



Kontrollutvalget

Dato: 14.02.2014

Deres ref:

Vår ref (saksnr.):
201400167-1
Revisjonsref:

Saksbeh:
Kristin Skaane
Tlf.:

Arkivkode

ANSKAFFELSER AV HELSE- OG SOSIALTJENESTER – ORIENTERING OM STATUS FOR AVKLARING AV REGELVERK

Saken gjelder:

I kontrollutvalgets møte 04.04.2013 (sak 29) orienterte Kommunerevisjonen om status for kommunens utviklingsarbeid vedrørende anskaffelser av helse- og sosialtjenester til enkeltpersoner. Under Eventuelt i kontrollutvalgets møte 24.04.2013 supplerte Kommunerevisjonen med opplysninger om EUs arbeid med nytt anskaffelsesdirektiv.

Kontrollutvalget fattet følgende vedtak i sak 29/13:

Kontrollutvalget tar Kommunerevisjonens sak om Oslo kommunes utviklingsarbeid vedrørende anskaffelser av helse- og sosialtjenester til enkeltpersoner til orientering. Kontrollutvalget merker seg at det fortsatt pågår utviklingsarbeid på området, og ønsker å bli orientert når forståelsen av regelverket er avklart.

Selv om nytt regelverk nå er vedtatt av EU (se nedenfor om dette) vil det ta tid før dette implementeres i norsk rett. Kommunerevisjonen finner det derfor hensiktsmessig å redegjøre for den utviklingen som har skjedd på området siden april 2013.

I denne saken gis det innledningsvis en oversikt over innholdet i *Veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester* som Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) publiserte i august 2013. Deretter redegjøres det for status for nytt EU-regelverk på området og for et forslag til endring i forskrift om offentlige anskaffelser som har vært på høring fra Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

Saksframstilling:

1. Difi – Veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester

Difi publiserte i august 2013 en ny Veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Veilederen gir en generell oversikt over anskaffelsesområdet og peker på særtrekk ved helse- og sosialtjenester som gjør at slike anskaffelser kan skille seg fra andre typer anskaffelser. Videre gir veilederen en kort oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og knytter dette til regelverket for helse- og sosialtjenester. Det gis også en beskrivelse av ulike kontraktstyper, kontraktslengde og viktige hensyn knyttet til praktisk bruk av kontrakter og rammeavtaler. Veilederen gir i kapittel 4 en praktisk tilnærming til hvordan man kan

gjennomføre anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Veilederen omhandler også blant annet kontraktsoppfølging og kontraktsavslutning.

Veilederen er tilgjengelig på www.difi.no.

2. Status EU

EUs organer kom sommeren 2013 fram til enighet om et nytt direktiv om offentlige anskaffelser som skal erstatte direktiv 2004/18/EØS. Det nye regelsettet ble vedtatt av Europaparlamentet 15.01.2014. Det nye regelverket går bort fra skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester, og legger opp til et forenklet «regime» for blant annet helse- og sosialtjenester. Dette innebærer at prosedyrekravene reduseres, men at det stilles visse grunnleggende krav til åpenhet og likebehandling ved kjøp av denne type tjenester, herunder krav om kunngjøring. Terskelverdien for tjenestene er 750 000 Euro. Etter innlemmelse i EØS-avtalen, må direktivet gjennomføres i norsk rett. Gjennomføringsfristen er 24 måneder etter ikrafttreddelsen av direktivet.

3. Forslag til ny forskrift om endring av forskrift om offentlige anskaffelser

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) har sendt ut på høring forslag til endring i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA). Det foreslås å innføre et betinget unntak fra FOA ved kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere.

Forslaget fremhever at det i enkelte tilfeller ikke vil være mulig å gjennomføre en konkurranse uten å utlevere taushetsbelagte opplysninger. Hvis brukere, av ulike årsaker, ikke ønsker å gi samtykke til å utlevere taushetsbelagte opplysninger, eller bare gir samtykke til at en eller flere bestemte leverandører får slike opplysninger, innebærer reglene om taushetsplikt, som også nevnt ovenfor, at oppdragsgiver vil være avskåret fra å gjennomføre en konkurranse. Reglene om taushetsplikt innebærer også at oppdragsgiver i et tilfelle der det ikke foreligger noe samtykke i det hele tatt, også vil være avskåret fra å gå direkte til én bestemt leverandør. Først når det faktisk er inngått en kontrakt med en leverandør, kan det levere ut taushetsbelagte opplysninger om brukeren til denne leverandøren, jf. helsepersonelloven § 25.

Slik regelverket er i dag vil altså oppdragsgiver ifølge FAD i disse tilfellene i realiteten kunne være tvunget til å utføre tjenestene i egenregi. Det er imidlertid ikke alltid praktisk mulig eller hensiktsmessig å utføre tjenestene i egenregi.

I tilfeller der det bare foreligger samtykke til en bestemt leverandør, vil oppdragsgiver ifølge FAD kunne stå overfor valget mellom å bryte anskaffelsesreglene eller taushetspliktreklene i helsepersonelloven. Der det ikke foreligger noe samtykke i det hele tatt, og egenregi ikke er praktisk mulig, vil oppdragsgiver kunne føle seg tvunget til å bryte begge regelsett. Et brudd på taushetsplikten er underlagt personlig straffansvar, jf. helsepersonelloven § 67. Et brudd på anskaffelsesreglene vil også kunne være alvorlig: Det vil være en ulovlig direkte anskaffelse dersom oppdragsgiver i strid med regelverket unnlater å kunngjøre en konkurranse. Et slikt brudd vil kunne sanksjoneres, enten ved at kontraktens løpetid avkortes eller ved at oppdragsgiver ilegges et overtredelsesgebyr.

