



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede hadde kjøpt saksbehandlertjenester fra to selskaper. Klagenemnda fant at kjøpet fra ett av dem var foreldet. Det andre kjøpet utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Det påberopte unntaket om eneleverandør førte ikke frem, og innklagede ble ilagt et gebyr på 9 % av kontraktsummen.

Klagenemndas gebyrvedtak 19. februar 2014 i sak 2014/3.

Klager: Jan Hausken

Innklaget: Frogn kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Jan Hausken (heretter kalt klager) mottatt 30. januar 2012. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Frogn kommunes (heretter kalt innklagede) anskaffelse av saksbehandlertjenester.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på kr. 120 000,-. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b (1), slik den lød før 1. juli 2012.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede anskaffet i 2010 en rekke varer og tjenester fra private leverandører uten forutgående kunngjøring.
- (4) Den 2. desember 2009 inngikk innklagede, ved sin barnevernstjeneste, en skriftlig avtale med Barnevernskompetanse AS om "*Oppfølging av tiltakssaker etter nærmere avtale*". Avtaleperioden var fra 1. desember 2009 "*og inntil videre etter nærmere avtale*". Konsulenten som kontrakten gjaldt, ble tilkalt når det var sykdom og fravær blant innklagedes egne saksbehandlere i barnevernstjenesten. I 2010 betalte innklagede kr. 462 704,- på grunnlag av denne kontrakten. Etter hvert ble arbeidet trappet ned og avtalen ble etter det opplyste formelt avsluttet i 2011.
- (5) Innklagede, ved NAV Frogn kommune, inngikk to skriftlige kontrakter med Sosialbemanning AS 6. og 21. desember 2009. Avtalene gjaldt levering av "*saksbehandling etter lov om sosiale tjenester*", og hadde en varighet fra omtrent signeringsdato og tre måneder frem i tid eller "*eventuelt annet etter løpende avtale*". For disse to kontraktene ble innklagede fakturert kr. 270 336,-. Innklagede inngikk ytterligere fire kontrakter med Sosialbemanning AS henholdsvis 2. mars, 29. juli, 11. september og 13. september 2010, som innklagede ble fakturert kr. 1 114 692,- for. De seks kontraktene gjaldt for seks forskjellige konsulenter. Protokoll ble ikke ført for disse kontraktene.

- (6) Distriktsrevisjonen Frogn og Follo kommuner, gjennomførte i 2012 en forvaltningsrevisjon for anskaffelser innklagede foretok i 2010. I revisjonsrapporten av 16. januar 2012 stod det i sammendraget på side 6:

"Follo distriktsrevisjon har etter bestilling fra kontrollutvalget [hos innklagede] gjennomført en forvaltningsrevisjon av anskaffelser foretatt av [innklagede] i 2010. [...]"

De foretatte undersøkelser viser at det ikke er gjennomført konkurranse i forbindelse med kjøp fra flere av [innklagedes] leverandører. Det er også gjennomført kjøp for betydelige summer fra rammeavtaler som er utløpt. For enkelte av kjøpene uten konkurranse er det fra [innklagedes] side henvist til at leverandøren er den eneste i markedet eller at det er personlige og helsemessige årsaker til at leverandøren er valgt.

Revisjonen ser det som positivt at det er innført en ny arkivrutine for dokumentasjon i forbindelse med anskaffelser over kr 100 000. Dette medvirker til at kravene til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet kan ivaretas."

- (7) I kapittelet om etterlevelse av anskaffelsesregelverket, påpekte rapporten at en rekke utvalgte anskaffelser fra private leverandører, var gjort etter utløpte rammeavtaler eller heller ikke var konkurranseutsatt på annen måte. Videre stod det:

"7.2.2.2 Kjøp gjort uten konkurranse

[...]

Barnevernstjenester

Det er kjøpt barnevernstjenester fra et selskap for kr 462 000 i 2010. Det er ikke gjennomført konkurranse i forbindelse med dette kjøpet. Protokoll er heller ikke laget.

[...]

Eneleverandør

Nav:

Det er kjøpt tjenester fra et bemanningsselskap for i alt 1,3 mill kroner. Det er opplyst at det ble foretatt en kartlegging pr telefon om hvilke leverandører som kunne levere denne type kompetanse. Dette selskapet var det eneste selskapet som ble vurdert av [innklagede] som kunne levere den etterspurte kompetansen. Det er ikke skrevet protokoll fra dette kjøpet."

- (8) 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 påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og at brevet var fristavbrytende.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. januar 2014. Klagenemnda sendte samme dag forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av et gebyr pålydende kr. 120 000,-. Innklagede innga 29. januar 2014 kommentar til forhåndsvarselet, og tok det til etterretning.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (10) Innklagede har brutt regelverket ved å foreta ulovlige direkte anskaffelser. Innklagede har anskaffet saksbehandlertjenester til barnevernet uten forutgående kunngjøring. Videre har innklagede anskaffet NAV-tjenester fra et selskap for i alt 1,3 millioner kroner uten konkurranseutsetting eller protokollføring. Ingen av unntakene fra kunngjøringsplikten kommer til anvendelse. Innklagede bør ilegges overtredelsesgebyr.

Innklagedes anførsler:

- (11) Innklagede erkjenner å ha foretatt noen ulovlige direkte anskaffelser, men bestrider at de utgjør det omfanget som klager anfører. Uansett må innklagede behandles på mildest mulig måte ved eventuell illeggelse av gebyr.
- (12) Når det gjelder anskaffelse av konsulentttjenester til barnevernet, erkjenner innklagede at anskaffelsen fra Barnevernskompetanse AS verken var konkurranseutsatt eller protokollført. Men anskaffelsen er foreldet og utgjorde kun kr. 462 704,-.
- (13) Anskaffelsen fra Sosialbemanning AS gjaldt konsulentttjenester til NAV Frogn kommunes saksbehandling etter lov om sosiale tjenester m.v. Før anskaffelsen kartla NAV hvilke leverandører som hadde tilstrekkelig kompetanse til å levere tjenesten, og bare Sosialbemanning AS ble ansett kvalifisert. Kontraktene fra 2009 er foreldet og må tas ut av saken, slik at anskaffelsens verdi må reduseres med kr. 270 336,- til kr. 1 114 692,-.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt anskaffelser 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

- (15) 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.
- (16) 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.
- (17) 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.
- (18) 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 må derfor anses å være rettidig for alle anskaffelser foretatt etter 2. februar 2010.

- (19) Innklagede inngikk avtalen med Barnevernskompetanse AS om "*Oppfølging av tiltakssaker etter nærmere avtale*" 2. desember 2009. Da klager brakte saken inn for klagenemnda, hadde avtalen vart i mindre enn tre år, og nemnda kan ikke se at det forelå en oppsigelsesplikt da, jf. sak 2011/14 premiss (27-29). Denne avtalen er dermed foreldet og behandles ikke i det følgende. Det samme gjelder avtalene med Sosialbemanning AS som ble inngått 6. og 21. desember 2009. For øvrig er klagen rettidig.
- (20) 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.
- (21) Klager har imidlertid anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å føre protokoll. Etter forskriften § 3-2 skal oppdragsgiver føre anskaffelsesprotokoll for alle anskaffelser som antas å overstige kr. 100 000,-. Oppdragsgiver skal også kreve at norske leverandører fremlegger attester for betalt merverdiavgift og skatt, samt HMS-erklæring, jf. forskriften §§ 3-3 og 3-4. Disse bestemmelsene er i forskriften del I, som gjelder uavhengig av anskaffelsens verdi.
- (22) Anførselen om manglende protokollføring gjelder ikke ulovlige direkte anskaffelser, men andre brudd på regelverket. For slike anførsler, kreves det at klager har saklig klageinteresse, jf. klagenemnds forskriften § 6. I den foreliggende saken er klager en privatperson, og motivet for hans klage synes ikke å være et ønske om selv å levere til innklagede. Klager kan da ikke anses å ha saklig klageinteresse vedrørende protokollføringsanførselen. Klager har heller ikke betalt klagegebyr. Klagenemnda behandler derfor ikke anførselen om protokollføring.
- (23) Vedlagt klagen var noen presseoppslag om innklagedes anskaffelser i 2010, og en forvaltningsrapport om innklagedes anskaffelser det året. Slik klagenemnda forstår klagen, er den begrenset til kun å gjelde anskaffelser foretatt i 2010.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse av konsulenttjenester til NAV Frogn kommune

- (24) 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. § 7b (1) slik den lød før 1. juli 2012.
- (25) Innklagede, ved NAV Frogn kommune, inngikk kontrakter med Sosialbemanning AS om levering av "*saksbehandling etter lov om sosiale tjenester*". Dette er en uprioritert tjeneste etter forskriften vedlegg 6, kategori 25. Kunngjøringsplikten følger da av forskriften del II, § 9-1, jf. § 2-1 (5).
- (26) De fire kontraktene innklagede hadde med Sosialbemanning AS som ble inngått etter februar 2010, er ikke foreldet. For tjenester i henhold til disse, ble innklagede fakturert kr. 1 114 692,-.

(27) Spørsmålet er om disse fire siste kontraktene skal anses som én anskaffelse i relasjon til beregningsreglene.

(28) 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."

(29) Kjøpene fra Sosialbemanning AS gjaldt konsulentttjenester, nærmere bestemt saksbehandling etter sosialtjenesteloven. Alle kontraktene er inngått mellom de samme partene og overlapper hverandre i varighet. To av kontraktene ble inngått i september 2010. I alle kontraktene er angivelsen av oppdragenes innhold tilnærmet identiske. 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 i foreliggende sak hvor det er tale om saksbehandling etter sosialtjenesteloven, og hvor alle avtalene er inngått med én og samme leverandør. Kontraktene må derfor anses som én anskaffelse i relasjon til forskriften § 2-3 (1).

(30) Spørsmålet er så hva som skal anses som anskaffelsens verdi.

(31) Det er uklart for nemnda om kontraktene kun varte i tre måneder, eller om de gjaldt *"eventuelt annet etter løpende avtale"*, siden begge alternativene følger av kontraktene. Det er derfor også uklart for nemnda om kontraktene er tidsubegrensede etter § 2-3 (10). Dette er imidlertid uten betydning, ettersom kontraktens verdi overstiger kunngjøringsgrensen uavhengig av om regelen om tidsbegrensede kontrakter i § 2-3 (9) eller tidsubegrensede kontrakter i § 2-3 (10) benyttes. Men i mangel av holdepunkter for hva innklagede vurderte som et forsvarlig anslag, legger klagenemnda til grunn det beløpet innklagede faktisk betalte, jf. forskriften § 2-3 (1) og (9). Den anslåtte verdien er da kr. 1 114 692,-. Innklagede har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av konsulentttjenester levert av Sosialbemanning AS i 2010.

Unntak fra kunngjøringsplikten

(32) Slik klagenemnda forstår innklagede, anføres det at anskaffelsen kunne foretas uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 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"*.

(33) Hensynet bak unntaket er at det er unødvendig 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).

- (34) Som grunnlag for at unntaket er anvendelig, har innklagede vist til at innklagede eller NAV hadde kartlagt hvilke leverandører som kunne levere kompetansen innklagede hadde behov for. En slik generell og udokumentert kartlegging er klart ikke tilstrekkelig til å oppfylle bestemmelsens vilkår. Unntaket kommer derfor ikke til anvendelse.

Skyldkravet – loven § 7b (1)

- (35) 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). Det fremgår av forarbeidene i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 at:

"Det er et vilkår for å illegge 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. "

- (36) 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 konsulenttjenestene til NAV Frogn kommune. Som vist ovenfor, er det ikke tvilsomt at de aktuelle tjenestene omfattes av regelverket og skulle vært kunngjort. Innklagede har heller ikke fremholdt noen overbevisende grunner til hvorfor anskaffelsen ikke ble kunngjort. Gjennom de beløpene som Sosialbemanning AS etter hvert fakturerte i 2010, hadde innklagede oppfordring til å vurdere forholdet til anskaffelsesregelverket og kunngjøre anskaffelsen. Samlet utgjorde den kr. 1 114 692,-, som er en klar overskridelse av terskelverdien. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede må i det minste anses å ha opptrådt grovt uaktsomt ved inngåelse av kontraktene.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (37) 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).
- (38) 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.

- (39) 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."

- (40) Det foreligger i denne saken en klar forsømmelse av kunngjøringsplikten og innklagede har opptrådt grovt uaktsomt. Innklagede hadde oppfordringer gjennom beløpene som leverandøren fakturerte i 2010, til å kunngjøre anskaffelsen. Anskaffelsesverdien er ikke ubetydelig, og anskaffelsene har skjedd kontinuerlig fra ultimo 2009 og i hele 2010. Klagenemnda finner at det bør ilegges gebyr.

Gebyrets størrelse

- (41) 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.
- (42) Når det gjelder gebyrets størrelse, vises det til de vurderinger som er gjort ovenfor om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. I sak 2010/269, som også gjaldt kjøp av tjenester relatert til sosialtjenesteloven, ila nemnda et gebyr på 12,5 %, men der fant klagenemnda at innklagede hadde opptrådt forsettlig. I foreliggende sak legges det til grunn at innklagede i det minste har opptrådt grovt uaktsomt. Likevel kan ikke nemnda se at det foreligger formildende omstendigheter i foreliggende sak. Innklagede har foretatt flere ulovlige direkte anskaffelser, ikke bare av konsulenttjenester som i foreliggende sak, men også av håndverksarbeider og renovasjonstjenester, jf. sak 2014/4, som springer ut av den samme klagen som foreliggende sak. Innklagede synes ikke å ha hatt et bevisst forhold til anskaffelsesregelverket, jf. også til forvaltningsrevisjonsrapporten for 2010. Videre er det et ikke ubetydelig beløp innklagede har unndratt fra kunngjøring.
- (43) Klagenemnda har etter en skjønnsmessig vurdering kommet til at gebyret bør settes til 11 % av kr. 1 114 692,-, som er verdien av kontraktene inngått etter 2. februar 2010. Gebyret avrundes til kr. 120 000,-.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Frogn kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 120 000 – hundreogtjuetusen – 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 (5). Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å begjære en sak prøvet for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

Bergen, 19. februar 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl