



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

*Innklagede gjennomførte i 2015 en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med én leverandør om kjøp av IKT-driftstjenester, bredbåndstjenester, konsulentttjenester og tilhørende utstyr. Rammeavtalen ble inngått 3. januar 2017. Klager anførte at innklagede hadde gjort 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. Klagers anførsel om at innklagedes kjøp av kontorutstyr utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse førte frem. Det samme gjorde anførslene om at avtalen var vesentlig endret ved at innklagede betalte for tjenester som vederlagsfritt skulle inngå i implementeringsprosjektet, og at innklagede betalte fullt vederlag for driftstjenesten før implementeringsprosjektet var godkjent. Innklagede ble for disse endringene ilagt et gebyr på ti prosent av anskaffelsens verdi. Klagenemnda kom videre til at avtalen var vesentlig endret ved at innklagede overførte driften av enkelte applikasjoner fra innklagedes egen server (on premise) til å driftes på valgte leverandørs server (PaaS). For dette ble innklagede ilagt et gebyr på fem prosent av anskaffelsens verdi. Innklagede ble ilagt et samlet gebyr på 11 599 000 kroner. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.*

### Klagenemndas gebyrvedtak 13. juli 2021 i sak 2018/568

**Klager:** iTet AS

**Innklaget:** Bodø kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Elisabeth Wiik, Alf Amund Gulsvik og Bjørn Berg

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

### Innledning:

- (1) Det vises til klage fra iTet AS (nå innfusjonert i Braathe Gruppen AS, heretter *klager*) mottatt 31. desember 2018. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av IKT-driftstjenester og tilhørende utstyrskjøp.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at Bodø kommune (heretter *innklagede*) ilegges et samlet gebyr på 11 599 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

## Bakgrunn:

- (3) Innklagede kunngjorde 22. mai 2015 en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med én leverandør 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), samt kommunene Sortland, Øksnes og Værøy. Anskaffelsens verdi ble estimert til mellom 144 og 288 millioner kroner. Rammeavtalen ville ifølge kunngjøringen ha en varighet på 4+1+1 år, til sammen seks år. Frist for å søke om å delta i konkurransen var 22. juni 2015.
- (4) Innen utløpet av prekvalifiseringsfristen kom det inn fem søknader, herunder fra 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 var satt til 14. september 2015. Denne fristen ble senere utsatt til 28. september 2015.
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 «*Dokumentstruktur for Konkurransegrunnlaget*» fremgikk det at «*[a]vtalen som inngås skal være basert på Statens standardavtale for drift, SSA-D, som lagt ved i Del II, dokument 11, samt Statens Standardavtale for innkjøp, SSA-K. Oppdragsgivers formål med forespørselen og krav til anskaffelsen er angitt i Bilag 1, mens beskrivelse av Kundens nåværende tekniske plattform, systemer og løsninger er beskrevet i Bilag 3.*»
- (6) I tillegg til SSA-D og SSA-K inneholdt konkurransegrunnlaget en tabell som viste Bodø kommunes WAN-nettverk, og en oversikt over kommunens brukerapplikasjoner med en avklaring av hva som var de primære systemene innenfor hver sektor.
- (7) 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.»*
- (8) I samme vedlegg punkt 3 var de overordnede målene for IKT i kommunen beskrevet. Følgende forhold var fremhevet som de viktigste forholdene innklagede ønsket å oppnå med anskaffelsen:
- «*en stabil og forutsigbar drift (leveranse av robuste og kvalitetsmessige gode tjenester).*
  - *at kommunen leverer sine tjenester med høy informasjonssikkerhet slik at sårbarhet og risikoeksponering minimeres*
  - *at kommunen kan effektivisere sine oppgaver knyttet til drift og applikasjonsforvaltning*

- *at kommunen har egnede løsninger og miljøer. Disse skal være kostnadseffektive og skalerbare med god kapasitetsstyring og endringskontroll.*
- *at kommunen på en rask og kostnadseffektiv måte kan etablere nye systemer og løsninger og endringer til disse.»*

- (9) Det var i samme punkt også tatt inn et avsnitt med overskriften «Tjeneste og leveranseperspektivet», hvor blant annet følgende fremgikk:

*«Bodø kommune ser at de i fremtiden vil organisere sine leveranser som tjenester. IKT-enheten vil sette sammen sine leveranser fra interne og eksterne leverandører, «pakke» disse og presentere dem som tjenester for sine egne kunder.*

*Trenden vil gå på at flere tjenester i større grad kan kjøpes som standardisert tjenester der kvalitetsparametere er predefinert. Eksempel på dette er kjøp av applikasjonsdrift og forvaltning som avtalte tjenester, i motsetning til kjøp av kapasitet med leveranse pr. time etter beste evne.*

*Det vil bli viktig fremover at hele tjenesteporteføljen må henge sammen og leveres med stabilitet, kostnadseffektivitet og fleksibilitet ut i fra kommunens ønske om målbilder, digitaliserings- og endringsbehov.»*

- (10) I samme vedlegg punkt 5 «Anskaffelsens formål og omfang» fremgikk følgende:

*«Bodø kommune har en lang tradisjon for utsetting av IKT tjenester, dette er den tredje gangen at drift og forvaltning av IKT tjenester lyses ut. Erfaringen ved utsetting av produksjonen har vært positiv og det er en begrunnelse for å sette ut flere tjenester i dette anbudet. Kommunesektoren er under et stadig stigende press i forhold til å levere bedre, billigere digitale tjenester til borgerne. Kommunens IKT avdeling skal i framtiden i enda større grad fokusere på strategi- og bestiller kompetanse, samt bygge kompetanse for utvikling og forvaltning av kommunens kjernesystemer. Kommunens hypotese er at i framtiden 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.*

*Det kan blant annet bety mer tid for de ansatte til å yte pleie og omsorg, bedre undervisning av elever eller raskere saksbehandling ovenfor innbyggerne.*

*Områdene som skal dekkes i en ny driftsavtale vil være:*

- 1. Oppsett av nye servere, routere, switcher og tilhørende. Drift og vedlikehold, som oppgraderinger og overvåking. Avtalen skal også omfatte innkjøp av denne type utstyr.*
- 2. Drift og vedlikehold av telefoniløsning og samhandlingssystemer integrert i vår infrastruktur.*
- 3. Overvåkning og konfigurering av nettverksutstyr i kommunikasjonsentraler i samtlige kommunens lokaler med lokalt nettverk. Patching og vedlikehold av patchelister.*
- 4. Bredbandstjenester, inkludert TV signaler.*

*Konfigurasjon og drift av WAN, som består av ca. 130 lokasjoner med IP/VPN, basert på fibernettverk. Hovedsakelig 150Mb, men også noen samband med 1Gb.*

*5. End-user PC-er / desktop*

*Klargjøring av klienter med OS og tilpasninger for bedriftens policy på applikasjonsportefølje og sikkerhetsrutiner. Metodikk for tilpassinger av OS og utrulling av applikasjoner.*

*6. Servicedesk som er 1. linje support for kommunens ansatte.*

*Servicedesk er i dag lokalisert på IKT-kontoret hos Bodø kommune, og er bemannet med to ansatte. Denne fungerer som 1.linjetjeneste, og har åpningstid mellom 0800 og 1530.*

*Service ut over åpningstiden er ivaretatt av bakvaktjenester hos eksisterende leverandører.*

*7. Hardware kjøp og klargjøring som inkluderer livsløpsforvaltning av PCer og laptop til kommunens ansatte og lokaler.*

*Innkjøpsavtale for utstyr, er i dag fordelt på flere leverandører: Utstyr til infrastruktur som servere, routere og switcher, inkl. aksesspunkter for WiFi. Utstyr til kontor/brukere omfatter PCer, nettbrett, skjermer, mus og tastatur.*

*8. Lokal support på utstyr ved feilsøking og utbedring.»*

(11) I samme vedlegg punkt 7 var forventningene til driftsleverandøren beskrevet:

*«Bodø kommune ønsker å inngå avtale med en leverandør:*

- Som kan levere stabile tjenester med god kvalitet.*
- Som på en effektiv og proaktiv måte kan håndtere hendelser og løse problemer, som sørger for koordineringen av feil- og problemhåndtering med systemleverandører og andre parter.*
- Som har gode rutiner for planlegging og håndtering av endringer, og som kan ta en koordinerende rolle mot Bodø kommune og systemleverandørene når det gjelder videreutvikling av brukertjenestene og Kundens tekniske plattform og driftstjenestene som helhet.*
- Som er en kompetent rådgiver for kommunen ift. teknologiske valg og har kompetanse og evne til å være med på faglige diskusjoner med Kunden.*

*Leverandøren forventes å ta en proaktiv rolle i rådgivning av Kunden innenfor alle aspekter driftsavtalen dekker slik at Kundens driftsmiljø gjennom avtaleperioden stadig forbedres for brukerne og at Leverandørens driftseffektivitet øker og tilhørende driftskostnader reduseres.»*

- (12) I vedlegg 02.7 «Krav til datakommunikasjon og internett» var det nærmere redegjort for kommunens behov når det gjaldt å knytte sammen fysiske lokasjoner i avtaleperioden:

*«Bakgrunn for anskaffelsen er Bodø kommune sitt behov for å knytte sammen fysiske lokasjoner innen kommunen via kommunikasjonslinjer, såkalt WAN og behov for Internett Aksess. Avtalen skal sikre en driftsstabil infrastruktur med god kvalitet og tilstrekkelig kapasitet med gode muligheter for videre utbygging som dekker Bodø kommune sine behov i avtaleperioden og som bidrar til en stabil drift av kommunens forretningssystemer. Dagens WAN består av ca 120 lokasjoner som er levert av Signal Bredbånd AS, samt Internett Aksess levert av iTet.».*

- (13) I vedlegg 03.1 «Baseline teknisk plattform» var kommunens tekniske plattform beskrevet, basert på eksisterende IKT-infrastruktur, IKT-løsninger og IKT-tjenester. Eksisterende datarom var beskrevet i punkt 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 redundante nettverkskjernen. I tillegg finnes reserveløsninger for kritiske systemer innenfor liv/helse-systemer.»*

- (14) Konkurranses grunnlaget vedlegg 05.1 «Tjenestenivå med standardiserte prisavslag» inneholdt rammeavtalens krav til tjenestekvalitet og en omfattende regulering av standardiserte refusjoner ved redusert tjenestekvalitet.

- (15) For alle tilfeller av nedetid og driftsstans skulle leverandøren føre logg:

*«Leverandøren skal føre en logg over og rapportere alle hendelser som vedrører Nedetid og Driftsstans og kategorisere disse iht. A-, B- og C-feil som definert i kapittel 2.6 nedenfor. I loggen skal det minimum angis tidspunkt for når Driftsstans ble rapportert, årsak/symptom, løsning og varighet på Nedetid totalt og per Driftsstans.»*

- (16) Konkurranses grunnlaget vedlegg 07.1 «Samlet pris og prisbestemmelser» inneholdt prisbestemmelsene og prisskjemaene som skulle benyttes i konkurransen.

- (17) Betalingsplanen knyttet til driftsavtalen fremgikk av punkt 2.4.1:

*«Dersom oppstart i hht Bilag 4 skjer etter en trinnvis plan, skal det for hver del-oppstart betales en relativ andel av det faste avtalte vederlaget for driftsyttelsene.*

*Følgende betalingsplan skal følges:*

| Milepæl                                                            | Betalingsbetingelse/ Kommentar                                                                                                            | Beløp |
|--------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Når avtale er signert og plan for migreringsprosjektet er godkjent | 20 % av totalpris på etableringsprosjektet, Ingen månedlig kostnad.                                                                       | 0,20  |
| Når Etableringsfasen er godkjent                                   | Ytterligere 40 % av totalpris på etableringsprosjektet.                                                                                   | 0,40  |
| Når Oppstartsdag er inntruffet, alle driftstjenestene blir levert  | Siste rest (40 %) av totalpris på etableringsprosjektet forfaller.<br>I godkjenningssperioden skal det betales 75 % av månedlig vederlag. | 0,40  |
| Når Godkjenningssdag av <i>alle</i> leveransene er inntruffet      | Fullt månedlig vederlag løper når Driftstjenestene er etablert og drift av de avtalte tjenestene er godkjent.                             | 0,20  |

- (18) I forbindelse med konkurransen mottok innklagede følgende spørsmål om betalingsplanen:

*«Vedlegg 07.1 Prisbestemmelser: I avsnitt 2.4.1 Betalingsplan er 2.delbetaling satt til «Når Etableringsfasen er godkjent». Er det samme milepæl som i SSA-D heter Akseptansedag?»*

- (19) Innklagede besvarte spørsmålet:

*«Svaret er ja. I henhold til SSA-D vil dette være Akseptansedag».*

- (20) I henhold til SSA-D var akseptansedag definert som første virkedag etter at kundens akseptansetest var godkjent. Oppstartsdag var samme sted definert som dagen etter at leverandøren har gitt skriftlig melding om at driftsløsningen er klar for kundens nærmere undersøkelse. Fra og med oppstartsdagen skulle det løpe en godkjenningssperiode på to måneder. Dersom leveransen ikke ble godkjent innenfor godkjenningssperioden, skulle denne utvides til vilkårene for godkjenning var oppfylt. Leveransedag var definert som første virkedag etter at leveransen var eller ble ansett godkjent.

- (21) Driftavtalens betalingsbetingelser fremgikk av vedlegg 07.1 punkt 2.4.2 «Betalingsbetingelser og fakturering»:

*«Leverandøren skal fakturere Kunden månedlig og etterskuddsvis for avtalt Vederlag for Driftstjenestene, med fradrag i henhold til Bilag 5 Tjenestenivå med Standardiserte Prisavslag.»*

- (22) Dette var utdypet i punkt 2.4.4 «Betalingsfrist»:

*«Alle fakturaer skal ha fri leveringsmåned pluss 30 kalenderdagers betalingsforfall.»*

- (23) Vedlegg 07.1 inneholdt også flere ulike prisskjemaer, herunder ett for totale driftskostnader inkludert bredbåndstjenester, ett for kontorutstyr og infrastruktur, ett for konsulenttenester og ett for implementeringskostnader.
- (24) Prisskjemaet for kontorutstyr og infrastruktur 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<br>2*Intel Xeon E5-2670 V3<br>12*16 GB minne<br>10 GB base T nettverkskort<br>Dual port FibreChannel |                                                      | 5                    |                          |  |
| Switcher               | WS-C2960X-48LPS-L                                                                                                        |                                                      | 10                   |                          |  |
|                        | WS-C3560X-48P-S                                                                                                          |                                                      | 10                   |                          |  |
| Trådløse aksesspunkter | Cisco Air-Cap3702i-E-K9                                                                                                  |                                                      | 100                  |                          |  |
| SUM                    |                                                                                                                          |                                                      |                      | 0                        |  |

- (25) 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 nettoprisliste.

Komplett prisliste med gjeldende nettopriser skal legges ved tilbudet i vedlegg.»

- (26) I prisskjemaet for implementeringskostnader skulle det fylles inn en engangssum som skulle dekke alle leverandørens kostnader knyttet til implementering av driftstjeneste:

| Navn på tjenesten       | Navn på tjenesten      | Pris etablering NOK<br>(Engangskostnad) | Kundens<br>kommentar/Leverandørens<br>forutsetning |
|-------------------------|------------------------|-----------------------------------------|----------------------------------------------------|
| Implementeringsprosjekt | <b>Total</b>           | <b>0</b>                                |                                                    |
|                         | Konsulentbistand       |                                         |                                                    |
|                         | Reise                  |                                         |                                                    |
|                         | Kompetanseoverføring   |                                         |                                                    |
|                         | Infrastruktur / Utstyr |                                         |                                                    |
|                         | Programvare            |                                         |                                                    |
|                         | Annet (Spesifiser)     |                                         |                                                    |

Identifiser nødvendige investeringer for Bodø Kommune for å implementere Leverandørens foreslåtte løsning

- (27) I forbindelse med anbudskonkurransen innhentet klager tilbud fra flere underleverandører innenfor kontorutstyr, herunder Dell (heretter *klagers underleverandør*) og Lenovo.
- (28) I e-post 24. august 2015 fikk klager en bekreftelse fra Lenovo om at utvalgte Lenovo-partnere ville delta i konkurransen på like vilkår:
- «Vi bekrefter at iTet vil delta på Bodø Kommune anbudet på samme vilkår som andre utvalgte Lenovo partnere»*
- (29) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 8 «Tildelingskriterier» bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på «Totalkostnad» (40 prosent) og «Kvalitet på leveransen» (60 prosent).
- (30) Tildelingskriteriet «Totalkostnad» var delt inn i underkriteriene «Driftskostnader– drift, bredbånd, timepriser/konsulent» (60 prosent), «Implementeringskostnader» (5 prosent) og «Kjøp kontorutstyr og infrastruktur» (35 prosent).
- (31) Innen utløpet av tilbudsfristen kom det inn tre tilbud; fra klager, Evry og valgte leverandør.
- (32) I prisskjemaet for implementering av driftstjenester hadde valgte leverandør fylt inn null kroner som totalsum for etablering, mens klager priset dette til én krone. Evry priset implementering i underkant av 14 000 000 kroner.

- (33) Valgte leverandør hadde i sitt tilbud fylt inn betalingsplanen slik:

| Milepæl                                                            | Betalingsbetingelse/ Kommentar                                                                                                                | Beløp       |
|--------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| Når avtale er signert og plan for migreringsprosjektet er godkjent | 20 % av totalpris på etableringsprosjektet.<br>Ingen månedlig kostnad.                                                                        | 0,-         |
| Når Etableringsfasen er godkjent                                   | Ytterligere 40 % av totalpris på etableringsprosjektet.                                                                                       | 0,-         |
| Når Oppstartsdag er inntruffet, alle driftstjenestene blir levert  | Siste rest (40 %) av totalpris på etableringsprosjektet forfaller.<br><br>I godkjenningssperioden skal det betales 75 % av månedlig vederlag. | 0,-         |
| Når Godkjenningssdag av <i>alle</i> leveransene er inntruffet      | Fullt månedlig vederlag løper når Driftstjenestene er etablert og drift av de avtalte tjenestene er godkjent.                                 | 1 288 947,- |

- (34) Som vedlegg til tilbudet leverte klager, som etterspurt, en liste over nettopriser på kontorutstyr og infrastruktur. Valgte leverandør og Evry leverte ikke en slik liste. Evry oppga imidlertid at prisene i tilbudet rommet [REDACTED] på gjeldende nettopriser. Valgte leverandørs tilbud inneholdt ikke opplysninger om hvilken påslagsprosent enhetsprisene inneholdt.

- (35) I klagers tilbud vedlegg 02.1 «Leverandørens løsningsspesifikasjon» redegjorde klager i punkt 9.3 «Kontorutstyr og infrastruktur» for sin prisstrategi, som inneholdt flere påslagsprosenter, delvis i kombinasjon med faste påslag i kroner:

*«Vårt tilbud på kontorutstyr er basert på en fast påslagsprosent på vår netto innkjøpspris fra produsent. Denne er satt til 8,7 % + 154 kr pr enhet (for å dekke tjenestene beskrevet i Vedlegg 02.6 punkt 2.2.4.5) for PC, nettbrett, Surface. Skjerm og skrivere har et påslag på 10,52%. På infrastruktur er påslagsprosenten 17,65 % + 154kr pr enhet (for å dekke tjenestene beskrevet i Vedlegg 02.6 punkt 2.2.4.5). Dette er svært kompetansekrevenende utstyr, hvor iTet gjør store investeringer for å opprettholde kompetanse og nødvendig pris- og sertifiseringsnivå på dette området.»*

- (36) Klagers tilbud inneholdt ikke opplysninger om hvilket påslag som skulle være bindene for sidesortiment og ved utskiftinger av modellene i kjernesortimentet.
- (37) I brev 4. november 2015 informerte innklagede om at kontrakten var tildelt valgte leverandør. Vedlagt brevet fulgte en anskaffelsesprotokoll med begrunnelse for tildelingsbeslutningen.
- (38) Det forelå ifølge klager flere feil ved gjennomføringen av konkurransen, og klager begjærte midlertidig forføyning for Salten tingrett 13. november 2015. Senere samme dag valgte innklagede å annullere beslutningen om å tildele kontrakten til valgte leverandør.
- (39) Innklagede orienterte tilbyderne 2. desember 2015 om at kontrakten på nytt var tildelt valgte leverandør. Klager var rangert som nummer to. Vedlagt tildelingsbrevet fulgte en revidert anskaffelsesprotokoll, med en utdypende begrunnelse for tildelingen.

- (40) I protokollen ble det også gitt en utdypende begrunnelse for valget om å annullere den opprinnelige tildelingen:

*«I prisskjema, fane 1 (Prisoversikt driftstjenester) rad 8, fremgår det at det skal oppgis priser for tjenesteområde «Bestilling, klargjøring og levering av utstyr». I merknaden til raden fremgår det: «Ref Priser kontorutstyr og infrastruktur». Fane 2 (Priser kontorutstyr og infrastruktur) inneholder på sin side priser for forskjellig type maskinvare. Prisene er så multiplisert med estimert antall pr. år. På spørsmål fra tilbydere, opplyste kommunen at rad 8 fane 1 skulle besvares ved å legge inn pris fra fane 2. iTet og Evry har lagt inn totalsummen fra fane 2 inn i rad 8, fane 1. Atea har derimot latt rad 8 stå tom. Dette har blitt oversett i evalueringen, slik at iTet og Evry har fått et tillegg i prisen på fane 1, tilsvarende prisen i fane 2. Dette anser kommunen for å være en åpenbar feil, hvor det er utvilsomt hvordan feilen skulle rettes. Tildelingen ble som følge av dette annullert, og det er foretatt en ny evaluering.»*

- (41) I protokollen gikk det videre frem at innklagede hadde gjennomført to ulike evalueringer. I den ene var den manglende summen fra prisskjemaet for driftstjenester lagt til i valgte leverandørs tilbud, og i den andre var denne summen tatt ut av de to øvrige tilbudene.
- (42) I evaluering 1 ble den totale poengsummen til valgte leverandør 986 poeng, mens klager fikk 923 poeng. I evaluering 2 fikk valgte leverandør 953 poeng mens klager fikk 923.
- (43) Av begrunnelsen fremgikk følgende om evalueringen av underkriteriene «Implementeringskostnader» og «Kjøp av kontorutstyr og infrastruktur»:

- *Implementeringskostnader*

*[Valgte leverandør] og [klager] hadde priset implementeringskostnader til kr. 0,- [klager] kr. 1,-. Evry's implementeringskostnad var i underkant av 14 millioner kroner. Dette inkluderte også nødvendig infrastruktur og lisenser.*

- *Kjøp kontorutstyr og infrastruktur*

*For kjøp av kontorutstyr og infrastruktur har alle levert priser for modeller som tilfredsstiller kravene i kravspesifikasjonen.*

*[Valgte leverandør] ga laveste tilbud. [Klager] var i underkant 20% høyere og Evry var i overkant 20% høyere priset enn [valgte leverandør].*

- (44) I protokollen var det også tatt inn en tabell som synliggjorde de konkrete poengutslagene for underkriteriene i begge evalueringene. For implementeringskostnader fremgikk det at valgte leverandør og klager i begge evalueringene fikk 20 poeng hver, mens Evry i begge evalueringene fikk 0 poeng.
- (45) Klager påklaget gjennomføringen av konkurransen for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 25. januar 2016. Innklagede valgte å avvente kontraktsinngåelse, og klagen ble behandlet som en prioritert sak.
- (46) Klager anførte i denne 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.

- (47) Klager anførte også at innklagede hadde endret skjønnsutøvelsen i den andre evalueringen, ved å legge til en sum i klagers tilbud for bestilling, klargjøring og levering av kontorutstyr. Dette hang sammen med at innklagede tolket klagers løsningsforslag punkt 9.3 slik at det skulle legges til en fast pris per enhet på alle produktene i prisskjemaene for kontorutstyr og infrastruktur. Klager forklarte i anledning saken at de faste tilleggene allerede var innkalkulert i enhetsprisene. Innklagede erkjente at det var feil å legge den aktuelle summen til i klagers tilbud, men at dette ikke endret rangeringen av tilbudene. Klagenemnda la til grunn at klager ikke hadde saklig grunn til å få behandlet hvorvidt feilen utgjorde et brudd på regelverket.
- (48) Saken ble avgjort 19. april 2016 i sak 2016/18. Klagenemnda kom til at Bodø kommune ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (49) Klager begjærte 26. april 2016 midlertidig forføyning for å stanse kontraktstildelingen til valgte leverandør. Klager tok også ut søksmål mot innklagede for brudd på anskaffelsesregelverket 17. juni 2016.
- (50) Begjæringen om midlertidig forføyning ble forkastet av Salten tingrett 29. desember 2016. Avgjørelsen ble ikke anket.
- (51) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 3. januar 2017.
- (52) I forbindelse med saksforberedelsen for søksmålet, fikk klager opplysninger som ble oppfattet som at innklagede hadde gått i forhandlinger med valgte leverandør og at endelig kontrakt ikke var inngått. Klager begjærte derfor på nytt midlertidig forføyning 22. mars 2017.
- (53) Salten tingrett forkastet begjæringen 10. april 2017. Klager anket kjennelsen, og anken ble forkastet av Hålogaland lagmannsrett 15. mai 2017.
- (54) I to endringsmeldinger datert 19. april 2017 og 14. september 2017, godtok innklagede valgte leverandørs krav om betaling for til sammen 650 timers arbeid knyttet til implementering av driftstjenesten. For 528 av disse timene ble det avtalt at kostnadene lå på 378 000 kroner. For de resterende 122 timene var det ikke gitt et kostnadsanslag.
- (55) Valgte leverandørs akseptansetest ble godkjent av innklagede 1. juni 2017:
- «Basert på ovenstående testresultatet, med eventuelle restanser beskrevet i punkt 7, godkjenner [innklagede] leveranse av overtagelse av eksisterende driftsplattform og aksepterer at prosjektet går over i driftsfasen.»*
- (56) I e-post 15. september 2017 ba innklagede 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.»*

- (57) I henhold til avtalen ble det avholdt jevnlig styringsgruppemøter mellom innklagede og valgte leverandør. I perioden 2017-2019 var blant annet fremdriften av implementeringsprosjektet og stabiliteten i driftsløsningen gjentakende temaer på disse møtene.

- (58) I styringsgruppemøte 1. februar 2017, ble stabiliteten i driftsløsningen tatt opp:

*«4 større saker: FW nede, NAV, legekantorene og CGM, 2 brudd til legevakta natt til 1.6.*

*[...]*

*BK bestiller Atea til å revidere og forbedre hvordan CGM er installert og driftes.»*

- (59) Stabiliteten i driftsløsningen var også tema på styringsgruppemøtet 16. januar 2018:

*«Tregghet på CGM løsningene for helsestasjonene var ny informasjon for Atea. Dette oppleves som samme type problemstilling som for legekantorene. Problemet er løftet til Problem manager i Atea Cloud. Dag stiller følgende spørsmål. Kan det være aktuelt for Bodø kommune allerede nå å flytte helseløsningene til Ateas kommuneløsning? Frode kommenterte at økonomien vil være avgjørende. Atea kommer tilbake med forslag.»*

- (60) Implementeringsprosjektets status og endelige ferdigstillelse ble tatt opp gjentatte ganger på styringsgruppemøtene. På styringsgruppemøte 3. juli 2018 ble det enighet om at implementeringsprosjektet var ferdigstilt, og at dette kunne godkjennes:

*«Det var enighet i styringsgruppen at opprinnelig Implementeringsprosjektet er ferdigstilt og leveransen kan godkjennes. Jørn kommenterte signering av godkjenningsdokument, ref. forslag som er sendt Bodø kommune. Bjørn Inge kommenterte at Bodø kommunes advokat skal gjennomgå dokumentet før signering.»*

- (61) Forslaget til godkjenningsdokument var datert samme dag. Her fremgikk blant annet følgende om skjemaets funksjon:

*«Dette skjemaet er den formelle godkjenningen av at Implementeringsprosjektet knyttet til driftsavtalen i kontrakten er gjennomført og godkjent, ref. kontraktens bilag 4 kap. 5.1.»*

- (62) Kontraktens bilag 4 inneholdt kontraktsreguleringen av implementeringsprosjektet, og kapittel 5.1 inneholdt valgte leverandørs løsningsforslag for planlegging og gjennomføring av implementeringsprosjektet.
- (63) Godkjenningsdokumentet ble sendt til innklagedes prosessfullmektig for gjennomgang 13. juli 2018, og henvendelsen ble besvart 26. juli 2018.
- (64) På styringsgruppemøte 12. april 2019, under «*Status nye prosjekter*», ble følgende tatt opp:
- «- CGM prosjektet*
- o Den nye løsningen har blitt meget godt mottatt, spesielt hjemmekontorløsningen. Utrulling er ferdigstilt. Ingen kjente feil pr. dato*
- o Bjørn Inge og Jørn må forberede aksept av prosjektet»*
- (65) I fakturagrunnlaget fremlagt for nemnda, fremgår det at valgte leverandør har fakturert for «*CGM APP Server*» fra 1. juni 2019. Fra og med samme periode økte også den delen av driftsvederlaget som gjaldt drift av datarom og applikasjoner fra 938 567 kroner til 1 069 327 kroner.
- (66) Som svar på en innsynsbegjæring fra klager opplyste innklagede 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. Den konkrete prosentsatsen er hemmeligholdt, da dette er en opplysning som anses omfattet av off.I. § 13 og som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Bodø kommune er derfor forpliktet til å unnta denne fra offentlighet.»*
- (67) Klager har senere fått innsyn i påslagsprosenten slik den fremgår av en e-post fra konstituert innkjøpssjef i Bodø kommune 27. desember 2018, som ble sendt til kontaktpersoner i de øvrige kommunene som deltar i rammeavtalen:
- «På Ikt kontorutrustning og infrastruktur er betingelsene [redacted] på til enhver tids gjeldende nettoppriser (pluss [redacted] som føres tilbake til kommunene)».*
- (68) Klager brakte på nytt saken inn for Klagemennda for offentlige anskaffelser 31. desember 2018, med anførsel om ulovlig direkte anskaffelse. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 8. januar 2019.
- (69) I forbindelse med klagesaken har klager provosert fremlagt en rekke dokumenter som hevdes å utgjøre bevis i saken, jf. klagemenndsforordningen § 11.
- (70) Innklagede har til dels valgt ikke å fremlegge de etterspurte dokumentene som bevis. Begrunnelsen for dette er dels at bevisene hevdes å være underlagt bevisforbud, dels at det vil være uforholdsmessig krevende å fremskaffe bevisene, dels at bevisene ikke finnes, og dels at innklagede ikke ønsker å utgi informasjonen av sikkerhetshensyn.

- (71) I brev 9. oktober 2019 gjorde klagenemndas sekretariatet en foreløpig vurdering av bevisituasjonen, og kom til at grunnlaget for å ta stilling til bevisfremleggelsesspørsmålet ikke var tilfredsstillende. Innklagede ble pålagt å inngi et nytt tilsvarende, der de faktiske og rettslige spørsmålene i saken reiser ble imøtegått, og der det samtidig ble tilbudt relevante bevis, herunder forklaringer. Pålegget ble ikke påklaget, jf. forvaltningsloven § 14.
- (72) Klagenemndas sekretariat påla 25. november 2019 innklagede å inngi valgte leverandørs enhetspriser og påslagsprosent til sekretariatet for en vurdering av om dokumentene inneholdt taushetsbelagt informasjon. Innklagede påklaget pålegget, jf. forvaltningsloven § 14.
- (73) Klagen ble behandlet av klagenemndas leder, som 24. januar 2020 kom til at innklagede skulle fremlegge valgte leverandørs enhetspriser. Når det gjaldt valgte leverandørs påslagsprosent kom nemndsleder til at sekretariatet ikke hadde hjemmel til å pålegge innklagede å nedtegne leverandørens påslagsprosent, som etter det opplyste ikke fantes skriftlig.
- (74) Innklagede oversendte enhetsprisene 31. januar 2020. Sekretariatet vurderte det slik at dokumentet inneholdt taushetsbelagt informasjon, og gjorde en foreløpig vurdering av at dokumentet hadde bevisverdi i saken. Innklagede ble 13. februar 2020 bedt om å komme med innspill til denne vurderingen.
- (75) Basert på tilbakemeldingen, herunder en skriftlig forklaring innklagede hadde innhentet fra Lenovo, endret sekretariatet oppfatning, og ba på nytt om innspill til vurderingen i e-post 19. februar 2020. I den forbindelse innhentet også klager en forklaring fra Lenovo.
- (76) Innklagede gjorde i skriv 9. mars 2020 gjeldene at kommunens behov for kontradiksjon ikke kunne ivaretas uten at valgte leverandør ble gitt mulighet til å forklare seg i saken, og at det var behov for muntlige forklaringer fra personer i Lenovo og valgte leverandør.
- (77) Etter ytterligere utveksling av prosesskriv, sendte sekretariatet 19. mars 2020 en formell anmodning til klagenemndas leder om å samtykke til at valgte leverandørs enhetspriser ble ført som bevis. I vurderingen ble det lagt til grunn at hensynet til kontradiksjon var tilstrekkelig ivaretatt gjennom at begge partene hadde mulighet til å innhente skriftlige forklaringer fra Lenovo og eventuelt fra valgte leverandør. Før nemndsleder hadde behandlet anmodningen, konkluderte imidlertid sekretariatet med at denne vurderingen var feil.
- (78) I e-poster 12. juni 2020 og 22. juni 2020, redegjorde sekretariatet for at man likevel ikke ville be nemndsleder om samtykke til å fremlegge enhetsprisene som bevis. Begrunnelsen var at enhetsprisene etter sekretariatets vurdering ikke hadde bevisverdi alene, og at forklaringer fra Lenovo og valgte leverandør ikke kunne innhentes på en måte som ivaretok hensynet til kontradiksjon, slik dette kommer til uttrykk blant annet i tvisteloven § 21-12 (2).
- (79) Nemndsmøte for utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 14. oktober 2020.
- (80) Varsel om overtredelsesgebyr ble sendt 11. februar 2021.
- (81) Nemndsmøte om endelig gebyrvedtak ble avholdt 24. juni 2021, etter at partene hadde kommet med merknader til forhåndsvarselet.

## **Anførsler:**

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

- (82) Innklagede har gjort en rekke endringer i avtalen, som både isolert og samlet medfører at rammeavtalen er vesentlig endret. Innklagede har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

### ***Endring av driftsavtalen***

- (83) 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.
- (84) Innklagede har vesentlig endret kontrakten ved å betale valgte leverandør for kostnader knyttet til implementering av driftstjenesten, selv om dette var priset til kroner null i tilbudet.
- (85) Videre har innklagede gitt valgte leverandør fullt månedlig driftsvederlag før endelig godkjenning av implementeringsprosjektet, noe som også utgjør en vesentlig endring.
- (86) Innklagede har også endret betalingsbetingelsene i kontrakten 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.
- (87) Innklagede har videre endret avtalen ved at de kritiske applikasjonene CGM Allmenn og CGM Helsestasjon, som tidligere ble driftet on premise, nå er flyttet over på og driftes fra valgte leverandørs server. Rammeavtalen med valgte leverandør omfatter ikke leie av serverplass eller kjøp av skytjenester, som heller ikke har vært gjenstand for konkurranse. Innklagede har dermed utvidet avtalen til å gjelde andre tjenester enn det som opprinnelig var avtalt. Dette er ressursbesparende for leverandøren, og endrer avtalens karakter. Driftsavtalen er dermed vesentlig endret.
- (88) Avtalen er også endret ved at leverandøren ikke lenger er pålagt å føre feillogg. Dette gjør det umulig å håndheve driftsavtalen som forutsatt, og utgjør derfor en vesentlig endring av avtalen.
- (89) Videre er innklagedes håndhevelse av driftsavtalen mangelfull. Klager er kjent med at valgte leverandør ikke har levert i henhold til sine kontraktsrettslige forpliktelser. Det foreligger flere alvorlige brudd på SI-A-kravene og det er uklart om disse er sanksjonert av innklagede i henhold til kontrakten. Dette kan likestilles med at innklagede aksepterer mislighold, slik at avtalen er vesentlig endret.
- (90) Innklagede har videre økt det månedlige driftsvederlaget uten at dette er hjemlet i avtalen.

### *Reforhandling av pris for kontorutstyr*

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

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

- (92) Innklagede bestrider at avtalen er vesentlig endret.

### *Endring av driftsavtalen*

- (93) Innklagede 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.
- (94) Innklagede bestrider at det er en vesentlig endring at valgte leverandør har fått fakturere for enkelte arbeider i tilknytning til implementeringsprosjektet, selv om dette var priset til kroner null i tilbudet. Endringen er lovlig i henhold til avtalens endringsklausul, jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav a. Subsidiært er endringen lovlig fordi prisøkningen, som utgjorde knappe 500 000 kroner, er lavere enn terskelverdi og under ti prosent av avtalens verdi, jf. § 28-1 (1) bokstav b. Atter subsidiært er endringen lovlig fordi den er en nødvendig tilleggsleveranse som følge av at datarommet viste seg å være i vesentlig dårligere stand enn det valgte leverandør hadde grunn til å forvente, jf. § 28-1 (1) bokstav c. Atter atter subsidiært er endringen av samme grunn lovlig fordi den skyldes en uforutsett omstendighet, jf. § 28-1 (1) bokstav d. Endringen er i alle tilfeller ikke vesentlig, jf. § 28-1 (1) bokstav f, jf. § 28-2. Det er snakk om en endring med lav verdi, det foreligger ikke grunnlag for å hevde at en annen leverandør ville blitt valgt, og den økonomiske balansen er ikke endret. Vederlaget samsvarer med en økning i leverandørens forpliktelser, og det er ikke snakk om en prisøkning uten motytelse.
- (95) Innklagede bestrider at fullt månedlig driftsvederlag er betalt før endelig godkjenning. Leveransedag og godkjenning skjedde i henhold til opprinnelig prosjektplan. Innklagede har dermed betalt for fullt månedlig driftsvederlag etter godkjenning og i samsvar med kontrakten.
- (96) Innklagede 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 (b).
- (97) Innklagede bestrider at det er skjedd en vesentlig endring av avtalen ved at driften av enkelte applikasjoner er flyttet til valgte leverandørs server. Endringer i drift av applikasjoner berører ikke driftsplattformen som valgte leverandør er ansvarlig for å drifte. IKT-plattformen som valgte leverandør er ansvarlig for å drifte, driftes fremdeles on premise.
- (98) Innklagede bestrider at håndhevelsen av nedetid i driftsavtalen er mangelfull. Innklagede følger aktivt opp feil på driftsplattformen, og dette blir gjennomgått på ukentlige møter.

- (99) Det er ikke korrekt at valgte leverandør ikke fører logg over A- og B-feil. Dette registreres i leverandørens løsning «MyAtea».
- (100) Når det gjelder økingen av driftsvederlaget, er endringen lovlig. Økningen av vederlaget henger sammen med økninger i antall lokasjoner på grunn av endringer i kommunens bredbåndsbehov i avtaleperioden. Endringen er dermed ikke en vesentlig endring, men en følge av kontraktens karakter.

#### *Reforhandling av pris for kontorutstyr*

- (101) Innklagede bestrider at prisen for kontorutstyr er reforhandlet. Det ble ikke inngått en ny muntlig avtale etter kontraktsinngåelsen. Det at nettoprislisten ikke er en del av kontraktsdokumentet medfører heller ikke at avansepåslaget er endret. Valgte leverandør er bundet av avansenivået fra tilbudstidspunktet, og det er dermed ikke gjort noen vesentlig endring.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (102) 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 (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforskriften § 13a andre ledd. Konkurransen gjelder IKT-driftstjenester og tilhørende utstyr, og er kunngjort som en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 7 («EDB og beslektede tjenester»). Rammeavtalen mellom innklagede og valgte leverandør 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. forskriften § 32-2 (1).
- (103) Klager anfører at innklagede har gjort en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i rammeavtalen om drift av IKT-plattform med tilhørende utstyrskjøp, konsulenttjenester og bredbåndstjenester.
- (104) En ulovlig direkte anskaffelse er «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (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. forskriften §§ 28-1 og 28-2.

#### *Reforhandling av påslagsprosent for kjøp av kontorutstyr*

- (105) Klager anfører for det første at innklagede og valgte leverandør etter kontraktsinngåelsen har reforhandlet påslagsprosenten valgte leverandør kan fakturere ved kjøp av kontorutstyr, og at dette utgjør en vesentlig endring av rammeavtalen.
- (106) Slik klagenemnda ser det, vil det at nettoprislisten aldri ble innhentet ikke i seg selv utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises i den forbindelse til klagenemndas behandling av spørsmålet om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av

manglende innlevering av nettopprisliste i sak 2016/8, der klagenemnda kom til at dette ikke utgjorde et avvik fra konkurransedokumentene.

- (107) Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse av kontorutstyr bygger på en forutsetning om at avtaledokumentet, uten nettopprislisten, ikke inneholdt fullstendige prisvilkår, og at de prisvilkårene som de senere avropsavtalene er tildelt på grunnlag av, først ble fremforhandlet på et senere tidspunkt.
- (108) For å kunne ta stilling til om prisvilkårene er reforhandlet, må klagenemnda dermed først ta stilling til om avtalen partene signerte 3. januar 2017 rent faktisk fastsatte kontraktsvilkårene for pris på kontorutstyr og infrastruktur.
- (109) En rammeavtale er en avtale *«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»*, jf. forskriften § 4-1 bokstav i. Det følger av forskriften § 26-2 (1) at under rammeavtaler med én leverandør skal oppdragsgiveren tildele kontrakter *«på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen»*.
- (110) Selve rammeavtalen må dermed inneholde kontraktsvilkårene som skal anvendes for de kontraktene oppdragsgiver skal tildele i avtaleperioden, herunder vilkårene om pris. Normalt må dette forstås som at selve prisen på produktene eller tjenestene som skal kjøpes i avtaleperioden, må være fastsatt i avtalen. Det er likevel ikke et krav om at prisvilkårene består av den eksakte prisen på ytelsen. I tilfeller hvor det er vanskelig å fastsette på forhånd hva som skal anskaffes, er det i praksis åpnet for at deler av prisevalueringen, og dermed rammeavtalen, kan basere seg på en prismodell hvor det konkurreres om påslag eller rabatter på gjeldende nettopriser. Se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/27.
- (111) Vår sak skiller seg imidlertid fra disse tilfellene, ved at påslagsprosenten ikke har vært gjenstand for evaluering under priskriteriet, og dermed heller ikke har vært gjenstand for konkurranse.
- (112) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at pris på kontorutstyr og infrastruktur *«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»*. Det var i tillegg angitt at komplett prisliste med gjeldende nettopriser skulle legges ved tilbudet i eget vedlegg.
- (113) Tilbudene ble altså evaluert basert på volumjusterte enhetspriser på elleve produkter. Slik konkurransen var lagt opp, skulle rammeavtalen dermed inneholde fastsatte priser for kjernesortimentet, mens prisen på de øvrige produktene skulle utledes av prisene på kjernesortimentet sammenholdt med tilbyderens nettopprisliste. Tilbyderne ble ikke bedt om å oppgi en påslagsprosent i tilbudene, noe valgte leverandør heller ikke gjorde.
- (114) Innklagede har overfor klagenemnda hevdet at nettopprislisten utelukkede er et kontrollverktøy, som letter arbeidet med kontraktsoppfølging, og at det ikke er avgjørende at valgte leverandør aldri leverte denne. Klagenemnda er ikke enig i dette. Konkurransen er lagt opp slik at rammeavtalens kontraktsvilkår om pris for en vesentlig andel av produktene som skulle kjøpes i løpet av avtaleperioden, var regulert av en

prismodell som forutsatte at tilbyderens nettopriser på tilbudstidspunktet var gjort kjent for oppdragsgiver.

- (115) Valgte leverandør leverte aldri inn noen nettoprisliste. I rammeavtalen som ble inngått 3. januar 2017, besto dermed prisvilkårene av valgte leverandørs tilbudte enhetspriser på kjernesortimentet, samt uttalelsen i konkurransegrunnlaget om at tilsvarende avanse skulle være bindene for øvrige produkter. Det har senere vist seg at produktene i kjernesortimentet allerede ved kontraktsignering var utdaterte. Klagenemnda legger derfor til grunn at alle avrop på kontorutstyr har vært tildelt på grunnlag av prismodellen gjengitt i avsnitt 112.
- (116) Klagenemnda bemerker at rammeavtalen heller ikke regulerer hvordan enhetsprisene på det tilbudte kjernesortimentet skulle danne grunnlaget for den bindende påslagsprosenten som skulle gjelde ved kjøp av øvrig utstyr. Prisskjemaet stengte ikke for at leverandørene kunne tilby forskjellige påslag på de forskjellige produktene i kjernesortimentet, og det var lagt opp til at det kunne tilbys kvantumsrabatter. Innklagede har ikke i forbindelse med klagesaksbehandlingen klart å redegjøre for hvordan man så for seg at påslagsprosenten skulle utledes av de tilbudte enhetsprisene, selv dersom tilbyderens nettopriser var kjent.
- (117) Slik klagenemnda ser det, inneholder dermed avtalen verken informasjon om hvilke påslag valgte leverandør har tilbudt på de elleve produktene i kjernesortimentet, eller mekanismen for å omdanne disse påslagene til en bindende prosentsats. Rammeavtalen inneholder dermed i utgangspunktet ikke kontraktsvilkår om pris for kjøp av kontorutstyr og infrastruktur.
- (118) I tråd med klagenemndas tidligere praksis, vil avrop som ikke kan forankres i rammeavtalens kontraktsvilkår kunne være en ulovlig direkte anskaffelse, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/7 Steigen kommune, og 2015/59 Trøgstad kommune. I sistnevnte sak kom klagenemnda til at bestemmelsene i konkurransegrunnlaget om hvordan kontrakter skulle tildeles i en rammeavtale med flere leverandører, representerte et så stort avvik fra regelverket at den aktuelle kontrakten ikke kunne hjemles i den kunngjorte rammeavtalen.
- (119) Innklagede har forklart at man etter kontraktsinngåelse har fått en muntlig redegjørelse fra valgte leverandør på hvilken avanse som var tilbudt på kjernesortimentet, og en bekreftelse på at alle produkter leveres i henhold til den samme avansen. Dette endrer imidlertid ikke at rammeavtalen ikke inneholder kontraktsvilkårene om pris som avropsavtalene skal inngås på grunnlag av. Innklagedes avrop på kontorutstyr kan dermed ikke forankres i rammeavtalen, og utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (120) Innklagede har i merknadene til klagenemndas varsel om overtredelsesgebyr anført at denne konklusjonen ligger utenfor det klagenemnda kan ta stilling til, og har vist til at klager anfører at prisvilkårene er reforhandlet, ikke at de aldri var fastsatt, jf. klagenemndsforordningen § 12 tredje ledd, jf. § 6 første ledd.
- (121) Klagenemnda er ikke enig i at konklusjonen ligger utenfor nemndas kompetanse. Klager har anført at innklagedes kjøp av kontorutstyr utgjør ulovlige direkte anskaffelser, og et sentralt argument har for klager vært at rammeavtalen partene inngikk 3. januar 2017 manglet fullstendige prisvilkår som følge av at nettoprisliste aldri ble innhentet. Det ligger i sakens natur at nemnda må foreta en selvstendig bedømmelse av de anførsler som

partene fremmer i saken. At nemnda trekker mer vidtgående konklusjoner i sin bedømmelse av prisvilkårene enn det klager har gjort, kan derfor ikke være avgjørende. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at den konklusjonen nemnda har kommet til går utover partenes anførsler.

- (122) Innklagede har videre anført at sakens utfall kan ha blitt påvirket av at det for klagenemnda ikke er mulig å føre muntlige bevis. Slik klagenemnda ser det, har det faktum som nemndas konklusjon bygger på, vært tilstrekkelig belyst gjennom den skriftlige saksbehandlingen.
- (123) Innklagede har også innvendt at klagenemndas konklusjon er lite forenlig med klagenemndas avgjørelse i sak 2016/18. Klagenemnda er ikke enig i dette. I sak 2016/18 tok nemnda stilling til om tilbudet til valgte leverandør inneholdt avvik<sup>1</sup>. Dette kan ikke forstås slik at nemnda også tok stilling til avtalens prisvilkår mer generelt, eller konsekvensene av at nettoprislisten aldri ble innhentet for den videre kontraktshåndhevelsen, jf. også kompetansebegrensningen i klagenemndsforskriften § 12 tredje ledd.
- (124) Basert på det resultatet klagenemnda har kommet til, har det ikke vært nødvendig å kreve framlagt dokumentasjon i medhold av klagenemndsforskriften § 11, slik klager har bedt om.

#### *Endring av kontraktsdokumentet*

- (125) Klager har anført at kontrakten er vesentlig endret ved at det signerte kontraktsdokumentet ikke inneholder alle vedleggene som inngikk i de kunngjorte konkurransedokumentene, og i utfylt utgave i valgte leverandørs tilbud. Det er også vist til at ordlyden i enkelte vedlegg er endret. Klagers argumentasjon er at innklagede ved dette har justert valgte leverandørs forpliktelser på en måte som gjør at kontrakten er vesentlig endret.
- (126) 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.
- (127) Klagenemnda bemerker at nemnda ikke selv foretar noen kontraktsrevisjon, 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.

- (128) Klagers anførsel fører ikke frem.

#### *Endring av vederlag for implementering*

---

<sup>1</sup> I den opprinnelige versjonen av vedtaket som ble sendt til partene hadde ordet «avvik» falt ut.

- (129) Klager anfører at avtalen er vesentlig endret ved at valgte leverandør har fått betalt for arbeid i tilknytning til implementering av driftstjenesten, selv om dette var priset til null kroner i tilbudet.
- (130) De tre kravene fra valgte leverandør fra mars og august 2017, knytter seg til tilleggsarbeid som følge av manglende dokumentasjon av eksisterende datarom, manglende merking av utstyr og stabiliseringstiltak for datarom. Det skal være utarbeidet en rapport fra valgte leverandør. Denne er tilbudt fremlagt fra innklagede, men er ikke fremlagt. Slik klagenemnda forstår det, har innklagede akseptert å utstede endringsordre for deler av de kostnadene valgte leverandør mener utgjør tilleggsarbeid.
- (131) Det følger av forskriften § 28-1 (1) bokstav c, at innklagede på visse vilkår kan gjøre endringer som gjelder *«nødvendige tilleggsleveranser som ikke inngikk i den opprinnelige kontrakten»*. Spørsmålet for klagenemnda er dermed om disse arbeidene var en del av ytelsen valgte leverandør hadde priset i tilbudet, eller om det utgjør tilleggsarbeider.
- (132) Det er opplyst for klagenemnda at innklagede høsten 2017 innhentet en juridisk vurdering av kravene fra valgte leverandør. Det ble i denne vurderingen lagt til grunn at kravet ikke gjaldt tilleggsarbeid etter kontrakten, og at valgte leverandør hadde risikoen for status på datarommet når leverandøren skulle overta driften av dette. Det er uklart for nemnda om dette ble innhentet som en reell juridisk vurdering eller som argumentasjon som skulle brukes overfor valgte leverandør.
- (133) I saken for klagenemnda har innklagede anført at endringsordrene utgjorde nødvendig tilleggsarbeid. Det er fremlagt en rapport innklagede mottok 12. november 2017 etter en ekstern gjennomgang høsten 2017. Denne rapporten anbefalte da en rekke tiltak for å utbedre forhold ved datarommet. Det fremgår videre av styringsgruppemøter i løpet av 2017 at valgte leverandørs påpekninger av mangler ved eksisterende datarom var tema. Innklagede har imidlertid ikke redegjort for hvilke vurderinger som førte til at man anså arbeidet det er fakturert for som noe annet enn det valgte leverandør priset til null kroner i sitt tilbud.
- (134) Informasjonen om datarommet i konkurransegrunnlaget er svært sparsom, og klagenemnda kan ikke se at tilbyderne kunne utlede forventninger til rommets tilstand basert på de opplysningene som fremkom der. Det er i denne forbindelse også av betydning at valgte leverandør ikke har tatt noen forbehold mot rommets tilstand da de priset implementeringsprosjektet. For øvrig har valgte leverandør i powerpointpresentasjon av september 2015, redegjort for at man overtok driften uten due diligence, og denne villigheten til å ta risiko har blitt premiært. Slik klagenemnda ser det har valgte leverandør dermed påtatt seg risikoen for eventuelle utgifter som kunne oppstå i tilknytning til rommets tilstand.
- (135) På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at arbeidene ikke er tilleggsarbeider. Valgte leverandør har dermed fått betalt for arbeider som inngikk i implementeringsprosjektet, selv om dette i tilbudet var priset til null kroner. Bestemmelsen i forskriften § 28-1 (1) bokstav c kommer dermed ikke til anvendelse.
- (136) Spørsmålet blir videre om endringen er lovlig etter noen av de øvrige bestemmelsene i forskriften § 28-1.

- (137) Klagenemnda bemerker at den endringsklausulen som er inntatt i avtalen, ikke oppfyller de krav til utforming mv. som forskriften § 19-1 (2) stiller til endringsklausuler, jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav a. Se også sak 2018/7 avsnitt 62.
- (138) Innklagede har også påberopt seg endringsadgang etter bestemmelsen i forskriften § 28-1 (1) d. Bokstav d gjelder endringer «*som er nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse*».
- (139) Innklagede underbygger sin anførsel med at innklagedes datarom viste seg å være i vesentlig dårligere stand enn det valgte leverandør kunne forvente, og at dette er noe innklagede hefter for.
- (140) Slik nemnda ser det, blander innklagede her endringsreglene med regelen om at oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget. At innklagede har risikoen for uklarheter i konkurransedokumentene er et utslag av hensynet til konkurranse og forutberegnelighet, og skal forhindre at deltakende leverandører blir avvist eller gis redusert uttelling for å ha lagt til grunn en rimelig forståelse av konkurransegrunnlaget.
- (141) Spørsmålet i denne saken er imidlertid om innklagede har gjort en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre en vesentlig endring i inngått kontrakt. Anskaffelsesreglenes rolle i kontraktsfasen er å forhindre omgåelse av anskaffelsesregelverket. Læren om vesentlige endringer ivaretar således interessene til leverandører som ikke nådde fram i den opprinnelige konkurransen, eller som ville ha deltatt i en konkurranse hvor kontrakten i endret form hadde vært kunngjort. Valgte leverandørs interesser er på den annen side ivaretatt gjennom den alminnelige kontraktsretten, og eventuelle krav mot innklagede må håndteres deretter. Hvorvidt valgte leverandør hadde et erstatningskrav mot innklagede er ikke noe klagenemnda tar stilling til.
- (142) Klagenemnda bemerker at det at innklagede selv ikke har gjort tilstrekkelige undersøkelser før konkurransen ble kunngjort, klart nok ikke er uforutsette omstendigheter etter forskriften § 28-1 (1) bokstav d.
- (143) Da man står overfor en ren vederlagsøkning for arbeid som er inkludert i tilbudet, er det ikke aktuelt å vurdere størrelsen på økningen i vederlaget opp mot de minimis-regelen i § 28-1 (1) bokstav b.
- (144) For endringer som ikke er omfattet av bestemmelsene i § 28-1 (1) bokstav a-e, er det bare tillatt å gjøre endringer som ikke er vesentlige, jf. § 28-1 (1) bokstav f, jf. § 28-2.
- (145) Etter bestemmelsen i § 28-2 bokstav b er en endring alltid vesentlig dersom den forskyver den økonomiske balansen i favør av valgte leverandør.
- (146) Klagenemnda har som nevnt kommet til at de arbeidene som ble gjort, var omfattet av valgte leverandørs pristilbud på null kroner. Endringen er dermed en ren vederlagsøkning, som forskyver den økonomiske balansen i favør av valgte leverandør. Endringen er dermed vesentlig.

*Endring av driftsvederlag for perioden frem til implementeringsprosjektet ble godkjent*

- (147) Klager anfører at innklagede har endret avtalen ved å betale fullt vederlag for driftstjenestene før endelig godkjenning av implementeringsprosjektet, i strid med avtalen.

- (148) Klager har anført at den fulle vederlagsbetalingen i denne perioden må anses som betaling for implementeringen av driftsavtalen. Klagenemnda er ikke enig i dette. Det er klart at det er snakk om vederlag for den løpende driftstjenesten.
- (149) Det er opplyst for klagenemnda at valgte leverandør har fakturert 75 prosent av fullt vederlag for månedene juni og juli 2017, mens det fra og med 1. august er fakturert fullt vederlag. Innklagede hevder implementeringsprosjektet ble godkjent etter utløpet av den alminnelige godkjenningsperioden på to måneder, dvs. 1. august 2017, og at betalingen dermed er i henhold til avtalen.
- (150) Slik saken er opplyst for klagenemnda, forelå formell godkjenning av implementeringsprosjektet ikke før juli 2018. Det at godkjenningen ble holdt tilbake, var et tema på flere møter mellom oppdragsgiver og valgte leverandør, og selve godkjenningsdokumentet er utarbeidet av valgte leverandør. Innklagede kan dermed ikke høres med at valgte leverandør har oppfattet det slik at implementeringsprosjektet var godkjent ved passivitet 1. august 2017. Innklagede har i sine merknader til klagenemndas varsel om overtredelsesgebyr hevdet at implementeringsprosjektet som ble referert til på de nevnte møtene, gjaldt implementering av funksjoner utover det som var omfattet av implementeringsprosjektet for driftsavtalen. Klagenemnda finner ingen holdepunkter for at de fremlagte møtereferatene kan forstås slik, da det blant annet henvises til «*det opprinnelige implementeringsprosjektet*». Det fremgår for øvrig av godkjenningsdokumentet 3. juli 2018 at godkjenningen referer til implementeringsprosjektet slik det er beskrevet i avtalen 3. januar 2017.
- (151) Valgte leverandør har dermed fått fakturere fullt vederlag før godkjenningsperioden var ferdig. Dette medfører at valgte leverandør har levert redusert tjenestekvalitet til full pris, noe som utgjør en vesentlig endring av avtalen.
- (152) Klager har anført at verdien av endringen må beregnes ut fra at valgte leverandør har fraskrevet seg retten til 75 prosent vederlag i godkjenningsperioden, og dermed skulle levere driftstjenesten helt uten vederlag frem til endelig godkjenning. Klagenemnda finner ikke holdepunkter for en slik fortolkning av avtalen, og legger til grunn at valgte leverandør hadde rett på 75 prosent vederlag frem til utløpet av godkjenningsperioden.
- (153) Klagenemnda finner heller ikke holdepunkter for at vederlaget for bredbåndstjenester skulle avkortes frem til endelig godkjenning av implementeringsprosjektet. Slik klagenemnda forstår det, skulle dette faktureres separat, og inngikk ikke som en del av den månedlige betalingen for driftstjenesten slik denne er regulert i betalingsplanen gjengitt i avsnitt 17 over.

#### *Endring av kravene til oppetid og føring av feillogg*

- (154) Klager anfører at avtalen er vesentlig endret gjennom at innklagede har akseptert reduserte krav til oppetid. Klager har i den forbindelse vist til kontraktens omfattende regulering av refusjonskrav for tilfeller av nedetid, og anført at denne fremgangsmåten ikke blir fulgt.
- (155) Slik klagenemnda forstår avtalen, var det lagt opp til at det gjaldt særskilt regulering for godkjenningsperioden for driftstjenesten. I denne tiden ble feil fulgt opp i henhold til reguleringen av implementeringsprosjektet, og betalingen var begrenset til 75 prosent av fullt vederlag. Denne ordningen gjaldt etter det opplyste for månedene juni og juli 2017. Innklagede har opplyst at kontrakten i ettertid har blitt håndhevet i tråd med de

standardiserte refusjonskravene beskrevet i avtalen, og har fremlagt møtereferater og fakturagrunnlag som underbygger dette. Klagenemnda forstår dermed at innklagede har praktisert sanksjoneringen av kravene til oppetid strengere enn det som følger av kontrakten, da man i en periode av godkjenningsperioden har praktisert kravene til oppetid som om løsningen var endelig godkjent.

- (156) Når det gjelder klagers anførsel om at valgte leverandør ikke trenger å føre feillogg, er det redegjort for at det føres logg over alle tilfeller av nedetid, slik at det heller ikke her er akseptert noe mislighold eller på annet vis gjort en endring sammenlignet med det som var kunngjort. Klagers anførsler fører ikke frem.

#### *Endring av betalingsbetingelser*

- (157) Klager har videre anført at kontrakten er vesentlig endret fordi valgte leverandørs fakturaer har forfallsdatoer som ikke gir innklagede fri leveringsmåned, i strid med avtalens betalingsbetingelser. Klagenemnda forstår det slik at klager ikke hevder dette er en reforhandling av betalingsbetingelsene, men en innsigelse mot innklagedes kontraktsoppfølging.
- (158) 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.
- (159) Avtalen legger opp til fri leveringsmåned pluss 30 dager. Både klager og innklagede har fremlagt et utvalg av fakturaer fra valgte leverandør. Basert på dette materialet finner nemnda at det alltid har vært praktisert minst 30 dagers forfall, men for enkelte av fakturaene er forfall beregnet fra datoer i slutten av leveringsmåneden istedenfor 1. i påfølgende måned. Det er imidlertid også fremlagt fakturaer hvor innklagede er gitt lenger forfall enn 30 dager.
- (160) Innklagede har erkjent at kontrakten på dette punktet har noen motstridende uttalelser, og at man etter å ha blitt oppmerksom på problemer knyttet til forfallsdatoen på enkelte fakturaer, har tatt dette opp med valgte leverandør med sikte på å rette opp feilen. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagede har akseptert noe mislighold av kontrakten. Klagers anførsel fører ikke frem.

#### *Endring av driftsplattform fra on premise-løsning til drift hos leverandøren*

- (161) Klager har videre anført at driftsavtalen er endret fra en on premise-løsning til drift hos leverandøren. Klagenemnda tok i sak 2018/7 stilling til om rammeavtalen hjemlet avrop på en skybasert driftsplattform, og konkluderte med at dette ikke var i tråd med avtalen.
- (162) Innklagedes avtale av 3. januar 2017 er en avtale om drift av IKT-plattform som en on premise-løsning. Spørsmålet for klagenemnda er dermed om driftsavtalen i ettertid er endret til en avtale om drift på sky-løsning. Dersom dette er tilfellet, vil endringen være vesentlig, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2018/7 avsnitt 55 følgende.
- (163) Det er opplyst for klagenemnda at innklagede har vært i dialog med valgte leverandør angående mulig overgang fra å drifte kommunens IKT-plattform lokalt i kommunens datarom (on premise) til at IKT-plattformen driftes som en sky-løsning. Innklagede har

bekreftet at dialogen ble avsluttet uten at det ble gjort endringer i eksisterende driftsavtale. Nemnda legger derfor til grunn at innklagedes IKT-plattform i utgangspunktet fortsatt driftes on premise, i henhold til avtalen 3. januar 2017.

- (164) Klager har imidlertid også anført at innklagede reelt sett har gått over på en skyløsning. For det første vises det til at flere applikasjoner som tidligere ble driftet lokalt, nå driftes på applikasjonsleverandørenes skyløsning og leveres til innklagede som en tjeneste.
- (165) Det er ikke bestridt at innklagede for deler av sin applikasjonsportefølje har gått over fra å kjøpe programvare som driftsleverandøren drifter på innklagedes server, til å kjøpe programvare som en tjeneste (SaaS). Dette er regulert i egne avtaleforhold med applikasjonsleverandørene. Klagenemnda kan ikke se at driftsavtalen står i veien for å gjøre denne typen endringer i avtalene med applikasjonsleverandørene. Det var et overordnet formål med anskaffelsen at innklagede ønsket en driftstjenesteleverandør som kunne bidra med leverandørstyring og skulle ha et aktivt samarbeid med applikasjonsleverandørene med sikte på å oppnå effektiv drift og applikasjonsforvaltning. Klagenemnda er derfor av den oppfatning at dette ikke utgjør en endring av avtalen.
- (166) Klager har for det andre vist til at enkelte applikasjoner som tidligere ble driftet lokalt, nå driftes på valgte leverandørs servere.
- (167) Slik saken er opplyst, går løsningen ut på at applikasjonene til CGM Allmenn og CGM Helsestasjon nå driftes fra servere som er plassert i valgte leverandørs lokaler. Basert på den dokumentasjonen som er tilgjengelig for klagenemnda, legges det til grunn at overføringen av disse applikasjonene skjedde fra juni 2019. Se i denne forbindelse avsnitt 58-59 og 64-65 i sakens bakgrunn. Dette innebærer at IKT-driften for disse applikasjonene leveres gjennom leie av teknisk plattform hos valgte leverandør (PaaS). Dette i motsetning til en on premise-leveranse, hvor leverandøren drifter den tekniske plattformen fra servere i innklagedes lokaler. Anskaffelsesdokumentene la opp til at det var en on premise-løsning leverandørene skulle gi pris på. Dette utgjør dermed en endring, som ikke kan hjemles i kontraktsvilkårene i avtalen.<sup>2</sup>
- (168) Det neste spørsmålet er om endringen kan betraktes som lovlig etter bestemmelsene i forskriften § 28-1 («*Endringer som er tillatt*»).
- (169) Etter forskriften § 28-1 (1) bokstav b, kan oppdragsgiver gjøre endringer som gir en prisøkning som er lavere enn terskelverdiene i § 5-3, og 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Klagenemnda har ikke informasjon om hvilke kostnadskonsekvenser endringene har. Nemnda er under alle omstendigheter av den oppfatning at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse. Bestemmelsen gjelder bare når «*anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret*». Det at driften av de aktuelle applikasjonene nå leveres ved leie av teknisk plattform hos valgte leverandør, introduserer noe kvalitativt annet enn det den kunngjorte konkurransen gjelder. Denne tjenesten er det ikke konkurrert om, og kontraktsreguleringen er heller ikke tilpasset dette.

---

<sup>2</sup> Se klagenemndas vurdering i sak 2018/7 premiss 55-60.

- (170) Videre kan oppdragsgiver gjøre endringer som er «*nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse*», jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav d.
- (171) Applikasjonsdriften til CGM Allmenn og CGM Helsestasjon ble flyttet ut fra innklagedes datarom på grunn av store driftsproblemer, hvor systemeierne krevde endringer i driftsløsningen. Innklagede har selv forklart at driftsproblemene også var gjeldende mens klager var driftsleverandør.
- (172) Klagenemnda 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 myndighet ikke blot at anvende de bedst tilpassede udbudsprocedurer, men også at definere kontraktens genstand med omhu*».
- (173) Endringen kan etter dette ikke anses lovlig etter § 28-1 (1) bokstav d. Slik nemnda ser det, er alternativene i forskriften § 28-1 (1) bokstav a, c og e, heller ikke aktuelle.
- (174) Utover dette kan oppdragsgiver bare gjøre endringer som ikke er «*vesentlige*», jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav f. Det følger av forskriften § 28-2, at en endring etter § 28-1 (1) bokstav f, ikke er tillatt dersom den fører til at «*innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten*».
- (175) 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*»
- (176) En endring skal videre alltid anses vesentlig dersom den:
- «*b) endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren*»
- (177) I vår sak er det tale om at applikasjonsdriften til CGM Allmenn og CGM Helsestasjon har blitt overført fra innklagedes til valgte leverandørs server. Disse tjenestene leveres altså som en PaaS-løsning, til tross for at avtalen utelukkende gjelder en on premise-leveranse. Denne delen av leveransen skjer dermed på en annen måte enn det leverandørene har konkurrert om. Det er en forskjell mellom det å levere en PaaS-løsning og å drifte on premise. Det nevnes igjen at årsaken til endringen var at det oppsto problemer ved å drifte løsningen on premise, hvor noen systemeiere krevde endringer i driftsløsningen. Leverandøren kunne altså ikke levere en stabil driftstjeneste dersom den utelukkende skulle leveres on premise. Endringene innebærer altså ikke bare at det introduseres en ny tjeneste som ikke kan hjemles i avtalen. Endringene medfører også en forenkling av tjenesteleveransen som fremdeles driftes on premise. Det er derfor av underordnet betydning at det bare var deler av applikasjonsdriften som ble overført til valgte leverandørs server.
- (178) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at overføringen av applikasjonsdriften til valgte leverandørs server, medfører at innholdet i kontrakten er «*vesentlig forskjellig fra den*

*opprinnelige kontrakten», jf. forskriften § 28-2. Det har altså skjedd en vesentlig endring av driftsavtalen, og det foreligger derfor en ulovlig direkte anskaffelse.*

#### *Endring av driftsvederlag*

- (179) Klager anfører videre at avtalen er vesentlig endret ved at det månedlige driftsvederlaget er økt, uten at dette er hjemlet i avtalen.
- (180) Vederlaget har etter det opplyste økt fra 1 288 947 kroner til 1 755 313 kroner siden oppstarten av avtalen. Det er for nemnda opplyst at dette henger sammen med at det er kommet til en rekke nye WAN-lokasjoner, men partene er uenige om hvorvidt lokasjonene befinner seg i Bodø kommune eller øvrige kommuner, herunder Hamarøy og Røst. Avtalen gjelder en kompleks og langvarig IKT-anskaffelse, inngått på vegne av flere kommuner, og bygger i henhold til konkurransedokumentene på en grunnleggende forutsetning om at behovet til kommunen(e) kan endre seg og øke i avtaleperioden. Se eksempelvis avsnitt 12 i sakens bakgrunn. Det er ikke holdepunkter for at utvidelsen gjelder andre typer ytelser enn det rammeavtalen omfatter, og nemnda kan på denne bakgrunn ikke se at det er gjort uhjemlede utvidelser i vederlaget.
- (181) Klagenemnda bemerker i den forbindelse at klager har påklaget kommunene Røst og Hamarøys deltakelse i avtalen i sakene 2019/367 og 2019/382. Hvorvidt disse kommunene har brutt regelverket ved å delta i driftsavtalen, er ikke tema i denne saken.

#### *Hvorvidt det skal ilegges gebyr*

- (182) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum, at klagenemnda «*skal*» ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelses 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*».
- (183) 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.
- (184) Klagenemnda har for det første konstatert at rammeavtalen ikke inneholder prisvilkårene for tildeling av kontrakter om kjøp av kontorutstyr og infrastruktur.
- (185) Offentlige oppdragsgivere forutsettes generelt å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser. 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 forskriften § 4-1 bokstav i og § 26-2 (1).
- (186) Klagenemnda har videre kommet til at det er gjort flere endringer i rammeavtalen som både hver for seg og samlet er vesentlige. Avtalen er vesentlig endret ved at valgte leverandør har fått betaling for arbeider i forbindelse med implementering av driftstjenesten, som i henhold til avtalen skulle utføres vederlagsfritt. Videre er avtalen vesentlig endret ved at valgte leverandør har fått utbetalt fullt vederlag for driftstjenesten

i godkjenningsperioden, hvor det i henhold til avtalen bare skulle betales 75 prosent vederlag.

- (187) Når det gjelder disse endringene av valgte leverandørs vederlag, er dette rene vederlagsøkninger som ikke har gitt innklagede motsvarende større ytelser eller bedre kvalitet. Det er ikke tvilsomt at denne typen endringer ikke kan hjemles i forskriften § 28-1, jf. § 28-2.
- (188) Klagenemnda har videre kommet til at avtalen er vesentlig endret, ved at avtalen har gått fra en avtale om drift av IKT-plattform on premise til en hybrid, hvor deler av applikasjonene nå driftes på valgte leverandørs server (PaaS).
- (189) Klagenemnda er ikke enig med innklagede i at avtalen ikke stenger for at driften av enkelte applikasjoner kunne skje på valgte leverandørs server og tilbys innklagede gjennom en PaaS-skyløsning. Avtalen gjelder drift av en IKT-plattform on premise, og åpner ikke for at deler av driften skjer på valgte leverandør server. I den grad dette er tvilsomt, skyldes det utformingen av anskaffelsesdokumentene, som innklagede hefter for. Se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2018/7. Innklagede har for øvrig redegjort for at valgte leverandør ikke kunne levere tilstrekkelig stabil driftstjeneste dersom den utelukkende skulle leveres on premise på innklagedes servere, slik avtalen la opp til. Dette var et problem innklagede var kjent med fra forrige kontraktsperiode, men som det ikke ble tatt høyde for ved utformingen av konkurransedokumentene.
- (190) Klagenemnda mener på denne bakgrunn at det foreligger grov uaktsomhet.

#### *Gebyrets størrelse*

- (191) I tråd med tidligere praksis legger klagenemnda til grunn at gebyret skal fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7, avsnitt 76. Det fremgår av loven § 12 tredje ledd at det ved utmålingen av gebyret særlig skal 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 anskaffelses verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (192) I rammeavtalen 3. januar 2017 er avtaleperioden angitt som fire år med opsjoner på ytterligere ett pluss ett år. Innklagede har i merknadene til forhåndsvarselet opplyst om at det er publisert en veiledende kunngjøring der det er skissert at en ny konkurranse vil kunngjøres innen juli 2021, med tilbudsfrist i oktober 2021. Planlagt oppstart av avtalen er 2022, og innklagede anfører at et eventuelt gebyr derfor må avgrenses til en avtaleperiode på fem år.
- (193) Slik klagenemnda forstår det, må ny avtale være på plass senest 2. januar 2022 for at innklagede ikke skal utløse den siste opsjonen. Klagenemnda kan ikke se at den veiledende kunngjøringen gir holdepunkter for at en ny avtale vil være på plass til denne tid. Innklagede har heller ikke lagt frem andre bevis som sannsynliggjør at en ny avtale vil være på plass før 2. januar 2022. Klagenemnda legger derfor til grunn at gebyret skal fastsettes basert på en avtaleperiode på seks år. Klagenemnda legger til grunn den samlede verdien av endringene konstatert ovenfor som grunnlag for gebyrutmålingen.

- (194) Verdien av de tre endringsordrene knyttet til implementeringen av driftstjenesten er etter det opplyste 481 440 kroner.<sup>3</sup>
- (195) Når det gjelder utbetalingen av fullt driftsvederlag før endelig godkjenning av implementeringsprosjektet legger klagenemnda til grunn at gebyrgrunnlaget er differansen mellom fullt vederlag og 75 prosent vederlag i tolv måneder fra 1. august 2017 til og med juli 2018. I denne perioden utgjorde det månedlige vederlaget knyttet til drift av applikasjoner og datarom 938 567 kroner ekskl. mva. i perioden 1. august 2017 til 31. januar 2018, mens det for perioden 1. februar 2018 til 31. juli 2018 var på kroner 928 567. Basert på disse tallene er verdien av differansen 2 800 701 kroner.
- (196) Når det gjelder kjøp av kontorutstyr og infrastruktur, gjorde klagenemnda i varselet et anslag av hva som er betalt og forventes å bli betalt i avtaleperioden. Innklagede har i sine merknader til forhåndsvarselet redegjort for at klagenemndas anslag er for lavt, og har overfor nemnda redegjort for at det er og vil bli betalt omtrent 83 600 000 kroner for kontorutstyr og infrastruktur for avtaleperioden ut 2021. Klagenemnda legger til grunn at estimert forbruk for 2021 også er representativt for 2022, og legger derfor til grunn et samlet estimat på 90 000 000 kroner for hele avtaleperioden.
- (197) Klagenemnda finner at det for disse bruddene, er riktig å sette gebyrets størrelse til 10 prosent av 93 282 141 kroner, avrundet til 9 300 000 kroner.
- (198) Når det gjelder endringen av avtalen fra å gjelde drift av plattform on premise, til også å omfatte drift av applikasjoner på leverandørens server, mener nemnda at gebyrgrunnlaget skal settes til en andel av den delen av vederlaget som gjelder drift av datarom og applikasjoner for perioden etter at driften av applikasjonene CGM Allmenn og CGM Helsestasjon ble flyttet til valgte leverandørs servere. I fakturagrunnlaget fremlagt for nemnda, fremgår det at valgte leverandør har fakturert for «CGM APP Server» fra 1. juni 2019. Fra og med denne perioden økte også den delen av vederlaget som gjelder drift av datarom og applikasjoner til 1 069 327 kroner ekskl. mva. Klagenemnda har ikke mottatt fullstendig fakturagrunnlag for 2019, og hadde før forhåndsvarselet heller ikke mottatt fakturagrunnlag for 2020. Klager har i etterkant av forhåndsvarselet inngitt delvis fakturagrunnlag for 2020. Klagenemnda finner ikke at dette materialet gir grunnlag for å fravike de estimatene som ble gjort i forhåndsvarselet. Klagenemnda legger derfor til grunn et månedlig vederlag på 1 069 327 kroner for drift av datarom og applikasjoner, til sammen 45 981 061 kroner for hele avtaleperioden på seks år, med fratrekk for tiden fra 3. januar 2017 til og med mai 2019.
- (199) Innklagede har anført at gebyrgrunnlaget må begrenses til den delen av driftsvederlaget som gjelder CGM-applikasjonen. Klagenemnda er ikke enig i dette. Klagenemnda har konstatert at hele driftsavtalen er vesentlig endret. Slik klagenemnda ser det, er det likevel her grunn til å sette gebyrsatsen noe lavere enn normalsatsen. Klagenemnda finner at det er riktig å sette gebyrets størrelse til 5 prosent av 45 981 061 kroner, avrundet til 2 299 000 kroner.
- (200) Bodø kommune ilegges etter dette et samlet overtredelsesgebyr på 11 599 000 kroner.

---

<sup>3</sup> Klagenemnda legger til grunn at dette er eksklusiv merverdiavgift, da dette ikke er bestridt i innklagedes merknader til forhåndsvarselet.

**Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:**

\*\*\*

*Bodø kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 11 599 000 kroner*

*- Ellevemillionerfemhundreogtittinitusen - 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,

Elisabeth Wiik

*Dokumentet er godkjent elektronisk*