



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Samordna Innkjøp i Salten gjennomførte i 2015 en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med én leverandør om kjøp av IKT-driftstjenester, bredbåndstjenester, konsulenttjenester og tilhørende utstyr. Klagenemnda fant at Steigen kommunes kjøp av kontorutstyr utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda kom videre til at Steigen kommunes avrop på kontorutstyr skulle karakteriseres uaktsom. Sett hen til sakens spesielle omstendigheter, kom nemnda til det ikke skulle ilegges overtredelsesgebyr i saken. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 6. april 2022 i sak 2019/593

Klager: Braathe Gruppen AS (tidligere iTet AS)

Innklaget: Steigen kommune

Klagenemndas

medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Arnt Skjefstad og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Samordna Innkjøp i Salten kunngjorde 22. mai 2015 en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med én leverandør om kjøp av IKT-driftstjenester og tilhørende utstyr. Vertskommune for innkjøpssamarbeidet var Bodø kommune. Konkurransen ble kunngjort på vegne av kommunene i Samordna Innkjøp i Salten (nå Samordna Innkjøp i Nordland), herunder Steigen kommune, samt kommunene Sortland, Øksnes og Værøy. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til mellom 144 og 288 millioner kroner. Rammeavtalen ville ifølge kunngjøringen ha en varighet på 4+1+1 år, til sammen seks år. Tilbudsfristen var 28. september 2015.
- (2) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 8 «Tildelingskriterier» bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på «Totalkostnad» (vektet 40 prosent) og «Kvalitet på leveransen» (vektet 60 prosent).
- (3) Tildelingskriteriet «Totalkostnad» var delt inn i underkriteriene «Driftskostnader– drift, bredbånd, timepriser/konsulent» (vektet 60 prosent), «Implementeringskostnader» (vektet 5 prosent) og «Kjøp kontorutstyr og infrastruktur» (vektet 35 prosent).
- (4) Av konkurransegrunnlaget vedlegg 01.1 «Overordnet kravspesifikasjon til Bilag 1: Kundens kravspesifikasjon» punkt 2.1 «Kundens virksomhet» fremgikk følgende:

«Bodø kommune samt øvrige kommuner i Samordna innkjøp i Salten inklusiv Øksnes, Sortland og Værøy kommune innbyr til deltagelse i begrenset anbudskonkurranse i forbindelse med anskaffelse av IKT driftstjenester og tilhørende utstyrskjøp.

Bodø kommunes behov innenfor det som er beskrevet i dette dokumentet inkludert vedlegg regnes som dekkende for de øvrige kommuners ulike IKT behov.

Samarbeidskommunene står fritt til å velge hvilken type tjeneste en ønsker å benytte seg av innenfor rammeverket.»

- (5) Om «Anskaffelsens formål og omfang» fremgikk det at «Hardware kjøp og klargjøring som inkluderer livsløpsforvaltning av PCer og laptop til kommunens ansatte og lokaler», var blant områdene som skulle dekkes i den nye avtalen.
- (6) Av konkurransegrunnlaget vedlegg 02.6 «Leverandørens svar til utstyr for kontor og infrastruktur» punkt 1 «Utstyr» fremgikk det følgende:

«1.1 Avtalen på levering av kontorutstyr omfatter i hovedsak:

- Personlige, stasjonære og bærbare datamaskiner.
- Skjermer
- Tastatur og pekeutstyr (mus)
- Printere og skannere som kobles direkte til den personlige datamaskinen
- Annen garnityr som naturlig hører til personlig datamaskin og håndholdt utstyr

1.2 Avtalen på levering av infrastruktur omfatter i hovedsak:

- Servere
- Backupenheter
- Routere
- Switcher
- Trådløse aksesspunkter og tilhørende controllerutstyr
- Felles produksjonsutstyr i nettverk (som for eksempel skannere)
- Avbruddsfrie strømforsyninger (UPS)
- Overvåkingsutstyr for nettverk
- Monteringsrekvisita og programvare for utstyr i denne kategori»

