



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Oppegård kommune et gebyr på 180 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av legevikar til Høyås bo- og rehabiliteringssenter. Gebyret utgjorde ca. 13,2 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 15. august 2011 i sak 2011/13

Klager: Nils Berner

Innklaget: Oppegård kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Nils Berner datert 19. desember 2010. Klagen er foranlediget av forvaltningsrevisjonsrapport fra Follo distriktsrevisjon, datert 27. august 2010, som ble fremlagt i klagesak 2010/305. På bakgrunn av påstandene i klagen, besluttet sekretariatet å foreløpig dele klagen inn i tolv separate saker, som igjen kan bli ytterligere oppdelt. Foruten herværende sak, er klagen per dags dato delt inn i henholdsvis barnevernstjenester, transporttjenester, datautstyr og eventuelle tilhørende tjenester, renholdstjenester, trykkeritjenester, VA-materiell, institusjonsplass i omsorgsbolig, prøvetakings- og analysetjenester, garderobeskap til Sofiemyrhallen, elektrikertjenester, og institusjonsplass på Conrad Svendsen senter. Foreliggende sak gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av legevikar til Høyås bo- og rehabiliteringssenter i 2009, foretatt av Oppegård kommune (heretter kalt innklagede).
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 180 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Som følge av klage på offentlig anskaffelse av 19. desember 2010 og opplysninger i innklagedes tilsvarende av 9. februar 2011, ba klagenemndas sekretariat i e-poster av 25. mars 2011, 14. april 2011 og 23. mai 2011 om å få fremlagt samtlige av innklagedes avtaler om leie av legevikar til Høyås bo- og rehabiliteringssenter, som etter det opplyste er et kommunalt sykehjem tilhørende innklagede.
- (4) Innklagede har etter dette fremlagt tretten avtaler om leie av legevikar til Høyås bo- og rehabiliteringssenter.

- (5) De tre første avtalene er inngått mellom Høyås bo- og rehabiliteringssenter og Legevisitten AS, mens de ni neste avtalene er inngått mellom Høyås bo- og rehabiliteringssenter og Legevisitten Bemanning AS. I foretaksregisteret ble det 30. juli 2007 kunngjort at Legevisitten AS hadde endret navn til Legevisitten Bemanning AS.
- (6) Den siste av de tretten avtalene er inngått mellom Høyås bo- og rehabiliteringssenter og Proffice Care AS. I foretaksregisteret ble det 12. mai 2011 kunngjort at Proffice Care AS har besluttet å innfusjonere Legevisitten Bemanning AS.
- (7) Samtlige av de tretten avtalene gjelder leie av dr. Erling Jakobsen som legevikar på Høyås bo- og rehabiliteringssenter, for ulike tidsperioder. Avtalene er inngått etter to ulike modeller – i de seks første avtalene fremgår det at dr. Jakobsen arbeider som selvstendig næringsdrivende, mens dette ikke er tilfelle i de syv siste avtalene. Avtalenes varighet gjelder perioden fra uke 33 i 2006, dvs. 14. august 2006 til uke 35 i 2011, dvs. til 4. september 2011, hvorav det i løpet av denne perioden finnes enkelte kortere perioder som avtalene ikke dekker. Innklagede har opplyst at avtalene ikke ble signert, fordi partene praktiserte bekreftelse per e-post.
- (8) Som nevnt i premiss (5) ble de tre første avtalene inngått mellom Høyås bo- og rehabiliteringssenter og Legevisitten AS.
- (9) Den første av disse avtalene ble inngått 19. september 2006, og hadde varighet fra uke 33 til uke 52 i 2006, dvs. ca. 4,5 måneder.
- (10) Den andre avtalen ble inngått 15. november 2006, og hadde varighet fra uke 1 til uke 26 i 2007, dvs. ca. seks måneder.
- (11) Den tredje avtalen ble inngått 7. mai 2007 og hadde varighet fra og med uke 27 til og med uke 39 i 2007, dvs. ca. tre måneder.
- (12) Videre ble som nevnt i premiss (5) samtlige avtaler fra og med den fjerde til og med den tolvte inngått mellom Høyås bo- og rehabiliteringssenter og Legevisitten Bemanning AS.
- (13) Den fjerde avtalen ble inngått 11. september 2007 og hadde varighet fra uke 39 i 2007 og ut året, dvs. ca. tre måneder.
- (14) Den femte avtalen ble inngått 12. november 2007, og hadde varighet fra 1. januar 2008 til 31. mars 2008, dvs. tre måneder.
- (15) Den sjette avtalen ble inngått 1. februar 2008 og hadde varighet fra 1. april 2008 til 30. september 2008, dvs. seks måneder.
- (16) Den syvende avtalen ble inngått 25. august 2008 og hadde varighet fra 1. oktober 2008 til 31. desember 2008, dvs. tre måneder.
- (17) Den åttende avtalen ble inngått 13. november 2008 og hadde varighet fra 1. januar 2009 til 1. mai 2009, dvs. fem måneder.
- (18) Den niende avtalen ble inngått 13. mars 2009 og hadde varighet fra 5. mai 2009 til 1. oktober 2009, dvs. seks måneder.
- (19) Den tiende avtalen ble inngått 3. september 2009 og hadde varighet fra 6. oktober 2009 til 8. april 2010, dvs. syv måneder.
- (20) Den ellefte avtalen ble inngått 15. mars 2010 og hadde varighet fra 12. april 2010 til 15. oktober 2010, dvs. ca. seks måneder.

- (21) Den tolvte avtalen ble inngått 22. september 2010 og hadde varighet fra 18. oktober 2010 til 29. april 2011, dvs. ca. seks måneder.
- (22) Som nevnt i premiss (6) ble den siste avtalen inngått mellom Høyås bo- og rehabiliteringssenter og Proffice Care AS. Avtalen er datert 11. mars 2011 og har varighet fra uke 18 i 2011 til og med uke 35 i 2011, dvs. ca. fire måneder.
- (23) Innklagede har videre fremlagt fakturaene for tjenestene som er utført i henhold til disse tretten avtalene.
- (24) Av fakturaene fremgår det at innklagede ble fakturert for totalt 204 000 kroner eks. mva. for arbeid utført i løpet av 2006, for totalt 605 200 kroner eks. mva. for arbeid utført i 2007, og for totalt 619 650 kroner eks. mva. for arbeid utført i løpet av 2008.
- (25) Videre fremgår det at innklagede ble fakturert for totalt 620 500 kroner eks. mva. for arbeid utført i 2009, hvorav 398 225 kroner gjaldt arbeid utført fra og med uke 19 dette året, dvs. fra 4. mai 2009.
- (26) Innklagede ble videre fakturert for 640 475 kroner eks. mva. for arbeid utført i 2010.
- (27) Når det gjelder arbeid utført i 2011, har klagenemnda fått fremlagt fakturaer som gjelder arbeid utført fra januar 2011 til april 2011. Samtlige av fakturaene som gjelder arbeid utført i 2011 er utferdiget av Proffice Care AS, og innklagede er i denne perioden fakturert for totalt 218 450 kroner eks. mva.
- (28) Innklagede har videre fremlagt fire udaterte stillingsannonser, hvor det søkes etter tilsynslege til Høyås bo- og rehabiliteringssenter. I den første annonsen søkes det etter tilsynslege fra 1. august 2006 i 60 % stilling på Høyås bo- og rehabiliteringssenter. Innklagede har opplyst at stillingsannonsen ble publisert i 2006, men har ikke angitt noen nærmere dato. Søknadsfrist var angitt å være 29. juni. I de neste annonsene er det søkt etter tilsynslege i 100 % stilling, fordelt med 60 % på Høyås bo- og rehabiliteringssenter og 40 % på Bjørkås sykehjem. Søknadsfrist i den ene av disse annonsene var angitt til 31. august 2009. Innklagede har ikke opplyst hvor denne stillingsannonsen ble publisert. Hva gjelder den andre av disse annonsene, var søknadsfristen satt til 30. oktober 2009. Innklagede har opplyst at denne annonsen ble publisert 24. september 2009 i Østlandets blad og 8. oktober 2009 i Tidsskrift for den norske legeforening, i tillegg til at den ble publisert på finn.no og på innklagedes hjemmesider. Innklagede har imidlertid ikke funnet ut hvilken dato annonsen ble publisert på de to sistnevnte stedene. I den siste annonsen søkes det etter sykehjemslege i 70 % stilling på Høyås bo- og rehabiliteringssenter og 30 % stilling enten innen smittevern eller alternativt som sykehjemslege på Bjørkås sykehjem. Søknadsfrist var angitt til 28. april 2011. Innklagede har ikke opplyst hvor den sistnevnte annonsen ble publisert.
- (29) Av forvaltningsrevisjonsrapporten av 27. august 2010 fremgår det at revisjonen har vurdert innkjøp foretatt i 2009. Fra rapportens side 6 refereres følgende om etterlevelse:

”Revisjonens hovedinntrykk er at regelverk og rutiner blir fulgt i stor grad.

Samtidig viser undersøkelsen at det foretas enkelte kjøp i strid med lov, forskrift og interne rutiner. Selv om dette ikke forekommer ofte, er det noe kommunen må ta alvorlig, fordi det representerer en potensiell risiko for kommunen i forhold til økonomi og omdømme. Vi har bl.a. kommentarer som vedrører:

- *Anskaffelse som er delt opp, og som revisjonen mener burde ha vært kunngjort som ett kjøp.*
- *Anskaffelse som går betydelig ut over kontraktens opprinnelige omfang.*
- *Kjøp av til dels betydelig omfang som ikke er kunngjort.*
- *Manglende anskaffelsesprotokoller.*
- *Unntak fra utlysing begrunnet med én leverandør i markedet uten at dette er underbygget i anskaffelsesprotokollen.*
- *Kjøp utenom inngåtte rammeavtaler.”*

(30) Videre hitsettes følgende fra rapporten:

”7.2 Faktabeskrivelse

[...]

7.2.2.2 Kjøp gjort uten konkurranse

[...]

Lege til sykehjemmet

Det er opplyst at stillingen som lege på sykehjemmene har vært lyst ut flere ganger uten at den er blitt besatt. Det har derfor blitt kjøpt legetjeneste fra et privat selskap. Virksomheten har opplyst at de jobber videre med å få ansatt en lege i fast stilling, men at selskapet det er kjøpt tjeneste av er vurdert som eneste selskap i markedet som har leger til sykehjem.

[...]

7.3 Vurderinger

[...]

7.3.3 Kjøp gjort uten konkurranse

Bare en leverandør

[...]

Oppegård kommune har gjennomført flere kjøp hvor det hevdes at det bare foreligger en tilgjengelig leverandør i markedet. Dette gjelder kjøp fra forskjellige institusjoner og behandlingshjem, kjøp av legetjenester til sykehjemmene, garderobeskap til Sofiemyrhallen og prøvetaking og analysetjenester i forbindelse med overvåking av bekker og vassdrag.”

(31) Forvaltningsrevisjonsrapporten ble tatt opp på møte i kommunestyret 27. oktober 2010. Fra vedtaket hitsettes:

”Kommunestyret tar rapporten til etterretning og slutter seg til revisjonens anbefalinger om hva kommunen bør gjøre:

- 1. Følge opp de tilbakemeldinger som er gitt fra ledere i kommunen i forhold til struktur og organisering, rutiner og kompetanse*
- 2. Vurdere å etablere nye rammeavtaler på områder nevnt i rapporten*
- 3. Vurdere å utpeke innkjøpsansvarlige i (enkelte av) virksomhetene og etablere et faglig nettverk mellom jus og administrasjon og de innkjøpsansvarlige*
- 4. Innskjerpe rutiner og regelverk for å hindre kjøp i strid med dette, herunder*
 - Lage protokoll fra alle kjøp over kr 100 000*
 - Redegjøre i protokollen for vurderinger og undersøkelser som er gjort i de sammenhenger hvor det bare foreligger en leverandør*
 - Sørge for at de rammeavtaler som benyttes er gyldige*
 - Gjennomføre konkurranser på alle områder*
 - Etterleve rammeavtaler*

I tillegg slutter kommunestyret seg til kontrollutvalgets øvrige anbefalinger:

- 5. Etablering av en internkontrollordning for innkjøpsområdet bes vurdert*
- 6. Organiseringen av innkjøpsarbeidet, herunder en styrking av de sentrale innkjøpsressursene, bes vurdert*
- 7. Kommunestyret ber rådmannen ta initiativ til en avklaring mot andre kommuner, herunder fylkeskommuner, om det er interesse for ytterligere samarbeid om innkjøp inkludert rammeavtaler.*

Rådmannen bes følge opp anbefalingene og melde tilbake til kontrollutvalget om resultatet innen seks måneder.”

- (32) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved e-post av 19. desember 2010.
- (33) Innklagede ble varslet ved klagenemndas e-post av 13. januar 2011.
- (34) I e-post av 26. mai 2011 opplyste innklagede at det i 2011 var gjennomført konkurranse om legetjenester til Greverud sykehjem og Høyås bo- og rehabiliteringssenter, og fremla blant annet konkurransegrunnlag og anbudsprotokoll fra konkurransen. Av konkurransegrunnlaget punkt 1.4 om avtaleperiode fremgikk det at avtale vedrørende Greverud sykehjem skulle inngås for fem måneder, fra 31. mai 2011 til 30. oktober 2011, og at avtale vedrørende Høyås bo- og rehabiliteringssenter skulle inngås for to måneder, fra 1. september 2011 til 30. oktober 2011. Videre var det opplyst at oppdragsgiver hadde opsjon på ytterligere seks måneder for hele eller deler av oppdraget. Av anskaffelsesprotokollen datert 16. mai 2011 fremgår det at anskaffelsens anslåtte verdi var 2 150 000 kroner eks. mva., og at konkurransen var kunngjort på Doffin. Videre fremgikk det av protokollen at innklagede bare mottok tilbud fra Proffice Care AS i konkurransen, og at det ble anbefalt å inngå kontrakt med den aktuelle leverandøren. Kontrakt med Proffice Care AS ble inngått 24. mai 2011.
- (35) Klagenemnda sendte 27. juni 2011 et forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende 220 000 kroner. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes e-post 30. juni 2011. Det er nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler. Innklagede har i kommentarene av 30. juni 2011 opplyst at innklagede har ansatt lege på Høyås bo- og rehabiliteringssenter, og at avtalen med Proffice Care AS er sagt opp med virkning fra 1. juli 2011. Innklagede har i den

forbindelse fremlagt følgende erklæring av 30. juni 2011, undertegnet av representant for Proffice Care AS og innklagede:

"Partene sier med dette opp avtale av 11.03.11 om legevikar til Høyås bo- og rehabiliteringssenter fra uke 18 til uke 35 2011, med virkning f.o.m. 01.07.11."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (36) Klager anfører at innklagede, på bakgrunn av opplysningene i forvaltningsrevisjonsrapporten av 27. august 2010, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av legetjenester. Det er vist til rapportens opplysninger i punkt 7.3.3 *"Kjøp gjort uten konkurranse"* under overskriften *"Bare en leverandør"*.

Innklagedes anførsler:

- (37) Innklagede erkjenner at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av legetjenester, men det bestrides at det foreligger grunnlag for illeggelse av overtredelsesgebyr. Det vises til at kontraktene som er inngått fortløpende er likeartede og fyller samme behov. De må derfor kunne ses som én kontrakt med stadige forlengelser. Fremlagte avtaler viser da at anskaffelsen er foreldet med hensyn til illeggelse av gebyr, ettersom anskaffelsen tok til mer enn to år før klagenemnda varslet innklagede om at det var fremmet en klage på ulovlig direkte anskaffelse. Det bestrides for øvrig at innklagede skulle ha gjennomført konkurranse for å inngå en lengre rammeavtale for perioden hvor tjenestene er anskaffet, og det vises i den forbindelse til at innklagede stadig ønsket og gjorde forsøk på å ansette en lege i denne funksjonen.
- (38) Videre bestrides det at innklagede har handlet grovt uaktsomt. Det vises til at innklagede er pålagt å ha tilsynslege på sykehjem, jf. kommunehelsetjenesteloven jf. forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie § 3-2 bokstav b. For innklagede har det således vært påkrevd å ha legetjenester uten opphold, og kjøp av legetjenester kunne ikke avvendes i den tiden det tar å avholde konkurranse. Innklagede hadde heller ikke planlagt noe langvarig kjøp av legetjenester, det primære ønsket var å ansette en egen tilsynslege, noe som fremgår av de fremlagte stillingsannonsene. Legevisitten Bemanning AS ble videre vurdert som eneste aktuelle firma, blant annet på grunn av krav til språkkunnskaper og etterspurt erfaring med eldreomsorg. Det foreligger imidlertid ikke dokumentasjon på markedsundersøkelser. I konkurransen som ble gjennomført i 2011 fikk innklagede bare ett tilbud på levering av legetjenester til Greverud sykehjem og Høyås bo- og rehabiliteringssenter, noe som sannsynliggjør at innklagedes tidligere vurderinger av at det eksisterte en faktisk monopolstilling var korrekte.
- (39) For det tilfelle at avtalene ikke anses som én kontrakt, anføres det subsidiært at det ikke foreligger hjemmel for illeggelse av overtredelsesgebyr ettersom hver enkelt avtale ikke representerer kjøp over 500 000 kroner. Videre vil avtalene som er inngått før 13. januar 2009 uansett være foreldet.
- (40) Når det gjelder klagenemndas forhåndsvarsel, vil innklagede for det første presisere at tjenestene som er levert fra 13. januar 2009 til 1. mai 2009, er omfattet av avtalen av 13. november 2008. Denne avtalen er foreldet iht. loven § 7b tredje ledd. Den første avtalen det kan ilegges gebyr for er avtalen av 13. mars 2009, som omhandler tjenester levert fra 5. mai 2009.

- (41) Videre forstår innklagede forhåndsvarselet slik at nemnda ikke kan se at det er godtgjort at unntaksbestemmelsen i forskriften § 2-1 andre ledd bokstav a kommer til anvendelse på hele perioden. Innklagede kan imidlertid ikke se at nemnda har begrunnet hvorfor unntaksbestemmelsen ikke kommer til anvendelse for tjenestene som er levert etter at markedet ble analysert gjennom den kunngjorte konkurransen. Tilbudsfristen for denne konkurransen var 6. mai 2011. På dette tidspunktet hadde innklagede positiv kunnskap om at det bare var én leverandør som responderte på konkurransen. I alle fall på dette tidspunktet må det anses sannsynliggjort at vilkårene i § 2-1 andre ledd bokstav a var oppfylt, og gebyr kan da ikke ilegges for anskaffelser foretatt etter denne datoen.
- (42) Innklagede registrerer videre at klagenemnda har varslet illeggelse av gebyr for tjenester som ennå ikke er levert eller betalt. Det anføres at tjenester som det er inngått avtale om, men som ikke er levert, bare innebærer en antesipert ulovlighet. Innklagede og leverandøren av legetjenester kan når som helst terminere avtalen iht. alminnelig avtalefrihet. Det anføres med dette at klagenemnda ikke har hjemmel for å illegge gebyr for tjenester som ennå ikke er levert. For øvrig har innklagede sagt opp avtalen av 11. mars 2011 med Proffice Care AS med virkning fra 1. juli 2011.
- (43) Når det gjelder gebyrberegningen som er varslet, anføres det som en formildende omstendighet at innklagedes handlemåte ikke har vært en bevisst omgåelse av regelverket, men blant annet har vært motivert av forståelsen av at det bare fantes én egnet leverandør i markedet, basert på helsepersonells kjennskap til markedet. Når dette ble sannsynliggjort i 2011, begrenser dette de preventive hensyn for å slå svært hardt ned på denne anskaffelsen.

Klagenemndas vurdering:

Innledning

- (44) 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 første ledd. Hvorvidt klagen er rettidig, vil vurderes nedenfor.

Klagefrist og adgangen til å illegge overtredelsesgebyr

- (45) Av klagenemndsfskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Av denne bestemmelsen fremgår det at adgangen til å illegge 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 i e-post av 19. desember 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas e-post 13. januar 2011.
- (46) Av innsendt dokumentasjon fremgår det at innklagede via Høyås bo- og rehabiliteringssenter over flere år har inngått en rekke suksessive kontrakter med Legevisitten AS/Legevisitten Bemanning AS og Proffice Care AS om leie av legevikar.
- (47) Innklagede har anført at avtalene må anses som én kontrakt med stadige forlengelser, og at anskaffelsen derfor er foreldet med hensyn til gebyrileggelse.
- (48) I foreliggende sak er det tale om tretten avtaler, hvorav de tolv første er inngått mellom samme parter, og den trettende er inngått med et selskap hvor Legevisitten Bemanning AS er besluttet innfusjonert. Videre gjelder samtlige avtaler utførelse av samme tjeneste

på samme sted og utført av samme person. Avtalene gjelder imidlertid for ulike tidsperioder, og er inngått etter to modeller – i de to første avtalene fremgår det at dr. Jakobsen arbeider som selvstendig næringsdrivende, mens klagenemnda forstår de øvrige avtalene slik at dr. Jakobsen er arbeidstaker hos Legevisitten Bemanning AS og senere Proffice Care AS. Avtalene henviser ikke til hverandre, og det fremstår således for nemnda som at det er tale om separate avtaler. Avtalene som er inngått etter 13. januar 2009, dvs. avtalene av 13. mars 2009, 3. september 2009, 15. mars 2010 og 22. september 2010, samt avtalen datert 11. mars 2011, er dermed åpenbart ikke foreldet.

Hvorvidt det foreligger én eller flere kunngjøringspliktige anskaffelser – loven § 7b sammenholdt med forskriften § 2-3 første, fjerde og ellefte ledd

- (49) Av loven § 7b første 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.
- (50) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskriften § 9-1/§ 18-1, jf. § 2-1 andre ledd jf. § 2-2 første ledd.
- (51) Spørsmålet i det følgende blir om det foreligger en eller flere anskaffelser og hvilket beløp som må legges til grunn som anskaffelsen(e)s anslåtte verdi.
- (52) Regler for beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi er inntatt i forskriften § 2-3. Samme bestemmelse har også betydning for vurderingen av om det foreligger en eller flere anskaffelser. I forarbeidene til loven § 7b er det uttalt at "[d]en nærmere avgrensningen av hva som utgjør en anskaffelse, følger avgrensningen av det samme begrepet i forskrift om offentlige anskaffelser (gjeldende forskrift § 2-3)", jf. Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 26.
- (53) Selv om reglene i forskriften § 2-3 i utgangspunktet omhandler hvordan verdien av anskaffelsen skal beregnes, viser sitatet fra forarbeidene at disse reglene også er relevante ved vurderingen av hvilke kontrakter som utgjør én og samme anskaffelse.
- (54) Etter forskriften § 2-3 første ledd er utgangspunktet at anskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale eks. mva. "for de kontrakter som utgjør anskaffelsen".
- (55) I loven § 5 fremgår det at en oppdragsgiver ikke skal "dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov kommer til anvendelse". Forskriften § 2-3 fjerde ledd fastslår tilsvarende at oppdragsgiver ikke kan dele opp en anskaffelse "i den hensikt" å unngå kunngjøringsplikt. Loven og forskriften bygger her på EU Direktiv 2004/18 artikkel 9 nr. 3. Terskelen for å anta hensikt er høy og det vil i praksis være vanskelig å påvise omgåelse.
- (56) Beregningsregelen i forskriften § 2-3 ellefte ledd lyder som følger:
"For vare- og tjenstekontrakter som inngås med regelmessige mellomrom eller som skal fornyes innen et visst tidsrom, beregnes den anslåtte kontraktsverdien basert på følgende:
a. Enten den samlede faktiske verdien av de påfølgende kontraktene av samme type tildelt i løpet av de tolv foregående månedene eller det foregående regnskapsåret,

om mulig justert for å ta hensyn til endringer i mengde eller verdi som kan forekomme i løpet av de tolv månedene som følger etter inngåelse av den opprinnelige kontrakten, eller

b. den samlede anslåtte verdien av de påfølgende kontraktene tildelt i løpet av tolv måneder fra den første leveransen eller i løpet av regnskapsåret dersom dette er lengre enn 12 måneder.”

- (57) Det fremgår av det siterte at spørsmålet om plikt til å utlyse konkurranse må avgjøres etter en vurdering av samlet verdi over en tolv måneders periode hva angår tjenestekontrakter som inngås med regelmessige mellomrom. ”Anslått verdi” i regelverkets forstand vil således kunne bli betydelig høyere enn den enkelte kontrakts isolerte kontraktsverdi, og en anskaffelse i regelverkets forstand kan bestå av flere påfølgende kontrakter.
- (58) I Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til regelverket for offentlige anskaffelser, 2006, er det på side 45 uttalt følgende:

”Det er eit generelt forbod i lov om offentlige anskaffelser § 5 mot å dele opp anskaffingar for å unngå å komme inn under føresegner i lova eller forskrifta. Oppdragsgivaren må derfor ikkje dele opp anskaffinga på ein kunstig måte for å tilpasse seg terskelverdiane. Anskaffingar kan berre delast opp der det ligg føre saklege grunnar for det. Det medfører likevel ikkje at ein ikkje kan dele opp anskaffinga i delkontraktar som leverandørane kan gi tilbod på, men ein må då berekne verdien samla for desse kontraktane dersom det kan reknast som ”ei anskaffing”. Eit naturleg utgangspunkt i vurderinga av kva som utgjer ei anskaffing, er om den planlagde anskaffinga samla har til formål å dekkje eit bestemt behov.”

Departementet har altså med dette forutsatt at en oppdeling i flere kjøp over et tidsrom som ikke er saklig begrunnet, innebærer at kontraktens verdi slås sammen for beregning av terskelverdien, og da slik at et anskaffelsesvolum som overstiger terskelverdiene forutsetningsvis må ses som ett regelstridig direktekjøp selv om oppdragsgiver ikke har hatt til hensikt å omgå regelverket. Slik er regelverket også forstått i teorien, jf. Arrowsmith ”The Law of Public and Utilities Procurement”, 2005, side 381 og Steinicke/Groesmeyer ”EU’s Udbudsdirektiver”, 2008, side 592.

- (59) Fremlagt dokumentasjon i saken viser at innklagede i perioden fra siste halvdel av 2006 og frem til dags dato, har anskaffet legetjenester til Høyås bo- og rehabiliteringssenter ved å inngå en rekke suksessive kontrakter av kortvarig karakter. Innklagede har per 31. mai 2011 til sammen blitt fakturert for 2 908 275 kroner eks. mva. for legetjenestene utført under disse avtalene. Ved inngåelsen av den niende avtalen 13. mars 2009 – som ligger innenfor foreldelsesfristen etter forskriften § 7b tredje ledd - må det ha fremstått som klart for innklagede at det ville bli inngått nye tjenestekontrakter med regelmessige mellomrom, og oppdragsgiver hadde derfor plikt til å ta utgangspunkt i den samlede verdien av disse ved vurderingen av om disse skulle kunngjøres. Anslått verdi av kontrakten av 13. mars 2009 beregnet på grunnlag av ”*de påfølgende kontraktene av samme type tildelt i løpet av de tolv foregående månedene*”, jf. § 2-3 ellefte ledd bokstav a, oversteg etter klagenemndas beregning imidlertid ikke kunngjøringsgrensen. Det gjorde heller ikke avtalen av 3. september 2009.
- (60) Klagenemnda finner imidlertid at selv om innklagede i starten ikke hadde planlagt å anskaffe legetjenester for en lengre periode, må det etter hvert ha fremstått som klart for

innklagede at behovet ville bli langvarig. Det vises i denne sammenheng også til at innklagede ikke synes å ha søkt etter tilsynslege i årene 2007, 2008 og 2010. Videre har endatil innklagede selv gjort gjeldende at avtalene om innleie av legevikartjenester til Høyås bo- og rehabiliteringssenter må anses som én kontrakt med stadige forlengelser. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagede har opplyst noen saklig grunn til at det, på tross av innklagedes vedvarende behov, utelukkende ble inngått kortvarige kontrakter uten kunngjøring i tidsrommet fra 2009 og fremover.

- (61) Etter klagenemndas syn må derfor anskaffelsens verdi beregnes iht. utgangspunktet i forskriften § 2-3 første ledd jf. ellefte ledd bokstav b.
- (62) I mangel av andre holdepunkter for hva som ville vært et forsvarlig anslag, finner klagenemnda at det beløp innklagede faktisk har betalt og vil komme til å betale for utførte tjenester må legges til grunn ved vurderingen av hva som ville vært et forsvarlig anslag for kontraktsverdien ved avtaleinngåelsene fra 13. januar 2009 og videre utover (13. mars 2009, 3. september 2009, 15. mars 2010, 22. september 2010 og 11. mars 2011), jf. klagenemndas sak 2008/81 og 85 premiss (32). Både i 2009 og i 2010 ble innklagede fakturert for beløp som overstiger terskelverdien for kunngjøring av konkurranse. I 2011 har innklagede i gjennomsnitt blitt fakturert for 54 612,50 kroner i måneden, og klagenemnda legger derfor til grunn at innklagede totalt ville blitt fakturert for 436 900 kroner eks. mva. for arbeid utført i perioden fra januar 2011 til august 2011 iht. den sist inngåtte kontrakten. Det vil si at det ved vurderingen av hva som ville ha vært et korrekt anslag ved de fortløpende kontraktsinngåelsene fra og med januar 2009, må legges til grunn at de forestående anskaffelsene hadde en årlig verdi over terskelverdien for kunngjøring.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (63) Den aktuelle anskaffelsen gjelder en helse- og sosialtjeneste, som er en uprioritert tjeneste etter forskriften vedlegg 6 kategori (25). Anskaffelsen følger da etter sin art og verdi reglene i forskriften del I og II, jf. § 2-1 første ledd og § 2-2 første ledd. Anskaffelsen skulle dermed som utgangspunkt vært kunngjort i henhold til forskriften § 9-1.
- (64) For anskaffelser som er omfattet av forskriften del II, er unntak fra kunngjøringsplikten uttømmende regulert i forskriften § 2-1 andre ledd. Ett av unntakene kommer til anvendelse dersom *"anskaffelsen [bare kan] foretas hos én leverandør i markedet for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv."*, jf. bokstav a i bestemmelsen. Innklagede har opplyst at Legevisitten Bemanning AS ble vurdert som eneste aktuelle firma, blant annet på grunn av krav til språkkunnskaper og erfaring med eldreomsorg, men har ikke fremskaffet dokumentasjon på vurderingene som ble foretatt eller på annen måte sannsynliggjort dette. Innklagede har imidlertid vist til at det forhold at det bare ble mottatt ett tilbud i konkurransen som ble gjennomført i 2011, og som blant annet omfattet en kontrakt på to måneder for legetjenester til Høyås bo- og rehabiliteringssenter, sannsynliggjør at innklagedes vurderinger på dette punkt var korrekte. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at dette forhold skulle sannsynliggjøre at det i hele perioden fra 13. januar 2009 og frem til uke 35 i 2011, bare har eksistert én leverandør i markedet. Konkurransen som ble gjennomført i 2011 gjaldt to svært kortvarige kontrakter. Klagenemnda kan derfor ikke se at det forhold at innklagede bare mottok ett tilbud i denne konkurransen, skulle godtgjøre at det på dette tidspunktet bare eksisterte én leverandør for legetjenester i markedet. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke finne det godtgjort at vilkårene i unntaksbestemmelsen i § 2-1 andre ledd bokstav a er oppfylt. Det vises i denne forbindelse til at

unntaksbestemmelsene fra kunngjøringsplikten skal tolkes strengt, og til at det er innklagede som må godtgjøre at vilkårene for unntaket er oppfylt. Klagenemnda kan heller ikke se at noe av det øvrige som innklagede har begrunnet den manglende kunngjøringen med, kan henføres under noen av de andre unntakene i § 2-1 andre ledd. Ettersom verdien av anskaffelsen overstiger kunngjøringsgrensen, legger klagenemnda derfor til grunn at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av legevikartjenester til Høyås bo- og rehabiliteringssenter.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (65) Skyldkravet for å kunne ilegge overtredelsesgebyr er at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt *”forsettlig eller grovt uaktsomt”*, jf. loven § 7b første ledd.
- (66) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) er det nærmere redegjort for skyldkravet, og det fremgår følgende på side 26:

”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 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.”

- (67) Som grunnlag for at innklagedes handlemåte ikke kan karakteriseres som forsettlig eller grovt uaktsom, har innklagede vist til at man var påkrevd å ha legetjenester uten opphold, og at anskaffelse av legetjenester ikke kunne avvendes i den tiden det ville ta å avholde konkurranse. Videre er det vist til at innklagede ikke planla noen langvarig anskaffelse av legetjenester, ettersom det primære ønsket var å ansette en egen tilsynslege.
- (68) Klagenemnda kan imidlertid ikke se hvordan innklagede skulle vært forhindret fra å gjennomføre en konkurranse iht. regelverket samtidig som innklagede oppfylte sin lovbestemte plikt til å tilby legetjenester uten opphold. Innklagede kan således ikke høres med dette.
- (69) Nemnda vil videre bemerke at innklagede har anskaffet legetjenester til Høyås bo- og rehabiliteringssenter helt siden 2006. Innklagede har fremlagt dokumentasjon på at det ble søkt etter lege i 2006, 2009 og 2011. Klagenemnda forstår det slik at innklagede ikke lyktes i å ansette en lege i denne stillingen i 2006. Ettersom innklagede hadde hatt et løpende avtaleforhold med Legevisitten Bemanning AS siden 2006, kan klagenemnda derfor ikke se at innklagede hadde holdepunkter for at behovet for innleie av legevikar ville avta i 2009, 2010 og 2011. Det må ha fremstått som åpenbart at ansettelse av lege i den stillingen legevikartjenesten dekket, kunne ta tid fra utlysningen av stillingsannonser i 2009.
- (70) I denne sak er det på det rene at anskaffelsen allerede i løpet av 2010 åpenbart oversteg kunngjøringsgrensen. Etter klagenemndas oppfatning kan det heller ikke anses tvilsomt at det ikke forelå rettslig grunnlag for å unnta anskaffelsen fra kunngjøringsplikten. Nemnda anser etter dette innklagedes handlemåte som i det minste grov uaktsom. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (71) Det følger av loven § 7b første 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"*, jf. § 7b andre ledd.
- (72) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *"for å sikre større etterlevelse av regelverket"*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2010/24 (premiss 42) med videre henvisninger.
- (73) 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."

- (74) Anskaffelsen av legetjenester til Høyås bo- og rehabiliteringssenter i perioden fra 2006 til uke 35 i 2011, er foretatt helt uten konkurranse. Videre må innklagedes opptreden, slik nemnda ser det, her kunne karakteriseres som en omgåelse av regelverket, jf. nemndas uttalelser om dette i tilknytning til forskriften § 2-3 fjerde ledd ovenfor. Dette medfører etter nemndas syn at hensynet til gebyrets preventive virkning gjør seg særlig gjeldende. Det er dessuten tale om en anskaffelse av ikke ubetydelig verdi. Nemnda viser videre til at plikten til å kunngjøre konkurranse for anskaffelser over terskelverdi er absolutt, med mindre noen av unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse. Kunngjøring av anskaffelser skal også ivareta flere hensyn enn de rent økonomiske, blant annet allmennhetens tillit til at offentlige tjenesteoppdrag tildeles på en objektiv og nøytral måte, og fremme av likebehandling mellom private leverandører, jf. loven § 1 og 5.
- (75) På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at det bør ilegges overtredelsesgebyr i denne saken. Klagenemnda finner grunn til å presisere at nemnda utelukkende har anledning til å ilegge gebyr for det innklagede har anskaffet under kontraktene inngått etter 13. januar 2009, jf. loven § 7b tredje ledd.

Gebyrgrunnlaget

- (76) Gebyrgrunnlaget som ble lagt til grunn i forhåndsvarselet av 27. juni 2010 var på 1 657 075 kroner. Innklagede har i sine kommentarer til forhåndsvarselet anført at den første avtalen det kan ilegges gebyr for er avtalen av 13. mars 2009, som hadde varighet fra 5. mai 2009, og at det således ikke kan ilegges gebyr for tjenestene utført i perioden fra 13. januar 2009 til 1. mai 2009 siden dette er tjenester som refererer seg til en kontrakt

inngått før 13. januar 2009. Klagenemnda er enig i dette, og gebyrgrunnlaget i forhåndsvarselet vil av denne grunn bli redusert med 181 475 kroner.

- (77) Videre har innklagede anført at klagenemnda ikke kan ilegge gebyr for tjenester det er inngått avtale om, men som ennå ikke er levert. Til dette vil klagenemnda bemerke at det er avtaleinngåelsen som representerer den ulovlige direkte anskaffelsen og at det er verdien av den inngåtte avtalen som sådan som er beregningsgrunnlaget for overtredelsesgebyret. Hvorvidt avtaleobjektet er levert/betalt på tidspunktet for gebyrvedtaket er derfor ikke avgjørende. Imidlertid har innklagede dokumentert at avtalen med Proffice Care AS av 11. mars 2011 ble terminert med virkning fra 1. juli 2011. Klagenemnda kan da velge å begrense tidsperioden for verdiberegningen til det faktiske termineringstidspunktet. I mangel av holdepunkter for en annen verdiberegning legger klagenemnda etter dette til grunn at anskaffelsens verdi er det innklagede faktisk har betalt for kontraktene inngått etter 13. januar 2009 og frem til 1. juli 2011. Gebyrgrunnlaget angitt i forhåndsvarselet vil dermed bli ytterligere redusert med 109 225 kroner.

- (78) Gebyrgrunnlaget utgjør etter dette 1 366 375 kroner, jf. premiss (25)-(27) og (62).

Gebyrets størrelse

- (79) Ved utmålingen av gebyret 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 andre ledd. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b andre ledd andre punktum.

- (80) 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 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.

- (81) I den nevnte sak ila klagenemnda et gebyr på ca. 12,3 prosent av kontraktssummen. Skjerpingen av gebyrsatsen er fulgt opp i sakene 2009/40, 2009/229, 2010/165 og 2010/270, hvor det ble ilagt gebyrer for i overkant av tolv prosent av kontraktssummene, i 2009/144, hvor det ble ilagt gebyr på ca. 13,9 prosent, og i 2010/222, hvor det ble ilagt gebyr på i underkant av fjorten prosent av anskaffelsens anslåtte verdi.

- (82) Nemnda viser til vurderingen som er lagt til grunn når det gjelder skyldspørsmålet og spørsmålet om hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr. I skjerpende retning vektlegges for det første at det her etter klagenemndas oppfatning er tale om en omgåelse av regelverket, jf. forskriften § 2-3 fjerde ledd og uttalelsene om dette ovenfor. Videre legges det også vekt på at avtaleforholdet har pågått siden 2006, jf. klagenemndas sak 2010/222 premiss (44). Preventive hensyn, og det faktum at tjenesten helt har vært unntatt fra konkurranse over en lengre periode, taler for at gebyret settes høyt. I formildende retning kan det til en viss grad tillegges betydning at innklagede har gjort noen forsøk på å ansette en lege i 2006, 2009 og 2011, og nå etter det opplyste har lyktes i dette, og at innklagede etter det opplyste vil anskaffe tjenesten etter kontrakt inngått i henhold til anskaffelsesregelverket fra 1. september 2011.
- (83) Klagenemnda har etter en skjønnsmessig vurdering kommet til at gebyret bør settes til ca. 13,2 prosent av det beløp innklagede har anskaffet for frem til 1. juli 2011, under avtaler inngått etter 13. januar 2009. Det vil si ca. 13,2 prosent av 1 366 375 kroner. Gebyret settes da til 180 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Oppegård kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 180 000

- etthundreogåttitusen - 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 femte ledd. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å begjære en sak prøvd for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,
15. august 2011

Siri Teigum