



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager anførte at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe heldøgns bolig- og omsorgstjenester til tre personer, uten å kunngjøre anskaffelsen først. Klagenemnda vurderte om anskaffelsen var omfattet av regelverket og om den i så fall kunne unntas etter unntaket om eneleverandør, men hadde ikke grunnlag til å konkludere endelig på disse spørsmålene. Skyldkravet var uansett ikke oppfylt og overtredelsesgebyr ble da ikke ilagt.

Klagenemndas avgjørelse 3. mars 2014 i sak 2014/5.

Klager: Jan Hausken
Innklaget: Frogn kommune
Klagenemndas medlemmer: Georg Fredrik Rieber-Mohn, Andreas Wahl og Jakob Wahl
Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) Frogn kommune (heretter innklagede) har inngått to avtaler med Prosjekt Felles Framtid AS. Selskapet er privateid og driver bo- og omsorgstiltak for barn, ungdommer og voksne med fysisk og psykisk utviklingshemming, samt psykiske og somatiske lidelser. Begge kontraktene gjaldt bo- og omsorgstiltak for to bestemte personer.
- (2) Innklagede har forklart at den ene personen, person A, er psykisk utviklingshemmet med store utfordringer til omgivelsene. Han har konstant behov for tilrettelegging for å kunne utføre vanlige daglige gjøremål. Han har også behov for tilgjengelig personell hele døgnet, og er avhengig av dem for å føle trygghet. Vedkommende bodde i en omsorgsbolig med fire leiligheter, men satte fyr på boligen sin i januar 2000. Boligen ble skadet og ubeboelig. Han bodde deretter en tid på et sykehjem, men flyttet til en bolig drevet av Prosjekt Felles Framtid AS i juni 2000. Kontrakten for person A ble inngått 3. juni 2000 og gjaldt i to år.
- (3) Den andre personen, person B, er autist og psykisk utviklingshemmet, med kraftig utagerende atferd. Han må ha to personer hos seg kontinuerlig og trenger hjelp til alle dagliglivets gjøremål. Siden juni 2010 har det foreligget vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 om bruk av tvang og makt overfor enkeltpersoner med psykisk utviklingshemming. B bodde hjemme inntil 2005, da faren ble syk og moren ikke lenger kunne håndtere situasjonen. Bs utagering førte til at situasjonen i hjemmet ble vurdert som uforsvarlig, og han fikk bolig i regi av Prosjekt Felles Framtid AS i mars 2005. Kontrakten for B var udatert, men gjaldt fra 29. mars 2005 til 31. desember 2006.

- (4) Kontraktene for A og B ble, etter utløpet av den første gyldighetstiden, forlenget årlig, blant annet med skriftlige avtaler datert 5. februar 2010, som gjaldt for hele 2010. I 2010 betalte innklagede til sammen kr. 6 149 318,- for disse to personene.
- (5) Innklagede inngikk også skriftlige kontrakter med Bolig og Omsorgs Instituttet AS 27. februar 2006 og 8. mars 2006. Kontraktene gjaldt kjøp av omsorgstjenester for personene C og D, under deres opphold i leverandørens omsorgsboliger. Ifølge disse kontraktene var boligene "*faglig bemannet på heldøgns basis*". Videre skulle bemanningen "*være støttespillere i forhold til så vel tilpassede meningsfulle aktiviteter [...] som botrening generelt*". Dette kjøpet var etter det opplyste hjemlet i sosial- og helsedepartementets rundskriv I-29/97 kapittel 1.1. Kontraksperioden var angitt fra signeringsdato. Kontrakten for C ble avsluttet i 2007 som følge av at C meldte flytting til en annen kommune.
- (6) Person D, som det ble kjøpt tjenester til fra Bolig og Omsorgs Instituttet AS, har hatt et langvarig rusproblem og store psykiske problemer, blant annet har han diagnosen paranoid schizofreni. Han har også hatt befatning med spesialisthelsetjenesten, både frivillig og gjennom tvang. Før 2006 bodde D i kommunal bolig og mottok hjemmetjenester fra hjemmesykepleien. Primo 2006 forverret hans tilstand seg betraktelig. Han skapte etter det opplyste frykt blant andre beboere og naboer til den kommunale boligen. Pårørende var bekymret, og spesialisthelsetjenesten anbefalte heldøgnsstilbud. Innklagede inngikk derfor kontrakt med Bolig og Omsorgs Instituttet AS for D fra og med 2006. I 2010 betalte innklagede kr. 1 739 225,- for denne tjenesten.
- (7) Kontraktsforholdet for D ble avsluttet i 2012 ved at innklagede etablerte et eget omsorgshus med heldøgnsstilbud for denne brukergruppen, hvor D så flyttet inn.
- (8) Distriktsrevisjonen i Frogn og Follo kommuner gjennomførte i 2012 en forvaltningsrevisjon for anskaffelser innklagede foretok i 2010. I revisjonsrapporten av 16. januar 2012 stod det i sammendraget på side 6:

"Follo distriktsrevisjon har etter bestilling fra kontrollutvalget [hos innklagede] gjennomført en forvaltningsrevisjon av anskaffelser foretatt av [innklagede] i 2010. [...]"

De foretatte undersøkelser viser at det ikke er gjennomført konkurranse i forbindelse med kjøp fra flere av [innklagedes] leverandører. Det er også gjennomført kjøp for betydelige summer fra rammeavtaler som er utløpt. For enkelte av kjøpene uten konkurranse er det fra [innklagedes] side henvist til at leverandøren er den eneste i markedet eller at det er personlige og helsemessige årsaker til at leverandøren er valgt.

Revisjonen ser det som positivt at det er innført en ny arkivrutine for dokumentasjon i forbindelse med anskaffelser over kr 100 000. Dette medvirker til at kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet kan ivaretas."

- (9) I kapittelet om etterlevelse av anskaffelsesregelverket, påpekte rapporten at en rekke utvalgte anskaffelser fra private leverandører, var gjort etter utløpte rammeavtaler eller heller ikke var konkurranseutsatt på annen måte. Videre stod det:

"7.2.2.2 Kjøp gjort uten konkurranse

Omsorgstilbud

[Innklagede] har kjøpt omsorgstilbud for 2 personer fra privat selskap. Det er ikke gjennomført konkurranse i dette tilfellet. Det er opplyst at det ikke er gjennomført konkurranse med bakgrunn i personlige og helsemessige hensyn for brukerne.

[...]

Eneleverandør

[...]

Hjemmetjenesten:

Hjemmetjenesten har kjøpt tjenester fra to selskaper for i alt 1,7 mill kroner. Det er opplyst at dette er løpende avtaler som ble inngått før forskriften om offentlige anskaffelser trådte i kraft. Det er videre opplyst at avtalene skal sies opp når kommunen har funnet en annen løsning på disse plassene. Det er ikke skrevet protokoll for disse kjøpene."

- (10) Jan Hausken (heretter klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 30. januar 2012. Ved klagenemndas brev av 2. februar 2012 ble klagen oversendt innklagede, og innklagede ble informert om at klagen inneholdt påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og at brevet var fristavbrytende. Klagenemnda avholdt møte i saken 24. februar 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Innklagede har brutt regelverket ved å foreta ulovlige direkte anskaffelser til sammen verdt flere millioner kroner. Det ble ikke gjennomført konkurranse før innklagedes anskaffelse av omsorgstilbud til disse fire personene. Alt har skjedd uten kunngjøring og protokollføring. Ingen av unntakene fra kunngjøringsplikten kommer til anvendelse. Innklagede bør ilegges overtredelsesgebyr.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede erkjenner at protokoll ikke ble ført ved de nevnte anskaffelsene. Innklagede kan ikke utelukke at det fantes andre leverandører som kunne ha levert de aktuelle tjenestene til brukerne i denne saken, men kjente selv ikke til noen. Likevel bestrider innklagede at det er foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (13) Omsorgstilbudet som innklagede anskaffet for personene A og B fra Prosjekt Felles Framtid AS, ble ikke konkurranseutsatt ved de opprinnelige kontraktssinngåelsene på grunn av personlige og helsemessige hensyn hos de to brukerne. Det var ikke anledning til å utsette anskaffelsen den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse, og senere var det bare én leverandør som kunne levere til disse to personene.
- (14) Person A satte fyr på sin bolig og måtte flyttes til et sykehjem i 2000. Sykehjemmet var et uegnet botilbud for ham, siden han ikke kunne identifisere seg med de eldre beboerne. Grunnet sin utagerende atferd, skapte han uro og frykt der. Det ble vurdert som svært uheldig å finne ny plass til ham sammen med de tre beboerne som bodde i huset han tente på, siden disse nå visste at brannen var startet av ham. Også disse fryktet person A. På

grunn av denne akuttsituasjonen måtte innklagede kjøpe botilbud til person A fra Prosjekt Felles Framtid AS.

- (15) Innklagede kjøpte en totalpakke fra Prosjekt Felles Framtid AS for A. Dette innebærer leilighet, døgkontinuerlig miljøarbeidertjeneste, samt dagtilbud med arbeid, fritid og ferie. Han bor i et fellesskap med andre som han klarer å identifisere seg med. Et leverandørbytte med flytteprosess vil oppleves traumatiserende for ham, og medføre psykisk ustabilitet og negativ sykdomsutvikling. Både A og hans verge har uttrykt et sterkt ønske om å beholde nåværende bo- og omsorgstilbud.
- (16) Person B bodde etter foreldrenes ønske hjemme inntil mars 2005. Foreldrene klarte frem til da å håndtere utfordringene med hans atferd. Imidlertid ble hans far syk, og B fikk da en voldsom utagering mot moren og søsken – i mye større omfang enn tidligere. Av hensyn til hans families trygghet og sikkerhet, ble det vurdert som et akutt behov å finne et alternativ botilbud til B. Botilbudet ble levert av Prosjekt Felles Framtid AS.
- (17) Også for B kjøpte innklagede en totalpakke med bolig, dagtilbud (arbeid) og personell. Siden 2005 har personellet fått systematisk opplæring og veiledning vedrørende B, og de besitter en unik kompetanse i hans problematikk. Å bytte leverandør vil medføre store endringer i livet til B, herunder flytting til ny bolig, trolig nytt sted, nytt arbeid og nytt personell. Hans autisme og atferd krever streng struktur, og endringer vil gi store negative konsekvenser for ham. B er svært var for forandringer og reagerer med utagerende atferd på dem.
- (18) Da kontrakten vedrørende A ble inngått i 2000, var ikke innklagede klar over at anbud måtte innhentes på helse- og omsorgstjenester. Det var få leverandører, og innklagede var kun kjent med Prosjekt Felles Framtid AS. For B i 2005 ble Follo Omsorgsbolig på Ski, Prosjekt Felles Framtid AS og utførelse i egenregi vurdert. Av disse var det bare valgte leverandør som hadde tilstrekkelig kapasitet og kompetanse til å ta imot B på så kort varsel.
- (19) Anskaffelse av slike omsorgstilbud kan ikke anses omfattet av regelverket, jf. klagenemndas saker 2010/105, 2010/364 og 2011/75. Under enhver omstendighet er kontraktene fra 2000 og 2005 foreldet. Det var heller ikke tid til å utsette den opprinnelige plasseringen av A og B den tiden det ville tatt å gjennomføre en konkurranse i 2000 og 2005, jf. forskriften § 2-1 (2) bokstav c. Ved forlengelsen av disse kontraktene i 2010, hadde A og B bodd hos valgte leverandør i ti og fem år. Da var det faglig uforsvarlig å flytte brukerne til en annen leverandør, grunnet deres tilknytning til "sine" boliger, ansatte, dagtilbud og fritidstilbud. Brukernes behov for kontinuitet og stabilitet må være avgjørende, og bare Prosjekt Felles Framtid AS kan levere den tjenesten innklagede nå behøver, jf. § 2-1 (2) bokstav a.
- (20) Kontrakten med Bolig og Omsorgs Instituttet AS for C ble avsluttet i 2007 og er foreldet.
- (21) Også den opprinnelige anskaffelsen fra Bolig og Omsorgs Instituttet AS for D, er foreldet. Subsidiært viser innklagede til at hans tilstand forverret seg betraktelig primo 2006, og det ble anbefalt heldøgntilbud til ham. Innklagede hadde imidlertid ikke noe slikt tilbud for denne brukergruppen og det ble et akutt behov for å kjøpe plass til vedkommende fra en ekstern leverandør. D ble oppfattet som vanskelig å arbeide med fordi han ofte var i en slik forfatning at han ikke forstod hva som ble tilbudt. Da brukeren omsider sa seg

villig til et opplegg innklagede skisserte, måtte det handles raskt og uten opphold. Inngåelsen av kontrakten omfattes derfor av unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav c.

- (22) Kontraktsforholdet mellom innklagede og Bolig og Omsorgs Instituttet AS om D, ble avsluttet i 2012 ved at innklagede etablerte et eget omsorgshus til denne brukergruppen, hvor D så flyttet inn. Dette skulle egentlig ha skjedd allerede i 2010, men ble utsatt av byggetekniske og politiske grunner. På denne tiden hadde D allerede bodd fire år hos Bolig og Omsorgs Instituttet AS, og det ble ansett svært uheldig å flytte ham til ny leverandør i 2010. D hadde funnet seg vel til rette, følte trygghet i sin tilværelse og hadde god fremgang. Slike brukeres største utfordringer er brudd i relasjoner. Flytting til ny leverandør i påvente av innklagedes ferdigstilling av eget omsorgshus, ville medført to flyttinger og trolig meget uheldige konsekvenser for brukerens fremgang. Av disse personlige og helsemessige grunnene, ble midlertidig flytting til ny leverandør i 2010 vurdert som uaktuelt.
- (23) Revisjonsrapporten fra 2012 inneholder en feil idet den opplyser om at det ble foretatt to kjøp fra Bolig og Omsorgs Instituttet AS i 2010. Det ble kun kjøpt for person D for til sammen kr. 1 739 225,-.
- (24) Subsidiært anfører innklagede at klagenemnda bør avstå fra å ilegge gebyr for disse anskaffelsene, av de samme grunner som er anført foran for at regelverket ikke kan anvendes. Under enhver omstendighet må hensynet til de tre brukerne og innklagedes ansvar for dem, veie tungt i formildende retning hvis overtredelsesgebyr skal utmåles.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt anskaffelser uten forutgående kunngjøring i tråd med anskaffelsesregelverket, og om det skal ilegges gebyr for dette.

Klagenemndas myndighet til å behandle spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse

- (26) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (27) Den 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett, og innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene. De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere.
- (28) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012.
- (29) Etter loven § 7b (3) bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. I foreliggende sak ble klagen med påstand om ulovlig direkte

anskaffelse oversendt innklagede ved klagenemndas brev 2. februar 2012. Klagen må derfor anses å være rettidig for alle anskaffelser foretatt etter 2. februar 2010.

- (30) Vedlagt klagen var noen presseoppslag om innklagedes anskaffelser i 2010, og en forvaltningsrapport om innklagedes kjøp det året. Slik klagenemnda forstår klagen, er den begrenset til kun å gjelde de kjøpene som ble foretatt i 2010.
- (31) Klagenemnda tar således ikke stilling til de opprinnelige inngåelsene av kontraktene i 2000, 2005 og 2006. De er uansett foreldet. Innklagedes kontrakt med Bolig og Omsorgs Instituttet AS om C ble avsluttet i 2007, og denne er også foreldet. Nemnda behandler derfor kun de tre kontraktsinngåelsene i 2010 for personene A, B og D.
- (32) Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (33) Klager har imidlertid anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å føre protokoll for anskaffelsene. Etter forskriften § 3-2 har oppdragsgiver plikt til å føre anskaffelsesprotokoll for alle anskaffelser som antas å overstige kr. 100 000,-. For slike anskaffelser skal oppdragsgiver også kreve at norske leverandører fremlegger skatteattester for betalt merverdiavgift og skatt, samt HMS-erklæring, jf. forskriften § 3-3 og § 3-4. Disse bestemmelsene er i forskriften del I, som gjelder uavhengig av anskaffelsens verdi.
- (34) Klagers anførsel om manglende protokollføring gjelder ikke ulovlige direkte anskaffelser, men andre brudd på regelverket. For slike anførsler, er det et krav at klager har saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 6. I den foreliggende saken er klager en privatperson, og bakgrunnen for hans klage er etter det nemnda forstår andre grunner enn et ønske om selv å være leverandør for innklagede. Klager kan derfor ikke anses å ha saklig klageinteresse vedrørende anførsler om manglende protokollføring. For øvrig har klager heller ikke betalt klagegebyr. Klagenemnda behandler derfor ikke anførselen om protokollføring.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse av bolig- og omsorgstjenester

- (35) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse "*som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven*", jf. § 7b (1) slik den lød før 1. juli 2012.
- (36) Innklagede inngikk kontrakter med Prosjekt Felles Framtid AS og Bolig og Omsorgs Instituttet AS om levering av bolig- og omsorgstjenester, herunder dagtilbud og fritidsaktiviteter, med dertil hørende personell. Dette er en uprioritert tjeneste etter forskriften vedlegg 6, kategori 25, jf. også nedenfor. Kunngjøringsplikten følger da av forskriften del II, § 9-1, jf. § 2-1 (5), dersom kontraktsverdien overstiger kr. 500 000,-.
- (37) For de to kontraktene med Prosjekt Felles Framtid AS i 2010, om personene A og B, betalte innklagede kr. 6 149 318,-. For kontrakten vedrørende D med Bolig og Omsorgs Instituttet AS betalte innklagede kr. 1 739 225,-. Til sammen har innklagede altså betalt kr. 7 888 543,- i 2010.
- (38) Nemnda har ikke fått seg forelagt opplysninger om innklagedes vurdering av kontraktsverdien. I mangel av holdepunkter for hva innklagede vurderte som et forsvarlig

anslag, legger klagenemnda til grunn det beløpet innklagede faktisk betalte, jf. forskriften § 2-3 (1) og (9). Kontraksverdiene er over terskelverdien, uavhengig av om kontraktene vurderes hver for seg eller samlet.

- (39) Innklagede har anført at kjøpene i denne saken ikke omfattes av anskaffelsesregelverket og dermed heller ikke av kunngjøringsplikten.
- (40) Nemnda bemerker først at de aktuelle tjenestene kan klassifiseres som uprioriterte tjenester i tjenestekategori nr. 25, helse- og sosialtjenester, jf. CPV-kode 85311000-2 "*social work services with accommodation*" og CPV-kode 85311200-4 "*welfare services for the handicapped*".
- (41) Forskriften § 1-3 regulerer hvilke kontrakter som omfattes av forskriften. I § 1-3 (1) slås det fast at forskriften "*får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av [...] tjenester*". Forskriften § 4-1 bokstav a definerer kontrakt på følgende måte:

"kontrakt: gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører."

- (42) I den engelske versjonen av artikkel 1 nr. 2 a) i direktiv 2004/18 (klassisk sektor) er kontraktbegrepet definert som "*contracts for pecuniary interest*". Det er ikke innholdsforskjell mellom forskriftsbestemmelsen og direktivet på dette punktet. EU-domstolen har flere ganger vurdert innholdet i begrepet "*pecuniary interest*", jf. blant annet C-451/08, hvor det ble presisert at kontraktbegrepet inneholder et gjensidighetselement og et krav om at tjenesten må gi den offentlige myndighet en økonomisk fordel, se premissene (48) og (49). Vilkåret om økonomisk fordel må tolkes vidt. Når oppdragsgiver har valgt å betale for en ytelse, som i foreliggende sak, kan det i utgangspunktet legges til grunn at vilkåret er oppfylt.
- (43) I sak 2010/269, som gjaldt kjøp av avlastningstjenester (omsorgslønn, dagtilbud og avlastningstilbud) etter enkeltvedtak i henhold til den tidligere sosialtjenesteloven, inngikk innklagede avtaler med ulike institusjoner for hver enkelt bruker, avhengig av dennes behov og markedets kapasitet. Nemnda la i saken til grunn at slik anskaffelse ble omfattet av regelverket som uprioritert tjeneste i kategori 25, jf. premiss (41).
- (44) I klagenemndas sak 2010/364, som innklagede har vist til, gjennomgikk nemnda problemstillinger knyttet til barneverntjenester, og fant at det måtte sondres mellom tildeling av kunngjøringspliktige rammeavtaler til private institusjoner og plasseringsvedtak i enkeltsaker. Nemnda fant at enkeltkjøp av institusjonsplasser for barn innen barnevern, i motsetning til rammeavtaler om institusjonsplasser, ikke kunne anses som en kontrakt i forskriftens forstand. Enkeltkjøp ble således ansett som en del av et plasseringsvedtak. Resultatet ble fulgt opp i sakene 2011/75 og 2010/105, som begge gjaldt kjøp av tiltakstjenester for barn innen barnevern. Nemnda uttalte i sak 2011/75 premissene (32) og (34):

"Avgjørende for at enkeltkjøp av institusjonsplasser ikke ble ansett som en kontrakt i forskriftens forstand var altså at hensynet til barnets beste er avgjørende ved kjøp av institusjonsplass. At det er hensynet til barnets beste som er avgjørende ved slike kontrakter fremkommer både av FNs barnekonvensjon og barnevernloven.

[...]

FNs barnekonvensjon, som gjennom lov 21. mai 1999 nr. om menneskerettigheter (menneskerettsloven) § 3, er sikret forrang foran annen norsk lovgivning, stadfester at barnets beste skal være grunnleggende ved alle handlinger som berører barn."

- (45) Det var altså det lovfestede hensynet til barnets beste, og den forrangen lovgiver har gitt dette hensynet, som tilsa at barnevernets institusjonsplassering i enkelttilfeller ikke kunne anses som en kontrakt etter anskaffelsesregelverket.
- (46) Klagenemnda ser det slik at den foreliggende saken ligger noe annerledes an. Prosjekt Felles Framtid AS og Bolig og Omsorgs Instituttet AS har ikke et ansvar for brukerne som direkte kan sammenlignes med den konvensjons- og lovhjemlede plikt som barneverntjenesten har til i enhver henseende å ha barnets beste for øye. I denne plikten ligger et klart ansvar for – også utover eventuelle akutfaser med tvangstiltak – å legge forholdene til rette for en god fremtidig utvikling hos barnet. I den foreliggende saken var det sentrale formål å løse akutte problemer med særlig vanskelige og til dels utagerende og voldsomme brukere, som både kunne være rusbelastede og med svære psykiske avvik. Riktignok fremgikk det av dagjeldende sosialtjenestelov § 8-4 at oppdragsgiveres tjenestetilbud så langt som mulig skulle utformes i samarbeid med brukeren, og det skulle legges stor vekt på dennes mening. Men ifølge Ot.prp. nr. 29 (1990-1991) side 166 innebar bestemmelsen i hovedsak kun at det bør *"konfereres med klienten før det fastsettes hva tjenesten skal gå ut på, når den skal utføres og hvem som skal ha oppgaven"*. Dette er noe annet og vesentlig mer begrenset enn det totalansvaret barnevernet har til enhver tid å sørge for barnets beste, jf. FNs barnekonvensjon og barnevernloven. På denne bakgrunn blir også det økonomiske aspektet ved valg av leverandør mer fremtredende når det er tale om tiltak som i den foreliggende saken.
- (47) Innklagede har forklart at for den psykisk utviklingshemmede B, foreligger det vedtak om bruk av *"tvang og makt"* etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (som tilsvarende den dagjeldende sosialtjenesteloven kapittel 4A). Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at avtaler om tjenesteytelser som innebærer offentlig myndighetsutøvelse, i henhold til den EU- og EØS-rettslige klassifiseringen av begrepet, er unntatt fra anvendelsesområdet for direktiv 2004/18, jf. sak 2010/364 premiss (54) flg. En forutsetning for at det foreligger offentlig myndighetsutøvelse er blant annet retten til å utøve tvang, jf. samme sak premissene (58) og (62). Innklagede har imidlertid ikke fremlagt noen skriftlige vedtak eller på annen måte utdypet hva tvangen innebærer i art eller omfang. Det kan derfor ikke anses sannsynliggjort at kjøpet av bolig- og omsorgstjenestene til person B kan unntas fra regelverket fordi de inneholder elementer av offentlig myndighetsutøvelse.
- (48) Under henvisning til at Klagenemnda uansett kommer til at det ikke bør ilegges gebyr, er det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til om kontraktene saken gjelder omfattes av anskaffelsesregelverket.
- (49) Innklagede anfører videre at kjøpene i 2010 kunne foretas uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 2-1 (2) bokstav a. Bestemmelsen hjemler unntak fra kunngjøringsplikten hvor anskaffelsen bare kan *"foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett"*.
- (50) Hensynet bak unntaket er at det er unødvendig å kunngjøre konkurranse når det uansett bare er én mulig leverandør som kan inngi tilbud. Det må foreligge objektive grunner til at kun én leverandør kan levere tjenesten. Det er ikke tilstrekkelig at én leverandør kan utføre ytelsen mer effektivt, jf. nemndas sak 2012/22 premiss (191).

Unntaksbestemmelsen skal tolkes snevert, og det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene for unntaket er oppfylt, jf. sak 2009/53 premiss (59).

- (51) Som grunnlag for at unntaket er anvendelig, har innklagede vist til at det ville kunne få sterkt negative helsemessige konsekvenser for personene A, B og D dersom det måtte foretas et bytte av leverandører.
- (52) Innklagede var i 2010 i en krevende situasjon, hvor et eventuelt leverandørbytte kunne medføre negative helsemessige konsekvenser for A, B og D. Det vises til det innklagede har forklart om at A kan oppleve et bytte av leverandør som traumatiserende ved at det kan gi ham psykisk ustabilitet og negativ sykdomsutvikling. A er oppgitt å ha et stort omsorgsbehov og har også tidligere satt fyr på sin bolig. B har en forhistorie med bekymringsfull utagerende atferd som har avstedkommet frykt blant hans familie og personer han har delt bolig med. Håndtering av ham fremstår som krevende, og det er opplyst at B trenger forutberegnelighet og stabilitet i hverdagen. Videre er det forklart at B er var for forandringer og møter dem med utagerende atferd. Når det gjelder D, forstår klagenemnda det slik at han har hatt rusproblemer, sammen med psykiske problemer og en alvorlig diagnose. Etter fire år hos Bolig og Omsorgs Instituttet AS, viste han imidlertid fremgang. Avtaleforholdet vedrørende person D er også brakt til opphør, ved at han nå er overført til innklagedes eget omsorgshus.
- (53) Under forutsetning av at anskaffelsesregelverket gjelder, kan klagenemnda ikke utelukke at slike forhold, som må anses åpenbart traumatiserende for brukerne, kan gi grunnlag for anvendelse av eneleverandørinntaket. I foreliggende sak har imidlertid ikke innklagede klart dokumentert at slike vurderinger faktisk ble foretatt før kontraktene ble inngått i 2010, og det er vanskelig for nemnda å utelukke at andre alternativer kunne være aktuelle. Klagenemnda finner imidlertid ikke grunn til å ta endelig stilling til dette, siden skyldkravet uansett ikke ansees oppfylt, jf. nedenfor
- (54) For at det skal kunne ilegges overtredelsesgebyr kreves det at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt "*forsettlig eller grovt uaktsomt*", jf. loven § 7b (1). Og etter loven § 7b (1) første setning "*kan*" oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (55) Innklagede kan i foreliggende sak i høyden kritiseres for ikke å ha hatt et tilstrekkelig bevisst forhold til anskaffelsesregelverket – i hvert fall i den forstand at innklagede ikke har dokumentert at eneleverandørinntaket er anvendelig. Å ivareta hensynet til brukerne kan imidlertid være krevende, spesielt i foreliggende sak hvor brukerne har omfattende diagnoser og behov, og er vare for forandringer i sine omgivelser. I tillegg er grensene for hvilke helse- og sosialtjenester som omfattes av kunngjøringsplikten ikke helt avklart, og var det i enda mindre grad i 2010.
- (56) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at skyldkravet ikke er oppfylt for innklagedes del, og at det i dette tilfellet uansett ikke bør ilegges overtredelsesgebyr for de tre anskaffelsene innklagede foretok fra Prosjekt Felles Framtid AS og Bolig og Omsorgs Instituttet AS i 2010. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at vilkårene for å ilegge Frogn kommune overtredelsesgebyr ikke er oppfylt.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

Bergen, 3. mars 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl