



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

*Bodø kommune gjennomførte i 2015 en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av IKT-driftstjenester og tilhørende utstyr. Anskaffelsen ble gjennomført på vegne av en rekke kommuner i Nordland, herunder innklagede. Den 30. januar 2017 gjorde innklagede avrop på rammeavtalen. Av avropsdokumentene gikk det frem at IKT-tjenestene skulle leveres i form av en skyløsning, omtalt som «leie av teknisk plattform hos [valgte leverandør]». Klagenemnda fant at den løsningen som var beskrevet i rammeavtalen, og som tilbyderne dermed hadde konkurrert på å levere, var en «on premise-leveranse». Avropet kunne derfor ikke anses inngått på grunnlag av vilkårene i rammeavtalen. Klagenemnda fant videre at avropet utgjorde en vesentlig endring av rammeavtalen. På denne bakgrunn kom klagenemnda til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi.*

### **Klagenemndas gebyrvedtak 24. september 2019 i sak 2018/7**

**Klager:** iTet AS

**Innklaget:** Steigen kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Finn Arnesen, Bjørn Berg og Sverre Nyhus

**Saken gjelder:** Ulovlig direkte anskaffelse.

### **Innledning:**

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Steigen kommunes (heretter kalt innklagede) kjøp av IKT-driftstjenester og tilhørende utstyr.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og at det skal ilegges et gebyr på 800 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

### **Bakgrunn:**

- (3) Bodø kommune kunngjorde 22. mai 2015 en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av IKT-driftstjenester og tilhørende utstyr. Konkurransen ble kunngjort på vegne av kommunene i Samordna Innkjøp i Salten (nå Samordna Innkjøp i Nordland), herunder innklagede. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til mellom 144 og 288 millioner kroner. Frist for å søke om å delta i konkurransen, ble i punkt IV.3.4) angitt til 22. juni 2015.
- (4) Rammeavtalen ville ifølge kunngjøringen punkt II.1.4) ha en varighet på til sammen seks år.

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

- (5) Av prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 1.1 fremgikk blant annet følgende om anskaffelsens formål og omfang:

«[...] Kommunens hypotese er at i fremtiden vil det kunne være andre alternativer i forhold til å ha et eget datasenter eller egen infrastruktur. Muligens vil vi se en blanding av eget datasenter og skytjenester. Det som vil være styrende for dette valget er økonomi, men ikke mindre viktig er at teknologi muliggjør at vi kan jobbe smartere, utnytte ressursene bedre og der igjennom øke tjenestekvaliteten. [...]».

- (6) I prekvalifiseringsgrunnlaget ble det videre gitt følgende beskrivelse av oppdraget:

«[...] **Innovasjon og utvikling sammen med kunden**

*Bodø kommune ønsker en leverandør som kan bistå når det gjelder bidrag til prosessforbedringer, gevinstrealisering og innovasjon.*

*I denne sammenheng blir det viktig at leverandøren:*

- 1. Forstår kundens virksomhetsprosesser.*
- 2. Kan bidra til nytenkning og innovasjon, spesielt innenfor digitaliseringsområdet til fordel for kommunens innbyggere.*

[...]

**Eierskap til datarom og infrastruktur**

*Kommunen vil også i fremtiden ha sitt eget datarom og leverandør skal tilby drift av dette. Bodø kommune ønsker å skille mellom «Finansielt eierskap» og «Operativt eierskap». Det er viktig at leverandøren har det reelle og operative ansvaret for utstyret. Eierskap av løpende utskiftning av infrastruktur i avtaleperioden i forbindelse med nye løsninger og tjenester (skytjenester, applikasjoner som en tjeneste / SaaS, plattform som en tjeneste / PaaS og infrastruktur som en tjeneste / IaaS) ønskes regulert i driftsavtalen».*

- (7) Innen utløpet av prekvalifiseringsfristen kom det inn fem søknader, herunder fra iTet AS (heretter *klager*) og Atea AS (heretter *valgte leverandør*). Samtlige av søkerne ble ansett kvalifisert og invitert til å delta i konkurransen. Et konkurransegrunnlag – datert 12. juli 2015 – ble sendt ut til disse fem leverandørene. Tilbudsfristen ble i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 satt til 14. september 2015. Denne fristen ble seinere utsatt til 28. september 2015.

- (8) Av konkurransegrunnlaget punkt 1 fremgikk det følgende:

«Anbudsdokumentene er utarbeidet spesifikt etter Bodø kommunes tjeneste og utstyrsbehov. Disse vil i ramme være dekkende for øvrige deltakende kommuner».

- (9) I kravspesifikasjonen punkt 9.4 ble det gitt følgende «**Tekniske føringer**»:

«Kundens eksisterende tekniske plattform er beskrevet i Bilag 3.

*Bodø kommune vil vurdere å gjøre endringer i sin plattform i løpet av avtaleperioden. I anskaffelsen gis leverandørene anledning til å komme med anbefalinger og alternativer ift. hardware, operativsystem og basis software, forslag til design av teknisk plattform og oppsett av systemløsning. En endring i plattform må godkjennes av Kunden, verifiseres av Systemleverandør og testes før en evt. ny plattform tas i bruk. For større endringer skal det gjennomføres en Proof of Concept (POC) [...]».*

- (10) Innklagedes eksisterende tekniske plattform ble i vedlegg 03.1 blant annet beskrevet slik:

*«[...] **2.0 BESKRIVELSE AV SENTRALE UTSTYRSROM***

*Servere, backup-utstyr og nettverkskjerne er plassert i to forskjellige rom, primær og sekundær kjerne. Disse rommene er i dag plassert i to forskjellige bygninger med 10 Gb fiberforbindelser mellom disse. 2 kabler G48. Primær kjerne inneholder i hovedsak alle servere og lagringsløsning med nettverkskjerne. Sekundær-rommet inneholder backup-enheter og den andre delen av [den] redundante nettverkskjernen. I tillegg finner reserveløsninger for kritiske systemer innenfor liv/helse-systemer [...]».*

- (11) I kravspesifikasjonen punkt 9.2 ble det gitt følgende «**Merkantile føringer**»:

*«Kunden skal eie servere og infrastruktur og lisenser.*

*Det forutsettes at driftsleverandøren forestår oppfølging av lisenser som kunden eier og rapporterer om anskaffede lisenser og behov for fornyelse og utvidelse disse.»*

- (12) I konkurransegrunnlaget vedlegg 01.02 («Statement of work») punkt 13.7 («Datarom») ble det videre sagt noe om det fysiske miljøet hvor infrastrukturen befant seg, og leverandørens ansvar for drift, vedlikehold mv. av dette:

*«Leverandørens ansvar vil inkludere:*

- 1. Leverandøren skal drifte Kundens applikasjoner og løsninger i kundens datarom med høy grad av sikkerhet som kan tilfredsstille de krav til løsninger som er knyttet til Kundens spesielle krav til informasjonssikkerhet.*
- 2. Overvåke temperatur, kjøling, strømtilførsel, tilstand UPS, etc. og endre/korrigere ved behov.*
- 3. Overvåke sikkerhet, tilgangskontroll.*
- 4. Følge opp brannsikkerhet.*
- 5. Utføre nødvendige patching og kabling i rommet.*
- 6. Rydde og holde rommet i orden.»*

- (13) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 8 bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på «Totalkostnad» (40 prosent) og «Kvalitet på leveransen» (60 prosent).

- (14) Tildelingskriteriet «*Totalkostnad*» var videre delt inn i underkriteriene «*Driftskostnader – drift, bredbånd, timepriser/konsulent*» (60 prosent), «*Implementeringskostnader*» (5 prosent) og «*Kjøp kontorutstyr og infrastruktur*» (35 prosent).
- (15) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte ulike prisskjemaer, herunder et for infrastruktur (servere, switchere og trådløse aksesspunkter).
- (16) I e-post 2. september 2015 stilte klager følgende spørsmål:
- «Vi har forstått ut fra # 5.4 i konkurransegrunnlaget at det ikke er anledning til å inngi alternative tilbud. Medfører dette riktighet?».*
- (17) Bakgrunnen for spørsmålet var en forespørsel som klager hadde mottatt fra IT- og konsulentselskapet CGI:
- «Bakgrunnen for spørsmålet er at vi er oppringt fra en av våre konkurrenter, CGI, som ønsker at iTet skal forplikte seg til å kunne levere dagens drift i 12 mnd. etter kontraktsinngåelse slik at de kan etablere en ren skyløsning til Bodø kommune som alternativ til dagens anbudsforespørsel. Dette har de etter samtaler med Bodø kommunes konsulent Svein Hilding Aasen fått forståelse av er innenfor rammene av anbudsforespørselen».*
- (18) Spørsmålet ble besvart slik av innklagede:
- «Det er ikke åpnet for alternative tilbud».*
- (19) Innen utløpet av tilbudsfristen kom det inn tre tilbud, herunder fra klager og valgte leverandør.
- (20) Ved brev datert 4. november 2015 informerte innklagede om at kontrakten var tildelt valgte leverandør. Vedlagt brevet fulgte en anskaffelsesprotokoll med begrunnelse for tildelingsbeslutningen. Av protokollen gikk det frem at valgte leverandørs tilbud fikk full score (400 poeng) på kriteriet «*Totalkostnad*». Klagers tilbud fikk 309,78 poeng.
- (21) Det gikk videre frem at poengdifferansen på kvalitet ikke var stor, men at valgte leverandør hadde det beste tilbudet også her. Dette resulterte i en score på til sammen 988 til valgte leverandør, og 858,48 poeng til klager.
- (22) Tildelingsbeslutningen ble senere annullert som følge av feil i evalueringen. Den 2. desember 2015 informerte innklagede om at kontrakten på nytt var tildelt valgte leverandør.
- (23) Gjennomføringen av anskaffelsen, herunder den ovennevnte omgjøringen av tildelingsbeslutningen, ble senere gjort til gjenstand for en klage overfor Bodø kommune. Klagen ble avgjort av Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. april 2016, jf. klagenemndas sak 2016/18.
- (24) Kontrakt mellom Bodø kommune og valgte leverandør ble inngått 3. januar 2017.
- (25) I endringsmelding av 30. januar 2017 gjorde innklagede avrop på rammeavtalen, i meldingen omtalt som «*[i]mplementering av driftstjenester for [innklagede]*».

- (26) Leveransen ble angitt å være basert på løsningen beskrevet i rammeavtalen, «... med individuell tilpasning for [innklagede] sin løsning [...]» – i e-post av 27. april 2017 omtalt som «leie av teknisk plattform hos [valgte leverandør]».
- (27) Klagen med påstand om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ble brakt inn for klagenemnda 12. januar 2018.
- (28) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 13. mai 2019.
- (29) Klagenemnda sendte 16. mai 2019 ut varsel om ileggelse av et gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi.
- (30) Ved skriv datert 31. mai, 20. juni, 26. juni, 29. juni og 2. juli 2019, kom klager og innklagede med merknader til forhåndsvarselet.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (31) Ved endringsmelding 30. januar 2017 har innklagede endret den tekniske plattformen fra lokal drift til en skyløsning. Denne endringen er ikke hjemlet i rammeavtalen. Endringen innebærer at leveransen får en helt annen karakter. Hvis muligheten for å tilby en skyløsning hadde vært kjent på kunngjøringstidspunktet, er det sterke holdepunkter for at andre leverandører kunne ha deltatt i konkurransen, eller at konkurransen kunne ha fått et annet utfall. Som følge av endringen er også den økonomiske balansen endret i valgte leverandørs favør. Overgangen til en skyløsning utgjør således en vesentlig endring og er derfor en ulovlig direkte anskaffelse.
- (32) Innklagede har også gjort vesentlige endringer i kontraktsvilkårene.
- (33) Når det gjelder skyldgrad skal det bemerkes at klager, allerede den 14. juli 2017, sendte innklagede et prosessvarsel i saken. Dette varselet burde ha foranlediget en gjennomgang og oppsigelse av avropsavtalen. Det er videre ingen holdepunkter for at innklagede, i forkant av avropet, undersøkte lovligheten av å velge en skyløsning.
- (34) Innklagedes betingede oppsigelse av avtalen med valgte leverandør, må klagenemnda se vekk fra. Rettslig sett har dette oppsigelsesvarselet ingen betydning for gebyrgrunnlaget. Innklagedes anførsler om fratrukk for lovlige kostnadsposter, kan heller ikke føre frem. Rammeavtalen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, og alle kjøp i henhold til avtalen er således ulovlige.

##### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (35) I anskaffelsesdokumentene er det åpnet for å gjøre endringer i den tekniske plattformen, herunder å gå over til en skyløsning. Samtlige tilbydere var således kjent med muligheten for å velge en slik løsning. Det kan derfor ikke hevdes at konkurransesituasjonen er forrykket som følge av at man har valgt denne løsningen. Dette representerer ingen vesentlig endring av avtalen. Den økonomiske balansen er heller ikke endret. Det bestrides derfor at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (36) Det er ikke gjort noen vesentlige endringer av kontraktsvilkårene.

- (37) Det må i det minste anses tvilsomt om rammeavtalen ga hjemmel for å velge en skyløsning. For det tilfellet at klagenemnda kommer til at avropet utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, er det ikke en klar overtredelse. Innklagede har aldri hatt til intensjon å omgå regelverket, men har etter beste evne gjort avrop på en komplisert rammeavtale. Etter varselet om overtredelsesgebyr, har innklagede sagt opp avtalen med valgte leverandør.
- (38) Et gebyr på 10 prosent er under enhver omstendighet for høyt. Det må videre gjøres fratrukk i gebyrgrunnlaget for de tjenestene som innklagede lovlig kunne ha kjøpt i medhold av rammeavtalen, eksempelvis migrering av data og drift av WAN.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (39) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd. Konkurransen gjelder kjøp av IKT-driftstjenester og tilhørende utstyr, og er kunngjort som en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 7 ("*EDB og beslektede tjenester*").

#### *Hvilket regelverk som kommer til anvendelse*

- (40) Innklagede anfører at det er loven av 16. juni 1999 nr. 69 og forskriften av 7. april 2006 nr. 402 som kommer til anvendelse. Ifølge klager er det anskaffelsesloven av 7. juni 2016 nr. 73 og forskriften av 12. august 2016 nr. 974 som gjelder.
- (41) Sistnevnte regelverk trådte i kraft 1. januar 2017, og gjelder for alle anskaffelser som er «*iverksatt*» etter dette tidspunktet, jf. forskriften § 32-2 (1).
- (42) Anskaffelsen ble i denne saken kunngjort i 2015. En endring av avtalen, dersom den er vesentlig, er imidlertid å anse som en ny anskaffelse som innklagede skulle ha kunngjort. Tilsvarende gjelder for avrop som ikke lovlig kan hjemles i avtalen.
- (43) Rammeavtalen mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 3. januar 2017. Det avropet eller den endringen som er anført å utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, må da nødvendigvis ha blitt iverksatt etter dette tidspunktet. I tråd med klagenemndas synspunkt i sak 2017/56, legger nemnda derfor til grunn at det er 2016-regelverket som gjelder.

#### *Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse*

- (44) Klager anfører at innklagedes avrop på rammeavtalen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (45) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som er foretatt uten forutgående kunngjøring, selv om det foreligger kunngjøringsplikt, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2017/33, avsnitt 17.
- (46) Innklagedes avrop på rammeavtalen fremgår av endringsmelding datert 30. januar 2017, og er nærmere beskrevet i e-poster fra valgte leverandør til innklagede av 26. og 27. april 2017. Det fremgår av disse dokumentene at avropet blant annet gjelder levering av:

- Basis driftsmiljø og leveranseplattform for 267 brukere.
  - Lisenser infrastruktur (overvåking, backup m.m.).
  - Lisenser CitrixXenApp.
  - Lisenser Windows SAL og Remote desktop.
  - 2-faktor autentisering for fjernaksess.
  - Internett-aksess med FW fra Citrix desktop.
  - Infrastruktur og drift.
    - o Standardapplikasjoner (drift, forvaltning og support).
    - o Kundespesifikke applikasjoner (basis applikasjonsdrift).
  - Dedikert terminalserverløsning for e-sak.
  - Support 07.00 til 17.00 på virkedager.
- (47) Av dokumentene går det videre frem at disse IKT-tjenestene skal leveres i form av en skyløsning, i nevnte e-post av 27. april 2017 omtalt som «*leie av teknisk plattform hos [valgte leverandør]*» – av innklagede også omtalt som PaaS.<sup>1</sup> Løsningen innebærer at tjenesten driftes fra servere som er plassert i leverandørens lokaler. Dette i motsetning til en såkalt on premise-leveranse, hvor leverandøren drifter den tekniske plattformen fra servere i innklagedes lokaler.
- (48) I de ovennevnte dokumentene er leveransen priset til ca. 2,8 millioner kroner per år. I tillegg er det angitt en etableringskostnad på 245 000 kroner. Det er også opplyst om tilleggskostnader til etablering, som inkluderer migrering av data, «*pakketering*» og klargjøring av klientapplikasjoner, samt bistand fra tredjeparter. Disse skulle etter det opplyste faktureres etter medgått tid.
- (49) Det er ikke helt klart hvilken varighet avropsavtalen var ment å skulle ha. Basert på passusen i endringsmeldingen om at de tilbudte prisene var «*i henhold til avtaleperioden med SIIS*», legger klagenemnda til grunn at avtalens varighet skulle være seks år. Det vederlaget som innklagede skulle betale i medhold av avtalen, utgjorde dermed minimum 16,8 millioner kroner. I tillegg til dette kommer etableringskostnaden på 245 000 kroner, samt øvrige kostnader som ikke er fastsatt.
- (50) Basert på anskaffelsens art og verdi, er det altså ikke tvilsomt at det er tale om en kunngjøringspliktig anskaffelse. Spørsmålet i saken er om innklagede lovlig kunne inngå avtalen i medhold av den rammeavtalen som innklagede er part i.
- (51) En rammeavtale er i forskriften § 4-1 bokstav i definert på følgende måte:

---

<sup>1</sup> PaaS = Plattform som tjeneste (platform as a service - PaaS), jf. eksempelvis <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/internett-og-apper/skytjenester/>.

*«Avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår med en eller flere leverandører, og som har til formål å fastsette kontraktsvilkårene for de kontrakter som oppdragsgiveren skal inngå i løpet av en bestemt periode, særlig om pris og mengde».*

- (52) Det følger videre av forskriften § 26-2 (1) at oppdragsgiver – under rammeavtaler med én leverandør – skal tildele kontrakter (avrop) *«på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen»*. I henhold til bestemmelsens andre ledd *«kan oppdragsgiveren kontakte leverandøren skriftlig og om nødvendig be ham om å utfylle tilbudet»*.
- (53) For rammeavtaler med en leverandør, legger altså forskriften opp til at avropet i utgangspunktet skal være i henhold til de kontraktsvilkårene som rammeavtalen oppstiller. I tråd med dette har nemnda også tidligere konstatert at et avrop som ikke kan forankres i rammeavtalens kontraktsvilkår, vil kunne være en ulovlig direkte anskaffelse, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2014/45.
- (54) Med dette som bakgrunn går nemnda over til å vurdere om avropsavtalen er inngått *«på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen»*, jf. forskriften § 26-2 (1).
- (55) Innklagede fremholder at dette er tilfellet. Innklagede har i denne sammenheng vist til ulike avsnitt fra anskaffelsesdokumentene, om at man i fremtiden *«... muligens vil [...] se en blanding av eget datasenter og skytjenester»*, at leverandøren etter hvert vil *«... ta ansvar for at nye skybaserte løsninger på en helhetlig måte integreres med de tradisjonelle tjenester»* og at Bodø kommune *«vil vurdere å gjøre endringer i sin plattform i løpet av avtaleperioden»*. I konkurransegrunnlaget var det også fremhevet at man ønsket en leverandør *«som kan bistå når det gjelder bidrag til prosessforbedringer, gevinstrealisering og innovasjon»*.
- (56) Anskaffelsesdokumentene la imidlertid opp til at det var en on premise-løsning tilbyderne skulle gi pris på. Det er dermed en on premise-løsning tilbyderne har konkurrert om å levere. Dette fremgår for det første av de prisskjemaene som tilbyderne ble bedt om å fylle ut. Skjemaene gjelder ikke etablering av en skyløsning; denne løsningen har tilbyderne altså ikke konkurrert om å levere. I anskaffelsesdokumentene fremgår det videre at kommunen *«[...] også i fremtiden [vil] ha sitt eget datarom og leverandør skal tilby drift av dette»* og at kommunen *«[...] skal eie servere og infrastruktur og lisenser»*. Hele beskrivelsen i kravspesifikasjonen av *«sentrale utstyrrom»* bygger for øvrig på at alt vedlikehold mv. skal skje i kunden/kommunen sine datarom.
- (57) Når konkurransegrunnlaget, som her, ikke på andre måter er lagt opp med sikte på å oppstille kontraktsvilkår for en skyløsning – som senere avrop kan inngås *«på grunnlag av»* – må det etter nemndas syn være klart at slike generelle uforpliktende utsagn som de innklagede har vist til, om hva kommunen ser for seg kan skje i fremtiden, ikke kan gi lovlig grunnlag for den avropsavtalen som innklagede har inngått.
- (58) Heller ikke innklagedes anførsel om at valget om skyløsning kan begrunnes i den teknologiske utviklingen, kan føre frem. Nemnda viser i denne forbindelse til EU-domstolens avgjørelse i sak C-549/14 *Finn Frogne*, avsnitt 36, hvor domstolen peker på *«den omstændighed, at visse offentlige kontrakter som følge af deres genstand på forhånd kan anses for at have en usikker karakter, gør det muligt at forudse risikoen for, at der kan opstå vanskeligheder på gennemførelsesstadiet»*. Domstolen uttaler videre at: *«Det påhviler i forbindelse med en sådan kontrakt følgelig den ordregivende myndighed ikke*



*blot at anvende de bedst tilpassede udbudsprocedurer, men også at definere kontraktens genstand med omhu».*

- (59) Oppdragsgiver forutsettes altså å ta høyde for anskaffelsens kompleksitet mv., ved valg av prosedyre og ved utformingen av anskaffelsesdokumentene.
- (60) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke legge til grunn at avropsavtalen er inngått *«på grunnlag av kontraktvilkårene i rammeavtalen»*, jf. forskriften § 26-2 (1).
- (61) Det neste spørsmålet er om avropet kan betraktes som lovlig etter bestemmelsene i forskriften § 28-1 (*«Endringer som er tillatt»*).
- (62) Klagenemnda bemerker for det første at formuleringene nevnt ovenfor i avsnitt 52, ikke oppfyller de krav til utforming mv. som forskriften § 19-1 (2) stiller til endringsklausuler. Formuleringene gir dermed ikke grunnlag for at man – i henhold til forskriften § 28-1 (1) bokstav a – inngår en avropsavtale som den innklagede har inngått.
- (63) Slik klagenemnda ser det, er heller ingen av alternativene i § 28-1 (1) bokstav b til e aktuelle.
- (64) Utover dette kan oppdragsgiver bare gjøre endringer som ikke er *«vesentlige»*, jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav f, jf. også forskriften i § 26-1 (5) som angir at oppdragsgiver – ved tildeling av kontrakter under en rammeavtale – *«ikke [kan] foreta vesentlige endringer i kontraktvilkårene i rammeavtalen»*.
- (65) En endring skal etter § 28-2 alltid anses vesentlig dersom den:
- «a) gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør».*
- (66) En endring skal videre alltid anses vesentlig dersom den:
- «c) utvider kontraktens omfang betydelig».*
- (67) Den tilsvarende ulovfestede regelen i 2006-regelverket, som nå fremgår av forskriften § 28-2 bokstav c, ble i klagenemndas sak 2016/196 avsnitt 35 – med henvisning til sak C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland* – forstått slik:
- «Avgjørelsen [C-160/08] tilsier i utgangspunktet at enhver endring i en kontrakt som vesentlig overstiger direktivets terskelverdi skal anses som en betydelig utvidelse av kontraktens omfang og dermed som en ulovlig direkte anskaffelse. Slik vår sak ligger an, er det ikke nødvendig for klagenemnda å ta stilling til om dette gjelder uten unntak. Et eventuelt slikt unntak kan nemlig uansett ikke gjelde endringer som innebærer kjøp av noe kvalitativt annet. Se til sammenligning den nye bestemmelsen i forsyningsdirektivets artikkel 89 nr. 2, som avgrenser mot endringer av anskaffelsens overordnede karakter»*
- (68) Av forskriften § 28-1 (1) bokstav b følger det at oppdragsgiver kan gjøre endringer som gir en prisøkning som er lavere enn terskelverdiene i § 5-3 og 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for vare- og tjenestekontrakter. I tillegg er det et vilkår at anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret.

- (69) I vår sak er det tale om et avrop hvor verdien utgjør det mangedobbelte av terskelverdien. Tjenesten leveres som en PaaS-skyløsning, i en rammeavtale om kjøp av en on premise-leveranse. Forskjellen er som nevnt at en slik skyløsning driftes fra servere som er plassert i leverandørens lokaler, mens on premise-løsningen driftes fra servere i innklagedes lokaler. Leveransen skjer dermed på en annen måte enn den tilbyderne har konkurrert om. Klager har i denne forbindelse påpekt at det er stor forskjell mellom det å tilby en PaaS-skyløsning og det å levere utstyret. En slik skyløsning innebærer at ansvar og risiko flyttes fra oppdragsgiver til leverandøren. Leverandøren får til gjengjeld en helt annen kontroll på utstyret. At utstyret er plassert i leverandørens egne lokaler, i nærheten av leverandørens eget personell, gir også stordriftsfordeler. Disse forskjellene innebærer at prisen vil bli fastsatt på en annen måte enn om tjenesten skal leveres hos kunden.
- (70) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagedes avrop på rammeavtalen utgjør en vesentlig endring av rammeavtalen, og at avropet derfor må karakteriseres som en ulovlig direkte anskaffelse.

#### *Hvorvidt det skal ilegges gebyr*

- (71) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at klagenemnda skal ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*». Av annet punktum fremgår det at klagenemnda «*kan*» ilegge gebyr dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på denne vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*».
- (72) Om det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12, se klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147, avsnitt 55 og utover. Etter en gjennomgang av lovens forarbeider, uttaler nemnda i avsnitt 58 at:

*«Klagenemnda legger etter dette til grunn at plikten til å ilegge overtredelsesgebyr i et tilfelle hvor den ulovlige direkte anskaffelsen skyldes en rettsvillfarelse, forutsetter at rettsvillfarelsen kan karakteriseres som grovt uaktsomt. Samtidig er det ikke opplagt at presiseringen i forarbeidene til den tidligere anskaffelsesloven 1999 § 7b av at det «ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvitenskap som grovt uaktsomt» bør være retningsgivende også for tolkningen av dagens lov. Det kan argumenteres for at den skjønnsmessige adgangen til å ilegge gebyr også i tilfelle av simpel uaktsomhet som nå fremgår av lovens § 12 første ledd annet punktum, tilsier at terskelen for grov uaktsomhet kan og bør heves noe sammenlignet med praksis etter 1999-loven, blant annet for å bringe den anskaffelsesrettslige forståelsen av dette skyldkravet bedre i overensstemmelse med hva som kan karakteriseres som grovt uaktsomt på andre rettsområder».*

- (73) I sak 2017/147 fant klagenemnda ikke grunn til å ta stilling til spørsmålet om grov uaktsomhet, fordi nemnda uansett var av den oppfatning at det var snakk om en uaktsomt rettsvillfarelse, og at så vel bruddets grovhet, innklagedes profesjonalitet, størrelsen på anskaffelsen og preventive hensyn tilsa at det var riktig å reagere med et overtredelsesgebyr, jf. loven § 12 første ledd annet punktum, jf. tredje ledd.
- (74) Tilsvarende gjør seg gjeldende også i denne saken. Som det fremgår av drøftelsen ovenfor, fremstår det ikke som særlig tvilsomt for klagenemnda at avropet ikke lovlig kunne forankres i den rammeavtalen som innklagede var part i. At det i det minste må anses tvilsomt om det kunne innføres en PaaS-skyløsning, slik innklagede fremholder, er

klagenemnda ikke enig i. I den grad dette er tvilsomt, skyldes det for øvrig utformingen av anskaffelsesdokumentene, som innklagede hefter for, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2014/45, avsnitt 43. Det er heller ikke fremlagt noen dokumentasjon på at innklagede, i forkant av avropet, undersøkte om rammeavtalen reelt sett ga hjemmel for den løsningen som innklagede valgte.

- (75) Klagenemnda finner det på denne bakgrunn ikke tvilsomt at vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er oppfylt, og at det bør ilegges et gebyr, jf. loven § 12 første ledd annet punktum, jf. tredje ledd.

#### *Gebyrets størrelse*

- (76) I tråd med tidligere praksis legger klagenemnda til grunn at gebyret i utgangspunktet skal fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen.
- (77) I forhåndsvarselet la klagenemnda til grunn at innklagede ville betale valgte leverandør minimum 17 millioner kroner for tjenesten. Dette basert på at avtalen ville løpe i seks år.
- (78) I merknader til forhåndsvarselet har innklagede fremlagt en oppsigelse av avtalen med valgte leverandør. Av oppsigelsen går det frem at avtaleforholdet vil opphøre senest 30. september 2019. Innklagede opplyser samtidig om at det vil ta ca. 9 til 12 måneder å få på plass en ny avtale, og at det vil være behov for midlertidig drift i denne perioden. De månedlige utgiftene frem til ny avtale kommer på plass, er oppgitt å ligge på 209 099 kroner. I en periode på 9 til 12 måneder utgjør dette mellom 1 881 891 og 2 509 188 kroner. Klagenemnda ser ingen grunn til at disse kostnadene ikke skal medregnes i gebyrgrunnlaget.
- (79) Innklagede opplyser videre at det så langt er betalt mellom 5 305 320 og 6 631 650 kroner i henhold til avropet på rammeavtalen. Det totale vederlaget som innklagede vil komme til å betale, ligger dermed på mellom 7 til 9 millioner kroner ekskl. mva.
- (80) Grunnlaget for beregning av gebyret settes på denne bakgrunn etter en skjønnsmessig vurdering til 8 millioner kroner.
- (81) Ved utmålingen av gebyret skal det særlig legges vekt på *«bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen»*, jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 12 tredje ledd annen setning.
- (82) Når det gjelder gebyrets størrelse, vises det til de vurderinger som er gjort av skyldkravet ovenfor. Det er snakk om en klar overtredelse, og det gjelder innkjøp av store verdier.
- (83) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 10 prosent av anskaffelsens verdi, som utgjør 800 000 kroner.

**Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:**

\*\*\*

*Steigen kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 800 000.*

*- åttehundretusen - 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 § 12 sjette ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

*Dokumentet er godkjent elektronisk*