



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemnda ila Ski kommune et gebyr på 360 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av saksbehandlertjenester til barneverntjenesten. Klagenemnda fant at skyldkravet i loven § 7b var oppfylt. Gebyret utgjør ca 12,5 prosent av verdien av kontraktene som ble inngått etter 9. november 2008.

Klagenemndas gebyrvedtak i sak 2010/306

Klager: Nils Berner

Innklaget: Ski kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Nils Berner (heretter kalt klager) 5. november 2010. Klagen er foranlediget av en rekke artikler i Østlandets Blad vedrørende ulovlig direkte anskaffelse av barneverntjenester foretatt av Ski kommune (heretter kalt innklagede). Klagenemndas sekretariat har delt saken i tre separate saker. Foreliggende sak gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av saksbehandlertjenester til barnevernet.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 360 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Barneverntjenesten hos innklagede har anskaffet saksbehandlertjenester fra foretakene Spieler & Falch, Barnevernkompetanse AS og Bare Barnevern uten forutgående kunngjort konkurranse. Det er ikke opplyst når innklagede startet å anskaffe saksbehandlertjenestene. På forespørsel fra klagenemndas sekretariat har innklagede fremlagt følgende avtaler med de aktuelle leverandører i perioden etter 9. november 2008:
- (4) Av avtale mellom innklagede ved barneverntjenesten og Spieler & Falch, datert 24. november 2008, fremgår at avtalen skulle gjelde fra 1. desember 2008 til 31. mai 2009.
- (5) Av avtale mellom innklagede ved barneverntjenesten og Barnevernkompetanse AS, datert 15. januar 2009, fremgår at avtalen skulle gjelde fra og med 19. januar 2009, til antatt 30. april 2009, og "eventuelt annet etter videre avtale".
- (6) Av avtale mellom innklagede ved barneverntjenesten og Bare Barnevern, datert 9. juli 2009, fremgår at avtalen skulle gjelde fra og med 9. juli 2009. Det er i avtalen ikke opplyst noe om tidspunktet avtalen skulle gjelde til.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

- (7) Fra artikkel i Østlandets Blad 3. november 2010 hitsettes:

"Fakta

SÅ MYE BRUKTE KOMMUNENE PÅ PRIVATE BARNEVERNKONSULENTER I

2009:

Ski: Cirka 10 millioner

[...]

Tallene er hentet inn fra barnevernsansvarlige i de respektive kommunene."

- (8) Fra en annen artikkel i samme avis samme dag hitsettes:

"Ski kommune har ryddet opp i bruken av konsulenter i barneverntjenesten.

- Vi sikrer kvaliteten best ved å gjøre jobben selv, sier leder for barneverntjenesten i Ski kommune, Knut Johnsen.

Han mener kommunen mister kompetanse og kontinuitet i behandlingen av barnevernsakene ved å sette saksbehandlingen ut til eksterne, private aktører.

- Satt på spissen sitter kommunen igjen med bestillerkompetanse på konsulenter. I likhet med Oppegård kommune har Ski gått på en dunderende budsjettsmell som følge av de dyre konsulentregningene.

[...]

Bare i 2009 kjøpte Ski barneverntjenester for over 10 millioner kroner. Av dette fakturerte Barnevernkompetanse AS kommunen 1,158 millioner kroner. Prisen inkluderer to konsulenter, men dette tilsvarer ikke to årsverk."

- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 5. november 2010.
- (10) Innklagede ble varslet ved klagenemndas brev 9. november 2010.
- (11) På forespørsel fra sekretariatet har innklagede lagt frem kontrakter og fakturaer som fra 9. november 2008 og ut november 2010 beløpssmessig fordeler seg på foretakene slik; Spieler & Falch kr 626 009,50 eksklusiv merverdiavgift, Bare Barnevern kr 716 413, 63 eksklusiv merverdiavgift og Barnevernkompetanse AS kr 1 531 165,55 eksklusiv merverdiavgift. Totalsummen for perioden beløper seg til 2 873 588,68 kroner eksklusiv merverdiavgift.
- (12) Klagenemnda sendte 16. mars 2011 et varsel til innklagede om ileggelse av overtredelsesgebyr pålydende 370 000 kroner, noe som utgjør 12,5 prosent av anskaffelsens daværende utregnede totalverdi på kr 2 960 443,18 eksklusiv merverdiavgift. En mindre del av anskaffelsen som ble lagt til grunn i varselet, er imidlertid omfattet av en kontrakt inngått før 9. november 2008 og er således foreldet, jf. premiss 23 nedenfor. Anskaffelsens verdi er i foreliggende gebyrvedtak justert til kroner kr 2 873 588,68 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. premiss 11 over.

- (13) Innklagede ble gitt frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda har ikke mottatt kommentarer fra innklagede.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klager anfører at innklagede, slik saken fremstår i media, har foretatt ulovlig direkte anskaffelse av saksbehandlertjenester til barnevernet.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede erkjenner at anskaffelse av saksbehandlertjenester skulle vært gjenstand for konkurranse. Det er beklagelig at dette ikke ble gjort.
- (16) Innklagede bestrider å ha handlet med forsett eller grov uaktsomhet. Innklagedes barneverntjeneste var i begynnelsen av 2009 i en situasjon hvor det ikke var mulig å overholde de frister som er gitt i barnvernsløven § 6-9 (1). Bakgrunnen for dette er at belastningen på barneverntjenesten på dette tidspunktet var av en slik karakter at det ville måtte forekomme vesentlige fristavbrudd, særlig i forbindelse med undersøkelser, om kommunen ikke hadde anskaffet saksbehandlingstjenester eksternt.
- (17) I innklagedes tilfelle ville fristavbruddene blitt så omfattende, både i antall og tid, at fylkesmannen kunne ilagt innklagede mulkt for overtredelser av barnevernlovens bestemmelser.
- (18) På det tidspunkt samarbeidet ble innledet (innklagede har unnlatt å presisere tidspunktet), var det ikke grunnlag for å anta at oppdraget fikk det omfang som det viste seg å bli. På denne bakgrunn ble det heller ikke ansett som nødvendig å invitere til anbudsrunde forut for oppstart. Direkte kjøp ble ikke gjort i den hensikt å unndra seg regelverket for offentlige anskaffelser.
- (19) Innklagede understreker at mange barneverntjenester rundt om i de fleste norske kommuner har, når de har stått ovenfor realiteten med omfattende fristbrudd, anskaffet tjenester fra ulike leverandører uten å ha innhentet tilbud. Det er et svært tilfeldig utvalg av kommuner som nå er innklaget for brudd på regelverket på dette området.
- (20) Fra 2009 har innklagede gjennomført en snuoperasjon i barneverntjenesten. Gjennom denne prosessen har innklagede fått på plass ny ledelse og foretatt en fullstendig gjennomgang av de avtaler som barneverntjenesten har hatt med eksterne aktører. Innklagede var ved utgangen av 2010 i ferd med å få på plass regelmessige avtaler om saksbehandlerbistand.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a 1. ledd.
- (22) Av klagenemnds forskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b 3. ledd. Av bestemmelsen fremgår at adgangen til å

ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at 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 5. november 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev 9. november 2010.

- (23) Klagenemndas myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr er i foreliggende sak begrenset til å gjelde den kontrakt/de kontrakter innklagede kan anses for å ha inngått etter 9. november 2008, jf. premiss ovenfor. Dette er tilfellet for samtlige av de tre kontrakter som er angitt ovenfor i premiss 4 til 6, og klagen vedrørende disse er rettidig.
- (24) Klagenemnda legger videre til grunn at kontraktene som ble inngått om saksbehandlertjenester etter 9. november 2008 må anses for å utgjøre én samlet anskaffelse i relasjon til vurderingen av anskaffelsens verdi, jf. forskriften § 2-3, 1. ledd, på totalt kroner kr 2 873 588,68 eksklusiv merverdiavgift. Det er her tale om kjøp av den samme typen tjeneste i etterfølgende og delvis overlappende tidsperioder. Avtalene som er inngått med de tre ulike leverandørene er også tilnærmet identiske hva gjelder beskrivelsen av tjenestens innhold med mer. Dette er for øvrig heller ikke bestridt av innklagede.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (25) Av loven § 7b 1. ledd følger det at med en ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (26) Den aktuelle anskaffelsen gjelder saksbehandlertjenester til barnevernet som er en uprioritert tjeneste etter forskriften vedlegg 6 kategori (27). Anskaffelsens verdi er over nasjonal terskelverdi og følger da i utgangspunktet reglene i forskriften del I og II, jf. § 2-1 2. og 5. ledd.
- (27) Innklagede har begrunnet den manglende kunngjøringen med flere forhold. Blant annet er det vist til belastning i forbindelse med undersøkelsessaker i barneverntjenesten, risiko for mulkt fra fylkesmannen, innklagedes kjennskap til selskapet Barnevernkompetanse AS, og at innklagede er tilfeldig utvalgt blant en rekke kommuner.
- (28) Forskriften § 2-1 5. ledd, jf. 2. ledd bokstav a – f, regulerer uttømmende hvilke unntak fra kunngjøringsplikten som kan aksepteres når anskaffelsen er over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift. Klagenemnda kan ikke se at noe av det innklagede har begrunnet den manglende kunngjøringen med, kan henføres under disse unntakene. Innklagede har på denne bakgrunn foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet – loven § 7b 1. ledd

- (29) Skyldkravet for å kunne ilegge overtredelsesgebyr er ihht loven § 7b 1. ledd at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt "*forsettlig eller grovt uaktsomt*".

- (30) 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 rettsuvidenhet som grovt uaktsomt. 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.”

- (31) Nemnda påpeker at den ulovlige direkte anskaffelsen har pågått over flere år og nemnda kan vanskelig se at belastningen i barnevernet kom overraskende på innklagede. Nemnda har tidligere lagt til grunn at organisasjonsendringer, herunder ressursproblemer, ikke anses unnskyldelig, jf. sak 2010/187.
- (32) Det har ikke fremkommet opplysninger om at innklagede på noe tidspunkt har vurdert kunngjøring av anskaffelsen, selv om kunngjøringsgrensen åpenbart var oversteget. Det vises her til at innklagede i snitt har anskaffet saksbehandlertjenester for kr 119 733 per måned (2 873 588,68 / 24 måneder) i perioden etter 9. november 2008.
- (33) Etter klagenemndas oppfatning kan det heller ikke anses tvilsomt at det ikke forelå rettslig grunnlag for å unnta anskaffelsen fra kunngjøringsplikten. Nemnda anser innklagedes handlemåte som forsettlig, jf. klagenemndas sak 2010/270. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (34) Det følger av loven § 7b 1. ledd at oppdragsgiver *”kan”* ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren 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 skal legges vekt på *”overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning”*. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende.
- (35) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte daværende 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 sak 2010/24 (premiss 42) med videre henvisninger.
- (36) 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.”

- (37) Etter nemndas syn kan ikke innklagede ha vært i tvil om at anskaffelsen falt inn under anskaffelsesregelverket eller at eksterne saksbehandlertjenester i den størrelsesorden det her var behov for, skulle vært kunngjort. At innklagede var kommet i en vanskelig situasjon som følge av lovpålagte frister, kan ikke endre dette. Klagenemnda er derfor etter en helhetsvurdering kommet til at det skal ilegges overtredelsesgebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (38) Ved utmålingen av gebyrets størrelse skal det legges vekt på de samme momenter som nevnt ovenfor; overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkning, jf. loven § 7b 2. ledd. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b 2. ledd.

- (39) 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 anskaffelser foretas i et ikke utbetydelig 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.”

- (40) I denne saken ila klagenemnda et gebyr på cirka 12,3 prosent av kontraktssummen (3 257 670 kroner). Skjerpningen av gebyrsatsen er fulgt opp i sak 2009/144, hvor det ble ilagt et gebyr på cirka 13,9 prosent, noe som utgjorde 42 millioner kroner, og i sak 2010/222, hvor det ble ilagt et gebyr på 290 000 kroner, noe som var i underkant av 14 prosent av anskaffelsens verdi. Videre vises det også til sakene 2010/105, 2010/269 og 2010/270, som omhandlet anskaffelser av forskjellige tjenester til barneverntjenesten i Fredrikstad kommune. Her ble det ilagt gebyrer på cirka 12,5 prosent av kontraktssummen (ca 48 millioner kroner totalt). Sak 2010/270 gjaldt anskaffelse av saksbehandlertjenester, og faktum i denne saken var tilnærmet identisk faktum i foreliggende sak.
- (41) Nemnda viser til vurderingen som er lagt til grunn når det gjelder skyldspørsmålet og hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr. Nemnda kan ikke se at det foreligger nevneverdige formildende forhold i foreliggende sak. Som det fremgår over, taler preventive hensyn, manglende konkurranse og at den ulovlige direkte anskaffelsen har

pågått over flere år for at gebyret settes relativt høyt. Klagenemnda har etter en skjønnsmessig vurdering kommet til at gebyret passende kan settes til kr 360 000. Dette utgjør ca 12,5 prosent av kr 2 873 588,68, som er verdien av kontraktene inngått etter 9. november 2008.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Ski kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 360 000 – trehundreogsekstitusen – 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 5. ledd.

Bergen, 6. juni 2011
For klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl