



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede hadde inngått en kontrakt om heldøgns omsorgstjenester for en bruker til en verdi på over 500 000 kroner uten å kunngjøre konkurransen, jf. forskriften § 9-1, jf. § 2-1 (5). Det følger av forskriften § 2-1 (3) at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å følge reglene i forskriften del II og III ved kontrakter om tjenester til enkeltbrukere, forutsatt at visse nærmere vilkår er oppfylt. Slik saken var opplyst for klagenemnda, var det ikke mulig for innklagede å gjennomføre en konkurranse uten å gi ut taushetsbelagte opplysninger, og brukeren hadde ikke samtykket til å gi ut slike opplysninger. Vilkårene i forskriften § 2-1 (3) var dermed oppfylt, og klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse førte på denne bakgrunn ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 4. oktober 2016 i sak 2016/58

Klager: Fagerlidalen Miljøterapi AS

Innklaget: Ballangen kommune

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Tone Kleven og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Ballangen kommune (innklagede) inngikk 30. mars 2016 en rammeavtale med Aleris Ungplan & BOI AS (valgte leverandør) for anskaffelse av heldøgns omsorgstjenester for én bruker med en varighet på 4 år.
- (2) Ved gjennomføringen av en tidligere konkurranse om omsorgstjenester til samme bruker i 2011, estimerte innklagede verdien av rammeavtalen til ca. 2 millioner kroner årlig.
- (3) I forkant av inngåelse av rammeavtalen i mars 2016, opplyste rådmann Egil Heitmann i e-post av 8. desember 2015 til Fagerlidalen Miljøterapi AS (klager) at:

"Hei Thomas, Fagerlidalen Miljøterapi as vil som alle andre få mulighet til å delta i konkurransen om oppdraget. På grunn av størrelse på årlig kostnad så må vi gjennom prosess i henhold til lov om offentlige anskaffelser. Når konkurransegrunnlag er ferdigstilt, så vil deres firma få info om utleggsestidspunkt."

- (4) Innklagede har overfor klagenemnda forklart at det ikke ble utarbeidet et slikt konkurransegrunnlag for denne anskaffelsen. Det ble tatt et valg om å videreføre kontrakten med eksisterende leverandør. Ny avtale med valgte leverandør vedrørende heldøgns omsorgstjenester for brukeren ble på denne bakgrunn inngått 30. mars 2016, uten forutgående kunngjøring.
- (5) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 27. april 2016.
- (6) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. oktober 2016.

Postadresse

Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post: post@kofa.no

Nettside: www.kofa.no

Anførsler:***Klager har i det vesentlige anført:***

- (7) Innklagede har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse, ved å inngå kontrakt med valgte leverandør om heldøgns omsorgstjeneste til en bruker uten forutgående konkurranse. I forkant av kontraktsinngåelsen opplyste innklagede klager om at på bakgrunn av anskaffelsens verdi, ville alle interessenter få mulighet til å levere tilbud på oppdraget.
- (8) Det er flere leverandører, inkludert klager, som har minst like god om ikke bedre kjennskap og relasjoner til bruker som personalet til valgte leverandør. Kontrakt med valgte leverandør er det desidert mest kostbare alternativet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (9) Innklagede har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det var adgang til å forlenge eksisterende kontrakt med valgte leverandør.
- (10) Tjenesten kan ikke beskrives godt nok uten å utlevere taushetsbelagt informasjon. Brukeren har mange alvorlige og kompliserte diagnoser, hver enkelt av disse krever spesielle tiltak og innebærer bruk av tvang. Det er nødvendig å opplyse om brukerens diagnoser for å sikre en best mulig tjeneste.
- (11) Det blir vanskelig å kunne beskrive oppdraget uten at bruker blir identifisert. Ballangen kommune er en liten kommune med 2500 innbyggere der alle kjenner alle. For tiden er det bare en bruker som mottar døgnkontinuerlige tjeneste i eget hjem i Ballangen kommune.
- (12) Det foreligger ikke noe samtykke for brukeren om utlevering av taushetsbelagte opplysninger.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Saken gjelder om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre en konkurranse om kontrakten om heldøgns omsorgstjenester for én bruker. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klagen er rettidig. Avtalen gjelder heldøgns omsorgstjenester for én bruker, som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 25. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (14) Klager anfører at innklagede har brutt kunngjøringsplikten i regelverket ved å inngå kontrakten med Aleris Ungplan & BOI AS (valgte leverandør) uten forutgående kunngjort konkurranse. Dette utgjør etter klagers syn en ulovlig direkte anskaffelse.
- (15) Det følger av forskriften § 4-1 bokstav q at en ulovlig direkte anskaffelse er en *"anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen"*. Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på over 500 000 kroner, jf. forskriften § 9-1, jf. § 2-1 (5).

- (16) Innklagede inngikk en kontrakt med valgte leverandør 30. mars 2016 om heldøgns omsorgstjeneste til én bruker med en varighet på 4 år. Ved gjennomføringen av en konkurranse om omsorgstjenester til samme bruker i 2011, estimerte innklagede anskaffelsens verdi til ca. 2 millioner kroner årlig. Ved e-post 8. desember 2015 opplyste innklagede at også for den foreliggende kontrakten ville det *"[p]å grunn av størrelse på årlig kostnad så må vi gjennom prosess i henhold til lov om offentlige anskaffelser. Når konkurransegrunnlag er ferdigstilt, så vil deres firma få info om utleggelsestidspunkt"*. Slik saken er opplyst, skulle det dermed som utgangspunkt vært kunngjort en konkurranse om anskaffelsen.
- (17) Det følger av forskriften § 2-1 (3) bokstav c at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å følge reglene i forskriften del II eller III for kontrakter om tjenester til enkeltbrukere, forutsatt at visse nærmere vilkår er oppfylt. Dersom disse vilkårene er oppfylt, er det kun forskriften del I og loven som kommer til anvendelse, og oppdragsgiver plikter da ikke å kunngjøre kontrakten i tråd med reglene i forskriften del II, jf. kunngjøringsplikten i forskriften § 9-1, jf. § 2-1 (5).
- (18) Bestemmelsen ble innført for å unngå situasjoner hvor oppdragsgiver står ovenfor et valg mellom å bryte enten anskaffelsesregelverket eller taushetspliktsreglene. Bestemmelsen trådte i kraft 1. november 2015, og gjaldt på tidspunktet for kontraktsinngåelsen.
- (19) Forskriften § 2-1 (3) bokstav c kommer til anvendelse dersom *"det ikke er mulig å gjennomføre en forsvarlig konkurranse uten å gi ut taushetsbelagte opplysninger om brukeren"* og *"brukeren ikke samtykker i å gi ut slike opplysninger, eller bare samtykker i å gi ut slike opplysninger til en eller flere bestemte leverandører"*.
- (20) Brukeren har ikke samtykket til å gi ut taushetsbelagte opplysninger. Avgjørende for om § 2-1 (3) bokstav c kommer til anvendelse er dermed om *"det ikke er mulig å gjennomføre en forsvarlig konkurranse uten å gi ut taushetsbelagte opplysninger om brukeren"*.
- (21) Oppdragsgivers begrunnelse for hvorfor det ikke er mulig å gjennomføre en forsvarlig konkurranse, skal fremgå av anskaffelsesprotokollen. Det følger av forarbeidene til bestemmelsen, PRE-2015-10-23-1208, at dette *"vil særlig gjelde anskaffelser av tjenester hvor brukeren har kompliserte diagnoser og kompliserte hjelpebehov, og hvor det vil være en utfordring for oppdragsgiver å beskrive oppdraget uten å gi detaljerte opplysninger om brukeren. Utfordringene vil særlig være store i mindre kommuner der bruker lett kan identifiseres"*.
- (22) Brukeren har mange alvorlige og kompliserte diagnoser, som krever spesielle tiltak og innebærer bruk av tvang. Innklagede anså det nødvendig å beskrive disse diagnosene for å sikre en best mulig tjeneste for brukeren. I tillegg opplyser innklagede at det for tiden kun er én bruker i kommunen som mottar døgnskunterlig tjeneste i eget hjem. Oppdraget kan dermed vanskelig beskrives uten at brukeren blir identifisert.
- (23) Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det nettopp et tilfelle som dette hvor *"det ikke er mulig å gjennomføre en forsvarlig konkurranse uten å gi ut taushetsbelagte opplysninger om brukeren"*.
- (24) Innklagede hadde etter dette ikke plikt til å kunngjøre kontrakten.
- (25) Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Ballangen kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk