

Notat

Til: Avkommersialiseringsutvalget

Fra: Ideelle virksomheter

Vedr.: Definisjon – Organisasjonsform - Register

Dato:201222

INNSPILL TIL UTVALGETS ARBEID

Følgende private, ideelle virksomheter(Vi) innen fagfeltene rehabilitering og rusbehandling har samarbeidet om et felles innspill. Disse virksomhetene er:

- Beitostølen Helsesportsenter
- Muritunet
- Rehabiliteringssenteret AiR
- Røde Kors Haugland Rehabiliteringssenter
- Stiftelsen Hernes Institutt
- Tyrili
- Valnesfjord Helsesportsenter

Innledning

Notatet har i hovedsak anskaffelser innen spesialisthelsetjenesten som referanseramme, men det meste vil etter vår mening ha overføringsverdi til andre velferdsområder.

Ideelle leverandører av helse – og omsorgstjenester har historisk bidratt vesentlig til utvikling og drift av det velferdstilbud vi har i dag. De ideelle har identifisert behov, etablert tilbud og lagt grunnlaget for senere offentlig overtakelse. Det har vært nedlagt, og nedlegges, betydelige offentlige verdier i de velferdstjenester som drives av ideelle organisasjoner.

Det har de siste år vært tverrpolitisk enighet om at ideell sektor skal ivaretas og prioriteres. Dette har særlig kommet til uttrykk gjennom lovarbeid, stortingsvedtak, disponeringsbrev og oppdragsdokumenter knyttet til barnevern og spesialisthelsetjeneste. Barnevernstjenester er i en særstilling begrunnet med myndighetsutøvelse som gir unntak fra anskaffelsesreglene.

Utvalgets mandat omfatter flere sektorer. Spesialisthelsetjenesten har et betydelig innslag av private leverandører og er på flere områder nødvendige for de regionale helseforetakenes ivaretagelse av «sørge for» - ansvaret. Innspillet vårt vil være avgrenset til den delen av spesialisthelsetjenesten som omfattes av kjøpsavtaler. Avtalespesialister, ideelle med driftsavtaler («de 12») og takst/refusjonsordninger omtales ikke.

Det siteres fra mandatet: «Formålet med utvalget er å utrede hvordan kommersiell drift kan utfases i ulike skattefinansierte velferdstjenester, og legge fram en egen nullprofittmodell for hver slik sektor. Utvalget skal også foreslå en juridisk definisjon for ideelle driftsformer».

Vi er av den oppfatning at regjeringenes føringer om å øke omfanget av ideelle leverandører ikke i tilstrekkelig grad har vært fulgt opp av bestillere.

Vi ser det derfor som positivt at dette utvalget nå er nedsatt.

Bakgrunn

Ved siste revisjon i 2016 av anskaffelsesreglene kom det en egen del IV om helse – og sosialtjenester i Forskrift om offentlige anskaffelser. Det var stor oppmerksomhet rundt den nasjonale adgangen til å reservere konkurranser for ideelle organisasjoner. Dette ble etter lang tids vurdering av regjeringen forskriftsfestet i 2020. Regjeringens kunngjøringen inneholdt imidlertid også en påpeking at rettstilstanden knyttet til EU reglene var uklare så reservasjonsadgangen måtte i så fall benyttes for egen regning og risiko. Ikke unaturlig har dette ført til tilbakeholdenhet hos bestillerne. Pr d.d. ligger fortsatt klagesak på Oslo kommunes bruk av reservasjonsadgangen til behandling i ESA. Klagesak i Spania på bruk av reservasjonsadgangen har imidlertid gitt bestiller medhold; sak C-436/20 ASADE.

Direktoratet for forvaltning og økonomi (DfØ) har i tillegg til den ordinære veilederen om offentlige anskaffelser laget en «Tjenestespesifikk veileder for anskaffelse av helse – og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner». Denne beskriver på en god måte hvordan anskaffelser kan gjennomføres innen gjeldende regelverk og kontrakter tildeles ideelle organisasjoner uten at man benytter reservasjonsadgangen.

Dette er et handlingsrom vi mener bestillere i større grad kunne benyttet.

Innspill

Vi viser til konstruktivt innspillmøte 21.11.22 hvor det ble redegjort for mandatet og gitt korte innspill fra deltakere. Utvalget ønsket også skriftlige innspill på følgende:

- Hvilke mål skal en juridisk definisjon av ideelle virksomheter bidra til å oppnå?
- Hvilke organisasjonsformer er aktuelle for ideell drift av velferdstjenester?
- Hvordan kan et register for ideelle aktører bli mest mulig relevant?

Målene med en juridisk definisjon

Slik vi ser det må målet med en juridisk definisjon være å skape klarhet i hva man legger i begrepet ideell organisasjon, ivareta de egenskaper som kjennetegner ideelle organisasjoner og lette de prosesser bestiller og tilbyder må gjennomføre før kontrakter kan skrives.

Til selve definisjonen foreligger det i dag en formell definisjon i anskaffelsesreglene, FOA Del IV § 30.2a.2:

«Ideelle organisasjoner har ikke avkastning på egenkapital som hovedformål. De arbeider utelukkende for et sosialt formål for felleskapets 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».

Skatteetaten har også en formulering om skattefritak for ideelle organisasjoner.

Institusjoner, organisasjoner, selskap, foreninger og stiftelser mv. som ikke har erverv til formål er fritatt for formues- og inntektsskatt. Betingelsen for fritak fra skatteplikt er at organisasjonen "ikke har erverv til formål". Vurderingen av om institusjonen eller organisasjonen ikke har erverv til formål, avgjøres etter en konkret helhetsvurdering av bl.a. virksomhetens art, det vedtektsbestemte formål, vedtektenes bestemmelser om disponering av overskudd og anvendelse av overskudd ved oppløsning, organisasjonens oppbygging og den virksomhet som faktisk drives. Sentralt i vurderingen er om organisasjonen tar sikte på å oppnå økonomiske fordeler for seg selv eller andre. Hvis organisasjonen har datterselskaper, skal også datterselskapenes aktivitet tas med ved vurderingen.

Har organisasjonen flere formål, er det hovedformålet som er avgjørende.

I tillegg til disse formelle definisjonen knyttet til anskaffelsesreglene og skattefritak foreligger det mange beskrivelser av egenskaper som kjennetegner ideelle organisasjoner. Den beskrivelse som etter vår mening kan tillegges størst formell vekt er den DfØ har i sin veileder (se ovenfor).

Veilederen nevner eksempler på typiske egenskaper hos ideelle man kan tillegge vekt ved tildeling av tjenestekontrakter:

- Organisasjonskultur
- Spesialkompetanse og særlige tjenestetilbud
- Eksternt nettverk og samhandlingskompetanse
- Resultater fra bruker-, pårørende- og medarbeiderundersøkelser
- Arbeidsmetode
- Tilbud med ulik behandlingsform
- Tilbud etter ferdig behandling
- Rutiner og metodikk for å gjøre brukerne i stand til å klare seg selv
- I hvilken grad kan tjenesten tilpasses brukerens personlige og sosiale situasjon

Utfordringen i utformingen av definisjonen ligger mye i detaljeringsgraden. Den må være presis nok til å sikre formålet; offentlige midler bevilget til velferdstjenester skal ikke benyttes til andre formål eller tas ut som utbytte. Organisasjonen som mottar midler må ha et ideelt formål og fortjeneste/utbytte må gå til formålet.

Ideelle organisasjoner har i tråd med den generelle utvikling også tatt i bruk forretningsmodeller som anvendes av de fleste, bl.a. det å drive aktiviteter ut over kjernevirksomheten. Store ideelle virksomheter kan ha tilnærmet konsernmodeller og andre driver lokal aktivitet som også andre kan ha nytte av. Dette vil i flere tilfelle være aktivitet av kommersiell karakter ved at det kan være et offentlig tilgjengelig betalingsstilbud som f.eks. svømmehall, kafe, klatresenter, ridehall o.l. Når inntekter av denne type går til formålet bør ikke en definisjon utelukke dette. Definisjonen må med bakgrunn i dette ikke være så snever at den utelukker organisasjoner som driver denne type aktiviteter.

Vi mener anskaffelsesforskriftens formulering om ideelle organisasjoner kan være et godt utgangspunkt for utvalgets diskusjoner om en definisjon.

Aktuelle organisasjonsformer

Organisasjonsform vil kunne henge sammen med finansieringsmodell. Disse kan i tillegg til kjøpsavtaler være tilskudd, utvidet egenregi, partnerskap og innovative anskaffelser.

Vi vil videre i innspillet bruke kjøpsavtaler som referanseramme.

Som påpekt ovenfor bør ikke definisjonen utelukke kommersiell drift når avkastning går til formålet. Vi har også pekt på det faktum at forskjellige forretningsmodeller også brukes i ideell sektor. Det følger av dette at man også bør være forsiktig med en for snever aksept av forretningsmodeller.

Altinns veileder for valg av organisasjonsform ved etablering av virksomheter lister følgende alternativer:

- Enkeltpersonforetak
- Ansvarlig selskap ANS og DA

- Aksjeselskap AS
- Samvirkeforetak SA
- Andre organiseringsformer
 - Lag/foreninger
 - Stiftelser

Forskjellig lovgivning regulerer de forskjellige organisasjonsformene.

Vi anser stiftelser og aksjeselskap som de aktuelle å vurdere.

Den tradisjonelle og enkleste organisasjonsmodellen for ideelle organisasjoner er stiftelsesformen. Registreringen i stiftelsesregisteret baserer seg på Stiftelsesloven, Enhetsregisterloven og Foretaksregisterloven. Ved oppretting av stiftelsen har ikke stifter lenger rådighet over formuesverdien som er overført til stiftelsen. Verdier skapt i stiftelsen vil således bli i stiftelsen og ved opphør tilfalle stiftelsens formål. Stiftelsens formål framgår av definisjonen (§ 2 i Stiftelsesloven) som «formål av ideell, humanitær, kulturell, sosial, utdanningsmessig, økonomisk eller annen art». Som det framgår her vil ikke organisasjonsformen stiftelse alene være garanti for et ideelt formål. Organisasjonsform må derfor også vurderes i forhold til definisjonen.

I dag finner vi også ideelle organisasjoner organisert som aksjeselskap - AS.

Disse vil være organisert etter aksjeloven. Den økende kommersielle interessen for norsk velferd kan imidlertid også bety at vi kan se etableringer av allmennaksjeselskap - ASA. Disse er organisert etter Allmennaksjeloven.

ASA står for allmennaksjeselskap, og er en selskapsform for større norske selskaper. ASA fungerer i de fleste sammenhenger helt likt som et AS. Hovedforskjellen er at det er færre begrensninger i kjøp og salg av aksjene i et ASA, og at det derfor kan børsnoteres, slik at hvem som helst kan kjøpe aksjer i selskapet. Selskapsformen vil således kunne ha større kommersiell interesse da den åpner for fri omsetning av aksjer på børs.

Vi tror ikke ASA eger seg som organisasjonsform for ideell sektor.

Vedtekter i et AS kan sikre det ideelle formål og også sikre at midler ved opphør går til det ideelle formål. Vedtekter kan regulere omsetningen av aksjer og således si noe om hvem som kan være aksjeeiere. Generalforsamlinger kan imidlertid endre vedtekter. Aksjeloven er omfattende og det vil kreve en grundig gjennomgang for å finne de muligheter loven gir for å sikre at formuesverdien benyttes til det ideelleformål og at dette ikke kan endres ved vedtektsendringer eller opphør.

Vi mener at både stiftelser og aksjeselskap kan være aktuelle organisasjonsformer. Begge organisasjonsformene bør imidlertid gjennomgås for å sikre at det ideelle formål ivaretas, også ved endring eller opphør.

Register for ideelle aktører

Sverige har en ordning med register som er relevant ved anskaffelser. Velferdstjenesteutvalget påpeker også betydningen av et register.

Frivillighetsregisteret er et register ideelle organisasjoner kan registrere seg i sammen med friville lag og foreninger. Registeret gir en oversikt over norsk frivillighet og mye ideell virksomhet men er neppe dekkende for det det formål et register i anskaffelsessammenheng skal ha.

Vi mener et register for ideelle aktører vil være bra.

En viktig problemstilling er imidlertid hvilken status registeret skal ha. Registeret vil være et dokumentasjonsgrunnlag utarbeidet på et sett med kriterier. Skal dette dokumentasjonsgrunnlaget være viktig informasjon til bestiller for å vurdere om en organisasjon er ideell, eller skal registeret være en formell godkjenningmyndighet som hjemler deltakelse i anskaffelser reservert idelle?

For ideelle aktører kan et nasjonalt register være en form for prekvalifisering som letter tilbyders arbeid. Det samme vil gjelde for bestiller. Man får også en nasjonal standard som bestillere må forholde seg til. Dette betyr imidlertid også at definisjonsmakten flyttes fra bestiller til en nasjonal registerfører som gis en nasjonal godkjenningmyndighet. Registerfører må vedlikeholde registeret kontinuerlig. Endringer på leverandørsiden må fanges opp i virksomheter må i forhold til de endringer som skjer i virksomhetene slik at lovverkets krav til å være ideell hele tiden er oppfylt. Dette vil medføre krav til både kontroll fra registerfører og rapportering fra leverandører. Ved en avvisning i en anskaffelse må det også avklares hvem forføynings - eller erstatningssøksmålet skal rettes mot; registerfører eller bestiller.

Bestiller er ansvarlig for en lovpålagt tjenesteleveranse. I de innledende vurderinger foretas den helhetlige vurdering av tjenesteleveransen; hva skal det offentlige selv levere og hva anskaffes fra forskjellige tilbydere. Dette er krevende vurderinger basert på overordnede styringsdokumenter fra forskjellige departementer, samt faglige og ressursmessige vurderinger.

Vi mener, som uttrykt ovenfor, at et register over ideelle aktører vil være bra. Registeret bør være nasjonalt og alle organisasjoner som mener seg å være ideelle må søke om godkjenning i registeret. Registeret må basere seg på definisjon og krav som blir stilt av de aktuelle myndigheter. Gitt at den endelige, formelle godkjenning fortsatt skal ligge hos bestiller, bør registeret også utarbeide en detaljert veiledning som bestiller kan benytte for å være sikker på av alle juridiske krav i anskaffelsesreglene er ivaretatt.

Avhengigheter

De elementer utvalget har bedt om innspill på har klare sammenhenger; spesielt definisjon og organisasjonsform. Den innledende definisjonen vil legge klare føringer på hvilke organisasjonsformer som kan godkjennes. Ved vurderingene av disse forhold er det da viktig å se på hvilke konsekvenser det ene har for det andre. Detaljeringsnivået blir da et viktig element. Et uttømmende detaljeringsnivå øker mulighetene for utilsiktede vridningseffekter.

Et element som ikke er nevnt så langt er avtalene bestiller inngår med leverandørene. Vi tror det kan være utfordrende å myndighetsregulere alle forhold knyttet til avtaleinngåelse og avtaleoppfølging. Avtalene blir da et nødvendig virkemiddel for full måloppnåelse. Forholdet mellom registeret og konkurransegrunnlagene inngår også i vurderingen av sammenhenger. Et viktig krav til leverandører av tjenester til det offentlige som er viktig i konkurransegrunnlagen er bl.a. akseptable lønns – arbeidsforhold. På samme måte som for avtalene vil også konkurransegrunnlagene være et viktig virkemiddel.

Oppsummering

Vi har ovenfor beskrevet kort noe om bakgrunnen og gitt noen innspill til grep for å sikre ideell sektor og begrense den kommersielle vekst innenfor velferdstjenestene, med særlig oppmerksomhet på spesialisthelsetjenesteområdet.

Vi mener:

- Det er viktig med en gjennomgående definisjon av ideell organisasjon. Den bør ikke være for detaljert men må være helt tydelig på det ideelle formål og ikke gi mulighet for urimelig fortjeneste eller noen form for utbytte. Midler til velferd må ikke gå til annet enn velferd.

- Tillatte organisasjonsformer kan være flere men de må tilfredsstillere kravene i definisjonen.
- Et register kan være bra, men det må vurderes nøye om den formelle godkjenning skal ligge hos bestiller eller overføres til registerfører.
- Avtaler og konkurransegrunnlag må ses i sammenheng med de foregående punkter for å sikre samlet måloppnåelse; sikre ideell vekst på bekostning av den kommersielle.

Svein Kostveit

Svein Kostveit/s/

Astrid Nyquist/s/

Ole Jo Kristoffersen/s/

Heidi Toreli/s/

Anders Dalsaune Jansen/s/

Kjell Jacobsen/s/

Inger Johanne Osland/s/