



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemnda ila Statens pensjonskasse et gebyr på 170 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av IT-konsulenttjenester. Gebyret utgjorde ca. 11,8 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 19. august 2011 i sak 2011/52

Klager: Næringslivets Hovedorganisasjon

Innklaget: Statens pensjonskasse

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Næringslivets Hovedorganisasjon (heretter klager) ved brev 20. desember 2010. Klagen er foranlediget av Riksrevisjonens rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2009. På bakgrunn av rapporten besluttet sekretariatet å dele opp saken i ti saker, hvorav åtte saker senere ble trukket av klager. Foreliggende sak gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av IT-konsulenttjenester.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 170 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Statens pensjonskasse (heretter innklagede) har i perioden mars 2009 til april 2010 anskaffet IT-konsulenttjenester fra selskapet Top Temp IT bemanning AS. Dette har skjedd uten kunngjøring.
- (4) Fra innklagedes e-post til Top Temp IT bemanning AS 17. februar 2009 hitsettes:

"Hei,

Da er dette avklart – vi ønsker å leie inn Frode til oppgaver med systemdrift/applikasjonsdrift i vårt IT område med oppstart så raskt som mulig. Vi inngår avtale med utgangspunkt i korrespondansen nedenfor, altså 3 måneder med mulighet for ansettelse. Setter du opp utkast?"

- (5) Innklagede har fremlagt oppdragsbekreftelser om leie av flere ulike IT-konsulenter fra Top Temp IT bemanning AS, datert 25. mars 2009, 9. juni 2009, 1. juli 2009, 3. august 2009, 17. august 2009 og 12. oktober 2009. Flere av oppdragene ble forlenget utover avtaleperioden, som varierte fra én til fire måneder.
- (6) Innklagede har videre fremlagt utskrift fra regnskapssystem, datert 14. april 2011, som viser hvilke utbetalinger innklagede har foretatt til Top Temp IT bemanning AS. Av denne fremgår at det i perioden 16. mars 2009 til 17. januar 2010 er anskaffet IT-konsulenttjenester for totalt 1 445 766,40 kroner eksklusiv merverdiavgift.
- (7) Innklagede kunngjorde 9. september 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en fireårig *"vikarrammeavtale til seksjon kundestøtte og drift"*. Av kunngjøringen punkt II.1.4 fremgår at anskaffelsens verdi var anslått til tre millioner kroner totalt.
- (8) Innen fristen kom det inn åtte tilbud, herunder tilbud fra Xtra Personell Norge AS som innklagede inngikk kontrakt med 16. desember 2009. Avtalen var gjeldende fra kontraktssigneringsdøgnpunktet.
- (9) Riksrevisjonen overleverte sin rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2009 til Stortinget 19. oktober 2010. Fra *"Dokument 1 (2010 – 2011)"* punkt 2.1.2 *"Anskaffelser"* refereres:

"Riksrevisjonen påpekte svakheter ved anskaffelser ved revisjonen av regnskapet for 2007. Departementet uttalte da at riktig forståelse og etterlevelse av regelverket blant annet krever en tett og direkte oppfølging av alle impliserte. Departementet la opp til kontinuerlig fokus på anskaffelsesområdet i den løpende styringsdialogen med SPK.

Revisjon av anskaffelser i SPK for 2009 viser fortsatt svakheter og mangler, blant annet ved

- uhjemlet direkte kjøp*
- manglende konkurranse*
- kjøp av varer og tjenester uten gyldig avtale*
- manglende dokumentasjon av anskaffelsesprosessen*
- manglende protokollføring*
- manglende toveis sporbarhet mellom avtaler og fakturaer*

Arbeidsdepartementet har uttalt at fokus på etterlevelse av etatens anskaffelsesregelverk vil bli fulgt opp gjennom etatsstyringsdialogen. I tildelingsbrevene for 2007, 2008 og 2009 har det vært satt fokus på etterlevelse av anskaffelsesregelverket.

[...]

Det opplyses videre at SPK har besluttet å opprette en funksjon for intern revisjon i andre halvår 2010. Internrevisjonen skal følge opp systemene for intern kontroll i SPK, herunder på anskaffelsesområdet."

- (10) Fra punkt 2.2.2 *"Internkontroll"* refereres videre:

"Riksrevisjonen viser til at SPK fremdeles har svakheter og mangler i sin etterlevelse av anskaffelsesregelverket. Det vises videre til at Fornyings- og administrasjons – departementet som hadde ansvaret for etatsstyringen av Statens Pensjonskasse frem til 1. januar 2010, i sin styring av SPK, har satt fokus på etterlevelse av anskaffelsesregelverket både i 2007, 2008 og 2009. Riksrevisjonen påpekte svakheter ved anskaffelser ved revisjonen av regnskapet for 2007.

På bakgrunn av at SPK fortsatt ikke etterlever anskaffelsesregelverket, stiller Riksrevisjonen spørsmål om dagens opplegg for styring av SPK er tilstrekkelig og tilpasset risikobildet i virksomheten.

[...]

SPK har gjennom flere år hatt problemer med anskaffelsesregelverket, og de forholdene Riksrevisjonen tar opp henger alle sammen med svikt i interne rutiner og kvalitetssikring."

- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 20. desember 2010.
- (12) Innklagede ble varslet om klagen ved klagenemndas brev 28. desember 2010.
- (13) Innklagede fremla 10. mai 2011 følgende udaterte notat fra sin IT-stab:

"De funnene som Riksrevisjonen har gjort gjennom revisjonen av anskaffelser i SPK og ITO er preget av at vi har hatt manglende kompetanse om regelverket og at situasjonen knyttet til en anskaffelse har vært preget av tidsmessige krav kombinert med undervurdering av omfang. SPK var i 2009 i en helt spesiell situasjon i forhold til å "rigge" PERFORM prosjektet og å rigge linjeorganisasjonen i SPK for å kunne ta i mot leveransene fra PERFORM. Denne "riggingen" satte hele organisasjonen under sterkt press, bl.a. har det blitt gjennomført store omorganiseringer, både i ITO og hele SPK. Omorganiseringen har også medført endringer i ledelsesstrukturer, ansettelse av nye ledere, etc. Innenfor ITO har det også vært store utfordringer med å få ansatt driftspersonale og tekniske utfordringer i forhold til å rigge et så stort prosjekt.

Eksempelvis ble det etablert et helt nytt utviklingsmiljø for 100 utviklere, som igjen medførte behov for rask skalering og forbedring av infrastrukturen (kjøling, nettverk). Eksempelvis vil en dag uten et fungerende utviklingsmiljø for PERFORM koste 1 mnok for SPK. ITO har nå fått ansatt driftspersoner og etablert de utestående rammeavtaler, samt at PERFORM nå er i en stabil tilstand ift omfang. SPK og ITO har nå planer for å forbedre anskaffelsesprosessen og kompetansen i organisasjonen. ITO har etablert en egen anskaffelsesfunksjon innenfor seksjon IT stab, som skal ivareta dette på en forsvarlig måte fremover. Handlingsplanen for IT stab for 2010 inneholder følgende aktiviteter knyttet til anskaffelser:

- Etablere et konkurransegjennomføringsverktøy for å sikre korrekte anskaffelser med god sporbarhet*
- Vurdere anskaffelse av P360-modul og agresso-modul for kontraktsdokumentasjon og oppfølging, deriblant å sikre sporbarhet mellom faktura og kontrakt*

- Forbedre prosessen for anskaffelser og kompetansen om anskaffelser gjennom å:

o utarbeide ny retningslinje for anskaffelse i SPK

o kjøre obligatoriske kurs i SPK-skolen

o informere om lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Dette skjer ved innspill på ledermøter, områdemøter, seksjonsmøter og artikler på intranettet

o Gjennomføre interne stikkprøvekontroller på anskaffelser."

- (14) Klagenemnda sendte 27. juni 2011 et forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende 170 000 kroner. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes brev 5. juli 2011. Det er nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler. I kommentarene har innklagede referert til følgende uttalelse på side 59 i St.prp. nr. 1 (2008-2009) Fornyings- og administrasjonsdepartementet:

"Pensjonsreforma fører til at det må gjerast omfattande endringar i Statens Pensjonskasse sine arbeidsprosessar og pensjonssystem. På same måte som NAV gjennomfører sitt pensjonsprogram, har Statens Pensjonskasse starta opp sitt pensjonsprosjekt (PERFORM). Prosjektet starta opp i fyrste halvdel av 2008. Hovudfokus for PERFORM vil vere å støtte nytt regelverk som følgje av Pensjonsreforma, og å sikre den daglege drifta. Det er løyvd 29,4 mill. kroner spesielt til prosjektet i 2008. For 2009 er løyvingframlegget på 300 mill. kroner, jf. kap. 2470, post 45.

[...]

Statens Pensjonskasse vil nytte store linjeressursar i prosjektet, og denne kostnaden er òg ein del av prosjektkostnaden. Dette skaper trong for å erstatte dei linjeressursane som vert borte i prosjektperioden. Statens Pensjonskasse må i prosjektperioden medverke i utforminga av nytt regelverk og nye arbeidsprosessar samtidig som den jamlege sakshandsaminga vert utfordrande som følgje av innføring av nytt regelverk. Linjekostnader utgjer om lag 218 mill. kroner av styringsramma på 656 mill. kroner."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Dette fremkommer av Riksrevisjonens merknader i Dokument 1 (2010-2011).

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede anfører at anskaffelsen av IT-personelltjenester faller inn under unntaket i forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c, ved at uforutsette omstendigheter medførte at anskaffelsen ikke kunne utsettes i den tiden det tok å gjennomføre en konkurranse. Omstendighetene redegjøres for i det følgende.

- (17) Som det fremgår av uttalelsen i St.prp. nr. 1 (2008-2009) Fornyings- og administrasjonsdepartementet (gjengitt i premiss 14 ovenfor), startet innklagede i første halvdel av 2008 et forprosjekt vedrørende nytt pensjonssystem. Innklagedes pensjonssystem kjørte på en plattform som var utdatert og under avvikling fra leverandør. Det var derfor behov for et helt nytt system. Arbeidet måtte starte selv om det fortsatt gjenstod mange politiske avklaringer, og mye av arbeidet med å bygge ny saksbehandlingsløsning måtte foregå før reglene som løsningen skulle bygges for, var bestemt. Det var utfordrende for en liten organisasjon å drive et så gigantisk prosjekt – samtidig som den daglige driften skulle gå sin gang. Prosjektet ble iverksatt i januar 2009 med 100 innleide konsulenter og 75 egne personer.
- (18) Klagenemnda har i sitt forhåndsvarsel lagt til grunn at problemene relatert til PERFORM i stor grad synes å måtte tilskrives innklagede, noe som bestrides. Innklagede vil bemerke at det i 2005 bare ble fastsatt enkelte prinsipper i et pensjonsforlik i Stortinget. I 2008 ble det sendt ut forslag til nærmere utforming av ny alderspensjon i folketrygden, med endelig forslag i 2009. De viktigste forslagene til endringer i regelverket for offentlig tjenstepensjon, som innklagede administrerer, ble det enighet om i tariffoppgjøret 2009. Forslag til ny tjenstepensjon for Statens pensjonskasse ble lagt frem 26. mars 2010, jf. Prp. 107 L og vedtatt sommeren 2010.
- (19) Innklagede var således i en helt spesiell situasjon i 2009, med oppstart av pensjonsprosjektet PERFORM, og opprettelse av linjeorganisasjon for å kunne ta imot leveransene fra PERFORM. Oppgaven til PERFORM var å lage et helt nytt pensjonsdatasystem med grunnlag i pensjonsreformen med virkning fra 1. januar 2011. Innklagede ble satt under sterkt press og det ble blant annet gjennomført store omorganiseringer, herunder innen IT-området. I denne perioden sluttet også flere sentrale IT-ressurspersoner. Omorganiseringen medførte også endringer i ledelsesstrukturer, ansettelse av nye ledere med mer. Innenfor IT-området var det også store utfordringer med å få ansatt driftspersonale med riktig kompetanse, og tekniske utfordringer knyttet til å starte opp et så stort prosjekt. Det ble for eksempel etablert et helt nytt utviklingsmiljø for 100 utviklere, som igjen medførte behov for rask skalering og forbedring av infrastrukturen.
- (20) Omfattende endringer av organisasjonen måtte foretas raskt slik at prosjektet ikke ble forsinket fra starten av, og slik at PERFORM ble ferdig utviklet og testet innen den korte tiden før pensjonsreformen trådte i kraft 1. januar 2011. I et slikt stort prosjekt vil det alltid kunne dukke opp uforutsette oppgaver som må løses på kort varsel. Det var dette som skjedde da det i januar 2009 oppstod et akutt, antatt kortvarig behov for å ha personer som hadde kompetanse til å drifte innklagedes IT-systemer. Det ble da tatt kontakt med Top Temp IT bemanning AS. Innklagede foretok over førti direkte bestillinger med en totalsum som tilsier at anskaffelsen skulle vært kunngjort. Anskaffelsen skyldtes enkeltpersoners manglende kompetanse om anskaffelsesregelverket, og tidsmessige krav kombinert med undervurdering av anskaffelsens omfang.
- (21) Anskaffelsene ble brakt til opphør da en intern anskaffelsesrevisjon på IT-området avdekket mangler ved anskaffelsesprosessen. Innklagede startet våren 2009 arbeidet med å inngå en rammeavtale for kjøp av denne type tjenester. På grunn av ressursmangel ble ikke denne prosessen avsluttet før i november 2009, og rammeavtale ble signert 16. desember 2009.

- (22) Det er en meget viktig oppgave for innklagede at IT-systemene hele tiden fungerer slik at riktige pensjoner blir utbetalt til rett tid til pensjonistene. Nedetid på IT-systemene vil i verste fall kunne føre til at pensjoner ikke blir utbetalt. For mottakere av pensjon kan manglende utbetaling av pensjon føre til økonomiske problemer. Det er derfor til enhver tid tvingende nødvendig at innklagede har kompetente personer til å drifte IT-systemene. En dag uten et fungerende utviklingsmiljø for PERFORM ville koste én million kroner for innklagede. IT-området fikk ansatt driftspersoner og etablert de utestående rammeavtaler, samt at PERFORM kom á jour bemanningsmessig.
- (23) Når det gjelder skyldvurderingen som er lagt til grunn i forhåndsvarselet, anføres det at Riksrevisjonens rapport ikke kan anvendes ved vurderingen av overtredelsesgebyr. Det vises til at Riksrevisjonens rapport er generelt utformet, og ikke gir holdepunkter for at Riksrevisjonen mener at anskaffelsen fra Top Temp IT bemanning AS er i strid med anskaffelsesreglene. Videre er ingen anskaffelser identifisert i rapporten, og det er uvisst om Riksrevisjonens generelle merknader gjelder anskaffelser under eller over 500 000 kroner eller begge deler. Innklagede har opplyst til klagenemnda at Riksrevisjonen kontrollerte 25 anskaffelser. På denne bakgrunn opprettet klagenemnda saker på de anskaffelser som oversteg 500 000 kroner, noe som utgjorde ti saker. Av disse er syv saker senere trukket av klager, og klagenemnda har i en av de resterende sakene konkludert med at det ikke er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Dette viser etter innklagedes syn at betydningen av Riksrevisjonens rapport må nyanseres vesentlig.
- (24) Når det gjelder spørsmålet om overtredelsesgebyr skal ilegges, skal det tas hensyn til om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige anskaffelser. I forhåndsvarselet er det her vist til Riksrevisjonens rapport. Når det er lagt opp til at det skal tas hensyn til om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige anskaffelser, må det etter innklagedes syn for det første vises til hvilke saker det siktes til, noe som ikke er gjort. Videre må forholdene identifiseres slik at innklagede har anledning til å vurdere og kommentere betydningen av disse. Innklagede antar også at det må dreie seg om saker som klagenemnda har vurdert, eller i hvert fall har hatt mulighet til å vurdere. Som kjent har heller ikke Riksrevisjonen villet kommentere sakene i større omfang enn det som er omtalt i Dokument 1 (2010-2011). Etter innklagedes syn kan Riksrevisjonens rapport ikke anvendes ved vurderingen av overtredelsesgebyr. Det vises i denne forbindelse også til at innklagede ikke tidligere har blitt dømt for ulovlig direkte anskaffelse, noe som ikke engang er nevnt i forhåndsvarselet.
- (25) Innklagede er videre av den oppfatning at saken må ses i sammenheng med hvordan sekretariatet har håndtert sakene overfor innklagede. Etter innklagedes oppfatning oppfyller ikke klagen vilkårene til klage som er fastsatt i klagenemndsforordningen § 7. I stedet fikk innklagede ved brev 28. desember 2010 et pålegg om å oppfylle de vilkårene som klager skal oppfylle iht. klagenemndsforordningen § 7. På bakgrunn av den liste innklagede senere utarbeidet, opprettet sekretariatet ni nye saker. Dette ble gjort uavhengig av reglene i loven § 7b og klagenemndsforordningen § 13a, og uten at sekretariatet avventet informasjon fra innklagede vedrørende om det dreide seg om direkte anskaffelser eller ikke, og på hvilket tidspunkt kontraktene var inngått.
- (26) Slik innklagede ser det, opprettet sekretariatet av eget tiltak ni nye saker før innklagede hadde fått anledning til å forklare seg i saken klager hadde tatt opp, og som gjaldt det samme forhold. At det ble opprettet ni mulige gebyrsaker med den omdømmebelastning dette innebar, var uheldig for innklagede. Saksbehandlingen som sekretariatet har praktisert med fortløpende spørsmål med korte svarfrister parallelt med at innklagede

har arbeidet med å praktisere den opprinnelige henvendelsen, var svært ressurskrevende å håndtere. Innklagede er meget kritisk til hvordan klagenemnda har gått frem overfor innklagede i disse sakene, og til at behandlingen har vært i strid med regelverket.

- (27) Innklagede har forsøkt etter beste evne å etterkomme regelverket og løse de utfordringer man har stått overfor. I herværende sak har utfordringen for innklagede vært å håndtere pensjonsreformen for offentlig ansatte, slik at løsningene ble operative fra 1. januar 2011. Det oppstår naturlig nok en balansegang, hvor innklagede på den ene siden må ha systemene klare innen en gitt tidsramme, og ikke har tid til å foreta en anbudskonkurranse for å få dette til, men hvor dette kan komme i konflikt med forbudet mot direkte anskaffelser. Noen ganger må man prioritere, og innklagede mener å ha regelverket på sin side ved å prioritere på denne måten. Når klagenemnda også opptrer uavhengig av konkrete klager, blir rollen som tilsynsorgan mer fremtredende, noe som altså ligger utenfor klagenemndas mandat.

Klagenemndas vurdering:

Prosessuelle forhold

- (28) Saken gjelder påstand 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.
- (29) Innklagede har anført at klagen 20. desember 2010 ikke oppfylles kravene i klagenemndsforskriften § 7. Klagenemnda forstår det slik at innklagede anfører at klagen av denne grunn må avvises, og legger dette til grunn i det følgende.
- (30) Klagenemndsforskriften § 7 inneholder formelle krav til klagen, og lyder som følger:

"Klagen skal inneholde klagers og innklagedes navn og adresse. Klagen skal være skriftlig og angi de faktiske og rettslige forhold klagen bygger på. De relevante dokumentbevis må vedlegges."

- (31) I foreliggende sak har klager påklaget ulovlige direkte anskaffelser utført av innklagede, og i den sammenheng lagt ved utdrag fra Riksrevisjonens rapport for budsjettåret 2009 Dokument 1 (2010-2011), som er opplyst å utgjøre de relevante sider fra rapporten. Det vedlagte utdraget fra rapporten består av punkt 2.1 "Statens pensjonskasse" under punkt 2 "Regnskaper der Riksrevisjonen har vesentlige merknader". I punkt 2.1 har Riksrevisjonen listet opp det som anses som "svakheter og mangler" ved anskaffelser foretatt av innklagede i budsjettåret 2009, blant annet "uhjemlet direkte kjøp", jf. premiss (9). Selv om det ikke er gitt en nærmere beskrivelse av hver enkelt anskaffelse, er det de anskaffelser som her er vurdert, som sekretariatet har lagt til grunn at er innklaget. Etter klagenemndas syn tilfredsstiller dette kravene som er angitt for en klage til nemnda i klagenemndsforskriften § 7.
- (32) Klager har videre anført at saksbehandlingen som sådan er i strid med regelverket, men uten å presisere nærmere hvilke regler som skulle være brutt. Det er særlig vist til at klagenemndas sekretariat på eget initiativ opprettet ni nye saker, uten å vente på nærmere informasjon fra innklagede, og til at saksbehandlingen som sådan var vanskelig å håndtere for innklagede som følge av korte svarfrister. Til dette vil klagenemnda presisere at det ikke er noe til hinder for at nemnda v/sekretariatet deler opp en sak der det viser seg at én klage i realiteten omhandler flere forskjellige

anskaffelser, noe som her er tilfelle. Dette er også i samsvar med hvordan sekretariatet har håndtert tidligere klager på ulovlige direkte anskaffelser når klager utelukkende har vist til en revisjonsrapport som grunnlag for sin påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Når så er tilfelle har sekretariatet bedt innklagede om å opplyse hvilke anskaffelser revisjonen konkret har bedømt som ulovlige anskaffelser, og deretter opprettet én sak for hver anskaffelse som sekretariatet har funnet grunn til å vurdere nærmere. At det opprettes en sak innebærer altså kun at det foreligger grunn til å vurdere saken nærmere, og kan overhodet ikke anses som noen konstatering av at det faktisk er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

- (33) Når det gjelder de svarfrister sekretariatet har satt, kan klagenemnda ikke se at disse er fastsatt på en måte som skulle være i strid med verken klagenemndsforordningen eller forvaltningsloven. Fristene er satt konkret og ut fra en vurdering av hvor lang tid innklagede måtte anses for å trenge på å besvare den enkelte henvendelse. Innklagedes anførsler på dette punkt tas derfor ikke til følge.

Hvorvidt klagen er rettidig

- (34) Av klagenemndsforordningen § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Av bestemmelsen fremgår 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 20. desember 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev 28. desember 2010. Klagenemndas myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr er dermed begrenset til å gjelde den kontrakt/de kontrakter innklagede kan anses for å ha inngått etter 28. desember 2008.
- (35) Innklagede inngikk de aktuelle avtaler om IT-konsulenttjenester med Top Temp IT bemanning AS 25. mars 2009, 9. juni 2009, 1. juli 2009, 3. august 2009, 17. august 2009 og 12. oktober 2009. Klagen er således rettidig for hver av avtalene.

Hvorvidt forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse

- (36) I klagenemndas avgjørelse i sak 2010/1 (gebyrsak) ble det i (premiss 52) lagt til grunn at forskriften bare kommer til anvendelse der det er inngått, eller skal inngås, en "skriftlig kontrakt", jf. forskriften § 1-3 første ledd sammenholdt med § 4-1 bokstav a. I dette tilfellet har innklagede lagt frem skriftlige oppdragsbekreftelser fra Top Temp IT bemanning AS for de ulike konsulentene. Avtalevilkårene fremgår av oppdragsbekreftelsene. Det er videre på det rene at innklagedes oppgjør er gjort i henhold til de vilkår som er fastsatt i de skriftlige oppdragsbekreftelsene. Klagenemnda finner at forskriftens krav til at det må foreligge "skriftlig kontrakt" er oppfylt.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (37) I loven § 7b første ledd er en ulovlig direkte anskaffelse definert som "en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven", jf. forskrift om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (38) Ved beregningen av anskaffelsens verdi skal man legge til grunn "oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, eks. mva. for de

kontrakter som utgjør anskaffelsen", jf. forskriften § 2-3 første ledd. De kortvarige avtalene om leie av IT-konsulenter fra Top Temp IT bemanning AS, datert 25. mars 2009, 9. juni 2009, 1. juli 2009, 3. august 2009, 17. august 2009 og 12. oktober 2009, fremstår som likeartede, parallelle og suksessive kontrakter. Klagenemnda legger til grunn at disse kontraktene må anses som én samlet anskaffelse. Anskaffelsens verdi utgjør etter dette 1 445 766,40 kroner eksklusiv merverdiavgift.

- (39) Anskaffelsen gjelder IT-konsulenttjenester som er en prioritert tjeneste omfattet av forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, vedlegg 5, kategori (7), og følger da etter sin verdi i utgangspunktet lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser del I og del II, jf. forskriften § 2-1 andre ledd. Anskaffelsens verdi overstiger grensen for kunngjøringspliktige anskaffelser i forskriften § 2-1 andre ledd.
- (40) Innklagede har anført at det ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse og vist til at unntaket i forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c kommer til anvendelse.
- (41) Forskriften § 2-1 andre ledd bokstav a til f regulerer uttømmende hvilke unntak fra kunngjøringsplikten som kan aksepteres når anskaffelsens verdi er mellom kr 500 000 og terskelverdiene angitt i forskriften § 2-2. Det er opp til oppdragsgiver å godtgjøre at et unntak kan komme til anvendelse, og unntaksbestemmelser skal uansett tolkes strengt.
- (42) Av forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c følger det at anskaffelser som *"på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse"*, følger forskriften del I, og således er unntatt kunngjøringsplikt. Bestemmelsen er tilnærmet identisk ordlyden i direktiv 2004/18 artikkel 31 nr. 1 bokstav c, men det presiseres dog i direktivteksten at *"[d]e omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives de ordregivende myndigheder"*.
- (43) Forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c forutsetter at tre kumulative vilkår er oppfylt; det må foreligge uforutsette omstendigheter (som ikke kan tilskrives den aktuelle offentlige oppdragsgiver), anskaffelsen må ikke kunne utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse og det må være årsakssammenheng mellom omstendighetene og anskaffelsesbehovet.
- (44) I Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 2006, er det på side 83-84 uttalt følgende om forståelsen av bestemmelsen:

"For at føresegna skal kunne brukast, må det liggje føre uføresette omstende, det vil seie forhold som oppdragsgivaren ikkje har herredømme over. Dette kan til dømes vere tilfelle dersom det på grunn av såkalla force majeure liknande forhold, altså hendingar som jordskjelv, flaum, brann eller liknande, er nødvendig å gjennomføre ei anskaffing for å få hand om livsnødvendige varer som medisinar, matforsyning eller liknande. Oppbyggingsarbeid etter ein naturkatastrofe som det ikkje er nødvendig å starte med etter en vanleg anskaffingsprosedyre, er ikkje omfatta av unntaksføresegna. Med andre ord kan det tenkjast tilfelle der delar av eit prosjekt kan gjennomførast etter unntaksføresegna (medisinar, mat), mens andre delar (oppbyggingsarbeid) må følge dei ordinære prosedyrane.

Andre uføresette hendingar enn force majeure liknande forhold kan òg oppfylle vilkåret om uføresette omstende. Eit slikt tilfelle kan vere dersom ein leverandør uventa går konkurs, eller dei tilsette streikar, og anskaffinga ikkje kan utsetjast i den tida det tek å gjennomføre ein konkurranse. Sterkt politisk press for å få eit prosjekt raskt gjennomført er derimot ikkje tilstrekkeleg grunnlag for å nytte unntaksføresegna.

Det må gjerast ei konkret vurdering av om anskaffinga objektivt sett ikkje kan utsetjast i den tida det tek å gjennomføre ein konkurranse. Oppdragsgivaren må kunne gjere sannsynleg at å bruke dei ordinære fristane i del II vil få alvorlege konsekvensar. Eit eksempel kan vere at liv og helse står på spel, eller at eigedom kan bli øydelagd. At anskaffinga blir dyrare eller meir ineffektiv ved ein konkurranse etter forskrifta del II, er ikkje tilstrekkeleg grunn for å nytte føresegna. I samband med dette kan det nemndast at konkurranse etter del II kan gjennomførast relativt raskt sidan ingen minimumsfristar gjeld, sjå rettleiaren kapittel 11.

Det må vere ein årsakssamanheng mellom dei uføresette omstenda og behovet for anskaffinga. Med andre ord må årsaka til at fristane i del II ikkje kan overhaldast, ligge i de særlege omstenda. Dersom årsaka til at det hastar, er at oppdragsgivaren burde ha planlagt anskaffingane sine betre, kan ikkje føresegna nyttast. Oppdragsgivaren kan misse retten til å bruke unntaksføresegna dersom det går for lang tid før ein gjennomfører anskaffingar som dei uføresette omstenda har gitt opphav til. I slike tilfeller har oppdragsgivaren hatt tid til å gjennomføre ein hasteprosedyre.

Det avgjerande for vurderinga er kva ein normalt påpasseleg oppdragsgivar etter ei objektiv vurdering burde ha føresett.

Dei grunnleggjande prinsippa, særleg proporsjonalitetsprinsippet, talar for at føresegna berre kan nyttast til å inngå meir kortsiktige kontraktar. Unntaksføresegna bør ikkje brukast til å inngå meir langsiktige kontraktar enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. For meir langsiktige kontraktar bør oppdragsgivaren innan rimeleg tid halde ein konkurranse i samsvar med dei alminnelege reglane i forskrifta."

- (45) For så vidt angår kravet om at anskaffelsen ikke kan utsettes, såkalt "tvingende nødvendighet", har førsteinstansdomstolen blant annet tatt stilling til rekkevidden av dette i avgjørelse C-6/05 (Medipac). Saken gjaldt anskaffelse av suturmateriale til et sykehus. Domstolen fant at beskyttelse av folkehelsen måtte anses som et tvingende allment hensyn som kunne berettigje en fravikelse av grunnprinsippet om fri bevegelse av varer. Domstolen bemerket videre at det påhvilte sykehuset å godtgjøre at det forelå et nødstilfelle, og at forholdsmessighetsprinsippet var ivaretatt.
- (46) Innklagede har anført at arbeidet med pensjonsprosjektet PERFORM medførte betydelig press på organisasjonen for å få prosjektet ferdig innen pensjonsreformen trådte i kraft 1. januar 2011, og at det i januar 2009 dukket opp uforutsette oppgaver som måtte løses på kort varsel, noe som var årsaken til innleie av personell fra Top Temp IT bemanning AS. Videre er det også vist til at det ville koste innklagede om lag én million kroner for hver dag IT-systemene var nede.
- (47) Klagenemnda har ut fra det opplyste problemer med å se at det skulle komme som en overraskelse på innklagede at gjennomføringen av et prosjekt som PERFORM ville trenge betydelige ressurser. Videre fremgår det også av det opplyste at innklagede allerede i begynnelsen av 2008 startet opp forprosjektet til PERFORM. Klagenemnda

har da vanskelig for å se at innklagede ikke allerede på dette tidspunkt hadde god mulighet til å se hvilke ressurser som var nødvendige for å gjennomføre prosjektet og således da også foreta de anskaffelsene som innklagede hadde behov for i henhold til anskaffelsesregelverket. Etter klagenemndas syn fremstår derfor ikke de omstendigheter innklagede befant seg i på begynnelsen av 2009 som uforutsette. Nemnda finner videre grunn til å bemerke at anskaffelsen fra Top Temp IT bemanning AS vedvarte gjennom hele år 2009 – noe som også fremstår som altfor lenge sammenlignet med den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse. Som fremhevet av Fornyings- og administrasjonsdepartementet i uttalelsen gjengitt ovenfor kan heller ikke (politisk) press for å få et prosjekt raskt gjennomført, eller det faktum at det vil bli dyrere eller mer ineffektivt å gjennomføre anskaffelsen ved bruk av en kunngjort anskaffelse, hjemle et unntak fra kunngjøringsplikten.

- (48) Unntaket i forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c kommer etter dette ikke til anvendelse. Innklagedes anskaffelse av personell fra Top Temp IT bemanning AS utgjør således en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (49) Skyldkravet for illeggelse av overtredelsesgebyr er forsett eller grov uaktsomhet, jf. loven § 7b første ledd. I lovforarbeidet Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 er dette kommentert på følgende måte:

"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."

- (50) Som fremhevet i forarbeidene forutsettes offentlige oppdragsgivere å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede kan dermed ikke høres med at enkeltpersoner i innklagedes virksomhet mangler kompetanse om anskaffelsesregelverket.
- (51) Ut fra anskaffelsens verdi er det klart at anskaffelsen skulle vært kunngjort i Doffin. Klagenemnda kan ikke se at den omorganisering og de oppsigelser innklagede har vist til kan endre på dette, jf. sak 2010/187 (premiss 18). Klagenemnda har ovenfor lagt til grunn at det heller ikke forelå en uforutsett omstendighet som kvalifiserte til unntak fra kunngjøringsplikten, jf. premiss (47) hvor det også fremgår at nemnda finner det vanskelig å forstå at innklagede ikke allerede tidlig i 2008 forsto at gjennomføringen av et prosjekt som PERFORM ville innebære et behov for betydelige ressurser og at slike måtte være på plass i god tid før 2009. Nemnda anser innklagedes handlemåte som i det minste grovt uaktsom. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (52) Av loven § 7b første ledd fremgår at oppdragsgiver kan ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver 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 skal legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*. Opplistingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende.

- (53) I denne saken inngikk innklagede kontraktene med Top Temp IT bemanning AS helt uten konkurranse. Nemnda er videre av den oppfatning at den ulovlige direkte anskaffelsen ble foretatt som følge av mangelfull organisering fra innklagedes side. Klagenemnda viser videre til Riksrevisjonens rapport i premiss 9 og 10 hvor det fremgår at innklagede i flere år har unnlatt å innrette seg etter regelverket for offentlige anskaffelser, til tross for gjentatte påpekninger fra Riksrevisjonen, og oppfordringer fra Arbeidsdepartementet i tildelingsbrevene for 2007, 2008 og 2009. Klagenemnda kan for øvrig ikke se at nemnda skulle være forhindret fra å kunne vektlegge opplysningene som fremgår av Riksrevisjonens rapport, slik innklagede har gjort gjeldende. Det vises til at Riksrevisjonen gjennom en årrekke har revidert innklagedes anskaffelser, og det må forutsettes at Riksrevisjonens generelle vurderinger av innklagedes etterlevelse av anskaffelsesregelverket er forsvarlige. De nevnte forhold er etter nemndas syn klanderverdige og hensynet til gebyrets preventive virkning gjør seg derfor særlig gjeldende. Videre skal kunngjøring av anskaffelser også ivareta flere hensyn enn de rent økonomiske; blant annet ivareta allmennhetenes tillit til at offentlige tjenesteoppdrag tildeles leverandører på en nøytral og objektiv måte, og fremme likebehandling mellom leverandørene, jf. loven § 1 og 5.

- (54) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at det skal ilegges overtredelsesgebyr.

Gebyrets størrelse

- (55) Ved avgjørelsen av gebyrets størrelse skal det, som ved spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*, jf. loven § 7b andre ledd. Opplistingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b andre ledd.
- (56) Nemnda viser til vurderingene som er lagt til grunn når det gjelder skyldspørsmålet og hvorvidt det skal ilegges gebyr. I foreliggende sak er det skjerpende at innklagede ifølge Riksrevisjonen ved flere tilfeller har unnlatt å innrette seg etter regelverket for offentlige anskaffelser, og at det foreligger en klar overtredelse av kunngjøringsplikten. Det er viktig at gebyrets størrelse gir oppdragsgiver en oppfordring om å øke kompetansen, og lage rutiner for å sikre bedre etterlevelse av regelverket, jf. sakene 2009/8 premiss (23) og 2009/229 (premiss 66). I formildende retning trekker innklagedes kunngjøring 9. september 2009 av konkurranse om *"vikarrammeavtale til seksjon kundestøtte og drift"* etter at en intern anskaffelsesrevisjon på IT-området avdekket mangler ved anskaffelsesprosessen. Videre synes oppdragsgiver nå å ha iverksatt ulike tiltak for å hindre fremtidige brudd på regelverket, jf. notat fra IT-stab. Klagenemnda har etter dette kommet til at gebyret bør settes til 170 000 kroner. Dette utgjør ca. 11,8 prosent av anskaffelsens verdi pålydende 1 445 766,40 kroner eksklusiv merverdiavgift.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Statens pensjonskasse ilegges et overtredelsesgebyr på 170 000

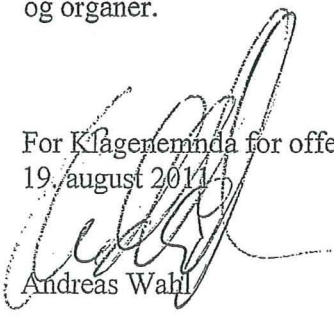
- etthundreogsyttitusen - kroner.

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,
19. august 2011



Andreas Wahl

