



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder påstand om ulovlige direkte anskaffelser av institusjonsplasser for barn innen barnevern. Innklagede hadde foretatt en rekke enkeltkjøp av institusjonsplasser fra private barnevernsinstitusjoner uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda kom til at enkeltkjøpene ikke var omfattet av forskriften fordi kjøpene ikke kunne anses for å utgjøre kontrakter i forskriftens forstand. Det forelå derfor ingen ulovlig direkte anskaffelse. Rammeavtale for institusjonsplassering av barn utgjør imidlertid en kontrakt og må kunngjøres på vanlig måte. Klagenemnda kom også til at flere av kontraktene som var inngått med private godkjente barnevernsinstitusjoner falt utenfor direktivets regulering ettersom institusjonenes oppgaver og ansvar overfor beboerne omfattes av unntaket i EØS-avtalen 32, jf. artikkel 39, om "utøvelse av offentlig myndighet". De øvrige påklagde avtalene var kontrakter inngått med ideelle organisasjoner, som er unntatt kunngjøringsplikten i medhold av forskriften § 2-1(3).

Klagenemndas avgjørelse 13. juli 2011 i sak 2010/364

Klager: NHO

Innklaget: Barne- ungdoms og familieetaten Region Øst

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) Barne- ungdoms- og familieetaten (Bufetat) inngikk i 2009 en rekke avtaler med ulike leverandører om enkeltkjøp av private institusjonsplasser for barn uten forutgående kunngjøring. NHO (heretter kalt klager) fremsatte i brev av 20. desember 2010 en klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser hvor samtlige ulovlige direkte anskaffelser foretatt av Bufetat ble påklaget. Som grunnlag for klagen er det vist til Riksrevisjonens rapport fra 2009, Dokument 1 (2010-2011) s. 69 hvor det i punkt 3.2.1 fremgår:

"Riksrevisjonen har i 2007 og 2008 hatt vesentlige merknader til at Barne- ungdoms og familieetaten (Bufetat) har kjøpt om lag 40 prosent av de private institusjonsplassene utenfor regelverket for offentlige anskaffelser.

Revisjonen viser i 2009 en reduksjon i enkeltkjøp fra 42 til 33 prosent. Omfanget av enkeltkjøp utenfor regelverket for offentlige anskaffelser varierer mellom regionene fra 23 til 45 prosent, og det er særlig Region sør og Region øst som foretar enkeltkjøp. I Region øst er om lag 90 prosent av enkeltkjøpene knyttet til plassering av enslige mindreadrige asylsøkere under 15 år, på grunn av at omsorgssentrene ikke har hatt nok kapasitet. Andel enkeltkjøp eksklusiv kjøp til plassering av enslige mindreadrige asylsøkere, er 21 prosent."

- (2) Når det gjelder organiseringen av Bufetat er dette et forvaltningsorgan underlagt Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (BLD). Barne- ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir) er det øverste organet i Bufetat. Bufetats fem regioner

(Nord, Sør, Øst, Vest og Midt- Norge) utgjør, sammen med Bufdir, statlig regional barnevernmyndighet. Bufdir har ansvaret for den faglige og administrative ledelse av etaten og kan instruere de ulike regionene innenfor Bufetat.

- (3) I Rundskriv Q-06/2007, "Oppgave- og ansvarsfordeling mellom kommuner og statlig barnevernmyndigheter, fremkommer at det er statlig regional barnevernmyndighet som har ansvaret for institusjonstilbudet, jf. også lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) § 2-3 annet ledd. Videre er fordelingen slik at det er kommunen som har ansvaret for å avgjøre om et barn har behov for institusjonsplass, mens det er Bufetat som har ansvar for hvilket institusjonstilbud som kan tilbys, jf. Rundskriv Q-06/2007 punkt 2.2.2. Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker har anledning til å beslutte hvilken institusjon som skal velges for det enkelte barnet, jf. barnevernloven § 4-15, jf. Ofstad/Skar, Barnevernloven (2004) s. 130.
- (4) Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker er et frittstående forvaltningsorgan med domstolslignende myndighet. Departementet har ingen omgjøringsmyndighet overfor Fylkesnemndas vedtak. Overprøving av Fylkesnemndas vedtak skjer ved domstolene.
- (5) Bufetats direktørmøte besluttet i 2007 at arbeidet med barnevernanskaffelser skulle sentraliseres. I den valgte modell for organiseringen har Bufdir det overordnede ansvaret for, og leder arbeidet med anskaffelse av barneverntjenester. Regionene er aktivt deltakende i arbeidet gjennom prosjektgruppe og styringsgruppe for hver enkelt anskaffelse. Regionene har også budsjettansvar for plassering i private tiltak.
- (6) I disponeringsbrevet for regionene for 2009, utarbeidet av Bufdir på bakgrunn av tildelingsbrevet fra BLD, fremgår følgende:

"Ved bruk av barneverninstitusjoner bør regionene benytte egne statlige institusjoner så langt det er mulig. I enkelte tilfeller klarer ikke regionene å finne egnede tilbud til barn i eget tiltaksapparat, mens det samtidig kan være ledige plasser i andre regioner. For i størst mulig grad å unngå kjøp av private plasser, skal regionene i slike tilfeller alltid undersøke om det finnes ledige plasser i andre nærliggende regioner, dersom dette ikke er i strid med hensynet til barnets beste, herunder nærhetsprinsippet. Alle regionene bes derfor om å etterspørre ledige plasser i nærliggende regioner, og stille ledige plasser til rådighet for andre regioner..."

Kjøp av private barnevernstjenester

Behovet for institusjonsplasser utover kapasiteten i etatens eget tiltaksapparat skal dekkes gjennom bruk av avtaler inngått med private aktører, enten eldre avtaler om faste plasser anskaffet av regionene selv, eller avtaler inngått etter anskaffelser foretatt av direktoratet. Lov om offentlige anskaffelser skal følges ved kjøp av private plasser. Kjøp av enkeltplasser utenom faste avtaler/rammeavtaler skal skje i henhold til innkjøpsfullmaktene, og kun unntaksvis dersom det ikke er ledig kapasitet, eller dersom barnets behov for behandling og/eller omsorg ikke vil bli ivaretatt i egne institusjoner eller i avtaleinstitusjoner. Dersom regionene foretar enkeltkjøp, skal disse gjennomføres og dokumenteres i henhold til de retningslinjer og prosedyrer som gjelder i regionen."

- (7) Klagen av 20. desember 2010 omfatter alle Bufetats fem regioner. Klagenemndas sekretariat har delt saken i seks separate saker. Foreliggende sak gjelder enkeltkjøp av private institusjonsplasser foretatt av Bufetat Region Øst (heretter kalt innklagede).
- (8) Innklagede har kjøpt private institusjonsplasser til barn i henhold til vedtak fattet med hjemmel i barnevernloven, jf. § 4-4, § 4-12, jf. § 4-14 og § 4-24. Avtalene er inngått

med ulike institusjoner. I tilsvaret til klagenemnda datert 1. april 2011 har innklagede gitt følgende opplysninger om anskaffelser foretatt i 2009:

	Institusjon	Ideell organisasjon	Kontraktens verdi i NOK	Forlengelse av avtale inngått før 2009
1	Gry Familiesenter (Frelsesarmeen)	Ja	846 200 (Avsluttet)	Nei
2	Gry Familiesenter (Frelsesarmeen)	Ja	604 500 (Avsluttet)	Nei
3	Gry Familiesenter (Frelsesarmeen)	Ja	71 400 (Avsluttet)	
4	Gry Familiesenter (Frelsesarmeen)	Ja	71 520 (Avsluttet)	
5	Gry Familiesenter (Frelsesarmeen)	Ja	jf. betaling på sak nr. 2 (Avsluttet)	Nei
6	Stiftelsen Vilde	Ja	1 407 402 (Flyttet til region Sør)	Ja, avtale inngått 2008
7	Interaktiv Barnevern AS, avd Jar Bofelleskap		6 638 409 (Avsluttet)	Ja, Avtale inngått 2005
8	Interaktiv Barnevern AS, avd Jar Bofelleskap		11 424 228 (Fortsatt aktiv)	Ja, avtale inngått 2005
9	Oluf kompetansesenter		6 043 616 (Avsluttet)	Ja, avtale inngått 2007
10	Stormyra Ritell AS		1 136 916 (Avsluttet)	Nei

- (9) Innklagede har også gitt utfyllende informasjon om det enkelte kjøp i vedlegg til tilsvaret. Kjøp nummer 7 gjelder plassering i medhold av barnevernloven § 4-4 (5), og om denne plasseringen har innklagede opplyst:

”Gjelder sak nr. 7.

Jenta ble plassert første gang i mai 2005 sammen med sin 2 år eldre bror. Årsaken til plasseringen var manglende stabil omsorg i hjemmet, mor under institusjonsbehandling for rusmisbruk og far i intensiv psykiatrisk behandling. Plasseringen var planlagt med begrenset varighet.

På dette tidspunkt var det ikke avholdt noen konkurranse om kjøp av plasser i barneverninstitusjon.

Den aktuelle institusjonen ble valgt p.g.a. nærhet til søsknenes skoletilbud og vennerettverk. Det var ikke andre institusjoner med en geografisk plassering som ikke ville medføre skolebytte. Særlig fordi plasseringen var ment å være av begrenset varighet, ble det ansett som vesentlig at barna ikke ble flyttet.

I løpet av oppholdet ble det klart både at optimistiske prognoser fra foreldrenes behandlere ikke slo til, og at denne jenta hadde større skader av omsorgssvikten enn antatt. Avtalen om opphold ble forlenget flere ganger, og i 2007 ble det besluttet at hun skulle få den aktuelle institusjonen som stabil oppvekstbase fram til videregående skole var fullført våren 2009 (avtale fra 2008 fram til 30.06.09) Det viste seg at overgangen til selvstendig tilværelse ble noe mer utfordrende for jenta enn antatt, og tilknytningen til institusjonen ble forlenget over sommerferien i 2009, og avsluttet 30.08.09. I denne saken ble det vurdert som faglig uforsvarlig å flytte barnet da det ble inngått avtaler om kjøp av faste plasser i 2006. Den aktuelle institusjonen ble ikke tildelt avtale. På det tidspunkt var det fortsatt planlagt at plasseringen skulle ha begrenset varighet. Da det viste seg at plasseringen ville vare ut jentas ungdomstid, hadde hun en slik tilknytning til institusjonen, i tillegg til at hun var plassert i sitt opprinnelige nærmiljø, at omplassering ble vurdert som faglig uakseptabelt. Vi anså fra 2007 at denne spesielle institusjonen var den eneste som kunne gi jenta et faglig akseptabelt tilbud.”

- (10) Kjøp nummer 8 gjelder plassering i medhold av barnevernloven § 4-12 (omsorgsovertakelse), og om denne plasseringen har innklagede opplyst:

”Gjelder sak nr. 8.

Gutten er enslig mindreårig asylsøker fra Burundi — og ble plassert i fosterhjem fra mottak i 2004, da 10 år gammel. Det viste seg raskt at gutten hadde betydelige krigstraumer og han hadde en atferd i fosterhjemmet som ikke var forenelig med opphold i privat hjem. Etter mindre enn ett år sa fosterhjemmet opp, og det ble søkt på institusjonsplass for gutten. På dette tidspunkt var det ikke avholdt noen konkurranse om kjøp av plasser i barneverninstitusjon.

Flere private institusjoner ble forspurt, journalen forteller ikke hvilke. Den aktuelle institusjonen ble valgt som den første som responderte positivt på henvendelsen, og dessuten fordi den ligger i guttens omsorgskommune (den kommunen han var bosatt). Det ble antatt at han ville ha behov for bistand i lang tid, kanskje opp i voksen alder, og at hans totale mangel på nettverk gjorde det vesentlig at han var plassert i den kommunene han sannsynligvis ville bli boende som voksen.

I løpet av oppholdet ble det klart at gutten har et alvorlig posttraumatisk stressyndrom, spesialisert psykiske helsevern har uttalt at det aller viktigste han kan gis i et omsorgstilbud er stabilitet.

I denne saken ble det, bl.a. på bakgrunn av sterk tilråkning fra spesialisert psykisk helsevern, vurdert som faglig uforsvarlig å flytte barnet da det ble inngått avtaler om kjøp av faste plasser i 2006. Den aktuelle institusjonen ble ikke tildelt avtale. Det har vært regelmessige forsøk på å finne et fosterhjem til ham — det er også en plan nå i 2011 (han er nå snart 18 år) om å finne et vernet bo tilbud i en familie. Hver gang et aktuelt tilbud er funnet, har gutten blitt alvorlig psykisk syk, og det kan ikke utelukkes at plasseringen vil vare fram til han blir 20 år.

Nye avtaler er blitt inngått med ett års varighet.

- (11) Kjøp nummer 9 gjelder også plassering i medhold av barnevernloven § 4-12 (omsorgsovertakelse), og om denne plasseringen har innklagede blant annet opplyst:

”Gjelder sak nr. 9.

Gutten er en del av en større familie fra (...), far kom til Norge i 1999, mor og flere barn i 2002. Første melding til Bufetat kom i 2003, den gang fra mottak for flyktninger og asylsøkere. Etter at foreldrene hadde vært i en del samtaler ble saken da trukket. Gutten ble akutt plassert i 2006, han hadde da utviklet, i likhet med flere av sine 5 søsken, et atferdsproblem som familien ikke kunne hankses med. Det ble vurdert at hjemmet ikke kunne gi tilstrekkelig omsorg, og det ble søkt om institusjonsplass. På det tidspunkt var den første konkurransen om tildeling av faste plasser gjennomført, og Stiftelsen Bjørklund og Våre Hjem A/S ble kontaktet for plassering. I de andre institusjonene som var tildelt faste plasser, var det da ikke tilgjengelige plasser fordi eksisterende plasseringer ble konvertert inn på avtaleplasser.

Våre Hjem A/S i Trondheim ga tilbud om plass. Imidlertid viste gutten raskt etter plassering store psykiske vansker, og han fikk et tilbud i BUP i Sarpsborg. Det ble en periode vurdert å gi ham tilbud om institusjonsplassering innenfor psykisk helsevern. Av ulike grunner ble dette ikke noe av, men gutten fikk et omfattende poliklinisk tilbud fra psykisk helsevern i Sykehuset Østfold A/S, og det ble vurdert som vesentlig med kontinuitet i dette tilbudet. Aktuell institusjon var på det tidspunktet det eneste tiltaket i Østfold som var i stand til å gi gutten et tilfredsstillende tilbud og som hadde ledig plass.

Sammen med Sykehuset Østfold bygget tiltaket opp et samordnet psykiatri — barnevern-tilbud til gutten. En viktig del av tilbudet var stabilitet omsorgspersoner, og det ble vurdert som faglig uforsvarlig å flytte gutten da det ble ledig avtaleplass.

Tiltaket ble avsluttet høsten 2009.”

- (12) Kjøp nummer 10 gjelder plassering i medhold av barnevernloven § 4-24 (tvangsplassering), og om denne plasseringen har innklagede blant annet opplyst:

”Gjelder sak nr. 10.

Gutten er norsk, f. i 1994 og bodde sammen med mor. Han utviklet over tid alvorlige atferdsvansker, mor var i liten grad inntilt på å samarbeide med barneverntjenesten. Etter 2 akutt plasseringer bla han søkt inn ved multifunk Ås. Han fikk ikke plass der og søknad ble derfor trukket. Bakgrunn for dette var i hovedsak at omsorgsbasen ikke ble vurdert god nok.

Barneverntjenesten ønsket plassering av gutten i et tiltak som lå et stykke unna hjemmemiljøet, fordi han var en sentral aktør i et eller flere gjengmiljøer.

Fagteam sonderer deretter markedet for private institusjoner med henblikk på plassering i et slikt tiltak som lå geografisk ikke i nærheten av hjemmemiljøet. Det ble

også vurdert som nødvendig at tiltaket lå slik til at det ikke var lett å benytte offentlig kommunikasjon.

Flere institusjoner ble forespurt, men det ble ikke ført protokoll over anskaffelsene, heller ikke utarbeidet avviksprotokoll.

Stormyra Ritell presenterte etter informasjon om guttens problematikk og behov et tilbud som fagteam Ski faglig sett ville møte denne guttens behov. Saksbehandler mener det ikke var andre tilgjengelige plasser på dette tidspunktet. Fylkesnemnda mente etter presentasjon fra tiltaket at det var et tiltak som kunne møte guttens behov, og besluttet plassering hjemlet i Lov om barneverntjenester § 4-24.

Oppholdet ble avsluttet 31.08.09”

- (13) Innklagede har opplyst at det i 2009 eksisterte både regionale og nasjonale avtaler om kjøp av institusjonsplasser, kunngjort i tråd med regelverket om offentlige anskaffelser. Blant annet forelå en nasjonal rammeavtale om et bestemt antall plasser inngått av Bufdir i 2007. Kjøpene som er gjenstand for klagebehandling i klagenemnda er institusjonsplasser til barn hvor avtalen om institusjonsplass av ulike årsaker ikke ble inngått i medhold av disse avtalene.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser av private institusjonsplasser innen barnevern. Det vises til Riksrevisjonens rapport av 2009 hvor det fremgår at de ulike regionene innenfor Bufetat, i varierende utstrekning, har foretatt kjøp av private institusjonsplasser uten forutgående kunngjøring.
- (15) Kjøp av institusjonsplasser innen barnevern er omfattet av anskaffelsesregelverket. Anskaffelsesdirektivet innebærer at man er forpliktet til ikke å diskriminere i henhold til de grunnleggende prinsippene. Medlemslandene har imidlertid betydelig frihet om eller hvordan inngåelsen av slike kontrakter reguleres. I Norge har man sett det hensiktsmessig at de hensyn som anskaffelsesregelverket skal ivareta gjelder for alle typer tjenestekjøp. Følgelig har man valgt å regulere uprioriterte tjenester på samme måte som prioriterte tjenester, men på en betydelig mer fleksibel måte med hensyn til frister, prosedyrer etc. Det bemerkes at man i visse tilfeller, som for ideelle organisasjoner, har vedtatt fakultative skjermingsregler slik at man kan ekskludere. Men også for disse skal det være konkurranse om mulig. Det ligger i dette systemet at myndighetene eventuelt må positivt unnta en tjeneste fra prosedyrer og kunngjøring, og sørge for en annen innretning som godtas innenfor EØS-avtalen.
- (16) Det avgjørende for om anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse er at det inngås en kontrakt av ”*pecuniary interest*”. Her kan det være et skille mellom plassering i fosterhjem og institusjon. Institusjonsplasser for barn stiller seg ikke i en annen stilling enn kjøp av andre omsorgstjenester. Kontraktene går som regel ut på en eller annen beregning ut fra dager/måneder med leie av rom, vederlag for kost, profesjonelt behandlingstilbud og tilstedeværelse av personell, og det skjer helt klart en økonomisk vederlagsytelse mot levering av disse tjenestene. Sentralt i beslutningen for å velge institusjon ligger kvalitetskrav til institusjonen og økonomisk kostnad for ytelsen. I mange tilfeller vil heller ikke den som skal ivaretas ha en valgfrihet når det gjelder hvor man ønsker å bli plassert.

- (17) Det skal imidlertid også poengteres at klientens individuelle behov på forskjellig måter i den konkrete anskaffelsen kan vektlegges betydelig. I enkelte tilfeller kan bestemmelser gi fritak for kunngjøring dersom det kun er en institusjon som kan møte barnets behov. Det kan i også det enkelte tilfelle være behov for nærhet til ett spesielt geografisk område og etablerte relasjoner, som kreves oppfylt for å gi det tilbudet barnet samlet sett har krav på. Dette kan i prinsippet også få betydning for beregning av terskelverdi av gjentatte kjøp hvis noen ytelser er så forskjellig i behovet for tilbud at de ikke kan sees på som samme yttelse.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede erkjenner at det er foretatt enkeltkjøp av institusjonsplasser innen barnevern uten forutgående kunngjøring. Det bestrides imidlertid at disse kjøpene representerer ulovlige direkte anskaffelser.

Kjøp av institusjonsplasser av private godkjente barneverninstitusjoner

- (19) Frem til innklagede ble kjent med EU-domstolens avgjørelse i sak C-160/08 har innklagede vært av den oppfatning at kjøp av institusjonsplasser innen barnevern var kunngjøringspliktig etter anskaffelsesregelverket. Etter denne dommen er imidlertid innklagede av den oppfatning at kjøp av institusjonsplasser fra private godkjente barnevernsinstitusjoner ikke omfattes av regelverket om offentlige anskaffelser, ettersom institusjonenes ansvar og myndighet overfor beboerne innbefatter utøvelse av offentlig myndighet, jf. EØS avtalen art. 32, jf. art 39. Det strenge unntaket omfatter imidlertid neppe godkjente sentre for foreldre og barn, jf. nedenfor om disse.
- (20) Det følger av EØS-avtalen artikkel 32, jf. 39 at EØS-avtalen kapittel 3 om fri utveksling av tjenesteytelser ikke får anvendelse på "*Virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet*". I henhold til EU-domstolens avgjørelse i sak C-160/08 kommer ikke anskaffelsesdirektivet til anvendelse på virksomhet omfattet av EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39. Da det norske regelverket om offentlige anskaffelser implementerer direktiv 2004/18 er det naturlig å slutte at virksomhet som omfattes av EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39, faller utenfor lov og forskrift om offentlige anskaffelser.
- (21) Angående spørsmålet om en virksomhet utøver "*offentlig myndighet*" har EU-domstolen blant annet vektlagt om den private aktøren har myndighet til å treffe endelige beslutninger, og om myndigheten som utøves er av direkte art, jf. C-114/97, C-438/08 og C-42/92. Et særlig viktig moment er om den private aktør har myndighet til å benytte ekstraordinære beføyelser som tvang, jf. C-160/08.
- (22) Private barnevernsinstitusjoner som er godkjent av Bufetat, jf. barnevernloven § 5-8, omfattes av rettighetsforskriften som gir institusjonene en rekke hjemler for bruk av tvang. Beslutninger om kroppsvisitasjon, ransaking, beslag, tvangsmedisinering og isolasjon treffes som enkeltvedtak, jf. barnevernloven § 6-1 og 6-2 og rettighetsforskriften § 25.
- (23) Institusjonenes vedtakskompetanse er regulert av forvaltningsloven og er å regne som offentlig myndighetsutøvelse. Myndighetsutøvelsen er direkte og ikke av forberedende art, og vedtakene som treffes er av inngripende karakter. Etter innklagedes oppfatning må den virksomheten som utøves av private barnevernsinstitusjoner anses omfattet av unntaket i EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39 om "*offentlig myndighetsutøvelse*". Som nevnt kommer lov og forskrift om offentlige anskaffelser da ikke til anvendelse, og enkeltkjøp 7, 8, 9 og 10 utgjør følgelig ikke ulovlige direkte anskaffelser.

- (24) Subsidiært anføres at de inngåtte avtalene uansett ikke er omfattet av kunngjøringsplikten.
- (25) Enkeltkjøp 7, 8 og 9 gjelder forlengelse av kontrakter inngått før 2009. I alle tre sakene ble det vurdert som faglig uforsvarlig å flytte barnet til et annet tiltak. Den mer spesifikke begrunnelsen varierer noe for hver plassering, men det fremtredende i alle sakene er barnets tilknytning til institusjonen/institusjonens ansatte og barnets behov for kontinuitet og stabile omsorgspersoner. Det var således kun den institusjonen barnet var plassert i som ved forlengelsen av avtalene i 2009 var aktuell leverandør, jf. forskriften § 2-1 (2) bokstav a. Anskaffelsene er derfor ikke ulovlige direkte anskaffelser.
- (26) Kjøp 10 gjelder plassering foretatt i 2009. I dette tilfellet forelå det avslag fra statlig multifunksjonstiltak som er et kunnskapsbasert spesialtiltak. Barnet hadde særlige utfordringer, blant annet knyttet til gjengmiljøer, og det ble vurdert som nødvendig med plassering i avstand fra hjemmemiljøet. Etter avslag fra statlig tiltak ble flere private institusjoner kontaktet, hvorav en institusjon ble vurdert som eneste tilgjengelige på tidspunktet. Fylkesnemnda mente dette var en institusjon som var egnet til å møte barnets behov og besluttet tvangsplassering med hjemmel i barnevernloven § 4-24. Slik innklagede ser det må forskriften § 2-1 (2) bokstav a komme til anvendelse også i dette tilfellet.

Kjøp av institusjonsplasser i sentre for foreldre og barn

- (27) Enkeltkjøp 1, 2, 3, 4, 5 og 6 er kontrakter inngått med ideelle organisasjoner og er unntatt kunngjøringsplikten i medhold av forskriften § 2-1 (3).

Det er i strid med barnekonvensjonen å kunngjøre et enkelt barn på Doffin

- (28) Subsidiært anføres at det er i strid med barnekonvensjonen artikkel 3, jf. barnevernloven § 4-1 og barneloven § 48 å kunngjøre et enkelt barn på Doffin. I henhold til menneskerettsloven § 3 går barnekonvensjonen foran bestemmelser i annen lovgivning ved motstrid. Det er i strid med det grunnleggende hensynet til barnets beste å kunngjøre et konkret barns behov for institusjonsplass på Doffin. En kunngjøring av behov for institusjonsplass for et konkret barn vil nødvendigvis inkludere en beskrivelse av behovet i form av målgruppeproblematikk, barnets utfordringer, medisinsk relaterte opplysninger og annen personlig informasjon. Personvernrettslig og etisk vil slike kunngjøringer derfor være problematiske. Det kan også være direkte skadelig for et barn å oppleve at institusjoner konkurrerer om barnets plassering. Et annet vektig argument er at barna etter norsk rett har utpregede partsrettigheter i barnevernssaker, herunder rett til å bli hørt med hensyn til plasseringssted.
- (29) Overstående innebærer at det foreligger motstrid mellom barnekonvensjonen artikkel 3 og forskriften § 9-1 om krav til kunngjøring. Dette vil si at kunngjøringsplikten ikke gjelder for kjøp av institusjonsplass for et enkelt barn, og at vilkårene for ulovlig direkte anskaffelse i forskriften § 7b uansett ikke er oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

Klagefrist og saklig interesse

- (30) Det er ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd.

- (31) Av klagenemndsforordningen § 13 a andre ledd følger det videre at klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7 b tredje ledd. I loven § 7 b tredje ledd heter det at adgangen til å ilegge gebyr *”bortfaller to år etter at kontrakt er inngått”*, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver å ha mottatt klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt 20. desember 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev av 23. desember 2010. Klagen referer seg til kontrakter inngått i 2009 og er således rettidig.

Hvorvidt det foreligger ulovlig(e) direkte anskaffelse(r)

- (32) I lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd er en ulovlig direkte anskaffelse definert som *”en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven”*, jf. forordningen §§ 2-1 og 2-2 og forordningen §§ 9-1 og 18-1.
- (33) Saken gjelder en rekke ulike avtaler om enkeltplasseringer av barn som innklagede har inngått med private institusjoner uten forutgående kunngjøring. Med unntak for kjøp nr. 3 og 4 er det ubestridt at avtalene beløpsmessig overstiger kunngjøringsgrensen i forordningen § 2-1 (4) jf § 2-2. Tjenestene som leveres vil kunne klassifiseres som uprioriterte tjenester omfattet av tjenestekategori nr. 25, jf. CPV-kode 85311300, *”social work services with accommodation”*, og CPV-kode 85311300-5, *”welfare services for children and young people”*. Innklagede har imidlertid anført at en rekke ulike unntak er aktuelle.
- (34) Nemnda vil i det følgende først gi en generell redegjørelse for regelverket som gjelder ved institusjonsplassering av barn innen barnevern. Deretter vil nemnda gjennomgå betydningen av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i relasjon til direktiv 2004/18. Nemnda vil videre redegjøre for rettskilder av betydning for unntaket, samt ta stilling til hvorvidt private barnevernsinstitusjoner utøver myndighet som er omfattet av unntaket. Deretter vil nemnda kommentere betydningen av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i relasjon til forskrift om offentlige anskaffelser. Til sist vil det bli tatt stilling til hvorvidt avtaler om institusjonsplassering av barn innen barnevern er kunngjøringspliktig i henhold til forordningen, herunder hvilke regler som gjelder ved bruk av rammeavtaler og hvilke regler som gjelder ved avtaler om institusjonsplassering av enkeltbarn.

Generelt om regelverket som gjelder institusjonsplassering av barn

- (35) Formålsparagrafen i barnevernloven § 1-1 lyder som følger:

”§ 1-1. Lovens formål.

Formålet med denne loven er

- å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid,

- å bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår.”

- (36) Bestemmelsene som gir hjemmel for institusjonsplassering fremgår av barnevernloven kapittel 4 om *”Særlige tiltak”*, Kapitlet innledes med § 4-1, om *”Hensynet til barnets beste”*, som lyder som følger:

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

- (37) Bestemmelsen innebærer at det skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er det beste for barnet. Hensynet til barnets beste skal være avgjørende ved valg mellom alternative tiltak, og ved beslutningen om tiltak skal benyttes. I dette ligger at det avhengig av barnets alder også skal tas hensyn til hva barnet mener.
- (38) Prinsippet om barnets beste er også nedfelt i FNs barnekonvensjon fra 1989. Barnekonvensjonen ble inkorporert i norsk rett i 2003, med forankring i lov 21. mai 1999 nr. 30 om menneskerettigheter (menneskerettsloven). I henhold til menneskerettsloven § 3 går barnekonvensjonen foran annen norsk lovgivning ved motstrid. Barnekonvensjonen artikkel 3 (1) lyder som følger:

“Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”

- (39) Barnevernloven oppstiller flere ulike hjemmelsgrunnlag for plassering i institusjon. Barnevernloven § 4-4 gir adgang til plassering i institusjon som et hjelpetiltak for barnet og familien. I henhold til barnevernloven § 4-5 skal et slikt hjelpetiltak følges nøye opp av barnevernstjenesten, og det skal fortløpende foretas vurderinger om hjelpen er tjenlig, eventuelt om det er grunnlag for omsorgsovertakelse.
- (40) Dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorgen for barnet, og i enkelte andre angitte situasjoner, gir barnevernloven § 4-12 hjemmel for omsorgsovertakelse, hvor et av plasseringsalternativene er institusjonsplassering, jf. barnevernloven § 4-14. I henhold til barnevernloven § 4-12 (2) kan vedtak om omsorgsovertakelse kun treffes dersom det er nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i, og når hjelpetiltak ikke anses tilstrekkelige. Om valg av plasseringssted bestemmer barnevernloven § 4-15 (1):

“§ 4-15. Valg av plasseringssted i det enkelte tilfelle.

Innenfor den ramme som er fastsatt i § 4-14 skal stedet for plassering velges ut fra hensynet til barnets egenart og behov for omsorg og opplæring i et stabilt miljø. Det skal også tas tilbørlig hensyn til at det er ønskelig med kontinuitet i barnets oppdragelse, og til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn. Det skal videre tas hensyn til hvor lenge det er trolig at plasseringen vil vare, og til om det er mulig og ønskelig at barnet har samvær og annen kontakt med foreldrene.”

- (41) For barn som har utvist alvorlige atferdsvansker gir barnevernloven § 4-24 og § 4-26 hjemmel for institusjonsplassering. Barnevernloven § 4-24 gir hjemmel for institusjonsplassering uten samtykke. Utgangspunktet er at barnet plasseres for en periode på opptil fire uker. Er det trolig at barnet har behov for mer langvarig behandling, kan det treffes vedtak om at barnet skal plasseres i behandlings- eller opplæringsinstitusjon opptil tolv måneder uten samtykke. Tilsvarende, forutsatt at barnet har utvist alvorlige atferdsvansker, gir barnevernloven § 4-26 hjemmel for tilbakehold i institusjon på bakgrunn av samtykke. Har barnet fylt 15 år er barnets samtykke tilstrekkelig. Når et barn blir tatt inn i en institusjon på grunnlag av samtykke, kan institusjonen sette som vilkår at barnet kan holdes tilbake i institusjonen i opptil tre uker regnet fra inntaket.

- (42) Hjemmelsgrunnlagene for institusjonsplassering i foreliggende sak er barnevernloven § 4-4, § 4-12, jf. 4-14 og § 4-24.
- (43) Barnevernsinstitusjonenes virksomhet er regulert av barnevernloven med tilhørende forskrifter. Barnevern er et offentlig ansvar, men utføres også i et nærmere regulert samarbeid mellom Bufetat og private institusjoner som tilbyr slike tjenester. Det finnes flere private barnevernsinstitusjoner, og det er en viss konkurranse om å få disse oppdragene.
- (44) For å plassere et barn på en barnevernsinstitusjon må institusjonen være godkjent av Bufetat, jf. barnevernloven § 5-8, samt forskrift 27. oktober 2003 nr. 1283 om godkjenning av private og kommunale institusjoner mv., og forskrift 10. juni 2008 nr. 580 om krav til kvalitet og internkontroll i barnevernsinstitusjoner. Av særlig relevans for denne saken er forskrift av 12. desember 2002 nr. 1594 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjoner (rettighetsforskriften), jf. barnevernloven § 5-9. Bestemmelsene gjelder for både offentlige og private institusjoner.
- (45) Rettighetsforskriften foreskriver to ulike nivåer som gjelder for bruk av tvang i offentlige og private barnevernsinstitusjoner. Nivået avhenger av hvilke vanskeligheter det enkelte barn har, og hvilken hjemmel i barnevernloven som ligger til grunn for plasseringen. Rettighetsforskriften kapittel 3 gjelder for alle plasseringer, og gir institusjonene hjemmel til å fatte vedtak om kroppsvisitasjon, ransaking av rom og eiendeler, beslaglegging og tilintetgjøring av rusmidler og farlige gjenstander jf. rettighetsforskriften §§ 14, 16, 17. I akutte faresituasjoner kan det "*etter alminnelige nødretts- og nødvergebetraktninger*" fattes vedtak om bruk av tvangsmedisinering og isolasjon, jf. rettighetsforskriften § 18 (3) og (4). I tillegg kan institusjonene anvende nødvendig tvang som mindre fysiske fastholdninger mv. som ledd i utøvelsen av institusjonens omsorgsansvar eller ved nødssituasjoner, jf. rettighetsforskriften § 13 og § 18 (1) og (2). I henhold til § 19 kan også institusjonen ved rømming bringe beboeren tilbake til institusjonen, mot beboerens vilje, dersom plasseringsgrunnlaget gir adgang til dette.
- (46) I rettighetsforskriften kapittel 4 er det gitt bestemmelser som hjemler ytterligere tvangsbruk for institusjonsplasseringer i medhold av barnevernloven § 4-24 og 4-26. Bestemmelsene gir grunnlag for plassering i institusjon uten eget samtykke, og for tilbakehold i institusjon på grunnlag av eget samtykke. Rettighetsforskriften kapittel 4 gir institusjonene hjemmel til å fatte vedtak om besøksnekt, nekt av telefonbruk, begrensninger i beboerens bevegelsesfrihet og urinprøvetaking, jf. rettighetsforskriften §§ 21, 22, 23 og 24. Alle beslutninger om bruk av tvang i medhold av rettighetsforskriften anses som enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 b. Dette gjelder imidlertid ikke når det besluttes å bruke tvang etter forskriften §§ 19, 23 og 24. Her er det i henhold til § 19 en forutsetning at plasseringsvedtaket gir adgang til tvangen, i henhold til § 23 at tvangen er nødvendig ut fra formålet med plasseringen, og i henhold til § 24 at tvangsgrunnlaget følger av fylkesnemndas vedtak, jf. fortolkningsuttalelse fra Barne- og familiedepartementet av 21. november 2005 punkt 3.1. Når private foretak leverer barneverntjenester og kan utøve nødvendig tvang, er det rettslig sett tale om delegering av tvangsmakt fra offentlig til privat sektor. Det er etter gjeldende rett intet til hinder for at private aktører medvirker på denne måten.

Betydningen av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i relasjon til direktiv 2004/18

- (47) Selv om institusjonsplasseringen er betinget av et vedtak fra myndighetenes side, er selve avtalen mellom innklagede og de private barnevernsinstitusjonene inngått i medhold av innklagedes private autonomi. Innklagede har imidlertid anført at de

foreliggende kontraktene er omfattet av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse og at det dermed ikke foreligger kunngjøringsplikt etter forskrift om offentlige anskaffelser.

- (48) Klagenemnda finner det på denne bakgrunn hensiktsmessig først å ta stilling til hvilken betydning EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32, har i relasjon til direktiv 2004/18 (Innkjøpsdirektivet). Problemstillingen relaterer seg til kjøpene 7, 8, 9 og 10.
- (49) EØS-avtalen del II kapittel 2 og 3 gir regler om henholdsvis etableringsrett og fri bevegelse av tjenesteytelser. Artikkel 32 i EØS-avtalen er en unntaksregel som begrenser rekkevidden av bestemmelsene om etableringsfrihet og fri bevegelse av tjenesteytelser. EØS-avtalen artikkel 32 tilsvarer TFEU-traktaten artikkel 51 (tidligere EF artikkel 45), og lyder som følger:

“The provisions of this Chapter shall not apply, so far as any given Member State is concerned, to activities which in that State are connected, even occasionally, with the exercise of official authority.”

- (50) Bestemmelsen fremgår av del II kapittel 2 om etableringsrett, men gis gjennom artikkel 39 tilsvarende anvendelse for del II kapittel 3 om tjenester. På samme måte gis TFEU artikkel 51 (EF artikkel 45) gjennom TFEU artikkel 62 (EF artikkel 55) tilsvarende anvendelse for den frie utveksling av tjenesteytelser.
- (51) Når det gjelder forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32, i relasjon til direktiv 2004/18 nevnes det at ordlyden i den norske språkversjonen bruker formuleringen *“Virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet.”* Den engelske språkversjonen, *“to activities which in that State are connected, even occasionally, with the exercise of official authority”*, viser at unntaksbestemmelsens anvendelse som utgangspunkt beror på en vurdering av aktiviteten som sådan. Domstolens praksis viser også at det avgjørende for om EØS art 32 kommer til anvendelse er om den konkrete aktiviteten er direkte og spesifikt forbundet med utøvelse av offentlig myndighet, jf. Fredrik Sejersted mfl, *“EØS-Rett”*, 2. utgave, side 386, med videre henvisninger.
- (52) Bakgrunnen for reglene i EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32, er at EU-regelverket om etableringsrett og fri bevegelse av tjenesteytelser ikke skal innvirke på nasjonalstatens rett til å utøve og regulere kjernen i nasjonalstatens myndighetsutøvelse. Vurderingen gjelder den konkrete aktiviteten *“in that State”*.
- (53) Fornyings- og administrasjonsdepartementet gav 21. januar 2008 en fortolkningsuttalelse om kjøp av barneverntjenester fra private aktører i relasjon til EØS-avtalen. Departementet skriver om dette spørsmålet:

“Det er i pressen blitt hevdet at kjøp av barnevernstjenester ikke er tjenester slik dette begrepet forstås i EØS-avtalen. Dette synes begrunnet i at det dreier seg om offentlig myndighetsutøvelse og at det ikke finnes noe marked for barnevernstjenester.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet mener på sin side at et kjøp av barnevernstjenester fra en privat leverandør må betraktes som en gjensidig bebyrdende avtale som må følge regelverket om offentlige anskaffelser.

Helsetjenester er spesifikt nevnt i anskaffelsesdirektivets bilag II b, og det fremgår av den såkalte CPV- nomenklatur at barnevernstjenester regnes som slike tjenester med CPV- koden 85311300, “social work services with accommodation, welfare services for children and young people”, jf CPC-kode 93312, “welfare services delivered through residential institutions to children and other clients”. Det følger av dette at barnevernstjenester er uprioriterte tjenester.”

- (54) Departementet skiller ikke mellom institusjonsplassering og øvrige barnevernstjenester. Departementet adresserer heller ikke spørsmålet om hvorvidt og eventuelt i hvilket omfang barnevernstjenester kan anses som offentlig myndighetsutøvelse, og hvilken betydning dette eventuelt vil ha for fortolkningen av direktiv 2004/18. Klagenemnda forstår uttalelsen fra departementet slik at departementet mener at det avgjørende for om anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse er om det foreligger en gjensidig bebyrdende avtale, og at hvorvidt det er tale om utøvelse av offentlig myndighet er uten betydning i denne sammenheng. EU-domstolens avgjørelse i sak C-160/08 omhandler blant annet spørsmålet om betydningen av at en tjenesteytelse er omfattet av EF-traktaten artikkel 45, jf. artikkel 55 (tilsvarer EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39). I denne avgjørelsen uttaler EU-domstolen at avtaler om tjenesteytelser som omfattes av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse, er unntatt anvendelsesområdet til direktiv 2004/18, jf. dommens premiss (73) og (74). I tråd med sak C-160/08 legger klagenemnda derfor til grunn at avtaler om tjenesteytelser som innebærer *”utøvelse av offentlig myndighet”*, i henhold til den EU- og EØS-rettslige klassifiseringen av begrepet, er unntatt fra anvendelsesområdet for direktiv 2004/18. I medhold av dommen kan det også legges til grunn at det ikke er et krav om at myndighetene positivt må unnta en aktivitet gjennom nasjonal lovregulering for at unntaket skal kunne være anvendelig, jf. klagers anførsel om dette.
- (55) Unntaket innebærer f.eks. at man kan kunngjøre konkurranse om slike tjenester med den begrensning at tjenesten må utføres i Norge, uten at dette utgjør brudd på diskrimineringsforbudet eller kravet om fri bevegelighet av tjenester i EØS-avtalen artikkel 4 og artikkel 36.

EU-domstolens praksis i saker om traktatens unntak for offentlig myndighetsutøvelse

- (56) EU-domstolen har avsagt en rekke dommer knyttet til forståelsen av begrepet *”utøvelse av offentlig myndighet”*. Spørsmålet om en aktivitet innebærer utøvelse av offentlig myndighet som omhandlet i EØS-avtalen artikkel 32 skal vurderes i henhold til den EU- og EØS-rettslige klassifikasjonen av offentlig myndighetsutøvelse, jf. sak C-160/08. EU-domstolens praksis viser at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse skal tolkes strengt.
- (57) I sak C-160/08 som gjaldt spørsmål om utrykningskjøring og syketransport var offentlig myndighetsutøvelse, presiserer domstolen innledningsvis: *”Det bemærkes i denne forbindelse, at artikkel 45 EF og 55 EF som undtagelser fra de grundlæggende regler om etableringsfrihed og den frie udveksling af tjenesteydelser skal fortolkes således, at deres rækkevidde begrænses til det, der er strengt nødvendigt for at varetage de interesser, som disse bestemmelser tillader medlemsstaterne at beskytte.”* Videre uttaler EU-domstolen:
- ”78 Ifølge fast retspraksis skal den fravigelse, der er fastsat i de nævnte artikler, begrænses til sådan virksomhed, der som sådan er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed (jf. Reyners-dommen, præmis 45, og dom af 13.7.1993, sag C-42/92, Thijssen, Sml. I, s. 4047, præmis 8, samt dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 36).*
- 79 Som generaladvokaten har anført i punkt 58 i forslaget til afgørelse, forudsætter en sådan virksomhed en tilstrækkeligt kvalificeret udøvelse af ekstraordinære retlige beføjelser, statsmaktens privilegier eller beføjelsen til at udøve tvang.”*
- (58) Utøvelse av ekstraordinære rettslige beføyelser, statsmaktens privilegier eller muligheten til å utøve tvang er altså beføyelser som er en forutsetning for at det

foreligger offentlig myndighetsutøvelse. Slike beføyelser er imidlertid ikke nok i seg selv, myndighetsutøvelsen må være tilstrekkelig kvalifisert. Det må derfor også foretas en kvalitativ vurdering, der spørsmålet er om virksomheten er ”direkte og særlig” forbundet med utøvelse av offentlig myndighet. I sak C-160/08 fant EU-domstolen at forkjøringsrett og bruk av sirener og blått lys ikke var kvalitativt tilstrekkelig til at unntaket om offentlig myndighetsutøvelse kom til anvendelse.

- (59) EU-domstolen har i flere avgjørelser konkludert med at privat vaktvirksomhet ikke er å regne som offentlig myndighetsutøvelse. I sak C-114/97, som senere har blitt fulgt opp i sakene C-283/99 og C-465/05, uttaler domstolen:

” 36 I den foreliggende sag fremgår det af akterne, at formålet med vagtselskabernes og vagtpersonalets virksomhed er på privatretligt grundlag at sørge for udførelse af opgaver, der består i overvågning og beskyttelse.

37 Udøvelsen af denne virksomhed indebærer imidlertid ikke, at vagtselskaberne og vagtpersonalet har beføjelse til at udøve tvang. Blot at bidrage til, at den offentlige sikkerhed opretholdes, som enhver enkeltperson kan blive nødsaget til, er nemlig ikke udøvelse af offentlig myndighed.

38 Desuden opstilles der — som generaladvokaten har påvist i punkt 26 og 27 i forslaget til afgørelse — i den spanske lovgivning en klar sontring mellem de opgaver, der er overdraget til vagtselskaberne og vagtpersonalet, og dem, der er forbeholdt ordensmagten. Hvis de førstnævnte skal bistå de sidstnævnte i nærmere angivne situationer, er der kun tale om hjælpefunktioner.

39 Heraf følger, at vagtselskabers og privat vagtpersonales virksomhed ikke er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, og at undtagelsen i traktatens artikel 55, stk. 1 — i givet fald sammenholdt med artikel 66 — ikke finder anvendelse i den foreliggende sag.”

- (60) I sak C-438/08 konkluderte EU-domstolen med at private virksomheter som førte teknisk kontroll med biler, ikke var omfattet av unntaket i EF-traktaten artikkel 45, selv om virksomhetene sertifiserte den tekniske kontrollen som var utført, og på denne måten utførte offentlig myndighet. Begrunnelsen var at beslutningen om å sertifisere eller ikke sertifisere den tekniske kontrollen delvis ikke innebar noen reell beslutningsautonomi, og delvis ble truffet innenfor rammene av direkte statlig tilsyn, ettersom biltilsynsvirksomhetene kun avgjorde de juridiske konsekvensene av den tekniske kontrollen. Utover dette bemerket domstolen at ”I øvrig råder de private biltilsynsorganer, således som Kommissionen har gjort gjældende uden at blive modsagt av Den Portugisiske Republik, ikke over tvangsbeføjelser i forbindelse med deres virksomhed, idet sanktionerne i tilfælde af manglende overholdelse af reglerne om biltilsyn henhører under politiet og de retslige myndigheder.”
- (61) EU-domstolen har også lagt til grunn at det å utføre rent forberedende eller veiledende funksjoner for det organet som faktisk utøver offentlig myndighetsutøvelse, ikke kan betraktes som offentlig myndighetsutøvelse i unntakets forstand, jf C-42/92 (Thijssen).
- (62) Det fremgår av den overnevnte EU-praksis at EU-domstolen vurderer om de aktiviteter og oppgaver som utføres av den private aktør som sådan, er å karakterisere som offentlig myndighetsutøvelse. EU-domstolen legger opp til en streng kvalitativ vurdering, hvor utelukkende forberedelse eller bistand til myndighetsutøvelsen ikke er tilstrekkelig. I avgjørelsene fremheves det særlig hvorvidt aktiviteten gir myndighet til å utøve tvang. Avgjørelsene gir imidlertid begrenset veiledning for hvilken grad av

tvangsutøvelse som kreves for at unntaket er anvendelig. Avgjørelsen i sak C-114/97 kan trolig tas til inntekt for at tvangsbeføyelser som i utgangspunktet er tillagt politiet vil kunne være omfattet. På den andre siden vil det ikke være tilstrekkelig for at unntaket kommer til anvendelse at private vaktelskaper bidrar til den offentlige sikkerhet.

- (63) Utover avgjørelsene fra EU-domstolen er det også en del juridisk teori som omhandler unntaket.

- (64) I utredningen "Barnevern og EØS", *Perspektiv 02/08* tar Janicke Wiggen og Finn Arnesen på side 4 direkte stilling til spørsmålet i foreliggende sak:

"Etter vår oppfatning er det temmelig klart at institusjoner som mottar barn etter plasseringsvedtak omfattes av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse, slik at reglene om etableringsrett og fri bevegelse for tjenesteytelse ikke begrenser myndighetenes frihet ved valget mellom hvilke institusjoner som skal benyttes."

- (65) Også Sue Arrowsmith behandler betydningen av unntaket i "*The Law of Public and Utilities Procurement*" (2.utgave 2005). På side 215 uttaler hun følgende om rekkevidden av unntaket:

"It seems likely that it covers only the actual exercise of judicial and legislative powers, police powers (such as powers of arrest otherwise reserved to the police), and the making of high-level policy decisions, such as those establishing the levels of taxation or policies governing the treatment of prison inmates, rather than day-to-day operation and management of such activities"

- (66) Klagenemnda går etter dette over til å vurdere hvorvidt private barnevernsinstitusjoners oppgaver innebærer en *"tilstrækkelig kvalifisert udøvelse af ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagts privilegier eller beføjelsen til at udøve tvang."*

Hvorvidt private barnevernsinstitusjoner utøver offentlig myndighet i EU- og EØS-rettslig forstand

- (67) I medhold av rettighetsforskriften har private barnevernsinstitusjoner myndighet til å utøve tvang som er av inngripende karakter overfor den beboeren tvangsutøvelsen retter seg mot. Myndigheten rekker betydelig lenger enn det enhver enkeltperson kan gjøre overfor andres barn, og tilsvarer den myndighet som kan utøves av offentlige institusjoner.

- (68) Private barnevernsinstitusjoner kan treffe vedtak om eksempelvis kroppsvisitasjon, ransaking av rom og eiendeler, anvendelse av nødvendig tvang som mindre fysisk fastholding, besøksnekt, begrensninger i beboerens bevegelsesfrihet og urinprøvetaking. Myndigheten som tilligger private barnevernsinstitusjoner angående tvangsbruk kan ikke anses som utøvelse av hjelpefunksjoner. Institusjonene kan utøve tvang som på flere områder korresponderer med beføyelser som i utgangspunktet er tillagt politiet. Beslutningene som fattes er ikke av forberedende karakter, men treffes på bakgrunn av en selvstendig vurdering, for de fleste tilfeller i henhold til forvaltningslovens regler om enkeltvedtak.

- (69) Når det gjelder de mest inngripende tvangshjemlene, isolasjon og tvangsmedisinering, er adgangen til å utøve disse beføyelsene hjemlet i alminnelige nødretts- og nødvergebetraktninger. I prinsippet er dette derfor beføyelser som enhver kan utøve, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-114/97. Det er imidlertid grunn til å fremheve at karakteren av disse beføyelsene kvalitativt er av en helt annen grad enn det som var

spørsmålet i denne saken. Isolasjon og tvangsmedisinering kan klarligvis ikke kategoriseres som *"Blot at bidrage til, at den offentlige sikkerhed opretholdes"*.

- (70) Tvangshjemlene som er gjennomgått ovenfor gir institusjonene vidtrekkende beføyelser til både å beslutte tvang, og til å utøve tvang. Det er ikke tale om myndighet av forberedende eller veiledende karakter, og beføyelsene utøves overfor mindreårige. Beføyelsene korresponderer på flere områder med beføyelser som i utgangspunktet er tillagt politiet – innenfor dette området tilsvarer beføyelsene den myndighet som kan utøves av offentlige institusjoner. Selv om det er ulik grad av tvang som kan utøves for de ulike hjemmelsgrunnlagene, gir rettighetsforskriften kapittel 3, som gjelder for alle plasseringer, relativt vide hjemler for tvangsutøvelse. Tvangsbeføyelsene som er tillagt institusjonene er en del av institusjonens samlede omsorgsansvar overfor beboerne, og kan klarligvis ikke skilles ut som en egen oppgave.
- (71) Et annet forhold som er grunn til å nevne er at institusjonsplassering innebærer at den daglige omsorgen for barnet overtas av institusjonen. Det kan reises spørsmål ved hvorvidt dette må anses som en ekstraordinær rettslig beføyelse, som i seg selv er kvalitativt tilstrekkelig til at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse kommer til anvendelse. Klagenemnda finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet, ettersom de beføyelser institusjonene har til å utøve tvang i seg selv må anses tilstrekkelig for å konkludere med at avtaler om institusjonsplassering som er foretatt med hjemmel i barnevernloven § 4-12, jf. § 4-14, § 4-24 og § 4-26, er omfattet av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse.
- (72) Når det gjelder plassering i medhold av barnevernloven § 4-4, som gjelder hjelpetiltak, er det noe mer tvilsomt om en slik plassering oppfyller de strenge kvalitative kravene for å konstatere at det foreligger offentlig myndighetsutøvelse. Slik klagenemnda oppfatter denne bestemmelsen, vil barnet når som helst kunne trekke tilbake samtykket om institusjonsplassering. Saksforholdet for kjøp nr. 7 illustrerer imidlertid at også slike hjelpetiltak kan ha en særlig karakter, og det er nærliggende å anta at også ved slike plasseringer vil hjemmelen for plassering kunne bli endret. Det kan derfor reises spørsmål ved hvorvidt myndighetsbeføyelsene som institusjonene er tillagt må innebære at all institusjonsplassering av barn er omfattet av unntaket. Rettighetsforskriften kapittel 3 gjelder som nevnt også for alle plasseringer. For foreliggende sak er det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette spørsmålet.
- (73) Som det følger av drøftelsen ovenfor, innebærer oppgavene private barnevernsinstitusjoner utøver, i hvert fall delvis oppgaver som er omfattet av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse. Dette innebærer at disse avtalene ikke er omfattet av EØS-avtalens regulering om etableringsrett og fri bevegelse av tjenesteytelser, og dermed heller ikke av direktiv 2004/18.

Betydningen av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i relasjon til forskrift om offentlige anskaffelser.

- (74) Det neste spørsmålet klagenemnda må ta stilling til er hvilken betydning det har i relasjon til forskrift om offentlige anskaffelser at direktivet 2004/18 ikke gjelder for aktivitet omfattet av EØS-avtalen artikkel 32, jf. artikkel 39. Det er så vidt klagenemnda kjenner til ingen rettskilder som uttrykkelig tar stilling til spørsmålet.
- (75) Når det gjelder kunngjøringsplikten for uprioriterte tjenester, og den nasjonale terskelverdien som innebærer kunngjøringsplikt for kontrakter som overstiger kr 500 000, er det klart at forskriften har et videre virkeområde enn Norge er forpliktet til i henhold til direktiv 2004/18. Spørsmålet i foreliggende sak er imidlertid ikke en

problemstilling som er begrenset til uprioriterte tjenester, og kunngjøringsplikten for uprioriterte tjenester har derfor begrenset betydning.

- (76) Artikkel 1 nr 2 a) lyder som følger:

"Ved "offentlige kontrakter" forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv."

- (77) Forskriften § 1-3 (1), jf § 4-1, om hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften, er i hovedsak likelydende med artikkel 1 nr. 2 a) i direktiv 2004/18. Bestemmelsene inneholder imidlertid ikke en tilsvarende reservasjon som fremgår av artikkel 1 nr. 2 a); *"der er omfattet af dette direktiv."*

- (78) I kommentaren i NOU 1997:21 til forskrift om offentlige anskaffelser fra 2001 om bestemmelsen som var foreslått inntatt som § 4-1, fremgikk det utrykkelig at definisjonene av omfattede kontrakter *"bygger på direktivenes definisjoner av hhv kontrakter om offentlige varekjøp, tjenestekjøp og bygge- og anleggsarbeider, og innebærer ingen endringer i forhold til EØS-forskriftene."* Direktivene som ble regulert i forskrift om offentlige anskaffelser fra 2001 inneholdt imidlertid heller ikke den reservasjon som fremgår av artikkel 1 nr. 2 a); *"der er omfattet af dette direktiv."* Uttalelsen i NOU 1997:21 kan imidlertid være nærliggende å forstå på den måten at det ikke var meningen å utvide anvendelsesområdet for forskriften del II og III for kontrakter som ikke var omfattet av direktivet. Forarbeidene lest i sammenheng kan tas til inntekt for denne forståelsen. Mens loven var forutsatt å ha et videre anvendelsesområde enn Norges folkerettslige forpliktelser for hvilke kontrakter som er omfattet, er det ingen uttalelser som taler for en slik forståelse når det gjelder forskriften. En slik fortolking har også støtte i klagenemndas avgjørelse i sak 2003/250 for spørsmålet om tjenestekonsesjoner er omfattet av forskriften. Som denne saken viser kan også slike avtaler ha enkelte særpreg som gjør at det kan reises spørsmål ved hvorvidt forskriftens regulering er hensiktsmessig når det gjelder kjøp av slike tjenester.

- (79) I praksis er det imidlertid antatt at også slike anskaffelser kan være kunngjøringspliktige. Dette kan imidlertid skyldes at betydningen av unntaket er oversett, noe som gjør at det er begrenset grunn til å ilegge denne oppfatningen betydning.

- (80) Begrunnelsen for unntaket for offentlig myndighetsutøvelse er imidlertid at EU-regelverket om etableringsrett og fri bevegelighet av tjenesteytelse ikke skal innvirke på nasjonalstatens rett til å utøve og regulere kjernen i nasjonalstatens myndighetsutøvelse. I forskriften er det ikke gjort uttrykkelig unntak for slike tilfeller. Også avtaler som innebærer at den offentlige oppdragsgivers medkontrahent skal utøve offentlig myndighet kan etter omstendighetene isolert sett tilfredsstillende definisjonen av kontrakter i forskriften § 1-3 (1), jf § 4-1.

- (81) Ut fra det foreliggende rettskildebilde er det altså 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), jf § 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 kunne være omfattet av kunngjøringsplikten i forskriften §§ 9-1 og 18-1 i forskriften del II og III.

Hvorvidt avtaler om institusjonsplassering av barn er kunngjøringspliktige

- (82) Som det nevnt er formålet med barnevernloven § 1-1 *“å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid”* og *“å bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår.”* Til sammenligning lyder formålsparagrafen i lov om offentlige anskaffelser § 1 som følger:

“Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.”

- (83) Barnevernloven gir videre en rekke regler av betydning for hvorvidt, og på hvilken institusjon et barn skal plasseres i. I henhold til barnevernloven § 4-1 *“skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til det beste for barnet. Herunder skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.”* Barnevernloven inneholder også en egen bestemmelse, § 4-15 som gjelder valg av plasseringssted ved omsorgsovertakelse. Til sammenligning skal valg av tilbud i henhold til forskriften § 13-2 *“skje enten på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen.”* Selv om forskriften § 13-2 åpner for å ta andre hensyn enn de rent økonomiske, er det et spenningsforhold mellom de grunnleggende hensynene i de ulike regelverkene.

Kunngjøringsplikten for rammeavtaler om institusjonsplassering

- (84) Ettersom forskriftens regler om kunngjøringsplikt i prinsippet vil kunne omfatte avtaler hvor den offentlige oppdragsgivers medkontrahent skal utføre offentlig myndighetsutøvelse, innebærer dette at den norske lovgiver har gått lengre enn det som er påkrevet i henhold til Norges folkerettslige forpliktelser. Det fremgår av loven § 5, jf. forskriften § 3-1 (1) at enhver offentlig anskaffelse så langt som mulig skal være basert på konkurranse. I dette ligger ingen formell begrensning til anvendelsesområdet for de direktiver som loven og forskriften gjennomfører.
- (85) I praksis innebærer dette at offentlige oppdragsgivere vil måtte følge forskriftens bestemmelser når det for eksempel inngås rammeavtaler om institusjonsplassering av barn. En rammeavtale fastsetter generelle vilkår for senere avrop, og oppfyller forskriftens vilkår for at forskriften kommer til anvendelse. Ved anvendelsen av forskriftens regler må det likevel tas høyde for de helt spesielle særtrekk ved avtaler om institusjonsplassering. For eksempel må det uten videre være klart at det er anledning til å vektlegge kompetanse og erfaring for tilbydernes personell. For rammeavtaler med flere leverandører må også tildeling ut fra hensynet til det konkrete barnets beste, være et lovlig vilkår for tildeling av avtaler i medhold av forskriften § 6-3 (1). Videre vil et krav om at tjenesten skal leveres i Norge være en innlysende forutsetning for rammeavtalen. Ut fra foreliggende behov kan det være praktisk å inngå rammeavtaler med flere eller alle godkjente private barnevernsinstitusjoner i Norge.

Kunngjøringsplikten for avtaler om institusjonsplassering for enkeltbarn

- (86) Som det fremgår ovenfor vil lovreglene om institusjonsplassering i betydelig grad kunne ivaretas ved inngåelsen av rammeavtaler. Dette løser imidlertid ikke spørsmålet om kunngjøringsplikt for kjøpene 7, 8, 9 og 10, som er avtaler om institusjonsplassering for enkeltbarn. Spørsmålet er hvorvidt en slik avtale anses som en *“kontrakt”* i relasjon til forskriften § 4-1 bokstav a.

- (87) I henhold til forskriften § 4-1 bokstav a er en kontrakt definert som en *“gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører.”* I den engelske versjonen av artikkel 1 nr 2 a) i direktiv 2004/18 er kontraktsbegrepet definert som *“contracts for pecuniary interest”*. På dette punktet er det ingen forskjell når det gjelder innholdet i bestemmelsen i forskriften sammenlignet med direktivet. Innholdet i begrepet *“pecuniary interest”* er behandlet i flere avgjørelser fra EU-domstolen. Avgjørelsen i sak C-451/08 gjaldt forståelsen av kontraktsbegrepet, riktignok i relasjon til definisjonen av *“bygge- og anleggskontrakt”*. EU-domstolen uttalte:
- “48 Kontraktens gensidigt bebyrdende karakter indebærer, at den ordregivende myndighed, som har indgået en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til kontrakten, modtager en ydelse mod et vederlag. Ydelsen består i udførelsen af det arbejde, som den ordregivende myndighed ønsker at opnå (jf. dom af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 77, og af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 45).*
- 49 En sådan ydelse skal efter sin natur og i henhold til opbygningen og formålet med direktiv 2004/18 bibringe den ordregivende myndighed en økonomisk fordel.”*
- (88) I medhold av avgjørelsen i sak C-451/08 kan det konstateres at kontraktsbegrepet både inneholder et gjensidighetselement, og et krav om at tjenesten må gi den offentlige myndighet en økonomisk fordel. Det er imidlertid klart at vilkåret om økonomisk fordel favner vidt, slik at det normalt kan legges til grunn at en ytelse gir den offentlige oppdragsgiver en økonomisk fordel dersom oppdragsgiver har valgt å betale for den.
- (89) 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.
- (90) Avtaler om institusjonsplassering av barn har en helt spesiell karakter. Av barnevernloven § 4-1 følger at det ved valg av institusjonsplass skal *“legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til det beste for barnet. Herunder skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.”* Tilsvarende følger av barnekonvensjonen artikkel 3 (1). Innenfor denne rammen er det en rekke ulike faktorer som vil kunne være relevant ved valg av institusjonsplass, herunder barnets egen mening. Innklagedes redegjørelse om saksforholdene for de påklagde avtalene illustrerer enkelte av disse faktorene. Barnevernloven inneholder også en egen bestemmelse, § 4-15, som gjelder valg av plasseringssted ved omsorgsovertakelse.
- (91) En avtale om institusjonsplassering hvor hjemmelsgrunnlaget er barnevernloven § 4-12 jf. § 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 institusjonene også gitt hjemmel for utøvelse av tvang ovenfor barna.
- (92) Disse helt spesielle særtrekk ved tjenesteytelsen innebærer at i relasjon til valg av institusjon, er det økonomiske aspektet helt underordnet. Tjenesten som leveres er ikke av en annen karakter enn for eksempel en avtale om plassering i fosterhjem, som vanskelig kan kategoriseres som en avtale av *“pecuniary interest”*. Det forhold at det er private tilbydere av tjenesten er ikke i seg selv avgjørende. Det er fortrinnsvis den offentlige oppdragsgivers økonomiske interesse som skal vurderes for å avgjøre hvorvidt avtalen er av *“pecuniary interest”*.

- (93) Som innklagede fremhever kan det også fremføres betydelige motforestillinger mot å kunngjøre en institusjonsplass for et enkelt barn. Dette gjelder både med hensyn til beskyttelse av taushetsbelagte opplysninger, og utfordringer knyttet til å ivareta det grunnleggende kravet om å legge avgjørende vekt på hensynet til barnets beste.
- (94) En avtale om institusjonsplassering for et enkelt barn i medhold av barnevernloven § 4-12 jf. § 4-14, kan på denne bakgrunn ikke anses som en avtale av "*pecuniary interest*". Tilsvarende betraktninger er like gyldige for avtaler hvor et annet hjemmelsgrunnlag i barnevernloven gir grunnlag for institusjonsplasseringen av barnet, og etter klagenemndas oppfatning kan heller ikke avtaler om slike institusjonsplasseringer anses som en "*kontrakt*" i relasjon til forskriften § 4-1 bokstav a. Forskrift om offentlige anskaffelser §§ 9-1 og 18-1 kommer derfor ikke til anvendelse. Klagers anførsel om at kjøp nr. 7, 8, 9 og 10 utgjør ulovlige direkte anskaffelser fører derfor ikke frem.

Kjøp fra ideelle organisasjoner

- (95) Kjøp nr 1, 2, 3, 4, 5 og 6 gjelder kjøp fra ideelle organisasjoner.
- (96) Det følger av forskriften § 2-1 (3) at "*For kontrakter om utførelse av helse- og sosialtjenester med en ideell organisasjon er oppdragsgiver ikke forpliktet til å følge reglene i forskriften del II eller III.*"
- (97) Reglene om kunngjøringsplikt fremgår av forskriften del II og del III, jf. forskriften § 9-1 og 18-1. Kjøp av institusjonsplasser innen barnevern er å anse som utførelse av "*helse- og sosialtjenester*". Kontrakt 1, 2, 3, 4, 5 og 6 er inngått med ideelle organisasjoner og er derfor unntatt kunngjøringsplikten i medhold av forskriften § 2-1 (3). Klagers anførsler fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Barne- ungdoms- og familieetaten Region øst har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser

13. juli 2011

Andreas Wahl