Det følger imidlertid også av drøftelsene at det ikke er noe krav om at kjøp av barneverntjenester skal skje etter anbudsprosedyre. Dette innebærer at myndighetene står temmelig fritt ved formuleringen av de kriterier som vil bli lagt til grunn ved valget mellom flere kvalifiserte tilbydere.

5. KAN EN UNNTA IDEELLE ORGANISASJONER OG AKTØRER FRA ANBUDSREGLENE?

Vi oppfatter spørsmålstillingen slik at spørsmålet er om man kan forbeholde visse oppdrag for ideelle aktører. Der man er innenfor nedslagsfeltet til unntaket for offentlig myndighetsutøvelse, legger EØS-avtalen ingen føringer på valg av medkontrahent. Avtalen er dermed heller ikke til hinder for at utelukkende ideelle aktører kommer i betraktning ved tildeling av oppdrag som innebærer adgang til å utøve offentlig myndighet.

Der vi er utenfor unntaket nedslagsfelt, blir vurderingen mer sammensatt, og svarene mer usikre.

EØS-avtalen art. 34 bestemmer at i relasjon til reglene om etableringsrett skal «selskaper» opprettet i samsvar med lovgivningen i en av EØS-statene, og som har sitt vedtektsbestemte sete på en av EØS-statenes territorium, likestilles med fysiske personer som er statsborgere i en EØS-stat. EØS-avtalen art. 39 gir art. 34 tilsvarende anvendelse for tjenester. Uttrykket «selskaper» er definert i EØS art. 34 annet ledd, og med uttrykket skal forstås



«selskaper i sivil- eller handelsrettslig forstand, herunder også kooperative selskaper samt andre juridiske personer i offentlig- eller privatrettslig forstand, *unntatt dem som ikke driver ervervsmessig virksomhet*». (Uthevet her).

Bestemmelsen har sitt motstykke i EF-traktaten art. 48, hvor den kursiverte passusen lyder: «unntatt selskaper som ikke har økonomisk formål».²⁹ Vi ser her at formålet med virksomheten er det avgjørende, ikke arten av den. Selv om det er ordlydsnyanser mellom EØS-avtalen og EF-traktaten på dette punktet, er det liten grunn til å anta at ikke regelen er ment å være den samme etter EØS-avtalen som etter EF-traktaten.

Når etablerings- og tjenestereglene ikke kommer til anvendelse på juridiske personer som ikke driver ervervsmessig virksomhet, kan det være fristende å trekke den slutning at like lite som slike rettssubjekter kan påberope seg etablerings- og tjenestereglene, like lite kan rettssubjekter omfattet av disse reglene kreve å bli stilt som rettssubjekter som faller utenfor. En slik slutning er imidlertid forhastet. EF-domstolens praksis viser at det å forbeholde en aktivitet for foretak som driver uten gevinst for øye, er et hinder for etableringsretten og for adgangen til å yte tjenester over landegrensene.³⁰ EF-domstolens praksis viser imidlertid også at etableringsreglene ikke er til hinder for å gjøre retten til offentlige tilskudd betinget av tilskuddsmottaker ikke driver med gevinst for øye. Den sentrale dommen i denne sammenheng er sak C-70/95, Sodemare, Sml. 1997 s. I-3395.

Sodemare gjaldt italienske regler om privates adgang til å inngå avtaler med det offentlige om ytelse av blant annet eldreomsorg omfattet av det offentlige tjenestetilbudet. Et vilkår for å kunne komme i betraktning for slike avtaler var besittelsen av en egnethetserklæring, utstedt av italienske myndigheter. Et vilkår for å få slik erklæring var at virksomheten skjedde uten gevinst for øye. Denne ordningen ble angrepet av flere selskaper som ikke tilfredsstilte dette kravet, og det ble blant annet hevdet at kravet var i strid med etableringsreglene.

Den italienske regjering gjorde gjeldende at kravet om at det ikke måtte arbeides med gevinst for øye var forankret i de rent sosiale formål med eldreomsorgen. Synspunktet var at de disposisjoner som treffes av foretak som ikke driver med gevinst for øye ikke vil være påvirket av hensynet til å gi overskudd, og at slike foretak dermed bedre kan oppfylle sosiale målsettinger. I tilknytning til dette uttalte EF-domstolen:

«Det bemærkes i den forbindelse, at en medlemsstat på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin i henhold til den kompetence, den har til selv at udforme sin sociale sikringsordning, kan mene, at det i forbindelse med et socialt bistandssystem som det i hovedsagen omhandlede af hensyn til virkeliggørelsen af dets formål nødvendigvis må kræves, at private virksomheder kun kan få adgang til at medvirke ved gennemførelsen heraf som leverandører af sociale bistandsydelse, såfremt de ikke driver virksomhed med gevinst for øje.»³¹

²⁹ Dansk: «med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje», engelsk: «save for those which are non-profitmaking», tysk: «mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen».

³⁰ Se sak C-439/99, Kommisjonen mot Italia, Sml. 2002 s. I-305, premissenes pkt. 32. Den danske versjonen av avgjørelsen er misvisende. Her heter det at «forbuddet mod at udøve virksomheden i ikke-kommercielt øjemed» utgjør en alvorlig restriksjon. Det fremgår imidlertid av saken at den italienske lovgivningen som var til vurdering oppstilte et forbud mot å drive virksomheten i kommersielt øyemed, og det er dette som finnes å være en alvorlig restriksjon. En slik lesning bekreftes av andre språkversjoner av dommen.

³¹ Sak C-70/95, Sodemare, Sml. 1997 s. I-3395, premissenes pkt. 32.



Et sentralt element i begrunnelsen er at den italienske ordningen

«bygger på solidaritetsprincippet, idet hovedformålet er at bistå personer, der på grund af utilstrækkelige indtægter, i familien, hel eller delvis manglende evne til at klare sig selv eller en udsat sosial position har brug for hjælp, og kun i anden række, i det omfang det er mulig med den struktur og de midler der er til rådighed, at bistå andre personer, der imidlertid i forhold til deres økonomiske situation, og på grundlag af de takster, der er fastlagt af hensyn til indtægtsforholdene i familien, selv skal være med til, at afholde de dermed forbundne udgifter.»³²

Etter så å ha påpekt at den italienske ordningen ikke setter foretak hjemmehørende i andre land som driver med gevinst for øye i en dårligere stilling rettslig eller faktisk enn italienske foretak som driver med gevinst for øye, fant EF-domstolen at den italienske ordningen ikke var i strid med etableringsreglene.

Det er nærliggende å lese dommen slik at det å reservere aktiviteten for ideelle organisasjoner og andre foretak som driver uten gevinst for øye aksepteres fordi det medfører at mest mulig av det vederlag som gis for ytelsene, pløyes tilbake til den gruppen som er mottakere av den tjenesten det betales for.

Formålet med barneverntjenesten er å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid, jf. bvl. § 1-1. I Sodemare fant EF-domstolen at den italienske eldreomsorgsordningen kunne karakteriseres som en sosial bistandsordning. Det kan da ikke være tvil om at også barneverntjenesten kvalifiserer til denne betegnelsen. Der det gjøres bruk av private leverandører av barneverntjenester, benyttes private til oppfyllelsen av en offentlig oppgave. Barneverntjenester ytes etter det vi kan kalle et solidaritetsprinsipp; de ytes til den enkelte etter behov i den utstrekning kapasiteten tillater, uavhengig av den barneverntrengendes eller dennes families økonomi.³³

Der det vederlag som gis for tjenesteytelsene ikke pløyes tilbake til den gruppen som er mottakere av de tjenester det betales vederlag for, men benyttes til andre, gjerne ideelle, formål, kan det reises spørsmål om en forutsetning for EF-domstolens aksept i Sodemare ryker. Selv om ideelle organisasjoner ikke arbeider med det for øye å generere profitt til eiere eller deltakere, kan fortjenestemotivet likevel foreligge i tilknytning til en enkelt aktivitet. I Sodemare ble de problemstillinger dette gir grunnlag for ikke reist, og rettsstillingen er etter vår oppfatning uavklart.

Rent praktisk vil problemet kunne løses gjennom vilkår om at vederlaget må komme mottakergruppen til gode, kombinert med krav til regnskapsføring. På denne måten unngår man de spørsmål som oppstår der vederlaget for barneverntjenestene finansierer annen virksomhet.

³² Sak C-70/95, Sodemare, Sml. 1997 s. I-3395, premissenes pkt. 29.

³³ Sammenlign for så vidt KOM(2006) 177 endelig, Meddelelse fra Kommissionen: Iværkssettelse af Fællesskabets Lissabon-program – Socialydelser af almen interesse i Den Europæiske Union, s. 4.



Det er likevel grunn til å fremheve en viktig forskjell mellom de tjenester det var tale om i Sodemare og barneverntjenester. For eldreomsorgstjenester vil det være et marked uavhengig av det offentliges etterspørsel etter og bidrag til finansieringen av slike tjenester. Dette medfører at selv om bare foretak som driver uten gevinst for øye kan nyte godt av de statlige tilskuddsordningene, er ikke markedet lukket for kommersielle aktører. Dette stiller seg annerledes med barneverntjenester. Her vil det ikke være annen etterspørsel enn den det offentlige står for. Da kan det hevdes at å stille som vilkår for adgangen til å levere barneverntjenester at virksomheten drives på ideelt grunnlag vil være en alvorlig etableringshindring og restriksjon på adgangen til å yte tjenester over landegrensene. En slik hindring vil bare kunne opprettholdes der den er nødvendig for å ivareta tungtveiende allmenne hensyn. Det er ikke helt utelukket at hensynet til at mottakerne av barneverntjenestene får et så godt tilbud som mulig kan begrunne krav til leverandørene. Et krav om at virksomheten må drives på ideelt grunnlag medfører imidlertid større hindringer for samhandelen enn nødvendig for å ivareta dette hensynet. Hensynet kan jo også ivaretas gjennom prisingsformler og andre tiltak. Dette er tiltak som ikke utelukker hele kategorier av potensielle leverandører.

6. KONTRAKTENES VARIGHET

6.1 Innledning

EU-direktivene inneholder ikke bestemmelser om hvor langvarige kontrakter som i alminnelighet kan inngås ved offentlige anskaffelser. Den eneste reguleringen av kontraktens løpetid, er direktivets artikkel 32 (2) fjerde ledd om rammeavtaler, jf. også direktivets fortale avsnitt 11.

Direktivets regler gjelder som nevnt ikke tjenester oppført i direktivets vedlegg II B, blant annet helse- og sosialtjenester.

Det er usikkert om man på alminnelig EØS-rettslig grunnlag kan utlede noe forbud mot inngåelse av langvarige kontrakter, men det kan prinsipielt sett ikke utelukkes at reglene om de fire friheter, konkurranseregler og forbud mot statsstøtte kan hindre slike kontrakter. Det synes likevel trygt å legge til grunn at disse reglene neppe vil ramme strengere enn anskaffelsesdirektivet, og vi tar derfor utgangspunkt i dette til tross for at direktivet ikke kommer direkte til anvendelse på helse- og sosialtjenester.

6.2 Rammeavtaler – tillatt varighet

Etter direktivet kan rammeavtaler inngås for et tidsrom på maksimalt 4 år, med mindre rammeavtalens gjenstand berettiger en lengre varighet. Anskaffelsesdirektivets art. 32 (2) femte ledd understreker at oppdragsgiver ikke må misbruke rammeavtaler eller anvende dem på en måte som «hindrer, begrenser eller vrir konkurransen».

Det er antatt at unntaket fra tidsbegrensningen på fire år først og fremst vil komme til anvendelse ved inngåelsen av kontrakter der etableringskostnadene er så store at få, eller ingen, aktører ser seg tjent med å inngi tilbud med mindre det etableres en langvarig kontrakt som reduserer risikoen for at aktørene ikke greier å innvinne sine investeringskostnader. I disse



tilfellene vil det medføre økt konkurranse å utlyse langsiktige kontrakter, idet flere aktører vil se seg tjent med å inngi tilbud.³⁴

Unntaket vil kunne være spesielt relevant innenfor barneverntjenesten, der vi antar det kan være nødvendig for aktørene som tilbyr sine tjenester å investere i fast eiendom, sikkerhetssystemer, spesielle opplæringstiltak eller i forbindelse med tjenesteytelsen.

Det kan også hevdes at barneverntjenestenes art tilsier at det av hensyn til dem tjenestene skal tilgodese – barna – bør kunne inngås kontrakter av lengre varighet enn fire år. Bestemmelsene er imidlertid nye, og det er derfor vanskelig å si noe sikkert om dette. Det skal også bemerkes at direktivets ordlyd legger opp til en streng vurdering; i den danske versjonen benyttes uttrykket «særlige tilfælde, som er behørigt begrundet navnlig i rammeaftalens formål». I den engelske versjonen reserveres unntaksmuligheten for «exceptional cases duly justified, in particular by the subject of the framework agreement». Vi antar at ønsket om – og behovet for – stabilitet og langsiktighet i oppfølgingen i av de barn som har behov for barnevernstjenester kan begrunne anvendelsen av rammekontrakter som varer lenger enn fire år.

6.3 Tillatt varighet for andre kontraktstyper

Som nevnt regulerer direktivet ikke hvor lange tjenestekontrakter som kan inngås utover bestemmelsene om rammekontrakter. Tvert imot fremgår følgende av artikkel 9 nr. 8, litra b punkt to (ii) som regulerer hvorledes terskelverdiene for tjenestekontrakter skal utregnes:

«Ved beregningen af den anslåede værdi af offentlige tjenesteydelseskontrakter skal der tages hensyn til følgende:

[...] ii) for tidsubegrænsede kontrakter eller kontrakter, hvis løbetid er over 48 måneder: den månedlige værdi multipliseret med 48.»

Det fremgår altså implisitt av bestemmelsen at kontrakter med en varighet over fire år, endog kontrakter uten bestemt varighet, kan inngås i tråd med direktivet. På denne bakgrunn legger blant annet Steinicke og Groesmeyer til grunn at det ikke kan utledes begrensninger i tillatt kontraktsvarighet av direktivet.³⁵ En hører likevel ofte at det fremholdes at kontrakter i alminnelighet ikke bør gis lenger varighet enn 3-5 år – uten at dette er kommet eksplisitt til uttrykk i avgjørelser fra Kommisjonen eller EF-domstolen vi kjenner til.

Et slikt syn kan imidlertid begrunnes i anskaffelsesreglens formål; I avsnitt 2 i direktivets fortale heter det at reglene om offentlige anskaffelser blant annet er gitt for å garantere at offentlige anskaffelser åpnes for konkurranse.³⁶

³⁴ European Commission Directorate General Internal Market and Services Public Procurement Policy, CC/2005/03_rev 1 of 14.7.2005; Explanatory Note – Framework Agreements – Classic directive.

³⁵ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer; *EU's Udbudsdirektiver med kommentarer*, Jurist og Økonomforbundets forlag, København 2003, 1. utg. på side 473.

³⁶ Derimot er et krav om samfunnsøkonomisk effektivitet i innkjøpskjeden ikke noe uttalt formål etter anskaffelsesdirektivet, slik som etter de norske anskaffelsesreglene. Slike krav om samfunnsøkonomisk effektivitet/forretningmessighet inntas gjerne i nasjonal gjennomføring av reglene om offentlige anskaffelser, men det er tvilsomt om dette er selvstendige krav etter de EØS-rettslige anskaffelsesreglene. Se Sue Arrowsmith; *The*



EF-domstolen har også bekreftet at hensynet til åpning av markedene for effektiv konkurranse er blant formålene bak regelverket om offentlige anskaffelser.³⁷

Dersom det inngås langvarige kontrakter kan markedene stenges for den tidvise konkurranse som anskaffelsesregelverket legger opp til. Dette kan særlig medføre fare for at enkelte aktører oppnår dominerende stilling, samt øke faren for at innkjøpere favoriserer nasjonale oppdragstakere. På denne bakgrunn kan det hevdes at inngåelse av langvarige kontrakter kan være i strid med de overordnede prinsipper bak anskaffelsesregelverket.

Nettopp av denne grunn ble det med det nye anskaffelsesdirektivet innført en tidsbegrensning når det gjelder rammekontrakter. Her er betenkelighetene med langvarige kontrakter størst, idet rammeavtaler gjerne er løsere fundert enn andre kontrakter. Dersom rammeavtalene inneholder få eller ingen faktiske forpliktelser, er det lite som fraholder aktørene fra å inngå langvarige, i enkelte tilfeller evigvarende kontrakter.

Selv om tilsvarende betenkeligheter kan gjøre seg gjeldende for kontrakter som ikke inngås gjennom bruk av rammeavtaler, er det ikke gitt at det samme synspunkt gjør seg gjeldende når det gjelder disse. Det kan for eksempel fremholdes at kontrakter som inneholder bindende forpliktelser i langt større grad vil sikre en hensiktsmessig tidsbegrensning, idet aktører ikke uten videre vil se seg tjent med langvarige kontrakter på fastsatte vilkår.³⁸ Enn videre kan det, som nevnt, i visse tilfeller føre til økt konkurranse der kontraktene gis en viss varighet. Kontraktene kan i enkelte tilfeller også være av en slik art at tungtveiende hensyn tilsier at de inngås for et visst tidsrom.

Vi kjenner ikke til dommer fra EF-domstolen eller Førsteinstansretten som tar for seg lovligheten av langvarige kontrakter. Noen absolutt grense for hvor lange kontrakter som kan inngås, kan heller ikke utledes av annen praksis eller teori. Det finnes imidlertid eksempler på kontrakter om offentlig-privat samarbeid (OPS-kontrakter) som har løpetid på mellom 10 og 30 år, uten at Kommisjonen har grepet inn overfor disse. Sannsynligvis vil det bero på en konkret vurdering av den enkelte kontrakt, og hvilke begrunnelser som er gitt for valget av varighet om kontrakten har for lang varighet.

Vi antar at ESA neppe vil gripe inn i en kontrakts løpetid der det finnes rasjonelle forklaringer på den. Eksempler på slike rasjonelle begrunnelser kan som nevnt være at de aktuelle tilbydere må handskes med høye etableringskostnader i form av utgifter til kjøp eller leie av fast eiendom, sikkerhetstiltak, opplæring og liknende, samt at hensynet til stabil oppfølging av de barn som har behov for hjelp kan tilsi bruken av kontrakter av en viss varighet.

Law of Public and Utilities Procurement, Sweet & Maxwell, London 2005, 2. utg. på s. 128-131. Heller ikke Steinicke og Groesmeyer behandler dette som noe hensyn bak direktivet.

³⁷ Se eksempelvis sak C-29/04, Kommisjonen mot Østerrike, Sml. 2005 s. I-9705, avsnitt 42, sak C-340/04 Carbotermo, (ennå ikke i samling), avsnitt 58, sak C-26/03 Stadt Halle (ennå ikke i samling), avsnitt 44 samt sak C-247/02, Sintesi, Sml. 2004 s. I-9215, avsnitt 35, med videre henvisninger.

³⁸ I denne retning Arrowsmith, avsnitt 11.21, og Steinecke og Groesmeyer s. 117.



En annen sak er at statsstøtteregele kan ha betydning for løsningen av spørsmålet. Av Førsteinstansrettens avgjørelse i BAI fremgår det at også offentlige innkjøp kan utgjøre statsstøtte, dersom innkjøpet ikke foretas på markedsmessige vilkår.³⁹ Dommen innebærer at den såkalte privatøkonomiske investortest tas i bruk også ved vurderingen av offentlige innkjøp. Dette kan bety at en offentlig innkjøper vil måtte sikre at kontrakten ikke har lengre varighet enn det som er forretningsmessig forsvarlig, og etter omstendighetene kan det oppstå en plikt til å si opp langvarige kontrakter og sette dem ut på nytt anbud, dersom dette vil være lønnsomt.⁴⁰ For fullstendighetens skyld nevnes at det at kontrakten eventuelt er inngått på ikke-forretningsmessige vilkår, ikke alene er nok til at det foreligger statsstøtte i strid med EØS-avtalen. I tillegg må støtten være selektiv, konkurransevridende og påvirke samhandelen mellom EØS-statene. Fra statsstøtteforbudet i EØS-avtalen art 61, er det i tillegg gitt en rekke unntak, som etter omstendigheten kan komme til anvendelse.

7. KORT OM FORSKJELLER MELLOM EØS-REGELVERKET OG DET NORSKE REGELVERKET OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

7.1 Anskaffelsesprosessen

Som nevnt er helse- og sosialtjenester såkalt uprioriterte tjenester etter direktivet, jf. direktivets vedlegg II B. Uprioriterte tjenester under terskelverdien, er ikke omfattet av direktivet over hodet. Uprioriterte tjenester over terskelverdien, er videre utelukkende omfattet av direktivets artikkel 23 om tekniske spesifikasjoner og artikkel 35 (4) om kunngjøring av konkurranseresultater, jf. direktivets artikkel 21.

Det norske regelverket om offentlige anskaffelser skiller seg her fra direktivet på to vesentlige punkter.

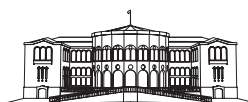
For det første gjelder de norske reglene i hovedsak også for innkjøp som i verdi ligger langt under EØS-terskelverdiene. Terskelverdien for uprioriterte tjenester, enten det er sentrale eller lokale myndigheter som foretar anskaffelsen, er 249 000 Euro, jf. direktivets artikkel 7. Norske offentlige myndigheter må imidlertid som utgangspunkt iakttas det norske anskaffelsesregelverket ved alle innkjøp med en verdi på mer enn NOK 500 000.⁴¹

Den viktigste forskjellen mellom EØS-regelverket og den norske forskriften om offentlige anskaffelser, er imidlertid at sistnevnte bare til en viss grad gjennomfører det skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester vi finner i direktivet. Uprioriterte tjenester må i utgangspunktet følge reglene i forskriftens del I og II. Det vil si at man etter det norske regelverket må følge en mer detaljert prosedyre også når det inngås kontrakter om uprioriterte tjenester. Reglene i forskriftens del II ikke er like strenge som i forskriftens del III. De er likevel strengere enn direktivet krever, og strengere enn hva som følger av EØS-rettens mer generelle krav til anskaffelsesprosessen.

³⁹ Sak T-14/96, BAI, Sml. 1999 II-00139.

⁴⁰ Se også Arrowsmith 3.12

⁴¹ Som nevnt under pkt. 3.3 og 3.4 gjelder det imidlertid etter EØS-retten flere generelle krav til anskaffelsesprosessen også i de tilfeller der en er utenfor direktivet. Blant annet gjelder dette der det er tale om anskaffelser under terskelverdiene, jf. sak C-264/03 Kommisjonen mot Frankrike.



De norske reglene gjør imidlertid unntak for innkjøp av sosiale tjenester fra ideelle organisasjoner, jf. forskriftens § 2-1 nr. 3. Innkjøp fra disse aktørene er bare underlagt forskriftens alminnelige bestemmelser slik de fremgår av forskriftens del I. Siden det dreier seg om uprioriterte tjenester, er dette unntaket isolert sett ikke i strid med direktivet. Det er imidlertid grunn til å reise spørsmål om unntaket lar seg forene med de generelle krav til likebehandling mv. som følger av reglene om de fire friheter, slik disse kommer til uttrykk i bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. Dette fordi konkurransebetingelsene for henholdsvis kommersielle og ideelle aktører med hensyn til samme oppdrag synes forskjellige.

7.2 Kontraktens varighet

Siden også helse- og sosialtjenester i alminnelighet er underlagt forskriftens del I og II, kommer også forskriftens regler om rammeavtaler til anvendelse, jf. forskriftens kapittel 6. Utgangspunktet er dermed at kontraktene ikke skal gis en varighet utover 4 år. Forskriftene gir imidlertid mulighet til å inngå lengre kontrakter, så fremt dette er særlig begrunnet ut fra rammeavtalens gjenstand.

For andre innkjøpsformer enn gjennom rammeavtaler finnes det heller ikke i den norske forskriften bestemmelser om kontraktstidens lengde. Etter det norske regelverket er imidlertid konkurranse og effektivitet uttalte formål bak regelverket. Blant annet heter det i Lov om offentlige anskaffelser § 1 at

«Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»

Etter lovens § 5 skal videre;

«En anskaffelse [...] så langt det er mulig være basert på konkurranse.»

Departementet har derfor lagt til grunn at det kan være i strid med regelverket å inngå kontrakter med svært lang varighet, i særdeleshet der dette ikke kan forsvares forretningsmessig.⁴² Tilsvarende er lagt til grunn av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) i sakene 2007/19, Tele Trading AS mot Statens vegvesen og sak 16/2004 Ementor Norge mot Helsebygg Midt-Norge, samt i juridisk teori.⁴³

Det norske regelverket kan dermed forstås slik at kriteriene for når en langvarig kontrakt er lovlig, er strengere enn det som følger av EØS-avtalen. Det behøver likevel ikke være noen stor forskjell; også etter det norske regelverket er kontraktens art bestemmende ved vurderingen av forretningsmessigheten.

⁴² Se daværende Handels- og Næringsdepartements tolkningsuttalelser vedrørende langvarige kontrakter i Husbanken, med ref. 2002/03788 NR NOK RMY og vedrørende Prosjekt Bostedsløse, med ref. 2003/03269-2, samt Fornyings- og administrasjonsdepartementets "Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar", på s. 51.

⁴³ Se Dragsten og Lindalen *Offentlige anskaffelser med kommentarer*, Universitetsforlaget, Oslo 2005, Bind I s. 217-221.



8. SAMMENFATNING

Drøftelsene har vist at EØS-retten ikke legger vesentlige begrensninger på myndighetenes handlefrihet ved tildeling av oppdrag om utførelse av barneverntjenester. Dette medfører at norske myndigheter har et betydelig handlingsrom under EØS-avtalen. Vi finner imidlertid grunn til å understreke at utnyttelsen av dette handlingsrommet kan være begrenset av andre forhold; så vel rettslige som mer politiske og faktiske. Det ligger utenfor vårt mandat å analysere disse nærmere, men vi vil påpeke at i den grad praksis legges om, kan det nok tenkes at aktører som dermed blir lukket ute fra nye oppdrag i barneverntjenesten vil hevde at de har foretatt investeringer og lignende i en forventning om å komme i betraktning ved tildeling av oppdrag, og at denne forventningen har et rettslig vern. Videre vil vi påpeke at en endring av praksis etter vårt syn fordrer endringer i det norske anskaffelsesregelverket.



ISBN-978-82-8196-020-6

ISSN 1890-2537