



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede hadde kjøpt saksbehandlertjenester til sin kommunale barnevernstjeneste for kr. 1 571 113,- uten å kunngjøre anskaffelsen. Klagenemnda fant at dette utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse og at det påberopte unntaket ikke kunne føre frem. Innklagede ble ilagt et gebyr på 9 % av kontraktsummen.

Klagenemndas gebyrvedtak 14. januar 2014 i sak 2012/27

Klager: Jan Hausken

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Kai Krüger

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Jan Hausken (heretter kalt klager) mottatt 30. januar 2012. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Oslo kommunes (heretter kalt innklagede) anskaffelse av saksbehandlertjenester til barnevernstjenesten.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på kr. 140 000,-. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b (1).

Bakgrunn:

- (3) Innklagede består av 15 bydeler med hver sin bydelsbarnevernstjeneste. Innklagede anskaffet konsulenttjenester til barnevernstjenesten i Grünerløkka bydel.
- (4) I alt ble det inngått 12 skriftlige kontrakter mellom innklagede og Barnevernskompetanse AS om Grünerløkka, fra november 2007 og til september 2011. I kontraktene var oppdraget beskrevet som "*Oppfølging av undersøkelser og tiltaksarbeid etter nærmere avtale*" eller med lignende formuleringer. Kontraktenes avtaleperiode var angitt med oppstart i tiden rundt signering, men uten dato for avtalens opphør. I stedet løp kontraktene "inntil nærmere avtale", "etter løpende avtale" eller "inntil videre". Seks av kontraktene var inngått i perioden fra mars 2010 og til september 2011, og kan skjematisk oppstilles slik:

Kontrakt	Inngåelsesdato	Start	Slutt
A1001	3. mars 2010	Fra 1. mars 2010	"og videre etter løpende avtale"
B1002	11. juni 2010	Fra 14. juni 2010	"inntil videre etter løpende avtale"
C1004	16. juni 2010	Fra 21. juni 2010	"inntil videre etter løpende avtale"
D1103	30. mai 2011	Fra 6. juni 2011	"inntil videre etter løpende avtale"

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

E1102	21. juni 2011	Fra 7. juli 2011	"inntil videre etter løpende avtale"
F1104	13. september 2011	Fra 19. september 2011	"inntil videre etter løpende avtale"

- (5) Med grunnlag i de seks kontraktene fra mars 2010 til september 2011 fakturerte Barnevernskompetanse AS innklagede for kr. 1 571 113,-.

- (6) Mellom november 2009 og november 2011 inngikk innklagede også kontrakter med enkeltpersonforetaket Barnevern-Bistand. I alle kontraktene var anskaffelsen beskrevet som:

"Styrke fagkompetansen hos den enkelte medarbeideren gjennom oppfølging i konkrete saker og problemstillinger knyttet til dette. Bidra til at den enkelte får dele sin kunnskap og erfaring til det beste for kontoret som helhet".

- (7) Avtaleperiodene i kontraktene med Barnevern-Bistand var begrenset med enten dato for avtalens utløp eller angivelse av hvilket semester avtalen gjaldt. For disse seks kontraktene ble innklagede fakturert kr. 29 069,- fra februar 2010 til februar 2012.

- (8) I bydelsutvalgsmøtet 10. mars 2011 ble det vedtatt at Bydelsadministrasjonen til neste møte skulle redegjøre for bydelens bruk av vikarer fra private byråer. I svaret fra Bydelsadministrasjonen stod blant annet følgende oversikt:

"I barnevernet bruker Bydel Grünerløkka følgende vikarbyråer:

<i>Vikarbyrå</i>	<i>Utbetalt 2010</i>	<i>Utbetalt jan. og feb. 2011</i>
<i>Barnevern-Bistand</i>	<i>29 069,-</i>	
<i>Barnevernskompetanse AS</i>	<i>1 282 415,-</i>	<i>230 560,-</i>
<i>Sum:</i>	<i>1 311 484,-</i>	<i>230 560,-"</i>

- (9) Årsberetningen for 2011 for bydelen Grünerløkka, punkt 3.4.3 statistikk for barnevernstjenesten, kan kort sammenfattes slik:

<i>Årstall</i>	<i>Mottatte meldinger</i>	<i>Tiltak</i>
<i>2011</i>	<i>381</i>	<i>353</i>
<i>2010</i>	<i>404</i>	<i>316</i>
<i>2009</i>	<i>333</i>	<i>367</i>

2008	323	324
2007	356	272

- (10) Videre stod det at *"Barnevernstjenesten ser en økning i antall saker som fremmes for Fylkesnemnda [for sosiale saker] med forslag om omsorgsovertakelse. I 2009 fremmet tjenesten 4 saker, i 2010 – 7 saker og i 2011 fremmet tjenesten 11 saker"*.
- (11) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser med brev av 30. januar 2012. Ved klagenemndas brev av 2. februar 2012 ble klagen oversendt innklagede, og innklagede ble informert om at klagen inneholdt en påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og at brevet var fristavbrytende.
- (12) I e-postkorrespondanse mellom klagenemndas sekretariat og klager medio september 2012, ble klager bedt om å konkretisere sin anførsel om at klagenemnda måtte undersøke hvorvidt innklagedes øvrige bydeler også hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser. Som svar på dette viste klager i hovedsak til annen og tidligere nemndspraksis hvor overtredelsesgebyr var ilagt på bakgrunn av anskaffelser foretatt fra Barnevernskompetanse AS. Korrespondansen ble oversendt innklagede 1. oktober 2012.
- (13) Nemndsmøtet i saken ble avholdt 9. desember 2013. Klagenemnda sendte 11. desember 2013 forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende kr. 140 000,-. Innklagede innga 6. januar 2014 kommentar til forhåndsvarselet og vurderingen av hvorvidt alle kjøpene av saksbehandlertjenester skulle anses som én og samme anskaffelse.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved å foreta ulovlig direkte anskaffelse av saksbehandlings- og veiledningstjenester til barnevernstjenesten i bydelen Grünerløkka. Unntaksbestemmelsene gjelder ikke. Innklagede bør ilegges overtredelsesgebyr.
- (15) Det er grunn til å tro at innklagede har foretatt tilsvarende ulovlige direkte anskaffelser også i de øvrige 14 bydelene. Det vises til at oppdragsgivere flere ganger er ilagt overtredelsesgebyr etter kjøp fra Barnevernskompetanse AS. Klagenemnda bør undersøke hvorvidt dette er tilfellet, og i så fall legge overtredelsesgebyr også for disse ulovlige direkte anskaffelsene.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede bestrider å ha foretatt ulovlige direkte anskaffelser. Anskaffelsen av saksbehandlertjenester fra Barnevernskompetanse AS må vurderes uavhengig av anskaffelsen av veiledningstjenester fra Barnevern-Bistand. Førstnevnte skulle inngå i saksbehandlingen i bydelens førstelinjetjeneste, mens veiledningstjenestene gjaldt veiledning i forbindelse med konkrete prosesser og faglig veiledning av ansatte i innklagedes barnevern. Tjenestene har dermed ulike funksjoner og er ikke samme anskaffelse. Veiledningstjenesten var ikke kunngjøringspliktig.

- (17) Kjøpene av saksbehandlingstjenester ble foretatt når det var behov for slike tjenester. Behovet oppstod for eksempel ved sykefravær eller andre uforutsette forhold. Til tross for at det er tale om samme type tjenester må det foretas en konkret vurdering av om dette kan anses som en anskaffelse. Selv om det foreligger leveranser tett opp til hverandre i tid, kunne det ikke forutses når behov for kjøp av tjenester ville oppstå. De ulike kontraktene kan derfor ikke anses som samme anskaffelse.
- (18) Innklagede kunne bare anskaffe sakbehandlertjenester fra Barnevernskompetanse AS. I store deler av 2010 var nøkkelpersoner i bydelsbarnevernet sykmeldt. Personene hadde lang erfaring og betydelig kompetanse, og arbeidet blant annet med veiledning av ansatte og med kompliserte saker. Samtidig var det også sykmeldinger i saksbehandlergruppen. Barnevernstjenesten var på denne tiden involvert i saker med menneskehandel, hvilket krevde kompetanse langt ut over det en alminnelig saksbehandler kan forventes å besitte. Ingen av leverandørene som innklagede hadde rammeavtaler med (Xtra-personell, Kelly Services, Jobzone og Manpower) kunne levere tjenestene innklagede behøvde. Innklagede fant derfor at bare Barnevernskompetanse AS kunne dekke innklagedes behov. Anskaffelsen er dermed unntatt kunngjøring etter forskriften § 2-1 (2) bokstav a.
- (19) Uansett er ikke skyldkravet oppfylt. Bydelsbarnevernstjenesten på Grünerløkka mottok over 400 bekymringsmeldinger i 2010, mot 300 året før. Samtidig iverksatte bydelen hjelpetiltak overfor 500 barn og unge, og saksmengden for Fylkesnemnda for sosiale saker økte. Til dette kom også sykefraværet nevnt ovenfor. På denne bakgrunn var det ikke forsettlig eller grovt uaktsomt å anskaffe tjenestene fra Barnevernskompetanse AS.
- (20) Under enhver omstendighet er det ikke grunnlag for å ilegge gebyr, eventuelt må det være av beskjedne størrelse. Innklagede har prioritert hensynene til barns rettigheter etter barnevernsloven og verdien på anskaffelsen er relativt liten.
- (21) Anførselen om at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser i andre bydeler enn Grünerløkka, er generelt uformet og helt udokumentert. Den må avvises.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en anskaffelse av konsulentttjenester til barnevernet uten forutgående kunngjøring i tråd med anskaffelsesregelverket, og om det skal ilegges gebyr for dette.

Klagenemndas myndighet til å behandle spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse

- (23) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (24) Den 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene. De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere.
- (25) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Dersom klagenemnda kommer til at det foreligger kontrakt i foreliggende sak, vil det dreie seg om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012.
- (26) Etter loven § 7b (3) bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. I foreliggende sak ble klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse oversendt innklagede ved klagenemndas brev 2. februar 2012. Klagen er dermed rettidig for alle kontrakter inngått fra og med 2. februar 2010, i alt seks kontrakter.
- (27) Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede har imidlertid anført at klagers anførsel om andre av innklagedes bydeler (enn Grünerløkka) må avvises.
- (28) Klagers anførsel synes å bygge på en antagelse om at siden flere oppdragsgivere er gebyrlagt etter å ha foretatt ulovlig direkte anskaffelser fra Barnevernskompetanse AS, har det formodningen for seg at også innklagedes øvrige bydeler har foretatt ulovlige direkte anskaffelser fra denne leverandøren. Klager har imidlertid ikke fremlagt noen dokumentasjon om de øvrige bydelene. Klager har heller ikke konkretisert eller presisert sin anførsel – selv ikke etter eksplisitt oppfordring om dette fra klagenemndas sekretariat. Anførselen om de øvrige bydelene er derfor for vag til at klagenemnda kan ta stilling til den, og anførselen avvises som uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Hvorvidt kontraktene er omfattet av regelverket

- (29) Regelverket gjelder tildeling av offentlige "kontrakter", jf. forskriften § 1-3 (1). "Kontrakt" er i § 4-1 bokstav a, definert som en "gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører". Det er på det rene at det foreligger skriftlige kontrakter mellom innklagede og de to leverandørene.
- (30) I klagenemndas sak 2010/364 gjennomgikk nemnda problemstillinger knyttet til barneverntjenester og fant at det måtte sondres mellom tildeling av kunngjøringspliktige rammeavtaler til private institusjoner og plasseringsvedtak i enkeltsaker. Nemnda la til grunn at enkeltkjøp av institusjonsplasser for barn innen barnevern, i motsetning til rammeavtaler om institusjonsplasser, ikke kunne anses som en kontrakt i forskriftens forstand. Enkeltkjøp ble således ansett som en del av et plasseringsvedtak. Resultatet ble fulgt opp i sakene 2011/75 og 2010/105 som begge gjaldt kjøp av tiltakstjenester for barn innen barnevern.
- (31) Det foreliggende tilfellet gjelder ikke enkeltkjøp av institusjonsplasser eller tiltakstjenester for barn, men kjøp av saksbehandlertjenester. Klagenemnda har i en rekke saker lagt til grunn at dette er en kunngjøringspliktig tjeneste, jf. blant annet sakene 2011/339, 2011/20, 2011/19, 2010/306, 2010/305 og 2010/270. Det samme må gjelde generelle veiledningstjenester til barnevernets ansatte. De aktuelle anskaffelsene i den foreliggende saken er derfor kontrakter i forskriftens forstand, og omfattes av regelverket.

Hvorvidt kontraktene skal vurderes isolert eller samlet

- (32) Av den innsendte dokumentasjonen fremgår det at innklagede har hatt løpende avtaleforhold med to private aktører. Innklagede har fremlagt avtaler tilbake til november 2007, men nemnda vil kun behandle kontraktene inngått etter februar 2010, jf. foreldelsesfristen i loven § 7b (3). Spørsmålet er om avtalene med Barnevernskompetanse AS og Barnevern-Bistand må ses i sammenheng i relasjon til kunngjøringsplikten, eller om avtalene med hver leverandør må vurderes for seg.
- (33) I forskriften § 2-3 (1) fremgår det at oppdragsgiver skal beregne den totale anskaffelsens anslåtte verdi på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp han kan komme til å betale, eksklusiv merverdiavgift, for samtlige av de kontrakter som utgjør anskaffelsen. Det fremgår videre av forskriften § 2-3 (4) at en planlagt anskaffelse av en bestemt ytelse ikke kan deles opp i den hensikt å unngå at bestemmelser i forskriften kommer til anvendelse.
- (34) I Veilederen punkt 4.2.2 heter det blant annet at et "naturlig utgangspunkt i vurderingen av hva som utgjør én anskaffelse er om den planlagte anskaffelsen samlet har til formål å dekke et bestemt behov". I sak 2011/76 premiss (39) uttalte nemnda:

"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 ut fra bestemmelsen i forskriften § 2-3 (1). Det ble vist til at: "Det er her tale om kjøp av den samme typen tjeneste i etterfølgende og delvis overlappende tidsperioder. Avtalene som er inngått med de tre ulike leverandørene er også tilnærmet identiske hva gjelder beskrivelsen av tjenestens innhold med mer. Det er for øvrig heller ikke bestridt av innklagede." Det

samme ble lagt til grunn i klagenemndas saker 2010/270, 2011/19 og 2011/20, som også gjaldt anskaffelse av saksbehandlertjenester til barneverntjenesten."

- (35) Anskaffelsen fra Barnevernkompetanse AS gjaldt alminnelige saksbehandlertjenester til innklagedes barnevernstjeneste, som ledd i å utføre barnevernstjenestens oppgaver og saksbehandling. Tjenesten levert av Barnevern-Bistand var etter det forklarte veiledning til innklagedes barnevernstjeneste, både veiledning relatert til konkrete prosesser og faglig veiledning til de ansatte i barnevernstjenesten. Etter det nemnda forstår, synes således ikke tjenesten levert av Barneverns-Bistand å dekke samme behovet hos innklagede som Barnevernskompetanse AS dekker. Leveransene fra de to leverandørene må derfor vurderes hver for seg. Verdien av avtalene med Barneverns-Bistand overskrider ikke terskelverdien på kr. 500 000,- og utgjør derfor ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (36) Spørsmålet er så om verdien av de seks kontraktene mellom innklagede og Barnevernskompetanse AS etter februar 2010, skal ses i sammenheng i relasjon til kunngjøringsplikten.
- (37) Alle kontraktene er inngått mellom de samme partene og overlapper hverandre i varighet. Det er også tidsmessig nærhet i inngåelse av flere av dem, slik som B1002 og C1004, som begge er inngått i juni 2010. I alle kontraktene er angivelsene av oppdragenes innhold tilnærmet identiske, og skal helt eller delvis dekke innklagedes behov for saksbehandlertjenester i barnevernstjenesten. Nemnda har tidligere, blant annet i sakene 2011/20, 2011/19 og 2010/270, kommet til at avtaler med flere leverandører om saksbehandlertjenester til barnevernet, skal anses som én og samme anskaffelse. Det samme må enn mer gjelde hvor alle avtalene er inngått med én og samme leverandør. Kontraktene må etter dette anses som én anskaffelse i relasjon til forskriften § 2-3 (1).

Kontraktenes verdi

- (38) Klagenemnda går så over til å vurdere hva som må legges til grunn som anskaffelsens verdi.
- (39) Av forskriftens § 2-3 (1) følger det at anskaffelsens anslåtte verdi skal beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp han kan komme til å betale, eks. mva., for kontraktene som utgjør anskaffelsen. I klagenemndas sak 2008/81 premiss (29) uttalte nemnda at vurderingen av om oppdragsgivers anslag kan anses forsvarlig, må bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering.
- (40) Innklagede har ikke forklart overfor nemnda hva innklagede anslo verdien til å være. I mangel av holdepunkter for hva innklagede anslo verdien til, er det beløpet innklagede faktisk ble fakturert som klagenemnda legger til grunn ved beregningen av anskaffelsens verdi etter forskriften § 2-3 (1), jf. tilsvarende i sak 2011/20 premiss (27).
- (41) Innklagede ble fakturert i alt kr. 1 571 113,-. Anskaffelsen av saksbehandlertjenestene overskrider således kr. 500 000,- og skulle da som utgangspunkt vært kunngjort etter forskriften del II § 9-1.

Unntak fra kunngjøringsplikten

- (42) Innklagede har anført at anskaffelsen kunne foretas direkte uten forutgående kunngjøring med hjemmel i forskriftens § 2-1 (2) bokstav a. Bestemmelsen hjemler unntak fra

kunngjøringsplikt hvor anskaffelsen bare kan *"foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett"*.

- (43) Hensynet bak unntaket er at det er nødvendig å kunngjøre konkurranse når det uansett bare er én mulig leverandør som kan inngi tilbud. Det må foreligge objektive grunner til at kun én leverandør kan levere tjenesten. Det er ikke tilstrekkelig at én leverandør kan utføre ytelsen mer effektivt, jf. nemndas sak 2012/22 premiss (191). Unntaksbestemmelsen skal tolkes snevert, og det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene for unntaket er oppfylt, jf. sak 2009/53 premiss (59).
- (44) Som grunnlag for at unntaket er anvendelig har innklagede vist til at barnevernstjenesten hadde behov for særskilt kompetanse som bemanningsselskapene innklagede allerede hadde rammeavtaler med, ikke kunne levere. Dette ble forsterket ved sykmeldinger o.l. i innklagedes barnevernstjeneste. Klagenemnda bemerker imidlertid at innklagede kun rettet forespørsler til generelle bemanningsselskaper, slik som Xtra-personell, Jobzone og Manpower. Etter det nemnda forstår, finnes det et betydelig antall andre private leverandører av saksbehandlertjenester til barnevernet. Flere enkeltpersonforetak og aksjeselskap som tilbyr forskjellige barnevernstjenester, er lokalisert på det sentrale Østlandet. Nemnda kan ikke se at innklagede har dokumentert at heller ingen av disse kunne levere den saksbehandlertjenesten som innklagede hadde behov for. Unntaket kommer derfor ikke til anvendelse.

Skyldkravet – loven § 7b (1)

- (45) For at det skal kunne ilegges overtredelsesgebyr, kreves det at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*, jf. loven § 7b (1).
- (46) Det fremgår av forarbeidene i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 at:
- (47) *"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."*
- (48) Det forutsettes i forarbeidene at offentlige oppdragsgivere har god oversikt over regelverket om offentlige anskaffelser. Det er ikke dokumentert at innklagede vurderte anskaffelsesregelverkets betydning for den direkte anskaffelsen av saksbehandlertjenestene. Som vist ovenfor, er det ikke tvilsomt at de aktuelle saksbehandlertjenestene omfattes av regelverket og skulle vært kunngjort. Når det gjelder innklagedes utfordringer med sykmeldinger og økende arbeidsmengde, viser nemnda til at sakstilfanget hadde vært økende i flere år, selv om noen svingninger forekom. Innklagede hadde således oppfordring til å treffe tiltak for å overholde anskaffelsesregelverket, eksempelvis ved å sørge for at kvalifiserte saksbehandlingstjenester ble omfattet av rammeavtalene innklagede allerede hadde med private leverandører av vikartjenester. Nemnda har tidligere lagt til grunn at organisasjonsendringer, herunder ressursproblemer, ikke anses unnskyldelig, jf. sak

2010/306 premiss (31) med videre henvisninger. Sak 2011/19 gjaldt også ulovlig direkte anskaffelse av saksbehandlertjenester til en kommunes barnevernstjeneste. Nemnda fant der ikke å kunne vektlegge at innklagede var kommet i en vanskelig situasjon som følge av stort sakstilfang, jf. premiss (32). Samlet sett utgjør anskaffelsene kr. 1 571 113,-, som er en klar overskridelse av terskelverdien. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede må anses å ha opptrådt grovt uaktsomt ved inngåelse av kontraktene.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (49) Etter loven § 7b (1) første setning "*kan*" oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen om hvorvidt det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering hvor det særlig skal legges vekt på "*overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning*", jf. § 7b (2).
- (50) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført "*for å sikre større etterlevelse av regelverket*". Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2010/24 premiss (42) med videre henvisninger.
- (51) I en av de første gebyrsakene klagenemnda behandlet, 2007/90, uttalte klagenemnda i premiss (52) følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:

"Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht. regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser."

- (52) Det foreligger i denne saken en klar forsømmelse av kunngjøringsplikten og innklagede har opptrådt grovt uaktsomt. Innklagede hadde oppfordringer gjennom økende arbeidsmengde over tid, og beløpene som leverandøren samlet sett etter hvert fakturerte, til å kunngjøre anskaffelsene på et tidligere tidspunkt. Anskaffelsesverdien er ikke ubetydelig, og anskaffelsene har skjedd nærmest kontinuerlig helt siden 2007 og til høsten 2011. Klagenemnda kommer til at det bør ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (53) Ved utmålingen av gebyret skal det, i likhet med spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser og gebyrets preventive virkning, jf. loven § 7b (2), første setning. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 % av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b (2) annen setning.

- (54) Når det gjelder gebyrets størrelse, vises det til de vurderinger som er gjort ovenfor om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. I sakene 2010/306, 2010/305 og 2010/270 var det ilagte gebyret rundt 12,5 %, men der fant klagenemnda at innklagede hadde utvist forsett. I foreliggende sak har innklagede opptrådt grovt uaktsomt. Gebyret ilagt i sakene 2011/340 og 2011/336 var 9 %, og nemnda vektla i formildende retning at de innklagede hadde hatt problemer med arbeidsmiljøet og sykefravær i sine barnevernstjenester. Også i foreliggende sak har innklagede hatt noen utfordringer med ansattes fravær, samt økende og komplisert arbeidsmengde. Innklagede synes imidlertid ikke å ha forsøkt å avhjelpe situasjonen med å kunngjøre anskaffelsen før saken ble brakt inn for klagenemnda
- (55) Klagenemnda har etter en skjønnsmessig vurdering kommet til at gebyret bør settes til 9 % av kr. 1 571 113,-, som er verdien av kontraktene inngått etter 2. februar 2010. Gebyret avrundes til kr. 140 000,-.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Oslo kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 140 000 – hundreogførtitusen – kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtaks 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, 14. januar 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver