



## BORGARTING LAGMANNSRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 13.12.2024

**Saksnr.:** 24-036676ASD-BORG/03

**Dommere:**

Lagdommer  
Lagdommer  
Ekstraordinær  
lagdommer

Halvor Aas  
Karl Otto Thorheim  
Nils Ole Simonsen

---

Ankende part

Oslo kommune  
v/ordføreren

Advokat Ane Grimelid  
Advokat Sigurd Høines

Ankemoøpart

Norlandia Care Norge AS

Advokat Aksel Joachim  
Hageler  
Advokat Lennart  
Garnes

Ankemoøpart

Stendi AS

Advokat Aksel Joachim  
Hageler  
Advokat Lennart  
Garnes

---

Saken gjelder om Oslo kommune kunne reservere en anbudskonkurranse slik at kun ideelle organisasjoner hadde anledning til å kvalifisere seg for å inngi tilbud, da kommunen skulle innhente tilbud på drift av inntil 800 sykehjemsplasser.

Kunngjøringen av konkurransen ble gjort sammen med kunngjøringen av konkurranse om leie av tilhørende bygg for sykehjemsplassene. Denne eiendomsdelen var åpen for alle, men slik at det måtte inngås avtale med en ideell organisasjon som ga tilbud på tjenstedelen, og tilbud måtte gis samlet for leie- og tjenestetilbud.

I prosessen for Oslo tingrett ble det innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. Tingrettens beskrivelse av sakens faktiske bakgrunn og prosesshistorikken er relativt omfattende. Den er i det alt vesentlige dekkende for lagmannsrettens syn, med unntak av at det for lagmannsretten ikke er enighet om at ankepartene ville deltatt i konkurransen dersom den ikke var reservert. I og med at det var en konkurranse med forhandling, avhenger dette av om de ville vært ansett som kvalifisert. For de spørsmål lagmannsretten skal ta stilling til, er det ikke avgjørende om de ville blitt ansett som kvalifisert og invitert til å inngi tilbud.

Tingrettens faktiske beskrivelse er slik:

I november 2020 kunngjorde Oslo kommune ved Sykehjemsetaten en offentlig anskaffelse av leie- og tjenesteytingsavtaler for inntil 800 nye langtidsplasser på sykehjem. Anskaffelsen var sammensatt av en eiendomsdel og en tjenstedel. *Eiendomsdelen* besto av selve sykehjemmene med tilhørende tomt og fysisk infrastruktur. *Tjenstedelen* omfattet driften av sykehjemmene og sykehjemsplassene. Varigheten av kontraktene skulle være henholdsvis 30 år med opsjon på forlengelse i 10 år for eiendomsdelen, og 8 år med opsjon på forlengelse i 1+1 år for tjenstedelen. Den samlede verdien av kontraktene er anslått til omkring 10 mrd. kroner.

Anbudskonkurransen om tjenesteavtalene var reservert for «ideelle organisasjoner». Konkurransen om eiendomsdelen var åpen, men det var forutsatt at det ble levert samlede tilbud som omfattet både eiendomsdelen og tjenstedelen. Det innebar at eventuelle andre private aktører som ønsket å gi tilbud på eiendomsdelen måtte inngå samarbeid med en ideell aktør for å kunne levere komplette tilbud.

Som rettslig grunnlag for reservasjonen av sykehjemstjenestene viste kommunen i konkurransegrunnlaget til forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)

§ 30-2a. I tillegg var det vist til det såkalte myndighetsutøvelsesunntaket i anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav h). Som retten kommer tilbake til, er det kun bruken av anskaffelsesforskriftens § 30-2a som er tvistetema i saken. Adgangen til å benytte myndighetsutøvelsesunntaket er frafalt av kommunen under saksforberedelsen.

Stendi AS og Norlandia AS er begge større aktører innenfor ulike former av helse og omsorgstjenester. Stendi driver landsdekkende virksomhet innen barnevern, brukerstyrt personlig assistanse, heldøgns omsorg, hjemmetjenester og eldreomsorg, herunder drift av sykehjem og tjenestetilbudet på disse. Norlandia, eller Norlandia Care Norge AS, er en del av Norlandia Health & Care Group AS. Norlandia Health & Care Group AS drifter barnehager, pasienthotell, sykehjem, hjemmetjenester, barnevern, omsorgs- og avlastningstjenester, BPA, asyl-, integrerings- og rehabiliteringstjenester, samt driver eiendomsutvikling tilknyttet disse tjenesteområdene.

Både Stendi og Norlandia leverer tjenester av typen anskaffelsen gjelder. På grunn av reservasjonen for ideelle organisasjoner deltok de ikke i den aktuelle konkurransen, men retten oppfatter det som uomtvistet at de ville ha deltatt om konkurransen ikke var reservert for ideelle. Tvistetemaet i saken er om reservasjonen var rettmessig, og da motsetningsvis om Stendi og Norlandia hadde krav på å få delta i konkurransen.

Både Stendi og Norlandia har hatt avtaler med Oslo kommune om levering av blant annet sykehjemstjenester tjenester før. Etter at Oslo kommune besluttet å bruke reservere innkjøp av slike tjenester for ideelle har de ikke fått tildelt nye kontrakter, eller fått delta i konkurranser om dette. Retten kommer noe nærmere tilbake til bakgrunnen for kommunens ønske om å bruke reservasjonsadgangen under «rettens vurdering». Kontraktene anskaffelsen gjaldt ble tildelt henholdsvis Kirkens Bymisjon, Diakonhjemmet og Lovisenberg i mai 2023.

Retten vil innledningsvis også redegjøre noe nærmere for prosesshistorikken i saken, derunder at saken har vært forelagt for EFTA-domstolen med spørsmål som var ansett relevant for avgjørelsen av sakens rettslige sider.

Stendi og Norlandia reiste sak ved stevning 9. februar 2021. Kommunen innga tilsvaer 19. mars 2021. Det ble deretter holdt planmøte hvor det ble avklart at det var hensiktsmessig å forelegge enkelte spørsmål for EFTA-domstolen i medhold av domstolloven § 51a. Det ble gjennomført en prosess for å utarbeide foreleggesskriv til EFTA-domstolen, i henhold til domstolens veileder for foreleggelse. Partene kom imidlertid ikke til enighet om omforente forslag til beskrivelse av de ulike elementer foreleggelsen skulle inneholde eller spørsmålene. Retten utarbeidet derfor foreleggesskriv med utgangspunkt i partenes innspill, som så ble sendt EFTA-domstolen 14. mars 2022.

Avslutningsvis i foreleggesskrivet fremgår de spørsmålene som Oslo tingrett stilte, gruppert i tre hovedtemaer. Som det fremgår nedenfor, gjaldt spørsmålene (1) om den aktuelle anskaffelsen lå innenfor eller utenfor EØS-rettens tjenestebegrep, (2) bruken av det nevnte myndighetsutøvelsesunntaket i anskaffelsesforskriften § 2-4 h) og (3) reservasjonsadgangen etter anskaffelsesforskriften § 30-2a:

*Om anskaffelsen er innenfor eller utenfor tjenestebegrepet:*

- 1. Skal en gjensidig bebyrdende kontrakt om levering av langtidsplasser i sykehjem, som anskaffes under de forutsetninger som er beskrevet*

*ovenfor, anses som en kontrakt som gjelder yting av «tjenester» etter direktiv 2014/724/EU artikkel 2 nr. 1 (9)?*

*Om myndighetsutøvelsesunntaket i EØS-avtalen artikkel 32:*

- 1. Påvirkes en offentlig oppdragsgivers adgang til å påberope unntaket i EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39, av om:
  - a) de aktuelle tjenesteytelsene tidligere har vært gjenstand for offentlige tjenestekontrakter mellom oppdragsgiveren og både ideelle organisasjoner og andre (ikke-ideelle) leverandører?*
  - b) andre offentlige oppdragsgivere i samme stat fremdeles velger å inngå kontrakter om tilsvarende tjenester med både ideelle organisasjoner og andre (ikke-ideelle) leverandører?*
  - c) adgangen til å beslutte tvangsbeføyelser overfor pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen, ikke er lagt direkte til den offentlige oppdragsgiverens kontraktspart, men til helsepersonellet i arbeid hos kontraktsparten?**
- 2. Hvordan skal formuleringen «om enn bare leilighetsvis» i EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39, forstås?*

*Om reservasjonen til fordel for ideelle organisasjoner:*

- 1. Er EØS-avtalen artikkel 31 og 36 og direktiv 2014/24/EU artikkel 74 – 77 til hinder for nasjonal lovgivning som åpner for at offentlige oppdragsgivere kan reservere retten til å delta i konkurranser om helse- og sosialtjenester for «ideelle organisasjoner», på slike vilkår som er oppstilt i den aktuelle nasjonale lovbestemmelsen?*

Omkring et år senere, den 28. mars 2023, avga EFTA-domstolen rådgivende uttalelse. Retten kommer nærmere tilbake til denne senere, derunder premissene i den, men siterer selve svarene på spørsmålene her:

- 1. En gjensidig bebyrdende kontrakt om levering av langtidsplasser i sykehjem, under omstendigheter som i hovedsaken, må anses som en kontrakt som gjelder yting av tjenester etter artikkel 2 nr. 1 punkt 9 i direktiv 2014/24/EU om offentlige innkjøp.*
- 2. Virksomheten med å drive sykehjem, under omstendigheter som i hovedsaken, selv om det måtte bli nødvendig å yte tvungen helsehjelp, innenfor en rettslig ramme slik som den som er beskrevet i anmodningen om rådgivende uttalelse, kan ikke anses i være direkte og spesifikt forbundet med utøvelsen av offentlig myndighet. Følgelig gjelder ikke unntaket i EØS-avtalen artikkel 39, jf. EØS-avtalen artikkel 32, for slik virksomhet.*
- 3. Direktiv 2014/24/EU artikkel 74 til 77 må tolkes slik at de ikke utelukker nasjonal lovgivning som reserverer til fordel for organisasjoner slik som i*

*hovedsaken (ideelle organisasjoner) retten til å delta i en anskaffelsesprosess som omfatter en anbudskonkurranse, for tildeling av offentlige kontrakter om yting av sosialtjenester eller andre særlige tjenester oppført i vedlegg XIV til direktiv 2014/24/EU, selv der disse organisasjoner ikke oppfyller kravene fastsatt i nevnte direktiv artikkel 77, forutsatt at følgende to vilkår er oppfylt. For det første, for å overholde prinsippet om likebehandling av markedsdeltakere som fastsatt i nevnte direktiv artikkel 76, må den rettslige og kontraktsmessige rammen som disse organisasjonene utøver sin virksomhet innenfor, faktisk være forankret i prinsippene om universalitet og solidaritet, som er en nødvendig del av et velferdssystem, så vel som i hensynet til økonomisk effektivitet og egnethet, og effektivt bidra til det sosiale formål og de mål om solidaritet og budsjettmessig effektivitet som dette system bygger på. For det andre må prinsippet om innsyn, som fastsatt i nevnte direktiv artikkel 75 og 76, overholdes.*

På bakgrunn av avgjørelsen fra EFTA-domstolen ble det avklart at Oslo kommune frafalt sin anførsel om at anskaffelsen av sykehjemstjenestene falt utenfor EØS-avtalen fordi ytelsene ikke var «tjenester» i EØS-rettslig forstand (spørsmål 1 til EFTA-domstolen). Noe senere ble det avklart at kommunen også frafalt anførselen om at unntaket for tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet kom til anvendelse (spørsmål 2 til EFTA-domstolen). Det var etter dette enighet om at det gjenstående tvistetemaet var om det i den aktuelle anskaffelsen var adgang til å benytte reservasjonshjemmelen i anskaffelses-forskriften § 30-2a (spørsmål 3 til EFTA-domstolen).

Oslo tingrett avsa dom 13. desember 2023 med slik slutning:

1. Oslo kommune var uberettiget til å reservere anskaffelse med referansenummer 20/19512 kunngjort 25. november 2020 om langsiktig leie- og tjenesteytingsavtaler for inntil 800 nye sykehjemslangtidsplasser for ideelle organisasjoner.
2. Oslo kommune betaler til Stendi AS og Norlandia Care Norge AS sakskostnader med kr. 3 787 213 ink. mva. innen 2 uker fra forkynning av dommen.

Oslo kommune har anket dommen. I tillegg til de anførsler som ble gjort under tingrettens behandling, har kommunen for lagmannsretten anført at tjenesteavtalen faller utenfor EØS-avtalens virkeområde.

Ankeforhandling er gjennomført over seks rettsdager fra 8. til 14. november 2024 i Borgarting lagmannsretts hus. Partsrepresentanter fra begge sider møtte og avga forklaring. Det ble avhørt syv vitner.

Ankende part, *Oslo kommune*, har sammenfatningsvis anført:

Hovedspørsmålene i saken er hvorvidt sykehjemstjenestene skal anses som ikke-økonomiske tjenester som faller utenfor EØS-avtalens og anskaffelsesdirektivets anvendelsesområde, og om kommunen hadde adgang til å reservere sykehjemstjenestene i anskaffelsen av inntil 800 sykehjemsplasser for ideelle aktører.

Anskaffelsen faller utenfor EØS-avtalens og anskaffelsesdirektivets virkeområde. Sykehjemstjenestene som saken gjelder, bør anses som ikke-økonomiske tjenester og derfor ikke omfattes av EØS-regelverket. Det vises til EFTA-domstolens avgjørelse i E-13/19 Hraðbraut. Avtalene der, som innebar at de private skolene mottok midler over statsbudsjettet, ble ikke ansett som økonomiske avtaler som falt inn under anskaffelsesdirektivet. Det ble vektlagt at virksomheten ivaretok statens oppgaver overfor befolkningen på det «sosiale, kulturelle og utdanningsmessige område», og at finansieringen i hovedsak skjedd over statens budsjetter. Dette er parallelt med saken her.

Den praksis EFTA-domstolen viser til i vurderingen av dette spørsmålet, gjelder ikke sammenlignbare faktum. Det er etablert praksis fra EU-domstolen at aktører som deltar i forvaltningen av nasjonale sosiale sikkerhetsordninger i prinsippet driver ikke-økonomisk virksomhet. Det avgjørende er etter kommunens syn om tjenestene leveres som en integrert del av et ikke-økonomisk helse- og sosialsystem, som det norske. EFTA-domstolens avgjørelse i saken her er rådgivende, og bør ikke følges av lagmannsretten.

For det tilfelle at anskaffelsen faller inn under EØS-regelverket, var det uansett anledning til å reservere avtalen for ideelle aktører. Det rettslige utgangspunktet for reservasjonsvurderingen er anskaffelsesforskriften § 30-2a, og reservasjonsadgangen her må tolkes i lys av EØS-retten.

EØS-statene har en bred skjønnsmargin når det gjelder å organisere sitt valg av leverandører av helse og sosialtjenester, jf. fortalen til anskaffelsesdirektivet. Lovgiver har bestemt at det EØS-rettslige handlingsrommet skal benyttes til fulle.

Reservasjonen må bidra til allmenne hensyn. Dette innebærer at den må være forankret i slike hensyn, og faktisk bidra til dem. I kriteriet «faktisk bidra», eller «actually contribute», ligger ikke et krav om en nødvendighetstest eller forholdsmessighetsvurdering. Det skal ikke gjøres en vurdering av om andre og mindre inngripende tiltak hadde vært tilstrekkelig. Dette fremgår blant annet av Generaladvokatens innstilling i Spezzino- og ASADE I-avgjørelsene, sammenholdt med domstolens begrunnelse. I ASADE II er det uttrykkelig lagt til grunn at det ikke er et vilkår om proporsjonalitet, jf. avsnitt 59.

Det er en nær sammenheng mellom definisjonen av og kravene til ideelle organisasjoner og de EØS-rettslige vilkårene for reservasjon.

Begrunnelsen for reservasjonen i saken her var et ønske om å bevare de ideelle aktørene som leverandører av velferdstjenester, på grunn av deres særtrekk og verdigrunnlag. Ved reinvestering i det sosiale formålet er det vurdert at budsjettmessig effektivitet er oppnådd.

Vilkåret om budsjettmessig effektivitet er ikke sammenfallende med alminnelig økonomifaglig forståelse, men må sees i lys av særtrekkene for ytelsene det gjelder. Det skal ikke gjøres en sammenligning av det mulige resultatet ved en åpen konkurranse. Det er uten betydning om kommersielle aktører kunne tilbudt de samme tjenestene til en lavere pris eller høyere kvalitet enn det som ble resultatet ved den reserverte konkurransen.

Det er heller ikke noe krav om at kommunens ytelse kun innebærer en ren kostnadsdekning. Rettspraksis skiller mellom rent frivillige aktører og ideelle aktører med tanke på dette. Det er for de rent frivillige det har vært stilt krav om kun kostnadsdekning, mens for de frivillige gjelder et krav om reinvestering av eventuelt overskudd.

Det er ikke et krav om at denne reinvesteringen skjer i den tjenesten kontrakten gjelder, jf. blant annet EFTA-domstolens uttalelse i saken her avsnitt 75 og 77. Poenget er å sikre at overskudd blir hos den ideelle aktøren, og dermed kommer de sosiale formålene til gode.

Vilkåret om budsjettmessig effektivitet har ikke et innhold som samsvarer med markedskjøperprinsippet etter statsstøtteforbudet, jf. uttalelsene i ASADE II.

På utlysningstidspunktet var det riktig å legge til grunn at reservasjonen for ideelle aktører var tjenlig for å oppnå budsjettmessig effektivitet. Konkurransen ble kunngjort, og egenregi-prisen som ble oppgitt var i seg selv et tjenlig tiltak for å oppnå budsjettmessig effektivitet. Det samme var åpningen for at kommersielle eiendomsaktører kunne stå for eiendomsdelen av anskaffelsen i samarbeid med en ideell aktør.

Markedsdialogen i forkant av utlysningen, og de 13 søknadene om å delta i konkurransen, viser at konkurransesituasjonen var tjenlig for å oppnå budsjettmessig effektivitet. Forhandlingene viser at slik effektivitet rent faktisk ble oppnådd.

At det kan reserveres til fordel for både rent frivillige og non profit-organisasjoner fremgår av ASADE I. Definisjonen av ideelle aktører i forskriften § 30-2 a sikrer at vilkåret om reinvestering skjer. Det er ikke noe krav etter EU- eller EFTA-domstolens praksis at reinvestering skjer i nøyaktig samme virksomhet som konkurransen gjelder.

Organisasjonenes vedtekter og stiftelsesloven bidrar også til å sikre at kravene til ideell virksomhet er oppfylt. Det er etter forskriften og EU-domstolens praksis tilstrekkelig at organisasjonen arbeider utelukkende for et sosialt formål og fellesskapets beste og at reinvestering av overskuddet skjer i virksomhet som oppfyller organisasjonens formål. En viss kommersiell aktivitet som støtter formålet hindrer ikke at det kan reserveres til fordel for organisasjonen.

Reservasjonen bidrar også til sosiale mål og fellesskapets beste. Vilkåret er oppfylt ved at de ideelle aktørene forfølger sosiale formål, og ikke profittformål. Uansett bidrar reservasjonen til at de ideelle aktørenes særtrekk inngår i kommunens tjenestetilbud. Det skal ikke foretas en alminnelig rettferdiggjøringstest på dette området, men reservasjonen ville uansett oppfylt også denne.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Oslo kommune frifinnes.
2. Oslo kommune tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Ankemospartene, *Stendi AS og Norlandia Care Norge AS*, har sammenfatningsvis anført:

Sykehjemstjenestene saken gjelder er økonomiske tjenester etter EØS-regelverket. EFTA-domstolens svar på dette spørsmålet er riktig og kan legges til grunn. EFTA-domstolens svar på dette er konkret og uttømmende. I Hraðbraut-saken var det tale om tilskuddsfinansiering, mens det i saken her er et rent vederlag til leverandørene. Det er, i motsetning til i Hraðbraut, her tale om en kontrakt om ytelse mot ytelse. Hvis kommunens syn skulle få gjennomslag, ville det få betydning for offentlige innkjøp på en rekke områder. Det er en lang rekke ytelser som finansieres over offentlige budsjetter, og som tilbys borgerne gratis eller mot egenandel, samtidig som leverandøren vederlag for sin ytelse.

Utgangspunktet er at potensielle leverandører skal likebehandles og at konkurranser skal være åpne, jf. anskaffelsesforskriften § 30-1 og Direktiv 2014/24/EU art. 76. Unntak fra dette må begrunnes i tvingende allmenne hensyn, og være nødvendige og forholdsmessige.

Vilkårene for reservasjonsadgangen må tolkes i lys av dette. Vilkårene for reservasjon er begrunnet i velferdssektorens behov for kostnadskontroll og sikring av offentlige velferdsbudsjetter, jf. Casta-saken. Vilkårene har dermed en klar økonomisk implikasjon.

Vilkårene er kumulative, og oppfyllelse av ett vilkår innebærer ikke at de øvrige er oppfylt. Dette fremgår også av EFTA-domstolens avgjørelse i saken her, hvor det vises til «two conditions», og «first» og «second».

Vilkårene stiller både krav til aktørene det reserveres til fordel for, og til reservasjonen.

De aktørene man skal reservere til fordel for må, i tillegg til å være non profit-organisasjoner, ha samme formål som velferdstjenesten skal fremme. Det må være aktører som er stiftet for å levere velferdstjenester av en viss karakter til det offentlige.

Aktørene i saken her har mange formål, og det reiser spørsmål når det gjelder reinvesteringskravet. For at kravet skal gi mening må det være snakk om reinvestering i samme formål. Aktørene som ga tilbud her har formål fra religiøse og kommersielle formål, og oppfyller ikke kravene som er stilt i EU-domstolens praksis, jf. begrunnelsen i CASTA-avgjørelsen.

Den rettslige konsekvensen av at det foreligger brudd på likebehandlingsprinsippet – noe som ikke er omstridt – er at det må foretas en rettferdiggjøringstest, og at det er kommunen som har bevisbyrden.

Oppdragsgiver må vurdere om vilkårene for reservasjon er oppfylt for hver enkelt anskaffelse, og prøvingsnormen gir ikke politisk skjønnsfrihet. Både EFTA- og EU-domstolen legger opp til en klassisk rettferdiggjøringstest. Ordlyden i avgjørelsene, som «actually» og «effectively contribute», må bety noe mer enn bare en egnethetstest.

Skjønnsfriheten kommunen viser til gjelder organiseringen av og nivået på helsetjenester, ikke prøvingsintensiteten når likebehandlingsprinsippet er brutt. For eksempel foretok EU-domstolen en streng egnethetsprøving i sak C-169/07, som gjaldt organisering av tannlegeklinikker.

Flere av de påberopte begrunnelsene i saken her rettferdiggjør ikke reservasjon, som ideologisk motiverte ønsker. Dette må føre til en mer forsiktig tilnærming til om reservasjonen oppfyller påberopte legitime hensyn egnet og forholdsmessig.

Det er ingen presumpsjon for at vilkårene er oppfylt ved reservasjon til ideelle, jf. også spanske domstoler i oppfølgingen av ASADE I og II.

Reservasjon kan bare være egnet, effektiv, nødvendig og forholdsmessig der målsettingene ikke kan oppnås gjennom en ordinær og åpen konkurranse.

De EØS-rettslige kravene til aktørene det skal reserveres til fordel for, må sees i lys av reservasjonsmulighetens økonomiske formål. Ut fra EFTA-domstolens avgjørelse i saken her, må det kreves at reinvestering skjer til samme formål som overskuddet stammer fra, og at aktøren ikke kan ha andre formål enn de som sammenfaller med den aktuelle velferdssektoren. Utgangspunktet må være et krav om at leveransene skjer mot kostnadsdekning. I saken her og i forskriften er det ikke et slikt krav, og aktørene er ikke avskåret fra å reinvestere i andre formål.

Reservasjon må være begrunnet i å støtte opp under velferdsstatens evne til å levere tjenester på en budsjettmessig måte, og dermed støtte velferdsstaten. Den kan ikke være

begrunnet i et ønske om å støtte de ideelle aktørene. Den må også rent faktisk bidra til velferdsstatens sosiale formål og solidaritetsformål, og til budsjettmessig effektivitet. Dette må sees i lys av at reservasjon er et unntak fra likebehandlingsprinsippet, som må rettferdiggjøres.

Budsjettmessig effektivitet oppnås ikke ved kun reinvestering, jf. EFTA-domstolens avgjørelse i saken her, E-4/22, avsnitt 74 til 77. Det har formodningen mot seg at budsjettmessig effektivitet ikke skal forstås på vanlig økonomisk måte. Dette underbygges også av rettspraksis fra EU-domstolen. Selv om ASADE II er en «order» med mer begrenset rettskildemessig vekt, er det også der lagt til grunn et økonomisk innhold. Også Valenciansk høyesterett fant at vilkåret hadde et økonomisk innhold da den kom til at vilkåret ikke var oppfylt på grunn av en økonomisk garanti i oppfølgingen av ASADE-sakene. Vilkaeret om budsjettmessig effektivitet må også sees i lys av statsstøttereglene.

Et ønske om å bevare ideelle aktører, og dermed skjerme dem, oppfyller ikke vilkåret om budsjettmessig effektivitet. Det er heller ikke empirisk grunnlag for å hevde at disse har kvalitative positive særtrekk, jf. bevisførselen.

Uansett er reserverte anskaffelser uegnet eller unødvendig for å sikre fortsatt tilstedeværelse av ideelle aktører, jf. Generaladvokatens uttalelse i ASADE I. Selv om det ikke er grunnlag for å konstatere signifikante kvalitetsforskjeller mellom ideelle og kommersielle aktører, ville kvalitetskriterier kunne oppstilles og evalueres uten reservasjon.

Reservasjon bidrar ikke til å oppnå sosiale målsetninger. Begrunnelsen om at ideelle organisasjoner ikke har et profittmotiv er abstrakt, og ikke egnet eller nødvendig til å påvirke tjenesteinnholdet. Den bidrar heller ikke til budsjettmessig effektivitet, og også ASADE II avsnitt 52 erkjenner at en åpen konkurranse gir høyere kvalitet og lavere pris. Kommunen måtte allerede på utlysningstidspunktet forstå at konkurransen ville bli betydelig svekket, og utsikten til reell konkurranse var ytterligere redusert etter kvalifiseringsfasen. Mot slutten av forhandlingsfasen må alle gjenværende tilbydere ha forstått at de ville få kontrakt om tilbudet tilsvarte egenregi-nivået. Selv et avvik på 5% fra markedspris tilsvarer 230 millioner kroner per år på grunn av kontraktens størrelse, jf. vitnet Braunfels' forklaring. Skattefritaket for ideelle aktører taler også mot at vilkåret om budsjettmessig effektivitet er oppfylt.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Stendi AS og Norlandia Care Norge AS tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

**Lagmannsretten** bemerker:

Lagmannsretten har delt seg i et flertall og et mindretall, der flertallet er kommet til at vilkårene for reservasjon av konkurransen ikke var oppfylt. Flertallet er kommet til at reservasjonen ikke var begrunnet i eller faktisk bidro til sosiale mål eller fellesskapets beste. Lagmannsrettens flertall er derfor kommet til at anken skal forkastes.

Om anskaffelsen faller utenfor EØS-avtalens og anskaffelsesdirektivets virkeområde

Kommunen har for lagmannsretten anført at tjenesteavtalen ikke omfattes av EØS-avtalen. Den samme anførsel ble gjort gjeldende under saksforberedelsen for EFTA-domstolen, men ikke for tingretten etter EFTA-domstolens avgjørelse.

I sin uttalelse til EFTA-domstolen skriver ESA i avsnitt 47 og 48:

It is not disputed that the contract at issue in the main proceedings involves health care activities provided for remuneration. It is settled case-law that health care activities fall within the scope of the freedom to provide services. Furthermore, it is also settled case-law that the special nature of certain services does not remove them from the ambit of the fundamental principle of freedom of movement. Indeed, the CJEU has stated that healthcare, provided to patients, and irrespective of its financing, is a service.

Therefore, ESA considers it clear that the contract at issue in the main proceedings falls within the scope of the freedom to provide services under the EEA Agreement.

ESA konkluderer deretter, etter en lengre drøftelse slik i avsnitt 62 og 63:

Thus, the contract at issue in the main proceedings clearly falls within the remit of the freedom to provide services under the EEA Agreement and the Procurement Directive. As such, it is also a public contract having as its object the provision of services, as referred to in Article 2(9) of the Directive, and is consequently to be classified as a “public service contract”.

Therefore, a contract for pecuniary interest providing for long-term places in nursing homes, the procurement of which is effected under the conditions described [in the request], is to be regarded as a contract relating to the provision of “services” under point (9) of Article 2(1) of Directive 2014/24/EU. This is corroborated also by the wording of the contract notice published on the EU’s Tenders Electronic Daily supplement to the Official Journal of the EU website (“TED”) which provides in Section II.1.3 that the contract concerns services, and further in point II.1.4, states that the tenderers will receive remuneration during the operating period.

I EFTA-domstolens avgjørelse avsnitt 39-41 heter det:

39 En «kontrakt om offentlig tjenesteyting» er definert i direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 9 som en offentlig kontrakt som gjelder yting av tjenester, bortsett fra de tjenestene som er nevnt i artikkel 2 nr. 1 punkt 6.

40 EFTA-domstolen minner om at direktivet er ment å gjennomføre EØS-avtalens bestemmelser om etableringsadgangen og adgangen til å yte tjenester. Begrepet «tjenester» etter direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 9 må tolkes i lys av adgangen til å yte tjenester nedfelt i EØS-avtalen artikkel 36. Det er derfor nødvendig å fastslå om kontrakter slik som de hovedsaken gjelder, kan anses å gjelde ytelse av «tjenester» etter EØS-avtalen artikkel 37 (se sak E-13/19 Hraðbraut, dom 10. desember 2020, avsnitt 90 og 91 og rettspraksis som det vises til der, og jf. dommen i ASADE, C-436/20, EU:C:2022:559, avsnitt 59 og rettspraksis som det vises til der).

41 Etter EØS-avtalen artikkel 3 7 første ledd skal kun tjenester som vanligvis ytes mot betaling, anses som tjenester etter EØS-avtalen. Etter denne bestemmelse er det vesentlige kjennetegnet ved betaling at den utgjør vederlag for en tjeneste som er ytt (se Hraðbraut, som omtalt over, avsnitt 91 og rettspraksis som det vises til der, og jf. ASADE, som omtalt over, avsnitt 60 og rettspraksis som det vises til der).

Til kommunens argumentasjon om at det i lys av Hraðbraut-saken ikke er riktig å anse de aktuelle tjenestene som «tjenester» etter EØS-avtalen, uttaler domstolen i avsnitt 43:

Dette argumentet kan ikke føre frem. I Hraðbraut la EFTA-domstolen til grunn at det vesentlige kjennetegn ved vederlag er fraværende når det gjelder utdanning ytt etter et nasjonalt utdanningssystem i situasjoner der staten, når den oppretter og opprettholder et slikt system, oppfyller sine plikter overfor egen befolkning på det sosiale, kulturelle og utdanningsmessige område, og når et slikt system som hovedregel finansieres av det offentlige og ikke av elevene eller deres foreldre (se Hraðbraut, som omtalt over, avsnitt 92 og rettspraksis som det vises til der). Den virksomheten som hovedsaken gjelder drives ikke på samme måte innenfor rammen av et slikt system. Følgelig får begrunnelsen i Hraðbraut ikke anvendelse på slik virksomhet (Jf. dommen i Smits og Peerbooms, C-157/99, EU:C:2001:404, avsnitt 48-59).

I avsnitt 45 presiserer domstolen videre at det at en aktør er et ideelt foretak, ikke utelukker at det kan drive økonomisk virksomhet etter direktivet, og at det å forfølge et sosialt mål eller ta hensyn til prinsippet om solidaritet i forbindelse med tjenesteyting ikke i seg selv er til hinder for at tjenesteytingen anses som økonomisk virksomhet.

I avsnitt 46 oppsummerer EFTA-domstolen spørsmålet:

Ifølge anmodningen gjelder tjenestene i hovedsaken levering av langtidsplasser i sykehjem, som er anskaffet av en kommune til en anslått verdi av 710 400 000 kroner årlig. Det må legges til grunn at betalinger, slik som kommunen vil foreta i hovedsaken etter avslutning av anskaffelsesprosessen, utgjør vederlag for tjenester som dem hovedsaken gjelder, og utgjør betaling for den aktuelle tjenesteyter. Følgelig må tjenester slik som dem hovedsaken gjelder, anses som «tjenester» etter

EØS-avtalen artikkel 37. Det følger av dette at en offentlig kontrakt som gjelder yting av tjenester slik som dem hovedsaken gjelder, utgjør en «kontrakt om offentlig tjenesteyting» etter direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 9.

Lagmannsretten slutter seg til EFTA-domstolens drøftelse og konklusjon. Lagmannsretten viser også til at departementet klart har ansett denne type tjenester som omfattet ved innføringen av forskrift om offentlige anskaffelser § 30-2 a. I første ledd, som lagmannsretten kommer tilbake til nedenfor, er det vist til «konkurranser om helse- og sosialtjenester (som angitt i vedlegg 3)». Vedlegg tre angir for det første CPV-koder, som er EU-kommisjonens koder for produkter og tjenester.

Etter lagmannsrettens syn er det en vesensforskjell på en tilskuddsordning over offentlige budsjetter til eksempelvis en utdanningsinstitusjon – som i Hraðbraut-saken – og innkjøp av et sett tjenester etter gitte kriterier som i saken her.

Lagmannsretten konkluderer derfor på denne bakgrunn med at den aktuelle anskaffelsen faller inn under EØS-avtalens virkeområde.

#### Adgangen til reservasjon etter EØS-retten og norsk rett

Spørsmålet videre er derfor om det etter EØS-retten, og anskaffelsesforskriften § 30-2 a tolket i lys av denne, var adgang til reservasjonen.

Forskrift om offentlige anskaffelser har et eget kapittel 30 om anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Kapitlet tilsvarer i hovedsak, slik lagmannsretten ser det, EU-rettens «light touch»-regime for anskaffelser innenfor dette området, og har enkelte særbestemmelser for både enkelte grupper tilbydere og enkelte grupper tjenester.

13. februar 2020 ble det tilføyd en ny § 30-2 a, som har slik ordlyd:

- 1) Oppdragsgivere kan reservere retten til å delta i konkurranser om helse- og sosialtjenester (som angitt i vedlegg 3) til ideelle organisasjoner dersom reservasjonen bidrar til å oppnå sosiale mål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet.
- (2) Ideelle organisasjoner har ikke avkastning på egenkapital som hovedformål. De arbeider utelukkende for et sosialt formål for fellesskapets beste, og reinvesterer eventuelt overskudd i aktivitet som oppfyller organisasjonens sosiale formål. En ideell organisasjon kan i begrenset omfang drive kommersiell aktivitet som støtter opp om virksomhetens sosiale formål.
- (3) Kunngjøringen av konkurransen skal vise til denne bestemmelsen.

Gjennom EØS-avtalen vedlegg XVI er blant annet EUs anskaffelsesdirektiv, 2014/24/EU, gjort til en del av avtalen, og dermed gjennom EØS-loven en del av norsk intern rett. Lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter er ment å gjennomføre dette. I samsvar med avsnitt 114 i fortalen, er det i tredje del av anskaffelsesdirektivet gitt særbestemmelser for anskaffelser av «Social and other specific services».

Etter EØS-retten har likebehandling ved offentlige anskaffelser, herunder lik adgang for alle innen EØS-området til å delta i konkurranser på like vilkår, vært et sentralt punkt. Både før og etter direktiv 2014/24 er det imidlertid gjennom EU-domstolens rettspraksis åpnet for unntak fra dette gjennom reservasjonsadgang. Også avgjørelsene etter direktivets ikrafttredelse viser til tidligere avgjørelser, slik at de etter lagmannsrettens syn har relevans også for forståelsen av rettsstilstanden etter gjeldende direktiv.

### Praksis fra EU- og EFTA-domstolen

Lagmannsretten vil kort gjennomgå de viktigste av disse avgjørelsene, og peke på de sentrale punktene lagmannsretten mener kan trekkes ut av dem.

*C-70/95 (Sodemare), EU-domstolens avgjørelse 17. juni 1997, gjaldt drift av sykehjem, hvor offentlige myndigheter ifølge italiensk lovgivning bare kunne inngå avtaler med ideelle aktører.*

Spørsmål 2 i saken for domstolen er gjengitt slik:

Is a national provision which (without stating reasons) reserves to non-profit-making companies and firms the provision of an entire category of services, which are important inter alia from the financial point of view, contrary to Article 58 of the EEC Treaty, in so far as that article makes a clear distinction between profit-making companies and firms and non-profit-making companies and firms

Domstolen uttalte i avsnitt 31 at fraværet av profittmotiv påvirket de ideelle «so as to enable them to pursue social aims as a matter of priority». I avsnitt 32 heter det videre:

In that regard, it must be stated that, as Community law stands at present, a Member State may, in the exercise of the powers it retains to organize its social security system, consider that a social welfare system of the kind at issue in this case necessarily implies, with a view to attaining its objectives, that the admission of private operators to that system as providers of social welfare services is to be made subject to the condition that they are non-profit-making.

Domstolen besvarte spørsmål 2 slik:

The answer to the second and third questions must therefore be that Articles 52 and 58 of the Treaty do not preclude a Member State from allowing only non-profit-

making private operators to participate in the running of its social welfare system by concluding contracts which entitle them to be reimbursed by the public authorities for the costs of providing social welfare services of a health-care nature.

*C-113/13 (Spezzino), EU-domstolens avgjørelse 11. desember 2014*, gjaldt direktetildeling av avtale om ambulansetjenester til frivillige organisasjoner, som etter italiensk rett kun kunne få dekket kostnader ved ytelsen. EU-domstolen uttalte i avsnitt 53 at organiseringen var «grounded in the principles of universality, the good of the community, economic efficiency and suitability, the recourse on a preferential basis to the voluntary organisations covered by the agreement seeking specifically to ensure that that public service is provided in an economically balanced manner for budgetary purposes.».

I avsnitt 60 uttaler domstolen:

However, it must be observed that a system of organisation of the emergency ambulance services such as that at issue in the main proceedings, consisting, for the competent authorities, in recourse on a preferential basis to voluntary associations, must actually contribute to the social purpose and the pursuit of the objectives of the good of the community and budgetary efficiency on which that system is based.

I avsnitt 61 peker domstolen på at det i denne sammenheng er essensielt at de frivillige organisasjonene ikke har andre formål, ikke «make any profit as a result of their services, apart from the reimbursement of the variable, fixed and ongoing expenditure necessary to provide them», og at medlemmene ikke har noen fortjeneste.

*C-50/14 (CASTA), EU-domstolens avgjørelse 28. Januar 2016*, gjaldt også direktetildeling av avtale om medisinsk transport. Også i den saken var det tale om rent frivillige organisasjoner, og det fremgår blant annet av avsnitt 14-15 i dommen at de kun kunne motta kostnadsdekning. Domstolen påpekte i den forbindelse at en slik organisasjon kun kunne utøve kommersiell aktivitet i marginal grad, og for å understøtte det frivillige formålet (avsnitt 73-79)

I avsnitt 62 og 63 uttalte domstolen:

In the second place, a Member State, in the context of its discretion to decide the level of protection of public health and to organise its social security system, may take the view that recourse to voluntary associations is consistent with the social purpose of a medical transport service and may help to control costs relating to that service (see, to that effect, judgment in Azienda sanitaria locale No 5 ‘Spezzino’ and Others, C-113/13, EU:C:2014:2440, paragraph 59).

However, a system of organisation of a medical transport service such as that at issue in the main proceedings, which enables the competent authorities to use

voluntary associations, must actually contribute to the social purpose and the pursuit of the objectives of the good of the community and budgetary efficiency on which that system is based (judgment in Azienda sanitaria locale No 5 ‘Spezzino’ and Others, C-113/13, EU:C:2014:2440, paragraph 60).

*C-436/20 (ASADE I), EU-domstolens avgjørelse 14. juli 2022, gjaldt direktiv 2014/24, i motsetning til de foregående som behandlet det tidligere anskaffelsesdirektivet. Saken gjaldt om avtaler om helse- og omsorgstjenester kunne reserveres for ikke (bare) rent frivillige aktører, men også non profit-aktører. Det fulgte av spansk lovgivning, jf. avgjørelsen avsnitt 26, at det var tale om nøytral kostnadsdekning, og dermed ikke et tema med reinvestering av eventuell profitt.*

I avsnitt 87 slo domstolen fast at dette utgjorde en forskjellsbehandling overfor kommersielle aktører som ikke var tillatt «unless that difference is justified by objective considerations».

I avsnitt 91 kommer domstolen til at det ikke er i strid med likebehandlingsprinsippet å ekskludere kommersielle aktører såfremt ekskluderingen «actually contributes to the social purpose and the pursuit of the objectives of the good of the community and budgetary efficiency on which that system is based», *forutsatt* at reservasjonen er motivert av de hensyn domstolen har påpekt i de foregående avsnitt. I avsnitt 89 og 90 fremkommer om disse hensynene:

In particular, first, the social services in the form of personal assistance which may be the subject of such agreements must be offered to everyone, in principle free of charge, and the amount of any additional charge which may be levied on users depends on their financial capacity. Second, the private non-profit organisations concerned by those agreements may obtain reimbursement only for the variable, fixed and permanent costs incurred providing the social services in the form of personal assistance which are the subject of those agreements since obtaining a commercial profit is expressly excluded.

Thus, the exclusive recourse to private non-profit organisations in order to ensure the provision of such social services is likely to be grounded both in the principles of universality and solidarity, which are inherent in a social welfare system, and in reasons of economic efficiency and suitability, in so far as it allows those services of general interest to be provided in an economically balanced manner for budgetary purposes, by entities constituted, essentially, for the purpose of public service and whose decisions are not guided, as the Spanish Government observes, by purely commercial considerations (see, by analogy, judgment of 28 January 2016, CASTA and Others, C-50/14, EU:C:2016:56, paragraph 57).

Etter at den underliggende saken var avgjort av ankedomstolen i Valencia, ble den anket til den øverste domstolen i Aragón, som forela ytterligere spørsmål til EU-domstolen.

*C-676/20 (ASADE II), EU-domstolens avgjørelse 31. mars 2023*, besvarte disse spørsmålene. Avgjørelsen foreligger ikke i offisiell engelsk versjon. Oslo kommune har fått foretatt oversettelse fra fransk til norsk av autorisert translatør.

I avsnitt 50-53 i avgjørelsen heter det i den norske oversettelsen:

I dette tilfellet og med forbehold om at det kontrolleres av henvist domsmyndighet, vil det å benytte utelukkende private ideelle foretak for å yte sosial- og helsetjenester som kan omfattes av en prisavtale om tjenesteyting, synes å være begrunnet både med prinsippet om allmenngyldighet og solidaritet som er hensiktsmessig i et sosialhjelpssystem, og fordi det er økonomisk effektivt og formålstjenlig, i den grad det gjør det mulig at disse tjenestene av allmenn interesse sikres med økonomisk likevekt i budsjetter av foretak som hovedsakelig er opprettet for å tjene den allmenne interesse, og der beslutningene ikke styres av kun forretningsmessige vurderinger, som den spanske regjering fremholder (se lignende, ASADE I-dom, nr. 90 og nevnte rettspraksis).

Når utelukkelsen av private forretningsforetak i fremgangsmåter ved tildeling av offentlige kontrakter med formål å yte nevnte tjenester begrunnes med slike vurderinger, strider den ikke mot prinsippet om likebehandling, i den grad nevnte utelukkelse faktisk bidrar til det sosiale målet og solidaritetsmålet samt budsjettmessig effektivitet som systemet bygger på (ASADE I-dom, nr. 91 og nevnte rettspraksis).

Det er også viktig å understreke at når det gjelder målet om budsjettmessig effektivitet, strider ikke utelukkelsen av private forretningsforetak i nevnte fremgangsmåter ved tildeling av kontrakter mot unionsretten med kun den begrunnelsen at en fremgangsmåte for tildeling som, hvis den hadde vært åpen for dem, eventuelt kunne ha gitt den samme personlige bistanden til lavere kostnader for den offentlige oppdragsgiveren. I forbindelse med tjenesteytingen det handler om prinsipalt, skal faktisk en budsjettmessig effektivitet forstås med hensyn til de iboende særtrekkene for ytelsene, og skyldes et krav om å sikre at utelukkelsen av forretningsforetak faktisk bidrar til det sosiale målet og solidaritetsmålene som den offentlige oppdragsgiver etterstrever.

Herav følger at prinsippet om likebehandling av markedsdeltakere, som stadfestet i artikkel 76 i direktiv 2014/24, gir medlemsstatene tillatelse til at retten til å delta i fremgangsmåten ved tildeling av offentlige kontrakter for helse- og sosialtjenester, listet opp i vedlegg XIV til nevnte direktiv, kan forbeholdes private ideelle foretak, også dem som ikke strengt tatt er veldedige, dersom på den ene siden eventuelle overskudd som oppstår ved gjennomføringen av kontraktene, reinvesteres av foretakene med sikte på å nå det sosiale målet av allmenn interesse som de søker, og på den andre siden at alle vilkårene som tas opp i nr. 50 og 51 i herværende kjennelse, skal innfris (se lignende, ASADE I-dom, nr. 95).

*E-4/22 (Stendi og Norlandia), EFTA-domstolens avgjørelse 28. mars 2023*, er avgjørelsen etter anmodning fra tingretten i herværende sak. Avgjørelsen kom før EU-domstolens avgjørelse i ASADE II.

EFTA-domstolen fastslår i avsnitt 74 at statene har anledning til å reservere kontrakter av denne typen for ideelle organisasjoner, også ikke rent frivillige, så fremt følgende vilkår er oppfylt. For det første fremgår det av avsnitt 75 at eventuell profitt må reinvesteres i de sosiale allmennyttige formål som organisasjonen forfølger.

Av avsnitt 76 følger dessuten:

Second, the exclusive recourse to private non-profit entities for the provision of such social and other specific services must be grounded both in the principles of universality and solidarity, which are inherent to a social welfare system, as well as in reasons of economic efficiency and suitability, insofar as it allows services of general interest to be provided in an economically balanced manner for budgetary purposes, by entities constituted, essentially, for the purpose of serving the public interest and whose decisions are not guided by purely commercial considerations. Where it is motivated by such considerations, the exclusion of private profit-making entities from procedures for the award of public contracts for the provision of social and other specific services is not contrary to the principle of equal treatment, provided that such exclusion actually contributes to the social purpose and the pursuit of the objectives of solidarity and budgetary efficiency on which that system is based (compare the judgments in ASADE, cited above, paragraphs 90, 91 and 95, and Spezzino, C-113/13, EU:C:2014:2440, paragraph 60).

### Oppsummering av praksis

Slik lagmannsretten oppfatter EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis, følger det av det ovennevnte at det å reservere en utlysning av kontrakt på helse- og omsorgstjenester for ideelle organisasjoner utgjør et brudd på likebehandlingsprinsippet, som likevel kan være rettfærdiggjort dersom reservasjonen er begrunnet i å oppnå det sosiale mål tjenesten skal underbygge, og å oppnå budsjettmessig effektivitet. Dette er i samsvar med ordlyden i forskrift om offentlige anskaffelser 30-2 a.

På bakgrunn av EU-domstolens uttalelser i ASADE II, kan ikke lagmannsretten se at det er kan stilles som vilkår at den ideelle organisasjonen oppnår kun kostnadsdekning, eller at en eventuell profitt må reinvesteres innenfor det tjenesteområde kontrakten gjelder. Slik lagmannsretten oppfatter avgjørelsen, er det tilstrekkelig at et overskudd reinvesteres innenfor organisasjonens allmennyttige formål.

På bakgrunn av denne og de foregående avgjørelser kan lagmannsretten heller ikke se at det er riktig å oppstille en slik rettfærdighetstest som vanligvis gjøres innenfor EU-retten. Når EU-domstolen har oppstilt og utformet konkrete vilkår for at avviket fra

likebehandlingsprinsippet ikke bryter med EU-retten, er det disse vilkårene som må vurderes. Avgjørelsen i C-169/07 *Hartlauer* kan trekke i en annen retning. Den saken gjaldt tannlegetjenester i Østerrike, som også er innenfor helsevesenet. Når EU-domstolen så sent som i 2023 i ASADE II konkret oppstiller vilkårene i en tilsvarende sak som saken her, kan Hartlauer-saken ikke få betydning.

### Om kravet til ideelle organisasjon

Lagmannsretten finner det klart at aktørene Oslo kommune har inngått avtale med slike ideelle organisasjoner – eller non profit-organisasjoner – som EU-domstolen har akseptert at det reserveres for. Ankemotparten har vist til at deres størrelse, organisasjon og investering i andre virksomheter innebærer at de ikke har den karakter av ideell virksomhet som i sakene fra EU-domstolen.

Det er ikke lagmannsretten enig i. Selv om det er tale om store organisasjoner med en betydelig omsetning, tilsier formål, stiftelsesformen som konsernspiss, og at utbytte ikke kan tas ut av organisasjonen, at det er tale om ideelle foretak som omfattes. Også kravene som ble stilt til tilbydere i utlysningen er i samsvar med anskaffelsesforskriften § 30-2 a og lagmannsrettens oppfatning av EU-domstolens praksis. Tingretten drøftet dette spørsmålet i dommen punkt 1.3.2. Lagmannsretten kan i det vesentlige slutte seg til tingrettens drøftelse av dette, herunder når tingretten på side 18 uttalte:

Det sentrale i dokumentasjonskravene var, slik retten oppfatter det, å sikre at de ideelle ikke hadde avkastning som formål, og at eventuelt overskudd fra tjenesteytelsene ble værende i organisasjonen og benyttet innenfor dens sosiale formål og til fellesskapets beste.

Samlet mener retten at det ovennevnte var tilstrekkelig til å sikre at de kravene som må anses å følge av anskaffelsesforskriften § 30-2a til ideelle organisasjoner, slik de må forstås i lys av praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, var oppfylt.

Selv om vedtekter i prinsippet kan endres, antar retten at det er usannsynlig at ideelle organisasjoner som deltar i en slik konkurranse vil ønske å gjøre det i strid med premissene for deltakelse i konkurransen. De vil nødvendigvis forstå at det å eksempelvis tillate utbytte til en eier eller vesentlig endre formålet vil komme i konflikt med premissene for tildelingen av kontrakten og kunne få konsekvenser. Det dokumentasjons- og kontrollregimet som er etablert tilsier også at oppdragsgiveren vil ha mulighet til å oppdage dette og gjøre tiltak. Risikoen for at reinvesteringvilkåret ikke skulle bli oppfylt fremstår i dette lyset som svært lav. Etter bevisførselen synes det nokså klart at ingen av de ideelle som fikk tildelt kontrakter var noe i nærheten av «*vehicles to provide profit to their profit-making owners*», jf. EFTA-domstolens avgjørelse premiss 85.

Kravene i reservasjonen oppfylte vilkårene for ideelle organisasjoner, og avtalene er inngått med virksomheter som må regnes som ideelle etter anskaffelsesforskriften og EU- og EFTA-domstolens praksis.

### Vilkår for reservasjon

Etter anskaffelsesforskriften § 30-2 a må reservasjonen bidra til å oppnå sosiale mål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet. Forskriften stiller altså opp et vilkår om at reservasjonen må ha disse virkningene. EU-domstolens formulering i ASADE II er noe annerledes. I avsnitt 51, sitert over, stilles domstolen opp vilkår om at reservasjonen *begrunnes* med vurderingene som fremkommer i avsnitt 50, og at reservasjonen rent *faktisk* har slik virkning.

### Vilkåret om budsjettmessig effektivitet

Ankemotpartene har anført at vilkåret om budsjettmessig effektivitet må ha et økonomisk innhold, og at det må forstås som at reservasjonen fører til økt samfunnsøkonomisk nytte.

Vilkåret om budsjettmessig effektivitet har blitt utviklet gjennom saker som ikke er fullt ut sammenlignbare med saken her. Som det fremgår over, er det i noen av sakene tale om ren kostnadsdekning, og i noen saker tale om rent frivillige organisasjoner. Dersom myndighetene engasjerer en rent frivillig organisasjon til å utføre en tjeneste mot kun kostnadsdekning, er det lett å tenke seg at dette vil være budsjettmessig effektivt også rent økonomisk sett.

Dersom vilkåret skulle oppfattes slik at reservasjon av konkurransen må føre til at tjenesten leveres billigere eller til høyere kvalitet, ville imidlertid vilkåret antakelig aldri kunne oppfylles. Reservasjon innebærer at konkurransen begrenses. Alminnelig økonomisk teori tilsier at begrenset konkurranse vil føre til høyere pris, eventuelt lavere kvalitet.

Slik lagmannsretten oppfatter ASADE II-dommen, avvises her at vilkåret skal forstås i en slik økonomisk ramme i avsnitt 52. Det uttrykkes eksplisitt i avgjørelsen at det ikke er avgjørende at en ytelse kunne vært levert til lavere kostnader for den offentlige oppdragsgiveren.

Domstolen uttaler videre at vilkåret om budsjettmessig effektivitet skal forstås «med hensyn til de iboende særtrekkene for ytelsene, og skyldes et krav om å sikre at utelukkelsen av forretningsforetak faktisk bidrar til det sosiale målet og solidaritetsmålene som den offentlige oppdragsgiver etterstrever».

EU-domstolen har med dette langt på vei bortfortolket kravet om budsjettmessig effektivitet som selvstendig vilkår.

#### Vilkår om sosiale mål og fellesskapets beste

Det avgjørende er da om reservasjonen er begrunnet i, og faktisk bidrar til, å oppnå sosiale mål og fellesskapets beste.

Ved den konkrete utlysningen saken gjelder, ble det ikke gjennomført noen utredning av behovet for reservasjon, eller formulert noen konkret begrunnelse for dette. På forespørsel om begrunnelsen, svarte kommunen at det var politisk bestemt, jf. nedenfor.

I forbindelse med en planlagt, men avlyst, anskaffelse av 3-400 sykehjemsplasser tidligere, ble det imidlertid gjennomført en utredning, i saken og tingrettens dom kalt internutredningen.

Selv om denne uttrykkelig angir at den er ment for den bestemte anskaffelsen, kaster kommunens interne vurderinger og begrunnelse lys over den underliggende begrunnelsen ved anskaffelsen saken her gjelder.

Tingretten skriver om kommunens begrunnelse:

Det som til syvende og sist fremstår som den mest sentrale og tungtveiende begrunnelsen fra kommunens side for reservasjon er behovet for å bevare de ideelle aktørene som leverandører av sykehjemstjenester. I Internutredningen står det blant annet følgende om dette:

*Sykehjemsetaten anser at ideelle aktører er et viktig alternativ til kommersielle og kommunale aktører. Ved å operere med et miks av disse driftsformer sikres et mangfoldig tjenestetilbud, som igjen er med på å sikre god kvalitet på tjenestene. Sykehjemsetaten er av den oppfatning at en slik velferds-miks utgjør et viktig bidrag til heving av kvalitetsnivået innenfor samtlige tre driftsformer. Sykehjemsetaten anser dette for å være et tungtveiende argument for at det foreligger en adgang til reservasjon i denne anskaffelsen.*

*Argumentet forsterkes ytterligere av at det i denne anskaffelsen ikke er tale om en anskaffelse av «nye» plasser, men en erstatning av de plasser som leveres av ideelle i dag. Ved å reservere konkurransen til ideelle aktører vil vi opprettholde den andel av ideelle plasser som allerede eksisterer i dag. Videre vil en reservasjon i denne anskaffelsen være avgjørende for å*

I det siterte fremheves først ønsket om en «velferds-miks». Det andre avsnittet trekker frem forhold som gjør seg særlig gjeldende for anskaffelsen av 300-400 plasser som den dagjeldende konkurransen omhandlet, hvor den anskaffelsen skiller seg fra konkurransen i vår sak.

Det synes å være bred enighet om at de ideelle organisasjonene er viktige aktører i det markedet anskaffelsen gjelder, og retten viser til det som fremgår i blant annet Internutredningen om fordelene ved en «velferdsmiks». Det er en faktisk bekymring hos kommunen at de ideelle ved åpen konkurranse ikke vil nå opp, og at de derfor kan falle ut av dette tjenestetilbudet. Som retten har vært inne på ovenfor, er denne problemstillingen aktuell ved reservasjoner også, men da med motsatt fortegn, da reservasjon vil føre til at man mister de andre private aktørene, som det også synes klart at er ønskelige i velferdsmiksen.

Etter internutredningen synes det imidlertid klart at det politiske ønske ikke lenger var å ha en «velferdsmiks» i form av også kommersielle aktører, men kun kommunale og ideelle.

Spørsmålet er, slik lagmannsretten ser det i lys av rettspraksis fra EU-domstolen gjennomgått over, om begrunnelsen for å reservere var å oppnå sosiale mål og bidra til fellesskapets beste, og om reserveringen rent faktisk bidro til dette.

Lagmannsretten har ved denne vurderingen delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet, lagdommer Aas og ekstraordinær lagdommer Simonsen, bemerker for det første at begrunnelsen for å reservere ikke ble inntatt i anskaffelsesprotokollen, jf. anskaffelsesforskriften § 10-5 annet ledd bokstav n. Det har ikke selvstendig betydning for om reserveringen, og dermed avvik fra likebehandlingsprinsippet, oppfyller vilkårene utpenslet av EU-domstolen, men det har en viss betydning for tolkingen av hvilken begrunnelse som reelt lå bak.

Dette må også sees i sammenheng med det svaret Oslo kommune ga om begrunnelsen. I sitt svar til Stendi AS den 4. august 2020 skrev kommunen:

Når det gjelder spørsmål knyttet til hvorfor kommersielle aktører ikke får delta i den delen av konkurransen som omhandler drift av sykehjem, er dette begrunnet i byrådsplattformen side 33, hvor det står: Innen utgangen av 2023 skal alle sykehjem i Oslo være drevet av kommunen eller ideelle aktører.

På dette tidspunktet var det et nytt byråd og en ny byrådsplattform, og velferdsmiks-ønsket som var lagt til grunn i internutredningen var altså forlatt eller endret.

Svaret til Stendi AS er det mest tidsnære bevis for hvilken begrunnelse kommunen hadde for å reservere, og sier ikke noe om at kommunen la til grunn at reserveringen ville bidra til å oppnå sosiale mål og fellesskapets beste.

Den reelle begrunnelsen for reservasjonen synes dermed å være politisk ideologisk bestemt, og ikke begrunnet i faktiske forhold knyttet opp mot vilkårene i ASADE II.

Etter flertallets syn er det heller ikke grunnlag for å anta at reservasjonen *actually contributes*, rent faktisk bidrar, til økt oppnåelse av sosiale mål eller fellesskapets beste. Det bemerkes i denne sammenheng at når ønsket om «velferdsmiks» var forlatt, mister den siterte begrunnelsen i internutredningen om økt mangfold det vesentligste av sin betydning.

Etter bevisførselen under ankeforhandlingen er det etter flertallets syn heller ikke faktisk dekning for en antakelse om at ideelle aktører bidrar i større grad til slik måloppnåelse enn kommersielle aktører. Det er ikke påvist noen signifikant forskjell på ideelle og kommersielle aktører i relevante undersøkelser, som tilsier at de ideelle aktørene leverer høyere kvalitet på tjenestene enn de kommersielle. En antatt hypotetisk og ikke målbar merverdi som følge av at eierskapet til aktøren er en ideell organisasjon, kan ikke begrunne reservasjon og dermed avvik fra likebehandlingsprinsippet.

Flertallet vil særlig vise til vitnemålet fra Kåre Hagen, som blant annet ledet Velferdstjenesteutvalget som avga NOU 2020:13.

Hagen viste til at de særtegn som kjennetegnet de ideelle organisasjonenes utøvelse av velferdstjenester da disse ble utviklet, via mer oppbevaringslignende eldre hjem til dagens omsorgssituasjoner, nå er særtegn som kjennetegner profesjonene som en integrert del av fagutdanningene, og i lovverket. I dette ligger det ifølge Hagen eksempelvis at en lege eller sykepleier vil utføre sitt arbeid på samme måte om hun er ansatt i en ideell eller kommersiell organisasjon, slik flertallet oppfatter det fordi det er faglige spørsmål og etikk som er styrende, ikke organisasjonsformen til arbeidsgiver. Han ga videre uttrykk for at utvalgets flertall gjennom utvalgets undersøkelser ikke kunne finne den merverdien som i seg selv ble anført å ligge i at en tjenesteleverandør var eid av en ideell organisasjon.

Flertallet er enig i dette. Etter flertallets syn er det naturlig å tenke seg at en slik merverdi kan ligge i en tjeneste som utføres på rent frivillig basis. En typisk liten organisasjon som utfører tjenester ved hjelp av – i alle fall hovedsakelig – frivillig bistand, må antas å være drevet av ideelle hensyn på alle nivåer i organisasjonen.

Når det som i saken her er tale om en meget stor og langvarig leveranse, som ikke kan utføres på annen måte enn ved nær utelukkende fast ansatt faglig personell, er situasjonen annerledes. Den enkelte vil da utføre oppgavene innenfor leveransen i kraft av sitt ansettelsesforhold, innenfor den enkeltes faglige område, og formentlig i samsvar med god faglig praksis og etikk.

Hagen viste også til at undersøkelser ikke har påvist annet enn helt minimal forskjell i sykepleierbemanning mellom kommersielt og privat drevne sykehjem, eller andre objektive påvisbare faktorer som kan tilsi en «merverdi» ved at eierskapet er ideelt kontra kommersielt.

Etter flertallets syn er det på bakgrunn av den øvrige bevisførsel ikke grunnlag for vitnet Gøril Partapouli Bjerkans syn om at et ideelt eierskap i seg selv gir en merverdi.

Som nevnt over, er ikke hensynet mangfold av særlig betydning for reservasjonen når kommunen hadde forlatt målsettingen om en velferdsmiks bestående av kommunale, ideelle og kommersielle tilbydere. Dersom det var slik – som Bjerkan var inne på i sin forklaring, og som hun som en del av et Velferdstjenesteutvalget anførte – at det er nødvendig å beskytte de ideelle for at de skal bestå som tilbydere av velferdstjenestene, kunne argumentet likevel ha gyldighet.

To nylige eksempler fra nabokommunene Asker og Bærum viser likevel at det ikke er tilfellet, slik flertallet ser det. Det var der lyst ut konkurranse om leveranse av sykehjemstjenester uten reservasjon.

I Asker ga Norlandia Care Norge AS og Kirkens Bymisjon tilbud, som lå tilnærmet likt i pris, Kirkens Bymisjon noe høyere. Kirkens Bymisjon scoret best på kriteriene «Livskvalitet og trygghet gjennom aktivitet og mestring» og «Bærekraft», og vant tilbudet.

I Bærum ga Norlandia Care Norge AS og Lovisenberg Omsorg AS tilbud. Norlandia Care Norge AS scoret her høyest både på kvalitet og pris. I kommunens begrunnelse heter det blant annet under kriteriet «Livskvalitet og trygghet gjennom aktivitet og mestring»:

Lovisenberg får uttelling for sitt ernæringskonsept, men totalt sett får Norlandia en høyere score grunnet en bedre beskrivelse av Treklang samarbeidet samt drift av kafeen med blant annet tilgang på 24/7 løsninger på mat og drikke.

Etter vekting av poeng ved tildelingskriteriene scoret kommunen Norlandia Care Norge AS til 10 og Lovisenberg Omsorg til 8,94.

Disse åpne konkurransene viser at disse to ideelle organisasjonene er fullt i stand til å konkurrere med kommersielle aktører i fri konkurranse.

Etter dette er det flertallets syn at reservasjonen ikke faktisk bidro til økt oppnåelse av sosiale mål eller fellesskapets beste, og den var som nevnt heller ikke begrunnet i dette.

Dermed var reservasjonen av anbudskonkurransen i strid med kravet til likebehandling etter direktiv 2014/24/EU, i lys av EU-domstolens fortolkning. Anken skal derfor etter flertallets syn forkastes.

Lagmannsrettens mindretall – lagdommer Thorheim – bemerker:

Mindretallet har kommet til at kommunen må frifinnes.

Mindretallet er enig med flertallet i at vilkåret om «budsjettmessig effektivitet» er oppfylt.

Mindretallet ser imidlertid annerledes på vurderingen av om reservasjonen er forankret i allmenne hensyn (sosiale mål og fellesskapets beste) og om reservasjonen faktisk bidrar til å fremme disse allmenne hensynene.

Mindretallet ser først det rettslige innholdet av disse vilkårene, slik mindretallet mener de må forstås.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i at EØS-landene har en bred skjønnsmargin til å organisere sitt valg av leverandører av helse- og sosialtjenester, jf. Anskaffelsesdirektivets fortale punkt 114 og sak E-4/22 Stendi & Norlandia avsnitt 69 og 72. Begrunnelsen for denne brede skjønnsfriheten er at slike personlige tjenesteytelser har en begrenset grenseoverskridende funksjon samt at tjenestene er av en særskilt karakter. Den nærmere fastleggelsen av hva som kan begrunne en reservasjon og de nasjonale domstolars prøving av dette, herunder prøvingsintensiteten, kan ikke løsriives fra dette klare utgangspunktet. Også innenfor EU-retten tas det utgangspunkt i medlemsstatenes kompetanse til selv å utforme sine sosiale sikringsordninger, jf. ASADE I avsnitt 88 med videre henvisninger til tidligere rettspraksis. Mindretallet finner det klart ut fra EU-praksis at det ikke skal foretas noen streng test ved vurderingen av om reservasjonen kan rettfærdiggjøres. EFTA-domstolens avgjørelse i Stendi & Norlandia bygger videre nærmest ordrett på rettssetningene som er utmeislet i den foreliggende EU-praksisen, og innebærer ingen innstramning her.

I intern rett fastslår anskaffelsesforskriften § 30-2a at reservasjon er tillatt dersom den «bidrar til å oppnå sosiale mål, fellesskapets beste [...]». Bestemmelsen er en kodifisering av EU- og EØS-praksis. Etter ordlyden er det en totrinnsvurdering som skal foretas; det må først vurderes om reservasjonen er forankret i de nevnte allmenne hensyn og dernest om reservasjonen bidrar til å oppnå disse hensyn. Dette er i tråd med EØS-retten og angivelsen i rettspraksis der, jf. eksempelvis nevnte Stendi & Norlandia avsnitt 76 og innenfor EU-retten avgjørelsen i ASADE I avsnitt 91.

I ASADE I avsnitt 90 heter det at reservasjonen «kan således være begrundet i så vel prinsipperne om universalitet og solidaritet, der er særligt kendetegnende ved et sosialhjælpe-system [...]», og i avsnitt 91 oppstilles et krav om at reservasjonen faktisk bidrar til ivaretagelsen av disse sosiale formålene. Tilsvarende legges til grunn i EFTA-domstolens avgjørelse i Stendi & Norlandia, jf. avsnitt 76. I ASADE I vises det til tidligere avgjørelser i Spezzino og CASTA. I Spezzino avsnitt 59 klargjøres at det ligger innenfor statens skjønnsmargin å finne at anvendelsen av frivillige organisasjoner fremmer det sosiale formålet. Den reelle testen rettslig er dermed om reservasjonen også faktisk bidrar til å fremme det sosiale formålet, nærmere bestemt en viss faktisk sammenheng mellom de

sosiale formål som har begrunnet Oslo kommunes reservasjon av kontraktene og at de aktuelle tjenesteyterne er ideelle og faktisk fremmer og forfølger disse sosiale målene. Mindretallet oppfatter rettspraksis slik at vurderingstemaet er om anvendelsen av ideelle aktører er tjenlig for formålet og om det kan fremme formålet, men ikke om reservasjon er det beste og mest effektive virkemiddelet for å oppnå formålet. Det kan ikke stilles krav om at vurderingen må foretas i relasjon til hver enkelt anskaffelse. I ASADE I var det eksempelvis tale om en regional lov som hjemlet en regional policy om å reservere konkurranser for non-profit organisasjoner. Det nærmere krav til hva som ligger i at reservasjon faktisk må bidra til ivaretagelsen av de sosiale formål, følger især av Spezzino-saken, se avsnitt 60 flg. Sammenfatningsvis må den eller de aktuelle ideelle organisasjonene ikke forfølge andre formål, ikke oppnå gevinst eller ha profittformål og overholde nasjonale krav til virksomhetene. Her stilles det også krav om at det må være et rettslig og kontraktuelt rammeverk som sikrer at organisasjonene ikke forfølger profittformål, men kun de sosiale formålene.

Mindretallet går på denne bakgrunn over til å vurdere om disse vilkårene er oppfylt i vår sak.

Etter mindretallets syn kan det konkluderes med at reservasjonen er forankret i sosiale mål og fellesskapets beste. Det at reservasjonen har en politisk fundering ved den vedtatte Plattformen for byrådssamarbeid i Oslo 2015–2019, er ikke avgjørende. Mindretallet er ikke enig med flertallet i at den reelle begrunnelsen for reservasjonen er «politisk ideologisk bestemt». Mindretallet tar utgangspunkt i at sykehjemstjenestene som reservasjonen knytter seg til bygger på sosiale formål og fellesskapets beste, inkludert prinsippene om solidaritet og universalitet. Sykehjemstjenestene er skattefinansierte, tilbys alle og har begrenset egenandel. Begrunnelsen for byrådets beslutning om at anskaffelser skal reserveres for de ideelle organisasjoner – og begrunnelsen for den konkrete reservasjonen i denne saken – er, slik mindretallet vurderer dokumentasjonen og vitneførselen for lagmannsretten, tuftet på at disse ideelle organisasjoner har særtrekk og et verdigrunnlag som er av særlig betydning for nettopp de sosiale formål og fellesskapets beste som sykehjemstjenestene skal ivareta. Dette fremkommer også med tydelighet av de kvalifikasjonskrav som ble oppstilt i denne konkurransen. Mindretallet mener det må sondres mellom den politisk vedtatte føringen og hva som er den reelle begrunnelsen for den vedtatte politiske føringen. Det er sistnevnte som tilkjenner forankringen av reservasjonen i de sosiale formål og hensynet til fellesskapets beste.

Etter mindretallets syn kan det også konkluderes med at reservasjonen faktisk bidrar til ivaretagelsen av disse formål. Å tildele de aktuelle sykehjemsplassene – etter en anbudskonkurranse – til ulike ideelle organisasjoner må anses tjenlig for å fremme de sosiale mål og fellesskapets beste, herunder bidra til tjenestenes stabilitet og tilgjengelighet. Det er også et moment at et eventuelt overskudd av tjenestevirksomheten skal tilbakeføres til nettopp disse sosiale mål og bidra til å fremme disse og det verdigrunnlag disse

tjenestene er tuftet på. Det trenger ikke nødvendigvis være spesifikt til drift av sykehjemsplasser, men vil like fullt fremme de sosiale formål og felleskapets beste som de ideelle organisasjoner er forankret i og drives ut fra. Etter mindretallets vurdering er dette langt fra noen antagelse om merverdi eller særtrekk ved de ideelle organisasjoner og deres verdigrunnlag, som flertallet legger til grunn. Det er en positiv sammenheng mellom de sosiale formål og leverandørenes ideelle karakterforankret i organisasjonens verdigrunnlag.

I Stendi & Norlandia-saken er det særskilt fremhevet at det ikke må være tale om en reservasjon for «påstått ideelle organisasjoner som i hovedsak kun er verktøy for å skape overskudd for sine kommersielle eiere», men det er ikke tilfelle i denne saken. De kvalifiserte ideelle organisasjonene har ikke profittformål, jf. fremlagte formålsbestemmelser og nevnte kvalifikasjonskrav knesatt i konkurransen. Det krav som rettspraksis oppstiller til et rettslig og kontraktuelt rammeverk er også oppfylt, og mindretallet finner det tilstrekkelig å vise til de fremlagte tjenesteytingsavtaler med Det norske Diakonhjem, Stiftelsen Diakonissehuset Lovisenberg og Stiftelsen Kirkens Bymisjon, jf. her Stendi & Norlandia avsnitt 86.

Mindretallet finner særlig grunn til å bemerke at det ikke finnes spor i rettspraksis av at denne reservasjonstesten også skal innebære en forholdsmessighetsvurdering eller nødvendighetsvurdering. Det skal ikke foretas noen vurdering av om andre virkemidler er bedre egnet eller ivaretar formålene i større grad. Når flertallet konkluderer med – blant annet under henvisning til vitnemålet fra Kåre Hagen og flertallets vurderinger i NOU 2020: 13 (Velferdsutvalget) – at det «ikke [er] faktisk dekning for en antakelse om at ideelle aktører bidrar i større grad til slik måloppnåelse enn kommersielle aktører», er det etter mindretallets syn en vurdering som etter EU- og EØS-praksis ikke skal foretas. Mindretallet er langt på vei enig med kommunen i at en ved en slik tilnærming til vurderingstemaet reelt sett tilsidesetter muligheten for å reservere anskaffelser innenfor helsesektoren til ideelle organisasjoner.

Den beskrevne testen i EU- og EØS-praksis er annerledes enn en mer tradisjonell forholdsmessighetstest som benyttes overfor restriksjoner på fri bevegelighet. Etter mindretallets syn trår også tingretten på dette punkt feil, jf. blant annet dommen side 30–31. ASADE I og II gir ingen slik anvisning (især avsnitt 59), og heller ikke EFTA-domstolen i Stendi & Norlandia. Etter mindretallets syn går derfor flertallet i nærværende sak for langt i denne retning i sin vurdering, når flertallet også trekker inn kvalitetsvurderinger og at reservasjonen ikke er nødvendig under henvisning til at ideelle organisasjoner i andre etterfølgende anskaffelser har vunnet frem. Til det siste bemerker mindretallet for øvrig at siden 2012 er 24 av 25 åpne konkurranser vunnet av kommersielle aktører, jf. «Notat 2/2023 for velferdsstaten» side 3.

På denne bakgrunn konkluderer mindretallet med at vilkårene for adgang til reservasjonen er oppfylt.

Etter mindretallets syn skal Oslo kommune frifinnes og tildeles sakskostnader.

### Sakskostnader

Med flertallets resultat har ankemotpartene vunnet saken, og har krav på dekning av sine nødvendige sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Ankemotpartene har krevd dekket 6 942 756 kroner. Beløpet inkluderer ankegebyr, som ankemotparten forutsetningsvis ikke har blitt belastet.

Flertallet finner imidlertid at kostnadene for behandlingen i lagmannsretten går ut over det som er nødvendig, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. Saken har stor betydning for ankemotpartene, har vært omfattende, og det er ikke tilsvarende avgjørelser i norsk rett etter det lagmannsretten kan se. Likevel finner flertallet at kostnadene som er krevd går ut over det nødvendige, når det tas hensyn til at saken i all hovedsak er lik som for tingretten både når det gjelder rettslige og faktiske spørsmål.

Sakskostnadene fastsettes skjønnsmessig til 4 millioner kroner.

Når det gjelder sakskostnader for tingretten, er imidlertid flertallet kommet til et annet resultat enn tingretten når det gjelder spørsmålet om hva som utgjør nødvendige kostnader.

Ankemotpartene krevde dekket 8 137 196 kroner inklusive merverdiavgift for tingretten. Tingretten reduserte ankende parts kostnadsansvar til 3 787 213 kroner.

Etter flertallets syn er det ikke grunnlag for denne reduksjonen for behandlingen i tingretten. Tingretten synes å ha lagt for liten vekt på at saken ble behandlet i EFTA-domstolen, og at sakens karakter og omfang krevde et betydelig arbeid fra daværende saksøkeres side. I en sak som denne, der det tilsynelatende ikke foreligger noen tilsvarende norsk rettspraksis, og hensyntatt omfanget og innslaget av internasjonal rettspraksis, må det etter flertallets syn i større grad enn tingretten legger til grunn aksepteres at den tapende part må erstatte et omfattende timeforbruk.

Flertallet mener etter dette at kostnadene som ble krevd for tingrettens behandling var nødvendige kostnader etter tvisteloven § 20-5 første ledd, samtidig som behovet for et betydelig arbeidsomfang i tingretten reduserer hva som kan anses nødvendig arbeid for lagmannsretten.

Flertallet er dermed kommet til at ankemotparten skal tilkjennes sakskostnader i samsvar med kravet for tingretten.

Dommen er avsagt under slik dissens som fremgår over.

## DOMSSLUTNING

1. Anken forkastes.

2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Oslo kommune til Norlandia Care Norge AS og Stendi AS i fellesskap 4 000 000 – firemillioner – kroner innen to uker etter at dommen er forkynt.

3. I sakskostnader for tingretten b betaler Oslo kommune til Norlandia Care Norge AS og Stendi AS i fellesskap 8 137 196 – åttemillionerthundreogtrettisytusenettusenthundreogtrettiseks – kroner innen to uker etter at dommen er forkynt.

Halvor Aas

Karl Otto Thorheim

Nils Ole Simonsen

Dokument i samsvar med original.  
Ilva Johanne Aatangen