|  |
| --- |
| Veileder i anskaffelser av helse- og sosialtjenester |
| **Difi mai 2018** |

Forord

Difi presenterer nå en revidert versjon av veilederen om anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Målet med veilederen er at den skal gi hjelp til fagpersoner, innkjøpere og andre som er involvert i anskaffelser av helse- og sosialtjenester.

Den reviderte veilederen er oppdatert med nytt anskaffelsesregelverk som trådte i kraft 1. januar 2017. Vårt mål med veilederen er å vise handlingsrommet i det nye regelverket. I tillegg har vi oppdatert kapitlet om offentlig støtte, samt tatt inn en omtale av de nye reglene om tjenestekonsesjoner og hvordan de kan brukes for helse- og sosialtjenester.

Veilederen beskriver særtrekkene ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester og gir eksempler. Utfyllende informasjon om nytt anskaffelsesregelverk vil dere finne på hjemmesidene til Nærings- og fiskeridepartementet og på anskaffelser.no.

Vi har fått mange nyttige innspill og bidrag i arbeidet fra en referansegruppe med representanter fra Oslo kommune, NAV, Sykehuspartner, Helse Sør-Øst, Virke, KS Bedrift NHO Service, Ideelt Nettverk og Frivillighet Norge. Difi har laget veilederen i samarbeid med Wikborg Rein Advokatfirma AS. Bente Hagelien og Trygve Laake har vært ansvarlig for Difis arbeid.

Vi håper dere finner veiledningen nyttig, men ønsker velkommen alle innspill som kan bidra til at veilederen blir bedre.

Oslo 7. april 2017

Dag Strømsnes

avdelingsdirektør

Innhold

[1 Hva er helse- og sosialtjenester 1](#_Toc479316994)

[1.1 Hvilke regler gjelder for helse- og sosialtjenester? 2](#_Toc479316995)

[1.1.1 Hvorfor det er gitt egne regler for anskaffelser av helse- og sosialtjenester 3](#_Toc479316996)

[1.2 Særtrekk ved helse- og sosialtjenester 3](#_Toc479316997)

[1.3 Aktører som tilbyr helse- og omsorgstjenester 7](#_Toc479316998)

[1.3.1 Kommersielle aktører 7](#_Toc479316999)

[1.3.2 Ideelle organisasjoner 7](#_Toc479317000)

[2 Planlegging av anskaffelser av helse- og sosialtjenester 10](#_Toc479317001)

[2.1 Avklare behov og planlegge konkurranse 10](#_Toc479317002)

[2.2 Hvordan gjennomfører du en god behovsanalyse? 10](#_Toc479317003)

[2.2.1 Kartlegg hvilke parter og grupper som bør inviteres til å definere behovene 10](#_Toc479317004)

[2.2.2 Hvordan kartlegger og beskriver du behovet 12](#_Toc479317005)

[2.2.3 Særlig om kjøp av tjenester til enkeltbrukere 14](#_Toc479317006)

[2.2.4 Tjenestedesign som metode for å fremme innovasjon 16](#_Toc479317007)

[2.2.5 Sosiale entreprenører 17](#_Toc479317008)

[2.2.6 Velferdsobligasjoner 18](#_Toc479317009)

[2.3 Rett til medvirkning 18](#_Toc479317010)

[2.4 Taushetsplikt 20](#_Toc479317011)

[2.5 Dialog med aktuelle aktører 21](#_Toc479317012)

[2.6 Lag plan og strategi for anskaffelsen 21](#_Toc479317013)

[3 Anskaffelser over EØS-terskelverdien 23](#_Toc479317014)

[3.1 Om forskriftens del IV 23](#_Toc479317015)

[3.2 Når kommer del IV til anvendelse? 24](#_Toc479317016)

[3.2.1 Unntak 24](#_Toc479317017)

[3.3 Utforming av anskaffelsesdokumentene 24](#_Toc479317018)

[3.3.1 Kunngjøring 24](#_Toc479317019)

[3.3.2 Miljø og samfunnsansvar 25](#_Toc479317020)

[3.3.3 Kommunikasjon 25](#_Toc479317021)

[3.3.4 Anskaffelsesprotokoll 25](#_Toc479317022)

[3.3.5 Forhold du kan vektlegge ved valg av leverandør til å delta i konkurransen og ved valg av tilbud 25](#_Toc479317023)

[3.3.6 Om kravet til forholdsmessighet 26](#_Toc479317024)

[3.3.7 Om evaluering av kvaliteten ved tilbud 26](#_Toc479317025)

[3.4 Krav til leverandører av helse- og sosialtjenester 27](#_Toc479317026)

[3.4.1 Skatteattest 27](#_Toc479317027)

[3.4.2 Krav til arbeids- og lønnsvilkår 27](#_Toc479317028)

[3.4.3 Andre mer spesifikke krav 28](#_Toc479317029)

[3.5 Krav til ytelsen 29](#_Toc479317030)

[3.6 Vektlegging av forhold ved tilbud 31](#_Toc479317031)

[3.6.1 Om fastsettelse av pris ved kvalitetskonkurranser 33](#_Toc479317032)

[3.7 Kontraktskrav 33](#_Toc479317033)

[3.8 Tildelingsbrev, begrunnelse og karensperiode 35](#_Toc479317034)

[3.8.1 Kunngjøring av kontraktsinngåelse 35](#_Toc479317035)

[3.9 Reserverte kontrakter for visse helse- og sosialtjenester 35](#_Toc479317036)

[3.9.1 Vilkårene for bruk av unntaket 35](#_Toc479317037)

[4 Langvarige kontrakter 38](#_Toc479317038)

[4.1 Om varighet av kontrakter 38](#_Toc479317039)

[4.1.1 Om varighet for rammeavtaler 38](#_Toc479317040)

[4.1.2 Avtaler inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse 39](#_Toc479317041)

[5 Rammeavtaler 40](#_Toc479317042)

[5.1 Om rammeavtaler 40](#_Toc479317043)

[5.2 Hensyn ved valg av kontraktstype 40](#_Toc479317044)

[5.3 Brukervalg 41](#_Toc479317045)

[5.3.1 Om forskjellige former for brukervalg 41](#_Toc479317046)

[5.3.2 Brukervalg ved enkeltkontrakt 42](#_Toc479317047)

[5.3.3 Brukervalg ved avrop på rammeavtale 42](#_Toc479317048)

[5.3.4 Brukervalg ved tjenestekonsesjonskontrakt 42](#_Toc479317049)

[5.3.5 Brukervalg ved kvalifikasjonsordning 42](#_Toc479317050)

[6 Anskaffelser under EØS-terskelverdien 44](#_Toc479317051)

[6.1 Hvilke anskaffelser er omfattet 44](#_Toc479317052)

[6.1.1 Forholdet mellom forskriftens del I og del IV 44](#_Toc479317053)

[6.1.2 Beregning av terskelverdi 44](#_Toc479317054)

[6.2 Hvilke krav gjelder 44](#_Toc479317055)

[6.2.1 Konkurranse 45](#_Toc479317056)

[6.2.2 Likebehandling 45](#_Toc479317057)

[6.2.3 Forutberegnelighet 45](#_Toc479317058)

[6.2.4 Etterprøvbarhet 46](#_Toc479317059)

[6.2.5 Forholdsmessighet 46](#_Toc479317060)

[6.3 Kunngjøring 47](#_Toc479317061)

[6.4 Krav til skatteattest 47](#_Toc479317062)

[6.5 Begrunnelse 47](#_Toc479317063)

[6.6 Karensperiode 47](#_Toc479317064)

[6.7 Krav til lønns- og arbeidsvilkår 48](#_Toc479317065)

[6.8 Miljø og samfunnsansvar 48](#_Toc479317066)

[6.9 Varighet på kontraktene 48](#_Toc479317067)

[6.10 Handlingsrom ved gjennomføring av konkurransen 49](#_Toc479317068)

[6.10.1 I hvilken grad kan konkurransen reserveres for- eller rettes mot ideell sektor? 49](#_Toc479317069)

[6.10.2 Øvrig handlingsrom for å rette anskaffelser mot ideell sektor 50](#_Toc479317070)

[6.10.3 Relevante krav å stille i konkurransen 50](#_Toc479317071)

[7 Kontrakter som reserveres for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer 52](#_Toc479317072)

[8 Unntak for kjøp av tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet 54](#_Toc479317073)

[8.1 Generelt 54](#_Toc479317074)

[8.2 Hvilke barneverntjenester er omfattet av unntaket? 55](#_Toc479317075)

[8.3 Tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 56](#_Toc479317076)

[9 Unntak på grunn av taushetsplikt ved kjøp av tjenester til enkeltbruker 57](#_Toc479317077)

[9.1 Om unntaket 57](#_Toc479317078)

[9.2 Når kommer unntaket til anvendelse 57](#_Toc479317079)

[9.2.1 Eksempel på KOFA sak om anskaffelse av rammeavtale for heldøgns omsorgstjenester 58](#_Toc479317080)

[9.3 Om gjennomføring av en anskaffelse omfattet av unntaket 59](#_Toc479317081)

[10 Konsesjonskontrakter 60](#_Toc479317082)

[10.1 Kort om bakgrunnen for det nye regelverket 60](#_Toc479317083)

[10.2 Hva er en tjenestekonsesjonskontrakt? 60](#_Toc479317084)

[10.3 Hva innebærer det at driftsrisikoen må være overført? 61](#_Toc479317085)

[10.4 Hvilke typer helse- og sosialtjenester kan være en konsesjonskontrakt? 61](#_Toc479317086)

[10.5 Systemet i konsesjonskontraktforskriften for helse- og sosialtjenester 62](#_Toc479317087)

[10.6 Om beregning av verdien på en konsesjonskontrakt 62](#_Toc479317088)

[10.7 Gjennomføringen av anskaffelser under EØS-terskelverdien 63](#_Toc479317089)

[10.7.1 Konkurranse 63](#_Toc479317090)

[10.7.2 Kunngjøring 63](#_Toc479317091)

[10.7.3 Likebehandling 63](#_Toc479317092)

[10.7.4 Forutberegnelighet 63](#_Toc479317093)

[10.7.5 Etterprøvbarhet 64](#_Toc479317094)

[10.7.6 Forholdsmessighet 64](#_Toc479317095)

[10.7.7 Begrunnelse 64](#_Toc479317096)

[10.7.8 Karensperiode 65](#_Toc479317097)

[10.7.9 Miljø og samfunnsansvar 65](#_Toc479317098)

[10.8 Gjennomføringen av anskaffelser over EØS-terskelverdien 65](#_Toc479317099)

[10.8.1 Innledning 65](#_Toc479317100)

[10.8.2 Kunngjøring 65](#_Toc479317101)

[10.8.3 Unntak fra kunngjøringsplikten 66](#_Toc479317102)

[10.8.4 Krav til elektronisk gjennomføring av konkurransen 66](#_Toc479317103)

[10.8.5 Hvilke øvrige krav gjelder for gjennomføring av konkurransen 66](#_Toc479317104)

[10.8.6 Særtrekkene ved helse- og sosialtjenester bør ivaretas 67](#_Toc479317105)

[10.8.7 Tildeling av kontrakter under en tjenestekonsesjon 67](#_Toc479317106)

[10.8.8 Etterprøvbarhet 67](#_Toc479317107)

[10.8.9 Forholdsmessighet 67](#_Toc479317108)

[10.8.10 Miljø og samfunnsansvar 68](#_Toc479317109)

[10.8.11 Tildelingsbrev, begrunnelse og karensperiode 68](#_Toc479317110)

[10.8.12 Kunngjøring av kontraktsinngåelse 69](#_Toc479317111)

[10.8.13 Varighet på kontrakten 69](#_Toc479317112)

[10.9 Konsesjonskontrakter som reserveres for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer 69](#_Toc479317113)

[11 Hvordan følge opp anskaffelsen 70](#_Toc479317114)

[11.1 Kontraktsoppfølging 70](#_Toc479317115)

[11.1.1 Oppfølging av leverandøren 70](#_Toc479317116)

[11.1.2 Følge opp leveranse og kontrakt 71](#_Toc479317117)

[11.1.3 Kvalitetsmåling – Brukerundersøkelser – Kvalitetsrevisjoner 74](#_Toc479317118)

[11.1.4 Håndtere avvik 75](#_Toc479317119)

[11.1.5 Særlig om oppfølging av rammeavtaler 76](#_Toc479317120)

[11.1 Sosial dumping 77](#_Toc479317121)

[11.1.1 Hva er sosial dumping? 77](#_Toc479317122)

[11.1.2 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår 77](#_Toc479317123)

[11.2 Avslutte kontrakt 78](#_Toc479317124)

[11.2.1 Innledning 78](#_Toc479317125)

[11.2.2 Opsjoner på forlengelse 79](#_Toc479317126)

[11.2.3 Opphør av kontraktsperioden 79](#_Toc479317127)

[11.3 Læringsutbytte 80](#_Toc479317128)

[11.3.1 Evaluere og lære 80](#_Toc479317129)

[11.3.2 Resultatvurdering, forbedring og erfaringsoverføring 80](#_Toc479317130)

[12 Offentlig støtte og tilskudd 82](#_Toc479317131)

[12.1 Innledning 82](#_Toc479317132)

[12.2 Når må du ta hensyn til reglene om offentlig støtte? 82](#_Toc479317133)

[12.2.1 Støttereglene er ikke relevante når du kjøper tjenester til markedspris 82](#_Toc479317134)

[12.2.2 Forholdet mellom anskaffelsesregelverket og reglene om støtte 83](#_Toc479317135)

[12.3 Hva er omfattet av reglene om offentlig støtte? 84](#_Toc479317136)

[12.3.1 Innledning 84](#_Toc479317137)

[12.3.2 Hva er et foretak? 85](#_Toc479317138)

[12.3.3 Hva er en økonomisk fordel? 87](#_Toc479317139)

[12.3.4 Hva er støtte gitt av offentlige midler? 88](#_Toc479317140)

[12.3.5 Hva er selektiv støtte? 89](#_Toc479317141)

[12.3.6 Når er støtte egnet til å vri konkurransen? 89](#_Toc479317142)

[12.3.7 Når er støtte egnet til å påvirke samhandelen? 89](#_Toc479317143)

[12.4 Må tilskuddsmidler kunngjøres? 90](#_Toc479317144)

[12.5 Når kan du gi offentlig støtte til helse- og sosialtjenester? 90](#_Toc479317145)

[12.5.1 Bagatellmessig støtte 91](#_Toc479317146)

[12.5.2 Kompensasjon for tjenester av allmenn økonomisk interesse 91](#_Toc479317147)

[12.5.3 Det alminnelige gruppeunntaket 95](#_Toc479317148)

# Hva er helse- og sosialtjenester

Kommuner og statlige virksomheter har et «sørge-for»-ansvar for at befolkningen tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester. Dette innebærer for eksempel at selv om en kommune velger å kjøpe omsorgstjenester fra en privat leverandør, har kommunen det overordnede ansvaret for at tjenestene tilfredsstiller lovkravene.

Det offentlige har frihet til å bestemme hvordan disse tjenestene organiseres, herunder om en tjeneste skal ytes i egen regi eller anskaffes. Hvis det offentlige velger å kjøpe tjenestene fra private aktører, gjelder anskaffelsesregelverket som den klare hovedregel. Ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester er det viktig at du tar utgangspunkt i behovene til brukerne/pasientene som tjenesten skal dekke.

Særtrekkene ved helse- og sosialtjenestene reiser noen særlige problemstillinger for anskaffelsesprosessen, og er underlagt egne regler i forskriftene.

Offentlige kjøp av helse og sosialtjenester omfatter:

* Helse- og sosialtjenesteyting, inkludert administrative helse- og boligtjenester og administrative tjenester i forbindelse med sosialtjenester (CPV-kodene 85000000-85323000, 75122000, 75123000 og 85321000)
* Tjenester tilknyttet forvaring eller rehabilitering av kriminelle, (75231200, 75231210-75231230 og 75231240)
* Tjenester for forbedring av samfunnet og støttetjenester til befolkningen og kommunale handlingsprogrammer (98133100 og 85322000)
* Tjenester innen private husholdninger og husarbeid (98513000-98514000)
* Tjenester i forbindelse med trening og utdannelse, inkludert administrative utdanningstjenester (80000000-80660000 og 75121000)

Med helse- og sosial tjenesteyting menes de kommunale helse- og omsorgstjenestene, spesialisthelsetjenestene, tannhelsetjenesten, kommunalt og statlig barnevern og fosterhjemtjenester, samt tjenester som ligger til NAV. Kategorien omfatter tjenester som sykehjemstjenester, ambulanse- og ambulansebåttjenester og administrative helse- og boligtjenester.

Tjenester tilknyttet forvaring eller rehabilitering av kriminelle og tilsynsvergetjenester kan for eksempel være fangetransport og tjenester i forbindelse med fengsling.

Tjenester innen private husholdninger og husarbeid kan for eksempel være tjenester som hjemmehjelp. Tjenester i forbindelse med trening og utdannelse omfatter blant annet tjenester som voksenopplæring og førstehjelpsopplæring.

Helse- og sosialtjenester er tjenester som er angitt i forskriftens vedlegg 3. Nærmere oversikt over de gjeldende [CPV-kodene finner du på Regjeringens nettsider](https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/forste-kolonne/regelverk-og-skjemaer-listeside/offentlige-anskaffelser-cpv-og-cpc/id2518876/).

## Hvilke regler gjelder for helse- og sosialtjenester?

De viktigste lovene som regulerer helse- og sosialtjenestene er spesialisthelsetjenesteloven, barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og pasient- og brukerettighetsloven. Tjenester for forvaring og rehabilitering av kriminelle reguleres av straffegjennomføringsloven med tilhørende forskrifter.

Kjøp av helse- og sosialtjenester er underlagt lov om offentlige anskaffelser (LOA) med tilhørende forskrifter.

I [lov om offentlige anskaffelser](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2016-06-17-73) er regelen i § 5 om miljø, menneskerettigheter og andre samfunnshensyn relevant.

I § 5 andre ledd fremgår det at offentlige oppdragsgivere kan ta hensyn til en rekke forhold i anskaffelsesprosessen:

“Oppdragsgiveren kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen, slik at offentlige kontrakter gjennomføres på en måte som fremmer hensyn til miljø, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold, forutsatt at kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen.”

I kommentaren til § 5 i lovproposisjonen står det at:

«Arbeidsforhold og «sosiale forhold» skal ikke tolkes for snevert eller antitetisk. Avgjørende for om et krav kan stilles, er om regelverkets øvrige krav er oppfylt».

Du kan lese mer om hvilke forhold som kan tilleggs vekt i omtalen av særtrekk i kapittel 1.2 og i kapittel 3 om gjennomføring av konkurranser over EØS-terskelverdiene og i kapittel 6 om konkurranser under EØS-terskelverdiene.

Det er også en egen bestemmelse om anskaffelser av helse- og sosialtjenester i lovens § 7a:

"Departementet skal ved forskrift gi særskilte regler om anskaffelser av helse- og sosialtjenester.

Departementet skal ved utformingen av forskriften særlig legge vekt på særtrekkene ved helse- og sosialtjenester. Forskriften skal bidra til å fremme viktige hensyn som mangfold, kvalitet, kontinuitet og brukermedvirkning innenfor dette tjenesteområdet"

Du kan lese mer om særtrekkene ved helse- og sosialtjenester i kapittel 1.2 og hvordan dette kan brukes i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsen i kapittel 2.

De relevante forskriftene er:

* [Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA)](https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-974)
* [Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene](https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-975?q=innkj%C3%B8psregler%20i%20forsyningssektorene)
* [Forskrift om konsesjonskontrakter](https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-976?q=konsesjonskontrakter) (konsesjonskontraktforskriften)

I denne veilederen vil vi omtale reglene i anskaffelsesforskriften og reglene om tjenestekonsesjoner*.*

Anskaffelser under EØS-terskelverdien gjøres etter FOA del 1, mens anskaffelser lik eller over terskelen følger FOA del 4. For kjøp av helse- og sosialtjenester gjelder en forhøyet EØS-terskelverdi på 6,95 millioner kroner.

Se mer om kjøp av helse- og sosialtjenester i konsesjonskontraktforskriften i kapittel 10.

### Hvorfor det er gitt egne regler for anskaffelser av helse- og sosialtjenester

Både Stortinget, regjeringen og EU-lovgiver har uttalt at det er særtrekk ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester som gjør at det ordinære anskaffelsesregelverket ikke er egnet for å gjennomføre disse anskaffelsene.

LOA § 7a fastsetter at det skal gis særskilte regler om helse- og sosialtjenester og at det da særlig skal legges vekt på særtrekkene ved slike anskaffelser.

EØS-anskaffelsesdirektivet artikkel 76 fastsetter at medlemsstatene står fritt til å fastsette regler om anskaffelser av helse- og sosialtjenester så lenge disse reglene tillater oppdragsgiverne å ta i betraktning særtrekkene ved slike anskaffelser.

Anskaffelsesregelverket er bygget på at oppdragsgiver skal sende ut en forespørsel med kvalifikasjonskrav (til leverandøren), kravspesifikasjon (til leveransen), tildelingskriterier (for vurdering av tilbudene) og kontraktskrav. Oppdragsgivers konkurransegrunnlag skal gi forutberegnelighet om hva oppdragsgiver skal kjøpe og hva oppdragsgiver vil vektlegge. Tilbyderne besvarer dette, og oppdragsgiver evaluerer tilbudene og velger leverandør. Kontrakt skal tildeles det tilbudet som best oppfyller tildelingskriteriene.

Gjennomføring av en anskaffelse etter anskaffelsesregelverket forutsetter at oppdragsgiver på tilstrekkelig måte kan beskrive etterspurte egenskaper ved tjenesten og hva som vil bli vektlagt.

Tilbyderen skal ut fra oppdragsgivers beskrivelse gi et skriftlig tilbud som sier noe om kvaliteten på tjenesten som vil bli tilbudt.

Ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester vil det i svært mange tilfeller ikke være mulig verken å beskrive fullt ut hva som etterspørres eller hva som vil være utslagsgivende ved valg av leverandør. Oppdragsgiver kan da ikke evaluere tilbyderne på en god måte og derfor ikke skille mellom leverandørene basert på informasjonen i tilbudene. Anskaffelsene må da gjennomføres på en mer fleksibel måte.

## Særtrekk ved helse- og sosialtjenester

[FOA § 30-1](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§30-1) (3) angir en ikke uttømmende liste over de særtrekkene som det kan være relevant å ivareta i en anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Her følger en kort beskrivelse av særtrekkene som er nevnt i forskriften.

#### Kvalitet

En anskaffelse skal sikre leveranse av god kvalitet på helse- og sosialtjenestene. Dette forutsetter at du har en ide om hva som utgjør god kvalitet og hvordan du skal oppnå dette.

Hvordan en tjeneste blir levert avhenger i praksis ofte av individuelle tjenesteytere på det tidspunkt tjenesten blir utført. Leverandøren kan ha lettere tilgang til informasjon om tjenestens kvalitet, endringer i brukers behov og kostnader enn oppdragsgiver.

Dette innebærer at enkelte relevante og viktige kvalitetskriterier er utfordrende å implementere i en kontrakt, fordi de enten ikke lar seg fullt ut beskrive, eller er vanskelig å observere/verifisere for andre enn leverandøren og tjenestemottaker. Dette er en særlig utfordring for helse- og sosialtjenestene når brukere/pasienter er i en utsatt posisjon. Brukerne kan gjennom brukervalg og andre former for brukermedvirkning bidra til en demokratisk kontroll med tjenestene selv om myndighetene ikke har direkte innsyn i tjenesteytingen. Disse tjenestenes karakter gjør imidlertid at brukeres og pasienters rolle som kvalitetssikrer ofte er begrenset på grunn av kognitiv svikt (for eksempel demente eller mottakere av omsorgstjenester), umyndige tjenestemottakere uten ivaretakende pårørende (barnevern) eller fordi evaluering av tjenestekvalitet krever særskilt fagkompetanse (for eksempel for spesialiserte medisinske tjenester).

Det er viktig å vurdere gevinster og kostnader i helhetlig sammenheng og lengre perspektiv. Kostnads­effektive anskaffelser på kort sikt kan være mindre effektive på lengre sikt. Stor vekt på kortsiktig innsparing kan gi høyere kostnader eller dårligere tjenestetilbud over tid.

Lav kvalitet, herunder utilstrekkelig stabilitet i omgivelser og tjenesterelasjoner, har direkte velferds­konsekvenser for de brukere det gjelder. Punktlighet i hjemmetjenesten kan ha stor betydning for brukeres mulighet til å planlegge egen hverdag. For mange brukere med omfattende tjenestebehov, enten det er beboere på sykehjem, personer med utviklingshemming, personer med rusproblemer eller psykiske lidelser, kan kvaliteten på tjenestene være helt avgjørende for deres livskvalitet. Lav kvalitet kan også øke utgiftene på andre offentlige budsjetter; dårlig medisinsk og pleiefaglig kvalitet på sykehjem vil kunne øke behovet for sykehusinnleggelser (for eksempel fordi beboere blir alvorlig underernærte). I tillegg kan tjenestekvalitet påvirke framtidig helse eller egen mestringsevne og dermed framtidig tjenestebehov. I hvilken grad et barnevernstilbud lykkes i å gi barn som har opplevd omsorgssvikt trygghet og mulighet til å etablere terapeutiske relasjoner, kan ha avgjørende betydning for disse barnas framtidige livskvalitet og samfunnsdeltaking (arbeidsmarkedstilknytning, sannsynlighet for å unngå uførhet, rusproblemer, psykiske lidelser og deres evne til å gi egne barn en god oppvekst). Den samfunnsøkonomiske gevinsten ved å styrke brukernes egenmestring kan slik være betydelig på sikt (særlig for brukeren selv, men også for det offentlige).

#### Kontinuitet

For en rekke anskaffelser av helse- og sosialtjenester er det ønskelig med kontrakter som har lang varighet. Dette kan blant annet gjelde av hensyn til brukerne/pasientene ved kjøp av sykehjemsplasser, hjemmetjenester til mennesker med omfattende og sammensatte behov, barneverninstitusjoner, fosterhjemstjenester, pasienter med kroniske lidelser, pasienter/brukere med behov for trygghet og stabilitet.

Brukeren skal kunne støtte seg på en kontinuerlig, uavbrutt rekke av tjenester, fra tidlige inngrep til støtte og oppfølging. Samtidig er det et mål å unngå den negative påvirkningen av avbrudd i tjenesten.

#### Universell utforming

Helse- og sosialtjenester bør være lett tilgjengelig for de som har behov for dem. Informasjon og objektive råd om bredden av tilgjengelige tjenester og leverandører bør være tilgjengelige for alle brukere. Mennesker med nedsatt funksjonsevne skal være sikret tilgang til det fysiske området hvor tjenesten ytes, til transport til og fra dette stedet og til informasjon og kommunikasjon.

#### Akseptable priser

Oppdragsgiver skal sikre helse- og sosialtjenester til sine pasienter/brukere. Samtidig som du er eneste kjøper, er det ofte få eller bare én tilbyder på den andre siden. Det er dermed ikke et normalt fungerende marked med en markedspris som fastsettes i konkurranse. Det er da nødvendig å ha god dialog mellom oppdragsgiver og leverandør for å få levert gode tjenester til en akseptabel pris.

#### Tilgjengelighet

Det kan være viktig at bruker/pasient kan motta et tilbud innen nærområdet og i nærheten av sin familie. Oppdragsgiver kan ta hensyn til dette ut over de begrensningene som normalt oppfattes å gjelde i anskaffelsesregelverket i relasjon til krav til geografisk plassering.

#### Helhetlig tjenestetilbud

Helse- og sosialtjenester bør være utformet og levert på en integrert måte som reflekterer brukernes forskjellige behov, kapasiteter og preferanser. Der det er hensiktsmessig, skal utformingen og leveringen av tjenestene også ta i betraktning brukerens familie og karriere, og forbedre deres velvære. Dette kan ivaretas gjennom behovs-/kravspesifikasjonen.

Effekten av dyre behandlingstilbud i spesialisthelsetjenesten kan forsvinne dersom brukeren ikke har et egnet tilbud i kommunen i form av bolig, arbeid/aktivitet og sosialt nettverk. Da kan det være viktig at leverandøren har et tilbud som stiller krav til samarbeid med andre aktører som skal følge opp brukeren i etterkant av behandlingen. Leverandørens evne til forpliktende oppfølging og samarbeid kan være en del av vurderingsgrunnlaget ved valg mellom leverandører.

#### Kompetanse og erfaring

Det er samfunnsøkonomisk rasjonelt at offentlige anskaffelser inngår i en strategi for å styrke og understøtte gode fagmiljø og et tilstrekkelig mangfold på leverandørsiden (sett i forhold til brukernes behov). Sterk priskonkurranse og liten vekt på kvalitet kan undergrave fagmiljø og gi vanskelige rammevilkår for de mest kompetente leverandørene. Strategien for anskaffelse av helse- og sosialtjenester bør derfor fremme utvikling av gode fagmiljøer og tjenesteytende organisasjoner. Dette kan gi betydelige velferdsgevinster fordi brukerorienterte organisasjoner, som evner å mobilisere pårørende, frivillige, lokalt nettverk osv., kan bidra til bedre tjenester, lavere offentlige kostnader, økt mestring og livskvalitet og redusert tjenestebehov.

Slike effekter kan det imidlertid ta tid å realisere.

#### Brukermedvirkning

Ved levering av tjenesten bør det stilles krav om at leverandøren oppmuntrer til aktiv involvering av brukerne og deres familie og venner i planleggingen, gjennomføringen og evalueringen av tjenestene.

Ved gjennomføringen av anskaffelsen bør du som innkjøper legge opp prosessen slik at brukere blir involvert i utformingen av behovs- og kravspesifikasjonen.

Regulering av brukernes medvirkning følger av [sosialtjenesteloven § 42](https://lovdata.no/lov/2009-12-18-131/§42), [pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1](https://lovdata.no/lov/1999-07-02-63/§3-1) og [helseforetaksloven § 35](https://lovdata.no/lov/2001-06-15-93/§35). Se nærmere om brukermedvirkning i kapittel 2.

#### **Ivaretagelse av brukerens integritet,** **mestring og deltagelse i samfunnet og mobilisering av ressurser i brukerens nærmiljø**

Oppdragsgiver bør legge vekt på å ivareta brukerens integritet og mestring. Brukerne bør beholde så mye kontroll som mulig over sine egne liv. Kvalitativt gode tjenester som vektlegger denne siden av tilbudene er viktig.

For å ta vare på brukerens integritet og mestringsevne er det viktig å legge vekt på deltagelse i samfunnet og mobilisering av ressurser i brukerens nærmiljø. Slik deltagelse og mobilisering kan skje på ulike måter. Én måte er gjennom frivillige bidrag. Et eksempel kan være frivillige som følger tjenestemottakere i institusjoner til kulturtilbud som kino og lignende. Om en leverandør har frivillig innsats integrert i egen virksomhet, eller har et samarbeid med frivillige aktører som sikrer brukerens deltagelse i samfunnet, kan det dermed være relevant å vektlegge ved vurderingen av tilbudet. Dette kan for eksempel være frivillig innsats etter at pasienten er ferdig behandlet, dersom den frivillige innsatsen øker sannsynligheten for vedvarende rehabilitering.

#### Mangfold

Det kan være krevende å ivareta behovene til ulike kategorier av brukere. Dette vil særlig gjelde ved ytelse av helse- og sosialtjenester til sårbare og vanskeligstilte grupper som psykiatriske pasienter, rusmiddelavhengige med videre.

Å sikre mangfold i en anskaffelse kan stå i et motsetningsforhold til en snever forståelse av å kjøpe det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Hvis du eksempelvis skal kjøpe behandlingsplasser for rus og oppstiller tradisjonelle tildelingskriterier for pris og kvalitet, så vil en behandlingsinstitusjon være best. Det vil imidlertid være lite hensiktsmessig å kjøpe all behandling hos en enkelt institusjon selv om denne er best ut fra noen objektive kriterier.

En oppdragsgiver, enten det er spesialisthelsetjenesten, barnevern, NAV eller kommune, skal sikre et helhetlig tilbud til sine brukere/pasienter.

Et helhetlig tilbud gjøres ofte i en kombinasjon av egenproduserte tjenester og kjøp av eksterne tjenester. Dette fører til en viss konkurranse mellom oppdragsgivers egen tjenesteproduksjon og eksterne tjenester som skal anskaffes derfor må behovet for eksterne tjenester tilpasses de tjenestene oppdragsgiver produserer selv.

En kan i teorien tenke seg at man deler opp en anskaffelse i delområder og deltilbud ut fra geografi, behandlingsmåte, målgruppe, behandlingslengde etc. Hvis en klarer å spesifisere alle relevante faktorer i en anskaffelse, tilbyderne klarer å besvare dette på en dekkende måte og oppdragsgiver klarer å evaluere dette, så kan man teoretisk sett gjennomføre en anskaffelse av helse- og sosial­tjenester på ordinær måte. I praksis vil dette være lite egnet. Oppdragsgiver må dermed ha muligheten til å gjennomføre anskaffelsen slik at det sikres et mangfold av tilbud som dekker alle målgrupper.

#### Innovasjon

Gode helse- og sosialtjenester er i sin natur innovative. Det handler om å møte den enkeltes behov i samarbeid med brukeren/pasienten og ofte også personens nærpersoner og omgivelser.

Innovative anskaffelsesmetoder handler om å samarbeide bredt og bredere enn vanlig med brukere og at leverandører og eventuelt forskningsmiljøer er involvert. Innovative metoder tar utgangspunkt i behovet eller funksjonen som anskaffelsen skal dekke i stedet for å utarbeide en detaljert kravspesifikasjon. Dette krever bred involvering og at det settes av god tid i planleggings­fasen. For å få til nyttige, innovative anskaffelser må du bruke tid på:

* Grundig utfordrings- og behovsdefinering
* Organisasjons- og kompetanseutvikling
* Dialog med relevante fagmiljøer, leverandører og brukere

Oppdragsgivere som har gjennomført en innovativ anskaffelse, bruker ofte metoden ved senere anskaffelser. NAV Hjelpemiddelsentral og Oslo kommune er eksempler på det. Sammen med NHO/KS Nasjonalt program for leverandørutvikling har Difi laget [veiledning og verktøy for å gjennomføre en innovativ anskaffelse](http://www.anskaffelser.no/tema/innovasjon).

Innovasjonspartnerskap er en ny anskaffelsesprosedyre i FOA del III. Denne prosedyren kan gi inspirasjon og være et utgangspunkt for å fastlegge en egnet prosedyre for å anskaffe innovative helse- og sosialtjenester. Dersom det er tale om reell innovasjon, altså en helt ny eller betydelig forbedret løsning sammenlignet med det som finnes tilgjengelig på markedet, kan prosedyren være egnet. For nærmere informasjon om innovasjonspartnerskap se [Difis veiledning om innovasjonspartnerskap](https://www.anskaffelser.no/prosess/innovasjonspartnerskap).

## Aktører som tilbyr helse- og omsorgstjenester

### Kommersielle aktører

Det finnes en rekke kommersielle aktører som leverer helse- og sosialtjenester, blant annet innenfor drift av sykehjem, pasienthoteller, hjemmetjenester, rehabiliteringstjeneste, barnevernstjenester og psykisk helse og avhengighet.

Du kan lese mer om de aktuelle bransjene på Bransjeforeningenes sine hjemmesider, for eksempel hos NHO Service, Virke og Spekter.

### Ideelle organisasjoner

Historisk har ideelle organisasjoner vært viktige i utviklingen av velferdsstaten. De har bygd ut tjenestetilbud til svake grupper som det offentlige senere har tatt ansvar for, og de har utviklet nye arbeidsmetoder ofte med stor vekt på brukerinnflytelse og deltakelse fra lokalsamfunnet.

I dag driver ideelle organisasjoner blant annet sykehjem, hjemmetjenester og tilbud innenfor psykiatri, rehabilitering, rus og barnevern. Norske Kvinners Sanitetsforening, Frelsesarmeen, Røde Kors og Kirkens Bymisjon er eksempler på slike virksomheter.

Ideelle tjenesteleverandører kan ikke på samme måte som kommersielle aktører hente ut overskudd fra driften. Ideelle organisasjoners virke er ofte knyttet opp mot helse- og sosialpolitiske formål, og mange av disse organisasjonene har sterke bånd til sivilsamfunnet.

#### Hva er ideelle organisasjoner?

Det finnes ikke en entydig definisjon av hva som regnes som ideelle organisasjoner, og det må gjøres en helhetlig vurdering. For å vurdere hva som regnes som ideelle organisasjoner brukes disse momentene:

* Formål med virksomheten, og bruk av eventuelt overskudd
* Organisasjonsform
* Skattefritak

#### Formål med virksomheten

Formålet med virksomheten er sentralt for å avgjøre om virksomheten er en ideell organisasjon. Dette innebærer at:

* virksomheten ikke har profitt som formål, eventuelt at overskudd utelukkende benyttes til å drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten eller spesielle grupper
* at hele organisasjonen, uten økonomiske motiv, arbeider for å avhjelpe sosiale behov i samfunnet eller hos bestemte utsatte grupper og at dette er det sentrale i organisasjonens formål

Vedtektene til virksomheten kan brukes til å si noe om formålet, men dette er ikke tilstrekkelig til å definere en virksomhet som «ideell».

#### Organisasjonsform

Hvis virksomheten er organisert som stiftelse eller forening, kan det være tale om en ideell organisasjon. Å organisere virksomheten som stiftelse kan indirekte si noe om formålet med virksomheten. Utdeling av midler skal skje i samsvar med formålet til stiftelsen, og det kan ikke utdeles midler til den som opprettet stiftelsen. Det er også restriksjoner i adgangen til å endre formålet med stiftelsen. Du kan lese spørsmål og svar om stiftelser på [Stiftelsestilsynets hjemmesider](https://lottstift.no/stiftelsar/).

Hvis hovedformålet med stiftelsen er å drive sosialt eller humanitært formål, tilsier kravene til stiftelser at det er liten risiko for omgåelser.

Aksjeselskap kan være en ideell organisasjon hvis formålet er å dekke sosiale behov og selskapet drives uten økonomiske motiv. Aksjeselskap som kun foretar utdelinger til frivillig virksomhet kan også registrere seg i [Frivillighetsregisteret](https://www.brreg.no/lag-og-foreninger/registrering-i-frivillighetsregisteret/).

#### Skattefritak

Virksomheter som regnes som ideelle faller som hovedregel inn under skatte­regler som gir fritak eller betydelig lempet skattebyrde for slike aktiviteter.

Etter [skatteloven § 2-32](https://lovdata.no/lov/1999-03-26-14/§2-32) første ledd er «mild stiftelse, kirkesamfunn, menighet, selskap eller innretning som ikke har erverv til formål» fritatt for formues- og inntektsskatt.

Om virksomheten har erverv til formål må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. I Lignings-ABC 2016 fremheves følgende momenter som sentrale:

* Det vedtektsbestemte formål
* Den faktiske virksomhet som utøves
* Institusjonens oppbygning

#### Hvilke regler gjelder for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner?

I reglene som gjelder fra 1. januar 2017 er det gjort endringer i mulighetene for å reservere kontrakter om helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner. Du kan lese mer om bakgrunnen for disse endringene og forholdet til ideell sektor i [lovproposisjonen](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-51-l-20152016/id2471374/) og [innstillingen fra Stortinget](https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2015-2016/inns-201516-358/).

I de nye reglene skal anskaffelser som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene på 6,95 millioner kroner følge del IV i forskriften. For disse anskaffelsene er det som klar hovedregel krav om kunngjøring av konkurranse hvor både kommersielle aktører og ideelle organisasjoner kan delta. Se imidlertid [Nærings- og fiskeridepartements veiledning](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/) om hvordan du kan vurdere om anskaffelser eventuelt kan reserves for ideelle aktører.

For anskaffelser under EØS-terskelverdiene er reglene mer fleksible, og for disse anskaffelsene er det mulig å reservere kontrakter til ideelle organisasjoner. Du kan lese mer om gjennomføring av anskaffelser over EØS-terskelverdiene i kapittel 3 og anskaffelser under EØS-terskelverdiene i kapittel 6.

# Planlegging av anskaffelser av helse- og sosialtjenester

## Avklare behov og planlegge konkurranse

Helse- og sosialtjenester omfatter tjenester av ulikt innhold og ulik karakter. Gode helse- og sosialtjenester handler om å møte den enkeltes behov i samarbeid med brukeren, og ofte også personens pårørende og omgivelser.

Behovet og omgivelsene for helse- og sosialtjenester endrer seg, og nye situasjoner oppstår. Eksempler på dette er økte strømmer av flyktninger, «utenforskaphet», samhandling med sosiale entreprenører og endringer i offentlige ressurser.

Dette krever godt tilpassede anskaffelsesprosesser og god bruk av planleggingsfasen.

Her finner du [generell veiledning til Difis anskaffelsesprosess](https://www.anskaffelser.no/prosess/anskaffelsesprosessen).

## Hvordan gjennomfører du en god behovsanalyse?

For å sikre god kvalitet på tjenesten som skal utføres, er det avgjørende at behovene for helse- og sosialtjenesten blir grundig beskrevet i forkant. Dette gjelder uavhengig av om tjenesten skal gjennomføres i egenregi, ved tildeling av støtte, konsesjoner eller gjennom en anskaffelse.

Erfaring og læring fra tidligere tjenester som har vært utført (enten i egenregi eller ved kjøp hos private leverandører) bør være del av vurderingsgrunnlaget i planleggingen av en ny tjeneste.

Som innkjøper er det viktig å forstå både virksomhetens og brukernes behov. Behovene kan være knyttet til en enkeltbruker (for eksempel barnevern) eller en gruppe (for eksempel ved drift av sykehjem).

Ved planlegging av anskaffelsen bør du ta i betraktning særtrekk ved tjenestene. Anskaffelsesforskriften trekker frem flere forhold du kan ta i betraktning ved anskaffelsen, og disse forholdene bør du også ta hensyn til når du vurderer behovet.

Særtrekkene ved helse- og sosialtjenester er blant annet brukerens behov for et helhetlig tjenestetilbud og bruker­medvirkning, kontinuitet, ivaretakelse av brukerens integritet, mestring og deltakelse i samfunnet og mobilisering av ressurser i brukerens nærmiljø.

### Kartlegg hvilke parter og grupper som bør inviteres til å definere behovene

Brukeren av tjenesten er svært sentral, og har også rett til å bli involvert. Involvering er avgjørende for å få en tjeneste som dekker brukerens behov på en god måte.

Det kan også være andre grupper som kan ha viktige innspill om utforming av tjenesten. Start derfor med å kartlegge hvilke berørte parter og grupper som bør inviteres til å være med på å definere behovene.

Hvilke miljøer som bør involveres, og omfanget av involveringen, vil variere avhengig av tjenestens omfang og kompleksitet og hvem brukerne er.

Interessenter som kan gi verdifulle innspill om tjenestebehovene kan være:

* Ansatte
* Ulike andre fagpersoner
* Myndigheter
* Helseforetak
* Pårørende
* Brukerorganisasjoner og andre fra sivilsamfunnet (for eksempel frivillige organisasjoner, frivillighetssentraler, eldresentre eller bedrifter som jobber med brukergruppen)

For å få et helhetlig tjenestetilbud kan det også være fornuftig å involvere andre ansvarlige fagenheter som leverer tilstøtende tjenester. En bred involvering av ulike interessenter kan bidra til å utvikle et mer helhetlig tilbud.

For grupper som på ulike måter får sine liv preget av «utenforskap», blir det særlig viktig for gode resultater at tjenesten skapes sammen med brukerne og med representanter for alle de støttespillere/ressurser brukeren trenger rundt seg for mestre sine utfordringer, sin hverdag og å delta i samfunnet på en mest mulig likeverdig måte.

Det kan være nyttig å opprette et tverrfaglig team som bidrar i arbeidet med å definere behovene og eventuelt med evaluering av tilbud senere i arbeidet. Dette er viktig både for å sikre kvalitet og forankring.

Ved å ta hensyn til en stor bredde av brukerbehov, kan prosessen framstå som omfattende, men resultatet blir gjerne bedre for alle brukere.

### Hvordan kartlegger og beskriver du behovet

Egnede metoder for kartlegging

* Samtaler
* Spørreskjema
* Intervju med fokusgrupper
* Brukerreise/tjenestedesign

Hvor omfattende prosessen blir, avhenger av anskaffelsens omfang. Aktuelle spørsmål i forberedelsen kan være:

* Hva vil vi oppnå med involveringen?
* Vil behovet endre seg over tid?
* Hvilket tidsperspektiv er det for det vi skal anskaffe?

Hvis tjenesten gjelder enkeltbrukere, kan samtaler eller spørreskjema direkte til brukeren eller pårørende være en måte å få frem brukerens behov på.

Hvis tjenesten er til grupper av brukere, for eksempel rehabiliteringstjenester eller drift av et sykehjem, kan en metode for kartlegging av behov være å ha samtaler/ møter med representanter fra bruker­gruppen, pårørende, fagpersonell og så videre.

I tillegg til innspill fra brukere, pårørende og fagpersoner er det viktig å analysere faglige utviklingstrekk, ventelister, forbruksmønster og utviklingstrekk i befolkningen som kan påvirke behovet. Dette kan for eksempel være kjønns- og aldersfordeling, sosiale ulikheter, befolkningsendring med videre.

Hvis tjenesten forutsetter samarbeid mellom flere offentlige virksomheter eller fagmiljøer, bør ansvars- og oppgave­fordelingen gjennomgås i behovsvurderingen.

Her kan du lese [Helse Sør-Øst sin mal for behovsvurdering ved anskaffelser](https://www.anskaffelser.no/verktoy/gjennomforing-av-behovsvurderinger-ved-anskaffelser) som viser ulike måter å kartlegge behovet på avhengig av anskaffelsens omfang og kompleksitet.

[InnoMed har laget en 10-punkt håndbok for innovasjon](http://innomed.no/verktoy-for-behovsdrevet-innovasjon/andre-bolk-med-en-ekstra-lang-tittel-som-strekker-seg-over-fire-linjer). Guiden dekker både spesialist- og kommune­helsetjenestene. Selv om du ikke skal gjennomføre en innovativ anskaffelse, kan metodikken for å kartlegge brukernes behov være nyttig.

Independent living

I NOU 2011:11 Innovasjon i omsorg beskrives prinsippene for Independent living:

*«Tankegangen bak Independent Living er at hvert enkelt menneske skal ta ansvar for sitt eget liv, og uavhengig av funksjonsnedsettelse har rett og krav på å kunne delta i samfunnet. Mennesker med funksjonsnedsettelse er som alle andre. De ønsker å bo i vanlige boliger, leve vanlige liv og bidra til fellesskapet. De ønsker å bli kvitt sykdomsstemplet og vil sees som friske borgere som trenger praktisk assistanse som kan kompensere for funksjonsnedsettelsen». Det er utarbeidet 10 prinsipper som blant annet fokuserer på viktigheten av selvhjelp, av-institusjonalisering og å fjerne barrierer.»*

Tenkningen rundt disse prinsippene kan være nyttig i arbeidet med å definere behovene til brukerne av helse- og omsorgstjenester.

#### Beskrive behov

Brukerne kan ha ulike behov du må beskrive. Dette kan være alt fra rusproblemer, behov for krisesenter, omsorgstjenester på sykehjem, assistanse til funksjonshemmede og så videre.

Målet med tjenestene kan for eksempel være å bidra til at brukeren kan være mest mulig selvhjulpen og selvstendig.

I behovsbeskrivelsen må du fastsette hvilken tidsperiode og i hvilken grad behovet skal dekkes. Ved komplekse anskaffelser er det nødvendig å gjøre et omfattende arbeid med å definere og kvalitets­sikre behovet. Enklere anskaffelser krever mindre arbeid.

I arbeidet med behovsbeskrivelsen bør du definere behovet på en overordnet og funksjonell måte. I stedet for å beskrive behovet i form av hvordan oppgaven skal løses med detaljerte krav, beskriv de (forbedrede) effektene og/eller den tilstanden som ønskes oppnådd gjennom tjenesten.

For å identifisere behovet, er disse spørsmålene til hjelp:

* Hva er formålet med anskaffelsen?
* Hvilke resultater og effekter skal anskaffelsen bidra til (ønsket situasjon)?
* Dersom det er relevant – hvilken endring skal anskaffelsen bidra til å oppnå?
* For hvem eller hva skal disse resultatene og effektene (endringene) være oppnådd?
* Hva er det dagens tilbud ikke dekker/løser?
* Hvilke utfordringer gir dette (kvantitativt og kvalitativt)?
* Hvor stort er gapet mellom dagens og ønsket situasjon?
* Hvordan ser markedet ut for disse tjenestene?

Etter at behovet er vurdert og verifisert, bør du vurdere rammene for hvordan det skal løses.

Det er flere muligheter å løse behovet på:

* Utføre tjenesten i egenregi, eventuelt i samarbeid med andre offentlige virksomheter
* Gjennomføre en anskaffelse
* Tilskudd
* Tjenestekonsesjonskontrakt

En konklusjon om at behovet skal dekkes gjennom innkjøp gir beslutningsgrunnlag for å gjennomføre en anskaffelsesprosess. Beslutningen og behovsbeskrivelsen bør inn i anskaffelsesprotokollen eller annen dokumentasjon og bekreftes av fagansvarlig og ansvarlig leder.

Behovsbeskrivelsen kan du bruke videre som del av en kravspesifikasjon.

Inkludér også relevante forutsetninger og begrensninger som er kartlagt i behovsvurderingen. Jo mer spesifikt oppdragsgiver beskriver omfang, utfordringer, symptomer, nåværende rutiner og hvilke bunnlinjer ny løsning skal tilgodese og målene med anskaffelsen, jo bedre er det for leverandørene fordi de forstår hvilke rammer tilbudte løsninger må forholde seg til.

Vær oppmerksom på at de referansene og det språket du bruker ikke nødvendigvis oppfattes likt av leverandørmarkedet. Vurder om det kan være behov for å *"*oversette*"* behovsbeskrivelsen slik at den er forståelig for potensielle leverandører.

### Særlig om kjøp av tjenester til enkeltbrukere

Alle anskaffelser handler til syvende og sist om å dekke behovet til enkeltbrukere. Der du har flere enkeltbrukere med tilsvarende behov, vil det kunne være hensiktsmessig å foreta en anskaffelse for å dekke flere brukeres behov samtidig. I andre tilfeller vil det være mest hensiktsmessig eller nødvendig å gjennomføre separat anskaffelse for en enkeltbruker.

Dette vil kunne være aktuelt for ulike typer tjenester, men vil særlig være aktuelt for:

* Tjenester til brukere med behov for heldøgns omsorg
* Avlastningstjenester
* Tjenester til barneverntiltak
* Hjemmetjenester og brukerstyrt personlig assistent

Når anskaffelsen gjennomføres for å dekke en enkeltbrukers behov, gir dette mulighet for individuell tilpasning av tjenesten til brukeren. Bruker har rett til å medvirke ved utformingen av tjenestetilbudet og det skal legges stor vekt på hva bruker mener, jf. pasient- og [brukerrettighetsloven § 3-1](https://lovdata.no/lov/1999-07-02-63/§3-1).

Dersom brukeren ikke har samtykkekompetanse, har brukerens nærmeste pårørende rett til å medvirke sammen med brukeren. Brukeren har videre krav på den informasjon som er nødvendig for å få tilstrekkelig innsikt i tjenestetilbudet og for å kunne ivareta sine rettigheter, jf. samme lov § 3-2.

For å legge til rette for god brukermedvirkning er det viktig å forklare bruker (verge/pårørende) hvorfor man gjennomfører en anskaffelse og hvordan brukeren vil kunne medvirke.

Du må forklare at anskaffelsen er underlagt anskaffelsesregelverket, men det er også viktig å forklare hvordan en god anskaffelse vil sikre et godt tilbud til brukeren. En forutsetning for dette er at kvalitet og krav til tjenesten er klart definert i en kontrakt. Jo bedre du får definert hva som skal anskaffes, og jo bedre tilbudet fra leverandørene er, jo bedre vil tjenesten bli. Dersom brukeren i ettertid er misfornøyd med det som leveres, vil det være vanskelig å sanksjonere brudd mot kontrakten dersom det ikke er godt nok definert hva som skal leveres.

Ved at det gjennomføres konkurranse mellom flere leverandører vil alle tilbyderne, og også eksisterende leverandør, måtte skjerpe seg slik at konkurransen vil gi et bedre tilbud enn om det ikke blir gjennomført konkurranse.

Når du går i gang med anskaffelsen, bør du invitere bruker (eventuelt verge eller pårørende) til et møte for å utveksle og få innspill til de vurderinger som blir viktig i det videre arbeidet med å utforme innholdet i konkurransegrunnlaget, herunder komme med innspill på hva som er brukers behov og hva som er ønskelige/nødvendige krav til tjenesten og hva som er viktige faktorer for å kunne vurdere kvalitet.

I etterkant bør du sende bruker et utkast til konkurransegrunnlag for skriftlige eller muntlige innspill. Før du går i gang må du også vurdere om du ønsker at bruker skal delta i evalueringsarbeidet, det vil si komme med innspill på kvaliteten i tilbudene. Dersom brukeren skal delta i evalueringen, bør dette fremgå av konkurransegrunnlaget. Brukeren må underskrive taushetserklæring om forretningshemmeligheter i tilbudet.

Oslo kommune har utarbeidet en mal for gangen i brukermedvirkning:

Dialog og medvirkning

* Bruker har størst påvirkning i planleggingsfasen
* Bruker kan være med å legge grunnlaget for tilbudet som skal anskaffes og kravene og tilpasningen som skal beskrives
* Bruker/ verger/ pårørende kan historikk og kjenner behov, interesser og ønsker, som kan være avgjørende for et vellykket tilbud
* Bruker medvirker ved å være med i kartleggingen av behov og beskrive hva tjenestene skal inneholde for å dekke brukers behov (altså hva er helt nødvendig og mindre aktuelt for at tjenestene skal bli best mulig tilpasset).
* Det som ikke er beskrevet i minstekrav og tildelingskriterier kan ikke vektlegges ved evaluering av tilbudene, og det er derfor i planleggingsfasen, når man skal utforme beskrivelsene av tjenestene som skal kjøpes, man må legge det rette grunnlaget.
* Det skal legges til rette for brukermedvirkning gjennom hele anskaffelsesprosessen ved at bruker skal få uttale seg om tildelingskriteriet kvalitet

Behovskartlegging

* Behovskartleggingen legger grunnlaget for at tjenestetilbudet som skal anskaffes blir tilpasset brukers behov og hvordan konkurransegrunnlag med vedlegg skal utformes
* Hvis vesentlige punkter ved brukers bistandsbehov utelates, kan det få store konsekvenser
* Få en klar oversikt over hva som skal anskaffes og hva det vil koste
* Sikre at bydelen har god kontroll på hva som skal anskaffes slik at dette ikke overlates til eksisterende leverandør

Skaffe oversikt over

* Brukers diagnosebilde
* Eventuell medisinhåndtering
* Vedtak
* Brukers økonomi
* Brukers nettverk
* Brukers ADL-ferdigheter
* Sikre at bydelen har god kontroll på hva som skal anskaffes slik at dette ikke overlates til eksisterende leverandør
* Brukers ressurser
* Kompetansekrav til ansatte
* Krav til boligens utforming og boligens beliggenhet
* Transportbehov
* Krav til aktivitetsplan, dagsplan
* Osv.

Hver bruker er forskjellig, så hver behovskartlegging må være tilpasset behovet til den aktuelle bruker.

Se [praktiske maler for brukermedvirkning fra Oslo kommune](https://www.anskaffelser.no/verktoy/behovskartlegging-og-brukermedvirkning-ved-kjop-av-helse-og-sosialtjenester).

### Tjenestedesign som metode for å fremme innovasjon

For å finne nye og bedre løsninger på utfordringer og behov i helse- og sosialsektoren er det flere metoder som er egnet. Tjenestedesign er en av flere metoder som er nyttig for å kunne planlegge, utvikle og organisere tjenester.

I tjenestedesign er idéen at brukeren involveres i prosessen med å utvikle løsninger, og at det er hennes behov som står i sentrum. Grunntanken er at det er brukeren som er ekspert og vet hvor skoen trykker.

Ved hjelp av denne metoden er det enklere å identifisere flaskehalser i et forløp. Det skal også bidra til tilrettelegging for samhandling både mellom aktører innad i virksomheten og mellom virksomheten, brukeren, pårørende og andre aktører.

KS har utviklet et verktøy for hvordan tjenestedesign kan brukes for å skape bedre tjenester og finne nye løsninger. Verktøyet heter [Idekatalog for tjenestedesign](http://www.ks.no/fagomrader/utvikling/innovasjon/innovasjonsverktoy/idekatalog-for-tjenestedesign/).

#### Eksempler på bruk av tjenestedesign

Oslo legevakt samarbeidet med tjenestedesignere om å skape et bedre tilbud til pasientene sine. Dette resulterte i et mer gjennomtenkt system som ga tydeligere informasjon og bedre ventetid både for pasient og pårørende.

Gjennom et designdrevet innovasjonsprogram kunne Oslo Universitetssykehus (OUS) redusere ventetiden ved utredning av brystkreft med 90 prosent. OUS hadde erfart at innleide konsulenter ikke ga de ønskede resultatene. Utredningen av en enkelt pasient inkluderer flere faggrupper, blant annet onkologer, patologer, radiologer og kirurger. Disse benyttet ulike metoder og måter å jobbe på. Det var derfor et behov for et ytre insentiv til å reorganisere måten de tilnærmet seg den felles problemstillingen. Med støtte fra [Norsk Designråds Designdrevet Innovasjonsprogram (DIP)](http://www.norskdesign.no/designdrevet-innovasjon/dette-er-designdrevet-innovasjonsprogram-article9944-8727.html) leide OUS inn tjeneste­designere for å redusere den belastende ventetiden.

Prosjektet fikk navnet «[Hvis pasienten fikk bestemme – utredning ved mistanke om brystkreft](http://ous.prod.fpl.nhn.no/aktuelt_/prosjekter_/Sider/dip-prosjekt-hvis-pasienten-fikk-bestemme.aspx)», og målet var å kutte ventetiden fra det ble fattet mistanke om kul i pasientens bryst til diagnosen var satt med 75 prosent.

Til forskjell fra den mer tradisjonelle måten å jobbe på, er det tjenestedesignerne som evaluerer og bearbeider den informasjonen som hentes inn. Ved bruk av metoder fra antropologi og etnografi begynte tjenestedesignere å kartlegge pasientforløpet og se på henvisningsrutiner, ansvarsfordelingen og kommunikasjonen mellom de ulike faggruppene. Gjennom dialog med pasientene selv og de involverte faggruppene fikk de kartlagt den faktiske situasjonen, og oversatt informasjonen til et løsningsforslag.

Det er viktig å ha i mente at selv om metoden kan virke nokså opplagt, vil det på mange måter kreve et noe nytt tankesett både for tjenesteyter- og mottaker.

Offentlige virksomheter kan ha problemer med å utfordre vedtatte sannheter i egen bransje, og bli preget av måten problemer har blitt løst på tidligere. Tjenestedesign utfordrer måten å tenke på. I stedet for å fremme ferdige løsningsforslag, hjelper designerne de involverte faggruppene til å tenke selv og jobbe sammen mot en felles forståelse av det reelle behovet. På denne måten ble de involverte faggruppene ved OUS kjent med hvordan deres eget arbeid og metoder påvirket de andre faggruppenes håndtering av oppgaven. Denne måten å jobbe på, og et ønske om endring og en faktisk vilje til å ta et oppgjør med gamle metoder gjorde det mulig for OUS å korte ned ventetiden fra fastlegen fattet mistanke til eventuell diagnose ble satt fra opptil 12 uker til én uke.

### Sosiale entreprenører

Sosialt entreprenørskap handler om å ta i bruk nye løsninger på sosiale og samfunnsmessige problemer. Det handler om å utvikle nye nettverk på tvers av fagfelt og virksomhetsmodeller og om å samarbeide på nye måter. I mandatet for en [rapport fra Nordisk ministerråd om sosialt entreprenørskap og innovasjon](http://norden.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A789262&dswid=1398) ble disse kjennetegnene brukt for å beskrive sosialt entreprenørskap:

* Er rettet mot et sosialt formål der det er et udekket velferdsbehov.
* Bidrar med nyskapende løsninger på disse utfordringene.
* Drives av de sosiale resultatene, men også av en forretningsmodell som kan gjør virksomheten levedyktig og bærekraftig.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet har laget et hefte for å inspirere til samarbeid mellom offentlige virksomheter og sosiale entreprenører hvor du kan få tips, se eksempler og mulige fremgangsmåter. Se heftet [Veier til samarbeid](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veier-til-samarbeid/id2540583/).

### Velferdsobligasjoner

Velferdsobligasjoner er foreløpig ganske nytt og ikke særlig utbredt i Norge, men er under utprøving i ulike prosjekter. Både KS og Virke gir informasjon om bruk av velferdsobligasjoner. Difi tar sikte på å gi nærmere veiledning om bruk av velferdsobligasjoner når man har begynt å få noe mer erfaring med dette.

I ovennevnte hefte, «Veier til samarbeid», er velferdsobligasjoner omtalt som følger:

«Velferdsobligasjoner er foreløpig ikke særlig utbredt i Norge. Men det kan være et aktuelt virkemiddel. Internasjonalt oppnås det gode resultater. Dette er en kontrakt mellom offentlig forvaltning, private investorer og leverandører av tjenester og tiltak, eksem­pelvis en sosial entreprenør. Målsettingen med en slik avtale er å løse et sosialt pro­blem eller få bedre resultater på et velferds­område. Velferdsobligasjoner skiller seg fra andre lignende avtaler ved at det offentlige kun betaler dersom leverandøren oppnår et gitt mål som er satt i kontrakten. KS arbeider med veiledningsmateriell om velferdsobligasjoner for kommunene. Se nettsiden [www.ks.no](http://www.ks.no).

Kriminalomsorgsdirektoratet og Arbeids- og velferdsdirektoratet har fått i oppdrag å utarbeide et forslag til en pilot hvor velferds­obligasjoner brukes som finansieringsmodell for å sikre bedre forebygging og mindre tilbakefall til kriminalitet blant unge.»

Virke har sett på forholdet til anskaffelsesreglene og muligheten til å reservere kontrakten til ideelle aktører, se nærmere om dette på [Virkes nettsider om velferdsobligasjoner.](https://www.virke.no/lovverk-radgiving/jus-arbeidsliv/fagartikler/hvordan-gjennomfore-en-velferdsobligasjon/)

## Rett til medvirkning

Brukeren av tjenesten har rett til å medvirke og gi synspunkter om utforming av tjenesten. I [sosial­tjenesteloven § 42](https://lovdata.no/lov/2009-12-18-131/§42) fremgår det at: «Tjenestetilbudet skal så langt som mulig utformes i samarbeid med tjenestemottaker. Det skal legges stor vekt på hva vedkommende mener.»

I [pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1](https://lovdata.no/lov/1999-07-02-63/§3-1) fremgår det at:

"Pasient og bruker har rett til å medvirke ved gjennomføring av helse- og omsorgstjenester. Pasienten har herunder rett til å medvirke ved valg mellom tilgjengelige og forsvarlige undersøkelses- og behandlings­metoder. Medvirkningens form skal tilpasses den enkeltes evne til å gi og motta informasjon. Tjenestetilbudet skal så langt som mulig utformes i samarbeid med pasient og bruker. Det skal legges stor vekt på hva pasienten og brukeren mener ved utforming av tjenestetilbud etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6, 3-6 og 3-8. Barn under 18 år skal tas med på råd når «barnets utvikling og modning og sakens art tilsier det Dersom pasienten ikke har samtykkekompetanse, har pasientens nærmeste pårørende rett til å medvirke sammen med pasienten. "

I en rapport om [Kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere](http://www.ks.no/contentassets/ed2522b3ef124587844eb9601f7b09ea/2_klugerappoert-kjop-av-helse_-og-sosialtjenster-til-enekltbrukere.pdf) som Kluge Advokatfirma har utarbeidet for Kommunenes Sentralforbund (KS) er spørsmålet om medvirkning for brukeren ved gjennomføring av anskaffelser drøftet.

Utgangspunktet er at brukeren har samme rett til medvirkning uavhengig av om kommunen gjennomfører oppdraget i egenregi eller kjøper tjenesten. I rapporten pekes det på noen forhold som det er relevant for brukerne å medvirke til:

* Kommunen skal høre brukerens syn på om konkurranseutsetting er ønskelig, men kommunen har den endelige beslutningsmyndigheten.
* Brukeren skal involveres i utformingen av konkurransegrunnlaget, men også her har kommunen endelig beslutningsmyndighet. Det må etableres rutiner for tilbakemeldinger fra brukeren i kontraktsperioden. Hvis det oppstår en situasjon hvor brukeren krever skifte av leverandør, må dette vurderes konkret.

Anskaffelsesregelverket pålegger oppdragsgiver å tildele kontrakten i henhold til tildelingskriteriene i konkurransen. Derfor er det viktig at brukeren er involvert i utformingen av konkurransegrunnlaget. Det er i denne fasen muligheten for påvirkning er størst.

Det kan også være aktuelt å la brukeren eller dennes pårørende lese leverandørens tilbud, men også i dette tilfellet treffer kommunen den endelig beslutningen. Leverandørene må i slike tilfeller gi samtykke til dette i sitt tilbud, og brukeren eller dennes pårørende må signere en taushetserklæring om informasjon som skal holdes hemmelig. Oppdragsgiver bør innta dette vilkåret i standardisert tilbudsbrev, kravspesifikasjonen eller eget skjema slik at tilbyder samtykker aktivt. Brukeren eller deres pårørende må signere en taushetserklæring om informasjon som skal holdes hemmelig.  Se [eksempel fra Oslo kommune på en slik taushetserklæring](https://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser/files/taushetserklaering_0.docx).

I tillegg er det i [helse- og omsorgstjenesteloven § 3-10](https://lovdata.no/lov/2011-06-24-30/§3-10) stilt krav om at representanter for pasienter og brukere blir hørt ved utformingen av helse- og omsorgstilbudet:

*«Kommunen skal sørge for at representanter for pasienter og brukere blir hørt ved utformingen av kommunens helse- og omsorgstjeneste. Kommunen skal sørge for at virksomheter som yter helse- og omsorgs­tjenester omfattet av loven her, etablerer systemer for innhenting av pasienters og brukeres erfaringer og synspunkter. Helse- og omsorgs­tjenesten skal legge til rette for samarbeid med brukergruppenes organisasjoner og med frivillige organisasjoner som arbeider med de samme oppgaver som helse- og omsorgstjenesten»*.

Også [helseforetaksloven § 35](https://lovdata.no/lov/2001-06-15-93/§35) stiller krav om at de regionale helseforetakene hører representanter fra pasienter og andre brukere ved utforming av sine planer. Dette innebærer at kommunene og helseforetakene må etablere rutiner for hvordan denne høringen skal gjennomføres.

Brukerne skal altså involveres både ved planlegging og gjennomføring av anskaffelser, og ved utforming av mer langsiktige planer. Offentlige virksomheter må derfor etablere rutiner for å gjennomføre denne brukerinvolveringen.

Også ansatte har i mange tilfeller rett til å medvirke i planleggingen av en anskaffelse. Dette gjelder for eksempel ved konkurranseutsetting av en tjeneste. I [hovedavtalen for kommunal sektor](http://www.ks.no/fagomrader/arbeidsgiver/lonn-og-tariff/hovedavtalen/) skal arbeidstakerorganisasjon/forhandlingssammenslutning *"*gis anledning til å uttale seg skriftlig for besluttende organ*"* før det fattes vedtak om å konkurranseutsette en tjeneste.

I [hovedavtalen med staten](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hovedavtalen-i-staten/id449042/) er det bestemmelser i § 12 som pålegger å drøfte med organisasjonene ved *"*valg ved anskaffelse, og fordeling av utstyr og hjelpemidler når det er tale om alle former for kapitalvarer, herunder den kravspesifikasjon som ligger til grunn for et anbud.*"*

Det kan også kreves drøftinger i andre saker «som en av partene mener har betydning for de tilsattes arbeidssituasjon» dersom enten arbeidsgiver eller organisasjonene ved de tillitsvalgte krever det.

## Taushetsplikt

En utfordring ved beskrivelse av brukernes behov er å unngå brudd på taushetsplikten. Særlig ved kjøp av tjenester til enkeltbrukere kan det være behov for å beskrive brukerbehovene så presist som mulig, slik at leverandørene kan gi tilbud som ivaretar behovene på en god måte. I små kommuner eller bydeler, og hvor tjenesten gjelder få personer, kan det være utfordrende å gjøre dette uten at brukerens identitet avsløres.

I mange tilfeller kan du unngå å oppgi opplysninger om bruker ved å beskrive hvordan oppfølgingen må være for å sikre forsvarlige tjenester i stedet for å beskrive den enkelte brukerens behov.

Aktuelle områder som kan beskrives er for eksempel type bolig og tilrettelegging i denne, geografisk beliggenhet, bemanningsnorm gjennom døgnet, kompetanse hos personalet, dagtilbud og aktivitetstilbud.

Hvis det er særlige behov hos bruker, må du vurdere hvordan det kan ivaretas uten å gi sensitive opplysninger. For eksempel kan du stille krav om individuell tilpasning i forvernperioden, så lenge du har sikret et forsvarlig grunnlag for tjenesten. På den måten kan du unngå å gi sensitive opplysninger før leverandør er valgt.

[Helsepersonelloven § 21](https://lovdata.no/lov/1999-07-02-64/§21) har regler om taushetsplikt:

«Helsepersonell skal hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold som de får vite om i egenskap av å være helsepersonell».

På Helsedirektoratets nettsider finnes [utdypende informasjon om taushetsplikten](https://helsedirektoratet.no/taushetsplikt)*.*

Krav til taushetsplikt kan også følge av andre regler, for eksempel forvaltningsloven.

Bestemmelsen om taushetsplikt er i utgangspunktet til hinder for at taushetsbelagt informasjon videreformidles til tilbydere i en konkurranse.

Brukeren kan imidlertid gi samtykke til at taushetsbelagt informasjon som er nødvendig for å beskrive hjelpetilbudet videreformidles til tilbydere i en konkurranse. Se [eksempel på en samtykkeerklæring fra Oslo kommune](https://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser/files/samtykkeerklaering_til_brukere_verger.docx).

Brukeren kan trekke tilbake samtykket når som helst. Du må sørge for å innhente et slikt samtykke før konkurransen gjennomføres. I tillegg må du sørge for bare å videreformidle nødvendig informasjon for å gjennomføre konkurransen. Leverandørene må undertegne en erklæring om at taushets­plikten blir overholdt.

Konkurranser der kun prekvalifiserte leverandører får tilgang til konkurransegrunnlaget, vil redusere risikoen for at sensitiv informasjon blir spredt. Du bør derfor som hovedregel gjennomføre prekvalifisering i konkurranser hvor konkurransegrunnlaget inneholder taushetsbelagt informasjon.

Samarbeid med andre virksomheter om anskaffelser av tjenester til enkelt­brukere kan også gjøre det lettere å beskrive behovene til bruker uten at identiteten avsløres.

Det er et unntak i forskriften for tjenester til enkeltbrukere hvor det ikke er forsvarlig å gjennomføre en konkurranse uten å røpe taushetsbelagt informaformasjon, og brukeren ikke gir samtykke til å utlevere denne informasjonen. Du kan lese mer om unntaket i kapittel 9.

## Dialog med aktuelle aktører

I planleggingen av anskaffelsen, og før konkurransen gjennomføres, kan det være nyttig med dialog med ulike aktører og relevante fagmiljøer. Dette kan gi verdifulle innspill før konkurransegrunnlaget blir ferdigstilt, og kan gjøre leverandørene i stand til å dekke behovene på en bedre måte.

For helse- og sosialtjenester er det ofte nyttig å involvere brukerorganisasjoner og ulike fagmiljøer i tillegg til leverandører i markedet. Både kommersielle leverandører, ideelle organisasjoner og sosiale entreprenører kan ha verdifulle innspill i planleggingen av anskaffelser.

Relevante fagmiljøer kan være personer med helse- og sosialfaglig bakgrunn, eller fagfolk fra andre tilgrensende tjenesteområder. Aktuelle problemstillinger å ta opp i en slik dialog kan være:

* Informasjon om oppdragsgivers behov
* Vurderinger knyttet til gevinster og kostnader i helhetlig sammenheng og lengre perspektiv
* Hva finnes tilgjengelig i markedet av ulike tjenestetilbud og alternative måter å løse behovene på
* Innsyn i tjenesteutøvelse: Innspill fra leverandører om deres vurdering av tjenestens kvalitet, endringer i brukers behov og kostnader
* Innspill om forhold som har stor betydning for kvalitet og pris ved en fremtidig anskaffelse
* Innspill om hva som kan være hensiktsmessige kvalitetsindikatorer og måle- og rapporteringsrutiner i kontraktsfasen
* Hvordan gi rom for å implementere nye løsninger/justeringer gjennom kontraktsperioden?
* Eventuelt å avdekke behov for å utvikle nye løsninger gjennom et forsknings- og utviklingsprosjekt

Det er lovlig å ha dialog med markedet så lenge du behandler leverandørene likt, unngår å gi urimelig konkurransefordel og ikke røper forretningshemmeligheter. Det er flere måter å gjennomføre dialogaktiviteter på. [Se veiledning om dialog med markedet på anskaffelser.no](https://www.anskaffelser.no/anskaffelsesfaglige-temaer/dialog-med-markedet/kjoreregler-nar-du-skal-ha-dialog).

## Lag plan og strategi for anskaffelsen

Etter at behovet er definert, kan du begynne å planlegge organisering av anskaffelsen. En grundig beskrivelse og plan vil lette resten av arbeidet. Anskaffelsen må også vurderes i en større sammenheng. Det kan være strategier og planer for utvikling av området eller tjenestene som bør gjenspeiles i mål og strategi for anskaffelsen. Et eksempel på dette er «Områdeløft» som blant annet gjennomføres i Oslo, Bergen, Trondheim og Stavanger. Du kan lese mer om det på [Husbankens hjemmeside](http://www.husbanken.no/omradeloft). Mål for dette arbeidet kan for eksempel være bedre private og offentlige tjenestetilbud, økt sosial deltakelse, økt investeringer i møteplasser og uteområder. Dette kan gi føringer for hvordan anskaffelsen planlegges og følges opp, herunder hvilke krav som stilles til tjenesten og utforming av kriterier for å evaluere tilbudene.

Det kan være viktige mål og føringer i den offentlige virksomhetens strategi eller anskaffelsesstrategi som gir føringer for gjennomføring av anskaffelsen. Innkjøper, eller den som skal ha det merkantile ansvar for anskaffelsen, må involveres nå.

En god behovsbeskrivelse gir grunnlag for å utarbeide en strategi for gjennomføring av anskaffelsen. Hensikten med en strategi er å sikre:

* Samsvar mellom behovet og resultatet av anskaffelsen
* En god konkurransegjennomføring der spesifikasjonen stiller relevante krav til leverandørmarkedet

Omfanget av strategiarbeidet avhenger av anskaffelsens størrelse og kompleksitet. Eksempler på forhold du må ta med i strategien er: oppsummering og konklusjoner fra behovskartleggingen, analyse av markedet og innspill fra markedet/andre aktører, risikovurdering med videre.

Se [Difis mal for konkurransestrategi](https://www.anskaffelser.no/verktoy/mal-konkurransestrategi).

# Anskaffelser over EØS-terskelverdien

## Om forskriftens del IV

Den nye [forskriften om offentlige anskaffelser del IV](https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-974#KAPITTEL_4) fastsetter helt nye regler om tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester.

Del IV gjelder både for de helse- og sosialtjenesteanskaffelsene som i forrige anskaffelsesforskrift var regulert i del I og en del av de tjenestene som var regulert i del II.

Det er ikke lenger egne unntaksbestemmelser knyttet til kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner (se imidlertid kapittel 3.9 og 3.10) eller for opptrenings- og rehabiliteringstjenester som ytes utenfor sykehus.

Innføringen av en egen del IV betyr at anskaffelser av helse- og sosialtjenester kan foretas på en måte som er tilpasset de særlige behovene som må ivaretas ved denne typen anskaffelser. Oppdragsgiver bør frigjøre seg fra prosedyrekravene i del II.

Ut over kunngjøring, krav til kommunikasjon, tildelingsbrev med begrunnelse, karensperiode og protokoll oppstiller forskriften kun et krav om at oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen på en måte som innebærer at leverandørene behandles likt og gis mulighet til å bli kjent med de forholdene oppdragsgiver vil vektlegge ved valg av leverandør til å delta i konkurransen og ved valg av tilbud.

#### Bakgrunnen for de nye reglene

Bakgrunnen for de nye reglene er at det nye EØS-anskaffelsesdirektivet opphevet skillet mellom prioriterte tjenester og uprioriterte tjenester, slik at alle tjenester i utgangspunktet ble omfattet av direktivet. Det ble imidlertid gitt unntak for visse typer tjenester som det ikke ble ansett hensiktsmessig at skulle være underlagt prosedyrekravene.

For anskaffelser av disse tjenestene ble det innført et krav om kunngjøring, tildelingsbrev med begrunnelse og karensperiode. Det ble overlatt til medlemsstatene å gi regler om hvordan anskaffelsene skulle gjennomføres.

For øvrige anskaffelser oppstiller EØS-anskaffelsesdirektivet minstekrav til lovgivningen som medlemsstatene må innføre for å sikre likebehandling, konkurranse, gjennomsiktighet, etterprøvbarhet og forutberegnelighet.

For helse- og sosialtjenester går direktivet i motsatt retning og oppstiller krav til den fleksibiliteten som nasjonal lovgivning må gi oppdragsgivere for å ivareta de spesielle hensynene ved helse- og sosialtjenester. Dette signaliserer klart at EU-lovgiver mener at det er nødvendig med tilpassede anskaffelsesformer for helse- og sosialtjenester.

Forenklingsutvalget hadde i oppdrag å foreslå hvordan dette skulle gjennomføres i norsk rett. Deres forslag var at helse- og sosialtjenester skulle reguleres av den vanlige del II, altså det regelverket som gjelder for andre anskaffelser som ikke er omfattet av prosedyrekravene etter EØS-anskaffelsesdirektivet gjennomført i forskriftens del III.

Forenklingsutvalget mente at del II var tilstrekkelig fleksibel. Dette ble ikke fulgt opp. Del II ble ikke ansett å være tilstrekkelig tilpasset og gi tilstrekkelig fleksibilitet. I stedet har forskriften fått en egen regulering i del IV for helse- og sosialtjenester.

## Når kommer del IV til anvendelse?

[FOA del IV](https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-974?q=foa#KAPITTEL_4) gjelder anskaffelse av helse- og sosialtjenester som er lik eller overstiger terskelverdien på 6,95 millioner kroner.

[FOA vedlegg 3](https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-974#KAPITTEL_9) lister opp hva som er helse- og sosialtjenester med CPV-koder. De aller fleste anskaffelsene som er omfattet fremgår av den den første raden i vedlegget. Denne omfatter helse- og sosialtjenester med CPV-kodene 85000000-85323000.

### Unntak

Alle unntakene fra lov og forskrift om offentlige anskaffelser som er gitt i [FOA kapittel 2](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§2-1) gjelder også fra del IV. Dette omfatter blant annet unntakene for myndighetsutøvelse som er beskrevet i kapittel 8 i denne veilederen og forskriftens § 2-3 om enerett.

Unntakene som gjelder fra kunngjøringsplikten i del III gjelder også i del IV. FOA § 30-5 (4) viser til at FOA § 13-3 (vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring) og § 13-4 (vilkår for anskaffelser uten konkurranse) også gjelder for del IV.

Etter § 13-3 er det plikt til å sikre en form for konkurranse, men fritak for kunngjøringsplikt. Fordi del IV gir en stor grad av frihet ved fremgangsmåten er det i praksis en begrenset forskjell mellom krav til konkurransen for anskaffelser underlagt § 13-3 sammenlignet med del IV, ut over kunngjøringsplikten.

Del IV inneholder i [§ 30-4](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§30-4) et unntak for kjøp av tjenester til enkeltbrukere som kommer til anvendelse på nærmere angitte vilkår selv om man er over terskelverdien for del IV.

## Utforming av anskaffelsesdokumentene

Ved anskaffelser etter forskriftens del IV bør du ikke starte utarbeidelsen av dokumentene for konkurransen ved å ta utgangspunkt i et tradisjonelt del II- konkurransegrunnlag, men du bør utforme et eget tilpasset grunnlag for å gjennomføre en konkurranse etter del IV. Dersom man tenker del II-anskaffelse, vil man raskt også gjennomføre en del II-anskaffelse.

Det er heller ikke hensiktsmessig å tenke i spesielle prosedyreformer. I del II er det innført tilbudskonkurranse som innebærer at man har opphevet skillet mellom anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling. I del IV er det ingen krav til at man skal følge en bestemt prosedyreform. Kravet etter FOA § 30-1 første ledd er at oppdragsgiver i anskaffelsesdokumentene skal fastsette hvordan konkurransen skal gjennomføres. Oppdragsgiver står dermed fritt til å utforme prosedyren uten å være bundet av noen spesifikke prosedyreformer.

### Kunngjøring

Anskaffelsen starter med en kunngjøring. Etter FOA § 30-5 kan dette enten skje ved en alminnelig kunngjøring eller ved en forhåndskunngjøring.

I del IV kan forhåndskunngjøring benyttes av alle oppdragsgivere og uavhengig av hvordan oppdragsgiver vil gjennomføre anskaffelsen.

Kunngjøringen må minst:

* Inneholde en beskrivelse av tjenesten som skal anskaffes, og
* fastsette fristen for mottak av forespørsel om å delta i konkurransen, for å melde interesse, eller for mottak av tilbud.

Beskrivelsen i kunngjøringen bør være klar og utfyllende nok til at potensielle leverandører kan ta stilling til om de vil delta i konkurransen. Kunngjøres konkurransen ved en forhåndskunngjøring, må du i tillegg opplyse om at kontraktene vil bli inngått uten annen kunngjøring, og at interesserte leverandør må melde sin interesse. Hvis du ikke ønsker å inngå flere kontrakter i tidsrommet forhåndskunngjøringen dekker, må du avlutte konkurransen ved å kunngjøre kontraktsinngåelse.

### Miljø og samfunnsansvar

[LOA § 5](https://lovdata.no/lov/2016-06-17-73/§5) pålegger offentlige oppdragsgivere å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant.

Videre må du ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter.

Lovbestemmelsen sier videre at du kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen, slik at offentlige kontrakter gjennomføres på en måte som fremmer hensyn til miljø, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold, forutsatt at kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen.

Som for andre anskaffelser må du også ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester vurdere om det er relevant å stille miljøkrav og om det er en risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter ved utførelsen av tjenestene, eller om det er relevant å vektlegge andre samfunnshensyn. Du kan lese om lovbestemmelsen i [Nærings- og fiskeridepartementets veiledning](https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/samfunnsansvar/id2518748/) og under [samfunnsansvar på anskaffelser.no](https://www.anskaffelser.no/samfunnsansvar-i-offentlige-anskaffelser)

### Kommunikasjon

Kommunikasjon med tilbyderne skal skje på samme måte som i en ordinær anskaffelse. Dette omfatter reglene om elektronisk kommunikasjon. FOA § 30-1 (6) fastsetter at FOA kapittel 22 om kommunikasjon gjelder tilsvarende.

### Anskaffelsesprotokoll

Oppdragsgiver skal føre anskaffelsesprotokoll på tilsvarende måte som ved en ordinær anskaffelse. FOA § 30-1 (7) fastsetter at FOA § 10-5 om anskaffelsesprotokoll gjelder tilsvarende.

### Forhold du kan vektlegge ved valg av leverandør til å delta i konkurransen og ved valg av tilbud

FOA § 30-1 (2) sier at:

«Oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen på en måte som innebærer at leverandørene behandles likt og gis mulighet til å bli kjent med de forholdene oppdragsgiveren vil vektlegge ved valg av leverandør til å delta i konkurransen og ved valg av tilbud.»

Dette tilsvarer reguleringen som var i den tidligere forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 fjerde ledd. Etter ordlyden i den nye forskriften andre ledd gjelder det dermed ikke større krav til prosedyren enn det som gjaldt til å gjennomføre anskaffelser av helse- og sosialtjenester etter del I i den tidligere forskriften.

Tredje ledd angir noen særtrekk som oppdragsgiver kan ta i betraktning ved gjennomføring av anskaffelsen, herunder ved fastsettelsen av kravene til ytelsen, kontraktsvilkårene, kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene.

Dette innebærer ikke at det er krav om kvalifikasjonskrav eller tildelingskriterier i tradisjonell forstand eller at regulering eller praksis om dette i del II eller del III også gjelder for del IV.

Du kan lese mer [utdypende informasjon om fleksibiliteten i reglene i vedlegg 1](#vedlegg1).

### Om kravet til forholdsmessighet

Kravet til forholdsmessighet betyr at prosessen må tilpasses det som skal anskaffes. Dette betyr normalt at jo høyere verdi, jo strengere krav til forutberegnelighet.

Ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester må kravet til forutberegnelighet stå i forhold til kompleksiteten i anskaffelsen. Jo enklere anskaffelse, jo mer forutberegnelig kan prosessen gjøres.

For eksempel vil en anskaffelse av radiologiske undersøkelser kunne gjøres som en ordinær anskaffelse uavhengig av verdi fordi det er relativt enkelt å stille kvalitetskrav og sammenligne tilbud og pris, mens det ved anskaffelse av psykisk helsevern må gis vesentlig større fleksibilitet, selv om anskaffelsene har samme verdi.

Forholdsmessighetsprinsippet må med andre ord forstås i lys av den konkrete anskaffelsen. Slik forarbeidene og utviklingen i EU utvetydig viser, er det sentrale at oppdragsgiver må kunne gjennomføre anskaffelsen basert på større frihet, større fokus på samarbeid og på å sikre sørge for-ansvaret og et godt tilbud i den aktuelle region, snarere enn tradisjonelle anskaffelsesrettslige prinsipper.

### Om evaluering av kvaliteten ved tilbud

Ved kjøp av helse- og sosialtjenester er det viktig at oppdragsgiver vurderer detaljeringsgrad i kontrakten, hvilke kvalitetskriterier som skal inkluderes og hvordan disse kan evalueres og vektlegges i oppfølgingen av kontrakten.

De fleste helse- og sosialtjenester må inneholde en kombinasjon av resultat og innsatsforpliktelse. Skal du for eksempel kjøpe tverrfaglig spesialisert rusbehandling basert på døgnopphold, så kjøper du døgnplasser. Leverandøren har en resultatforpliktelse om å levere et behandlingsopplegg, men har ingen kontraktsrettslig resultatforpliktelse for utfallet av behandlingen.

Man kan tenke seg å evaluere en resultatforpliktelse ved å bruke tall fra bruker-/pasientundersøkelser om hvordan pasientene opplever behandlingen. Man kan også i noen grad se hen til resultatoppnåelse i forhold til pasientgrunnlag. Det er imidlertid ikke mulig eller svært lite egnet å foreta en sammenlignende evaluering av tilbud basert på historiske tall eller gi standardisert prisavslag i etterkant under kontraktsoppfølgingen dersom ikke en viss prosentandel av pasientene ikke er rusfrie seks måneder etter endt opphold.

Krav som stilles til leverandøren må være relevante og tilstrekkelige for kvaliteten på tjenesten. Irrelevante krav, eller for stor vekt på målbare forhold, kan medføre unødig høye kostnader og/eller dårligere tjenester fordi leverandørens ressurser brukes på feil måte.

For eksempel er krav til skriftlig dokumentasjon av prosedyrer ressurskrevende for leverandøren, og omfanget av slike krav må vurderes opp mot nytten i form av bedret kvalitet. Omfattende formelle dokumentasjonskrav kan medføre lavere kvalitet dersom tjenesteyterne får feil fokus, for eksempel ved at de blir for opptatt av papirarbeid og for lite av den brukernære tjenesteytingen.

Likeledes kan sterk vektlegging av målbare forhold også gi feil fokus hos leverandøren, for eksempel kan et sykehjem bli for opptatt av å skåre høyt på indikatorer for medisinsk pleie på bekostning av psyko-sosial kvalitet. Det er heller ikke en entydig sammenheng mellom mange kvalitetsindikatorer og faktisk kvalitet. For eksempel kan antall registrerte fall (kvalitetsindikator) forbygges gjennom fornuftige fallforebyggende tiltak eller ved å begrense beboeres bevegelsesfrihet.

## Krav til leverandører av helse- og sosialtjenester

### Skatteattest

For anskaffelser som overstiger 500 000 kroner (ekskl. mva.) må du innhente skatteattest fra valgt leverandør.

Skatteattesten skal ikke være eldre enn seks måneder regnet fra fristen for å levere forespørsel om å delta i konkurransen eller tilbud. Dette følger av [FOA § 7-2](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§7-2).

Kravet gjelder bare for norske leverandører.

### Krav til arbeids- og lønnsvilkår

Personalkostnader er den største kostnadsposten innen helse- og sosialtjenester, og er tett knyttet til kvaliteten på tjenesten og leverandørens konkurranseevne. Det gjør at helse- og sosialtjenester er en bransje hvor det i utgangspunktet er høy risiko for brudd på lønns- og arbeidsvilkår og sosial dumping.

Sosial dumping har store sosiale og økonomiske konsekvenser, også utover de personer som er direkte berørte. Sosial dumping kan skje ved brudd på HMS-regler, regler om arbeidstid og krav til bostandard, uakseptabelt lave lønninger eller lønninger som ikke er i tråd med gjeldende allmenngjøringsforskrifter.

Dersom useriøse leverandører vinner offentlige konkurranser basert på uakseptabelt lave lønns- og arbeidsvilkår, blir det en hindring for konkurranse på like vilkår. Seriøse leverandører kan bli presset ut av markedet.

Offentlige oppdragsgivere har et særskilt ansvar for å motvirke sosial dumping i offentlige kontrakter ved å stille krav om lønns- og arbeidsvilkår og ved å følge opp at leverandører og underleverandører etterlever kravene i kontraktsperioden.

**Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter**

Forskriften gjelder for tildeling av tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter for:

* Statlige virksomheter når anskaffelsen er over 1,3 million kroner ekskl. mva.
* Kommunale, fylkeskommunale eller offentligrettslige virksomheter når anskaffelsen er over 2 millioner kroner ekskl. mva.

Offentlige oppdragsgivere må i sine kontrakter stille krav om at de som utfører tjenesten på vegne av leverandørene eller underleverandørene faktisk har lønns- og arbeidsvilkår i samsvar med forskrift om allmenngjort tariffavtale, eller i henhold til gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransjen.

Oppdragsgiver skal kontraktsfeste at leverandøren på forespørsel dokumenterer at kravene til lønns- og arbeidsvilkår er oppfylt i egen virksomhet og hos eventuelle underleverandører.

I tillegg bør oppdragsgiver også be om dokumentasjon på om de er bundet av en eller flere landsomfattende eller allmenngjorte tariffavtaler, og kontraktsfeste adgang til kontroll for egne ansatte eller tredjepart på vegne av oppdragsgiver. Det skal også kontraktsfestes sanksjoner som er egnet for å sikre oppfyllelse.

Difi anbefaler at offentlige oppdragsgivere arbeider strategisk mot sosial dumping, og har utarbeidet en veileder om beste praksis for hvordan du kan stille og følge opp krav til lønns- og arbeidsvilkår i anskaffelsesprosessen. Du finner [Difis veileder på anskaffelser.no](https://www.anskaffelser.no/verktoy/lons-og-arbeidsvilkar-i-offentlege-kontraktar-rettleiar-om-beste-praksis). Se også [Difis veiledning om sosial dumping](https://www.anskaffelser.no/sosial-dumping).

### Andre mer spesifikke krav

Det kan også være aktuelt å stille mer spesifikke krav som:

* Internkontrollsystem
* Myndighetskrav, herunder krav knyttet krav til diagnostisering, utredning, behandling, dokumentasjon/journalskriving, forsvarlighetsvurdering ved utskriving, epikriser, rapportering, medisinhåndtering, individuell plan og brukermedvirkning.
* Bruk av faglig anerkjente og dokumenterte metoder som endres i henhold til utvikling innen gjeldende retningslinjer og ny forskning. Organisering av behandlingen bør være slik at kontinuitet i relasjoner sikres.
* Rehabiliteringen må oppleves likeverdig. Det må tilrettelegges for funksjonshemmede og minoritetsspråklige (bruk av tolketjenester der pasientens behov tilsier det).
* Bemanningen må være faglig forsvarlig, noe som blant annet innebærer at de ressurser som deltar aktivt i behandlingen må være tverrfaglig sammensatt og at bemanningen er tilpasset oppdraget.
* Institusjonen må sørge for nødvendig etter- og videreutdanning av personell for å ivareta fagutvikling, kvalitet og pasientsikkerhet i tjenestene.
* Eventuelt ønske om forskning og faglig videreutvikling.
* Virksomheten må ha et velfungerende system for melding av uønskede hendelser. Det skal oppleves trygt å melde, og meldingene skal følges opp fra et system- og læringsperspektiv.
* Utstyr må være tilpasset virksomhetens tilbud.
* Tilbyder må ivareta krav til informasjonssikkerhet.
* Tilbyder må ivareta krav til bruker-/pasientsikkerhet, herunder avviksrapportering og skader, eventuelle rutiner for legemiddelhåndtering, systemer for pasientdokumentasjon, pasientjournaler, epikriser etc.

Oppdragsgiver kan oppstille krav til leverandøren på den måten som anses hensiktsmessig. Oppdragsgiver er ikke bundet av reglene om oppstilling av kvalifikasjonskrav, herunder klassifisering i ulike typer krav og reglene om hvilken dokumentasjon som kan etterspørres slik dette er regulert i forskriftens del II og del III.

En problemstilling som har gitt opphav til store utfordringer er skillet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, og herunder hvilke forhold som må vektlegges i hvilken fase og forbudet mot sammenblanding. I del IV er det ikke angitt regler om kvalifikasjonskrav eller tildelingskriterier. Oppdragsgiver behøver derfor ikke tenke på dette skillet.

## Krav til ytelsen

I kravspesifikasjonen må oppdragsgiver definere målet med anskaffelsen og kravene til tjenesten. Det er flere måter å utforme spesifikasjoner i et konkurransegrunnlag.

Fremgangsmåten du velger har betydning for hvor mange som kan konkurrere om oppdraget, risikofordeling mellom partene, hvor stor grad du får nyttiggjort deg av leverandørenes kunnskap om hvordan behovet best kan dekkes, og for fremtidig fleksibilitet i kontrakten.

Oppdragsgiver kan beskrive dette ved å vise til definerte brukerbehov. Det blir da opp til leverandørene å foreslå løsninger som dekker behovet på best mulig måte. Fordelen er at leverandørene kan ha kunnskap om andre løsninger for å dekke behovene enn oppdragsgiver, og dette kan stimulere til økt konkurranse og innovasjon.

Det kan være en utfordring å beskrive behovene uten å komme i konflikt med kravet til taushetsplikt. Et alternativ er å beskrive tjenesten som skal leveres. En fordel er at tilbudene blir likere i utformingen og dermed lettere å sammenligne. Ulempen er at oppdragsgiver tar på seg risikoen for å beskrive den beste løsningen for bruker, og det er mindre fleksibilitet til å endre tilbudet uten å endre kontrakten.

Behovene til oppdragsgiver og brukeren bør beskrives på en så utfyllende måte som mulig, slik at både tjenesten og sammenhengen tjenesten inngår i blir tydelig. Krav til kvalitet må fastsettes med utgangspunkt i de aktuelle brukeres eller pasienters behov, samt skrevne og uskrevne faglige retningslinjer/normer for den aktuelle tjenesten.

Innenfor omsorgstjenestene gir [§ 3 i forskrift om kvalitet i pleie- og omsorgstjenestene](https://lovdata.no/forskrift/2003-06-27-792/§3) en beskrivelse av hva som menes med brukernes grunnleggende behov. Kravene må være relevante og tilstrekkelige i forhold til den tjenesten som etterspørres.

Kravene må samlet sett gi rom for tilstrekkelig skjønn og fleksibilitet og ta høyde for at ikke alle forhold av vesentlig betydning kan spesifiseres nøyaktig.

Det er ikke nødvendig å utforme kravspesifikasjonen med et skarpt skille mellom obligatoriske krav og evalueringskrav. Forhold ved anskaffelsen kan gjøre at det er lite hensiktsmessig å låse i forkant hva som er obligatoriske krav.

Dersom det er noen krav som det er helt klart at er absolutte for oppdragsgiver, og oppdragsgiver bør forstå at disse kan være avgjørende for hvem som velger å bruke ressurser på å inngi tilbud, så bør de obligatoriske kravene fremgå tydelig for tilbyderne.

Eksempler på forhold som bør beskrives i kravspesifikasjonen

* Hvilke utfordringer eller diagnose har brukeren?
* Aldersgruppe
* Omfanget av tjenesten det er behov for
* Brukermedvirkning
* Behov for differensiert tjenestetilbud, individuell tilpasning/plan
* Behov for akuttilbud
* Krav til tilgjengelighet for tjenesten
* Hvilken veiledning og støtte har brukeren behov for
* Eventuelle krav til lokaler og utearealer, herunder krav til universell utforming
* Krav til aktivitetstilbud og tilrettelegging for kontakt med pårørende, familie, sosialt nettverk mv.
* Krav til sammenheng og samarbeid i tiltakskjeden, for eksempel samarbeid med andre virksomheter (NAV, kommunen mv.)
* Krav til utdanning for personell
* Eventuelle krav til tolketjeneste
* Universell utforming
* Relevante miljøkrav

Eksempler på aktuelle kravspesifikasjoner til tjenesten

Noen aktuelle krav til tjenesten for **tilbud til rusavhengige**:

* Poliklinisk tilbud, ambulante tjenester, dagplasser, døgnplasser, avrusingsplasser, stabilisering og utredningsplasser for rusavhengige
* Krav til tilgjengelig fagpersonell, for eksempel sosionom, lege, sykepleier, og når disse skal være tilgjengelige i døgnet
* Anslått behandlingstid for døgnbehandling er x antall dager
* Rutiner for mottak og vurdering av pasienter som har behov for akutt rusbehandling
* Krav til prosedyrer for diagnostiske verktøy
* Krav til ivaretakelse av individuelle behov og behandlingsplaner

Noen aktuelle krav til drift av sykehjem:

* X antall langtidsplasser for demente
* X antall korttidsplasser for demente
* Krav til tannhelsetilbud
* Informasjon om lokalene for drift av sykehjemmet, herunder krav til enerom for faste beboere
* Krav til mat og ernæring
* Krav til kontaktperson for beboere og pårørende
* Krav til hjelpemidler for beboere, herunder oppfølging av hørsels- og synshemmede
* Krav til tilgjengelighet til lege, medisinsk behandling og rehabilitering
* Tilrettelegging av aktiviteter som gjør det mulig å ha en normal døgnrytme
* Krav til informasjon til beboere om fysisk omsorg, daglige rutiner og aktiviteter
* Krav om tilrettelegging av mulighet til å:
  + Ha en normal døgnrytme
  + Ivareta eget privatliv og livssyn og opprettholde gode relasjoner til familie og sosialt nettverk
  + Delta i samfunnsliv, nærmiljø og sosiale/kulturelle aktiviteter.

## Vektlegging av forhold ved tilbud

Oppdragsgiver skal i anskaffelsesdokumentene gjør tilbyderne kjent med de forholdene som oppdragsgiver vil vektlegge ved valg av tilbud.

Eksempler på kriterier kan være:

* Pris
* Kompetanse hos tilbudt personell
* Bemanningsoversikt
* Organisering av tjenesten
* Oppdragsforståelse
* Metodikk og prosedyrer for å sikre kvalitet
* Sikre tilgjengelighet for ulike pasienter/bruker
* Sikre mangfold

Vektlegging ved kjøp av barneverntjenester

I et eksempel på kjøp av **barnevernstjenester** i Oslo kommune er det ved evaluering av kvalitet brukt 3 case med ulike situasjonsbeskrivelser for barn og ungdom som trenger hjelp fra barnevernet. Dette gjelder for eksempel en beskrivelse av barn med lærevansker og hvor barnevernet har mottatt bekymringsmeldinger om at barnet utsettes for vold i hjemmet. Tilbyderne skal med utgangspunkt i disse casene beskrive:

* Oppdragsbeskrivelse, herunder tilnærming og metodikk. Det skal blant annet beskrives hvordan det skal arbeides med barnet/ungdommen /familien og øvrig nettverk, hvordan skape tillit og kontakt, faglige prinsipper og hvordan disse styrer arbeidet, samt planlegging og avslutning av tiltak.
* Organisering av tjenestens faglige innhold med beskrivelse av deltakere, hvordan nødvendige beslutninger fattes og hvordan barnet/ungdommen og/eller foresatte deltar i planleggingen.
* Samarbeid med øvrig hjelpeapparat.
* Håndtering av uforutsette problemer og krisesituasjoner relatert til ulike målgrupper.
* Kompetanse hos tilbudt personell, og om kompetansen er tilpasset de ulike tiltaksgruppene.

Oppdrag med fastsatt pris og kun konkurranse på kvalitet

Oppdragsgiver kan velge å fastsette en pris for oppdraget og la leverandørene kun konkurrere på ulike kvalitetskriterier. I et eksempel fra Oslo kommune om anskaffelse av krisesentertjenester er dette gjort. Det er fastsatt en årlig kontraktsum, og leverandørene konkurrerer om oppdraget basert på ulike kvalitetsaspekter:

* **Virksomhetsidé**

Virksomhetens styrke og hvordan virksomhetsidéen er relevant

for brukerne og deres behov

* **Personalkompetanse**

Kompetanse om håndtering av voldsutsatte personer, juridiske

spørsmål, kompetanse om barn i krise mv.

* **Bemanning**

Total bemanning (antall stillinger) og antall personer med

angivelse av stillingsbrøk

* Oppdragsforståelse

Beskrivelse av rutiner om informasjon til brukerne, bistand til

oppfølging i rehabiliteringsfasen, bistand til å skaffe bolig mv.

### Om fastsettelse av pris ved kvalitetskonkurranser

Hvis oppdragsgiver velger å gjennomføre rene kvalitetskonkurranser, må prisen fremgå av konkurransegrunnlaget og kontrakten. Det finnes flere måter å gjøre dette på med ulik fordeling av risiko mellom oppdragsgiver og leverandør.

I eksempelet over fra Oslo kommune er det fastsatt en årlig fast kontraktssum for hele kontraktsperioden (10 år) for tjenestene som omfattes av krisesenterloven. I kontrakten er det fastsatt hvordan prisen kan reguleres årlig i henhold til SSB sin konsumprisindeks og forventet lønnsvekst (vedtatt i budsjettet) i Oslo kommune. I konkurransegrunnlaget er det oppgitt hvor mange beboere det har vært de siste årene, og gjennomsnittlig botid. I tillegg er det oppgitt antall dagbrukere som har behov for hjelp, samt et anslag over antall telefonhenvendelser.

## Kontraktskrav

Anskaffelsesforskriften stiller krav om at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen angir hvilke alminnelige og spesielle kontraktsbetingelser som gjelder for oppdraget.

Regelverket sier at oppdragsgiver som hovedregel skal bruke fremforhandlede og balanserte kontrakter, dersom det finnes slike. En kontraktsstandard er fremforhandlet når den er blitt til gjennom forhandlinger mellom representanter fra ulike parter. Tradisjonelt omfatter dette først og fremst standarder som er blitt til på nasjonalt nivå, for eksempel innen bygg og anlegg (Norsk Standard 8405, 8406) eller NS 8431 om fast renhold.

På helse- og sosialområdet er det utviklet NS 8435:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelser for brukerstyrt personlig assistanse (BPA).Slike standarder inneholder alminnelige kontraktsbetingelser som plikter og rettigheter ved mangler, avvik og betalingsgjennomføring.

Offentlige oppdragsgivere bør ikke velge å bruke kontraktsvilkår som innebærer urimelig risiko eller betalingsbetingelser for leverandører. Vilkårene må være balanserte og ivareta begge kontraktsparter. Dette vil øke sjansene for tilbud fra seriøse og ansvarsbevisste leverandører. I motsatt fall kan virksomheter velge ikke å delta i konkurranser om offentlige kontrakter, eller ta forbehold mot det de opplever som urimelige vilkår.

Samme virkning kan følge dersom oppdragsgiver avviker fra etablerte standardvilkår. I ytterste konsekvens kan forbeholdene føre til avvisning fra konkurransen. Maksimal overføring av risiko til leverandøren kan isolert sett være forlokkende, men kan være en uheldig innkjøpsstrategi og kan motvirke prinsippene nedfelt i LOA § 1 om effektiv bruk av samfunnets ressurser og det grunnleggende prinsippet om forholdsmessighet i lovens § 4.

Standardkontrakter for brukerstyrt personlig assistanse (BPA)

Brukerstyrt personlig assistanse (BPA) er en alternativ organisering av praktisk og personlig hjelp for sterkt funksjonshemmede personer (brukere) som har behov for bistand i dagliglivet, både i og utenfor hjemmet. Brukerstyring er et viktig prinsipp i BPA. Tjenesten skal fungere mer på brukernes premisser og være mer fleksibel enn tradisjonelle hjemmetjenester.

Brukeren har rollen som arbeidsleder og påtar seg større ansvar for organisering og innhold i forhold til sine behov. Arbeidsgiverfunksjonene for BPA kan leveres av kommunen eller av private tjenesteleverandører som har avtale med kommunen.

Det foreligger en egen standardfor avtale om anskaffelse av brukerstyrt personlig assistanse; NS 8435:2011 Alminnelige kontraktsbestemmelser for brukerstyrt personlig assistanse (BPA).

Målet med standarden er å sikre ryddige kontraktsforhold mellom kommunene og leverandørene av tjenestene, og dermed sikre at brukerne får den assistanse de har krav på.

Standard Norge har utgitt to kontraktsblanketter som kan benyttes ved kontraktsinngåelse:

* Blankett 8435 A Kontrakt om levering av brukerstyrt personlig assistanse (BPA)
* Blankett 8435 B Individuell kontrakt om brukerstyrt personlig assistanse (BPA)

For mange helse- og sosialtjenester finnes ingen standardkontrakter, og oppdragsgiver må vurdere hvilke kontraktsbetingelser som skal gjelde for tjenesten.

Noen generelle punkter er aktuelle for alle avtaler om helse- og sosialtjenester:

* Kontraktsperiode, og eventuell opsjon på forlengelse.
* Beskrivelse av ytelsen. Dette gjøres gjerne ved å henvise til kravspesifikasjonen og leverandørens tilbud.
* Krav til lønns- og arbeidsvilkår, eventuelt miljøkrav.
* Krav til taushetsplikt og behandling av taushetsbelagt informasjon.
* Pris og tidspunkt for betaling.
* Bestemmelser om mislighold.
* Eventuell mulighet for oppsigelse av avtalen.
* Muligheter for endringer i avtaleperioden.

For helse- og sosialtjenester er det brukeren og ikke oppdragsgiver som i første omgang opplever konsekvensene dersom leverandøren bryter kontrakten. Det er da viktig at oppdragsgiver etablerer kommunikasjon med brukerne av tjenestene, eller på andre måter sørger for kontroll med at leverandøren leverer i henhold til kontrakten.

For å få god kvalitet på tjenesten er det viktig med utforming av krav som er relevante (bidrar til god kvalitet) og tilstrekkelige (omfatter alle vesentlige kvalitetsdimensjoner).

Som oppdragsgiver må du også ta stilling til hvordan kravene kan måles/evalueres og følges opp. Måling av brukertilfredshet hos brukere og pårørende, antall klager og måling av objektive kriterier som er knyttet til behovene hos bruker (for eksempel antall fall, sår med videre) kan være eksempler på forhold som kan være relevant å følge opp for å sikre god kvalitet.

Dette er eksempler på lett målbare forhold. Det er viktig å skille mellom mål eller indikatorer for kvalitet, og den faktiske kvaliteten på tjenesten.

Klager fra bruker/pårørende, besøk på tjenestestedet og samtale med ansatte, brukere og pårørende kan også gi viktig kvalitativ informasjon.

## Tildelingsbrev, begrunnelse og karensperiode

Når oppdragsgiver har valgt leverandør, skal det på tilsvarende måte som for ordinære anskaffelser sendes ut et tildelingsbrev, jf. FOA § 30-8 (1).

Kravet til begrunnelse er etter ordlyden i forskriften det samme som for ordinære anskaffelser. Det skal gis en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene.

Da det er andre krav til angivelse av tildelingskriterier og til evalueringen i del IV, vil begrunnelsen i praksis kunne bli noe annerledes sammenlignet med en ordinær anskaffelse. Det er viktig at begrunnelsen gir uttrykk for den reelle grunnen til at man velger en leverandør, slik at det er mulig for konkurrentene å forstå tildelingen. Det skal også fastsettes en karensperiode i meddelelsen om kontraktstildeling.

Etter utsendelse av tildelingsbrev må oppdragsgiver vente til karensperioden har utløpt før kontrakt kan signeres, jf. FOA § 30-9. Dersom en finner at det er begått feil, kan beslutningen omgjøres inntil kontrakt er signert. Det inntrer suspensjon ved begjæring om midlertidig forføyning i karensperioden, jf. FOA § 30-10.

### Kunngjøring av kontraktsinngåelse

Etter inngåelse av kontrakt skal oppdragsgiver foreta en kunngjøring av resultatet av konkurransen, jf. FOA § 30-7.

## Reserverte kontrakter for visse helse- og sosialtjenester

FOA § 30-2 gir en snever mulighet til å reservere kortvarige kontrakter om blant annet helse- og sosialtjenester for visse særlige organisasjoner. Dersom vilkårene for bruk av unntaket er oppfylt, gjelder unntaket uavhengig av kontraktens verdi. Anskaffelser basert på dette unntaket kan følgelig overstige EØS-terskelverdien på 6,95 millioner kroner.

Regelen implementerer anskaffelsesdirektivets artikkel 77. Bakgrunnen for unntaket er at det skal kunne gis oppstartshjelp til sosiale entreprenører i inntil tre år. Unntaket kan ikke benyttes for å tildele kontrakter til aktører som har hatt kontrakter med oppdragsgiver de siste tre årene.

### Vilkårene for bruk av unntaket

Du kan reservere konkurransen om bestemte helse-, sosial- og kulturtjenester til visse særlige organisasjoner. Organisasjonene som konkurransen kan reserveres for må oppfylle nærmere vilkår knyttet til organisasjonens formål og organisering. Vilkårene er ment å skulle favne virksomheter som står for sosialt entreprenørskap.

Definisjonen er ikke helt sammenfallende med begrepet ideelle organisasjoner slik dette ble forstått i unntaksbestemmelsen i den forrige norske anskaffelsesforskriften, men det er en viss overlapp mellom disse begrepene.

Sosialt entreprenørskap kan ikke kategoriseres etter valgt selskapsform eller finansieringsmodell. Noen sosiale entreprenører baserer seg på donasjoner og tilskudd, mens andre har en egen inntjening som finansierer driften. De kan være organisert som stiftelser, foreninger, ideelle organisasjoner eller som vanlige bedrifter. Det finnes derfor mange forskjellige definisjoner på sosialt entreprenørskap. Noen fellestrekk går likevel igjen i beskrivelsen av sosialt entreprenørskap: Sosialt fokus, ny virksomhet, innovasjon og markedsorientering, samt høy grad av involvering fra målgruppene. For en nærmere beskrivelse av begrepet sosialt entreprenørskap og eksempler på virksomhet som slike aktører står for, [se NOU 2011:11 Innovasjon i omsorg punkt 5.4.4](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2011-11/id646812/sec7).

De nærmere vilkårene som organisasjonen må oppfylle er:

1. Organisasjonens formål er å utføre offentlige oppdrag knyttet til slike tjenester.
2. De ansatte eier eller medvirker i ledelsen av organisasjonen, eller de ansatte, brukere eller interessenter deltar aktivt i ledelsen.
3. Organisasjonens overskudd blir brukt til å oppnå organisasjonens mål. Eventuell utdeling eller omfordeling av overskudd skal skje i tråd med kravene til medvirkning eller deltakelse som nevnt i bokstav b.

Videre er det et vilkår for å bli tildelt kontrakt etter en reservert konkurranse i henhold til denne bestemmelsen at organisasjonen ikke har blitt tildelt kontrakt om levering av de samme tjenestene i løpet av de siste tre årene med den samme oppdragsgiveren. Varigheten på kontrakten kan videre ikke overstige tre år. Dette betyr at du kun har adgang til å inngå kontrakt etter en slik reservert konkurranse etter denne bestemmelsen med den samme organisasjonen *en* gang og kontrakten kan da maksimalt vare i tre år.

Bestemmelsen er altså utformet for å kunne ivareta slike virksomheter i en oppstartsperiode, men kan ikke benyttes for å ivareta ideelle organisasjoners og sosiale entreprenørers behov for kontinuitet.

Forskriftens ordlyd "*etter denne bestemmelsen*" tilsier at oppdragsgiver og leverandør ikke trenger å tenke på om en ideell aktør tidligere er tildelt kontrakt første gang oppdragsgiver benytter seg av denne unntaksregelen.

Du må vise til § 30-2 når du kunngjør konkurransen. Hvis konkurransen begrenses basert på § 30-2 må vilkårene i bestemmelsen fremgå som et krav for å delta i konkurransen. Du må i så fall be om dokumentasjon som viser at organisasjonen oppfyller vilkårene i bestemmelsen.

Relevant dokumentasjon det kan være aktuelt å be om er for eksempel vedtekter og andre dokumenter som viser formålet med virksomheten og organiseringen av denne, attest fra Stiftelsesregisteret eller Foretaksregisteret og regnskap.

Vedlegg 4 til forskriften lister opp hvilke CPV-koder som er omfattet av § 30-2:

CPV-kode Beskrivelse

85000000–85323000 Helse- og sosial tjenesteyting

75121000 Administrative utdanningstjenester

75122000 Administrative helsetjenester

75123000 Administrative boligtjenester

## Ideelle leverandører

Nærings- og fiskeridepartementet har laget en veiledning om muligheten for eventuelt å reservere konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle aktører, uten at FOA § 30-1 (2) er til hinder for dette. Veiledningen kan leses [her.](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/)

# Langvarige kontrakter

## Om varighet av kontrakter

For en rekke anskaffelser av helse- og sosialtjenester vil det være ønskelig med kontrakter som har en lang varighet.

Lang varighet av kontrakten kan være ønskelig av hensyn til brukerne/pasientene ved kjøp av sykehjemsplasser, hjemmetjenester til mennesker med omfattende og sammensatte behov, barneverninstitusjoner, fosterhjemtjenester, pasienter med kroniske lidelser og pasienter/brukere med behov for trygghet og stabilitet.

Det kan også være aktuelt med langvarige kontrakter ved anskaffelse av kompliserte tjenester som krever utvikling av kvalitet over tid, som psykisk helsevern.

I tillegg kan det også gjelde tjenester hvor den enkelte bruker/pasient er til behandling i en relativt sett kortvarig tid, men hvor det må foretas investeringer i bygninger, for eksempel rehabiliteringsinstitusjoner som må investere i bygningsmasse for å kunne drive opptrening.

FOA § 30-1 (5) angir at det kan inngås langvarige kontrakter dersom det er nødvendig på grunn av brukernes behov, kontraktens formål, investeringskostnader eller andre relevante grunner. Bestemmelsen er ikke uttømmende. I praksis er det ikke begrensninger på varighet på kontrakter der det er behov for dette.

Det er også eksplisitt angitt at oppdragsgiver kan inngå løpende kontrakter med oppsigelsesadgang. Dette gir mulighet til å inngå kontrakter tilpasset brukerne/pasientene, hvor oppdragsgiver kan avvikle kontraktene dersom behov ikke lenger er til stede. Der oppdragsgiver vil inngå løpende kontrakter med oppsigelsesadgang bør oppdragsgiver vurdere om kontrakten skal ha en viss minste varighet slik at leverandøren har trygghet for å få dekket oppstartskostnader.

Oppsigelsestiden for en løpende kontrakt bør settes slik at du sikrer en forsvarlig avvikling av avtalen av hensyn til brukerne/pasientene og leverandøren. Med mindre det er aktuelt å si opp en avtale fordi behovet bortfaller, er det uansett ikke grunn til å sette oppsigelsestiden kortere enn den tiden det tar å gjennomføre ny anskaffelse og oppstartstiden for en ny tjeneste.

### Om varighet for rammeavtaler

Bestemmelsen i FOA 30-1 (5) om varighet gjelder kun for kontrakter, og ikke for rammeavtaler. Forskriftens begrensning i del II og del III om ikke å inngå rammeavtaler på mer enn fire år, med mindre det foreligger særlige forhold, gjelder ikke i del IV.

Dersom oppdragsgiver ikke har behov for lang varighet, vil imidlertid kravet til konkurranse sette begrensninger på hvor lang tid en rammeavtale om helse- og sosialtjenester kan vare.

I vurderingen av lengden på rammeavtalen må oppdragsgiver også vurdere hvor lenge de enkelte avropene bør vare. Hvis lengden på avropene har tilstrekkelig varighet, er det ikke nødvendigvis behov for lang varighet på selve rammeavtalen.

En rammeavtale kan for eksempel gjelde i 4 år, altså slik at det kan foretas nye avrop i fire år, men hvor det enkelte avropet kan foretas i inntil 8 år og at alle avrop som er foretatt løper også etter at det ikke er adgang til å foreta nye avrop.

Behovet for å utvikle kvalitet over tid eller muliggjøre investeringer kan tilsi en varighet på rammeavtaler over fire år. Hvis leverandøren faktisk skal ha mulighet til å utvikle kvalitet eller foreta investeringer, må leverandøren være sikret et stabilt volum over tid. Oppdragsgiver bør da heller inngå en kontrakt hvor volumet kan skaleres noe opp og ned over tid, snarere enn å inngå en rammeavtale.

### Avtaler inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse

Fremdeles eksisterer en rekke tidsubegrensede (løpende) avtaler om levering av helse- og sosialtjenester, inngått med ideelle og andre aktører forut for EØS-avtalens ikrafttredelse 1. januar 1994. Spørsmålet er om slike avtaler må avsluttes og gjøres til gjenstand for kunngjøring og konkurranse i henhold til anskaffelsesreglene.

Kontrakter inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse er ikke omfattet av direktivene om offentlige anskaffelser og EØS-avtalens bestemmelser om fri flyt av tjenester. Anskaffelsesreglene regulerer prosedyrer for inngåelse av kontrakter og påvirker i utgangspunktet ikke innholdet av eksisterende avtaler. Etter kontraktsinngåelse vil anskaffelsesregelverket, herunder kravet om konkurranse, i utgangspunktet ikke gjelde.

Praksis fra EU-domstolen tilsier at det offentlige neppe plikter å si opp tidsubegrensede (løpende) avtaler inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse.

EU-domstolen behandlet spørsmålet i sak C-76/97 (*Tögel*). Saken gjaldt en tidsubestemt rammeavtale om utførelse av ambulansetjenester, inngått før Østerrike ble forpliktet av anskaffelsesreglene. Minst én av rammeavtalene kunne sies opp med tre måneders varsel, noe som ble uttrykkelig kommentert i Generaladvokatens forslag til avgjørelse. Domstolen konkluderte med at det ikke forelå noen plikt til oppsigelse.

Motsatt fant KOFA, i sak 2009/144 om TT-tjenester i henhold til avtale inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse, at Oslo kommune skulle ha benyttet sin oppsigelsesadgang. KOFA ila gebyr for ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda viste til *Tögel*-dommen, men uten å kommentere at det også der var oppsigelsesadgang. Dette svekker KOFA-avgjørelsens rettskildemessige verdi i dette spørsmålet.

Hvis det foretas vesentlig endringer i en tidsubegrenset løpende avtale, vil dette innebære at det anskaffelsesrettslig inngås en ny avtale, og anskaffelsesregelverket må da følges ved inngåelse av denne nye avtalen.

# Rammeavtaler

## Om rammeavtaler

En rammeavtale er en kontraktstype som fastsetter vilkår for de enkelte kontrakter som skal tildeles innenfor en gitt periode, og gir oppdragsgiver anledning til å gjøre avrop ved behov.

Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å kjøpe et bestemt volum. Dette skiller rammeavtaler fra avtaler om enkeltstående tjenester der både oppdragsgiver og leverandør binder seg til et nærmere bestemt volum.

En annen viktig grunn til at rammeavtaler brukes er at du da slipper å kunngjøre den enkelte kontrakt.

Eksempler på ulike typer rammeavtaler kan være:

* Avtaler om faste plasser (for eksempel barnevern) hvor det er en gjensidig forpliktelse om et bestemt antall plasser, og hvor oppdragsgiver betaler en andel av prisen for avtalte plasser som ikke tas i bruk. Dette sikrer en grunnkapasitet.
* Avtaler med et begrenset antall plasser, men hvor verken oppdragsgiver eller leverandøren er forpliktet til å foreta eller ta imot plassering. Dette er aktuelt når statlige tiltak eller avtaler om faste plasser ikke dekker behovet. Avtalene innebærer bare betaling for faktiske oppholdsdager i tiltaket, og fungerer som sikkerhetsnett, slik at fagteamet har tilgang på kvalitetssikrede plasser til en ferdig forhandlet pris.

De to avtaleformene dekker ulike behov i barnevernet. Faste plasser inngår som del av det faste institusjonstilbudet. Samtidig er det behov for et fleksibelt apparat tilpasset barnas varierende og ofte uforutsigbare behov.

## Hensyn ved valg av kontraktstype

Rammeavtaler er fleksible og gir rom for mer langsiktig planlegging og mulighet for justeringer underveis. Det kan redusere hyppigheten av anskaffelsesrunder og skape mer forutsigbarhet for oppdragsgiveren. I tillegg kan det åpne for å bygge opp egenregi på tjenester der dette er aktuelt.

Sett fra leverandørenes ståsted kan en ulempe med bruk av rammeavtaler være at de har liten forutsigbarhet for sine investeringer. De vil ikke vite hvor mye av kapasiteten som vil kunne benyttes til enhver tid. Risikoen legges med andre ord på leverandøren. Det er rimelig å anta at dette medfører at de må prise disse tjenestene høyere enn andre avtaler. Det er således det offentlige som betaler for denne risikoen. Man risikerer likevel å få færre tilbud dersom denne typen kontrakter anses mindre attraktive blant leverandørene. Færre aktører kan isolert sett bidra til høyere priser. Dette gjør seg særlig gjeldende ved kjøp av helse- og sosialtjenester hvor oppdragsgiver ofte vil være eneste kunde. Leverandøren kan da ikke ha fleksibel kapasitet som brukes til å betjene mange kunder og hvor behovet i praksis ikke vil oppstå hos alle kundene samtidig.

Ved inngåelse av rammeavtaler binder innkjøpere seg sjelden til et minimumskjøp, men tilpasser seg ofte slik at leverandøren løper en mindre risiko. I noen rammeavtaler tillater man at leverandøren har en såkalt passiv status, som innebærer at frem til oppdragsgiver har behov for tjenesten, så kan leverandøren tilby den til andre. Leverandøren vil få en forhåndsvarsling når det er behov for å bruke rammeavtalen og tid nok til å gjøre seg klar. På grunn av lavere risiko kan slike løsninger gi lavere priser på rammeavtalene.

Ulik praksis ved bruk av rammeavtaler mellom de ulike velferdstjenestene kan gjøre det nødvendig med individuelle vurderinger. I barnevernet er dette nødvendig for å møte barnas varierende behov. Samtidig benytter helseforetakene rammeavtalene fullt ut, noe som kan tyde på at det er lettere å forutse behovet og at forskjellen mellom avtale om faste plasser og rammeavtaler i praksis er liten. Når oppdragsgiver har inngått rammeavtaler som i begrenset grad har vært benyttet, kan det tyde på at behovet ikke er tilstrekkelig analysert før rammeavtalen ble inngått.

En generell vurdering er at rammeavtaler har en kostnadsside, og leverandøren vil ta betalt for risiko for at avtalen ikke blir benyttet. For mange av helse- og sosialtjenestene er staten eneste kjøper, og prisen for rammeavtalene som faktisk benyttes kan bli uforholdsmessig høy. Dette kan tilsi at myndighetene i stedet bør vurdere egenregi eller kjøp av faste plasser, men dette har også en kostnadsside.

Det er derfor viktig å gjøre en grundig vurdering av prisforskjeller mellom ulike avtaleformer og avveie dette mot risikoen ved å inngå faste avtaler der oppdragsgiver risikerer å feilvurdere behovet. Fleksibiliteten en rammeavtale gir oppdragsgivere i situasjoner med blant annet usikre økonomisk rammer og budsjetter kan derfor forsvare en noe høyere pris.

## Brukervalg

Med brukervalg forstås her at brukeren velger leverandør. Brukermedvirkning vil si at brukeren blir tatt med på råd om utforming av anskaffelsen og evalueringen av tilbudene, se beskrivelse av dette i kapittel 3.

### Om forskjellige former for brukervalg

Anskaffelsesregelverket åpner for flere former for å regulere brukervalg:

* Oppdragsgiver tildeler en enkelt kontrakt hvor brukeren velger leverandør gjennom brukervalg (brukervalg ved enkeltkontrakt)
* Oppdragsgiver inngår rammeavtale hvor brukeren foretar avrop gjennom brukervalg (brukervalg ved avrop på rammeavtale)
* Oppdragsgiver inngår en kontrakt om tjenestekonsesjon med et begrenset antall leverandører hvor brukeren velger sin leverandør etter brukervalg (brukervalg ved tjenestekonsesjonsordning)
* Oppdragsgiver kvalitetssikrer og slipper alle som oppfyller kravene inn i en ordning hvor brukeren velger leverandør etter brukervalg (brukervalg ved kvalifikasjonsordning)

For brukeren vil de tre siste alternativene ikke fortone seg så forskjellig, men de er underlagt forskjellige regelverk og vil dermed måtte etableres på forskjellige måter av oppdragsgiver.

I det følgende gjennomgås disse fire formene for brukervalg.

### Brukervalg ved enkeltkontrakt

Nye [FOA § 30-1](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§30-1) (4) del IV åpner nå for brukervalg ved tildeling av enkeltkontrakter. Det ble lenge stilt spørsmål ved om brukervalg var forenlig med anskaffelsesregelverket fordi valg av tilbud skal skje etter konkurranse med klare kriterier og på en gjennomsiktig og ikke-diskriminerende måte.

Dette spørsmålet er nå avklart i forskriften. I henhold til FOA § 30-1 (4) gjennomføres konkurranser om enkeltkontrakter hvor tildelingsmekanismen er brukervalg. Forskriften fastsetter at brukervalg da skal være eneste tildelingskriterium. Dette er ikke til hinder for at det stilles minstekrav til leverandøren og ytelsen. For de som oppfyller minstekravene så er det brukerens valg som er avgjørende.

Det stilles ikke krav til at det må angis noen kriterier som brukeren må anvende for å foreta sitt valg. Det er ikke krav om at brukeren må gi en begrunnelse for valget. Det skal ikke utøves noen prøving av brukerens skjønn, altså om det er vilkårlig, grovt urimelig eller om brukeren har lagt feil fakta til grunn ved sin vurdering.

Formålet med brukervalg er nettopp at brukeren skal kunne legge vekt på egne subjektive vurderinger, herunder for eksempel empati, mellommenneskelighet, godhet og liknende faktorer. Dette er vurderinger som brukeren selv må gjøre, og hvor det ikke objektivt kan overprøves hvem brukeren føler seg komfortabel med.

Når oppdragsgiver gjennomfører en konkurranse med brukervalg, bør oppdragsgiver gjøre det klart for tilbyderne at all kommunikasjon skal skje til oppdragsgiver og at de ikke skal ta kontakt med bruker.

Ofte vil det kunne være ønskelig for bruker å møte leverandørene. Dette kan særlig gjelde der bruker gjennom tidligere leveranser har kjennskap til en av tilbyderne eller det er avgjørende for valg av leverandør at bruker har møtt en eller flere i teamet som skal utføre tjenesten. Oppdragsgiver må da fasilitere dette på en måte som sikrer likebehandling.

### Brukervalg ved avrop på rammeavtale

Tilsvarende som for inngåelse av enkeltkontrakter er det adgang til å inngå rammeavtaler hvor tildeling av avrop foretas ved brukervalg. Oppdragsgiver gjennomfører da en konkurranse hvor det inngås rammeavtale på vanlig måte.

Avropsmekanismen i rammeavtalen er brukervalg. Brukervalget som skjer ved avrop vil i praksis skje på samme måte som brukervalg for enkeltkontrakt.

At tildeling av avrop kan foretas ved brukervalg fremgår ikke uttrykkelig av forskriften, men følger av premiss 61 i fortalen til EØS-anskaffelsesdirektivet.

### Brukervalg ved tjenestekonsesjonskontrakt

Dersom oppdragsgiver sørger for et tilbud om helse- og sosialtjenester gjennom å etablere tjenestekonsesjonskontrakter vil brukerens valg av leverandør i praksis være et brukervalg. Se kapittel 10 om tjenestekonsesjonskontrakter.

### Brukervalg ved kvalifikasjonsordning

Anskaffelsesregelverket, herunder konsesjonskontraktforskriften, kommer til anvendelse der oppdragsgiver foretar et valg i form av tildeling av en kontrakt.

Dersom oppdragsgiver etablerer en kvalifikasjonsordning hvor alle som tilfredsstiller kravene blir sluppet inn i ordningen, og bruker så velger leverandør, skjer det ingen tildeling av noe fra det offentlige. Det foreligger da ikke en kontrakt eller en konsesjonskontrakt (konsesjonsdirektivet premiss 13). Dette må ikke blandes sammen med kvalifikasjonsordning etter forsyningsforskriften.

Oppdragsgiver er i dette tilfellet underlagt et EØS-rettslig krav til klarhet om hva som er kriteriene for å bli med i ordningen og likebehandling ved vurdering av om kriteriene er oppfylt, men ikke noe krav til konkurransen, da det ikke er konkurranse om et begrenset gode.

# Anskaffelser under EØS-terskelverdien

## Hvilke anskaffelser er omfattet

For kjøp av helse- og sosialtjenester mellom 100 000 kroner og 6,95 millioner kroner kommer kun  [FOA del I](https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-974#KAPITTEL_1) til anvendelse i tillegg til [LOA](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2016-06-17-73).

Det er også bare LOA og FOA del I som gjelder dersom anskaffelsen er lik eller overstiger 6,95 millioner kroner og et av unntakene fra del IV er anvendelige. FOA § 30-4 gjør unntak for tjenester til enkeltbrukere hvor det ikke foreligger samtykke til å utlevere taushetsbelagt informasjon. Videre er det generelle unntak i [FOA §§ 13-3 og 13-4](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§13-3), se [FOA § 30-5](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§30-5) (4).

For anskaffelser om kjøp av tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet gjelder det et eget unntak. Unntaket gjelder fra EØS-avtalen, LOA og FOA. Dette unntaket er beskrevet i kapittel 8.

### Forholdet mellom forskriftens del I og del IV

Hvis du ser bort fra kravene til kunngjøring og karensperiode som gjelder i del IV, kan det diskuteres hvor stor forskjell det nå er mellom del IV og del I, ut over at kravet til forholdsmessighet innebærer at de grunnleggende kravene må forstås med forskjellig styrke. Når du skal gjennomføre en anskaffelse under EØS-terskelverdien, kan det være nyttig veiledning å hente i store deler av veiledningen om anskaffelser over EØS-terskelverdiene (del IV). For å utnytte handlingsrommet i del I må du likevel være bevisst på at det gjelder færre krav i del I sammenlignet med del IV.

EU-lovgiver har i det nye anskaffelsesdirektivet bevisst gitt et eget regelverk for helse- og sosialtjenester, men med en høyere terskelverdi på 6,95 millioner kroner. I en slik forhøyet EØS-terskelverdi ligger det en presumsjon for at anskaffelser under denne verdien som hovedregel ikke påvirker samhandelen i EØS-området. Anskaffelser under 6,95 millioner kroner er derfor normalt ikke av grenseoverskridende interesse, med mindre det er holdepunkter for det motsatte (for eksempel fordi det gjelder et EU-finansiert grenseoverskridende prosjekt). Dette kan utledes av fortalen til anskaffelsesdirektivet (Direktiv 2014/24/EU) preNOmiss (114).

### Beregning av terskelverdi

Reglene om beregning av terskelverdi er beskrevet i [Nærings- og fiskeridepartementets veiledning](https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/forste-kolonne/veileder/id2518931/).

## Hvilke krav gjelder

For anskaffelser underlagt LOA og FOA del I, må du følge de grunnleggende prinsippene i [LOA § 4](https://lovdata.no/lov/2016-06-17-73/§4) og [FOA kapittel 7](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§7-1). Dette betyr at du har et stort handlingsrom til å gjennomføre en fleksibel anskaffelse.

LOA og FOA del I har ingen detaljerte krav til hvordan konkurransen skal gjennomføres. Selv om det er få krav knyttet til gjennomføring av disse anskaffelsene, vil mange aktiviteter i forbindelse med behovsdefinering, planlegging og utforming av kontrakt være relevante når du skal planlegge anskaffelsen også under EØS-terskelverdien.

LOA § 4 sier at du skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet.

### Konkurranse

LOA § 4 oppstiller et grunnleggende krav til konkurranse. Det er ikke helt klart hva dette innebærer for anskaffelser av helse- og sosialtjenester som følger forskriftens del I.

Du må i den enkelte anskaffelse konkret vurdere hvordan det er hensiktsmessig å foreta anskaffelsen. For å kunne sammenligne hvilke muligheter som foreligger, og for å oppnå de beste betingelsene, vil det ofte være nødvendig og hensiktsmessig å kontakte flere aktører for å undersøke hva de kan tilby.

Du må dokumentere hvilke tiltak du har iverksatt for å undersøke hva markedet kan tilby og hvilke leverandører du har vært i kontakt med, se nærmere om dette i beskrivelsen av kravet til etterprøvbarhet under.

Oppdragsgiver har større fleksibilitet ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester enn ved andre anskaffelser. Kravet til konkurranse må forstås i lys av dette, og du må dermed være forsiktig med å se hen til hvordan kravet til konkurranse forstås for andre anskaffelser underlagt FOA del I.

### Likebehandling

Leverandørene skal likebehandles gjennom hele anskaffelsesprosessen. Du må legge vekt på objektive og saklige forhold ved valg av leverandør. For en anskaffelse underlagt del I er det ikke krav til konkurransegrunnlag, og det gjelder begrensede krav til hvilken informasjon du må gi om konkurransen. Når du gjennomfører en konkurranse blant flere, må leverandørene imidlertid få den samme informasjonen og du må sørge for at ingen favoriseres under prosessen.

### Forutberegnelighet

Forutberegnelighet innebærer at mulige leverandører får anledning til å gjøre seg kjent med hva som skal anskaffes for å dekke oppdragsgivers behov, hvilke krav oppdragsgiver stiller til leverandørene, og hvilke forhold som vil bli vektlagt ved vurderingen av tilbudene.

Som beskrevet om FOA del IV i veilederens kapittel 3, er det en motsetning mellom fleksibilitet og forutberegnelighet. Ved at det er innført lempeligere regler for helse- og sosialtjenester må det antas at det gjelder et lavere krav til forutberegnelighet ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester som følger del I sammenlignet med anskaffelser som følger forskriftens del II, III og IV.

### Etterprøvbarhet

Kravet til etterprøvbarhet skal sikre at konkurransen blir gjennomført i tråd med regelverket og rammene for konkurransen. Dokumentasjonsplikten i [FOA § 7-1](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§7-1) springer ut fra dette prinsippet i loven.

Dokumentasjonsplikten gjelder for alle anskaffelser som overstiger 100 000 kroner (ekskl. mva). For at prosessen skal være etterprøvbar må vurderingene og beslutningene dokumenteres og protokollføres.

Hvilke opplysninger som er relevant å føre i protokollen avhenger av den konkrete konkurransen. Plikten innebærer at du må oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen. Alle vesentlige forhold for gjennomføringen av anskaffelsen skal nedtegnes eller samles i protokollen.

Opplysninger om hva som ble anskaffet, anskaffelsens verdi og hvordan konkurransen ble gjennomført er alltid relevant å dokumentere i ettertid.

Hvilke leverandører som meldte interesse eller hvem du kontaktet og hvem som ble valgt, samt hvorfor, må også dokumenteres.

Hvilke tiltak som er gjort for å sikre konkurranse, valg av hvilke krav som stilles, hvorvidt oppdrag skal fordeles etter brukervalg eller lignende er andre eksempler på forhold som bør dokumenteres i protokollen.

KOFA har uttalt at oppdragsgiver må bruke sitt innkjøpsfaglige skjønn til å vurdere hva som er «vesentlige forhold» for gjennomføringen av anskaffelsen, [se KOFA-sak 2015/35](http://www.kofa.no/PageFiles/5285/2015-35%20Klagenemndas%20avgj%C3%B8relse.pdf).

Difi har utformet en [mal for protokoll](https://www.anskaffelser.no/verktoy/anskaffelsesprotokoller-maler).

### Forholdsmessighet

Kravet til forholdsmessighet innebærer at konkurransen skal gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet. Kravene til hvordan anskaffelsen bør gjennomføres øker altså proporsjonalt med anskaffelsens verdi. For eksempel stilles det strengere krav til en anskaffelse på 5-6 millioner kroner sammenlignet med en anskaffelse til for eksempel 500 000 kroner.

For de minste anskaffelsene er det ikke formålstjenlig å legge opp til en omfattende prosess, mens du normalt bør vurdere å offentliggjøre og gjennomføre en mer formalisert konkurranse for de anskaffelsene som nærmer seg terskelverdien på 6,95 millioner kroner.

Samtidig innebærer kravet til forholdsmessighet at du skal tilpasse krav og kriterier til den konkrete anskaffelsen. Hvordan konkurransen skal gjennomføres og hvor omfattende den skal være, må dermed stå i forhold til kostnaden, omfanget og kompleksiteten på anskaffelsen.

Hvis det stilles for strenge eller omfattende krav i en anskaffelse som i praksis retter seg mot et leverandørmarked hvor det også er mindre og/eller nyetablerte leverandører, risikerer du å stenge ute de minste- og de nyetablerte aktørene. Omfattende dokumentasjonskrav kan for eksempel føre til at mindre og nyetablerte organisasjoner ikke oppfyller kravene for å delta i konkurransen eller at de taper konkurransen mot større leverandører. Det å stille strengere krav enn nødvendig er i strid med forholdsmessighetsprinsippet.

## Kunngjøring

Du har ingen kunngjøringsplikt under 6,95 millioner kroner, men du kan foreta en frivillig kunngjøring på Doffin. Du kan også annonsere konkurransen på egen hjemmeside eller i media, eventuelt kombinere flere av disse virkemidlene.

Hvis du ikke kjenner leverandørmarkedet godt, kan en frivillig kunngjøring være et hensiktsmessig virkemiddel for å fange opp eventuelle nye leverandører.

## Krav til skatteattest

For anskaffelser som overstiger 500 000 kroner (ekskl. mva.) må du innhente skatteattest fra valgt leverandør.

Skatteattesten skal ikke være eldre enn seks måneder regnet fra fristen for å levere forespørsel om å delta i konkurransen eller tilbud. Dette følger av [FOA § 7-2](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§7-2).

Kravet gjelder bare for norske leverandører.

## Begrunnelse

FOA del I stiller ikke krav til at det skal utformes en meddelelse om kontraktstildeling med en begrunnelse til leverandøren etter at tilbudene er ferdig evaluert.

Kravet til etterprøvbarhet tilsier imidlertid at du må gi leverandørene en begrunnelse for hvilket tilbud du velger, samt hvorfor valgte leverandørs tilbud ble ansett som best.

Begrunnelsen inngår som dokumentasjon på at kravet til etterprøvbarhet er oppfylt, slik at KOFA eller domstolene kan ta stilling til om anskaffelsen er gjennomført i tråd med regelverket. Dette skaper rettssikkerhet for leverandørene og gir mulighet til kontroll i ettertid.

Av hensyn til leverandørene som har brukt tid og ressurser på å delta i en konkurranse bør du også gi en begrunnelse siden dette anses som god forretningsskikk.

Det er også i tråd med god forvaltningspraksis å gi en begrunnelse, ettersom dette bidrar til å gi trygghet om at tildelingen ikke har vært påvirket av utenforliggende hensyn, kameraderi eller korrupsjon.

## Karensperiode

Det er ikke krav om at du fastsetter en karensperiode etter FOA del I. Du kan derfor velge å inngå kontrakt umiddelbart etter at kontrakt er tildelt og begrunnelsen er sendt leverandørene som ikke nådde opp i konkurransen.

Du kan velge å fastsette en frivillig karensperiode, eventuelt informere om at kontrakt vil bli inngått noen få dager etter at begrunnelsen er sendt. Øvrige leverandører vil da få mulighet til å protestere på kontraktsinngåelsen, og risikoen for at du i ettertid blir møtt av klager og krav om erstatning reduseres.

KOFA sak 2009/69 gir veiledning om hvordan en anskaffelse av institusjonsplasser til barn og unge kan gjennomføres etter den forrige anskaffelsesforskriften del I.

Det understrekes at saken ikke angir hvilke krav som *må* oppstilles, den gir kun et eksempel.

Vær også oppmerksom på at anskaffelsen i sak 2009/69 ble gjennomført på en langt strengere måte enn det er krav om etter den nye forskriftens del I.

## Krav til lønns- og arbeidsvilkår

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter gjelder blant annet for kjøp av tjenester som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva. for statlige myndigheter og 2 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere. Dette kravet gjelder også for anskaffelse av helse- og sosialtjenester som overstiger disse verdiene. Kravene er nærmere omtalt i veilederens kapittel 3.4.2.

## Miljø og samfunnsansvar

[LOA § 5](https://lovdata.no/lov/2016-06-17-73/§5) pålegger offentlige oppdragsgivere å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant.

Videre må du ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Du kan lese om denne bestemmelsen i kapittel 3.3.2.

## Varighet på kontraktene

Det er ikke gitt egne regler om varighet på kontrakter for helse- og sosialtjenester under EØS-terskelverdien. [FOA § 30-1](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§30-1) (5), som gjelder helse- og sosialtjenester over EØS-terskelverdien angir at det kan inngås langvarige kontrakter dersom det er nødvendig på grunn av brukernes behov, kontraktens formål, investeringskostnader eller andre relevante grunner. Bestemmelsen er ikke uttømmende. I praksis er det ikke begrensninger på varighet på kontrakter der det er behov for lang varighet.

Det er også eksplisitt angitt at oppdragsgiver kan inngå løpende kontrakter med oppsigelsesadgang. Dette gir mulighet til å inngå kontrakter tilpasset brukerne/pasientene, hvor oppdragsgiver kan avvikle kontraktene dersom behovet ikke lenger er til stede. Der oppdragsgiver vil inngå løpende kontrakter med oppsigelsesadgang bør oppdragsgiver vurdere om kontrakten skal ha en viss minste varighet slik at leverandøren har trygghet for å få dekket oppstartskostnadene.

Se nærmere i kapittel 3.10 om langvarige kontrakter.

#### Ytterligere informasjon

For ytterligere informasjon om hvilke krav som kan være relevant å stille ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester, se veilederens omtale av FOA del IV i kapittel 3.1. Se særlig punktene om krav til leverandører av helse- og sosialtjenester, krav til ytelsen, vektlegging av forhold ved tilbud og kontraktskrav. Disse delene av veilederen er like relevante for anskaffelser under EØS-terskelverdien.

## Handlingsrom ved gjennomføring av konkurransen

Ved anskaffelser under EØS-terskelverdien er handlingsrommet vidt. Konkurransen kan gjennomføres på flere måter. Du kan velge å henvende deg til kommersielle aktører, ideelle aktører eller til en kombinasjon av disse.

### I hvilken grad kan konkurransen reserveres for – eller rettes – mot ideell sektor?

Det nye anskaffelsesdirektivet oppstiller i motsetning til det tidligere direktivet prosedyrekrav til kunngjøring, begrunnelse og karens for anskaffelser av helse- og sosialtjenester.

Det er lagt til grunn i forarbeidene til det nye regelverket at den norske særregelen om at kontrakter om helse- og sosialtjenester kan reserveres for ideelle organisasjoner ikke kan videreføres for de anskaffelsene som er omfattet av direktivet og som er regulert i Norge i forskriftens del IV. Direktivets krav til kunngjøring og ikke-diskriminering er til hinder for at enkelte leverandørgrupper favoriseres. Se [NOU 2014: 4](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/NOU-2014-4/id761768/?q=nou%202014:4) punkt 12.4.2.2 side 105 og [Prop. 51 L](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-51-l-20152016/id2471374/?q=prop.%2051%20L) (2015-2016) punkt 8.1 side 75.

Anskaffelser under EØS-terskelverdien på 6,95 millioner kroner er imidlertid ikke omfattet av EUs anskaffelsesdirektiv. Direktivet er dermed ikke til hinder for at konkurranser under EØS-terskelverdien kan reserveres for ideelle organisasjoner eller rettes mot ideelle organisasjoner.

Spørsmålet er om det er noe i det norske lovverket som er til hinder for kun å rette forespørsler til ideelle organisasjoner. LOA § 4 oppstiller et krav til likebehandling. Det kan stilles spørsmål ved om ordlyden i § 4 er til hinder for å reservere kontrakter for ideelle organisasjoner også under EØS-terskelverdien. Forenklingsutvalget la eksempelvis dette til grunn i, se NOU 2014:4 punkt 12.4.2.3 på side 106.

Av forarbeidene fremgår det at Stortinget og regjeringen ser på de ideelle organisasjonene som viktige leverandører av helse- og sosialtjenester i Norge. Det fremheves at handlingsrommet for å legge til rette for at de ideelle organisasjonene kan fortsette å tilby helse- og sosialtjenester av god kvalitet til brukerne bør utnyttes. Se [Innst.358 L (2015-2016)](https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2015-2016/inns-201516-358/) og [Prop. 51 L](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-51-l-20152016/id2471374/).  
  
I et svar næringsminister Monica Mæland ga til Stortinget i Dokument nr. 15:10 (2015–2016) (svar på spørsmål 1417) uttalte næringsministeren blant annet at konkurranser vil kunne reserveres for ideell sektor un­der EØS-terskelverdi. Det er derfor anledning i del I til å foreta anskaffelser rettet mot ideelle organisasjoner.

### Øvrig handlingsrom for å rette anskaffelser mot ideell sektor

Konkurranser kan rettes, eller kontrakt tildeles direkte, til en ideell aktør, dersom kontrakten gjelder utøvelse av offentlig myndighet. Utøvelse av offentlig myndighet blir behandlet i kapittel 8.

Videre kan kontrakter om tjenester til enkeltbrukere i enkelte tilfeller tildeles direkte til ideelle aktører. Dette blir behandlet i kapittel 9.

### Kontrakter kan også reserveres på bakgrunn av bestemmelsen i [FOA § 30-2](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§30-2), som åpner for å reservere kortvarige kontrakter om blant annet helse- og sosialtjenester for sosiale entreprenører. Dette er behandlet i kapittel 3.9. Relevante krav å stille i konkurransen

Hvis du velger ut noen tilbydere til å innlevere tilbud i en del I-anskaffelse, står du fritt til å bestemme hvilke tilbydere som skal inviteres.

Dersom du velger å gjennomføre en konkurranse etter en åpen invitasjon til alle potensielle leverandører, og du ønsker å rette anskaffelsen mot ideelle aktører, må du angi hva som forstås som en ideell aktør.

Du må i så fall be om dokumentasjon som viser at tilbyderne oppfyller kravet til å være en ideell organisasjon. Formålet med virksomheten er her sentralt, blant annet kan virksomheten ikke ha profitt som formål, eventuelt må overskudd utelukkende benyttes til å drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmenheten eller spesielle grupper.

Relevant dokumentasjon det kan være aktuelt å be om er for eksempel vedtekter og andre dokumenter som viser formålet med virksomheten, attest fra Stiftelsesregisteret eller Foretaksregisteret og regnskap.

Se nærmere informasjon om hvilke organisasjoner som regnes som ideelle i kapittel 1.

Forhold som vektlegges i evalueringen må ha sammenheng med kontraktens gjenstand og være relevant for den type tjeneste som skal anskaffes. Krav til kvalitet må fastsettes med utgangspunkt i de aktuelle brukeres eller pasienters behov samt skrevne og uskrevne faglige retningslinjer og normer for den aktuelle tjenesten.

Se også nærmere informasjon om hvilke krav som kan være relevant å stille eller vektlegge i kapittel 3.

Nedenfor følger noen eksempler på andre forhold som det kan være aktuelt å vurdere ved tildeling av kontrakt:

* Det kan være relevant å vektlegge i hvilken grad leverandørens arbeidsmetode, driftskonsept og virksomhetsidé bidrar til god kvalitet på tjenesten som skal anskaffes og om dette eventuelt gir en merverdi for det helse- eller sosialfaglige tilbudet som tilbys pasientene/brukerne.
* Hvorvidt tilbyderen har et helhetlig brukerperspektiv kan være et relevant forhold å vektlegge i den forbindelse, for eksempel om brukeren får anledning til kontakt med leverandøren i form av deltakelse i andre tilbud både før og etter et eventuelt institusjonsopphold. Dette øker muligheten for optimale resultater av behandlingen og kan anses som et kvalitetsfortrinn.
* Videre vil et helhetlig brukerperspektiv kunne bidra til forutsigbarhet for brukeren, som blir inkludert i en helhet snarere enn å være en bruker eller pasient på vei fra sted til sted.
* Oppdragsgivers behov for å opprettholde tilbud med ulik behandlingsform, institusjonsform, organisering, livssynsgrunnlag og så videre er andre eksempler på forhold som kan vektlegges i evalueringen. I den forbindelse kan det være relevant å vektlegge kombinasjonen av fagkompetanse og brukerkompetanse hos leverandørene.
* Hvorvidt leverandøren kan tilby brukere som ønsker det å delta i virksomheten som frivillige likemenn eller med annen frivillig innsats etter at de er ferdig behandlet er eksempel på et annet forhold som kan være relevant å vektlegge, dersom dette øker sannsynligheten for vedvarende rehabilitering.
* Hvis behandlingstilbudet som tilbys pasientene/brukerne gjør pasientene/brukerne bedre rustet til å klare seg selv og til å organisere seg selv og sin egen situasjon i møte med samfunnet og myndighetene, kan dette vektlegges. I så fall bør du be leverandøren beskrive hvilke rutiner og hvilken metodikk leverandøren har for å ivareta dette.
* En annen mulighet kan være å vurdere i hvilken grad tjenesten kan tilpasses pasientens/brukerens personlige og sosiale situasjon slik at brukeren gjennom tjenesten blir inkludert i et sosialt nettverk – både i arbeidslivet og i samfunnet for øvrig.

I enkelte tilfeller vil en innovativ tjenesteutvikling kunne lede til at både brukeren/brukergruppen, deres familie/nettverk, ulike samfunnsorganisasjoner, sosiale entreprenører eller lokalt næringsliv deltar sammen med det offentlige i produksjonen av tjenesten. Tiltak for bruker kan utvikles som en sammenhengende kjede der aktørene i mindre og større grad deltar i hele forløpet og der brukeren kan gis en mer aktiv og medansvarlig rolle for at den samlede innsatsen gir varige resultater. Dette kalles ofte «samproduksjon» eller «samskapte tjenester».

# Kontrakter som reserveres for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer

Den forrige anskaffelsesforskriften § 3-12 slo fast at oppdragsgiver kan begrense konkurransen til virksomheter hvor flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede, og arten eller omfanget av deres handikap innebærer at de ansatte ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår.

Virkeområdet til bestemmelsen er kraftig utvidet i den nye forskriften. Bakgrunnen for dette er en tilsvarende utvidelse i direktivets artikkel 20.

Bestemmelser som gir mulighet for reservasjon for virksomheter med funksjonshemmede/vanskeligstilte er plassert både i forskriftens del II, III og IV. Bestemmelsene gjelder ikke bare for kjøp av helse- og sosialtjenester, men for alle former for anskaffelser uavhengig av hva som anskaffes. Hvis du bruker muligheten til å reservere kontrakten, må du for øvrig følge den aktuelle delen av forskriften som anskaffelsen er underlagt.

For helse- og sosialtjenester fremgår hjemmelen for reservasjon av [FOA § 30-3](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§30-3). Eksempler på slike kontrakter kan være utkjøring av mat til eldre eller drift av aktivitetssentre.

For det første utvides bestemmelsen til å gjelde virksomheter med ansatte som har en funksjonshemming *eller* er vanskeligstilte. For det andre er det nå tilstrekkelig at dette gjelder minst 30 prosent av de ansatte i virksomheten eller programmet.

Som oppdragsgiver kan du altså velge å begrense konkurransen til virksomheter eller programmer som har som hovedformål å integrere funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet. Dette gjelder altså dersom minst 30 prosent av de ansatte i virksomheten eller programmet har en funksjonshemming eller er vanskeligstilte.

Det byr vanligvis ikke på problemer å definere begrepet funksjonshemmet. I dag er det vanlig å omtale funksjonshemming som at mennesker har nedsatt funksjonsevne på et område, fremfor at det er funksjonshemmet. Dette kan være nedsatte fysiske, psykiske og sosiale funksjonsevner som gjør det vanskelig eller umulig å delta i det ordinære arbeidslivet på lik linje med andre arbeidstakere.

"*Vanskeligstilte*" personer er et mer upresist begrep. Fortalen til direktivet nevner at blant annet arbeidsledige, medlemmer av minoritetsgrupper eller andre sosialt marginaliserte grupper kan omfattes av dette begrepet. [Kommisjonens forordning nr. 651/2014](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.187.01.0001.01.ENG) benytter samme begreper og definerer disse. Selv om disse definisjonene ikke er bindende for forståelsen av anskaffelsesdirektivets bestemmelse om reserverte kontrakter, kan de gi viktig veiledning.

I forordningens kapittel 1, artikkel 2 defineres vanskeligstilte personer blant annet som personer som ikke har hatt regelmessig lønnet arbeid de siste seks måneder, eller er mellom 15 og 24 år gamle, eller ikke har en bolig eller videregående utdannelse, eller har avsluttet en fulltidsutdannelse siste to år og som ikke tidligere har hatt fast lønnet arbeid, eller er voksen enslig forsørger, eller arbeider i en sektor med ulik kjønnsfordeling og tilhører det underrepresenterte kjønn, eller tilhører et etnisk mindretall og har behov for å bedre sine språkferdigheter og sine muligheter på arbeidsmarkedet.

Hvis du bruker muligheten for å reservere konkurransen etter FOA § 30-3, må du angi i kunngjøringen at konkurransen reserververes til virksomheter eller programmer som har som hovedformål å integrere funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet.

Hvis konkurransen begrenses basert på § 30-3, må vilkårene i bestemmelsen fremgå som et krav for å delta i konkurransen. Du må i så fall be om dokumentasjon som viser at tilbyderne har som hovedformål å integrere funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet og at minst 30 prosent av de ansatte i virksomheten eller programmet har en funksjonshemming eller er vanskeligstilte.

Relevant dokumentasjon det kan være aktuelt å be om er for eksempel vedtekter og andre dokumenter som viser formålet med virksomheten og organiseringen av denne, en oversikt over totalt antall ansatte og hvor mange prosent som anses funksjonshemmet eller vanskeligstilte, attest fra Foretaksregisteret samt regnskap.

# Unntak for kjøp av tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet

## Generelt

[FOA § 2-4](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§2-4) bokstav h gir unntak for anskaffelser om kjøp av tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet. Bestemmelsen bygger på tilsvarende unntak i EØS-avtalen. Bestemmelsen gir unntak fra EØS-avtalen, LOA og FOA. Oppdragsgiver trenger dermed ikke følge noen anskaffelsesregler. Slike anskaffelser kan like fullt være omfattet av oppdragsgivers interne instrukser, økonomireglement, samt generelle regler om arkivering, innsyn og så videre.

Unntaket kommer blant annet til anvendelse ved kjøp av tjenester som innebærer utøvelse av tvang av et visst omfang. Dette kan typisk være aktuelt for barneverntjenester, og kan også være aktuelt for andre helse- og sosialtjenester. Hvorvidt vilkårene for å bruke unntaket er oppfylt, må vurderes helt konkret for hver kontrakt. Dette er et rettsområde hvor praksis er under stadig utvikling.

Unntaket gjelder både for inngåelse av rammeavtaler, kontrakter til flere brukere og ved kjøp til enkeltbrukere.

Selv om oppdragsgiver ikke har plikt til å følge anskaffelsesreglene, betyr ikke dette at det ikke kan være hensiktsmessig å gjennomføre en konkurranse for å gi en best mulig anskaffelse. Hvis oppdragsgiver ønsker å innhente tilbud fra flere, kan oppdragsgiver velge hvilke tilbydere som man vil innhente tilbud fra.

Dersom oppdragsgiver inviterer flere til å inngi tilbud, så vil oppdragsgiver gjennom en slik invitasjon og beskrivelsen av anskaffelsen skape en forventning hos de som inngir tilbud om at oppdragsgiver vil opptre i tråd med det man har beskrevet. Dette vil kunne håndheves av tilbyderne.

Unntaket gjelder for tjenester som innebærer myndighetsutøvelse slik unntaket skal forstås etter EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32. Det skal ikke legges noen selvstendig norsk forståelse til grunn for unntaket i anskaffelsesregelverket. Det avgjørende er hvordan man skal forstå unntaket i EØS-avtalen, uavhengig av hvordan begrepet myndighetsutøvelse ellers benyttes i nasjonal rett. Dette innebærer at begrepsbruken i forvaltningsloven og andre nasjonale lover og forskrifter ikke gir veiledning for tolkningen i denne sammenheng. Veiledning for hva som ligger i begrepet offentlig myndighetsutøvelse må hentes fra EU- og EØS-rettslige kilder, primært praksis fra EU-domstolen.

I Vedlegg 3 til denne veilederen kan du lese en beskrivelse av noen saker fra EU-domstolen om hva som innebærer myndighetsutøvelse. Den er en ganske abstrakt og er primært beregnet for jurister.

Du kan få veiledning til unntaket ved å lese [en fortolkningsuttalelse fra Nærings- og fiskeridepartementet](https://www.anskaffelser.no/verktoy/unntak-fra-offentlig-virksomhet-barnevernstiltak), og en avgjørelse fra KOFA og en domstol i Norge ([vedlegg 2](#vedlegg2)) som sier noe om for hvilke barneverntjenester unntaket kommer til anvendelse. Difi kan ikke utelukke at domstol eller annen myndighet senere kommer til annet resultat.

Difi mener imidlertid at en oppdragsgiver relativt trygt kan legge til grunn at unntaket gjelder for de barneverntjenestene, som ifølge fortolkningsuttalelsen fra Nærings- og fiskeridepartementet, avgjørelsen fra KOFA og kjennelsen fra domstolen er omfattet av unntaket. Ved anskaffelser av disse barneverntjenestene behøver du følgelig ikke lese den generelle gjennomgangen av beskrivelsen av praksis fra EU-domstolen.

Hvorvidt andre helse- og sosialtjenester kan være omfattet av unntaket bør vurderes av en EU-rettskyndig jurist.

Andre typer helse- og sosialtjenester hvor det også blir utøvet tvang kan være noen typer tjenester for psykisk helsevern og tverrfaglig spesialisert rusbehandling (TSB) i spesialisthelsetjenesten.

På kommunalt nivå kan det være aktuelt å anvende unntaket for drift av sykehjem hvor det er pasienter med tvangsvedtak. Dette må vurderes konkret for det enkelte sykehjem ut fra sammensetningen av pasienter.

Eksempelvis kunngjorde Oslo kommune 19. desember 2016 en anskaffelse av 400 sykehjemsplasser, hvor kommunen har vurdert at dette var omfattet av unntaket for myndighetsutøvelse. Kommunen satte i anskaffelsen krav om at kun ideelle aktører kunne inngi tilbud. Eftas Overvåkningsorgan (ESA) har åpnet sak om denne anskaffelsen, og det er følgelig usikkert om unntaket kan brukes på denne type anskaffelser.

## Hvilke barneverntjenester er omfattet av unntaket?

Lov om barneverntjenester gir flere typer hjemler for å gripe inn og iverksette ulike former for tiltak, herunder plassering av barn i institusjon. Dersom en oppdragsgiver kjøper tjenester av en leverandør for å yte disse tiltakene, og leverandøren får rett til å utøve tvang overfor barna, vil det innebære myndighetsutøvelse.

Nærings- og fiskeridepartementet har i en [fortolkningsuttalelse av 23. mars 2015](https://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser/files/unntaket_for_offentlig_mynidghetsutovelse_-_svar_til_bld_datert_23.03.15.pdf) til Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet uttalt seg om hvilke tiltak etter [barnevernloven](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1992-07-17-100?q=barnevern) som departementet mener vil innebære offentlig myndighetsutøvelse.

Departementet mener at plassering etter barnevernloven §§ 4-6, 4-8, 4-12, 4-14 og 4-24 omfattes av unntaket for myndighetsutøvelse. Under større tvil mener departementet at tiltak etter § 4-26 også innebærer offentlig myndighetsutøvelse, og under enda større tvil mener departementet etter en helhetsvurdering at frivillig plassering i barnevernsinstitusjon etter § 4-4 fjerde ledd også vil omfattes av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse.

Leverandører som yter tjenester knyttet til barnevernloven §§ 4-4 (6), 4-12, 4-26 og 4-24 (2) leverer tjenester som innebærer myndighetsutøvelse og er omfattet av unntaket.

I [vedlegg 2](#vedlegg2) kan du se eksempel på Oslo Byfogdembete sin uttalelse i en KOFA-sak om anskaffelse av barneverntjenester.

## Tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

[Helse- og omsorgstjenesteloven](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2011-06-24-30?q=helse-%20og%20omsorgstjeneste) (lov om kommunale helse- og omsorgstjenester) regulerer kommunenes ansvar for helse- og omsorgstjenester. Kapittel 9 omhandler rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming.

Nærings- og fiskeridepartementet har i en veiledende [fortolkningsuttalelse av 17. april 2015](https://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser/files/brev_fra_dep_om_unntak_myndighetsutovelse_psyk_utvh.pdf) i et brev til Autismeforeningen i Norge drøftet om en offentlig anskaffelse av en tjeneste som innebærer bruk av tvang og makt etter kapittel 9 innebærer at anskaffelsen av tjenesten kan unntas etter unntak for myndighetsutøvelse

Departementet konkluderer med at skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner med hjemmel i § 9-5 tredje ledd bokstav a mest sannsynlig ikke innebærer offentlig myndighetsutøvelse da det kan begrunnes i allmenne nødrettsbetraktninger.

Motsatt konkluderer departementet med at *"på bakgrunn av at det i loven synes å være hjemmel til systematisk og langvarig bruk av tvang og makt hvor dette anses som nødvendig og forholdsmessig, mener vi at mye taler for at kontrakter om tjenester hvor det utøves tvang og makt med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 tredje ledd bokstav b og c omhandler utøvelse av offentlig myndighet"*.

Som understreket av departementet er deres uttalelse kun veiledende, og det er domstolene som har kompetanse til å tolke regelverket med bindende virkning. En oppdragsgiver vil imidlertid kunne legge til grunn departementets forståelse inntil en domstol eventuelt skulle komme til et annet resultat.

I [vedlegg 3](#vedlegg3) kan du lese om praksis fra EU-domstolen om hvordan unntaket for myndighetsutøvelse skal forstås.

# Unntak på grunn av taushetsplikt ved kjøp av tjenester til enkeltbruker

## Om unntaket

FOA § 30-4 gir et unntak fra plikten til å følge forskriftens del IV ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere forutsatt at det ikke er mulig å gjennomføre en forsvarlig konkurranse uten å gi ut taushetsbelagte opplysninger om brukeren, og brukeren ikke samtykker til å gi ut slike opplysninger, eller bare samtykker til å gi opplysningene til en eller flere bestemte leverandører. Oppdragsgiver må da kun følge LOA og FOA del I.

Når oppdragsgiver skal kjøpe inn helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere, må både anskaffelsesregelverket og taushetspliktreglene i [helsepersonelloven](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1999-07-02-64?q=helsepersonelloven) respekteres. Eksempler på slike tjenester er blant annet avlastningstjenester, tjenester til barneverntiltak, hjemmehjelptjenester og brukerstyrt personlig assistanse.

Det kan imidlertid i noen tilfeller oppstå en konflikt mellom kravene i anskaffelsesregelverket som forutsetter at det gis en beskrivelse av tjenesten som skal anskaffes og taushetspliktreglene som gir forbud mot å gi ut helseopplysninger om en bruker/pasient.

Det følger av helsepersonelloven § 21 at

”helsepersonell skal hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold som de får vite om i egenskap av å være helsepersonell”.

Det innebærer at oppdragsgiver i utgangspunktet ikke uten brukerens samtykke kan utlevere helseopplysninger til leverandører eller potensielle leverandører, jf. helsepersonelloven § 22.

Dersom anskaffelsen er underlagt FOA del IV, må oppdragsgiver kunngjøre konkurransen og leverandørene må bli gjort kjent med de forholdene oppdragsgiver vil vektlegge ved valg av tilbud.

I mange tilfeller vil det være mulig å gjennomføre en anskaffelse uten å utlevere opplysninger om brukeren som er omfattet av taushetsplikten og som identifiserer brukeren. Oppdragsgiver kan for eksempel anonymisere bruker, eller i stedet for å oppgi detaljerte informasjoner om diagnose, kjønn, alder, forholdet til pårørende osv., i større grad beskrive leverandørens arbeidsoppgaver (en blanding av behovsspesifikasjon og kravspesifikasjon).

## Når kommer unntaket til anvendelse

I enkelte tilfeller vil det ikke være mulig å gjennomføre en konkurranse uten å utlevere taushetsbelagte opplysninger som identifiserer brukeren, hvis leverandøren samtidig skal kunne levere gode og dekkende tilbud. Dette vil særlig gjelde anskaffelser av tjenester hvor brukeren har kompliserte diagnoser og kompliserte hjelpebehov, og hvor det vil være en utfordring for oppdragsgiver å beskrive oppdraget uten å gi detaljerte opplysninger om brukeren. Utfordringene vil særlig være store i mindre kommuner der bruker lett kan identifiseres.

Oppdragsgiver vil i mange tilfeller kunne løse dette ved å få nødvendig samtykke fra brukeren til å utlevere taushetsbelagte opplysninger til potensielle leverandører. Når oppdragsgiver involverer bruker, forklarer ham regelverket og bruker tid på å kartlegge behovene hans, vil bruker ofte kunne se seg tjent med at opplysningene gis videre til en avgrenset gruppe av leverandører. Det vil da ikke oppstå noen konfliktsituasjon.

Det kan imidlertid tenkes at brukeren, av ulike årsaker, ikke ønsker å gi samtykke til å utlevere taushetsbelagte opplysninger, eller bare gi samtykke til at en eller flere bestemte leverandører får slike opplysninger. Reglene om taushetsplikt innebærer i slike tilfeller at oppdragsgiver er avskåret fra å gjennomføre en konkurranse når det ikke er mulig å gi tilstrekkelige generelle opplysninger om anskaffelsen uten at brukerens identitet avdekkes. Dette vil også være tilfellet selv om konkurransen utformes slik at opplysningene bare utleveres til et begrenset antall prekvalifiserte leverandører (en avgrenset gruppe leverandører som er kvalifiserte til å utføre kontrakten).

Reglene om taushetsplikt innebærer videre at oppdragsgiver i et slikt tilfelle, der det ikke foreligger noe samtykke i det hele tatt, også vil være avskåret fra å gå direkte til én bestemt leverandør. Først når det faktisk er inngått en kontrakt med en leverandør, kan det etter helsepersonelloven være adgang til å levere ut taushetsbelagte opplysninger om brukeren til denne leverandøren, jf. helsepersonelloven § 25. Dette vil innebære at det i noen tilfeller ikke vil være adgang til å kjøpe tjenester eksternt.

### Eksempel på KOFA-sak om anskaffelse av rammeavtale for heldøgns omsorgstjenester

KOFA sak 2016/58 gjaldt en anskaffelse av rammeavtale for heldøgns omsorgtjenester for en bruker med varighet på fire år. Volumet var tidligere estimert til 2 millioner kroner i året. Kommunen gjennomførte ikke en kunngjort konkurranse, men forlenget eksisterende avtale. KOFA uttalte om det tilsvarende unntaket i den forrige forskriften:

"(20) Brukeren har ikke samtykket til å gi ut taushetsbelagte opplysninger. Avgjørende for om § 2-1 (3) bokstav c kommer til anvendelse er dermed om *"det ikke er mulig å gjennomføre en forsvarlig konkurranse uten å gi ut taushetsbelagte opplysninger om brukeren".*

(21) Oppdragsgivers begrunnelse for hvorfor det ikke er mulig å gjennomføre en forsvarlig konkurranse, skal fremgå av anskaffelsesprotokollen. Det følger av forarbeidene til bestemmelsen, PRE-2015-10-23-1208, at dette *"vil særlig gjelde anskaffelser av tjenester hvor brukeren har kompliserte diagnoser og kompliserte hjelpebehov, og hvor det vil være en utfordring for oppdragsgiver å beskrive oppdraget uten å gi detaljerte opplysninger om brukeren. Utfordringene vil særlig være store i mindre kommuner der bruker lett kan identifiseres"*.

(22) Brukeren har mange alvorlige og kompliserte diagnoser, som krever spesielle tiltak og innebærer bruk av tvang. Innklagede anså det nødvendig å beskrive disse diagnosene for å sikre en best mulig tjeneste for brukeren. I tillegg opplyser innklagede at det for tiden kun er én bruker i kommunen som mottar døgnkontinuerlig tjeneste i eget hjem. Oppdraget kan dermed vanskelig beskrives uten at brukeren blir identifisert.

(23) Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det nettopp et tilfelle som dette hvor *"det ikke er mulig å gjennomføre en forsvarlig konkurranse uten å gi ut taushetsbelagte opplysninger om brukeren"."*

## Om gjennomføring av en anskaffelse omfattet av unntaket

Hvis unntaket fra del IV kommer til anvendelse, så er anskaffelsen underlagt LOA og FOA del I. Hvordan anskaffelsen da skal gjennomføres avhenger av til hvilke(n) tilbyder(e) brukeren samtykker å gi helseopplysninger.

Der bruker samtykker til at to eller flere bestemte leverandører får utlevert taushetsbelagte opplysninger, tilsier kravet til konkurranse at oppdragsgiver gjennomfører en lukket konkurranse mellom disse leverandørene. Siden brukeren nettopp har samtykket til at disse leverandørene får de taushetsbelagte opplysningene, vil dette ikke skape problemer med hensyn til reglene om taushetsplikt.

Der bruker bare samtykker til at én bestemt leverandør får utlevert taushetsbelagte opplysninger, vil konkurranse imidlertid ikke være mulig. I et slikt tilfelle vil det derfor være i samsvar med lov og forskrift å tildele kontrakten direkte til denne leverandøren. Siden brukeren i en slik situasjon nettopp har samtykket til at han får de taushetsbelagte opplysningene, vil heller ikke denne situasjonen skape noen problemer med hensyn til reglene om taushetsplikt.

Foreligger det ikke noe samtykke i det hele tatt, vil heller ikke konkurranse være mulig. Der det finnes en eksisterende leverandør som allerede har tilgang til de taushetsbelagte opplysningene, kan oppdragsgiver i utgangspunktet tildele kontrakten direkte til denne leverandøren (for eksempel forlenge den eksisterende kontrakten), uten å komme i konflikt med verken anskaffelsesregelverket eller taushetspliktreglene. Finnes det ikke en slik leverandør, vil oppdragsgiver fortsatt være tvunget til å utføre tjenesten i egenregi.

Videre vil de mer konkrete kravene i FOA del I gjelde. Det innebærer blant annet at det vil gjelde et krav om protokollføring av anskaffelser over 100 000 kr. Hvis oppdragsgiver benytter unntaket, må han i protokollen redegjøre for oppfyllelsen av vilkårene for bruk av unntaket. Dette vil gjøre det mulig å føre kontroll med bruken av unntaket.

# Konsesjonskontrakter

## Kort om bakgrunnen for det nye regelverket

[Konsesjonskontraktforskriften](https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-976?q=konsesjonskontraktforskriften) er en helt ny forskrift som er vedtatt med bakgrunn i EUs nye direktiv om konsesjonskontrakter (2014/23/EU). Tidligere har inngåelse av konsesjons­kontrakter i liten grad vært regulert. Tjenestekonsesjonskontrakter har kun vært underlagt de grunnleggende EØS-rettslige prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og ikke-diskriminering, mens bygge- og anleggskonsesjoner var regulert i tidligere forskrift om offentlige anskaffelser kapittel 24.

Forskriften gjelder både tjenestekonsesjoner og bygge- og anleggskonsesjoner. I denne veilederen omtales kun tjenestekonsesjoner fordi tjenestekonsesjoner anses mest relevant for ytelsen helse- og sosialtjenester.

## Hva er en tjenestekonsesjonskontrakt?

En tjenestekonsesjonskontrakt er en kontrakt mellom en oppdragsgiver og en leverandør om utførelse av en tjeneste, der vederlaget for tjenesten som skal utføres enten utelukkende består av leverandørens rett til å utnytte tjenesten kommersielt, eller i en slik rett sammen med betaling. Det vanlige er at leverandøren tar seg betalt av de som benytter seg av tjenesten, eventuelt kombinert med delvis betaling fra oppdragsgiver (for eksempel ved drift av et parkeringsanlegg for det offentlige). For at kontrakten skal anses som en tjenestekonsesjons­kontrakt, må hele eller en vesentlig andel av driftsrisikoen være overført til leverandøren, slik at leverandøren ikke er garantert å få dekket sine investeringer eller driftskostnader knyttet til kontrakten.

Ved vurderingen av om en kontrakt er en konsesjonskontrakt, er det ikke hva oppdragsgiver anskaffer som er avgjørende, men hvordan kontrakten er utformet.

Konsesjonskontrakter kjennetegnes ved at det er leverandøren som bærer utgiftene ved å etablere tjenesten. Inntektene til leverandøren sikres gjennom en rett til kommersiell utnytting av tjenesten, eventuelt kombinert med betaling fra brukerne, oppdragsgiver eller begge. For offentlige helse- og sosialtjenester er det ikke vanlig at betalingen utelukkende kommer fra pasientene eller brukerne. Dette er imidlertid ikke avgjørende for om det er en konsesjons­kontrakt. Det sentrale i vurderingen er ikke hvor betalingen kommer fra, men om den vesentlige driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiver til leverandøren. Om oppdragsgivers betaling skjer direkte fra oppdragsgiveren eller via en betalingsanvisning som brukeren disponerer, spiller derfor ingen rolle.

Forskjellen på en ordinær tjenestekontrakt som følger anskaffelsesforskriften og en tjenestekonsesjonskontrakt er altså om driftsrisikoen er overført til leverandøren. Du må derfor i det enkelte tilfellet foreta en konkret vurdering av om kontrakten er en tjenestekonsesjon som skal følge den nye konsesjonskontraktforskriften eller om den er en ordinær tjenestekontrakt som må inngås etter anskaffelsesforskriften. Risikoforholdet er som beskrevet avgjørende.

## Hva innebærer det at driftsrisikoen må være overført?

Driftsrisikoen anses overført når leverandøren under normale driftsforhold ikke er garantert å tjene inn sine investeringer eller få dekket kostnadene som påløper i driften. Driftsrisikoen kan gjelde enten etterspørselsrisikoen, leveringsrisikoen eller begge deler.

Med etterspørselsrisiko menes for eksempel risikoen for at antallet brukere er tilstrekkelig til at det dekker leverandørens investeringer og driftskostnader. Den faktiske etterspørselen kan variere basert på brukernes ønsker og behov eller på grunn av konkurranse fra andre aktører.

Leveringsrisikoen kjennetegnes ved at leverandøren har ansvaret for at helse- og sosial­tjenesten som skal leveres er tilstrekkelig til å dekke etterspørselen etter den samme tjenesten.

Risikoen som overføres til leverandøren må være reell. Dette innebærer at leverandøren må være faktisk eksponert for svingningene i markedet, slik at et anslått potensielt tap ikke er ubetydelig. Hele eller en vesentlig andel av driftsrisikoen må derfor være overført til leverandøren for at det skal foreligge en konsesjonskontrakt. Det er ikke tilstrekkelig at kun en marginal del av driftsrisikoen er overført. Det avgjørende er om den vesentligste delen av den økonomiske risikoen som eksisterer faktisk er overført til leverandøren. Risiko som for eksempel er forbundet med leverandørens dårlige forvaltning av kontrakten eller mangelfull planlegging er ikke relevant i denne vurderingen.

## Hvilke typer helse- og sosialtjenester kan være en konsesjonskontrakt?

For tjenester hvor det er fritt brukervalg, for eksempel hjemmehjelp, brukerstyrt personlig assistanse (BPA) og hjemmesykepleie kan det være aktuelt å organisere tjenesten som en tjenestekonsesjon. Oppdragsgiver inngår da avtaler med flere leverandører som kan tilby assistanse og pleie til pasienter og brukere, og det er opp til brukerne å velge leverandør.

Hvis det er opp til brukerne å velge hvilken av leverandørene de vil ha som assistent eller pleier (fritt brukervalg), og leverandøren ikke er garantert noe minstevolum fra oppdragsgiver, har leverandøren risikoen for etterspørselen. Et brukervalgsystem vil derfor være en tjeneste­konsesjon så fremt leverandørene fullt ut har etterspørselsrisikoen for tjenesten. For at leverandørene skal bli ansett for å ha etterspørselsrisikoen, er det en forutsetning at det ikke garanteres noe minste volum i kontrakten fra oppdragsgivers side. Leverandøren kan heller ikke motta et fast beløp fra oppdragsgiver som betales uavhengig av om leverandøren klarer å skaffe seg brukere. Betalingen må med andre ord utelukkende knyttes til det antall brukere leverandøren klarer å skaffe. Forutsatt at brukervalgsystemet utformes slik, vil fritt brukervalg for hjemmehjelp, hjemmesykepleie og BPA være en tjenestekonsesjon.

Hvis du motsatt garanterer leverandørene et visst minste volum i kontrakten eller betaler leverandøren et fast beløp uavhengig av hvor mange brukere leverandøren oppnår, vil det være en ordinær tjenestekontrakt som må følge anskaffelsesforskriften.

Avtaler med private leverandører som skal drifte et kommunalt sykehjem på oppdrag for kommunen, hvor kommunen betaler for driften, kombinert med fritt brukervalg for sykehjemsplass, er ikke en tjenestekonsesjon. Slike avtaler må derfor inngås i samsvar med anskaffelsesforskriften.

Kluge Advokatfirma har på oppdrag fra KS139 skrevet en rapport om [«Fritt brukervalg for pleie og omsorgstjenester».](http://www.ks.no/contentassets/ed2522b3ef124587844eb9601f7b09ea/2_klugerappoert-kjop-av-helse_-og-sosialtjenster-til-enekltbrukere.pdf) Rapporten drøfter spørsmålet om tjenestekonsesjoner og fritt brukervalg. Selv om rapporten ble utformet før de nye reglene trådte i kraft, kan rapporten gi noe mer veiledning ved vurderingen av om ordningen er en tjenestekonsesjon eller tjenestekontrakt som skal inngås etter reglene om offentlige anskaffelser.

## Systemet i konsesjonskontraktforskriften for helse- og sosialtjenester

Systemet i [konsesjonskontraktforskriften](https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-976/KAPITTEL_7#KAPITTEL_7) ligner på systemet i anskaffelsesforskriften, med en egen særregulering for helse- og sosialtjenester. EØS-terskelverdien er vesentlig høyere for konsesjonskontrakter sammenlignet med ordinære tjenestekontrakter som følger anskaffelsesforskriften. For konsesjonskontrakter er den på 51 millioner kroner (ekskl. mva.). Konsesjonskontrakter som gjelder helse- og sosialtjenestene over EØS-terskelverdien følger konsesjonskontraktforskriftens del III.

Konsesjonskontrakter som gjelder helse- og sosialtjenester under EØS-terskelverdien på 51 millioner kroner er kun regulert av LOA og FOA del I.

[Konsesjonskontraktforskriftens vedlegg 3](https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-976/KAPITTEL_7#KAPITTEL_7) inneholder en angivelse av CPV-kodene for hvilke helse- og sosialtjenester som er omfattet.

## Om beregning av verdien på en konsesjonskontrakt

Verdien av en konsesjonskontrakt skal beregnes på grunnlag av leverandørens forventede samlede omsetning i kontraktens løpetid uten merverdiavgift, jf. [konsesjonskontraktforskriften § 5-2](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-976/§5-2). Verdien omfatter vederlaget for tjenestene som skal leveres i forbindelse med utførelsen av konsesjonskontrakten. I og med at det er den forventede samlede omsetningen som er utgangspunktet for beregningen, er du kun forpliktet til å gjøre et overslag.

Beregningen må være forsvarlig på kunngjøringstidspunktet. For konsesjonskontrakter etter forskriftens del I, hvor det ikke er krav om kunngjøring, skal beregningen være forsvarlig på det tidspunktet du innleder anskaffelsesprosessen. At vurderingen skal være forsvarlig, innebærer at du må kunne gi en forklaring på hvordan og hvorfor du kom frem til den oppgitte verdien. Denne forklaringen må anses å være fornuftig ut fra de opplysningene du hadde på vurderingstidspunktet. Hvis du for eksempel har tilgang til tall knyttet til inntjening og verdi av lignende konsesjonskontrakter, vil dette kunne være et godt utgangspunkt for beregningen.

Du må ikke foreta beregningen på en måte som har til formål å hindre at forskriftens del III kommer til anvendelse. Hvis du planlegger å tildele separate delkontrakter, må den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn for beregningen. Dersom den samlede verdien av delkontraktene er lik eller overstiger EØS-terskelverdien på 51 millioner kroner, skal denne terskelverdien legges til grunn ved avgjørelsen av hvilke regler som gjelder for hver enkelt delkontrakt.

## Gjennomføringen av anskaffelser under EØS-terskelverdien

Tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter om helse- og sosialtjenester under EØS-terskelverdien på 51 millioner kroner er kun underlagt LOA og FOA del I. Kravene til gjennomføringen av anskaffelsen følger i hovedsak av de grunnleggende prinsippene i lovens § 4 og derfor tilsvarende som for anskaffelser av helse- og sosialtjenester som følger FOA.

Du må sørge for å gjennomføre en konkurranse, og anskaffelsen må gjennomføres i tråd med de grunnleggende prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet, forholdsmessighet og etterprøvbarhet.

### Konkurranse

LOA § 4 oppstiller et grunnleggende krav til konkurranse. Det er ikke avklart hva dette innebærer for tjenestekonsesjonskontrakter som følger konsesjonskontraktforskriften del I.

Du må i den enkelte anskaffelse konkret vurdere hvordan det er hensiktsmessig å foreta anskaffelsen. For å kunne sammenligne hvilke muligheter som foreligger og oppnå en reell konkurranse om tjenestekonsesjonskontrakten, vil det ofte være nødvendig og hensiktsmessig å kontakte flere aktører.

### Kunngjøring

Du har ingen kunngjøringsplikt under 51 millioner kroner, men du kan foreta en frivillig kunngjøring på Doffin. Du kan også annonsere konkurransen på egen hjemmeside eller i media, eventuelt kombinere flere av disse virkemidlene. Hvis du ikke kjenner leverandørmarkedet godt, og for å fange opp eventuelle nye leverandører, kan en frivillig kunngjøring være et hensiktsmessig virkemiddel.

### Likebehandling

Leverandørene skal likebehandles gjennom hele anskaffelsesprosessen. Du må legge vekt på objektive og saklige forhold ved valg av leverandør. For en tjenestekonsesjon underlagt del I er det ikke krav til konkurransegrunnlag, og det gjelder begrensede krav til hvilken informasjon du må gi om konkurransen. Når du gjennomfører en konkurranse blant flere, må leverandørene imidlertid få den samme informasjonen, og du må sørge for at ingen favoriseres under prosessen.

### Forutberegnelighet

Forutberegnelighet innebærer at mulige leverandører får anledning til å gjøre seg kjent med hva som skal anskaffes for å dekke brukernes eller pasientenes behov, hvilke krav oppdragsgiver stiller til leverandørene, og hvilke forhold som vil bli vektlagt ved vurderingen av tilbudene. I en konkurranse om en tjenestekonsesjon er det videre naturlig å beskrive risikoforholdet, slik at leverandørene forstår at de har etterspørselsrisikoen og leveringsrisikoen

### Etterprøvbarhet

Etter [FOA § 7-1](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§7-1) gjelder det en dokumentasjonsplikt. Dokumentasjonsplikten innebærer at du må oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen. Videre har du en plikt til å oppbevare kontrakten gjennom hele kontraktsperioden. I tillegg kan det følge krav til arkivering av regler for arkiv og regnskap med videre.

Hvilke opplysninger som er relevant å dokumentere avhenger av den konkrete konkurransen. Opplysninger om hva som skal anskaffes, anskaffelsens verdi og hvordan verdien ble beregnet er alltid relevant å dokumentere i ettertid. Hvordan konkurransen ble gjennomført er også en viktig beslutning i enhver anskaffelsesprosess. Hvilke leverandører som meldte interesse eller hvem du kontaktet og hvem som ble valgt, samt hvorfor, bør også dokumenteres. Hvilke tiltak som er gjort for å sikre konkurranse er videre en viktig beslutning i anskaffelsesprosessen.

Difi har utformet en [mal for protokoll](https://www.anskaffelser.no/verktoy/anskaffelsesprotokoller-maler).

### Forholdsmessighet

Kravet til forholdsmessighet innebærer at konkurransen skal gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsen. Dette betyr for det første at kravene til hvordan anskaffelsen bør gjennomføres øker proporsjonalt med anskaffelsens verdi. Det stilles altså strengere krav til en tjenestekonsesjonskontrakt på for eksempel 42 millioner kroner sammenlignet med en konsesjonskontrakt på for eksempel 3 millioner kroner.

For de minste tjenestekonsesjonskontraktene er det ikke formålstjenlig å legge opp til en omfattende prosess, mens du normalt bør offentliggjøre og gjennomføre en konkurranse for de konsesjonskontraktene som nærmer seg terskelverdien på 51 millioner kroner.

Samtidig innebærer kravet til forholdsmessighet at du ikke skal stille strengere krav og vilkår enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med anskaffelsen. Hvordan konkurransen skal gjennomføres og hvor omfattende den skal være, må dermed stå i forhold til kostnaden, omfanget og kompleksiteten på anskaffelsen.

### Begrunnelse

Konsesjonskontraktforskriftens del I stiller ikke krav til at det skal utformes en meddelelse om kontraktstildeling med en begrunnelse til leverandøren etter at tilbudene er ferdig evaluert og leverandør er valgt.

Kravet til etterprøvbarhet tilsier imidlertid at du må gi leverandørene en begrunnelse for hvilket tilbud du velger, samt hvorfor valgte leverandørs tilbud ble ansett som best. Begrunnelsen inngår som dokumentasjon på at kravet til etterprøvbarhet er oppfylt, slik at KOFA eller domstolene kan ta stilling til om anskaffelsen er gjennomført i tråd med regelverket. Dette skaper rettssikkerhet for leverandørene og gir mulighet til kontroll i ettertid. Av hensyn til leverandørene som har brukt tid og ressurser på å delta i en konkurranse bør du også gi en begrunnelse, siden dette anses som god forretningsskikk.

Det er også i tråd med god forvaltningspraksis å gi en begrunnelse, ettersom dette bidrar til å gi trygghet om at tildelingen ikke har vært påvirket av utenforliggende hensyn, kameraderi eller korrupsjon.

### Karensperiode

Det er ikke krav om at du fastsetter en karensperiode etter forskriftens del I. Du kan derfor velge å inngå kontrakt umiddelbart etter at kontrakt er tildelt og begrunnelsen er sendt leverandørene som ikke nådde opp i konkurransen.

Du kan velge å fastsette en frivillig karensperiode, eventuelt informere om at kontrakt vil bli inngått noen få dager etter at begrunnelsen er sendt. Øvrige leverandører vil da få mulighet til å protestere på kontraktsinngåelsen og risikoen for at du i ettertid blir møtt av klager og krav om erstatning reduseres.

### Miljø og samfunnsansvar

Den nye [anskaffelseslovens § 5](https://lovdata.no/lov/2016-06-17-73/§5) pålegger offentlige oppdragsgivere å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant. Videre må du i henhold til den nye lovbestemmelsen ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Du kan lese mer om dette i kapittel 3.3.2.

## Gjennomføringen av anskaffelser over EØS-terskelverdien

### Innledning

Innføringen av en egen del III for konsesjonskontrakter som gjelder helse- og sosialtjenester innebærer at anskaffelsen kan foretas på en måte som er tilpasset de særlige behovene som må ivaretas ved denne typen anskaffelser. Det gjelder langt færre krav for anskaffelser av helse- og sosialtjenester sammenlignet med andre tjenestekonsesjonskontrakter over EØS-terskelverdien, slik disse er regulert i konsesjonskontraktforskriften del II.

Ut over kunngjøring, krav til kommunikasjon, tildelingsbrev med begrunnelse, karensperiode og dokumentasjonsplikten, oppstiller konsesjonskontraktforskriften kun et krav om at konkurransen skal gjennomføres på en måte som innebærer at leverandørene behandles likt og gis mulighet til å bli kjent med de forholdene oppdragsgiver vil vektlegge ved valg av leverandør til å delta i konkurransen og ved valg av tilbud.

For å kunne utnytte fleksibiliteten i konsesjonskontraktforskriften del III bør du derfor fri deg fra reglene i konsesjonskontraktforskriften del II og anskaffelsesforskriften del II og III.

### Kunngjøring

Ved anskaffelser over EØS-terskelverdien på 51 millioner kroner har du plikt til å kunngjøre konkurransen i hele EØS-området, jf. konsesjonskontraktforskriften § 14-3 (1). Det er utarbeidet egne skjema for kunngjøring av konsesjonskontrakter på www.doffin.no og gitt [veiledning om kunngjøring på anskaffelser.no](https://www.anskaffelser.no/kunngjoring-doffin/oversikt-over-elektroniske-kunngjoringsskjema/skjemaer-kunngjoring-etter-1).

### Unntak fra kunngjøringsplikten

Kunngjøringsplikten gjelder ikke når vilkårene i § 9-2 annet ledd er oppfylt, jf. [konsesjonskontraktforskriften § 14-3](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-976/§14-3) (2). Mulige unntaksbestemmelser kan være bokstav a) nr. 2; "*konkurranse er umulig av tekniske årsaker*" eller bokstav a) nr. 3; "*leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter*". Nr. 2 og 3 gjelder bare når det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør.

Det mest praktiske unntaket er bokstav b) som sier at kunngjøringsplikten ikke gjelder ved en forutgående mislykket konkurranse. En forutgående mislykket konkurranse kan for eksempel være at oppdragsgiver ikke mottok tilbud i den forutgående konkurransen, alle forespørslene eller tilbudene måtte avvises, tilbudene som ble mottatt ikke oppfylte oppdragsgivers behov eller krav som følge av vesentlige avvik med videre.

### Krav til elektronisk gjennomføring av konkurransen

All kommunikasjon og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiveren og leverandørene i forbindelse med konkurransen skal skje skriftlig ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler etter reglene i [konsesjonskontraktforskriften kapittel 10](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-976/§10-1).

Muntlig kommunikasjon kan likevel brukes, unntatt i forbindelse med utveksling av anskaffelsesdokumentene, forespørsler om å delta i konkurransen, bekreftelser av interesse og tilbud. Muntlig kommunikasjon skal dokumenteres i tilstrekkelig grad, for eksempel i form av et skriftlig referat eller sammendrag av hovedelementene i kommunikasjonen eller ved lydopptak.

De generelle kravene til verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon er regulert i konsesjonskontraktforskriften §§ 10-2 – 10-5.

### Hvilke øvrige krav gjelder for gjennomføring av konkurransen

Du har et stort handlingsrom til selv å bestemme hvordan anskaffelsen skal gjennomføres så lenge du overholder de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, forholdsmessighet og etterprøvbarhet.

De generelle prosedyrereglene for tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter for helse- og sosialtjenester fremgår av konsesjonskontraktforskriften § 14-1. Bestemmelsen inneholder ingen krav om at du må velge en bestemt anskaffelsesprosedyre. Du kan derfor selv fastsette regler for hvordan konkurransen skal gjennomføres. Reglene for gjennomføring av konkurransen må fastsettes i anskaffelsesdokumentene. Der må du gi nærmere instruks til leverandørene om hvordan tilbudene skal utformes, hvilke krav som stilles til leverandørene for å delta, hvilke forhold du vil vektlegge ved valg av tilbud, om du har til hensikt å forhandle osv. Du står fritt til å forhandle med leverandørene om alle sider ved tilbudene, men det er ikke tillatt, gjennom forhandlingene, å foreta endringer som medfører at anskaffelsen blir avgjørende forskjellig fra beskrivelsen i anskaffelsesdokumentene. Som ellers gjelder det også for konsesjonskontrakter et forbud mot å foreta vesentlige endringer etter at anskaffelsen er kunngjort.

For å skape forutberegnelighet for leverandørene om hvordan prosessen vil bli gjennomført, bør du vurdere å angi en veiledende tidsplan for gjennomføringen av konkurransen i anskaffelsesdokumentene.

Likebehandlingsprinsippet og forutberegnelighetsprinsippet tilsier at du må gjennomføre konkurransen på en måte som innebærer at leverandørene behandles likt og gis mulighet til å bli kjent med de forholdene du vil vektlegge ved valg av leverandører til å delta i konkurransen og ved valg av tilbud. For tjenestekonsesjonskontrakter som gjelder helse- og sosialtjenester er dette nedfelt i konsesjonskontraktforskriften § 14-1 (2).

### Særtrekkene ved helse- og sosialtjenester bør ivaretas

Ved gjennomføringen av konkurransen kan og bør du ta i betraktning særtrekkene ved ytelsen helse- og sosialtjenester. Dette gjelder både ved fastsettelsen av kravene til ytelsen, kontraktsvilkårene, kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene. Konsesjonskontraktforskriften fremhever at dette spesielt gjelder brukerens behov for kvalitet, kontinuitet, universell utforming, akseptable priser, tilgjengelighet og et helhetlig tjenestetilbud, kompetanse og erfaring, brukermedvirkning, ivaretakelse av brukerens integritet, mestring og deltakelse i samfunnet og mobilisering av ressurser i brukerens nærmiljø. Forskriften sier videre at oppdragsgiver også kan vektlegge sine behov for mangfold, kontinuitet og innovasjon ved valg av leverandør. Dette fremgår av konsesjonskontraktforskriften § 14-1 (3).

For ytterligere beskrivelser av krav til ytelsen, vektlegging av forhold ved tilbud, kontraktskrav, standardkontrakter for brukerstyrt personlig assistanse (BPA) med videre, se veiledning om anskaffelser etter FOA del IV i kapittel 3.

### Tildeling av kontrakter under en tjenestekonsesjon

Dersom du velger å sørge for et tilbud om helse- og sosialtjenester gjennom å etablere tjenestekonsesjonskontrakter, følger det av dette at brukerens valg av leverandør i praksis er mekanismen for å tildele kontrakter under en tjenestekonsesjon. Brukervalg skal i så fall være det eneste tildelingskriteriet, jf. konsesjonskontraktforskriften § 14-1 (4).

### Etterprøvbarhet

Etter konsesjonskontraktforskriften § 7-1 gjelder det en dokumentasjonsplikt. Denne plikten gjelder både over og under EØS-terskelverdien. Du kan lese mer om dokumentasjonsplikten i kapittel 10.7.5.

### Forholdsmessighet

Et av de grunnleggende prinsippene i regelverket for offentlige anskaffelser slik det fremgår av [LOA § 4](https://lovdata.no/lov/2016-06-17-73/§4) er at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med prinsippet om forholdsmessighet.

Forholdsmessighetsprinsippet innebærer for det første at prosessen må tilpasses det som skal anskaffes. Oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet. Dette betyr normalt at jo høyere verdi og kompleksitet, jo strengere krav stilles til oppdragsgiver ved gjennomføringen anskaffelsen.

For det andre har forholdsmessighetsprinsippet betydning for gjennomslagskraften til de øvrige grunnleggende prinsippene. For ytelsen helse og sosialtjenester må kravet til forutberegnelighet forstås i lys av tjenestens art og den konkrete anskaffelsen. Slik forarbeidene og utviklingen i EU utvetydig viser, er det sentrale da nettopp at oppdragsgiver må kunne gjennomføre anskaffelsen basert på større frihet, større fokus på samarbeid og på å sikre sørge for-ansvaret og et godt tilbud til de aktuelle pasienter og brukere.

Forholdsmessighetsprinsippet innebærer også at du må ha et bevisst forhold til hvor omfattende krav du kan stille til leverandørene. Dersom anskaffelsen i praksis retter seg til et leverandørmarked hvor det er også mindre leverandører, med mindre tilbudsskrivningskompetanse, må oppdragsgiver ha et bevisst forhold til hvilke dokumentasjonskrav som oppstilles. Dersom det oppstilles strengere krav og vilkår enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med anskaffelse, er dette i strid med forholdsmessighetsprinsippet.

### Miljø og samfunnsansvar

Den nye anskaffelsesloven § 5 pålegger offentlige oppdragsgivere å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant. Videre må du i henhold til den nye lovbestemmelsen ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Du kan lese om dette i kapittel 3.3.2 og kapittel 6.8.

### Tildelingsbrev, begrunnelse og karensperiode

Når du har valgt leverandør skal det på tilsvarende måte som for ordinære anskaffelser sendes ut et tildelingsbrev, jf. [konsesjonskontraktforskriften § 14-5](https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-976/§14-5) (1). Du må derfor skriftlig og samtidig gi berørte leverandører en meddelelse om valget av leverandør før konsesjonskontrakten kan inngås.

Kravet til begrunnelse er etter ordlyden i forskriften det samme som for ordinære anskaffelser. Begrunnelsen skal inneholde navnet på den valgte leverandøren og inneholde en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene. Du må derfor forklare hvorfor det valgte tilbudet ble ansett som best.

Da det er andre krav til angivelse av tildelingskriterier og til evalueringen i konsesjonskontraktforskriften del III, vil begrunnelsen i praksis kunne bli noe annerledes sammenlignet med en ordinær anskaffelse. Det er viktig at begrunnelsen gir uttrykk for den reelle grunnen til at du velger en leverandør, slik at det er mulig for konkurrentene å forstå tildelingen. Det skal også fastsettes en karensperiode på minst 10 dager regnet fra dagen etter at meddelelsen om valget av leverandør er sendt.

Etter utsendelse av tildelingsbrev må du vente til karensperioden har utløpt før kontrakt kan signeres, jf. konsesjonskontraktforskriften § 14-6. Dersom du finner at det er begått feil, kan beslutningen omgjøres inntil kontrakt er signert. Det inntrer suspensjon ved begjæring om midlertidig forføyning i karensperioden, jf. konsesjonskontraktforskriften § 14-7.

### Kunngjøring av kontraktsinngåelse

Etter at kontrakt er inngått har du plikt til å foreta en kunngjøring av resultatet av konkurransen, jf. konsesjonskontraktforskriften § 14-3 (3).

### Varighet på kontrakten

Kontraktsvarighet på mer enn fem år må begrunnes helt konkret for andre typer tjenestekonsesjonskontrakter, jf. konsesjonskontraktforskriften § 8-12.

Den samme begrensningen gjelder *ikke* for tjenestekonsesjonskontrakter om helse- og sosialtjenester, jf. konsesjonskontraktforskriften § 14-1 (5). For helse- og sosialtjenester sier forskriften helt eksplisitt at det kan inngås langvarige konsesjonskontrakter dersom det er nødvendig på grunn av brukernes behov, kontraktens formål, investeringskostnader eller andre relevante grunner. Forskriften oppstiller ingen ytre grense for hvor langvarige kontraktene kan være, så dette må vurderes og begrunnes helt konkret. Kravet til konkurranse tilsier imidlertid at varigheten ikke kan være ubegrenset.

Du kan velge å inngå løpende konsesjonskontrakter for helse- og sosialtjenester med oppsigelsesadgang, slik at varigheten kan vurderes og tilpasses underveis i kontraktsperioden.

Når beregningen av hva som er nødvendig i denne sammenheng skal foretas, må du ta utgangspunkt i verdien av kontrakten på tidspunktet for tildeling av konsesjonen.

## Konsesjonskontrakter som reserveres for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer

Du kan velge å begrense konkurransen til virksomheter eller programmer som har som hovedformål å integrere funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet. Dette følger av konsesjonskontraktforskriften § 14-2. Regelen er identisk med den tilsvarende regelen i FOA § 30-3 som du kan lese mer om i kapittel 7.

# Hvordan følge opp anskaffelsen

## Kontraktsoppfølging

Når leverandør er valgt og kontrakt er signert, er det viktig å følge opp leverandøren og sikre at leverandøren ivaretar sine forpliktelser i henhold til avtalen, at virksomheten får levert det den har krav på, at behovet dekkes og at brukeren får tjenesten han har krav på. Etablering av gode oppfølgings- og rapporteringssystemer er viktig for å sikre at leveransen samsvarer med kontrakten og tjenestenes formål.

Kontraktsoppfølgingsfasen er i liten grad omfattet av anskaffelsesregelverket. Forskrift om offentlige anskaffelser stiller krav om bruk av fremforhandlede og balanserte kontrakt­standarder der disse finnes. Gode kontrakter er en forutsetning for å kunne drive god og ressurseffektiv kontraktsoppfølging.

Kontraktsoppfølging omfatter aktiv håndtering og styringsprosess fra kontrakten inngås til den er avsluttet. Dette innebærer å sørge for at leverandøren oppfyller sin del av kontrakten og håndtere eventuelle problemer og uregelmessigheter som måtte oppstå i kontraktsforholdet. Under kontrakts­oppfølging hører også administrasjon av de deler av oppdragsgivers organisasjon som er involvert i kontrakten.

Kontraktsoppfølging er viktig for at du kan sikre en vellykket anskaffelse. God kontraktsoppfølging er også tviste­forebyggende, og bidrar til effektiv ressursbruk både for oppdragsgiver, leverandøren og samfunnet.

System for kontrakt­soppfølging skal være basert på konkrete risikovurderinger for det enkelte område, og den enkelte virksomhet skal ha etablerte rutiner for å ivareta dette ansvaret. Mange kommuner har dette nedfelt i økonomireglementet. Kontraktsoppfølgingen kan grovt sorteres i to områder:

* Oppfølging av leverandøren
* Oppfølging av leveransen

### Oppfølging av leverandøren

Oppfølging av leverandøren innebærer blant annet at du som oppdragsgiver kontrollerer lovmessige forhold knyttet til for eksempel brannsikring, lønn / sosial dumping, kvalitets­sikringssystemer med videre.

Oppdragsgiver bør vurdere organisatoriske grep for å sikre god oppfølging. I større byer hender det at flere bydeler benytter samme leverandør, og i slike tilfeller er det lite effektiv ressurs­bruk hvis ulike bydeler gjennomfører kontrakts­opp­følging uavhengig av hverandre. Samordning/koordinering og sentralisering av deler av kontraktsopp­følgingen knyttet til forhold hos leverandøren, herunder lønns- og arbeidsvilkår, HMS og internkontroll, er ressursbesparende og bidrar til kompetansebygging sentralt. Undersøk derfor muligheten for samordnet oppfølging.

### Følge opp leveranse og kontrakt

Det er viktig å etablere gode prosesser for å gjennomføre og følge opp anskaffelser. Prosessene må være godt kjent hos leverandøren og i oppdragsgivers egen virksomhet. Virksomheten må følge opp konkrete bestemmelser i kontrakten som at:

* Begge parter oppfyller sine forpliktelser i henhold til det som er avtalt
* Frister holdes og ansvar for å følge opp de ulike forhold plasseres
* Den kontroll og de undersøkelser som avtalen krever blir foretatt
* Det reklameres i tide
* Leverandøren gis anledning til å rette opp feil innen en viss frist
* Det sanksjoneres hvis nødvendig
* Rutiner og pålegg følges opp
* Avvikling og avslutning av kontrakten

Sørg for å dokumentere avvik, ekstra kostnader i kontraktsperioden, feilmeldinger og driftsstans i kontraktsperioden med tanke på eventuelle reklamasjoner – og for generell evaluering av leveransen og leverandøren. Dokumentasjonen danner også erfaringsgrunnlag som kan benyttes ved fremtidige anskaffelser.

Før selve kontraktsperioden bør du ha satt deg godt inn i hva som skal leveres og kontraktsvilkårene for leveransen. Dette gjelder alle som har ansvaret for kontraktsoppfølgingen, men også andre involverte personer som med fordel bør gjøre seg kjent med kontrakten. Oppfølging av kontrakten skal sikre at tjenestene tilfreds­stiller kravene som følger av helse- og sosial­lovgivningen, eventuelle politiske vedtak i f.eks. kommunestyre på helse og sosialfeltet, og andre føringer om innholdet i tjenestene. Dette forutsetter at de som har ansvaret for kontrakts­oppfølging har helse- og sosialfaglig kompetanse. Slik kompetanse er nødvendig fordi det alltid vil være et element av faglig skjønn i en helhetlig evaluering av kontraktkrav som angår innholdet i tjenestene (for eksempel kvalitet).

Hva beskriver kontrakten?

* Hvilke tjenester som skal leveres
* Krav og spesifikasjoner
* Hva som eventuelt inngår i hovedleveransen
* Eventuelle tilleggstjenester og opsjoner
* Leveringstider
* Priser

Det kan for eksempel være at leverandøren etter kontrakten skal levere et visst tjenesteomfang i første omgang, men at oppdragsgiver har forbeholdt seg muligheten til å utvide omfanget ved behov senere i kontraktsperioden. Da er det viktig å kjenne til leverandørens forpliktelser til å levere i første omgang, og hva som inngår i en eventuell opsjon på en senere tilleggsleveranse.

Kontrakten inneholder som regel kvalitetsmessige krav til ytelsen. Slike krav kan defineres som funksjonelle krav, tekniske krav, eller en kombinasjon av disse. Funksjonelle krav innebærer at tjenesten skal dekke et nærmere angitt behov for oppdragsgiver, mens tekniske krav angir nærmere teknisk spesifisering av ytelsen som leverandøren må oppfylle. Samtlige krav til leveransen omtales som kravspesifikasjoner.

Særtrekkene ved helse- og sosialtjenester som er beskrevet i kapittel 1 medfører flere typer utfordringer for kontrakts­oppfølging. Selv om det er ønskelig med presise, detaljerte og lett målbare kontraktsvilkår, vil en anskaffelses­kontrakt for helse- og sosialtjenester vanskelig kunne spesifisere (på en juridisk håndhevbar måte) alle krav som reelt sett er nødvendig for å gi tilfredsstillende tjenester (i henhold til tjenestens formål, lovkrav mv.) Dette følger av kravet om brukermedvirkning og at faglig gode tjenester generelt forutsetter at tjenesteyterne utøver skjønn. Kontrakten må derfor gi tilstrekkelig rom for fleksibilitet. I tillegg kan enkelte tjenestedimensjoner, for eksempel krav til psyko-sosial kvalitet, vanskelig formuleres tilstrekkelig i ord (på en rettslig håndhevbar måte). Dette betyr at kravspesifikasjonen alene ikke er tilstrekkelig som styringsgrunnlag. Det er viktig med god dialog med tjeneste­leverandøren (både i forkant av kontraktsinngåelsen og i kontrakts­oppfølging­en) for å sikre en felles forståelse av målet med anskaffelsen.

Som oppdragsgiver må du også vurdere hvordan leverandøren kan motiveres til å oppfylle kontraktens intensjon og ikke bare de formelle kontraktkravene. Ett virkemiddel er å gi insentiver, for eksempel at sjansen for å få ny kontrakt øker dersom kvaliteten er god, men at det avgjørende er at vurderingen er basert på faktisk tjeneste­kvalitet og at leverandøren vet dette.

Oppdragsgiver er lovpålagt å sørge for faglig forsvarlige tjenester, og å sørge for tilstrekkelig kontroll med tjenesteutøvelsen. Kontraktsoppfølging forutsetter derfor at du som oppdragsgiver sørger for å innhente relevant og tilstrekkelig informasjon som viser at levert tjeneste samsvarer med kontraktsvilkårene og lovpålagte krav.

Hvilken informasjon er nødvendig for god kontraktsoppfølging?

Omfanget og arten av informasjonsinnhenting, evaluering og kontroll vil variere avhengig av tjenestens karakter og kompleksitet. Andre momenter å vurdere er:

* Graden av skjønn i tjenesteutøvelsen
* Sårbare brukere (i hvor stor grad brukere selv vil kunne si fra om utilfredsstillende forhold)
* Mulighet for innsyn fra pårørende

Det må spesifikt vurderes hvordan skjønnsmessige sider ved tjenesteutøvelsen skal evalueres. Når faglig skjønn er viktig, vil ikke kvalitetsindikatorer, statistikk og andre håndfaste mål (for eksempel beskrivelse av organisasjonen) alene sikre tilstrekkelig dokumentasjon for at tjenestene holder tilfredsstillende kvalitet. I prinsippet kan brukere gi verdifull evaluering av kvalitet, og det er svært viktig å innhente kunnskap om tjenestene sett fra brukernes perspektiv.

Dersom oppdragsgiver er en liten virksomhet, vil gjerne *innkjøperen* være den samme personen som fører oppsyn med ytelsen og står for kontraktsoppfølgingen. Denne personen vil ofte ha gode forutsetninger for å vurdere om ytelsen er i samsvar med kontrakten. I større virksomheter er det derimot vanlig at mottaker av ytelsen er en annen enn innkjøper. Det kan også være at ytelsen leveres et annet sted enn innkjøper befinner seg, og at virksomheten har flere innkjøpere. Da blir det særlig viktig med gode rutiner for å kontrollere den leverte ytelsen opp mot kontrakten.

Oppfølging av kontraktleveranse når oppdragsgiver ikke er tjenestemottaker

Kontroll med leveransen er enklere når oppdragsgiver anskaffer tjenester til eget bruk. I slike tilfeller vil oppdragsgiver eller oppdragsgivers organisasjon normalt raskt oppdage eventuelle mangler med ytelsene.

Brukeren av tjenester vil imidlertid ofte være andre enn oppdragsgiver. Dette er for eksempel tilfellet når kommuner konkurranseutsetter offentlige tjenester, som drift av sykehjem. I slike tilfeller er det ikke oppdragsgiver, men brukeren, som får føle konsekvensen dersom leverandøren bryter kontrakten. Det er da viktig at oppdragsgiver etablerer kommunikasjon med brukerne, eller på andre måter sørger for å kontrollere at leverandøren leverer i henhold til kontrakten.

Nettopp fordi oppdragsgiver selv ikke vil merke konsekvensene av kontraktsbrudd, er det nødvendig med god kontroll av leveransen. Dette er viktig av hensyn til brukerne, som ikke bare kan ha en berettiget forventning til tjenestene eller varene, men som også kan ha et rettskrav på en viss kvalitet.

Brukerne som ikke får tjenester de har krav på, kan selv ha vanskelig for å påpeke kontraktsbruddene, ettersom den enkelte bruker ikke er leverandørens kontraktsmotpart.

Brukerne kan også være i en vanskelig eller presset livssituasjon, som hindrer dem i å påpeke feil ved ytelsene. Dessuten har brukerne sjelden kjennskap til kontraktsdetaljene, og kan ikke forventes å skulle bedømme om leverte ytelser er i samsvar med kontrakten.

Uansett om leveransen er knyttet til en enkeltanskaffelse eller om det er løpende leveranser på en ramme­avtale, må virksomheten følge opp det som faktisk blir levert. Dette er et åpenbart krav som også skal ligge til grunn for å betale for leveransen og for attestasjon av leveransen.

Grunnlaget for evaluering er konkurransen, avtalen og måling av det som faktisk er blitt levert. Her er det viktig at den som er ansvarlig for kontrakts­forvaltningen avklarer med leverandøren hvordan måling og oppfølging praktisk skal gjennomføres.

Sentrale områder for vurderingen kan være:

* Pris- og kostnadskontroll, både i relasjon til avtalepriser og eventuelle prisendringer
* Kostnadsutvikling. Hvordan innkjøpene påvirker virksomhetens kostnadsbilde
* Kvalitet. Mangler ved ytelsen (mangelfull kompetanse m.v.)
* Logistikk. Ledetider og leveransenøyaktighet (tid/mengde)

Det er viktig å prioritere (både i konkurransegrunnlaget og senere sammen med leverandøren) hva som skal måles og hvordan dette skal følges opp. Prioritering er viktig for å unngå at ressursbruk på arbeidet eller oppfølgingen blir så omfattende at det ikke blir fulgt opp.

Gode og effektive elektroniske støttesystemer for gjennomføring av anskaffelses­prosessen, som e-handel og e-faktura, gir god og nøyaktig styringsinformasjon. I store og komplekse virksomheter kan en god oppfølging av leveransene være vanskelig uten effektive elektroniske støttesystemer.

En tjenesteleveranse er gjerne mindre konkret enn en vareleveranse, som vanligvis kan kontrolleres ved mottak og før varen tas i bruk. Ytelsen ved tjenesteleveranser kan bestå av mer eller mindre komplekse kombinasjoner av materiell, organisering og kompetanse som formidles gjennom samhandling med brukere og andre involverte aktører. Kvaliteten kan ofte ikke vurderes før etter at tjenesten er levert og må derfor kontrolleres på en annen måte enn ved vareleveranser. Hovedregelen er at kvaliteten skal være i henhold til det som er avtalt mellom partene, vanlig standard innenfor vedkommende bransje og gjeldende lovverk. Det vil regelmessig kunne oppstå tvist om hva som er avtalt kvalitet og om leveransen er i samsvar med dette.

Ved kontroll av tjenesteleveranser kan virksomheten se nytten av å ha beskrevet formålet med anskaffelsen ved oppstart av anskaffelsesprosessen. Blir ikke formålet oppnådd, kan det være grunnlag for reklamasjon.

Eksempel på kontroll av kvalitet ved tjenestekjøp

**Helsetjenester:** Her må kontrollen skje ut fra service- og kvalitetskrav fastsatt i lovverk og bransjen og inngått avtale. Man kan kontrollere kvaliteten på leveransen gjennom for eksempel bruker­undersøkelser, stikkprøvekontroller, statistikk og fremlagt dokumentasjon av utført arbeid.

### Kvalitetsmåling – Brukerundersøkelser – Kvalitetsrevisjoner

Et viktig element i kontraktsoppfølging er måling av levert kvalitet. Kvaliteten på tjenesten skal overholde lovpålagte krav (og eventuelle tilleggskrav oppdragsgiver stiller). Anskaffelseskontraktens krav og kontrakts­oppfølgingen skal være hensiktsmessig utformet for å ivareta dette.

Kravene som stilles være både relevante (bidra til god kvalitet) og tilstrekkelige (kravene må omfatte alle vesentlige sider ved tjenestekvaliteten). Det siste fordrer god balanse mellom relevante målbare/håndfaste kontraktskrav (for eksempel krav til organisasjonen og kompetanse) og vektlegging av skjønnsmessige forhold. Dette er viktige vurderinger som må gjøres på helse-/sosialfaglig grunnlag. Dette kan skje på flere måter.

Oslo kommune har kvalitetsindikatorer og gjennomfører kvalitetsmålingen for en rekke helse- og sosialtjenester, for eksempel for sykehjem, barnevern og hjemmetjenester. Undersøkelsene omfatter både objektive indikatorer som sår, infeksjoner og bruker- og pårørendeundersøkelser. Du kan få mer informasjon og [eksempler på indikatorer på Oslo kommune sin hjemmeside](https://www.oslo.kommune.no/politikk-og-administrasjon/statistikk/kvalitetsrapporter-helse-og-sosial/).

Registrering av objektive kvalitetsindikatorer skal utfylle informasjonen som kommer fram i bruker­undersøkelser og kvalitetsrevisjoner i Oslo kommune. Brukerundersøkelser fokuserer på beboeres og pårørendes subjektive oppfatninger av kvaliteten og trivsel på syke­hjemmene. Kvalitetsrevisjoner indikerer hvorvidt tilbud, prosedyrer og programmer følger krav og retnings­linjer nedfelt i vedtak og forskrifter De objektive kvalitets­indikatorene reflektere kvaliteten på pleien slik den gjenspeiler seg i den faktiske helse­tilstanden hos beboerne. Kvalitetsmålene kan brukes til å identifisere områder eller systemer som bør undersøkes/vurderes nærmere. Indikatorene bør tolkes med forsiktighet, og ikke brukes alene som mål på kvalitet i et sykehjem, men høye verdier kan være med å identifisere et problemområde.

Formålet med kvalitetsrevisjoner er å vurdere om tjenestene drives slik at myndighetskrav og overordnet regelverk etterleves. Utgangpunktet er lover, forskrifter, rundskriv, retningslinjer og sykehjemmets egne krav og rutiner innenfor de valgte revisjonsområdene. I tillegg skal kvalitets­revisjonen fremme kvalitetsutvikling ved å sette fokus på områder der sykehjemmene har et forbedringspotensial.

### Håndtere avvik

En god forståelse for kontrakten, hvordan leveransene skal utføres og relasjon til leverandøren er avgjørende for å forebygge og å håndtere effektivt de avvik som oppstår.

Typiske områder som er gjenstand for avvik er:

* Leveranse er uteblitt eller forsinket
* Dokumentasjon avviker fra faktiske forhold
* Faktura avviker fra leveranse eller avtalte betingelser

En viktig oppgave er å følge opp avvik umiddelbart etter at de er oppdaget og arbeide aktivt for å finne gode løsninger. Passivitet i avvikshåndtering kan føre til rettstap, og virksomheten kan miste sine rettigheter.

Oppdragsgiver har en plikt til å håndheve kontraktens sanksjonsbestemmelser i tilfelle mislighold, som for eksempel å kreve dagmulkt ved forsinkelser eller å kreve prisreduksjon eller annen kontraktbestemt kompensasjon i tilfelle mangler osv. Manglende reaksjon på kontraktmislighold kan innebære en ulovlig direkte anskaffelse. I sak 2015/27 fant KOFA at en kontrakt var vesentlig endret ved at innklagede hadde unnlatt å følge opp og håndheve kontraktmislighold. Innklagede hadde derved foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Vesentlige eller repeterende avvik kan medføre rett til å avslutte kontraktsforhold før kontrakten er oppfylt.

Avvik må dokumenteres – både selve avviket og oppfølgingsprosessen. Dette er viktig dokumentasjon for å sikre oppdragsgivers rettigheter og til bruk for senere evalueringer. Det vil ofte også være et sterkt internt krav om at avviks­informasjon gjøres kjent og inngår som en viktig del av den generelle avtale­forvaltning.

### Særlig om oppfølging av rammeavtaler

Oppfølging av rammeavtaler krever en annen type tilnærming enn vanlige kontrakter.

En rammeavtale vil alltid bli inngått for en bestemt tid, og i løpet av denne avtale­perioden skal oppdragsgivers organisasjon normalt benytte rammeavtalen når det melder seg behov for de ytelser rammeavtalen omfatter. Som regel er det også økonomisk gunstig for virksomheten at rammeavtalene benyttes. Følgelig er det viktig å sikre lojalitet til rammeavtalene internt.

Offentlige virksomheter varierer i omfang og kompleksitet, fra de helt små med noen få ansatte, til store organisasjoner med flere tusen ansatte, som for eksempel helse­foretakene. I større organisasjoner, eller i virksomheter der rammeavtaler inngås hyppig, kan det være fornuftig å utarbeide rutiner for implementering av rammeavtaler i organisasjonen. Erfaringsmessig kan man ikke forutsette at de ansatte selv søker informasjon om rammeavtaler eksisterer eller hva avtalene omfatter. Rammeavtalen må gjøres kjent internt for brukerne, som kan omfatte også personell som ikke driver med innkjøp til daglig.

Oppdragsgiver kan for eksempel opprette en oversikt på intranett med relevant nøkkel­informasjon, slik at innkjøpere og brukere enkelt kan se om planlagte anskaffelser er dekket av eksisterende rammeavtaler. Her kan det opplyses hva avtalen gjelder, når man har plikt til å benytte den, samt kontaktinformasjon om hvor man får mer detaljerte opplysninger og eventuelt bistand til å foreta avrop (det vil si foreta bestilling, enten direkte eller etter minikonkurranse). For større og mer komplekse rammeavtaler kan det være hensiktsmessig med informasjons­­møter for berørt personell, kanskje også med en representant for leverandøren som kan svare på mer detaljerte og konkrete spørsmål. Leverandøren kan også være pålagt eller gis anledning til å informere om og «markedsføre» avtalen internt hos oppdragsgiver.

I større organisasjoner er det ikke nødvendigvis de samme personer eller avdelinger som inngår rammeavtalen som skal bruke den, altså foreta avrop. Rammeavtaler inngås ofte nettopp for å sikre at mindre og løpende innkjøp kan gjennomføres av andre enn innkjøpsansvarlig/innkjøpsavdelingen. Det kan da være aktuelt å sørge for opplæring av de som skal gjøre avrop, både om hvordan avrop generelt gjennomføres i henhold til anskaffelsesreglene (enten direkte, eller etter gjenåpning av konkurransen ved såkalt mini-konkurranse), samt hvordan den enkelte rammeavtale regulerer prosedyrer for avrop.

Normalt har oppdragsgiver plikt til å bruke rammeavtalen dersom han har behov for leveranser som er omfattet av denne. Ofte er det presisert når oppdragsgiver plikter å benytte ramme­avtalen. For eksempel kan oppdragsgiver forplikte seg til å bruke rammeavtalen for anskaffelser under en viss sum, men forbeholde seg retten til å kunngjøre særskilt konkurranse for (store) anskaffelser over denne summen. Dette kan ha gode grunner for seg, fordi man ønsker å utnytte potensialet for bedre vilkår for særlig omfattende anskaffelser. I en dom fra 2014 fant Borgarting lagmannsrett (LB-2012-101879) at oppdragsgiver hadde utvist grov uaktsomhet ved å kjøpe varer fra andre enn rammeavtaleleverandøren, og påla oppdragsgiver å betale erstatning.

For rammeavtaler med én leverandør vil det være nærliggende å tolke ramme­avtalen slik at leverandøren har plikt til å levere når oppdragsgiver gjør avrop. Hvorvidt dette også gjelder ved parallelle rammeavtaler, bør reguleres uttrykkelig i avtalen.

Oppdragsgiver kan komme i erstatningsansvar dersom behov for leveranser som er omfattet av rammeavtalen dekkes ved anskaffelser fra andre leverandører enn rammeavtaleleverandørene.

## Sosial dumping

### Hva er sosial dumping?

Sosial dumping er omtalt i kapittel 3.10 og 6. Det er grunn til å tro at dårlige arbeidsforhold med ulovlig lange arbeidstider kan gi dårligere kvalitet på tjenestene og øke risikoen for feil og for fysiske og psykiske skader på personell.

Offentlig sektor har særlig ansvar for å bidra til ryddige forhold i norsk arbeidsliv, motvirke dårlige arbeids­forhold og sosial dumping, medvirke til at utenlandske arbeidere ikke blir utnyttet på det norske markedet og bidra til et konkurransedyktig næringsliv. I offentlige anskaffelser tar virksomhetene det ansvaret ved å stille krav i anskaffelsesprosessen.

### Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter og forslag til kontraktskrav er omtalt i kapittel 3.4 og 6.8.

Helse- og omsorgsbransjen er en av flere bransjer hvor det erfaringsmessig er stor risiko for sosial dumping.

På Difis temasider om sosial dumping finner du informasjon om hvordan du kan ivareta forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter og motvirke sosial dumping i de ulike fasene av anskaffelsesprosessen.

Denne informasjonen er ***uavhengig av bransje*,** og kan derfor benyttes også når du skal kjøpe inn helse- og omsorgstjenester.

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter gjelder for anskaffelser over 1,3 millioner kroner eksl. mva. (statlig virksomhet) og 2 millioner kroner eksl. mva. (kommunal virksomhet, fylkeskommunal virksomhet eller offentligrettslig organ).

Kontraktklausul og veiledning finnes på Difis temasider på anskaffelser.no:

* [Slik kan du motvirke sosial dumping steg for steg i anskaffelsesprosessen](https://www.anskaffelser.no/prosess/motvirk-sosial-dumping-steg-steg-introduksjon)
* [Difis standard kontraktsvilkår for lønns- og arbeidsvilkår](https://www.anskaffelser.no/verktoy/kontraktskrav-lonns-og-arbeidsvilkar), som kan brukes ved anskaffelse av helse- og omsorgstjenester.
* [Egenrapportering om lønns- og arbeidsvilkår](https://www.anskaffelser.no/verktoy/egenrapportering-om-lonns-og-arbeidsvilkar)
* [Lønns- og arbeidsvilkår i offentlege kontraktar - rettleiar om beste praksis](https://www.anskaffelser.no/verktoy/lons-og-arbeidsvilkar-i-offentlege-kontraktar-rettleiar-om-beste-praksis)
* [Hvordan unngå sosial dumping i offentlige anskaffelser– et e-læringskurs](https://www.difi.no/opplaeringstilbud/difis-opplaeringstilbud/hvordan-unnga-sosial-dumping-i-offentlige-anskaffelser-et-e-laeringskurs)

Forskriften pålegger oppdragsgiver å gjennomføre nødvendig kontroll av om kravene overholdes i kontraktsperioden. Graden av kontroll kan tilpasses behovet i vedkommende bransje, geografiske område med videre. Arbeidstilsynet har ansvar for tilsyn med offentlige oppdragsgiveres oppfølging av forskrift om lønns- og arbeids­vilkår i offentlige kontrakter.

Selve oppfølgingen kan gjennomføres på forskjellige måter. For å maksimere effekten av oppfølgingen, kan det være nyttig å foreta en risikovurdering av kontraktene for å finne hvilke som trenger grundigere oppfølging. Siden helse og omsorg er en risikobransje, bør oppdragsgiver være ekstra oppmerksom på disse kontraktene.

Oppdragsgiver skal kontraktsfeste at leverandøren på forespørsel dokumenterer at kravene til lønns- og arbeidsvilkår er oppfylt i egen virksomhet og hos eventuelle underleverandører. Krav til form og språk må sikre at dokumentasjonen er egnet til at oppdragsgiver kan forsikre seg om at kravene til lønns- og arbeidsvilkår er oppfylt. Det kan være kopi av arbeidskontrakter, time- og turnuslister, lønnsslipper og bankutskrifter som bekrefter at korrekt lønn er utbetalt. Oppdragsgiver bør også be om dokumentasjon på hvilke(n) landsomfattende eller allmenngjort tariffavtale(r) de er bundet av. I tillegg bør oppdragsgiver kontraktsfeste adgang til kontroll for egne ansatte eller tredjepart på vegne av oppdragsgiver.

Fordi kontraktsbestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår for leverandørens og under­leverandørers ansatte ikke direkte berører oppdragsgiver, kan brudd på bestemmelsene ofte være vanskelige å avdekke. Oppdrags­giver har av samme grunn ingen umiddelbar egen­interesse i å følge opp slike bestemmelser. Det er likevel viktig at offentlige innkjøpere er bevisst sitt ansvar i kampen mot sosial dumping og følger opp bestemmelsene. Det er en risiko for at brudd på bestemmelsene fører til dårligere kvalitet på tjenestene. I tillegg kommer omdømmerisikoen som ligger i denne typen brudd.

## Avslutte kontrakt

### Innledning

Tjenestekontrakter og rammeavtaler vil på et tidspunkt opphøre. Dette vil ofte være regulert i kontrakten, vanligvis ved en opphørsdato, eller etter en bestemt tidsperiode fra kontraktstart.

Tiden før avslutning av kontrakten er en viktig fase for kontraktsoppfølging. Dette gjelder også dersom man av ulike grunner avslutter kontrakten før opphørstidspunktet.

Avslutning av en kontrakt vil normalt skje i henhold til kontraktsbestemmelser for opphør av avtaleforholdet. Kontrakts­avslutning kan også være knyttet til mislighold ved at partene ikke har oppfylt sine forpliktelser i henhold til inngått avtale, og en av partene bringer avtalen til opphør før opprinnelig avtalte kontrakts­­periode utløper. Dette avsnittet omhandler (normal) avslutning av et kontraktsforhold ved utløpet av opprinnelig avtalt kontraktsperiode.

Kontrakts­avslutning må være godt kjent både i egen virksomhet og i leverandørens organisasjon. Det er kontraktsforvalter sin oppgave å sikre at denne forståelsen er godt etablert.

Der en rammeavtale er grunnlag for avtaleforholdet, er det naturlig å ha en tilstrekkelig lang tid til avvikling av avtaleforholdet. I løpet av det siste avtaleåret vil virksomheten normalt være pliktig til å gjennomføre en ny konkurranse­utsetting, der utfallet av konkurransen vil være kjent i god tid før avtalens utløpsdato.

I forbindelse med kontrakts­avslutning bør det gjennomføres et møte med leverandøren for gjensidig erfaringsutveksling. Dette kan gi viktige bidrag til å bedre fremtidige leveranser og leverandørforhold Se også kapittel 11.3.2 nedenfor om bruk av mal for evaluering av leveransen.

### Opsjoner på forlengelse

Det er ikke uvanlig at offentlige kontrakter og rammeavtaler gir oppdragsgiver rett til å velge (opsjon på) forlengelse av kontraktens varighet. Dette innebærer vanligvis at oppdragsgiver ensidig kan velge å forlenge avtalen for et bestemt tidsrom, på samme vilkår som følger av avtalen. Hvordan oppdragsgiver skal gå fram for å utløse sin rett etter opsjonen, må reguleres i avtalen. Det er vanlig at oppdragsgiver, senest en viss tid før avtalen utløper, skriftlig må meddele leverandøren at avtalen blir forlenget. Noen avtaler inneholder i stedet en negativ utløsningsregulering, som innebærer at avtalen automatisk forlenges i henhold til opsjonen, med mindre oppdragsgiver uttrykkelig gir beskjed om det motsatte. En slik negativ utløsningsregulering er langt på vei det samme som en oppsigelsesrett.

Dersom kontrakten inneholder opsjon på forlengelse, må oppdragsgiver være oppmerksom på dette når kontrakten nærmer seg avslutning. Dersom kontrakten angir en frist for når en opsjon må utløses, er det helt nødvendig å overholde denne. Hvis man forsøker å benytte opsjonen etter fristen, selv om leverandøren godtar dette, vil det innebære en videreføring av kontrakten som den selv ikke hjemler. Dette kan være en vesentlig endring av kontrakten, og dermed en ulovlig direkte anskaffelse.

Ved utløsning av en opsjon er det ikke adgang til å gjøre andre endringer i kontraktsvilkårene enn det kontrakten selv hjemler. For eksempel kan man ikke bli enige om en høyere pris i opsjonstiden, hvis ikke en slik prisregulering var tatt inn i kontrakten fra starten av.

### Opphør av kontraktsperioden

Vanligvis vil ikke selve kontraktsavslutningen medføre problemer eller kreve videre formaliteter. Kontrakten vil ofte inneholde en konkret dato for kontrakts­opphør, eller en varighet som man enkelt kan regne seg fram til fra oppstarts­tids­punkt. Fra dette tidspunkt opphører ganske enkelt partenes plikter og rettigheter etter kontrakten. Dersom det er uklart når kontrakten opphører, vil svaret avhenge av alminnelig avtaletolkning.

Med mindre noe annet står i kontrakten, kreves ingen aktiv handling fra partene for at kontrakten skal opphøre på opphørstidspunktet. God forretningsskikk (lojalitetskravet) kan likevel tilsi at man varsler motparten om at kontrakts­perioden nærmer seg slutten, dersom man har grunn til å tro at motparten ikke er klar over dette.

Dersom kontrakten gjelder tjenester du som oppdragsgiver har løpende behov for, er det viktig å starte planleggingen av neste anskaffelsesprosess i god tid før kontraktsperioden utløper. En anskaffelsesprosess tar gjerne lengre tid enn man tror. I tillegg kan det oppstå uforutsette situasjoner som forhindrer inngåelse av ny kontrakt. For eksempel kan feil ved avvisning eller tildelingsevaluering lede til at planlagt kontraktsinngåelsestidspunkt blir utsatt. Feil i anskaffelsesprosessen kan også føre til at domstolen nedlegger midlertidig forbud mot å inngå kontrakt inntil feilen er rettet eller konsekvensene avklart.

Hvor lang tid før kontraktsperiodens utløp man bør begynne planleggingen av neste anskaffelsesprosess, avhenger av blant annet av anskaffelsens kompleksitet. Det kan også være hensiktsmessig å legge inn god nok tid for den nye leverandøren til å forberede oppstart. Anbefalingen er derfor å beregne en romslig tidsmargin.

For visse typer kontrakter bør man vurdere å ha en overlappingsperiode mellom gammel og ny kontrakt. Dette gjelder særlig dersom ny leverandøren kan ha behov for en innkjørings­periode eller kompetanseoverføring fra den gamle leverandøren.

## Læringsutbytte

Et godt læringsutbytte av anskaffelsesprosessen forutsetter en bevisstgjøring av mål og metode. Gjennom systematisk evaluering kan du oppnå gode anskaffelser.

### Evaluere og lære

Hvis du som oppdragsgiver jevnlig evaluerer om gjennomførte innkjøp er de rette for virksomheten, og ikke bare om regelverket blir fulgt, kan det gi et godt erfaringsgrunnlag for å bedre anskaffelsene.

Ovenfor er viktigheten av å følge opp leveransene fremhevet. Det er to forhold som her er sentrale.

Leveransen må være i overensstemmelse med:

* Det som er avtalt mellom partene
* Virksomhetens behov

Når en konkurranse er gjennomført og avtale er inngått, vil dette være rammene for hva en kan forvente levert av leverandøren. Her er det viktig at avtalen dekker de krav som lå til grunn for konkurransen.

En anskaffelsesprosess skal ta utgangspunkt i et godt vurdert og dokumentert behov. Av flere årsaker kan det vise seg at leveransen virksomheten faktisk mottar ikke samsvarer med behovshavers behov og forventninger. En årsak kan være at ledetiden fra behov blir spesifisert til leveransene starter tar lang tid. En annen årsak kan være at evalueringen har vektlagt andre kriterier enn det som er sentralt for å dekke behovet.

Felles for disse forholdene er at det gjøres en løpende evaluering og oppfølging av leveransene. Det er en leder­oppgave å sørge for at det er etablert gode rutiner for oppfølging og kommunikasjon av dette arbeidet.

### Resultatvurdering, forbedring og erfaringsoverføring

Avvik, ekstra kostnader i kontraktsperioden, feilmeldinger og driftsstans skal dokumenteres med tanke på eventuelle reklamasjoner i kontraktsperioden – og for generell evaluering av leveransen og leverandøren. Dokumentasjonen danner også erfaringsgrunnlag for fremtidige anskaffelser.

Difi har i samarbeid med flere utarbeidet skjema for evaluering av leveranser av tjenester, varer med videre. Hensikten med en slik evaluering er å skape økt bevissthet hos oppdragsgiver og leverandør om hvilke krav og forventinger som stilles til en god leveranse og bidra til forbedringer hos både oppdragsgivere og leverandører. Evalueringene med eventuelle kommentarer fra leverandøren kan brukes av oppdragsgiver alene eller som egenreferanse ved konkurranser som oppdragsgiver deltar i. Se [skjema for evaluering av tjenesteleveranser.](https://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser/files/evaluering_av_tjenesteleveranse_-_nkf_dibk_nho_ks_og_difi.pdf)

En del av kontraktsoppfølgingen er å måle resultatene av anskaffelsen. Hensikten med en slik måling er å søke å finne ut om de resultatene virksomheten har oppnådd gjennom anskaffelsen stemmer overens med de strategiske forutsetningene som forelå og å undersøke om virksomheten faktisk har fått dekket sitt behov. Eventuelle negative avvik kan skyldes feil underveis i anskaffelsesprosessen, eller urealistiske strategiske forutsetninger. For å danne grunnlag for forbedringstiltak i senere anskaffelsesprosesser bør virksomhetens resultatvurdering ta i betraktning erfaringer fra andre gjennomførte anskaffelser.

Virksomheten bør identifisere aktuelle forbedringstiltak på grunnlag av kunnskapen som er tilegnet underveis i resultatvurderingen. Dette innebærer å dokumentere erfaringer og ta hensyn til disse i senere anskaffelsesprosesser. Det er særdeles viktig å etablere systemer som sikrer at den enkelte medarbeiders erfaringer i virksomheten blir samlet inn, systematisert, analysert og gjort tilgjengelig.

Det er av betydelig hjelp i planleggingsfasen av en anskaffelse å kunne benytte tidligere erfaringer. Her kan virksomheten, i tillegg til egne erfaringer, benytte andre virksomheters erfaring. Oslo kommunes anskaffelses­portal gir informasjon om anskaffelsesprosesser tilbake i tid slik at kommunens virksomheter kan få nyttig informasjon både fra tilgjengelige dokumenter og fra ansvarlig saksbehandler. På den måten kan virksomhetene spare ressurser i tillegg til at vellykkede metoder kan bli gjenbrukt, mens feil fra tidligere prosesser lettere kan unngås i fremtiden.

Dersom virksomheten finner grunnlag for forbedringer hos leverandøren, bør dette formidles. Det er i alle offentliges oppdragsgiveres interesse at leverandørene får tilbakemeldinger som gir muligheter til forbedringer for senere kontrakter.

# Offentlig støtte og tilskudd

## Innledning

I noen tilfeller vil offentlig kompensasjon av helse- og sosialtjenester utgjøre såkalt offentlig støtte. Dette er særlig aktuelt hvis du kompenserer ytere av helse- og sosialtjenester i form av tilskudd. Hvis du har gjennomført en anskaffelse etter konkurranse i henhold til anskaffelsesregelverket, vil kompensasjonen normalt anses som markedsmessig og i utgangspunktet ikke utgjøre offentlig støtte. Hvis du foretar en direkteanskaffelse, må du være mer påpasselig.

EØS-avtalen inneholder et forbud mot konkurransevridende offentlig støtte til foretak, jf. artikkel 61 (1). En rekke unntak tillater likevel å gi støtte for å fremme viktige samfunnshensyn (lovlig støtte). Hvis du kommer til at den kompensasjonen du gir oppfyller vilkårene for offentlig støtte, må du passe på at støtten oppfyller vilkårene for unntak slik at den er lovlig.

I denne delen av veilederen gir vi en oversikt over hva offentlig støtte er, når du må ta hensyn til reglene om offentlig støtte, og noen unntak fra støtteforbudet som gir deg muligheten til å støtte foretak på helse- og sosialfeltet lovlig.

Fornyings- og Administrasjonsdepartementet ("FAD"), nå Nærings- og Fiskeridepartementet ("NFD"), utga i 2011 en [veileder om EØS-avtalens regler om offentlig støtte](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransepolitikk/offentlig-stotte/offentlig_stotte_veildere_2011.pdf). Det er vedtatt flere endringer i støtteregelverket siden utgivelsen. På [NFDs nettside finner du en mer kortfattet, men oppdatert veileder](https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/regler-om-offentlig-stotte-listeside/id2001705/).

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har utgitt veiledere som forklarer vilkårene for offentlig støtte. "[Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the EEA Agreement](http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/EFTA-Surveillance-Auhtority-Guidelines-on-the-notion-of-State-aid.pdf)" gjelder bare vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61 (1) ("NOA-veilederen"). Retningslinjene om "Application of the state aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest" gjelder også støtte til såkalte tjenester av allmenn økonomisk betydning (på engelsk kaller man slike "[Services of general economic interest](http://www.eftasurv.int/media/state-aid-guidelines/Part-VI---Compensation-granted-for-the-provision-of-services-of-general-economic-interest.pdf)", derav "SGEI-fortolkningsmeddelelsen".

## Når må du ta hensyn til reglene om offentlig støtte?

### Støttereglene er ikke relevante når du kjøper tjenester til markedspris

Markedspris er den prisen en privat tjenestekjøper ville betalt under normale markedsforhold.

Når du kjøper helse- og sosialtjenester etter en kunngjort konkurranse i tråd med reglene i anskaffelsesregelverket, er statsstøttereglene i hovedsak ikke relevante. Da kan du som regel gå ut fra at kjøpet er gjort til markedspris. Leverandøren vil ikke motta noen støtte, men bare markedsmessig betaling for tjenesten.

Hvis du derimot foretar en direkteanskaffelse, kan du ikke automatisk være sikker på at leverandøren tilbyr markedspris. Betaler du overpris, kan betalingen innebære støtte, se kapittel 12.3.3 om økonomisk fordel.

### Forholdet mellom anskaffelsesregelverket og reglene om støtte

Anskaffelsesreglene gjelder når du inngår en gjensidig bebyrdende avtale med en leverandør, jf. LOA § 2 og FOA §§ 1-1 og 4-1 a). Du betaler et kontraktsmessig vederlag, mens leverandøren leverer varen eller tjenesten du har bestilt. Hvis du derimot ensidig finansierer, enten fullt ut eller delvis, mottakerens egne initiativ og prosjekter, er det snakk om et tilskudd som ikke er omfattet av anskaffelsesregelverket. Da er reglene om offentlig støtte aktuelle.

Du må vurdere konkret om det foreligger en anskaffelse eller et tilskudd. For å slå fast at et samarbeid innebærer et tilskudd og ikke er en anskaffelse, har det betydning om mottakeren beholder stor grad av kontroll over aktiviteten som utføres. Ved tilskudd kan du, som offentlig myndighet, i mindre grad spesifisere og stille krav til hvilken tjeneste som skal ytes.

KOFA har behandlet grensen mellom tilskudd og anskaffelse i flere saker, se blant annet sakene 2008/221 og 2005/180. Sistnevnte sak gjaldt driftstilskudd fra Helse- og omsorgsdepartementet ("HOD") til rehabiliteringsinstitusjonen CatoSenteret, som var tildelt uten konkurranse. Selv om partene hadde definert kompensasjonen som et tilskudd, mente KOFA at det var snakk om en avtale som var omfattet av anskaffelsesreglene. Omfanget av spesifikasjoner og krav fra oppdragsgiver var for stort.

Et eksempel på en tilskuddordning er Helsedirektoratets tilskuddsordning for institusjonsbaserte tiltak for personer med rusavhengighetsproblemer eller prostitusjonserfaring.

I et brev fra HOD av 8. mars 2016 uttaler HOD at man ikke ser på ordningen som tjenestekjøp blant annet ettersom det legges "få føringer på bruken av de tildelte midlene og derfor har lite til felles med ordinære tjenestekjøp".

Ikke alle tilskudd er omfattet av støtteforbudet, se "Hva er omfattet av reglene om offentlig støtte?" i kapittel 12.3.

Et eksempel er såkalte "Idéburet Offentligt Partnerskap" ("IOP ") som brukes i Sverige. IOP er omtalt i den svenske "[Välfärdsutredningen](http://www.regeringen.se/contentassets/da2ccefb5dc84389b79b48b06a5e000a/ordning-och-reda-i-valfarden-sou-201678)", se særlig kapittel 21.

IOP er en samarbeidsform der det offentlige blant annet yter tilskudd, som ikke utgjør en anskaffelse, til ideelle organisasjoner, som ofte ikke anses som "foretak", og som derfor ikke er omfattet av reglene om offentlig støtte (det støtterettslige foretaksbegrepet er forklart nedenfor).

Avtalene er i en del tilfeller derfor verken omfattet av reglene om offentlige anskaffelser eller støtte. IOP er for eksempel brukt i et samarbeid mellom Göteborg kommune og organisasjoner som tilbyr bosted og omsorg med videre til enslige mindreårige asylsøkere. Merk at denne samarbeidsformen ikke er vurdert av norske myndigheter. Du må alltid vurdere konkret om ditt eventuelle samarbeid med en ideell organisasjon er omfattet av reglene om offentlige anskaffelser eller støtte.

Du bør avklare om du skal inngå en gjensidig bebyrdende avtale gjennom en anskaffelse eller gi et tilskudd i forbindelse med planleggingen av prosjektet. Det er lurt å forankre dette i kommunens/etatens anskaffelsesstrategi. Her kan du hente inspirasjon fra kapittel 2 om planlegging av anskaffelser av helse- og sosialtjenester.

En fordel ved å gi tilskudd kontra å gjennomføre en anskaffelse er at det ikke er krav til konkurranse for å gi tilskudd, og man kan bestemme at tilskuddsmottakerne må være en bestemt form for organisasjon, for eksempel en ideell aktør, se Fredrik Sejersteds utredning for NFD "[Vurdering av om unntak for helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner kan videreføres](https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Sejersted-rapporten-klar/id765116/)"

Krav til kunngjøring av tilskuddsmidler kan likevel følge av interne vedtak, retningslinjer og instrukser i det offentlige, som for eksempel statens økonomireglement, se kapittel 12.4. Hvis tilskuddet utgjør offentlig støtte kan en konkurranse om midlene bidra til at støtten kan anses lovlig. Behov for å begrense kretsen av mulige støttemottakerne må også kunne begrunnes. Se kapittel 12.5 om når du kan gi offentlig støtte til helse- og sosialtjenester.

## Hva er omfattet av reglene om offentlig støtte?

### Innledning

Vilkårene for at kompensasjonen du gir skal utgjøre offentlig støtte etter EØS-avtalen artikkel 61 (1) er at:

1. kompensasjonen innebærer en økonomisk fordel (støtte)
2. støttemottaker må være et foretak (drive økonomisk aktivitet)
3. støtten må være gitt av offentlige midler
4. støtten må være selektiv (favorisere bestemte foretak eller produksjonen av bestemte varer)
5. støtten må kunne vri eller true med å vri konkurransen
6. støtten må påvirke samhandelen

Hvis alle vilkårene er oppfylt, er det snakk om offentlig støtte. Da er kompensasjonen i utgangspunktet ulovlig. Hvis ett av vilkårene ikke er oppfylt, er det ikke snakk om offentlig støtte. Da trenger du ikke å ta hensyn til støttereglene.

En rekke unntak tillater støtte for å fremme viktige samfunnshensyn. Hvis et tiltak er omfattet av et slikt unntak, sier man at støtten er forenlig med EØS-avtalen (for enkelthets skyld kaller vi det lovlig støtte i denne veilederen). I utgangspunktet skal støtte som kan være lovlig meldes ("notifiseres") til og godkjennes av ESA før den kan utbetales. Det finnes imidlertid flere unntak fra notifikasjonsplikten. Se mer om lovlig støtte og notifikasjonsplikt nedenfor under "Når kan du gi offentlig støtte til helse- og sosialtjenester?" i kapittel 12.5.

Hvis ESA skulle komme til at det er utbetalt ulovlig offentlig støtte, vil de pålegge støttegiver å kreve tilbakebetalt støtten med renter. Reglene om notifikasjon, klage, tilbakebetaling med videre følger av ESAs prosedyreregler, se [ODA-avtalen Protokoll 3](http://www.efta.int/media/documents/legal-texts/the-surveillance-and-court-agreement/agreement-annexes-and-protocols/Protocol-3-on-the-functions-and-powers-of-the-EFTA.pdf). Prosedyrene er beskrevet i regjeringens veileder kap. 7 og 8.

I avsnittene nedenfor kan du lese om innholdet i hvert enkelt vilkår i EØS-avtalens artikkel 61 (1).

### Hva er et foretak?

Når du skal vurdere om reglene om offentlig støtte kommer til anvendelse, kan det være nyttig å starte med å vurdere om støttemottakeren eller avtalemotparten din er et "foretak". Det er bare da reglene om offentlig støtte gjelder. Se omtale av foretaksvilkåret i departementets veileder om offentlig støtte punkt 2.3.

Et foretak er en enhet som driver økonomisk aktivitet. Økonomisk aktivitet innebærer å tilby varer og tjenester mot betaling på et marked i konkurranse med andre. Enhetens rettslige status (for eksempel om det er et aksjeselskap, stiftelse eller en del av en kommune) er ikke relevant. Videre kan en aktivitet anses som økonomisk selv om virksomheten ikke har profitt som formål. Altså kan ideelle aktører også anses som foretak, selv om de driver med underskudd, bare krever kostnadsdekning eller bruker alt overskudd til videre drift.

Én og samme enhet kan drive både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet. Da gjelder reglene om offentlig støtte for den delen av virksomheten som opererer som et foretak.

Nedenfor beskriver vi noen kategorier av tjenester som i en del tilfeller ikke anses som økonomisk aktivitet. Husk at du uansett alltid må gjøre en konkret vurdering.

#### Offentlig myndighetsutøvelse

Når det offentlig utøver offentlig myndighet, som er forbeholdt det offentlige, utøver de ikke økonomisk aktivitet. I Norge gjelder dette for eksempel politimyndighet, kriminalomsorg og tvangsmyndighet innen psykisk helsevern, rusomsorg og barnevern.

#### Helse- og sosialtjenester

Offentlig virksomhet som kun ivaretar sosiale funksjoner vil som regel ikke anses som økonomisk aktivitet. Det avgjørende er om organisasjonen er basert på solidaritet. Praksis (for eksempel EU-domstolens sak T-319/99 og C-205/03 P (FENIN)) har slått fast at offentlige sykehus, og andre offentlige organisasjoner på helse- og sosialfeltet, er basert på solidaritet, og altså ikke driver økonomisk aktivitet hvis de er:

* en integrert del av det nasjonale helsesystemet,
* finansiert gjennom folketrygden og andre offentlige midler og
* tilbyr gratis tjenester til befolkningen gjennom et allment tilgjengelig tjenestetilbud.

Det har betydning, men er ikke avgjørende, at det offentlige har en lovpålagt plikt til å sørge for at tjenesten blir tilbudt. Tjenester som for eksempel kommuner vedtar å tilby, uten at de er lovpålagte, kan også unnslippe foretaksvilkåret hvis de har de ovennevnte kjennetegnene. Eksempler på dette kan være aktivitetstilbud for eldre og dagsenter for funksjonshemmede.

ESA har implisitt konkludert med at norske sykehus og tilknyttede aktiviteter ikke er foretak, se vedtak 460/13/COL premiss 25-28 om Sykehusapotekene HF premiss 60 og 61. I [NOU 2016:12](https://www.regjeringen.no/contentassets/9420a08b55f34a69be3ba2a7c1747a2f/no/pdfs/nou201620160012000dddpdfs.pdf) uttaler utvalget at dette gjelder alle norske helsetjenester som er finansiert gjennom folketrygden og dennes solidaritetsprinsipp.

Tilbydere som yter helsetjenester mot betaling fra pasienter eller deres (private) forsikring på egen risiko og i konkurranse med ulike aktører, vil normalt være foretak. I vedtak 113/14/COL ("Tannlegesaken") konkluderte ESA med at Den Offentlige Tannhelsetjenestens gratis tjenester til barn ikke var økonomisk aktivitet. Det motsatte gjaldt imidlertid for tjenester til voksne mot betaling, i konkurranse med private tannleger.

Ikke enhver brukerbetaling fører til at tjenesten har økonomisk karakter. En brukerbetaling eller egenandel som bare dekker deler av kostnadene innebærer ikke nødvendigvis at tjenesten må anses som økonomisk aktivitet. EFTA-domstolen har kommet til at offentlige barnehager ikke er foretak, selv om foreldrene betaler en andel av kostnadene, se sak E-05/07, avsnitt 83.

#### Private og ideelle aktører som driver helse- og sosialtjenester på vegne av det offentlige

Et praktisk spørsmål er om en tjeneste som er ikke-økonomisk når det offentlige leverer den, blir økonomisk hvis den blir outsourcet til ideelle eller private aktører.

Når ideelle eller private aktører mottar betaling eller tilskudd for å levere helse- og sosialtjenester for det offentlige, vil leverandøren i utgangspunktet utøve økonomisk aktivitet. Det er likevel ikke alltid tilfellet.

Praksis har slått fast at det ikke er snakk om en økonomisk aktivitet hvis tjenestekjøpet eller samarbeidet gjennomføres for å levere en ikke-økonomisk tjeneste til befolkningen (se [SGEI-fortolkningsmeddelelsen](http://www.eftasurv.int/media/state-aid-guidelines/Part-VI---Compensation-granted-for-the-provision-of-services-of-general-economic-interest.pdf) avsnitt 23).

Karakteren av sosiale tjenester endres ikke av at det offentlige har overlatt selve tjenesteytingen til en privat aktør, herunder ikke når aktøren er valgt etter en konkurranse med andre aktører. Så lenge de private aktørene er en del av det offentlige systemet, med gratis (eller tilnærmet gratis) og allmenn tilgang, og er underlagt offentlig kontroll, vil de bedømmes på samme måte som de offentlige tjenestetilbyderne.

Merk at vi her snakker om et annet kontrollbegrep enn under reglene om egenregi og offentlig-offentlig samarbeid i FOA kap. 3. FOA kap. 3 gjelder unntak fra anskaffelsesreglene der oppdragsgiver utøver kontroll over leverandørens virksomhet. Her snakker vi om offentlig kontroll i form av krav til utførelsen av den aktuelle tjenesten, ikke kontroll over virksomheten.

Det finnes flere eksempler på dette:

* ESA uttaler i et brev til NFD av 14. september 2015 at tre **ideelle stiftelser som drev barneverntjenester** på oppdrag for en fylkeskommune ikke var foretak. Institusjonene drev offentlig myndighetsutøvelse, ettersom de har adgang til å utøve tvang. Vurderingen av om en støttemottaker utøver offentlig myndighet er i hovedsak lik i støtteretten som etter anskaffelsesreglene, se kapittel 8 om unntak for myndighetsutøvelse. Videre utførte stiftelsene ikke-økonomiske sosiale tjenester, som det offentlige har ansvaret for å tilby befolkningen.
* Helse- og omsorgsdepartementet uttaler i et brev til en rekke tilskuddsmottakere av 8. mars 201, at departementet mener at **frivillige organisasjoner som mottar tilskudd for å drive institusjonsbaserte tiltak for personer med rusproblemer eller prostitusjonserfaring** ikke er foretak. Organisasjonene driver tjenester på vegne av kommunene, uten direkte brukerbetaling ut over eventuelt en mindre egenandel. Videre er kommunene lovpålagt å ha et slikt tilbud. Flere av organisasjonene tilbyr også plasser til kriminalomsorgen (soning i institusjon) og kan derfor anses å utøve offentlig myndighet. Saken er for tiden til vurdering hos ESA.
* Det følger av rettspraksis (FENIN-saken) at aktiviteter som i utgangspunktet er økonomiske, men som utelukkende utøves med sikte på å yte en annen, ikke økonomisk tjeneste, er av ikke-økonomisk karakter. På denne bakgrunn har ESA i brev av 23. februar 2016 til NFD lagt til grunn at **virksomheter som tilbyr arbeidsmarkedstiltaket arbeidsforberedende trening (AFT-tiltak)** til funksjonshemmede ikke driver økonomisk aktivitet. Tiltakene går riktignok ut på at brukerne deltar i salg av varer og tjenester i marked (vedsalg, bruktbutikk, gårdsarbeid ol.). ESA så imidlertid på den økonomiske virksomheten som marginal i forhold til AFT-tiltakenes sosiale hovedformål – rehabilitering og arbeidstrening av funksjonshemmede. Staten betaler kostnadene ved arbeidstreningen, det er ingen brukerbetaling, og deltakerne er ikke "ansatte". Kommisjonen kom til tilsvarende konklusjon om en polsk ordning for rehabilitering, arbeidsmuligheter og sosial integrasjon for uføre i vedtak N 558/2005.

### Hva er en økonomisk fordel?

Begrepet "støtte" er vidt og omfatter enhver økonomisk fordel som tildeles et foretak. Når du gir et pengebeløp som direkte tilskudd vil dette alltid utgjøre en økonomisk fordel. Vilkåret omfatter i tillegg fritak fra vanlige utgifter og andre former for subsidier.

#### Markedspris gir ingen økonomisk fordel

Når du kjøper varer og tjenester til markedspris, vil ikke leverandøren få noen økonomisk fordel. Hvis du derimot betaler mer enn markedspris (overpris) vil differansen mellom overpris og markedspris utgjøre en økonomisk fordel.

Det er slått fast at man kan gå ut fra at kjøp av varer og tjenester skjer på markedsvilkår hvis det er resultat av en konkurransepreget, gjennomsiktig og ikke-diskriminerende anskaffelsesprosedyre i tråd med anskaffelsesreglene, se [NOA-veilederen](http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/EFTA-Surveillance-Auhtority-Guidelines-on-the-notion-of-State-aid.pdff) avsnitt 89 flg. Du kan altså vanligvis være trygg på at du ikke betaler overpris når du kjøper noe etter en kunngjort konkurranse i tråd med anskaffelsesregelverket.

Som omtalt i veilederens kapittel 6 om "Anskaffelser under EØS-terskelverdien", gjelder det et lempeligere krav til konkurranse for anskaffelser av helse- og sosialtjenester under EØS-terskelverdien på 6,95 millioner kroner (som bare er omfattet av LOA og FOA del I). Avhengig av verdien på anskaffelsen kan du da anskaffe noe uten, eller med en svært begrenset konkurranse. I slike tilfeller må du sikre at du ikke betaler mer enn markedspris på annet vis. En måte å sikre dette på kan være å "benchmarke" prisen med en etablert markedspris. Hvis det ikke er mulig, bør du undersøke om prisen overstiger de faktiske kostnadene ved å produsere tjenester med tillegg av en rimelig fortjeneste.

Som nevnt under omtalen av "Anskaffelser under EØS-terskelverdien" er terskelverdien på 6.95 millioner kroner satt fordi man som hovedregel kan anta at anskaffelser under denne verdien ikke har grenseoverskridende interesse (se punkt 114 i fortalen til anskaffelsesdirektivet). Dermed kan du i mange tilfeller gå ut fra at eventuell støtte i forbindelse med anskaffelser under terskelverdien ikke er "*egnet til å påvirke samhandelen*" i EØS-området, se kapittel 12.3.7 om når støtte er egnet til å påvirke samhandelen. Hvis samhandelskriteriet ikke er oppfylt, er det ikke snakk om offentlig støtte. Som det fremgår nedenfor må du likevel alltid vurdere samhandelskriteriet konkret.

#### Kryssubsidiering kan innebære støtte

Kryssubsidiering skjer når offentlige midler tiltenkt ikke-økonomisk aktivitet, for eksempel et tilskudd, på en aller annen måte tilflyter økonomisk aktivitet.

En del leverandører av helse- og sosialtjenester utfører ikke-økonomiske oppgaver på oppdrag for og med tilskudd fra det offentlige (se kapittel 2.3.2 om "Hva er et foretak?"). Noen leverandører tilbyr samtidig tjenester kommersielt, i konkurranse med private foretak. Et eksempel på en slik situasjon kan være når en ideell organisasjon leverer rusbehandling til staten, og samtidig leier ut deler av lokalene sine. Et annet eksempel er en rehabiliteringsinstitusjon som både tilbyr plasser betalt av det offentlige og i markedet mot full brukerbetaling. Da kan det oppstå risiko for kryssubsidiering mellom den kommersielle og ikke-økonomiske delen av virksomheten.

Kryssubsidiering kan skje på ulike måter; direkte økonomiske overføringer mellom virksomhetsområdene, utveksling av personell, bruk av felles lokaler osv. Kryssubsidiering fra ikke-økonomisk til kommersiell virksomhet kan medføre at sistnevnte mottar økonomiske fordeler fra offentlige midler, og dermed ulovlig offentlig støtte.

Du kan forebygge kryssubsidiering for eksempel ved å føre atskilte regnskap mellom kommersiell og ikke-økonomisk virksomhetsdel og ha riktig allokering (tilordning) av kostnader. Du kan lese mer om kryssubsidiering i regjeringens veileder kapittel 4.

Helse- og omsorgsdepartementet har for eksempel innført krav om separate regnskaper for frivillige organisasjoner som mottar tilskudd til å drive institusjonsbaserte tiltak for personer med rusmiddelproblemer eller prostitusjonserfaring.

### Hva er støtte gitt av offentlige midler?

Det følger av EØS-avtalen artikkel 61 (1) at støtten må være "*gitt av statsmidler*." "*Statsmidler*"

omfatter alle offentlige midler, det vil si støtte gitt av stat, kommune, fylkeskommune og andre offentlige organer. Midler fra offentlig eide foretak kan også være omfattet.

Med at støtten er "*gitt av*" offentlige midler mener man at tiltaket belaster offentlige budsjetter og at det offentlige har fattet, eller hatt innflytelse på, beslutningen om å gi støtte. Dette er stort sett alltid oppfylt når offentlige organer gir tilskudd til eller kjøper helse- og sosialtjenester. Se mer om vilkåret i regjeringens veileder kap. 2.2.

### Hva er selektiv støtte?

Støtte er selektiv når den begunstiger ett eller flere bestemte foretak eller næringssektorer. En støtteordning som er avgrenset til hele helse- og sosialsektoren er også selektiv, selv om den omfatter mange forskjellige foretak. Støtte er ikke selektiv når den stammer fra en helt generell ordning som er åpen for alle foretak på ikke-diskriminerende og objektive vilkår, for eksempel en generell skattereduksjon. Støtte gitt i forbindelse med tilskudd eller kjøp av helse- og sosialtjenester vil som regel være selektiv. Se mer om selektivitet i regjeringens veileder punkt 2.4.

### Når er støtte egnet til å vri konkurransen?

Støtte er egnet til å vri konkurransen når den stiller støttemottaker i en bedre posisjon enn konkurrenter som ikke mottar støtte. Det skal lite til for at vilkåret er oppfylt, se regjeringens veileder kapittel 2.5. Støtte gitt i forbindelse med tilskudd til eller kjøp av helse- og sosialtjenester vil som regel være egnet til å vri konkurransen.

### Når er støtte egnet til å påvirke samhandelen?

Støtte er egnet til å påvirke samhandelen hvis støttemottakeren produserer varer eller tjenester som mottakeren, eller andre foretak, tilbyr på tvers av landegrensene i EØS. Støtte kan også påvirke samhandelen selv om varen eller tjenesten ikke er etterspurt over landegrensene. Dette er tilfellet hvis støtten kan gjøre det vanskeligere for aktører fra andre EØS-stater å etablere seg i Norge. Tradisjonelt har terskelen for samhandelspåvirkning vært ansett svært lav, slik at det ikke skulle mye til for å oppfylle samhandelskriteriet.

EU-Kommisjonen har i den senere tid signalisert at samhandelskriteriet skal tolkes lempeligere enn tidligere, slik at det skal mer til for at støtte anses egnet til å påvirke samhandelen. I tråd med dette har Kommisjonspraksis vært klarere på at støtte til noen rent lokale tjenester ikke er egnet til å påvirke samhandelen. Flere av disse sakene gjelder helse- og sosialtjenester.

Det er blant annet fattet vedtak om at støtte til fem lokalsykehus, et medisinsk senter, et rehabiliteringssenter og et aldershjem ikke hadde samhandelspåvirkning. Institusjonene tilbød ordinære helsetjenester tiltenkt lokalbefolkningen i et begrenset opptaksområde, og det var lite sannsynlig at de ville tiltrekke seg kunder/brukere fra utlandet. Det ble bl.a. lagt vekt på at foretakene og støttebeløpene var små, samt at språkbarrierer og nasjonale folketrygd- og kompensasjonsordninger gjorde tjenesten mindre attraktiv for utenlandske brukere. Det var heller ikke gjort utenlandske investeringer eller etableringer i det aktuelle markedet, og det var lite sannsynlig at det ville skje.

Se informasjon om vedtakene på Kommisjonens hjemmesider:

* <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4889_en.htm>
* <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3141_en.htm>

Mange helse- og sosialtjenester i Norge vil sjelden etterspørres av utenlandske brukere, og norske brukere vil sjelden etterspørre dem i utlandet. For mange mindre aktører som tilbyr standardtjenester og opererer lokalt, vil samhandelskriteriet derfor ikke være oppfylt. Hvis institusjonen derimot tilbyr en spesiell tjeneste, for eksempel en nyutviklet eller spesialisert type operasjon, som kan være attraktiv for utenlandske pasienter, kan det stille seg annerledes.

Noen leverandører, for eksempel i barnevern- og sykehjemsektoren, inngår også i store internasjonale konsern. Det tilsier at samhandelskriteriet lettere er oppfylt i disse sektorene generelt.

Du bør alltid vurdere samhandelskriteriet konkret.

Se punkt 12.3.6 om "økonomisk fordel" vedrørende samhandelspåvirkning ved eventuell støtte i forbindelse med direkteanskaffelser under EØS-terskelverdi på 6,95 millioner kroner.

## Må tilskuddsmidler kunngjøres?

Hvis alle vilkårene i artikkel 61 (1) i EØS-avtalen er oppfylt, utgjør midlene offentlig støtte. Kunngjøring av og konkurranse om midlene kan da gjøre det enklere å oppfylle vilkårene for lovlig støtte, slik at det er tillatt å gi støtten, se kapittel 12.5 «Når kan du gi offentlig støtte til helse- og sosialtjenester?".

Hvis ett eller flere av vilkårene i artikkel 61 (1) ikke er oppfylt, er det ikke snakk om offentlig støtte. Da blir spørsmålet om du fritt kan gi tilskudd til en aktør du har valgt, uten å utlyse tilskuddsmidlene og gi interesserte aktører mulighet til å søke på dem.

[Statens økonomireglement](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fin/vedlegg/okstyring/reglement_for_okonomistyring_i_staten.pdf) legger føringer på statlige tilskuddsordninger uavhengig av om tilskuddet anses som offentlig støtte eller ikke. Reglementet skal bl.a. sikre at statlige ressurser benyttes forsvarlig, effektivt og til formålet for bevilgningen. Reglementets "Bestemmelser om økonomistyring i staten" stiller i en del tilfeller krav til kunngjøring av statlige tilskuddsmidler, se kapittel 6.

Flere kommuner har innført lignende krav for forvaltningen av kommunale tilskuddsmidler som Statens Økonomireglement. Se for eksempel [Oslo kommunes regler for tilskuddsforvaltning](http://www.pangstart.oslo.kommune.no/getfile.php/bydel%20%C3%B8stensj%C3%B8%20(BOS)/Internett%20(BOS)/Dokumenter/Politikk/9%2014%20rundskriv%20regler.pdf).

Krav til kunngjøring av offentlige tilskuddsmidler kan også følge av forvaltningsrettslige prinsipper, som gjelder for alle forvaltningsorganer. Mange ensidige utbetalinger fra det offentlige er enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Da gjelder forvaltningslovens krav til saksbehandlingen, jf. lovens kap. IV, V og VI. I tillegg gjelder det uskrevne normer om "god forvaltningsskikk" og forbud mot usaklig forskjellsbehandling (likhetsprinsippet). Å kunngjøre tilgjengelige tilskuddsordninger for potensielle søkere ivaretar hensyn til likebehandling og god forvaltningsskikk.

Hvis du får en ny søknad om tilskudd, for eksempel fra en ideell organisasjon som har utviklet et nytt tilbud, bør du undersøke hvilke kunngjorte tilskuddsordninger din kommune eller etat allerede har. Hvis tilskuddet ikke passer inn her, bør du sjekke om kommunen/etaten har regler for tilskuddsforvaltning som sier noe om når og hvordan du kan gi tilskudd. Hvis det ikke er tilfellet, kan det være nyttig å undersøke med en jurist om krav til kunngjøring kan følge av generelle forvaltningsrettslig krav.

## Når kan du gi offentlig støtte til helse- og sosialtjenester?

Hvis alle de seks vilkårene i artikkel 61 (1) i EØS avtalen er oppfylt er det snakk om offentlig støtte (se kapittel 12.3). Offentlig støtte er i utgangspunktet forbudt, men det finnes mange unntak fra forbudet som gir muligheter til å gi lovlig støtte til å fremme viktige samfunnshensyn.

I dette avsnittet finner du primært informasjon om unntaksregler som gir muligheter til å gi lovlig offentlig støtte til helse- og sosialtjenester. Du finner også omtale av noen regler som egentlig forteller deg når kompensasjon faller utenfor offentlig støtte-begrepet fordi ett av vilkårene i artikkel 61 (1) ikke er oppfylt. På grunn av sammenhengen med unntaksreglene er det likevel naturlig å omtale disse her.

I det følgende finner du informasjon om reglene om:

* Bagatellmessig støtte
* Kompensasjon av tjenester av allmenn økonomisk interesse ("SGEI"), herunder:
  + Kompensasjon som faller utenfor støttebegrepet (Altmark-vilkårene)
  + Kompensasjon som du kan gi som lovlig støtte:
    - Bagatellmessig støtte til SGEI
    - SGEI-gruppeunntaket
    - SGEI-retningslinjene
  + SGEI-fortolkningsmeddelelsen
* Det alminnelige gruppeunntaket.

### Bagatellmessig støtte

Støtte som ikke overskrider EUR 200 000 euro (ca. 1,8 millioner kroner) over tre regnskapsår, kalles bagatellmessig støtte. Du kan tildele bagatellmessig støtte uten notifikasjon til ESA hvis du oppfyller enkelte prosessuelle krav. Årsaken er at beløpet anses for lite til å *påvirke samhandelen,* se kapittel 12.3.7. Støtten er derfor ikke omfattet av støtteforbudet. Dette er slått fast i EUs forordning om bagatellmessig støtte som gjelder som norsk forskrift i medhold av [forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte § 2](https://lovdata.no/forskrift/2008-11-14-1213/§2).

Se mer om bagatellmessig støtte i regjeringens veileder kap. 6.1.

### Kompensasjon for tjenester av allmenn økonomisk interesse

Den viktigste muligheten for å støtte helse- og sosialtjenester er reglene om kompensasjon for såkalte tjenester av allmenn økonomisk interesse (på engelsk: "*services of genereal economic interest*", forkortet "*SGEI*"). I noen tilfeller utgjør ikke slik kompensasjon offentlig støtte fordi leverandøren ikke mottar noen økonomisk fordel. I andre tilfeller utgjør kompensasjonen offentlig støtte, men kan da ytes som lovlig støtte. Se mer om dette nedenfor under [Kompensasjon som faller utenfor støttebegrepet](#utenfor) og [Kompensasjon som du kan gi som lovlig støtte](#lovlig).

Tjenester av allmenn økonomisk betydning er ikke definert eksakt i EØS-retten. Du har, som representant for nasjonale myndigheter, et vidt skjønn med hensyn til hva du mener er en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. ESA prøver likevel om definisjonen er åpenbart uriktig.

Praksis og retningslinjer har fremhevet at følgende momenter har betydning for vurderingen, se for eksempel SGEI-fortolkningsmeddelelsen kapittel 3.2 og Tannlegesaken avsnitt 52:

* Tjenesten må ha visse særtrekk som gjør at den er av særlig betydning for befolkningen.
* Tjenesten må være av allmenn betydning, det vil si at den retter seg mot "allmennhetens" interesser innenfor et område (nasjonalt eller regionalt) i motsetning til individuelle eller særlige gruppeinteresser.
* Uten offentlig inngripen ville tjenesten enten ikke blitt tilbudt i det hele tatt, eller ville blitt tilbudt på merkbart andre vilkår.

Når det gjelder kravet til allmenn betydning kontra særlige gruppeinteresser kan en tjeneste som retter seg mot en naturlig avgrenset gruppe som barn, eldre eller mennesker med en psykisk sykdom eller rusproblemer fortsatt være en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.

Når det gjelder tjenestevilkårene, taler det for at en tjeneste er av allmenn økonomisk betydning hvis du for eksempel stiller krav til en pris, kvalitet, kontinuitet, frekvens og tilgang til tjenesten som markedet ikke finner det regningssvarende å tilby. Videre kan det være et poeng at leverandøren er forpliktet til å tilby tjenesten til alle som ønsker den. Hvis tjenesten allerede blir tilbudt, eller kan tilbys, i tilstrekkelig omfang i markedet, på tilfredsstillende vilkår, kan man ikke kalle den en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, se SGEI-fortolkningsmeddelelsen avsnitt 48.

Eksempler på tjenester av allmenn økonomisk betydning:

I den kjente Altmark-dommen (sak C-280/00 Altmark Trans GmbH) slo EU-domstolen fast at et busselskap som hadde fått i oppdrag å betjene spesielle bussruter med en frekvens og til en pris som det ikke var kommersielt grunnlag for, utøvde en tjeneste av allmenn økonomisk interesse.

I Tannlegesaken fant ESA at Den Offentlige Tannhelsetjenestens tilbud til voksne betalende pasienter i grisgrendte strøk der det er mangel på private tannleger utgjorde en tjeneste av allmenn økonomisk interesse.

Derimot kom ESA til motsatt konklusjon når det gjaldt voksne betalende pasienter i tettbefolkede strøk der det ikke er mangel på private tannleger. Man ønsket at prisen skulle ligge på et nivå som ikke er regningssvarende i grisgrendte strøk, der det er dyrere å drive tannlegevirksomhet. Dette var ikke tilfellet i tettbefolkede strøk.

Ytere av tjenester av allmenn økonomisk interesse kompenseres på flere måter. I noen tilfeller er det snakk om 100 % tilskudd, i andre tilfeller en kombinasjon av tilskudd og brukerbetaling. Det siste er aktuelt hvis brukerbetalingen ikke er tilstrekkelig til å finansiere tjenesten, for eksempel hvis du setter en makspris som tilbyderen kan ta seg betalt av brukerne.

I noen tilfeller kan kompensasjon av tjenester av allmenn økonomisk betydning falle helt utenfor støttebegrepet. Hvis vilkårene for det ikke er oppfylt, finnes det nokså vide muligheter for å gi lovlig støtte.

#### Kompensasjon som faller utenfor støttebegrepet

I Altmark-dommen slo EU-domstolen fast at godtgjørelse som utelukkende kompenserer for forpliktelsen til å yte tjenester av allmenn økonomisk interesse ikke utgjør støtte. Da er det snakk om et rent kjøp av tjenester. Tjenesteyter får kun dekket de merkostnader det spesielle oppdraget medfører og mottar ingen [økonomisk fordel](#okonomisk).

Altmark-dommen oppstiller fire vilkår for at kompensasjonen skal falle utenfor forbudet mot offentlig støtte:

* Foretaket må være pålagt å utføre en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, og forpliktelsene må være klart definerte. Pålegget må følge av en offisiell akt, for eksempel en avtale, lov, forskrift eller forvaltningsvedtak.
* Kriteriene for beregningen av kompensasjonen må være fastlagt på forhånd på en objektiv og gjennomsiktig måte.
* Kompensasjonen må ikke overstige de nødvendige utgiftene til oppfyllelsen av forpliktelsen.
* Kompensasjonens størrelse må bestemmes enten etter en offentlig anbudsprosedyre eller på grunnlag av en analyse av omkostningene som et typisk veldrevet foretak vil ha.

SGEI-fortolkningsmeddelelsen kap. 3 og regjeringens veileder kap. 6.12.2 gir veiledning om innholdet i Altmark-vilkårene. De påfølgende kapitlene i regjeringens veileder beskriver utdaterte regler. De nye reglene beskrives nedenfor i punktet om "Kompensasjon som du kan gi som lovlig støtte".

I en del tilfeller er ikke Altmark-vilkårene oppfylt. Hvis du, for eksempel, ikke anskaffer tjenesten etter en konkurranse i tråd med anskaffelsesregelverket, er det veldig vanskelig å dokumentere at du ikke gir overkompensasjon. I de aller fleste tilfeller finnes det ikke noe tilstrekkelig sammenlignbart "typisk veldrevet foretak" å sammenligne med. Da kan kompensasjonen utgjøre offentlig støtte. Det finnes likevel flere muligheter for å gi lovlig støtte, spesielt under SGEI-gruppeunntaket som omtales nedenfor.

#### Kompensasjon som du kan gi som lovlig støtte

Kompensasjon av tjenester av allmenn økonomisk betydning kan være forenlig/lovlig støtte. Hjemmelen for dette er EØS-avtalen artikkel 59 (2).

EU vedtok i 2012 en regelverkspakke for støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning. Pakken er tatt inn i norsk rett via [forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte](https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2008-11-14-1213?q=forskrift%20om%20unntak%20fra%20notifikasjonsplikt) § 3 og 4 eller gjelder som ESA-retningslinjer, se [retningslinjene "Part VI"](http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/). Se også  [regjeringens notat om regelverkspakken](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransepolitikk/stotte/nytt_regelverk_tjenester_allmenn_okonomisk_betydning.pdf).

1. **Forordningen om bagatellmessig støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning**

Forordning 360/2012 hever taket for bagatellmessig støtte fra 200 000 euro til 500 000 euro over tre regnskapsår for kompensasjon til foretak som leverer tjenester av allmenn økonomisk betydning. Slik støtte faller utenfor støttebegrepet. Du trenger ikke notifisere støtten til ESA dersom du oppfyller de prosessuelle kravene i forordningen, som langt på vei sammenfaller med de generelle reglene om bagatellmessig støtte (se kapittel 12.5.1 om "Bagatellmessig støtte").

1. **Gruppeunntaket for støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning**

Det såkalte "SGEI-gruppeunntaket" (kommisjonsbeslutning 2012/21/EU) gjør unntak fra støtteforbudet. Hvis vilkårene i gruppeunntaket er oppfylt, er støtten forhåndsgodkjent og du trenger ikke å notifisere den til ESA. Du må likevel lagre informasjon om tildelinger under SGEI-gruppeunntaket (se artikkel 9) og sende en rapport til NFD annet hvert år. NFD har ansvaret for å rapportere dette videre til ESA.

SGEI-gruppeunntaket gjelder som hovedregel for kompensasjon til foretak som mottar mindre enn 15 millioner euro i kompensasjon i året. For noen tjenestetyper gjelder det likevel ingen beløpsgrense, se gruppeunntaket artikkel 2 (1) bokstav b) og c). Dette omfatter bl.a.:

* Visse tjenester av allmenn økonomisk betydning utført av sykehus, herunder legevakttjenester
* Visse tjenester av allmenn økonomisk betydning som skal ivareta grunnleggende sosiale hensyn

Dette omfatter et vidt spekter av tjenester som skal ivareta grunnleggende sosiale hensyn, herunder helsetjenester, barnevern, arbeidsformidling, sosialboligtjenester og sosiale tiltak rettet mot personer med særlige behov, se ordlyden i bestemmelsen.

Som under Altmark-vilkårene må ansvaret for å utføre tjenesten av allmenn økonomisk betydning være tildelt foretaket ved en eller flere bindende rettsakter (lov, forskrift, vedtak, konsesjon eller avtale), se artikkel 4. Rettsakten må omhandle arten og varigheten av forpliktelsene, parametere for beregning, kontroll og revisjon av kompensasjonen og forholdsregler som er tatt for å unngå overkompensasjon med videre. Når det gjelder krav til arten og varigheten av forpliktelsen, bør du undersøke om graden av spesifikasjoner du stiller gjør at samarbeidet blir en gjensidig bebyrdende avtale som er omfattet av anskaffelsesreglene.

Du kan ikke gi mer kompensasjon enn hva som er "nødvendig" for å utføre tjenesten og oppnå en rimelig fortjeneste, se artikkel 6. Du skal legge de faktiske utgiftene til grunn når du beregner størrelsen på kompensasjonen. Du må følge gruppeunntakets regler om beregning av kompensasjonens størrelse, herunder prinsipper for kostnadsallokering og beregning av ”rimelig fortjeneste”, se artikkel 5. Du kan velge mellom flere alternative modeller for beregningen av rimelig avkastning og overskudd, så lenge valg av modell begrunnes godt nok.

Hvis mottakeren av kompensasjonen utfører både tjenester av allmenn økonomisk betydning og annen økonomisk virksomhet, kreves det et regnskapsmessig skille mellom disse aktivitetene for å hindre kryssubsidiering, se artikkel 5 (9) og punktet om [kryssubsidiering](#kryss) i veilederen.

1. **Retningslinjene om støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning**

Dersom vilkårene i SGEI-gruppeunntaket ikke er oppfylt (for eksempel at beløpsgrensen er overskredet), kan SGEI-retningslinjene komme til anvendelse. Vurderingstemaet for støttegiveren er det samme som etter SGEI-gruppeunntaket. En viktig forskjell er at reglene rundt kontrollen av overkompensasjon, herunder mulighetene til å få overført eventuell overkompensasjon til påfølgende år, er mer fleksible under retningslinjene. Kompensasjon for tjenester av allmenn økonomisk interesse gitt på bakgrunn av retningslinjene må notifiseres til og godkjennes av ESA før den kan utbetales.

1. **Fortolkningsmeddelelsen om kompensasjon for utøvelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning**

[SGEI-fortolkningsmeddelelsen](http://www.eftasurv.int/media/state-aid-guidelines/Part-VI---Compensation-granted-for-the-provision-of-services-of-general-economic-interest.pdf) er omtalt flere steder i denne veilederen. Denne omtaler EØS-anskaffelsesdirektivet artikkel 61 (1) og viktige begreper for tjenester av allmenn økonomisk interesse, herunder Altmark-vilkårene.

Du kan også merke deg at [EU-Kommisjonen publiserte en oppdatert veiledning om statsstøttereglene og sosiale tjenester av allmenn interesse i 2013](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_da.pdf). Veiledningen inneholder en rekke praktiske spørsmål og svar (Q&A) som det kan være verdt å se på når du vurderer å gi støtte til en tjeneste av allmenn økonomisk interesse, eller lurer på om et tilskudd du vurderer å gi utgjør offentlig støtte.

### Det alminnelige gruppeunntaket

Det alminnelige gruppeunntaket (forordning (EU) 651/2014) lister opp visse tiltak som anses som lovlig støtte, og som er forhåndsgodkjent av ESA. Du trenger altså ikke notifisere støtten. NFD må likevel sende en forenklet melding av støttetiltaket innen 20 virkedager etter at tildelingen er iverksatt. Du må som støttegiver fylle ut et [gruppeunntaksskjema](http://www.eftasurv.int/state-aid/gber-information-sheets/) og utforme et følgenotat som du sender til NFD ([postmottak@nfd.dep.no](mailto:postmottak@nfd.dep.no)).

Av interesse for helse- og sosialtjenester er muligheten til å gi støtte til rekruttering og ansettelse av vanskeligstilte og funksjonshemmede arbeidstakere, se artikkel 1 nr. 1 f), og definisjonen i artikkel 2 (3) og (4). Vanskeligstilte arbeidstakere er bl.a. langvarig arbeidsledige, personer under 24 år eller over 50 år, aleneforsørgere eller personer som hører til minoritetsgrupper. Dette er videre omtalt i kapittel 7 om "Kontrakter som reserveres for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer".

Du må påse at både de generelle reglene i gruppeunntakets kap. 1, og de spesielle reglene i kap. 3 del 6 er oppfylt. Du kan gi støtte til arbeidsgivere for å kompensere kostnader til rekruttering, lønn, ekstrakostnader forbundet med denne typen arbeidstakere, og assistanse til arbeidstakerne. Du må holde deg innenfor angitte beløpsgrenser og maksimal støtteintensitet (støttebeløpets prosentandel av støtteberettigede kostnader).

Det alminnelige gruppeunntaket er gjennomført i norsk rett gjennom forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte § 1. Les mer om det alminnelige gruppeunntaket på [NFDs nettsider](https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/regler-om-offentlig-stotte-listeside/offentlig-stotte-gruppeunntak/id430132/).

**Nasjonalt register for offentlig støtte**

Fra og med 1. juli 2016 skal alle enkelttildelinger av offentlig støtte som overstiger 500.000 euro registreres i det nasjonale registeret for offentlig støtte i Brønnøysund. [NFD har utarbeidet en veileder](https://www.regjeringen.no/contentassets/f5ebd73c5fad4a1e8335ced0182b8b8a/veileder-for-melding-av-offentlig-stotte-til-register-for-offentlig-stotte.pdf) som inneholder informasjon om hvilke støttetildelinger som skal meldes inn, tidsfrist for innmelding, hvordan meldingen gjennomføres osv.

Vedlegg 1 – Utdypende beskrivelse av regelverket i del IV

Det kan ikke utledes krav til del IV anskaffelser fra del II- eller del III-anskaffelser

Slik beskrevet innledningsvis har lovgiver gitt regler om anskaffelse av helse- og sosialtjenester i en egen del IV. Lovgiver valgte ikke å følge forslaget fra forenklingsutvalget om at disse tjenestene skulle reguleres av den vanlige del II. Ved forståelsen av hvilke krav som gjelder etter del IV må en dermed ikke se hen til hvilke krav som gjelder etter del II eller del III.

EU-domstolen behandlet i C-95/10, *Strong Seguranca*,et spørsmål om en skulle se hen til reglene i del III ved gjennomføring av en anskaffelse underlagt del II. EU-Kommisjonen argumenterte for at et krav i anskaffelsesdirektivet som etter sin ordlyd gjelder for prioriterte tjenester (A-tjenester) på bakgrunn av de grunnleggende prinsippene også måtte gjelde for uprioriterte tjenester (B-tjenester).

EU-domstolen uttalte:

“37      With regard to the Commission’s contention that the general principle of ‘effective competition’ specific to Directive 2004/18 could lead to such an obligation, it must be noted that, whereas effective competition constitutes the essential objective of that directive, that objective, as important as it is, cannot lead to an interpretation that is contrary to the clear terms of the directive, which do not mention Article 47(2) thereof as being among the provisions which the contracting authorities are obliged to apply when awarding contracts concerning the services referred to in Annex II B to that directive."

I forlengelsen av dette uttalte EU-domstolen:

"42      It should be noted that such a broad approach to the applicability of the principle of equal treatment could lead to the application, to the service contracts referred to in Annex II B to Directive 2004/18, of other essential provisions of that directive, for example, as the national court observes, provisions which establish the qualitative criteria for the selection of candidates (Articles 45 to 52) as well as the contract award criteria (Articles 53 to 55). *That would involve the risk of rendering entirely ineffective the distinction drawn by Directive 2004/18 between the services of Annexes II A and II B, as well as the application of that directive on two levels, under the terms used by the case-law of the Court.*"

Når lovgiver har innført et særskilt sett med svært forenklede regler, kan ikke de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene benyttes for å gjeninnføre tilsvarende krav, da dette vil gjøre innføringen av de forenklede reglene *"entirely ineffective"*.

Det ligger herunder ikke noen form for krav til vekting av tildelingskriterier. I dette ligger også at oppdragsgiver etter mottak av tilbudene kan fastsette hva som er viktig uten at dette er i strid med kravet til likebehandling eller forutberegnelighet. Praksis basert på EU-domstolens avgjørelse i sak C-331/04 ATI får ikke anvendelse for del IV.

Om fleksibiliteten ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester i forrige forskrift del I, se KOFAs avgjørelse i sak 2009/223 som gjaldt anskaffelse av tverrfaglig spesialisert behandling for rusproblematikk (TSB).

Som vist over er det blant annet særlig kravene om å angi detaljerte tildelingskriterier på forhånd som lovgiver har ønsket å komme bort fra på dette området. Det er raskt en motstrid mellom sørgefor-ansvaret og anskaffelsesretten, som kan lede til uhensiktsmessige tildelinger. Man ville for eksempel kunne få det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i anskaffelsesrettslig forstand hvis man tildelte absolutt alle midlene til en meget stor institusjon, men en slik løsning er helt uaktuell av andre grunner som ikke er så enkelt å fange opp og hensynta innen rammene av en tradisjonell anskaffelsesprosess.

For å gjøre dette på en hensiktsmessig måte hadde derfor oppdragsgiver angitt at evalueringen ville gå langs tre akser. Den første aksen er pris og kvalitet. Den andre aksen er å sikre et differensiert tilbud til alle pasienter. Den tredje aksen er å sikre en god geografiske fordeling av tilbudet til pasientene. Alle aksene var nødvendig for å oppfylle behovet for TSB i hele regionen, til alle grupper.

KOFA har i sak 2009/223 uttalt at en tildelingsmekanisme som er en kombinasjon av disse tre aksene i "sørge-for-ansvaret" etter spesialisthelsetjenesteloven § 2-1a er i tråd med anskaffelsesregelverket:

"(78) Klager anfører at tildelingsmekanismen er konkurransevridende og i strid med kravet til likebehandling i loven § 5 og forskriften § 3-1.

(79) I konkurransegrunnlaget punkt 6.1 «Generelt om evalueringen » vises til innklagedes ansvar for å sørge for et tilbud om spesialisthelsetjeneste for innbyggere i hele helseregionen, jf. lov 2. juli 1999 nr 61 om spesialisthelsetjenesten § 2-1a, omtalt som « sørge-for-ansvaret », noe som innebærer at innklagede må velge en kombinasjon av de økonomisk mest fordelaktige tilbudene ut fra korttids- og langtidsplasser og geografisk beliggenhet.

(80) Etter nemndas oppfatning ligger denne fordelingsmekanismen innenfor det skjønn som nemnda ikke har kompetanse til å overprøve."

Denne saken viser at oppdragsgiver har et økt handlingsrom ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester.

Vedlegg 2

Oslo Byfogdembete uttalte i sak 16-126305TVI-OBYF med henvisning til KOFAs avgjørelse i sak 2010/364 om en anskaffelse av disse typene barneverntjenester:

"Barn plassert etter § 4-12 i institusjon er underlagt reglene i barnevernloven § 5-9 og rettighetsforskriften bortsett fra særreglene i kapittel 4.

Barn med alvorlige atferdsvansker kan med hjemmel i barnevernloven § 4-24 plasseres i institusjon for observasjon, undersøkelse eller korttidsbehandling for inntil 4 uker. Trenger barnet lengre behandling kan det plasseres i institusjon i 12 måneder jf. andre ledd. Oppholdet kan forlenges med nye 12 måneder i særlige tilfeller. Fylkesnemnda beslutter slik plassering, jf. § 4-25. Midlertidig vedtak kan fattes av lederen av barnevernet eller av påtalemyndigheten.

Et barn med alvorlige atferdsvansker kan tas inn i institusjon som omfattes av § 4-24 også på grunnlag av samtykke fra barnet og foreldrene. Er barnet fylt 15 år er barnets samtykke tilstrekkelig. Det kan settes som vilkår at barnet kan holdes tilbake mot sin vilje i tre uker regnet fra inntaket. Hvis oppholdet skal vare i minst tre måneder kan det også settes som vilkår at barnet kan holdes tilbake i opptil tre uker etter at samtykket uttrykkelig er trukket tilbake. Rømmer barnet regnes utgangspunktet for tilbakeholdsfristen fra det tidspunkt barnet er brakt tilbake til institusjonen.

Barn plassert iht. § 4-24 og § 4-26 er underlagt rettighetsforskriften, herunder særreglene i kapittel 4.

Når et barn har behov for det skal barnevernet sørge for at det iverksettes hjelpetiltak for barnet og familien, jf. § 4-4 andre ledd. Som ledd i slike hjelpetiltak kan barneverntjenesten formidle plass i institusjon, jf. § 4-4 sjette ledd. Slikt hjelpetiltak i form av institusjonsplass er en del av den aktuelle anskaffelsen.

Barn plassert etter § 4-4 sjette ledd er omfattet av rettighetsforskriften, likevel ikke kapittel 4.

Som det fremgår omfattes barn plassert i institusjon, uansett hjemmel for plasseringen, av rettighetsforskriften, jf. dennes § 2.

I henhold til forskriften § 9 kan barna bevege seg fritt utenfor institusjonens område, med de begrensninger som følger av forsvarlig omsorg for den enkelte og trygghet og trivsel for alle på institusjonen.

Etter § 10 har barnet rett til å motta besøk. Denne retten kan begrenses ut fra det som følger av forsvarlig omsorg og ut fra hensynet til trygghet og trivsel for alle på institusjonen.

Tvang er som hovedregel forbudt, jf. § 13. Mindre inngripende fysisk tvang eller makt, eksempelvis kortvarig fastholding eller bortvisning fra fellesrom kan anvendes når det er åpenbart nødvendig som ledd i forsvarlig omsorg eller av hensyn til trygghet og trivsel for alle på institusjonen. Tvang iht. nødrett og nødverge er regulert i § 14. Det er i § 14 gitt nærmere rammer for slik tvang og det er gitt nærmere regler for isolasjon av barnet.

Institusjonslederen eller den som har fullmakt fra leder kan etter § 15 beslutte kroppsvisitasjon ved "begrunnet mistanke" om at barnet besitter tyvgods, farlige gjenstander, rusmidler, mv. Visitasjon kan bare omfatte kroppens flater, munnen og klærne.

Etter § 16 kan leder eller den som får fullmakt bestemme ransaking av rom eller eiendeler ved "begrunnet mistanke" om at beboeren besitter tyvgods, farlige gjenstander, rusmidler mv.

Visse typer gjenstander kan etter § 17 beslaglegges, ødelegges eller leveres politiet. Posten kan åpnes av institusjonen hvis det foreligger "begrunnet mistanke" om at den inneholder rusmidler eller farlige gjenstander, jf. § 18.

I § 20 er det gitt regler om rømming. Rømming er definert som å forlate institusjonen uten tillatelse eller unnlatelse av å komme tilbake etter fravær. Dette omfatter alle plasserte barn uansett aktuell hjemmel. Hvis plasseringsgrunnlaget gir adgang til det kan vedkommende bringes tilbake med tvang.

For barn plassert etter §§ 4-24 og 4-26 gjelder i tillegg noen særlige regler. Disse barna kan nektes å forlate institusjonens område og kan få begrenset sin bevegelsesfrihet innenfor institusjonen. Det kan treffes vedtak om slik tvang for inntil 14 dager av gangen, jf. § 22.

Også besøk kan på visse vilkår begrenses for 14 dager av gangen. Bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler, typisk mobiltelefon og internett, kan forbys eller begrenses iht. § 24.

Urinprøver kan kreves hvis det følger av fylkesnemndas vedtak, jf. § 25.

Avgjørelser etter §§ 14, 15, 16, 17, 18, 22, 23 og 24 er enkeltvedtak etter forvaltningsloven, jf. § 26.

Retten må etter denne gjennomgangen vurdere om plassering etter de aktuelle hjemlene innebærer at institusjonene utøver offentlig myndighet, om enn leilighetsvis, overfor barna. Etter bevisføringen legger retten til grunn at maktbruk som beskrevet skjer, om enn i begrenset omfang. Kravet til leilighetsvis myndighetsutøvelse er oppfylt. Avgjørende blir en nærmere vurdering av om myndighetsutøvelsen faller inn under artikkel 32 og 39.

Retten vil tiltre KOFAs vurdering herunder i avsnitt 67 flg. i sak 2010-364 som lyder: (67) I medhold av rettighetsforskriften har private barnevernsinstitusjoner myndighet til å utøve tvang som er av inngripende karakter overfor den beboeren tvangsutøvelsen retter seg mot. Myndigheten rekker betydelig lenger enn det enhver enkeltperson kan gjøre overfor andres barn, og tilsvarer den myndighet som kan utøves av offentlige institusjoner."

Vedlegg 3 – Praksis fra EU-domstolen om hvordan unntaket for myndighetsutøvelse skal forstås

EU-domstolen har i sak C-160/08, kommisjonen mot Tyskland, behandlet spørsmålet om en anskaffelse var unntatt fra anskaffelsesdirektivet fordi den innebar utøvelse av offentlig myndighet. Saken gjaldt kjøp av ambulansetjenester, og spørsmålet var om en ambulanses forkjørsrett og bruk av sirener og blålys innebar at leverandøren utøvet offentlig myndighet:

"76 Det bemærkes i denne forbindelse, at artikel (…) som undtagelser fra de grundlæggende regler om etableringsfrihed og den frie udveksling af tjenesteydelser skal fortolkes således, at deres rækkevidde begrænses til det, der er strengt nødvendigt for at varetage de interesser, som disse bestemmelser tillader medlemsstaterne at beskytte (…)).

*(…)*

78 Ifølge fast retspraksis skal den fravigelse, der er fastsat i de nævnte artikler, begrænses til sådan virksomhed, der som sådan er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed (…).

79 Som generaladvokaten har anført i punkt 58 i forslaget til afgørelse, forudsætter en sådan virksomhed en tilstrækkeligt kvalificeret udøvelse af ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagtens privilegier eller beføjelsen til at udøve tvang.

80 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at bidraget til beskyttelsen af den offentlige sundhed, som enhver enkeltperson kan blive nødsaget til, navnlig gennem bistand til en person, der bringes i væsentlig fare eller sundhedsfare, ikke kan anses for udøvelse af offentlig myndighed (…).

81 Hvad angår såvel retten til anvendelse af blåt blink og udrykningshorn som forkørselsretten, som udbyderne af tjenesteydelser i form af sygetransport indrømmes i henhold til den tyske færdselslov, bekræfter disse foranstaltninger, at den nationale lovgiver har lagt særlig vægt på den offentlige sundhed i forhold til færdselsreglerne.

82 Disse rettigheder kan dog ikke som sådan anses for direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, da de pågældende tjenesteydere ikke er tillagt myndighedsbeføjelser eller tvangsfuldbyrdelsesbeføjelser, der fraviger almindelig gældende ret for at sikre overholdelsen heraf hvilket – som det er ubestridt mellem sagens parter – henhører under politi- og retsmyndighedernes ansvar (…).

83 Lige så lidt kan forhold, som de af Forbundsrepublikken Tyskland anførte vedrørende særlige organisatoriske beføjelser på området for erlagte tjenesteydelser, beføjelser til at indhente oplysninger fra tredjemand eller indsats af andre eksperttjenester eller deltagelse i udnævnelsen af administrativt personale i forbindelse med de pågældende tjenesteydelser, anses for en tilstrækkeligt kvalificeret udøvelse af offentlig myndighed eller som beføjelser, der fraviger almindelig gældende ret.

84 Hvad angår den omstændighed, at udførelsen af offentlige tjenesteydelser i form af sygetransport, som også er fremført af Forbundsrepublikken Tyskland, indebærer et samarbejde med de offentlige myndigheder og med medlemmer af professionelle korps, der udøver offentligretlige beføjelser, såsom medlemmer af politistyrkerne, udgør denne heller ikke et element, der forbinder erlæggelse af disse tjenesteydelser med udøvelsen af offentlig myndighed (…)."

EU-Domstolen har i en rekke saker uttalt at virksomheten ikke er ”*direkte og særlig*” forbundet med offentlig myndighetsutøvelse dersom den bare har enveiledende eller forberedende funksjon til den senere egentlige myndighetsutøvelsen. I sak C-47/08, Kommisjonen mot Belgia, fremgår det i premiss 86.

"86      I denne henseende har Domstolen haft anledning til at fastslå, at visse former for virksomhed, der er vejledende eller forberedende i forhold til udførelsen af offentlig myndighed (jf. i denne retning Thijssen-dommen, præmis 22, og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 38, i sagen Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, præmis 47, i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 38, og i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 36), eller visse former for virksomhed, hvis udøvelse, selv om den indebærer selv regelmæssig og organisk kontakt med de administrative myndigheder eller retterne, ja endog obligatorisk deltagelse i deres funktion, ikke berører disse myndigheders skøn og den frie udøvelse af den dømmende magt (jf. i denne retning Reyners-dommen, præmis 51 og 53) eller endog visse former for virksomhed, der ikke omfatter udøvelse af beslutningsbeføjelser (jf. i denne retning Thijssen-dommen, præmis 21 og 22, dommen af 29.11.2007 i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 36 og 42, samt dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 38 og 44, og i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 36 og 41), tvang (jf. i denne retning bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 37) eller tvangsbeføjelser (jf. i denne retning dom af 30.9.2003, sag C-47/02, Anker m.fl., Sml. I, s. 10447, præmis 61, og dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 44), ikke er omfattet af undtagelsen i artikel 45, stk. 1, EF."

Sak C-42/97 gjaldt krav om statsborgerskap for å være inspektør i forsikringsselskaper. Inspektøren skal påse at det aktuelle forsikringsselskap følger loven og rapportere til den offentlige myndighet som regulerer forsikringsselskapene. Inspektøren har også utsettende veto mot beslutninger i det aktuelle forsikringsselskapet. I avsnitt 21 la domstolen vekt på at inspektøren kun hadde myndighet til å utsette avgjørelsen i 8 dager og at avgjørelsen ble tatt av myndighetene etter at inspektøren hadde rapportert. Domstolen konkluderte i avsnitt 22 med at denne myndigheten var "auxiliary or preparatory", og altså ikke innebar myndighetsutøvelse.

I sak C-404/05 ble det lagt vekt på at private inspektører var underlagt inspeksjons- og kontrollregime fra myndighetene.

EU-domstolen har i flere avgjørelser konkludert med at privat vaktvirksomhet ikke er å regne som offentlig myndighetsutøvelse. I sak C-114/97, som senere har blitt fulgt opp i sakene C-283/99 og C-465/05, uttaler domstolen:

"36 I den foreliggende sag fremgår det af akterne, at formålet med vagtselskabernes og vagtpersonalets virksomhed er på privatretligt grundlag at sørge for udførelse af opgaver, der består i overvågning og beskyttelse.

37 Udøvelsen af denne virksomhed indebærer imidlertid ikke, at vagtselskaberne og vagtpersonalet har beføjelse til at udøve tvang. Blot at bidrage til, at den offentlige sikkerhed opretholdes, som enhver enkeltperson kan blive nødsaget til, er nemlig ikke udøvelse af offentlig myndighed.

38 Desuden opstilles der - som generaladvokaten har påvist i punkt 26 og 27 i forslaget til afgørelse - i den spanske lovgivning en klar sondring mellem de opgaver, der er overdraget til vagtselskaberne og vagtpersonalet, og dem, der er forbeholdt ordensmagten. Hvis de førstnævnte skal bistå de sidstnævnte i nærmere angivne situationer, er der kun tale om hjælpefunktioner.

39 Heraf følger, at vagtselskabers og privat vagtpersonales virksomhed ikke er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, og at undtagelsen i traktatens artikel 55, stk. 1 - i givet fald sammenholdt med artikel 66 - ikke finder anvendelse i den foreliggende sag. Videre må unntaket avgrenses mot en tvang eller maktbruk som kan utøves av enhver."