- (7) Det fremgikk videre under «Krav til produktet kontorutstyr» under punktet «Bestillingsløsning» at leverandøren blant annet skulle tilby en nettbutikk-løsning hvor bestillerne i kommunene skulle ha mulighet til å innhente priser, konfigurere og lage bestillinger. Leverandøren skulle beskrive oppfyllelse.
- (8) Konkurransegrunnlaget vedlegg 07.1 «Samlet pris og prisbestemmelser» inneholdt prisbestemmelsene og prisskjemaene som skulle benyttes i konkurransen, herunder et prisskjema for kontorutstyr og infrastruktur. Dette var lagt opp slik at det skulle gis pris

på syv utvalgte IKT-hardwareprodukter og fire infrastrukturprodukter (avtalens kjernesortiment):

Priser kontorutstyr og infrastruktur

Estimert årlig volum , enkeltkjøp og bulk-kjøp

Kontorutstyr	Tilbudt produkt (ref kravspesifikasjon vedlegg 01.3)	antall pr. år.	Enh.pris ved enkeltkjøp	enhetspris ved kjøp mellom 10-20 stk	enhetspris ved kjøp mellom 30-50 stk	enhetspris ved kjøp over 50 stk	gj.snittpris kolonne c-d-e-f.	sum inkl volum
Stasjonær PC		500						
Bærbar PC, liten		20						
Bærbar PC, stor		500						
Nettbrett iOS		400						
Surface Pro		100						
Skjermer		300						
Skrivere		10						
							Totalsum	

Alle priser skal oppgis
ex. mva

Infrastruktur					
Vare	Tilsvarende	Tilbudt produkt (ref kravspesifikasjon vedlegg 01.3)	Estimert årlig volum	Pris pr. enhet ekskl mva	
Servere	Dell Poweredge R730 2*Intel Xeon E5-2670 V3 12*16 GB mine 10 GB base T nettverkskort Dual port FibreChannel		5		
Switcher	WS-C2960X-48LP6-L WS-C3560X-48P-S		10 10		
Trådløse aksesspunkter	Cisco Air-CT3702i-E-K9		100		
SUM				0	

- (9) Hvilke priser som skulle gjelde for kjøp av øvrig kontorutstyr og infrastruktur fremgikk av punkt 3.1.1 «Priser»: «Pris baseres på tilbudte priser i tilbudsokumentet. Øvrig sortiment/sidesortiment, som det ikke spesifikt er gitt tilbudspris på, skal holde tilsvarende avanse/fortjenestenivå som leverandøren har kalkulert inn i sine priser gitt i tilbudet. Dette skal også gjelde ved endring av modell og kjøper kan kreve innsyn i gjeldende nettopprisliste. Komplette prisliste med gjeldende nettoppriser skal legges ved tilbudet i vedlegg.»
- (10) Om betalingsfrist for driftstjenester var det i punkt 2.4.4 opplyst følgende:
- «Alle fakturaer skal ha fri leveringsmåned pluss 30 kalenderdagers betalingsforfall.»
- (11) Om betalingsbetingelsene for utstyr var det videre i punkt 3.1.5 opplyst:
- «Betalingsbetingelsene skal være fri leveringsmåned+ 30 dager netto fra fakturadato, og utstedes etter bestilling/ levering av vare.
- Det skal ikke beregnes noen former for gebyrer eller tillegg. Eventuell morarente beregnes i henhold til lov av 17. desember 1976 nr. 100 om renter ved forsinket betaling.»
- (12) Innen utløpet av tilbudsfristen kom det inn tre tilbud; fra klager, Evry AS og Atea AS.
- (13) Det fremgikk av Atea AS' tilbud at leverandøren bekreftet oppfyllelse av en nettbutikkkløsning for kontorutstyr hvor oppdragsgiver hadde muligheten til å innhente priser, konfigurere og lage bestillinger. Vedlagt tilbudet var en beskrivelse av

nettbutikk-løsningen Atea eSHOP. Det fremgikk av vedlegget punkt 5.3 «Priser» at Atea eSHOP til enhver tid er oppdatert med kundens priser i henhold til inngåtte avtaler.

- (14) Atea AS' tilbud inneholdt prisskjema for kontorutstyr og infrastruktur med pris på syv utvalgte IKT-hardwareprodukter og fire infrastrukturprodukter slik etterspurt. Tilbudet inneholdt ikke en liste over nettopriser på kontorutstyr og infrastruktur. Tilbudet inneholdt heller ikke opplysninger om hvilken påslagsprosent enhetsprisene inneholdt.
- (15) I brev 4. november 2015 informerte Bodø kommune om at kontrakten var tildelt Atea AS. Tildelingsbeslutningen ble senere annullert. Leverandørene ble 2. desember 2015 orientert om at kontrakten på nytt var tildelt Atea AS (heretter *valgte leverandør*). Klager var rangert som nummer to. Vedlagt tildelingsbrevet fulgte en revidert anskaffelsesprotokoll, med en utdypende begrunnelse for tildelingen.
- (16) Bodø kommunes gjennomføring av konkurransen ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 25. januar 2016. Bodø kommune valgte å avvente kontraktsinngåelse, og klagen ble behandlet som en prioritert sak, se klagenemndas avgjørelse 19. april 2016 i sak 2016/18. Klager anførte i den saken blant annet at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at leverandørens nettoprisliste ikke var vedlagt tilbudet. Klagenemnda la til grunn at nettoprislisten ikke inngikk i evalueringen av tilbudene. Det at nettoprislisten ikke ble levert sammen med tilbudet, medførte derfor ikke at valgte leverandørs tilbud inneholdt et avvik som medførte en avvisningsplikt.
- (17) Kontrakt mellom Bodø kommune og valgte leverandør ble inngått 3. januar 2017. Det er opplyst at øvrige kommuner i innkjøpssamarbeidet, inkludert Steigen kommune, tilsluttet seg rammeavtalen.
- (18) Det fremgikk av rammeavtalen bilag 4.1, «*Endelig oversikt over kommuners deltagelse i leveransen*» at Steigen kommune deltok på levering av «*Levering av HW*», «*Bredbåndstjenester inkl. TV signal*» og «*IKT –driftstjenester*». Det var ikke krysset av for deltagelse for leveranse av «*Konsulenttjenester drift og utvikling*».
- (19) I e-post 15. september 2017 ba Bodø kommune valgte leverandør om å komme med et forslag til skriftlig nedtegnelse av avansepåslaget leverandøren fakturerte ved kjøp av kontorutstyr som ikke var priset i tilbudet:

«Vi er nødt til å nedfelle skriftlig, og iht til avtale, hvilken kalkyle som er grunnleggende i forbindelse med prissettingen av de produktene vi kjøpe hos dere.

Det er et stort trykk fra [klager] om krav om innsyn i diverse dokumenter og prismatrisen som [valgte leverandør] aldri leverte er et sentralt igjenvendende punkt.

Vi har drøftet problemstillingen tidligere. Det har endt opp med en forsikring fra dere om at prisene er kalkulert iht avtale.

Det er ingen grunn til ikke å tro på det, men det blir liksom litt «tynt» å fortelle omverdenen hvordan denne delen av kontrakten driftes.

Så..... vi er nødt å få produsert et slik dokument så snart som mulig.

Ber dere komme et forslag.»

- (20) Som svar på en innsynsbegjæring fra klager opplyste Bodø kommune i brev 27. februar 2018 følgende:

«Med henvisning til innsynsbegjæringens punkt 3, kan Bodø kommune informere om at det ikke foreligger en skriftlig nettopprisliste. Imidlertid har Bodø kommune en muntlig avtale med Atea om prosentvis påslag på de til enhver tid gjeldende nettoppriser.»

- (21) Den 27. desember 2018 sendte konstituert innkjøpssjef i Bodø kommune e-post til kontaktpersoner for de øvrige deltakende kommunene i rammeavtalen, med informasjon om at det ville bli holdt et evalueringsmøte vedrørende avtalen. I e-posten fremgikk det at flere av kommunene tilsynelatende var misfornøyde med avtalen, og at man skulle gjennomføre en evaluering internt med sikte på å ta opp avvik med Atea AS. Det ble i den forbindelse redegjort for avtalens betingelser ved kjøp av kontorutstyr:

«Er det gjort for dårlig implementeringsjobb fra Innkjøpskontoret sin side? Det er mulig, men det er etablert nettbutikk med tilpasset utstyr for den enkelte kommune. Har ikke fått tilbakemelding om annet enn mindre avvik. [...]

På Ikt kontorutrustning og infrastruktur er betingelsene [redacted] på til enhver tids gjeldende nettoppriser (pluss [redacted] som føres tilbake til kommunene). Utstyret er tilpasset den enkelte kommune i nettbutikken. Da snakker vi om Atea-nettbutikk som du kommer til via Ajour innkjøp».

- (22) Klager innga på nytt en klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 31. desember 2018, med påstand om at Bodø kommune hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse av IKT-driftstjenester og tilhørende utstyrskjøp. I Klagenemndas gebyrvedtak 13. juli 2021 i sak 2018/568 behandlet nemnda en rekke endringer i rammeavtalen som hver for seg og samlet medførte at avtalen var vesentlig endret, og skulle likestilles med en ny kontrakt som skulle vært kunngjort. Av betydning for denne saken, er at klager fikk medhold i at Bodø kommunes kjøp av kontorutstyr på rammeavtalen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.
- (23) Klagen med påstand om at Steigen kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ble brakt inn for klagenemnda 12. januar 2018. Fristavbrytende brev ble sendt til Steigen kommune 16. januar 2018, jf. anskaffelsesloven § 12 fjerde ledd.
- (24) Klager anførte at Steigen kommune hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse av IKT- driftstjenester og tilhørende utstyrskjøp. Saken fikk saksnummer 2018/7.
- (25) Steigen kommune og klager ble 10. september 2019 orientert om at klagenemnda hadde besluttet at klagers anførsel om vesentlig endring av rammeavtalen ikke ville avgjøres i sak 2018/7, men at det ville bli opprettet en egen sak for denne. Denne anførselen er gjenstand for behandling i denne saken.
- (26) Klagers andre anførsel, at Steigen kommunes avrop 30. januar 2017 ikke var hjemlet i rammeavtalen ble behandlet i klagenemndas gebyrvedtak 24. september 2019 i sak 2018/7. Klagenemnda fant at Steigen kommune hadde endret den tekniske plattformen fra lokal drift til en skyløsning som ikke var hjemlet i rammeavtalen. På denne bakgrunn kom klagenemnda til at Steigen kommune hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Steigen kommune ble ilagt et gebyr på 10 prosent av avropets verdi.

- (27) Den 13. januar 2022 avsa Salten og Lofoten tingrett dom i erstatningssøksmål mellom Braathe Gruppen AS og Bodø kommune. Domstolen kom til at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at leverandørens nettopprisliste ikke var vedlagt tilbudet.
- (28) Ved prosesskriv 15. februar 2022 fremsatte klager en ny anførsel vedrørende kjøp av lisenser. Ved e-post 11. mars 2022 avklarte klagenemnda at øvrige anskaffelser eller anførsler må dette gjøres i en egen klage, og det må betales nytt klagegebyr.
- (29) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. januar 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (30) Steigen kommune har gjort en rekke endringer i avtalen, som både isolert og samlet medfører at rammeavtalen er vesentlig endret. Steigen kommune har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (31) Steigen kommune har deltatt i anbudsprosessen i likhet med Bodø kommune og har tiltrådt rammeavtalen. Endringer i rammeavtalen foretatt av Bodø kommune er de facto også endringer foretatt av Steigen kommune. Steigen kommune er selv ansvarlig for å overholde anskaffelsesregelverket.
- (32) Steigen kommune skal idømmes et overtredelsesgebyr etter klagenemndas skjønn.

Endring av driftsavtalen

- (33) Driftsavtalens innhold er vesentlig endret, ved at det er gjort endringer i det endelige kontraktsdokumentet sammenlignet med det som inngikk i konkurransegrunnlaget. Vesentlige dokumenter er tatt ut i det endelige signerte avtaledokumentet, og dette medfører at valgte leverandørs plikter er mindre omfattende enn det som fremgikk av de kunngjorte dokumentene.
- (34) Kontrakten er vesentlig endret ved at valgte leverandør fikk betalt av Bodø kommune for kostnader knyttet til implementering av driftstjenesten, selv om dette var priset til kroner null i tilbudet.
- (35) Steigen kommunes avrop på driftstjenester, bredbåndslinjer og konsulenttjenester, kan ikke hjemles i rammeavtalen. Avropene på bredbåndslinjene og konsulenttjenestene har ikke vært behandlet av klagenemnda i sak 2018/7. Tjenestene ble holdt utenfor gebyrgrunnlaget da Steigen kommune anførte at disse var lovlige avrop. Det er lovligheten av disse avropene nemnda her skal ta stilling til.
- (36) Betalingsbetingelsene i kontrakten er endret på en måte som gir valgte leverandør likviditetsgevinster. Valgte leverandør fakturerer med forfall som er kortere enn fri leveringsmåned pluss 30 dager. Dette forskyver den økonomiske balansen i kontraktsforholdet til fordel for valgte leverandør, og utgjør en vesentlig endring.

Reforhandling av pris for kontorutstyr

- (37) Rammeavtalen er vesentlig endret ved at SIIN-kommunene og valgte leverandør har reforhandlet avansepåslaget ved kjøp av IKT-hardware, slik at avtalens økonomiske balanse er forskjøvet i favør valgte leverandør.

Steigen kommune har i det vesentlige anført:

- (38) Det er ikke gjort noen vesentlige endringer av kontraktsvilkårene. Subsidiært kan endringene hjemles i rammeavtalens endringsklausul.
- (39) Eventuelle endringer i rammeavtalen er foretatt av Bodø kommune, ikke Steigen kommune. Følgelig kan ikke Steigen kommune hefte for disse forhold.
- (40) Om klagenemnda skulle komme til at det foreligger grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr må gebyret størrelse settes lavt. Det er her snakk om en stor og komplisert avtale og Steigen kommune har gjort så godt de kan for å få avtalen til å fungere innenfor regelverkets grenser. Et eventuelt gebyr må videre vurderes ut fra verdien på de påståtte endringene og ikke ut fra kontraktens opprinnelige verdi.

Endring av driftsavtalen

- (41) Steigen kommune bestrider at innholdet i driftsavtalen er endret. De forholdene klager peker på endrer ikke avtalens innhold, det er snakk om pedagogiske grep i avtaledokumentet. Forpliktelsene er de samme som følger av valgte leverandørs tilbud og konkurransedokumentene. I den grad klagenemnda finner at det er foretatt endringer, er dette endringer foretatt av Bodø kommune, og ikke Steigen kommune.
- (42) Hver enkelt oppdragsgiver er ansvarlig for avrop som gjøres på egne vegne. Steigen kommune er ikke kan derfor ikke holdes ansvarlig for andre oppdragsgivers avrop på driftstjenester hvor implementering er en del av dette.
- (43) Rammeavtalen oppfyller anskaffelsesregelverkets krav til angivelse av kontraktsvilkår. Steigen kommune er ikke enig i at bredbåndslinjer og konsulentttjenester ble holdt utenfor gebyrgrunnlaget i sak 2018/7.
- (44) Steigen kommune bestrider at betalingsbetingelsene er endret. Subsidiært vil en eventuell likviditetsfordel valgte leverandør kan ha oppnådd ved ikke å ha operert med fri leveringsmåned, være så liten at endringen er lovlig etter de minimis-regelen i forskriften § 28-1 første ledd bokstav b).

Reforhandling av pris for kontorutstyr

- (45) Steigen kommune bestrider at man har gått vekk fra rammeavtalens bestemmelser om avansepåslag, og at det er avtalt et nytt avansepåslag som baseres på de til enhver tid gjeldende nettopriser.
- (46) Kjernesortimentet av tilbudte produkter ble utdatert som følge av den lange rettslige prosessen mellom Bodø kommune og klager. Oppdragivers første prioritet da avtalen endelig ble inngått i januar 2017 var å få en vellykket overlevering til valgte leverandør innen 1. juni 2017, i henhold til inngått avtale. Dette innebar blant annet kjøp av nye modeller. Det var ikke naturlig eller hensiktsmessig å bruke ressurser på å innhente nettopprislistene for utdaterte varer på dette tidspunkt. Påslagsprosenten fra tilbudstidspunktet ble derfor fastholdt gjennom en muntlig lovnad fra valgte leverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (47) 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. Rammeavtalen ble inngått 3. januar 2017. De endringene som er anført å utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, må nødvendigvis ha blitt iverksatt etter dette tidspunktet. Klagenemnda legger derfor til grunn at det er 2016-regelverket som gjelder, jf. anskaffelsesforordningen § 32-2 (1).
- (48) Saken skal etter dette avgjøres ut fra bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser av 7. juni 2016 nr. 73 (*anskaffelsesloven*) og forskrift av 12. august 2016 nr. 974 (*anskaffelsesforordningen*). Partene er også enige om dette.
- (49) Klagenemnda legger til grunn at IKT- driftstjenester, bredbåndstjenester inkl. TV signal, og konsulenttjenester drift og utvikling var omfattet av klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7. Steigen kommune har også bekreftet at kommunen i sak 2018/7 oppga det totale beløpet avropet utgjorde, inkludert konsulenttjenester og bredbåndstjenester. Steigen kommune kan ikke ilegges gebyr for samme forhold to ganger. Disse forholdene er derfor ikke gjenstand for behandling i denne saken.

Endring av kontraktsdokumentet

- (50) Klager har anført at kontrakten er vesentlig endret ved at det i kontraktsdokumentet er tatt ut eller endret flere sentrale deler av de dokumenter som skulle regulere partenes rettigheter og forpliktelser i avtaleforholdet.
- (51) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres på en slik måte at man reelt sett står overfor en ny kontrakt som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2019/29, avsnitt 38. For at endringer i kontrakten skal likestilles med at det er inngått en ny kontrakt, må de være vesentlige, jf. anskaffelsesforordningen §§ 28-1 og 28-2.
- (52) For å kunne ta stilling til om kontrakten er endret, må innholdet i kontrakten, ferdig fortolket, holdes opp mot det som ble kunngjort. Kontrakten skal tolkes objektivt, i lys av konkurransegrunnlaget, og leverandørens tilbud, jf. Høyesteretts dom i Rt. 2014 s. 866 (*Fjord1*). Først etter at kontrakten er fortolket, kan det vurderes om den er endret sammenlignet med det som ble kunngjort.
- (53) Slik klagenemnda også påpekte i klagenemndas sak 2018/568 (*Braathe Gruppen - Bodø kommune*), avsnitt 125 til 128, foretar nemnda ikke selv noen kontraktsgjennomgang, og forholder seg til de faktiske forholdene og påstandsgrunnlagene partene presenterer. Klager har ikke pekt på forhold som sannsynliggjør at avtalepartene har forhandlet seg vekk fra forpliktelser i konkurransegrunnlaget eller tilbudet, som medfører at kontrakten er vesentlig endret i anskaffelsesrettslig forstand.
- (54) Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

- (55) Klager har videre anført at kontrakten er vesentlig endret ved at valgte leverandør får betalt av Bodø kommune for kostnader knyttet til implementering av driftstjenesten, selv om dette var priset til kroner null i tilbudet.
- (56) Steigen kommune er ikke ansvarlig for Bodø kommunes avrop på driftstjeneste, herunder implementeringen av denne. Steigen kommunes avrop på egen driftstjeneste var omfattet av klagenemndas sak 2018/7 og er derfor ikke en del av denne saken. Klagers anførsel fører med dette ikke frem.
- (57) Klager har videre anført at Steigen kommunes avrop på bredbåndslinjer og konsulenttjenester ikke hjemles i rammeavtalen. Steigen kommunes kjøp konsulenttjenester og avrop på bredbåndslinjer var omfattet av klagenemndas sak 2018/7 og er derfor ikke en del av denne saken, slik fastslått i avsnitt 49.
- (58) Klager har videre anført at den økonomiske balansen i avtaleforholdet er vesentlig endret på en måte som gir valgte leverandør likviditetsgevinster. Klager har vist til at valgte leverandør fakturerer med forfall som er kortere enn fri leveringsmåned pluss 30 dager. I likhet med sak 2018/568, avsnitt 157 til 160, forstår klagenemnda det slik, at klager ikke hevder dette er en reforhandling av betalingsbetingelsene, men en innsigelse mot Steigen kommunes kontraktsoppfølging.
- (59) For at oppdragsgivers oppfølging av kontrakten skal kunne anses som en ulovlig direkte anskaffelse, må kontrakten være misligholdt, og oppfølgingen av misligholdet må ha vært mangelfull. Den mangelfulle håndhevelsen må videre kunne likestilles med at kontrakten er vesentlig endret, jf. klagenemndas avgjørelse i sakene 2015/27, avsnitt 39 flg., og 2017/344, avsnitt 34.
- (60) Avtalen legger opp til fri leveringsmåned pluss 30 dager. Basert på fakturaene fremlagt i saken for kjøp gjennomført av Steigen kommune har det blitt gitt 30 dagers forfall. Innklagede erkjenner at det ikke har blitt gitt fri leveringsmåned hva gjelder kjøp av hardware og lisenser, men bestrider at dette har gitt valgte leverandør en likviditetsfordel eller er en vesentlig endring av rammeavtalen.
- (61) Klagenemnda kan ikke se at det er sannsynliggjort at mangel på fri leveringsmåned har gitt valgte leverandør en likviditetsgevinst som kan likestilles med en vesentlig endring av avtalen. Klagers anførsel fører ikke frem.

Reforhandling av påslagsprosent for kjøp av kontorutstyr

- (62) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om Steigen kommunes avrop på kontorutstyr utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, som følge av rammeavtalen er vesentlig endret ved at påslagsprosenten valgte leverandør kan fakturere ved kjøp av IKT-utstyr er reforhandlet etter kontraktsinngåelsen.
- (63) Tilsvarende anførsel vedrørende samme rammeavtale ble behandlet i klagenemndas sak 2018/568 (*Braathe Gruppen - Bodø kommune*), avsnitt 105 til 124.
- (64) I den saken kom klagenemnda til at rammeavtalen ikke inneholdt informasjon om valgte leverandørs påslagsprosent eller mekanismen for å omdanne påslagene til en bindende prosentsats. Rammeavtalen inneholdt dermed ikke kontraktsvilkår om pris for kjøp av kontorutstyr og infrastruktur. Avropene på kontorutstyr kunne dermed ikke forankres i rammeavtalen, og utgjør derfor en ulovlig direkte anskaffelse.

- (65) Klagenemnda finner det tilstrekkelig å vise til nemndas vurdering i sak 2018/568, som nemnda i det vesentlige slutter seg til. Rammeavtalen inneholder ikke kontraktsvilkårene om pris som avropsavtalene for kontorutstyr skal inngås på grunnlag av. Steigen kommunes avrop på kontorutstyr kan dermed ikke forankres i rammeavtalen, og utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (66) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum, 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 andre punktum fremgår det at klagenemnda «*kan*» ilegge gebyr dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*».
- (67) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7 b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12 viser klagenemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147, avsnitt 55 og utover.
- (68) Klagenemnda har konstatert at rammeavtalen ikke inneholder prisvilkårene for tildeling av kontrakter om kjøp av kontorutstyr og infrastruktur. En klar forutsetning for å kunne tildele kontrakter i medhold av en rammeavtale, er at prisvilkårene er fastsatt i avtalen. Dette kan også utledes av anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav i) og § 26-2 (1). Dette er foranledningen til at Steigen kommunes har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved avrop på rammeavtalen.
- (69) Rammeavtalens manglende prisvilkår for kjøp av kontorutstyr og infrastruktur stammer fra en feil ved gjennomføringen av anskaffelsen. Anskaffelsen ble gjennomført av Bodø kommune, for Samordna innkjøp i Salten. Bodø kommune er vertskommune for samarbeidet og ansvarlig for gjennomføring av anskaffelser. Bodø kommune ved innkjøpssjefen er også administrativ part ved inngåelse av felles rammeavtaler.
- (70) Det er klart at Steigen kommune er ansvarlig for å overholde regelverket ved avropene de selv gjennomfører. Det må forventes at kommunen setter seg inn i avtalens prisvilkår før det foretas avrop, spesielt i en situasjon som denne hvor det er pågående konflikter rundt rammeavtalen. Slik saken er opplyst, legger imidlertid klagenemnda til grunn at Steigen kommune fikk presentert en rammeavtale, hvor det fremstod som at alle vilkårene var fastsatt. Kommunen fikk heller ikke komplett tilgang til rammeavtalen før 12. februar 2019.
- (71) Under disse omstendighetene mener klagenemnda at Steigen kommunes avrop på kontorutstyr skal karakteriseres som uaktsom.
- (72) Ved uaktsomme overtredelser følger det av anskaffelsesloven § 12 tredje ledd at det ved vurderingen om det skal ilegges overtredelsesgebyr skal særlig legges vekt på «*bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen*». I denne vurderingen baserer klagenemnda seg på en vurdering av omstendighetene omkring avropene, slik de er

redegjort for av Steigen kommune. Denne beskrivelsen er forenlig med de skriftlige dokumentbevisene i saken.

- (73) Rammeavtalen ble inngått etter det som var vanlig praksis for innkjøpssamarbeidet. Bodø kommune henvendte seg til kommunen for å avklare om de ønsket å delta på rammeavtalen. Senere innhentet innkjøpskontoret informasjon om omfang og innretning av de innkjøpene den enkelte kommune forventet å gjøre på rammeavtalen. Det var Bodø kommune som vertskommune som designet og ledet prosessen, innhentet de opplysningene de hadde behov for fra deltakende kommuner, utarbeidet konkurransegrunnlag og gjennomførte konkurransen. Steigen kommune hadde ingen rolle i den videre anskaffelsesprosessen.
- (74) På et møte etter at rammeavtalen var inngått, ble det stilt spørsmål fra en tredje kommune vedrørende hvordan prisene kunne kontrolleres. Som svar fikk kommunene beskjed om at innkjøpskontoret ville kontrollere at prisene i nettportalen til enhver tid var i henhold til inngitt tilbud. For bestilling på rammeavtalen har kommunen logget seg på SiiS' portal hvor produktene fremgår med oppført pris.
- (75) Sett hen til sakens spesielle omstendigheter har klagenemnda kommet til at det ikke bør ilegges overtredelsesgebyr i denne saken. Steigen kommune har innrettet seg på en plausibel måte som deltaker i et innkjøpssamarbeid. Klagenemnda har allerede ilagt vertskommunen, Bodø kommune, et betydelig gebyr for sin ulovlige direkte anskaffelse av kontorutstyr. Den eventuelle preventive virkningen av et overtredelsesgebyr vil derfor være lav, jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd.

Tilbakebetaling av klagegebyr

- (76) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert, gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Steigen kommune har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse av kontorutstyr.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser legger ikke Steigen kommune et overtredelsesgebyr.

Klagers øvrige anførsler om ulovlig direkte anskaffelse har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arnt Skjefstad

Dokumentet er godkjent elektronisk