



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede inngikk tre kontrakter med Utviklingssenteret AS om prosjektledelse og ytterligere bistand i forbindelse med prosjektet "Midt-Troms i møte med samhandlingsreformen". Klagenemnda kom til at to av disse avtalene måtte ses i sammenheng i relasjon til terskelverdien i forskriften § 2-1. Nemnda fant videre at innklagede ikke hadde foretatt en forsvarlig beregning av anskaffelsens verdi, og unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav d var ikke anvendelig. Basert på det beløp innklagede faktisk hadde betalt for de utførte tjenestene, skulle anskaffelsen vært kunngjort. At dette ikke ble gjort, medførte at kontraktene om prosjektledelse utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Skyldkravet var oppfylt, og klagenemnda fant grunn til å ilegge overtredelsesgebyr. Etter en samlet vurdering ila nemnda et gebyr på 7,5 prosent av anskaffelsens verdi, som ble avrundet til 60 000 kroner.

Klagenemndas gebyrvedtak 16. januar 2014 i sak 2012/24

Klager: Lenviklista

Innklaget: Midt-Troms regionråd/Løkta/ Lenvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) Saken gjelder fire kontrakter knyttet til prosjektet "Midt-Troms i møte med samhandlingsreformen". Bakgrunnen for dette prosjektet var den varslede "Samhandlingsreformen" som ble omhandlet i Stortingsmelding nr. 47 med undertittel "Rett behandling – på rett sted – til rett tid".
- (2) Det er opplyst at prosjektet er eid av Midt-Troms regionråd, som består av kommunene Bardu, Berg, Dyrøy, Lenvik, Målselv, Sørreisa, Torsken og Tranøy. Innklagede har også opplyst at prosjektet har vært finansiert av fylkesmannens skjønnsmidler, kommunene selv og KS. På nettsidene til Midt-Troms regionråd fremgår følgende vedrørende regionrådet som organisasjon:

"Midt-Troms regionråd er et interkommunalt samarbeid mellom de åtte kommunene Bardu, Berg, Dyrøy, Lenvik, Målselv, Sørreisa, Torsken og Tranøy. Styringsstrukturen for samarbeidet består av tre ledd: Midt-Tromstinget (MTT), regionrådet (RR) og administrativt råd (AR.)

Midt-Tromstinget er regionsamarbeidets øverste instans. Utøvende organ er regionrådet med sine åtte medlemmer [ordførerne] og det administrative rådet (AR), som består av rådmennene i de åtte kommunene.

[...]

Samarbeidet i Midt-Troms er organisert med utgangspunkt i kommunelovens § 27, som sier at to eller flere kommuner kan opprette felles styre for å løse felles oppgaver. Alle kommunene deltar ikke i alle samarbeidsordningene. Styringsstrukturen følger opp dette [...]"

- (3) Løkta er angitt som avtalepart, og har signert samtlige av de innsendte kontraktene. Løkta er på nettsidene til regionrådet angitt som en "*[i]nterkommunal kvalitetsutviklingsenhet for helse- og omsorgstjenestene i Midt-Troms*". Det er opplyst at det er Løkta som har hatt ansvar for gjennomføringen av prosjektet, og at daglig leder i Løkta har forberedt og inngått avtaler, i tråd med vedtak i AR (styringsgruppen), regionrådet og Midt-Tromstinget. Det er opplyst at styringsgruppen er et administrativt råd i AR. Det er presisert at alle regionrådets organer har vært sterkt involvert før, gjennom og etter prosjektarbeidet. Innklagede har i tilsvaret til klagenemnda opplyst at Løkta eies av de samme åtte kommunene, og at Lenvik kommune er regnskapsfører for Løkta. Vedrørende enheten fremgår det videre at:

"Det er riktig at enheten er organisert etter § 27 i kommuneloven, men juridisk sett er ikke dette en vertskommune modell. Det er en samarbeidsmodell med avtale mellom våre åtte kommuner, der det er likeverdighet mellom kommunene. Derfor har vi i prosjektarbeidet vært nøye med å behandle sakene i alle regionrådets organer. Tilsvarende har kommunene informert sine politikere og sitt fagpersonale og disponert ressursene sine for å sikre forankring og oppnå resultat av arbeidet."

- (4) Den første kontrakten som er påklaget gjelder en forprosjektplan som Stiftelsen Utviklingssenteret [konkurs] utarbeidet for prosjektet "*Midt-Troms i møte med samhandlingsreformen*" i september-oktober 2009.
- (5) Innklagede har redegjort for gjennomføringen av de tre øvrige anskaffelsene. Det er vist til at AR og regionrådet behandlet en plan for prosjektet på møter henholdsvis 5. og 12. desember 2009. Både AR og regionrådet sluttet seg til det fremlagte forslaget til prosjektplan. Videre hitsettes følgende fra innklagedes tilsvaret:

"Prosjektet ble beregna i tråd med prosjektplanen. Prosjektlengden ble satt til 23 måneder; jfr de nasjonale føringene som forelå for arbeidet med samhandlingsreformen. Vi håpet å kunne være i gang 15.02.2010 for å være i mål 31.12.2011. Prosjekt ble satt til 23 måneder, innkalkulert en halv måneds etterarbeid. Våre erfaringstall fra annen prosjektleidelse tilsa at vi trengte en maxinnsats på 245 000 kr pr år, ekskl. mva."

- (6) Løkta sendte 7. januar 2010 forespørsel om tilbud på prosjektleidelse i prosjektet "*Midt-Troms i møte med Samhandlingsreformen*" til firmaene; HMS Kompetansesenter, Stiftelsen Utviklingssenteret, Bedriftskompetanse AS og Utviklingssenteret AS. Konkurranseskriftet ble sendt ut til tre av firmaene, ikke Stiftelsen Utviklingssenteret, med tilbudsfrist 26. januar 2010.
- (7) I konkurransegrunnlaget var anskaffelsens verdi angitt til maksimalt kroner 245 000 per år ekskl. mva., for prosjektleidelse over 23 måneder, og det fremgikk av kravspesifikasjonen at tilbyderne måtte kunne utføre oppdraget innenfor prisrammen.
- (8) Det var i konkurransegrunnlaget vist til at forprosjektet hadde "*utarbeidet en proaktiv handlingsplan for det interkommunale samarbeidet i Midt-Troms i forbindelse med detaljutføringa og innføringa av reformen*" og regionrådet hadde etter dette "*fattet*

vedtak om å sette i gang et hovedprosjekt hvor vi skal jobbe med den foreslåtte handlingsplanen." Det fremgikk videre at:

- *"Prosjektledelse i dette prosjektet innebærer å lede et prosjekt som er forankret administrativt og politisk i Midt-Troms. Prosjektorganiseringen er på plass og med ei allerede etablert prosjektgruppe som vil fungere som ei arbeidsgruppe i dette prosjektet."*

- (9) Innen fristen mottok innklagede ett tilbud, fra Utviklingssenteret AS. Tilbudspris var kroner 489 600 ekskl. mva. Det var inntatt en matrise som blant annet viste til timer og timepris. Den versjonen av tilbudet som er oversendt klagenemnda fremstår imidlertid som sladdet, da det blant annet ikke er oppgitt hvor mange timer som er beregnet.
- (10) I anskaffelsesprotokollen av 26. januar 2010 var både Midt-Troms regionråd og Løkta angitt under *"Virksomhetens navn"*. Protokollen er også signert av representant for Midt-Troms regionråd og Løkta. Anslått verdi på kontrakten var angitt til kroner 499 000 ekskl. mva. Det var oppgitt at tilbudet fra Utviklingssenteret AS tilfredsstilte kriteriene i konkurransegrunnlaget.
- (11) I *"Avtale om prosjektledelse i prosjektet Midt-Troms i møte med Samhandlingsreformen"* datert 5. februar 2010, er Midt-Troms Regionråd angitt som prosjekteier. Avtalens parter er angitt til Løkta og Utviklingssenteret AS, og disse har signert avtalen. Den økonomiske rammen er oppgitt til kroner 490 000 eks. mva., og varighet er 15. februar 2010 til 31. desember 2011. Det fremgikk videre at:

"Prosjektledelsen skal samarbeide med og lede den etablerte prosjektgruppa.

Det er lagt grove ramme for hva eier og styre ønsker at prosjektet skal prioritere, jfr konkurransegrunnlaget. En viktig forutsetning er kontinuerlig dialog med både politikere og administrasjon i de aktuelle Midt-Troms kommunene."

- (12) Det ble inngått en ny kontrakt med Utviklingssenteret AS, datert 1. november 2010, betegnet som en *"[a]vtale med prosjektledelsen i prosjektet Midt-Troms i møte med Samhandlingsreformen, om utarbeiding av høringsuttalelse på ny Lov om helse- og omsorgstjenester i kommunene"*. Også for denne kontrakten er Midt-Troms Regionråd angitt som prosjekteier, mens avtalens parter er angitt til Løkta og Utviklingssenteret AS, som også har signert kontrakten. Den økonomiske rammen var kroner 99 000 eks. mva., og varighet var 18. oktober 2010 til 31. desember 2011. Det fremgikk videre at:

"LØKTA inngår avtale med Utviklingssenteret AS ad prosjektledelse utarbeiding av høringsuttalelse på ny Lov om helse- og omsorgstjenester i kommunene.[...]"

Prosjektledelsen skal samarbeide med den etablerte prosjektgruppa i prosjektet Midt-Troms i møte med Samhandlingsreformen.

En viktig forutsetning er kontinuerlig dialog med både politikere og administrasjon i de aktuelle Midt-Troms kommunene."

- (13) I et notat fra Løkta av 1. mars 2011 vedrørende prosjektet *"Midt-Troms i møte med Samhandlingsreformen"* ble det blant annet påpekt at prosjektet hadde blitt mer omfattende enn planlagt, og at det var behov for utvidelse av kontrakten:

"Det er to årsaker til dette. Først og fremst det positive faktum at det har vært et meget stort fokus på politisk bevissthet. Mye tid og ressurser er etter ønske fra prosjekteierne, brukt på rundene i kommunestyrene i hele Midt-Troms. Dette ble mer omfattende enn hva vi forventet i prosjektets planleggingsfase.

Den andre årsaken er det omfattende arbeidet med høringsuttalelsen ved det nye lovforslaget til ny helse- og omsorgstjenestelov i kommunene. Prosjektet fikk jobben med å utarbeide en høringsuttalelse på vegne av Midt-Troms regionråd. Dette arbeidet var ikke definert inn i prosjektet i utgangspunktet.

[...]

Vi utlyste prosjektet med en kostnadsramme på kr. 499 000,- på prosjektledelse. Som tidligere nevnt har prosjektet blitt større i omfang enn forventet. Dvs. at vi vil gå utover de estimerte rammer på kjøp av prosjektledelse på kr. 499 000,- i løpet av de 2 prosjektårene. [...]

Høringsuttalelsen ser vi på som et eget prosjekt med ramme på kr. 99 000,- i.o.m. at dette i utgangspunktet ikke var en definert oppgave.

I tillegg må det protokolleres at rammene på kjøp av prosjektledelse på kr 499 000,- sprekker pga av at det er brukt mer tid på den politiske forankringen og bevisstgjøringen, enn hva som var estimert. Det antas at dette innebærer et forbruk på kr. 250 – 300 000,- mer enn de antatte kr. 499 000,-. Det er nå behov for et vedtak fra styringsgruppa og eierne på dette."

- (14) I møte 21. mars 2011 gjorde styringsgruppen, bestående av de åtte kommunenes rådmenn, følgende vedtak;

"AR er informert om at prosjektet Midt-Troms i møte med samhandlingsreformen får en overskridelse på rundt 300.000 kr som en følge av mer arbeid med politisk forankring og bevisstgjøring. AR godkjenner denne overskridelsen av kostnadsramma. Kostnadene til prosjektledelse beregnes dermed til å bli 799.000 kr.

Forutsetninga for denne godkjenninga er at prosjektet ikke skal medføre økte tilskuddskostnader for kommunene."

- (15) Det er opplyst at vedtaket dannet grunnlag for inngåelse av "Utvidet avtale om prosjektledelse i prosjektet Midt-Troms i møte med Samhandlingsreformen", som er datert 7. juni 2011. Også for denne kontrakten er Midt-Troms Regionråd angitt som prosjekteier, mens avtalens parter er angitt til Løkta og Utviklingssenteret AS, som også har signert kontrakten. Den økonomiske rammen er oppgitt til kroner 300 000 eks. mva., og varighet var satt fra 1. januar 2011 til 31. desember 2011. Videre fremgikk at:

"LØKTA har tidligere inngått avtale med Utviklingssenteret AS ad prosjektledelse i prosjektet Midt-Troms i møte med Samhandlingsreformen.[...]Pga. merarbeid i prosjektet etter ønske fra eierne er det nå nødvendig med en utvidet avtale.

Prosjektledelsen skal samarbeide med og lede den etablerte prosjektgruppa.

Det er lagt grove rammer for hva eier og styre ønsker at prosjektet skal prioritere jfr konkurransegrunnlaget. En viktig forutsetning er kontinuerlig dialog med både politikere og administrasjon i de aktuelle Midt-Troms kommunene."

- (16) Det er opplyst at prosjektet ble avsluttet 31. desember 2011.
- (17) Klager har rettet klagen mot Lenvik kommune, Midt-Troms Regionråd og Løkta. Samtlige innklagede ble varslet om klagen ved klagenemndas brev 30. januar 2012.
- (18) Klagenemnda sendte 3. desember 2013 et forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende 60 000 kroner, og mottok svar på dette ved innklagedes brev datert 17. desember 2013.
- (19) Endelig nemndsmøte i saken ble avholdt 16. januar 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre anskaffelsen i henhold til regelverket, jf. loven § 7b. Innklagede har delt opp anskaffelsen i den hensikt å unngå kunngjøringsplikt, og for å tildele kontrakten til Utviklingssenteret AS. Delkontrakten på kroner 300 000 er en utvidelse av hovedkontrakten. Kontraktene må summeres, da det er samme type arbeid, levert av samme firma og til samme offentlige oppdragsgiver. Tilbudet fra Utviklingssenteret AS var basert på timehonorar, og da det ikke var satt et timetak i kontrakten, måtte innklagede regne med at det kunne gå vesentlig flere timer, slik faktum også viser.
- (21) Klagenemnda finner ikke grunn til å gjengi klagers øvrige anførsler om brudd på anskaffelsesregelverket, da anførlene uansett er foreldet, jf. klagenemndsforordningen § 6 (2).

Innklagedes anførsler:

- (22) De innklagede bestrider å ha foretatt ulovlige direkte anskaffelser.

Avtale om prosjektledelse

- (23) Anskaffelsen var beregnet til å komme under kroner 500 000, og det kunne dermed foretas lovlig direkte anskaffelse. Likevel ble det gjennomført konkurranse ved at fire leverandører ble kontaktet og invitert til å få konkurransegrunnlaget og gi tilbud. Det faktum at bare en leverandør gav tilbud gjorde ikke anskaffelsen ulovlig.

Avtale om høringsuttalelse

- (24) Denne utvidelsen av prosjektarbeidet kunne defineres som tilleggssarbeid. Arbeidet med høringsvaret ble tidlig i prosessen skilt ut og spesielt definert som tilleggssarbeid i en egen kontrakt med Utviklingssenteret AS. Omfanget på disse aktivitetene var ikke klart da prosjektbeskrivelsen ble utformet. Det var en så naturlig sammenheng mellom dette tilleggssarbeidet og det definerte hovedprosjektet, at det ville være uhensiktsmessig å få inn en annen leverandør på disse aktivitetene.

Utvidelse av avtale om prosjektledertjenester:

- (25) Også denne utvidelsen av prosjektarbeidet kunne defineres som tilleggsarbeid. Tilleggstjenesten hadde en verdi på kroner 300.000, og samlet sum sammen med den avtalen av 5. februar 2010 er da kroner 790 000. Da arbeidet ble planlagt på slutten av 2009, hadde verken innklagede, helseforetaket (Universitetssykehuset i Nord-Norge), brukerorganisasjoner, politikere eller overordnede myndigheter oversikt over de prosessene som ville komme, og hvilket omfang arbeidet med forberedelse og implementering av samhandlingsreformen ville få. Prosjektet ble i en tidlig fase opplevd som vellykket og avlet mer arbeid. Dette, sammen med de sterke og trinnvise nasjonale føringene i reformarbeidet, brakte med seg et større arbeidsomfang enn det som i utgangspunktet var forutsett. Prosjektet fikk fra flere hold utvidede arbeidsoppgaver som ikke på forhånd kunne forutses. Konkret dreide det seg om oppfølging av samarbeidsavtalene med Universitetssykehuset i Nord-Norge og dermed også sterkere behov for forankring i kommunene. Dersom man skulle innfri målene med prosjektet, så måtte den økonomiske rammen utvides.
- (26) Ved vurderingen av om de videre tjenestene skulle kategoriseres som et nytt anskaffelsesobjekt, eller om det skulle anses som en tilleggsleveranse, ble det lagt vekt på at det i arbeidet var behov for en rød tråd, kontinuitet, rutine og ivaretaking av opparbeidet tillit og kompetanse. Ulempene ved å starte en ny anskaffelsesprosess med skifte av leverandør ville også føre med seg økte kostnader både for prosjekteier og for kommunene. Konklusjonen ble at prosjektet skulle suppleres med en tilleggsleveranse fra Utviklingssenteret AS.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse ved kjøp av prosjektledelse og ytterligere bistand fra Utviklingssenteret AS. 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.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (28) Klagenemnda for offentlige anskaffelser har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge overtredelsesgebyr til offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (29) 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.
- (30) 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.
- (31) 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. Ettersom foreliggende sak gjelder forhold før 1. juli 2012, er det klagenemnda som skal behandle saken.

- (32) Av klagenemndsforordningen § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter loven § 7b tredje ledd. Av bestemmelsen fremgår videre at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse er mottatt, jf. loven § 7b tredje ledd siste punktum. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt samtlige innklagede ved klagenemndas brev av 30. januar 2012.
- (33) Klager har vist til fire kontrakter inngått med Stiftelsen Utviklingssenteret og Utviklingssenteret AS. Kontrakten om forprosjektet ble inngått i 2009, og klagen er dermed foreldet hva gjelder denne anskaffelsen, jf. loven § 7b tredje ledd siste punktum. De tre øvrige kontraktene med Utviklingssenteret AS er datert 5. februar 2010, 1. november 2010 og 7. juni 2011. Klagen er dermed rettidig for disse avtalene, jf. loven § 7b tredje ledd siste punktum.

Avklaring vedrørende oppdragsgiver

- (34) Ettersom klagen er rettet mot Løkta, Lenvik kommune, og Midt-Troms Regionråd, tar klagenemnda først stilling til hvilke part klagen kan rettes mot.
- (35) Det følger av forskriften § 1-3 (1) at forskriften "*får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider.*" Forskriften gjelder "*statlige, kommunale, fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse*", jf. forskriften § 1-2 (1).
- (36) Det er klart at Lenvik kommune omfattes av regelverket. Kommunen er imidlertid ikke noen selvstendig part i avtalene, men er kun involvert gjennom sin rolle i Midt-Troms regionråd. Klagen rettet mot Lenvik kommune må derfor avvises.
- (37) I det foreliggende tilfellet er beslutningene om kontraktsinngåelse for prosjektledelse fattet av Midt-Troms regionråd, som også er prosjekteier. Kontraktene er imidlertid signert av Løkta, som også er angitt som avtalepart. Midt-Troms regionråd er organisert med utgangspunkt i kommuneloven § 27, og må dermed anses som en "*sammenslutning*" dannet av de åtte eierkommunene, som omfattes av regelverket, jf. forskriften § 1-2 (1). Slik nemnda forstår det er Løkta en enhet innenfor regionrådet og anses dermed som en del av samme offentlige organ.
- (38) Basert på dette legger klagenemnda til grunn at klagen kan rettes mot Midt-Troms regionråd ved Løkta.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (39) Det følger av loven § 7b første ledd 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. Kunngjøringsplikt etter forskriften del II inntreder ved anskaffelser hvor verdien overstiger kroner 500 000, og kunngjøringsplikt etter forskriften del III for prioriterte tjenester inntreder hvor kontraktens verdi overstiger kroner 1,6 millioner, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (40) Anskaffelsens verdi skal i henhold til forskriften § 2-3 (1) beregnes på grunnlag av *"oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, ekskl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen"*.
- (41) Den foreliggende sak gjelder tre kontrakter med Utviklingssenteret AS om prosjektledelse og ytterligere bistand i relasjon til prosjektet *"Midt-Troms i møte med samhandlingsreformen"*. Isolert sett overstiger ingen av kontraktene kunngjøringsgrensen på kroner 500 000. Samlet sett utgjør imidlertid verdien av kontraktene kroner 889 000.
- (42) Den første problemstillingen er da hvorvidt kontraktene skal ses i sammenheng i relasjon til terskelverdien. Et naturlig utgangspunkt i denne vurderingen, er om de enkelte kontraktene er avhengige av hverandre, og om de er ment å oppfylle samme funksjon, jf. EU-domstolens sak C-574/10 premiss 37 flg.
- (43) Klagenemnda finner grunn til først å vurdere hvorvidt de to kontraktene knyttet til prosjektledelse skal ses i sammenheng. Begge kontraktene gjelder prosjektledelse i ett og samme prosjekt. Den etterfølgende kontrakten er også betegnet som en utvidelse av den opprinnelige kontrakten. Kontraktene er inngått med samme leverandør, og utvidelsen er forklart med at den økonomiske rammen måtte utvides for å innfri målene med prosjektet. Basert på dette må kontraktene anses for å være avhengige av hverandre, da begge kontraktene skal sikre oppfyllelse av et felles formål, som ikke kunne oppnås ved noen av kontraktene alene, jf. klagenemndas sak 2011/322 premiss (27). Klagenemnda er etter dette kommet til at kontraktene må ses i sammenheng i relasjon til terskelverdien. Samlet verdi for disse kontraktene er kroner 790 000 ekskl. mva.
- (44) Videre blir spørsmålet om også kontrakten om utarbeidelse av høringsuttalelse skal ses i sammenheng med kontraktene om prosjektledelse.
- (45) Innklagede valgte i prosjektperioden også å inngi et høringsssvar på regjeringens forslag til ny lov om helse- og omsorgstjenester i kommunene. Arbeidet er på den ene siden knyttet til oppdraget om prosjektledelse, da begge deler gjelder arbeid i forbindelse med samhandlingsreformen. Innklagede har også presisert at det var en så naturlig sammenheng mellom oppgavene at det ville være uhensiktsmessig å få inn en annen leverandør. På den annen side gjelder kontraktene ulike forhold, da den ene kontrakten gjelder utforming av et høringsssvar til lovforslaget om ny kommunal helse- og omsorgslov, mens de øvrige kontraktene knytter seg til ledelse og gjennomføring av prosjektet om å tilrettelegge for gjennomføringen av samhandlingsreformen. Selv om innklagede anså det mest praktisk at Utviklingssenteret AS også utformet høringssvaret, kan ikke dette alene være avgjørende. Avtalene ble også inngått på ulike tidspunkt, og ingen av de øvrige reglene i § 2-3 er anvendelige. Basert på dette er klagenemnda, under noe tvil, kommet til at kontrakten om utarbeidelse av høringsuttalelse ikke skal ses i sammenheng med kontraktene om prosjektledelse. Kontrakten hadde en verdi på kroner 99 000 ekskl. mva., hvilket ikke overskrider terskelverdien i forskriften, jf. forskriften § 9-1. Avtalen om høringsuttalelsen utgjør dermed ingen ulovlig direkte anskaffelse.
- (46) Det neste spørsmålet er om innklagedes anslag over hva anskaffelsen av prosjektledelse ville koste, var forsvarlig, jf. forskriften §§ 2-3 (1) og (2).
- (47) I konkurransegrunnlaget er anskaffelsens verdi angitt til maksimalt kroner 245 000 ekskl. mva. per år. I samsvar med dette er samlet kontraktbeløp totalt kroner 490 000 for

prosjektledelse i 23 måneder i perioden 15. februar 2010 til 31. desember 2011. I ettertid ble det imidlertid ansett for å være behov for å utvide avtalen med kroner 300 000 ekskl. mva., og samlet verdi for kontraktene ble da kroner 790 000 ekskl. mva. Vederlaget til Utviklingssenteret AS økte dermed med ca. 61 % i avtaleperioden sammenlignet med opprinnelig beregnet verdi. Dersom den første kontrakten hadde vært kunngjort, ville omfanget av endringene trolig vært ansett som vesentlige i forhold til det opprinnelig avtalte oppdraget, og ville da i seg selv gitt tilstrekkelig grunnlag for å konstatere at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

- (48) Innklagede har forklart at prosjektet fra flere hold fikk utvidede arbeidsoppgaver som ikke på forhånd kunne forutses. Det er blant annet vist til oppfølging av samarbeidsavtalene med Universitetssykehuset i Nord-Norge og dermed også sterkere behov for forankring i kommunene, samt at de sterke og trinnvise nasjonale føringene i reformarbeidet brakte med seg et større arbeidsomfang enn det som i utgangspunktet var forutsett. Innklagede har forklart at da arbeidet ble planlagt i 2009, hadde verken innklagede, Universitetssykehuset i Nord-Norge, brukerorganisasjonene, politikere eller overordnede myndigheter oversikt over prosessene som ville komme, og hvilket omfang arbeidet med forberedelse og implementering av samhandlingsreformen ville få. Tjenestene som ble utført var imidlertid også etter utvidelsen knyttet til prosjektledelse, og det er ikke holdepunkter for at oppdraget om prosjektledelse endret karakter.
- (49) Beregningen ble foretatt basert på innklagedes egne erfaringstall fra annen prosjektledelse, uten at dette er nærmere presisert for klagenemnda. Etter forhåndsvarselet har innklagede fremhevet at anskaffelsens verdi i utgangspunktet ble bestemt av hvilke midler man hadde tilgjengelig. Det er ikke dokumentert hvorvidt beregningen på denne måten bygget på en realistisk vurdering av hva anskaffelsen ville kunne koste.
- (50) Det er klagenemndas syn, blant annet basert på Løktas brev av 1. mars 2011 og styringsgruppens etterfølgende vedtak av 21. mars 2011, at det økte arbeidsomfanget for en vesentlig del skyldes interne forhold, ved at det ble brukt mer tid på behandling i eierkommunene enn det som opprinnelig var forutsatt. Det er også grunn til å fremheve at anskaffelsens verdi ble anslått til kroner 490 000 ekskl. mva., som er kun marginalt under grensen for kunngjøringsplikt. I tillegg oppstod behovet for utvidelse av kontraktbeløpet omtrent halvveis i kontraktsperioden, og avtalens verdi ble da utvidet med ca. 61 %. Basert på dette kan ikke klagenemnda se at beregningen av anskaffelsens verdi var forsvarlig. Klagenemnda kan heller ikke se at unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav d, eller § 14-4 bokstav j i forskriften del III, sml. klagenemndas sak 2009/232 premiss (24), er anvendelige i det foreliggende tilfellet.
- (51) I mangel av andre holdepunkter for hva som ville vært et forsvarlig anslag, må det beløp innklagede faktisk betalte legges til grunn ved vurderingen av hva som ville vært et forsvarlig anslag av kontraktsverdien, jf. bl.a. klagenemndas sak 2011/8. Anskaffelsens verdi utgjør dermed kroner 790 000 ekskl. mva.
- (52) Anskaffelsen gjelder kjøp av prosjektledelse, og klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen må anses som en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori (11). Anskaffelsen følger da etter sin art og verdi reglene i forskriften del I og II, jf. § 2-1 og § 2-2, og skulle derfor ha vært kunngjort i henhold til forskriften § 9-1. Løktas anskaffelse av prosjektledertjenester fra Utviklingssenteret AS utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

(53) Etter loven § 7b første ledd er det et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*.

(54) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser er det nærmere redegjort for skyldkravet. Der fremkommer blant annet at:

"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 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."

(55) Innklagede har forklart utvidelsen av oppdraget til valgte leverandør med at det var behov for utvidede arbeidsoppgaver som det ikke var mulig å forutse. Selv om avtalens verdi var beregnet til å ligge tett opp til grensen for kunngjøringsplikt, har ikke klagenemnda holdepunkter for å konstatere at innklagede forsettlig satte anskaffelsens verdi for lavt. Etter loven § 7b er dette heller ikke avgjørende, da det er tilstrekkelig å konstatere at innklagede har opptrådt grovt uaktsomt.

(56) Klagenemnda har lagt til grunn at innklagede foretok en uforsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi, jf. overpremiss (49). Slik saken er opplyst foreligger det ikke forhold som kan kvalifisere for unntak fra kunngjøringsplikten. Det har ikke betydning at innklagede anså det som uhensiktsmessig å få inn en ny leverandør, da situasjonen skyldes at innklagedes opprinnelige vurdering av kontraktens verdi var uforsvarlig. Hensyntatt at avviket mellom anslaget over hva anskaffelsen ville koste og de reelle kostnadene var stort, er klagenemnda kommet til at overtredelsen må anses grovt uaktsom. Klagenemnda har i sin vurdering også lagt vekt på at det opprinnelige anslaget lå tett opp under grensen for kunngjøringsplikt. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

(57) Det følger av loven § 7b første ledd at oppdragsgiver *"kan"* ilegges overtredelsesgebyr dersom innklagede eller noen som handler på dennes vegne har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse og skyldkravet i loven er oppfylt. Ved vurderingen av hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr *"skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning."*

(58) I Ot.prp.nr.62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *"for å sikre større etterlevelse av regelverket"*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2010/305 premiss (37) med videre henvisninger. I saken ble det videre vist til klagenemndas sak 2007/90 premiss 52 hvor det ble lagt til grunn følgende:

"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."

- (59) Selv om det i denne saken ble åpnet for en viss konkurranse ved at fire leverandører ble forespurt før den opprinnelige kontrakten om prosjektledelse ble inngått, tilsier størrelsen på anskaffelsen, sammenlignet med estimert verdi, og preventive hensyn at det ilegges overtredelsesgebyr. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at det skal ilegges overtredelsesgebyr.

Gebyrets størrelse

- (60) Ved beregningen av gebyrgrunnlaget tar klagenemnda utgangspunkt i den faktiske verdien av avtalene om prosjektledelse. Gebyrgrunnlaget utgjør da kroner 790 000.
- (61) Ved utmålingen av gebyret skal det, som ved 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 andre ledd, første setning. Opplistingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. lovens § 7b andre ledd andre setning.
- (62) I klagenemndas sak 2009/120 premiss (36) uttalte nemnda følgende om gebyrets størrelse:

"Siden klagenemnda 1. januar 2007 fikk myndighet til å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser, er det ilagt overtredelsesgebyr i elleve saker. I den første saken, 2007/19, la klagenemnda i formildende retning vekt på at ordningen med overtredelsesgebyr var ny. I sak 2008/5 og 2008/56 uttalte nemnda at reglene om overtredelsesgebyr nå måtte forutsettes kjent blant oppdragsgiverne. Siden disse sakene, som ble avgjort i juni og oktober 2008, er det ikke blitt færre saker om ulovlige direkte anskaffelser. Både antall saker som klages inn for KOFA, og generell medieomtale viser at ulovlige direkte anskaffelser foretas i et ikke ubetydelig omfang. De preventive hensyn bak overtredelsesgebyrene synes dermed ikke fullt ut å ha hatt ønsket effekt. På denne bakgrunn finner klagenemnda at gebyrpraksis bør skjerpes, og at satsene gradvis bør bli høyere. De høyeste prosentsatsene, opp mot 15 prosent, bør likevel reserveres for særlig grove tilfeller, der de skjerpene omstendigheter er iøynefallende, og det ikke foreligger formildende omstendigheter."

- (63) I sak 2009/120 ila klagenemnda et gebyr på cirka 12,3 prosent av kontraktssummen og skjerpingen av gebyrsatsen ble fulgt opp i nemndas etterfølgende saker.
- (64) Når det gjelder gebyrets størrelse i foreliggende sak, vises det til de vurderinger som er gjort om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. I formildende retning vektlegges at innklagede i hvert fall åpnet for en viss konkurranse ved den opprinnelige avtalen, ved at fire leverandører ble kontaktet for å inngi tilbud. Kontraktens omfang er også begrenset hva gjelder beløp og gjennomføringstid. Imidlertid taler preventive hensyn for at gebyret settes relativt høyt. Den ulovlige direkte anskaffelsen skyldes at

innklagede gjorde en uforsvarlig beregning av anskaffelsens verdi. Preventive hensyn taler for å skjerpe kravene til planlegging av nye anskaffelser, jf. også klagenemndas sak 2011/322 premiss (52), hvor innklagede ble ilagt et gebyr på ca. 7,5 % av anskaffelsens verdi for tilleggsavtaler om kjøp av prosjektledelse og andre konsulenttjenester.

- (65) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til ca. 7,5 % prosent av anskaffelsens verdi. Ut fra anskaffelsens verdi på 790 000 kroner avrundes gebyret til 60 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

"Midt-Troms regionråd ved Løkta ilegges et overtredelsesgebyr på 60 000 – sekstitusen – 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, 16. januar 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim