



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede hadde anskaffet saksbehandlertjenester til sin kommunale barnevernstjeneste for kr. 4 394 765,- uten å kunne gjøre anskaffelsene. Klagenemnda fant at dette utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse og at ingen av de påberopte unntakene kunne føre frem. Innklagede ble ilagt et gebyr på 9 % av kontraktsummen.

Klagenemndas gebyrvedtak 17. desember 2013 i sak 2011/340

Klager: Jan Hausken

Innklaget: Røyken 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 Røyken kommunes (heretter kalt innklagede) anskaffelse av saksbehandlertjenester til barnevernstjenesten.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på kr. 400 000,-. 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. 1 146 273,- til kjøp av konsulent tjenester. For 2011 hadde innklagede budsjettert med kr. 300 000,- til det samme.
- (5) Innklagede har forklart at en personalkonflikt oppstod i den kommunale barnevernstjenesten i februar 2010, men at den da syntes å skulle løse seg til sommeren. I stedet kulminerte den i august 2010 med at samtlige saksbehandlere ble sykmeldt. Denne situasjonen fortsatte ut 2011 med flere sykmeldinger av ulik varighet og grad. For å dekke behovet for saksbehandling utført av kompetent personell, ble konsulent tjenester innleid fra ulike enkeltpersonforetak og selskap.
- (6) Det ble inngått flere skriftlige avtaler mellom innklagede og disse leverandørene. 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. Tjenesten som skulle leveres, var i avtalene med konsulent A [anonymisert av klagenemnda] og B beskrevet som

"saksbehandling etter lov om barnevern". I avtalene med konsulent C var oppdragets innhold beskrevet som "saksbehandling, oppfølging av fosterhjem og godkjenning av adopsjoner". I kontraktene med Barnevernskompetanse AS var oppdragstypen angitt som "oppfølging av undersøkelser og tiltaksarbeid", og i avtalene med D som "utarbeidelse av sosialrapport adopsjon" og "saksbehandling".

- (7) Leverandørene sendte fakturaer fortløpende. En oversikt over avtalene for perioden fra januar 2010 til 7. desember 2011 kan oppstilles slik:

Avtalepart	Antall fakturaer	Perioder fakturert	Samlet beløp	Regulering i avtalen om varighet
Konsulent A	19	Fra mai 2010 til desember 2011	Kr. 574 763,-	"Avtalen gjelder for perioden: 06.05.10 – inntil videre"
Konsulent C	4	Fra januar til april 2011	Kr. 207 685,-	"Avtalen gjelder for perioden: 01.01.11-30.04.11"
Konsulent C	4	Fra mai til august 2011	Kr. 167 636,-	"Avtalen gjelder for perioden: 01.05.11-01.09.11"
Konsulent C	4	Fra september til desember 2011	Kr. 195 916,-	"Avtalen gjelder for perioden: 01.09.11-31.12.11"
D	22	Fra januar 2010 til november 2011	Kr. 1 451 858,-	"F.o.m.: 01.04.-26.06.11" og "Inntil 4 dager pr uke", samt "F.o.m 01.01. – etter behov"
B	4	Fra mai til oktober 2011	Kr. 218 791,-	"Fom 19.04.2011 tom 19.07.2011, med mulighet til forlengelse etter avtale mellom partene"
Barnevernskompetanse AS	13	Fra november 2010 til november 2011	Kr. 538 504,-	"Fra og med 25.11.2010, og inntil videre etter løpende avtale"
Barnevernskompetanse AS	7	Fra mai til november 2011	Kr. 563 405,-	"Fra 01.05.11 og videre etter behov og løpende avtale"
Barnevernskompetanse AS	13	Fra januar til august 2011	Kr. 694 998,-	"Fra og med 20.12.10 og inntil videre etter løpende avtale"

- (8) Til sammen ble innklagede fakturert for kr. 4 613 556,- på grunnlag av disse avtalene.

- (9) Etter det opplyste påbegynte innklagede arbeidet med å kunngjøre en anskaffelse av saksbehandlingstjenester i september 2011. Samtidig foretok innklagede nyansettelser, og syv av åtte stillinger var besatt i januar 2012. Den siste stillingen ble besatt måneden etter. Som følge av ansettelsene kansellerte innklagede prosessen med å kunngjøre en konkurranse om anskaffelse av saksbehandlingstjenestene, ettersom innklagede nå kunne utføre saksbehandlingen i den kommunale barnevernstjenesten selv.
- (10) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 1. desember 2011. Ved klagenemndas brev av 7. desember 2011 ble klagen oversendt innklagede, som ble 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 kun gjaldt anskaffelse av saksbehandlingstjenester. 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 ileggelse av gebyr pålydende kr. 400 000,-, og mottok kommentarer til ileggelsen og utmålingen av gebyrets størrelse i innklagedes brev av 12. desember 2013. Innklagede har ikke anført eller fremlagt noe nytt i sitt brev, men opprettholder i det vesentlige tidligere anførsler.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe saksbehandlingstjenester direkte fra leverandører 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 om hvilke kontrakter som omfattes av anskaffelsesregelverket. Saksbehandlingstjenester med undersøkelse og oppfølging av enkeltsaker, tilsyn, godkjenning av adopsjon mv. representerer utøvelse av offentlig myndighet etter kommunens hjemler i barnevernloven. Saksbehandlingen vil kunne innebære undersøkelser som inkluderer besøk i hjemmet mot foreldrenes vilje, jf. barnevernloven § 4-3. Dette må anses som utøvelse av offentlig myndighet, og omfattes ikke av anskaffelsesregelverket. 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. Avtalene må vurderes hver for seg, ikke samlet, 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 også et ønske om kontinuitet i hvilke konsulenter som skal utføre saksbehandlingstjenestene. Følgelig dekker ikke kontraktene samme behov for innklagede, og det er saklige grunner for å dele opp anskaffelsene, jf. sakene 2008/55, 2008/81 og 20085/85. Avtalene må da vurderes isolert, og bare noen få av avtalene overskrider den nasjonale terskelverdien på kr. 500 000,-. De som er under den nasjonale terskelverdien, må trekkes ut av saken.
- (17) Hvis klagenemnda likevel vurderer kontraktene samlet, må kontraktene anses tidsbegrensede med kortere varighet enn 48 måneder, jf. forskriften § 2-3 (9). Avtalene hadde en løpetid på 3-4 måneder. Innklagedes forutsetning var hele tiden at avtalene var midlertidige og skulle erstattes av nyansettelser og rammeavtale fra 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. Budsjettene for 2010 og 2011 viser at innklagede etter en forsvarlig vurdering antok at utgifter til eksterne konsulenter ville være til sammen kr. 1 446 273,-. Budsjettallene viser også at innklagede tok sikte på å redusere bruken av eksterne konsulenter.
- (19) Uansett var det grunnlag for å unnta anskaffelsen fra kunngjøring etter forskriften § 2-1 (2) bokstav a, fordi anskaffelsen bare kunne foretas fra én leverandør i markedet. I barnevernstjenesten er det behov for kontinuitet blant saksbehandlerne, slik at den samme behandleren følger saken over tid, både av hensynet til stabilitet for barnet og de løpende vurderingene som foretas i hver sak. Dette gjelder særlig hvor saksbehandleren har fulgt en sak i flere rettsinstanser. Dersom en innleid saksbehandler har arbeidet med et bestemt barn tidligere, er det sett fra et barnefaglig ståsted bare denne saksbehandleren som bør benyttes i fremtiden.
- (20) Under enhver omstendighet 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 barnevernstjenestens plikt til hurtig reaksjon. I tillegg ble saksbehandlingen forverret ved at alle saksbehandlere ble sykmeldt grunnet uoverensstemmelser mellom de ansatte og såkalte "mobbesaker". Innklagede kunne ikke forutse denne økningen i antall sykmeldinger. Sykmeldingene varierte i varighet og stillingsprosent, og ved at saksbehandlere dermed kom og gikk fra sitt arbeid, var det umulig for innklagede å beregne fremtidig behov for kjøp av konsulenttjenester. Det var vanskelig å få dekket saksbehandlerbehovet gjennom nye ansettelser, fordi det ikke alltid innkom søknader til de stillingene som ble lyst ut.
- (21) Subsidiært er skyldkravet i loven § 7b (1) ikke oppfylt. Innklagedes anslag i sine budsjetter over konsulentbehovet var forsvarlig. Innklagede hadde ikke mulighet til å forutse personalkonflikten med påfølgende sykmeldinger eller økningen i oppdragsmengden. 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.

- (22) 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. Det er en vanskelig grensedragning mellom barnevernstjenester som omfattes, og som ikke omfattes av regelverket. Dette bør gjenspeiles i det eventuelle gebyret. Videre vises det til at utlysninger av ledige stilling og ansettelser av nytt personell har skjedd parallelt med innleie av konsulenter på korttidskontrakter.

Klagenemndas vurdering:

- (23) 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

- (24) 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.
- (25) 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.
- (26) 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.
- (27) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter 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 er inngått kontrakt i foreliggende sak, vil det dreie seg om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012.
- (28) 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.
- (29) 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

- (30) Innklagede har anført at de aktuelle anskaffelsene ikke er kontrakter som omfattes av anskaffelsesregelverket, og har vist til klagenemndas saker 2010/105, 2010/364 og 2011/75.
- (31) 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 fem leverandørene.
- (32) 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.
- (33) Det foreliggende tilfellet gjelder imidlertid ikke enkeltkjøp av institusjonsplasser eller tiltakstjenester for barn, men kjøp av saksbehandlertjenester. Klagenemnda har i langvarig nemndspraksis 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. Innklagede har anført at saksbehandlingen vil kunne innebære undersøkelser i barnas hjem mot foreldrenes vilje, og at det er utøving av offentlig myndighet som må være unntatt regelverket. Klagenemnda vektlegger at kontraktene i foreliggende sak ikke er begrenset til bare å gjelde besøk i hjemmet, og at innklagede uansett ikke har konkretisert eller vist til ett eneste hjemmebesøk utført som ledd i saksbehandlingen, mot foreldrenes samtykke. 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

- (34) Av den innsendte dokumentasjonen fremgår det at innklagede har hatt løpende avtaleforhold med flere private aktører. Innklagede har fremlagt avtaler tilbake til januar 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.
- (35) Innklagede har anført at de ti 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 saksbehandlere.
- (36) 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.

- (37) 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*". I alminnelighet vil det være et moment i vurderingen hvorvidt ytelsene leveres av samme aktør, men dette er ikke nødvendigvis avgjørende, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/76 premiss (39), hvor nemnda uttalte i relasjon til saksbehandlingstjenester for barnevernet:

"I klagenemndas sak 2010/306 premiss (24) ble det lagt til grunn at tre kontrakter Ski kommune hadde inngått med forskjellige leverandører av saksbehandlingstjenester 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 saksbehandlingstjenester til barneverntjenesten."

- (38) I den foreliggende saken har innklagede inngått ti kontrakter med fem forskjellige leverandører. For kontrakten med B, er innklagede fakturert for kr. 218 791,- fra mai til oktober 2011. Når det gjelder kontrakten med konsulent C, er innklagede for hver kontrakt fakturert et beløp som er lavere enn kunngjøringsgrensen på kr. 500 000,-, men til sammen har denne konsulenten fakturert innklagede kr. 571 237,-. Nemnda tar ikke stilling til om det er mest hensiktsmessig å se avtalene med C som én anskaffelse iht. § 2-3 (1) eller som etterfølgende avtaler etter § 2-3 (11), da de to innfallsvinklene i dette tilfellet vil føre til samme resultat.
- (39) For kontraktene med konsulent A, D og Barnevernskompetanse AS er innklagede fakturert for mer enn kr. 500 000,- for hver av kontraktene med disse tre leverandørene. Avtaleperiodens utløp er ikke fastsatt med dato i kontraktene. I kontrakten med Barnevernskompetanse AS er oppdragets innhold angitt som "*oppfølging av undersøkelser og tiltaksarbeid*", og i den ene kontrakten med D er det angitt som "*utarbeidelse av sosialrapport adopsjon*". I alle kontraktene med C er oppdragets innhold beskrevet som "*saksbehandling, oppfølging av fosterhjem og godkjenning av adopsjoner*". Etter nemndas vurdering, kan alle disse beskrivelsene anses som "*saksbehandling*" og "*saksbehandling etter lov om barnevern*", slik som oppdragsbeskrivelsen er angitt i den andre avtalen med D og avtalen med konsulent A.
- (40) Innklagede har anført at kontraktene ikke kan vurderes samlet, fordi det i de enkelte sakene måtte ses hen til 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 saksbehandlingstjenester til barnevernet, skal anses som én og samme anskaffelse. Nemnda finner det ikke nødvendig å ta stilling til om kontraktene med konsulentene A, C, D og Barnevernskompetanse AS i dette tilfellet skal behandles som én eller flere anskaffelser, i det sakens fakta gir grunnlag for samme bedømmelse uansett hvilken stilling man tar til det spørsmålet.

Kontraktenes verdi

- (41) Innklagede har ikke dokumentert hvordan verdien ble beregnet, men innklagedes reelle kostnader ble kr. 4 394 765,-, hvilket klart tilsier at innklagedes beregninger ikke har vært forsvarlig. Innklagede budsjetterte med kr. 1 146 273,- for konsulentbruk i barnevernstjenesten i 2010 og kr. 300 000,- i 2011. Også ut fra de budsjetterte utgiftene skulle imidlertid kjøpene av saksbehandlertjenestene vært kunngjort. Verdiberegningen kan derfor ikke anses som forsvarlig.
- (42) Verdien overskrider kr. 500 000,- og skulle da som utgangspunkt vært kunngjort etter forskriften § 9-1.

Unntak fra kunngjøringsplikten

- (43) Innklagede har anført at kjøpene kunne foretas direkte uten forutgående kunngjøring med hjemmel i forskriftens § 2-1 (2) bokstav a. Bokstaven hjemler unntak fra kunngjøringsplikt hvor anskaffelsen bare kan *"foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett"*.
- (44) Hensynet bak unntaket er at det er unødvendig å kunngjøre konkurranse når det uansett bare er én mulig leverandør som kan inngi tilbud. Det må foreligge objektive grunner til at kun én leverandør kan gi ytelsen, og det er ikke tilstrekkelig at én leverandør kan utføre ytelsen mer effektivt, jf. nemndas sak 2012/22 premiss (191). Unntaksbestemmelsen skal tolkes snevert, og det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene for unntaket er oppfylt, jf. sak 2009/53 premiss (59).
- (45) Som grunnlag for at unntaket er anvendelig har innklagede vist til at det i barnevernstjenesten er behov for kontinuitet blant saksbehandlerne, slik at den samme behandleren følger saken over tid, både av hensyn til stabilitet for barnet og de løpende vurderingene som foretas i hver sak. Dette gjelder særlig hvor saksbehandleren har fulgt en sak i flere rettsinstanser. Klagenemnda forstår at det innebærer en fordel for innklagedes barnevernstjeneste at den samme saksbehandleren følger enkelte saker over tid. Vilåret for å anvende unntaket er imidlertid at det kun er én leverandør *"i markedet"* som kan levere, hvilket innklagede ikke har dokumentert er tilfellet. Slik saken er opplyst må innklagede selv bære ansvaret for å foretrekke en leverandør som innklagede allerede har foretatt direkte anskaffelser fra. Ved å kunngjøre anskaffelsen tidligere eller som en rammeavtale med sikte på nye barnevernstilfeller i nær fremtid, ville innklagede kunne latt én og samme leverandør følge saken og det enkelte barnet over tid, men samtidig overholdt anskaffelsesregelverket ved å la flere leverandører først få konkurrere om oppdragene.
- (46) Innklagede har også anført unntaket i forskriftens § 2-1 (2) bokstav c. Av bokstav c 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"*.
- (47) 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.

- (48) Nemnda forstår at konflikt på arbeidsplassen med sykmeldinger som konsekvens, kan innebære utfordringer for innklagede, spesielt sett i sammenheng med kravet til barnevernstjenestens hurtige reaksjon. Imidlertid kan dette – i den foreliggende saken – ikke anses som en uforutsett omstendighet i anskaffelsesregelverkets forstand. Det vises til at innklagede allerede for 2010 budsjetterte med kjøp av saksbehandlertjenester for kr. 1 146 273,- fra eksterne leverandører. Kjøpene av saksbehandlingstjenester 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. I tillegg har anskaffelsen blitt foretatt over et lengre tidsrom. 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)

- (49) 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).

- (50) 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."

- (51) 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 kjøpene av saksbehandlertjenestene. Dette til tross for at innklagede for 2010 budsjetterte med kr. 1 146 273,- til kjøp av konsulent tjenester 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 personalkonflikten i februar 2010, hadde innklagede oppfordring til å treffe tiltak for å overholde anskaffelsesregelverket. Oppfordringen må ha fremstått tydelig etter hvert som innklagede må ha innsett, rundt sommeren 2010, at konsekvensene av personalkonflikten ville vedvare. Nemnda har tidligere lagt til grunn at organisasjonsendringer, herunder ressursproblemer, ikke anses unnskyldelig, jf. sak 2010/306 premiss (31) med videre henvisninger. Samlet sett utgjør kjøpene av saksbehandlingstjenestene kr. 4 394 765,-, som er en betydelig 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

- (52) 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).

- (53) 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.
- (54) 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."

- (55) Det foreligger i denne saken en klar overtredelse av kunngjøringsplikten og innklagede har opptrådt grovt uaktsomt. Innklagede hadde tydelige oppfordringer, spesielt i kraft av egne budsjetter, men også som følge av vedvarende arbeidskonflikt og de beløpene som leverandørene etter hvert fakturerte, til å kunngjøre anskaffelsene. Det er ikke dokumentert at innklagede har overveiet dette. Anskaffelsesverdien er ikke ubetydelig, og anskaffelsene har skjedd nærmest kontinuerlig i toårsperioden før innklagede ble varslet om klagen. Heller ikke et økende sakstilfang for innklagedes barnevernstjeneste kan tale mot ileggelse av gebyr, jf. sak 2011/19 premiss (32). Klagenemnda er kommet til at det bør ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (56) 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. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 % av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b (2), annen setning.
- (57) 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."

- (58) I sak 2009/120 ila klagenemnda et gebyr på cirka 12,3 % av kontraktssummen. Skjerpingen av gebyrsatsen er fulgt opp i nemndas etterfølgende saker.
- (59) 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 utfordringer med arbeidskonflikter, og forsøkte å avhjelpe disse ved å foreta nyansettelser, selv om det skjedde seint. I tillegg har en viss konkurranse blitt sikret, ved at innklagede har benyttet fem ulike leverandører.
- (60) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende settes til 9 % av kr. 4 394 765,-, som er verdien av kontraktene. Dette avrundes til kr. 400 000,-.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

"Røyken kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 400 000

- firehundretusen - 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