



# **KJØP AV HELSE- OG SOSIALTJENESTER TIL ENKELTBrukERE**

**FOU-rapport**

**Kluge Advokatfirma DA**

## Innhold

<b>1. INNLEDNING</b> .....	4
<b>2. SAMMENDRAG AV RAPPORTEN</b> .....	5
<b>3. OVERORDNETE BEMERKNINGER</b> .....	7
<b>4. TJENESTENE SOM OMFATTES AV VÅR VURDERING</b> .....	8
<b>4.1 Innledning</b> .....	8
<b>4.2 Tjenester til brukere med behov for heldøgns omsorg</b> .....	8
<b>4.3 Avlastningstjenester</b> .....	8
<b>4.4 Tjenester til barneverntiltak</b> .....	9
<b>4.5 Hjemmetjenester og brukerstyrt personlig assistent</b> .....	9
<b>5. ANSKAFFELSE AV HELSE- OG SOSIALTJENESTER</b> .....	11
<b>5.1 EUs anskaffelsesregler</b> .....	11
5.1.1 Anskaffelsesreglene gjelder bare for kontrakter av økonomisk karakter.....	11
5.1.2 EU-reglene gjelder ikke for kontrakter om offentlig myndighetsutøvelse.....	11
5.1.3 Skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester .....	11
5.1.4 Uprioriterte tjenester - Krav om likebehandling og ikke-diskriminering.....	12
<b>5.2 Det norske anskaffelsesregelverket vedrørende helse- og sosialtjenester</b> .....	12
5.2.1 De generelle reglene for kjøp av helse- og sosialtjenester .....	12
5.2.2 Anskaffelse av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner .....	13
<b>6. OMFATTES DISSE KJØPENE AV ANSKAFFELSESGLENE?</b> .....	15
<b>6.1 Innledning</b> .....	15
<b>6.2 Er anskaffelsene ”kontrakter” i regelverkets forstand?</b> .....	15
6.2.1 Innledning.....	15
6.2.2 Kjøp av barnevernstjenester som gir rett til tvangsbruk er ikke ”kontrakter” .....	16
6.2.3 Er kjøp av de øvrige tjenestene ”kontrakter”?.....	17
<b>6.3 Kjøp av tjenester som innebærer offentlig myndighetsutøvelse</b> .....	18
6.3.1 Innledning.....	18
6.3.2 EU-regelverket .....	18
6.3.3 Det norske regelverket.....	19
<b>6.4 Innebærer noen av de aktuelle tjenestene offentlig myndighetsutøvelse?</b> .....	20
<b>6.5 Oppsummering – spørsmålet om regelverket gjelder</b> .....	21
<b>7. TAUSHETSPLIKTEN</b> .....	22
<b>7.1 Innledning - problemstillingen</b> .....	22
<b>7.2 Hvilke taushetspliktregler gjelder?</b> .....	22
<b>7.3 Taushetsplikten etter helsepersonelloven</b> .....	23
7.3.1 Innledning.....	23
7.3.2 Utgangspunktet – taushetsplikt om helseopplysninger.....	23
7.3.3 Betydningen av om tilbydere prekvalifiseres for deltakelse i konkurransen .....	24
7.3.4 Helsepersonelloven § 25 som hjemmel for å gi opplysninger?.....	25
7.3.5 Helsepersonelloven § 23 som hjemmel for å gi opplysninger?.....	27
<b>7.4 Adgangen til å gi taushetsbelagte opplysninger etter forvaltningsloven</b> .....	28
7.4.1 Innledning.....	28
7.4.2 Fvl § 13 b nr 2 som hjemmel for å gi tilbyderne opplysninger? .....	28
<b>7.5 Samtykke som grunnlag for å gi opplysninger</b> .....	30
<b>7.6 Oppsummering – taushetspliktspørsmålet</b> .....	30
<b>8. SAMARBEID MED BRUKERE OG PÅRØRENDE</b> .....	32

<b>8.1</b>	<b>Innledning – medvirkningsretten</b> .....	32
<b>8.2</b>	<b>Medvirkningsretten – det grunnleggende utgangspunktet</b> .....	32
<b>8.3</b>	<b>Medvirkning ved spørsmålet om en tjeneste skal konkurransesutsettes</b> .....	33
<b>8.4</b>	<b>Medvirkning i tildelingsfasen</b> .....	34
<b>8.5</b>	<b>Medvirkning i kontraktsfasen</b> .....	34
<b>9.</b>	<b>BEHOVET FOR STABILE TJENESTER</b> .....	36
<b>9.1</b>	<b>Innledning</b> .....	36
<b>9.2</b>	<b>Anskaffelsesforskriftens regler om varighet</b> .....	36
9.2.1	Innledning.....	36
9.2.2	Anskaffelsesdirektivets regler om varighet.....	36
9.2.3	Varighetsreglene i det norske regelverket.....	37
9.2.4	Nærmere om varighetsreglene for de avtaler som omfattes av vår vurdering ...	38
9.2.5	Oppsummering – varighetsspørsmålet .....	39
<b>10.</b>	<b>FORLENGELSE OG ENDRING AV KONTRAKTEN</b> .....	41
<b>10.1</b>	<b>Innledning – endringsadgangen beror på kontraktens egen regulering</b> .....	41
<b>10.2</b>	<b>Endringsadgangen for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesreglene</b> .....	41
<b>10.3</b>	<b>Foa § 2-1 (2) d som endrings- eller forlengelsehjemmel?</b> .....	42
<b>10.4</b>	<b>Det avgjørende skillet – er kontraktsendringen vesentlig?</b> .....	42
<b>10.5</b>	<b>Kontraktens betydning for om det foreligger en vesentlig endring</b> .....	44
<b>10.6</b>	<b>Enkelte typetilfeller</b> .....	44
10.6.1	Forlengelse av kontrakten .....	44
10.6.2	Endring i ytelsesnivå .....	44
10.6.3	Endringer i ytelsestype .....	45
<b>11.</b>	<b>MANGLENDE MARKED</b> .....	46
<b>11.1</b>	<b>Innledning</b> .....	46
<b>11.2</b>	<b>Problemstillingene</b> .....	46
<b>11.3</b>	<b>Adgangen til å unnlate å arrangere konkurranse – utgangspunktet</b> .....	46
<b>11.4</b>	<b>Nærmere om adgangen til å unnlate å arrangere konkurranse</b> .....	46
<b>11.5</b>	<b>Avlysningsadgang når det bare kommer ett tilbud</b> .....	47
<b>11.6</b>	<b>Kommunens handlingsalternativer etter avlysning</b> .....	48
<b>12.</b>	<b>FORSLAG TIL REGELENDRINGER</b> .....	49
<b>12.1</b>	<b>Situasjonen dersom anskaffelsesreglene ikke gjelder</b> .....	49
<b>12.2</b>	<b>Regelendringer for kjøp som reguleres av anskaffelsesreglene</b> .....	49
12.2.1	Innledning.....	49
<b>12.3</b>	<b>Regelendringer som ønskes vurdert</b> .....	50
<b>12.4</b>	<b>Endring av taushetspliktreglene</b> .....	50
12.4.1	Innledning.....	50
12.4.2	Åpne for direkteanskaffelser? .....	50
12.4.3	Endre helsepersonelloven? .....	51
<b>12.5</b>	<b>Adgangen til å endre ytelsen underveis i kontraktsperioden</b> .....	52
<b>12.6</b>	<b>Muligheten for forlengelse i ”nødtilfellene”</b> .....	52
<b>12.7</b>	<b>Er utlysning via Doffin hensiktsmessig?</b> .....	52
<b>12.8</b>	<b>Reglene for ideelle organisasjoner</b> .....	53

## 1. INNLEDNING

KS har bedt oss vurdere diverse anskaffelsesrettslige spørsmål i tilknytning til kjøp av nærmere spesifiserte pleie- og omsorgstjenester.

I pkt 3 nedenfor redegjøres det nærmere for hvilke tjenestekjøp som er omfattet av vårt oppdrag. Det som er felles for de aktuelle tjenestene er at det dreier seg om kjøp av helse- og sosialtjenester til *enkeltbrukere*. Kommunen kjøper m.a.o. en helse- og sosialtjeneste til én konkret bruker, i motsetning til situasjonen hvor kommunen eksempelvis arrangerer en konkurranse om driften av et sykehjem, som skal betjene en rekke brukere. Vår vurdering omfatter heller ikke de situasjonene hvor en kommune inngår rammeavtaler med en eller flere leverandører om å kjøpe helse- og sosialtjenester fra disse leverandørene.

Kluge har tidligere, på oppdrag fra KS, vurdert en rekke spørsmål i tilknytning til såkalt "fritt brukervalg" for en rekke helse- og sosialtjenester.<sup>1</sup> Vi konkluderte den gang med at det, på nærmere bestemte vilkår, var rettslig adgang til å anskaffe denne typen tjenester gjennom såkalte "tjenestekonsesjoner", jfr forskrift om offentlige anskaffelser (foa) § 4-1 e.<sup>2</sup>

Ved kjøp av tjenester til enkeltbrukere vil det i praksis ikke være mulig å organisere anskaffelsen som en tjenestekonsesjon etter foa § 4-1 e. Dette innebærer at dersom kjøp av de aktuelle tjenestene anses som en anskaffelse, vil det som utgangspunkt være ordinære tjenesteanskaffelser, slik dette er definert i foa § 4-1 d.

Det oppstår imidlertid flere kompliserte spørsmål i tilknytning til kjøp av slike tjenester. For det første er det spørsmål om kjøp av slike tjenester til enkeltbrukere i det hele tatt kan anses som en anskaffelsesavtale, slik dette er definert i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, jfr pkt 6 nedenfor.

Dersom man konkluderer med at denne typen anskaffelser, eller noen av disse anskaffelsene, faller inn under anskaffelsesregelverket, oppstår det flere særspørsmål, som normalt ikke oppstår når kommunene kjøper mer standardiserte tjenester, som ordinære sykehjemsplasser o.l.

---

<sup>1</sup> KS' FOU-rapport "Fritt brukervalg for helse- og omsorgstjenester.

<sup>2</sup> Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402

## 2. SAMMENDRAG AV RAPPORTEN

Rapporten inneholder en juridisk vurdering av regelverket for offentlige anskaffelser når en kommune kjøper tjenester til brukere med behov for heldøgns omsorg, avlastningstjenester, barnevernstjenester etter barnevernloven § 4-4, hjemmetjenester og brukerstyrt personlig assistent. Det som er felles for disse tjenestekjøpene er at det dreier seg om kjøp av helse- og sosialtjenester til *enkeltbrukere*.

Det redegjøres både for EUs anskaffelsesregler og det norske regelverket for slike tjenestekjøp. De norske reglene er gjennomgående mer detaljerte enn EU-regelverket på dette området.

Rapporten konkluderer med at kjøp av institusjonsplasser etter barnevernloven § 4-12 jfr § 4-14 ikke er en "kontrakt" i anskaffelsesregelverkets forstand. Slike tjenester omfattes dermed ikke av anskaffelsesreglene og kan anskaffes uten å følge regelverket.

De øvrige tjenestekjøpene som vurderes i rapporten må derimot anses som "kontrakter" i anskaffelsesregelverkets forstand. Det hefter imidlertid en viss tvil ved denne konklusjonen, særlig for så vidt gjelder kjøp av tjenesten heldøgns omsorg for psykisk utviklingshemmede.

Rapporten konkluderer med at kjøp av barnevernstjenester der leverandøren har rett til å utøve tvang, må anses som såkalt "offentlig myndighetsutøvelse". Det samme gjelder kjøp av tjenester til psykisk utviklingshemmede brukere med behov for heldøgns omsorg. Dette innebærer at slike tjenestekjøp ikke omfattes av EUs anskaffelsesdirektiv. Om slike tjenestekjøp omfattes av det norske anskaffelsesregelverket må anses som et åpent spørsmål.

Rapporten vurderer om taushetsplikten er til hinder for at tilbydere som konkurrerer om å levere de nevnte tjenestene kan gis opplysninger om den enkelte brukers hjelpebehov, med mer. Slik informasjon vil være taushetsbelagt informasjon, enten etter helsepersonelloven eller forvaltningsloven. Rapporten konkluderer med at informasjon som er taushetsbelagt med hjemmel i helsepersonelloven trolig ikke kan gis til tilbyderne. Dette gjelder selv om opplysningene bare gis til prekvalifiserte tilbydere, eller en anskaffelsesenhet i kommunen. Den som er vernet av taushetspliktreglene kan imidlertid samtykke til at tilbyderne gis slik informasjon. Et samtykke kan trekkes tilbake på et hvilket som helst tidspunkt.

Dersom det ikke er mulig å gi tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne kan kalkulere sine tilbud, uten at brukerens identitet avdekkes, og brukeren heller ikke samtykker til at slik informasjon gis, vil det trolig ikke være mulig å arrangere konkurranse i tilfeller hvor opplysningene er taushetsbelagt etter helsepersonelloven. Dette innebærer at tjenestene heller ikke kan utføres av private, for så vidt gjelder de tjenestene som ikke kan tildeles private leverandører uten konkurranse.

I de tilfeller hvor taushetsplikten bare følger av forvaltningslovens taushetspliktregler kan kommunen trolig gi prekvalifiserte tilbydere taushetsbelagt informasjon. Dette forutsetter at kommunen gjør det som med rimelighet kan forventes for å hindre spredning av opplysningene.

Rapporten vurderer hvilken innflytelse reglene om såkalt "medvirkningsrett" gir den enkelte bruker i en konkurranseutsettingsprosess. Det konkluderes med at brukeren i vid utstrekning har rett til å bli hørt vedrørende spørsmålet om kjøp av tjenester til ham skal

konkurransesettes, hvem som skal tildeles oppdraget med mer, men at den endelige beslutningsmyndigheten i disse spørsmålene tilligger kommunen.

Rapporten vurderer videre hvor langvarige avtaler som kan inngås ved kjøp av de nevnte helse- og sosialtjenestene. Det konkluderes med at slike avtaler kan inngås for en betydelig lengre tidsperiode enn fire år, forutsatt at det kan påvises et konkret *behov* for dette, eksempelvis at brukeren har behov for stabilitet mht tjenesteleverandør ut over fire år. Dersom det ikke kan påvises noe særskilt behov som tilsier varighet ut over fire år, er det neppe adgang til å inngå kontrakter med lengre varighet enn fire år.

Det er ikke uvanlig at brukerens hjelpebehov endres i løpet av kontraktsperioden. Rapporten vurderer hvor langt kommunen kan gå i endre den kontrakten som opprinnelig er inngått med leverandøren, uten at det utlyses en ny konkurranse om oppdraget. Det konkluderes med at foa § 2-1 (2) d trolig gir hjemmel for forlengelse av slike kontrakter hvor kontrakten er i ferd med å løpe ut, men brukeren er så dårlig at det ikke er medisinsk forsvarlig å flytte ham til et nytt sted. For øvrig vil adgangen til å endre kontrakten bero på om endringen må anses som ”vesentlig”.

Endelig vurderer rapporten behovet for regelendringer, forsåvidt gjelder adgangen til å foreta direkteanskaffelser av slike tjenester, taushetspliktreglene, adgangen til å endre kontraktsytelsen i kontraktsperioden og å forlenge kontrakten utover den opprinnelige kontraktsperioden,

Det konkluderes med at man bør vurdere å endre taushetspliktreglene i helsepersonelloven. Dette kan eventuelt kombineres med å åpne for direkteanskaffelser av de aktuelle tjenestene, så langt som EU-reglene tillater dette. Når det gjelder adgangen til å endre kontraktsytelsen i kontraktsperioden og å forlenge kontraktsperioden, konkluderes det med at norske myndigheters handlingsrom for å endre regelverket er begrenset, men at enkelte problemer kan løses ved å unnta helse- og sosialtjenester fra prosedyrereglene i anskaffelsesforskriftens del II. Herunder påpekes det at man bør vurdere å endre kravet til utlysning av denne typen tjenester på Doffin.

### 3. OVERORDNETE BEMERKNINGER

Da KS tildelte oss dette FOU-oppgavet var det basert på en forutsetning om at det norske anskaffelsesregelverket gjelder for samtlige av de anskaffelsene som vi er bedt om å vurdere. Vi er derfor bedt om å redegjøre for en rekke problemstillinger knyttet til tolkningen av anskaffelsesreglene og norske myndigheters handlingsrom innenfor EUs anskaffelsesregelverk. Alle disse problemstillingene har som underliggende premiss at de norske anskaffelsesreglene kommer til anvendelse. Dette var også en rådende oppfatning i kommunene og store deler av anskaffelsesmiljøet.

I en sen fase av utredningsarbeidet avsa Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) en avgjørelse som har vesentlig interesse for vår vurdering. KOFA konkluderte med at flere av de barnevernstjenestene som omfattes av vår vurdering ikke reguleres av anskaffelsesreglene i det hele tatt, fordi det ikke er ”kontrakter” i regelverkets forstand. Slike tjenestekjøp omfattes derfor hverken av EUs anskaffelsesregler eller av det norske anskaffelsesregelverket.

Dette reiser flere problemstillinger som har grunnleggende betydning for de spørsmål vi er bedt om å utrede. For det første er det selvsagt et spørsmål om KOFA har tolket regelverket korrekt. Dersom KOFAs konklusjon er korrekt, innebærer det under alle omstendigheter at de barnevernstjenestene som vi er bedt om å vurdere i stor grad faller utenfor anskaffelsesregelverket. De problemstillingene som KS har bedt oss vurdere bortfaller derfor i stor grad for så vidt gjelder disse barnevernstjenestene.

Det mest interessante spørsmålet er imidlertid om KOFAs standpunkt har overføringsverdi også til de øvrige tjenestene som er omfattet av vår vurdering, eller til enkelte av dem, slik at heller ikke disse omfattes av anskaffelsesreglene.

Som det vil fremgå av pkt 6 er vår vurdering at de øvrige tjenestekjøpene *trolig* må anses som ”kontrakter” i anskaffelsesreglenes forstand, slik at de problemstillingene KS har tatt opp fremdeles er relevante for disse tjenestekjøpenes vedkommende. Det hefter imidlertid en viss usikkerhet ved denne konklusjonen. Dersom det eventuelt skulle bli avklart gjennom senere praksis at anskaffelsesregelverket heller ikke gjelder for de øvrige tjenestene, vil de problemstillingene som KS har reist i stor grad bortfalle. Dersom kommunene i en slik situasjon likevel velger å gjennomføre konkurranser om denne typen oppdrag, vil imidlertid mange av de problemstillingene som behandles i rapporten i tilknytning til reglene om taushetsplikt fremdeles være aktuelle.

## **4. TJENESTENE SOM OMFATTES AV VÅR VURDERING**

### **4.1 Innledning**

De tjenestene som omfattes av vår vurdering er pr i dag regulert enten i kommunehelsetjenesteloven (khl),<sup>3</sup> sosialtjenesteloven<sup>4</sup> eller barnevernloven.<sup>5</sup> Det er imidlertid nylig vedtatt en ny lov, helse- og omsorgstjenesteloven, som erstatter kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven.<sup>6</sup> Den nye loven er ikke trådt i kraft ennå. Vi har derfor i vår utredning vist til de lovbestemmelsene som regulerer de aktuelle tjenestene både i dagens gjeldende lovverk og i den nye helse- og omsorgstjenesteloven.

### **4.2 Tjenester til brukere med behov for heldøgns omsorg**

Denne ytelsen er regulert sosialtjenesteloven § 4-2 d, samt i khl § 1-3 annet ledd nr 6, med tilhørende forskrift om sykehjem og boform for heldøgns omsorg.<sup>7</sup>

Heldøgns omsorg kan skje enten i sykehjem eller i annen boform for heldøgns omsorg.

Det er en kommunal oppgave å tilby slike tjenester, men kommunen kan oppfylle sin forpliktelse til å levere tjenestene enten i egen regi, eller ved å inngå avtale med private eller andre kommuner om å drive slike tjenester på vegne av kommunen, jfr khl § 1-3 tredje ledd. Det er ikke uvanlig at kommunen kjøper slike tjenester til konkrete, spesifiserte enkeltbrukere, fra private leverandører av slike tjenester. I noen tilfeller eier kommunen selv boligen/institusjonen hvor brukeren bor, mens den i andre tilfeller eies av leverandøren.

I den nye helse- og omsorgstjenesteloven reguleres ytelsen i § 3-2 første ledd nr 6 c, som fastslår at kommunen skal tilby ”plass i institusjon, herunder sykehjem”. Bestemmelsen viderefører dagens bestemmelser i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven.<sup>8</sup>

Noen av brukerne av disse tjenestene er psykisk utviklingshemmede. Sosialtjenestelovens kap 4a regulerer adgangen til om nødvendig å bruke tvang overfor denne brukergruppen, se særlig sosialtjenestelovens § 4A-5. Lignende regler finnes i den nye helse- og omsorgstjenesteloven kap 9.

### **4.3 Avlastningstjenester**

Ytelsen er regulert i sosialtjenesteloven § 4-2 bokstav b. Avlastning innebærer at personer og familier som har særlig tyngende omsorgsarbeid kan få avlastning fra dette i kortere eller lengre tid. Tjenesten ytes i en rekke forskjellige former, men vil typisk bestå i at kommunen betaler en person for å ta seg av den hjelpetrengende i en periode, fra noen timer til flere dager, slik at de som til daglig har omsorg for vedkommende blir fritatt for dette en periode. Tjenesten kan ytes både i private hjem og i institusjon som sykehjem.

---

<sup>3</sup> Lov om helsetjenesten i kommunene, 19. november 1982 nr 66.

<sup>4</sup> Lov om sosiale tjenester, 13. desember 1991 nr. 81.

<sup>5</sup> Lov om barnevernstjenester, 17. juli 1992 nr. 100.

<sup>6</sup> Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester av 24.06.2011 nr. 3, med tilhørende forarbeid prp. 91 L (2010-2011).

<sup>7</sup> Se også forskrift om sykehjem og boform for heldøgns omsorg 14. november 1988 nr. 932.

<sup>8</sup> Prp. 91 L (2010-2011) s. 489.



I den nye helse- og omsorgstjenesteloven reguleres ytelsen i § 3-2 nr. 6 d, som viderefører dagens regulering i sosialtjenesteloven.<sup>9</sup>

#### 4.4 Tjenester til barneverntiltak

Kommunene er pålagt en rekke oppgaver i tilknytning til barnevern i og utenfor barnets hjem, jfr barnevernloven § 4-4.<sup>10</sup>

Tiltakene varierer fra oppnevning av støttekontakt til plassering i fosterhjem. Det kan også være aktuelt å kjøpe enkeltplasser på en institusjon, eller kjøpe tjenester til barn som er plassert i barneboliger.

Plasser på institusjon kjøpes normalt inn av Barne- utdannings- og familiedirektoratet (BUFDIR). I Oslo kommune kjøper kommunen selv plassene også i institusjoner. Plasser i barneboliger kjøpes generelt av kommunene, jfr barnevernloven § 2-3a.

Enkelte av tiltakene i barnevernloven kan gjennomføres uten barnets og foreldrenes samtykke, ved bruk av tvang. Dette gjelder institusjonsplassering etter barnevernloven § 4-12 jfr § 4-14, plassering etter §§ 4-24 og 4-26, samt plassering i medhold av barnevernloven § 4-4.

Bruken av tvang er nærmere regulert i den såkalte rettighetsforskriften.<sup>11</sup> Rettighetsforskriftens kapittel 3 gjelder for alle tvangsplasseringer og gir hjemmel for å treffe vedtak om kroppsvisitasjon, ransaking av rom og eiendeler, beslaglegging av rusmidler med mer.

Rettighetsforskriftens kapittel 4 gir hjemmel for ytterligere maktbruk ved institusjonsplassering i medhold av barnevernloven §§ 4-24 og 4-26. Her er det hjemmel for besøksnekt, nekt av telefonbruk, begrensning av bevegelsesfrihet, urinprøvetaking med mer.

#### 4.5 Hjemmetjenester og brukerstyrt personlig assistent

Hjemmehjelp og brukerstyrt personlig assistanse ("BPA") omfattes av begrepet "praktisk bistand" i sotjl. § 4-2 bokstav a.

Hjemmehjelp ytes typisk som praktisk hjelp i hjemmet, eksempelvis hjelp til rengjøring og matlaging mv. I tillegg ytes det hjemmehjelp til egenomsorg og personlig stell. Det er en flytende overgang mellom oppgavene hjemmehjelp og hjemmesykepleie for personlig stell, jf. khl. § 1-3.<sup>12</sup>

BPA innebærer at brukere som har fått tildelt bistand som BPA har egne, faste assistenter som vedkommende har arbeidslederansvar for. Innenfor de rammene kommunens vedtak om bistand angir, kan brukeren i prinsippet styre hvilke oppgaver assistenten skal utføre, samt

<sup>9</sup> Prp. 91 L (2010-2011) s. 489-490.

<sup>10</sup> Lov om barnevernstjenester, 17. juli 1992 nr. 100.

<sup>11</sup> Forskrift av 12. desember 2002 nr 1594.

<sup>12</sup> Gyldendal Rettsdata: Kommentarer til sosialtjenesteloven ved Gorm Grammeltvedt, note 38.

hvor og til hvilke tider oppgavene skal utføres. Brukeren har dermed en mer aktiv rolle i organisering og innholdet av tjenestene, i tråd med sine behov.<sup>13</sup>

Ca. to tredeler av BPA-ene er ansatt i kommunen og en tredel i et andelslag av brukere (ULOBA), eller hos andre leverandører.<sup>14</sup> Et lite mindretall er selvstendig næringsdrivende.

I den nye helse- og omsorgstjenesteloven reguleres hjemmehjelp i § 3-2 nr 6 a og brukerstyrt personlig assistent i § 3-2 nr 6 b. Loven viderefører i det alt vesentlige dagens rettstilstand.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Se Rundskriv I-20/2000 til lov om sosiale tjenester mv., publisert 1. juni 2000.

<sup>14</sup> Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet om sterkere rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA) av 29. juni 2007, s. 16.

<sup>15</sup> Prp. 91 L (2010-2011) s. 186.

## 5. ANSKAFFELSE AV HELSE- OG SOSIALTJENESTER

### 5.1 EUs anskaffelsesregler

#### 5.1.1 Anskaffelsesreglene gjelder bare for kontrakter av økonomisk karakter

Kommunenes anskaffelse av helse- og sosialtjenester i sin alminnelighet reguleres av direktiv 2004/18 ("Anskaffelsesdirektivet" eller "Direktivet"),<sup>16</sup> slik dette er implementert i norsk rett.

Det følger av den engelske språkversjonen av Direktivets art 1 nr 2 a at Direktivet bare gjelder for kontrakter "for pecuniary interest concluded in writing between ...".

Ordlyden tilsier m.a.o at direktivet bare gjelder for kontrakter av "økonomisk" karakter. Selv om dette ikke fremgår like klart av den norske forskriften, gjelder det samme utvilsomt også for det norske regelverket. Det er derfor nødvendig å ta stilling til om det økonomiske elementet er så underordnet ved de tjenestekjøpene som omfattes av vår vurdering, eller for enkelte av tjenestene, at de ikke omfattes av anskaffelsesreglene.

#### 5.1.2 EU-reglene gjelder ikke for kontrakter om offentlig myndighetsutøvelse

Selv om en kontrakt er av økonomisk karakter faller den utenfor EØS-avtalens virkeområde, dersom den tjenesten som skal anskaffes innebærer "offentlig myndighetsutøvelse", jfr EØS art 39, jfr art 32. Dette reiser to problemstillinger i tilknytning til vår utredning:

For det første er det spørsmål om noen av de tjenestene som omfattes av vår vurdering kan sies å innebære utøvelse av offentlig myndighet.

For det andre er det spørsmål om tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighetsutøvelse – og som dermed ikke omfattes av EØS/EU-regelverket – likevel omfattes av det *norske* regelverket for offentlige anskaffelser.

#### 5.1.3 Skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester

Direktivet inneholder detaljerte krav til prosedyrer for inngåelsen av kontrakter som omfattes av dette. Direktivet trekker imidlertid et grunnleggende skille mellom såkalte "prioriterte" og "uprioriterte" tjenester. Direktivet gjelder ikke i det hele tatt for uprioriterte tjenester under direktivets terskelverdier.<sup>17</sup> For uprioriterte tjenester over terskelverdiene gjelder bare direktivets art 23 (om tekniske spesifikasjoner) og art 35 nr 4 (om etterfølgende kunngjøring av kontraktstildeling), jfr direktivets art 21.

Helse- og sosialtjenester er en uprioritert tjeneste, jfr direktivets vedlegg II B, kategori 25 "Sundheds- og socialvæsen". Direktivet stiller derfor bare krav vedrørende bruk av tekniske

<sup>16</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlige tjenesteytelser.

<sup>17</sup> Direktivets terskelverdier for tjenesteanskaffelser er EUR 162.000 for statlige myndigheter, og EUR 249.000 for andre offentlige oppdragsgivere, jf direktivets artikkel 7.

spesifikasjonskrav og kunngjøring av kontraktstildeling ved kjøp av slike tjenester og disse kravene gjelder bare for anskaffelser over terskelverdiene.<sup>18</sup>

#### 5.1.4 Uprioriterte tjenester - Krav om likebehandling og ikke-diskriminering

EU-rettens alminnelige prinsipper om likebehandling og ikke-diskriminering gjelder også for anskaffelse av uprioriterte tjenester, forutsatt at anskaffelsen kan ha interesse for leverandører i andre EU-land.<sup>19</sup> Om en anskaffelse av uprioriterte tjenester vil ha en slik interesse for utenlandske leverandører vil bl.a. bero på anskaffelsens verdi, om det eksisterer et internasjonalt marked for den aktuelle tjenesten, med mer.<sup>20</sup> Denne typen vurderinger er selvsagt ofte vanskelig å foreta for oppdragsgiver.

Dersom den aktuelle tjenesten har grenseoverskridende interesse, har EU-kommisjonen gitt uttrykk for at det må skje en eller annen form for offentlig kunngjøring av anskaffelsen; ”a sufficiently accessible advertisement prior to the award of the contract”. Hvilken form for annonsering dette krever, må tilpasses den konkrete kontrakt. Kommisjonen synes imidlertid å legge til grunn at en kunngjøring på oppdragsgivers egen hjemmeside eller en portal for den aktuelle typen anskaffelser normalt vil være tilstrekkelig.<sup>21</sup>

## 5.2 Det norske anskaffelsesregelverket vedrørende helse- og sosialtjenester

### 5.2.1 De generelle reglene for kjøp av helse- og sosialtjenester

Det relevante norske regelverket for offentlige anskaffelser består av lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrift, ”anskaffelsesforskriften” eller ”foa”, som implementerer Anskaffelsesdirektivet.<sup>22</sup>

Anskaffelsesforskriften og anskaffelsesloven inneholder imidlertid også regler som går utover det Norge er forpliktet til etter Anskaffelsesdirektivet. I Norge kreves det således kunngjøring nasjonalt, i Doffin, også for anskaffelse av uprioriterte tjenester, herunder helse- og sosialtjenester, forutsatt at anskaffelsen har en verdi over kr. 500 000, jf. foa § 2-1 andre ledd, jf. § 9-1.<sup>23</sup> Anskaffelsesforskriften inneholder dessuten detaljerte prosedyreregler for denne type kontrakter, om enn noe mer fleksible enn for prioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene, se foa del II. Dersom kontrakten overstiger terskelverdiene i foa § 2-2, kommer også foa §§ 17-3 (tekniske spesifikasjoner) og 18-4 (kunngjøring av konkurranseresultater) til anvendelse, jfr foa § 2-1 (5).<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Det kan nevnes at dagens skille mellom prioriterte og uprioriterte anskaffelser for tiden vurderes i EUs organer.

<sup>19</sup> Se bl.a. C-59/00 *Vestergaard* [2001] ECR I-9505, premiss 20, samt Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne (2006/C 179/02), s. 3.

<sup>20</sup> Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2006/C 179/02), s. 4. Det kan også vises til Fornyings- og administrasjonsdepartementets brev til Barne- og likestillingsdepartementet av 21. januar 2008 vedrørende kjøp av barnevernstjenester.

<sup>21</sup> Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2006/C 179/02), s. 5.

<sup>22</sup> Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.

<sup>23</sup> Foa § 2-1 nr 3 inneholder imidlertid unntak fra dette for kjøp fra ideelle organisasjoner, jfr pkt 5.2.2 nedenfor.

<sup>24</sup> Terskelverdiene for tjenesteanskaffelser er MNOK 1 for statlige myndigheter og MNOK 1,6 for andre offentlige oppdragsgivere, herunder kommuner, jfr foa § 2-2 (1).

Avtaler om kjøp av de ovennevnte tjenestene må m.a.o. følge prosedyrereglene i foa del II. Dette er ikke en konsekvens av Anskaffelsesdirektivet, men et resultat av at Norge har valgt å ha detaljerte prosedyreregler også for tjenester som i utgangspunktet ikke omfattes av Anskaffelsesdirektivet.<sup>25</sup>

## 5.2.2 Anskaffelse av helse- og sosialtjenster fra ideelle organisasjoner

### 5.2.2.1 Oppdragsgiver plikter ikke å følge de detaljerte prosedyrerekravene i forskriften

Ved tildeling av oppdrag til ideelle organisasjoner plikter ikke kommunen å følge de detaljerte prosedyrerekravene i Anskaffelsesforskriften, jf. foa § 2-1 (3). Det er dermed bare lov om offentlige anskaffelser samt forskriftens del I som kommer til anvendelse. Dersom kontrakten overstiger terskelverdiene i foa § 2-2, gjelder imidlertid foa §§ 17-3 og 18-4, jfr foa § 2-1 (3).

Bakgrunnen for dette unntaket er ”at man med kravet til åpen konkurranse risikerer at man ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til et ønsket samfunnsmessig engasjement og samarbeid med ideelle organisasjoner”.<sup>26</sup>

### 5.2.2.2 Hvilke organisasjoner omfattes av unntaket?

Begrepet ideelle organisasjoner er ikke definert i forskriften. I departementets veileder er det lagt til grunn at dette er virksomheter som ”skiller seg fra kommersielle virksomheter ved at de ikke har profitt som formål, eventuelt at overskudd utelukkende benyttes til å drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten eller spesielle grupper uten at mottager yter et fullt ut regningsvarende vederlag”.<sup>27</sup>

I veilederen er det videre gitt uttrykk for at ideelle organisasjoner ofte vil være organisert som stiftelser, men at dette ikke er noe absolutt vilkår. Dette er også lagt til grunn i KOFA 2009/69, hvor det ble akseptert at et aksjeselskap var en ideell organisasjon.<sup>28</sup>

Hvilke vilkår som må være oppfylt for å være en ideell organisasjon etter forskriften er for øvrig forsøkt presisert og utdypet i en tolkningsuttalelse fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet.<sup>29</sup>

### 5.2.2.3 Kravet til konkurranse ved anskaffelser fra ideelle organisasjoner

Anskaffelsesloven og foa del I gjelder også for anskaffelser fra ideelle organisasjoner. Dette innebærer bl.a. at det generelle kravet til konkurranse i lovens § 5 og i foa § 3-1 første ledd gjelder for slike anskaffelser.

<sup>25</sup> Regjeringen har nylig i sitt høringssvar til EU-kommisjonen grønnbok om modernisering av anskaffelsesreglene fremholdt at dersom direktivets skille mellom prioriterte og uprioriterte tjenester skal oppheves, vil regjeringen ”strongly recommend” at regelverket likevel ikke skal gjelde for helse- og sosialtjenester, jfr høringsuttalelsen pkt. 4-5. På denne bakgrunn fremstår det som noe underlig at man i Norge likevel har valgt å la også disse tjenestene være omfattet av prosedyrereglene i Anskaffelsesforskriften.

<sup>26</sup> Ot.prp. nr 62 (2005-2006) pkt 7.2, samt departementets veileder pkt 7.3.2

<sup>27</sup> Veilederen pkt 7.3.2

<sup>28</sup> KOFA 2009/69, premiss 126

<sup>29</sup> Fornyings- og administrasjonsdepartementets tolkningsuttalelse til Barne- og likestillingsdepartementet av 21. 01.2008.

Dette innebærer at det, så langt det er mulig, må gjennomføres en eller annen form for konkurranse, også ved anskaffelse av tjenester fra ideelle organisasjoner, jfr bl.a. KOFAs sak 2005/180 vedrørende anskaffelse fra den ideelle organisasjonen "CatoSenteret".<sup>30</sup>

Kravet til konkurranse innebærer under alle omstendigheter at det må være mer enn én tilbyder som gis anledning til å gi tilbud. Om dette innebærer at konkurransen må kunngjøres på en eller annen måte, eller om det er tilstrekkelig å henvende seg til mer enn en potensiell leverandør, vil i hovedsak avhenge av de konkrete omstendighetene, herunder anskaffelsens omfang og type.

Dersom anskaffelsen potensielt kan ha interesse for leverandører utenfor Norge, vil EU-rettens alminnelige prinsipper kreve at kunngjøringen skjer på en slik måte at også aktører utenfor Norge gis en mulighet til å gi tilbud.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Det kan også vises til Fornyings- og administrasjonsdepartementets tolkningsuttalelse av 14.04.2011.

<sup>31</sup> Jfr det som er sagt ovenfor under pkt 4.1.4.

## 6. OMFATTES DISSE KJØPENE AV ANSKAFFELESREGLENE?

### 6.1 Innledning

Som påpekt i pkt 5.1.1 gjelder Direktivet og det norske regelverket gjelder bare for avtaler som er ”kontrakter” i regelverkets forstand. I dette ligger det bl.a et krav om at anskaffelsen må være av ”økonomisk karakter”. Hvis tjenestekjøpene ikke gjelder kontrakter av økonomisk karakter, omfattes de ikke i det hele tatt av anskaffelsesreglene. Det må derfor vurderes om de tjenestekjøpene som omfattes av utredningen har en slik økonomisk karakter.

Dersom de aktuelle tjenestekjøpene anses som kontrakter av økonomisk karakter, gjelder Anskaffelsesdirektivet likevel ikke for kontrakter om tjenestekjøp som innebærer utøvelse av ”offentlig myndighet”. Spørsmålet er derfor om enkelte av de tjenestene vi skal vurdere kan sies å innebære offentlig myndighetsutøvelse. Dersom tjenesten innebærer offentlig myndighetsutøvelse, må det vurderes om dette innebærer at avtalene også faller utenfor det *norske* anskaffelsesregelverket.

### 6.2 Er anskaffelsene ”kontrakter” i regelverkets forstand?

#### 6.2.1 Innledning

Det norske anskaffelsesregelverket gjelder bare for ”gjensidig bebyrdende avtale(r) som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører”. I den engelske versjonen av Direktivet er kontrakter definert som ”contracts for pecuniary interests”. Det må m.a.o dreie seg om avtaler av økonomisk karakter. Vilåret om at avtalene må være av økonomisk karakter fremgår ikke like klart av den norske ordlyden. Det er imidlertid på det rene at det norske regelverket er sammenfallende med Direktivet på dette punktet.

Begrepet ”pecuniary interests” er behandlet i flere avgjørelser fra EU-domstolen. På bakgrunn av disse dommene kan det fastslås at avtalen må innebære et gjensidighetsmoment og må gi den offentlige myndighet en økonomisk fordel.<sup>32</sup> Begrepet økonomisk fordel favner svært vidt og normalt vil dette vilåret være oppfylt når det offentlige velger å betale for en ytelse.<sup>33</sup> Arrowsmith synes å legge til grunn at i de tilfeller hvor det offentlige betaler et vederlag til leverandøren, vil det alltid foreligge en ”kontrakt”.<sup>34</sup> Det samme synes å være lagt til grunn av Steinicke, som avgrenser kontraktsbegrepet mot ensidige støtteytelser fra det offentlige og gaver fra den private parts side, men for øvrig synes å legge til grunn at alle ytelser mot vederlag omfattes.<sup>35</sup>

Alle de tjenestene som omfattes av vår vurdering ytes mot vederlag fra kommunen til leverandøren. Dette tilsier at avtalene utgjør ”kontrakter” i direktivets forstand. Som det vil fremgå nedenfor, er det likevel ikke opplagt at alle de nevnte tjenestekjøpene omfattes av kontraktsbegrepet.

<sup>32</sup> Se bl.a sak C-451/08, premiss 48 og 49.

<sup>33</sup> Se KOFA 2010/364, premiss 88.

<sup>34</sup> Sue Arrowsmith: *The Law of Public and Utilities Procurement*, second edition, 2005, s. 297, med henvisning til generaladvokatens uttalelse i sak C-399/98.

<sup>35</sup> Steinicke og Groesmeier *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, 2. utg 2008 s. 159-160.

## 6.2.2 Kjøp av barnevernstjenster som gir rett til tvangsbruk er ikke ”kontrakter”

I sak 2010/364 behandlet KOFA spørsmålet om kjøp av barnevernstjenester i form av institusjonsplasser etter barnevernloven § 4-4, § 4-12 jfr § 4-14 og § 4-24 er ”kontrakter” i regelverkets forstand. Tjenestene leveres mot vederlag, og skulle slik sett utgjøre ”kontrakter”, dersom man ensidig vurderer dette på bakgrunn av vederlagsspørsmålet.

KOFA ga imidlertid uttrykk for at *”Det er likevel enkelte avtaleformer hvor det økonomiske aspektet ved tjenesteleveransen er så underordnet at avtalen ikke kan klassifiseres som en ”kontrakt” i regelverkets forstand”*.<sup>36</sup>

Med dette utgangspunktet konkluderte KOFA etter en lengre drøftelse med at ved inngåelse av avtaler om institusjonsplassering av ett enkelt barn etter barnevernloven § 4-12 jf § 4-14 er det økonomiske aspektet så underordnet at dette ikke er en ”kontrakt” i anskaffelseslovens og forskriftens forstand.

I denne vurderingen har KOFA lagt vekt på flere momenter. KOFA peker innledningsvis på at:

*”Avtaler om institusjonsplassering har en helt spesiell karakter. ... En institusjonsplassering hvor hjemmelsgrunnlaget er barnevernloven § 4-12 jfr § 4-14, innebærer at institusjonen utøver den daglige omsorgen for barnet jf. barnevernloven § 4-18. I tillegg til å skape tillit, og utøve omsorg for barna, skal institusjonen stå for oppdragelsen og innenfor denne rammen er institusjonen også gitt hjemmel for utøvelse av tvang overfor barna. ... Disse helt spesielle trekk ved tjenesteytelsen innebærer at i relasjon til valg av institusjon, er det økonomiske aspektet helt underordnet.”*<sup>37</sup>

Ved vurderingen av om kontrakten er av økonomisk karakter legger m.a.o ikke KOFA først og fremst vekt på om leverandørene mottar vederlag. KOFA synes derimot å ta utgangspunkt i at ved tildeling av slike kontrakter er det fra oppdragsgivers ståsted helt andre hensyn enn hensynet til den økonomiske siden av avtalen som skal vektlegges, nemlig hensynet til barnas beste.<sup>38</sup>

KOFA påpeker videre at det er betydelige motforestillinger mot å kunngjøre en institusjonsplass for et enkelt barn både fordi det er problematisk i relasjon til taushetsplikten og fordi det skal legges avgjørende vekt på hensynet til barnets beste.<sup>39</sup>

Vi er enig i at andre hensyn enn de rent økonomiske er svært fremtredende ved denne typen institusjonsplasseringer. Det er også lett å være enig i at det er komplisert å utlyse konkurranser om anskaffelse av slike tjenester.<sup>40</sup>

På tross av dette, er det på mange måter en ”dristig” konklusjon KOFA har trukket når det konkluderes med at avtalene ikke er av ”økonomisk karakter” i Direktivets forstand.

<sup>36</sup> KOFA 2010/364, premiss 89.

<sup>37</sup> KOFA 2010/364, premiss 90-92.

<sup>38</sup> KOFA 2010/364 premiss 92.

<sup>39</sup> KOFA 2010/364 premiss 90-93.

<sup>40</sup> Se eksempelvis pkt 7 om de problemer taushetsplikten skaper ved konkurranseutsetting av slike tjenester.



Som nevnt har det i juridisk teori tradisjonelt vært antatt at avtaler er av økonomisk karakter dersom oppdragsgiver yter vederlag til leverandøren. Ved kjøp av de nevnte barnevernstjenestene ytes det til dels betydelige økonomiske vederlag til leverandøren. Sett fra de potensielle leverandørenes ståsted kan det derfor synes fremmed å si at avtalene ikke har økonomisk karakter.

KOFA gir imidlertid som nevnt uttrykk for at det avgjørende er hvordan dette fremstår fra *oppdragsgivers* ståsted, og at fra oppdragsgivers ståsted er det andre hensyn enn de økonomiske som er fremtredende. Vi er enig i at andre hensyn enn de rent økonomiske bør være styrende for slike plasseringer. Dette er imidlertid situasjonen også for andre former for tjenestekjøp innenfor helse- og omsorgssektoren, der evnen til å yte omsorg, evnen til å gi tjenestemottageren et verdig liv etc, bør være det avgjørende.

På bakgrunn av ovenstående er det ikke opplagt at KOFAs standpunkt vil bli opprettholdt dersom det prøves for domstolene. Vi anser det likevel som mest sannsynlig at en domstol, i likhet med KOFA, vil konkludere med at avtalene ikke er kontrakter, hensett til den spesielle karakter slike plasseringer har og de betydelige praktiske problemer som er knyttet til konkurranseutsetting.

### 6.2.3 Er kjøp av de øvrige tjenestene ”kontrakter”?

KOFAs avgjørelse aktualiserer spørsmålet om også noen av de andre tjenestene som omfattes av vår vurdering er av en slik karakter at kjøp av enkeltplassser ikke er kontrakter i anskaffelsesregelverkets forstand.

KOFA anfører tre argumenter til støtte for at de nevnte barnevernstjenestene ikke er kontrakter. For det første påpekes den særlige ”karakteren” disse tjenestene har ved at institusjonen overtar omsorg og oppdragelse for barna og om nødvendig kan benytte tvang. For det andre påpekes det at ”barnas beste” skal være styrende for valg av leverandør og at det herunder skal legges betydelig vekt på barnets egen oppfatning av dette. For det tredje påpekes at det er problematisk i relasjon til taushetsplikten å kunngjøre anskaffelsene.

Flere av disse forholdene gjør seg i større eller mindre grad gjeldende også for de øvrige tjenestene som omfattes av vår vurdering.

Taushetsplikten skaper problemer for utlysning ved samtlige av de tjenestetypene som omfattes av vår vurdering.<sup>41</sup> Hensynet til brukerens beste vil i større eller mindre grad være av avgjørende betydning ved tildeling av de øvrige tjenestene også, og brukerens egen oppfatning av hva som er best for ham skal tillegges betydelig vekt ved valg av tjenesteløsninger for samtlige tjenester.<sup>42</sup> De praktiske problemene med å utlyse slike kontrakter – som KOFA synes å ha lagt stor vekt på – er derfor de samme for alle disse anskaffelsene.

Ved kjøp av tjenester som innebærer heldøgns omsorg for psykisk utviklingshemmede kan leverandøren også utøve tvang overfor brukeren, om enn ikke i et slikt omfang som ved institusjonsplassering i barnevernsinstitusjon.

---

<sup>41</sup>Se pkt 7.

<sup>42</sup> Se pkt 7 om medvirkningsretten.

Det er likevel visse forskjeller mellom de barnevernstjenestene KOFA har behandlet og de øvrige tjenestene som omfattes av vår vurdering. Institusjonsplassering i barnevernsinstitusjon har i stor grad karakter av at det offentlige overtar et ”totalansvar” for barnets oppvekst, på linje med situasjoner hvor et barn plasseres i fosterhjem. Som KOFA påpeker, er det da andre hensyn enn de økonomiske som bør være sentrale for valg av plasseringsalternativ.

De øvrige tjenestene som omfattes av vår vurdering har i større grad preg av å være mer ordinære ”tjenestetilbud” til brukerne. En BPA står eksempelvis til disposisjon for brukeren i en avgrenset tidsperiode på dagen og har selvsagt ingen tvangsmyndighet overfor brukeren.

Enkelte av de tjenestene som omfattes av vår vurdering har imidlertid større grad av likhet med institusjonsplassering i barnevernsinstitusjon. Når det eksempelvis ytes tjenester i form av heldøgns omsorg for psykisk utviklingshemmede overtar kommunen i stor grad omsorgen for brukeren og det kan om nødvendig utøves tvang overfor brukeren, om enn ikke i et slikt omfang som ved institusjonsplassering i barnevernsinstitusjon.

På tross av ovenstående er vi, under en viss tvil, kommet til at de øvrige tjenestene som omfattes av vår vurdering må anses som ”kontrakter” i regelverkets forstand. Vi har da lagt vekt på at de øvrige tjenestene som nevnt har mer karakter av ordinære tjenestekjøp, enn institusjonsplasseringen av barn. Vi har videre lagt vekt på at KOFAs konklusjon vedrørende barnevernstjenestene på ingen måte er opplagt. Som nevnt har man tradisjonelt lagt til grunn at en kontrakt er av økonomisk karakter såfremt det ytes vederlag. Dette kan tilsi tilbakeholdenhet med å innsnevre kontraktsbegrepet ytterligere, ut over det KOFA har gjort. Vi vil imidlertid understreke at det hefter en viss tvil ved konklusjonen. Dette gjelder særlig for tjenester i form av heldøgns omsorg for psykisk utviklingshemmede.

### **6.3 Kjøp av tjenester som innebærer offentlig myndighetsutøvelse**

#### **6.3.1 Innledning**

Som nevnt under pkt 4.1.2 faller kjøp av tjenester som innebærer utøvelse av ”offentlig myndighet” utenfor Anskaffelsesdirektivet. Det er derfor nødvendig å ta stilling til om noen av de tjenestene som omfattes av vår vurdering kan sies å innebære slik offentlig myndighetsutøvelse, og om dette innebærer at de heller ikke omfattes av det norske anskaffelsesregelverket.

#### **6.3.2 EU-regelverket**

EØS-avtalens art 32, som regulerer den frie etableringsrett, fastslår at ”virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet, skal for denne avtaleparts vedkommende ikke omfattes av dette kapittel”. Gjennom en henvisning i EØS-avtalens art 39 er bestemmelsen gitt tilsvarende anvendelse for tjenester. Dette innebærer at EØS-avtalen ikke gjelder for kjøp av tjenester som består i å utøve offentlig myndighet. Bestemmelsene har sitt EU-rettslige motstykke i TFEU-traktaten art 51 og art 62.

Det er en rekke dommer fra EU-domstolen vedrørende forståelsen av bestemmelsene. Oppsummert kan det fastslås at unntaket skal fortolkes snevert.<sup>43</sup> EU-domstolen har lagt til

<sup>43</sup> Se eksempelvis sak C-160/08, premiss 76, med videre henvisning til en rekke tilsvarende uttalelser i tilsvarende saker.

grunn at bestemmelsen bare gjelder for virksomhet som er ”direkte og særlig forbundet med udøvelse av offentlig myndighet”. Dette forutsetter en ”tilstrækkelig kvalificeret udøvelse af ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagtens privilegier eller beføjelse til at udøve tvang”.<sup>44</sup> Det synes m.a.o som om retten til å utøve tvang ikke nødvendigvis er tilstrekkelig til at noe skal anses som myndighetsutøvelse. Myndighetsutøvelsen må i tillegg være ”tilstrekkelig kvalifisert”.

### 6.3.3 Det norske regelverket

Den norske anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften inneholder ikke bestemmelser om at reglene ikke gjelder for kontrakter som innebærer offentlig myndighetsutøvelse. Det kan derfor reises spørsmål om disse reglene gjelder også for kontrakter som innebærer slik myndighetsutøvelse. Dette vil i så fall innebære at regelverket på dette punktet går lengre enn Norge er folkerettslig forpliktet til etter EØS-avtalen.

Hovedargumentet for at det norske regelverket også omfatter kontrakter om offentlig myndighetsutøvelse er regelverkets ordlyd. Regelverket inneholder som nevnt ikke noe unntak for slike kontrakter. Det er da nærliggende å anta at regelverket gjelder også for disse kontraktene.

På den annen side har det i utgangspunktet formodningen mot seg at lovgiver har ment å gi forskriften et anvendelsesområde ut over det Norge er folkerettslig forpliktet til, uten at dette på noen måte er drøftet eller kommentert i forarbeidene til loven eller i forbindelse med vedtagelsen av forskriften.

Problemstillingen er drøftet i den ovennevnte KOFA-avgjørelsen vedrørende kjøp av barnevernstjenester.<sup>45</sup> KOFA gir der uttrykk for at

*”Ut fra det foreliggende rettskildebilde er det ... uklart hvorvidt forskriften på dette punktet har et videre virkeområde enn direktiv 2004/18. I mangel av andre holdepunkter legger klagenemnda avgjørende vekt på ordlyden i forskriften § 1-3 (1), jfr § 4-1, som ikke inneholder en tilsvarende avgrensning som fremgår av artikkel 1 nr 2 a) i direktiv 2004/18. Også avtaler hvor den offentlige oppdragsgivers medkontrahent skal utføre offentlig myndighetsutøvelse vil på denne bakgrunn være omfattet av kunngjøringsplikten i forskriften §§ 9-1 og 18-1.”*<sup>46</sup>

KOFA gir m.a.o, under tvil, uttrykk for at forskriften gjelder også for kontrakter om offentlig myndighetsutøvelse.

Heller ikke på dette punktet er det opplagt at KOFAs konklusjon er korrekt. Som KOFA påpeker, eksisterer det ingen andre rettskilder enn KOFAs egen avgjørelse som direkte tar stilling til dette spørsmålet.

KOFAs avgjørelse inneholder imidlertid en relativt grundig drøftelse av den aktuelle problemstillingen. Normalt tillegges KOFAs avgjørelser betydelig vekt av norske domstoler. Dersom en offentlig oppdragsgiver ”utfordrer” KOFAs standpunkt og baserer seg på at en anskaffelse er unntatt fra det norske regelverket fordi den gjelder utøvelse av offentlig

<sup>44</sup> Sak C-160/08, premiss 78 og 79.

<sup>45</sup> KOFA sak 2010/364 premiss 74 flg.

<sup>46</sup> Premiss 81.

myndighet, løper man derfor en betydelig prosessrisiko. Etter vårt syn vil utfallet av en slik sak være helt åpent.

#### **6.4 Innebærer noen av de aktuelle tjenestene offentlig myndighetsutøvelse?**

Dersom man legger KOFAs standpunkt til grunn, spiller det i utgangspunktet liten rolle om noen av de tjenestene som omfattes av vår vurdering innebærer utøvelse av offentlig myndighet, ettersom KOFA mener at slike avtaler likevel omfattes av det norske regelverket, forutsatt at det dreier seg om ”kontrakter” i regelverkets forstand.

Vi har likevel funnet grunn til å vurdere om noen av de aktuelle tjenestene innebærer offentlig myndighetsutøvelse. Dette skyldes for det første at det hefter tvil ved konklusjonen om at kontrakter vedrørende offentlig myndighetsutøvelse omfattes av det norske regelverket. For det andre har dette under alle omstendigheter betydning for norske myndigheters handlefrihet. Dersom det dreier seg om offentlig myndighetsutøvelse, kan norske lovgivere under alle omstendigheter velge å unnta slike kontrakter fra anskaffelsesregelene, uten hinder av Anskaffelsesdirektivet.

Som påpekt under pkt 6.3.2 har EU-domstolen i flere dommer lagt til grunn at rett til maktutøvelse på vegne av det offentlige tilsier at det foreligge utøvelse av offentlig myndighet.<sup>47</sup> Vi har påpekt at enkelte av de barnevernstjenestene som kommunene kjøper innebærer at leverandøren gis rett til maktutøvelse overfor barna. Likeledes vil kjøp av tjenester til heldøgns omsorg til psykisk utviklingshemmede innebære at leverandøren under visse omstendigheter gis rett til å utøve makt overfor brukeren, jfr pkt 4.4. Dette tilsier at kjøp av disse tjenestene må anses å være et tjenestekjøp som gjelder utøvelse av offentlig myndighet.

Finn Arnesen og Jannicke Wiggen ga på bakgrunn av ovenstående allerede i en utredning fra 2008 uttrykk for at barnevernstjenester faller utenfor anskaffelsesdirektivet dersom tjenesteyter har rett til å utøve makt overfor barnet.<sup>48</sup>

Dette spørsmålet er som nevnt nå også behandlet av KOFA.<sup>49</sup> KOFA konkluderer etter en omfattende drøftelse med at institusjonsplassering etter barnevernloven § 4-12 jfr § 4-14, samt plassering etter §§ 4-24 og 4-26, må anses som offentlig myndighetsutøvelse, og dermed faller utenfor direktivet. Når det gjelder plassering i medhold av barnevernloven § 4-4 anser KOFA det som noe mer tvilsomt om dette kan anses som offentlig myndighetsutøvelse, fordi tvangsmidlene her er mer begrensede.

Vi er enig i KOFAs vurdering når det gjelder de nevnte barnevernstjenestene. Etter vår vurdering er imidlertid også den tvang som kan utøves ved plassering etter barnevernloven § 4-4 tilstrekkelig til at slik plassering må anses som offentlig myndighetsutøvelse. Vi peker på at både retten til kroppsvisitasjon, ransaking av rom og tilbakeføring til institusjon ved rømming må anses som en relativt kvalifisert rett til maktutøvelse.

<sup>47</sup> Bl.a i sak C-160/08, premiss 78 og 79.

<sup>48</sup> Perspektiv 02/08, Janicke Wiggen og Finn Arnesen: Barnevern og EØS, Stortingets utredningsseksjon 5. mai 2008, s. 3. Fornyings- og administrasjonsdepartementet har derimot i en tolkningsuttalelse 21. januar 2008 gitt uttrykk for at kjøp av barnevernstjenester ikke omfattes av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse, Fornyings- og administrasjonsdepartementets brev til Barne- og likestillingsdepartementet av 21. januar 2008, s. 2. Departementet problematiserer imidlertid ikke skillet mellom tjenester som innebærer rett til maktutøvelse og andre tjenester.

<sup>49</sup> KOFA 2010/364, premiss 47-73

Når det gjelder kjøp av tjenester som innebærer heldøgns omsorg for psykisk utviklingshemmede, gis leverandøren under visse omstendigheter rett til å utøve tvang overfor brukerne. Retten til tvangsutøvelse kan imidlertid bare benyttes som skadeavvergende tiltak eller planlagte skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner, samt for å dekke tjenestemottakerens grunnleggende behov for mat og drikke med mer. Også her kan det være en viss tvil om retten til maktutøvelse er tilstrekkelig kvalifisert til at dette kan anses som offentlig myndighetsutøvelse. Etter vårt syn er imidlertid retten til tvangsutøvelse så vidt omfattende at det trolig må anses som offentlig myndighetsutøvelse.

## **6.5 Oppsummering – spørsmålet om regelverket gjelder**

Oppsummert er vår vurdering at de tjenestekjøpene som omfattes av vår vurdering trolig er kontrakter i regelverkets forstand, med unntak av barnevernstjenestene. De omfattes derfor som utgangspunkt av EUs anskaffelsesregler og det norske anskaffelsesregelverket. Det hefter en viss usikkerhet ved denne konklusjonen.

Vår vurdering er at kjøp av barnevernstjenester som innebærer at leverandøren gis rett til å utøve tvang, er offentlig myndighetsutøvelse. Det samme gjelder trolig for kjøp av tjenester til psykisk utviklingshemmede brukere med behov for heldøgns omsorg.

Om de tjenestekjøpene som innebærer offentlig myndighetsutøvelse er omfattet av det norske anskaffelsesregelverket må anses som et åpent spørsmål. De omfattes under ingen omstendigheter av Anskaffelsesdirektivet. Norske myndigheter kan derfor, om ønskelig, endre det norske regelverket, slik at det klargjøres at offentlig myndighetsutøvelse heller ikke omfattes av dette regelverket.

## 7. TAUSHETSPLIKTEN

### 7.1 Innledning - problemstillingen

De ytelsene som omfattes av vår vurdering er tjenester til enkeltbrukere. Dersom det skal arrangeres konkurranser om å levere tjenester til disse brukerne, må tilbyderne nødvendigvis gis opplysninger om brukeren, for at tilbyderne skal kunne kalkulere sitt tilbud. Dette kan være opplysninger om brukerens hjelpebehov, vedkommendes lidelser, brukerens forhold til sine pårørende, opplysninger om de pårørende o.l.

Dersom tjenesten skal konkurranseutsettes, er det ikke mulig å unnlate å gi slike opplysninger til tilbyderne. Desto mer spesifikk informasjon som gis, desto enklere vil det være for tilbyderne å gi tilbud som er tilpasset brukerens behov. Kommunen vil derfor ha interesse av at informasjonen som gis er presis og spesifikk.

Denne typen opplysninger om enkeltbrukeres diagnoser med mer, er etter sin art taushetsbelagte opplysninger. I større kommuner vil det kunne være mulig å gi slik informasjon om brukeren i konkurransefasen, uten å avdekke brukerens identitet. I større kommuner som har mange brukere med samme diagnose og hjelpebehov kan en konkurranse eksempelvis utlyses med informasjon om at det søkes avlastning til ”yngre mann med diagnose slik og slik, 5 timer i uken”. I slike situasjoner vil det kunne være mulig å gi tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne kan gi tilbud, uten å avdekkes brukerens identitet.

Normalt vil det imidlertid ikke være mulig å gi tilstrekkelig informasjon til at tilbyderne kan kalkulere sine tilbud, uten at opplysningene blir så spesifikke at de er egnet til å avdekke brukernes identitet. I mindre kommuner vil dette nærmest være regelen.

Også i store kommuner vil dette kunne være situasjonen. I enkelte av de største kommunene skjer innkjøp av slike tjenester oftest på bydelsnivå. Avhengig av hvor stor bydelen er, hvor spesiell brukerens diagnose er, hvor spesifikke opplysninger som gis, med mer, vil informasjonen også her kunne være egnet til å avdekke brukerens identitet.<sup>50</sup>

De tilfellene hvor det er mulig å gjennomføre konkurranser uten å gi taushetsbelagt informasjon reiser ingen spesielle problemer i tilknytning til taushetspliktreglene. Disse tilfellene drøftes derfor ikke i det følgende. I vår drøftelse er forutsetningen at det ikke er mulig å gi tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne kan kalkulere sine tilbud, uten samtidig å avdekke informasjon som i utgangspunktet er taushetsbelagt. Problemstillingen i det følgende er derfor om, og eventuelt hvordan, kommunene kan konkurranseutsette denne typen tjenester uten å bryte taushetspliktreglene.

### 7.2 Hvilke taushetspliktregler gjelder?

Khl § 6-6 henviser til forvaltningslovens alminnelige taushetspliktregler. I tillegg vil helsepersonell som yter helsehjelp ha profesjonsbasert taushetsplikt etter helsepersonellovens § 2, jfr kapittel 5.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Som eksempel kan det vises til Datatilsynets brev til Oslo kommunen av 12. mai 2011. En bydel hadde utlyst en anskaffelse med brukerens alder og diagnose. Datatilsynet ga uttrykk for at dette var egnet til å identifisere brukeren, noe kommunen tok til etterretning i brev av 05.07.2011.

<sup>51</sup> Lov 02.07.1999 nr. 64 om helsepersonell.

Ansatte i sosialtjenesten har taushetsplikt etter forvaltningsloven, men med enkelte presiseringer/tillegg, jfr sosialtjenesteloven § 8-8.

I dagens lovregime er m.a.o kommunalt ansatte som yter helse- og sosialtjenester regulert av forskjellige taushetspliktregler, avhengig av om vedkommende reguleres av helsepersonelloven eller bare omfattes av (de noe mindre strenge) taushetspliktreglene i forvaltningsloven.

Den nye helse- og omsorgstjenesteloven endrer dette. Loven medfører at helsepersonellovens taushetspliktregler gjelder for alt personell som utfører helse- og omsorgstjenester i henhold til den nye loven, jfr helse- og omsorgstjenesteloven § 2-1. For fremtiden vil m.a.o helsepersonellovens taushetspliktregler være det sentrale regelverket om taushetsplikt for alle de tjenestene som reguleres av loven.

Ansatte i barneverntjenesten vil fremdeles ha taushetsplikt etter forvaltningsloven, med enkelte presiseringer, jfr barnevernloven § 6-7. Ansatte i barneverntjenesten som omfattes av helsepersonelloven vil i tillegg reguleres av den yrkesmessige taushetsplikten i helsepersonelloven.

### **7.3 Taushetsplikten etter helsepersonelloven**

#### **7.3.1 Innledning**

Når den nye helse- og omsorgstjenesteloven trer i kraft, vil de fleste av dem som yter de aktuelle tjenestene være omfattet av helsepersonellovens taushetspliktregler.

Helsepersonellovens taushetspliktregler gjelder imidlertid bare for personer som yter helse- og omsorgstjenester etter loven. Når en person søker om BPA eller plass i bolig for heldøgns omsorg vil vedkommende normalt sende inn en søknad. Søknaden behandles ikke nødvendigvis av personer som kan sies å ”yte helsehjelp” til vedkommende. Dersom en etterfølgende konkurranse baseres på disse opplysningene, vil det derfor ikke være helsepersonelloven som regulerer taushetsplikten, men forvaltningslovens taushetspliktregler.

Vi vil imidlertid anta at opplysninger som benyttes i konkurransen ofte også vil være gitt av personell som har ytet helse- og omsorgstjenester til vedkommende. Eksempelvis antar vi at dette kan være tilfellet i de situasjoner hvor kommunen opprinnelig har ytet det aktuelle tilbudet i egenregi, men senere ønsker å konkurranseutsette dette. Vi antar at opplysninger i konkurransegrunnlaget da i stor grad vil være basert på opplysninger fra personer som tidligere har ytet helsehjelp til brukeren. I så fall vil taushetsplikten reguleres av helsepersonelloven.

#### **7.3.2 Utgangspunktet – taushetsplikt om helseopplysninger**

Helsepersonellovens utgangspunkt fremgår av § 21, hvor det heter at: *”Helsepersonell skal hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold som de får vite om i egenskap av å være helsepersonell.”*

Potensielle tilbydere i en anskaffelsesprosess vil være ”andre” i denne sammenheng. Helsepersonell som yter helsehjelp vil derfor i utgangspunktet være forhindret fra å gi taushetsbelagt informasjon til disse. Det samme vil være tilfellet dersom helsepersonellet formidler opplysningene til en anskaffelsesenhet e.l i kommunen, som så videreformidler til tilbyder. Også en slik anskaffelsesenhet vil være ”andre” i lovens forstand.

Loven inneholder flere unntak fra taushetsplikten, men ingen som direkte regulerer vårt tilfelle. Gjennomgående er unntakene snevert formulert. Det er to unntak som kan tenkes å gi grunnlag for utlevering av opplysninger til tilbydere; § 25, som gir hjemmel for å gi opplysninger til ”samarbeidende personell”, og § 23, som gir hjemmel for å gi slike opplysninger ”når tungtveiende private eller offentlige interesser gjør det rettmessig”.

Forarbeidene til helsepersonelloven inneholder omfattende redegjørelser for gjeldende rett m.h.t taushetsplikt og forståelsen av helsepersonellovens taushetspliktregler.<sup>52</sup> Taushetsplikt i forbindelse med konkurranseutsetting av helsetjenester er imidlertid ikke drøftet i forarbeidene. Dette er ikke oppsiktsvekkende, ettersom konkurranseutsetting av tjenester til enkeltbrukere var lite utbredt i 1999, da helsepersonelloven ble gitt.

Noe mer overraskende er det at heller ikke forarbeidene til den nye helse- og omsorgsloven drøfter denne problemstillingen. Som nevnt innebærer loven at helsepersonelloven blir gjeldende for alle som yter kommunale helse- og omsorgstjenester. Forholdet til helsepersonelloven er drøftet i lovproposisjonens kap 10 og forholdet til lovens taushetspliktregler er særskilt drøftet i pkt 10.6. Taushetsplikt i tilknytning til konkurranseutsettingsprosesser er imidlertid ikke nevnt i forarbeidene.

### 7.3.3 Betydningen av om tilbydere prekvalifiseres for deltakelse i konkurransen

Flere kommuner arrangerer konkurranser om leveranse av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere. Forholdet til taushetspliktreglene har vært håndtert på ulike måter.

I enkelte tilfeller har anskaffelsene vært foretatt som anskaffelser i ett trinn, der alle opplysninger som tilbyderne trenger for å kalkulere sine tilbud er gitt i allment tilgjengelige kunngjøringer av konkurransen, men uten at brukerens navn er blitt opplyst.

Den vanligste fremgangsmåten er imidlertid å arrangere en prekvalifiseringsomgang, der et utvalg tilbydere prekvalifiseres for å gi tilbud. I prekvalifiseringsomgangen gis det bare så generelle opplysninger om oppdragets karakter at det ikke avdekkes taushetsbelagt informasjon. De tilbyderne som prekvalifiseres får derimot tilgang til informasjon som etter sin art er taushetsbelagt, men uten at den konkrete brukerens navn opplyses. Normalt gis slik informasjon bare under forutsetning av at tilbyderne undertegner en taushetsplikterklæring.

Enkelte kommuner innhenter også samtykke fra brukeren eller dennes pårørende til å gi de prekvalifiserte tilbyderne taushetsbelagt informasjon.

Vårt inntrykk er at enkelte kommuner har lagt til grunn at taushetspliktreglene er overholdt ved at bare de prekvalifiserte får tilgang til taushetsbelagt informasjon.

---

<sup>52</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-99) om lov om helsepersonell mv, del 3.



Helsepersonellovens § 21 fastslår imidlertid at helsepersonell skal hindre at ”andre” får tilgang til taushetsbelagte opplysninger. Tilbydere i en anskaffelsesprosess er ”andre” i denne relasjonen, enten det dreier seg prekvalifiserte tilbydere eller tilbydere som deltar i en åpen anbudskonkurranse uten prekvalifisering. At de tilbyderne som gis opplysninger er prekvalifiserte er derfor ikke i seg selv tilstrekkelig til at de kan gis taushetsbelagte opplysninger.

I den grad helsepersonelloven åpner for bredere interesseavveininger av om det er adgang til å gi taushetsbelagte opplysninger, kan det imidlertid være et *moment* i vurderingen om opplysningene bare gis til prekvalifiserte tilbydere, eller om de gis i en åpen utlysning. Spredningsfaren vil selvsagt være mindre dersom opplysningene bare gis til prekvalifiserte tilbydere, kombinert med at disse avgir taushetsplikterklæringer. Vi kommer nærmere tilbake til dette nedenfor.

#### 7.3.4 Helsepersonelloven § 25 som hjemmel for å gi opplysninger?

Helsepersonelloven § 25 slår fast at: *”Med mindre pasienten motsetter seg det, kan taushetsbelagte opplysninger gis til samarbeidende personell når dette er nødvendig for kunne gi forsvarlig helsehjelp.”*

Bestemmelsen gir hjemmel for å gi taushetsbelagt informasjon til samarbeidende personell når dette er nødvendig for å gi forsvarlig helsehjelp. Et eksempel kan være at en sykepleier som har fått taushetsbelagt informasjon gir dette videre til behandlende lege.

Pasienten kan motsette seg at informasjonen gis videre. Dette krever imidlertid aktiv handling fra pasientens side. Man trenger ikke innhente forhåndssamtykke fra pasienten før opplysningene gis videre.

Helsepersonelloven § 25 gir hjemmel for å gi taushetsbelagt informasjon til private leverandører som yter helse- og omsorgstjenester. Disse vil normalt være ”samarbeidende personell” med kommunens egne ansatte, i lovens forstand. I vårt tilfelle er det imidlertid i første omgang ikke snakk om å gi slik informasjon til private leverandører som ”samarbeider” med kommunens helsepersonell. Det som er problemstillingen er om tilbydere – som bare vil bli samarbeidende personell dersom de vinner konkurransen – kan gis slik informasjon.

Ordlyden i helsepersonelloven § 25 dekker ikke vårt tilfelle. En tilbyder, enten vedkommende er prekvalifisert eller ei, er ikke ”samarbeidende personell”. Tilbyderne kan i høyden karakteriseres som *potensielt* samarbeidende personell, d.v.s personell som vil kunne bli en samarbeidspartner, forutsatt at de vinner konkurransen.

Det dreier seg strengt tatt heller ikke om informasjon som det er nødvendig å gi for å kunne gi ”forsvarlig helsehjelp”. Det som skaper behov for å gi informasjonen er kommunens ønske om å gjennomføre en anskaffelsesprosess. Det kan riktignok hevdes at formålet med konkurransen indirekte er å utnytte kommunens ressurser på en mest mulig effektiv måte, og derigjennom bidra til å kunne gi forsvarlig helsehjelp til flest mulig. Dette er imidlertid trolig å tøye begrepet ”nødvendig for å kunne gi forsvarlig helsehjelp” for langt.

Ohnsted og Befring har i sin kommentarutgave til Helsepersonelloven gitt uttrykk for at *”pasientinformasjonen bare kan gis til annet personell som behøver denne for å gi bedre*

*helsehjelp til pasienten*” (vår understrekning).<sup>53</sup> Dette er nok et riktig utgangspunkt. Bestemmelsen åpner neppe for å gi taushetsbelagt informasjon ut fra slike bredere helsepolitiske betraktninger som at kommunen mener å kunne spare penger eller få et bedre helsevesen på sikt ved å gi fra seg slike opplysninger. Den typen avveininger må som utgangspunkt vurderes etter helsepersonelloven § 23, jfr nedenfor.

Det kan imidlertid reises spørsmål om bestemmelsen kan anvendes analogisk på vårt tilfelle. Det er enkelte argumenter som taler for dette.

Hovedargumentet for analogisk anvendelse er at det er forutsatt i lovgivningen at flere av de aktuelle tjenestene skal kunne utføres av private, jfr eksempelvis khl § 1-3 tredje ledd. Slik har rettstilstanden vært i lengre tid. Denne rettstilstanden er videreført i den nye loven om kommunale helse- og omsorgstjenester. Her er det understreket at kommunens ansvar for å yte denne typen tjenester er et ”sørge for”-ansvar, og at kommunen kan inngå avtale med private om at disse skal utføre de aktuelle tjenestene.<sup>54</sup>

Dersom taushetspliktreglene er til hinder for å gi tilbyderne de opplysninger de trenger for å kalkulere tilbud, vil det imidlertid ikke være mulig å la private utføre de aktuelle tjenestene, med mindre brukerne samtykker til å gi tilbyderne taushetsbelagt informasjon.

Dette vil i så fall innebære at brukerne vil kunne få en de facto vetorett mot at kommunen benytter private leverandører. Dersom en bruker ikke ønsker å ”bli konkurranseutsatt”, kan vedkommende bare nekte å samtykke til at taushetsbelagte opplysninger bringes videre til tilbyderne. Dette samsvarer dårlig med forutsetningen i den aktuelle lovgivningen om at slike tjenester skal kunne utføres av private og at kommunen selv bestemmer hvordan den vil organisere tjenestene. Det vil også være et brudd med en lang tradisjon, der private på ulike måter har levert slike tjenester.

Det kan anføres at det har formodningen mot seg at taushetspliktreglene i helsepersonelloven skal tolkes slik at den setter en stopper for denne langvarige praksisen. Dersom dette hadde vært meningen, kan det hevdes at det i det minste hadde vært naturlig at problemstillingen ble berørt i den nye loven om helse- og omsorgstjenester.

Et annet argument for analogisk anvendelse av helsepersonellovens 23 er at det kan hevdes at konkurranseutsettingen primært skjer fordi oppdragsgiver mener dette vil medføre at pasienten kan gis ”forsvarlig helsehjelp”, innenfor den kostnadsramme som det offentlige har til rådighet for slike tjenester og at det derfor ligger innenfor bestemmelsens formål å gi tilbyderne tilgang til slike opplysninger. Dette innebærer imidlertid en særdeles vid fortolkning av formålet.

En slags støtte for analogisk anvendelse kan man også finne i Ørnulf Rasmussens doktoravhandling ”Kommunikasjonsrett og taushetsplikt i helsevesenet”. Rasmussen drøfter der analogisk anvendelse av den daværende legelovens § 45, som åpnet for å gi taushetsbelagte opplysninger til annen helseinstitusjon som hadde pasienten til behandling. Rasmussen påpeker at i de tilfeller hvor sykehuset på pasientens hjemsted søker om sykehusplass på et annet sykehus, for å oppfylle den såkalte ”ventelistegarantien”, må hjemstedssykehuset gi opplysninger til det andre sykehuset om pasientens helsetilstand. I de

<sup>53</sup> Befring og Ohnstad: Helsepersonelloven, kommentarutgave, 3. utg, 2009, s. 219

<sup>54</sup> Dette er fremholdt en rekke steder i lovforarbeidene, jfr eksempelvis prp 91 L s. 139 annen spalte og s. 154 første spalte.

tilfellene det ikke er plass på dette andre sykehuset vil opplysningene imidlertid ikke være oversendt sykehuset som ”behandlende” sykehus. Retten til å gi opplysninger til andre for å gi ”nødvendig helsehjelp” vil derfor ikke være direkte anvendelig. Rasmussen konkluderer likevel med at den daværende legelovens § 45 trolig kan anvendes analogisk.<sup>55</sup>

Rasmussen begrunner sitt standpunkt med at: *”Realiteten i disse situasjonene er imidlertid at pasienten ønsker behandling og behandlingsmulighet forutsetter søknad, og dette er pasienten kjent med. ... Ut fra reelle hensyn er det altså nærliggende å gi § 45 analog anvendelse på disse tilfellene. Det synes ikke å være noen store personvernmessige farer knyttet til slik forståelse. Pasienten kan motsette seg at opplysningene gis, men vil vel samtidig forstå at det fører til at heller ikke behandling vil bli gitt.”*

Vårt tilfelle er parallelt til det tilfellet Rasmussen drøfter, ved at det dreier seg om overlevering av opplysninger til noen som *muligens* skal yte helsehjelp til pasienten; tilbyderen i vårt tilfelle og ”ventelistegarantisykehuset” i Rasmussens tilfelle. Som følge av etterfølgende omstendigheter viser det seg imidlertid at det ikke blir aktuelt for disse å yte helsehjelp.

Det som skiller vårt tilfelle fra det tilfellet Rasmussen drøfter er at i ”ventelistetilfellet” har pasienten eksplisitt anmodet om behandling på et annet sykehus og han vil normalt forstå at dette nødvendiggjør oversendelse av medisinsk informasjon. Det er derfor nærliggende å anse det for å foreligge et implisitt samtykke til oversendelse av informasjonen.

I vårt tilfelle derimot, forligger det ikke nødvendigvis noen anmodning fra brukeren om konkurranseutsetting. Brukeren kan tenkes å være vel fornøyd med det tilbudet kommunen har, og ønsker ikke nødvendigvis å ”bli konkurranseutsett”.

Oppsummert er vår vurdering at det finnes enkelte argumenter for å anvende helsepersonelloven § 25 analogisk på vårt tilfelle. Vi er likevel tilbøyelig til å anta at dette er å strekke lovebestemmelsen for langt. Vi anser det derfor som overveiende sannsynlig at bestemmelsen ikke gir grunnlag for å gi taushetsbelagt informasjon til tilbydere enten de er prekvalifiserte eller ei.

Vi peker for øvrig på at dersom man på tross av ovenstående anser § 25 som hjemmel for å overlevere informasjonen, kan pasienten under alle omstendigheter motsette seg utlevering av informasjon etter § 25. Pasienten vil m.a.o uansett likevel kunne forhindre informasjonsoverlevering ved å nekte å samtykke til slik utlevering.

### 7.3.5 Helsepersonelloven § 23 som hjemmel for å gi opplysninger?

Helsepersonell kan også gi videre taushetsbelagt informasjon dersom *”tungtveiende private eller offentlige interesser gjør det rettmessig”*, jfr helsepersonelloven § 23 (4). Dette er en videreføring av det unntak som tidligere eksisterte i legeloven og tannlegelovens § 31 og som normalt omtales som ”rettstridsreservasjonen”. Tidligere praksis og teori knyttet til legelovens og tannlegelovens § 31 vil derfor være relevante tolkningsfaktorer.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Ørnulf Rasmussen: Kommunikasjonsrett og taushetsplikt i helsevesenet, 1997, s. 508.

<sup>56</sup> Jfr ot.prp. nr. 13 (1998-99), s. 228, annen spalte, som gir uttrykk for at bestemmelsen ikke ”medfører noen realitetsendring i forhold til gjeldende rett”.

I motsetning til § 25, gir § 23 hjemmel for å utlevere taushetsbelagt informasjon selv om den taushetsplikten skal beskytte motsetter seg slik utlevering. Dette tilsier at det bør stilles strengere krav for å kunne utlevere informasjon etter § 23 enn det som gjelder etter § 25.

I forarbeidene til helsepersonelloven er det da også lagt til grunn at unntaket skal tolkes snevert. Det uttales at: *”Hensynene som taler for å bryte taushetsplikten må veie vesentlig tyngre enn hensynet som taler for å bevare taushet, i alminnelighet må det være nødrettsbetraktninger. Det vil være tilfeller hvor videreformidling av informasjon er egnet til å avverge skader av et visst omfang, for eksempel hvis et helsepersonell får kunnskap om at pasienten er en kriminell som er en fare for sine omgivelser”*.<sup>57</sup>

Det er lite naturlig å likestille kommunens ønske om å gjennomføre en anskaffelsesprosess med slike nødrettslignende situasjoner. Vi har derfor vanskelig for å se at helsepersonelloven § 23 gir hjemmel for å utlevere slike opplysninger.

## **7.4 Adgangen til å gi taushetsbelagte opplysninger etter forvaltningsloven**

### **7.4.1 Innledning**

Fvl § 13 fastslår at *”enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om noens personlige forhold”*.

Denne bestemmelsen kommer til anvendelse i de tilfeller hvor ikke de strengere reglene i helsepersonelloven gjelder.<sup>58</sup>

Opplysninger om enkeltpersoners sykdommer, hjelpebehov og lignende vil være ”noens personlige forhold”. Slike opplysninger er derfor som utgangspunkt omfattet av den forvaltningsmessige taushetsplikt.

Tilbydere i en konkurranse vil være ”andre” lovens forstand. Disse kan derfor ikke gis taushetsbelagt informasjon i en anskaffelsesprosess, med mindre det finnes en unntakshjemmel som gir grunnlag for å fravike taushetsplikten.

### **7.4.2 Fvl § 13 b nr 2 som hjemmel for å gi tilbyderne opplysninger?**

Fvl § 13 b nr 2, fastslår at taushetsplikten ”ikke er til hinder for at taushetsbelagte opplysninger gis for det formål de er innhentet for”. Å gi slike opplysninger til dem som faktisk skal utføre den aktuelle tjenesten på vegne av kommunen – dvs den tilbyderen som blir valgt til slutt - faller klart innenfor denne bestemmelsen.

De ansatte hos den leverandøren som skal utføre tjenestene vil ha den samme taushetsplikt som kommunens egne ansatte, jfr fvl § 13 første ledd, som fastslår at taushetspliktreglene gjelder for ”enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan”. Det er derfor alminnelig antatt at taushetspliktreglene ikke er til hinder for at det offentlige benytter private

<sup>57</sup> Jfr ot.prp nr. 13 (1998-99), s. 228, annen spalte.

<sup>58</sup> Jfr pkt 7.3.1ovenfor mht i hvilke tilfeller helsepersonelloven gjelder.

til å utføre oppgaver for forvaltningen, selv om disse dermed får tilgang til taushetsbelagte opplysninger.<sup>59</sup>

Spørsmålet er om man kan tolke fvl § 13 b nr 2 slik at bestemmelsen også omfatter å gi taushetsbelagte opplysninger til de leverandørene som konkurrerer om å levere slike tjenester til kommunen.

Dette er å strekke ordlyden relativt langt. Det er åpenbart ikke denne situasjonen lovgiver først og fremst hadde i tankene da bestemmelsen ble gitt. Kjerneområdet for bestemmelsen er utvilsomt at opplysninger kan gis til personer som trenger dem for å utføre en oppgave for forvaltningen.

På den annen side er det flere argumenter som tilsier at fvl § 13 b nr 2 også gir rett til å formidle denne typen opplysninger til potensielle leverandører, dersom dette er nødvendig for at disse skal kunne kalkulere sine tilbud.

For det første, som det er påpekt ovenfor, dersom taushetspliktreglene er til hinder for å gi tilbyderne de opplysninger de trenger for å kalkulere tilbud, vil det ikke være mulig å arrangere konkurranse om de aktuelle tjenestene, med mindre opplysningene kan gis anonymisert eller brukerne samtykker til at opplysningene gis.

For det andre skjer konkurranseutsettingen primært fordi oppdragsgiver mener dette vil gi bedre tjenester innenfor den kostnadsramme som det offentlige har til rådighet for slike tjenester. Å gi tilbyderne adgang til de aktuelle opplysningene, for å muliggjøre konkurranse og dermed forhåpentligvis bedre tjenester, kan derfor hevdes å ligge innenfor ordlyden i fvl § 13 b nr 2. Opplysningene benyttes her, om enn indirekte, til det de er innhentet for, nemlig å gi brukerne et best mulig tilbud.

For det tredje er det antatt i juridisk teori at bestemmelsen i fvl § 13b nr 2 ikke bør tolkes for snevert. Eksempelvis gir Woxholth uttrykk for at kriteriet om formålsrealisering ikke *”bør ... tolkes for snevert. Ofte vil opplysninger bli innhentet eller gitt fordi flere formål kan tilsi det. I så fall kan realiseringen av bare ett av formålene gi grunnlag for opphevelse av taushetsplikten”*.<sup>60</sup>

Ovenstående er situasjonen i vårt tilfelle. Denne typen opplysninger vil primært være innhentet for at kommunen skal kunne gi brukeren et adekvat omsorgstilbud. Ønsket om å kunne konkurranseutsette tjenesten, for derigjennom å få best mulig tjenester for brukerne, vil imidlertid også kunne være et formål med innhenting.

Det kan videre vises til Frihagen, som også legger til grunn en vid forståelse av begrepet ”det formål opplysningene er innhentet for”. Han gir bl.a. uttrykk for at taushetsbelagte opplysninger kan gis til ”ledelsen i private organisasjoner o.l. der dette er nødvendig for å få høringsuttalelse og lignende”.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Jfr eksempelvis Geir Woxholth: Forvaltningsloven med kommentarer, 5. utg 2011, som gir uttrykk for at ”det prinsipielt ikke er noe til hinder for at det offentlige benytter seg av private enkeltpersoner og foretak til å utføre tjenester for seg. Følgen vil jo bli at de som utfører tjenesten regelmessig, vil få taushetsplikt etter § 13”. Samme standpunkt inntas av Frihagen: Taushetsplikt etter forvaltningsloven, 1979, s. 131.

<sup>60</sup> Woxholth op.cit s. 294.

<sup>61</sup> Arvid Frihagen: Forvaltningsloven, kommentarutgave, bind I, 2. utg. s. 303.

På bakgrunn av ovenstående er vår vurdering at det er mye som taler for at det er lovlig å gi slike taushetsbelagte opplysninger til prekvalifiserte, med hjemmel i fvl § 13b nr 2. Dette forutsetter imidlertid at kommunen gjør alt som med rimelighet kan forventes for å hindre spredning av opplysningene. Dette innebærer at kommunen må kreve at de prekvalifiserte avgir taushetsplikterklæring. Det bør også stilles vilkår om at tilbyderer utelukkende sprer opplysningene til dem som har behov for tilgang for å kunne kalkulere tilbudet, samt at opplysningene slettes så snart konkurransen er avgjort.

Selv med slike forholdsregler er det ikke *opplagt* at fvl § 13 nr 2 b gir hjemmel for å gi denne typen opplysninger til tilbyderne.

## 7.5 Samtykke som grunnlag for å gi opplysninger

Som det fremgår i pkt 7.3 er det neppe grunnlag for å gi opplysninger som er taushetsbelagt etter helsepersonelloven til tilbyderne. Opplysninger som bare er taushetsbelagt etter forvaltningsloven er det derimot trolig lovlig å gi, forutsatt at de forholdsregler som er beskrevet i pkt 7.4.2 overholdes.

Et informert samtykke fra den som skal vernes av taushetsplikten vil alltid være et tilstrekkelig grunnlag for å gi taushetsbelagte opplysninger, jfr fvl § 13 a nr 1 og helsepersonelloven § 22 første ledd.

Et samtykke kan være muntlig eller skriftlig. I enkelte situasjoner kan også underforstått eller stilltiende samtykke være tilstrekkelig.<sup>62</sup> I de tilfeller som omfattes av vår vurdering vil det neppe være særlig rom for slike underforståtte samtykker. Det er naturlig å kreve eksplisitt samtykke, enten muntlig eller skriftlig i slike tilfeller.

Et samtykke kan trekkes tilbake på et hvilket som helst tidspunkt.<sup>63</sup> Å sette i gang en konkurranseutsettingsprosess basert på at brukeren samtykker til at tilbyderne får de nødvendige opplysninger kan derfor være risikofylt, ettersom brukeren på et hvilket som helst tidspunkt kan trekke samtykket tilbake og dermed torpedere prosessen.

## 7.6 Oppsummering – taushetspliktspørsmålet

I de tilfeller hvor helsepersonelloven gjelder er situasjonen følgende:

Videreformidling til tilbydere av taushetsbelagt informasjon etter helsepersonelloven er trolig i strid med loven. Dette gjelder selv om opplysningene bare formidles til prekvalifiserte tilbydere, eller en anskaffelsesenheter i kommunen.

Den som er vernet av taushetspliktreglene kan samtykke til at tilbyderne gis slik informasjon. Et samtykke kan trekkes tilbake på et hvilket som helst tidspunkt.

Dersom det ikke er mulig å gi tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne kan kalkulere sine tilbud uten å avdekke brukerens identitet, direkte eller indirekte, og brukeren ikke samtykker til å gi slik informasjon, vil det trolig ikke være mulig å arrangere konkurranse i det aktuelle tilfellet. Dette innebærer dermed at tjenestene heller ikke kan utføres av private, for så vidt gjelder de tjenestene som ikke kan tildeles private leverandører uten konkurranse.

<sup>62</sup> Ohnsted og Befring op.cit s. 215.

<sup>63</sup> Ohnstad og Befring op.cit s. 217.

I de tilfeller hvor bare forvaltningslovens taushetspliktregler gjelder kan kommunen trolig gi prekvalifiserte tilbydere taushetsbelagt informasjon. Dette forutsetter at kommunen gjør det som med rimelighet kan forventes for å hindre spredning av opplysningene, herunder å kreve at de prekvalifiserte avgir taushetsplikterklæring, at disse utelukkende sprer opplysningene til dem som har behov for tilgang for å kunne kalkulere tilbudet, samt at opplysningene slettes så snart konkurransen er avgjort.

## 8. SAMARBEID MED BRUKERE OG PÅRØRENDE

### 8.1 Innledning – medvirkningsretten

Brukerne av de aktuelle tjenestene har en såkalt ”medvirkningsrett”, d.v.s at de har rett til å ha innflytelse på de tjenester som ytes.

Prinsippet om medvirkning er nedfelt i sosialtjenesteloven § 8-4 for tjenester etter denne loven. Her heter det at: *”Tjenestetilbudet skal så langt som mulig utformes i samarbeid med klienten. Det skal legges stor vekt på hva klienten mener.”*

I forarbeidene til bestemmelsen heter det bl.a. at: *”Bestemmelsen innebærer at når det gjelder sosiale tjenester bør det konfereres med klienten før det fastsettes hva tjenesten skal gå ut på, når den skal utføres og hvem som skal ha oppgaven”*.<sup>64</sup>

Ved ytelse etter kommunehelsetjenesteloven reguleres medvirkningsretten av pasientrettighetsloven 3-1, hvor det heter at *”Pasienten har rett til å medvirke ved gjennomføring av helsehjelpen. Pasienten har herunder rett til å medvirke ved valg mellom tilgjengelige og forsvarlige undersøkelses- og behandlingsmetoder. Medvirkningens form skal tilpasses den enkeltes evne til å gi og motta informasjon”*.<sup>65</sup>

Den nye helse- og omsorgstjenesteloven medfører at medvirkningsretten for både helse- og omsorgstjenester reguleres av pasientrettighetslovens § 3-1, som viderefører medvirkningsbestemmelsene i de to lovene. I tillegg er det tatt inn en bestemmelse i pasientrettighetsloven § 3-2 siste ledd, som regulerer hvilken informasjon brukeren skal få, for å kunne ivareta sin medvirkningsrett.

Medvirkningsplikten reiser flere problemstillinger i tilknytning til anskaffelsesreglene. Disse problemstillingene oppstår både ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlag, når leverandør skal velges og i den perioden kontrakten løper.

### 8.2 Medvirkningsretten – det grunnleggende utgangspunktet

Det ligger utenfor rammen av denne utredningen å redegjøre generelt for hvilke rettigheter medvirkningsretten gir den enkelte bruker. Temaet for vår vurdering er de særlige rettslige spørsmål som oppstår i tilknytning til medvirkningsretten ved konkurranseutsetting av tjenester til enkeltbrukere.

Det rettslige utgangspunktet for en slik vurdering er relativt enkelt. Både kommunehelsetjenesteloven, sosialtjenesteloven og den nye helse- og omsorgstjenesteloven er basert på en forutsetning om at kommunen kan velge hvordan den vil levere de tjenestene som disse lovene pålegger kommune å tilby. Det er imidlertid en klar forutsetning at verken de materielle rettighetene til brukerne, eller de reglene som regulerer retten til medvirkning og lignende skal påvirkes av om kommunen leverer tjenestene i egenregi eller ved hjelp av eksterne leverandører.

<sup>64</sup> Ot.prp. nr 29 (1990-91) s. 166 annen spalte.

<sup>65</sup> Lov 2. juli 1999 nr. 63.



Det grunnleggende utgangspunktet er derfor at medvirkningsretten ikke skal påvirkes av om kommunen velger å konkurransesutsette en helse- og sosialtjeneste. Kommunen kan m.a.o, selvsagt, ikke frata eller redusere brukernes rettigheter til medvirkning, bare ved å outsource en tjeneste.

### 8.3 Medvirkning ved spørsmålet om en tjeneste skal konkurransesutsettes

Kommunen og brukeren vil kunne ha ulikt syn på om en tjeneste skal konkurransesutsettes. Brukeren vil typisk være fornøyd med den leverandør han har, og ønsker ingen konkurranse. Kommunen derimot, ønsker å se om den kan få bedre eller rimeligere tjenester gjennom konkurranse.

Før en kommune beslutter å konkurransesutsette de tjenester som skal ytes til en enkeltbruker, plikter kommunen å høre brukerens syn på om konkurransesutsetting er ønskelig. Denne plikten følger etter vårt syn klart av forarbeidene til sosialtjenesteloven, hvor det bl.a. heter at medvirkningsretten omfatter spørsmålet om ”*hvem som skal ha oppgaven*” med å yte slike tjenester til brukeren, jfr ovenfor. Det fremgår relativt klart av forarbeidene til den nye helse- og omsorgsloven at man ikke tar sikte på å endre medvirkningsreglene i den nye loven, sammenlignet med dagens gjeldende regler.<sup>66</sup> Det må derfor tilrettelegges for slik medvirkning, slik at det etableres et system for å høre enkeltbrukerne, før det treffes beslutning om konkurransesutsetting.

Derimot er det etter vårt syn kommunen som har den endelige beslutningsmyndighet m.h.t om en tjeneste skal konkurransesutsettes. Beslutningen vil kunne ha stor betydning for kommunens organisering av sine helse- og sosialtjenester, og derigjennom hvordan kommunen på en best mulig måte skal kunne utnytte de økonomiske rammer kommunen har for sin virksomhet. Dette er vurderinger av utpreget politisk karakter, og det fremstår som unaturlig at enkeltbrukere skulle kunne ha ”vetorett” mot konkurransesutsetting av tjenester rettet mot den aktuelle brukeren.<sup>67</sup> På samme måte som kommunen vil ha den endelige beslutningsmyndighet m.h.t hvordan den skal organisere sin interne leveranse av helse- og sosialtjenester, vil kommunen derfor også ha den endelige beslutningsmyndigheten m.h.t om den skal produsere tjenesten internt eller kjøpe den eksternt.

Dersom det besluttes å arrangere en konkurranse, er det spørsmål om hvilken innflytelse brukeren/pårørende skal ha ved utarbeidelse av konkurransegrunnlaget. Her kan det tenkes flere potensielt motstridende interesser mellom brukeren og kommunen:

Brukeren vil normalt ikke være opptatt av lav pris som et tildelingskriterium. Tvert i mot, brukeren vil ofte ønske en dyrest mulig leverandør, ut fra en antagelse om at ”kvalitet koster”. Kommunen derimot, som har et budsjett å ta hensyn til, vil naturlig nok ønske også å vektlegge prisen.

Likeledes vil brukeren ofte ønske å forbli i det geografiske området hvor han allerede er plassert. Han bor eksempelvis i en omsorgsbolig, og ønsker ikke å flytte til en omsorgsbolig et annet sted. Han ønsker derfor å legge strenge geografiske begrensninger på hvor tjenesten skal leveres, mens kommunen ofte vil ønske større fleksibilitet.

<sup>66</sup> Prp 91 L (2010-2011) s. 359 flg.

<sup>67</sup> I de tilfeller hvor det ikke er mulig å arrangere konkurransen uten å bryte helsepersonellovens taushetspliktregler vil imidlertid brukeren som nevnt ha en de facto vetorett, ved at han kan nekte viderefremming av de opplysninger som er nødvendige for å gjennomføre en konkurranse.

Brukeren vil også kunne ønske å utforme konkurransegrunnlaget slik at det skal favorisere den leverandør som allerede leverer tjenesten, fordi brukeren ikke ønsker å få inn en ny person.

Kommunen plikter åpenbart å involvere brukeren også i denne fasen, og høre brukerens syn både på hvordan tjenesten skal utføres og hvilke kriterier som skal vektlegges i konkurransen. Retten til å bli hørt m.h.t hvordan tjenesten skal utføres følger av at brukeren skal forespørres mht ”*hva tjenesten skal gå ut på*” Retten til å bli hørt m.h.t hvilke tildelingskriterier som skal benyttes følger av brukerens rett til å bli hørt m.h.t hvem som skal yte tjenesten. Det er i realiteten valget av tildelingskriterier som er avgjørende for dette spørsmålet, og da må brukeren involveres også i utformingen av kriteriene.

Det vil ofte være grunn til å legge stor vekt på brukerens synspunkter m.h.t kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget, herunder hvordan tjenesten skal utformes. Dette er spørsmål som brukeren ofte vil ha gode forutsetninger for å vurdere.

Også når det gjelder hvilke tildelingskriterier som skal benyttes, må imidlertid kommunen ha den endelige avgjørelsesmyndighet. Dette er åpenbart i de tilfellene hvor brukeren ønsker at det skal legges vekt på kriterier som det vil være i strid med anskaffelsesregelverket å vektlegge, eksempelvis at leverandøren er norsk. Selv i de tilfellene hvor diskusjonen ikke dreier seg om å vektlegge et ulovlig tildelingskriterium, men eksempelvis hvilken vekt pris skal ha som tildelingskriterium, vil kommunen ha den endelige avgjørelsesmyndighet.

#### **8.4 Medvirkning i tildelingsfasen**

Også når det gjelder spørsmålet om hvem som skal tildeles kontrakten vil brukeren etter vårt syn ha krav på å få uttale seg.<sup>68</sup>

I denne fasen vil det imidlertid være mindre rom for reell medinnflytelse fra brukerens side. Tildelingen vil være styrt av de tildelingskriterier som er oppstilt i konkurransegrunnlaget. Det er i siste instans kommunen som vil måtte evaluere tilbyderne i henhold til disse. Kommunen er oppdragsgiver og vil være ansvarssubjektet dersom tildelingen ikke følger regelverket. Dette innebærer også at det er kommunen som må ha det siste ord m.h.t hvem som skal tildeles oppdraget. En bruker kan m.a.o ikke kreve at kommunen skal tildele oppdraget til en annen leverandør enn den kommunen mener er den best kvalifiserte i henhold til tildelingskriteriene og dermed eksponere kommunen for et erstatningsansvar.<sup>69</sup>

#### **8.5 Medvirkning i kontraktsfasen**

Brukeren vil være den som har den daglige kontakten med leverandøren, og vil dermed ofte være den som har best forutsetninger for å vurdere om leveransen er i henhold til forutsetningene. Kommunen bør derfor etablere rutiner for tilbakemelding fra brukeren til kommunen mht hvordan leverandøren oppfyller kontrakten. Slik tilbakemelding er selvsagt viktig av hensyn til brukeren, men kommunen har også en sterk egeninteresse av å få slike tilbakemeldinger, for å kunne følge opp kontrakten på en hensiktsmessig måte.

---

<sup>68</sup> Jfr note 67.

<sup>69</sup> Fylkesmannen i Oslo har i en uttalelse av 24.06.2010 lagt til grunn at kommunen i utgangspunktet kan velge hvilken privat leverandør den ønsker å inngå avtaler med. Dette må åpenbart være riktig.

En situasjon som ikke er upraktisk er at brukeren, med grunnlag i sin medvirkningsrett, krever skifte av leverandør. I forholdet mellom kommunen og brukeren vil brukeren ha den samme rett til å kreve leverandørskifte som om kommunen hadde utført tjenesten i egenregi, jfr pkt 8.2. Dersom det kommer krav om leverandørskifte/skifte av den personen som utfører tjenesten, må kommunen vurdere kravet konkret, og ta stilling til om medvirkningsretten gir rett til å kreve leverandørskifte/personskifte. Denne vurderingen skiller seg ikke fra den vurdering kommunen må gjøre når den leverer tjenesten i egenregi. Brukerens rett til leverandør/personskifte vil m.a.o være akkurat den samme, uavhengig av om kommunen har konkurranseutsatt tjenesten eller ei.<sup>70</sup>

I praksis vil nok brukeren sjelden kunne kreve skifte av leverandør i de tilfeller hvor leverandøren er et rettssubjekt med flere ansatte. Derimot kan det godt tenkes situasjoner hvor medvirkningsretten vil gi rett til å kreve skifte av den personen som skal utføre tjenesten p.v.a leverandøren.

I forholdet mellom kommunen og leverandøren beror kommunens adgang til å heve avtalen på kontrakten dem i mellom. Kommunen må derfor sikre seg en kontraktsmessig rett til å heve kontrakten med leverandøren i de tilfeller hvor brukeren har rett til å kreve leverandørskifte, samt en rett til skifte av den person som utfører tjenesten når brukeren har rett til slikt personskifte. Kommunens kontrakt med leverandøren må på dette punktet m.a.o. være "back to back" med de rettigheter brukeren har overfor kommunen. Dersom kommunen ikke har sikret seg en slik kontraktsmessig rett overfor leverandøren, kan kommunen havne i en situasjon hvor den overfor brukeren er forpliktet til å akseptere leverandørskifte/personskifte, men overfor leverandøren ikke har rett til å kreve slikt skifte. Konsekvensen vil da bli at kommunen vil måtte heve, men mot å betale leverandøren erstatning.

---

<sup>70</sup> Jfr det grunnleggende utgangspunktet som er skissert i i pkt 8.2.

## 9. BEHOVET FOR STABILE TJENESTER

### 9.1 Innledning

KS har i oppdragsbeskrivelsen gitt uttrykk for at det er en utfordring å sikre stabile tjenester i anskaffelsesprosesser vedrørende denne typen tjenester. Brukerne vil ofte være interessert i minst mulig endringer i sitt tjenestetilbud, dersom de er fornøyd med sin leverandør. Brukeren vil derfor typisk være interessert i lengst mulig kontraktsperioder, eller i hvert fall muligheten for utøvelse av opsjoner som gir langvarige kontrakter. Kommunen derimot, vil etter omstendighetene kunne være interessert i å kunne skifte leverandør noe oftere.

KS har på bakgrunn av ovenstående bedt oss vurdere hvilke regler som gjelder mht varigheten av denne typen tjenestekontrakter.

### 9.2 Anskaffelsesforskriftens regler om varighet

#### 9.2.1 Innledning

Anskaffelsesforskriften § 6-1 fastslår at *rammeavtaler* ikke kan inngås for mer enn fire år av gangen, ”med unntak av tilfeller som er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand”.

Dersom kommunen ønsker å inngå avtaler om kjøp av de ovennevnte tjenestene i form av rammeavtaler, er maksimal avtaleperiode begrenset til 4 år, med mindre forskriftens vilkår for å inngå lengre avtaler er oppfylt.

De anskaffelsene som omfattes av vår vurdering inngås imidlertid ikke som rammeavtaler, men som tjenestekjøpsavtaler for én enkelt bruker. Spørsmålet er derfor om det gjelder varighetsbegrensninger også i slike tilfeller og eventuelt hvilke.

#### 9.2.2 Anskaffelsesdirektivets regler om varighet

Anskaffelsesdirektivets art 32 fastslår at ”*Rammeaftaler må høyst gjelde for en periode på fire år, undtagen i særlige tilfælde, som er behørigt begrundet navnlig i rammeaftalens formål*”.

Det fremgår m.a.o. av ordlyden i direktivet at 4-årsregelen bare gjelder direkte for rammeavtaler. Bakgrunnen for direktivets særlige varighetsbegrensninger for rammeavtaler, er at langvarige rammeavtaler er blitt antatt å være uheldige for konkurransen i markedet.<sup>71</sup>

Det er imidlertid adgang til å gjøre unntak fra 4-års regelen i ”særlige tilfeller” når rammeavtalens ”formål” tilsier det. Det typiske tilfellet er kontrakter som krever store investeringer hos leverandørene, som ikke vil kunne avskrives på en forsvarlig måte i løpet av fire år. Bakgrunnen for at man i disse tilfellene kan fravike 4-års grensen er at man risikerer ikke å få noen tilbud, eller for dårlige tilbud, dersom kontraktsperioden ikke gir rom for en realistisk avskrivningsperiode for investeringene.

Det er imidlertid antatt i teorien at adgangen til å inngå langvarige rammeavtaler må vurderes på et bredere grunnlag enn utelukkende ut i fra spørsmålet om omfanget av de investeringer som skal foretas. Steinicke og Grosmeier gir således uttrykk for at:

<sup>71</sup> Se bl.a. Arrowsmith; OP.CIT., s. 688.

*”Situationer, hvor en længere varighed end 4 år er tilstrækkeligt begrundet, kan være, hvor rammeaftalen forudsætter udvikling af et specialprodukt, som de økonomiske aktører kun kan forventes at påtage sig, hvis kontraktperioden er noget længere end 4 år, bl.a. under hensyn til, at leveranceperioden bliver kortere som følge af den tid, der medgår til udvikling [...] Endvidere kan også forhold, som ikke angår rammeaftalens formål, begrunde en længere varighed end 4 år, forudsat at dette fremstår som åbenbart rimeligt.”<sup>72</sup>*

Også Dragsten og Lindalen synes å legge til grunn at andre hensyn enn bare leverandørens avskrivningsbehov kan vektlegges ved vurderingen av hvor langvarige rammeavtaler som kan inngås. Det gis således uttrykk for at *”målsettingen om å oppnå best mulige anskaffelser, kan vektlegges ved vurderingen av om en rammeavtale kan ha mer en fire års varighet”*.<sup>73</sup>

Det synes m.a.o å være relativt bred enighet om at det ikke bare er hensynet til leverandørens behov for å avskrive investeringene som kan tilsi lengre varighet enn fire år for rammeavtaler, men også bredere vurderinger begrunnet i et ønske om å oppnå best mulig anskaffelser.

For andre avtaler enn rammeavtaler synes anskaffelsesdirektivets ordlyd å åpne opp for at det, kan inngås tidsubegrensede kontrakter. Således heter det i direktivets art 9 nr 8, litra b ii at

*”Ved beregningen af den anslåede værdi af offentlige tjenesteydelseskontrakter skal der tages hensyn til følgende:*

*ii) for tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter, hvis løbetid er over 48 måneder; den månedlige værdi multipliseret med 48.”* Vår understrekning.

Det synes m.a.o å fremgå implisitt av bestemmelsen at kontrakter med varighet ut over fire år kan inngås, uten at dette er i strid med direktivet. Dette er også lagt til grunn i EU-domstolens avgjørelse i *Presstext*.<sup>74</sup>

Steinicke og Grosmeier har på denne bakgrunn lagt til grunn at direktivet ikke innebærer noen begrensninger mht hvor langvarige kontrakter som kan inngås, utenfor rammeavtaletilfellene.<sup>75</sup>

For vårt formål er det ikke nødvendig å ta stilling til hvilke eksakte begrensninger anskaffelsesdirektivet eventuelt medfører utenfor rammeavtalesituasjonen, fordi direktivet som nevnt i svært liten grad regulerer helse- og sosialtjenester.

### 9.2.3 Varighetsreglene i det norske regelverket

Anskaffelsesforskriften inneholder varighetsregler for rammeavtaler, i tråd med Anskaffelsesdirektivets regler. For avtaler som ikke er rammeavtaler inneholder anskaffelsesforskriften ingen bestemmelser som eksplisitt regulerer varigheten. Det fremgår imidlertid av anskaffelsesforskriftens bestemmelser om beregning av terskelverdi at

<sup>72</sup> Steinicke og Grosmeier: EUs Udbudsdirektiver med kommentarer, Jurist og Økonomforbundets forlag, København 2008, 2. utg s. 901 flg.

<sup>73</sup> Dragsten og Lindalen op.cit s. 219, med henvisning til en uttalelse fra Nærings- og handelsdepartementet. .

<sup>74</sup> EU-domstolens sak C-454/06, premiss 74.

<sup>75</sup> Steinicke og Grosmeier op.cit. s. 775, med videre henvisning til dansk teori.

tjenestekontrakter kan være tidsubegrensede, jf forskriften § 2-3 (10).<sup>76</sup> Denne bestemmelsens betydning for spørsmålet om kontraktens varighet, er i liten grad drøftet i norske rettskilder.

I anskaffelsesloven § 5 heter det at en anskaffelse så langt det er mulig skal være basert på konkurranse. I juridisk teori er det antatt at denne bestemmelsen begrenser hvor lang varighet som kan avtales i en offentlig kontrakt, også utenfor rammeavtaletilfellene.<sup>77</sup>

Også KOFA har lagt til grunn at anskaffelsesloven § 5 begrenser adgangen til å inngå langvarige kontrakter, også for avtaler som ikke er rammeavtaler.<sup>78</sup> KOFA har således gitt uttrykk for at *”meget langvarige kontrakter kan ... etablere et reelt leverandørmonopol i strid med forutsetningen om at alle offentlige oppdrag skal være gjenstand for konkurranse”*.<sup>79</sup>

Det kan synes som om KOFA til en viss grad tar utgangspunkt i en fireårsregel, også utenfor rammeavtaletilfellene. I sak 2010/361 behandlet KOFA en sak som ikke angikk rammeavtaler, men ga likevel uttrykk for at *”Innklagende har ikke anført forhold som tilsier at de aktuelle kontraktene om fondsledelse og investeringsrådgivning var av en slik art at en kontraktsperiode som i vesentlig grad overstiger 4 år kan anses berettiget”*.<sup>80</sup>

KOFA har videre gitt uttrykk for at de forhold som det er naturlig å legge vekt på ved vurderingen av hvor langvarig slike kontrakter kan være, i stor grad vil være de samme forhold som kan begrunne unntak fra 4-årsregelen for rammeavtaler.<sup>81</sup>

Oppsummert synes det i norsk rett å være en relativt allmenn oppfatning at det generelle kravet om konkurranse i anskaffelsesloven § 5 innebærer begrensninger på hvor langvarige kontrakter som kan inngås, også utenfor rammeavtaletilfellene. Hvor langvarig slike kontrakter kan være, må vurderes konkret, på bakgrunn av kontraktens gjenstand og forholdene knyttet til kontraktsinngåelsen. Utgangspunktet må være at en varighet som ikke kan forsvares forretningsmessig, vil være i strid med anskaffelsesloven § 5. Det kan imidlertid synes som om KOFA opererer med en slags ”tommelfingerregel” om 4 års maksimal varighet som utgangspunkt, også utenfor rammeavtaletilfellene. Forhold ved den konkrete kontrakten vil imidlertid kunne berettige lengre varighet. I denne vurderingen vil de samme forhold som kan begrunne unntak fra 4-årsregelen for rammeavtaler være relevante.

#### 9.2.4 Nærmere om varighetsreglene for de avtaler som omfattes av vår vurdering

For de tjenesteanskaffelsene som omfattes av de norske anskaffelsesreglene er utgangspunktet som skissert ovenfor; det gjelder trolig en tommelfingerregel om fire års maksimal løpetid, men forhold ved den konkrete kontrakten kan berettige lengre varighet. Vi skal derfor nedenfor vurdere om de tjenestene som omfattes av vår vurdering er av en slik karakter at de kan ha lengre løpetid enn 4 år.

Etter vårt syn er det flere forhold ved denne avtaletypen som tilsier at oppdragsgiver har et vidt spillerom for å inngå avtaler som overstiger fire års varighet.

<sup>76</sup> Som tilsvarende Anskaffelsesdirektivets art 9 nr 8, litra b ii, jfr ovenfor under pkt 8.2.2.

<sup>77</sup> Se eksempelvis Dragsten og Lindalen: Offentlige anskaffelser, kommentarutgave, s. 217 flg.

<sup>78</sup> Jfr KOFAs avgjørelser i sak 2010/361 og 2010/23.

<sup>79</sup> KOFA 2010/23, premiss 39.

<sup>80</sup> KOFA 2010/361, premiss 31.

<sup>81</sup> KOFA 2010/23, premiss 42.

For det første har den avtaletypen som det er snakk om i vårt tilfelle, avtaler med enkeltbrukere, et svært begrenset potensiale for å begrense konkurransen i markedet, selv om de er langvarige.

Anskaffelsesdirektivets varighetsbegrensninger for rammeavtaler skyldes at slike avtaler er blitt ansett for å ha et særlig potensiale for å begrense konkurransen i markedet.<sup>82</sup> Gjennom vidtfavnende, langvarige rammeavtaler med en enkelt leverandør kan det offentlige redusere konkurransen innenfor et bredt virksomhetsområde, for en lang periode. Eksempelvis kan man, som et ekstremt eksempel, tenke seg en rammeavtale med én leverandør om at vedkommende skal dekke all etterspørsel av helse- og sosialtjenester til en bestemt bydel for en lengre periode. En så vidtfavnende avtale vil ha et betydelig potensiale for å begrense konkurransen i markedet for disse tjenestene, hvilket tilsier klare begrensninger i varigheten.

Sammenlignet med rammeavtaler tilhører ”vår” avtaletype det andre ytterpunkt når det gjelder potensialet for å begrense konkurransen i markedet. Tjenesteleveranser til én enkelt bruker vil ha en meget beskjeden innvirkning på det totale markedet for kjøp av helse- og sosialtjenester. Bakgrunnen for at man har innfortolket et varighetskrav i anskaffelsesloven § 5 slår derfor i begrenset grad til i vårt tilfelle. Dette tilsier at det bør være vide rammer for oppdragsgivers skjønn ved vurderingen av hvor langvarig denne typen avtaler kan være.

For det andre vil hensynet til brukerne ofte tilsi at det er hensiktsmessig med lengre varighet enn fire år. Stabile rammevilkår, der de kan forholde seg til personer de har kjent i lengre tid, vil ofte være sentralt for denne typen brukere.

Som vi har påpekt foran under pkt 9.2.3 er det antatt at hensynet til å oppnå gode anskaffelser vil kunne vektlegges i vurderingen av om fire års-regelen kan fravikes for rammeavtaler. Ettersom slike bredere hensyn kan vektlegges ved vurderingen av varigheten for rammeavtaler, må slike forhold også kunne vektlegges utenfor rammeavtaletilfellene. Som det er redegjort for ovenfor, tilsier reelle hensyn at adgangen til å inngå langvarige avtaler bør være videre utenfor rammeavtaletilfellene.

Vi er ikke kjent med at verken domstoler, KOFA eller andre organer direkte har tatt stilling til hvilke varighetsbegrensninger som gjelder for kontrakter om slike helse- og sosialtjenester, eller om brukernes behov for stabile tjenester kan medføre adgang til å inngå lengre kontrakter enn det som normalt gjelder utenfor rammeavtaletilfellene.

Etter vårt syn er det imidlertid, på bakgrunn av de forholdene som er påpekt ovenfor, ikke tvilsomt at det er lov å inngå relativt langvarige kontrakter om kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere, forutsatt at det kan påvises et eller annet konkret behov for dette. Ved vurderingen av om dette er tilfellet vil kommunen ha et vidt spillerom for utøvelse av medisinsk/omsorgsfaglig skjønn. Dersom et slikt skjønn tilsier det, vil det være rom for å inngå avtaler med løpetid betydelig ut over fire år.

#### 9.2.5 Oppsummering – varighetsspørsmålet

For de tjenestene som ikke omfattes av anskaffelsesregelverket – dvs de barneverntjenestene som gir rett til tvangsutøvelse – gjelder det ingen begrensninger på hvor langvarige avtaler

---

<sup>82</sup> Se bl.a. Arrowsmith, op.cit. s. 688.

som kan inngås. For de øvrige avtalene innebærer det norske regelverket trolig at avtalene i *utgangspunktet* ikke skal vare lengre enn omkring fire år.

Kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere vil likevel kunne inngås for betydelig lengre tidsperioder enn fire år, forutsatt at det kan påvises et eller annet konkret *behov* for dette, eksempelvis at brukeren har behov for stabilitet mht tjenesteleverandør ut over fire år. Ved vurderingen av om dette er tilfellet vil kommunen ha et vidt spillerom for medisinsk/omsorgsfaglig skjønn. Dersom det ikke kan påvises noen form for særskilt behov som tilsier varighet ut over fire år, er det derimot naturlig å benytte fireårsgrensen som ytterramme for varigheten.



## **10. FORLENGELSE OG ENDRING AV KONTRAKTEN**

### **10.1 Innledning – endringsadgangen beror på kontraktens egen regulering**

Det er ikke uvanlig at brukers behov endres i løpet av kontraktperioden. Vedkommende blir sykere eller friskere, pårørende faller fra, eller får mer tid til å ta seg av brukeren, eller brukeren får av andre grunner økt eller redusert sitt hjelpebehov. I slike situasjoner oppstår det spørsmål om hvor langt kommunen kan gå i endre den kontrakten som opprinnelig er inngått med leverandøren, for å imøtekomme brukers endrete hjelpebehov.

Endringen kan enten bestå i endring av de ytelser brukeren har behov for eller endring av bistandens omfang (mer eller mindre av den samme ytelsen).

En annen variant av temaet er situasjonen der det blir behov for å forlenge kontrakten. En vanlig situasjon er eksempelvis at kontraktperioden er i ferd med å løpe ut, men brukeren er så dårlig at det ikke er medisinsk forsvarlig å flytte ham til et nytt sted. Dersom utfallet av konkurransen potensielt kan medføre at valg av ny leverandør også vil medføre flytting til nytt sted, er det spørsmål om dette gir grunnlag for å forlenge den eksisterende kontrakten. Et eksempel på denne problemstillingen er ved bistand til heldøgns omsorg. Denne skjer ofte i særlige bo- og behandlingssentre, som leverandøren disponerer. Ved leverandørskifte vil det derfor kunne bli aktuelt med skifte av bosted.

For barnevernstjenestene som faller helt utenfor anskaffelsesregelverket gjelder det ikke noen begrensninger mht adgangen til å endre kontraktens innhold. For de tjenestene som omfattes av regelverket er situasjonene derimot en noe annen.

### **10.2 Endringsadgangen for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesreglene**

Den rettslige problemstillingen er hvor langt oppdragsgiver kan gå i å endre kontraktens innhold, uten at det i realiteten blir en ny kontrakt, som må utlyses på nytt. Dersom det i realiteten dreier seg om en ny kontrakt, vil endring/forlengelse uten utlysning innebære en ulovlig direkteanskaffelse, som etter omstendighetene kan utløse overtredelsesgebyr etter anskaffelsesloven § 7b.<sup>83</sup>

Det er i utgangspunktet to tenkelige rettslige grunnlag for å endre eller forlenge kontrakten. For det første inneholder anskaffelsesforskriften enkelte bestemmelser som gir grunnlag for å inngå kontrakt uten å arrangere konkurranse. I pkt 10.3 nedenfor drøftes foa § 2-1 (2) d, som er den hjemmelen som i prinsippet kan tenkes å gi slik adgang i de situasjoner vi behandler.

Dersom forskriften ikke inneholder en egen hjemmel for å inngå kontrakt uten konkurranse, beror endringsadgangen på om endringen er ”vesentlig” eller ikke. Denne problemstillingen drøftes generelt i pkt 10.4. I pkt 10.6 drøfter vi så enkelte typetilfeller hvor vesentlighetsspørsmålet aktualiseres.

---

<sup>83</sup> Ved ulovlige direkte anskaffelser risikerer oppdragsgiver at det ilegges et overtredelsesgebyr med hjemmel i Anskaffelsesloven § 7b. Etter nye håndhevelsesregler som ventes å tre i kraft i løpet av 2012 vil det i slike tilfeller også være en risiko for at kontrakten anses å være ”uten virkning” (en form for ugyldighet), eller at den avkortes, jf NOU 2012:2. Detaljene i de nye norske håndhevelsesreglene vil antagelig foreligge i forskrifts form i løpet av siste halvår 2011.

### 10.3 Foa § 2-1 (2) d som endrings- eller forlengelsehjemmel?

Foa § 2-1 (2) d åpner for at oppdragsgiver kan tildele kontrakter under EØS-terskelverdi til eksisterende leverandør uten forutgående konkurranseutsetting, når ”uforutsette omstendigheter” gjør det nødvendig å utføre tilleggsytelser som er ”strengt nødvendige” for kontraktens fullføring.<sup>84</sup>

Bestemmelsens ordlyd passer ikke helt på vår situasjon. Vi vil likevel ikke utelukke at bestemmelsen kan benyttes som hjemmel for forlengelse av kontrakten i de tilfeller vi har beskrevet ovenfor, hvor kontrakten er i ferd med å løpe ut, men brukeren er så dårlig at det ikke er medisinsk forsvarlig å flytte ham til et nytt sted.

I enkelte tilfeller kan denne problemet løses ved å arrangere en ny konkurranse om den forlengede kontrakten, med et vilkår om at brukeren ikke skal flyttes. Dette kan eksempelvis gjøres ved at den nye leverandøren må forplikte seg til å yte hjelpen på det sted brukeren befinner seg. I så fall plikter kommunen å arrangere konkurranse om forlengelse av kontrakten, med en slik forutsetning om at hjelpen skal ytes der brukeren befinner seg, selv om dette eventuelt blir dyrere for kommunen.

I en del tilfeller er det imidlertid ikke mulig å stille krav om at den nye leverandøren skal yte sine tjenester der brukeren befinner seg, eksempelvis der tjenesten ytes i et behandlingssenter som eies av eksisterende leverandør, som ikke er interessert i å stille lokalene til rådighet for en ny leverandør. I slike situasjoner vil vi ikke utelukke at foa § 2-1 (2) d kan brukes som hjemmel for å forlenge.

Dersom foa § 2-1 (2) d ikke gir hjemmel for forlengelse i slike tilfeller, vil det potensielt kunne oppstå motstrid mellom anskaffelsesreglene på den ene siden og kommunens plikt til å yte forsvarlig helsehjelp på den andre siden. I en slik situasjon vil nok både KOFA og domstolene normalt være villig til å akseptere en relativt ”vid” anvendelse av foa § 2-1 (2) d.

### 10.4 Det avgjørende skillet – er kontraktsendringen vesentlig?

Gitt at man ikke står overfor situasjoner hvor foa § 2-1 (2) d gir hjemmel for å tildele oppdrag uten konkurranse, beror endringsadgangen på om endringen er *vesentlig*, sammenlignet med den opprinnelige kontrakten. Dette gjelder uavhengig av om det dreier seg om endring eller forlengelse av kontrakten. Endringer som ikke er vesentlige vil gjennomgående være lovlige, mens vesentlige endringer vil bli ansett som inngåelse av en ny kontrakt, og dermed innebære en ulovlig direkteanskaffelse.

Vesentlighetsgrensen vil, som det klare utgangspunkt, være overskredet dersom det kan tenkes at markedet kunne eller ville ha respondert annerledes, altså at andre eller flere leverandører hadde deltatt i konkurransen, dersom de konkrete endringene hadde vært angitt i konkurransegrunnlaget. Da vil det i realiteten dreie seg om en ny anskaffelse.

I juridisk teori heter det om skillet mellom vesentlige og ikke-vesentlige endringer at:

<sup>84</sup> Bestemmelsens ordlyd tilsier at forskriftens del 1 gjelder i disse tilfellene, d.v.s at det gjelder et krav om konkurranse før tildeling, men det er åpenbart ikke noe krav for de tilfeller som reguleres av bokstav d. I bokstav d er jo poenget nettopp at tildeling *må* skje til eksisterende leverandør.

*”Material changes are those likely to have an impact on the identity of the participants. If an entity wishes to make a material change, it must go back to whatever point in the award procedure is necessary to ensure that no one has been excluded who would have been included had the “new” specification etc. been applied throughout. This rule derives from the equal treatment principle: it violates this principle not to allow all interested firms to be considered in accordance with the final conditions under which the contract is awarded.”<sup>85</sup>*

Det er etter gjeldende rett uklart hvor grensene går for hva som anses som vesentlige endringer i en kontrakt. Det finnes noen avgjørelser fra KOFA vedrørende vesentlighetsgrensen, men disse er svært konkrete, basert på de spesifikke omstendighetene i den enkelte sak. Avgjørelsene avklarer derfor liten grad det prinsipielle spørsmålet om hvor grensen går for hva som anses som en ”vesentlig” endring.

I rettspraksis og juridisk teori er det imidlertid gitt noen føringer når det gjelder momenter som vil være relevante i en helhetsvurdering av om en endring er vesentlig (her gjengitt i stikkordsform):

- En endring som endrer den økonomiske balansen i kontrakten, taler for at endringen er vesentlig.
- Dersom det foreligger en objektiv mekanisme i avtalen for fastlegging av vilkårene ved endringer, vil endringer i større grad være akseptable.
- Dersom vilkårene for endringer ikke uttømmende er fastlagt i den opprinnelige kontrakten, skal det mindre til for at en endring anses for en ny anskaffelse.
- Endringer som, i henhold til den eksisterende kontrakt, kan pålegges av bare en av partene, taler i mindre grad for at det foreligger en ny anskaffelse, enn ved endringer som forutsetter at partene blir enige ved forhandlinger.
- En angivelse i det opprinnelige konkurransegrunnlaget av at fremtidige endringer vil kunne bli aktuelle, reduserer også sannsynligheten for at en endring må anses som en ny anskaffelse. Dette momentet er imidlertid ikke alene avgjørende.
- Jo større endringer som avtales, i relasjon til de opprinnelig avtalte kontraktsvilkår, jo mer taler for at det foreligger en ny anskaffelse. Her er alle endringer relevant, dvs både tekniske og mengdemessige endringer, endringer i varighet og endringer i vederlaget og/eller andre rettigheter og plikter i kontrakten.
- Også årsaken til endringene er et relevant moment. Gjennomgående kan det være større grunn til å akseptere endringer som skyldes partseksterne forhold, enn slike som skyldes partsinterne forhold.
- Kontraktens varighet og art har også betydning; dersom den er langvarig, og gjelder en kompleks ytelse som vanskelig kan beskrives uttømmende på forhånd, taler det for at endringsbehovet skyldes avtalens art, og ikke en omgåelse av plikten til konkurranseutsetting.

Når en kommune skal ta stilling til om den kan endre eller forlenge en inngått kontrakt må den derfor foreta en konkret vurdering av de endringene som det er aktuelt å foreta, vurdert opp mot de ovenstående momentene.

Det er selvsagt ikke mulig i vår utredning å gjennomgå alle de tilfellene som kan tenkes å oppstå i praksis, og ta stilling til om disse vil utgjøre vesentlige endringer. I det følgende skal vi imidlertid redegjøre for hvilke bestemmelser kommunen bør sørge for å få med i

---

<sup>85</sup> Sue Arrowsmith, op.cit. s. 548 flg.

kontrakten for å sikre seg mest mulig handlingsrom, jfr pkt 10.5 og forsøksvis også gjennomgå endringsadgangen for noen aktuelle typetilfeller, jfr pkt 10.6.

## **10.5 Kontraktens betydning for om det foreligger en vesentlig endring**

Konkurransesgrunnlaget og kontrakten bør alltid angi at fremtidige endringer vil kunne være aktuelle. I den grad det er mulig, bør det beskrives mest mulig presist hvilke endringer som kan bli aktuelle, samt i hvilke situasjoner det er aktuelt å endre. Dette er imidlertid en balansegang. På den ene siden bør kontrakten angi så presist som mulig når det er adgang til å endre. På den andre siden er det viktig ikke å formulere seg så spesifikt at endringsadgangen avskjæres i situasjoner som man ikke hadde fantasi til å forutse at kunne oppstå.

I den grad det er mulig, bør kontrakten også inneholde en mest mulig objektiv mekanisme for fastlegging av vilkårene ved endringer. Endringsadgangen kan eksempelvis knyttes til medisinske vurderinger foretatt av lege, slik at hvis disse tilsier økt hjelpebehov eller at pasienten ikke kan flyttes, gir dette rett til utvidet ytelsesnivå/forlengelse av kontrakten.

Det vil også være en fordel om kontrakten kan utformes slik at kommunen ensidig kan pålegge endringer, til en forhåndsfastsatt endring av godtgjørelsen, d.v.s uten ytterligere forhandlinger med leverandøren

Det vil også være en fordel om endrings-/forlengelsesadgangen begrenses til situasjoner hvor endringsbehovet skyldes forhold som partene ikke styrer selv, typisk et økt hjelpebehov som følge av endrede medisinske behov.

## **10.6 Enkelte typetilfeller**

### 10.6.1 Forlengelse av kontrakten

Som nevnt vil det kunne oppstå behov for å forlenge kontrakten fordi brukeren er for syk til å flytte. Dette vil normalt utgjøre et ”partseksternt forhold”, i den forstand at kontraktspartene ikke har noen kontroll over hendelsesforløpet. Dersom kontrakten inneholder en bestemmelse om forlengelsesadgang og en objektiv mekanisme for å utløse forlengelsesrett, f.eks krav om legeerklæring som tilsier at dette er nødvendig, trekker dette i retning av at det vil være forlengelsesadgang. Hvis den økonomiske kompensasjonen ved forlengelse også er fastlagt på forhånd, f.eks til kontraktens normale timepriser med indeksjustering, antar vi at det er helt marginal risiko for at dette skal bli ansett som en vesentlig endring av kontrakten.

Dersom forlengelsesbehovet ikke skyldes at brukeren er for syk til å flytte, men bare at kommunen har vært for sen med å iverksette ny anskaffelsesprosess, er det derimot langt større risiko for at en forlengelse vil bli ansett som ulovlig direkteanskaffelse.

### 10.6.2 Endring i ytelsesnivå

Når det bare er snakk om å forlenge varigheten av det eksisterende tjenestetilbudet vil det ofte være relativt ukomplisert å fastslå de økonomiske konsekvensene o.l av dette. I de tilfeller hvor det ikke dreier seg om å forlenge kontrakten, men om å endre ytelsesnivået, vil det ofte være vanskeligere å forhåndsregulere virkningen i kontrakten. Det er ikke nødvendigvis enkelt på forhånd å overskue hvilke endringer i ytelsesbehov som kan bli aktuelle, og å forhåndsregulere de økonomiske konsekvensene av slike endringer.

I de tilfellene hvor det dreier seg om ren ”mengderegulering”, dvs mer eller mindre av samme ytelse, vil det etter vårt syn likevel være relativt vid adgang til å foreta endringer. Hvis kontrakten inneholder et punkt om endringsadgang ved endring i ytelsesbehov, samt en objektiv mekanisme for å utløse endringsadgangen f.eks legeerklæring som beskriver endringen i behovet, samt en kompensasjon som er fastlagt på forhånd, antar vi at det også i disse tilfellene er en marginal risiko for at dette skal bli ansett som en vesentlig endring av kontrakten.

Saken kan likevel stille seg annerledes hvis det dreier seg om store endringer i ytelsesomfang. Hvor grensen går for hvilke endringer som kan aksepteres er uklart. Det er imidlertid etter vårt syn ikke unaturlig å trekke en parallell til foa § 14-4 j, som på nærmere vilkår åpner for konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i situasjoner hvor det blir aktuelt å levere tilleggstjenester til en opprinnelig kontrakt. En forutsening i § 14-4 j er at tilleggsarbeidene ikke utgjør mer enn 50% av verdien av den opprinnelige kontrakt. Dersom man nærmer seg et slikt omfang, vil man nok også være i faresonen for at endringen karakteriseres som vesentlig.

### 10.6.3 Endringer i ytelsestype

I enkelte tilfeller medfører ikke endringen i brukerens behov at han trenger mer eller mindre av samme ytelse. Han trenger derimot en helt annen ytelse. Hans behov kan f.eks endres fra BPA til heldøgns omsorg.

I slike situasjoner vil det ofte være helt andre selskaper eller personer som er potensielle tilbydere enn det som var tilfellet i den opprinnelige konkurransen. Eksempelvis vil det være helt andre persongrupper som er potensielle tilbydere i konkurranser om BPA enn i konkurranser om å levere et heldøgns omsorgstilbud. Som tidligere nevnt vil vesentlige endringer være endringer som ”are ... likely to have an impact on the identity of the participants”. Dette vil ofte være situasjonen i disse tilfellene; man ville ha fått helt andre tilbydere om konkurransen opprinnelig hadde vært utlyst som en konkurranse om heldøgns omsorg enn som en BPA-konkurranse.<sup>86</sup>

I slike situasjoner vil det ofte ikke være mulig å oppfylle brukerens endrete behov, uten at det innebærer inngåelse av en ny kontrakt. Det vil i så fall være nødvendig å utlyse en ny konkurranse.

---

<sup>86</sup> En annen sak er at i det konkrete tilfellet, ved overgang fra BPA til heldøgns omsorg, vil den opprinnelige BPAen ikke være *i stand til* å oppfylle det endrete tjenestetilbudet, slik at det uansett er helt nødvendig å utlyse ny konkurranse, for å dekke brukerens behov.

## **11. MANGLENDE MARKED**

### **11.1 Innledning**

KS har i sin oppdragsbeskrivelse påpekt at mange steder i landet vil det bare være én potensiell leverandør av denne typen tjenester. Det innebærer at konkurransene kan bli fiktive og gi et dårlig resultat både for bruker og kommunen. KS har på denne bakgrunn bedt oss vurdere hvilket handlingsrom kommunen har i slike situasjoner.

Det grunnleggende problemet, at det ikke er konkurranse i markedet, får man ikke gjort noe med ved hjelp av anskaffelsesreglene. Der hvor ingen konkurranse eksisterer, blir det selvsagt verken mer eller mindre konkurranse enten man utlyser en konkurranse om et oppdrag eller går i direkte forhandlinger om oppdraget. Hva som eventuelt på sikt kan gjøres for å etablere konkurranse i et slikt marked, ligger utenfor rammene for denne utredningen. Vår utredning er begrenset til de *rettslige* problemene som aktualiseres av manglende konkurranse i markedet.

### **11.2 Problemstillingene**

Den sentrale problemstilling er om kommunene, i en situasjon der det ikke eksisterer konkurranse i markedet om den aktuelle tjenestetypen, plikter å avholde noen konkurranse, jf. anskaffelsesforskriftens § 3-1 første ledd.

En annen problemstilling oppstår der det ikke er noen reell konkurranse i markedet på det tidspunktet konkurransen arrangeres, men at det skjer nyetableringer i markedet i kontraktsperioden. Det er da spørsmål om hvordan kommunen kan sikre seg muligheten for å gjennomføre nye konkurranser i kontraktsperioden, dersom det skjer slike nyetableringer.

### **11.3 Adgangen til å unnlate å arrangere konkurranse – utgangspunktet**

Både anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1 fastslår at anskaffelser ”så langt det er mulig” skal være basert på konkurranse, uansett hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes. Dersom det ikke er mulig å etablere konkurranse om en anskaffelse, kan oppdragsgiver m.a.o foreta anskaffelsen uten forutgående konkurranse.

Det typiske tilfellet hvor det er anledning til å unnlate å arrangere konkurranse om et oppdrag er der hvor det bare finnes én leverandør i markedet som er i stand til å levere ytelsen. Det er også åpnet for direkte tildeling i visse tilfeller der det er snakk om tilleggsytelser til eksisterende kontrakt, og tilfeller der det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud. Dette gjenspeiles i anskaffelsesforskriftens bestemmelser om adgangen til å unnlate konkurranser i de tilfeller som er spesifisert i foa § 2-1 (2) a, b og d, som gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdi og for uprioriterte tjenester.

### **11.4 Nærmere om adgangen til å unnlate å arrangere konkurranse**

Foa § 2-1 (2) a åpner for at oppdragsgiver kan tildele kontrakt uten forutgående konkurranseutsetting dersom anskaffelsen bare kan foretas hos én leverandør i markedet, ”for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett m.v”.

Ved anskaffelse av de tjenester som omhandles i vår utredning vil situasjonen sjelden eller aldri være at det bare er en leverandør som *kan* levere tjenesten. De aktuelle tjenestene er av en karakter som gjør at de i *prinsippet* kan leveres av en rekke ulike aktører. Det dreier seg om relativt ukompliserte ytelser der det i prinsippet potensielt er en lang rekke tilbydere.

Det som gjør at det ofte likevel er mangel på konkurranse er at det i *praksis* ofte bare er *en* lokal tilbyder som er interessert i å gi tilbud. Et typisk eksempel er konkurranser om å levere tjenesten BPA. Det er i praksis bare personer i det lokalmiljøet hvor brukeren bor som er interessert i å levere denne typen tjenester. Leveranse av tjenesten forutsetter tilstedeværelse hos brukeren, og betalingen er slik at det ikke er attraktivt å flytte til det sted hvor tjenesten skal leveres. I prinsippet er det imidlertid selvsagt en rekke personer som kan levere denne typen tjenester.

Det skal mye til for at bestemmelsen i foa § 2-1 (2) a kommer til anvendelse. Dette er en unntaksbestemmelse som skal tolkes restriktivt, og det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt.

Vi har vanskelig for å se at bestemmelsen vil være anvendelig i de tilfellene som omfattes av vår vurdering. Det kan selvfølgelig ikke helt utelukkes at den konkrete situasjonen er slik at det bare finnes en tenkelig leverandør. Det er imidlertid ikke enkelt å tenke seg situasjoner hvor dette er tilfellet.

Foa § 2-1 (2) b åpner for at oppdragsgiver kan tildele kontrakt uten forutgående konkurranse dersom det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe ytelser til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser, og en konkurranse ikke lar seg gjennomføre i det tidsrommet tilbudet foreligger. Vi kan ikke se at denne bestemmelsen er aktuell som hjemmel for ikke å konkurranseutsette i vårt tilfelle.

Foa § 2-1 (2) d gir oppdragsgiver hjemmel for å tildele kontrakt til eksisterende leverandør uten forutgående konkurranse, når ”uforutsette omstendigheter” gjør det nødvendig å utføre tilleggstyelser som er ”strengt nødvendige” for kontraktens fullføring. Heller ikke denne unntakshjemmelen vil normalt være anvendelig når problemet er manglende marked.

Som det fremgår ovenfor, er det meget snever adgang til å unnlate konkurranseutsetting. Vi har vanskelig for å se at det i det aktuelle tilfellet finnes noen hjemmel for manglende konkurranseutsetting ut fra en antagelse om at det ikke vil være noen konkurranse om oppdraget.

### **11.5 Avlysningsadgang når det bare kommer ett tilbud**

Som det fremgår ovenfor er det ikke uvanlig at oppdragsgiver bare får ett tilbud i denne typen konkurranser. Vi er derfor blitt bedt om å redegjøre kort for hvilke handlingsalternativer kommunen har i en slik situasjon.

Foa § 13-1 fastslår at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen dersom det foreligger ”saklig grunn”. Manglende konkurranse anses som saklig grunn for å avlyse.<sup>87</sup> Dersom kommunen bare mottar ett tilbud, er det derfor adgang til å avlyse konkurransen.

---

<sup>87</sup> Jfr EU-domstolens sak C-27/98 *Metalmeccanica*, for så vidt gjelder avlysningsadgangen i.h.t. direktivet, samt Dragsten og Lindalen op.cit. s. 1223 vedrørende § 10-1 i den tidligere anskaffelsesforskriften, som tilsvarer dagens § 13-1.

## 11.6 Kommunens handlingsalternativer etter avlysning

Dersom kommunen avlyser pga manglende konkurranse, har den flere handlingsalternativer m.h.t hva den deretter skal gjøre.

For det første kan kommunen selvsagt kunngjøre en ny, ordinær konkurranse, og håpe på at den mottar flere tilbud denne gangen.

For det andre kan kommunen gjennomføre en forenklet konkurranse som bare følger forskriftens del I, jfr foa § 2-1 (2) bokstav e.<sup>88</sup>

Som et tredje alternativ kan kommunen utføre oppgaven selv, i egenregi. Det er ingen begrensninger i adgangen til å utføre oppdraget i egenregi i slike situasjoner, forutsatt at den opprinnelige konkurransen var en reell konkurranse, og ikke bare et forsøk på å ”teste markedet”, for å se om kommunen eventuelt kunne utføre oppgaven rimeligere eller bedre selv.<sup>89</sup>

Det hersker riktignok en viss uenighet m.h.t. om en oppdragsgiver som deltar med et såkalt ”internbud” i sin egen konkurranse, fritt kan velge det interne tilbudet, uavhengig av om de eksterne budene måtte være bedre.<sup>90</sup> Likeledes har det vært diskusjon om oppdragsgiver står fritt til å avbryte konkurransen med den begrunnelse at oppdragsgiver er kommet til at man ønsker å utføre den aktuelle tjenesten i egenregi.<sup>91</sup>

For vårt formål er det ikke nødvendig å ta stiling til disse problemstillingene. I den situasjonen som er beskrevet ovenfor – der det bare foreligger ett tilbud – er det utvilsomt et saklig grunnlag for å avlyse konkurransen. Situasjonen er dermed ”nullstilt”, i den forstand at kommunen må ta stilling til hvordan den skal løse sitt behov for å få utført den aktuelle tjenesten. Kommunen står da fritt m.h.t. om den ønsker å produsere tjenesten selv i egenregi, eller å konkurranseeksponere tjenesten.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> Jfr eksempelvis KOFA 2009/74, hvor det fremgår at bestemmelsen også er anvendelig ved avlysning p.g.a. manglende konkurranse, på tross av at bestemmelsens ordlyd ikke helt passer på denne situasjonen.

<sup>89</sup> Dersom den opprinnelige konkurransen bare var et forsøk å teste markedet, vil avlysningen kunne medføre erstatningsansvar, uavhengig av hvordan kommunen håndterer situasjonen etter avlysningen.

<sup>90</sup> For en nærmere redegjørelse om problemstillingen, se Marco Lilli: Konkurransetsetting av kommunale oppgaver når kommunen opptrer med to hatter, Lov og Rett 2004 s. 43, på s52 flg., med videre henvisninger.

<sup>91</sup> Se bl.a. Steinicke og Grosmeier, op.cit. s. 493 flg. med henvisning til dansk praksis.

<sup>92</sup> Anskaffelsesdirektivet legger ingen føringer på om det offentlige skal anskaffe en tjeneste eksternt eller produsere den selv i egenregi, jfr eksempelvis Steinicke og Grosmeier, op.cit s. 166 samt prinsippet i EØS-avtalens art 125.



## 12. FORSLAG TIL REGELENDRINGER

### 12.1 Situasjonen dersom anskaffelsesreglene ikke gjelder

Da KS tildelte oss dette FOU-oppdraget ble vi også bedt om å redegjøre for behovet for regelendringer innenfor området. KS la da til grunn som et utgangspunkt at anskaffelsesregelverket gjaldt for alle de aktuelle tjenestene. Ønsket om en redegjørelse for muligheten for regelendringer var også basert på dette utgangspunktet. KS hadde blant annet behov for innspill med hensyn til hvilken frihet norske myndigheter har innenfor EUs anskaffelsesdirektiv til å lage særregler for denne typen anskaffelser.

KOFAs avgjørelse i sak 2010/364 har som nevnt aktualisert spørsmålet om anskaffelsesreglene gjelder for de tjenestene som omfattes av vår vurdering. For så vidt gjelder de barnvernstjenestene som gir leverandøren rett til tvangsutøvelse er vår vurdering, i likhet med KOFAs, at regelverket ikke gjelder. For disse tjenestenes vedkommende har kommunene derfor den nødvendige fleksibilitet uten regelendringer.

Vi har i pkt 6.2.3 konkludert med at regelverket trolig gjelder for de øvrige tjenestene som omfattes av vår vurdering.<sup>93</sup> For disse tjenestekjøpenes vedkommende består derfor fremdeles behovet for å vurdere regelendringer. Vi peker likevel på at det hefter en ikke ubetydelig tvil ved vår konklusjon om at regelverket gjelder for de øvrige anskaffelsene. Dersom det gjennom senere rettspraksis el.l skulle bli avklart at regelverket ikke gjelder, vil dette fjerne behovet for regelendringer også for disse tjenestekjøpenes vedkommende.

### 12.2 Regelendringer for kjøp som reguleres av anskaffelsesreglene

#### 12.2.1 Innledning

Som nevnt i pkt 5.2.1 har Norge valgt å la forskriftens del I og II gjelde også for uprioriterte tjenester over nasjonal terskelverdi, på tross av at man ikke er forpliktet til dette i.h.t. Anskaffelsesdirektivet. Norske myndigheter har med andre ord gitt mer omfattende prosedyreregler for denne typen tjenester enn det som følger av direktivet. Tilsvarende vil norske lovgivere derfor ha et relativt vidt spillerom for å endre regelverket, slik at prosedyrereglene i forskriften ikke kommer til anvendelse.

Forutsatt at avtalene er av ”økonomisk karakter”, legger EU-retten likevel *noen* begrensninger på hvordan anskaffelse av tjenester som faller utenfor anskaffelsesdirektivet skal skje, jfr det som er sagt i pkt 5.1.4 om likebehandling, gjennomsiktighet osv.

Dersom en avtale innebærer at leverandøren skal utøve *offentlig myndighet*, legger EU-retten derimot ingen føringer på hvordan anskaffelsen skal skje, jfr det som er sagt i pkt 5.1.2 KOFA har imidlertid konkludert med at det norske regelverket gjelder også for kontrakter som innebærer offentlig myndighetsutøvelse.<sup>94</sup> Vi mener dette er et åpent spørsmål. EU-regelverket forhindrer imidlertid under ingen omstendigheter Norge fra å endre/justere reglene på dette punktet og beslutte at regelverket ikke skal gjelde for kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet. Av de tjenestene som omfattes av vår vurdering er

<sup>93</sup> Med et mulig unntak for tjenesten heldøgns omsorg for psykisk utviklingshemmede, som må anses som offentlig myndighetsutøvelse, som vi anser det som et åpent spørsmål om er omfattet av det norske regelverket.

<sup>94</sup> KOFA 2010/364, premiss 81.

det imidlertid bare barnevernstjenester som gir leverandøren rett til å utøve tvang, samt kjøp av heldøgns omsorgstjenester til psykisk utviklingshemmede, som innebærer utøvelse av offentlig myndighet, jfr pkt 6.4. Det er m.a.o bare denne typen tjenester som kan anskaffes helt uten hensyntaken til EU-rettens generelle regler om likebehandling mm.

### 12.3 Regelendringer som ønskes vurdert

KS har antydnet at det kan være behov for å vurdere endringer på følgende områder:

- Taushetspliktsreglene, herunder muligheten for å endre konkurranseformen, slik at det blir enklere å ivareta taushetsplikten.
- Fleksibilitet til å endre ytelsen underveis i kontraktsperioden, typisk ved nye behov, herunder muligheten for forlengelse i ”nødstilfellene” hvor brukeren er for syk til å flytte ved utløp av kontraktsperioden. .
- Spørsmålet om utlysning via Doffin er hensiktsmessig
- Unntaksreglene for ideelle organisasjoner

### 12.4 Endring av taushetspliktreglene

#### 12.4.1 Innledning

Som det er redegjort for under pkt 7.4 er det trolig ikke adgang til å overlevere opplysninger som er omfattet av helsepersonells yrkesmessige taushetsplikt til tilbyderne i en anskaffelsesprosess, uavhengig av om tilbyderne er prekvalifisert eller ikke. Det er under alle omstendigheter klart at den som taushetsplikten skal verne kan motsette seg slik overlevering.

Dette innebærer at dersom det ikke er mulig å organisere konkurransen slik at bare forvaltningslovens taushetspliktregler gjelder og opplysningene heller ikke kan gis i tilstrekkelig anonymisert form, og brukeren ikke samtykker til overlevering, er kommunen forhindret fra å gi tilbyderne slike opplysninger. Det innebærer at kommunen heller ikke kan anskaffe tjenesten eksternt, ettersom konkurranseutsetting krever forutgående konkurranse.

Dette er en paradoksal, og tilsynelatende utilsiktet situasjon, ettersom helse- og sosiallovgivningen bygger på en forutsetning om at slike tjenester skal kunne leveres også av private, på vegne av kommunen.

Dette problemet kan i prinsippet løses på to måter. Det ene alternativet er å åpne for direkteanskaffelser av slike tjenester, slik at opplysningene bare gis til den leverandøren som faktisk skal utføre den aktuelle tjenesten.

Det andre alternativet er å endre helsepersonelloven, slik at den gir hjemmel for å overlevere denne typen opplysninger til prekvalifiserte tilbydere.

#### 12.4.2 Åpne for direkteanskaffelser?

En lovendring som åpner for direkteanskaffelse av slike tjenester vil bare delvis løse de problemene som taushetsplikten medfører.

En direkteanskaffelse vil være i strid med EU-rettens alminnelige prinsipper om likebehandling og ikke-diskriminering i de tilfeller hvor anskaffelsen kan ha interesse for leverandører fra andre EU-land.<sup>95</sup> I disse situasjonene må det derfor fremdeles arrangeres konkurranse. Dette vil kommunen ofte være avskåret fra, fordi de nødvendige opplysningene ikke kan gis til tilbyderne. Kommunen vil dermed i disse situasjonene være i samme stilling som i dag, ved at det ikke er mulig å arrangere konkurranse.

Vi vil imidlertid anta at svært mange av de aktuelle tjenestekjøpene vil ha en så begrenset verdi at det vil være forsvarlig av kommunen å legge til grunn at kontrakten ikke har interesse for tilbydere utenfor Norge.<sup>96</sup> Vi viser eksempelvis til det som er sagt ovenfor under pkt 11 om at det å tilby tjenesten BPA neppe vil være interessant for andre enn personer som bor i samme kommune som den brukeren som ønsker en BPA.

Hovedproblemet i praksis vil trolig være at det ofte er vanskelig for kommunen å ta stilling til om den er forpliktet til å utlyse konkurransen i EU-markedet. Som tidligere nevnt, vil vurderingen av om en slik anskaffelse kan ha interesse for utenlandske leverandører bl.a. bero på om det eksisterer et internasjonalt marked for den aktuelle tjenesten, hvor sannsynlig det er at utenlandske tilbydere vil gi tilbud, med mer.<sup>97</sup> Dette er det ikke enkelt for en kommune å ta stilling til. Det er derfor sannsynlig at mange kommuner vil velge å utlyse konkurranse "for sikkerhets skyld", i langt flere tilfeller enn bare der kommunen er rettslig forpliktet til dette. I disse situasjonene vil man dermed fortsatt ha problemet med at kommunen ønsker å arrangere konkurranse, men taushetsplikten forhindrer dette.

Oppsummert vil det å åpne for direkteanskaffelser av denne typen tjenester bare delvis løse problemet, fordi kommunene fremdeles vil måtte utlyse konkurranser i en del tilfeller, eller vil være så usikre på om de kan unnlate konkurranse at de ikke vil ta sjansen på å unnlate dette.

#### 12.4.3 Endre helsepersonelloven?

Det andre alternativet er å endre helsepersonelloven, slik at den åpner for å gi opplysninger til tilbyderne.

En slik løsning kan eventuelt kombineres med å åpne for direkteanskaffelser av denne typen tjenester. Kommunene vil i så fall kunne unnlate å arrangere konkurranse i de tilfeller hvor den føler seg rimelig trygge på at det ikke eksisterer et EU-marked for tjenesten. I de tilfeller hvor kommunen er usikker på dette, kan den arrangere konkurranse uhindret av taushetsplikten.

Etter vårt syn vil en endring av helsepersonelloven, eventuelt kombinert med å åpne for direkteanskaffelser av slike tjenester, være den beste løsningen, i den forstand at det gjør det enkelt for kommunen å arrangere denne typen konkurranser. Vi vil imidlertid anta at det kan være politisk vanskelig å få aksept for å endre taushetspliktreglene i helsepersonelloven. Det

---

<sup>95</sup> Jfr pkt 5.1.4 ovenfor.

<sup>96</sup> Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2006/C 179/02) påpeker at tjenestens verdi (naturlig nok) vil være sentral i denne vurderingen.

<sup>97</sup> Kommissionens fortolkningsmeddelelse (2006/C 179/02), s. 4. Det kan også vises til Fornyings- og administrasjonsdepartementets brev til Barne- og likestillingsdepartementet av 21. januar 2008 vedrørende kjøp av barnevernstjenester.

er et stadig sterkere fokus på taushetsplikten og den generelle trenden går i retning av at taushetsplikten blir strengere og strengere.

### **12.5 Adgangen til å endre ytelsen underveis i kontraktperioden**

Som det er redegjort for i pkt 10, kan oppdragsgiver kunne ytelsen så lenge endringen ikke er ”vesentlig”. Vesentlige endringer derimot, vil bli ansett som en ulovlig direkteanskaffelse.

Man kan i prinsippet tenke seg en regelendring som innebærer at det for denne typen tjenester gis adgang til å endre ytelsen, selv om endringen er vesentlig. Problemet med en slik endring er at den bare kan gjøres gjeldende for tjenester som leverandører i andre EØS-land ikke kan tenkes å ha interesse av å levere.

En vesentlig endring av kontrakten vil bli ansett som inngåelse av en ny kontrakt i henhold til Anskaffelsesdirektivet. Dersom tjenesten potensielt har interesse for leverandører i andre EØS-stater, følger det som tidligere nevnt av EU-rettens alminnelige prinsipper at kontrakten skal utlyses på en eller annen måte, slik at også tilbydere utenfor Norge får anledning til å gi tilbud. Det vil derfor være i strid med EØS-avtalen å tillate vesentlige endringer i slike kontrakter, uten at slike tilbydere får anledning til å gi tilbud.

Problemet med å endre det norske regelverket på denne måten er m.a.o i stor grad det samme som ved å åpne for direkteanskaffelser av helse- og sosialtjenester, nemlig at kommunene vil måtte ta stilling til kompliserte spørsmål m.h.t. om den aktuelle tjenesten kan ha interesse for tilbydere i andre EU-land.

Derimot er det mulig å gjøre det *enklere* å foreta endringer som innebærer ny kontraktsinngåelse. Eksempelvis kan man unnta helse- og sosialtjenester fra prosedyrereglene i anskaffelsesforskriftens del II, helt eller delvis. Konsekvensen av dette ville være at bare anskaffelsesloven ville gjelde, samt EU-rettens alminnelige prinsipper dersom tjenesten har grenseoverskridende karakter. Dette ville gjøre det betydelig enklere å gjennomføre slike endringer.

### **12.6 Muligheten for forlengelse i ”nødstilfellene”**

Også i disse tilfellene er norske lovegiveres handlingsrom begrenset av EU-rettens alminnelige regler om konkurranse. Dersom forlengelsen innebærer en vesentlig endring og den nye kontrakten kan tenkes å ha interesse for leverandører i andre EØS-stater, kan ikke kommunen forlenge kontrakten uten en eller annen form for offentliggjøring, jfr pkt 5.1.4.

Dersom man ønsker å gjøre det enklere å forlenge, ligger løsningen derfor trolig i å unnta helse- og sosialtjenester fra prosedyrereglene i anskaffelsesforskriftens del II.

### **12.7 Er utlysning via Doffin hensiktsmessig?**

EU-rettens alminnelige prinsipper krever som nevnt at anskaffelser som faller utenfor direktivet, men som har grenseoverskridende interesse, skal gjennomføres etter ”a sufficiently accessible advertisement prior to the award of the contract”, jfr pkt 5.1.4.

Ved kjøp av tjenester til enkeltbrukere, som ofte har beskjedne verdi, vil publiseringskravene være beskjedne. Utllysning på kommunens hjemmeside vil eksempelvis være tilstrekkelig.

De norske reglene krever derimot utlysning på Doffin, også for denne typen tjenester. Dette kan endres dersom norske myndigheter skulle ønske det. Det vil selvsagt være betydelig enklere for en kommune å utlyse tjenesten bare på din hjemmeside enn å følge de detaljerte reglene for Doffin-utlysning. For de tjenestene som har beskjedent økonomisk verdi, eksempelvis en BPA med en liten stillingsprosent, fremstår ikke nødvendigvis ressursbruken ved Doffin-utlysning som hensiktsmessig.

## **12.8 Reglene for ideelle organisasjoner**

Vi ser ikke noe særskilt behov for endring av disse reglene. Også for så vidt gjelder kjøp fra slike organisasjoner vil norske myndigheters handlingsrom være begrenset av EU-rettens alminnelige krav til konkurranse, for så vidt gjelder de anskaffelsene som kan tenkes å ha grenseoverskridende interesse.