

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet

Postboks 8036 Dep
0030 OSLO

Deres ref:

Vår ref: 2014/50222-2

Arkivkode: 008

Dato: 08.01.2014

Innspill til høring - unntak fra forskrift om offentlige anskaffelser for kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere

1. Oppsummering av forslaget og Bufdir sitt syn

Det vises til høringsbrev fra Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) av 4.10.2013 vedr. unntak fra forskrift om offentlige anskaffelser for kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere.

FAD foreslår å innføre et betinget unntak fra forskrift om offentlige anskaffelser ved kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere. Bakgrunnen for endringsforslaget er at når oppdragsgiver skal kjøpe inn helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere, må både anskaffelsesregelverket og taushetspliktreglene i helsepersonelloven respekteres, og at det eksisterer en konflikt mellom kravene i anskaffelsesregelverket og taushetspliktreglene.

Unntaket begrenses på denne bakgrunn til tilfeller hvor det

1. ikke på forsvarlig vis er mulig å gjennomføre en konkurranse uten å gi ut taushetsbelagt informasjon og
2. ikke fullt ut foreligger samtykke til å utlevere taushetsbelagte opplysninger til potensielle leverandører

Bufdir er positiv til at det foreslås unntak fra forskrift om offentlige anskaffelser i de tilfellene der hensynet til taushetsplikt overfor brukere av helse- og sosialtjenester tilsier at det ikke kan kunngjøres eller gjennomføres en konkurranse.

I høringsbrevet fra FAD kommer det imidlertid ikke klart frem hvordan det foreslåtte unntaket skal tolkes i sammenheng med andre unntaksbestemmelser og den presedens som ble dannet for kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere gjennom KOFAAs avgjørelse i sak 2010/364. Dette er nærmere beskrevet i pkt. 3 under. Hvis forslaget er ment å være uttømmende i den forstand at det

tilsidesetter den praksis som er dannet gjennom den aktuelle KOFA-saken, mener vi at unntaket ikke bør begrenses til de tilfellene hvor man er i konflikt med taushetspliktreglene. Bufdir mener at endringen i så fall også må ta hensyn til at kjøpet skal gi et best mulig tiltak for brukeren og sikre brukerens rett til medbestemmelse. Dette er nærmere utdypet i pkt. 4 nedenfor.

2. Relevansen av forslaget opp mot Bufetats tjenester

Bufetat foretar enkeltkjøp av barnevernstjenester (institusjonsplasser og fosterhjem) av private leverandører. Barnevernstjenester er å anse som helse- og sosialtjenester, og enkeltkjøp av disse tjenestene vil således være omfattet av det foreslåtte unntaket.

Bufdir ønsker å fremheve at ved barnevernsanskaffelser har Bufetat et ansvar og en plikt til å ivareta barnets beste. For Bufetat er det derfor viktig å sikre tiltak av høy kvalitet tilpasset det enkelte barns behov. For å oppnå dette mener vi at gode innkjøpsprosesser er helt nødvendig. Bufetat har derfor lagt opp til, og vil også i fremtiden legge opp til å gjennomføre konkurranser for inngåelse av overordnede avtaler om barneverntjenester.

Noen av barneverntjenestene Bufetat kjøper krever imidlertid så stor grad av tilpasning eller "skreddersøm" for det enkelte barn at en overordnet avtale vanskelig vil kunne dekke det konkrete behovet. Dette vil i stor utstrekning gjelde kjøp av institusjonsplass eller fosterhjem for barn med særlig store og sammensatte hjelpebehov. Det er hovedsakelig i disse tilfellene det vil være aktuelt og nødvendig for Bufetat å foreta enkeltkjøp.

3. Nærmere om Bufdirs tolkning av regelverket, forholdet til andre unntaksbestemmelser og til KOFAs avgjørelse i sak 2010/364

Bufdir mener at dagens regelverk og KOFA praksis gir grunnlag for å unnta enkeltkjøp av barneverntjenester fra forskrift om offentlige anskaffelser.

I sak 2010/364 konkluderte KOFA med at enkeltkjøp av barnevernsinstitusjoner ikke er omfattet av lov eller forskrift om offentlige anskaffelser med den begrunnelse at kjøpene ikke kunne anses å utgjøre kontrakter i forskriftens forstand. KOFA uttalte at det er «enkelte avtaleformer hvor det økonomiske aspektet ved tjenesteleveransen er så underordnet at avtalen ikke kan klassifiseres som en "kontrakt" i regelverkets forstand». Bufdir antar at tilsvarende betraktning vil måtte gjelde for enkeltkjøp av fosterhjem.

Som følge av en annen konkurisjon i samme KOFA sak ble det også gjort en presisering i forskriften, ved innføring av ny unntaksbestemmelse i FOA § 1-3 (2) bokstav k, hvor det fremgår at forskriften ikke får anvendelse på «kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32». Det har ikke blitt prøvd hvor langt denne bestemmelsen rekker.

Dersom man legger KOFAs tolkning fra sak 2010/364 til grunn, er det altså i dag grunnlag for å unnta enkeltkjøp av barneverntjenester fra forskrift om offentlige anskaffelser. Dette uavhengig av reglene om taushetsplikt.

FAD går i høringsbrevet ikke inn på hvilken betydning forskriftsendringen vil få for tolkningen av regelverket. Det er for Bufdir uvisst om unntaket som foreslås er ment å være uttømmende i den forstand at man ikke lenger kan holde seg til KOFAs tolkning vist til ovenfor. Er det tilfellet, vil endringen medføre en innskrenking, i forhold til i dag, i Bufetats adgang til å foreta enkeltkjøp av barneverntjenester uten å følge forskrift om offentlige anskaffelser. Bufdir har i så fall betenkeligheter til endringen. Disse vil det bli redegjort for nedenfor.

4. Nærmere om forhold ved kjøp av barneverntjenester til enkeltbrukere som vanskeliggjør konkurranse i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser

Som vist til ovenfor, krever noen av tjenestene Bufetat kjøper så stor grad av tilpasning eller "skreddersøm" for det enkelte barn at en overordnet avtale vanskelig vil kunne dekke det konkrete behovet for tiltak. Det er særlig i disse tilfellene det er behov for å foreta enkeltkjøp av fosterhjem eller institusjonsplass. Uavhengig av reglene om taushetsplikt, mener Bufdir det i disse tilfellene vil være uheldig å være bundet av forskrift om offentlige anskaffelser som vil kreve utlysning på Doffin og som i tillegg setter til dels strenge rammer for gjennomføring av anskaffelsen.

Det følger av barnevernloven § 4-1 at det ved valg av tiltak skal legges avgjørende vekt på "barnets beste". Tilsvarende følger av barnekonvensjonen artikkel 3 (1). Innenfor denne rammen er det en rekke ulike faktorer som vil kunne være relevant ved valg av tiltak, herunder barnets egen mening.

Det vises i denne sammenheng til KOFAs uttalelse i sak 2010/364:

"Som innklagede fremhever kan det også fremføres betydelige motforestillinger mot å kunngjøre en institusjonsplass for et enkelt barn. Dette gjelder både med hensyn til beskyttelse av taushetsbelagte opplysninger og utfordringer knyttet til å ivareta det grunnleggende kravet om å legge avgjørende vekt på hensynet tilsvarende beste."

Barnets rett til medbestemmelse står sterkt i norsk barnevern, og retten til medvirkning styrkes gjennom ny § 4-1 (endring i kursiv) som trer i kraft 1. februar 2014:

«§ 4-1 Hensynet til barnets beste

Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Herunder skal det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.

Barnet skal gis mulighet til medvirkning og det skal tilrettelegges for samtaler med barnet. Barn som barnevernet har overtatt omsorgen for kan gis anledning til å ha med seg en person barnet har særlig tillit til. Departementet kan gi nærmere forskrifter om medvirkning og om tillitspersonens oppgaver og funksjon.»

Det er Bufdirs syn at det å kunngjøre et konkret barns behov for institusjonsplass eller fosterhjem vil kunne være utfordrende med hensyn til barnets rett til medbestemmelse ved valg av tiltak. Det vises særlig til anskaffelsesregelverkets krav til forutberegnelighet for leverandørene som gir seg utslag i at man ved utlysning av konkurransen binder seg med hensyn til tildelingskriterier og da også til valg av leverandør. Dette mener Bufdir vil kunne forhindre at barnets mening tillegges tilstrekkelig vekt ved valg av leverandør. Barnet kan selvsagt være deltagende ved oppstilling av tildelingskriteriene, men Bufdir mener likevel rammene som en konkurranse i henhold til forskriften gir, vil kunne svekke barnets mulighet til å få frem sin mening. Dette er fordi barnet, og eventuelt foreldrene, ikke er profesjonelle aktører som kan forventes å kunne beskrive sine behov og ønsker knyttet til tjenestene på en slik måte at de lar seg omforme til kvalitetskrav eller tildelingskriterier.

Dersom anskaffelsesprosessen oppleves som langvarig og uhensiktsmessig, og samtidig fører til at brukeren ikke føler seg hørt eller oppfatter at tiltaket ikke er i tråd med brukerens behov og ønsker, vil dette kunne svekke motivasjonen for selve tiltaket og dermed også effekten av det.

Med hilsen

Nils Christian Thomsen (e.f)
seksjonssjef

Ane Riiber Bergene
seniorrådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ikke håndskrevet signatur.