

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Simon Torp

Reservasjon for ideelle

EØS-rettens betydning for adgangen
til å reservere konkurranser om helse- og
sosialtjenester for ideelle aktører

Reservasjon for ideelle

EØS-rettens betydning for adgangen
til å reservere konkurranser om helse- og
sosialtjenester for ideelle aktører

Simon Torp



Marlus nr. 514
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2019

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00
E-post: sjorett-adm@jus.uio.no
Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –
e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown
Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>
E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

Denne avhandlingen ble levert som en 60 studiepoengs avhandling ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo 15. januar 2019. Avhandlingen skrev jeg mens jeg var vitenskapelig assistent ved Senter for europarett. Manuskriptet publiseres i store trekk slik det forelå til sensur, men er korrekturlest en ekstra gang og et mindre kapittel er tatt ut.

Når denne avhandlingen nå er levert, bedømt og publiseres her i MarLus, er det mange som fortjener takk.

For det første en takk til advokat Simen Hammersvik, som sådde frøet til avhandlingen på senterets årlige tur til Svinør. Etter å ha skrotet ett prosjekt allerede, var ditt engasjement for temaet og interesse i oppstarten helt avgjørende for at denne avhandlingen ble som den ble. Sammen med hyttevert, humorist, sjømatfangster og professor Finn Arnesen utgjorde dere et veilederpar med det sportsjournalister kaller komplementerende ferdigheter. Takk til dere begge!

Senter for europarett er et godt sted å være (og å skrive avhandling). For avhandlingens del var særlig det faglige miljøet viktig. Samtidig er det liten tvil om at det beste ved senteret, er det unike sosiale miljøet. Takk til Finn, Inger, Tarjei, Stian, Siri, Hilde og Sofie for jevn oppmuntring, og mer (og mindre) interessante diskusjoner under våre (og deres) kaffepauser.

Takk også til sensorene på avhandlingen, advokat Thomas Nordby og advokat Anders Thue, for interessante diskusjoner. Endelig kunne jeg diskutere oppgavens store og små problemstillinger med noen som faktisk hadde lest den!

Den største takken går imidlertid til skjebnefellesskapet av vit.ass.-er tilknyttet Nordisk institutt for sjørett. Først og fremst Hanna, som delte utallige kvelds- og helgetimer med meg utover høsten og vinteren. Men også Hanna og Sveinung som, sammen med allerede nevnte Hanna, hadde den tvilsomme gleden av å dele kontor og være medredaktør i EuroRett med meg. Takk for kollokviering, kaffeslabberas og godt vennskap; dette hadde ikke gått uten. Og ikke minst de andre vit.ass.-ene

tilknyttet sjøretten, for skamløs prokrastinering gjennom hele året. Dere vet hvem dere er.

Samtidig som denne avhandlingen er avslutningen av et år med masterskriving, markerer den også avslutningen av fem år på jussen. Mange har bidratt til å gjøre de årene til noen av de beste jeg har hatt. Men enkelte har spilt en større rolle enn andre. Dette gjelder særlig Markus, Nicolay og Anders, som har utgjort kjernen av kollokviegruppen min gjennom hele studiet. Takk for all relevant og irrelevant faglig diskusjon, og aller viktigst for godt vennskap og mye jazz.

Oslo, mars 2019

Simon Torp

Innhold

1	INNLEDNING.....	7
1.1	Tema.....	7
1.2	Begrepsavklaringer.....	11
1.3	Rettskildebildet og metodiske utfordringer	13
1.4	Videre fremstilling.....	16
2	ALMINNELIGE REGLER OM FRI BEVEGELIGHET	18
2.1	Innledning	18
2.2	Saklig virkeområde.....	19
2.2.1	Overordnet.....	19
2.2.2	Økonomisk aktivitet	21
2.2.3	Grenseoverskridende element	23
2.2.4	Utøvelse av offentlig myndighet.....	26
2.2.5	Sammenfatning.....	32
2.3	Forbudet mot restriksjoner	32
2.4	Krav til innføring av en generell reservasjonsadgang.....	39
2.4.1	Overordnet.....	39
2.4.2	Legitimt formål.....	40
2.4.3	Forholdsmessighet.....	46
2.4.4	Sammenfatning.....	53
2.5	Krav til enkeltbeslutninger.....	53
2.5.1	Overordnet.....	53
2.5.2	Legitimt formål.....	54
2.5.3	Forholdsmessighet.....	55
2.5.4	Prøvingsintensitet.....	60
2.6	Sammenfatning.....	68
3	ANSKAFFELSESDIREKTIVET	70
3.1	Innledning	70
3.2	Tidligere rettstilstand.....	71
3.3	Kort om lovgivningsprosessen.....	72
3.4	Reservasjonsadgang i direktivet	75
3.4.1	Generelle krav	75
3.4.2	Sivil- og beredskapstjenester	78
3.4.3	Vernede bedrifter.....	81
3.4.4	Begrenset reservasjonsadgang.....	82
3.5	Sammenfatning.....	84

4	UNNTAK FOR LOVLIGE RESTRIKSJONER	86
4.1	Innledning	86
4.1.1	Problemstillingen	86
4.1.2	Norsk og europeisk holdning	87
4.1.3	Opplegget videre	88
4.2	Fellesspørsmål	89
4.3	Ulike tilnærminger	93
4.3.1	Innledning	93
4.3.2	Videreføring av prinsipper	94
4.3.3	Henvi sning til de alminnelige reglene	97
4.3.4	Direktivet som angivelse av saksbehandlingsregler	100
4.3.5	Indre kjerne av kompetanse	116
4.4	Sammenfatning	120
5	KONKLUSJON OG REFLEKSJON	121
	KILDELISTE	126
	Lovgivning	126
	Traktater	126
	Direktiver	126
	Kommisjonsforordninger	128
	Lover	128
	Forskrifter	129
	Forarbeider, vedtak, rapporter og andre dokumenter	129
	Norsk rett	129
	EU/EØS-rett	132
	Andre lands rett	134
	Rettspraksis	135
	EU-domstolen	135
	Generaladvokatuttalelser	144
	EFTA-domstolen	146
	Høyesterett	146
	Underrettsavgjørelser	147
	Litteratur	147
	Nettsider	155

1 Innledning

1.1 Tema

I en moderne velferdsstat som den norske står det offentlige for store deler av samfunnets bruk av ressurser på helse- og sosialtjenester.¹ Hovedvekten av disse ressursene brukes av det offentlige selv uten innkjøp av tjenester fra private.² Slik organisering kalles i anskaffelsesrettslig sammenheng egenregi, og er ikke underlagt noen EØS-rettslige skranker.³ En mindre andel av tjenestene kjøpes inn fra private. Disse kan være kommersielle eller ideelle, og begge spiller en sentral rolle i ytelsen av helse- og sosialtjenester. Når tjenestene skal kjøpes inn fra private, stiller imidlertid EØS-retten krav til hvordan tjenesten kjøpes inn.

Ideelle aktører har en spesiell stilling som leverandører av helse- og sosialtjenester. Det har til dels en historisk begrunnelse. I et samspill mellom kirken og lokalsamfunn utviklet de første spirene til dagens velferdsstat seg gjennom etableringen av ideelle organisasjoner som leverte grunnleggende helse- og sosialtjenester, gratis til befolkningen.⁴ Etter hvert overtok staten en stadig større del av ansvaret for disse tjenestene og for finansieringen av dem. De ideelle har likevel beholdt sin spesielle stilling.⁵ Årsaken er at det antas å gi en merverdi utover den enkelte anskaffelse å tildele kontrakter til ideelle fordi disse yter tjenester uten mål om profit og for å tjene et allmennyttig formål.⁶ Dette er bakgrunnen for et tverrpolitisk ønske om å ivareta ideelle aktører som leverandører av helse- og sosialtjenester.⁷

¹ SSB (2018a).

² Trætteberg og Sivesind (2015) s. 16.

³ Wiggen (2013) s. 17.

⁴ NOU 2016:12 s. 21.

⁵ En studie av velferdsmiksen i de skandinaviske landene viser at ideell sektor i Norge ligger stabilt, og opplever noe vekst på tvers av samtlige tjenestekategorier. De kommersielle har imidlertid hatt en sterkere økning, se Sivesind (2016) s. 30 flg.

⁶ Trætteberg og Sivesind (2015) s. 48.

⁷ Se for eksempel Stortingets enstemmige merknader som vektla at «ideelle organisasjoner er viktige leverandører av helse- og sosialtjenester i Norge», se Innst. 358 L. (2015–2016) s. 19.

De siste årene har det vært en økning i bruk av private leverandører av helse- og sosialtjenester i Norge. En grunn til den økte bruken av private aktører er en antakelse om at en blanding av offentlige og private velferdsyttere, gir bedre velferdstjenester. Det er også antatt at det er en fordel om både ideelle og kommersielle aktører yter slike tjenester. Det er derfor ønskelig å ha anskaffelsesregler som over tid muliggjør dette.

Opprinnelig ble målsetningen om et blandet aktørbilde forsøkt nådd gjennom en adgang til å reservere konkurranser for ideelle aktører.⁸ I forbindelse med gjennomføringen av nytt anskaffelsesdirektiv i norsk rett ble reservasjonsadgangen fjernet, fordi det ble antatt at den ikke lot seg forene med direktivet.⁹ Temaet for denne avhandlingen er spørsmålet om EØS-retten tillater en (gjen)innføring av en slik reservasjonsadgang.

Anskaffelsesdirektivet kommer ikke til anvendelse på kjøp av velferdstjenester der kontraktens verdi er lavere enn 750.000 euro. Direktivet kommer heller ikke til anvendelse på kjøp av velferdstjenester der tjenesten er unntatt fra direktivet. Anskaffelser som ikke omfattes av direktivet, omfattes imidlertid av de reglene som følger av EØS-avtalens hoveddel. Det går derfor et grunnleggende skille mellom reglene og prinsippene som kan utledes av frihetene i EØS-avtalens hoveddel, og de som følger av anskaffelsesdirektivet.

På grunnlag av bestemmelsene om fri bevegelighet har EU-domstolen utviklet prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet som gjelder anskaffelser som ikke omfattes av direktivet.¹⁰ Fremstillingen vil imidlertid vise at disse prinsippene kan settes til side. Et sentralt spørsmål er derfor hvilke vilkår som gjelder for en slik tilsidesettelse, både for lovgiver og oppdragsgiver. Dette reiser videre spørsmål om hvilken betydning medlemsstatenes eksklusive kompetanse til å organisere egne velferdstjenester har, når den skal avveies mot markedsreglene prinsippene er et utslag av.

⁸ En reservasjonsadgang ble først midlertidig innført i 2003, se Dok. Nr. 8:11 (2003–2004), før den ble permanent noen år senere, se Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) s. 23.

⁹ Prop. 51 L. (2015–2016) s. 75.

¹⁰ Sak C-95/10 *Strong Seguranca* avsnitt 35.

For anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivet, må EØS-rettens betydning fastlegges med utgangspunkt i en tolkning av direktivet. Et sentralt spørsmål i avhandlingen er bakgrunnen for, og betydningen av, den endringen i direktivets regler som skjedde ved innføringen av nytt direktiv. Anskaffelsesdirektivet operasjonaliserer reglene om fri bevegelse. Fordi anskaffelsesdirektivet henger nært sammen med de regler og prinsipper som kan utledes av de alminnelige reglene om fri bevegelse, er et sentralt spørsmål hvilken betydning unntak fra reglene om fri bevegelse har for direktivets unntaksregler. Gjennom drøftelsen her kobles drøftelsen av de alminnelige reglene om fri bevegelse sammen med direktivet, idet avhandlingen drøfter spørsmålet om anskaffelsesdirektivet uttømmende angir adgangen til å reservere kontrakter for bestemte økonomiske aktører.

Videre kan det stilles spørsmål ved om EØS-avtalens art. 59 annet ledd har betydning for adgangen til å reservere kontrakter. Enkelte utredninger tar opp unntaket som et mulig grunnlag for reservasjon, uten å gi en nærmere beskrivelse av hvilke situasjoner det kan begrunne et unntak fra de alminnelige reglene.¹¹ Unntaket for tjenester av allmenn økonomisk betydning er imidlertid en snever unntaksregel, og vil i alle tilfeller ikke kunne begrunne et generelt unntak. På bakgrunn av dette, vil unntaket i art. 59 annet ledd ikke bli behandlet nærmere her.¹²

Som nevnt er det et tverrpolitisk ønske å ivareta ideelle ved å innføre en adgang til reservasjon. Dette er bakteppet for at fremstillingen er begrenset til å drøfte mulige begrensninger som følge av Norges EØS-rettslige forpliktelser. Selv om det nok kan diskuteres om ikke også forvaltningsrettslige krav til myndighetsutøvelse kan begrense handlingsrommet, vil det ikke være tema i denne fremstillingen.¹³ En konsekvens av et sterkt politisk ønske om å utnytte det EØS-rettslige

¹¹ Se for eksempel Fløistad (2017) s. 18.

¹² For en nærmere begrunnelse for hvorfor unntaket i art. 59 annet ledd ikke er grunnlag for et generelt unntak, se Torp (2019) s. 88 flg.

¹³ For en fremstilling av dette, se Onstad (2017).

handlingsrommet fullt ut,¹⁴ er at spørsmålet om reservasjon for ideelle og forholdet til EØS-retten er utredet flere ganger. Utredningene konkluderer ulikt.¹⁵

En utredning fortjener likevel særskilt omtale. Under Stortingets behandlingen av forslag til ny lov om offentlige anskaffelser, tok komitéen opp spørsmålet om reservasjonsadgang for ideelle. Departementet hadde, som flertallet i Forenklingsutvalget, funnet at det ikke var adgang til å videreføre unntaket.¹⁶ Adgangen til reservasjon ble derfor ikke videreført i den nye anskaffelsesforskriften. En enstemmig komité ba imidlertid departementet innhente en ny, ekstern utredning av spørsmålet.¹⁷ Denne ble innhentet fra advokat Karin Fløistad, og konkluderte med at det foreligger et tilstrekkelig EØS-rettslig handlingsrom, også under nytt direktiv.¹⁸ Grunnen til at denne utredningen nå er sentral, er ikke bare fordi den er nyest, men også fordi den la grunnlaget for det som nå er departementets begrunnelse for å (gjen)innføre en generell reservasjonsadgang.¹⁹ Høsten 2018 sendte departementet ut et forslag om å forskriftsfeste en generell reservasjonsadgang.²⁰ Forslaget lyder som følger:

Kontrakter som reserveres for ideelle organisasjoner

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

¹⁴ Illustrerende er komitéens merknader til lov om offentlige anskaffelser Innst. 358 L. (2015–2016) s. 19, hvor den enstemmig understreket at det er «viktig å utnytte det handlingsrommet som EØS-regelverket gir».

¹⁵ Fløistad (2017) s. 9 og Goller (2015) s. 6 tar til orde for en reservasjonsadgang, mens Sejersted (2014) s. 13 og Forenklingsutvalgets flertall inntar motsatt syn, jf. NOU 2014:24 s 106.

¹⁶ Prop. 51 L. (2015–2016) s. 75.

¹⁷ Innst. 358 L. (2015–2016) s. 19.

¹⁸ Fløistad (2017) s. 26.

¹⁹ Departementet (2018b) s. 5 flg.

²⁰ Departementet (2018a) s. 7.

- 2) Ideelle organisasjoner er organisasjoner som arbeider utelukkende for et sosialt formål for felleskapets beste og som reinvesterer eventuelt overskudd tilbake til organisasjonens formål.
- 3) Kunngjøringen av konkurransen skal vise til denne bestemmelsen.²¹

Det er, per 15. januar 2019, ikke tatt noen endelig beslutning med hensyn til om det skal forskriftsfestes en slik reservasjonsmulighet. Departementets forslag går imidlertid rett til kjernen av temaet for denne avhandlingen. Forslagets utforming, grunnlag og begrunnelse vil derfor ha en sentral plass i fremstillingen, idet problemstillingen i denne avhandlingen helt enkelt kan sies å være spørsmålet om innføringen av et forslag som det over, er i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser.

1.2 Begrepsavklaringer

Siden departementet har foreslått en reservasjonsadgang, vil fremstillingen ta utgangspunkt i departementets definisjoner av det som er sentrale begreper for avhandlingen.²² En henvisning til departementets forslag er derfor nok for å definere begrepene. Men for å klargjøre enkelte begreper mer eksplisitt, er det hensiktsmessig å ta opp forståelsen av enkelte grunnbegreper, som hvilke tjenester reservasjonsadgangen gjelder for, hvordan en slik reservasjon tar form og hvem det reserveres for.

Helse- og sosialtjenester defineres med en henvisning til en rekke CPV-koder.²³ Disse omfatter en rekke ulike typer tjenester som sykehjem²⁴, rusomsorg²⁵ og sosialt arbeid²⁶. Tjenestene kjennetegnes ved at de utgjør kjerneytelsene velferdsstaten garanterer hele befolkningen, tilbys traumatiserte mennesker med sammensatte utfordringer eller gir

²¹ Ibid.

²² For en nærmere behandling av departementet selv, se Departementet (2018a) s. 7 flg.

²³ CPV-kode 85000000–85323000 (Helse- og sosialtjenesteyting).

²⁴ CPV-kode 85311100-3.

²⁵ CPV-kode 85144000.

²⁶ CPV-kode 85000000-9.

mennesker grunnleggende struktur på livet, som fast bolig og sosialt nettverk.²⁷ Tjenestene finansieres av fellesskapet og ytes med det formål å sikre alle et minstenivå av tjenester. Fremstillingen vil vise at disse kjennetegnene har betydning for EØS-rettens innvirkning på organiseringen av tjenestene, hvilket er begrunnelsen for å behandle disse (til dels svært) ulike tjenestene samlet. I fremstillingen vil helse- og sosialtjenester og velferdstjenester bli brukt om hverandre, begge som betegnelse på disse tjenestene.

Forslaget vil gi oppdragsgivere muligheten til å reservere *retten til å delta* i konkurranser for aktører som er ideelle. I praksis innebærer det at kravet til å være ideell angis som et kvalifikasjonskrav i konkurransegrunnlaget.²⁸ Konsekvensen er at enhver tilbyder som ikke er ideell, skal avvises fra å delta i konkurransen. Anskaffelsesdirektivet har egne regler for hvilke kvalifikasjonskrav som er lovlige. Vurdert mot direktivets generelle regler, vil imidlertid et krav om å være ideell sjelden være lovlig, idet det ikke har tilstrekkelig tilknytning til «kontraktens genstand».²⁹ Fremstillingen vil derfor *ikke* knytte drøftelsene opp mot hva som i tråd med direktivets generelle regler, er lovlige kvalifikasjonskrav og ikke.

Formålet med forskriftsendringen er at deltakelse i konkurranser skal kunne reserveres for *ideelle* aktører. Det foreligger ingen legaldefinisjon av «ideell» aktør, men departementets forslag til definisjon angir to vilkår: Organisasjonen må arbeide «utelukkende for sosiale formål» og må «reinvestere eventuelt overskudd». Vilkårene illustrerer godt det som er særpreget ved ideelle aktører; at de ikke tar ut profitt, men i stedet arbeider for allmenntilgitt formål. Definisjonen er utformet på grunnlag av norsk praksis etter den tidligere reservasjonsadgangen, samt praksis fra EU-domstolen.³⁰ Typiske organisasjoner som tidligere har vært ansett som ideelle er Kirkens Bymisjon, Frelsesarmeen og Blå Kors.³¹

²⁷ NOU 2014:4 s 249.

²⁸ For et eksempel, se utlysning av konkurranse gjengitt i LB-2018-37955 punkt 5 i rettens premisser.

²⁹ Direktiv 2014/24/EU art. 58 første ledd siste setning.

³⁰ Departementet (2018a) s. 8–10.

³¹ NOU 2016:12 s. 93.

1.3 Rettskildebildet og metodiske utfordringer

Målet med fremstillingen er å fastlegge gjeldende EØS-rett. Til grunn for analysen ligger EØS-rettslig (rettsdogmatisk) metode. De generelle trekkene ved denne forutsettes kjent.³² I avsnittet her er formålet å trekke frem enkelte metodiske utfordringer som er særlig viktig for denne avhandlingen, og også peke på særegenheter ved rettskildebildet.

Reglene om de fire friheter følger av Traktaten om den europæiske unions funksjonsmåte (TEUF). Traktaten gir ikke egne anskaffelsesrettslige regler, men reglene om fri etablering og tjenesteyting har betydning også for måten det offentlige kjøper tjenester.³³ EØS-avtalen speiler disse bestemmelsene, og skal i tråd med homogenitetsmålsetningen forstås likt som TEUF.³⁴

Utover å speile frihetene har EØS-avtalen – i motsetning til TEUF – en egen bestemmelse om offentlige anskaffelser. Artikkel 65 første ledd er ikke en materiell bestemmelse, men henviser til vedlegg XVI hvor anskaffelsesdirektivet er tatt inn. Anskaffelsesdirektivet operasjonaliserer reglene og prinsippene som følger av reglene om fri bevegelighet. Denne sammenhengen mellom de to regelsettene vil være sentral i fremstillingen. Utgangspunktene for forholdet mellom de alminnelige reglene om fri bevegelighet og harmoniseringslovgivning er klare, men utfordringen er at det ikke er opplagt at disse alminnelige utgangspunktene er anvendelige på anskaffelsesdirektivet. Hvordan dette håndteres behandles i kapittel fire.

Fremstillingen i kapittel fire går nærmere inn på forholdet mellom de grunnleggende traktatene og anskaffelsesdirektivet. Rangforholdet mellom regelsettene i EU-retten er her sentralt. Dette er imidlertid en EØS-rettslig fremstilling, og det er ikke opplagt at det samme rangforholdet eksisterer i EØS-retten.³⁵ EØS-avtalen art. 119 omtaler vedleggene til avtalen, hvor sekundærlovgivning tas inn, som en «integrrert del av

³² For en introduksjon til grunnleggende aspekter ved denne, se Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 291 flg.

³³ TEUF art. 49 og 56, sml. EØS-avtalen art. 31 og 36.

³⁴ Wennerås (2018) s. 215.

³⁵ Arnesen (2018) s. 916 og Bull (2001) s. 83.

avtalen», hvilket etter sin ordlyd klart taler imot et normhierarki. Homogenitetsprinsippet krever imidlertid at tolkningsspørsmål avgjøres likt i EU og EØS.³⁶ Det er derfor ikke tvil om at i den grad rangforholdet *har* betydning i EU-retten, vil det som en konsekvens av homogenitetsprinsippet ha *tilsvarende* betydning i EØS. Det betyr imidlertid ikke at indikasjonen av et normhierarki ved bruken av begrepsparet primær- og sekundærrett er treffende for en fremstilling av EØS-rett.³⁷ I fremstillingen vil det likevel bli vist til begrepsparet i kapittel fire, men da som en betegnelse på rangforholdet i EU-retten, ikke EØS-retten.

Ved fastleggelsen av adgangen til å reservere kontrakter under de alminnelige reglene om fri bevegelse, vil EU-domstolens avgjørelser være sentrale. Særlig gjelder dette EU-domstolens avgjørelser i *Sodemare*³⁸, *Spezzino*³⁹ og *Casta*⁴⁰. En utfordring ved å slutte fra EU-domstolens avgjørelser er EU-domstolens knappe og konstaterende premisser. Videre er domstolens rolle i foreleggelsessaker, som hovedtyngden av avgjørelsene avhandlingen drøfter er, ikke å subsumere, men begrenset til utlegning av rettssetningene som er nødvendige for den foreleggende domstols avgjørelse av saken. Dette medfører at premissene ikke inneholder en subsumsjon av faktum på rettssetningene, hvilket kunne gitt ytterligere veiledning. For å fastlegge avgjørelsens innhold og rekkevidde, vil det derfor være nødvendig også å se etter andre beveggrunner for resultatet enn de som kommer frem av dommens premisser.⁴¹ En mulighet er da å gripe til faktum i sakene som styrende for Domstolens tolkning. En av EU-domstolens viktigste oppgaver er rettsenhet i EU.⁴² Det er derfor liten tvil om at den regelmessig formulerer generelle rettssetninger ment å ha rekkevidde utover saker som har likhetstrekk med den som er under behandling. En viss forsiktighet må derfor utvises når avgjørelser for-

³⁶ Wennerås (2018) s. 216.

³⁷ Arnesen (2018) s. 917.

³⁸ Sak C-70/95 *Sodemare*.

³⁹ Sak C-113/13 *Spezzino*.

⁴⁰ Sak C-50/14 *Casta*.

⁴¹ Bull (2011) s. 73.

⁴² Hartley (2014) s. 71.

tolkes i lys av sakens faktum.⁴³ Samtidig er begrensninger av avgjørelser rekkevidde med utgangspunkt i faktumforskjeller (distinguish the case-metodikk) ikke ukjent i EU-domstolens egen praksis.⁴⁴

I *Sodemare*, *Spezzino* og *Casta* fremheves også at medlemsstatene har et særlig handlingsrom for tiltak som gjelder organiseringen av velferdstjenester og bruken av organisasjoner med sosiale formål.⁴⁵ Dette gjøres ved at EU-domstolen ordrett gjentar uttalelser fra tidligere praksis hvor medlemsstatenes skjønnsmargin understrekes.⁴⁶ Det er imidlertid vanskelig å identifisere et mønster i praksis for hvordan en slik skjønnsmargin slår ut; dette fordi utpenslingen av skjønnsmarginens konkrete konsekvenser gjøres i nær sammenheng med faktum i den enkelte sak. Det er derfor en utfordring å fastlegge hva en skjønnsmargin innebærer for problemstillingene i avhandlingen. EU-domstolens tolkningsstil virker på denne måten sammen med en generell utfordring med skjønnsmarginer, som er at de kan slå svært ulikt ut.⁴⁷ Som følge av den begrensede veiledningen rettspraksis gir, vil fremstillingen søke å skissere ulike alternativer for hvordan den generelle skjønnsmarginen konkret slår ut.

Gjennom fremstillingen vil det på en rekke punkter bli vist til Generaladvokatenes forslag til avgjørelser. Forslagene er ikke en selvstendig rettskilde som står på egne ben, men er som Fredriksen og Mathiesen fremhever «en kilde til forståelse av EU-domstolens praksis».⁴⁸ Slik vil de

⁴³ Tilsvarende Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 317.

⁴⁴ Se Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 317 med videre henvisning til forente saker C-210/11 og C-211/11 *Medicom* avsnitt 30.

⁴⁵ Sak C-70/95 *Sodemare* avsnitt 32, sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 59 og C-50/14 *Casta* avsnitt 62.

⁴⁶ Et eksempel fra den videre fremstillingen er uttalen i EU-domstolens praksis om at «fællesskabsretten (...) [ikke] begrænser medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres offentlige sundhedssystemer og sociale sikringsordninger», som er gjentatt i blant annet sak C-70/95 *Sodemare* avsnitt 27, C-141/07 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 22, forente saker C-171/07 og C-172/07 *DocMorris* avsnitt 18, C-157/99 *Smits/Peerboms* avsnitt 44, C-113/13 *Spezzino* avsnitt 55 og C-50/14 *Casta* avsnitt 59.

⁴⁷ Skjønnsmarginen kan for eksempel gi seg utslag i mindre intens prøving, jf. Sejersted, m.fl. (2011) s. 410, den kan gi seg utslag i et skift i vurderingstema, slik punkt 2.5.4 vil vise er situasjonen i sak C-113/13 *Spezzino* eller den kan lede til endrede beviskrav, jf. Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 135.

⁴⁸ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 322.

også bli brukt i fremstillingen her. Særlig interessante er innstillingene når de ikke følges av EU-domstolen. Som fremstillingen vil vise var tilfellet i *Spezzino*, er det da som Bull sier i hvert fall klart hvilket standpunkt EU-domstolen *ikke* har lagt vekt på.⁴⁹

I tolkningen av anskaffelsesdirektivet vil dets forarbeider bli trukket inn for å kaste lys over bakgrunnen for, og innholdet av, direktivets regler. Selv om forarbeider utvilsomt har spilt, og fortsetter å spille, en mindre rolle i EU-retten enn i norsk rett, er bruken av forarbeider tiltagende.⁵⁰ Som Fredriksen og Mathiesen fremhever, har det ikke større vekt enn et støttemoment for et tolkningsresultat.⁵¹ I denne fremstillingen vil forarbeidene i stor grad brukes for å bedre forstå bakgrunnen for unntakene i direktivet. Det er da ikke tale om å vekte uttalelser i forarbeidene mot andre tolkningsfaktorer. Det synes da fullt i tråd med forarbeidenes begrensede vekt å bruke dem der de kaster lys over bakgrunnen for de unntakene som er i direktivet.

1.4 Videre fremstilling

Avhandlingen har fem kapitler. I kapittel to undersøkes handlingsrommet for anskaffelser som følger de alminnelige reglene om fri bevegelighet. Det sentrale spørsmålet i kapittelet er når reservasjon av kontrakter kan rettfærdiggjøres, selv om det er en restriksjon på fri bevegelighet. I kapittel tre ses det nærmere på anskaffelsesdirektivets regler for anskaffelsen av helse- og sosialtjenester. Spørsmålet er ikke kun hvilket handlingsrom direktivet gir for reservasjon, men også en nærmere undersøkelse av det tidligere direktivet og lovgivningsprosessen for å belyse det handlingsrommet direktivet faktisk gir.

I kapittel fire behandles forholdet mellom unntaket fra restriksjonsforbudet i de alminnelige reglene om fri bevegelighet og unntak i anskaffelsesdirektivet. Spørsmålet er om anskaffelsesdirektivet kan suppleres med et unntak for lovlige restriksjoner. Fremstillingen vil vise

⁴⁹ Bull (2001) s. 76.

⁵⁰ Fenger (2014) s. 293.

⁵¹ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 306.

at utgangspunktet er at anskaffelsesdirektivet oppstiller et ufravikelige minstenivå for oppdragsgiver. Dette utgangspunktet kan imidlertid utfordres fra ulike perspektiver. Disse perspektivene utgjør hoveddelen av kapitlet, hvor målet er å fastlegge om direktivet kan suppleres med ytterligere unntak enn de som angis eksplisitt i direktivet.

I kapittel fem trekkes avhandlingens sentrale funn frem, og det ses nærmere på mulige konsekvenser av avhandlingens konklusjoner.

2 Alminnelige regler om fri bevegelighet

2.1 Innledning

Anskaffelser som faller utenfor direktivets virkeområde må overholde de regler og prinsipper som følger av EØS-avtalens hoveddel. I dette kapittelet behandles begrensningene slike anskaffelser er underlagt. For det offentlige anskaffelse av helse- og sosialtjenester er det EØS-avtalens alminnelige regler om fri bevegelighet som utgjør skrankene, idet måten offentlige oppdragsgivere handler på kan være til hinder for private leverandører av helse- og sosialtjenesters frihet til tjenesteyting eller etablering.⁵² Retten til fritt å yte tjenester og å etablere seg på tvers av EØS er en grunnleggende rettighet, som står sentralt for å oppnå EØS-avtalens målsetning om etableringen av et ensartet marked med «like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler».⁵³

Frihetene etablerer et forbud mot «restriksjoner» på utøvelsen av dem.⁵⁴ På grunnlag av forbudet mot restriksjoner har EU-domstolen utpenslet prinsipper for fastleggelsen av hvilke krav dette i praksis innebærer for oppdragsgivere.⁵⁵ Forpliktelsen under grunnfrihetene forstås der som overholdelse av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.⁵⁶ Dersom oppdragsgivere forskjellsbehandler leverandører eller ikke sikrer en tilstrekkelig kunngjøring av planlagte anskaffelser, kan

⁵² Jf. EØS-avtalen art. 31, jf. art. 36. Den avgjørende sontringen for om en økonomisk aktør gjør bruk av retten til etablering eller retten til å yte tjenester, er om intensjonen er at virksomheten skal være «stabil og vedvarende», jf. sak C-55/94 *Gebhard* avsnitt 25. Helse- og sosialtjenester er ytelser som etter sin art kan kreve tilstedeværelse på et bestemt sted over lengre tid. Det kan derfor antas at en rekke aktører vil ha en slik intensjon, og dermed være omfattet av retten til etablering. Skillet mellom frihetene har imidlertid begrenset betydning, jf. Craig og De Búrca (2015) s. 805 som legger til grunn at for restriksjonsvurderingen er frihetene i grove trekk like. Fremstillingen vil derfor ikke skille skarpt mellom dem.

⁵³ Jf. EØS-avtalen art. 1 første ledd.

⁵⁴ Jf. EØS-avtalens art. 31, jf. art. 36.

⁵⁵ Sak C-92/00 *HI* avsnitt 42.

⁵⁶ Se for eksempel sak C-95/10 *Strong Seguranca* avsnitt 35 og sak C-324/98 *Telaustria* avsnitt 62.

dette være brudd med de ovennevnte prinsippene. Dette har betydning for hvilken adgang oppdragsgivere har til å reservere kontrakter, men fremstillingen vil vise at unntak fra disse prinsippene *kan* aksepteres.

Reglene i hoveddelen gjelder ikke for alle anskaffelser utenfor direktivets saklige virkeområde. Punkt 2.2 undersøker derfor hvilket handlingsrom som ligger i at tjenester faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde. Deretter behandler punkt 2.3 spørsmålet om reservasjon for ideelle utgjør en restriksjon. Konklusjonen der leder til to spørsmål. For det første det generelle spørsmålet om lovgiver kan vedta en slik reservasjonsadgang, som behandles i punkt 2.4. For det andre hvilke vilkår den enkelte oppdragsgiver må overholde ved enkeltbeslutninger om å reservere, som behandles i punkt 2.5. I punkt 2.6 sammenfattes konklusjonene.

2.2 Saklig virkeområde

2.2.1 Overordnet

For at reglene i hoveddelen skal være anvendelige, må kontrakten som skal inngås falle innenfor avtalens saklige virkeområde. I det ligger dels et krav om såkalt statisk EØS-tilknytning:⁵⁷ Innkjøper må være pliktsubjekt i betydningen offentlig innkjøper,⁵⁸ og tjenesteyteren må være et rettighetssubjekt, i form av å være en juridisk eller faktisk person hjemmehørende i EØS.⁵⁹ Noen nærmere problematisering av disse vilkårene er det her ikke grunn til, idet det ikke berører handlingsrommet for å reservere.

Utover det statiske kravet, må anskaffelsen være en *økonomisk aktivitet med grenseoverskridende interesse*. Sistnevnte omtales ofte som et krav til dynamisk EØS-tilknytning.⁶⁰ Sammen illustrerer betingelsene

⁵⁷ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 93.

⁵⁸ Se eksempelvis C-91/08 *Wall* som gjaldt spørsmålet om hvem som er pliktsubjekt for anskaffelsesreglene.

⁵⁹ Følger av ordlyden i EØS-avtalen art. 34 som gir friheten til etablering, jf. art. 31 nr. 1 og tjenester, jf. art. 39, anvendelse for selskaper som er hjemmehørende «innen avtalepartenes territorium».

⁶⁰ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 93.

godt at EØS-avtalens siktemål er å fremme «økonomiske forbindelser mellom avtalepartene».⁶¹ Aktivitet som enten ikke er økonomisk eller som kun interesserer nasjonale leverandører, faller utenfor avtalen. Utover disse betingelsene blir også unntaket for offentlig myndighetsutøvelse behandlet,⁶² idet tjenester som er omfattet av dette unntaket er unntatt fra hoveddelens regler.

De ovennevnte vilkårene er kumulative. Dersom en kontrakt ikke oppfyller en av de tre betingelsene, vil EØS-retten ikke legge begrensninger på hvordan enn offentlig oppdragsgiver tildeler kontrakter. Oppdragsgiver vil da stå fri til å reservere konkurranser for ideelle aktører. De samme betingelsene som gjelder for anvendelsen av reglene i hoveddelen, gjelder tilsvarende for direktivets regler, riktignok med enkelte modifikasjoner. Siden denne oppgavens tema er anskaffelser både i og utenfor direktivet, vil unntakenes stilling under direktivet bli løpende kommentert. Der det krever lengre drøftelser, vil disse inntas i petit.

Som nevnt vil de fleste betingelsene som gjelder for anskaffelser som faller innenfor hoveddelens virkeområde, gjelde tilsvarende under direktivet. Tjenester som ikke er økonomiske, omfattes ikke av direktivets regler.⁶³ Kravet til grenseoverskridende interesse gjelder imidlertid ikke under direktivet. Under direktivet er kravet til grenseoverskridende interesse erstattet med faste terskelverdier, hvilket innebærer at anskaffelser av helse- og sosialtjenester med verdi over 750.000 euro omfattes av direktivets regler.⁶⁴ Unntaket for offentlig myndighetsutøvelse fortjener en noe bredere omtale. Dét drøftes derfor i tilknytning til unntaket i punkt 2.2.4.

⁶¹ EØS-avtalen art. 1 første ledd.

⁶² EØS-avtalens artikkel 32.

⁶³ Dette følger forutsetningsvis av fortalen til direktiv 2014/24/EU betraktning 6.

⁶⁴ Sak C-213/07 *Michaniki* avsnitt 29–30. Terskelverdiene følger av direktiv 2014/24/EU art. 4.

2.2.2 Økonomisk aktivitet

For at bestemmelsene i EØS-avtalen skal komme til anvendelse, er det et grunnleggende krav at den aktuelle tjenesten er *økonomisk aktivitet* i avtalens forstand.⁶⁵ Helse- og sosialtjenester særpreges ved at de ytes gratis til sluttbruker, leveres av ideelle og betales av det offentlige. Dette er forhold som gjør det interessant å se nærmere på om kravet til økonomisk aktivitet er oppfylt.

Kravet til økonomisk aktivitet kan forankres i EØS-avtalens definisjon av tjenester som noe som «vanligvis ytes mot betaling»,⁶⁶ og at det er «foretak» som nyter godt av etableringsretten.⁶⁷ Definisjonen av tjenester synes å indikere at det avgjørende er om tjenesten ytes gratis eller ikke. Bestemmelsen sier imidlertid ingenting om *hvem* som skal yte betalingen. I rettspraksis er det lagt til grunn at det ikke har betydning hvorvidt samme person som mottar tjenesten, yter godtgjørelsen.⁶⁸ Det har dermed ikke selvstendig betydning at godtgjørelsen for tjenestene denne avhandlingen gjelder, utelukkende (eller i stor utstrekning) ytes av det offentlige istedenfor av bruker selv.

Et annet spørsmål er hvilken betydning det har for tjenestens økonomiske karakter at den ytes av aktører uten mål om profit. På *det* punktet har imidlertid EU-domstolen i en rekke avgjørelser konstatert at mål om profit *ikke* har selvstendig betydning for om det foreligger økonomisk aktivitet.⁶⁹

Et annet trekk ved ideelle er at de kan tenkes å inngå kontrakter som kun gir dekning for påløpte kostnader, altså uten et påslag for profit.

⁶⁵ For en generell fremstilling av traktatens krav til økonomisk virksomhet i anskaffelsessammenheng, se Wiggen (2013) s. 49 flg.

⁶⁶ EØS-avtalen art. 37, tilsvarende formulering følger av TEUF art. 57.

⁶⁷ EØS-avtalen art. 31 (2), som tilsvarende TEUF art. 49 (2). EU-Domstolen la i sak C-268/99 *Jany* avsnitt 34 til grunn at det avgjørende også for etableringsrettens forstand er at det ytes en tjeneste mot vederlag. Nærmere om dette, se Sejersted, m.fl. (2011) s. 391.

⁶⁸ Se Wiggen (2013) s. 51 med videre henvisning til sak C-352/85 *Bond van Adverteerders and Other mot Nederland* avsnitt 16 og sak C-157/99 *Smits/Peerboms* avsnitt 57.

⁶⁹ Sak C-305/08 *Conisma* avsnitt 41, som drøfter spørsmålet om manglende mål om profit ekskluderer universiteter og offentlige myndigheter fra å være økonomiske aktører. I sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 36–37 uttaler EU-domstolen helt generelt om betydningen av at en aktør er frivillig.

Spørsmålet er da om slike kontrakter er kontrakter i relasjon til det anskaffelsesrettslige kontraktsbegrepet. Avtaler som ikke omfattes av kontraktsbegrepet, er ikke underlagt anskaffelsesreglene.⁷⁰ Spørsmålet var tidligere ansett som tvilsomt, men i *Lecce* tok EU-domstolen endelig stilling til spørsmålet. Der fant den at selv kontrakter som utelukkende kompenserte for leverandørens kostnader, også var omfattet av kontraktsbegrepet.⁷¹

Det er altså ikke noe ved avtaler med ideelle aktører i seg selv som tilsier at de ikke skal være omfattet av traktatene. Hvorvidt det foreligger økonomisk aktivitet, beror på en konkret vurdering av hvordan tjenesteytelsen leveres. Når det gjelder denne vurderingen, har Kommisjonen treffende oppsummert EU-domstolens praksis slik:

En tjenesteydelses økonomiske aspekt afhænger ikke af tjenesteyderens retlige status (f.eks. et nonprofitorgan) eller af tjenesteydelsens art, men derimod af den måde, hvorpå en given tjenesteydelse reelt leveres, tilrettelægges og finansieres.⁷²

Helse- og sosialtjenester ytes som regel gratis til mottakerne, men mot betaling fra det offentlige. Videre skjer levering av disse tjenestene på en måte som er fullt ut sammenlignbar med kommersielle leverandører. Det er følgelig få sider ved tjenesteytelsen som tilsier at disse tjenestene ikke utgjør økonomisk aktivitet. EU-domstolen har også i en rekke saker implisitt funnet at tjenester denne avhandlingen behandler, er økonomiske.⁷³ Selv om det kan tenkes eksempler på at helse- og sosialtjenester etter en konkret vurdering ikke anses som økonomiske, synes det ikke

⁷⁰ Dette spørsmålet gjelder direkte forståelsen av kontraktsbegrepet slik det er definert i direktiv 2014/24/EU art. 2 første ledd nr. 5. Det er uklart hvorvidt et unntak fra kontraktsbegrepet for kontrakter som kun kompenserer for påløpte kostnader ville vært grunnlag for et unntak fra de alminnelige reglene om fri bevegelighet også. Problemstillingen er hypotetisk. Det er derfor ikke overraskende at problemstillingen ikke er kommentert i teorien. Wiggen (2013) s. 74 slutter det motsatte (at de alminnelige reglene er anvendelige) dersom kontrakten ikke oppfyller kravet til skriftlighet, hvilket kan være sammenlignbart.

⁷¹ Sak C-159/11 *Lecce* avsnitt 29.

⁷² KOM (2007) 725 s. 5.

⁷³ Se her eksempelvis C-157/99 *Smith/Peerbooms* og C-372/04 *Watts*.

å ligge noe særlig handlingsrom for norske myndigheter i at helse- og sosialtjenester ikke anses som økonomiske.

I den videre fremstillingen legges det derfor til grunn at helse- og sosialtjenester levert av ideelle aktører utgjør økonomisk aktivitet.

2.2.3 Grenseoverskridende element

Det er et grunnleggende krav for anvendelse av EØS-avtalens hoveddel at den enkelte kontrakt har en grenseoverskridende interesse. Problemstillingen i dette punktet er derfor hva som skal til for at helse- og sosialtjenester som anskaffes av det offentlige har grenseoverskridende interesse.

Kravet til grenseoverskridende interesse innebærer en konkret vurdering av om den enkelte anskaffelsen kan være interessant for andre enn de nasjonale leverandørene. Hensikten med kravet blir tydelig i lys av formålet bak EØS-avtalen, som er å styrke handel «mellom avtalepartene».⁷⁴ Reglene i hoveddelen gjelder kun for anskaffelser som er interessante for EØS-etablerte leverandører utenfor Norge. Det nærmere innholdet i kravet til grenseoverskridende element er utviklet i rettspraksis. Det har der blitt lagt til grunn noe ulike vurderingstemaer,⁷⁵ men i EU-domstolens senere saker går kravet til en «klar grenseoverskridende interesse» igjen.⁷⁶

At interessen må være klar, indikerer at det må foreligge konkrete holdepunkter for at det er interesse på tvers av landegrensene. Hvorvidt kriteriet er oppfylt, beror på en konkret vurdering. Det kan derfor ikke gis noe generelt svar på hvilke tjenester som har grenseoverskridende interesse, men det skal ses nærmere på momenter ved helse- og sosialtjenestene som typisk har betydning for vurderingen av om kravet til grenseoverskridende interesse er oppfylt.

⁷⁴ EØS-avtalens art. 1 første ledd.

⁷⁵ For en nærmere redegjørelse for dette, se Arrowsmith (2014) s. 245 flg, som likevel konkluderer med at det er usikkert hvorvidt de ulike formuleringene resulterer i ulike materielle vurderinger.

⁷⁶ Sak C-507/03 *An Post* avsnitt 29, sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 46.

Når det gjelder trekk ved konkurransen, legger EU-domstolen vekt på hvor en anskaffelse har blitt kunngjort, og om det senere er kommet inn klager på hvordan anskaffelsen er gjennomført. Dersom anskaffelsen er kunngjort på en felleseuropeisk plattform, indikerer kunngjøringsmåten med tyngde at anskaffelsen har grenseoverskridende interesse.⁷⁷ Ved direkteanskaffelser, eller anskaffelser uten kunngjøring utover landegrensene, kan det ha betydning at det senere klages fra leverandører utenfor medlemslandet. Forutsetningen for at slike klager skal ha betydning for vurderingen, er imidlertid at klagene er «reelle og ikke fiktive».⁷⁸ Det er imidlertid ikke noe krav om at det foreligger interesse på forhånd eller i etterkant, men det er momenter som taler for at en slik interesse foreligger.⁷⁹

Når det gjelder forhold ved anskaffelsen, er dette momenter oppdragsgiver selv har ansvar for å ta stilling til, idet det er oppdragsgiver som skal vurdere om en anskaffelse har grenseoverskridende interesse.⁸⁰ Momenter det særlig skal legges vekt på er anskaffelsens verdi, særegenhetene ved anskaffelsens karakter og stedet hvor tjenesten skal leveres.⁸¹

For det første er anskaffelsens *verdi* helt sentral. Verdien av tjenesten er som regel avgjørende for en leverandørs interesse i å yte en tjeneste. For helse- og sosialtjenester er direktivets terskelverdi satt høyt.⁸² Likevel uttaler EU-lovgiver i fortalen til direktivet at kontrakter med en verdi under terskelverdi «normalt ikke være af interesse for udbydere fra andre medlemsstater, med mindre der er konkrete tegn på det modsatte».⁸³

Dersom fortalen tas på ordet, vil anskaffelsens verdi når den er under terskelverdi gjennomgående tilsi at anskaffelsen ikke har grenseover-

⁷⁷ Sak C-226/09 *Kommissjonen mot Irland* avsnitt 33 og C-91/08 *Wall* avsnitt 35.

⁷⁸ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 49.

⁷⁹ Sak C-221/12 *Belgacom* avsnitt 31.

⁸⁰ 2006/C 179/02 s. 2. Det er videre slått fast av EU-domstolen i forente saker C-147/06 og C-148/06 *SECAP* avsnitt 30.

⁸¹ Forente saker C-147/06 og C-148/06 *SECAP* avsnitt 30.

⁸² Sammenlignet med terskelverdien for andre lignende tjenester som er 134.000 euro for anskaffelse fra statlige myndigheter, jf. direktiv 2014/24/EU art. 4 første ledd bokstav b, og 207.000 euro for ikke-statlige oppdragsgivere, jf. bokstav c.

⁸³ Fortalen til direktiv 2014/24/EU betraktning 114.

skridende interesse. Bakgrunnen for fastsettelsen av terskelverdiene i direktivet var en rapport fra Kommisjonen som undersøkte i hvilken grad uprioriterte tjenester hadde en grenseoverskridende interesse.⁸⁴ Rapportens konklusjon var at uprioriterte tjenester kun hadde grenseoverskridende interesse dersom verdien oversteg 500.000 euro.⁸⁵ Det er altså på denne bakgrunn at direktivets fortale ble gitt formuleringen sitert over.⁸⁶ I forhandlingene mellom Kommisjonen, Rådet og Parlamentet ble terskelverdien økt til 750.000 Euro. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvor riktig fortalens forutsetning er, siden grunnlaget for betraktningen baserte seg på en terskelverdi på 500.000 Euro. Med bakgrunn i endringene underveis i lovgivningsprosessen, kan det argumenteres for at anskaffelsens verdi skal tillegges mindre selvstendig vekt, i hvert fall for anskaffelser som ligger like under terskelverdi.

Videre legger EU-domstolen regelmessig vekt på *typen tjeneste* som skal anskaffes. Jo mer generisk eller standardisert tjenesten er, desto mer trolig er det at anskaffelsen har en grenseoverskridende interesse. Tradisjonelt har helse- og sosialtjenester vært ansett som tjenester som preges av nasjonalt og kulturelt bestemte særegenheter. I fortalen til direktivet legger EU-lovgiver til grunn at anskaffelsen av helse- og sosialtjenester av den grunn har en «begrænset grænseoverskridende dimension» fordi de leveres i en kontekst som er «meget forskjellig fra medlemsstat til medlemsstat».⁸⁷ Som et utgangspunkt kan det være riktig, men også helse- og sosialtjenester standardiseres og gjøres mindre kulturelt betinget. Et eksempel er digitaliserings- og automatiseringsprosesser, som nå også inntar mykere tjenestetyper, hvor et sentralt poeng er å strømlinjeforme tjenestene slik at flere aktører kan konkurrere om å levere dem. Dessuten er det ikke gitt at forskjellene mellom land som ellers har store kulturelle likheter er spesielt store.⁸⁸ Det må derfor vurderes konkret hvorvidt den aktuelle tjenesten er særegen eller ikke.

⁸⁴ KOM (2011) 896.

⁸⁵ Ibid. s. 10.

⁸⁶ Ibid s. 16.

⁸⁷ Fortalen til direktiv 2014/24/EU betraktning 114.

⁸⁸ For Norges del kan dette synet begrunnes i likheten mellom organisering og ytelse av helse- og sosialtjenester i andre nordiske land.

Endelig kan det ha stor betydning for anvendelsen av de alminnelige reglene om fri bevegelighet hvor i landet den konkrete anskaffelsen skal ytes. I *Secap* uttalte EU-domstolen seg generelt om hvordan vurderingen av kravet til grenseoverskridende interesse skal foretas, og uttalte da avslutningsvis følgende:

Det er dog nødvendig å ta hensyn til, at landegrensene undertiden løber gjennom bebyggelser i forskjellige medlemsstater, hvorfor selv kontrakter av ringe økonomisk betydning under sådanne forhold kan have en klar grenseoverskridende interesse.⁸⁹

Norge er et langstrakt land, men også på enkelte steder et bredt land, hvor det kan være stor avstand til et annet EØS-land. Nærheten til et annet EØS-land, og dermed tjenesteytere som kan være interessert i å yte over grensa, kan enklere fastslås i Sarpsborg enn i Bergen. *Hvor* den konkrete anskaffelsen skal ytes, er derfor et sentralt element for oppdragsgiver ved vurderingen av om en anskaffelse har grenseoverskridende interesse eller ikke.

Hvorvidt en anskaffelse har grenseoverskridende interesse beror altså på en konkret vurdering. Ved denne vurderingen er det særtrekk ved helse- og sosialtjenester som tilsier at det skal noe mer til for at disse har en slik interesse. Et eksempel på dette er at tjenestene til dels er kulturelt betinget. Samtidig kan en høy terskelverdi tilsi at en rekke anskaffelser har en slik verdi at de uten videre er interessante på tvers av landegrenser. Drøftelsen her gir ikke grunnlag for bastante konklusjoner, men det synes likevel klart at begrensningene som følger av de alminnelige reglene vil ha praktisk betydning for en rekke anskaffelser, særlig for dem med en verdi tett opp mot direktivets terskel.

2.2.4 Utøvelse av offentlig myndighet

Offentlige anskaffelser av helse- og sosialtjenester er som et utgangspunkt økonomisk aktivitet og kan oppfylle kravet til grenseoverskridende element. EØS-avtalens regler om fri bevegelighet kommer da som et

⁸⁹ Forente saker C-147/06 og C-148/06 *SECAP* avsnitt 30.

utgangspunkt til anvendelse. Et særlig unntak fra dette, er unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i EØS-avtalens art. 32.⁹⁰ Unntaket bestemmer at virksomhet som «om enn bare leilighetsvis» innebærer utøvelse av «offentlig myndighet», ikke omfattes av bestemmelsene om fri etablering eller tjenesteytelse.⁹¹ En rekke helse- og sosialtjenester innebærer kompetanse utøvelse av myndighet som tilligger staten. Det er derfor interessant å fastlegge grensene for unntaket.

Unntaket for offentlig myndighetsutøvelse er et unntak fra utgangspunktet om fri bevegelighet. Det skal derfor fortolkes restriktivt.⁹² Fastleggelsen av bestemmelsens rekkevidde må gjøres strengt i tråd med ordlyden. Ordlyden i bestemmelsen stiller dels et krav til at tjenesten er «offentlig myndighetsutøvelse», og et krav til at omfanget av virksomheten er mer enn «leilighetsvis», for at tjenesten skal være unntatt.

Det første spørsmålet er hvilke helse- og sosialtjenester som innebærer utøvelse av «offentlig myndighet». Innholdet i kriteriet er nærmere utpenslet i rettspraksis. I *Reyners* uttaler EU-domstolen det som har blitt den sentrale formuleringen,⁹³ nemlig at det må være virksomhet som «i seg selv er direkte og særlig forbundet med udøvelse av offentlig myndighet».⁹⁴ Det kan stilles spørsmål ved hvor klargjørende formuleringen er, men den tilsier i hvert fall at det må være en nær sammenheng mellom den offentlige myndighetsutøvelsen og den konkrete tjenesten. Generaladvokat Mayras gikk i sitt forslag til avgjørelse nærmere inn på hva offentlig myndighetsutøvelse er.⁹⁵ Generaladvokatens uttalelser ble ikke brukt eller kommentert av EU-domstolen i den konkrete saken, men er i ettertid referert en rekke ganger av EU-domstolen selv og i teorien.⁹⁶

⁹⁰ Tilsvarete TEUF art. 52.

⁹¹ Jf. EØS-avtalens art. 32, jf. art. 39 (som gir unntaket tilsvarende anvendelse for tjenestefriheten).

⁹² Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 96.

⁹³ Sejersted, m.fl. (2011) s. 397 viser blant annet til forente saker C-372/09 og C-373/09 *Peñarroja*.

⁹⁴ Sak C-2/74 *Reyners* avsnitt 54.

⁹⁵ Generaladvokat Mayras forslag til avgjørelse i C-2/74 *Reyners*.

⁹⁶ Se sak C-160/08 *Tyske ambulansetjenester* avsnitt 79 og eksempelvis Craig og De Búrca (2015) s. 799.

Offentlig myndighet udspringer af statens suverænitet; den indebærer for udøveren muligheden for at bruge ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagtens privilegier, beføjelsen til at udøve tvang over for borgerne.⁹⁷

Tjenestene må følgelig ha nær sammenheng med beføyelser staten har som er *eksklusive* for staten. EU-domstolens praksis er preget av ulike former for offentligrettslig vedtakskompetanse.⁹⁸ Der vil vurderingstemaet i stor grad være *hvor nært* leverandøren er på kompetanse som er eksklusiv for staten. Spørsmålet er da ikke om kompetansen er eksklusiv for staten, men om den *tilligger* den aktuelle leverandøren. Myndighetsutøvelsen må nemlig være «direkte og særlig» forbundet med tjenesten.⁹⁹ I det ligger at en tjeneste ikke faller inn under unntaket dersom den kun har en veiledende eller forberedende funksjon. Det er tilfellet dersom en annen myndighet har kompetansen til å treffe vedtaket, mens leverandøren kun har en rolle i utførelsen av myndighetsutøvelsen.

Nærheten til myndighetsutøvelsen har en viss betydning for helse- og sosialtjenester, men grunnlaget for å anta at enkelte helse- og sosialtjenester er unntatt, er at enkelte tjenester gir mulighet til bruk av tvang. Tvang er etter sin art av en slik karakter at det ikke er nødvendig å skille mellom vedtaket og utøvelsen, fordi den faktiske bruken av tvang også krever lovhjemmel.¹⁰⁰ Det er således en annen situasjon enn der myndighetsutøvelsen ligger i vedtaket, mens gjennomføringen kan skje med grunnlag i den alminnelige handlingsfriheten, og dermed uten krav om lovhjemmel.¹⁰¹ Vurderingen av om tjenester med hjemmel til tvang er offentlig myndighetsutøvelse, vil derfor konsentrere seg om typen av tvang og omfanget av den, ikke tjenesteyterens nærhet til tvangsutøvelsen.

⁹⁷ Generaladvokat Mayars forslag til avgjørelse i sak C-2/74 s. 664.

⁹⁸ Se for eksempel sak C-47/08 *Kommisjonen mot Belgia* som gjaldt notartjenester og C-2/74 *Reyners* som gjaldt advokattjenester.

⁹⁹ Jf. eksempelvis C-47/08 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 86.

¹⁰⁰ Grl. § 113, for nærmere om legalitetsprinsippet på velferdsrettens område, se Kjønsstad, m.fl. (2017) s. 461 flg. For nærmere om legalitetsprinsippet som skranke for forvaltningens faktiske handlinger, se Eckhoff og Smith (2018) s. 357.

¹⁰¹ Eckhoff og Smith (2018) s. 357.

Et eksempel på en tjeneste som regelmessig har vært ansett som å utgjøre offentlig myndighetsutøvelse, er barneverntjenester.¹⁰² Så sent som i 2017 ga ESA sin tilslutning til norsk praksis hvor barneverntjenester er unntatt fra EØS-avtalen.¹⁰³ ESA bygger sin konklusjon på at beskyttelsen av barn ligger i kjerneområdet for en stats ansvar, at tjenesten leveres innenfor rammen av et konkret og detaljert lovverk og at de private leverandørene ikke trenger å involvere statens myndigheter ved bruk av kompetansen til tvang som følger av loven.¹⁰⁴

En problemstilling som kan reises, er om den tvangsbruk som det gis hjemmel til for ansatte på sykehjem er av en slik karakter at sykehjemstjenester er unntatt EØS-retten. Den velkjente Sårstell-dommen illustrerer at det også ved opphold som bygger på pasientens samtykke, kan være rettslig grunnlag for bruk av tvang.¹⁰⁵ Utover tvang bygd på samtykke, er det spredte bestemmelser i lovgivningen som gir kompetanse til bruk av tvang overfor enkeltgrupper som kan være aktuelle for eksempel på et sykehjem.¹⁰⁶ Den klare hovedregelen er imidlertid samtykke.¹⁰⁷ En stor del av den tvangen som utøves på sykehjem vil også ha grunnlag i nødverge, som siden den ikke er eksklusiv for staten ikke er tvang som faller inn under vilkåret offentlig myndighetsutøvelse.¹⁰⁸

En kort ekskurs viser at flere av tvangsgrunnlagene på sykehjem ikke er eksklusive for staten, men utslag av avtalekompetanse (samtykke) og det alminnelige lovverket (nødverge). Noen spredte hjemler som gir grunnlag for tvang er det, men de er ikke så detaljert og omfattende som for barnevernstjenester. Gjennomgangen over har ikke tatt sikte på å være uttømmende, men gitt eksempel på en tjeneste som klart omfattes

¹⁰² Grunnlaget for den nåværende praktiseringen av unntaket i relasjon til barneverntjenester er utredning av Arnesen og Wiggen (2008) s. 4 som kommer til at unntaket er anvendelig for institusjoner som mottar barn etter tvangsvedtak.

¹⁰³ ESA (2017) s. 15.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Rt. 2010 s. 612.

¹⁰⁶ For en nærmere oversikt, se Kjønsstad, m.fl. (2017) s. 463 flg, som blant annet viser til Pasient- og brukerrettighetsloven kap 4-A, Smittevernloven kap. 5, Helse- og omsorgstjenesteloven kap. 9.

¹⁰⁷ Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1.

¹⁰⁸ Nødverge er ikke eksklusiv for staten, men er en kompetanse enhver har, jf. strl. § 18.

(barnevern), og en som nok ikke omfattes (sykehjem). Eksempelene viser at det sentrale for at kriteriet er oppfylt er hvorvidt tvangen bygger på et grunnlag som eksklusivt tilligger staten.

Det er også et krav om at virksomheten «leilighetsvis» innebærer bruk av offentlig myndighet. Ordlyden indikerer at det ikke er strenge krav til hvor hyppig den offentlig myndighetsutøvelsen må forekomme. Dette er også inntrykket i rettspraksis.¹⁰⁹ Som eksempelet med barnevernstjenester kan være egnet til å illustrere, er det ikke avgjørende hvor mye tvang som rent faktisk utøves, men at det foreligger hjemler til å bruke tvang som går utover den kompetansen enhver har i kraft av den alminnelige handlefrihet. EU-domstolen har imidlertid vært tydelig på at utøvelsen av tvang må være tett knyttet til ytelsen av tjenesten: I den grad tvangselementet kan skilles ut, er ikke det resterende å anse som omfattet av unntaket.¹¹⁰

Illustrerende for dette er EU-domstolens avgjørelse i *Kommisjonen mot Portugal*, som riktignok ikke direkte gjaldt tvang.¹¹¹ Saken gjaldt organiseringen av kontrollvirksomhet for biler i Portugal. Den portugisiske ordningen etablerte restriksjoner på utenlandske selskaper som ønsket å tilby gjennomføringen av den tekniske delen av kontrollen med eldre biler. Kommisjonen gikk til sak mot Portugal, fordi den ikke kunne se en tilstrekkelig begrunnelse for det som utgjorde en restriksjon på etableringsfriheten. Portugal anførte at virksomheten var unntatt, fordi kontroll og godkjenning av biler var offentlig myndighetsutøvelse.¹¹² EU-domstolen var enig med Portugal i at vedtaket om å godkjenne den enkelte bilen var utøvelse av offentlig myndighet.¹¹³ Men i den konkrete saken var det mulig å skille de tekniske undersøkelsene fra vedtaket om godkjenning. Når det var mulig å skille virksomheten som utgjorde

¹⁰⁹ Craig og De Búrca (2015) s. 800.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Sak C-438/08 *Kommisjonen mot Portugal*.

¹¹² Ibid. avsnitt 32.

¹¹³ Ibid. avsnitt 40.

offentlig myndighet, kunne den tekniske delen som la faktagrunnlaget for vedtaket ikke omfattes av unntaket.¹¹⁴

At virksomhet som kan skilles fra utøvelsen av offentlig myndighet ikke omfattes av unntaket går også ESA nærmere inn på i sin vurdering av norsk praksis for unntakelse av barnevernstjenester. ESA uttaler her at en restriktiv forståelse av unntaket innebærer at oppdragsgiver må foreta en vurdering av hvorvidt deler av tjenesten som ikke «strictly requiring the exercise of official authority» kan skilles ut i egne kontrakter.¹¹⁵

Uttalelsen synes å være dekkende for den linjen EU-domstolen har fulgt.¹¹⁶ I den grad virksomhet skal unntas, er det ikke tilstrekkelig at den har en tilknytning til offentlig myndighetsutøvelse. Det må også foretas en konkret vurdering av om det er mulig å dele opp anskaffelsen, slik at den biten som involverer tvang blir så liten som mulig.

Drøftelsen over har vist at nedslagsfeltet til bestemmelsen er begrenset. Den restriktive forståelsen av hva som utgjør offentlig myndighetsutøvelse, sammen med et krav om nærhet mellom virksomheten som unntas og myndighetsutøvelsen, gjør det reelle anvendelsesområdet snevert. Enkelte tjenester omfattes imidlertid av unntaket, og for dem vil det ikke være noen EØS-rettslige begrensninger på adgangen til å reservere kontrakter. Det samme må antagelig legges til grunn for anskaffelser som omfattes av direktivet.¹¹⁷

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved unntakets anvendelse for tjenester som omfattes av direktivet. Som Einarsson påpeker, gjelder unntaket etter sin ordlyd kun for hoveddelens kapittel 2 og 3.¹¹⁸ Hjemmelen for å ta anskaffelsesdirektivet inn i EØS-avtalen er art. 65 første ledd, som viser til vedlegg XVI hvor direktivet er tatt inn. Artikkel 65 er del av kapittel fire i avtalen. En fortolkning av avtalens struktur kan derfor tilsi at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse ikke gjelder for direktiv inntatt med grunnlag i kapittel 4. EU-domstolen har imidlertid gjentatte ganger vektlagt at anskaffelsesdirektivet implementerer retten til etablering og fri

¹¹⁴ Ibid. avsnitt 45.

¹¹⁵ ESA (2017) s. 17.

¹¹⁶ Se her særlig sak C-438/08 *Kommisjonen mot Portugal* avsnitt 37 og sak C-147/86 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 7.

¹¹⁷ Ibid. s. 12.

¹¹⁸ Einarsson (2018) s. 422.

tjenesteytelse.¹¹⁹ I den grad det er mulig å unnta anskaffelser fra de grunnleggende frihetene, bør det derfor være tilsvarende anledning til å unnta anskaffelser fra direktiv som harmoniserer disse frihetene. Systematikken i *Re Data Processing*,¹²⁰ hvor den først vurderte unntaket for offentlig myndighetsutøvelse før direktivet ble drøftet, taler for at unntaket også gjelder for direktivet. Dette finner videre støtte i fortalen til direktiv 2014/24/EU betraktning 25 som omtaler at juridiske tjenester i tilknytning til offentlig myndighetsutøvelse er unntatt, hvilket kan forstås som å forutsette at offentlig myndighetsutøvelse er unntatt. I den grad det er en løsning som må legges til grunn i EU-retten, taler homogenitetsprinsippet med tyngde for samme løsning i EØS-retten. Denne oppfatningen har videre blitt lagt til grunn av ESA.¹²¹ Det synes derfor ikke å være tvil om at et unntak for offentlig myndighetsutøvelse også må gjelde under direktivet.

2.2.5 Sammenfatning

Gjennomgangen i dette avsnittet har vist at helse- og sosialtjenester som regel vil være økonomisk aktivitet, og at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse er snevert. Videre kan den høye terskelverdien åpne for at en rekke anskaffelser også utenfor direktivet har grenseoverskridende interesse. Anskaffelsene faller da inn under EØS-avtalens saklige virkeområde. Anskaffelser omfattet av hoveddelen er gjenstand for de alminnelige reglene om fri bevegelse, herunder prinsippene likebehandling og gjennomsiktighet. Spørsmålet er hvilke konsekvenser dette har for adgangen til å reservere kontrakter for ideelle. Det er temaet i neste punkt, hvor det ses nærmere på restriksjonsforbudets rekkevidde.

2.3 Forbudet mot restriksjoner

Etablerings- og tjenestefriheten oppstiller et forbud mot «restriksjoner» på adgangen til etablering og tjenesteyting.¹²² EU-domstolens tidlige praksis ga indikasjoner på at restriksjonsbegrepet kun omfattet direkte

¹¹⁹ Se for eksempel sak C-160/08 *Tyske ambulansetjenester* avsnitt 74.

¹²⁰ Sak C-3/88 *Re Data Processing* avsnitt 13 flg.

¹²¹ ESA (2017) s. 12.

¹²² EØS-avtalens art. 31 og 36, sml. TEUF art. 49 og 56.

og indirekte diskriminerende tiltak.¹²³ Etter hvert uttalte EU-domstolen stadig mer eksplisitt at restriksjonsbegrepet også favnet ikke-diskriminerende tiltak.¹²⁴ I *Gebhard* fastslo EU-domstolen det som nå er en festnet oppfatning: Restriksjonsbegrepet omfatter ethvert tiltak som gjør utøvelsen av en av frihetene «mindre attraktiv».¹²⁵ I enkelte tilfeller er imidlertid restriksjonsbegrepet fremdeles begrenset til et diskrimineringsforbud. Et eksempel på dette er *Kommisjonen mot Italia*,¹²⁶ hvor EU-domstolen kom til at regler om maksimalsatser for advokatsalær ikke utgjorde en restriksjon. At utenlandske advokater måtte sette seg inn i de italienske reglene, utgjorde ikke en restriksjon så lenge reglene ikke berørte muligheten til å komme inn på markedet på «normale og effektive konkurrencevilkår».¹²⁷ Enhver regulering som gjør det mindre gunstig utøve frihetene omfattes altså ikke så lenge muligheten til å komme inn på markedet er sikret.¹²⁸

Spørsmålet er om reservasjon av kontrakter for ideelle aktører utgjør en restriksjon. Det er ikke tvil om at reservasjon er nasjonalitetsnøytralt, idet det ikke har betydning om den ideelle leverandøren er norsk eller ikke. Spørsmålet er derfor om reservasjon er et tiltak som gjør utøvelsen av etablerings- eller tjenestefriheten «mindre attraktiv». Det finnes ulike retningslinjer for og tilnærminger til vurderingen av om utøvelse av friheten er mindre attraktiv.¹²⁹ Som nevnt er et grunnvilkår at tjenesteyteren har tilgang til markedet.¹³⁰ Tiltak som hindrer enkelte aktørers adgang til markedet, utgjør restriksjoner.

Reservasjon innebærer at kommersielle leverandører fratras adgangen til deler av markedet for helse- og sosialtjenester, og utgjør derfor en hindring av markedsadgang for aktører som ønsker å delta i konkurranser

¹²³ Se Craig og De Búrca (2015) s. 804 med videre henvisning til sak C-221/85 *Kommisjonen mot Belgia* og sak C-182/83 *Fearon*.

¹²⁴ For nærmere om denne utviklingen se Craig og De Búrca (2015) s. 804 flg.

¹²⁵ Sak C-55/94 *Gebhard* avsnitt 37.

¹²⁶ Sak C-565/08 *Kommisjonen mot Italia*.

¹²⁷ *Ibid.* avsnitt 51.

¹²⁸ Sejersted, m.fl. (2011) s. 404 og Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 109.

¹²⁹ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 109.

¹³⁰ *Ibid.*

som reserveres. At reservasjon i det konkrete tilfelle etter en vurdering i tråd med kriteriene over er en restriksjon, er derfor ikke tvilsomt.

Denne avhandlingen vurderer også lovligheten av å innføre en generell reservasjonsadgang. Det kan da spørres om innføringen av en slik adgang fra lovgivers side i seg selv utgjør en restriksjon. En ting er at hjemmelen til å reservere kontrakter påvirker hvor mange kontrakter som er tilgjengelige for kommersielle. Men vissheten om at det foreligger en slik hjemmel kan også gjøre markedet mindre forutsigbart. Dette er forhold som gjør det mindre attraktivt for kommersielle aktører å tilby helse- og sosialtjenester, og som således utgjør en restriksjon.

Det er tidligere stilt spørsmål ved om de alminnelige vurderingstemaene for når det foreligger en restriksjon er anvendelige overfor tiltak som favoriserer ideelle aktører.¹³¹ Spørsmålet er en konsekvens av at EU-domstolen har gitt medlemsstatene en vid skjønnsmargin ved organiseringen av egne velferdsytelser,¹³² som tidligere har virket inn på vurderingen av om det foreligger en restriksjon.¹³³ I saker hvor EU-domstolen prøver lovligheten av ulike måter å organisere velferdstjenester på, tar den regelmessig utgangspunkt i kompetansefordelingen mellom Unionen og medlemsstatene, og uttaler at «[f]ællesskabsretten (..) [ikke] begrænser medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres offentlige sundhedssystemer og sociale sikringsordninger».¹³⁴

Hvordan oppdragsgivere må gjennomføre anskaffelsen av helse- og sosialtjenester har en side til medlemsstatenes kompetanse til å organisere egne velferdstjenester. Spørsmålet er hvilke konsekvenser det har at medlemsstatenes kompetanse til å organisere egne velferdstjenester er i spill. For å undersøke dette, vil praksis hvor EU-domstolen har vurdert

¹³¹ Et eksempel er ESA (2010) s. 3 som i forbindelse med en vurdering av en generell reservasjonsadgang i 2010 la til grunn at reservasjon ikke utgjorde en restriksjon.

¹³² Det er en bred rettspraksis som danner grunnlaget for en slik skjønnsmarginen. Se for eksempel sak C-70/95 *Sodemare* avsnitt 27, C-141/07 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 22, forente saker C-171/07 og C-172/07 *DocMorris* avsnitt 18, C-157/99 *Smits/Peerboms* avsnitt 44, C-113/13 *Spezzino* avsnitt 55 og C-50/14 *Casta* avsnitt 59.

¹³³ Sak C-70/95 *Sodemare*.

¹³⁴ C-141/07 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 22.

lovligheten av ulike former for organisering av velferdstjenester gjennom bruk av ideelle være av interesse.

Den første avgjørelsen hvor EU-domstolen gikk inn på en slik vurdering, var *Sodemare*.¹³⁵ Saken gjaldt et kommersielt selskap (Sodemare) som ble nektet refusjon for å yte sykehjemstjenester. Begrunnelsen var at selskapet ikke oppfylte kravet i italiensk lovgivning om at selskaper som skulle motta refusjon ikke kunne drive med mål om profitt. På tross av at Sodemare var rettslig forpliktet til å yte visse helsetjenester til eldre pasienter, hadde selskapet ikke krav på refusjon på pasientenes vegne. Sodemare måtte derfor ta full betaling fra sine pasienter,¹³⁶ noe som medførte at disse pasientene måtte betale en høyere pris enn pasienter ved sykehjem som fikk refusjon. For å kompensere for denne effekten, måtte Sodemare finansiere driften av sykehjemstjenestene med overskudd fra annen virksomhet den drev.¹³⁷ Sodemare gjorde derfor gjeldende at kravet om å drive uten profitt var en ulovlig restriksjon på selskapets rett til å etablere seg i Italia.

EU-domstolen tok utgangspunkt i at EU-retten ikke begrenser medlemsstatenes kompetanse til å organisere egne velferdstjenester. I tillegg til at sykehjemstjenestene var en del av velferdssystemet, kunne de karakteriseres ved at de baserte seg på en solidarisk finansieringsmodell.¹³⁸ Systemet støttet pleieavhengige som ikke hadde tilstrekkelige ressurser til å betale for opphold på sykehjem. Systemet var bygget på solidaritet mellom ulike grupper i befolkningen: Hva den enkelte betalte for sykehjemstjenestene, ble tilpasset dennes økonomiske situasjon, noe som sikret at hele befolkningen hadde tilgang på et minimum av helsetjenester. Domstolen fant på denne bakgrunn at det var innenfor medlemsstatenes skjønnsmargin å bestemme at det i organiseringen av deres velferdssystem «nødvendigvis må kræves, at private virksomheder kun kan få adgang (..) såfremt de ikke driver virksomhed med gevinst for øje».¹³⁹

¹³⁵ Sak C-70/95 *Sodemare*.

¹³⁶ *Ibid.* avsnitt 12 og 16.

¹³⁷ Generaladvokat Fennellys forslag til avgjørelse i sak C-70/95 *Sodemare* avsnitt 9.

¹³⁸ Sak C-70/95 *Sodemare* avsnitt 29.

¹³⁹ *Ibid.* avsnitt 32.

Domstolen uttalte seg i *Sodemare* tilsynelatende generelt om velferdstjenester levert av organisasjoner uten mål om profitt. Konsekvensen av uttalelsene var et vidt handlingsrom for nasjonale myndigheter til å begrense deltakelse i sitt eget velferdssystem til leverandører som driver uten mål om profitt. Dersom velferdstjenester var basert på en solidarisk finansieringsmodell, var det i seg selv tilstrekkelig for at EU-retten ikke grep inn i skjønnsmarginen medlemsstatene ble gitt til å prioritere ikke-kommersielle leverandører. I en norsk sammenheng ble avgjørelsen forstått tilsvarende vidt, idet det ble antatt at avgjørelsen slo fast at reservasjon ikke var en restriksjon.¹⁴⁰

EU-retten har i senere tid beveget seg i retning av et mer begrenset handlingsrom for medlemsstatene på området for helse- og sosialtjenester. En nærmere studie av denne utviklingen ligger utenfor rammen av denne avhandlingen. Hancher og Sauters foretar en slik studie, og deres gjennomgang av avgjørelser som gjelder etableringsfrihetens begrensninger på organiseringen av helsetjenester, viser at Domstolen har beveget seg bort fra den tilbakeholdne tilnærmingen som ble valgt i *Sodemare*.¹⁴¹ Gjennom henvisning til blant annet *DocMorris*¹⁴² argumenterer de for at Domstolen ikke lenger overlater det samme handlingsrommet til medlemsstatene. Avslutningsvis oppsummerer de funnene sine slik:

[the] trend in the case law implies a departure from, if not a reversal of *Sodemare*. It suggests that member states no longer a priori have wide discretion to distinguish between profit or nonprofit providers. Instead they will have to justify even non-discriminatory restrictions to the freedom of establishment which must be both ne-

¹⁴⁰ Eksempel på dette er Arnesen og Wiggen (2008) s. 12 i deres vurdering av adgangen til reservasjon av barnevernstjenester. Dette ble også lagt til grunn av Sejersted (2014) s. 11 som likevel, med henvisning til Kommisjonens veileder SEC (2010) 1258 s. 24, uttalte at det kunne stilles spørsmål ved hvor robust konklusjonen var.

¹⁴¹ Hancher og Sauter (2009) s. 31. Rapporten er nå ti år gammel. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvor relevant den er i dag. Men som denne fremstillingen vil vise, er konklusjonene senere bekreftet i EU-domstolens praksis.

¹⁴² Forente saker C-171/07 og C-172/07 *DocMorris*, hvor EU-domstolen opprettholdt tysk lovgivning som reserverte drift av apotek til farmasøyer. EU-domstolen viste i saken til betraktninger i sak C-70/95 *Sodemare* og testet ikke forholdsmessigheten av tiltaket inngående.

cessary to fulfill a public interest and proportionate to this objective.¹⁴³

Et skille mellom ideelle og kommersielle aktører må begrunnes nærmere, og det er ikke tilstrekkelig å vise til at en tjeneste har et solidarisk preg for å gå klar av EU-retten. Hancher og Sauters funn bekreftes i Domstolens avgjørelser i *Spezzino* og *Casta*, som er de to andre avgjørelsene som gjelder prioritering av leverandører med lignende trekk som ideelle. Siden argumentasjonen i *Casta* for alle praktiske formål er en bekreftelse av *Spezzino*, fremstilles de her samlet.

Spezzino gjaldt den lokale helsemyndigheten i regionen Ligurias tilde-
ling av kontrakt om levering av akutte ambulansetjenester til to frivillige
italienske organisasjoner. Kontraktene ble inngått uten kunngjøring og
konkurranse, i tråd med italiensk lovgivning som påla oppdragsgivere
å direktetildele kontrakter til frivillige organisasjoner dersom helsemy-
ndighetene ikke selv kunne yte ambulansetjenestene.

I *Casta* var det den regionale helsemyndigheten i Piemonte som
tildelte kontrakter om ytelse av ambulansetjenester til det italienske
Røde Kors. Tjenestene i *Casta* var i motsetning til i *Spezzino* ikke akutte,
idet tjenestene gjaldt transport av dialysepasienter til og fra poliklinikk.
Casta – en samling av taxioperatører i Piemonte – ønsket også å levere
tjenestene. De gikk derfor til sak, hvor de gjorde gjeldende at tildelingen
var en ulovlig direkteanskaffelse, siden kontrakten skulle vært kunngjort
og konkurranseutsatt. Sett bort i fra at tjenestene i *Casta* ikke var akutte,
var de faktiske forholdene relativt like som i *Spezzino*. Det var derfor ikke
noen stor overraskelse at premissene i stor grad bygde på rettssetningene
i *Spezzino*.

I tråd med hva Hancher og Sauter påpekte, fant Domstolen at
direktetildeling av kontrakter til frivillige organisasjoner *utgjorde* en
restriksjon, fordi direktetildelingen indirekte favoriserte nasjonale lever-
andører.¹⁴⁴ For å være lovlig, måtte direktetildelingen derfor begrunnes.
Under denne vurderingen tok Domstolen opp de generelle uttalelsene om

¹⁴³ Hancher og Sauter (2009) s. 31.

¹⁴⁴ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 52 og sak C-50/14 *Casta* avsnitt 56.

kompetansefordelingen mellom Union og medlemsstat på velferdsområdet.¹⁴⁵ Domstolen presiserte imidlertid at kompetansefordelingen ikke medfører at medlemsstatene kan «indføre eller opretholde uberettigede begrensninger i udøvelsen af de grundlæggende friheder inden for sundhedstjenesten».¹⁴⁶

I den grad det åpnes for å direktetildele kontrakter, vil en slik direktetildeling utgjøre en restriksjon selv om tjenesten er basert på en solidarisk finansieringsmodell. Direktetildeling er riktignok et mer inngripende tiltak enn reservasjon, idet sistnevnte i det minste åpner for en begrenset form for konkurranse. Det kan således argumenteres for at avgjørelsene i *Spezzino* og *Casta* ikke endelig avgjør spørsmålet om reservasjon er å anse som en restriksjon.

Samtidig gir heller ikke *Sodemare* en presis veiledning for spørsmålet. Domstolen vurderte der en åpen refusjonsordning hvor enhver som oppfylte kravene i italiensk lovgivning kunne starte opp sykehjem, ha krav på refusjon og dermed være en del av det italienske velferdssystemet. Det potensielle inngrepet i det italienske velferdssystemet var følgelig større, idet *Sodemare*, gjennom å ha krav på refusjon, uten videre ville tatt del i systemet dersom kravet om å ikke ta profitt var i strid med EU-retten. Gitt den utviklingen EU-retten har undergått, og det faktum at det er tale om hindring av markedsadgang for en gruppe økonomiske aktører, synes det nokså klart at reservasjon nå må anses som en restriksjon. Det er også det som er den brede oppfatningen i andre utredninger av det samme spørsmålet.¹⁴⁷

Når det er sagt, spiller medlemsstatenes skjønnsmargin likevel inn på den reservasjonsadgangen medlemsstatene har. Som det redegjøres nærmere for underveis i spørsmålet om rettferdiggjøring av reservasjon som restriksjon, og mer spesifikt i punkt 2.5.4, har skjønnsmarginen betydning for hvor intenst rettferdiggjøringen av restriksjoner *prøves*. For dette avsnittets del er det imidlertid tilstrekkelig å konstatere at

¹⁴⁵ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 56 og sak C-50/14 *Casta* avsnitt 60.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ ESA (2017) s. 8, Departementet (2018a) s. 2, implisitt hos Fløistad (2017) s. 23 og Goller (2015) s. 3.

reservasjon er et tiltak som må rettferdiggjøres; både av lovgiver ved innføringen av en generell adgang i lov eller forskrift, og av oppdragsgiver ved konkrete beslutninger om å reservere kontrakter. Denne rettferdigjøringen er temaet i avhandlingens neste avsnitt, hvor spørsmålet først er hvilke krav EØS-retten stiller til lovgivers beslutning om å innføre en reservasjonsadgang, før tema er hvilke vilkår som må være oppfylt for at enkeltbeslutninger om å reservere er i tråd med EØS-retten.

2.4 Krav til innføring av en generell reservasjonsadgang

2.4.1 Overordnet

Som konkludert i avsnittet over, utgjør innføringen av en generell reservasjonsadgang en restriksjon på friheten til å yte tjenester eller etablering. Restriksjoner kan imidlertid være lovlige. Hvorvidt en restriksjon er lovlig eller ikke, beror på om restriksjonen forfølger et EØS-rettslig legitimt formål på en forholdsmessig måte.¹⁴⁸ Grunnlaget for å gjøre unntak fra utgangspunktet om fri bevegelighet er EØS-avtalens art. 33, jf. art. 39. I EU-domstolens praksis er det utviklet en parallell lære om tvingende allmenne hensyn, hvor de tillatte hensynene som er angitt i art. 33 suppleres.¹⁴⁹ Denne læren er imidlertid begrenset til restriksjoner som ikke diskriminerer på grunnlag av nasjonalitet, i tillegg til at den forutsetter fravær av relevant sekundærlovgivning.¹⁵⁰

I det følgende skal det derfor vurderes om innføringen av en generell reservasjonsadgang kan begrunnes i et EØS-rettslig relevant formål, og om innføringen av reservasjonsadgangen er en forholdsmessig måte å forfølge dette formålet.

¹⁴⁸ Se eksempelvis Sejersted, m.fl. (2011) s. 451 flg.

¹⁴⁹ Den grunnleggende avgjørelsen er her sak C-120/78 *Cassis de Dijon*.

¹⁵⁰ Craig og De Búrca (2015) s. 833, Barnard (2016) s. 482, Sejersted, m.fl. (2011) s. 405 og Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 115.

2.4.2 Legitimt formål

For at en restriksjon skal være lovlig, må den som nevnt forfølge et legitimt formål. Avtalen selv nevner hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen som legitime hensyn. Men siden reservasjon av konkurranser for ideelle ikke innebærer direkte forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, jf. punkt 2.3, kan innføringen av en generell adgang også begrunnes i en lang rekke andre allmenne ikke-økonomiske hensyn.

Det er liten tvil om at ønsket om å reservere kontrakter til dels motiveres av et politisk ønske om å unngå profittjag i velferdssektoren, og et politisk mål om å styrke den delen av det private som ikke har mål om profitt.¹⁵¹ Det kan derfor spørres om hensynet til å begrense muligheten til å ta profitt på velferdstjenester eller finansiering av allmennyttige formål i seg selv kan være legitime formål. Slike hensyn har ikke blitt anerkjent i EU/EFTA-domstolens praksis. Når det gjelder finansiering av allmennyttige formål, uttalte EFTA-domstolen at dette hensynet ikke var en «saklig begrunnelse for restriksjoner på fri bevegelse». ¹⁵² Formålet kunne derfor ikke utgjøre den virkelige begrunnelsen, men bare være «en gunstig sidevirkning». ¹⁵³

Spørsmålet om hensynet til å begrense muligheten til å ta profitt fra velferdstjenester kan sies å ha en viss parallell til spørsmålet om hvilke legitime formål som kan begrunne nasjonale monopol på pengespill. I *Ladbrokes* prøvde EFTA-domstolen lovligheten av det norske monopolet på pengespill. Formålet om å skjerme pengespill fra profitt ble der avvist av EFTA-domstolen med den begrunnelse at en moralsk oppfatning av at pengespill ikke skulle profitteres på, kun kunne begrunne et totalforbud. Når norske myndigheter aksepterte en monopolist som også tjente penger (riktignok til allmennyttige formål), kunne ikke formålet om å unngå profitt anses som legitimt. ¹⁵⁴ Saken om det norske monopolet på

¹⁵¹ Se eksempelvis *Klassekampen* (2017). Se også Arbeiderpartiets program for 2017–2021, hvor ønsket om å bruke ideelle fremfor kommersielle fremheves for å unngå bruk av ressurser på profitt, jf. Arbeiderpartiet (2017) s. 18.

¹⁵² Sak E-03/06 *Ladbrokes* avsnitt 46.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.* avsnitt 48.

pengespill skiller seg fra problemstillingen knyttet til reservasjon, ved at det for reservasjonstilfellet ikke er tale om det offentliges kanalisering av andres penger, men bruk av egne midler. Den forskjellen er imidlertid ikke avgjørende. Den interessante sammenhengen ligger i at det offentlige ved innkjøp av helse- og sosialtjenester, som ved regulering av pengespill, står overfor et *valg*.

På samme måte som myndighetene kan *velge* å forby pengespill med en moralsk begrunnet oppfatning av at profitt på den type aktivitet skal unngås, står oppdragsgivere fritt til å ikke kjøpe velferdstjenester fra private aktører og dermed kutte muligheten for profitt ved å yte tjenesten selv. Men i den grad man ønsker en mellomløsning, kan ikke denne mellomløsningen i seg selv begrunnes i at mål om profitt er galt eller at overskudd fra virksomheten går til et aktverdig formål. Det er imidlertid ikke til hinder for at dette, for å bruke EFTA-domstolens ord, er en «gunstig sidevirkning».

Nå er det heller ikke ønsket om å unngå profittjag som er det legitime formålet norske myndigheter viser til når innføringen av en generell reservasjonsadgang skal begrunnes. Reservasjonsadgangen begrunnes i ønsket om å sikre at ideelle aktører fortsetter å kunne levere tjenester til det offentlige.¹⁵⁵ Ideelle aktører bidrar sammen med andre private og offentlige tilbydere til å sikre et variert tilbud som kan passe ulike grupper av befolkningen. Etter departementets syn bidrar det til å forbedre det samlede tilbudet av tjenester. Velferdsmiks er blitt et samlebegrep for målet om et variert utvalg av offentlige, kommersielle og ideelle leverandører av de samme tjenestene.¹⁵⁶ Begrunnelsen for å reservere visse kontrakter for ideelle aktører er altså å sikre et godt tjenestetilbud til befolkningen for å ivareta hensynet til folkehelsen, i vid forstand. Det har bred forankring i EU-domstolens praksis at formålet om å sikre et godt tjenestetilbud er et legitimt formål.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Norske myndigheters brev til ESA, se Departementet (2015) s. 2.

¹⁵⁶ Anbud365 (2018).

¹⁵⁷ For eksempel uttalte EU-domstolen i sak C-113/13 *Spezzino* at den anser et høyt nivå på offentlige helsetjenester, og en varig og tilstrekkelig tilgang til et balansert tilbud av tjenester, som legitime tvingende allmenne hensyn, jf. sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 57, som også er henvist til i ESA se ESA (2017) s. 9.

Det kan dermed legges til grunn at reservasjon i norsk sammenheng forfølger et legitimt formål. Før det går videre, er det likevel grunn til å se nærmere på en problemstilling i tilknytning til spørsmålet om innføringen av en reservasjonsadgang forfølger et legitimt formål. Spørsmålet henger nært sammen med den skjønnsmarginen medlemsstatene har ved organiseringen av egne velferdstjenester, og da særlig hvordan en slik skjønnsmargin slår ut på vurderingen av om reservasjon er lovlig. Problemstillingen er hvorvidt det er en sammenheng mellom adgangen til å begrunne restriksjoner i formål som tradisjonelt anses som illegitime og medlemsstaters skjønnsmargin ved organiseringen av velferdstjenester.

En av de sentrale avgjørelsene for fastleggelsen av det handlingsrommet medlemsstatene har ved organiseringen av egne velferdstjenester er *Spezzino*. Avgjørelsen ble drøftet allerede under punkt 2.3, og i 2.5.4 drøftes rekkevidden av kriteriene som der ble lagt til grunn for når en direktetildeling er en lovlig restriksjon. Når det er grunn til å nevne avgjørelsen her, er det fordi EU-domstolen i den saken langt på vei aksepterte hensynet til kontroll av offentlige utgifter som et legitimt formål for å begrunne direktetildelingen til de to frivillige organisasjonene. EU-domstolen uttalte at «risikoen for et alvorlig indgrep i den sociale sikringsordnings økonomiske likevekt, der i sig selv kan udgøre et tvingende alment hensyn».¹⁵⁸

Som nevnt over, er utgangspunktet etter EU-domstolens lære om tvingende allmenne hensyn at økonomiske hensyn *ikke* kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelse.¹⁵⁹ Økonomiske hensyn er imidlertid ikke et særlig presist begrep, og det har vist seg at EU-domstolen ikke fører en konsekvent linje i sin praksis. Bruken av ordet «økonomisk» er derfor blitt kritisert.¹⁶⁰ Enkelte formål vil imidlertid sjeldent anses legitime. Intuitivt skulle en tro at hensynet til statens utgifter var et illegitimt hensyn, noe EU-domstolen i *Giersch* gikk langt i å indikere. Domstolen uttalte følgende om hensynet til offentlige finanser som legitimt formål:

¹⁵⁸ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 57.

¹⁵⁹ For nærmere om opphavet til dette skillet, se Arrowsmith (2015) s. 311 flg.

¹⁶⁰ Se om dette i Barnard (2016) s. 488 og Arrowsmith (2015) s. 364.

Selv om **budgetmæssige hensyn** kan være afgørende for en medlemsstats socialpolitiske valg og påvirke arten og omfanget af de sociale sikringsforanstaltninger, staten ønsker at træffe, udgør de imidlertid **ikke i sig selv et mål for socialpolitikken** og kan derfor ikke begrunde en forskelsbehandling til skade for vandrende arbejdstagere.¹⁶¹ (mine uthevinger)

Giersch gjaldt luxembourgiske krav for å motta støtte til utdanning. Den luxembourgiske ordningen, som var innrettet slik at kun sannsynlige skattebetalere fikk støtte, ble kjent ulovlig. Begrunnelsen var at ordningen diskriminerte EU-borgere som *ikke* ble ansett som sannsynlige skattebetalere. Det at en utvidelse av ordningen ville ha store konsekvenser for det offentliges utgifter, ble ikke ansett som et legitimt formål å ta hensyn til.

I enkelte avgjørelser – særlig om eksport av trygdeytelser og grensekryssende helsetjenester – har imidlertid EU-domstolen i større grad enn på andre områder akseptert formål som grenser opp mot, eller som har direkte sammenheng med, det offentliges økonomi.¹⁶² I *Smits/Peerboms* var spørsmålet om et krav til forhåndstillatelse for dekning av helsetjenester utført i et annet EU-land var en lovlig restriksjon på tjenestefriheten. Domstolen innledet da slik om helsetjenestesters betydning for de samlede offentlige utgiftene:

[Kravet til forhåndstillatelse er] en del af en vilje til at sikre styring af omkostninger og til i videst muligt omfang at undgå ethvert spild af økonomiske, tekniske og menneskelige ressourcer. (..) hospitalssektoren er forbundet med **betydelige omkostninger** og skal opfylde **stigende behov**, mens de økonomiske ressourcer, der kan anvendes til sundhedsbehandling, **ikke**, uanset den anvendte finansieringsmetode, er **ubegrænsede**.¹⁶³ (mine uthevinger)

På områder hvor det er en særlig risiko for sløsing av eller stor økning i det offentliges utgifter, er det et større handlingsrom for å legge vekt

¹⁶¹ Sak C-20/12 *Giersch* avsnitt 51.

¹⁶² Arrowsmith (2015) s. 338.

¹⁶³ Sak C-157/99 *Smits/Peerboms* avsnitt 79.

på kostnadshensyn ved begrunnelsen av restriksjoner. Begrunnelsen for dette er potensialet for store kostnadssvingninger, og den direkte innvirkning slike svingninger har på offentlige budsjetter. Det var derfor ikke overaskende at EU-domstolen i *Spezzino* fant at «risikoen for et alvorlig indgrep i den sociale sikringsordnings økonomiske likevekt, (..) kan udgøre et tvingende alment hensyn»,¹⁶⁴ og la til at «[iltak som] søker at sikre en styring af omkostningerne og i videst mulig omfang undgå ethvert spild af økonomiske, tekniske og menneskelige ressourcer, er således omfattet [av læren om tvingende allmenne hensyn]».¹⁶⁵

Som framstillingen har vist, er det et større handlingsrom for å begrunne restriksjoner ved å vise til økonomiske hensyn dersom det er risiko for stor økning i offentlige utgifter. Disse tjenestene kan med andre ord begrunnes i formål som tradisjonelt ikke anses legitime. Det vil gjennomgående være risiko for stor økning i offentlige utgifter for helse- og sosialtjenester, noe som illustreres av at det er nettopp saker som gjelder helse- og sosialtjenester som har drevet frem den utviklingen i Domstolens praksis.¹⁶⁶ Samtidig uttaler Domstolen at medlemsstatene har et særlig handlingsrom for ytelsen av velferdstjenester. Det gir foranledning til å se disse i sammenheng, og stille spørsmål ved hvor stor del av det særlige handlingsrommet medlemsstatene gis ved organiseringen av velferdstjenester som ligger i åpningen for å begrunne restriksjoner i tradisjonelt illegitime formål.

Dette er relevant for denne avhandlingens tema, fordi norske myndigheter *ikke* begrunner ønsket om å prioritere ideelle organisasjoner i hensynet til kontroll på offentlig pengebruk.¹⁶⁷ Isolert sett har det liten betydning, all den tid reservasjon kan begrunnes i et annet legitimt formål. Sammenhengen mellom skjønnsmarginen og hvilke formål som

¹⁶⁴ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 57.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Arrowsmith (2015) s. 338, som identifiserer tre grupper av saker, hvor helse og andre sosialytelser er to, mens den tredje linjen med praksis gjelder sikringen av skatteinntekter.

¹⁶⁷ Gitt hvordan norske ideelle organiserer sin virksomhet er det vanskelig å se for seg at en slik begrunnelse vil være egnet, idet det ikke er holdepunkter for at ideelle er billigere enn kommersielle.

anses legitime kan imidlertid være nyttig for forståelsen av EU-retten særlige handlingsrom for organisering av velferdstjenester. *Spezzino* og *Casta* er godt egnet til å illustrere poenget. I begge sakene aksepterte EU-domstolen hensynet til det offentlige utgifter som et legitimt formål, noe som innebar at det at direktetildelingen til frivillige organisasjoner var kostnadseffektiv var relevant. Spørsmålet er da hvilken betydning dette har for innholdet i medlemsstatenes handlingsrom når reservasjon *ikke* begrunnes i hensynet til kontroll på offentlige utgifter. Dette behandles nærmere i punkt 2.5.4 hvor spørsmålet er hvilke kriterier som er styrende for når oppdragsgivers beslutning om å reservere en konkret kontrakt er i tråd med EØS-retten.

Konklusjonen i dette punktet er uansett at reservasjon kan begrunnes i et legitimt formål, som er hensynet til folkehelsen ved at et variert tilbud av leverandører bidrar til et bedre tilbud av helsetjenester. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at restriktive tiltak har et legitimt formål. For å være lovlig må restriksjonen «virkelig forfølge» det legitime formålet.¹⁶⁸ Det beror på en konkret vurdering av om reservasjon forfølger det legitime formålet på en forholdsmessig måte. Hvorvidt kravene som følger av prinsippet om forholdsmessighet er oppfylt, er tema i neste punkt.

Drøftelsen har vist at norske myndigheter har flere motiv for å innføre en reservasjonsadgang. Det kan da spørres om dette har betydning for hvorvidt reservasjon er et tiltak som kan rettfærdiggjøres. Fredriksen og Mathiesen synes å ta til orde for at kravet om å «virkelig forfølge» et legitimt formål også innebærer en prøving av lovgivers reelle beveggrunner. Dette ved at domstolen må ta stilling til hvilke formål et restriktivt tiltak «virkelig tar sikte på å nå».¹⁶⁹ Belegget for slutningen er uttalelser fra EFTA-domstolen i saker om lovligheten av norske monopol på pengespill.¹⁷⁰ Det spesielle med de sakene er imidlertid at det er tale om eldre ordninger som forfølger en lang rekke både legitime og illegitime formål.¹⁷¹ En viss ryddejobb i hvilke formål ordningen forfølger må da nødvendigvis gjøres. Det kan derfor stilles spørsmål ved om prøvingen av lovgivers beveggrunner gjelder som en generell regel. Sejersted,

¹⁶⁸ Sak E-08/16 *Netfonds* avsnitt 115.

¹⁶⁹ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 118.

¹⁷⁰ Sak E-3/06 *Ladbrokes* avsnitt 43, 69 og 74.

¹⁷¹ Tilsvarende kan også sies om prøvingen av de norske reglene om hjemfall av rettigheter til vannkraft, se sak E-2/06 *ESA mot Norge*.

m.fl. forutsetter at det er tilstrekkelig dersom et anført formål objektivt er proporsjonalt.¹⁷² Det synes å ha støtte i rettspraksis, som uttrykker at det er tilstrekkelig om et tiltak «objektivt sett fremmer» legitime formål.¹⁷³ Det synes vanskelig å tenke seg en situasjon hvor et tiltak slås ned på selv om det foreligger legitime formål tilstrekkelig til å begrunne tiltaket, men domstolen finner at lovgiver har en «skjult agenda». At proporsjonalitetsvurderingen er mer intensiv dersom domstolen er skeptisk til at lovgiver tilkjennegir sin reelle begrunnelse, er da noe annet.¹⁷⁴ Jeg går derfor ikke nærmere inn på hva som er norsk lovgivers reelle beveggrunn for å innføre en reservasjonsadgang, men aksepteres at myndighetene viser til ønsket om et bredt utvalg av leverandører for å ivareta hensynet til folkehelsen på en best mulig måte.

2.4.3 Forholdsmessighet

Restriksjoner på frihetene må ikke bare forfølge et legitimt formål, men må også gjøre dette på en forholdsmessig måte. Kravet er et utslag av det alminnelige EU/EØS-rettslige forholdsmessighetsprinsippet.¹⁷⁵ For restriksjoner har kravet om forholdsmessighet betydning i to henseender.¹⁷⁶ Dels under prøvingen av det beskyttelsesnivå medlemsstaten ønsker å legge seg på, og dels ved vurderingen av om de virkemidler medlemsstaten bruker er i tråd med EU/EØS-retten. At tiltaket skal være proporsjonalt gir anvisning på en vurdering av om tiltaket forfølger formålet den skal oppnå på en egnet, nødvendig og forholdsmessig måte.¹⁷⁷

Når det gjelder valg av ønsket beskyttelsesnivå, har medlemsstatene en vid skjønnsmargin når det anfører hensynet til beskyttelse av befolkningen.¹⁷⁸ Ønsket om å reservere kontrakter for ideelle er ikke utslag av ønsket om et særlig høyt beskyttelsesnivå, men heller en konsekvens av hvordan velferdstjenestene kan innrettes for å få best mulige tjenester

¹⁷² Sejersted, m.fl. (2011) s. 449.

¹⁷³ Sak C-49/98 *Finalarte* avsnitt 41 og sak C-164/99 *Portugaia Construções* avsnitt 28.

¹⁷⁴ Se her C-49/98 *Finalarte* avsnitt 42 og C-164/99 *Portugaia Construções* avsnitt 29.

¹⁷⁵ I EU-retten har prinsippet for Unionens del forankring i TEU art. 5 (4). Det er ikke tvil om at det gjelder et tilsvarende prinsipp i EØS-retten, se Hreinsson (2016) s. 363.

¹⁷⁶ Sejersted, m.fl. (2011) s. 295.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 127 flg.

til befolkningen. I det videre forutsettes det derfor at det norske nivået for beskyttelse av folkehelsen er akseptabelt.

Det første som må vurderes er om reservasjon er et *egnet* tiltak. Dette må vurderes konkret. Egnetheten skal vurderes i relasjon til de formålene som begrunner restriksjonen, og kan formuleres som et spørsmål om tiltaket er et tjenlig middel for å oppnå det aktuelle formålet.¹⁷⁹ I praksis er det ikke en særlig streng vurdering.¹⁸⁰ Det er ikke krav om at tiltaket er best egnet, men snarere et spørsmål om tiltaket kan trekke i retning av det målet som ønskes nådd.

Siden det tidligere har vært innført en reservasjonsadgang i norsk rett, har virkninger eller erfaringer fra dette stor interesse. Det er derfor overraskende at departementet hverken i sitt høringsnotat¹⁸¹ eller i begrunnelsen til ESA¹⁸² går inn på tidligere erfaringer med reservasjon. I redegjørelsen for mulige fordeler og ulemper ved å innføre en reservasjonsadgang, uttaler departementet seg om konsekvensene av å innføre en reservasjonsadgang.¹⁸³ På den ene siden fremheves det at ideelle kan sikre en større bredde i antall leverandører, og dermed nå et mål om et balansert helsetilbud for befolkningen. Samtidig fremhever departementet at forslaget har negative konsekvenser, da særlig for konkurransen om å yte tjenestene det er tale om. Mer begrenset konkurranse kan igjen lede til «høyere priser og dårligere kvalitet på velferdstjenestene som leveres til samfunnet, sammenliknet med de som ikke hadde slike konkurransefortrinn».¹⁸⁴

Det kan stilles spørsmål ved om vurderingen av egnethet skal knytte seg til et generelt mål om økt folkehelse, eller om det er tilstrekkelig å vise til at reservasjon er et egnet tiltak for å sikre et bredt utvalg av leverandører. Sistnevnte alternativ unnlater å prøve en grunnleggende forutsetning; nemlig om velferdsmiks gir positivt utslag for tjenestetil-

¹⁷⁹ Sejersted, m.fl. (2011) s. 407 og Barnard (2016) s. 489.

¹⁸⁰ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 129.

¹⁸¹ Departementet (2018a).

¹⁸² Departementets (2018b).

¹⁸³ Departementet (2018a) s. 4

¹⁸⁴ Ibid.

budet og dermed folkehelsen. Dersom prøvingen begrenser seg til det sistnevnte synes det opplagt at å reservere kontrakter vil være et egnet tiltak, idet reservasjon er godt egnet for å sikre de ideelles plass ved siden av kommersielle.

Mot å kun vurdere tiltaket mot et mål om bredt utvalg av leverandører kan det innvendes at det er medlemsstaten som innfører det restriktive tiltaket, og som dermed har bevisbyrden for at et tiltak rent faktisk er egnet.¹⁸⁵ Det legitime formålet norske myndigheter anfører er hensynet til folkehelsen. Til syvende og sist må forutsetningen for å akseptere at tiltaket er egnet være at en miks av leverandører (som er det tiltaket effektivt oppnår) har positive virkninger på tjenestetilbudet. Uten en slik positiv virkning på tjenestetilbudet, fremstår ordningen mer som et skjult forsøk på å legitimere det som ikke er legitime formål, nemlig begrensning av profitt i markedet eller utdeling av fordeler til ideelle,¹⁸⁶ enn som et forsøk på å skape et så godt tjenestetilbud som mulig.

Vurdert opp mot et generelt mål om bedre folkehelse er det mer usikkert om tiltaket er egnet. Dels er virkningene av reservasjon usikre.¹⁸⁷ Og i og med at reservasjonsadgangen er generell og omfatter en rekke ulike typer tjenester, markeder og leverandører, kan det være vanskelig å fastslå de konkrete konsekvensene av en miks av leverandører helt generelt. Videre innebærer en konstatering av positiv sammenheng nok så komplekse konkrete vurderinger og vurderingstemaer som en domstol ikke uten videre er egnet til å overprøve.

Det kan da stilles spørsmål ved om en domstol i prøving av om reservasjon er egnet må se til andre forhold enn et renskåret spørsmål om tiltaket trekker i retning av et mål om bedre tjenester. Det klare utgangspunktet og hovedregelen er som sagt at det er den som er ansvarlig for restriksjonen, som må godtgjøre at et tiltak er egnet til å nå det legitime

¹⁸⁵ Sak E-08/17 *Kristoffersen* avsnitt 123.

¹⁸⁶ Se nærmere om dette i punkt 2.4.2.

¹⁸⁷ Det er ikke gjennomført systematiske studier på virkningen av reservasjon som kan gi et endelig svar på spørsmålet. Den forskningen som er gjort, er imidlertid sprikende med hensyn til resultatene av å reservere for ideelle, se Trætteberg og Sivesind (2015) s. 16–17.

formålet.¹⁸⁸ Det varierer imidlertid hvor strenge krav EU-domstolen og EFTA-domstolen stiller til bevisføringsplikten. I sin fremstilling av bevisføringsplikten finner Fredriksen og Mathiesen at kravene til bevis synes å bygge på de samme vurderingene som intensiteten i den rettslige prøvingen.¹⁸⁹ Med andre ord kan et økt rettslig handlingsrom ikke bare komme til uttrykk gjennom mindre intens prøving av de samme vurderingstemaene, men også gjennom andre krav til *hva* som skal dokumenteres.

Et eksempel på dette er *Sodemare*. Skjønnsmarginen i den saken var så vid at det ikke var behov for noen prøving av tiltakets egnethet. Slik er det ikke lenger.¹⁹⁰ Det betyr imidlertid ikke at en presumpsjon om at et variert tjenestetilbud gir bedre tjenester ikke kan legges til grunn ved prøvingen av om reservasjon er egnet. Også i EU-domstolens øvrige praksis er det eksempler på at beviskravet anses oppfylt uten noen reell bevisføring. Et eksempel er *DocMorris*.¹⁹¹ Saken gjaldt tysk lovgivning som forbeholdt drift av apoteker for farmasøyter. EU-domstolen kom til at forbeholdet var lovlig, siden Kommisjonen (ikke medlemsstaten som innførte tiltaket) ikke hadde vist til andre måter å oppnå formålet på. At det å forbeholde drift for farmasøyter var egnet og nødvendig, ble akseptert under henvisning til medlemsstatenes frihet til å velge beskyttelsesnivå og antagelser om at det er vanskelig for ansatte å stå imot eieres profittmotiv.¹⁹²

En alternativ måte å håndtere en slik situasjon er å prøve myndighetenes behandling av saken. I *Kellogg's* behandlet EFTA-domstolen Mattilsynets vedtak om nektelse av samtykke til markedsføring av jernholdig corn flakes.¹⁹³ Vurderingen av virkningene innføringen av produktet på markedet ville ha, var beheftet med stor grad av usikkerhet, føre-var-prinsippet ble trukket inn som begrunnelse og det var et område

¹⁸⁸ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 132.

¹⁸⁹ Ibid s. 135.

¹⁹⁰ Se punkt 2.3.

¹⁹¹ Forente saker C-171/07 og C-172/07 *DocMorris*.

¹⁹² For nærmere om disse sider ved avgjørelsen, se Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 133.

¹⁹³ Sak E-3/00 *Kellogg's*.

(folkehelse) hvor medlemsstatene hadde vid skjønnsmargin. I stedet for å kreve klare vitenskapelige slutninger, gikk EFTA-domstolen inn på en konkret vurdering av hvor grundig saksbehandlingen som ledet frem til nektelsen var.¹⁹⁴ Det kan også være et alternativ her. I stedet for å gå inn på en konkret vurdering, overlates medlemsstatene en vid skjønnsmargin så lenge de har gjennomført en grundig prosess.

Alternativt må myndighetene vise til en viss dokumentasjon for at et bredt utvalg av leverandører gir en positiv innvirkning på det totale tjenestetilbudet. I den grad myndighetene faktisk kan vise til det, vil det som nevnt være liten tvil om at tiltaket som sådan er egnet. Dersom myndighetene ikke kan vise til konkret dokumentasjon, vil det bero på hvor intenst domstolen velger å prøve hvorvidt reservasjon som tiltak er egnet til å gi bedre tjenester om tiltaket består egnethetstesten eller ikke.

Drøftelsene over har vært et forsøk på å synliggjøre vurderingstemaene for en domstol ved prøvingen av om reservasjon er et egnet tiltak, og skissere alternative måter å tilnærme seg spørsmålet gitt den faktiske usikkerheten og den rettslige skjønnsmarginen. Drøftelsene har vist at det er usikkert om reservasjon er egnet. Samtidig er det ikke utenkelig at en domstol enten lener seg på en presumpsjon, slik som i *DocMorris*, eller stiller krav til saksbehandlingen, som i *Kellogg's*.

Etter min mening bør en domstol hvert fall unngå en nærmere prøving av selve forutsetningen om velferdsmix gir bedre tjenester. Dette er en svært vanskelig faktisk vurdering å foreta som det er vanskelig å se at en domstol er egnet til å gjøre. Den forskningen som foreligger utelukker ikke en slik positiv sammenheng, men viser til de metodiske vanskelighetene med å fastlegge dette sikkert.¹⁹⁵ I lys av at medlemsstatene har en særlig skjønnsmargin ved organiseringen av egne velferdstjenester, synes det også fra et rettslig perspektiv å være gode grunner for at en domstol ikke går alle medlemsstatenes valg tett etter i sømmene.

En ytterligere del av egnethetsvurdering er om tiltaket forfølges på en konsistent måte.¹⁹⁶ Kravet til konsistens formuleres av EU-domstolen som

¹⁹⁴ Ibid. avsnitt 42.

¹⁹⁵ Trætteberg og Sivesind (2015) s. 46.

¹⁹⁶ Se eksempelvis Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 119.

et krav til at formålet forfølges «på en sammenhengende og systematisk måte».¹⁹⁷ I det ligger et krav om at den nasjonale lovgivningen som helhet forfølges på en konsekvent måte. Kravet kan tenkes å stille innholdsmessige krav til praktiseringen av unntaket. Målet norske myndigheter ønsker å forfølge er hensynet til et bredt utvalg av leverandører av tjenester innenfor det offentlige velferdssystemet. For at en reservasjonsadgang skal være konsistent med dette målet, må adgangen benyttes i den utstrekning en slik miks av leverandører ikke er sikret på markedet, og tilsvarende ikke benyttes i den utstrekning tilstrekkelig miks er sikret.

Slik forslaget til departementet er formulert, er det ikke lagt opp til en samlet koordinering av bruken av den muligheten bestemmelsen gir oppdragsgivere.¹⁹⁸ For å tilfredsstille kravet til konsistens, kan det tenkes at reservasjonsadgangen må koordineres og anvendes på en slik måte at den faktisk oppnår målet om et bredt utvalg av leverandører. Det er derfor ikke nødvendigvis tilstrekkelig å overlate full skjønnsmargin med hensyn til når en slik reservasjonsadgang benyttes til oppdragsgivere. Et slikt krav vil imidlertid gripe dypt inn i medlemsstatenes handlingsrom. Medlemsstatenes skjønnsmargin kommer derfor også her inn som et hensyn mot å stille for strenge krav til konsistent praktisering.

Dersom tiltaket anses å være egnet, er spørsmålet om tiltaket er *nødvendig*. Kravet til nødvendighet innebærer en prøving av om formålet tiltaket forfølger kan nås på en mindre inngripende måte.¹⁹⁹ Det må foretas en sammenligning av hvilke effekter tiltaket har for å nå det aktuelle målet, vurdert opp mot hvordan den samme målsetningen kan nås med andre tiltak.²⁰⁰

Reservasjon av kontrakter for ideelle er et effektivt tiltak for å øke andelen ideelle leverandører i et marked. I motsetning til andre virkemidler som kan benyttes i en anskaffelsesprosess, som utforming av tekniske spesifikasjoner, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og

¹⁹⁷ Sak C-359/11 *Ottica New Line*, avsnitt 47.

¹⁹⁸ Se Departementet (2018a) s. 7.

¹⁹⁹ Se for eksempel sak E-3/06 *Ladbrokes* avsnitt 58, hvor EFTA-domstolen uttaler at det valgte tiltaket må være «functionally needed in order to achieve the legitimate objectives of the legislation at the level of protection chosen by the Contracting Party».

²⁰⁰ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 121.

kontraktsvilkår,²⁰¹ gir reservasjon en garantert måloppnåelse med hensyn til å øke andelen ideelle leverandører. Det kan likevel tenkes alternative tiltak for å oppnå et bedret tjenestetilbud også utenfor anskaffelsesprosesser. Ved vurderingen av alternative virkemidler er spørsmålet igjen hvilket abstraksjonsnivå som skal velges for formålet. Er det endelige målet bedre velferdstjenester, åpner det for en lang rekke alternative tiltak som det må vurderes om har bedre effekt. Selv om det nok er riktig at tiltakets nødvendighet skal vurderes i relasjon til det legitime formålet den forfølger, må medlemsstatene ha en viss skjønnsmargin til å bestemme seg for hvordan de ønsker å oppnå dette. Hvis ikke havner man raskt i en situasjon motsatt av det som er EU-rettens utgangspunkt: At EU-retten ikke griper inn i medlemsstatenes organisering av velferdstjenester.

Sett i lys av det særlige handlingsrommet medlemsstatene har til å organisere egne velferdstjenester, må det være innenfor medlemsstatenes egen skjønnsmargin å fastslå hvilken måte de ønsker å nå sine mål på velferdsområdet. En domstol bør derfor være tilbakeholden med å overprøve om andre tiltak kunne nådd dette målet på en like effektiv måte. Konklusjonen er derfor at en generell adgang til reservasjon er nødvendig.

Dersom reservasjon anses som et nødvendig tiltak, er spørsmålet om restriksjonen er *forholdsmessig* sett i lys av de målene den forfølger.²⁰² Det må foretas en avveining av hensynet til forbedret tjenestetilbud og dermed økt folkehelse på den ene siden, og konsekvensene av å innføre reservasjon for friheten til å yte de tjenestene for kommersielle på den andre siden. I en slik vurdering har det stor betydning at medlemsstatene har en vid skjønnsmargin for spørsmål som berører organiseringen av egne velferdssystem, og at norske myndigheter har vært tydelige på at de legger stor vekt på målsetningen om bedret helsetilbud.²⁰³ Hensynet til befolkningens helse er gjennomgående et hensyn som har stor vekt. Satt opp mot de inngripende, men likevel begrensede, konsekvenser

²⁰¹ Se nærmere om handlingsrommet som foreligger i anskaffelsesretten i Generaladvokat Wahls forslag til avgjørelse i sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 69.

²⁰² Sejersted, m.fl. (2011) s. 451.

²⁰³ Departementet (2018b) s. 3.

reservasjon har for leverandørene, det liten tvil om at reservasjon er et forholdsmessig tiltak.

2.4.4 Sammenfatning

En generell adgang til å reservere kontrakter for ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester er en restriksjon på etablerings- og tjenestefriheten som *kan* begrunnes. Konklusjonen er imidlertid ikke sikker. Usikkerheten har flere årsaker. For det første er det faktisk usikkerhet fordi det er uklart i hvilken grad norske myndigheter kan påvise konkrete positive virkninger av reservasjonsadgangen. Siden den tidligere har vært gjeldende rett, burde det være mulig å oppdrive en form for dokumentasjon for hva virkningene er. For det andre er det en viss grad av rettslig usikkerhet også; vurderingstemaene innføringen av en generell reservasjonsadgang reiser gjelder usikre faktiske forhold og komplekse vurderingstemaer. Kombinert med en viss skjønnsmargin for medlemsstatene gjør det det vanskelig å fastslå nøyaktig hvor langt en domstol vil gå i å prøve om innføring av en reservasjonsadgang er et forholdsmessig tiltak.

I den grad lovgivers innføring av en adgang til å reservere kontrakter for ideelle *er* i tråd med EØS-retten, er spørsmålet hvilke krav EØS-retten stiller for bruk av en slik adgang i det konkrete tilfelle: Med andre ord hvilke vilkår som må være oppfylt for at reservasjonsadgangen kan benyttes.

2.5 Krav til enkeltbeslutninger

2.5.1 Overordnet

For at reservasjon av kontrakter for ideelle i det konkrete tilfellet skal være i tråd med EØS-retten, er det ikke tilstrekkelig at den generelle adgangen er lovlig. Det må også prøves om praktiseringen av ordningen skjer på en lovlig måte. Illustrerende er EFTA-domstolens tilnærming

i *Kristoffersen*,²⁰⁴ hvor domstolen, etter å ha konstatert at kravet til forhåndskontroll og samtykke som sådan kunne være i tråd med EØS-retten, uttalte:

Selv om en ordning med forhåndskontroll og samtykke for individuelle sponsoravtaler kan rettferdiggjøres som sådan, følger det ikke nødvendigvis av dette at hver enkelt beslutning som fattes etter denne ordning er like berettiget. Slike enkeltbeslutninger må tilstrebe ordningens legitime mål på en egnet og forholdsmessig måte.²⁰⁵

Det er ikke tvilsomt at det også må foretas en slik konkret vurdering ved innføringen av en reservasjonsadgang. Denne konkrete vurderingen er også interessant for rettsstilstanden slik den er nå, idet departementet i sin veileder legger til grunn at reservasjonsadgangen kan benyttes uten egen forskriftsbestemmelse.²⁰⁶ I det videre ses det derfor nærmere på hvilke vilkår som gjelder for oppdragsgiveres beslutninger om å reservere konkurransen om kontrakter for ideelle.

2.5.2 Legitimt formål

For det første må bruken av en reservasjonsadgang forfølge samme formål som ordningen. Det innebærer at oppdragsgiver ikke har noen fleksibilitet med hensyn til å begrunne bruken av reservasjonsadgangen i andre legitime formål enn hensynet til forbedrede helsetjenester gjennom et økt utvalg av leverandører. Departementets begrunnelse for innføringen av en generell adgang er således styrende for hvordan en enkelt oppdragsgiver kan begrunne bruken av reservasjonsadgangen.

²⁰⁴ Sak E-8/17 *Kristoffersen*.

²⁰⁵ *Ibid.* avsnitt 127.

²⁰⁶ Departementet (2017).

2.5.3 Forholdsmessighet

Enkeltbeslutninger må videre overholde proporsjonalitetsprinsippet. Dét innebærer de samme forpliktelsene som redegjort for over.²⁰⁷ Når det gjelder de generelle kravene til proporsjonalitet, vises det derfor til fremstillingen i punkt 2.4.3 over. Forskjellen er at det nå skal gjøres en *konkret* vurdering av om reservasjonen i det *enkelte tilfellet* overholder kravene som følger av proporsjonalitetsprinsippet. Denne vurderingen vil være preget av de konkrete omstendighetene omkring den enkelte reservasjon. Formålet med fremstillingen er derfor ikke en spesifikk vurdering av konkrete situasjoner, men heller å peke på momenter som vil ha betydning for vurderingen. Det særegne ved vurderingen av konkrete reservasjonsbeslutninger, er at oppdragsgivers vurdering nødvendigvis må skje før det er klart hvem som skal yte den aktuelle tjenesten. Proporsjonalitetsvurderingen er derfor begrenset til å ta hensyn til andre forhold enn den som til slutt blir leverandøren av den konkrete tjenesten.

Bruken av reservasjon må være et *egnet* virkemiddel for å oppnå et bredere utvalg av leverandører, og derigjennom et bedre tjenestetilbud. Vurderingen må som sagt gjøres konkret. Det er ikke en streng vurdering, men det må vurderes om reservasjon av enkelte kontrakter er et tjenlig middel for å bedre tilbudet av helse- og sosialtjenester. Under vurderingen av om reservasjon som et generelt tiltak var egnet, ble det pekt på at det generelle vurderingstemaet og vanskeligheter med å peke på konkrete virkninger, kunne tilsi en mer begrenset prøving av om tiltaket er egnet. Når det skal vurderes om reservasjon i det konkrete tilfelle er lovlig, er det ikke samme grunn til å hvile på slike mer generelle betraktninger. Det bør da kreves at den konkrete begrunnelsen for bruken av reservasjon relaterer seg til hvorfor reservasjon kan oppnå et bredere utvalg av leverandører og hvorfor det er et gode for det konkrete markedet. En slik vurdering må da også ta hensyn til potensielle negative konsekvenser reservasjon som virkemiddel har. I det videre er formålet å peke på enkelte

²⁰⁷ Departementet (2018a), ESA (2017) og Fløistad (2017) ser dette annerledes og knytter drøftelsen av om reservasjon i det konkrete tilfelle er lovlig opp til kriteriene EU-domstolen utpenslet i sak C-113/13 *Spezzino*.

momenter som har betydning for den konkrete vurderingen av om bruk av reservasjon er et egnet tiltak.

Departementets forslag åpner for reservasjon av kontrakter om en rekke *ulike typer tjenester*. For enkelte tjenester vil det rimelig nok være større virkninger av å ha et variert sett med leverandører enn for andre. Enkelte helse- og sosialtjenester åpner for lite variasjon i organisering og tjenesteyting. Det er for eksempel vanskelig å se for seg mange ulike måter å levere ambulansetjenester på. På en eller annen måte skal syke og skadde fraktes fra a til b. For andre tjenester derimot synes det å være større rom for organisering og brukerinvolvering i tjenestene, som det for eksempel er for sykehjemstjenester. For de tjenestene kan de ulike perspektivene til offentlige, ideelle og kommersielle leverandører presumptivt bidra til en miks som gir et totalt sett bedre resultat. Det er derfor større grunn til å tro at reservasjon er et egnet virkemiddel for tjenester som åpner for ulike tilnærminger til å levere det samme resultatet.

Videre vil *sammensetningen* av leverandørene i *markedet* for den konkrete tjenesten ha betydning for egnethetsvurderingen. Formålet med å reservere er å sikre at det i hvert enkelt marked for helse- og sosialtjenester er et bredt utvalg av leverandører. Det bør derfor tillegges betydelig vekt i vurderingen av egnethet hvordan utvalget av leverandører i det konkrete markedet som det er ønskelig å reservere i fordeler seg. Det er for eksempel betydelig lettere å se at en reservasjon har betydning i et marked som er dominert av kommersielle leverandører uten noen tilstedeværelse av ideelle, enn i et hvor alle eller en betydelig andel av leverandørene allerede er ideelle.

Endelig vil forskjellen mellom ideelle og kommersielle leverandører kunne variere. I enkelte tilfeller kan det tenkes at forskjellen i måten tjenestene leveres på, er stor. Et eksempel på det fra EU-domstolens praksis er *Spezzino* og *Casta*, hvor de frivillige organisasjonene som fikk tjenester tildelt direkte i stor grad drev ved hjelp av frivillige fremfor lønnede ansatte. Det gav de frivillige organisasjonene ikke bare en fordel overfor de kommersielle, men viser også at de ideelle kunne spille en viktig rolle i å opprettholde frivillig engasjement for levering av ambulansetjenester, hvilket vil være til nytte for leveringen av et godt tjenestetilbud til en

fornuftig pris. Selv om ideelle i en norsk sammenheng i liten grad drives av frivillige medarbeidere, kan det tenkes andre relevante forskjeller mellom måten tjenesten leveres på som gjør en prioritering av ideelle i det konkrete markedet egnet til å gi bedre tjenester. I den grad det foreligger slike forskjeller, taler det for at reservasjon er et egnet tiltak.

Det vil i en viss grad være noe glidende overganger mellom momenter som har betydning for vurderingen av egnethet og nødvendighet. De momentene som er nevnt kan derfor også spille inn på nødvendighetsvurderingen, og momentene det ses nærmere på i nødvendighetsvurderingen kan spille inn her. Foreløpig kan det konstateres at hvorvidt reservasjon er et egnet tiltak beror på en konkret vurdering, og at det derfor må tas hensyn til karakteristika ved markedet, tjenesten og leverandørene i den konkrete vurderingen av om reservasjon er et egnet tiltak.

Dersom reservasjon er et egnet tiltak, må det vurderes om reservasjon er et *nødvendig* tiltak. Dette beror igjen på en konkret vurdering. Vurderingstemaet er hvorvidt de samme mål som reservasjonsadgangen når kan oppnås med mindre inngripende virkemidler. Som for egnethetsvurderingen er målet å peke på momenter som typisk vil ha betydning for en slik konkret vurdering.

Reservasjon hindrer markedsadgang for samtlige kommersielle leverandører for de kontraktene det gjelder. Det er derfor et potensielt svært inngripende tiltak overfor de kommersielle. Hvor inngripende tiltaket faktisk vil være, vil variere med hvor omfattende bruken av reservasjonsadgangen er og den øvrige etterspørselen i markedet hvor de aktuelle kommersielle opererer. For enkelte tjenester er det offentlige den eneste driveren på etterspørselssiden, det er med andre ord ingen andre som kjøper tjenestene. Hvis reservasjonsadgangen benyttes på en slik måte at hele markeder forsvinner for enkelte kommersielle aktører, utgjør tiltaket totalt sett en alvorlig hindring av markedsadgang for de kommersielle.²⁰⁸ Det har betydning for vurderingen av om det samme formålet kan oppnås med mindre inngripende tiltak.

Som for vurderingen av egnethet vil også tjenestens karakter ha betydning for hvorvidt reservasjon er nødvendig. Sentralt her er imidlertid

²⁰⁸ Se Arnesen og Wiggen (2008) s. 13 for et tilsvarende resonnement.

at det også må ses hen til de negative konsekvensene reservasjon har. Reservasjon av kontrakter begrenser konkurransen om å yte tjenesten. Markedets logikk tilsier da at resultatet over tid er (i det minste) en risiko for kvalitativt dårligere og/eller dyrere tjenester.²⁰⁹ Det forhold at tjenestens karakter åpner for ulike måter å levere på, og dermed kan gi rom for innovasjon, har følgelig betydning i to retninger. Som det ble påpekt over, kan det tilsi at det har en verdi med et bredt utvalg av leverandører. Samtidig betyr det potensielt negative konsekvenser ved bruk av reservasjon som tiltak.

Reservasjon som virkemiddel er imidlertid et effektivt tiltak som gir en garantert økning i antall kontrakter som tildeles ideelle. Dersom det ses på andre aktuelle tiltak i en anskaffelsesprosess vil de neppe være like effektive i å sikre et bredt utvalg, dersom det mangler i markedet. Reservasjon virker derfor å være mest aktuelt i markeder hvor andelen ideelle må økes på kort tid. Der hvor det heller er tale om å øke andelen ideelle på lengre sikt, bør det i en rekke tilfeller være mulig å oppnå de samme virkningene ved bruk av andre virkemidler *innenfor* rammen av anskaffelsesregelverket. Utover å begrense markedsadgang er det også mulig å tilpasse kravspesifikasjoner, kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier slik at de retter seg mot karakteristika ved ideelle.²¹⁰ Selv om disse virkemidlene ikke garanterer at tjenesten tildeles ideelle, kan de – gitt et tilstrekkelig langt tidsperspektiv – være tilstrekkelig for å oppnå målet om en miks av leverandører. Det vil da også være mindre inngripende for de kommersielle, som gis mulighet til å konkurrere på lik linje som ideelle.

Det kan derfor godt tenkes situasjoner hvor det vil være nødvendig å benytte reservasjon. Men det er mer tvilsomt om en slik strategi over lengre tid er nødvendig for å nå målet om et bredt utvalg av leverandører. For å dra nytte av markedskreftene, vil det da være mer hensiktsmessig

²⁰⁹ For nærmere om dette resonnementet se uttalelsene til departementet i Departementet (2018a) s. 5 og Generaladvokat Wahls forslag til avgjørelse i sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 58 flg.

²¹⁰ For en nærmere redegjørelse for muligheten til å gjøre dette innenfor det myke regimet i direktiv 2014/24/EU, som på det punktet i stor grad er sammenfallende med situasjonen under de alminnelige reglene om fri bevegelighet, se Goller (2015) s. 8. Generaladvokat Wahl går også inn på dette i sitt forslag til avgjørelse i sak C-113/13 *Spezzino*, avsnitt 69.

å utforme konkurranser slik at de ideelle og kommersielle over tid kan konkurrere om samme tjenester, men motta hver sin del. Reservasjon vil da være et unntakstiltak for å sikre umiddelbare resultater.

Endelig skal det foretas en avveining av de interesser som taler for å reservere og de negative virkningene en slik reservasjonsadgang har. Det er vanskelig å se for seg at en reservasjonsadgang ikke skal ses som et forholdsmessig inngrep i etablerings- eller tjenestefriheten. Folkehelse er et formål som gjennomgående tillegges stor vekt. Kombinert med den skjønnsmarginen medlemsstatene har i overholdelsen av EU-retten på dette området, tilsier dette at tiltaket anses som forholdsmessig i snever forstand.

Hvorvidt reservasjon i det konkrete tilfelle er i tråd med EØS-retten, beror på en konkret vurdering av om reservasjonen forfølger samme formål som den generelle reservasjonsadgangen på en proporsjonal måte. Drøftelsene over har vist at det trolig er et visst handlingsrom for å reservere, men at det er begrenset til de tilfeller hvor det er nødvendig på kort tid å etablere et mer variert utvalg av leverandører på et konkret marked. Utover den situasjonen synes reservasjon å være et mer inngripende virkemiddel enn andre måter å oppnå samme formål på.

Et usikkerhetsmoment ved vurderingen er hvor stor skjønnsmargin en domstol vil overlate medlemsstaten ved prøvingen av hvorvidt reservasjon er lovlig. Det foreligger ikke avgjørende praksis fra EU/EFTA-domstolen som belyser hvordan skjønnsmarginen slår ut i relasjon til reservasjon for ideelle som et restriktivt tiltak. Drøftelsen her har derfor tatt utgangspunkt i det som er veletablerte EØS-rettslige kriterier for vurderingen av om restriksjoner kan rettferdiggjøres. Så vil det selvfølgelig være noe tvil knyttet til hvor intenst vilkårene prøves, noe som behandles i avsnittet under.

Det er ikke alle som tilnærmer seg spørsmålet om rettferdiggjøring på denne måten. Departementet og ESA legger i sine vurderinger til grunn at det foreligger relevant praksis fra EU-domstolen for hvordan skjønnsmarginen slår ut, og at denne er overførbar til den konkrete vurderingen for når det er lovlig å reservere kontrakter for ideelle.²¹¹ Vurderingene deres er ikke autoritative. Konklusjonene deres har følgelig ingen rettskildemessig vekt ved fastleggelsen av kriteriene for

²¹¹ Departementet (2018a) s. 2 og ESA (2017) s. 7.

når reservasjon er lovlig. Deres vurderinger har imidlertid praktisk betydning for spørsmålet.²¹² Det er derfor interessant å se nærmere på praksis departementet og ESA anser som relevant, da særlig med vekt på om den er styrende for lovligheten av å reservere kontrakter for ideelle.

2.5.4 Prøvingsintensitet

Allerede under drøftelsen av om reservasjon utgjør en restriksjon, ble det vist til medlemsstatenes skjønnsmargin til å prioritere organisasjoner med sosiale formål innenfor det offentlige velferdssystemet. Under drøftelsen av spørsmålet om reservasjon kan rettferdiggjøres, har det gjennomgående blitt vist til vurderingstemaer hvor skjønnsmarginen kan spille inn. Vurderingen av om reservasjon er lovlig har imidlertid blitt gjort i tråd med det som er en alminnelig prøving, i motsetning til hva departementet og ESA mener er tilfelle. Problemstillingen i dette avsnittet er om den særlige skjønnsmarginen medlemsstatene har til å organisere egne velferdstjenester forandrer på dette.

EU-domstolens avgjørelser i *Spezzino* og *Casta* viser at vurderingen av om en restriksjon er lovlig ikke nødvendigvis er like intensiv på alle livsområder. Videre viser avgjørelsene at et særlig handlingsrom kan lede til utpenslingen av egne vurderingstemaer for vurderingen av spesifikke restriksjoner. I *Spezzino* uttalte EU-domstolen det slik:

[I]nden for rammerne af den skønsmargin, den [medlemsstaten] råder over til at fastsætte niveauet for beskyttelse af folkesundheden og til at udforme sin sociale sikringsordning, [kan medlemsstaten] mene, at en anvendelse af frivillige organisationer er i overensstemmelse med det sociale formål om akutte sygetransporter og er af en karakter, der kan bidrage til styring af omkostninger, der er knyttet til denne ydelse.²¹³

²¹² Med praktisk betydning siktes her til departementets rolle i å fastsette forskriften og dermed å innføre en reservasjonsadgang slik som den foreslåtte, og ESAs rolle i å overvåke overholdelsen av EØS-avtalen, jf. ODA-avtalen art. 5.

²¹³ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 59. Tilsvarende formulering også i sak C-50/14 *Casta* avsnitt 62.

I *Sodemare* ble den solidariske finansieringsmodellen som tidligere nevnt tillagt en slik betydning at forskjellsbehandlingen av nasjonale ideelle og kommersielle ikke utgjorde en restriksjon. Det gir seg nå utslag på en annen måte, men det er fortsatt slik at betraktningene som begrunnet skjønnsmarginen i *Sodemare* er relevante.

For den konkrete vurderingen av om reservasjon kan rettferdiggjøres har det altså betydning at ideelle organisasjoner er organisasjoner som tjener sosiale formål, og at reservasjon er et tiltak som medlemsstatene gjennomfører for å organisere sitt velferdssystem. Dette har også vært momenter som har blitt synliggjort og lagt vekt på under vurderingen av vilkårene for å rettferdiggjøre reservasjon. Som nevnt går noen lenger, og oppstiller konkrete vurderingstemaer for oppdragsgivers beslutning på grunnlag av avgjørelsene i *Spezzino* og *Casta*. Blant dem er departementet, som i sitt høringsnotat legger til grunn at lovligheten av oppdragsgivers beslutning om å reservere beror på en anvendelse av vilkårene i de to avgjørelsene.²¹⁴ Spørsmålet er om dette er en riktig forståelse av avgjørelsens rekkevidde.

Så vel *Spezzino* som *Casta* gjaldt spørsmålet om direktetildeling av ambulansetjenester til frivillige organisasjoner var en lovlig restriksjon på etablerings- eller tjenestefriheten. I den konkrete vurderingen la EU-domstolen stor vekt på medlemsstatens handlingsrom ved organiseringen av velferdstjenester, og utpenslet et eget sett med kriterier for vurderingen av når direktetildeling av ambulansetjenester til frivillige er lovlig. Domstolen la til grunn følgende kriterier som styrende for direktetildelingens lovlighet:

[E]n ordning vedrørende tilrettelæggelse af **akutte sygetransporter** som den i hovedsagen omhandlede, som for de kompetente myndigheder består i fortrinsvis at gøre anvendelse af **frivillige organisationer, rent faktisk skal fremme** det sociale formål samt forfølge de formål vedrørende solidaritet og budgetmæssig effektivitet, som denne ordning hviler på.²¹⁵ (mine uthevinger)

²¹⁴ Departementet (2018a) s. 7, et syn som har fått tilslutning av ESA, se ESA (2017) s. 7.

²¹⁵ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 60.

Istedenfor å gå inn på en alminnelig vurdering av tiltakets proporsjonalitet, utpenslet EU-domstolen et spesifikt sett med kriterier. Det avgjørende for om direktetildelingen var lovlig, var om ordningen «rent faktisk skal fremme» de hensyn som direktetildelingen skal forfølge og som begrunner et utvidet handlingsrom for frivillige aktører, altså det sosiale elementet i tjenestene og hensynet til budsjettmessig effektivitet. Det er disse kriteriene som danner grunnlaget for vilkårene for enkeltbeslutninger om å reservere i forslaget til forskriftsbestemmelse.

Sett i sammenheng med de legitime formålene direktetildelingen der forfulgte, synes kriteriene å være en kombinasjon av en begrenset prøvingsintensitet og en nærmere utpensling av hva som ligger i at direktetildelingen skal forfølge de legitime formålene på en forholdsmessig måte. Et perspektiv er følgelig at kriteriene gir uttrykk for en alminnelig test, dog tilpasset det konkrete faktum i sakene.

Hvilken betydning skjønnsmarginen har hatt, er tydelig når EU-domstolens premisser leses i sammenheng med Generaladvokat Wahls forslag til avgjørelse. I sitt forslag går Wahl nærmere inn på vurderingen av nødvendigheten av å direktetildele og går der langt i å antyde at direktetildeling ikke er et forholdsmessig tiltak. For ham er konsekvensene direktetildeling har på konkurransen mellom leverandørene sentral.²¹⁶ Det sentrale skillet mellom Generaladvokaten og EU-domstolen synes å være hvilken betydning skjønnsmarginen medlemsstatene hadde har for vurderingen, og hvilken betydning det har at de frivillige leverandørene kan lene seg på ulønnede medarbeidere.

Det er imidlertid liten tvil om at kriteriene angir et betydelig handlingsrom for å direktetildele kontrakter om ambulansetjenester til frivillige. Vilårene EU-domstolen oppstiller retter seg i første rekke mot de *formålene* ordningen skal forfølge, og synes ikke å kreve en konkret forholdsmessighetsvurdering. Slik er også kriteriene forstått i teorien, som synes å dele oppfatningen at kriteriene gir et stort handlingsrom for å direktetildele enkelte typer kontrakter.²¹⁷ Enkelte går der så langt som

²¹⁶ Generaladvokat Wahls forslag til avgjørelse i sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 58.

²¹⁷ McGowan (2015) s. 4, Tellos (2016) s. 8 og Sanchez-Graells (2016) s. 10.

å kalle kriteriene et smutthull i regelverket.²¹⁸ Det er derfor ikke grunn til å problematisere at de nærmere vilkårene for direktetildeling også vil gi et betydelig rom for å reservere kontrakter for ideelle dersom testen EU-domstolen legges til grunn.

Illustrerende for dette er den nærmere konkretiseringen departementet foretar i høringsnotatet som ligger til grunn for forslaget til forskriftsbestemmelse.²¹⁹ Problemet med å anvende kriterier utpenslet for direktetildelinger på reservasjon er der tydelige. Når en oppdragsgiver vurderer en direktetildeling vil den kunne foreta konkrete vurderinger av den enkelte leverandør opp mot vilkårene EU-domstolen utpenslet. Det er ikke mulig når oppdragsgiver skal velge om en bestemt konkurranse skal reserveres eller ikke, fordi oppdragsgiver da ikke kan vite hvem som blir leverandøren; det er jo det konkurransen skal avgjøre. Kriteriene som anvendes vil da kun ta hensyn til generelle trekk ved ideelle og ikke se hen til den konkrete leverandøren slik EU-domstolens kriterier synes å forutsette.²²⁰

Det det imidlertid er grunn til å stille spørsmål ved, er avgjørelsens rekkevidde. Nærmere bestemt er spørsmålet om kriteriene EU-domstolen utpenslet for lovligheten av å direktetildele ambulansetjenestekontrakter til frivillige, er styrende for når norske oppdragsgivere kan reservere kontrakter for ideelle.

Departementet og ESA bygger oppfatningen om at kriteriene i *Spezzino* er styrende for vurderingen på at hensynene EU-domstolen viser til som begrunnelse for den begrensede prøvingen, er generelle.²²¹ Som nevnt gir domstolen i avgjørelsen uttrykk for et handlingsrom som også er relevant for vurderingen av om reservasjon for ideelle er lovlig. EU-domstolens hensynsavveining er ført med bred penn. Det kan derfor argumenteres for at EU-domstolen mente å gi kriteriene et vidt

²¹⁸ Caranta (2016) s. 14.

²¹⁹ Departementet (2018a) s. 8 flg.

²²⁰ Et poeng som også fremheves av Justis- og beredskapsdepartementet i deres høringsvar til Nærings- og fiskeridepartementets forslag om å forskriftsfeste en reservasjonsadgang, se Departementet (2018c) s. 1.

²²¹ Departementet (2018a) s. 8 og ESA (2017) s. 7.

nedslagsområde. Hvis den ikke hadde ment det, kan man som McGowan hevde at Domstolen kunne ha formulert seg mindre generelt.²²²

Det er likevel ikke slik at de konkrete kriteriene som er utpenslet for et faktum nødvendigvis kan overføres til andre saker hvor de samme generelle hensynene gjør seg gjeldende. EU-domstolens formålsrettede stil leder til at den normalt tar utgangspunkt i brede og alminnelige betraktninger, før den utpensler en konkret rettssetning.²²³ Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved om det er tilstrekkelig likhet mellom faktum i avgjørelsene og en eventuell adgang i norsk rett til å reservere kontrakter for ideelle, slik at kriteriene som ble utpenslet i *Spezzino* også kan sies å være styrende for lovligheten av å reservere kontrakter for ideelle.

Utover de generelle hensynene, er det trekk ved faktum som *kan* tilsi at kriteriene har betydning for lovligheten av å reservere for ideelle. *Spezzino* og *Casta* gjaldt direktetildelinger, mens det her er lovligheten av reservasjon som drøftes. Som nevnt er direktetildeling et mer inngripende tiltak enn reservasjon. Det er fordi tiltaket har større konsekvenser for konkurransen om å yte tjenesten enn reservasjon, hvor det i det minste er en viss konkurranse mellom et begrenset sett med leverandører. Avgjørelsene gjelder følgelig et mer inngripende tiltak, hvilket kan tilsi at det – basert på en mer til det mindre-slutning – kan antas at lovligheten av å reservere må gjelde i et videre omfang enn direktetildeling. Det er imidlertid vanskelig å se at det alene kan være avgjørende for at kriteriene i *Spezzino* legges til grunn.

For det første er det et sentralt trekk ved kravet til forholdsmessighet at tiltaket skal være forholdsmessig *i forhold til de formål tiltaket forfølger*.²²⁴ I *Spezzino* kommer det til uttrykk i sammenhengen mellom hensynet til kostnadskontroll som et legitimt hensyn og vilkåret om «budsjettmessig effektivitet».²²⁵ Vilkåret om «budsjettmessig effektivitet» må i dette henseende forstås som en konkretisering av at hensynet til

²²² McGowan (2015) s. 5.

²²³ Due (1997) s. 132 som går nærmere inn på EU-domstolens argumentasjonsmønstre.

²²⁴ Sejersted, m.fl. (2011) s. 295. Dette ble nærmere behandlet i punkt 2.4.2 over.

²²⁵ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 60.

kostnadskontroll skal forfølges på en forholdsmessig måte. Når det gjelder innføringen av en reservasjonsadgang, er det imidlertid klart at den ikke begrunnes i hensynet til å spare det offentlige for penger eller sikre bedre kostnadskontroll, se her drøftelsen i punkt 2.4.3. En anvendelse av kriteriene oppstilt i *Spezzino* vil således kunne være en omgåelse av kravet om at ordningen «virkelig skal forfølge» det anførte legitime formålet, fordi det ikke vurderes om reservasjon gir billigere tjenester eller bedre kostnadskontroll. Det taler med tyngde mot å se kriteriene i *Spezzino* som styrende for når det er lov å reservere kontrakter for ideelle.

For det andre bærer flere av kriteriene EU-domstolen oppstiller preg av å være *rettet mot frivillige* organisasjoner – i dette tilfellet forstått i motsats til organisasjoner uten mål om profitt, men som driver på markedsmessige vilkår. Dette kommer tydelig frem i kravene EU-domstolen oppstiller til organisasjonene det direktetildeles til. Selv om forpliktelsen i første rekke er å overholde nasjonale krav, påpeker domstolen at «det er tilladt at anvende arbeidstagere».²²⁶ Alene at dette påpekes er interessant. Vurderingen av grensene for bruken av lønnet arbeidskraft er i utgangspunktet opp til nasjonal rett, men i neste avsnitt begrenses muligheten til å ha ansatte, idet de «frivillige organisationers virksomhed kan således kun udøves af arbeidstagere inden for de grænser, der er nødvendige, for at de fungerer korrekt».²²⁷ Formålet med begrensningen er å begrense muligheten for profitt, ved at den frivillige «udelukkende kan få godtgjort de udgifter, der rent faktisk er blevet afholdt for den leverede virksomhed».²²⁸ Kriteriene er kun relevante dersom leverandøren benytter frivillige i leveringen av ytelsen. I en norsk sammenheng vil disse kravene følgelig være av marginal interesse, fordi det ikke er vanlig med ulønnede ansatte i samme skala blant de ideelle aktørene i Norge. At kriteriene har begrenset betydning og således passer dårlig på det norske faktum, tilsier at EU-domstolens utpensling var ment for frivillige organisasjoner, ikke for ideelle generelt som den norske reservasjonsadgangen skal gjelde for.

²²⁶ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 61 og C-50/14 *Casta* avsnitt 64.

²²⁷ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 62 og C-50/14 *Casta* avsnitt 65.

²²⁸ *Ibid.*

Generaladvokat Sanchez-Bordona synes å ha en lignende oppfatning i et nylig avgitt forslag til avgjørelse i *Falck Rettungsdienste*.²²⁹ Saken gjelder forståelsen av hvem som er «nonprofitorganisation» i direktivets forstand. Tyske myndigheter viste til *Spezzino* og *Casta* for veiledning.²³⁰ Sanchez-Bordona avviste imidlertid avgjørelsens relevans for hvem som er «nonprofit» under henvisning til at avgjørelsene gjaldt frivillige organisasjoner.²³¹ Generaladvokatens uttalelse gir følgelig støtte til synet på *Spezzino* som en utpensling av kriterier som er begrenset til en nærmere bestemt gruppe ideelle, nemlig de som baserer driften sin på frivillige medarbeidere.

For det tredje bør kravet til å forfølge et mål om budsjettmessig effektivitet forstås som en *materiell skranke*. I *Casta* går EU-domstolen nærmere inn på hva som ligger i kriteriet. Foreleggende rett var usikker på om oppdragsgiver måtte gjennomføre en begrenset konkurranse for å forsikre seg om at det ikke ble tatt for høy pris for tjenesten. EU-domstolen viste til at det ikke var krav om gjennomføring av begrenset konkurranse eller annen type benchmarking av priser, men at det var et krav om at direktetildelingen «rent faktisk bidrager til formålet om budgetmæssig effektivitet».²³²

Etter ordlyden er det ikke klart nøyaktig hva som ligger i vilkåret. En mulig tolkning er at det er tilstrekkelig at den konkrete ordningen (det være seg reservasjon eller direktetildeling) blant annet forfølger målsetninger om å være kostnadseffektive.²³³ Dette er imidlertid også en svært vid fortolkning av kriteriet.

Meningsinnholdet i kriteriet er klarere når kriteriet ses i sammenheng med faktum i de aktuelle sakene. Organisasjonene det ble direktetildelt til baserte seg på en levering av tjenestene som i stor grad lente seg på bruk

²²⁹ Sak C-465/17 *Falck Rettungsdienste*. Endelig dom fra EU-domstolen forelå ikke per 15. januar 2019.

²³⁰ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-465/17 *Falck Rettungsdienste*, avsnitt 68.

²³¹ Ibid. avsnitt 69.

²³² Sak C-50/14 *Casta* avsnitt 71.

²³³ Departementet (2018a) s. 11.

av frivillige som ikke får betaling.²³⁴ I tillegg var rammeavtalene som ble inngått basert på refusjon av løpende kostnader.²³⁵ Sett i sammenheng er det da nokså opplagt at kommersielle leverandører ikke vil være i stand til å levere samme tjeneste til samme pris. Dette virker å ha hatt stor betydning for EU-domstolens resonnement. Når det på forhånd kan konstateres hvilken leverandør som er billigst, og denne driver med et mål om å tilgodese formålet tjenesten fremmer, virker det noe formalistisk å skulle holde fast ved at det skal avholdes en konkurranse.²³⁶ Og det er tilsvarende åpenbart at selv en ordning med mindre konkurranse fremmer et overordnet mål om budsjettmessig effektivitet.

Det kan derfor stilles spørsmål ved om kriteriene i *Spezzino* er *begrenset* – om ikke til frivillige organisasjoner som sådan – så til leverandører som forfølger sosiale formål og hvor det ligger i dagen, på grunn av særlige karakteristika ved leverandøren, at de leverer tjenesten mer effektivt enn kommersielle leverandører kan. Dette gir en forståelse av avgjørelsene som i større grad er på linje med utgangspunktet om likebehandling av leverandører. Videre gir det en regel i tråd med utgangspunktet for proporsjonalitetsvurderingen, ved at adgangen til å legge vekt på budsjettmessig effektivitet som vilkår, begrenses til der hvor effektivitet gjøres gjeldende som begrunnelse for å oppstille restriksjonen.

Utgangspunktet for prøvingen av om restriksjoner er lovlige er en tredelt prøving av deres egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet. Konkret for direktetildeling av ambulansetjenester til frivillige har likevel EU-domstolen utpenslet et eget sett med kriterier for å vurdere lovligheten av den typen restriksjoner. Drøftelsen over har vist at de overordnede hensyn som begrunner en slik særskilt test er sammenfallende, samt at reservasjon som virkemiddel er mindre inngripende enn direktetildeling. Samtidig er det store forskjeller mellom faktum i avgjørelsene og en eventuell adgang i norsk rett til å reservere kontrakter for ideelle. Videre

²³⁴ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 32 og sak C-50/14 *Casta* avsnitt 26. Se nærmere om dette også hos Aschieri (2016) s. 12 som gir en enda mer utfyllende gjennomgang.

²³⁵ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 32 og C-50/14 *Casta* avsnitt 26.

²³⁶ En lignende tanke er inntatt i anskaffelsesforskriften § 5-2 første ledd bokstav b som unntar det nasjonale regelverket i del II i tilfeller hvor oppdragsgiver har fått et usedvanlig fordelaktig tilbud.

er det holdepunkter i avgjørelsen for at EU-domstolen hadde en mer begrenset type organisasjoner i tankene. En mer begrenset forståelse av kriteriene som ble utpenslet i *Spezzino*, harmonerer for øvrig bedre med de grunnleggende prinsippene som ligger til grunn for anvendelsen av reglene om de fire friheter på det offentlige kjøp av tjenester.

Konklusjonen er derfor at kriteriene EU-domstolen utpenslet i *Spezzino* og bekreftet i *Casta ikke* er styrende for når en reservasjon av kontrakter for ideelle aktører er lovlig. Spørsmålet om når oppdragsgivere kan reservere kontrakter for ideelle beror følgelig på en konkret vurdering av om reservasjon er egnet, nødvendig og forholdsmessig. Slik drøftelsen i punkt 2.5.3 viste kan det tenkes situasjoner hvor det vil være tilfelle, selv om handlingsrommet er snevert.

2.6 Sammenfatning

Gjennomgangen har vist at begrensningene som følger av EØS-avtalens hoveddel gjelder for en rekke helse- og sosialtjenester utenfor anskaffelsesdirektivet, og at flere av unntakene fra hoveddelen også gjelder for anskaffelser omfattet av direktivet. Et visst handlingsrom for fri reservasjon er det for tjenester som utgjør offentlig myndighetsutøvelse. Anskaffelser som faller inn under hoveddelen må overholde prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet. Det innebærer at reservasjon er et tiltak som må nærmere begrunnes, både fra lovgivers side, men også av den enkelte oppdragsgiver når reservasjonsadgangen benyttes. Kravet til forholdsmessighet setter da klare begrensninger for bruken av reservasjon som virkemiddel. Drøftelsen viser imidlertid at det antagelig er et handlingsrom for bruk av reservasjon, særlig for tjenester hvor rommet for ulik organisering og brukertilpasning er stort, og andelen ideelle i markedet er lav. Kriteriene EU-domstolen utpenslet i *Spezzino* er imidlertid ikke styrende for når enkeltbeslutninger er i tråd med EØS-retten.

Drøftelsene her gjelder (direkte) kun for anskaffelser som ikke omfattes av direktivet. Større anskaffelser av helse- og sosialtjenester må følge direktivets regler. Fremstillingen vil imidlertid senere undersøke

grunnlaget for å gjøre gjeldende handlingsrommet under de alminnelige reglene om fri bevegelighet også under direktivet. Drøftelsene her har derfor potensielt også betydning for anskaffelser som omfattes av direktivet. For å fastlegge dette nærmere er det nødvendig å se nærmere på direktivets egne regler, noe som er temaet i neste kapittel.

3 Anskaffelsesdirektivet

3.1 Innledning

Anskaffelser over direktivets terskelverdi som ikke er unntatt fra direktivet, må følge direktivets regler.²³⁷ Helse- og sosialtjenester må anskaffes i tråd med direktivets eget såkalte myke regime. Dette regimet følger av direktivets del tre, kapittel en.²³⁸ Utover de spesifikke reglene der, gjelder direktivets generelle regler i kapittel to, herunder direktivets grunnleggende prinsipper.²³⁹

Spørsmålet i dette kapitlet er hvilket handlingsrom direktivets regulering av helse- og sosialtjenester gir for å reservere konkurranser for ideelle leverandører. Det kan imidlertid raskt slås fast at direktivets bestemmelser *ikke eksplisitt* åpner for en generell adgang til reservasjon. Likevel er det interessant å se nærmere på direktivets regulering. Det er fordi forståelsen av direktivet har en fremtredende rolle i den videre drøftelsen av om direktivet åpner for en generell reservasjonsadgang. Det gjelder særlig forståelsen av de grunnlagene *direktivet gir* for å reservere kontrakter.

For å gi et dekkende bilde av direktivets regulering, vil det i punkt 3.2 tas utgangspunkt i hvordan helse- og sosialtjenester var regulert (eller ikke regulert) under det forrige direktivet. Deretter ser punkt 3.3 nærmere på lovgivningsprosessen som ledet frem til det nåværende direktivet, før punkt 3.4 behandler direktivets generelle regulering og adgang til unntak og reservasjon. Avslutningsvis gis det en sammenfatning og enkelte refleksjoner i punkt 3.5. På denne måten tar fremstillingen sikte på å gi innsikt i de konkrete måtene ideelle aktører *kan prioriteres på*, samtidig som drøftelsene tar opp sentrale momenter for spørsmålet om direktivets regler er uttømmende.

²³⁷ Direktiv 2014/24/EU art. 1 første ledd.

²³⁸ Ibid. art. 74.

²³⁹ Ibid. art. 18.

3.2 Tidligere rettstilstand

Før det nåværende anskaffelsesdirektivet ble vedtatt, var anskaffelse av helse- og sosialtjenester gjenstand for få spesifikke krav i det dagjeldende anskaffelsesdirektivet. Helse- og sosialtjenester falt da under kategorien uprioriterte tjenester.²⁴⁰ Forståelsen av omfanget av, og innholdet i, disse forpliktelsene har betydning for i hvilken utstrekning det kan trekkes slutninger fra det tidligere direktivet ved tolkningen av det nye. Den sentrale bestemmelsen for de uprioriterte tjenestene var art. 21, som bestemte at disse anskaffelsene «udelukkende [er] underlagt artikkel 23 og artikkel 35, stk. 4».²⁴¹

Artikkel 23 regulerer adgangen til å oppstille tekniske spesifikasjoner, mens art. 35 (4) gir regler om kunngjøring av resultater av gjennomførte anskaffelser. Utover disse bestemmelsene var tjenestene heller ikke gjenstand for direktivets generelle prinsipper.²⁴² Som følge av at tjenestene i stor grad *ikke* var gjenstand for krav i direktivet, ble tjenestene samlet omtalt som uprioriterte. Uprioriterte fordi tjenestenes grenseoverskridende interesse var så usikker, at EU-lovgiver ikke så grunn til å gi detaljerte regler.²⁴³ For anskaffelser med en grenseoverskridende interesse var det likevel slik at begrensningene som følger av de alminnelige reglene om fri bevegelse, fortsatt gjaldt.²⁴⁴

Krav om tekniske spesifikasjoner og kunngjøring har ingen betydning for spørsmålet om reservasjon, men de grunnleggende reglene om fri bevegelse stiller krav som begrenser adgangen til å reservere kontrakter. Før innføringen av nytt direktiv berodde handlingsrommet for å reservere anskaffelser over terskelverdi på de alminnelige reglene om fri

²⁴⁰ Direktiv 2004/18/EF art 21 (opphøvet).

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Arrowsmith (2014) s. 629–630. Det bygger på en tolkning av art. 21 lest i sammenheng med art. 2 som knesetter direktivets prinsipp om likebehandling og gjennomsiktighet. EU-domstolen har bygget på en slik forståelse av direktivets prinsippers anvendelse på uprioriterte tjenester i sak C-226/09 *Kommisjonen mot Irland*, C-336/12 *Manova* og C-95/10 *Strong Seguranca*.

²⁴³ Fortalen til direktiv 2004/18/EF betraktning 18 og 19 (opphøvet).

²⁴⁴ Se for eksempel C-95/10 *Strong Seguranca* avsnitt 35 og C-226/09 *Kommisjonen mot Irland* avsnitt 26.

bevegelighet. EØS-rettslig var handlingsrommet for å reservere kontrakter derfor sammenfallende for anskaffelser i og utenfor direktivet. Dét hadde betydning for lovligheten av en generell reservasjonsadgang, som da kunne begrunnes i unntaket for lovlige restriksjoner i de alminnelige reglene om fri bevegelighet. Som gjennomgangen i kapittel to viste, er det rom for at reservasjon kan rettfærdiggjøres som en restriksjon. Det reiser spørsmål ved om innføringen av det nye direktivet endret på adgangen til å begrunne et slikt tiltak i de alminnelige reglene om fri bevegelighet, noe som er tema i kapittel fire.

3.3 Kort om lovgivningsprosessen

Før direktivets adgang til å reservere kontrakter behandles, er det grunn til å se nærmere på hvordan regelverket ble til. I sin utredning av en generell reservasjonsadgang henter Fløistad argumenter fra ulike sider ved lovgivningsprosessen som ledet til direktivet.²⁴⁵ Det samme gjør departementet.²⁴⁶ Også andre fremstillinger trekker inn lovgivningsprosessen ved tolkningen av direktivet.²⁴⁷ Det er derfor hensiktsmessig å redegjøre kort for de sentrale endringene som skjedde, for så å se nærmere på enkelte forslag som *ikke ble vedtatt*. Formålet er å belyse bakgrunnen for de endringene det nye direktivet brakte med seg, og å peke på trekk ved lovgivningsprosessen som senere vil bli trukket inn i drøftelsene.

For helse- og sosialtjenester var *den* sentrale endringen ved det nye direktivet at tjenestene er gjenstand for et helhetlig sett av forpliktelser. Endringen hadde bakgrunn i skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester. Det skillet ble begrunnet i at de uprioriterte tjenestene ikke hadde tilstrekkelig sikker grenseoverskridende interesse.²⁴⁸ Arbeidet med revisjon av anskaffelsesdirektivet ble innledet med en evaluering, hvor blant annet denne forutsetningen ble vurdert. Evalueringen viste at uprioriterte tjenester også var interessante på tvers av landegrenser.

²⁴⁵ Fløistad (2017) s. 13.

²⁴⁶ Departementet (2018b) s. 7

²⁴⁷ For eksempel Goller (2015) s. 7.

²⁴⁸ Arrowsmith (2014) s. 416–417.

Skillet var derfor modent for en revisjon, og rapporten konkluderte med at direktivets anvendelsesområde burde utvides til også å omfatte de uprioriterte tjenestene.²⁴⁹

Samtidig ga Kommisjonen uttrykk for at direktivets regler måtte tilpasses helse- og sosialtjenestenes særlige karakter.²⁵⁰ Et eget, mykere regime ble derfor foreslått. Begrunnelsen for dette var at helse- og sosialtjenestene hadde «særlige egenskaber» som gjorde det «uhensigtsmæssig at anvende de normale fremgangsmåder ved tildelingen af offentlige tjenesteydelseskontrakter».²⁵¹ Hovedstrukturen i dette opprinnelige forslaget ble beholdt gjennom lovgivningsprosessen.

Enkelte endringer ble likevel gjort. Endringene gjelder særlig adgangen til å *fravike* direktivets grunnleggende prinsipper. Forslaget fra Kommisjonen inneholdt en videreføring av adgangen til å reservere kontrakter for vernede bedrifter. Utover det foreslo ikke Kommisjonen noen andre grunnlag for å fravike direktivets hovedregler som følge av at de uprioriterte tjenestene ble omfattet av direktivet. Antagelsen i Kommisjonen var at de generelle reglene ivaretok de behovene for tilpasning utvidelsen av direktivet til de uprioriterte tjenestene skapte. Denne antagelsen ble utfordret gjennom lovgivningsprosessen.

Under forhandlingene mellom Kommisjonen, Rådet og EU-parlamentet var det to unntak som kom inn i direktivets endelige tekst som *direkte* berører adgangen til å reservere tjenester for organisasjoner som ligner på ideelle aktører. Disse unntakene kaster lys over hva som skal til for å gjøre unntak fra direktivets hovedregler, og det er derfor interessant å forstå bakgrunnen for dem. De nærmere grensene for unntakene vil bli behandlet i punkt 3.4.2, hvor unntaket for nød- og beredskapstjenester behandles, og 3.4.4, hvor den begrensede reservasjonsmuligheten behandles. Det

²⁴⁹ Det har ikke lyktes meg å få tilgang til Evalueringsrapporten, men dens konklusjoner er omtalt både i Kommisjonens forslag til nytt direktiv, se KOM (2011) 896 s. 8 og fortalen til direktiv 2014/24/EU betraktning 113.

²⁵⁰ KOM (2011) 896 s. 10.

²⁵¹ Ibid.

som er interessant å bemerke her, er at begge unntakene ble snevret inn fra opprinnelig videre forslag underveis under lovgivningsprosessen.²⁵²

Samtidig var det forslag til unntak som ikke ble vedtatt. Siden denne avhandlingen drøfter lovligheten av et unntak som *ikke* følger eksplisitt av direktivet, er det også interessant å belyse foreslåtte unntak som ikke kom med, men som ligner på en generell reservasjonsadgang. Det er da to forslag som er av særlig interesse. Disse forslagene, som begge gjaldt adgangen til å reservere kontrakter for ikke-kommersielle aktører, kom inn under Parlamentets første lesning. I komitéen for regional utvikling ble det foreslått en helt generell adgang til å reservere kontrakter for ikke-kommersielle uten nærmere krav til den enkelte reservasjon,²⁵³ mens det i komitéen for arbeidsledighet og sosiale forhold ble foreslått en adgang til reservasjon i tråd med de alminnelige reglene om fri bevegelighet. Med andre ord en reservasjonsadgang identisk med den departementet har foreslått.²⁵⁴ Disse forslagenes betydning for spørsmålet om direktivet er uttømmende behandles nærmere i kapittel fire.

Endringene og forslagene viser at konsekvensene av å gjøre uprioriterte tjenester til gjenstand for ytterligere forpliktelser i direktivet var et tema i forhandlingene mellom Kommisjonen, Rådet og Parlamentet. To grunnlag for særbehandling ble tatt inn i direktivet, hvilket understreker betydningen å fortsatt åpne for en viss særbehandling ble tillagt. Samtidig kom to forslag som ville gitt et betydelig større handlingsrom ikke med, hvilket viser at det også var ønske om å *begrense unntaksadgangen* i forhandlingene. Det synes derfor som om EU-lovgiver balanserte hensynet til likebehandling mot ønsket om å tilrettelegge for enkelte aktører gjennom lovgivningsprosessen. Dette er interessant for spørsmålet om det er adgang til å supplere direktivets bestemmelser, noe som behandles nærmere i punkt 4.3.4.

Før det spørsmålet behandles, skal det ses nærmere på direktivets regulering. Målet med det neste punktet er å fastlegge direktivets ut-

²⁵² For unntaket for nød- og beredskapstjenester, se A7-0007/2013 s. 54, og for reservasjonsadgangen, se Hamer (2016) s. 514.

²⁵³ A7-0007/2013 s. 417–418.

²⁵⁴ Departementet (2018a) s. 1.

gangspunkt, samt se nærmere på hvilke grunnlag direktivet selv gir for å fravike dette utgangspunktet.

3.4 Reservasjonsadgang i direktivet

3.4.1 Generelle krav

Bestemmelsene i det myke regimet angir få eksplisitte krav til tildeling av kontrakter som faller inn under det myke regimet. Artikkel 76 angir prinsipper for tildeling, men gir ikke særlig detaljerte krav, foruten å trekke frem at oppdragsgiver må overholde prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet. I fravær av konkrete bestemmelser må lovligheten av å reservere kontrakter vurderes opp mot disse.²⁵⁵ Prinsippene er generelle og har således også forankring i direktivets art. 18. I art. 18 første ledd kommer likebehandlingsprinsippet til uttrykk som et krav om at oppdragsgiver skal behandle «økonomiske aktører ens og uten forskelsbehandling». Spørsmålet er derfor om reservasjon av kontrakter for ideelle aktører er behandling av «økonomiske aktører ens og uten forskelsbehandling».

Det er ikke tvil om at både ideelle og kommersielle leverandører av helse- og sosialtjenester er økonomiske operatører i direktivets forstand, jf. art. 2 første ledd nr. 10. Spørsmålet er hva som ligger i at operatørene skal behandles likt. Det nærmere innholdet i kravet til likebehandling er konkretisert i EU-domstolens praksis.²⁵⁶ Illustrerende er Domstolens uttalelse i *Fabricom mot Belgia*,²⁵⁷ hvor den formulerer kravet til likebehandling som et krav om at «ensartede forhold ikke må behandles forskjelligt, og

²⁵⁵ Steinicke (2018) s. 292.

²⁵⁶ Det kan her legges til grunn at likebehandling her er i tråd med det alminnelige EU-rettslige likebehandlingsprinsippet, jf. Arrowsmith (2014) s. 614, med videre henvisning til sak C-210/03 *Swedish Match* avsnitt 70 og Tridmas (2006) kap. 2. Avgjørelser fra andre områder enn anskaffelsesretten er derfor relevante ved fastlegging av det nærmere innholdet i prinsippet.

²⁵⁷ Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom mot Belgia*.

at forskjellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskjellig behandling er objektivt begrundet».²⁵⁸

Vurderingen av om en reservasjon er i strid med prinsippet om likebehandling beror følgelig på to vurderinger. Først må det undersøkes om aktørene som forskjellsbehandles kan karakteriseres som «ensartede forhold». Det er et krav til at situasjonen til selskapene som vurderes mot hverandre er *sammenlignbar*. Dersom selskapene er i en sammenlignbar situasjon, er spørsmålet om forskjellsbehandlingen er «objektivt begrunnet».

Det første spørsmålet er om ideelle og kommersielle leverandører av helse- og sosialtjenester er i en *sammenlignbar situasjon*. Ved vurderingen av om to aktører er i en sammenlignbar situasjon er det nødvendig å se til formålet bak likebehandlingskravet. Formålet bak et krav til likebehandling i anskaffelsesdirektivet er å sikre effektiv og rettferdig konkurranse mellom de ulike tilbyderne.²⁵⁹ Hvis noen aktører behandles annerledes når situasjonen er sammenlignbar, vil det kunne virke negativt på konkurransen mellom aktørene i markedet. Vurderingstemaet kan derfor formuleres som et spørsmål om aktørene er i en sammenlignbar konkurransesituasjon. Den vurderingen knytter seg til forutsetningene aktørene har for å levere den aktuelle tjenesten. Spørsmålet er om skillet ideell/kommersiell er relevant for konkurransesituasjonen selskapene er i.

Skillet mellom ideelle og kommersielle er et skille mellom hva bruken av overskuddet går til, i tillegg til å være et skille mellom hva som er det overordnede målet for driften. For de ideelle er det sosiale formål, mens det for kommersielle er profit. Skillet har imidlertid ingen direkte sammenheng med *forutsetningene* for å levere de aktuelle tjenestene. Selv om formålet med driften er ulikt, kan organisasjonene være like godt stilt til å levere tjenestene det offentlige etterspør. Det foreligger meg bekjent ingen dokumentasjon på at ideelle leverer kvalitativt bedre tjenester

²⁵⁸ Ibid. avsnitt 27.

²⁵⁹ Arrowsmith (2014) s. 615 med videre henvisning til sak C-243/89 *Kommisjonen mot Danmark (Storebælt)* avsnitt 33.

enn kommersielle.²⁶⁰ Det kan riktignok være slik at ideelle i konkrete tilfeller vil være bedre egnet. Spørsmålet er imidlertid generelt, og det synes ikke å være grunnlag for noen generell antagelse om at ideelle er annerledes enn kommersielle. Ideelle og kommersielle aktører er da i en sammenlignbar konkurransesituasjon.²⁶¹

Det neste spørsmålet er da om den ulike behandlingen er «objektivt begrunnet». Det foreligger ingen presis definisjon av det nærmere innholdet i kriteriet.²⁶² I teorien stilles det spørsmål ved om det egentlig er slik at vurderingen av objektive grunner glir over i et spørsmål om situasjonen egentlig er sammenlignbar.²⁶³ Unntaket skal være lite kurant og reservert for saker hvor det er særegenheter i konkrete markeder.²⁶⁴ En mulig begrunnelse Arrowsmith trekker frem, er at noe forskjellsbehandling må kunne begrunnes i forvaltningsmessig effektivitet.²⁶⁵ Det synes likevel å være et svært snevert unntak, og forskjellsbehandlingen her er svært generell. Unntaket for objektive grunner er derfor ikke et mulig unntak fra kravet om likebehandling av ideelle og kommersielle.

Reservasjon av kontrakter for ideelle aktører utgjør dermed forskjellsbehandling i strid med direktivets krav til likebehandling.²⁶⁶ Reservasjon er derfor i utgangspunkt i strid med direktivet. På tross av dette åpner direktivet for reservasjon og unntak basert på organisasjoners karakteristika. Med andre ord gir direktivet hjemmel til forskjellsbehandling

²⁶⁰ Trætteberg og Sivesind (2015) s. 39, som viser til vanskelighetene med å dokumentere en slik påstand vitenskapelig.

²⁶¹ EU-domstolen la allerede i sak C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana* avsnitt 11 til grunn at reservasjon av et bestemt antall kontrakter til en type økonomiske operatører er i strid med prinsippet om likebehandling, se også Hammersvik (2018) s. 631.

²⁶² Tridmas (2006) s. 83 flg.

²⁶³ For en generell behandling av forskjellsbehandling begrunnet i objektive grunner, se Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 112. Se også Bull (2001) s. 560 som legger til grunn at dersom det «finnes en objektiv begrunnelse for å behandle situasjonene forskjellig, er de ikke sammenlignbare».

²⁶⁴ Tridmas (2006) s. 83 flg. går gjennom en rekke eksempler på dette fra EU-domstolens praksis som gjelder det generelle likebehandlingsprinsippet, men ingen av eksemplene er relevante for spørsmålet om ulik behandling av ideelle og kommersielle aktører.

²⁶⁵ Arrowsmith (2014) s. 616

²⁶⁶ For tilsvarende konklusjon se Arrowsmith (2018) s. 774, SOU 2016:78 s. 549, Sejersted (2014) s. 13.

av økonomiske aktører. Det er disse hjemlene som er temaet videre i fremstillingen, hvor det skal ses nærmere på hvilket handlingsrom direktivet gir, og hva som er bakgrunnen for, de unntakene EU-lovgiver tok inn i direktivet.

3.4.2 Sivil- og beredskapstjenester

Artikkel 10 i direktivet unntar en rekke tjenester fra direktivets bestemmelser. Av interesse her er bokstav h som gjør unntak for visse nød- og beredskapstjenester som ytes av aktører som ikke har mål om profit. Blant dem faller blant annet ambulansetjenester inn under avhandlingens definisjon av helse- og sosialtjenester.²⁶⁷ Som nevnt kom bestemmelsen inn som følge av opphevelsen av skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester. Bestemmelsen er den eneste som unntaket hvor kravet til organisasjonen er begrenset til et forbud mot profit. Unntaket er derfor svært interessant i lys av likheten til norske ideelle aktører.

Bokstav h angir to kumulative vilkår for å unnta anskaffelser fra direktivets regler. Det må være en tjeneste som faller inn under bestemmelsens opplistede anvendelsesområde, og den må ytes av en «nonprofitorganisation». Når det gjelder begrensningen av tjenester som omfattes, er kravet at det er en tjeneste som faller inn under en av CPV-kodene som er eksplisitt nevnt i bestemmelsen.²⁶⁸ Tjenestene som omfattes er klassiske nød- og beredskapstjenester som brannvern, ambulanse og sivilforsvar.

For å omfattes av unntaket må kontrakten tildeles «nonprofitorganisationer eller -sammenslutninger». Direktivet gir ingen nærmere definisjon av hvilke organisasjoner dette er. Fra ordlyden er det klart at organisasjonsform ikke er avgjørende, idet både organisasjoner og sammenslutninger, som begge er svært vide begrep, omfattes. Når det gjelder kravet om «nonprofit» gir direktivet få holdepunkter, utover at det fra ordlyden synes avgjørende at organisasjonen ikke har *mål* om profit, og i den grad profit forekommer, bruker det på å fremme organ-

²⁶⁷ Ambulansetjenester omfattes av CPV-kode 85143000, som faller inn under de CPV-kodene innledningsvis definerte helse- og sosialtjenester.

²⁶⁸ Direktiv 2014/24/EU artikkel 10 bokstav h.

isasjonens egne formål. En mulig distinksjon i ordlyden ligger mot «not for profit». Begrepene kan synes sammenfallende, men det siste åpner språklig sett for at organisasjonen *kan ha* sekundære målsetninger om å oppnå profitt, så lenge den profitten forblir internt i organisasjon og brukes på å tilgodese egne formål. En organisasjon som er «nonprofit» kan derimot ikke ha *mål om* profitt i det hele tatt, men kun oppnå profitt som en konsekvens av at aktivitet blir rimeligere enn forventet, altså uten at det har vært en ønsket målsetning.²⁶⁹

Det foreligger ikke avgjørende praksis fra EU-domstolen angående forståelsen av kriteriet. Men i en verserende sak for EU-domstolen avga Generaladvokat Sanchez-Bordona nylig et forslag hvor han går inn på spørsmålet.²⁷⁰ Den tyske regjeringen gjorde gjeldende at en nærmere definisjon av organisasjonstypen måtte være opp til nasjonal rett. Med andre ord skulle medlemsstatene selv kunne fastsette kriteriene for å være «nonprofit». Generaladvokaten så det ikke slik, men la til grunn at begrepet var tilstrekkelig presist til å gis et enhetlig innhold på EU-nivå. Generaladvokaten la deretter til grunn at en organisasjonstypen kjennetegnes ved at «den arbejder uden gevinst for øje, og, såfremt den lejlighedsvis opnår profit – dvs. uden at have forfulgt dette formål – anvender profitten til at udføre sit sociale arbejde».²⁷¹

Uttalelsene fra Generaladvokaten gir uttrykk for et nokså restriktivt syn på hvilke organisasjoner som omfattes, noe som er i tråd med Domstolens utgangspunkt om at unntak skal fortolkes restriktivt. Det er ikke tilstrekkelig at en organisasjon ikke tar ut profitt, idet det også stilles krav om at organisasjonen i sin drift ikke har mål om å oppnå overskudd.

Forslaget fra Sanchez-Bordona kan også være interessant utover art 10 h, fordi forslaget innebærer en mulig start på utviklingen av en EU-rettslig forståelse av kriteriene for å være «nonprofitorganisation». Siden

²⁶⁹ Fra høringsinnspill til departementets forslag om innføringen av en generell adgang er inntrykket at dette er en distinksjon som det opereres med i markedet, se for eksempel Rehabiliteringssenteret AiR (2018) s. 1.

²⁷⁰ Generaladvokat Sanchez-Bordonas forslag til avgjørelse i C-465/17 *Falck Rettungsdienste*. Som nevnt er det per 15. januar 2019 ikke avsagt endelig dom i saken.

²⁷¹ Generaladvokat Sanchez-Bordonas forslag til avgjørelse i C-465/17 *Falck Rettungsdienste*, avsnitt 77.

kriteriene er svært like kriteriene som de som gjelder for å anses som ideell aktør i norsk rett, vil de kunne ha betydning også for norsk rett.²⁷² Det er derfor særlig interessant at Generaladvokaten legger vekt på at organisasjonene selv ikke forfølger et mål om profitt. I det kan det ligge en forskjell til den norske definisjonen, som ikke synes å være til hinder for at organisasjonene forfølger mål om profitt, så lenge de bruker den på organisasjonens sosiale formål.²⁷³

Dersom vilkårene i bokstav h er oppfylt, er tildelingen av disse tjenestene unntatt fra direktivets bestemmelser. Som følge av unntaket i direktivet, vil heller ikke de alminnelige reglene om fri bevegelighet være anvendelige. Oppdragsgiver vil dermed stå fritt til å reservere kontrakter av denne typen for organisasjoner er «nonprofitorganisationer».²⁷⁴

Bakgrunnen for unntaket omtales nærmere i direktivets fortale. Unntaket ble innført fordi organisasjonene «sin særlige karakter ville være vanskelig at bevare, hvis tjenesteyderne skulle udvælges efter procedurerne i dette direktiv».²⁷⁵ Den særlige karakteren til de ideelle henger nært sammen med tjenestene de yter. I en rekke europeiske land er det lang tradisjon for at ambulansetjenester, brannvesen og andre beredskapstjenester leveres av frivillige aktører, men finansieres gjennom tilskudd fra det offentlige.²⁷⁶ Etter hvert som tjenestene de frivillige aktørene leverte ble ansett som økonomisk aktivitet,²⁷⁷ har EU-domstolen

²⁷² Sammenhengen illustreres godt i forslaget til forskrift, hvor definisjonen av ideell aktør til dels trekkes på praksis fra EU-domstolen, jf. Departementet (2018a) s. 9. Talende for dette er at også norske myndigheter innga skriftlig innlegg i saken. Fokuset i det norske innlegget var – slik Generaladvokat Sanchez-Bordona gjenga det – rettet mot en alminnelig forståelse av hvilke krav som gjelder for å være nonprofit, hvor norske myndigheter pekte på behovet for en skjønnsmargin for medlemsstatene, jf. Generaladvokat Sanchez-Bordonas forslag til avgjørelse i C-465/17 *Falck Rettungsdienste* avsnitt 25.

²⁷³ Sml. Departementet (2018a) s. 8.

²⁷⁴ Sak C-260/17 *Anodiki* avsnitt 40 som riktignok direkte gjaldt art. 10 bokstav g om ansettelser, men det er ikke tvilsomt at uttalelsene om unntakets betydning for anvendelsen av de alminnelige reglene om fri bevegelighet også har betydning for art. 10 h.

²⁷⁵ Betraktning 28 til fortalen til Direktiv 2014/24/EU.

²⁷⁶ Tradisjonen for dette er særlig fremtredende i Tyskland, Østerrike og Italia. Som et eksempel er omlag 94 % av det tyske brannvesenet basert på frivillighet, se *Deutscher Feuerwehrverband* (2015).

²⁷⁷ Det ble slått fast i sak C-475/99 *Ambulanz Glöckner* avsnitt 20.

behandlet flere saker som behandler spenningen mellom finansiering av frivillig basert aktivitet og markedsreglene.²⁷⁸ Unntaket er et konkret utslag av at EU-lovgiver foretar denne avveiningen, og på den måten sikrer at tradisjonen med frivillige aktører kan finansieres på en bærekraftig måte.

Selv om unntaket gjelder uten nærmere vilkår for «nonprofitorganisasjoner», er rekkevidden av unntaket svært begrenset, idet det kun gjelder for nødtjenester. Direktivet gir imidlertid hjemmel til reservasjon som gjelder for en videre krets av tjenester. For disse tjenestene vil imidlertid fremstillingen vise at kravene til organisasjonene det reserveres for, er strengere.

3.4.3 Vernede bedrifter

Videreføringen av en generell reservasjonsadgang for vernede bedrifter er det grunnlaget som gjelder flest tjenester, idet bestemmelsen gjelder generelt for alle tjenester som omfattes av direktivet.²⁷⁹ Bestemmelsen åpner for å reservere kontrakter for aktører hvis viktigste mål er «social og faglig integration af handicappede eller dårligt stillede».²⁸⁰ Selv om det ikke er noe krav i bestemmelsen om at det *eneste* formålet skal være sosial og faglig integrasjon, er det nok slik at de aller fleste bedrifter hvor det viktigste målet er integrering av personer med nedsatt funksjonsevne er ideelle.

Det avgjørende for å kunne reservere er at bedriften er vernet. I det ligger et krav om at en viss andel av arbeidsstokken er personer med nedsatt funksjonsevne. I art. 20 første ledd er dette spesifisert til et krav om at minst 30 % av arbeidstagerne er «handicappede eller dårligt stillede arbeidstager». Hvor grensen går for hvilke arbeidere som kan kvalifiseres som «dårligt stillede» er ikke endelig fastlagt. Hensynet bak

²⁷⁸ Eksempler fra avhandlingen er særlig sak C-113/13 *Spezzino* og C-50/14 *Casta*.

²⁷⁹ Direktiv 2014/18/EF (opphevet) art. 19.

²⁸⁰ Direktiv 2014/24/EU art. 20 (1).

bestemmelsen er utpreget solidarisk. Målet er å muliggjøre inkluderingen av marginaliserte grupper på arbeidsmarkedet.²⁸¹

3.4.4 Begrenset reservasjonsadgang

Videre følger det i art. 77 en egen reservasjonsadgang for en rekke tjenester som faller inn under det myke regimet, herunder en rekke helse- og sosialtjenester. Bestemmelsens virkeområde hva angår tjenester, defineres av en henvisning til en rekke CPV-koder.²⁸² En detaljert gjennomgang ligger utenfor rammene her. Det sentrale er at reservasjonsadgangen er spesifikk for det en bestemt gruppe tjenester som tidligere var uprioriterte tjenester, hvilket omfatter de fleste helse- og sosialtjenestene. Begrensningen i bestemmelsens virkeområde følger først og fremst i kravene til organisasjonene det kan reserveres for og lengden på kontraktene som reserveres.

Bestemmelsen stiller flere krav til hvilke organisasjoner reservasjonen kan gjelde for. Dette er vilkår som må være oppfylt for at oppdragsgiver lovlig kan la organisasjonene delta i den begrensede konkurransen. Enkelte av kravene er nokså opplagt oppfylt for ideelle. Bokstav a og b går direkte på det som er særegent for ideelle, ved at det kreves at formålet skal være ivaretagelse av «offentlige tjensteydelsesoppgaver» og at eventuell profitt skal «geninvesteres for at oppfylde organisationens målsætninger».

Noe mer usikkerhet er det rundt vilkåret i bokstav c. Der stilles det krav om at ledelses- eller eierskapsstrukturer er «basert på prinsipper om medarbejderejerskap eller deltagelse». Ordlyden «basert på» indikerer at det ikke stilles altfor strenge krav. De fleste ideelle er stiftelser eller andre selveiende organisasjonsformer. Deltagelse på eiersiden synes derfor lite aktuelt. For å oppfylle kravet må det derfor være tale om deltagelse i ledelsen. Et krav som da kan være aktuelt, er en tilsvarende forpliktelse som større aksjeselskaper har i norsk rett, hvor det er krav til at minst

²⁸¹ Fortalen til direktiv 2014/24/EU betraktning 36.

²⁸² Direktiv 2014/24/EU Artikkel 77 (1).

ett medlem av bedriftens styre er valgt av de ansatte.²⁸³ I forskriften er det ikke tatt stilling til omfanget av medvirkning, utover en oversettelse av forpliktelsen i direktivet. Det er således usikkert hvor mange ideelle organisasjoner som vil oppfylle kravet i bokstav c.²⁸⁴

Den sentrale begrensningen av virkeområdet til reservasjonsadgangen følger av bokstav d, som bestemmer at det ikke kan reserveres for organisasjoner som har fått tildelt kontrakt for samme tjeneste fra samme oppdragsgiver de siste tre årene. Sett i sammenheng med annet ledd, som bestemmer at lengste varighet på kontrakten er tre år, innebærer det at organisasjonen som fikk en kontrakt, er avskåret fra å delta i en begrenset konkurranse om den samme tjenesten. Dette gjør bestemmelsens samlede virkeområde snevert, og ordningen er karakterisert som lite kurant av for norske forhold av Ideelt Nettverk; en organisasjon for norske ideelle aktører.²⁸⁵

Som nevnt over kom bestemmelsen inn etter betydelig press fra Storbritannia. I teorien pekes det videre på at det faktum at ordningen skal evalueres av Kommisjonen, er et tegn på at Kommisjonen ikke ønsket å ha unntaket med.²⁸⁶ Bakgrunnen for presset fra Storbritannia gir en god forklaring på hvorfor vilkårene er utformet slik de er. Britene har en lang tradisjon for å bruke offentlige innkjøp av varer og tjenester for å tilrettelegge for innovasjon. For å legge til rette for innovasjon i tjenester som leveres av det offentlige, har kategorien «public sector mutuals» dukket opp.²⁸⁷ Det er en betegnelse på organisasjoner som har startet opp i offentlig sektor, forlatt denne og som fortsetter å levere tjenester til det offentlige.²⁸⁸ For å gi disse innovatørene som starter opp privat en god start, gis de lovnader om kontrakter med det offentlige for en begrenset tidsperiode etter oppstart. Bruken av reservasjon er derfor ment som et

²⁸³ Lov om allmennaksjeselskaper § 6-4.

²⁸⁴ Se i samme retning Forenklingsutvalget, som antar at enkelte ideelle i en norsk sammenheng kan tenkes å oppfylle kravet, jf. NOU 2014:4 s. 261.

²⁸⁵ Ideelt Nettverk (2015) s. 5.

²⁸⁶ Hamer (2016) s. 514.

²⁸⁷ For en introduksjon til begrepet, se Government (2018).

²⁸⁸ Ibid.

midlertidig tiltak, hvilket er begrunnelsen for at kontrakten maks kan vare tre år.

Oppsummeringsvis kan artikkel 77 karakteriseres som den bestemmelsen som ligger nærmest departementets forslag i direktivet. Bestemmelsen bærer imidlertid med seg vilkår som snevrer inn omfanget av unntaksadgangen, særlig med hensyn til hvilke organisasjoner den omfatter.

3.5 Sammenfatning

Gjennomgangen har vist at anskaffelsesdirektivet *ikke* har en bestemmelse som tilsvarer en generell reservasjonsadgang. Siden helse- og sosialtjenester omfattes av direktivet, er utgangspunktet for en vurdering av handlingsrommet direktivets regler. Det generelle kravet til likebehandling av økonomiske operatører er i utgangspunktet til hinder for å reservere kontrakter for bestemte grupper økonomiske operatører. Spørsmålet er derfor hvilke unntak direktivet gir fra kravet til likebehandling. En gjennomgang av disse viser at handlingsrommet for å gjøre unntak i form av å reservere kontrakter for ideelle aktører er snevert. Bakgrunnen og forhistorien til unntakene bekrefter at unntakene ble innført etter ønske om å bruke anskaffelsesprosesser for å nå konkrete politiske målsetninger, og at de unntakene som ble foreslått, enten ble betydelig snevret inn eller ikke kom med i det hele tatt.

Med bakgrunn i disse reglene *kan* det spørres om direktivets struktur alene tilsier at anskaffelsesdirektivet uttømmende regulerer adgangen til å reservere kontrakter for bestemte grupper økonomiske aktører. En slik drøftelse vil imidlertid lett miste av synet hva som er konsekvensen av at direktivet *ikke* er uttømmende. Hva skal direktivet da eventuelt suppleres med? For å underlegge spørsmålet om direktivet er uttømmende en grundig behandling, er det derfor nødvendig å drøfte spørsmålet i tilknytning til de konkrete grunnlagene for unntak som kan tenkes å supplere direktivets unntak. Dette leder framstillingen over i de to neste kapitlene, som drøfter to ulike grunnlag for å fravike direktivets regler.

Forslaget til departementet baserer seg på at det foreligger en reser-
vasjonsadgang i tråd med vilkårene EU-domstolen oppstilte i *Spezzino*.
I *den* saken var direktetildeling til frivillige et lovlig brudd på forbudet
mot restriksjoner i de alminnelige reglene om fri bevegelse, en *lovlig*
restriksjon om du vil. Spørsmålet i neste kapittel er derfor om unntaket
for lovlige restriksjoner kan supplere direktivets egne unntaksregler.

4 Unntak for lovlige restriksjoner

4.1 Innledning

4.1.1 Problemstillingen

Fremstillingen har til nå sett nærmere på to ulike sett med regler som regulerer anskaffelsen av helse- og sosialtjenester. Drøftelsene har vist at det er et handlingsrom for innføringen av en generell reservasjonsadgang i henhold til de alminnelige reglene om fri bevegelighet, mens anskaffelsesdirektivet ikke eksplisitt åpner for en generell adgang til å reservere kontrakter. Som nevnt er det en nær sammenheng mellom direktivet og de alminnelige reglene som følge av at direktivet operasjonaliserer og harmoniserer de alminnelige reglene. Det gir grunnlag for spørsmålet om unntaket for lovlige restriksjoner etter de alminnelige reglene kan begrunne et unntak fra direktivets krav til likebehandling av økonomiske operatører.

Spørsmålet i dette kapittelet gjelder forholdet mellom de alminnelige reglene om fri bevegelighet, og harmoniserende lovgivning som operasjonaliserer gjennomføringen av dem. Forholdet mellom regler med grunnlag i de to regelsettene vil variere. EUs grunnleggende traktater består av en rekke ulike typer bestemmelser, og bare enkelte av dem har betydning for fastleggelsen av innholdet i sekundærlovgivning. Blant bestemmelser som har betydning for tolkningen, kan det skilles mellom bestemmelser som er rettslige skranke for EU-lovgiver og ikke. Som et utgangspunkt dreier spørsmålet her seg ikke om primærretten som skranke. Et illustrerende eksempel på dette er *Kommisjonen mot Tyskland*.²⁸⁹ Saken gjaldt mulig motstrid mellom anskaffelsesdirektivets krav til prosedyrer og retten til kollektive forhandlinger i Charterets art. 28. Premissene viser tydelig at EU-domstolen ser retten til kollektive forhandlinger som en skranke for tolkningen av direktivet.²⁹⁰ Problem-

²⁸⁹ Sak C-271/08 *Kommisjonen mot Tyskland*.

²⁹⁰ *Ibid.* avsnitt 37 flg.

stilling her dreier seg imidlertid ikke om grunnleggende rettigheter, men en kompetanse til å innføre restriktive tiltak.

Det er også nødvendig å skille problemstillingen i dette avsnittet fra spørsmålet om total- og minimumsharmonisering. Spørsmålet om medlemsstatene kan overoppfylle direktivets krav i den utstrekning det er i tråd med primærretten, er et hyppig forekommende tema som gjelder forholdet mellom de to regelsettene. I punkt 3.4.1 ble det imidlertid konstatert at reservasjon er brudd på anskaffelsesdirektivets likebehandlingsprinsipp, og dermed i utgangspunktet i strid med direktivet. Problemstillingen i dette kapittelet dreier seg derfor ikke om adgangen til å overoppfylle direktivet, men hvorvidt det er anledning til å bevege seg «under» minstekrav direktivet oppstiller. En eventuell behandling av adgangen til å overoppfylle ville uansett blitt kort. Det er ikke tvilsomt at medlemsstatene i stor grad står fritt til å innføre nasjonale anskaffelsesregler som går utover direktivets krav.²⁹¹

4.1.2 Norsk og europeisk holdning

Spørsmålet om adgangen til å reservere kontrakter for ideelle aktører har, som tidligere nevnt, blitt behandlet i en rekke utredninger i norsk sammenheng. Felles for fremstillingene er at de beveger seg inn på problemstillingen som er tema for kapittelet her. Advokat Morten Goller var inne på problemstillingen i sin utredning,²⁹² mens advokat Karin Fløistad tematiserer deler av spørsmålet i sin.²⁹³ Departementet har senere kastet ytterligere lys over sin holdning til spørsmålet i et brev til ESA.²⁹⁴ Felles for disse er at de, i det minste implisitt, svarer bekreftende på spørsmålet om direktivet kan suppleres med et unntak for lovlige restriksjoner, men tilnærmingen til problemstillingen og begrunnelsen for konklusjonene

²⁹¹ Arrowsmith og Kunzlick (2009) s. 90 i relasjon til det tidligere direktivet (direktiv 2004/18/EF) og Arrowsmith (2014) s. 174 i relasjon til det någjeldende (direktiv 2014/24/EU).

²⁹² Goller (2015).

²⁹³ Fløistad (2017), et syn hun har utdypet i en senere artikkel, se Fløistad (2018).

²⁹⁴ Departementet (2018b).

varierer. I motsatt retning konkluderer både Hammersvik og Sejersted med at direktivet uttømmende angir direktivets unntak.²⁹⁵

Diskusjonen er imidlertid ikke begrenset til norske forhold. Også i den europeiske litteraturen er det ulike holdninger til spørsmålet. Av fremtredende teoretikere kan særlig professor Sue Arrowsmith fremheves, som i sin fremstilling av anskaffelsesretten antar at direktivet kan suppleres med et unntak for lovlige restriksjoner.²⁹⁶ Også andre teoretikere antar det samme.²⁹⁷

4.1.3 Opplegget videre

Problemstillingen som undersøkes i dette kapitlet kan lett få dimensjoner langt utover denne avhandlingen.²⁹⁸ Målet her er følgelig ikke en uttømmende drøftelse av forholdet mellom lovlige restriksjoner og harmoniseringslovgivning, men en tilstrekkelig behandling for å besvare spørsmålet avhandlingen tar opp: Kan anskaffelsesdirektivet suppleres med et unntak begrunnet i tvingende allmenne hensyn for en generell adgang til å reservere kontrakter for ideelle?

Som nevnt er det en rekke ulike syn på spørsmålet, og selv om spørsmålet er binært så bygger konklusjonene til de ulike synene på svært ulike *begrunnelser*. Fremstillingen vil derfor dels søke å gi et svar på det rettsdogmatiske spørsmålet, men også forsøke å systematisere de ulike begrunnelsene for å drøfte hvordan det kan begrunnes at det foreligger et unntak for lovlige restriksjoner også for anskaffelser omfattet av direktivet. I den systematiseringen ligger et forsøk på å identifisere ulike grunnlag for å etablere en sammenheng mellom direktivets regler og unntaket for lovlige restriksjoner i de alminnelige reglene om fri bevegelse. Uavhengig av hvordan man tilnærmer seg problemstillingen, er det imidlertid enkelte fellesspørsmål samtlig av tilnærmingene må

²⁹⁵ Hammersvik (2018) s. 632, Sejersted (2014) s. 13.

²⁹⁶ Arrowsmith (2014) s. 286 og 478.

²⁹⁷ Drijber og Stergiou (2009), McCrudden (2009).

²⁹⁸ Spørsmålet om hvordan primærretten forholder seg til sekundærrett har i sin alminnelighet vært gjenstand for mye diskusjon, men konkret for denne problemstillingen har det ikke lyktes meg å finne en omfattende fremstilling av spørsmålet.

forholde seg til. Disse fellesspørsmålene er temaet i punkt 4.2, før det går nærmere inn på de ulike tilnærmingene i punkt 4.3. Avslutningsvis gis en kort sammenfatning og enkelte refleksjoner i punkt 4.4.

4.2 Fellesspørsmål

Formålet med dette punktet er å skissere grunnleggende trekk ved forholdet mellom lovlige restriksjoner som unntak fra de alminnelige reglene om fri bevegelighet og sekundærlovgivning vedtatt for å harmonisere reglene om de fire friheter.

Unntakene for lovlige restriksjoner retter seg mot forbudene mot restriksjoner på de fire friheter. Et eksempel er EØS-avtalen art. 33 som angir adgangen til å gjøre unntak fra retten til fri etablering. Den retter seg mot reglene «i dette kapittel», som altså er kapittel 2 om etablering. Ordlyden i unntakene kan slik sett tale for at de er begrenset til å regulere unntak fra restriksjonsforbudene, og at de derfor er andre EU-rettslige begrensninger, f.eks. gjennom sekundærlovgivning, uvedkommende. Det samme gjelder læren om tvingende allmenne hensyn. I *Cassis de Dijon* slo EU-domstolen fast at også andre hensyn utover de traktatbestemte hensynene kan begrunne restriksjoner på frihetene. Dette gjelder imidlertid kun for tiltak som ikke er direkte diskriminerende, og så lenge det ikke finnes sekundærlovgivning på området.²⁹⁹ Lovlige restriksjoner som unntak synes følgelig å rette seg utelukkende mot forbudet mot restriksjoner, ikke regler i sekundærlovgivning.

Samtidig er det en nær sammenheng mellom unntaket for lovlige restriksjoner og sekundærlovgivningen, dette som en følge av at sistnevnte skal harmonisere og operasjonalisere anvendelsen av førstnevnte. Under drøftelsen av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i punkt 2.2.4, ble det påpekt at denne sammenhengen er sentral i begrunnelsen for at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse antas også å gjelde for anskaffelser omfattet av direktivet, selv om direktivet ikke har en egen bestemmelse om dette.

²⁹⁹ Sak C-120/78 *Cassis de Dijon* avsnitt 8.

I EU-retten står de alminnelige reglene om fri bevegelighet, som har grunnlag i primærretten, over harmoniseringslovgivning. I henhold til TEU art. 13 annet ledd er EUs organer bundet av primærretten. Det innebærer at sekundærlovgivningen ikke bare må holde seg innenfor sitt kompetansegrunnlag, men også traktatenes øvrige regler. I relasjon til restriksjonsforbudet og unntaket fra dette, uttaler Bull det slik:

Det er ikke bare medlemsstatene som er forhindret fra å oppstille hindringer på samhandelen som ikke er nødvendige og rimelige tiltak for å ivareta godtagbare almene hensyn. Heller ikke EFs organer kan det. Går organene utenfor det, kan vedtakene bli kjent ugyldige av EF-domstolen.³⁰⁰

Hvorvidt man kan operere med det samme rangforholdet i EØS-retten, er i lys av EØS-avtalens artikkel 119 tvilsomt.³⁰¹ Som tidligere nevnt, er det derfor gode grunner til å unngå begrepsparet primær- og sekundærrett i en EØS-rettslig sammenheng, nettopp fordi det indikerer et normhierarki. Homogenitetsprinsippet innebærer samtidig at den EØS-rettslige løsningen sammenfaller med EU-retten, slik at rangforholdet i EU-retten har betydning også for tolkningen av anskaffelsesdirektivet i EØS.

Rangforholdet mellom primær- og sekundærrett har blant annet den konsekvens at EU-domstolen ser seg kompetent til å prøve hvorvidt vedtatt sekundærlovgivning innfører restriksjoner på de fire frihetene som går *utover* hva som er egnet og nødvendig for å nå et legitimt formål.³⁰² Nå skal det riktignok sies at EU-domstolen i denne prøvingen ikke prøver de konkrete vurderingene like intenst som den vil gjøre for nasjonale tiltak.³⁰³ Utgangspunktet er imidlertid det samme for EUs organer som for medlemsstatene.

Et illustrerende eksempel er *Denkavit*, hvor EU-domstolen uttalte at forbudet mot restriksjoner på varefriheten ikke kun gjaldt nasjonale tiltak, men også «for foranstaltninger, der udgaar fra fællesskabsinstitu-

³⁰⁰ Bull (2001) s. 82.

³⁰¹ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 90, Bull (2001) s. 83 og Arnesen (2018) s. 916.

³⁰² Bull (2001) s. 82.

³⁰³ *Ibid.* med videre henvisninger til Maduro (1998) s. 77.

tionerne». ³⁰⁴ Den nedre grensen EU-domstolen setter for det materielle innholdet i sekundærlovgivning, er imidlertid en annen problemstilling enn spørsmålet her. Snarere enn å drøfte hvorvidt anskaffelsesdirektivet innfører prosedyrer eller regler som utgjør restriksjoner som *ikke kan rettfærdiggjøres*, er spørsmålet hvilken betydning det har at EU-lovgiver *ikke tok inn* i direktivet restriksjoner som *kunne rettfærdiggjøres* etter de alminnelige reglene om fri bevegelighet.

Når det foreligger sekundærlovgivning, er utgangspunktet at det er bestemmelsene i sekundærlovgivningen som er direkte anvendelige, og at de alminnelige reglene står i bakgrunnen. ³⁰⁵ Som et *utgangspunkt* er dette nokså selvfølgelig dersom det skal ha noen betydning å innføre sekundærlovgivning. En videre konsekvens av dette utgangspunktet er at direktivet ikke kun gjennomfører selve *forbudet* mot restriksjoner, men at direktivet også er styrende for når det er anledning til å fravike direktivets regler. Slot uttaler dette i relasjon til fri bevegelse for varer slik:

Once harmonisation takes place, Member States can no longer rely on Article 36. (...) From then on the question of compatibility of national measures with community law will be answered with regard to the system and the provisions of the relevant instrument of harmonisation, i.e. usually the directive. ³⁰⁶

En annen måte å se dette på er at EU-lovgiver *overtar* kompetansen til å subsumere under unntakene fra medlemsstatene ved innføringen av sekundærlovgivning. Fordi EU-lovgiver også må angi unntak, medfører denne overtagelsen økt forutberegnelighet for hvilke unntak som *er* lovlige, idet unntak med grunnlag i sekundærretten ikke er gjenstand for en konkret forholdsmessighetsvurdering. Samtidig innebærer det begrenset fleksibilitet for hvilke tiltak det enkelte medlemsland kan innføre, fordi unntakene i direktivet angir konsumerer en generell unntaksregel.

³⁰⁴ Sak C-15/83 *Denkavit* avsnitt 15.

³⁰⁵ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 90 og Sejersted, m.fl. (2011) s. 299.

³⁰⁶ Slot (1996) s. 382.

Et illustrerende eksempel på dette er EU-domstolens avgjørelse i *Rina Services*.³⁰⁷ Saken gjaldt Rina Services som drev en godkjenningssomhet i Italia, og var avhengig av tillatelse til det. I henhold til italiensk lov måtte selskapet være registrert i Italia for å få tillatelse. Spørsmålet i saken var om det var et lovlig krav. Tjenestedirektivet art. 14 angir visse vilkår det er *forbudt* å stille for tjenestevirksomhet som faller inn under direktivets anvendelsesområde.³⁰⁸ Et av disse forbudte kravene er krav om at tjenesteyteren er etablert i landet der tjenesten ytes. Spørsmålet for EU-domstolen var om det likevel kunne settes vilkår om hjemsted dersom det kunne rettferdiggjøres som en lovlig restriksjon. EU-domstolen uttalte da at art. 14 ville være uten «enhver effektiv virkning» dersom den ikke ble regnet som en uttømmende harmonisering.³⁰⁹ I begrunnelsen gir EU-domstolen sin tilslutning til utgangspunktene vi har skissert over, idet den finner:

Selv om artikkel 52, stk. 1, TEUF således gør det muligt for medlemsstaterne at begrunde nationale foranstaltninger, der udgør en restriktion for etableringsfriheden, med et af de hensyn, der er anført i bestemmelsen, **betyder dette imidlertid ikke**, at EU-lovgiver ved vedtagelsen af en afledt retsakt såsom direktiv 2006/123, som konkret udmønter en grundlæggende frihed, der er sikret ved EUF-traktaten, **ikke kan begrænse visse undtagelser**.³¹⁰ (mine uthevninger)

Det interessante med uttalelsen i *Rina Services* er at den behandler det forhold at noe eksplisitt er forbudt i henhold til sekundærlovgivning, men muligens akseptabelt etter primærretten. Mens mange av avgjørelsene som behandler dette spørsmålet strengt talt gjelder adgangen til å gå utover direktivets krav,³¹¹ er dette mer renskåret likt problemstillingen

³⁰⁷ Sak C-593/13 *Rina Services*.

³⁰⁸ Direktiv 123/06/EF (tjenestedirektivet).

³⁰⁹ Sak C-593/13 *Rina Services* avsnitt 37.

³¹⁰ Ibid. avsnitt 40.

³¹¹ Et eksempel på en slik avgjørelse er sak C-5/77 *Tedeschi* som er tatt til inntekt for spørsmålet om å fravike sekundærlovgivning, men som strengt talt gjaldt spørsmålet om total- eller minimumsharmoniserende sekundærlovgivning.

som reises i dette kapittelet, hvor spørsmålet er adgangen til å gå «under» krav i sekundærlovgivning.

Som et utgangspunkt legges det derfor til grunn at et tiltaks lovlig-
het i relasjon til primærrettens unntak for lovlige restriksjoner *ikke*
er styrende for dets lovlig-
het i relasjon til sekundærlovgivning. I praksis
knyttet til anskaffelsesdirektivet kan dette sies å komme til uttrykk i
EU-domstolens forutsetning om at unntakene fra direktivets regler er
uttømmende. EU-domstolens uttalelser i *Jean Auroux* er illustrerende,
hvor den uttaler at «de eneste lovlige undtagelser fra anvendelsesområdet
for direktivet er dem, der uttrykkelig er opregnet heri».³¹² Dette er også
holdningen til Hammersvik og Sejersted, som begge legger til grunn at
anskaffelsesdirektivet er til hinder for øvrige unntak.³¹³

4.3 Ulike tilnærminger

4.3.1 Innledning

I lys av utgangspunktene over skal det nå ses nærmere på fire ulike
tilnærminger som begrunner at *det er* adgang til å supplere anskaffelses-
direktivet med et unntak for lovlige restriksjoner. Gjennom en nærmere
drøftelse av disse fire grunnlagene er målet også å undersøke om den
generelle antagelsen at direktivet uttømmende angir unntaksmulighetene
fra direktivet er riktig. Det er også begrunnelsen for at dette ikke behan-
dles som en egen tilnærming. At sekundærlovgivning uttømmende angir
adgangen til å gjøre unntak fra dets regler, ses heller som et utgangspunkt
for den nærmere drøftelsen av de ulike begrunnelsene for det motsatte.

En måte å se sammenhengen mellom primær- og sekundærrett på
er en vektlegging av prinsippenes rolle i å utfylle mangelen på eksplisitt
regulering. Prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet har en
slik funksjon under både direktiv og primærrett. Spørsmålet er hvilke
konsekvenser det har for sammenhengen mellom regelsettene (4.3.2).

³¹² Sak C-220/05 *Jean Auroux* avsnitt 59, med videre henvisning til C-107/98 *Teckal* avsnitt
43 og C-340/04 *Carbotermo* og *Consorzio Alisei* avsnitt 45.

³¹³ Hammersvik (2018) s. 631 og Sejersted (2014) s. 13.

Videre kan det stilles spørsmål ved om direktivet kan forstås som en henvisning til rettstilstanden under primærretten (4.3.3), eller om EU-lovgivers intensjon ved vedtakelsen av anskaffelsesdirektivet ikke var å frata medlemsstatene kompetanse til å begrunne restriktive tiltak i primærrettens unntak (4.3.4). Endelig kan det spørres om medlemsstatene har en viss kompetanse til å innføre fravike direktivet i behold som følge av deres eksklusive kompetanse til å organisere egne velferdstjenester (4.3.5).

4.3.2 Videreføring av prinsipper

Både det tidligere og det nåværende direktivet er tause med hensyn til lovligheten av å innføre en generell reservasjonsadgang.³¹⁴ Ved slik taushet beror lovligheten av et konkret tiltak på de bakenforliggende, generelle prinsippene.³¹⁵ For de uprioriterte tjenestene var det, som nevnt i punkt 3.2, prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet som var begrensningen, idet de uprioriterte tjenestene med grenseoverskridende interesse var gjenstand for prinsippene som fulgte av de alminnelige reglene om fri bevegelighet.³¹⁶ Også etter det nye direktivet må adgangen til å innføre en generell reservasjonsadgang vurderes opp mot prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, men da med grunnlag i direktivet.³¹⁷ Siden prinsippene som er styrende for lovligheten av å reservere er de samme, kan det hevdes at rettstilstanden er den samme. Som påpekt under drøftelsen av direktivets regler i punkt 3.2, reiser det spørsmål ved om handlingsrommet under prinsippene i direktivets nåværende form er skjerpet sammenlignet med prinsippene som ble utledet fra de alminnelige reglene.

En form av dette resonnementet finner vi i departementets begrunnelse for en norsk reservasjonsadgang.³¹⁸ Departementets holdning har

³¹⁴ Direktiv 2004/18/EF art. 21 (opphevet) og direktiv 2014/24/EU art. 74–77.

³¹⁵ Steinicke (2018) s. 292.

³¹⁶ Sak C-95/10 *Strong Seguranca* avsnitt 35 og C-532/03 *Kommissjonen mot Irland* avsnitt 26.

³¹⁷ Direktiv 2014/24/EU art. 18 første ledd, jf. art. 76 første ledd.

³¹⁸ Departementet (2018b) s. 5.

sitt opphav i en utredning av advokat Karin Fløistad, hvor hun fremholder at spørsmålet ikke kan være om de generelle reglene for helse- og sosialtjenester er endret, men om «de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse er endret sammenlignet med tidligere rettstilstand». ³¹⁹

I forlengelsen av dét spørsmålet, uttaler Fløistad at en slik endring i forståelsen av de grunnleggende prinsippene bør fremgå klart av direktivet. ³²⁰ Fordi det var anledning til å direktetildele under prinsippene i *Spezzino*, er det en presumpsjon mot at medlemsstatene – i rollen som EU-lovgiver i Rådet – har ment å begrense sitt handlingsrom på et så sensitivt område som helse- og sosialområdet er. Selv om det ikke er avgjørende for drøftelsen her, er det grunn til å bemerke at det er vanskelig å se grunnlaget for en slik presumpsjon. EU-domstolen benytter seg sjeldent av slike utgangspunkt ved fortolkningen av sekundærlovgivning, og enda mindre når det utelukkende er i favør av en restriktiv tolkning av EU-retten. Videre er det vanskelig å se hvilke konkrete holdepunkter som skal til for å tilbakevise presumpsjonen som oppstilles. Gitt at forarbeidene til EUs sekundærlovgivning er fragmentariske, og at lovgivningen bærer preg av å være resultat av forhandlinger mellom organene som utgjør EU-lovgiver, kan det ikke forventes utdypende kommentarer til de bestemmelsene som er vedtatt, enda mindre bestemmelser som ikke ble vedtatt. Det er da vanskelig å se for seg hvordan direktivet eller dets forarbeider skulle gitt uttrykk for en slik endring som etterspørres.

EU-domstolen gjør ofte bruk av prinsipper i sin argumentasjon. ³²¹ Dette er bakgrunnen for utviklingen av prinsippet om likebehandling for anskaffelser også utenfor anskaffelsesdirektivet. Det kan derfor være noe kunstig å stille spørsmål ved sammenhengen mellom prinsipper på bakgrunn av grunnlaget de utledes fra. EU-domstolens tilnærming vil i et slikt spørsmål gjennomgående være at EU-rettslige prinsipper skal forstås *enhetlig* på tvers av livsområder. ³²² En slik tilnærming mister imidlertid den nyansen at spørsmålet ikke er om *prinsippene* er de samme, men om *unntak* fra prinsippet er de samme.

³¹⁹ Fløistad (2017) s. 11.

³²⁰ Ibid.

³²¹ Se nærmere om dette i Hartley (2014) s. 144 flg.

³²² Tridmas (2006) s. 17 flg.

Det er klart at det ikke generelt sett er slik at forskjellsbehandling er lovlig så lenge det kan begrunnes i et allment ikke-økonomisk hensyn på en forholdsmessig måte.³²³ I tråd med utgangspunktene skissert over er unntaket for lovlige restriksjoner særegent for restriksjonsforbudet. Når kravet til likebehandling har grunnlag i direktivet, følger altså ikke dette unntaksgrunnlaget med som følge av at prinsippene er de samme.

Begrunnelsen for hvorfor det likevel er slik, knyttes tett opp til EU-domstolens avgjørelse i *Spezzino*, hvor den slo fast at direktetildeling i utgangspunktet var ulovlig fordi det utgjorde brudd på prinsippet om likebehandling.³²⁴ Når det likevel var lovlig, var det fordi forskjellsbehandlingen kunne rettferdiggjøres som en lovlig restriksjon på etableringsfriheten.³²⁵ *Spezzino* er altså ikke et eksempel på hva som er lovlig likebehandling, men et eksempel på forskjellsbehandling som kan være lovlig fordi den forfølger legitime formål på en forholdsmessig måte. EU-domstolens egne uttalelser i den saken er godt egnet til å illustrer denne forskjellen. Innledningsvis måtte Domstolen ta stilling til direktetildelingens lovlighet dersom anskaffelsen ble klassifisert som en prioritert tjeneste, og følgelig var gjenstand for direktivets fulle regelverk. I en slik situasjon uttalte Domstolen at direktetildelingen ville vært ulovlig.³²⁶ Opphevelsen av skillet mellom uprioriterte og prioriterte tjenester innebærer at kravene som stilles til anskaffelsesprosessene for helse- og sosialtjenester nå i sin helhet følger av anskaffelsesdirektivet. Selv om det til dels er prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet som utgjør forpliktelsene, har de nå grunnlag i direktivet og kan dermed – som et utgangspunkt – kun fravikes med direktivets egne unntak. Det kan derfor ikke antas som en generell regel at unntaksadgangen er den samme siden prinsippene er de samme.

Fløistad og departementet mener heller ikke *det*. Begge begrenser de seg til å gjøre synet gjeldende for helse- og sosialtjenester.³²⁷ Begrun-

³²³ Ibid. s. 59 flg.

³²⁴ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 52.

³²⁵ Ibid. avsnitt 59.

³²⁶ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 44.

³²⁷ Fløistad (2017) s. 11 og departementet (2018b) s. 6.

nelsen for denne distinksjonen er at den prinsipielle begrunnelsen for å oppheve skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester *ikke treffer* på helse- og sosialtjenestene fordi de er *særegne*.³²⁸ Dette *kan* være treffende i den forstand at opphevelsen av skillet var mer intuitiv for eksempelvis hotelltjenester, enn helse- og sosialtjenester, gitt at sistnevntes kulturelle særpreg og særlige krav om brukertilpasning kan tilsi at tjenestene fortsatt ikke er av grenseoverskridende interesse. Men *det* er ikke noe grunnlag i direktivet for å skille mellom innholdet i direktivets prinsipper basert på hvilke tjenester anskaffelsen gjelder. Innvendingene ville vært relevante i lovgivningsprosessen, men når EU-lovgiver tok valget om å gi prinsippet om likebehandling anvendelse for samtlige av de uprioriterte tjenestene, må dét respekteres. Fra et mer prinsipielt ståsted vil det også være like problematisk å operere med et likebehandlingsprinsipp som gjelder med forbehold for lovlige restriksjoner, uavhengig av hvor mange tjenester det gjelder for.

Det er derfor ikke grunnlag for å tilnærme seg problemstillingen ved å vise til at prinsippene er identiske, idet det ikke er tvil om at direktivet begrenser handlingsrommet for unntak fra prinsippet.

4.3.3 Henvisning til de alminnelige reglene

Under drøftelsen av direktivets regler i punkt 3.4.1, ble likebehandlingsprinsippet i art. 76 første ledd antatt å være innholdsmessig likt med det generelle kravet til likebehandling i art. 18 første ledd. I dette avsnittet stilles det spørsmål ved denne antagelsen. Spørsmålet er om de forpliktelsene direktivet angir for det myke regimet er en henvisning til rettstilstanden under de alminnelige reglene om fri bevegelighet. Dette beror på en tolkning av prinsippene direktivet angir for tildeling. Prinsippene angis i art. 76 første ledd, og lyder som følger:

Medlemsstaterne indfører nationale regler for tildeling af kontrakter, der er omfattet af dette kapitel, for at sikre, at de ordregivende myndigheder **overholder principperne om gennemsigtighed og**

³²⁸ Ibid. Noe som også understrekes i fortalet til direktiv 2014/24/EU betraktning 114.

likebehandling af økonomiske aktører. Det står medlemsstaterne frit for at fastsette de procedureregler, der skal anvendes, så længe sådanne regler giver de ordregivende myndigheder mulighed for at tage hensyn til de pågældende tjenesteydelsers særlige karakter. (min utheving)

Det er prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet som er grunnlaget for oppdragsgivers sentrale forpliktelser. Omtalen av nettopp de prinsippene har konnotasjoner til forpliktelsene for oppdragsgivere *utenfor* direktivets anvendelsesområde. Dette er tydelig hvis vi ser på hvordan EU-domstolen formulerer forpliktelsene utenfor direktivet. I *Strong Seguranca* uttaler EU-domstolen at oppdragsgiver er forpliktet til å overholde de «almindelige prinsipper om gjennomsiktighet og likebehandling, der følger af artikkel 49 TEUF og 56 TEUF».³²⁹

Goller fremhever denne sammenhengen, og slutter fra det at direktivet ikke kun viser til *prinsippene*, men viser til rettstilstanden under de alminnelige reglene om fri bevegelighet som sådan. Dersom direktivet viser til de alminnelige reglene, vil unntak fra kravet om likebehandling kunne begrunnes i unntaket for lovlige restriksjoner også under direktivet.³³⁰ Det er liten tvil om at det er klare likheter i hvordan forpliktelsene er formulert. En tolkning av direktivet i lys av de alminnelige reglene om fri bevegelighet kan derfor tilsi at det fortsatt er anledning til å fravike direktivet med grunnlag i lovlige restriksjoner.

Til støtte for et slikt syn kan det anføres at det myke regimets knappe og begrensede preg indikerer at intensjonen *ikke* var en begrensning av medlemsstatens handlingsrom, men kun en stadfesting av de forpliktelsene oppdragsgiver allerede var underlagt i primærretten, med tilhørende unntak. Videre kan dette finne støtte i fortalens omtale av prinsippene som «grunnleggende», og vektlegging av disse tjenestenes kulturelle sammenheng og følsomhet.³³¹

³²⁹ Sak C-95/10 *Strong Seguranca* avsnitt 35, se nærmere om forpliktelsene under primærretten og videre henvisning til øvrig praksis hos Arrowsmith (2014) s. 239 flg.

³³⁰ Goller (2015) s. 6.

³³¹ Fortalen til direktiv 2014/24/EU betraktning 114.

På den annen side taler regelverkets struktur for at EU-lovgiver ikke mente å henvise til primærrettens regler, men å gi et helhetlig sett med hovedregler og unntak som nærmere angir hvilket handlingsrom medlemsstatene (og deretter oppdragsgiverne) har for anskaffelser som faller inn under regimet. Reguleringen av egne unntak fra direktivets regler for «nonprofitorganisasjoner»,³³² og et særskilt grunnlag for reservasjon i art. 77, har liten selvstendig betydning dersom intensjonen skulle være å henvise til primærrettens regler. Også sammenhengen med direktivets generelle prinsipper trekker i samme retning. Direktivet angir i art. 18 en rekke prinsipper som gjelder generelt, blant dem likebehandling og gjennomsiktighet. Hensynet til innholdsmessig konsekvens tilsier at prinsippene har samme innhold i art. 76 første ledd og art. 18. Når det er klart at prinsippene i art. 18 ikke inneholder tilsvarende unntak,³³³ taler dette også for at unntaket for lovlige restriksjoner ikke følger med gjennom henvisningen til likebehandling og gjennomsiktighet.

Bakgrunnen for å ta inn de uprioriterte tjenestene i det nye direktivet var at disse tjenestene var antatt å være av grenseoverskridende interesse.³³⁴ *Poenget* var at tjenester under direktivet har et noe mer begrenset handlingsrom, men også økt grad av forutberegnelighet. Det er derfor ønskelig at de tjenestene som regelmessig er gjenstand for reglene og prinsippene som utledes fra de alminnelige reglene, omfattes av direktivet. Sett i lys av direktivets formål å samordne reglene og å operasjonalisere gjennomslaget til frihetene, taler hensynet til økt rettslig forutberegnelighet med tyngde mot at det under det myke regimet er en helt generell adgang til å supplere direktivets egne unntak med unntaket for lovlige restriksjoner.

Konklusjonen er derfor at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet *ikke* kan ses på som en henvisning til de alminnelige reglene om fri bevegelighet, herunder unntaket for lovlige restriksjoner.

³³² Direktiv 2014/24/EU art. 10 bokstav h.

³³³ Steinicke (2018) s. 293–295.

³³⁴ Se nærmere om dette i punkt 3.3.

4.3.4 Direktivet som angivelse av saksbehandlingsregler

Anskaffelsesdirektivet er et særegent direktiv som ikke uten videre kan sammenlignes med annen sekundærlovgivning.³³⁵ Dette kan ha betydning for forholdet mellom de alminnelige reglene om fri bevegelighet, herunder unntaket for lovlige restriksjoner, og direktivets regler. I dette avsnittet ses det nærmere på om særegenhetene ved anskaffelsesdirektivet kan tilsi at direktivet ikke er ment å gi en uttømmende angivelse av unntakene fra direktivets prinsipp om likebehandling.

Utgangspunktet, som ble skissert i punkt 4.2, er at sekundærlovgivning i det minste angir minimumskrav, og at unntak fra direktivets egne bestemmelser må forankres i direktivets regler. I kraft av kompetansen EU-lovgiver har til å harmonisere reglene om fri bevegelighet kan EU-lovgiver begrense medlemsstatenes handlingsrom. Det er imidlertid *ikke gitt* at det er tilfelle for anskaffelsesdirektivets del. Spørsmålet er om det er grunnlag for å forstå anskaffelsesdirektivet med et forbehold for tiltak begrunnet i tvingende allmenne hensyn, og at unntakene gitt i direktivet dermed ikke er uttømmende.

For det meste av EUs sekundærlovgivning vil det ikke være grunn til å betvile at EU-lovgiver har ønsket å oppstille et minimum. Spørsmålet vil oftere være hvorvidt direktivet også har satt en øvre grense, altså er totalharmoniserende.³³⁶ EU-domstolens resonnement i *Rina Services* er egnet til å illustrere. Som tidligere nevnt, gjaldt den saken spørsmålet om tjenstedirektivet var til hinder for å stille krav som var *eksplicit* forbudt i tjenstedirektivets art. 14, dersom kravet kunne rettferdiggjøres etter læren om tvingende allmenne hensyn. Domstolen uttalte at bestemmelsen ville være uten «enhver effektiv virkning» dersom direktivet ikke skulle tas på ordet.³³⁷ Domstolens resonnement er ikke vanskelig å forstå, og illustrer godt at begrunnelsen for at direktiver anses for å etablere minimumskrav er at dét er deres funksjon. Dersom tjenstedirektivets art. 14 ikke ble tatt på sitt ord, ville bestemmelsen vært innholdsløs.

³³⁵ Arrowsmith (2014) s. 174 flg. som vektlegger direktivenes funksjon som et rammeverk for offentlig innkjøp av varer og tjenester.

³³⁶ Se om dette i punkt 4.1.1.

³³⁷ Sak C-593/13 *Rina Services* avsnitt 37.

Innføringen av en særregulering av hva som er forbudte krav, ville ikke hatt betydning dersom det uansett var anledning til å innføre kravene når det var i tråd med de alminnelige reglene. Dette vil ofte være tilfelle med sekundærlovgivning, noe som kan være bakgrunnen for det klare utgangspunktet om at den etablerer minstekrav, som skissert i punkt 4.2. Spørsmålet er om det er tilfellet også for anskaffelsesdirektivet.

Hovedvekten av anskaffelsesdirektivets regler angir saksbehandlingsregler for hvordan oppdragsgivere skal gå frem ved anskaffelsen av varer og tjenester til det offentlige. Saksbehandlingsreglene tjener likevel et formål. Formålet med direktivet er å operasjonalisere de kravene som følger av de alminnelige reglene om fri bevegelighet.³³⁸ Det er således et selvstendig mål med direktivet å gi oppdragsgiver forutberegnelighet med hensyn til hvilken fremgangsmåte han må velge for å opptre på en lovlig måte. Utover å angi saksbehandlingsregler kan direktivets regler også fungere som hindringer for diskriminerende innkjøpsordninger, som for eksempel reservasjon er. I motsetning til annen sekundærlovgivning er det imidlertid ikke slik at eksempelvis kravet til likebehandling må være absolutt for at både det og direktivet som sådan skal ha en effektiv virkning. For unntak som ikke består i å gjøre bruk av andre saksbehandlingsregler, vil direktivets saksbehandlingsregler uansett være viktige. Det kan derfor stilles spørsmål ved om direktivet innebærer noen skjerpning av kravene som følger av de alminnelige reglene så lenge saksbehandlingsreglene overholdes, eller om det i hvert fall på enkelte punkter ikke er slik at direktivet skal forstås som en uttømmende regulering.

Et ytterligere trekk ved anskaffelsesdirektivet er at det er et sektorovergripende direktiv.³³⁹ Det innebærer at direktivet fastsetter prosedyrer for

³³⁸ Arrowsmith (2014) s. 167–174 som avviser at direktivene har en rolle i å fremme økonomisk aktivitet på rene markedsvilkår, men vektlegger at direktivene gir rom for at medlemsstatene kan ta hensyn til egne behov som er særegne for dem.

³³⁹ De sektorovergripende direktivene er det ikke mange av. Tjenestedirektivet kunne vært aktuelt trekke inspirasjon fra, gitt dets sektorovergripende karakter, men idet EU-lovgiver der har regulert adgangen til å hensynta allmenne ikke-økonomiske hensyn, se eksempelvis art. 16, blir spørsmålet om forholdet til primærretten for det direktivets del noe annerledes. Det er ikke på samme måte mulig å anlegge det perspektivet at EU-lovgiver ikke bevisst tok stilling til en eventuell begrensning av medlemsstatenes kompetanse etter primærretten.

anskaffelse av en hel del nokså ulike varer og tjenester. Ved anskaffelse av ulike varer og tjenester gjør ulike hensyn seg gjeldende. Det er derfor et potensiale for at direktivet ikke tar tilstrekkelig hensyn til legitime behov medlemsstatene har for å tilpasse anskaffelsesprosesser basert på hva som skal kjøpes inn.³⁴⁰ Generaladvokat Cruz Villalón er inne på et tilsvarende resonnement *Rina Services* i relasjon til tjenstedirektivet, hvor han ved spørsmål om tjenstedirektivet uttømmende harmoniserer adgangen til restriktive tiltak legger vekt på følgende:

Tjenesteydelsesdirektivet er et horisontalt instrument, som dekker over en bred vifte af tjenesteydelser (samtlige tjenesteydelser, der ikke udtrykkeligt falder uden for dets materielle anvendelsesområde), og det tilsigter derfor ikke at harmonisere den materielle regulering af alle de forskellige tjenesteydelser på nationalt plan³⁴¹

At anskaffelsesdirektivet tilsvarende griper over en rekke ulike typer anskaffelser, trekker i retning av at direktivet ikke uten videre kan anses som en uttømmende angivelse av medlemsstatenes handlingsrom.

Endelig angir ikke direktivet direkte noen *unntak for å ivareta allmenne ikke-økonomiske hensyn*. Andre lignende horisontale direktiv, som tjenstedirektivet, gir detaljerte regler for hvilke legitime formål som (fortsatt) kan begrunne restriksjoner under direktivet.³⁴² Når direktivet ikke angir noen form for eksplisitte regler, kan det tale for at

³⁴⁰ Direktivet åpner riktignok for en viss fleksibilitet. For eksempel gjennom adgangen til å gjøre unntak fra direktivets regler dersom oppdragsgiver har så dårlig tid at det er umulig å overholde frister, jf. art. 32 annet ledd bokstav c eller dersom levering kun kan gjøres av en bestemt aktør, jf. bokstav b. Denne fleksibiliteten retter seg imidlertid mot begrensede og spesifikke behov. Det kan derfor være behov for å supplere direktivets fleksibilitet.

³⁴¹ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Cruz Villalón i sak C-593/13 *Rina Services* avsnitt 22. EU-domstolen tok ikke stilling til denne argumentasjonen, men konkluderte i likhet med Generaladvokaten med at tjenstedirektivet her hadde begrenset adgangen til å begrunne restriktive tiltak i lovlige restriksjoner, jf. C-593/13 *Rina Services* avsnitt 40.

³⁴² Se for eksempel direktiv 2006/123/EF art. 16 som gjelder retten til å yte grenseoverskridende tjenester.

intensjonen ved direktivreguleringen ikke var å ta denne kompetansen fra medlemsstatene.

Mot et slikt syn på anskaffelsesdirektivets karakter kan det innvendes at direktivet ikke utelukkende har som målsetning å gi saksbehandlingsregler for økt forutberegnelighet for oppdragsgivere, men at det er en selvstendig målsetning å begrense adgangen til å forskjellsbehandle ulike økonomiske operatører i anskaffelsesprosesser. Et uttrykk for dette gir Generaladvokat Jacobs i sitt forslag til avgjørelse i SIAC Construction, hvor han uttaler seg nærmere om formålet med EUs anskaffelsesregelverk sammenlignet med nasjonale anskaffelsesregler. Jacobs viser da til at formålet med anskaffelsesregler nasjonalt er å sikre at det offentliges ressurser brukes på «hæderlig og effektiv vis på grundlag af en seriøs vurdering og uden nogen form for favorisering eller modydelse». ³⁴³ Regelverket på EU-nivå forfølger også andre formål. Som Jacobs uttaler det, er det «væsentligste formål med fællesskabsharmonisering er desuden at sikre både ophævelsen af hindringer og lige vilkår, hvilket blandt andet opnås med krav om gennemsigtighed og objektivitet». ³⁴⁴ I og med at et selvstendig formål med direktivets regler er å fremme krav om likebehandling, kan det argumenteres for at direktivet må tas på sitt ord når det innføres et generelt krav om likebehandling av økonomiske operatører, jf. art. 18 første ledd. ³⁴⁵

Samlet er det altså flere holdepunkter ved anskaffelsesdirektivets karakter som kan gi grunn til å stille spørsmål ved om enhver regulering er en angivelse av et ufravikelig minimumskrav. Det er ikke opplagt at direktivet skal forstås slik. Som allerede nevnt kunne dette spørsmålet vært gjenstand for en svært utførlig drøftelse, men i lys av de særegenhetene som er skissert, kan det etter mitt syn ikke utelukkes at EU-lovgiver ikke mente å regulere kompetansen til å fravike direktivet med lovlige restriksjoner for alle direktivets regler. Det er derfor interessant at også Arrowsmith antar at det ikke er gitt at direktivets regulering uttømmende angir unntaksadgangen.

³⁴³ Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i C-19/00 SIAC Construction avsnitt 33.

³⁴⁴ Ibid.

³⁴⁵ Se i denne retning Hammersvik (2018) s. 631 og Sejersted (2014) s. 13.

Arrowsmith fremholder at «the explicit derogations from the Treaty and even the implicit justifications may justify departing from the explicit provisions of the procurement directives». ³⁴⁶ Den sentrale begrunnelsen hennes er en antagelse om EU-lovgivers vilje. Det kommer frem i rammen hun oppstiller for unntaket, idet et unntak for lovlige restriksjoner for henne ikke er aktuelt dersom direktivet var «intended to be harmonised in such a manner that precludes certain types of national measures». ³⁴⁷ Med andre ord er det kun de regler som *ikke er ment* å utelukke nasjonale tiltak i tråd med de alminnelige reglene, som kan fravikes.

Arrowsmith knytter dermed også antagelsen om unntakets anvendelse opp mot EU-lovgivers vilje. Hun gir imidlertid en nokså annerledes begrunnelse enn den som er skissert foran. Som belegg for sitt syn peker Arrowsmith på betraktning 41 i fortalen til direktivet. Slik hun ser det, indikerer den at det kan gjøres unntak fra direktivet for lovlige restriksjoner. ³⁴⁸ Betraktningen lyder som følger:

Dette direktiv er ikke til hinder for, at der indføres eller anvendes foranstaltninger, som er nødvendige for at beskytte den offentlige orden, den offentlige sædelighed og den offentlige sikkerhed, sundheden, menneskers og dyrs liv samt plantesundheden, eller andre miljøforanstaltninger, navnlig med henblik på en bæredygtig udvikling, forudsat at disse foranstaltninger er i overensstemmelse med TEUF. ³⁴⁹

Én måte å forstå betraktningen i fortalen på, er at den som Arrowsmith antar, indikerer at direktivet kan fravikes med lovlige restriksjoner. Det er imidlertid ikke den eneste måten å forstå betraktningen på. Et grunnleggende trekk ved anskaffelsesreglene er at de ikke bestemmer hva oppdragsgivere skal kjøpe inn, men gir regler for stadiet etter innkjøpsbeslutningen er tatt, altså for spørsmålet om hvordan varer og tjenester skal anskaffes. ³⁵⁰ En alternativ forståelse av betraktningen er

³⁴⁶ Arrowsmith (2014) s. 286.

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ Fortalen til Direktiv 2014/24/EU betraktning 41.

³⁵⁰ Se eksempelvis dette vektlagt i fortalen til direktiv 2014/24/EU betraktning 5.

følgelig at den stadfester nettopp dette: At medlemsstatene i kraft av sin rett til å bestemme hva som skal kjøpes, også kan innføre ulike former for restriksjoner som begrenser nettopp hva som *kan* kjøpes.

Det er ikke vanlig at slike typer forbehold tas inn i fortalen til direktiv.³⁵¹ Det som derimot er hyppig forekommende er at slike forbehold tas inn i direktivets operative bestemmelser.³⁵² Men betraktninger i fortalen er i motsetning til operative bestemmelser i direktivet ikke normerende.³⁵³ Det er derfor klare grenser for i hvor stor grad betraktninger i fortalen alene kan begrunne en fravikelse av direktivets regler.³⁵⁴ Som følge av at det ikke finnes andre eksempler på slike uttalelser i fortalen, foreligger det begrenset med veiledning i hvordan andre slike betraktninger er forstått.

Betraktningen er en videreføring av sjette betraktning til det tidligere anskaffelsesdirektivet.³⁵⁵ Under prosessen som ledet frem til *det* direktivet, var betraktningen ikke en del av Kommisjonens opprinnelige forslag.³⁵⁶ Den kom inn under Parlamentets behandling.³⁵⁷ Parlamentet uttalte da om sitt forslag at:

³⁵¹ Et søk på Eur-Lex etter formuleringen «Nothing in this directive», og andre varianter av den formuleringen, ga ingen andre resultater i samme kategori som dette. Totalt 60 direktiver inneholder en slik formulering, men da av ulike grunner. Ingen tilsvarte varianten i direktiv 2014/24/EU med henvisning til lovlige restriksjoner som sådan, men det var to andre varianter. Den første er markedsmissbruksdirektivet (direktiv 2014/57/EU) et eksempel på, som i fortalens punkt 28 viser til at direktivet ikke skal begrense ytringsfriheten slik den fremkommer i Charterets art. 11, et eksempel på en tilsvarende måte å innta en henvisning til gjeldende rett, idet det er glassklart at direktivet uansett ikke kunne begrenset ytringsfriheten. Det andre eksempelet er reklamedirektivet (direktiv 2006/114/EF) som i art. 8 nr. 4 gir hjemmel for innføring av lovlige restriksjoner for markedsføringen av tjenester, som viser at det er vanlig å omtale adgangen til å innføre allmenne ikke-økonomiske restriksjoner innenfor rammen av sekundærlovgivning.

³⁵² Se for eksempel tjenstedirektivet art. 16 eller reklamedirektivet art. 8 nr. 4 nevnt over.

³⁵³ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 305.

³⁵⁴ Dette slås eksempelvis fast i sak C-136/04 *Deutsches Milchkontor* avsnitt 32, hvor EU-domstolen uttaler at «præambelen til en fællesskabsretsakt ikke er retligt bindende og hverken kan påberobes til støtte for at fravige bestemmelserne i den pågældende retsakt eller til støtte for en fortolkning af bestemmelserne, der er i åbenbar strid med bestemmelsens ordlyd».

³⁵⁵ Se fortalen til direktiv 2004/18/EF betraktning 13 (opphevet).

³⁵⁶ KOM (2000) 275.

³⁵⁷ Endringsforslag 3, jf. A5-0378/2001 s. 8.

Ændringsforslaget indfører ikke en ny undtagelse. Det gentager blot den legitime mulighet, som traktaten (f.eks. artikkel 30) giver medlemsstaterne og dermed offentlige indkøbere for at afvise visse produkter, hvis de er til fare for sundhed og miljø. Ændringsforslaget afspejler den gældende retsorden, som kun tillader foranstaltninger, der begrænser det indre marked, hvis de er velbegrundede og ikke går længere end nødvendigt. Dette er forklaringen på, at ændringsforslaget sigter på at indføre en ny betragtning og ikke en artikel.³⁵⁸

Tilsvarende betragtning ble også foreslått innført i forsyningsdirektivet,³⁵⁹ og dets forhistorie bekrefter det forhistorien til direktivet for klassisk sektor antyder. I forsyningsdirektivet foreslo Parlamentet en betragtning i fortalen sammen med en bestemmelse som gjentok dette i selve direktivteksten.³⁶⁰ Det forslaget ble imidlertid avvist av Kommissjonen. Som grunnlag for avvisningen uttalte Kommissjonen at forslaget til en substansiell bestemmelse var identisk med betraktningen inntatt i fortalen og derfor var «superflous, as the Commision has accepted the latter [betraktningen i fortalen]».³⁶¹

Et lignende standpunkt kan vi finne i en uttalelse om felles posisjoner mellom Kommissjonen og Parlamentet. Posisjonen begrunnet hvorfor en del av fortalen ble endret, da særlig et tillegg om at tiltak i strid med direktivet måtte være «i overensstemmelse med TEUF». For å begrunne dette uttalte Kommissjonen og Parlamentet at endringen

begrundes med, at traktaten i overensstemmelse med Domstolens fortolkning har forrang i forhold til den afledte ret, hvilket vil sige, at målet med hensyn til at åpne markederne, der er fastsat i direktivet, ikke må ændre de rettigheter, som traktaten giver medlemsstaterne.³⁶²

³⁵⁸ A5-0378/2001 s. 8.

³⁵⁹ Direktiv 2004/17/EF (opphevet).

³⁶⁰ Forslag fra parlamentsmedlem Maria Berger, jf. KOM (2000) 276.

³⁶¹ Forslaget ble ikke akseptert av Kommissjonen, jf. KOM (2000) 276.

³⁶² SEC (2003) 365 s. 1.

Forarbeidene til fortalen taler følgelig ikke for at EU-lovgiver tok sikte på å innføre et ytterligere unntak fra direktivet, men kun å stadfeste medlemsstatenes rett til å bestemme *hva* som kan kjøpes. Selv om betraktningen antagelig ikke kan forstås som en bekreftelse på at det foreligget et unntak for lovlige restriksjoner, er det heller ikke slik at betraktningen utelukker et unntak for lovlige restriksjoner som supplerer direktivets egne unntak.

Det foreligger ingen avgjørelser fra EU-domstolen som eksplisitt tar opp hvordan fortalen skal forstås eller drøfter prinsipielt om direktivet kan suppleres med et unntak for lovlige restriksjoner. Arrowsmith viser imidlertid til to avgjørelser fra EU-domstolen som videre indikasjon på at et slikt unntak foreligger.³⁶³ Begge sakene gjelder tolkningen av tidligere anskaffelsesdirektiv som ikke inneholdt en tilsvarende uttalelse i fortalen.

Den første avgjørelsen er *Kommisjonen mot Spania*.³⁶⁴ Saken gjaldt mangelfull implementering av det dagjeldende anskaffelsesdirektivet.³⁶⁵ I henhold til den spanske implementeringen av direktivet var varer som var regulert, kontrollert, monopolisert eller forbudt, unntatt fra anskaffelsesregelverket. Kommisjonen mente unntaket for forbudte varer var i strid med direktivet fordi det var for generelt formulert. Spanske myndigheter gjorde gjeldende at unntaket var lovlig fordi det var innført omsetningsforbud for varene. Når omsetningsforbudet var en lovlig restriksjon på fri flyt av varer i tråd med TEUF art. 36, innebar det at bestemmelsen som gjorde unntak for forbudte varer var lovlig. EU-domstolen tok ikke prinsipielt avstand fra argumentasjonen, men uttalte at et slikt unntak var for generelt til å være nødvendig.³⁶⁶

Avgjørelsen er derfor tatt til inntekt for en implisitt aksept for å fravike direktivet med grunnlag i unntak for lovlige restriksjoner.³⁶⁷ Fravikelsen av anskaffelsesregelverket i den saken var imidlertid kun

³⁶³ Arrowsmith (2014) s. 286 og 478 angir begge sakene eksplisitt, mens Drijber og Stergiou (2009) s. 835 holder seg til sak C-337/05 *Agusta Helicopters*.

³⁶⁴ Sak C-71/92 *Kommisjonen mot Spania*.

³⁶⁵ Direktiv 77/62/EØF om samordning av behandlingen ved tildeling av kontrakter om offentlig varekjøp (opphevet), som var det dagjeldende anskaffelsesdirektivet.

³⁶⁶ Sak C-71/92 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 15.

³⁶⁷ Arrowsmith (2014) s. 478.

en avledet konsekvens av omsetningsforbudet spanske myndigheter hadde innført. At spanske myndigheter mente fravikelsen av direktivet derfor var lovlig, berodde i stor grad på at varer som det her var tale om ikke ville bli omsatt. Det er en annen situasjon enn der spørsmålet om rettferdiggjøring oppstår fordi tiltaket både er en restriksjon og i strid med direktivet. I en slik situasjon er ikke fravikelsen av direktivet en avledet, praktisk konsekvens. Situasjonen er dermed den samme som forarbeidene til fortalet indikerer at uttalelsen der dreier seg om. Nemlig en stadfesting av at å forby enkelte varer slik som Spania her gjorde, er i tråd med direktivet så lenge det kan rettferdiggjøres etter primærretten. Avgjørelsen kan derfor ikke tas til inntekt for et unntak fra direktivet. Isteden illustrerer den at direktivet uansett ikke begrenser medlemsstatenes kompetanse til å bestemme hva som kan kjøpes.

Annerledes er det med EU-domstolens avgjørelse i *Agusta Helicopters*.³⁶⁸ Saken gjaldt italienske innkjøp av helikoptre til politi, brannvesen og kystvakt. Anskaffelsen av helikoptrene falt i sin helhet under direktivets anvendelsesområde, men anskaffelsen skjedde uten så vel kunngjøring som konkurranse. Spørsmålet for EU-domstolen var om det forelå en ulovlig direkteanskaffelse. Det interessante her er at den italienske regjeringen anførte at hensynet til helikopterflåtenes ensartethet kunne begrunne et unntak fra direktivets prosedyrer. Hensynet til ensartethet er ikke et hensyn angitt i traktaten, og må følgelig forstås som et tvingende allment hensyn.

EU-domstolen fant at anskaffelsen av helikoptrene var en ulovlig direktetildeling, men begrunnelsen knyttet seg til at Italia ikke i tilstrekkelig grad hadde godtgjort hvorfor direktetildelingen var nødvendig.³⁶⁹ EU-domstolen avviste ikke grunnlaget for å rettferdiggjøre direktetildelingen, men gikk inn på en vurdering av om vilkårene etter læren om tvingende allmenne hensyn var oppfylt. At EU-domstolen implisitt gikk inn på en vurdering av nødvendigheten, har blitt forstått som en aksept for at fravikelser av direktivets bestemmelser som er nødvendige, vil være

³⁶⁸ Sak C-337/05 *Agusta Helicopter*. Avgjørelsen gjaldt et tidligere, nå opphevet, anskaffelsesdirektiv (direktiv 93/36/EØF).

³⁶⁹ *Ibid.* avsnitt 59.

lovlige.³⁷⁰ Dette ble imidlertid ikke gjort eksplisitt. Det kan derfor også være slik at EU-domstolen ikke så noen grunn til å foreta en nærmere vurdering av om det gjelder et unntak, idet direktetildelingen uansett ikke var nødvendig.

Drøftelsen har vist at det kan stilles spørsmål ved om antagelsen om at direktivet ikke kan fravikes med mindre det er angitt i direktivet selv er anvendelige på anskaffelsesdirektivet. Dette synet virker det også som at Arrowsmith deler, selv om hun viser til et annet belegg. På tross av svakheter i belegget hun viser til, viser hvert fall *Agusta Helicopters* at det *kan* være en åpning for å begrunne fravikelser av direktivets regler med unntaket for lovlige restriksjoner.

I sine drøftelser av spørsmålet viser både Sejersted og Hammersvik til at direktivet uttømmende angir adgangen til å fravike direktivets krav til likebehandling.³⁷¹ Hammersvik viser i den forbindelse til EU-domstolens uttalelser om nettopp dette i *Jean Auroux*.³⁷² EU-domstolens uttalelser om at direktivet er uttømmende er imidlertid gitt i relasjon til enkeltregler i direktivet, særlig reglene som gjelder direktivets anvendelsesområde. For eksempel gjaldt uttalelsene i *Jean Auroux* spørsmålet om en kontrakt var unntatt fra anskaffelsesdirektivets virkeområde. Et annet eksempel det regelmessig vises til er *Teckal*, hvor spørsmålet også var direktivets virkeområde.³⁷³ Det finnes ingen tilsvarende uttalelser om direktivet som eksplisitt gjelder adgangen til å reservere kontrakter omfattet av det myke regimet. En uttalelse det riktignok har blitt vist til, er EU-domstolens uttalelse i *Spezzino*,³⁷⁴ hvor den la til grunn at tildelingen der ville vært ulovlig dersom tjenesten saken gjaldt kunne karakteriseres som en prioritert tjeneste.³⁷⁵ Som tidligere nevnt kan det stilles spørsmål ved hvor mange likheter det er mellom saken der og reservasjon i norsk sammenheng. For formålet her er det tilstrekkelig å konstatere at *Spezzino*

³⁷⁰ Drijber og Stergiou (2009) s. 835 og Arrowsmith (2014) s. 286.

³⁷¹ Hammersvik (2018) s. 631 og Sejersted (2014) s. 13.

³⁷² Sak C-220/05 *Jean Auroux* avsnitt 59.

³⁷³ Sak C-107/98 *Teckal* avsnitt 43

³⁷⁴ Hammersvik (2018) s. 632.

³⁷⁵ Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 44.

gjaldt lovligheten av å direktetildele kontrakter, hvilket er et spørsmål om kontrakten faller inn under direktivets krav til kunngjøring, hvilket er det samme som å spørre om direktivets anvendelsesområde.

Det er følgelig ikke gitt at det tilsvarende utgangspunktet som EU-domstolen legger til grunn i relasjon til direktivets anvendelsesområde, gjelder i relasjon til fravikelsen av direktivets krav til likebehandling samtidig som øvrige saksbehandlingsregler i direktivet overholdes. Som tidligere nevnt antar også Arrowsmith at det må foretas en konkret vurdering av om det settet med regler som vurderes fraveket var ment uttømmende eller ikke. Som eksempel på et sett med regler som ikke kan fravikes nevner hun interessant nok reglene om kunngjøring, som var nettopp de reglene Italia ønsket å fravike i *Agusta Helicopters*.

Drøftelsen har vist at det på den ene siden er klart at enkelte regler i anskaffelsesdirektivet utvilsomt oppstiller minimumskrav til oppdragsgivere. På den annen side er det gode grunner for å anta at det ikke gjelder alle reglene i direktivet. Slik jeg ser det er det derfor ikke grunnlag for en generell regel om at direktivet uttømmende angir direktivets unntak. Det må derfor foretas en nærmere vurdering, hvor spørsmålet er om anskaffelsesdirektivets regler om reservasjon av kontrakter er ment som en uttømmende regulering av adgangen til å reservere kontrakter som omfattes av direktivet.

Hvorvidt direktivets regler er ment uttømmende må bero på en tolkning av direktivets regler. Siden spørsmålet nettopp er hvorvidt direktivet kan suppleres, vil strukturen i direktivets regler og en kontekstuell tolkning av de gjeldende reglene om reservasjon være særlig viktig. I og med at spørsmålet er hva EU-lovgiver har ment, må det også være av betydning om forarbeidene til direktivet kan kaste lys over hvordan unntakene skulle forstås.³⁷⁶

Reservasjon er ikke et tiltak som innebærer unntak fra direktivets prosedyreregler. Dersom det er lovlig å reservere kontrakter, vil anskaffelsen følge nøyaktig de samme prosedyrene som andre anskaffelser,

³⁷⁶ En viss likhet kan det være til vurderingen av om direktivregulering er totalharmoniserende eller ikke. For nærmere om retningslinjene for en slik vurdering, se Sejersted, m.fl. (2011) s. 299–300.

med det forbehold at det kun er en bestemt gruppe som kan delta i konkurransen. At det ikke er tale om å fravike direktivets saksbehandlingsregler har betydning for spørsmålet, idet det ikke er tale om å gjøre direktivets regler betydningsløse for én type anskaffelser. Videre angir ikke direktivets regler noe eksplisitt forbud mot innføringen av en generell reservasjonsadgang. Begrunnelsen for hvorfor direktivet er til hinder for reservasjon er det generelle kravet til likebehandling. Jo mer generell bestemmelsen som er til hinder for det aktuelle tiltaket er, desto større grunn er det til å stille spørsmål ved om EU-lovgiver har ment at direktivet skal være til hinder for tiltaket.

Det sistnevnte henger nært sammen med prinsippers rolle i rettsanvendelsen. De generelle prinsippene i art. 18 kan spille ulike roller i relasjon til ulike spørsmål ved tolkningen av direktivet.³⁷⁷ En rolle prinsippene spiller er å fylle tomrom hvor direktivet ikke har en eksplisitt regulering. Et eksempel er spørsmålet om reservasjon, hvor direktivets generelle likebehandlingsprinsipp antas å stå i veien for en reservasjonsadgang.³⁷⁸ Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvor langt prinsippet om likebehandling skal brukes i å vurdere konkrete tiltaks lovlighet mot direktivet. Problemet med prinsipper er i alle tilfeller at de i utgangspunktet ikke angir bestemte resultater, men har en karakter av å være retningslinjer.³⁷⁹ Dette understreker vanskelighetene for EU-lovgiver med å se konsekvensene av å gjøre likebehandlingsprinsippet anvendelig for en ny gruppe med svært ulike tjenester. Dette kan igjen tilsi at den konsekvens at reservasjon ikke ville være lovlig, ikke var noe EU-lovgiver hadde klart for seg.

³⁷⁷ Se Eckhoff (2001) s. 20 som blant annet nevner prinsippers rolle som normativt utgangspunkt, hovedregel og metodisk retningslinje. Mer spesifikt for anskaffelsesdirektivet, se Steinicke (2018) s. 292 om de ulike rollene de generelle prinsippene har. Interessant nok bemerker også han at det er «of little practical importance whether they are explicitly referred mentioned in the text of the directive», noe som støtter synet at prinsippene i begrenset grad burde angi konkrete tiltaks lovlighet vurdert mot direktivet.

³⁷⁸ For eksempel Sejersted (2014) s. 13.

³⁷⁹ Graver (2006) s. 159 flg., som viser til at det er enighet om at prinsipper har karakter av å være retningslinjer, siden de ikke gir anvisning på bestemte resultater.

Tiltakets art, og det at direktivets motstand bunner i direktivets generelle prinsipper, taler mot at EU-lovgiver tok sikte på å uttømmende angi adgangen til å reservere kontrakter. Dette kan videre finne støtte i kravene direktivet angir til helse- og sosialtjenester, og andre tjenester omfattet av det myke regime, som er knapt formulert.³⁸⁰ Det oppstilles ikke detaljerte prosedyrer, men medlemsstatene utformer sine egne regler i tråd med visse overordnede prinsipper.³⁸¹ Det er følgelig en betydelig større fleksibilitet i bestemmelsene her enn ellers i direktivet. At direktivets krav er så knapt formulert, kan indikere at EU-lovgiver ikke har ment å ta endelig standpunkt til det fulle regelverket som skal gjelde for disse tjenestene.

Regelverkets struktur taler imidlertid for at direktivet er uttømmende. Prinsippene for tildeling av kontrakter fremgår, som nevnt, av art. 76 første ledd. Bestemmelsen har karakter av å angi hovedreglene for de tjenestene som omfattes av det myke regimet. Dette inntrykket forsterkes av at art. 77 som nevnt gir hjemmel for å reservere bestemte kontrakter for ikke-kommersielle aktører som oppfyller en del nærmere bestemte vilkår som ligner på ideelle i norsk forstand. Sett i sammenheng med hverandre taler regelstrukturen for at unntaket i art. 77 var nødvendig å innføre for at et slikt unntak ville være lovlig.

Direktivets øvrige unntaksregler peker i samme retning. Som tidligere nevnt i punkt 3.5, er unntakene fra direktivet snevre. Utover å være snevre, er de innført som følge av enkelte medlemsstaters ønske om å anskaffe spesifikke tjenester ved hjelp av konkrete virkemidler.³⁸² Illustrerende er unntaket for akutte beredskapstjenester til ideelle organisasjoner, som vi så nærmere på i punkt 3.4.2.³⁸³ Selv om det ikke kommer eksplisitt frem av noen offisielle dokumenter, synes unntaket å være rettet mot en særegen tradisjon for frivillige beredskapstjenester i eksempelvis Tyskland og Østerrike. For å kunne videreføre denne tradisjonen, var det

³⁸⁰ Direktiv 2014/24/EU art. 74–77.

³⁸¹ Ibid. art. 76 første ledd.

³⁸² Bestemmelsen kom til for å sikre muligheten for å benytte seg av innovatører som går over til det private i Storbritannia. Se nærmere om dette i punkt 3.3 og 3.4.4.

³⁸³ Direktiv 2014/24/EU art. 10 bokstav h.

nødvendig med rom for særbehandling. Det samme synes å være tilfellet med unntaket i art. 77, som legger til rette for bruk av et virkemiddel som er spesifikt tilpasset britiske forhold.³⁸⁴

En innvending mot å forstå direktivreguleringen som uttømmende, er at de adgangene direktivet gir til å reservere kontrakter kan forstås som et kasuistisk utslag av det som uansett er lovlig.³⁸⁵ Fra et slikt perspektiv er ikke art. 77 nødvendig for at Storbritannia skal kunne særbehandle såkalte «public sector mutuals», men et uttrykk for en type reservasjon som i alle tilfeller er lovlig. Det er ikke uvanlig at EU-lovgiver gjør bruk av denne typen bestemmelser, ofte kalt «de-minimis-regler». Dette er bestemmelser som angir bestemte terskler for når en mer generell norm utvilsomt er eller ikke er oppfylt. Et illustrerende eksempel i anskaffelses-sammenheng er bestemmelsene om vesentlig endring i direktivets art. 72. I bestemmelsens annet ledd angis det endringer som tilsvarende nærmere bestemte andeler av kontraktssummens totale verdi som i alle tilfeller ikke vil være en vesentlig endring av kontrakten. Bestemmelser som dette gis for å sikre økt forutberegnelighet omkring skjønnsmessige vurderinger. Det er imidlertid vanskelig å trekke paralleller fra disse bestemmelsene til unntakene nevnt over, fordi slike bestemmelser eksplisitt viser til at de er de-minimis-regler. For eksempel angir art 72 annet ledd selv at bestemmelsen fastslår når det ikke er «nødvendig at kontrollere» om det foreligger en vesentlig endring etter fjerde ledd.³⁸⁶ Også andre eksempler på den type lovgivningsteknikk viser at EU-lovgiver i slike tilfeller uttrykkelig viser til det overordnede vurderingstemaet og at den konkrete bestemmelsen utelukkende regulerer hva som i alle tilfeller er lovlig.³⁸⁷ Hverken art. 20 eller 77 inneholder noen indikasjoner på å være utslag av en generell norm for unntak. Samtidig er det ikke klart hvor langt det forhold at bestemmelsene ikke gir uttrykk for at de er kasuistiske

³⁸⁴ For nærmere om dette, se gjennomgangen i punkt 3.4.4.

³⁸⁵ Se i den retning Fløistad (2018) s. 4. Goller (2015) s. 7 kan også forstås slik.

³⁸⁶ Direktiv 2014/24/EU art. 72 (2).

³⁸⁷ Et aktuelt eksempel som Fløistad (2018) s. 16 tar opp er konkurranserettens gruppeunntak. Andre aktuelle eksempler er unntaket i statsstøtteretten for støtte fordi de ikke har påvirkning på samhandelen, f.eks. Kommisjonsforordning 651/2014. Felles for dem alle er at de tydelig understreker at de er minimumsregler og ikke mer.

utslag av noe som er lov kan tale for at de nettopp ikke er det. Etter min mening er det derfor ikke avgjørende i motsatt retning at unntakene ikke definerer seg selv som de-minimis-regler.

Som nevnt i punkt 3.3 har lovgivningsprosessen som ledet frem til vedtagelsen av anskaffelsesdirektivet blitt trukket frem av en rekke utredninger som har vurdert lovligheten av en generell reservasjonsadgang. Et forhold som har blitt trukket frem av flere utredninger er at art. 77, som angir det unntaket som klart nok ligger nærmest innføringen av en generell adgang, kom inn sent i lovgivningsprosessen.³⁸⁸ Resonnementet bygger på en antagelse om at bestemmelsen kun ble akseptert fordi den ikke var en utvidelse av handlingsrommet, men kun en stadfesting av et handlingsrom som uansett eksisterte. Motsatt kan imidlertid den sene innføringen etter mitt syn like gjerne tolkes slik at motstanden mot et slikt unntak var stor. Det er derfor vanskelig å trekke klare slutninger fra det forhold at bestemmelsen først kom inn i direktivet i de avsluttende trilogforhandlingene.

Et interessant funn fra lovgivningsprosessen er de to forslagene til reservasjonsadgang som ble nevnt allerede i punkt 3.3. Gjennomgangen der viste at to forslag som ville gitt hjemmel for en generell reservasjonsadgang kom opp under lovgivningsprosessen. De ble imidlertid ikke tatt med i det endelige direktivet. At forslagene ble avvist kan være en klar indikasjon på at EU-lovgiver tok stilling til om en generell reservasjonsadgang skulle være innføres, og kom til at den ikke skulle være med. At forslagene ikke er med kan altså være en indikasjon på EU-lovgivers vilje som kan spille inn ved tolkningen.

Som nevnt innledningsvis har ikke forarbeider den samme vekten ved tolkning i EU-retten som i norsk rett. Det finnes imidlertid eksempler i EU-domstolens egen praksis på at forslag som ikke er kommet med i direktivets endelige tekst er trukket inn ved tolknigen av direktivets øvrige bestemmelser, da som et argument mot et tolkningsresultat

³⁸⁸ Goller (2015) s. 7 og Fløistad (2017) s. 13.

i tråd med forslaget som ikke ble vedtatt.³⁸⁹ Disse eksemplene gjelder imidlertid forslag som forelå i Kommisjonens opprinnelige forslag, men som ikke kom med som følge av endringer under forhandlingene mellom Rådet, Parlamentet og Kommisjonen. I *Runevic-Vardyn & Wardyn* ble et forslag fra Parlamentet tillagt samme betydning.³⁹⁰ Men den avgjørelsen gjaldt Unionsborgerdirektivet, som er vedtatt i tråd med den spesielle lovgivningsprosedyren. I et slikt tilfelle vil Parlamentets forslag til Rådet ha samme status som Kommisjonens forslag.³⁹¹

Forslagene om innføring av en generell reservasjonsadgang er to forslag fra enkeltmedlemmer i to komiteer i Parlamentet. Det er ikke senere spor av forslagene i Parlamentets enhetlige forslag.³⁹² Det er da svært usikkert hvorvidt forslagene bør tillegges noen som helst vekt. Bakgrunnen for at forslagene skulle ha betydning er at de er en indikasjon på hva EU-lovgiver bevisst har vurdert. Når forslaget ikke kan spores noen andre steder enn i enkeltkomiteer i Parlamentet, har det slik jeg ser det begrenset med verdi for spørsmålet om hva EU-lovgiver har tatt stilling til.

Som drøftelsen har vist, er det reell usikkerhet knyttet til om anskaffelsesdirektivet kan suppleres med et unntak som gir adgang til å reservere kontrakter for ideelle aktører. Strukturen i direktivets regler indikerer at direktivet angir et uttømmende sett med hovedregler og unntak. Men dette regelsettet er ikke omfattende og reservasjon er et tiltak som det etter sin art, fordi det ikke innebærer en fravikelse av direktivets prosedyrer, er liten grunn til å tro at EU-lovgiver bevisst ønsket å begrense. Jeg er derfor kommet til at direktivet på dette grunnlaget kan suppleres med et unntak for reservasjon for ideelle i den grad det er i tråd med de alminnelige reglene om fri bevegelighet.

³⁸⁹ Et illustrerende eksempel på slik bruk av forarbeider er sak C-203/09 *Volvo* avsnitt 40, hvor EU-domstolen satt foten ned for en tolkning som ville utvidet et unntak i tråd med en foreslått endring som ikke kom med. Tilsvarende slutning ble også trukket av EU-domstolen i sak C-17/96 *Badische Efrischung-Getränke*, som også gjaldt et forslag fra Kommisjonen som ikke ble fulgt opp i den endelige direktivteksten.

³⁹⁰ Sak C-391/09 *Runevic-Vardyn & Wardyn* avsnitt 46.

³⁹¹ Se nærmere om dette i Lenaerts og Gutierrez-Fons (2014) s. 31.

³⁹² A7-0007/2013.

4.3.5 Indre kjerne av kompetanse

På tross av konklusjonen i avsnitt over, skal det her ses nærmere på en siste tilnærming til problemstillingen. Spørsmålet i dette avsnittet er om det for enkelte typer av tiltak er rettslige skranker for EU-lovgivers kompetanse til å harmonisere. I skisseringen av utgangspunktene under punkt 4.2 var konklusjonen at spørsmålet ikke var et spørsmål om unntaket for lovlige restriksjoner var en rettslig skranke. I dette avsnittet utfordres det utgangspunktet, idet spørsmålet er om medlemsstatene har en kompetanse til å innføre enkelte tiltak til beskyttelsen av allmenne ikke-økonomiske formål uten hensyn til sekundærlovgivning. Dersom det er slik, er spørsmålet om dét kan gjelde for medlemsstatenes adgang til å innføre en reservasjonsadgang for ideelle aktører.

Det er ingen i teorien som eksplisitt hevder et slikt syn. Drijber og Stergiou kan forstås i den retning når de under henvisning til *Agusta Helicopters* antar at EU-domstolen er «prepared to recognize rule of reason exceptions» for anskaffelser både over og under terskelverdi.³⁹³ Som en generell regel er det alt for generelt å hevde, idet det ville gjort utgangspunktet om harmonisering virkningsløst. Når det er sagt, kan det være en kjerne i utsagnet som er riktig ved at det for enkelte typer av tiltak er en begrensning på hvor langt EU-lovgiver kan gå i å frata medlemsstatene sitt handlingsrom.

I så måte er EU-rettens innvirkning på nasjonale velferdssystem av betydning. EU-rettens innflytelse på organiseringen av medlemsstatenes velferdstjenester er, og skal være, begrenset. I en rekke avgjørelser har EU-domstolen tatt utgangspunkt i nettopp det; et eksempel som tidligere er nevnt, er *Kommisjonen mot Tyskland*, hvor EU-domstolen uttaler at «fællesskabsretten (..) begrænser [ikke] medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres offentlige sundhedssystemer og sociale sikringssordninger».³⁹⁴

Dersom EU-domstolens uttalelser forstås bokstavelig, vil EU-retten være enhver påvirkning av medlemsstatenes organisering uvedkom-

³⁹³ Drijber og Stergiou (2009) s. 835.

³⁹⁴ Sak C-141/07 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 22.

mende. Dét vil kunne innebære at direktivet ikke kan sette begrensninger på adgangen til å reservere kontrakter, fordi det er en del av norske myndigheters organisering av velferdstjenester. Som tidligere nevnt, er det likevel klart at Domstolens uttalelser ikke kan forstås så absolutt. Utgangspunktet etterfølges i de samme sakene med en konstatering av at kompetansen må utøves i tråd med EU-retten.³⁹⁵ Utgangspunktet må derfor her – som ellers – være at organiseringen av velferdstjenester skal gjøres i tråd med EU-retten, herunder gjeldende sekundærlovgivning. Det er imidlertid ikke til hinder for at EU-lovgivers kompetanse til å harmonisere og stramme inn adgangen til å innføre restriktive tiltak kan være begrenset. Så lenge tiltaket uansett må være i tråd med de alminnelige reglene, vil det ikke være tale om å sette EU-retten ut av spill som sådan.

At EU-lovgiver ikke har kompetanse til å organisere medlemsstatenes velferdstjenester, har ikke bare forankring i EU-domstolens praksis, men kommer også til uttrykk i anskaffelsesdirektivets art. 1 femte ledd. Den bestemmer at direktivet ikke berører «den måte, hvorpå medlemsstaterne udformer deres sosialsikringsordninger». Bestemmelsen indikerer at begrensningen i EU-rettens kompetanse også gjelder overfor sekundærlovgivning, og ikke er begrenset til de alminnelige reglene. I teorien er bestemmelsen ikke forstått som en unntakelse av disse tjenestene fra direktivets virkeområde,³⁹⁶ men uten at den angir et eget unntak, vil den utvilsomt innebære at virkningene tolkninger av direktivet har for medlemsstatenes organisering av velferdstjenester, har betydning for fastleggelsen av direktivets regler.

Det kan derfor hevdes at sekundærlovgivning som går for langt i å begrense den fleksibiliteten medlemsstatene har i tråd med kompetansen til å innføre lovlige restriksjoner ved organiseringen av velferdstjenester, må fortolkes innskrenkende for å sikre at EU-retten ikke *de facto overtar* kompetanse til organisering av velferdstjenester. Konsekvensen av *det* vil være at deler av kompetansen som ligger i unntaket for lovlige restriksjoner, vil forbli hos medlemsstatene selv når det er gitt sekundærlovgivning

³⁹⁵ Ibid. avsnitt 23.

³⁹⁶ Steinicke (2018) s. 132.

på området. I så fall må det foretas en avveining av hensynet til det offentliges eksklusive kompetanse til å organisere egne velferdstjenester mot hensynet til markedsåpning og konkurranse.

Utviklingen av det anskaffelsesrettslige kontraktsbegrepet kan kaste lys over hvordan hensynet til nasjonalstatenes handlingsrom virker inn på hvilke anskaffelser som omfattes av direktivet. EU-domstolen har gjennom sin praksis utviklet egne retningslinjer for hvilke typer kontrakter som omfattes av anskaffelsesreglene.³⁹⁷ I denne praksisen har EU-domstolen utvidet retten til å løse oppgaver i egenregi, også når det offentlige benytter aktører *utenfor* egen organisasjon. Det interessante i denne sammenheng, er at utvidelsen av reglene om egenregi er resultatet av en avveining av hensynet til det offentliges organisasjonsfrihet på den ene siden og hensynet til markedsåpning og konkurranse på den annen. Som Wiggen uttaler det, ligger denne avveiningen «implisitt i utviklingen av unntaket for utvidet egenregi».³⁹⁸ Utviklingen av unntaket for utvidet egenregi illustrerer at avveiningen av direktivets grunnleggende hensyn kan lede til utviklingen av unntak uten nærmere holdepunkter i direktivets ordlyd.

Spørsmålet er derfor om en generell reservasjonsadgang, begrunnet i de alminnelige reglene om fri bevegelse, kan få fotfeste også innenfor direktivet som følge av en avveining mellom hensynet til medlemsstatenes organisering av velferdstjenester og hensynet til markedsåpning og konkurranse.

På den ene side griper anskaffelsesdirektivet, ved å stå i veien for å reservere kontrakter for ideelle aktører, inn i medlemsstatenes kompetanse til å organisere egne velferdstjenester. Hensynet til å overlate organiseringen av velferdstjenester til medlemsstaten taler følgelig for å åpne for et unntak. Valget om å kun kjøpe enkelte tjenester fra en bestemt gruppe økonomiske aktører dreier seg *ikke* om vern av nasjonale aktører, men heller spørsmålet om hvordan myndighetenes samlede midler kan gi et så godt utvalg av helse- og sosialtjenester som mulig.

³⁹⁷ Den grunnleggende avgjørelsen for utviklingen av utvidet egenregi er sak C-107/98 *Teckal*.

³⁹⁸ Wiggen (2013) s. 37.

At den overordnede målsetningen ikke er konkurransebegrensning, men en variert miks av leverandører gjør at hensynet til markedsåpning og konkurranse likevel kan ivaretas, selv om konkurransen vitterlig begrenses.

På den annen side er de eksemplene EU-domstolens praksis gir for når en slik overordnet hensynsavveining kan gi grunnlag for egne unntak få. Også kontraktsbegrepets rammer for utvidet egenregi er snevre.³⁹⁹ Selv om hensynet til det offentliges kompetanse til å organisere egne velferdstjenester gis stor vekt, viser EU-domstolens praksis at det skal mye til for at slike betraktninger gir grunnlag for rene unntak. Av betydning er også den utviklingen som har skjedd i hvilken vekt EU-domstolen tillegger kjennetegn ved ideelle aktører når lovligheten av å prioritere dem vurderes mot de alminnelige reglene om fri bevegelse. Som vist i punkt 2.3, har utviklingen beveget seg i retning av større gjennomslag for hensynet til markedsåpning og konkurranse. Videre har reservasjonsadgangen begrenset betydning for det offentliges organisering av velferdstjenester i et større perspektiv. En manglende adgang til reservasjon har ikke betydning for hvilke tjenester det offentlige kan levere, eller omfanget av tjenester det offentlige er forpliktet til å levere overfor befolkningen. Det dreier seg således om et begrenset innhugg i medlemsstatenes kompetanse til å organisere egne velferdstjenester.

Medlemsstatenes kompetanse gjelder ikke uten begrensninger. I en slik situasjon er det vanskelig å se en manglende reservasjonsadgang som et så stort inngrep i medlemsstatenes kompetanse, at et unntak må fortolkes inn i direktivet. Det er derfor ikke grunnlag for å se vise til at kompetansen til å reservere for ideelle aktører i tråd med de alminnelige reglene om fri bevegelse er en kompetanse som medlemsstatene har i behold.

³⁹⁹ Ibid. s. 38.

4.4 Sammenfatning

Gjennomgangen av de ulike tilnærmingene har kastet lys over hvordan det nærmere forholdet mellom primær- og sekundærrett er. Utgangspunktene er klare. Gjennom kompetansen til å gi harmoniserende lovgivning, overtar EU-lovgiver kompetansen til å subsumere under unntaket for lovlige restriksjoner. På grunn av særegenhetene ved anskaffelsesdirektivet, er det imidlertid holdepunkter for at dette ikke gjelder helt *generelt* for anskaffelsesdirektivet. Mindre klart er det om utgangspunktet likevel gjelder for spørsmålet om reservasjon *spesielt*.

Drøftelsen viser også at enkelte av begrunnelsene for at anskaffelsesdirektivet kan suppleres med en lovlig restriksjon, virker å være lite holdbare i lys av de generelle utgangspunktene skissert i punkt 4.2. Selv om prinsippene i direktivet og etter de alminnelige reglene er de samme, betyr det ikke at unntak fra dem er de samme. Og direktivets art. 76 første ledd er antagelig ikke en henvisning til rettstilstanden under de alminnelige reglene. Avslutningsvis viste drøftelsen at det ikke er grunnlag for å se EU-lovgivers kompetanse til å harmonisere bort en reservasjonsadgang som begrenset, slik at direktivet må fortolkes i tråd med en reservasjonsadgang begrunnet i de alminnelige reglene om fri bevegelighet.

Drøftelsene i kapittelet her har vist at den mest farbare veien for å begrunne enn generell reservasjonsadgang for tjenester omfattet av direktivet, er at anskaffelsesdirektivets særpreg gjør at de alminnelige utgangspunktene om forholdet mellom primær- og sekundærrett ikke uten videre er anvendelig. Dette leder til spørsmålet om EU-lovgiver mente at anskaffelsesdirektivet skulle angi adgangen til å reservere kontrakter uttømmende. Det er et svært tvilsomt spørsmål, men drøftelsen her har argumentert mot at det er tilstrekkelige holdepunkter i direktivets regler for at målet var en uttømmende reservasjonsadgang.

På bakgrunn av dette er konklusjonen at anskaffelsesdirektivet kan suppleres med en generell adgang til å reservere kontrakter i den grad det er i tråd med de alminnelige reglene om fri bevegelighet.

5 Konklusjon og refleksjon

Denne avhandlingen har drøftet EØS-rettens betydning for adgangen til å reservere kontrakter om helse- og sosialtjenester for ideelle aktører. Fremstillingen har vist at det er et grunnleggende skille mellom de *alminnelige reglene* om fri bevegelighet og *anskaffelsesdirektivets* regler.

I henhold til de *alminnelige reglene* om fri bevegelighet vil reservasjon utgjøre en restriksjon på friheten til etablering eller tjenesteyting. Reservasjon er derfor et tiltak som må rettferdiggjøres. Dersom det innføres en generell reservasjonsadgang, må også lovgivers beslutning om å innføre en slik adgang rettferdiggjøres. Fremstillingen har vist at *innføringen* av en reservasjonsadgang trolig er lovlig. Spørsmålet er hvilke vilkår som gjelder for når den kan benyttes. Drøftelsene har her pekt på utfordringen ved å anvende konkrete vilkår utpenslet for andre faktiske forhold enn hva som er situasjonen ved bruk av reservasjon overfor ideelle aktører i en norsk kontekst. Konklusjonen er at det må foretas en prøving av om reservasjon er en egnet, nødvendig og forholdsmessig restriksjon. Fremstillingen har vist at det er tvilsomt hvorvidt reservasjon er *det*, men at det trolig er et visst handlingsrom for reservasjon for tjenester som kan ytes på ulike måter, hvor det er få ideelle i markedet og behovet for brukertilpasning er stort. Som nevnt har fremstillingen vist at de kriteriene departementet legger til grunn i sitt forslag for når konkrete beslutninger om å reservere kontrakter er lovlige, ikke er dekkende for når en konkret beslutning er i tråd med EØS-retten. Dersom forslaget vedtas slik det ble foreslått, er det derfor en risiko for at enkeltbeslutninger om å reservere er i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Anskaffelsesdirektivet inneholder ikke en generell hjemmel til å reservere kontrakter for ideelle aktører, og direktivets generelle krav til likebehandling av økonomiske aktører står i utgangspunktet i veien for en generell reservasjonsadgang. Direktivet gir videre grunnlag for å reservere kontrakter for andre typer organisasjoner, og angir et unntak for ideelle leverandører av nød- og beredskapstjenester. Det reiser spørsmål ved om direktivet uttømmende angir adgangen til å reservere kontrakter

for bestemte grupper av økonomiske aktører. Prosessen som ledet frem til anskaffelsesdirektivet viser at de unntakene direktivet inneholder, er resultat av helt konkrete ønsker fra enkelte eller grupper av medlemsland. Isolert tilsier dette at reservasjonsadgangen i direktivet er uttømmende. For å underlegge spørsmålet en tilfredsstillende analyse, var det imidlertid nødvendig å vurdere spørsmålet i relasjon til mulige grunnlag for å gjøre unntak fra direktivet.

Fremstillingens hovedvekt ligger der på spørsmålet om unntaket for lovlige restriksjon i de alminnelige reglene om fri bevegelighet *kan supplere direktivets egne regler* om reservasjon. Svaret på spørsmålet er tvilsomt. Målet med fremstillingen har på dette punktet gått noe utover et rent svar på det rettsdogmatiske spørsmålet. Gjennom en skissering av ulike tilnærminger til problemstillingen, har fremstillingen forsøkt å klargjøre grunnlaget for en antagelse om at unntaket for lovlige restriksjoner kan supplere direktivets regler. Sett i lys av de alminnelige EU/EØS-rettslige utgangspunktene, har dette gitt interessante funn med hensyn til hvordan en slik antagelse kan og bør begrunnes. Den mest farbare vei synes å være at anskaffelsesdirektivet er særegent i natur, og at EU-lovgiver ikke mente å uttømmende harmonisere adgangen til å reservere kontrakter for bestemte grupper av økonomiske aktører. I så fall er konklusjonen at adgangen til å innføre en generell reservasjonsadgang er i behold, dersom det kan rettfærdiggjøres i henhold til de alminnelige reglene om fri bevegelighet.

Samtidig vil en innføring av en generell adgang slik den departementet har foreslått være betenkelig både for anskaffelser i og utenfor anskaffelsesdirektivet. Selv om direktivet åpner for innføringen av en generell reservasjonsadgang, beror lovligheten av enkeltbeslutningene både i og utenfor direktivet på kravene som følger av de alminnelige reglene om fri bevegelighet. Fremstillingen har der vist at kriteriene i departementets forslag ikke er styrende for når enkeltbeslutninger er lovlige, men at vurderingen må bero på om en alminnelig vurdering av om reservasjon kan rettfærdiggjøres som en restriksjon.

Konklusjonen er imidlertid at konkurranser om helse- og sosialtjenester både i og utenfor direktivet *kan* reserveres for ideelle aktører, i den

grad det etter en konkret vurdering er egnet, nødvendig og forholdsmessig for å nå målet om en miks av leverandører av helse- og sosialtjenester.

Selv om konklusjonen i denne avhandlingen er at innføringen av en generell reservasjonsadgang kan være i tråd med anskaffelsesdirektivet, har drøftelsene også vist at det spørsmålet er svært tvilsomt. Videre har drøftelsene vist at innføringen av en slik adgang trolig burde begrunnes på en annen måte. Uansett er det en høyst reell mulighet for at en domstol kommer til at direktivet ikke åpner for en slik generell reservasjonsadgang. Dersom det er slik at anskaffelsesdirektivet uttømmende angir adgangen til å reservere kontrakter for bestemte økonomiske aktører, vil innføringen av departementets forslag, og enhver bruk av reservasjonsadgang for anskaffelser omfattet av direktivet, være i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser.

En kort skissering av de mulige konsekvensene av slik EØS-strid er godt egnet til å illustrere forskjellen på virkningen i intern rett motstrid har for ulike EØS-rettslige forpliktelser. Begge tilfeller av motstrid vil pålegge Norge en folkerettslig forpliktelse til å endre rettsstilstanden. Den interessante forskjellen er virkningen internt i norsk rett, hvor det også vil være et grunnleggende skille mellom de alminnelige reglene om fri bevegelighet og direktivets regler.

De alminnelige reglene i EØS-avtalens hoveddel er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1, og gitt forrang i lovens § 2. Dersom en anskaffelse ikke oppfyller kravene til forholdsmessighet, slik de er skissert i punkt 2.5.3, vil EØS-avtalens krav gå foran forskriftens kriterier. Det vil da ikke ha betydning om forskriften angir andre vilkår for å reservere kontrakten, fordi de alminnelige reglene er gjennomført i norsk rett og dermed fungerer som primært rettsgrunnlag ved tolkningen av de konkrete vilkårene for å reservere kontrakten.

Det er ikke like opplagt at motstrid begrunnet i anskaffelsesdirektivets regler kan håndheves tilsvarende.⁴⁰⁰ Siden norsk retts forhold til folkeretten bygger på det dualistiske prinsipp, kan ikke Norges folkerettslige forpliktelser påberopes som primært rettsgrunnlag internt i norsk rett

⁴⁰⁰ Det ses her bort fra at norske domstoler i forbindelse med et søksmål om erstatning prejudisielt tar stilling til eventuell motstrid med direktivet.

før de er gjennomført i norsk rett. Anskaffelsesdirektivet er ikke gjennomført i norsk rett. Det innebærer at anskaffelsesdirektivet ikke kan påberopes som grunnlag for rettsvirkninger internt i norsk rett. I tråd med presumpsjonsprinsippet skal imidlertid norsk rett presumeres å være i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser. Dersom direktivet er til hinder for innføringen av en generell reservasjonsadgang, og det er nettopp dét som innføres, er det stilles imidlertid begrenset hvor langt presumpsjonsprinsippet, anvendt i tråd med kriteriene Høyesterett la til grunn i Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*, rekker. Det synes da som at man vil være utenfor det som «med rimelighet kan anses som tolkning av lovbestemmelsen».⁴⁰¹ Domstolen må da i tråd med det dualistiske prinsipp legge den EØS-stridige bestemmelsen til grunn.

Den generelle reservasjonsadgangen er imidlertid foreslått innført i forskrift. Forskriftsbestemmelsen vil igjen bygge sin gyldighet på en tilstrekkelig hjemmel i anskaffelsesloven. Som Arnesen og Stenvik påpeker, må også forskriftshjemmelen, fortolkes i lys av presumpsjonsprinsippet.⁴⁰² Spørsmålet er om anskaffelsesloven § 7a gir forvaltningen kompetanse til å vedta en bestemmelse i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Dét spørsmålet beror på en vurdering etter de kriteriene Høyesterett la til grunn i *Finanger I*. Dersom anskaffelsesdirektivet er til hinder for en vedtatt reservasjonsadgang, vil EØS-retten stille den private (i betydningen de kommersielle) i en gunstigere stilling vis-à-vis offentlige myndigheter. I en slik situasjon legger Fredriksen og Mathiesen til grunn at de beste grunner taler for å sette forskriften til side.⁴⁰³ Det er derfor ikke grunnlag for å *prinsipielt utelukke* at også EØS-strid med grunnlag i motstrid med anskaffelsesdirektivet kan ha betydning for forskriftens gyldighet.

Uavhengig av om innføringen av en generell reservasjonsadgang er i tråd med direktivet eller ikke, beror lovligheten av både å innføre en slik adgang og de konkrete enkeltbeslutningene som treffes på grunnlag av den, på en konkret vurdering opp mot kravene til å rettferdiggjøre

⁴⁰¹ Rt. 2000 s. 1811 s. 1831.

⁴⁰² Arnesen og Stenvik (2015) s. 132.

⁴⁰³ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 419.

restriksjoner på fri bevegelse. Dette fremgår etter mitt syn ikke klart av departementets forslag til forskriftsbestemmelse, som knytter lovligheten av enkeltbeslutninger tett opp mot kriteriene utpenslet i en konkret avgjørelse. Siden de alminnelige reglene er gjennomført i norsk rett, vil kriteriene for når reservasjon er lovlig i alle tilfeller styres av disse alminnelige reglene. For å unngå ulovlige enkeltbeslutninger med de konsekvensene det kan ha, bør det overordnede vurderingstemaet derfor fremheves tydeligere i en eventuell forskriftsbestemmelse.

Kildeliste

Lovgivning

Traktater

Charteret	Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter. Konsolidert versjon 2016 (EUT 2016/C 202/01) Sitert fra Eur-lex-databasen.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, i kraft 1.1.1994. Sitert fra Lovdata.
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, i kraft 1.1.1994 Sitert fra Lovdata.
TEU	Traktat om den Europeiske Union. Konsolidert versjon 2016, (EUT 2016/C 202/02) Sitert fra Eur-lex-databasen.
TEUV	Traktat om den Europeiske Unions virkemåte. Konsolidert versjon 2016, (EUT 2016/C 202/02) Sitert fra Eur-lex-databasen.

Direktiver

Direktivene er sitert fra Eur-lex-databasen.

Direktiv 77/62/EØF	Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (opphevet).
--------------------	--

- Direktiv 93/36/EØF Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (oppevet).
- Direktiv 2004/17/EF Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (oppevet).
- Direktiv 2004/18/EF Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2004/18/EF af 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting. [Anskaffelsesdirektiv] (oppevet).
- Direktiv 2006/114/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/114/EF af 12. december 2006 om vildledende og sammenlignende reklame.
- Direktiv 2006/123/EF Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2006/123/EF af 12. desember 2006 om tjenester i det indre marked. [Tjenestedirektivet].
- Direktiv 2014/24/EU Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF [Anskaffelsesdirektivet].
- Direktiv 2014/57/EU Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/57/EU af 16. april 2014 om strafferetlige sanktioner for markedsmisbrug (direktivet om markedsmisbrug).

Kommisjonsforordninger

Kommisjonsforordningen er sitert fra Eur-lex-databasen.

Kommisjons- Kommissionens forordning (EU) nr. 651/2014
forordning (EU) af 17. juni 2014 om visse kategorier af støttes
651/2014 forenelighed med det indre marked i henhold til
traktatens artikel 107 og 108.

Lover

Lovene er sitert fra Lovdata.

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).
- 1994 Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven).
- 1994 Lov 27. november 1994 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).
- 1999 Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven).
- 2005 Lov 20. mars 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
- 2011 Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).
- 2016 Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

Forskrifter

Forskriftene er sitert fra Lovdata.

- 2006 Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (opphevet).
- 2016 Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

Forarbeider, vedtak, rapporter og andre dokumenter

Norsk rett

- Dok. Nr. 8:11 (2003–2004) Forslag fra stortingsrepresentantene Kristin Halvorsen, Karin Andersen, Olav Gunnar Ballo og Sigbjørn Molvik om å gi kommuner anledning til å inngå kontrakter med frivillige organisasjoner, som Røde Kors og Frelsesarmeen, om helse- og sosialtjenester uten anbudsutsettelse.
- Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.
- NOU: 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser — Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.
- Ideelt Nettverk (2015) Ideelt Nettverk, *Lov/forskrift om offentlige anskaffelser: Høringssvar fra Ideelt Nettverk*, 17. juni 2015, [https://www.regjeringen.no/contentassets/fc-22c5b0590a4cefb69dd8660c9b425d/ideelt-nettverk.pdf?uid=Ideelt_Nettverk.pdf] [sist sjekket 14.01.19].

Prop. 51 L (2015–2016)	Prop. 51 L (2015–2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).
Innst. 358 L (2015–2016)	Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).
NOU 2016:12	Ideell opprydding – Statlig dekning av ideelle organisasjoners historiske pensjonskostnader.
Departementet (2017)	Nærings- og fiskeridepartementet, <i>Veileder om adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører</i> , 20. desember 2017, [https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veiledning-om-hvordan-oppdragsgiver-kan-vurdere-om-det-er-adgang-til-a-reservere-konkurranser-om-anskaffelser-av-helse--og-sosialtjenester-for-ideelle-leverandorer/id2582864/] [sist sjekket 14.01.19].
Departementet (2018a)	Nærings- og fiskeridepartementet, <i>Forslag til ny forskriftsbestemmelse om adgangen til å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner</i> , 28. august 2018, [https://www.regjeringen.no/contentassets/324724635bbb4e-99b811887a83ca71b6/horingsnotat.pdf] [sist sjekket 14.01.19].

- Departementet (2018b) Nærings- og fiskeridepartementet, *Answers to the Authority's questions regarding the possible breach of EEA rules on public procurement in connection with the award of public contracts for the construction and operation of nursing homes*, 17. august 2018, [https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/eu_open/esa_ideelle_organisasjoner_17082018.pdf] [sist sjekket 14.01.19].
- Departementet (2018c) Justis- og beredskapsdepartementet, Høringssvar fra Justis- og beredskapsdepartementet, 9. november 2018, [<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/forslag-til-ny-forskriftsbestemmelse-om-adgangen-til-a-reservere-anskaffelser-av-helse--og-sosialtjenester-for-ideelle-organisasjoner/id2609347/?uid=2ed3a26b-b629-4a90-aed2-343b4f7f4fb3>] [sist sjekket 14.01.19].
- Rehabiliterings-senteret AiR (2018) Rehabiliteringssenteret AiR, Høringssvar fra Rehabiliteringssenteret AiR, 13. november 2018, [<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/forslag-til-ny-forskriftsbestemmelse-om-adgangen-til-a-reservere-anskaffelser-av-helse--og-sosialtjenester-for-ideelle-organisasjoner/id2609347/?uid=480972e2-c464-464a-a1e0-483e8735e3ed>] [sist sjekket 14.01.19].

EU/EØS-rett

- 2006/C 179/02 Kommisjonen, *Kommisjonens fortolkningsmeddelelse, om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne 2006/C 179/2*, 1. august 2006.
- A5-0378/2001 Europa-Parlamentet, *Betænkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter*, 29. oktober 2001. [<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONS-GML+REPORT+A7-2013-0007+0+DOC+PDF+V0//DA>] [sist sjekket 15.01.19]
- A7-0007/2013 Europa-Parlamentet, *Første betænkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb*, 11. januar 2013.
- Departementet (2015) Nærings- og fiskeridepartementet, *Answers to request for information concerning reservation of contracts on health and social services for non-profit organisations*, 23 november 2015, [<http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=2429>] [sist sjekket 14.01.19].

- ESA (2010) EFTA Surveillance Authority, *Decision of 21. June 2010 to close two cases against Norway commenced following a receipt of a complaint against that State in the field of public procurement*, 248/10/COL, 21. Juni 2010, [<http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=3389>] [sist sjekket 14.01.19].
- ESA (2017) EFTA Surveillance Authority, *Decision of 20. September 2017 closing a complaint case arising from an alleged unlawful discrimination of private enterprises and breach of the EEA rules on public procurement*, 154/17/COL, 20. September 2017, [<http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=3906>] [sist sjekket 14.01.19].
- KOM (2000) 275 *Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter*, 11. juli 2000.
- KOM (2000) 276 *Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester*, 21. august 2001.
- KOM (2007) 725 *Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget – Bilag til meddelelsen ”Et indre marked for Europa i det 21. århundrede” Tjenesteydelser af almen interesse, herunder sociale ydelser af almen interesse: Europas nye udfordring*, 20. november 2007.

- KOM (2011) 896 *Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om offentlige indkøb*, 20. desember 2011.
- SEC (2003) 365 *Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet i henhold til EF-traktatens artikel 251, stk. 2, andet afsnit, vedrørende Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester*, 20. mars 2003.
- SEC (2010) 1258 *Commision staff working document, Buying social: A Guide To Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*, 19. Oktober 2010. [<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2010/EN/SEC-2010-1258-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>] [sist sjekket 14.01.19].

Andre lands rett

- Crown Commercial Service (2016) *Crown Commercial Service, Guidance on the new Light Touch Regime for Health, Social, Education and certain other service contracts*, Oktober 2016, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/560272/Guidance_on_Light_Touch_Regime_-_Oct_16.pdf] [sist sjekket 14.01.19].
- SOU 2016:78 *Ordning och reda i välfärden*, 2016, [<http://www.regeringen.se/contentassets/da2cceb5d-c84389b79b48b06a5e000a/ordning-och-reda-i-valfarden-sou-201678>] [sist sjekket 14.01.19].

Rettspraksis

EU-domstolen

Sitert fra Curia.

C-2/74	<i>Reyners</i>	Jean Reyners mod Den Belgiske Stat.	ECLI:EU:C:1974:68
C-120/78	<i>Cassis de dijon</i>	Rewe-Zentral AG mod Bundes- monopolverwaltung für Branntwein	ECLI:EU:C:1979:42
C-15/83	<i>Denkavit</i>	Denkavit Nederland BV mod Hoofd- produktschap voor Akkerbouwprodukten	ECLI:EU:C:1984:183
C-182/83	<i>Fearon</i>	Robert Fearon & Company Limited mod Irish Land Commission	ECLI:EU:C:1984:335
C-221/85	<i>Kommissionen mot Belgia</i>	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien	ECLI:EU:C:1987:81
C-352/85	<i>Bond van Adverteerders and Other mot Nederland</i>	Bond van Adverteer- ders m.fl. mod den nederlandske stat	ECLI:EU:C:1988:196
C-147/86	<i>Kommissionen mot Hellas</i>	Kommissionen mot Hellas	ECLI:EU:C:1988:150

C-3/88	<i>Re Data Processing</i>	Kommisjonen mot Italia	ECLI:EU:C:1989:606
C-21/88	<i>Du Pont de Nemours Italiana</i>	Du Pont de Nemours Italiana SPA mod Unità Sanitaria locale no 2 di Carrara	ECLI:EU:C:1990:121
C-243/89	<i>Kommisjonen mot Danmark (Storebælt)</i>	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark	ECLI:EU:C:1993:257
C-71/92	<i>Kommisjonen mot Spania</i>	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Spanien	ECLI:EU:C:1993:890
C-55/94	<i>Gebhard</i>	Reinhard Gebhard mod Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano	ECLI:EU:C:1995:411
C-70/95	<i>Sodemare</i>	Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA og Anni Azzurri Rezzato Srl mod Regione Lombardia	ECLI:EU:C:1997:301
C-17/96	<i>Badische Efrischung-Getränke</i>	Badische Erfrischungs-Getränke GmbH & Co. KG mod Land Baden-Württemberg	ECLI:EU:C:1997:381

C-49/98	<i>Finalarte</i>	Finalarte Sociedade de Construção Civil L.da mod Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft	ECLI:EU:C:2001:564
C-107/98	<i>Teckal</i>	Teckal Srl mod Comune di Viano og Azienda Gas-Acqua Consorziata (AGAC) di Reggio Emilia	ECLI:EU:C:1999:562
C-324/98	<i>Telaustria</i>	Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG	ECLI:EU:C:2000:669
C-157/99	<i>Smits/Peerboms</i>	B.S.M. Smits, gift Geraets, mod Stichting Ziekenfonds VGZ og H.T.M. Peerbooms mod Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen	ECLI:EU:C:2001:404
C-164/99	<i>Portugaia Construções</i>	Straffesag mod Portugaia Construções	ECLI:EU:C:2002:40
C-268/99	<i>Jany</i>	Aldona Malgorzata Jany m.fl. mod Staatssecretaris van Justitie	ECLI:EU:C:2001:616
C-475/99	<i>Ambulanz Glöckner</i>	Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz.	ECLI:EU:C:2001:577

C-92/00	<i>HI</i>	Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v Stadt Wien	ECLI:EU:C:2002:379
C-21/03 og C-34/03	<i>Fabricom mot Belgia</i>	Fabricom SA mod den belgiske stat	ECLI:EU:C:2005:127
C-210/03	<i>Swedish Match</i>	Swedish Match AB og Swedish Match UK Ltd mod Secretary of State for Health	ECLI:EU:C:2004:802
C-507/03	<i>An Post</i>	Kommissionen for De Europæiske Fælles- skaber mod Irland	ECLI:EU:C:2007:676
C-532/03	<i>Kommisjonen mot Irland</i>	Kommissionen for De Europæiske Fælles- skaber mod Irland.	ECLI:EU:C:2007:801
C-136/04	<i>Deutsches Milchkontor</i>	Deutsches Milch- Kontor GmbH mod Hauptzollamt Hamburg-Jonas	ECLI:EU:C:2005:716
C-340/04	<i>Carbotermo og Consorzio Alisei</i>	Carbotermo SpA og Consorzio Alisei mod Comune di Busto Arsizio og AGESP SpA.	ECLI:EU:C:2006:308

C-372/04	<i>Watts</i>	Yvonne Watts mod Bedford Primary Care Trust og Secretary of State for Health	ECLI:EU:C:2006:325
C-220/05	<i>Jean Auroux</i>	Jean Auroux m.fl. mod Commune de Roanne	ECLI:EU:C:2007:31
C-337/05	<i>Agusta Helicopters</i>	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik	ECLI:EU:C:2008:203
C-147/06 og C-148/06	<i>SECAP</i>	SECAP SpA (C-147/06) og Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) mod Comune di Torino	ECLI:EU:C:2008:277
C-141/07	<i>Kommissionen mot Tyskland</i>	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Forbundsrepublikken Tyskland	ECLI:EU:C:2008:492
C-171/07 og C-172/07	<i>DocMorris</i>	Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (C-171/07) og Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) mod Saarland og Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales.	ECLI:EU:C:2009:316

C-213/07	<i>Michaniki</i>	Michaniki AE mod Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikrateias	ECLI:EU:C:2008:731
C-47/08	<i>Kommisjonen mot Belgia</i>	Europa-Kommis- sionen mod Konge- riget Belgien	ECLI:EU:C:2011:334
C-91/08	<i>Wall</i>	Wall AG mod La ville de Francfort-sur-le- Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH	ECLI:EU:C:2010:182
C-160/08	<i>Tyske ambulansetjenester</i>	Europa-Kommis- sionen mod Forbunds- republikken Tyskland	ECLI:EU:C:2010:230
C-271/08	<i>Kommisjonen mot Tyskland</i>	Europa-Kommis- sionen mod Forbunds- republikken Tyskland	ECLI:EU:C:2010:426
C-305/08	<i>Conisma</i>	Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) mod Regione Marche	ECLI:EU:C:2009:807
C-438/08	<i>Kommisjonen mot Portugal</i>	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Portugisiske Republik	ECLI:EU:C:2009:651
C-565/08	<i>Kommisjonen mot Italia</i>	Kommisjonen mot Italia	ECLI:EU:C:2011:188

C-203/09	<i>Volvo</i>	Volvo Car Germany GmbH Mod Autohof Weidensdorf GmbH	ECLI:EU:C:2010:647
C-226/09	<i>Kommissjonen mot Irland</i>	Europa-Kommissionen mod Irland	ECLI:EU:C:2010:697
C-372/09 og C-373/09	<i>Peñarroja</i>	Josep Peñarroja Fa.	ECLI:EU:C:2011:156
C-391/09	<i>Runevic-Vardyn & Wardyn</i>	Runevic-Vardyn & Wardyn mod Vilniaus Miesto Savivaldybes Administracija and Others	ECLI:EU:C:2011:291
C-95/10	<i>Strong Seguranca</i>	Strong Segurança SA mod Município de Sintra og Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança	ECLI:EU:C:2011:161
C-159/11	<i>Lecce</i>	Azienda Sanitaria Locale di Lecce og Università del Salento mod Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl	ECLI:EU:C:2012:817
C-210/11 og C-211/11	<i>Medicom</i>	État Belge mot Medicom SPRL og Maison Patrice Alard SPRL	ECLI:EU:C:2013:479

C-539/11	<i>Ottica New Line</i>	Ottica New Line di Accardi Vincenzo mod Comune di Campobello di Mazara	ECLI:EU:C:2013:591
C-20/12	<i>Giersch</i>	Elodie Giersch m.fl. mod Storhertugdømmet Luxembourg	ECLI:EU:C:2013:411
C-220/12	<i>Thiele Meneses</i>	Andreas Ingemar Thiele Meneses mod Region Hannover	ECLI:EU:C:2013:683
C-221/12	<i>Belgacom</i>	Belgacom NV mod Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) m.fl.	ECLI:EU:C:2013:736
C-336/12	<i>Manova</i>	Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S.	ECLI:EU:C:2013:647
C-113/13	<i>Spezzino</i>	Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. mod San Lorenzo Soc. coop. Sociale og Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus	ECLI:EU:C:2014:2440

C-593/13 *Rina Services* Presidenza del ECLI:EU:C:2015:399
Consiglio dei Ministri,
Consiglio di Stato,
Consiglio Superiore dei
Lavori Pubblici, Au-
torità per la Vigilanza
sui Contratti Pubblici
di lavori, servizi e
forniture, Conferenza
Unificata Stato Regioni,
Ministero dello
Sviluppo Economico
delle Infrastrutture e
dei Trasporti, Minis-
tero per le Politiche
europee, Ministero
dell' Ambiente e della
Tutela del Territorio
e del Mare, Ministero
per i beni e le attività
culturali, Ministero
dell' Economia e delle
Finanze, Ministero
degli Affari esteri
mot Rina Services
SpA, Rina SpA, SOA
Rina Organismo di
Attestazione SpA

C-50/14 *Casta* Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) m.fl. mod Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) og Regione Piemonte ECLI:EU:C:2016:56

Generaladvokatuttalelser

Sitert fra Curia.

C-2/74 *Reyners* Jean Reyners mod Den Belgiske Stat. Generaladvokat Mayras. ECLI:EU:C:1974:59

C-70/95 *Sodemare* Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA og Anni Azzurri Rezzato Srl mod Regione Lombardia. Generaladvokat Fennelly. ECLI:EU:C:1997:55

C-19/00 *SIAC Construction* SIAC Construction Ltd mod County Council of the County of Mayo. Generaladvokat Jacobs. ECLI:EU:C:2001:266

- C-113/13 *Spezzino* Azienda sanitaria locale ECLI:EU:C:2014:291
n. 5 »Spezzino« m.fl. mod
San Lorenzo Soc. coop.
Sociale og Croce Verde
Cogema cooperativa
sociale Onlus. General-
advokat Wahl.
- C-593/13 *Rina* Presidenza del Consiglio ECLI:EU:C:2015:159
Services dei Ministri, Consiglio di
Stato, Consiglio Superiore
dei Lavori Pubblici,
Autorità per la Vigilanza
sui Contratti Pubblici di
lavori, servizi e forniture,
Conferenza Unificata
Stato Regioni, Ministero
dello Sviluppo Economico
delle Infrastrutture e
dei Trasporti, Ministero
per le Politiche europee,
Ministero dell' Ambiente
e della Tutela del Territorio
e del Mare, Ministero
per i beni e le attività
culturali, Ministero dell'
Economia e delle Finanze,
Ministero degli Affari
esteri mot Rina Services
SpA, Rina SpA, SOA Rina
Organismo di Attestazione
SpA Generaladvokat Cruz
Villalón

C-465/17 *Falck Rettungsdienste* Falck Rettungsdienste GmbH, Falck A/S mod Stadt Solingen. Generaladvokat Sánchez-Bordona ECLI:EU:C:2018:907

EFTA-domstolen

Sitert fra eftacourt.int

E-3/00 *Kellogg's* ESA mot Norge

E-2/06 *ESA mot Norge* ESA mot Norge

E-03/06 *Ladbrokes* Ladbrokes Ltd. mot Staten v/Kultur- og kirke departementet og Staten v/Landbruks- og matdepartementet

E-08/16 *Netfonds* Netfonds Holding ASA, Netfonds Bank AS og Netfonds Livsforsikring AS mot Den norske stat

E-08/17 *Kristoffersen* Henrik Kristoffersen mot Norges Skiforbund, støttet av Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité

Høyesterett

Sitert fra Lovdata

Sårstell Rt-2010-612

Finanger I Rt-2000-1811

Underrettsavgjørelser

Sitert fra Lovdata

LB-2018-37955

Litteratur

- Arnesen (2018) Arnesen, Finn, Article 119: Annexes and Protocols as an integral part of the Agreement, i *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christoph Vedder (red.), Baden-Baden, C.H. Beck, Hart, Nomos, Universitetsforlaget, 2018.
- Arnesen og Stenvik (2015) Arnesen, Finn, Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. Utg., Oslo, Universitetsforlaget, 2015.
- Arnesen og Wiggen (2008) Arnesen, Finn, Janicke, Wiggen, «Barnevern og EØS» *Perspektiv 02/08*, 5. mai 2008, [https://www.stortinget.no/Global/pdf/Utreddning/Perspektiv08_02.pdf] [sist sjekket 14.01.19].
- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement – Regulation in EU and UK*, Volume 1, 3. Utg. London: Sweet & Maxwell, 2014.
- Arrowsmith (2015) Arrowsmith, Sue, Rethinking the Approach to Economic Justifications under the EU's Free Movement Rules, i *Current Legal Problems*, 68 (2015) s. 307–365.

- Arrowsmith (2018) Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement – Regulation in EU and UK*, Volume 2, 3. Utg. London: Sweet & Maxwell, 2018.
- Arrowsmith og Kunzlik (2009) Arrowsmith, Sue, Peter Kunzlick, EC Regulation of Public Procurement, i *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Sue Arrowsmith, Peter Kunzlick (red.), Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Aschieri (2016) Aschieri, Annalisa, Legal and Factual Background of the Spezzino Judgment (C-113/13): Inconsistencies and Advantages of the Special Role Played by Voluntary Associations in the Functioning of the Italian Social Protection Systems, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (2016), s. 6–13.
- Barnard (2016) Barnard, Cathrine, *The Substantive Law of the EU*, Oxford, 5. Utg.: Oxford University Press, 2016.
- Bengoetxea (1993) Bengoetxea, Joxerramon, *The legal reasoning of the European Court of Justice: towards a European jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- Bull (2001) Bull, Henrik, *Det indre marked for finansielle tjenester*, Oslo, Universitetsforlaget, 2001.

- Caranta (2016) Caranta, Roberto, After Spezzino (Case-C-113/13): A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (2016), s. 14–21.
- Craig og De Búrca (2015) Craig, Paul, Gráinne De Búrca, *EU Law*, 6. Utg.: Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Drijber og Stergiou (2009) Drijber, Jan Berend, Helene Stergiou, Public Procurement and Internal Market Law, i *Common Market Law Review* 46 (2009) s. 805–846.
- Due (1997) Due, Ole, «Hvad mener de dog? (Om læsning af EU-domstolens afgørelser)», i *Festskrift til Ole Land*, Lennart Lyngé Andersen, Jens Fejø, Ruth Nielsen, (red.), København, Gadjura, 1997.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, Oslo, 2001.
- Eckhoff og Smith (2018) Eckhoff, Torstein, *Forvaltningsrett*, 11. Utg. ved Eivind Smith, Oslo, Universitetsforlaget, 2018.
- Einarsson (2018) Einarsson, Ólafur Jóhannes, Article 33 Exemptions, i *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christoph Vedder (red.), Baden-Baden, C.H.Beck, Hart, Nomos, Universitetsforlaget, 2018.
- Fenger (2014) Fenger, Niels, Forarbejders retskildeværdi i EU-retten, *Ugeskrift for Retsvæsen*, 36 (2014) s. 293–300.

- Fløistad (2017) Fløistad, Karin, *Utredning av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester*, 8. mars 2017, [https://www.regjeringen.no/contentassets/8dfcb07f91a84a-7cacd2b8f14afe84cf/0900sv_22376.pdf] [sist sjekket 14.01.19].
- Fløistad (2018) Fløistad, Karin, Adgangen til å forbeholde offentlige kontrakter til ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester etter direktiv 2014/24/EU, *Tidsskrift for Forretningsjus* nr. 2 (2018), 36 sider [ikke publisert per 15.01.19].
- Fredriksen og Mathiesen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland, Gjermund Mathiesen, *EØS-rett*, 3. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Goller (2015) Goller, Morten, «*Handlingsrom for bruk av ideelle organisasjoner*» notat til *Ideelt Nettverk fra advokatfirmaet Wiersholm, vedlegg til høringssvar fra Ideelt Nettverk til Nærings- og Fiskeridepartementet*, 17. juni 2015, [https://www.regjeringen.no/contentassets/fc22c5b0590a4cefb69dd8660c9b425d/ideelt-nettverk.pdf?uid=Ideelt_Nettverk.pdf] [sist sjekket 14.01.19].
- Graver (2006) Graver, Hans Petter, I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2006) s. 189–22.
- Hamer (2016) Hamer, Carina Risvig, Indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser (light-regime), i *Udbudsloven*, Steen Treumer (red.), København, Ex Tuto Publishing, 2016.

- Hammersvik (2018) Hammersvik, Simen, Article 65 (1) Public Procurement, i *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christoph Vedder (red.), Baden-Baden, C.H.Beck, Hart, Nomos, Universitetsforlaget, 2018.
- Hancher og Sauter (2009) Hancher, Leigh, Wolf Sauter, One foot in the grave or one step beyond? From Sodemare to DeocMorris: the EUs freedom of establishment case law concerning healthcare, *TILEC Discussion Paper* (2009) nr. 28, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1429315] [sist sjekket 14.01.19].
- Hartley (2014) Hartley, Trevor, *The Foundations of EU Law*, 8. Utg.: Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Hreinsson (2016) Hreinsson, Páll, General Principles, i *The Handbook of EEA Law*, Carl Baudenbacher (red.), Sveits, Cham: Springer International Publishing, 2016.
- Kjønstad, m.fl. (2017) Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse, Morten Kjelland, *Velferdsrett 1: Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, 6. utg., Oslo, Gyldendal, 2017.
- Lenaerts og Gutiérrez-Fons (2014) Lenaerts, Koen, José A. Gutiérrez-Fons, To Say What the law of the EU is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, *Columbia Journal of European Law* (2014) s. 3–61.

- Maduro (1998) Maduro, Miguel Poiares, *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution (A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty)*, Oxford, Hart Publishing, 1998.
- McCrudden (2009) McCrudden, Christopher, «EC public procurement law and equality linkages: foundations for interpretation», i *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Sue Arrowsmith, Peter Kunzlick (red.), Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- McGowan (2015) McGowan, David, Does the reservation of ambulance services to voluntary organisations on a cost reimbursement basis give rise to a public service contract? Case C-113/13, Azienda Sanitaria Locale No. 5 'Spezzino' v San Lorenzo Societa Cooperativa Sociale, i *Public Procurement Law Review* (2015) NA61-NA66.
- Onstad (2017) Onstad, Live Karbø, *Prioritering av ideelle aktører ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester: Prioriteringsadgangen etter alminnelig norsk forvaltningsrett og EØS-avtalens regler om tjeneste- og etableringsfrihet*, 1. juni 2017, [<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/58234/225.pdf?sequence=5&isAllowed=y>] [sist sjekket 14.01.19].

- Sanchez-Graells (2016) Sanchez-Graells, Albert, Competition and State Aid Implications of the Spezzino Judgment (C-113/13): The Scope for Inconsistency in Aid Assessments for Voluntary Organisations Providing Public Services, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (2016), s. 31–38.
- Sejersted (2014) Sejersted, Fredrik, *Rettslig vurdering av om unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres*, Oslo, 2. juni 2014, [<https://www.regjeringen.no/contentassets/cada61a19bab-448ba0c35ba4a0756fcb/sejersted.pdf>] [sist sjekket 14.01.19].
- Sejersted, m.fl. (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Sivesind (2016) Sivesind, Karl Henrik, Endring av fordelingen mellom ideelle, kommersielle og offentlige velferdstjenester i Skandinavia, i Mot en ny skandinavisk velferdsmodell? *Rapport 2016:1 Institutt for samfunnsforskning*, Sivesind, Karl Henrik (red.), 2016, [https://brage.bibsys.no/xmlui/bitstream/handle/11250/2442438/Rapport_R_01_2016_v5-1.pdf?sequence=1&is-Allowed=y] [sist sjekket 14.01.19].
- Slot (1996) Slot, Piet Jan, Harmonisation, *European Law Review* (1996) s. 378–397.

- Steinicke (2018) Steinicke, Michael, i *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law*, Steinicke, Michael, Peter L. Vesterdorf (red.), Baden-Baden: C.H.Beck, Hart, Nomos, 2018.
- Tellos (2016) Telles, Pedro, The Impact of the Spezzino Judgement for Third Sector Organisations, *European Public & Private Partnership Law Review* (2016), s. 22–30.
- Torp (2019) Torp, Simon, *Reservasjon for ideelle: EØS-rettens betydning for adgangen til å reservere kontrakter for helse- og sosialtjenester for ideelle aktører*, 15. januar 2019, [kommer i DUO vitenarkiv]
- Trætteberg og Sivesind (2015) Trætteberg, Håkon Dalby, Karl Henrik Sivesind, *Ideelle organisasjoners særtrekk og merverdi på helse- og omsorgsfeltet*, Senter for forskning på sivilsamfunn og frivillig sektor, Bergen/Oslo, 2015, [<https://brage.bibsys.no/xmlui/bitstream/handle/11250/2389367/Ideelle%2borganisasjoners%2bs%25C3%25A6rtrekk%2bog%2bmerverdi%2binnenfor%2bhelse-%2bog%2bomsorgsfeltet.pdf?sequence=3&isAllowed=y>] [sist sjekket 14.01.19].
- Tridmas (2006) Tridmas, Takis, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006.

- Wennerås (2018) Wennerås, Pål, Article 6: Homogeneity, i *Agreement on the European Economic Area: A Commentary*, Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christoph Vedder (red.), Baden-Baden, C.H. Beck, Hart, Nomos, Universitetsforlaget, 2018.
- Wiggen (2013) Wiggen, Janicke, *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor*, Universitetsforlaget, 2013.

Nettsider

- Anbud365 (2018) Anbud365, *Kan gi store negative følger for privat næringsliv å reservere kontrakter for ideelle*, 30. august 2018, [<https://www.anbud365.no/kan-gi-negative-folger-for-privat-naering-sliv-a-reservere-kontrakter-for-ideelle/>] [sist sjekket 14.01.19].
- Arbeiderpartiet (2017) Arbeiderpartiet, *Arbeiderpartiets partiprogram 2017–2021*, [https://res.cloudinary.com/arbeiderpartiet/image/upload/v1/ievv_file-store/712bd5b874e24958b84c14fbef5b1a98afbfc8ae1e464cac9bcad06f24f2a85f] [sist sjekket 15.01.19]
- Deutscher Feuerwehrverband (2015) Deutscher Feuerwehrverband, *Feuerwehr-Statistik*, [<http://www.feuerwehrverband.de/statistik.html>] [sist sjekket 14.01.19].

- Government (2018) UK Government, *Introduction to Public Service Mutuals*, [<https://www.gov.uk/guidance/introduction-to-public-service-mutuals>] [sist sjekket 14.01.19].
- Klassekampen (2017) Klassekampen, *Folket sier nei til profit*, [<https://www.klassekampen.no/article/20170904/ARTICLE/170909987>] [sist sjekket 15.01.19]
- SSB (2018a) SSB, *Helseregnskap*, [<https://www.ssb.no/nasjonalregnskap-og-konjunkturer/statistikker/helsesat>] [sist sjekket 14.01.19].
- SSB (2018b) SSB, *Offentlige Innkjøp*, [<https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj>] [sist sjekket 14.01.19].

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

