



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Asker kommune et gebyr på 77 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av saksbehandlertjenester til barnevernet i kommunen. Gebyret utgjorde ca. 12 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 19. september 2011 i sak 2011/19

Klager: Jan Hausken

Innklaget: Asker kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Jan Hausken (heretter kalt klager) av 13. januar 2011. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Asker kommunes (heretter kalt innklagede) anskaffelse av saksbehandlertjenester til barneverntjenesten i kommunen.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 77 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 199 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede har anskaffet saksbehandlertjenester fra foretakene Barnevernkompetanse AS og Barnevernerfaring AS uten forutgående kunngjort konkurranse.
- (4) Innklagede har fremlagt tre avtaler inngått med Barnevernkompetanse AS. Den første avtalen er datert 25. september 2007, og avtaleperioden var angitt å være "Fra 01.09. 2007 og inntil videre avtale.". Den andre avtalen er datert 13. juni 2008, og avtaleperioden var "Fra 01.05. 2008 og videre etter nærmere avtale". Den tredje avtalen er datert 16. november 2009, og avtaleperioden er "Fra og med 21.10.09 og inntil videre etter nærmere avtale". Innklagede har fremlagt kopi av fakturaer hvor det fremkommer at innklagede under sistnevnte kontrakt er blitt fakturert for 287 729,22 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden 21. oktober 2009 til 17. januar 2011.
- (5) Innklagede har fremlagt to avtaler inngått med Barnevernerfaring AS. Den første avtalen er datert 20. januar 2007, og den andre avtalen er datert 7. mai 2010. Ingen av avtalene angir noen avtaleperiode. Innklagede har fremlagt kopi av fakturaer hvor det fremkommer at innklagede under sistnevnte kontrakt er blitt fakturert for 356 137,30 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden 7. mai 2010 til 17. januar 2011.

- (6) For den siste kontrakten med Barnevernkompetanse AS og den siste kontrakten med Barnevernerfaring AS er innklagede altså blitt fakturert for totalt 643 866,52 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden 17. januar 2009 til 17. januar 2011.
- (7) Innklagede kunngjorde, i samarbeid med Bærum kommune, en konkurranse med forhandling for anskaffelse av saksbehandlertjenester til barneverntjenesten 30. november 2010. Tilbudsfristen var angitt å være 4. januar 2011.
- (8) Fra avisartikkel i Budstikka 4. januar 2011 hitsettes følgende:

"Barnevernssjefene innrømmer at de inngikk avtalene vel vitende om at tjenestene skulle vært lagt ut på anbud.

[...]

- Vi har ikke hatt kapasitet, da vi har kjørt to lignende anbudsrunder på andre viktige ting. Jeg har likevel visst at vi måtte gjøre den jobben, og det er selvfølgelig sterkt beklagelig at det ikke har skjedd. Nå blir det imidlertid orden på sakene, sier hun.

Drøye to uker etter at Fredrikstad kommune ble felt av Kofa, gikk nemlig Bærum og Asker kommuner sammen om en konkurranseutlysning om saksbehandlertjenester."

- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 13. januar 2011.
- (10) Innklagede ble varslet ved klagenemndas brev 17. januar 2011.
- (11) Klagenemnda sendte 1. august 2011 ut et forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende 80 000 kroner. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda har ikke mottatt kommentarer til forhåndsvarselet fra innklagede.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Klager anfører at innklagede, ved anskaffelsen av eksterne saksbehandlertjenester, har foretatt ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede bekrefter at det gjennom flere år er kjøpt eksterne saksbehandlingstjenester fra private leverandører, uten at dette er blitt gjennomført etter regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede presiserer at både antall meldinger, undersøkelser og antall barn med tiltak fra barneverntjenesten har økt de siste årene, og innklagede har hatt problemer med å overholde lovpålagte krav om tiltaksplaner og tidsfrister. Dette er bakgrunnen for at innklagede har sett seg nødt til å anskaffe saksbehandlertjenester fra private leverandører uten noen form for anbud. Innklagede har hele tiden hatt en intensjon om å håndtere økningen i antall meldinger og lignende med eget personell, slik at kjøp av private barnevernksulenter til saksbehandling kan avsluttes. Innklagedes vurdering av situasjonen i perioden hvor kjøpene har skjedd, har ikke vært god nok, samtidig som at troen på å løse enkeltsaker med egne midler har vært for

optimistisk. I den aktuelle perioden har også barneverntjenesten hatt flere tunge og ressurskrevende saker, som det har vært vanskelig å forutse omfanget av. Disse forholdene har dessverre samlet sett medført at det er blitt kjøpt saksbehandlertjenester uten konkurranse, i strid med regelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (14) 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 § 13 (1).
- (15) I klagenemndas sak 2010/364 ble det lagt til grunn at avtaler om enkeltkjøp av institusjonsplassering ikke var omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, da dette ikke kunne anses som en *"kontrakt"* i relasjon til forskriften § 4-1 bokstav a. Dette synspunktet gjør seg ikke gjeldende i denne saken, som gjelder saksbehandlertjenester til barnevernet, som er en uprioritert tjeneste etter forskriften vedlegg 6 kategori (27) *"Andre tjenester"*.
- (16) I henhold til klagenemndeforskriften § 13a kan en klage på ulovlig direkte anskaffelse fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr.69 om offentlige anskaffelser § 7b (3). Av bestemmelsen følger det at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved brev 13. januar 2011, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev 17. januar 2011.
- (17) Klagenemndas myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr er i angjeldende sak begrenset til å gjelde den kontrakt/de kontrakter innklagede kan anses for å ha inngått etter 17. januar 2009, jf. overstående premiss. Basert på den dokumentasjon klagenemnda har mottatt er det her tale om to ulike kontrakter. Den første er den kontrakten innklagede inngikk med Barnevernkompetanse AS datert 16. november 2009. Under denne kontrakten har innklagede totalt blitt fakturert for 287 729,22 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. premiss (4). Den andre er den kontrakten innklagede inngikk med Barnevernerfaring AS datert 7. mai 2010. Under denne kontrakten har innklagede totalt blitt fakturert for 356 137,30 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. premiss (5).
- (18) 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 i relasjon til anskaffelsens verdi, jf. 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. Dette er for øvrig heller ikke bestridt av innklagede."* Samme resonnement ble lagt til grunn i klagenemndas sak 2010/270, som også gjaldt anskaffelse av saksbehandlertjenester. Tilsvarende synspunkt gjør seg gjeldende i foreliggende sak; det er tale om samme tidsperiode og samme type tjeneste, til samme oppdragsgiver. Klagenemnda legger etter dette til grunn at det her er tale om én samlet anskaffelse.
- (19) Foreliggende kontrakter er tidsubegrensede tjenestekontrakter, noe som innebærer at forskriften § 2-3 (10) får anvendelse ved beregningen av anskaffelsens verdi. I henhold

til denne bestemmelsen skal *"beregningsgrunnlaget være den månedlige rate multiplisert med 48"*. I angjeldende sak innebærer dette at kontrakten med Barnevernkompetanse AS har en verdi på ca. 986 500 kroner eksklusiv merverdiavgift, mens kontrakten med Barnevernerfaring AS har en verdi på ca. 2 136 823 kroner eksklusiv merverdiavgift. Dette basert på en gjennomsnittlig månedlig rate ut fra de beløp innklagede har opplyst å ha anskaffet for i henhold til de to kontraktene.

- (20) Anskaffelsens samlede verdi vil etter § 2-3 (10) da utgjøre omkring 3 123 323 kroner eksklusiv merverdiavgift. I foreliggende sak har innklagede dog faktisk kun betalt 643 866,52 kroner eksklusiv merverdiavgift, idet ingen av kontraktene er blitt benyttet i 48 måneder. Siden innklagede ikke har opplyst hvilken verdi anskaffelsen ble ansett for å ha i forkant av at denne ble foretatt, jf. § 2-3 (2), er det det beløpet innklagede faktisk er blitt fakturert for klagenemnda vil legge til grunn ved beregningen av anskaffelsens verdi etter § 2-3 (1). For øvrig vises det også til klagenemndas sak 2011/13.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (21) Av loven § 7b (1) følger det at det 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.
- (22) Uansett om anskaffelsens verdi beregnes etter § 2-3 (1) eller § 2-3 (10), overstiger verdien den nasjonale terskelverdi på 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift. Anskaffelsen følger da i utgangspunktet reglene i forskriften del I og II, jf. § 2-1 (2) og (5).
- (23) Innklagede har begrunnet den manglende kunngjøringen av anskaffelsen av saksbehandlertjenester med at belastningen i forbindelse med undersøkelsessaker og tiltak fra barneverntjenesten har økt, og at innklagede har hatt problemer med å overholde lovpålagte krav om tiltaksplaner og tidsfrister.
- (24) Forskriften § 2-1 (5), jf. (2) bokstav a – f, regulerer uttømmende hvilke unntak fra kunngjøringsplikten som kan godtas når anskaffelsen er over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift. Nemnda kan ikke se at noen av disse unntakene gjør seg gjeldende i foreliggende sak, og dette er heller ikke anført av innklagede, som tvert imot selv synes å legge til grunn at det her har blitt foretatt kjøp i strid med anskaffelsesregelverkets kunngjøringsregler. Innklagede har etter dette foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av saksbehandlertjenester til kommunens barnevernstjeneste.

Skyldkravet – loven § 7b (1)

- (25) I henhold til loven § 7b (1) er skyldkravet for å kunne ilegge overtredelsesgebyr at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*.
- (26) Om skyldkravet fremkommer det følgende i Ot.prp. nr.62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser s. 27:

"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."

- (27) I klagenemndas sak 2010/306 hadde Ski kommune vist til belastningen i barnevernet som bakgrunn for at den ulovlige direkte anskaffelsen ble foretatt. Om dette uttalte nemnda i premiss (31):

"Nemnda påpeker at den ulovlige direkte anskaffelsen har pågått over flere år og nemnda kan da vanskelig se at belastningen i barnevernet kom overraskende på innklagede. Nemnda har tidligere lagt til grunn at organisasjonsendringer, herunder ressursproblemer, ikke kan anses unnskyldelig, jf. sak 2010/187."

- (28) Klagenemnda legger tilsvarende betraktninger til grunn i denne saken, og bemerker at den ulovlige direkte anskaffelsen også i foreliggende sak har pågått over flere år. Den første kontrakten, som er foreldet i forhold til kravet om overtredelsesgebyr, ble inngått 20. januar 2007. Selv om kunngjøringsgrensen klart var oversteget, kunngjorde ikke innklagede anskaffelsen før 30. november 2010. Slik nemnda ser det, kan det heller ikke ha vært tvilsomt for innklagede at det ikke fantes rettslig grunnlag for ikke å konkurranseutsette anskaffelsen ved kunngjøring når saksbehandlingstjenestene først ble kjøpt inn eksternt fra private leverandører. Dette synes også erkjent av innklagede. På denne bakgrunn anses innklagedes handlemåte som forsettlig, og lovens skyldkrav er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (29) Av loven § 7b (1) følger det 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 "særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning". Begrepet "særlig" viser at oppstillingen av hva som kan vektlegges ikke er uttømmende.
- (30) Bakgrunnen for forslaget om å innføre overtredelsesgebyret var å "sikre større etterlevelse av regelverket", jf. Ot.prp. nr.62 (2005-2006) s.6. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2011/8 premiss (42) med videre henvisninger.
- (31) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr for 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."

- (32) Slik nemnda ser det, kan det ikke ha vært tvilsomt for innklagede at anskaffelsen falt inn under anskaffelsesregelverket, eller at anskaffelsen av saksbehandlertjenester i den størrelsesordenen det her har vært snakk om skulle vært kunngjort når innklagede først valgte å anskaffe tjenesten eksternt. At innklagede var kommet i en vanskelig situasjon som følge av stort sakstilfang, og hensynet til å etterfølge lovpålagte frister, kan ikke endre dette. Til tross for at den første anskaffelsen av saksbehandlertjenester ble foretatt allerede i januar 2007 kunngjorde ikke innklagede anskaffelse av saksbehandlertjenester før 30. november 2010. Klagenemnda er kommet til at det skal ilegges overtredelsesgebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (33) Ved utmålingen av gebyrets størrelse skal det særlig legges vekt på de samme momenter som nevnt i premiss (26); overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkning, jf. loven § 7b (2). Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b (2).

- (34) Følgende ble uttalt om gebyrets størrelse i klagenemndas sak 2009/120 premiss (36):

"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 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."

- (35) I overnevnte sak ila klagenemnda et gebyr på cirka 12,3 prosent av kontraktssummen (3 257 600 kroner). Skjerpingen av gebyrsatsen er fulgt opp i sak 2009/144, hvor det ble ilagt et gebyr på cirka 13,9 prosent, noe som utgjorde 42 millioner kroner, og i sak 2010/222, hvor det ble ilagt et gebyr på 290 000 kroner, noe som var i underkant av 14 prosent av anskaffelsens verdi. Videre vises det til sakene 2010/105, 2010/269 og 2010/270, som omhandlet anskaffelser av forskjellige tjenester til barneverntjenesten i Fredrikstad kommune. Her ble det ilagt gebyr på cirka 12,5 prosent av kontraktssummen (cirka 48 millioner kroner totalt). Tilsvarende ble det i sak 2010/306 ilagt gebyr på cirka 12,5 prosent (360 000 kroner) for den ulovlige direkte anskaffelsen av saksbehandlertjenester Ski kommune hadde foretatt. I de fire sistnevnte sakene fant nemnda at det ikke forelå "nevneverdige formildende forhold" ved vurderingen av gebyrets størrelse. Dette skiller seg fra foreliggende sak, hvor innklagede 30. november 2010 kunngjorde en konkurranse om anskaffelse av saksbehandlertjenester.

Klagenemndas sak 2010/305 omhandlet også ulovlig direkte anskaffelse av saksbehandlertjenester. Her ble det ilagt gebyr for ca. 12 prosent av anskaffelsesverdien, og nemnda vektla i formildende retning at innklagede hadde iverksatt tiltak for å hindre fremtidige brudd på regelverket, jf. premiss (43).

- (36) Ved vurderingen av gebyrets størrelse viser nemnda til den vurderingen som er lagt til grunn når det gjelder skyldspørsmålet og hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr. Innklagede kunngjorde en konkurranse om anskaffelse av saksbehandlertjenester 30. november 2010. Klagenemnda kan utover dette ikke se at det foreligger nevneverdige formildende forhold i foreliggende sak. Som det fremkommer overfor, taler preventive hensyn, manglende konkurranse og at den ulovlige direkte anskaffelsen har pågått over flere år for at gebyret settes relativt høyt.
- (37) Nemnda har etter en skjønnsmessig vurdering kommet til at gebyret passende kan settes til 77 000 kroner. Dette utgjør cirka 12 prosent av 643 866,52 kroner eksklusiv merverdiavgift, som er det beløp innklagede faktisk har betalt for kontraktene om saksbehandlertjenester inngått etter 17. januar 2009.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

”Asker kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 77 000.

- syttisvvtusen - 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 prøvet for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

Bergen, 19. september 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl