



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

*Folkehelseinstituttet inngikk 7. april 2020 en avtale om løpende tjenestekjøp over internett (skyplattform), samt en samarbeidsavtale om utvikling av appen Smittestopp og en vedlikeholdsavtale av appen, henholdsvis 8. og 14. april 2020. Klagerne anførte at avtalene var ulovlige direkte anskaffelser. Klagenemnda fant at samarbeidsavtalen om utvikling av Smittestopp og vedlikeholdsavtalen kunne unntas kunngjøring, jf. forskriften § 13-3 bokstav e, og at inngåelsene av disse avtalene dermed ikke utgjorde ulovlige direkte anskaffelser. Hva gjaldt avtalen om løpende tjenestekjøp over internett, fant nemnda at kontraktsinngåelsen innebar en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på fem prosent av anskaffelsens verdi.*

### **Klagenemndas gebyrvedtak 22. mars 2021 i sak 2020/313**

- Klager:** Kirill Miazine, Petter Reinholdtsen, Odin Hørthe Omdal, Kjetil Homme og Knut Ingvald Dietzel
- Innklaget:** Folkehelseinstituttet
- Klagenemndas medlemmer:** Kjersti Holum Karlstrøm, Arnt Skjefstad og Elisabeth Wiik
- Saken gjelder:** Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr

### **Innledning:**

- (1) Det vises til klage fra Kirill Miazine mfl. (heretter kalt *klagerne*) mottatt 20. april 2020. Saken gjelder påstand om ulovlige direkte anskaffelser i forbindelse med Folkehelseinstituttets (heretter kalt *innklagede*) anskaffelse av appen *Smittestopp*. Klagen gjelder nærmere bestemt tre avtaler; en utviklings- og en vedlikeholdsavtale av appen, som begge ble inngått med Simula Research Laboratory AS, samt en avtale om løpende tjenestekjøp over internett (skyplattform), som ble inngått med Crayon AS.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 78 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

### **Bakgrunn:**

- (3) Norsk Helsenett SF kunngjorde 12. april 2019, på vegne av seg selv og tolv andre statlige organer, deriblant innklagede, en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for «*public cloud og tilhørende rådgivningstjenester*». Tilbudsfrist var satt til 30. mai 2019. Innklagedes avtale med Crayon AS om løpende tjenestekjøp over internett er gjort som et avrop på denne rammeavtalen. Inngåelsen av selve rammeavtalen er ikke omfattet av klagen, men rammeavtalen danner bakteppet for vurderingen av avropet og gjennomgås derfor i det følgende.

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

- (4) I kunngjøringen og konkurransegrunnlaget stod det følgende om anskaffelsen av rammeavtalen:

*«Norsk Helsenett SF ønsker på vegne av helseforvaltningen å inngå en rammeavtale med én Leverandør som skal sikre tilgang til å bruke offentlige skytjenester (public cloud) og tilhørende tredjepartstjenester i fra minst 2 ledende produsenter. I tillegg skal rammeavtalen gi tilgang på bistand og rådgivning fra Leverandøren vedrørende utredning og innføring av skytjenester i ulike scenarier.»*

- (5) Rammeavtalen ville ha en varighet på to år, med mulighet for forlengelse i to pluss to år. I konkurransegrunnlaget stod det videre at man i avtalens første levetid (1-2 år) regnet med å arbeide tett med valgte leverandør for å prioritere oppgaver, tjenester og arkitektur for optimal utnyttelse av de behov avtalen skulle dekke.
- (6) I konkurransegrunnlaget stod det at estimert verdi for rammeavtalen var 30 til 400 millioner kroner i året. Inkludert opsjoner var anskaffelsens anslåtte verdi 180 millioner kroner til 2,4 milliarder kroner.
- (7) Rammeavtalen ville bli tildelt på grunnlag av «Kvalitet på tjenester fra Leverandøren» (vektet 50 prosent), «Kvalitet på teknologi/løsning fra produsentene» (vektet 20 prosent) og «Samlede priser» (vektet 30 prosent). Hva gjaldt førstnevnte kriterium ville blant annet «[l]everandørens forståelse av oppdragsgivers formålsbeskrivelse og forslag til løsning» bli vesentlig vektlagt.
- (8) Hva gjaldt «Samlede priser», var det utarbeidet en modell for sammenstilling av tilbudte priser i et Excel-skjema (bilag 5). Det var presisert følgende:

*«Leverandørene bes vektlegge tilbudte timepriser i henhold til Oppdragsgivers uttak av timer til rådgivning under avtaleperioden. Lave priser vil øke uttak av timer, mens høye priser vil naturlig begrense Oppdragsgivers muligheter til uttak i henhold til årlige budsjett.»*

*Leverandørens rabattstruktur ovenfor de tilbudte produsentene skal oppgis i fane 2 og 3 i vedlagte Excel skjema. Tabellene er kun ment for å gi veiledning om hvordan dette kan se ut, men presiserer at det er Leverandøren selv som har ansvaret for tilstrekkelig informasjon som har relevans i henhold til Oppdragsgivers beskrivelse av formål med tilhørende krav.*

*Oppgitte rabattstrukturer vil være en del av kontraktens Bilag 5.*

*Laveste pris i sammenlikningen vil oppnå 10 poeng og konkurrerende tilbud vil sammenliknes mot laveste pris og scores ut i fra dette basert på hybrid beregningsmodell som nevnt over.*

