



HELSETILSYNET

tilsyn med barnevern, sosial- og helsetjenestene

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet
Postboks 8004 dep
N-0030 OSLO

DERES REF: / YOUR REF:

VÅR REF: / OUR REF:

DATO: / DATE:

12/689

2012/441 | LIL

19. juni 2012

Høringsuttalelse – unntak for utøvelse av offentlig myndighet i forskrift om offentlig anskaffelser og fornyingsforskriften

Statens helsetilsyn viser til departementets høringsbrev av 21.03.12.

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

Vi ønsker å komme med noen ytterligere kommentarer til temaet.

Statens helsetilsyn sendte den 20.12.11 et brev til Helse- og omsorgsdepartementet med spørsmål om Lov om offentlig anskaffelsers konsekvenser for kommuners kjøp av heldøgns omsorgstjenester for enkeltbrukere, se vedlagte brev.

De foreslåtte forskriftsendringer vil avklare noen av spørsmålene, men vil åpne for nye spørsmål.

Hva ligger i begrepet "utøvelse av offentlig myndighet"?

Departementet understreker at dette 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 offentlig myndighetsutøvelse i forvaltningsloven og andre nasjonale lover og forskrifter ikke gir veiledning for tolkningen i denne sammenheng. Veiledningen for hva som ligger i begrepet offentlig myndighetsutøvelse må hentes fra EU- og EØS rettslige kilder, primært praksis fra EU-domstolen.

At det legges opp til en tolking i samsvar med EØS regelverket, uten at regelverkets innhold og praksis presiseres nærmere, ser Statens helsetilsyn som uheldig. Spesielt der det ytes tjenester der loven åpner for tvang og makt i tjenestetilbudet, kap. 9 og 10 i helse- og omsorgstjenesteloven og kap. 4A i pasient og brukerrettighetsloven, er dette viktig.

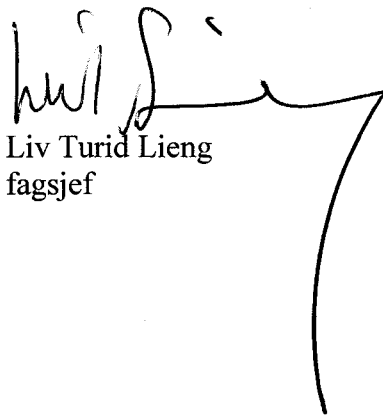
Kompetanse og innsikt i EØS regelverkets avgjørelser som presiserer begrepet "offentlig myndighet" er i de enkelte kommuner og hos tilbydere begrenset. I tillegg er regelverket komplisert og krever spesialkompetanse for å kunne ivareta praktiseringen av regelverket. Rett forståelse av regelverket har også stor betydning for å klargjøre hvilket handlingsrom som ligger i offentlige tjenestebyteres *sørge for* ansvar. I dette ligger plikten til å sikre tjenestemottakere forsvarlige tjenester som oppfyller lovens krav til deltakelse i utforming av tjenestetilbudet, forebygge bruk av tvang og makt og sikre internkontroll av tjenestetilbudet.

Behovet for tydeligere presisering av begrepet "offentlig myndighet" må også ses opp mot at tjenester kan overprøves av fylkesmannen som klageinstans og tilsynsmyndighet. Brukere og pasienters rettskrav til nødvendig og forsvarlig tjenestetilbud kan medføre at Fylkesmannen som klageinstans opphever eller omgjør vedtak og at tilbudet må endres, selv om det allerede er inngått avtale med privat tjenestebyter etter lov om offentlige anskaffelser.

Statens helsetilsyn anbefaler på bakgrunn av dette at det foretas en presisering av hvor EØS- regelverket p.t skiller seg fra nasjonal rett mht begrepet "utøvelse av offentlig myndighet" evt. som merknader til forskriften.

Med hilsen


Gen Sverre Braut (etter fullmakt)
ass. direktør


Liv Turid Lieng
fagsjef

Vedlegg: brev til Hod

Saksbehandler: Liv Turid Lieng, tlf. 21 52 98 55



HELSETILSYNET
tilsyn med barnevern, sosial- og helsetjenestene

K O P I

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 anskaffers 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 utrykk 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 helsetilsyns 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.

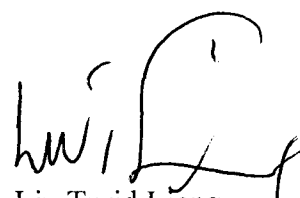
Statens helsetilsyn vil fram til evt. retningslinjer og føringer foreligger fra Helse- og omsorgsdepartementet eller Helsedirektoratet, legge til grunn at Fylkesmannen ved behandling av klager som omfatter denne type saker har myndighet etter helse- og omsorgslovgivningen til å omgjøre kommunens vedtak 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 selvråderett 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 Grammelvedt etter fullmakt
åvdelings 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