For å unngå situasjoner hvor kommunen står overfor et valg mellom å bryte enten anskaffelsesregelverket eller taushetspliktreklene, foreslår FAD å innføre et unntak fra forskrift om offentlige anskaffelser for kjøp av helse- og sosialtjenester under visse nærmere omstendigheter.

Unntaket begrenses for det første til tilfeller der det ikke på forsvarlig vis er mulig å gjennomføre en konkurranse uten å gi ut taushetsbelagt informasjon. Dette vil bare være tilfellet der det ikke er mulig å beskrive tjenesten så generelt at brukeren ikke kan identifiseres, samtidig som det sikres at interesserte leverandører får tilstrekkelige opplysninger til å utforme gode og dekkende tilbud.

Oppdragsgiver vil altså ifølge FADs forslag ha en plikt til å vurdere om det er mulig og forsvarlig å beskrive anskaffelsen i mer generelle termer, uten at brukeren identifiseres. Er dette tilfellet, vil anskaffelsen ikke være unntatt fra forskriften.

Unntaket begrenses for det andre til tilfeller der det ikke fullt ut foreligger samtykke til å utlevere taushetsbelagte opplysninger til potensielle leverandører. Dette vil gjelde både der det ikke foreligger noe samtykke i det hele tatt, men også der brukeren samtykker til at bare én eller flere nærmere bestemte leverandører får utlevert opplysningene.

Er begge vilkårene nevnt ovenfor oppfylt, kan anskaffelsen ifølge FADs forslag unntas fra forskriften. Dette innebærer blant annet at oppdragsgiver ikke trenger å kunngjøre anskaffelsen eller for øvrig gjennomføre en konkurranse i tråd med forskriften.

Selv om det gjelder et unntak fra forskrift om offentlige anskaffelser for kjøp av helse- og sosialtjenester, vil anskaffelsen ifølge FAD likevel uansett være omfattet av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser. Dette innebærer at oppdragsgiver i utgangspunktet må følge de grunnleggende krav i lovens § 5, herunder kravet til konkurranse "så langt det er mulig".

Der bruker samtykker til at to eller flere bestemte leverandører får utlevert taushetsbelagte opplysninger, mener FAD at lovens krav til konkurranse tilsier at oppdragsgiver må gjennomføre en lukket konkurranse mellom disse leverandørene. Ettersom brukeren nettopp har samtykket til at disse leverandørene får de taushetsbelagte opplysningene, vil dette ikke skape problemer mht. reglene om taushetsplikt.

Der bruker bare samtykker til at én bestemt leverandør får utlevert taushetsbelagte opplysninger, vil konkurranse imidlertid ikke være mulig. I et slikt tilfelle vil det således ifølge FAD være i samsvar med lov om offentlige anskaffelser å tildele kontrakten direkte til denne leverandøren. Ettersom brukeren nettopp har samtykket til at han får de taushetsbelagte opplysningene, vil heller ikke denne situasjonen skape noen problemer mht. reglene om taushetsplikt.

Foreligger det ikke noe samtykke i det hele tatt, vil heller ikke konkurranse være mulig. Der det finnes en eksisterende leverandør som allerede har tilgang til de taushetsbelagte opplysningene, vil oppdragsgiver ifølge FADs forslag i utgangspunktet kunne tildele kontrakten direkte til denne leverandøren (dvs. forlenge den eksisterende kontrakten), uten å komme i konflikt med verken lov om offentlige anskaffelser eller taushetspliktreglene. Finnes det ikke en slik leverandør, vil oppdragsgiver imidlertid i prinsippet være tvunget til å utføre tjenesten i egenregi. Dette fordi det i utgangspunktet vil kunne innebære et brudd på taushetspliktreglene å utlevere taushetsbelagte opplysninger til en potensiell ny leverandør.

Oslo kommune har avgitt høringsuttalelse til forslaget (byrådssak 1001/14). Byråden for eldre er av den oppfatning at den foreslåtte forskriftsendringen løser en rettslig konflikt mellom anskaffelsesregelverket og taushetspliktsbestemmelser, og påpeker blant annet at Oslo

kommune i sin anvendelse av anskaffelsesregelverket har lagt til grunn at reglene om taushetsplikt har forrang over forskrift om offentlige anskaffelser.

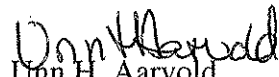
Det vil bli behov for å vurdere unntaket på nytt når det nye anskaffelsesdirektivet skal gjennomføres i Norge. Det er således mulig at unntaket blir en midlertidig løsning, i alle fall for anskaffelser over den foreslåtte EØS-terskelverdien for slike tjenester (750.000 EUR svarende til ca. 5,7 mill. NOK).

Forslaget til endringsforskrift er per dato til behandling i departementet. Høringsfristen var 06.01.2014.

Kommunerevisoren fremmer følgende forslag til vedtak:

Kontrollutvalget tar Kommunerevisjonens sak om anskaffelser av helse- og sosialtjenester til orientering.

Med hilsen


Unn H. Aarvold
kommunerevisor


Lars Normann Mikkelsen
avdelingsdirektør