



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Høringsinstanser i henhold til liste

Deres ref

Vår ref

Dato

13/2782

4. oktober 2013

Høring - Unntak fra forskrift om offentlige anskaffelser for kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere

1. Innledning

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) sender med dette ut på høring forslag til endring av forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (heretter ”forskrift om offentlige anskaffelser” eller ”forskriften”).

Det foreslås å innføre et betinget unntak fra forskrift om offentlige anskaffelser ved kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere.

2. Bakgrunnen for endringsforslaget

2.1. Generelt

Når oppdragsgiver skal kjøpe inn helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere, må både anskaffelsesregelverket og taushetspliktreglene i helsepersonelloven respekteres. Eksempler på helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere er blant annet avlastningstjenester, tjenester til barneverntiltak, hjemmehjelpstjenester og brukerstyrt personlig assistanse. Det er typisk kommunene som er innkjøpere av denne typen tjenester.

KS har sammen med Oslo kommune og Skedsmo kommune tatt initiativ til en utredning av de juridiske utfordringene som ligger i anskaffelser av denne type tjenester til enkeltbrukere. Utredningen konkluderer med at det eksisterer en konflikt mellom kravene i anskaffelsesregelverket og taushetspliktreglene.

2.2. Forholdet mellom anskaffelsesregelverket og taushetspliktreglene

Som hovedregel krever anskaffelsesreglene konkurranse mellom flere leverandører, med mindre oppdragsgiver velger å levere tjenestene i egenregi. For kjøp av helse- og sosialtjenester over 500.000 kr. innebærer det i utgangspunktet at oppdragsgiver må kunngjøre kontrakten. I kunngjøringen og/eller det tilhørende konkurransegrunnlaget må oppdragsgiver beskrive den tjenesten som skal anskaffes i tilstrekkelig grad til at potensielle leverandører kan vurdere om det er relevant å delta i konkurransen og utforme tilbud.

Det følger av helsepersonelloven § 21 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”*. Det innebærer at oppdragsgiver i utgangspunktet ikke uten brukerens samtykke kan utlevere helseopplysninger til leverandører eller potensielle leverandører, jf. helsepersonelloven § 22.

I mange tilfeller vil det være mulig å gjennomføre en anskaffelse uten å utlevere opplysninger om brukeren som er omfattet av taushetsplikten og som identifiserer brukeren. Oppdragsgiver kan for eksempel anonymisere bruker, slik at leverandørene og andre ikke forstår hvem bruker er. Oppdragsgiver kan også i stedet for å oppgi detaljerte informasjon om diagnose, kjønn, alder, forholdet til pårørende osv og beskrive behovsspesifikasjonen, i høyere grad beskrive leverandørens arbeidsoppgaver (en blanding av behovsspesifikasjon og kravspesifikasjon).

I enkelte tilfeller vil det imidlertid ikke være mulig å gjennomføre en konkurranse uten å utlevere taushetsbelagte opplysninger som identifiserer brukeren, hvis leverandøren samtidig skal kunne levere gode og dekkende tilbud. Dette vil særlig gjelde anskaffelser av tjenester hvor brukeren har kompliserte diagnoser og kompliserte hjelpebehov, og hvor det vil være en utfordring for oppdragsgiver å beskrive oppdraget uten å gi detaljerte opplysninger om brukeren. Utfordringene vil særlig være store i mindre kommuner der bruker lett kan identifiseres ved hjelp av personlige opplysninger.

Oppdragsgiver vil i mange tilfeller kunne løse dette ved å få nødvendig samtykke fra brukeren til å utlevere taushetsbelagte opplysninger til potensielle leverandører. Når oppdragsgiver involverer bruker, forklarer ham regelverket og bruker tid på å kartlegge behovene hans, vil bruker ofte kunne se seg tjent med at opplysningene gis videre til en avgrenset gruppe av leverandører. Det vil da ikke oppstå noen konfliktsituasjon.

Det kan imidlertid tenkes at brukeren, av ulike årsaker, ikke ønsker å gi samtykke til å utlevere taushetsbelagte opplysninger, eller bare gi samtykke til at en eller flere bestemte leverandører får slike opplysninger. Reglene om taushetsplikt innebærer i slike tilfeller at oppdragsgiver vil være avskåret fra å gjennomføre en konkurranse, når det ikke er mulig å gi tilstrekkelige generelle opplysninger til at leverandørene kan utforme sine tilbud uten at brukerens identitet avdekkes. Dette vil også være tilfellet selv om konkurransen utformes slik at opplysningene bare utleveres til et begrenset antall prekvalifiserte leverandører (en avgrenset gruppe leverandører som er kvalifiserte til å utføre kontrakten).

Reglene om taushetsplikt innebærer videre at oppdragsgiver i et slikt 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 etter helsepersonelloven være adgang til å levere ut taushetsbelagte opplysninger om brukeren til denne leverandøren, jf. helsepersonelloven § 25.

Slik regelverket er i dag vil altså oppdragsgiver 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. Særlig i mindre kommuner vil det i mange tilfeller kunne være vanskelig å etablere et eget tilbud til enkeltbrukere med svært krevende hjelpebehov. I tilfeller der det bare foreligger samtykke til en bestemt leverandør, vil oppdragsgiver kunne stå overfor valget mellom å bryte anskaffelsesreglene eller taushetspliktreglene 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.

3. Om forslaget

3.1. Generelt om forslaget til unntak

For å unngå situasjoner hvor kommunen står ovenfor et valg mellom å bryte enten anskaffelsesregelverket eller taushetspliktreglene, 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 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.

Oppdragsgivere bør imidlertid i alle tilfeller informere bruker om regelverket og fordelene ved å følge dette, samt søke å oppnå samtykke.

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

3.2. Om forholdet til lov om offentlige anskaffelser og taushetspliktreglene

Selv om det gjelder et unntak fra forskrift om offentlige anskaffelser for kjøp av helse- og sosialtjenester, vil anskaffelsen 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, tilsier lovens krav til konkurranse 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 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 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.

3.3. Forholdet til nye anskaffelsesdirektiver

Kjøp av helse- og sosialtjenester er ikke omfattet av de detaljerte prosedyrereglene i EØS-direktivet om offentlige anskaffelser (direktiv 2004/18/EØS). Det er derfor et nasjonalt handlingsrom til å innføre det foreslåtte unntaket.

EUs organer har i sommer kommet til enighet om et nytt direktiv om offentlige anskaffelser som skal erstatte direktiv 2004/18/EØS. Direktivet er ikke formelt vedtatt i EU ennå, men dette vil skje i løpet av høsten. Etter innlemmelse i EØS-avtalen, må direktivet gjennomføres i norsk rett. Helse- og sosialtjenester vil med all sannsynlighet bli nærmere regulert i det nye direktivet. Det er derfor behov for å vurdere unntaket på nytt, når de nye reglene 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).

Gjennomføringsfristen vil imidlertid tidligst bli i januar 2016, og det vil derfor gå noe tid før nye EØS-regler skal tre i kraft for Norge.

4. Økonomiske og administrative konsekvenser

Unntaket vil føre til at enkelte kontrakter om kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere ikke vil bli konkurranseutsatt.

I de tilfeller hvor oppdragsgiver blir tvunget til å levere tjenestene i egenregi, vil det kunne ha betydelige administrative og økonomiske konsekvenser.

I de tilfeller der oppdragsgiver bare har mulighet til å kjøpe tjenestene fra én bestemt leverandør uten konkurranse, vil dette også kunne medføre økte kostnader. Selv om en et slikt privat tilbud vil kunne være dyrere fordi det ikke har blitt konkurranseutsatt, vil det imidlertid i noen tilfeller også kunne innebære en besparelse i forhold til om oppdragsgiver selv skulle drifte et ennå dyrere tilbud i egenregi.

5. Forslag til forskriftsendringer

I forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 gjøres det følgende endring:

Ny bokstav l) i § 1-3 annet ledd skal lyde:

”kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere, forutsatt at

- 1. det ikke er mulig å gjennomføre en forsvarlig konkurranse uten å gi ut taushetsbelagte opplysninger om brukeren, og*
- 2. brukeren ikke samtykker til å gi ut slike opplysninger, eller bare samtykker til å gi ut slike opplysninger til en eller flere bestemte leverandører.”*

6. Høringssvar

Merknader til forslaget oversendes til FAD per e-post til postmottak@fad.dep.no innen 6. januar 2014. Organisasjoner og andre som ikke står på høringslisten kan også uttale seg.

Departementet ber høringsinstansene vurdere eventuelle underliggende instansers behov for å avgi uttalelse. Høringsbrevet er også publisert på departementets hjemmeside.

Høringsuttalelsene vil fortløpende bli lagt ut på departementets hjemmesider.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
ekspedisjonssjef

Christina Paludan Melson
seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ikke håndskrevne signaturer.