



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Trondheim kommune et gebyr på 250 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med inngåelse av en midlertidig avtale om leie av alarmmottak og teknisk utstyr til trygghetsalarmtjenester. Klagenemnda fant at Trondheim kommune hadde opptrådt i det minste grovt uaktsomt ved at leieavtalen ikke var kunngjort i henhold til regelverket. Gebyret utgjør ca. 11 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 14. mars 2011 i sak 2010/249

Klager: Vakt og Alarm AS

Innklaget: Trondheim kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Jakob Wahl og Bjørg Ven.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr.

Innledning:

- (1) Vakt og Alarm AS sendte inn klage på Trondheim kommune 30. august 2010. Klagen inneholdt anførsel om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Trondheim kommunes inngåelse av en midlertidig avtale om leie av alarmmottak og teknisk utstyr til trygghetsalarmtjenester.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 250 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 199 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Trondheim kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde en anbudskonkurranse om drift av trygghetsalarmsentral, leie og teknisk drift av trygghetsalarmer og montering/demontering av nøkkelbokser høsten 2002, og inngikk på bakgrunn av denne en avtale med et selskap i dag benevnt Hjelp24 AS (heretter kalt valgte leverandør). Valgte leverandør har tidligere også hatt firmanavn som Lev Vel Helse AS og Hjelp24 NIMI AS.
- (4) Avtaleperioden var fra 1. mars 2003 til 28. februar 2007, med opsjon på forlengelse i ett pluss ett år. Innklagede benyttet seg av opsjonsretten, og avtalen utløp dermed 28. februar 2009.
- (5) Innklagede kunngjorde en ny åpen anbudskonkurranse om drift og leie av trygghetsalarmer 8. juni 2009. Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder et tilbud fra Vakt og Alarm AS (heretter kalt klager).
- (6) Ved innklagedes brev 29. september 2009 ble klager informert om at konkurransen var avlyst som følge av at innklagede mente det forelå svakheter ved konkurransegrunnlaget, og at det dermed ikke var forsvarlig å tildele kontrakten.

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

Innklagede opplyste samtidig om at det i etterkant av avlysningen ville bli vurdert hvorvidt man skulle utlyse konkurransen på nytt eller drive tjenesten i egenregi. Fra brevet siteres:

"Etter en grundig helhetsvurdering ser vi at kravspesifikasjonen ikke er god nok for å sikre at vi får til en forsvarlig drift og en fullgod tjeneste innen området og derigjennom sikre brukernes liv og helse.

Vi mener vi ikke har vært tydelig nok i konkurransegrunnlaget. Konkret gjelder dette at vi ikke har stilt krav om at leverandørene dokumenterer "skal – kravene" som er stilt. Tildelingskriteriene gjør at tilbudene heller ikke er helt sammenlignbare. Samlet sett gjør dette at vi vurderer dokumentasjonen på kvalitet/service basert på de opprinnelige kriterier som utilstrekkelig."

- (7) Driften av alarmsentralen ble deretter gjenstand for politisk behandling hos innklagede. I saksutredningen til rådmannens innstilling datert 26. oktober 2009, ble det vurdert *"to alternative driftsformer for mottak av alarmeringer fra brukere med kommunal trygghetsalarmapparat"*. Alternativene var å overta driften av alarmsentralen fra 2010, eller gjennomføre en ny konkurranse. Rådmannen innstilte på at det skulle gjennomføres en kommunal virksomhetsoverdragelse av alarmsentralen, for å ivareta den faglige vurderingskompetansen. Fra punkt 5 *"Oppsummering konklusjon"* hitsettes blant annet:

"Dagens lokalisering av alarmsentralen i Trondheim har stor betydning for samhandlingen mellom alarmsentralen og utrykningspersonalet. En ny konkurranse om drift av alarmsentral kan resultere i lokalisering utenfor Trondheim. En ny konkurranse kan også føre til en rimeligere pris på trygghetsalarmtjenesten alarmsentral sammenlignet med dagens pris. Samtidig vil en ny aktør trenge tid til å bygge opp god faglig vurderingskompetanse som kan bety økte kostnader for kommunens utrykningstjeneste i en overgangsperiode."

- (8) Innklagede, ved formannskapet, fattet vedtak 10. november 2009 i tråd med rådmannens innstilling, hvorav følgende refereres:

"1. Rådmannen gis fullmakt til å forhandle frem avtale med Hjelp24 om leie av teknisk utstyr som er knyttet til trygghetsalarmtjenesten, samt overføring av ansatte i samsvar med reglene om virksomhetsoverdragelse, jf. arbeidsmiljøloven kapittel 16, fra 2010.

2. En kommunal virksomhetsoverdragelse av alarmsentralen skal ikke føre til merkostnader i forhold til dagens avtale med Hjelp24.

3. Rådmannen kommer tilbake med egen sak til formannskapet om lokalisering av alarmsentralen primo 2010."

- (9) I følge innklagede foregikk prosessen med å planlegge en slik virksomhetsoverdragelse i perioden 1. januar 2010 til 31. august 2010. I planleggingsprosessen ble det avholdt en rekke møter mellom kommunaldirektøren for helse og velferd og ledelsen hos valgte leverandør for å avklare hva som skulle inngå av personalressurser og teknisk utstyr i en slik virksomhetsoverdragelse. Det måtte blant annet avklares hvor stor andel av personalressursene ved alarmmottaket som skulle overføres til innklagede, ettersom alarmsentralen til valgte leverandør også betjente andre kommuner. Ved innklagedes

brev 3. mars 2010 fikk ansatte hos valgte leverandør tilbud om arbeid i Trondheim kommune som en del av virksomhetsoverdragelsen.

- (10) Klager sendte innklagede en e-post 25. august 2010 og ba om en tilbakemelding vedrørende status for trygghetsalarmtjenesten, på bakgrunn av at det hadde gått nesten ett år siden konkurransen ble avlyst. Innklagede svarte følgende i e-post samme dag: *"Trondheim kommune overtar dagens alarmmottak per 1/9. 2010 og har nå ansvaret for hele trygghetsalarmtjenesten, vedtak i formannskapet."*
- (11) I en ny e-post til innklagede senere samme dag ba klager om å få tilsendt protokoll og sakspapirer i saken. Innklagede sendte saksfremlegg og vedtak i saken til klager samme uke.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 30. august 2010.
- (13) Innklagede og valgte leverandør inngikk en *"Avtale om trygghetsalarmtjeneste"* med virkning fra 1. september 2010, signert av partene henholdsvis 14. og 15. september 2010. Av kontrakten fremgår det at innklagede skal faktureres månedlig etterskuddsvis, og at prisene skal være faste i avtaleperioden. Av vedlegg to til kontrakten, under overskriften *"INNHOLDSBESKRIVELSE"*, følger det at kontrakten gjelder leie av alarmmottak til [...] kroner per måned, leie av trygghetsalarmer for [...] kroner per måned per stykk og leie av røykvarslere til [...] kroner per måned per stykk. Alle prisene er oppgitt eksklusiv merverdiavgift. Under overskriften *"BAKGRUNN"*, hvor innholdet i avtalen beskrives nærmere, fremgår det at:

"Trondheim kommune ønsker å inngå en midlertidig 1- års avtale med opsjon på 6 + 6 måneder med Hjelp24 NIMI AS for å sikre kontinuitet og ivaretagelse av allerede kjent utstyr for å videreføre sikkerheten til brukerne av trygghetsalarmer. Trondheim kommune overtar virksomheten "alarmsentral" fra Hjelp24 per 1.9.2010 og har behov for å bygge opp egen kompetanse med hensyn til å vurdere og å spesifisere hvilke krav som må stilles til teknisk utstyr for å ivareta trygghetsalarmtjenester."
- (14) På forespørsel fra klagenemndas sekretariat har innklagede i brev sendt som vedlegg til e-post 13. desember 2010 og i e-post 5. og 7. januar 2011, opplyst at kommunen i gjennomsnitt per måned har 3 800 trygghetsalarmbrukere og 300 brukere som abonnerer på røykvarslere i tilknytning til sitt trygghetsalarmapparat. Det er videre opplyst at det basert på disse tallene betales totalt 191 400 kroner eksklusiv merverdiavgift per måned til valgte leverandør for leie av alarmmottak, trygghetsalarmer og røykvarslere, og at man for perioden 1. september 2010 til 31. desember 2010 basert på dette estimerte å betale ca 765 000 kroner til valgte leverandør. I e-posten sendt 5. januar 2011 opplyste innklagede videre at det arbeides med å utvikle en *"helsetelefon"*, hvor en alarmsentral skal ta i mot henvendelser både fra brukere med trygghetsalarm og fra personer som henvender seg med spørsmål om legevakt. Vedlagt e-posten var en udatert prosjektbeskrivelse hvor det fremgår at prosjektet er et samarbeid mellom Klæbu, Malvik, Melhus og Trondheim kommune. Anbudsdokumenter for trygghetsalarmtjenesten skal i følge innklagede ferdigstilles våren 2011. Slik nemnda oppfatter det, så skal den nye sentralen erstatte eksisterende sentral.

- (15) Klagenemnda sendte 19. januar 2011 forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr pålydende 550 000 kroner, noe som utgjør ca 12 prosent av anskaffelsens verdi. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes brev 27. januar 2011. Det er nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler. Vedlagt brevet var et utkast til konkurransegrunnlag i forbindelse med en planlagt åpen anbudskonkurranse vedrørende leie av blant annet trygghetsalarmer.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Klager anfører at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse anbudskonkurransen som ble kunngjort 8. juni 2009.
- (17) Klager anfører videre at innklagedes samarbeidsavtale med valgte leverandør om leie av trygghetsalarmer med mer, som er inngått med virkning fra 1. september 2010, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises til at dette er en anskaffelse som skulle ha vært konkurranseutsatt, og innklagede kan da ikke gå i direkte forhandlinger med en leverandør.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede anfører at det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 22-1 (1). Det vises i den forbindelse til innholdet i brevet sendt til klager 29. september 2009.
- (19) Innklagede anfører at det ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse ettersom anskaffelsen er omfattet av forskriften § 2-1 (2) bokstav c. Det vises til at innklagede, i forbindelse med virksomhetsoverdragelsen av alarmsentralen, vurderte om anskaffelsen skulle konkurranseutsettes. Ettersom det er de ansatte hos valgte leverandør som har betjent det tekniske utstyret, og således innehar kompetanse vedrørende de tekniske løsninger, ble det etter en grundig vurdering bestemt å videreføre en midlertidig leieavtale med valgte leverandør for å ivareta sikkerheten til alle de 3800 trygghetsalarmbrukerne i prosessen med virksomhetsoverdragelsen. På den måten ville man kunne videreføre den tekniske kunnskapen til innklagedes organisasjon, hvor de ansatte har liten kompetanse på de teknologiske løsningene. Dersom det i en prosess med virksomhetsoverdragelse hadde blitt gjennomført en anbudskonkurranse om tekniske løsninger, kunne det ha medført løsninger som ikke ville ha videreført dagens sikkerhetsrutiner og trygghet for trygghetsalarmbrukerne.
- (20) I kommentaren til forhåndsvarselet har innklagede anført at skyldkravet ikke er oppfylt. Innklagede viser til at etter vedtaket om virksomhetsoverdragelse var fattet måtte det gjennomføres en tidkrevende prosess for å få avklart omfanget av ressursene som skulle overføres til kommunen, herunder hvilke ansatte hos valgte leverandør som skulle få tilbud om jobb hos innklagede. Det var enighet om at det tekniske utstyret ikke skulle være en del av virksomhetsoverdragelsen, og at innklagede skulle kunngjøre en anbudskonkurranse etter at virksomhetsoverdragelsen var gjennomført. Innklagede kunne ha kunngjort en konkurranse om levering av teknisk utstyr våren 2010, det vil si en midlertidig løsning med avtaleperiode på ett år. Det ble imidlertid konkludert med at en slik løsning ville bli for kostbar, og at det heller ikke var mange aktører som ville ønske å inngi tilbud for en så kort avtaleperiode. Videre var det usikkert om valgte leverandørs ansatte ønsket å bli overført til innklagede, noe som også vanskeliggjorde en konkurranse om teknisk utstyr på det tidspunktet.

- (21) Det viktigste argumentet for innklagede var og er å opprettholde en sikker drift og løsning som ivaretar brukernes trygghet. Overgang fra kjent utstyr til eventuelt nytt teknisk utstyr ble vurdert til å være for risikofylt i en slik uavklart situasjon med overdragelser av ansatte. Videre krevde lokaliseringen av den nye alarmsentralen tid og ressurser, både til planlegging og ombygging av eksisterende lokaler. Innklagede hadde behov for å utrede en mulig samlokalisering med Trøndelag brann- og redningstjeneste. Dersom dette alternativet hadde blitt vedtatt, ville det ha ført til en annen og ny kravspesifikasjon for valg av alarmsentral.
- (22) Ettersom virksomhetsoverdragelsen nå er gjennomført, har innklagede startet arbeidet med å gjennomføre en anbudskonkurranse om anskaffelse av teknisk utstyr til trygghetsalarmer og helsetelefonfunksjoner, for snarest å fase ut dagens midlertidige avtale om leie av teknisk utstyr med valgte leverandør. Det er satt i gang arbeid med å forberede nye anbudsdokumenter, og konkurransen vil bli kunngjort i løpet av april 2011. Innklagede vil derfor ikke benytte seg av opsjonene i nåværende avtale på seks pluss seks måneder. Dette forutsetter imidlertid at innklagede mottar tilfredsstillende tilbud fra interesserte tilbydere i den planlagte anbudskonkurransen.

Klagenemndas vurdering:

Klagefrist og saklig klageinteresse

- (23) Klager har for det første anført at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse anbudskonkurransen kunngjort 8. juni 2009. For slike anførsler følger det av klagenemndeforskriften § 6 andre ledd andre punktum at *"Klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver."* Nevnte konkurranse ble avlyst 29. september 2009, og således avsluttet uten at kontrakt ble inngått. Spørsmålet blir hvilken klagefrist som gjelder i slike tilfeller.
- (24) Klagenemnda har tidligere behandlet dette spørsmålet i to saker. I sak 2008/97 kom nemnda frem til at selv om gode grunner kunne tale for å la klagefristen i § 6 andre ledd gjelde tilsvarende, forelå det ikke tilstrekkelige holdepunkter i andre rettskilder til å anvende fristbestemmelsen analogisk i forhold til avlysningstidspunktet, jf. premiss (35). I premiss (36) la nemnda deretter til grunn at det avgjørende derfor blir om *"det er gått så lang tid fra konkurransen ble avsluttet til det er klaget til klagenemnda at klager ikke lenger kan anses å ha rettslig interesse i å få klagen behandlet, jf. klagenemndsforskriften § 6 2. ledd 1. punktum. Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle."* Denne rettsforståelsen ble opprettholdt i nemndas sak 2008/216.
- (25) Spørsmålet ble imidlertid behandlet av klagenemnda i plenum 6. desember 2010, hvor det ble enstemmig konkludert med at man vil fravike nemndas tidligere avgjørelser på dette punktet. Det skal dermed legges til grunn at klagefristen på seks måneder i klagenemndeforskriften § 6 andre ledd skal anvendes analogisk for konkurranser som må anses avsluttet ved avlysning eller totalforkastelse. Dersom klagen gjelder forhold som er oppstått etter avlysningen/totalforkastelsen, og som av naturlige grunner ikke kunne tas opp før det var gått seks måneder etter avlysningen/totalforkastelsen, skal spørsmålet om anførselen kan aksepteres i utgangspunktet vurderes i forhold til kravet om saklig klageinteresse. Denne rettsoppfatningen legges dermed til grunn i foreliggende sak. Hensett til at klagen ble brakt inn for klagenemnda ved e-post 30. august 2010, det vil si litt over 11 måneder etter at klager ble gjort kjent med at konkurransen ble avlyst, og at klagen gjelder selve avlysningen av konkurransen, er det klart at fristen i

klagenemndforskriften § 6 andre ledd ikke er overholdt. Denne anførselen avvises dermed fra videre behandling i nemnda.

- (26) Klagen inneholder også en påstand om ulovlig direkte anskaffelse, hvor fristen for å klage er to år fra kontraktsinngåelse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a andre ledd, jf. lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Av bestemmelsene følger det at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved brev sendt som vedlegg til e-post 30. august 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev 13. september 2010. Ettersom klagen gjelder den midlertidige kontrakten som innklagede inngikk med valgte leverandør 15. september 2010, som fortsatt består, er klagen rettidig. Etter klagenemndforskriften § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker med påstand om at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (27) Av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (28) Den aktuelle anskaffelsen gjelder leie av alarmmottak, trygghetsalarmer og røykvarslere, og kategoriseres dermed som en varekontrakt, jf. forskriften § 4-1 bokstav b. Innklagede har opplyst at det betales i gjennomsnitt 191 400 kroner eksklusiv merverdiavgift per måned til valgte leverandør. Kontraktens varighet er ett år, med opsjon på forlengelse i seks pluss seks måneder. Ved beregningen av anskaffelsens verdi skal man legge til grunn *"oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, eks. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen"*. Videre skal det tas hensyn til *"enhver form for opsjoner og eventuelle forlengelser av kontrakten"*, jf. forskriften § 2-3 (1) og (5). Anskaffelsens totale verdi inklusiv opsjoner er dermed 4 593 600 kroner eksklusiv merverdiavgift, og den overstiger dermed klart terskelverdien i forskriften § 2-2. Anskaffelsen følger da reglene i forskriften del I og del III, jf. forskriften § 2-1 (4), jf. 2-2 (1).
- (29) Det følger av forskriften § 18-1 at det foreligger en plikt til å kunngjøre enhver offentlig anskaffelse hvis verdi overstiger kunngjøringsterskelen, med mindre en av unntaksbestemmelsene fra kunngjøringsplikten kommer til anvendelse.
- (30) Forskriften § 2-1 (2) bokstav a til f regulerer uttømmende hvilke unntak fra kunngjøringsplikten som kan aksepteres når anskaffelsens verdi er mellom 500 000 kroner og terskelverdiene angitt i forskriften § 2-2. For anskaffelser hvis verdi overstiger terskelverdiene i § 2-2, er unntakene fra kunngjøringsplikten fastsatt uttømmende i forskriften § 14-4.
- (31) Innklagede har i foreliggende sak anført at det ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, og vist til at anskaffelsen omfattes av forskriften § 2-1 (2) bokstav c. Av denne bestemmelsen følger det at anskaffelser som *"på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse"*, følger forskriften del I, og således er unntatt fra kunngjøringsplikten. Ettersom

foreliggende anskaffelse har en verdi som overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2, er forskriften § 2-1 (2) ikke anvendelig for foreliggende anskaffelse. Innklagede kan således ikke høres med sin anførsel om at det ikke foreligger en kunngjøringsplikt basert på denne unntaksbestemmelsen. Klagenemnda kan heller ikke se at det er dokumentert at unntaksbestemmelsene i § 14-4 kan gi unntak fra kunngjøringsplikten i foreliggende sak.

- (32) Av § 14-4 bokstav d følger det at en oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring 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"*. Innklagede har blant annet vist til at det var en tidkrevende prosess å få gjennomført virksomhetsoverdragelsen, samt ivaretagelse av en sikker drift og brukernes trygghet, som grunnlag for hvorfor det ble inngått en midlertidig avtale med valgte leverandør i stedet for å gjennomføre en anbudskonkurranse. Disse argumentene kan ikke karakteriseres som *"særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver"*, og etter nemndas syn er det heller ikke slik at disse forholdene ikke kunne forutses av innklagede. Innklagede har heller ikke dokumentert at det på denne bakgrunn var umulig å overholde fristene som oppstilles i forskriften i forbindelse med gjennomføringen av en anbudskonkurranse. På denne bakgrunn kan nemnda ikke se at § 14-4 bokstav d gir hjemmel for manglende kunngjøring i foreliggende sak.
- (33) Ettersom anskaffelsen ikke har vært kunngjort, til tross for at verdien av anskaffelsen overstiger kunngjøringsgrensen, og det ikke er dokumentert at noen av unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse, legger klagenemnda til grunn at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med inngåelsen av samarbeidsavtalen med valgte leverandør om leie av alarmmottak, trygghetsalarmer og røykvarslere.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (34) 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 første ledd.
- (35) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser er det nærmere redegjort for skyldkravet. Der fremkommer blant annet at:

"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 rettsuvitenhet 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."

- (36) Klagenemnda viser til at forskriften § 2-1 (2) bokstav c, som tidligere nevnt, ikke er anvendelig i foreliggende sak. Innklagedes begrunnelse for å kunne benytte denne unntakshjemmelen, og derved foreta en direkte anskaffelse, er ivaretagelse av sikkerheten til brukerne og videreføring av opparbeidet kompetanse på området ved at

de ansatte kunne benytte utstyr de allerede var kjent med. Innklagede har imidlertid ikke, slik klagenemnda ser det, vist til hvilke *"uforutsette omstendigheter"* som forelå på avtaletidspunktet som tilsa at anskaffelsen ikke kunne utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse, jf. § 2-1 (2) bokstav c. De faktiske forhold som er påberopt er med andre ord uansett ikke relevante i forhold til de vurderingene ordlyden i § 2-1 (2) bokstav c viser til. Hensiktsmessighetsvurderingen som innklagede foretok er ikke et rettslig grunnlag for å unnta anskaffelsen fra kunngjøringsplikten, og kan således ikke fritta innklagede fra sitt innkjøperansvar eller fra skyld.

- (37) Innklagede har ikke vist til andre rettslige grunnlag for at anskaffelsen kan unntas fra kunngjøringsplikten. Innklagede har heller ikke dokumentert at det ble utredet, eller foretatt en rettslig vurdering av hvorvidt anskaffelsen var kunngjøringspliktig eller ikke, i forkant av kontraktsinngåelsen. Som grunnlag for at innklagedes handlemåte ikke kan karakteriseres som forsettlig eller grovt uaktsom, er det vist til at gjennomførelsen av virksomhetsoverdragelsen var en tidkrevende prosess og at det var vanskelig å gjennomføre anbudskonkurranse om levering av teknisk utstyr våren 2010. Klagenemnda viser i den forbindelse til at det er oppdragsgivers ansvar å planlegge og påbegynne prosessen med en ny anskaffelse i tilstrekkelig god tid før en eksisterende kontrakt utløper. Om dette har klagenemnda uttalt i sak 2009/144 premiss (45): *"Det påligger oppdragsgiver å forberede og planlegge grunnlaget for konkurransen, herunder å ta hensyn til de faglige og politiske prosesser som er påkrevet."* Innklagede kan således ikke høres med denne anførselen.
- (38) Nemnda legger til grunn at innklagede var kjent med anskaffelsesregelverkets kunngjøringsplikt, ettersom driften av alarmsentralen tidligere var blitt konkurranseutsatt, og spørsmålet om foreliggende anskaffelse burde gjennomføres ved anbudskonkurranse var tatt opp i forbindelse med virksomhetsoverdragelsen. Innklagede må videre ha vært kjent med at anskaffelsen oversteg terskelverdien for kunngjøringsplikt. Det fremstår derfor for nemnda som om innklagede var klar over at anskaffelsen falt inn under anskaffelsesregelverkets kunngjøringsplikt, men likevel valgte å inngå en midlertidig avtale med valgte leverandør uten forutgående kunngjøring.
- (39) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagedes handlemåte ved inngåelsen av den midlertidige samarbeidsavtalen i det minste var grovt uaktsom. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (40) Det følger av loven § 7b første ledd første setning at oppdragsgiver *"kan"* ilegges overtredelsesgebyr dersom det er foretatt 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"*, jf. § 7b andre ledd.
- (41) I Ot.prp. nr 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 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 sak 2010/24 premiss (42) med videre henvisninger.

- (42) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge 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 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.”

- (43) Den påklagde kontrakten ble inngått medio september 2010, og anskaffelsen er av et ikke ubetydelig omfang. Den forutgående kunngjorte kontrakten løp ut 28. februar 2009, det vil si ca. halvannet år før virksomhetsoverdragelsen ble gjennomført. Innklagedes forklaring på hvorfor det gikk så lang tid før virksomhetsoverdragelsen ble gjennomført, gir inntrykk av at prosessen rundt anskaffelsen av trygghetsalarmtjenesten har vært dårlig planlagt og lite gjennomtenkt. Det vises i den forbindelse til oppdragsgivers ansvar i forhold til å planlegge og påbegynne anskaffelsesprosesser, jf. sak 2009/144 gjengitt ovenfor i premiss (37).
- (44) Ved å inngå den midlertidige leieavtalen, uten å gjennomføre en anbudskonkurranse i tråd med regelverket, har innklagede foretatt en anskaffelse helt uten konkurranse. Ettersom innklagede tidligere har gjennomført anbudskonkurranser, legger klagenemnda til grunn at innklagede har kjennskap til kunngjøringsplikten. Det fremstår som om innklagede, i foreliggende sak, ikke har vurdert de faktiske forhold opp mot ordlyden i den påberopte unntakshjemmelen, og det er ikke innsendt dokumentasjon på at det er blitt vurdert hvorvidt anskaffelsen kunne unntas kunngjøringsplikten. Innklagede har således satt seg i en situasjon der man selv fant det nødvendig å sette til side regelverket om offentlige anskaffelser for å ivareta sikkerheten til brukerne av tjenesten. Dette er etter nemndas syn klanderverdig, og hensynet til gebyrets preventive virkning gjør seg derfor særlig gjeldende. Nemnda viser videre til at plikten til å kunngjøre konkurranse for anskaffelser over terskelverdi er absolutt, med mindre noen av unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse. Konkurransesetting av anskaffelser skal også ivareta flere hensyn enn de rent økonomiske. Konkurransesetting skal blant annet ivareta allmennhetenes tillit til at offentlige tjenesteoppdrag tildeles leverandører på en nøytral og objektiv måte, og fremme likebehandling mellom private leverandører, jf. loven § 1 og 5.
- (45) På denne bakgrunn er klagenemnda etter en helhetsvurdering kommet til at det bør ilegges overtredelsesgebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (46) Ved utmålingen av gebyret skal det, i likhet med spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser, og gebyrets preventive virkning, jf. loven § 7b andre ledd, første setning. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. lovens § 7b andre ledd, andre setning.

- (47) 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.”

- (48) I den nevnte sak ila klagenemnda et gebyr på cirka 12,3 prosent av kontraktssummen (3 257 670 kroner). Skjerpningen av gebyrsatsen er fulgt opp i sak 2009/40, 2009/229, 2010/165 og 2010/270 hvor det ble ilagt gebyrer i overkant av 12 prosent av kontraktssummene, og 2009/144 hvor det ble ilagt gebyr på cirka 13,9 prosent (42 millioner kroner).
- (49) Nemnda viser til vurderingen som er lagt til grunn når det gjelder skyldspørsmålet og spørsmålet om hvorvidt det skal ilegges gebyr. Innklagede har fremhevet at det å gjennomføre en anbudskonkurranse om de tekniske løsningene i en prosess med virksomhetsoverdragelse, kunne medføre løsninger som ikke ville videreføre de opparbeidede sikkerhetsrutinene og tryggheten for trygghetsalarmbrukerne. Dette er imidlertid ikke nærmere belyst eller underbygget av innklagede, og klagenemnda kan derfor ikke legge vekt på dette i formildende retning. Innklagede har opplyst at det er satt i gang en prosess med å konkurranseutsette en utvidet trygghetsalarmtjeneste, i samarbeid med tre andre kommuner. Anbudsdokumentene skal etter det opplyste først ferdigstilles våren 2011, og innklagede har lagt frem et utkast til konkurransegrunnlag som etter planen skal kunngjøres i april 2011. Nemnda legger dermed til grunn at konkurransen gjennomføres som planlagt, og avsluttes innen 1. september 2011, ettersom innklagede har opplyst om at opsjonene på forlengelse av foreliggende kontrakt ikke vil bli innløst. Dette vil innebære at det ulovlige forholdet vil opphøre, og det er et forhold som i noen grad er blitt tillagt vekt i formildende retning. Som det fremgår over taler imidlertid preventive hensyn og manglende konkurranse over lengre tid for at gebyret settes relativt høyt. Klagenemnda har etter en skjønnsmessig vurdering kommet til at gebyret settes til 250 000 kroner. Dette utgjør ca 11 % av anskaffelsens anslåtte totalverdi i perioden 1. september 2010 til 1. september 2011 på 2 296 800 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Trondheim kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 250 000

- tohundreogfemtusen - 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.

Bergen, 14. mars 2011
For klagenemnda for offentlige anskaffelser

Kai Krüger