



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Bærum kommune et gebyr på 875 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av saksbehandlertjenester til barnevernet i kommunen. Gebyret utgjorde ca. 12 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 3. oktober 2011 i sak 2011/20

Klager: Jan Hausken

Innklaget: Bærum 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. Klagen er foranlediget av forskjellige avisartikler i Budstikka og Østlandets Blad ved årsskiftet 2010/2011 vedrørende manglende kunngjøring av anskaffelse av saksbehandlertjenester til barneverntjenesten i Bærum kommune (heretter kalt innklagede).
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 875 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede har anskaffet sakbehandlertjenester fra foretakene Barnevernkompetanse AS, Barnevernerfaring AS, FRI AS, Trine Ingulfsen Consult AS og Konsulent Liv Tveiten uten forutgående kunngjort konkurranse.
- (4) Innklagede har opplyst at kommunen ved barneverntjenesten har kjøpt saksbehandlertjenester av Barnevernkompetanse AS siden 2004. Innklagede har fremlagt 13 avtaler med Barnevernkompetanse AS inngått etter 17. januar 2009. Alle avtalene regulerer avtaleperioden fra en angitt dato og "inntil videre etter nærmere avtale". De aktuelle avtalene er inngått henholdsvis 13. mars 2009, 18. mars 2009, 15. april 2009, 3. mai 2009, 29. mai 2009, 10. august 2009, 18. september 2009, 30. september 2009, 22. oktober 2009, 19. januar 2010, 21. april 2010, 14. september 2010 og 17. desember 2010. Innklagede har fremlagt kopi av fakturer hvor det fremkommer at innklagede under disse kontraktene er blitt fakturert for 5 301 178 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden mellom 13. mars 2009 og 17. januar 2011.
- (5) Innklagede har fremlagt to avtaler med Barnevernerfaring AS. Den første avtalen, benevnt "Oppdragsavtale" er inngått 10. september 2009. Avtalen angir ingen

avtaleperiode. Innklagede har fremlagt kopi av fakturer hvor det fremkommer at innklagede er blitt fakturert for 101 783 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden 10. september 2009 til 22. desember 2010 under denne kontrakten. Den andre avtalen, benevnt "*Forlengelse av avtale*" er inngått 23. desember 2010. Vedrørende avtaleperioden fremkommer det at: "*Vi viser til oppsigelse av avtale datert 20. oktober 2010 og gir med dette melding om at denne oppsigelsen utsettes til utløpet av februar 2011.*" Innklagede har fremlagt kopi av fakturaer hvor det fremkommer at innklagede under denne kontrakten er blitt fakturert for 5663,50 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden 23. desember 2010 til 17. januar 2011. Totalt er innklagede blitt fakturert for 107 446,50 kroner eksklusiv merverdiavgift for disse kontraktene.

- (6) Innklagede har fremlagt syv avtaler med FRI AS. Den første er inngått 26. mai 2009, og avtalens varighet er angitt til 3 måneder fra 29. mai 2009. Den andre er inngått 24. august 2009, og avtalens varighet er angitt til 3 måneder fra 30. august 2009. Den tredje er inngått 30. november 2009, og avtalens varighet er angitt til 3 måneder fra 1. desember 2009. Den fjerde er inngått 19. februar 2010, og avtalens varighet er angitt til 3 måneder fra 1. mars 2010. Den femte avtalen er inngått 31. mai 2010, og avtalens varighet er angitt til 4 måneder fra 1. juni 2010. Den sjette avtalen er inngått 16. august 2010. Avtaleperioden er angitt til å være fra 1. september 2010 til 31. desember 2010. Den syvende avtalen, benevnt "*Forlengelse av avtale*", er inngått 31. desember 2010, og det fremkommer at avtaleperioden varte til 28. februar 2011. Innklagede har fremlagt fakturaer hvor det fremkommer at innklagede under disse kontraktene er blitt fakturert for 1 216 966 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden 29. mai 2009 til 17. januar 2011.
- (7) Innklagede har fremlagt to avtaler med Trine Ingulfsen Consult AS. Den første er inngått 15. september 2009. Avtaleperioden er angitt å være fra 14. september 2009 til 14. november 2009. Innklagede har fremlagt kopi av fakturer som viser at innklagede under denne avtalen er blitt fakturert for 24 144,50 kroner eksklusiv merverdiavgift. Den andre avtalen er inngått 16. november 2009. Avtaleperioden er angitt å starte 12. november 2009. Det er ikke oppgitt når avtaleforholdet skulle avsluttes, men innklagede har ikke blitt fakturert for saksbehandlertjenester fra denne leverandøren etter desember 2009. Innklagede har fremlagt kopi av fakturaer hvor det fremkommer at innklagede under denne kontrakten er blitt fakturert for 11 940,50 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden 12. november 2009 til desember 2009. Totalt er innklagede blitt fakturert for 36 085 kroner eksklusiv merverdiavgift under disse kontraktene.
- (8) Innklagede har fremlagt tre avtaler med Konsulent Liv Tveiten. Den første avtalen er inngått 9. april 2010. Avtaleperioden er angitt å være fra 1. mars 2010 til 1. september 2010. Den andre avtalen er benevnt "*Forlengelse av oppdragsavtale*", og er inngått 30. august 2010. Avtaleperioden er angitt å være fra 1. september 2010 til 30. november 2010. Den tredje avtalen, benevnt "*Forlengelse av oppdragsavtale*", er inngått 17. desember 2010. Avtaleperioden er fra 1. januar 2011 til 28. februar 2011. Innklagede har fremlagt kopi av fakturaer hvor det fremkommer at innklagede under disse kontraktene er blitt fakturert for 633 727 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden 1. mars 2010 til 17. januar 2011.
- (9) For samtlige overnevnte kontrakter er innklagede altså blitt fakturert for totalt 7 295 405,50 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden 17. januar 2009 til 17. januar 2011.

- (10) Innklagede ved barneverntjenesten kunngjorde en konkurranse med forhandling for rammeavtale for saksbehandlertjenester 30. september 2010. På grunn av mangelfulle tilbud, ble denne konkurransen avlyst. Innklagede kunngjorde i samarbeid med Asker kommune en ny konkurranse med forhandling for anskaffelse av saksbehandlertjenester 30. november 2010. Tilbudsfristen var angitt å være 4. januar 2011.

- (11) Fra avisartikkel i Budstikka 4. januar 2011 hitsettes følgende:

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

- At det ikke har skjedd skyldes både ressurser og juridisk kompetanse. Det er jeg den første til å beklage. Vi hadde tenkt til å legge ut anskaffelsene på anbud allerede i vår, men ble forsinket på grunn av innføring av nytt saksbehandlersystem. I mellomtiden har vi prioritert de mest kostbare anskaffelsene, som tyngre hjelpetiltak og det nevnte saksbehandlersystemet, sier tjenesteleder for Barnevernet i Bærum".

- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 13. januar 2011.

- (13) Innklagede ble varslet ved klagenemndas brev 17. januar 2011.

- (14) Klagenemnda sendte 1. august 2011 ut et forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende 910 000 kroner. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes brev 12. august 2011. Det er nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler.

Anførsler:

Klagers anførsler:

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

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede erkjenner at det er kjøpt saksbehandlertjenester i et omfang som medfører at både forskriften del I og del II får anvendelse, herunder kunngjøringsplikten uten at noen av innkjøpene har vært kunngjort. Selv om innklagede ved barneverntjenesten har vært kjent med kunngjøringsplikten, har ikke innklagede klart å prioritere gjennomføring av anbudskonkurranse for saksbehandlertjenester. På bakgrunn av dette erkjennes det at vilkårene for å ilegge gebyr er til stede. I løpet av de siste månedene har imidlertid innklagede gjennomført en kunngjort konkurranse for anskaffelse av saksbehandlertjenester. Den første konkurransen, som senere ble avlyst, ble kunngjort 30. september 2010. Den neste anbudskonkurransen ble kunngjort 30. november 2010, og kontrakt forventes å være inngått 15. februar 2011.
- (17) Når det gjelder klagenemndas forhåndsvarsel, registrerer innklagede at nemnda har vektlagt kunngjøringen av konkurranse om kjøp av saksbehandlertjenester 30. september 2011 i formildende retning. Innklagede vil imidlertid anføre at skyldkravet ikke er oppfylt for innkjøp foretatt etter dette tidspunkt. Innklagede viser til at det ikke

er grovt uaktsomt å kjøpe inn saksbehandlertjenester uten kunngjøring i den tiden det tar å gjennomføre en anbudskonkurranse i henhold til regelverket. Barnevernets virksomhet reguleres av lov om barneverntjenester. Det følger av loven at barnas interesser skal ivaretas. I tillegg kan oversittelse av saksbehandlingsfrister bøtelegges av fylkesmannen, jf. barnevernloven § 6-9. Det var derfor uaktuelt å avvente ytterligere innkjøp til rammeavtale var på plass.

- (18) Innklagede anfører at bøtesatsen på 12,5 prosent er for høy, sammenlignet med blant annet sak 2010/270, som også gjaldt innkjøp av barneverntjenester. I denne saken uttalte nemnda at det ikke forelå *"nevneverdige formildende forhold"*, og satte bøtesatsen til 12,5 prosent.

Klagenemndas vurdering:

- (19) 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).
- (20) 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"*.
- (21) 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.
- (22) 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 nemnda har mottatt, er det her tale om 29 ulike kontrakter, jf. premissene (4) til (8).
- (23) 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.

- (24) I denne saken er det inngått både tidsbegrensede og tidsubegrensede tjenestekontrakter, slik at forskriften § 2-3 (9) og § 2-3 (10) får anvendelse ved beregningen av anskaffelsens verdi.
- (25) Etter forskriften § 2-3 (9) (tidsbegrensede tjenestekontrakter) skal *"beregningsgrunnlaget være kontraktens totale anslåtte verdi for hele løpetiden"*. I mangel av andre holdepunkter legger nemnda til grunn de fakturerte beløp ved vurderingen av anskaffelsens verdi for de tidsbestemte tjenestekontraktene med Barnevernerfaring AS, FRI AS og Konsulent Liv Tveiten. I den aktuelle perioden har innklagede blitt fakturert for henholdsvis 107 446,50 kroner, 1 216 966 kroner og 633 727 kroner eksklusiv merverdiavgift av disse leverandørene. Den ene kontrakten mellom innklagede og Barnevernerfaring AS, inngått 23. desember 2010 er tidsbestemt, og innklagede er under denne kontrakten blitt fakturert for 5663,50 kroner eksklusiv merverdiavgift. Den ene kontrakten mellom innklagede og Trine Ingulfsen Consult AS, inngått 15. september 2009, er også tidsbestemt. Innklagede er under denne kontrakten blitt fakturert for 24 144,50 kroner eksklusiv merverdiavgift.
- (26) I henhold til forskriften § 2-3 (10) skal beregningsgrunnlaget for tidsubestemte tjenestekontrakter være *"den månedlige rate multiplisert med 48"*. De tidsubestemte tjenestekontraktene med Barnevernkompetanse AS vil da få en verdi på ca. 11 566 206 kroner eksklusiv merverdiavgift. Mens de tidsubestemte kontraktene med Trine Ingulfsen Consult AS, inngått 16. november 2009 og Barnevernerfaring AS, inngått 10. september 2009, vil ha en verdi på henholdsvis ca. 573 144 kroner og 325 705, 50 kroner eksklusiv merverdiavgift. Dette basert på en gjennomsnittlig månedlig rate ut fra de beløp innklagede har opplyst å ha anskaffet for i henhold til disse leverandørene i den aktuelle perioden.
- (27) Anskaffelsens samlede verdi etter forskriften § 2-3 (9) og § 2-3 (10) vil da utgjøre omkring 14 453 001 kroner eksklusiv merverdiavgift. I foreliggende sak har innklagede dog faktisk kun betalt 7 295 402,50 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

- (28) Av loven § 7b (1) følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er 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.
- (29) Uansett om anskaffelsens verdi i denne henseende vurderes etter forskriften § 2-3 (1) eller § 2-3 (9) og § 2-3 (10), overstiger anskaffelsen 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).
- (30) Innklagede har begrunnet den manglende kunngjøringen av anskaffelsen av saksbehandlertjenester med at innklagede ved barneverntjenesten ikke har klart å prioritere å kunngjøre dette.

- (31) 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)

- (32) 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"*.
- (33) 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 rettsuvidenheter 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."

- (34) 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."

- (35) Tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende i foreliggende sak, og klagenemnda bemerker at den ulovlige direkte anskaffelsen også i denne saken har pågått over flere år. Den første kontrakten, som er foreldet i forhold til kravet om overtredelsesgebyr, ble inngått i 2004. Selv om kunngjøringsgrensen klart var oversteget, kunngjorde ikke innklagede anskaffelsen før 30. september 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. Klagenemnda kan heller ikke se at vurderingen av om skyldkravet er oppfylt stiller seg annerledes etter at innklagede kunngjorde konkurransen 30. september 2010, og viser til at det på dette tidspunkt utvilsomt må ha fremstått som klart for innklagede at anskaffelsen var kunngjøringspliktig. På denne bakgrunn anses innklagedes handlemåte i alle fall etter dette tidspunkt som forsettlig, og lovens skyldkrav er dermed oppfylt for hele perioden det er aktuelt for klagenemnda å ilegge gebyr.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (36) 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.
- (37) 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.
- (38) 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."*
- (39) 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 situasjon hvor det ble vurdert slik at kunngjøring av anskaffelsen ikke kunne prioriteres, kan ikke endre dette. Til tross for at den første anskaffelsen av saksbehandlertjenester ble foretatt allerede i januar 2004 kunngjorde ikke innklagede anskaffelse av saksbehandlertjenester før 30. september 2010. Klagenemnda er derfor kommet til at det skal ilegges overtredelsesgebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (40) Ved utmålingen av gebyrets størrelse skal det særlig legges vekt på de samme momenter som nevnt i premiss (36); 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).
- (41) 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."

- (42) 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. september 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).
- (43) 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. september 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. I tillegg er verdien av aktuelle anskaffelse ikke ubetydelig.
- (44) Nemnda har etter en skjønnsmessig vurdering kommet til at gebyret passende kan settes til 875 000 kroner. Dette utgjør cirka 12 prosent av 7 295 402,50 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:

"Bærum kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 875 000

- åttehundreogsyttifemtusen - kroner.

Gebyet 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, 3. oktober 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl