



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Helse Stavanger HF et gebyr på 500 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse. Etter at administrerende direktør sluttet på dagen ble det leid inn en konsulent for å fylle denne stilling. Oppdraget ble ikke kunngjort. Nemnda mente det var tale om en konsulenttjeneste, ikke en ansettelsesavtale, og at det da forelå vanlig kunngjøringsplikt. Det var ikke anledning til å benytte det snevre unntaket for direkte anskaffelse i uforutsette hastetilfeller. Ved utmåling av gebyrets størrelse ble det særlig lagt vekt på at den ulovlige konsulenttjenesten ble forlenget. Gebyret utgjorde ca. 12,5 prosent av kontraktens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 6. mai 2010 i sak 2010/24 -21

Klager: Demokratene Hordaland

Innklaget: Helse Stavanger HF

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Ansettelseskontrakter.

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Demokratene Hordaland (heretter kalt klager) datert 2. februar 2010. Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at Helse Stavanger HF (heretter kalt innklagede) ilegges et gebyr på 500 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (2) Innklagede er ett av fem helseforetak under Helse Vest RHF. Innklagede er organisert med et styre, og en administrerende direktør som daglig leder.
- (3) Innklagedes administrerende direktør fratrådte sin stilling med umiddelbar virkning 4. november 2008, og det oppstod da et behov for å skaffe en ny daglig leder.
- (4) Innklagede har opplyst at det ble tatt kontakt med Ingar Pettersen, som sa seg villig til å fungere midlertidig i stillingen som administrerende direktør, men da slik at Pettersens tjeneste ble levert gjennom selskapet Implement Norge AS.
- (5) I innklagedes anskaffelsesprotokoll, datert 8. januar 2009, står følgende om anskaffelsesprosessen:

"Nærmere begrunnelse for valg av anskaffelsesmetode:

Administrerende direktør ved Helse Stavanger HF fratrådte sin stilling med umiddelbar virkning tirsdag 4. november 2008. Styret i Helse Stavanger skal derfor iverksette en prosess for å rekruttere ny administrerende direktør i helseforetaket. Prosessen forventes å ta noe tid. Inntil styret treffer sitt valg og foretar ansettelse av ny administrerende direktør er det nødvendig å få på plass en snarlig midlertidig løsning.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00

Faks: +47 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Ved fratredelestedstidspunkt for administrerende direktør sto Helse Stavanger HF overfor store utfordringer. Helseforetaket er i en krevende økonomisk situasjon samtidig som man står overfor en lang rekke utfordringer både ledelsesmessig, organisatorisk og driftsmessig.

Styrets vurdering er at det internt i helseforetaket ikke står fram noen enkeltperson som innehar de egenskaper som er nødvendige for å kunne løse disse utfordringene, slik at helseforetaket kommer i posisjon til å levere de resultat som eier og styret selv har satt for virksomheten. Styret har derfor vært opptatt av at perioden med intern konstituering blir kortest mulig.

Styret har vurdert det slik at det i den uforutsette situasjonen som oppstod var nødvendig å umiddelbart gå i dialog med aktuelle kandidater som på kort varsel kunne tre inn i rollen som administrerende direktør, for den perioden det vil ta å få stillingen besatt på permanent basis. Det ble på denne bakgrunn gjennomført samtaler med Ingar Pettersen som etter kort tids drøftinger, sa seg villig til å gå inn i rollen som administrerende direktør for en periode på inntil 12 måneder, og med oppstart så snart han kunne frigjøres fra det engasjement han per november 2008 var forpliktet i forhold til.

Styrets utgangspunkt for samtalene med Ingar Pettersen var at han skulle konstitueres i stillingen ved en ansettelse. Ansettelseskontrakter er unntatt fra anskaffelsesregelverket. Ingar Pettersen leverer imidlertid sine tjenester gjennom selskapet Implement Norge AS. Pettersens ytelse vil bestå i "management for hire" og å utføre funksjonen som tilligger stillingen som administrerende direktør i Helse Stavanger inntil denne kan besettes på permanent basis. Det er derfor behov for å inngå en konsulentavtale.

Etter lov og forskrift om offentlige anskaffelser er det et grunnleggende krav at en slik avtale skal være basert på konkurranse etter en forutgående kunngjøring. For anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdiene (gjelder i denne sak), skal anskaffelsene videre gjennomføres etter særskilte prosedyreregler, som hovedregel en åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Etter anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstav d kan imidlertid oppdragsgiver gjennomføre anskaffelsen uten forutgående kunngjøring dersom anskaffelsen ikke kan utsettes i den tid det tar å gjennomføre en ordinær konkurranse.

Med den uforutsette situasjon som oppstod og sett hen til styrets plikt og ansvar å sørge for en god ledelse av helseforetaket og gjennom det sikre en forsvarlig drift, legges det til grunn at den foreliggende situasjon er av en slik karakter at vilkårene for å gjennomføre anskaffelsen uten forutgående kunngjøring er til stede. Selv om Pettersen ikke har kunnet tiltre umiddelbart, har det blant annet av hensyn til å skape ro i organisasjonen vært viktig å få en snarlig avklaring på spørsmålet om hvem som skal bekle rollen som administrerende direktør i helseforetaket fram til en permanent løsning er på plass."

- (6) Etter dette inngikk innklagede avtale med Implement Norge AS (heretter også kalt valgte leverandør), signert henholdsvis 8. og 14. januar 2009. Fra avtalen hitsettes:

"AVTALE OM KJØP AV KONSULENTTJENESTER

Helse Stavanger HF

[...]

og

Implement Norge AS

[...]

Har opprettet kontrakt om leveranse av følgende tjeneste:

Administrerende direktør i Helse Stavanger HF.

[...]

2.1 YTELSENE

Leverandørens ytelse består i "management for hire" og å utføre de funksjoner som tilligger stillingen som daglig leder i et helseforetak, jf. lov av 15. juni 2001 nr 93 om helseforetak kap 8 samt gjeldende stillingsinstruks for administrerende direktør ved Helse Stavanger, jf vedlegg 1.

[...]

Arbeidet skal, så langt det er mulig, utføres i Helse Stavangers lokaler i Stavanger.

[...]

2.4 DISPONERING AV PERSONELL – NÆRMERE OM YTELSENE

Det er en forutsetning at Leverandørens Ytelse skjer gjennom personlig arbeidsytelse fra Konsulenten som er utpekt og forhåndsgodkjent av Helse Stavanger. Leverandøren skal i avtaleperioden ikke kunne erstatte Konsulenten med annet kvalifisert personell uten at dette er uttrykkelig avtalt og godkjent av Helse Stavanger. Konsulenten vil i Avtaleperioden være underlagt styret i Helse Stavanger i samsvar med helseforetaksloven og gjeldende instruks for daglig leder i Helse Stavanger.

2.5 UNDERLEVERANDØR

Leverandøren har ikke anledning til å benytte underleverandører til utførelse av sine forpliktelser i henhold til denne Avtale.

3. VEDERLAG OG BETALINGSBETINGELSER

Ytelsene gjennomføres til en avtalt månedsrate på NOK 250.000,- ekskl. mva. Det legges til grunn at et månedsverk i gjennomsnitt består av 21 virkedager. Til fradrag i avtalt månedsrate går dager som konsulenten nytter til andre oppdrag. Dagraten som føres til fradrag for månedsraten er NOK 11.900,- ekskl. mva.

Merverdiavgift skal være spesifisert.

[...]

I tillegg er følgende vilkår avtalt:

- *Møblert bolig stilles til disposisjon i avtaleperioden*
- *PC med Helse Vest IKT's oppsett disponeres i avtaleperioden*
- *Dekning av reiseutgifter mellom arbeidssted (Stavanger Universitetssykehus) og hjemsted*
- *Konsulenten er omfattet av Helse Stavangers reiseforsikringsordning gjeldende for tjenestereiser.*

[...]

Leverandøren skal sende inn faktura for utført konsulentbistand hver måned etterskuddsvis.

[...]

6. ENDRING OG OPPSIGELSE AV AVTALEN

Endringer av eller tillegg til avtalen – herunder Ytelsens innhold eller omfang – skal avtales skriftlig.

Avtalen kan sies opp av begge parter med 30 dagers varsel.”

- (7) Ved ”tilleggsavtale” datert 29. januar 2009 ble tiltredelsestidspunktet satt til 1. mars 2009.
- (8) Ved ”tilleggsavtale nr. 2” datert 9. desember 2009 ble avtalen forlenget til 1. september 2010. Denne tilleggsavtalen er inngått mellom innklagede og Ingar Pettersen & Co AS.
- (9) Innklagede har opplyst at prosessen med å tilsette en permanent administrerende direktør er påbegynt, og at det skal skje som en ansettelse, ikke en anskaffelse.
- (10) Klagenemnda sendte 13. april 2010 forhåndsvarsel om ileggelse av gebyr pålydende 500 000 kroner, noe som utgjør cirka 12,5 prosent av kontraktens verdi. Innklagede ble gitt frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes e-post 29. april 2010. Det er nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Klager anfører at innklagede, ved anskaffelse av tjenester fra valgte leverandør, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede bestrider at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (13) Innklagede anfører at avtalen med Implement Norge AS / Ingar Pettersen i realiteten er en ansettelseskontrakt, og dermed unntatt forskriften om offentlige anskaffelser, jf § 1-3 annet ledd bokstav f.
- (14) Innklagede viser til at intensjonen var å ansette Ingar Pettersen i stillingen som fungerende administrerende direktør, inntil stillingen kunne besettes på permanent basis. Ingar Pettersen driver imidlertid konsulentvirksomhet gjennom selskapet Implement Norge AS, og ønsket å formalisere engasjementet gjennom en utleieavtale med det selskap han er tilknyttet.
- (15) Innklagede viser til at den inngåtte avtale gjelder personlig arbeidsytelse fra Pettersen, jf. avtalen punkt 2.4. Det er ikke anledning til å benytte annen person eller underleverandør til utførelsen av arbeidsytelsen, jf. avtalen punkt 2.4 og 2.5.
- (16) Innklagede anfører at det etter avtalen ikke er krav om noen resultatforpliktelse, som ved normale konsulentoppdrag.
- (17) Innklagede viser videre til at Ingar Pettersen etter avtalen skal utføre samtlige funksjoner som tilligger stillingen som daglig leder i et helseforetak, jf. lov om helseforetak 15. juni 2001 nr. 93 kapittel 8. Det følger blant annet av loven § 37 at daglig leder skal forestå den daglige ledelsen av foretaket, og skal følge de retningslinjer og pålegg styret har gitt. Foruten å være underlagt styrets instruksjonsmyndighet, må Pettersen følge gjeldende stillingsinstruks for administrerende direktør ved Helse Stavanger, jf. avtalen punkt 2.1.

- (18) For det tilfellet at avtalen mellom innklagede og valgte leverandør må anses som en konsulentavtale, anfører innklagede at unntaket i forskriften § 14-4 bokstav d kommer til anvendelse. Anskaffelsen kunne da gjennomføres som konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.
- (19) Innklagede anfører at tidligere administrerende direktørs fratreden med umiddelbar virkning var en ekstraordinær og uforutsett situasjon for styret, og at det var nødvendig å få på plass en egnet midlertidig direktør i løpet av kort tid. Innklagede viser til at den økonomiske situasjonen var vanskelig, og det var store utfordringer både ledelsesmessig, organisatorisk og driftsmessig. Det vises til at innklagede har 5500 ansatte og betjener 320 000 innbyggere.
- (20) Innklagede anfører at man ikke kunne forutse den situasjonen som oppstod ved tidligere administrerende direktørs fratreden. Da situasjonen oppstod, kartla styret potensielle interne kandidater, men konkluderte raskt med at ingen var aktuelle. På denne bakgrunn ble det tatt kontakt med eksterne kandidater.
- (21) Innklagede anfører at det var intensjonen at stillingen som administrerende direktør skulle besettes gjennom en midlertidig ansettelse. Dette var også innklagedes syn gjennom samtalene med Ingar Pettersen. Det at avtalen tok form av en konsulentavtale ble først endelig klart under forhandlingene. Det var først på dette tidspunkt innklagede kunne gjennomført en hasteprosedyre etter regelverket for offentlige anskaffelser. På dette tidspunkt vurderte innklagede at det ikke var tid eller mulighet til å gjennomføre en slik prosedyre.
- (22) Innklagede anfører at Ingar Pettersen skulle ha tiltrådt 1. februar 2009. På grunn av hans daværende engasjement måtte tiltredelsen utsettes til 1. mars 2009. Dette innebærer at tiltredelsen i utgangspunktet skulle ha skjedd i underkant av tre måneder etter at tidligere administrerende direktør sluttet, men ble på grunn av uforutsette omstendigheter forlenget til fire måneder.
- (23) Det vises til at klagenemnda tidligere har uttalt at det for mindre komplekse anskaffelser under EØS-terskelverdiene er det nødvendig med to måneder for å gjennomføre en anskaffelsesprosess. Innklagede anfører at det ville tatt minimum seks måneder å gjennomføre en ansettelsesprosess for ny administrerende direktør, og så lang tid kunne ikke innklagede vente med å få på plass en ny daglig leder.
- (24) Det vises til at prosessen med å tilsette ny administrerende direktør er påbegynt, og innklagede håper dette er ferdig før sommeren 2010. For å sikre forsvarlig drift av helseforetaket, samt av hensyn til de ansatte, er derfor avtaleperioden med Ingar Pettersen forlenget.
- (25) Innklagede anfører at dersom det foreligger brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, er det bare forlengelsen av avtalen med Ingar Pettersen som kan omfattes.

Subsidiært

- (26) Innklagede anfører subsidiært at det ikke kan sies å foreligge grov uaktsomhet hos innklagede. Innklagede viser til det samme som over om at innklagede mente besette stillingen som administrerende direktør som en ansettelse. Når det under forhandlingene med Ingar Pettersen ble klart at avtalen skulle ha form av en konsulentavtale vurderte innklagede situasjonen dit hen at unntaket i forskriften § 14-4 bokstav d kunne anvendes. Dette er en vanskelig vurdering og subsumsjon, og innklagedes vurdering kan ikke karakteriseres som grov uaktsom.

- (27) Atter subsidiært anfører innklagede at gebyr ikke bør ilegges, og eventuelt at gebyret bør settes lavere enn varslet. Det anføres at det forelå en helt spesiell situasjon da det måtte skaffes en ny administrerende direktør. Stillingen innebærer stor grad av personlig ytelse og egnethet. Det er i denne sak ikke tale om å unndra en generisk kontrakt fra konkurranse, men midlertidig å fylle en sær viktig stilling i et offentlig foretak. Fravær av konkurranse har således ikke ført til mindre effektiv ressursbruk eller prioritering av valgte leverandør. Ytelsens karakter, sammenholdt med vurderingen av hvorvidt kontrakten egentlig var en ansettelsesavtale, innebærer at det vil ha begrenset preventiv effekt å ilegge gebyr i denne sak.
- (28) Da tidligere administrerende direktør fratrådte vurderte innklagede at det kun var to eller tre personer som midlertidig kunne fylle stillingen. Disse ble kontaktet, og det har således vært en viss form for konkurranse. Det var imidlertid kun Ingar Pettersen som var aktuell.
- (29) Innklagede anfører at den eventuelle overtredelsen i denne sak ikke kan karakteriseres som særlig grov. Kontrakten er ikke langvarig og er inngått for en overgangsperiode, slik at man skulle få tid til å gjennomføre en permanent ansettelse. Det gebyr som er varslet, på 12 prosent av kontraktens verdi, er forebeholdt særlig grove overtredelser av regelverket. Gebyrets størrelse i denne sak bør derfor settes betydelig lavere.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse. 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. Klagen er rettidig.

Om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (31) I lov 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"*.
- (32) Etter forskriftens § 1-3 første ledd får forskriften *"anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider"*. Forskriften får imidlertid ikke anvendelse på ansettelseskontrakter, jf. forskriftens § 1-3 annet ledd bokstav d.
- (33) Bestemmelsen er en direkte implementering av EU-direktiv 2004/18 artikkel 16 bokstav e, som i sin danske versjon lyder:
- "Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter [...] om arbejdsaftaler"*
- (34) Hensynet bak unntaket er at konkurranse om slike stillinger er sikret gjennom det offentliges plikt til å lyse ut ledige stillinger, og vurdere kandidatene på bakgrunn av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.
- (35) Om forståelsen av det norske regelverket skriver Dragsten og Lindalen, *Offentlige anskaffelser kommentarutgave*, 2005, på side 399, at:

"Det må trekkes en grense mot konsulentoppdrag og andre tjenester fra selvstendig næringsdrivende. Grensen må trekkes i samsvar med det arbeidsrettslige arbeidstakerbegrepet. [...] I dette ligger at personen mot vederlag påtar seg å utføre arbeidsoppgaver og underlegger seg arbeidsgivers styringsrett. Ved tjenester fra selvstendige næringsdrivende oppstår det ikke noe personlig underordningsforhold og

den som påtar seg oppdraget, bærer også risikoen for resultatet, noe arbeidstaker ikke gjør.”

- (36) Ved fastleggingen av hva som er å regne som en ansettelseskontrakt, må det sees hen til hvordan begrepet *”arbejdsaftaler”* i EU-direktivet skal forstås. Dette er et EU-rettslig begrep, som må tolkes på bakgrunn av EU-rettslige kilder, og ikke etter nasjonal rett.
- (37) Det er få kilder som sier noe om hvilke momenter som er relevante ved EU-rettslig tolkingen av begrepet *”arbejdsaftaler”* i anskaffelsesregelverkets forstand. I Steinicke og Groesmeyer, *EU’s Udbudsdirektiver med kommentarer*, 2008, side 656 står det:
- ”Afgrænsningen mellem arbejdsaftaler og andre tjenesteydelseskontrakter giver kun sjældent anledning til tvivl, idet en arbejdsaftales karakteristika typisk er markant forskellige fra andre kontrakter om udførelse af tjenesteydelser. I tvivlstilfælde må der formentlig lægges vægt på momenter som omfanget af myndighedens instruktionsbeføjelse, risiko- og ansvarsfordeling, vederlagsordningen samt indretningen i andre relationer, bl.a. skatteretligt.”*
- (38) Avtalen mellom innklagede og valgte leverandør har overskriften *”Avtale om kjøp av konsulenttjenester”* og fremstår i det ytre som en normal konsulenttjenesteavtale. Innklagede la i anskaffelsesprotokollen til grunn at det var en slik avtale. Det har da presumpsjonen for seg at det også i realiteten er en konsulentavtale. Det er således det motsatte synspunkt, at avtalen må anses som en ansettelsesavtale, som må sannsynliggjøres.
- (39) Det er riktig, som fremhevet av innklagede etter at klagesaken kom opp, at avtalen inneholder flere momenter som etter norsk rett tradisjonelt, ved tvilstilfeller, er vektlagt i retning av å anse en person som arbeidstaker. Etter avtalen har innklagede en betydelig instruksjonsrett over leverandøren. Det vises til at etter avtalen punkt 2.1 er leverandøren underlagt *”gjeldende stillingsinstruks for administrerende direktør”*. Det er i samme punkt i avtalen også vist til helseforetaksloven § 37 første ledd, som lyder: *”Daglig leder forestår den daglige ledelsen av foretaket og skal følge de retningslinjer og pålegg som styret har gitt.”*. Videre er det etter avtalen punkt 2.4 og 2.5 klart at avtalen krever en personlig ytelse, presumptivt fra Ingar Pettersen, selv om det åpnes for å fravike dette ved enighet mellom partene. Det kan heller ikke utledes noen resultatforpliktelse av avtalen.
- (40) I retning av at det i realiteten er tale om en ansettelsesavtale, og ikke en konsulentanskaffelse, taler også at når avtalen ble forlenget 9. desember 2009, var avtalepartene innklagede og Ingar Pettersen & Co AS. Det synes således klart at avtalen er knyttet til Ingar Pettersens person.
- (41) At avtalen er knyttet til en innsatsforpliktelse fra Ingar Pettersen kan imidlertid ikke være avgjørende. Det er ikke uvanlig at konsulentavtaler er knyttet både til en bestemt person, og ikke innebærer noen resultatforpliktelse.
- (42) Det er også flere momenter i avtalen som trekker i retning av å anse den som en konsulentavtale. Det vises særlig til at oppgjør skjer etter faktura der merverdiavgift skal spesifiseres. Innklagede betaler således ikke de sosiale kostnader som følger med en ansettelseskontrakt, som arbeidsgiveravgift og feriepenger. Andre lovpålagte sosiale goder for en arbeidstaker er ikke nevnt, som for eksempel ferie og sykefravær. Det preceptoriske oppsigelsesvern for arbeidstakere er fraveket ved avtalen punkt 6, der det står at *”Avtalen kan sies opp av begge parter med 30 dagers varsel”*.

- (43) Det vises videre til ordlyden i avtalen punkt 2.1 der ytelsen er beskrevet som: *"management for hire"*, hvilket også trekker i retning av at avtalen i realiteten er ment som en konsulentavtale.
- (44) Det vises også til at avtalen forutsetter at Ingar Pettersen ikke jobber eksklusivt for innklagede når det i punkt 3 står: *"Til fradrag i avtalt månedsrate går dager som konsulenten nytter til andre oppdrag"*.
- (45) På tross av at det, som nevnt over, er momenter som kan trekke i retning å anse avtalen som en ansettelseskontrakt, er klagenemnda etter en helhetsvurdering kommet til at de øvrige forhold taler for at foreliggende avtale er å anse som en konsulentavtale og dermed en tjenesteanskaffelse.

Om adgangen til å inngå kontrakt uten forutgående kunngjøring

- (46) Oppdragsgivere har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre alle anskaffelser med en verdi over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 og § 18-1, jf. § 2-1 andre ledd, jf. § 2-1 første ledd.
- (47) Den aktuelle tjenesten gjelder konsulentoppdrag som administrerende direktør, som er en prioritert tjeneste etter forskriften Vedlegg 5 kategori (11). Anskaffelsens verdi er over terskelverdien på 1,65 millioner kroner, og anskaffelsen følger da reglene i forskriften del I og III, jf. § 2-1 andre ledd, jf. § 2-2 første ledd. Plikt til å kunngjøre konkurransen følger av forskriften § 18-3, jf. § 18-1.
- (48) Det følger imidlertid av forskriften § 14-4 bokstav d at en oppdragsgiver kan være unntatt fra plikten til å kunngjøre konkurranse *"dersom det på grunn av særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift"*.
- (49) De tilsvarende bestemmelser i EU-direktiv 2004/18 følger av artikkel 31. EU-domstolen har i flere saker uttalt at det er tale om uttømmende unntaksregler som må fortolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt, jf. EU-domstolens saker C-157/06 premiss 23 og C-250/07 premiss 34. Det samme er lagt til grunn av klagenemnda i flere saker, jf. sakene 2008/81 premiss (37) og 2009/178 premiss (41) med videre henvisninger.
- (50) Ett av vilkårene i § 14-4 bokstav d er at oppdragsgiver må sannsynliggjøre at det ville være *"umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift"*. Begrepet *"umulig"* gir anvisning på at det skal mye til før unntaket kommer til anvendelse. Den snevre unntaksmuligheten må sees på bakgrunn av at forskriften § 19-5 i hastetilfeller åpner for bruk av svært korte frister etter regulær kunngjøring av konkurranse. Dette er i Forsynings- og administrasjonsdepartementets *"Veileder til reglene om offentlige anskaffelser"* 2006, side 96 beskrevet som: *"Dersom oppdragsgiver har tid til å anvende hasteprosedyren etter § 19-5, kan en ikke hjemle konkurranse med forhandling etter denne unntaksbestemmelsen. Det vil i slike tilfeller ikke være umulig å overholde fristene i forskriften."*
- (51) Den tidligere administrerende direktør fratrådte sin stilling med umiddelbar virkning 4. november 2008. Tiltredelsestidspunkt for Ingar Pettersen ble avtalt til 1. mars 2009, det vil si fire måneder senere. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har sannsynliggjort at det på disse fire månedene ville være umulig å benytte kunngjøring av konkurranse om konsulentoppdraget med ekstraordinært korte tidsfrister, jf. forskriften § 19-5 for å gjennomføre en konkurranse. Klagenemnda bemerker at innklagede verken har fremlagt

noen dokumentasjon på eller anført at slik konkurranse med ekstraordinært korte tidsfrister ble vurdert, før man tok direkte kontakt med valgte leverandør.

- (52) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede ikke hadde anledning til å unnlate kunngjøring etter unntaket i forskriften § 14-4 første ledd bokstav d. Innklagede har da foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (53) Skyldkrav ved overtredelsesgebyr er i loven § 7b første ledd beskrevet som at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt *”forsettlig eller grovt uaktsomt”*. I lovforarbeidet Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 er dette slik kommentert:

”Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og –innsikt.”

- (54) Sondringen av om avtalen mellom innklagede og valgte leverandør, i anskaffelsesregelverkets forstand, er å anse som en ansettelseskontrakt eller en konsulentavtale kan være uklar, og baseres på vanskelig tilgjengelige kilder. Det er imidlertid klart at innklagede selv har vurdert at lovens krav om kunngjøring kommer til anvendelse når avtalen inngås som en konsulentavtale. Det vises til innklagedes anskaffelsesprotokoll, der det står: *”Etter lov og forskrift om offentlige anskaffelser er det et grunnleggende krav at en slik avtale skal være basert på konkurranse etter en forutgående kunngjøring.”*
- (55) Innklagede har basert sin unnlatte kunngjøring på unntaket i forskriften § 14-4 første ledd bokstav d, som ikke var anvendelig i dette tilfellet. Det vises videre til det som fremkommer overfor, om at innklagede ikke har dokumentert at man vurderte å benytte konkurranse med ekstraordinært korte tidsfrister etter forskriften § 19-5. Selv om innklagede har vært oppmerksom på betenkelighetene ved ikke å kunngjøre konkurranse om konsulentavtalen, har man valgt en direkte anskaffelse.

- (56) Klagenemnda anser innklagedes handlemåte som i det grove uaktsom. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (57) Av loven § 7b første ledd fremgår det at oppdragsgiver *”kan”* ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, *”forsettlig eller grovt uaktsomt”* foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det særlig skal legges vekt på *”overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning”*.
- (58) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *”for å sikre større etterlevelse av regelverket”*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om

overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas saker 2008/221 premiss (38) og 2009/8 premiss (21).

- (59) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å illegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:

"Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre konkurranse og mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser."

- (60) Den aktuelle konsulentavtalen er en anskaffelse av ikke ubetydelig omfang. Innklagede har feilaktig benyttet det meget snevre unntaket for å unnlate kunngjøring, selv om man var klar over betenkelighetene ved dette. Anskaffelse uten forutgående kunngjøring innebærer et større avvik fra regelverkets grunnleggende krav til forutberegnlighet og gjennomsiktighet, enn der det tidligere har vært kunngjøring. Etter klagenemndas syn er det derfor særlig viktig å slå ned på urettmessig bruk av unntaksbestemmelsene for kunngjøring.
- (61) Klagenemnda er etter en helhetsvurdering kommet til at det skal ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (62) Ved avgjørelsen av gebyrets størrelse skal det, i likhet med ved spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*, jf. loven § 7b andre ledd. Opplistingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b andre ledd.
- (63) I klagenemndas sak 2009/120 premiss (36) uttalte nemnda følgende om gebyrets størrelse:

"Siden klagenemnda 1. januar 2007 fikk myndighet til å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser, er det ilagt overtredelsesgebyr i elleve saker. I den første saken, 2007/19, la klagenemnda i formildende retning vekt på at ordningen med overtredelsesgebyr var ny. I sak 2008/5 og 2008/56 uttalte nemnda at reglene om overtredelsesgebyr nå måtte forutsettes kjent blant oppdragsgiverne. Siden disse sakene, som ble avgjort i juni og oktober 2008, er det ikke blitt færre saker om ulovlige direkte anskaffelser. Både antall saker som klages inn for KOFA, og generell medieomtale viser at ulovlige direkte anskaffelser foretas i et ikke ubetydelig omfang. De preventive hensyn bak overtredelsesgebyrene synes dermed ikke fullt ut å ha hatt ønsket effekt. På denne bakgrunn finner klagenemnda at gebyrpraksis bør skjerpes, og at satsene gradvis bør bli høyere. De høyeste prosentsatsene, opp mot 15 prosent, bør likevel reserveres for særlig grove tilfeller, der de skjerpende omstendigheter er iøynefallende, og det ikke foreligger formildende omstendigheter."

- (64) I den nevnte sak ila klagenemnda et gebyr på cirka 12,3 prosent av kontraktssummen (3 257 670,- kroner). Økningen av gebyrsatsen er fulgt opp i sak 2009/40 og sak 2009/229, hvor de innklagede ble ilagt gebyrer på i overkant av 12 prosent av kontraktssummene (henholdsvis 741 075 kroner og 3 285 082 kroner).

- (65) I denne sak har innklagede inngått en konsulentkontrakt med virkning fra 1. mars 2009, som siden er forlenget til 1. september 2010, totalt 16 måneder. Innklagede skal etter avtalen betale 250 000 kroner per måned, samt noen andre ytelser, der dekning av bolig må antas å være den mest kostbare. Anskaffelsens verdi er således minst 4 millioner kroner, eksklusiv merverdiavgift. For dette gebyrvedtaks formål finner klagenemnda ikke grunn til å prissette de øvrige ytelsene.
- (66) Ved fastsettelse av gebyrets størrelse trekker det i skjerpende retning at konsulentavtalen ble inngått for et lenger tidsrom enn 12 måneder, selv om innklagede selv vurderte behovet for å gjennomføre en ansettelsesprosess til kun 6 måneder. Det trekker videre i særlig skjerpende retning at innklagede 9. desember 2009 forlenget kontrakten frem til 1. september 2010.
- (67) Innklagede anfører at tre potensielle kandidater ble kontaktet, og at det derfor har vært en viss konkurranse rundt anskaffelsen. Klagenemnda kan ikke se at dette er dokumentert, og viser til at dette i så fall skulle fremkommet av anskaffelsesprotokollen, jf. forskriftens vedlegg 4, punkt 1.6. Det må da legges til grunn at det ikke er skjedd noen reell form for konkurranse om anskaffelsen, hvilket trekker i skjerpende retning ved fastsettelse av gebyrets størrelse, jf. klagenemndas sak 2009/39 premiss (37) med videre henvisninger.
- (68) Klagenemnda har ut fra ovenstående etter en samlet vurdering kommet til at gebyret bør settes til cirka 12,5 prosent av kontraktens verdi. Ved utmålingen av gebyret legger klagenemnda til grunn at anskaffelses verdi er 4 millioner kroner, det vil si at gebyret blir på 500 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

"Helse Stavanger HF ilegges et overtredelsesgebyr på 500 000 kroner – femhundretusen – kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato."

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b femte ledd.

Oslo, 6. mai 2010

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,


Georg Fredrik Rieber-Mohn