*Det presiseres at modellen er utformet for fullstendighetsformål i forhold til tilbudsevalueringen, og representerer ikke faktisk kjøpsforpliktelse for oppdragsgiver.»*

- (9) I Excel-skjemaet (bilag 5) skulle leverandørene oppgi priser og rabatter for de ulike tjenestene. Hva gjaldt utregningen av prisen oppdragsgiver skulle betale for bruk av de ulike tilbudte plattformene, skulle leverandørene oppgi «Generell rabatt» og «Volumrabatt» basert på tre allerede angitte (estimerte) årlige omsetninger, som dannet grunnlaget for evalueringen av leverandørens tilbudte priser. Tilsvarende skulle

leverandøren fylle inn den tilbudte rabattsatsen («*Generell rabatt*») for plattformleverandørenes levering av virtuelle server ut fra to ulike scenarier (omtalt som «*høyt*» og «*middels*»). Det var presisert at prisevalueringsskjemaet, herunder rabatten som skulle oppgis, «*henviser til enhver tid gjeldende listepriser gjeldende for Kunden*».

- (10) I bilag 2 («*Prosedyrer for tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen*») var det presisert at rammeavtalen skulle inngås med én leverandør:

*«Norsk Helsenett SF presiserer at vi ønsker å inngå rammeavtale med én Leverandør for å dekke Oppdragsgivernes behov for public cloud tjenester i avtalens definerte varighet. Tildelingen av kontrakt under rammeavtalen gjøres med bakgrunn i kontraktsvilkårene i rammeavtalen og relevante kontrakten(e) for de gjeldende avropene, eventuelt supplert med vilkår som fastsatt ved utfylling av tilbudet i medhold av bestemmelsen(e) i forskrift om offentlige anskaffelser om rammeavtale med en leverandør.»*

- (11) Om fremgangsmåten for inngåelse av kontrakter i medhold av rammeavtalen, fremgikk følgende under punktet «**Avtalens punkt 2.1 Tildeling av kontrakter (prosedyre for avrop)**»:

*«Tildeling av kontrakter under rammeavtalen vil skje ved at Oppdragsgiver formidler en behovsspesifikasjon med tilhørende krav (kravspesifikasjon) til Leverandøren. Kontrakter for bruk til disse anskaffelsene, er definert i Bilag 3 [(«Avtalevilkår for kontrakter som kan tildeles innenfor rammeavtalen med utfylte bilag»)]. Avrop vil til enhver tid følge de bestemmelser i henhold til valgte kontrakt for avropet med bilag som naturlig fylles ut før kontrakt inngås.*

*Leverandøren skal i samarbeid med oppdragsgiver opptre som rådgiver i utarbeidelsen av krav til den/de tjenesten(e) som skal avropes samt gjennomføringen av innhenting av tilbud fra produsentene. Leverandøren skal fremstå som objektiv i gjennomføringen av avropene under rammeavtalen, og bidra til at oppdragsgiver velger den beste løsningen tilbudt av produsentene basert på behovsbeskrivelsen og kravene i forhold til den/de tjenesten(e) som oppfyller disse på en best måte i sammenlikningen, basert på pris og kvalitet.*

*Leverandøren skal på Oppdragsgiver vegne opptre i henhold til Lov- og Forskrift om offentlige anskaffelser og kunne sikre samt dokumentere at Lov om Offentlige Anskaffelser § 4 etterleves.*

*Leverandøren skal være ansvarlig for mottak av tilbudte løsningsforslag innen definerte frister, gjennomføre en evaluering med påfølgende gjennomgang og anbefaling av valg av løsning. Dette skal gjøres før kontrakt kan/skal signeres. Leverandøren skal ha et ansvar for aktivt å involvere Oppdragsgivers ressurser i det enkelte avrop som gjennomføres under rammeavtalen samt planlegge gjennomføringen av avropene.*

*Opprettelse av prosjektgruppe for avropene skal avklares for det enkelte avropet mellom Leverandøren og den til enhver tid omtalte Oppdragsgiver for avropet.»*

- (12) I samme bilag var det også inntatt følgende:

**«Avtalens punkt 3.2 Tilbudsplikt**

*Valgt leverandør skal informere involverte produsenter om deres plikt til å utarbeide og levere tilbud på de avrop som gjøres under denne rammeavtalen og dens varighet.*

*Leverandøren skal til enhver tid påse at det er reell konkurranse for den/de tjenestene som det skal gjøres avrop på.*

*Dersom en produsent ikke leverer tilbud på en eller flere av oppdragsgivers behov, vil dette kunne anses som i strid med kontraktens bestemmelser i henhold til kontraktens punkt 3.2.*

*Norsk Helsenett SF henviser til anskaffelsens bilag 6 for utdyping av ovennevnte punkt.»*

- (13) I bilag 6 var tilbudsplikten til plattformprodusentene presisert nærmere:

*«Ved mislighold menes dersom en eller flere av produsentene (skytjenesteleverandørene) ikke leverer tilbud i henhold til innmeldt behov og Leverandøren ikke er i stand til å fremlegge dokumentasjon på prinsippet om konkurranse på vegne av Oppdragsgiver. Dette kan enten dekkes inn ved å skifte ut produsent i henhold til bilag 4 [(«Administrative bestemmelser»)].*

*Unntak fra disse bestemmelsene vil kunne anses som mislighold av avtalen og skal begrunnes ovenfor Oppdragsgiver uten ugrunnet opphold.»*

- (14) I bilag 4 («Administrative bestemmelser») var det blant annet vist til avtalens punkt 3.1 («Plikt til å svare på henvendelser»). Der stod det følgende:

*«Oppdragsgiver presiserer at Leverandøren har en plikt overfor Oppdragsgiver å besvare og tilrettelegge for gjennomføring av avropene og at Leverandøren har et ansvar for å skape konkurranse på like vilkår på vegne av den til enhver tid gjeldende Oppdragsgiver for avrop under denne avtalen.*

*Det henvises til ovennevnt punkt i avtalen (punkt 3.1), samt bilag 2 [(«Prosedyrer for tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen»)] i forhold til regulering av tilbudsplikt (punkt 3.2) og med hensyn til Bilag 6 (endringsbilag) vedrørende avtalens punkt 7.1 [(«Partenes rettigheter»)].»*

- (15) Etter gjennomført konkurranse ble rammeavtalen inngått med Crayon AS 24. juni 2019, som ville være forhandler av plattformene Microsoft Azure og Amazon Web Services.
- (16) Innklagede har opplyst at Simula Research Laboratory AS sendte en e-post 11. mars 2020 til innklagede om hvorvidt selskapet kunne bistå i forbindelse med utbruddet av covid-19 i Norge. Det er opplyst at arbeidet med utviklingen av appen *Smittestopp* startet 13. mars 2020. I anskaffelsesprotokollen heter det at partene ble enige om å inngå et samarbeid om utvikling av *Smittestopp* 14. mars 2020.
- (17) Innklagede inngikk en avtale med Crayon AS 7. april 2020 om løpende tjenestekjøp over internett, med en opplyst estimert verdi på én millioner kroner per år i fem år, med opsjon på opptil ytterligere fem år. I anskaffelsesprotokollen, som er signert 8. april 2020, var følgende merknad inntatt: «Grunnet særskilte forhold vedrørende global pandemi, samt liv og helse, er det gjennomført et avrop på eksisterende rammeavtale med Crayon på kjøp av plattformtjenester (skytjenester) direkte hos Microsoft Azure. Microsoft Azure vil

*benyttes som leveranseplattform for å kunne levere tjenesten fra Simula på en rask og effektiv måte for å kunne kontrollere og følge opp utviklingen av viruset i Norge.»*

(18) Videre stod det følgende:

*«Norsk Helsenett SF [(NHN)] har som kontrakts administrator har bistått Folkehelseinstituttet med avrop på eksisterende rammeavtale med Crayon AS. Rammeavtalen er inngått med én leverandør som forhandler av to plattformer (Microsoft Azure og Amazon Web Services).*

*Avropsmekanismen i rammeavtalen skal gjennomføres som en mini-konkurranse mellom de ovennevnte plattformene, men grunnet akutt situasjon vedrørende virusutbrudd (COVID-19), har NHN bistått med å bygge opp løsningen i Microsoft Azure.*

*Direkte årsaken til valg av plattform, er at NHN fremdeles ikke har tilstrekkelig kunnskap hos produsenten [Amazon Web Services] og det ville være å anse som en vesentlig forsinkelse og risiko for ikke å kunne lansere tjenesten 14. april 2020.»*

(19) I avtalen med Crayon AS, hvor Microsoft Azure ville være plattformprodusent, heter det at innklagede *«kan helt eller delvis avbestille tjenesten under denne avtalen med 3 (tre) måneders skriftlig varsel».*

(20) Innklagede inngikk kontrakter med Simula Research Laboratory AS om en samarbeidsavtale om utvikling av *Smittestopp* og en vedlikeholdsavtale av appen henholdsvis 8. og 14. april 2020. Kontraktene var på disse tidspunktene estimert til henholdsvis 5 088 000 kroner og 14 millioner kroner.

(21) Klagerne brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 20. april 2020. Klagen omfatter de tre nevnte kontraktsinngåelsene; avtalene med Simula Research Laboratory AS om utvikling og vedlikehold av *Smittestopp*, samt avtalen med Crayon AS av 7. april 2020 om løpende tjenestekjøp over internett (skyplattform). Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 21. april 2020.

(22) Hva gjaldt status vedrørende de tre avtalene, opplyste innklagede 28. januar 2021 om følgende:

- Utviklingsavtalen med Simula Research Laboratory AS ble avsluttet 16. april 2020. Avtalen kostet innklagede 5 087 989 kroner ekskl. mva.
- Vedlikeholdsavtalen med Simula Research Laboratory AS ble nedskalert 22. juni 2020 og sagt opp 11. november 2020. Avtalen kostet innklagede 12 469 344 kroner ekskl. mva.
- Avtalen om levering av skyplattform med Crayon AS ble nedskalert ved to anledninger, senest i oktober 2020. Innklagede har opplyst at avtalen har kostet 1 573 689,95 kroner ekskl. mva. Dette knytter seg til perioden april 2020 til januar 2021. Innklagede har opplyst at avtalen nå er oppsagt, men at det løper en avviklingsperiode. Tjenesten anslås å være permanent slettet innen april 2021.

(23) Nemndsmøte for utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 8. februar 2021.

(24) Klagers merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 2. mars 2021.

## **Anførsler:**

### *Klagers anførsler:*

- (25) Selv om covid-19-situasjonen er ekstraordinær, var det ikke grunnlag for å gjennomføre en anskaffelse av *Smittestopp* helt uten konkurranse. Det vises til at det er mange aktører som kunne konkurrert om løsningen. Anskaffelsen skulle ha vært kunngjort, og innklagede må derfor anses for å ha foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved kontraktsinngåelsen med Simula Research Laboratory AS. Tilsvarende gjelder for avtalen om vedlikehold av appen (også inngått med Simula Research Laboratory AS) og avtalen om løpende tjenestekjøp over internett (levering av skyplattform), som ble inngått med Crayon AS.

### *Innklagedes anførsler:*

- (26) *Smittestopp* er ment å hjelpe myndighetene med å begrense spredningen av koronaviruset. Det er altså årsakssammenheng mellom anskaffelsesbehovet og koronapandemien. Sett i lys av behovet for å få på plass en app så snart som mulig, var det heller ikke tid til å gjennomføre en kunngjort konkurranse om utviklingen av appen. Kontraktens omfang er heller ikke større enn strengt nødvendig. Det foreligger derfor ingen ulovlig direkte anskaffelse av appen. Tilsvarende gjelder også for kontrakten om vedlikehold av appen. Kontraktsinngåelsene med Simula Research Laboratory AS utgjør ikke ulovlig direkte anskaffelser.
- (27) Avtalen om løpende tjenestekjøp over internett (skyplattform) er inngått i medhold av en rammeavtale som Norsk Helsenett SF kunngjorde på vegne av helseforvaltningen. Rammeavtalen må antakelig forstås slik at den legger opp til at det skal gjennomføres konkurranser mellom leverandørens tilbudte plattformleverandører, noe som ble fraveket i dette tilfellet på grunn av covid-19-utbruddet. Denne eventuelle endringen er imidlertid hjemlet i både forskriften § 28-1 første ledd bokstav d og bokstav b, samt i forskriften § 13-3 bokstav e, og skyldes omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Klagenemnda har lagt til grunn at konsekvensene av fravikelsene i rammeavtalen er mer vidtfavnende enn det er grunnlag for. Anskaffelsens overordnede karakter er ikke endret.
- (28) Videre har kontraktens omfang ikke blitt større enn strengt nødvendig, og den formelle varigheten kan uansett ikke være avgjørende. Videre utgjør vederlaget for avtalen om skyplattform kun en promille av rammeavtalens samlede maksimale verdi. Kontraktsinngåelsen med Crayon AS utgjør ingen ulovlig direkte anskaffelse.
- (29) Under enhver omstendighet kan det ikke være riktig å ilegge gebyr for hele kontraktens verdi. Dersom klagenemnda opprettholder standpunktet om at anskaffelsen av skyplattformen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, må det riktige være at gebyrgrunnlaget settes til null kroner, eller eventuelt at det avgrenses til de ytelser som nemnda mener overskrider det strengt nødvendige.

## **Klagenemndas vurdering:**

- (30) Saken gjelder utelukkende påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsloven) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Ettersom de aktuelle kontraktene ble

inngått henholdsvis 7. april 2020, 8. april 2020 og 14. april 2020, og klagen ble brakt inn for klagenemnda 20. april 2020, er klagen rettidig.

- (31) Anskaffelsesloven av 7. juni 2016 nr. 73 og forskriften av 12. august 2016 nr. 974 (*anskaffelsesforskriften*) regulerer spørsmålene.

*Hvorvidt det foreligger ulovlige direkte anskaffelser*

- (32) 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).
- (33) Anskaffelsesregelverkets utgangspunkt er at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres i Doffin, jf. anskaffelsesforskriften §§ 5-1 andre ledd og 8-17 første ledd. Siden 6. april 2018 har den nasjonale terskelverdien for kunngjøringspliktige anskaffelser vært 1,3 millioner kroner ekskl. mva.
- (34) Klager anfører at kontraktsinngåelsene om utvikling av *Smittestopp*, vedlikeholdsavtalen og skyplattformen utgjør ulovlige direkte anskaffelser. Klagenemnda vil i det følgende behandle de tre ulike kontraktsinngåelsene hver for seg.

*Samarbeidsavtalen med Simula Research Laboratory AS om utvikling av appen Smittestopp av 8. april 2020*

- (35) Innklagede har estimert verdien på anskaffelsen av samarbeidsavtalen om utvikling av *Smittestopp* til i overkant av fem millioner kroner. Verdien av kontrakten er følgelig over nasjonal terskelverdi, og anskaffelsen skulle derfor i utgangspunktet ha vært kunngjort etter forskriftens regler.
- (36) Spørsmålet er om innklagede hadde hjemmel i forskriften til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring.
- (37) Innklagede har i anskaffelsesprotokollen vist til forskriften § 13-4 bokstav a, jf. § 13-3 bokstav e som hjemmelsgrunnlag for å kunne gjennomføre anskaffelsen uten kunngjøring.
- (38) I henhold til § 13-4 bokstav a kan en oppdragsgiver gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom det er «*umulig*» å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3.
- (39) I § 13-3 bokstav e første setning heter det at prosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring kan brukes dersom «*det er umulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse*». I andre setning fremkommer det at «*[k]ontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig*».
- (40) Bestemmelsen oppstiller fire vilkår som alle må være oppfylt for at anskaffelsen skal være unntatt kunngjøringsplikten. Det må foreligge et forhold som oppdragsgiver ikke selv er skyld i, og dernest som oppdragsgiver heller ikke kunne forutse. Videre må forholdet ha forårsaket et anskaffelsesbehov, som har gjort det umulig for oppdragsgiver

å overholde fristene i forskriften kapittel 20. Til sist kan ikke kontraktens omfang være større enn strengt nødvendig.

- (41) Unntaksbestemmelsen skal forstås restriktivt, og det er oppdragsgiver som må vise at vilkårene er oppfylt, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/556. I det følgende fremkommer nemndas vurdering av vilkårene.
- (42) Klagenemnda finner det klart at koronapandemien er et forhold som ikke skyldes innklagede. Nemnda finner det videre klart at innklagede ikke kunne forutse behovet for smittesporing av koronaviruset (herunder behovet for en smittesporingsapp) før det inntraff Norge med betydelig styrke medio mars 2020. På dette tidspunktet var det et behov for å handle raskt for å kunne drive effektiv smittesporing i en prekær situasjon, med sikte på å ivareta det norske folks liv og helse. Nemnda finner derfor at det for innklagede var «umulig» å overholde fristene for en åpen anbuds konkurranse, begrenset anbuds konkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av koronasituasjonen. Vilårene i § 13-3 bokstav e første setning er derfor oppfylt.
- (43) Kontraktsinngåelsen gjelder utvikling av appen *Smittestopp*, med en varighet fra 8. april 2020 frem til lansering av appen, som i anskaffelsesprotokollen var beregnet til 14. april 2020.<sup>1</sup> Klagenemnda finner det klart at kontraktens omfang ikke er større enn strengt nødvendig, jf. § 13-3 bokstav e andre setning.
- (44) Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede kunne unnta anskaffelsen fra kunngjøring, jf. § 13-3 bokstav e. Inngåelsen av kontrakten om utvikling av appen *Smittestopp*, utgjør derfor ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (45) Ettersom klagen utelukkende gjelder anførsel om hvorvidt innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, tar klagenemnda ikke stilling til hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre anskaffelsen uten konkurranse, jf. § 13-4 bokstav a.

*Vedlikeholdsavtalen med Simula Research Laboratory AS for appen Smittestopp av 14. april 2020*

- (46) Innklagede har estimert kontraktens verdi til 14 millioner kroner. Verdien av kontrakten er følgelig over nasjonal terskelverdi, og anskaffelsen var derfor kunngjøringspliktig.
- (47) Spørsmålet er om innklagede hadde hjemmel i forskriften til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring.
- (48) Innklagede har i anskaffelsesprotokollen, også for denne kontraktsinngåelsen, vist til forskriften § 13-4 bokstav a, smh. § 13-3 bokstav e som hjemmelsgrunnlag for å kunne gjennomføre anskaffelsen uten kunngjøring.
- (49) Innklagede har forklart at avtalen omfatter vedlikehold og service av *Smittestopp*, men også en del utviklingsarbeid etter at appen var lansert. Innklagede har videre vist til at leveranser med grunnlag i vedlikeholdsavtalen er en del av grunnlaget for etablering og bruk av appen.

---

<sup>1</sup> *Smittestopp* ble lansert 16. april 2020. Innklagede har opplyst at avtalen ble avsluttet samme dato.



- (50) Innklagede har anført at utvikling av appen og vedlikehold av denne, henger svært tett sammen. Videre at vedlikeholdsavtale er en nødvendig forutsetning for å få rettet feil fortløpende, og således nødvendig for at appen skulle fylle sin funksjon. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at vilkårene i § 13-3 bokstav e første setning også er oppfylt for anskaffelsen av vedlikeholdsavtalen, og nemnda finner det tilstrekkelig å vise til vurderingen hva gjelder utviklingsavtalen.
- (51) Av anskaffelsesprotokollen følger det at avtalen på signeringstidspunktet hadde en foreløpig estimert varighet frem til 31. desember 2020. I vedlikeholdsavtalen fremgår det videre at innklagede har rett til å si opp avtalen med én måneds oppsigelsesfrist. Klagenemnda har ikke holdepunkter for at kontraktens omfang er større enn strengt nødvendig, jf. § 13-3 bokstav e andre setning.
- (52) Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede kunne unnta anskaffelsen fra kunngjøring, jf. § 13-3 bokstav e. Inngåelsen av kontrakten om vedlikehold av appen *Smittestopp*, utgjør derfor ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (53) Ettersom klagen utelukkende gjelder anførsel om hvorvidt innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, tar klagenemnda ikke stilling til hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre anskaffelsen uten konkurranse, jf. § 13-4 bokstav a.

*Avtalen med Crayon AS om løpende tjenestekjøp over internett (skyplattform) av 7. april 2020*

- (54) Innklagede har estimert anskaffelsen av skyplattformen til ti millioner kroner, og er dermed over nasjonal terskelverdi. I utgangspunktet var derfor anskaffelsen kunngjøringspliktig.
- (55) Spørsmålet er om innklagede lovlig kunne inngå avtalen om levering av skyplattform i medhold av rammeavtalen fra 2019, som Norsk Helsenett SF inngikk med Crayon AS på vegne av blant andre innklagede.
- (56) Innklagede har erkjent at rammeavtalen legger opp til at avrop på skytjenester i henhold til denne avtalen skulle inngås ved at leverandøren, Crayon AS, gjennomførte en konkurranse mellom sine to tilknyttede plattformprodusenter, Microsoft Azure og Amazon Web Services. Kontrakten om skyplattform til bruk for *Smittestopp* ble imidlertid fremforhandlet av Norsk Helsenett SF uten konkurranse, basert på plattformen til Microsoft Azure.
- (57) Klagenemnda tar først stilling til om en slik kontrakt kunne tildeles i medhold av rammeavtalen.
- (58) 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 første ledd at under rammeavtaler med én leverandør skal oppdragsgiveren tildele kontrakter «*på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen*».
- (59) Selve rammeavtalen må dermed inneholde kontraktsvilkårene som skal anvendes for de kontraktene oppdragsgiver skal tildele i avtaleperioden, herunder vilkårene om pris og mengde. Normalt må dette deriblant forstås som at selve prisen på produktene eller tjenestene som skal kjøpes i avtaleperioden må være fastsatt i avtalen.

- (60) Prisvilkårene i rammeavtalen med Crayon AS består slik klagenemnda forstår det, delvis av timepriser for rådgivningstjenester og delvis av en prismodell der det var konkurrert på leverandørens tilbudte rabatter på de to plattformene, samt virtuelle servere, levert av Microsoft og Amazon.
- (61) Det er uomtvistelig at rabattene som leverandørene konkurrerte på i konkurransen om rammeavtalen, var knyttet til plattformprodusentenes listepriiser. Det var imidlertid kun listepriisen for levering av de virtuelle serverne («høy» og «middels») for de ulike plattformene som skulle oppgis i prisskjemaet. Selv om rabattstrukturene skulle baseres på plattformprodusentenes «til enhver tid gjeldende listepriiser gjeldende for [oppdragsgiveren]», skulle ikke disse prisene oppgis i prisskjemaet. Klagenemnda forstår det derfor slik at plattformprodusentenes listepriiser ikke var en fast enhet, og derfor kunne gå både opp og ned i pris mellom det enkelte avrop. Dette underbygger etter nemndas syn at en del av prisvilkårene i den inngåtte rammeavtalen ikke var endelige fastsatte, og nemlig skulle underlegges en nærmere konkurranse for det enkelte avropet, i likhet med kvaliteten på tjenestene. Nemnda bemerker for øvrig at dette også underbygges av at det i prisskjemaet (bilag 5) er presisert at «det til enhver tid kan avtales bedre betingelser enn [det som er] oppgitt i [prisskjemaet]».
- (62) I forlengelsen av dette, fremgikk det tydelig av rammeavtalens konkurransegrunnlag at det ved avrop på denne skulle gjennomføres konkurranser mellom plattformprodusentene, hva gjelder pris og kvalitet for det enkelte avropet, ut fra den enkelte oppdragsgiverens nærmere definerte behov. Klagenemnda anser dette som et helt grunnleggende element ved rammeavtalen. Produsentene var i henhold til rammeavtalen pålagt en plikt om å levere et spesifisert tilbud for det enkelte avrop. Produsentenes tilbud måtte derfor utfylles og tilpasses det enkelte avropet, og kontrakten skulle tildeles basert på hvilket tilbud som til enhver tid representerte det beste forholdet mellom pris og kvalitet, etter nærmere konkrete angivelser. Videre var Crayon AS som kontraktspart pålagt å bistå og gjennomføre konkurransen på vegne av innklagede. At leverandørens rådgivningstjenester var et viktig aspekt og formål ved anskaffelsen av rammeavtalen, underbygges av at «Kvalitet på tjenester fra Leverandøren» var vektet hele 50 prosent i konkurransen om rammeavtalen. Disse aspektene ved rammeavtalen, som nemnda anser som helt grunnleggende for det rammeverket som Norsk Helsenett SF anskaffet på vegne av statlige helseforetak i Norge, ble fullstendig tilsidesatt da innklagede anskaffet skytjenester fra Microsoft Azure. Nemnda mener på denne bakgrunn at innklagede ved å fravike fremgangsmåten for tildeling av kontrakt (beskrevet i avtalens bilag 2), har inngått en kontrakt som ikke kan hjemles i rammeavtalen.
- (63) Klagenemnda finner det etter denne gjennomgangen klart at rammeavtalen ikke hjemler avrop uten at det er gjennomført en konkurranse mellom plattformprodusentene, som Crayon AS gjennomfører på vegne av den enkelte oppdragsgiver. Avtalen om bruk av Microsoft Azure for levering av skyplattform til bruk for *Smittestopp*, kan dermed ikke anses å være basert på kontraktsvilkårene i rammeavtalen, og kan derfor ikke inngås i medhold av denne rammeavtalen, jf. forskriften § 26-2.
- (64) Innklagede har anført at å tildele kontrakt etter rammeavtalen, uten at det er gjennomført konkurranse mellom plattformprodusentene, uansett må anses som en lovlig endring av rammeavtalen, jf. forskriften § 28-1 første ledd bokstav d.
- (65) Det følger av § 28-1 første ledd bokstav d at oppdragsgiver kan foreta endringer i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse etter forskriften, når endringene er

*«nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom tilbyder ikke kunne forutse». Dette gjelder imidlertid bare hvis «anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret» og «prisøkningen ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien».*

- (66) Innklagede fremholder at den aktuelle endringen gjelder rammeavtalens fremgangsmåte for tildeling av kontrakt, omtalt som avtalens avropsmekanisme, og at denne endringen var nødvendig som følge av utbruddet av covid-19 i Norge. Ifølge innklagede er den tildelte avtalen innholdsmessig i tråd med vilkårene i rammeavtalen.
- (67) Klagenemnda har funnet det mest hensiktsmessig at det først tas stilling til hvorvidt «anskaffelsens overordnede karakter» har blitt endret ved avtaleinngåelsen.
- (68) Som redegjort for ovenfor, er klagenemnda ikke enig med innklagede i at det bare er fremgangsmåten for tildeling av kontrakt som er endret, men også innholdet i rammeavtalen, ved at de tilhørende rådgivningstjenestene ikke er anvendt ved anskaffelsen av skyplattformen.
- (69) Klagenemnda bemerker videre at gjennomføring av konkurranser mellom plattformprodusentene, ikke er en avropsmekanisme, men en tjeneste som er omfattet av rammeavtalen. Rammeavtalen legger opp til at det ved tildeling av kontrakter om skytjenester, også gjøres avrop på rådgivnings- og konsulentbistand fra Crayon AS, herunder gjennomføring av konkurranse mellom Microsoft og Amazon. Slik nemnda ser det, har endringen dermed også konsekvenser for innholdet i de tjenestene som leveres i henhold til rammeavtalen.
- (70) Crayon AS gjennomførte ikke en konkurranse på plattformnivå, og har heller ikke levert de gjennomførings- og rådgivningstjenestene som rammeavtalen forutsetter. Som nevnt anser klagenemnda de tjenestene Crayon AS skulle levere i forbindelse med det enkelte avropet, herunder ved å kart- og klarlegge oppdragsgivers behov for det enkelte avropet, samt forutsetningen om at det skulle avholdes en nærmere konkurranse på plattformnivå, som helt grunnleggende trekk ved rammeavtalen. Dette støttes av at det i konkurransegrunnlaget var fremhevet at det var leverandøren som var ansvarlig for mottak av tilbudte løsningsforslag innen definerte frister, med en påfølgende evaluering som dannet grunnlaget for en anbefaling av valg av løsning for den konkrete oppdragsgiveren. Det var videre påpekt at dette skulle gjøres «*før kontrakt kan/skal signeres*». Slik klagenemnda ser det, er det dermed gjort grunnleggende endringer både i rammeavtalens kontraktsvilkår og i ytelsene leverandøren (Crayon AS) skal levere. Ved å fravike fremgangsmåten for tildeling av kontrakt, endres dermed rammeavtalens overordnede karakter. Endringen kan derfor ikke kan hjemles i forskriften § 28-1 første ledd bokstav d.
- (71) For ordens skyld understreker klagenemnda at heller ikke forskriften § 28-1 første ledd bokstav b hjemler den inngåtte avtalen med Crayon AS, jf. den tilsvarende betingelsen om at «anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret».
- (72) Innklagede har i anskaffelsesprotokollen også vist til forskriften § 13-4 bokstav a, jf. § 13-3 bokstav e, som et rettslig grunnlag for å kunne inngå kontrakten om skyplattformen uten å kunngjøre anskaffelsen. Nemnda vurderer heretter hvorvidt anskaffelsen kan hjemles i denne bestemmelsen.
- (73) Det vises til presentasjonen av §§ 13-4 bokstav a og 13-3 bokstav e som er gjengitt over.

- (74) Anskaffelsen av skyplattform er en nødvendighet for at innklagede skal kunne utvikle og levere en smittesporingsapplikasjon. Som nevnt over, mener klagenemnda at innklagede hadde anledning til å anskaffe utviklings- og vedlikeholdsavtalen for appen etter unntaksbestemmelsen i § 13-3 bokstav e. Som også nevnt, anser nemnda koronapandemien som et «forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse». Det er videre på det rene at det er koronapandemien som har skapt behovet for en smittesporingsapp. Dette har som nevnt den følge at det har vært behov for en skyplattform.
- (75) På tidspunktet koronapandemien inntraff Norge med betydelig styrke medio mars, var det et behov for å handle raskt for å kunne drive effektiv smittesporing. Nemnda finner derfor at det for innklagede var «umulig» å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av koronasituasjonen som oppstod medio mars 2020. Vilkårene i § 13-3 bokstav e første setning er derfor oppfylt.
- (76) Spørsmålet er heretter om kontrakten om løpende tjenestekjøp over internett (skyplattformen for *Smittestopp*) har et større omfang «enn strengt nødvendig».
- (77) Bestemmelsen må i likhet med første setning forstås restriktivt. Etter klagenemndas syn må det være klart at ordlyden ikke bare knytter seg til hvor vidt anskaffelsen favner, men også til kontraktens varighet.
- (78) Formålet bak bestemmelsen tilsier at det ikke skal inngås kontrakter med en varighet som er lengre enn det som er nødvendig for å forberede og gjennomføre en ny anskaffelse etter reglene i forskriften del II. Anskaffelsen av skyplattformen har en varighet på fem år, med en opsjon på opptil ytterligere fem år. Klagenemnda kan ikke se at koronapandemien har gjort det nødvendig å inngå en så lang avtale om skyplattform i medhold av reglene som tillater at det gjennomføres en hasteanskaffelse, og at kontraktens varighet i høyden kunne være den tid det ville ta å forberede og gjennomføre en ny anskaffelse. Det sentrale må være at det ville ha vært fullt mulig for innklagede å gjennomføre et avrop i medhold av den eksisterende rammeavtalen, eller eventuelt kunngjøre en ny konkurranse om levering av skyplattform, en stund etter at en midlertidig og mer kortvarig avtale ble inngått i medhold av unntaksbestemmelsen.
- (79) Innklagede har vist til at kontraktens varighet uansett ikke ville bli lengre enn strengt nødvendig, ettersom det var inntatt en avbestillingsadgang i avtalen. Etter klagenemndas syn er ikke dette momentet relevant i vurderingen av om kontrakten er gitt et større omfang enn det som er strengt nødvendig. Det er den faktiske kontraktslengden som må være avgjørende, uavhengig av avbestillingsklausuler eller lignende.
- (80) Klagenemnda har kommet til at avtalens varighet er lenger «enn strengt nødvendig». De kumulative vilkårene i forskriften § 13-3 bokstav e er dermed ikke oppfylt.
- (81) Klagenemnda har etter dette kommet til at kontraktsinngåelsen 7. april 2020 mellom Crayon AS og innklagede om løpende tjenestekjøp over internett er en ulovlig direkte anskaffelse.

*Hvorvidt det skal ilegges gebyr*

- (82) 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».
- (83) 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, premiss 55 og utover.
- (84) Offentlige oppdragsgivere forutsettes generelt å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser. Det må derfor generelt stilles relativt strenge krav til oppdragsgiverens aktsomhet.
- (85) Det er klagenemndas syn at innklagede i utgangspunktet kunne gjennomføre en hasteanskaffelse av en skytjeneste etter forskriften § 13-3 bokstav e. Som det fremgår over, er det utelukkende kontraktens varigheten, som gjør at unntaksbestemmelsen ikke kan anvendes på forholdet. Nemnda mener på denne bakgrunn at innklagedes handlemåte ikke kan karakteriseres som grovt uaktsomt.
- (86) Klagenemnda mener imidlertid at innklagede «uaktsomt» har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av skytjenesten. Det må ha fremstått som klart at en hasteanskaffelse, som skal avhjelpe en oppdragsgiver i en prekær situasjon der det ikke finnes tid for å gjennomføre normal prosedyre, som et klart utgangspunkt ikke kan inngå avtaler som strekker seg over mange år. Nemnda mener videre at det i dette tilfellet skal ilegges et overtredelsesgebyr.

### *Gebyrets størrelse*

- (87) 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 anskaffelsens verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (88) Innklagede har innvendt at gebyrgrunnlaget skal settes til null kroner, eller eventuelt avgrenses til de ytelser som klagenemnda mener overskrider det strengt nødvendige. Nemnda er ikke enig i dette. For spørsmålet om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, er det ikke grunnlag for å skille mellom en formell kontraktsvarighet og det som senere viser seg å bli den faktiske kontraktslengden for den aktuelle anskaffelsen, som innklagede synes å anføre. Dette aspektet får imidlertid betydning for gebyrgrunnlaget. Utmåling av overtredelsesgebyr skal i tråd med praksis fra klagenemnda fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7, premiss 76. Tingrettens avgjørelse i sak 14-168259TVI-OTIR/01 og nemndas avgjørelser i sakene 2009/1 og 2017/145 nemndsavgjørelsene, som innklagede har vist til, er ikke sammenlignbare med saksforholdet i vår sak, og kan ikke tas til inntekt for å oppstille en annen regel for utmåling av gebyrgrunnlaget i denne saken.

- (89) Innklagede har opplyst at det er betalt 1 573 689.95 kroner for skytjenesten.
- (90) En gjennomgang av klagenemndspraksis viser at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpende omstendigheter.
- (91) Denne saken skiller seg på flere måter fra normaltilfellene, ettersom det oppstod et plutselig behov for å handle raskt i en prekær og uoversiktlig situasjon. Det vises til at det uaktsomme kun er knyttet til kontraktens varighet, og at grunnlaget som sådan for en hasteanskaffelse var oppfylt. Klagenemnda finner det derfor ikke naturlig å reagere med et normalnivå på gebyret.
- (92) Basert på en samlet vurdering av bruddet og anskaffelses verdi, finner klagenemnda at gebyret passende kan settes til fem prosent av anskaffelsens verdi. Gebyrgrunnlaget er satt til 1 573 689.95 kroner, som er summen innklagede har opplyst er betalt for skytjenesten. Dette utgjør et gebyr avrundet til 78 000 kroner.

**Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:**

\*\*\*

*«Folkehelseinstituttet ilegges et overtredelsesgebyr på 78 000 kroner*

*- syttiåttetusen - kroner.*

*Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato.»*

\*\*\*

Vedtaket om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtaket 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,

Kjersti Holum Karlstrøm

*Dokumentet er godkjent elektronisk*