



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede hadde anskaffet saksbehandlertjenester til sin kommunale barnevernstjeneste for kr. 1 241 019,- uten å kunngjøre anskaffelsene. Klagenemnda fant at dette utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse og at det påberopte unntaket ikkje kunne føre frem. Innklagede ble ilagt et gebyr på 9 % av kontraktsummen.

Klagenemndas gebyrvedtak 17. desember 2013 i sak 2011/336

Klager: Jan Hausken

Innklaget: Drammen kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Siri Teigum

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Jan Hausken (heretter kalt klager) mottatt 1. desember 2011. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Drammen kommunes (heretter kalt innklagede) anskaffelse av saksbehandlertjenester til barnevernstjenesten.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på kr. 110 000,-. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b (1).

Bakgrunn:

- (3) Innklagede driver en kommunal barnevernstjeneste, og anskaffet i den forbindelse saksbehandlertjenester relatert til barnevern.
- (4) Etter det opplyste hadde innklagede for 2010 budsjettert med kr. 750 000,- til kjøp av konsulentttjenester. I regnskapsrapporten fra februar 2010 stod det: "*Barnevern: nyansatte saksbehandlere på plass i februar og mars. Mye konsulentbruk i årets første måneder, fases ut når bemanningen er på plass*". I regnskapsrapporten fra november 2010 stod det: "*Barnevern har tross nyansettelser noe ubrukte lønnsmidler pr. 30/11. Sammen med ref sykelønn brukes midlene til kjøp av konsulentttjenester for å dekke opp nødvendig kapasitet på undersøkelser. Meldingsnivået har vært høyt hele høsten*".
- (5) For 2011 hadde innklagede budsjettert med kr. 180 000,- til kjøp av konsulentvirksomhet. Regnskapsrapporten fra oktober lød: "*Barnevern, saksbehandling: vakanser har gitt underforbruk på lønn, men lovpålagte oppgaver er delvis utført av innleide konsulenter. Ansettelser er nå foretatt. Noe konsulentkostnader vil fremdeles påløpe, men disse fases gradvis ut*".

- (6) I innklagedes internrapportering nr. 30/4-10 for første tertial stod det under overskriften "Barnevern": "Antall meldinger økte med 15 % fra 1. tertial 2009 til 1. tertial 2010. antall barn med tiltak er nå 508, og det er en økning på 27,6 % i samme periode". Innklagede har forklart at barnevernstjenesten hadde vært under sterkt press de siste årene, med økende oppdragsmengde. Innklagede har forklart at innklagedes ansatte i tillegg hadde høye fraværshfrekvenser, høy turnover og ubesatte stillinger. På bakgrunn av befolkningsframskrivninger antok innklagede at fremtidige barnevernsbehov ville øke i perioden frem til 2015.
- (7) Innklagede anskaffet derfor saksbehandlertjenester fra Barnevernskompetanse AS uten at denne anskaffelsen ble kunngjort. Det ble inngått seks skriftlige avtaler mellom innklagede og Barnevernskompetanse AS. De var signert av daglig leder eller avdelingsledere for Barnevernskompetanse AS og barnevernslederen hos innklagede. Avtalene inneholdt kontaktopplysninger, betalingsbetingelser, angivelse av tidsbruk, hvem oppdraget skulle utføres av, hvor det skulle utføres, rapporteringsrutiner, satser for diett og parkering ved reiser, timepriser med mer. Avtaleperioden var særskilt kommentert i hver avtale. Det samme var tjenesten som Barnevernskompetanse AS skulle levere. En oversikt over avtalene kan oppstilles slik:

Avtale	Oppdragstype	Perioder fakturert	Samlet beløp under avtalen	Kommentar i avtalen om varighet
A1005, datert 11. juni 2010	"Oppfølging av fosterhjem, ev. annet etter nærmere avtale"	Fra juni 2010 til februar 2011	Kr. 156 274,-	"Fra og med 19.6.10 og inntil videre etter løpende avtale"
B1101, datert 28. februar 2011	"Godkjenning av fosterhjem, ev. annet etter avtale",	Februar 2011	Kr. 12 406,-	"Fra og med 16.2.2011 og inntil videre etter løpende avtale"
B1103, datert 23. mars 2011	"Godkjenning av fosterhjem, saksbehandling fosterhjem og ev. annet etter avtale"	Fra mars til november 2011	Kr. 471 922,-	"Fra og med 21.3.2011 og inntil videre etter løpende avtale"
C1102, datert 28. februar 2011	"Oppfølging av 15- 20 fosterhjemsaker, ev. annet etter nærmere avtale"	Fra februar til juni 2011	Kr. 298 403,-	"Fra og med 14.02 og 3 mndr, evet videre etter løpende avtale"
C1104, datert 30. juni 2011	"Oppfølging av 15- 20 fosterhjemsaker, ev. annet etter nærmere avtale"	Fra juni til desember 2011	Kr. 297 915,-	"Fra og med 30.6.11 og inntil videre etter løpende avtale"
D1105, datert 6. mai 2011	"Tilsyn fosterhjem 4 ganger pr. år"	November 2011	Kr. 4 098,-	"Fra og med 4.5.2011 og inntil videre etter"

				<i>nærmere avtale"</i>
--	--	--	--	------------------------

- (8) Barnevernskompetanse AS sendte fakturaer for leverte tjenester. Til sammen ble innklagede fakturert for kr. 1 241 019,- på grunnlag av disse avtalene.
- (9) Etter det opplyste startet innklagede arbeidet med å kunngjøre en anskaffelse av saksbehandlingstjenester våren/sommeren 2011. Kunngjøring skjedde 19. juli 2011 og innklagede inngikk rammeavtaler med FRI AS og Barnevernskompetanse AS i oktober 2011.
- (10) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser med brev av 1. desember 2011. Ved klagenemndas brev av 7. desember 2011 ble klagen oversendt innklagede, og innklagede informert om at klagen inneholdt påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og at brevet var fristavbrytende.
- (11) I e-postkorrespondanse mellom klagenemndas sekretariat og klager primo januar 2012, presiserte klager at klagen bare gjaldt anskaffelse av saksbehandlertjenester. Innklagede ble orientert om denne presiseringen i e-post fra klagenemndas sekretariat 4. januar 2012.
- (12) Klagenemnda sendte 15. november 2013 et forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende kr. 110 000,-. Nemnda ble 16. desember 2013 via telefon varslet av innklagedes prosessfullmektig at innklagede ikke hadde kommentarer til forhåndsvarselet.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe saksbehandlingstjenester direkte fra Barnevernskompetanse AS uten at anskaffelsen ble lagt ut på anbud. Det ble ikke innhentet tilbud fra andre leverandører. Det ble ikke skrevet anskaffelsesprotokoll med begrunnelse for valget av leverandør eller krevd fremlagt skatteattester eller HMS-erklæring. Innklagede bør ilegges overtredelsesgebyr.

Innklagedes anførsler:

- (14) Det er uhensiktsmessig av klagenemnda å behandle slike generelle klager fra en klager som klart mangler rettslig klageinteresse. Klagebehandlingen påfører innklagede et omfattende arbeid med å gjennomgå gammel avtalepraksis. Taushetspliktregler gjør det vanskelig for barnevernstjenesten å imøtegå klagen. Klagen bør vurderes avvist.
- (15) Saksbehandlingstjenester i barnevernstjenesten kan ikke anses som kontrakter som omfattes av anskaffelsesreglene. Klagenemnda har selv gått tilbake på hvilke barnevernsrelaterte tjenester som omfattes, jf. sak 2010/105. KS innhentet høsten 2011 rapporten "Kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere" som konkluderer med at det foreligger flere uklarheter på dette området. Saksbehandlingstjenester med undersøkelse og oppfølging av enkeltsaker, tilsyn, godkjenning av adopsjon mv. representerer utøvelse av offentlig myndighet etter kommunens hjemler i barnevernloven. Hensynet til barnets beste må veie tyngre enn forretningsmessige hensyn. Barnets beste tilsier ofte hurtig inngripen fra barnevernet, hvilket umuliggjør en

anskaffelsesprosess i forkant. Behovet for fremtidig saksbehandlingsbistand er krevende å forutse, noe som gjør det vanskelig å inngå en rammeavtale.

- (16) Dersom kontraktene likevel omfattes av anskaffelsesreglene, er de grunnet sine verdier, isolert sett, ikke omfattet av kunngjøringsplikten. De må vurderes hver for seg siden det ved saksbehandlertjenestebehovene er sett hen til barnets behov og hvilken konsulent som best kan dekke det. Ut fra hensynet til barnets beste, gjelder det et ønske om kontinuitet i hvilke konsulenter som foretar saksbehandlingen. Følgelig dekker ikke kontraktene samme behov for innklagede, og det er saklige grunner for å dele opp anskaffelsene, jf. 2008/55, 2008/81 og 2008/85. Avtalene må da vurderes isolert, og ingen av dem overskrider den nasjonale terskelverdien på kr. 500 000,- alene. Alternativt må avtalene for hver enkelt konsulent vurderes sammen. Da overskrider bare kjøp av tjenester fra konsulenten med avtalene C1102 og C1104 nasjonal terskelverdi. De øvrige avtalene må tas ut av saken.
- (17) Dersom klagenemnda likevel vurderer kontraktene samlet, må kontraktene anses tidsbegrensede med kortere varighet enn 48 måneder, jf. forskriften § 2-3 (9). Innklagedes forutsetning var hele tiden at avtalene var midlertidige og skulle erstattes av nyansettelser og rammeavtale fra 2011, jf. arbeidet med utlysning av ny rammeavtale som ble igangsatt sommeren 2011, og inngåelse av rammeavtale i oktober 2011. Beregningsregelen i § 2-3 (10) kan da ikke benyttes.
- (18) Ved vurderingen av om anskaffelsen skulle vært kunngjort, må det tas utgangspunkt i innklagedes vurdering av omfanget av behovet for konsulenttjenestene. Budsjettet for 2010 viser at samlet konsulentbruk var budsjettet til kr. 750 000,- for 2010. Men det må gjøres fradrag for anskaffelser som er foreldet etter loven § 7b (3) 3. og 4. setning, slik at reelle kostnader til konsulentbruk i 2010 var kr. 144 399,-. Budsjett for konsulentbruk for 2011 var kr. 180 000,-. De reelle kostnadene på kr. 1 096 620,- kan ikke vektlegges. Det vises til at antall meldinger til barnevernet økte med 27,6 % fra 2009 til 2010. Det budsjetterte omfanget er under kunngjøringsgrensen.
- (19) Uansett kunne anskaffelsene unntas kunngjøring etter forskriften § 2-1 (2) bokstav c grunnet uforutsette omstendigheter. Regler om taushetsplikt hindrer innklagede i å redegjøre fylldig for dette grunnlaget, men det vises til at barnevernstjenestens plikt til hurtig reaksjon. I tillegg økte arbeidsmengden betraktelig. Det må være akseptabelt at innklagede foretok direktekjøp frem til ny rammeavtale forelå i 2011.
- (20) Subsidiært er skyldkravet i loven § 7b (1) ikke oppfylt. Innklagedes anslag i sine budsjetter over konsulentbehovet var forsvarlig. Økningen i oppdragsmengden i 2010 kunne ikke forutses, og arbeid med ny rammeavtale ble igangsatt så snart som ble ansett nødvendig. I tillegg er det uklart om slike anskaffelser egentlig er omfattet av regelverket, jf. rapporten fra KS og klagenemndas egen praksis som behandler ulike tjenester som barnevernet kjøper forskjellig. Grensene rundt dette er uklare. Innklagede har dermed ikke opptrådt grovt uaktsomt.
- (21) Atter subsidiært er det ikke grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr. Alternativt må gebyret være beskjedent. Et eventuelt brudd på reglene er ikke grovt, og skyldes kun at hensynet til barnets beste har vært i fokus. Rammeavtale ble inngått i 2011, slik at eventuell overtredelse nå er korrigert.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en anskaffelse av saksbehandlertjenester til barnevernet uten forutgående kunngjøring i tråd med anskaffelsesregelverket, og om det skal ilegges gebyr for dette.

Klagenemndas myndighet til å behandle spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse

- (23) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (24) Den 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (25) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere.
- (26) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Dersom klagenemnda kommer til at det foreligger kontrakt i foreliggende sak, vil det dreie seg om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012.
- (27) Etter loven § 7b (3) bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. I foreliggende sak ble klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse oversendt innklagede ved klagenemndas brev 7. desember 2011. Kontraktene i denne saken er inngått i 2010 og 2011 og klagen er derfor rettidig.
- (28) Innklagede har anført at klagen bør avvises fordi klager ikke kan ha rettslig klageinteresse og fordi det er arbeidskrevende for innklagede å gjennomgå gammel avtalepraksis. 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. Klagenemnda finner heller ikke grunn til å avvise saken av andre grunner.

Hvorvidt kontraktene er omfattet av regelverket

- (29) Innklagede har anført at de aktuelle anskaffelsene ikke er kontrakter som omfattes av anskaffelsesregelverket, og har vist til klagenemndas sak 2010/105.
- (30) Regelverket gjelder tildeling av offentlige "kontrakter", jf. forskriften § 1-3 (1). "Kontrakt" er i § 4-1 bokstav a, definert som en "gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører". Det er på det rene at det foreligger skriftlige kontrakter mellom innklagede og de fire leverandørene.

- (31) I klagenemndas sak 2010/364 gjennomgikk nemnda problemstillinger knyttet til barneverntjenester og fant at det måtte sondres mellom tildeling av kunngjøringspliktige rammeavtaler til private institusjoner og plasseringsvedtak i enkeltsaker. Nemnda la til grunn at enkeltkjøp av institusjonsplasser for barn innen barnevern, i motsetning til rammeavtaler om institusjonsplasser, ikke kunne anses som en kontrakt i forskriftens forstand. Enkeltkjøp ble således ansett som en del av et plasseringsvedtak. Resultatet ble fulgt opp i sakene 2011/75 og 2010/105 som begge gjaldt kjøp av tiltakstjenester for barn innen barnevern. I den sistnevnte ble det ilagte gebyret på 1,6 millioner kroner tilbakebetalt.
- (32) Det foreliggende tilfellet gjelder imidlertid ikke enkeltkjøp av institusjonsplasser eller tiltakstjenester for barn, men kjøp av saksbehandlertjenester. Klagenemnda har i en rekke saker lagt til grunn at dette er en kunngjøringspliktig tjeneste, jf. blant annet sakene 2011/339, 2011/20, 2011/19, 2010/306, 2010/305 og 2010/270. De aktuelle anskaffelsene i den foreliggende saken utgjør derfor kontrakter i forskriftens forstand, og er omfattet av regelverket.

Hvorvidt kontraktene skal vurderes isolert eller samlet

- (33) Av den innsendte dokumentasjonen fremgår det at innklagede har hatt løpende avtaleforhold med flere private aktører. Innklagede har fremlagt avtaler tilbake til juni 2010, jf. foreldelsesfristen i loven § 7b (3). Klagenemnda må da ta stilling til hvorvidt avtalene med de ulike aktørene må ses i sammenheng i relasjon til kunngjøringsplikten, eller om avtalene må vurderes for seg.
- (34) Innklagede har anført at de seks kontraktene i vår sak må vurderes isolert, siden det ved anskaffelse av saksbehandlertjenestene er sett hen til det aktuelle barns behov og hvem som best kan dekke det, samt et ønske om kontinuitet blant saksbehandlerne.
- (35) I forskriften § 2-3 (1) fremgår det at oppdragsgiver skal beregne den totale anskaffelsens anslåtte verdi på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp han kan komme til å betale, eksklusiv merverdiavgift, for samtlige av de kontrakter som utgjør anskaffelsen. Det fremgår videre av forskriften § 2-3 (4) at en planlagt anskaffelse av en bestemt ytelse ikke kan deles opp i den hensikt å unngå at bestemmelser i forskriften kommer til anvendelse.
- (36) I Veilederen punkt 4.2.2 heter det blant annet at et "*naturlig utgangspunkt i vurderingen av hva som utgjør én anskaffelse er om den planlagte anskaffelsen samlet har til formål å dekke et bestemt behov*".
- (37) I sak 2011/76 premiss (39) uttalte nemnda:

"I klagenemndas sak 2010/306 premiss (24) ble det lagt til grunn at tre kontrakter Ski kommune hadde inngått med forskjellige leverandører av saksbehandlertjenester til barneverntjenesten måtte anses for å utgjøre én samlet anskaffelse ut fra bestemmelsen i forskriften § 2-3 (1). Det ble vist til at: "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. Det er for øvrig heller ikke bestridt av innklagede." Det samme ble lagt til grunn i klagenemndas saker 2010/270, 2011/19 og 2011/20, som også gjaldt anskaffelse av saksbehandlertjenester til barneverntjenesten."

- (38) I foreliggende sak er alle kontraktene inngått mellom Barnevernskompetanse AS og innklagede. Flere av kontraktene overlapper hverandre i varighet. Det er tidsmessig nærhet i inngåelse av flere av avtalene, eksempelvis er kontraktene B1101 og C1102 begge inngått i februar 2011. I kontraktene er angivelsene av oppdragenes innhold sammenfallende og fremstår identiske. Det vises til at arbeidsbeskrivelsen i alle avtalene relaterer seg til fosterhjem, enten det er oppfølging, saksbehandling eller godkjenning av fosterhjem.
- (39) Innklagede har anført at kontraktene ikke kan vurderes samlet, fordi det i de enkelte sakene måtte ses hen hvilken konsulent som best kunne dekke barnets behov, og nødvendigheten av kontinuitet blant saksbehandlerne, jf. barnevernsloven § 4-1 om barnets beste. Dette endrer likevel ikke at det er tale om kjøp av den samme typen tjeneste i etterfølgende og delvis overlappende tidsperioder. Nemnda har også tidligere, blant annet i sakene 2011/20, 2011/19 og 2010/270, kommet til at avtaler med flere leverandører om saksbehandlertjenester til barnevernet, skal anses som én og samme anskaffelse. Det tilsvarende må etter en konkret vurdering også gjelde den foreliggende saken, hvor også alle avtalene er med én og samme leverandør. Kontraktene må etter dette anses som én anskaffelse i relasjon til forskriften § 2-3 (1).

Kontraktenes verdi

- (40) Klagenemnda går så over til å vurdere hva som må legges til grunn som anskaffelsens verdi.
- (41) Av forskriftens § 2-3 (1) følger det at anskaffelsens anslåtte verdi skal beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp han kan komme til å betale, eks. mva., for kontraktene som utgjør anskaffelsen. I klagenemndas sak 2008/81 premiss (29) uttalte nemnda at vurderingen av om oppdragsgivers anslag kan anses forsvarlig, må bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering. Innklagede har vist til at innklagede budsjetterte med kr. 750 000,- for konsulentbruk i barnevernstjenesten i 2010 og kr. 180 000,- i 2011. Allerede ut fra de budsjetterte utgiftene skulle anskaffelsen av saksbehandlertjenestene vært kunngjort. Innklagedes reelle kostnader ble kr. 1 241 019,-
- (42) Anskaffelsens verdi overskrider således kr. 500 000,- og skulle da som utgangspunkt vært kunngjort etter forskriften del II § 9-1. Det er da ikke nødvendig å ta stilling til innklagedes anførsler om beregningsreglene i forskriften § 2-3 (9) og § 2-3 (10).

Unntak fra kunngjøringsplikten

- (43) Innklagede har anført at anskaffelsen kunne foretas direkte uten forutgående kunngjøring med hjemmel i forskriftens § 2-1 (2) bokstav c. Av bokstaven følger det at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse uten forutgående kunngjøring dersom "anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse".
- (44) I klagenemndas praksis er det fastslått at unntaksbestemmelsene i regelverket skal fortolkes strengt, jf. eksempelvis sakene 2008/81 og 2006/105, og at oppdragsgiver har bevisbyrden for at unntakene kommer til anvendelse. Tilsvarende er også fastslått av EU-domstolen for anskaffelser over EØS-terskelverdi i sakene C-199/85, C-394/02, C-126/03 m. fl.

- (45) Nemnda forstår at en økende arbeidsmengde for innklagedes barnevernstjeneste kan innebære utfordringer for innklagede, spesielt sett i sammenheng med kravet til barnevernstjenestens hurtige reaksjon. Imidlertid kan dette ikke anses som en uforutsett omstendighet i anskaffelsesregelverkets forstand i den foreliggende saken. Det vises til at innklagede allerede for 2010 budsjetterte med kjøp av saksbehandlertjenester for kr. 750 000,- fra eksterne leverandører. Den direkte anskaffelsen synes således ikke motivert eller foranlediget av uforutsette omstendigheter. At innklagede måtte betale mer enn det budsjetterte, endrer ikke dette, all den tid det budsjetterte i seg selv er over kunngjøringsgrensen.
- (46) Etter dette er ikke unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav c anvendelig. Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b.

Skyldkravet – loven § 7b (1)

- (47) For at det skal kunne ilegges overtredelsesgebyr, kreves det at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt "*forsettlig eller grovt uaktsomt*", jf. loven § 7b (1).
- (48) Det fremgår av forarbeidene i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 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 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."

- (49) Det forutsettes i forarbeidene at offentlige oppdragsgivere har god oversikt over regelverket om offentlige anskaffelser. Det er ikke dokumentert at innklagede vurderte anskaffelsesregelverkets betydning for den direkte anskaffelsen av saksbehandlertjenestene. Dette til tross for at innklagede for 2010 budsjetterte med kr. 750 000,- til kjøp av konsulenttjenester fra private leverandører. Som vist ovenfor, er det ikke tvilsomt at de aktuelle saksbehandlertjenestene omfattes av regelverket, og skulle vært kunngjort. Når det gjelder innklagedes utfordringer med økende arbeidsmengde, hadde innklagede tidlig en oppfordring til å treffe tiltak for å overholde anskaffelsesregelverket. Nemnda har tidligere lagt til grunn at organisasjonsendringer, herunder ressursproblemer, ikke anses unnskyldelig, jf. sak 2010/306 premiss (31) med videre henvisninger. Sak 2011/19 gjaldt også ulovlig direkte anskaffelse av saksbehandlertjenester til en kommunes barnevernstjeneste. Nemnda fant der ikke å kunne vektlegge at innklagede var kommet i en vanskelig situasjon som følge av stort sakstilfang, jf. premiss (32). Samlet sett utgjør anskaffelsene kr. 1 241 019,-, som er en klar overskridelse av terskelverdien. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede må anses å ha opptrådt grovt uaktsomt ved inngåelse av kontraktene.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (50) Etter loven § 7b (1) første setning "*kan*" oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av hvorvidt det skal

ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering hvor det særlig skal legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*, jf. § 7b (2).

- (51) 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.
- (52) I en av de første gebyrsakene klagenemnda behandlet, 2007/90, uttalte klagenemnda i premiss (52) 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."

- (53) Det foreligger i denne saken en klar overtredelse av kunngjøringsplikten og innklagede har opptrådt grovt uaktsomt. Innklagede hadde oppfordringer gjennom egne budsjetter, økende arbeidsmengde over tid og beløpene som leverandørene samlet sett etter hvert fakturerte, til å la anskaffelsene kunngjøres på et tidligere tidspunkt. Anskaffelsesverdien er ikke ubetydelig, og anskaffelsene har skjedd nærmest kontinuerlig fra juni 2010 og til desember 2011. Klagenemnda kommer til at det bør ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (54) 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 (2), første setning. Opplistingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 % av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b (2), annen setning.
- (55) I klagenemndas sak 2009/120 premiss (36) uttalte klagenemnda 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 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."

- (56) I sak 2009/120 ila klagenemnda et gebyr på cirka 12,3 % av kontraktssummen. Skjerpingen av gebyrsatsen er fulgt opp i nemndas etterfølgende saker.
- (57) Når det gjelder gebyrets størrelse, vises det til de vurderinger som er gjort ovenfor om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. I sakene 2011/20 og 2011/19 ila klagenemnda et gebyr i størrelsesordenen 12 %, men kontraktene i de sakene hadde vart lenger enn det som er dokumentert i vår sak. Også i sakene 2010/306, 2010/305 og 2010/270 var det ilagte gebyret rundt 12,5 %, men der fant klagenemnda at innklagede hadde utvist forsett. I foreliggende sak har innklagede opptrådt grovt uaktsomt. Likevel er det skjerpende at det foreligger en klar overtredelse av kunngjøringsplikten. I formildende retning vektlegges at innklagede har hatt noen utfordringer med ansattes fravær og økende arbeidsmengde. Innklagede forsøkte å avhjelpe utfordringene ved å kunngjøre en konkurranse i juli 2011. Selv om kunngjøringstidspunktet skjedde noe seint i hendelsesforløpet, vektlegger nemnda i formildende retning at innklagede etter eget initiativ omsider kunngjorde anskaffelsen.
- (58) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende settes til 9 % av kr. 1 241 019,-, som er verdien av kontraktene. Dette avrundes til kr. 110 000,-.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

"Drammen kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 110 000

- hundreogtitusen - kroner.

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

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b (5). Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å begjære en sak prøvet for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

Bergen, 17. desember 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Siri Teigum