

Det kongelige Nærings- og fiskeridepartement
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

Stavanger, 20.11.2018

Høringssvar angående forslag til ny forskriftsbestemmelse om adgangen til å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner

Vi viser til deres brev av 27. august 2018 og takker for invitasjon til å gi høringssvar.

Det første selskap i Herogruppen - Hero Norge AS - ble etablert i 1987 for å innkvartere chilenske asylsøkere på oppdrag fra Bergen kommune. Siden oppstarten har vi drevet ulike typer virksomhet med den fellesnevner at alt handler om integrering og tjenester rettet mot flyktninger og innvandrere. Vår virksomhet er i dag samlet innenfor tre ulike områder: Asylmottak, Språktjenester og Undervisning.

Våre kjerneverdier er Åpenhet – Likeverd – Profesjonalitet. I dette ligger et sterkt engasjement for de mennesker som kommer til Norge og søker beskyttelse. En forpliktelse til å se disse menneskenes ressurser og bidra til at de blir inkludert og får bruke ressursene til beste for sitt nye samfunn. Og til slutt en sterk lojalitet til våre oppdragsgivere og en presisjon i at vår jobb skal utføres i overensstemmelse med oppdragsgivers bestilling.

1 Det rettslige handlingsrommet

Vårt primære syn er at den rettslige adgang til å reservere anskaffelse av helse- og sosialtjenester for ideelle aktører slik Nærings- og fiskeridepartementet foreslår ikke er til stede.

Det er på ingen måte godt avklart om anskaffelsesdirektivet og EØS-regelverket gir en slik reservasjonsadgang. I NOU 2014:4 (Forenklingsutvalget) kom utvalgets flertall til at tidligere unntaksbestemmelser ikke kunne videreføres. I sin utredning på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet i 2014 kom professor Fredrik Sejersted til det samme. Den nye anskaffelsesforskriften er følgelig vedtatt *uten* en slik reservasjonsadgang som nå foreslås. Men etter behandling av anskaffelsesloven i Stortinget der det ble pekt på de ideelle aktørenes positive kvaliteter bestilte Departementet enda en utredning. Denne gang fra advokat Karin Fløistad i Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiik. I denne utredningen vurderes også nyere domsavsigelser fra EU-domstolen, og man finner tilsynelatende støtte for en generell reservasjonsadgang. Mye tyder likevel på at man trekker overføringsverdien av senere rettspraksis for langt i det forslag til ny forskrift som nå er på høring.

Dersom forskriftsendringen vedtas som foreslått er det stor grunn til å frykte en problematisk praksis rundt vilkår i ny § 30-2 a om at reservasjon "bidrar til å oppnå sosiale formål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet". Her er betydelig rom

for skjønn og man må påregne fordyrende komplikasjoner og klageprosesser i kjølvannet av en slik bestemmelse. Igjen vil det være brukere og ansatte hos de ulike aktører som blir skadelidende.

I høringsnotatet peker Departementet selv på behov for å vurdere konkret for den enkelte anskaffelse om nødvendige vilkår for reservasjon er oppfylt, og at disse vurderingene må dokumenteres i anskaffelsesprotokollen/gjøres kjent i anbudsdocumentene. Hvis forskriften vedtas som foreslått må det presiseres i veileder hvordan vilkårene skal vurderes, og det må gjøres klart at offentlige innkjøpere ikke med letthet kan benytte unntaksbestemmelsene. Terskelen for bruk av reservasjon må være høy, og samtlige vilkår må være oppfylt og dokumentert. Det er altså ikke nok at reservasjonen bidrar *enten* til å oppnå sosiale formål *eller* budsjettmessig effektivitet. En reservasjon må bidra til *både* sosiale formål *og* budsjettmessig effektivitet.

Hvis den foreslåtte forskriftsendring vedtas bør det også klargjøres hvilke prosedyrer som skal gjelde i situasjoner der det er behov for å prøve legitimiteten av å benytte reservasjonsadgangen.

2 Om behovet for å innføre en reservasjonsadgang

Vi mener at både samfunnets og brukernes behov ivaretas best ved å *ikke* vedta den foreslåtte reservasjonsadgang. For Regjeringen og norske myndigheter for øvrig må det være vesentlig å sikre at de forskriftsendringer som vedtas faktisk fremmer kvalitet og kostnadseffektivitet og ikke blir et verktøy for politisk motiverte reservasjoner som hindrer en god utvikling i tjenestesektoren. Det er en høyst reell fare for dette, noe vi mener skjerper departementets aktsomhetsplikt. I alle sammenhenger bør kvaliteten i de brukerrettede tjenestene og fornuftig bruk av fellesskapets midler veie tyngst, noe også gjeldende EU-/EØS-lovgivning stiller strenge krav til. Den beste måten å sikre det på er åpne anbudskonkurranser, høy faglig dyktighet hos offentlige innkjøpere, god balanse mellom kvalitet og pris i konkurransegrunnlag samt offensiv kontraktsoppfølging og tilsynsarbeid.

Alle som arbeider på helse- og sosialområdet erfarer at fagfeltet er svært politisert. Vi opplever at denne politiseringen vanskeliggjør arbeidet med å utvikle og fremme de beste løsninger for brukere av tjenestene. Den vanskeliggjør også myndighetenes arbeid med å anskaffe tjenester av best mulig kvalitet til riktig pris, samt å få dette til med effektive prosesser. Ideelle organisasjoner gjør mye viktig arbeid i Norge, men støtte til slike organisasjoner bør fortrinnsvis skje på andre måter enn at de forfordeles i anbudskonkurranser i allerede veletablerte og velfungerende markeder. Når det offentlige skal anskaffe helse- og sosialtjenester bør det være faglig dyktighet, engasjement for brukerne, evne til innovasjon og kostnadseffektivitet som avgjør i åpne anbudskonkurranser der alle deltar på like vilkår. Det må være en sterk ambisjon for innkjøpsmiljøene at eventuelle ønskede kvalitetsfortrinn hos ideelle aktører tas inn i konkurransegrunnlag og får effekt i anbudenes poenggivning. For øvrig vil det alltid finnes kvalitetsaspekter og egenskaper ved enhver type organisasjon som ikke fanges i det enkelte konkurransegrunnlag. Over tid vil likevel de organisasjoner som best evner å svare på oppdragsgivers krav vinne frem. Også dersom ideell virksomhet og organisasjonsform gir mer kvalitet.

Det fremgår av høringsnotatet at Stortingets og Regjeringens ønske om å legge til rette for ideelle aktører knyttes til de ideelle organisasjonenes kvaliteter og karakter.

2.1 Definisjon på type aktører

Vi oppfatter dessverre at høringsnotatet ikke bidrar til å klargjøre den betydelige forvirring som råder rundt begrepet "profitt". Når snakker man om økonomisk overskudd generelt og når snakker man om utbytte? Det bør være vel kjent at ideelle organisasjoner i de fleste tilfeller sikter mot økonomisk overskudd av sin drift. Det er nødvendig for at en organisasjon på forsvarlig måte skal kunne ivareta sine forpliktelser, og for å kunne håndtere risiko som ligger i det oppdrag man har påtatt seg. Ofte har både stiftelser og ikke-kommersielle aksjeselskap større overskudd enn det som er nødvendig for å sikre forsvarlig drift. Hvordan slik overskuddskapital benyttes varierer fra organisasjon til organisasjon uavhengig av hva slags organisasjonstype det er snakk om. Overskuddet føres slett ikke alltid tilbake til arbeid med de samme brukere eller pasienter man yter tjenester til. Noen ideelle aktører har mål om å drive med økonomisk overskudd for å finansiere helt andre aktiviteter enn de man har oppdrag med norske myndigheter om.

I høringsnotatets punkt 3.1 på side 3 står det at

«Ideelle organisasjoner er organisasjoner som ikke har profitt som formål, men som arbeider for å forfølge et sosialt formål eller for samfunnets beste. De ideelle aktørene skiller seg fra private kommersielle aktører ved at eventuell profitt skal reinvesteres i velferdstjenester eller andre sosiale formål.

De ideelle aktørene har en merverdi i samfunnet og gir samfunnsfordeler utover leveransen av de aktuelle helse- og sosialtjenestene. Ideelle organisasjoner og virksomheter er opptatt av brukernes medvirkning på individ- og systemnivå og har hatt tradisjon for å skape nye tjenestetilbud.»

Under punkt 5.2 på side 9 står det videre

«Når det gjelder organisasjonenes formål skiller ideelle virksomheter seg fra kommersielle virksomheter ved at de ikke har profitt som formål, men har et annet grunnlag for sin virksomhet. Ideelle virksomheter har altså en virksomhetsidé som strekker seg ut over selve tjenesteproduksjonen og er preget av idealisme ved at den driftes uten økonomisk motiv, for å avhjelpe sosiale behov i samfunnet eller for å hjelpe bestemte utsatte grupper.»

Det overrasker oss at Nærings- og fiskeridepartementet i sitt høringsnotat legger til grunn en så tendensiøs og misvisende beskrivelse av forskjeller mellom ideelle og kommersielle aktører. Vi opplever at disse «definisjonene» av ideelle og kommersielle aktører blir alt for unyanserte og styrer diskusjonen i feil retning. Departementet må i mye større grad ta ansvar for å fremheve privat næringslivs rolle i samfunnets verdiskapning også på helse- og omsorgsområdet.

2.2 Om profitt og aksjeselskapenes formål

Det er helt feil at formålet med et privat aksjeselskap per definisjon er profitt (i betydningen utbytte). Aksjeselskapet som organisasjonsform har til hensyn å regulere

forholdet mellom en konstellasjon av eiere og plassere risiko knyttet til næringsvirksomhet i et eget juridisk subjekt. På den måten reduseres den privatøkonomiske risiko og flere tar sjansen på å etablere bedrifter. Til gjengjeld legger samfunnet gjennom aksjeloven og en lang rekke andre lover og regler strenge rammer for aksjeselskapers aktivitet.

Det finnes ikke grunnlag i noe regelverk for å hevde at aksjeselskapets *formål* per definisjon er profitt eller avkastning til eierne. Det er derfor relativt oppsiktsvekkende at Departementet velger å fremheve dette som et definerende kriterium ved private kommersielle aktører som arbeider i helse- og omsorgssektoren.

Når det gjelder økonomi er den vesentlige bestemmelsen for aksjeselskap det som fremgår av aksjelovens §3-4 om at «Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet.» Utbytte eller profitt er en mulighet som kan besluttes av generalforsamlingen når et aksjeselskap har en økonomisk situasjon der man har mer enn tilstrekkelig kapital for å kunne si at §3-4 er oppfylt.

Begrepet profitt har i norsk offentlighet etter hvert fått en svært odiøs klang. Sitatene gjengitt i punkt 2.1 bærer preg av en lignende forståelse. Men et moderne samfunn i utvikling er helt avhengig av at det finnes privatpersoner og kommersielle aktører med tilgjengelig investeringskapital. En profesjonell investor som lykkes på ett samfunnsområde vil typisk ønske å gjøre nye investeringer. På den måten tilgjengeliggjøres kapital for næringsutvikling og verdiskapning på nye områder. Fenomenet økonomisk utbytte eller profitt står altså ikke i motsetning til samfunnsnytte. Vedvarende fravær av investeringskapital er tvert imot ensbetydende med stagnasjon og regresjon.

Vi kjenner oss heller ikke igjen i at utbytte til eiere skal være det dominerende motiv hos ledere og ansatte i private bedrifter på helse- og velferdsområdet. For tiden skriver Dagens Næringsliv om gasseselskaper som kjennetegnes blant annet ved at de minst har doblet sin omsetning over fire år og har positivt samlet driftsresultat. I spalten «Fem kjappe» får gründere og daglige ledere spørsmål om «Hva var ideen da dere startet?» og «Hva er din viktigste drivkraft». De typiske svar viser at suksessrike gründere og bedriftsledere starter med engasjement og lidenskap for et fagfelt eller et samfunnsområde, av ønske om å teste en idé eller å løse et problem. De motiveres av samarbeid med dyktige ansatte, gode tilbakemeldinger fra kunder, av å få til ting og av en generell skaperglede. Dette er naturligvis ikke annerledes på helse- og omsorgsfeltet enn i andre bransjer.

Hero Norge har vært en aktør på flyktningefeltet i mer enn 30 år. Vi har et sterkt engasjert i dette fagfeltet og både oppdragsgivere og brukere har ved utallige anledninger anerkjent at vi gjør et viktig arbeid av stor samfunnsmessig verdi.

Da passer det dårlig å legge til grunn et premiss om at vår type virksomhet har til formål å skape profitt for eierne mens ideelle organisasjoner arbeider for «et sosialt formål eller for samfunnets beste». Vi mener det må være en viktig oppgave for Nærings- og fiskeridepartementet å fremheve den avgjørende viktige rolle privat næringsliv spiller også i helse- og sosialsektoren.

2.3 Kvalitet og brukerorientering

I høringsnotatet fremholdes at «Ideelle organisasjoner og virksomheter er opptatt av brukernes medvirkning på individ- og systemnivå og har hatt tradisjon for å skape nye tjenestetilbud» Vi ser også at mange ideelle aktører har et godt brukerperspektiv. Imidlertid er det ikke grunnlag for å hevde at ideelle organisasjoner jevnt over er sterkere på dette området enn private kommersielle aktører.

Beboerrettet arbeid og medvirkning er blant de forhold Utlendingsdirektoratet stiller krav om i asylmottak. Faktisk vektlegges dette så sterkt av UDI at det er beskrevet i et eget rundskriv: RS 2008-034 «Krav til beboermedvirkning i ordinære statlige mottak» (<https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-rundskriv/rs-2008-034/>). I UDIs årlige kontraktsoppfølging med asylmottak gjennomføres normalt også separate møter med beboernes egne tillitsvalgte – beboerrådet – der driftsoperatør ikke får være til stede.

Vurderinger og eventuelle avvik ved slik kontraktsoppfølging gjøres kjent i egne rapporter. Det gis en frist for utbedring av feil og i alvorlige tilfeller kan avvik også resultere i sanksjoner og kontraktsheving.

Da resultater av slik kontraktsoppfølging er et viktig kvalitetsmål for Hero tar vi oss hvert år jobben med å lese gjennom samtlige publiserte tilsynsrapporter for å se hvordan vår bedrift presterer. For oss handler det om kjerneverdien profesjonalitet. Nedenfor er resultat for samtlige offentliggjorte tilsyn i 2017.

Tilsyn i 2017	Gjennomsnittlig antall avvik	Antall tilsyn
Gjennomsnitt alle	3,2	79
Gjennomsnitt for private	2,5	57
Gjennomsnitt for ideelle	4,2	6
Gjennomsnitt for kommunale	5,9	15

Tabellen viser at private bedrifter i gjennomsnitt presterer klart bedre enn både kommunale og ideelle driftsoperatører med 2,5 pålegg per tilsyn. Dette samme bildet har man sett over flere år.

I NOU 2011:10 *I velferdsstatens ventetrom* undersøkes kjennetegn ved de ulike typer driftsoperatører for asylmottak. Der konkluderes med at «Utvalget er ikke uten videre enig i at de humanitære organisasjonene som sådan er enestående i å tenke på mottaksbeboerens beste.» (s. 123).

Vi mener det er uheldig å legge til grunn at ideelle organisasjoner generelt er mer brukerorientert og mer orientert mot brukeres medbestemmelse enn private bedrifter. En slik oppfatning kan lett bli en sovepute da man som offentlig myndighet må stille krav og ha samme sterke fokus mot dette uavhengig av hvilken type organisasjon som leverer tjenester. Vi mener Utlendingsdirektoratet har løst dette på en god måte gjennom sine kravspesifikasjoner og sin kontraktsoppfølging.

3 Ideelle organisasjoner

Den foreslåtte forskriftsendring definerer at "Ideelle organisasjoner er organisasjoner som arbeider utelukkende for et sosialt formål for fellesskapets beste og som reinvesterer eventuelt overskudd tilbake til organisasjonens formål".

Det er vanskelig å se for seg hvordan offentlige innkjøpere i en gitt anskaffelse skal vurdere tilgang på organisasjoner som oppfyller denne definisjonen før anbudskonkurransen er gjennomført. Det må gjøres konkrete vurderinger av hvilke aktører som oppfyller vilkårene som stilles i den foreslåtte forskrift og i anskaffelsesdirektivet. Skal disse vurderingene gjøres i form av en prekvalifisering eller skal de gjøres etter at anbudskonkurransen er gjennomført og før resultatet kunngjøres? Og hvilke reelle muligheter og kompetanse har innkjøper til å vurdere om en gitt ideell organisasjon faktisk reinvesterer overskudd tilbake til organisasjonens formål eller om de henter ut overskudd gjennom høye lønninger, leverandøravtaler med nærstående parter, osv.?

En offentlig innkjøper må altså dukke ned i de realiteter som behandles i høringsnotatets punkt 5.2. Vi ser en lang rekke utfordringer med dette som tilsier at terskelen for å bruke en eventuell unntaksbestemmelse må være høy. Den klart mest farbare veg er at offentlige myndigheter sikrer mangfold og tjenestekvalitet gjennom åpne anbudskonkurranser, klare regelverk, kontraktsoppfølging, måling av brukertilfredshet og sanksjonering. I de aller fleste tilfeller er det den beste måten for å sikre både samfunnsnytte og hensynet til sårbare brukere.

4 Konklusjoner

Stortingsflertallet ønsker at reservasjonsadgang videreføres til tross for at det er svært usikkert om anskaffelsesdirektivet og rettspraksis tillater dette. Vårt primære syn er at den rettslige adgang til å reservere anskaffelse av helse- og sosialtjenester for ideelle aktører slik Departementet foreslår ikke er til stede.

Vi tror dessverre også at den foreslåtte forskriftsendring er egnet til å forsterke det politiske konfliktklima som i dag preger helse- og omsorgssektoren. Det høye konfliktnivået vanskeliggjør konstruktivt arbeid med å utvikle og fremme de beste løsninger for brukerne. Det vanskeliggjør også myndighetenes arbeid med å tilgjengeliggjøre tjenester for innbyggerne til best mulig kvalitet og riktig pris. I en situasjon der vi står foran store demografiske endringer med press på samfunnets ressurser er dette særlig alvorlig.

Vår bedrift og situasjonen på fagfeltet asylmottak i Norge er gode eksempler på at private bedrifter jobber verdibasert og bidrar til beste for både brukere og oppdragsgiver.

Hvis man vedtar forskriftsendringen slik den er foreslått blir det vesentlig å klargjøre at det må vurderes konkret for den enkelte anskaffelse om nødvendige vilkår for reservasjon er oppfylt, og at disse vurderingene dokumenteres i anskaffelsesprotokoll/gjøres kjent i anbudsdokumentene. Det må være helt klart at

man ikke med letthet kan benytte unntaksbestemmelsene og at terskelen skal være høy. Det bør også klargjøres hvilke prosedyrer som skal gjelde i situasjoner der det er behov for å prøve legitimiteten av å benytte den foreslåtte reservasjonsadgang.

Avslutningsvis vil vi gjenta vårt syn om at gode tjenester for sårbare brukere og riktig bruk av fellesskapets midler over tid sikres best gjennom åpne anbudskonkurranser med påfølgende streng kontraktsoppfølging og tilsynsaktivitet.

Med vennlig hilsen

Hero Norge AS

Tor Brekke

Styreleder