



FYLKESMANNEN I OSLO OG AKERSHUS
Sosial- og familieavdelingen

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 Oslo

Deres ref.: Deres dato: Vår ref.: Saksbehandler: Dato:
2012/6876-2 S-BFS Tove Narud 05.06.2012

**HØRINGSUTTALELSE - UNNTAK FOR UTØVELSE AV OFFENTLIG
MYNDIGHET I FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG
FORSYNINGSFORSKRIFTEN**

Fylkesmannen i Oslo og Akershus viser til departementets høringsbrev av 21.03.12.

Vi har gjennomgått høringsnotatet og støtter i all hovedsak de foreslåtte forskriftsendringene.

Vi ønsker imidlertid å komme med noen betraktninger og spørsmål knyttet til temaet.

Fylkesmannen er fornøyd med at det kommer en nærmere avklaring på området. Som klage- og tilsynsmyndighet på barnevern og helse- og omsorgsområdet får vi befatning med saker som berører anskaffelsesproblematikken for både enkelt personer og kommuner.

Det er ingen tvil om at regelverket om offentlige anskaffelser oppfattes som et komplisert regelverk.

Fylkesmannen i Oslo og Akershus sendte brev til Statens Helsetilsyn i oktober 2010 og anmodet om en avklaring/fortolkning av forholdet mellom regelverket om offentlig anskaffelser og lov om sosiale tjenester kap. 4. (Nå kap. 3 i lov om kommunale helse- og omsorgstjenester). Statens helsetilsyn fant det nødvendig med nærmere avklaringer og sendte derfor brev den 20.12.11 til Helse- og omsorgsdepartementet. Brevet fra Statens Helsetilsyn klargjør noen av problemstillingene som gjelder på områder der barnevernlovgivningen og helse- og omsorgslovgivningen har grenseflater mot anskaffelseslovgivningen, se vedlagte brev.

Den foreslåtte forskriftsendringen vil avklare noen av spørsmålene, men ikke alle. I avgjørelse av 13. juli 2011 fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) trekkes det et skille mellom enkeltkjøp av plasser i barneverninstitusjoner og kjøp av flere institusjonsplasser. I avgjørelsen framkommer det at rammeavtaler fortsatt skal underlegges det offentlige anskaffelsesverket.

Vi forstår det foreliggende forslaget slik at det nå kan bli et uttrykkelig unntak for enkeltkjøp av plasser i de tilfellene der det gjelder utøvelse av offentlig myndighet. Det er imidlertid uklart for oss om dette også skal gjelde ved inngåelse av rammeavtaler.

I høringsnotatet på side 2 under punkt 3 står det at ”*Departementet vil understreke at begrepet offentlig myndighetsutøvelse er et autonomt EØS-rettslig begrep som må tolkes i samsvar med EØS-avtalen, uavhengig av hvordan begrepet ellers benyttes i nasjonal rett. Dette innebærer at bruken av begrepet offentlig myndighetsutøvelse i forvaltningsloven og andre nasjonale lover og forskrifter ikke gir veiledning for tolkningen i denne sammenheng. Veiledning for hva som ligger i begrepet offentlig myndighetsutøvelse må hentes fra EU- og EØS-rettslige kilder, primært praksis fra EU-domstolen*”.

Etter vårt syn reiser dette flere spørsmål og vi ønsker å kommentere noen av dem nærmere.

For det første presises det i avsnittet at ved fortolkning av begrepet ”utøvelse av offentlig myndighet” kan det kun sees hen til tolkning i samsvar med EØS-avtalen, uavhengig av hvordan begrepet ellers benyttes i nasjonal rett. For oss er det uklart hva det er som gjør at norsk rett er irrelevant i alle sammenhenger ved fortolkning av begrepet.

For det andre viser gjengitte avsnitt noe av kompleksiteten på området. Dette avsnittet innebærer, slik vi ser det, at alle som skal forholde seg til regelverket om offentlige anskaffelser trenger spesialkompetanse på EU- og EØS rett og at de må ha kjennskap til praksisen fra EU-domstolen. De fleste kommuner innehar neppe en slik kompetanse. De fleste små og store bedrifter har muligens heller ikke en slik kompetanse.

Fylkesmannen mener at forslaget til forskriftsendring er nødvendig, men den er ikke tilstrekkelig for å sikre at regelverket følges som tiltenkt.

Etter vår oppfatning stiller dette store krav til informasjonsmateriellet på området, både på den juridiske siden og når det gjelder EU-domstolens praksis. Slik vi ser det bør det utarbeides et rundskriv snarest som nærmere beskriver de juridiske forholdene og som særskilt tar for seg de kriteriene som fremkommer i EU-domstolens praksis. Det bør således gis rettslige nasjonale kriterier for når et tilfelle faller inn under kunngjøringsreglene og når de ikke gjør det. Et slikt rundskriv vil kunne avhjelpe usikkerhet og sikre at regelverket om offentlig anskaffelser praktiseres på korrekt måte.

Med hilsen

Gerd Reinsvollsvveen
avdelingsdirektør

Tove Narud
seksjonssjef

Dokumentet er elektronisk godkjent.

Vedlegg: Brev av 20.12.11 til Helse- og omsorgsdepartementet fra Statens helsetilsyn

Kopi uten vedlegg: Statens Helsetilsyn, Postboks 8128 Dep, 0032 Oslo



HELSETILSYNET

tilsyn med barnevern, sosial- og helsetjenestene

KOPI

MOTTATT
21 DES 2011
FMOA

Helse- og omsorgsdepartementet
Postboks 8011 Dep

0030 OSLO

DERES REF: / YOUR REF:

VÅR REF: / OUR REF:

2011/1356 II ELT

DATO: / DATE:

20. desember 2011

Lov om offentlig anskaffelsers konsekvenser for kommuners kjøp av heldøgns omsorgstjenester for enkeltbrukere

Statens helsetilsyn mottok 27. oktober 2011 brev fra Fylkesmannens i Oslo og Akershus der de anmoder om en avklaring av forholdet mellom lov om sosiale tjenester og lov om offentlig anskaffelser ved direkte og enkeltkjøp av heldøgns omsorgstjenester fra private tilbydere.

I lov om kommunale helse- og omsorgstjenester som trer i kraft 1. januar 2012, tydeliggjøres det i § 3-1 femte ledd at kommunen kan oppfylle sitt ansvar for helse- og omsorgstjenester ved å inngå avtaler med private tjenesteytere. Det betyr at kommunene fortsatt må forholde seg til krav for tjenestekjøp som følger av lov om offentlige anskaffelser og krav til forvarlige tjenester og personvern som helse- og omsorgslovgivningen forutsetter, og foreta en harmonisering av disse kravene i sin anbudspraksis i den grad det kan synes å være motstrid mellom disse lovbestemmelsene.

Fylkesmannen har p.t. ansvar for å behandle klager fra brukere som omfattes av sosialtjenesteloven, og tilsynsoppgaver som omfatter bl.a. plikten til å påse at kommunen oppfyller sine plikter for å sikre brukere et forsvarlig tjenestetilbud. Erfaringer fra deres arbeid tilsier at vi her er på et livsområde som omfattes av to lovverk der grenseflatene må tydeliggjøres og krever en felles lovforståelse fra flere departement.

Statene helsetilsyn er tillagt ansvar som overordnet organ for rettighetsklager og tilsyn med kommunens helse- og omsorgstjenester. Vi finner at henvendelsen fra Fylkesmannen i Oslo og Akershus utløser et behov for en avklaring på overordnet nasjonalt nivå og henvender oss derfor til Helse- og omsorgsdepartementet som rett myndighet.

Bakgrunn for henvendelsen

Omfanget og type saker der grenseoppgangen tydelig bør avklares, kommer fram i brevet fra Fylkesmannen.

Statens helsetilsyn
Norwegian Board of
Health Supervision

Org. nr.: 974 761 394

Postadresse / Postal address:

Pb 8128 Dep,
NO-0032 OSLO, Norway

Besøksadresse / Street address:
Calmeyers gate 1

Fakturaadresse / Invoice address:

Statens helsetilsyn
Fakturamottak SSØ
Pb 4104, 2307 Hamar

Tlf. / Tel.: (+47) 21 52 99 00
Faks / Fax: (+47) 21 52 99 99
E-post / E-mail:
postmottak@helsetilsynet.no
Internett: www.helsetilsynet.no

Slik FMOA ser det kan de viktigste punktene oppsummeres slik:

- Bruk av private leverandører og anbudsutsetting brukes ofte i saker hvor tjenestemottaker har svært omfattende behov for bistand.
- Mange av disse har ikke egen bolig og trenger hjelp til å skaffe seg dette, fortrinnsvis gjennom å leie.
- Mange av de private tjenestetilbyderne selger "pakkeløsninger" hvor bruk av leverandørens egen bolig er en forutsetning for det øvrige tjenestetilbudet.
- Dersom bydel eller kommune inngår slike avtaler innebærer dette at det stilles et vilkår for tjenestemottaker om å bo et bestemt sted for å få nødvendige tjenester.
- I flere tilfeller er dette bostedet i andre kommuner enn tjenestemottakers opprinnelige bokommune.
- Når en slik avtale av en eller annen grunn skal avsluttes vil tjenestemottaker måtte flytte til en annen bolig.
- For mange av disse tjenestemottakerne er behovet for omfattende hjelp livslangt. Løsningen med at tjenestetilbud og bolig knyttes sammen vil derfor kunne innebære jevnlig flyttinger gjennom hele livet, uten at flytteønsket er initiert av vedkommende selv.
- Flere av sakene FMOA er kjent med ligger nært opp til hva en må kunne omtale som tvangsflyttinger. Enten fordi tjenestemottaker eller dennes representanter har motsatt seg flytting, eller fordi saken kommer til klagebehandling så sent i prosessen at den er irreversibel.
- I Oslo er det mange tjenestemottakere med vedtak om bruk av tvang og makt etter Lov om sosiale tjenester Kap. 4A som mottar bo- og tjenestetilbud av private aktører.
- Også mange med kun dag/avlastningstilbud med vedtak etter Kap. 4A mottar dette av private leverandører, av både kommersiell og ideell art.
- Denne målgruppen er særlig sårbare med tanke på endringer i omgivelser, men samtidig en målgruppe som i de fleste tilfeller vil overstige beløpsgrensen for når en kommune "må" sette ut tilbud på anbud om de ikke leverer tjenesten selv.

Statens helsetilsyn har også merket seg at advokatfirmaet Kluge, på oppdrag fra KS, har levert en rapport som inneholder en juridisk vurdering av regelverket for offentlige anskaffelser når en kommune kjøper tjenester til brukere med behov for heldøgns omsorg, avlastningstjenester, barneverntjenester, hjemmetjenester og brukerstyrt personlig assistent. I rapporten (følger vedlagt) konkluderes med at det utenfor enkeltkjøp av barneverntjenester råder en hvis tvil om disse kjøpene kan defineres som kontrakter i anskaffelsesregelverkets forstand, særlig når det gjelder tjenesten "heldøgns omsorg for psykisk utviklingshemmede".

I rapporten drøftes også kjøp av tjenesten opp mot regelverkets beskyttelse av brukers personvern og egen innflytelse på tjenesten. Det pekes også på at det i noen tilfelle kan være nødvendig å forlenge kontrakten fordi det ville være uforsvarlig å flytte brukeren, og betydning dette får for tolkning av anskaffelsesregelverket. Det tas ikke med i drøftingen det forhold at tjenestemottakeren har klagerett på tildeling av tjenesten, og at et tjenestetilbud som vil være uforsvarlig. f.eks. der det settes vilkår om flytting, kan oppheves evt. også omgjøres av klageinstansen. Slik vi leser

rapporten gir den uttrykk for usikkerhet om slike enkeltkjøp faller inn under lov om anskaffelser. Rapporten støtter derfor opp under behovet for at det må komme en avklaring fra overordnet statlig tolkningsmyndighet.

Statens helsetilsyn tilslutter seg rapportenes vurdering av at disse kjøpene er av en annen karakter enn ordinære kontrakter etter anskaffelsesloven. Det følger av tilsynsmyndighetens myndighet at konsekvenser av flytting, som f. eks. økt utagering som krever økt makt og tvangsbruk, jf. helse- og omsorgslovens krav til kommunen om å forebygge og hindre bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming, §§ 9-4 og 9-5, kan føre til at tjenestetilbudet må endres og kontrakten også må kunne reverseres.

Vi vil derfor peke på viktigheten av å forebygge at kommunen kommer i erstatningsansvar og at anbudsinvitasjoner og kontrakter må ta høyde for at tjenestetilbudet kan påklages og at vedtak om tildeling oppheves og evt. reverseres der tjenestetilbudet viser seg å være uforsvarlig.

Vi stiller oss også undrende til begrepet "tjenester med heldøgns omsorgstilbud" som brukes i Kluges rapport og stiller spørsmål om deres anvendelse av begrepet også har betydning for rapportens konklusjoner. Dette begrepet anvendes i sosialtjenesteloven jf. § 4-2 d:

"plass i institusjon eller bolig med heldøgns omsorgstjenester." Bruk av denne type boform er etter forskrift til sosialtjenesteloven § 7-2 er begrenset til aldershjem, bolig for barn og unge under 18 år som bor utenfor foreldrehjemmet som følge av behov for særlig omsorg, herunder avlastningsboliger, og privat forpleining. Voksne brukere med behov for heldøgns helse og omsorgstjenester omfattes ikke av denne bestemmelsen. Ny helse- og omsorgslov gir heller ikke grunnlag for å utvide innholdet i dette begrepet.

Statens helsetilsyns syn på rettstilstanden ved enkeltkjøp etter helse- og omsorgslovgivningen (p.t. sosialtjenesteloven/kommunehelsetjenesteloven)

Statens helsetilsyn vurderer rettstilstanden slik at når kommunen ønsker å kjøpe tjenester til enkeltpersoner med behov for heldøgns helse- og omsorgstjenester, må det skilles mellom evt. boligtilbud og tjenester. Loven åpner ikke for å koble disse sammen slik at de i praksis blir en "miniinstitusjon". Husleieloven åpner for at tjenestemottakers rett til å disponere leiligheten kan følge bestemmelsene om midlertidige leiekontrakter. Der tjenesteutfører også er utleier av boligen, kan leieavtalen være slik utformet at det gir han rett til kreve fraflytting av leiligheten samtidig som oppdragstiden går ut. Hvis kommunen, etter en ny anbudsrunde tildeler oppdraget til en ny kontraktør, kan dette medføre at tjenestemottakeren må flytte. Kommunen befinner seg i en svært krevende situasjon hvis vedtak om tjenester som setter vilkår om flytting, oppheves eller omgjøres av Fylkesmannen. Dette forsterker behovet for en avklaring av om bruk av private enkeltkjøp til disse brukerne/pasientene, omfattes av anskaffelsesreglene og evt. hvilke krav som etter disse bestemmelsene ikke kan tilsidesettes i anbudskontrakten uten å utløse erstatningsansvar for kommunen hvis kontrakten må reverseres. Det må i så fall også vurderes om det kreves en lovendring på området.

Videre må handlingsrommet kommunen har ved denne type kontraktsinngåelse tydeliggjøres, og det må beskrives hvordan de mest hensiktsmessig kan utforme tilbudene uten å komme i konflikt med helse- og omsorgslovgivningens bestemmelser som ivaretar rettsvern for den enkelte bruker/pasient.

Avklaringsoppdrag i 2012.

Vi er kjent med at forslag til statsbudsjett 2012, gir Direktoratet for forvaltning og IKT i oppdrag å utarbeide en veiledning for offentlige anskaffelser av helse- og sosialtjenester med et særlig fokus på ideelle organisasjoner som oppdragsgivere. I forslag til statsbudsjettet går det også frem at Helsedirektoratet har fått i oppdrag å utarbeide rundskriv om BPA og at dette skal være oppdatert i forhold til anskaffelsesregelverket. Vi forutsetter at dette arbeidet samordnes og at departementet tar kontakt med Statens helsetilsyn ved behov.

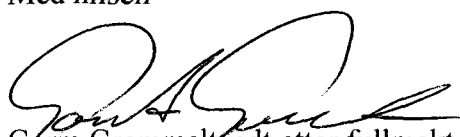
Fylkesmannens praksis i påvente av tolkningsavklaring.

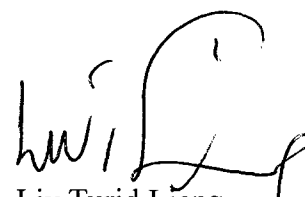
Statens helsetilsyn er overordnet faglig ansvarlig for fylkesmennenes tilsyn og behandling av rettighetsklager inne den kommunale helse- og omsorgstjenesten og skal sikre en ensartet og riktig praksis ved fylkesmannsembetene på dette rettsområdet.

Statens helsetilsyn vil fram til evt. retningslinjer og føringer foreligger fra Helse- og omsorgsdepartementet eller Helsedirektoratet, legge til grunn at Fylkesmannen ved behandling av klager som omfatter denne type saker har myndighet etter helse- og omsorgslovgivningen til å omgjøre kommunens vedtak hvis de finner at tjenestetilbudet som følger av vedtaket er uforsvarlig uansett om det bygger på en kontrakt med en ny tjenesteutfører. Vi finner at det er mest i samsvar med kommunens selvvråderett at vedtaket i slike tilfelle oppheves og returneres til kommunen så de kan stilles fritt hvis resultatet av klagebehandlingen innebærer at de må gjenoppta forhandlinger med aktuelle tilbydere.

Statens helsetilsyn ser at bruk av private tilbydere kan være et nødvendig supplement til kommunens egen kapasitet for å sikre gode og forsvarlige tjenester tilpasset den enkeltes behov. Vi ønsker ved dette å bidra til et klart og godt regelverk der kommunen kan utforme rettsriktige kontrakter og brukerne sikres gode og rettsriktige tjenester. Vi antar at dette er formål som kommuner, brukere og private tilbydere kan slutte seg til.

Med hilsen


Gorm Grammel vedt etter fullmakt
avdelings direktør


Liv Turid Lieng
fagsjef

Vedlegg:

Brev fra Fylkesmannen i Oslo og Akershus

FOU rapport fra Kluge advokatfirma om kjøp av helse- og sosialtjenester til enkelt bruker

Utdrag fra Doffins hjemmeside om oppdrag i statsbudsjettet 2012

Kopi: Landets fylkesmenn
Helsedirektoratet.

Saksbehandler: Elizabeth Loe Tollefsen, tlf. 21 52 99 75