

Anskaffelser av skytjenester

KOFA-konferansen 2020, Advokat Anne Buan

www.svw.no

Agenda

- | | |
|----|--|
| #1 | Introduksjon til skytjenester |
| #2 | Markedet og grunnleggende valg for anskaffelsen |
| #3 | Bruk av rammeavtaler og forhandlere |
| #4 | Håndtering av standardvilkår, særlig om tredjepartsavtaler |
| #5 | Hvordan håndtere skytjenesteleverandørenes endringsadgang? |

#1

Introduksjon til skytjenester

simonsen
vogtviig

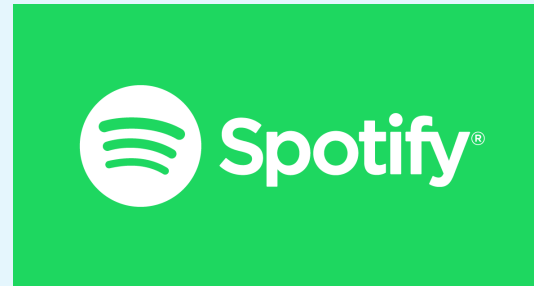
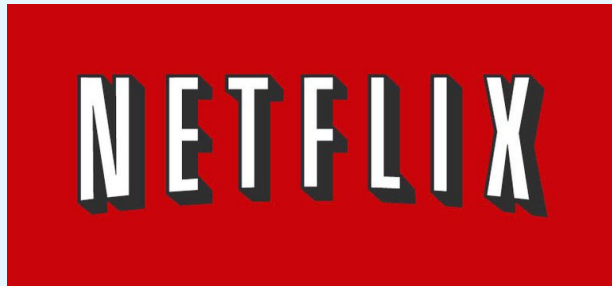




Hva er skytjenester?

- Behovsstyrt tilgang til dataressurser som gjøres tilgjengelig over Internett (skyen)
- Det motsatte av "on-premise(s)" hvor dataressurser befinner seg og administreres lokalt
- Alt fra dataprosessering og datalagring til programvare på servere som er tilgjengelige fra eksterne serverparker over Internett

Eksempler





simonsen
vogt wiig

Hva er skytjenester?

Kjennetegn

- Behovsbasert – gjerne selvbetjent
- Levert over Internett
- Ressursdeling
- Fleksibelt og skalerbart
- Betaling etter bruk
- Allmenn sky gir høy innovasjonstakt
- Allmenn sky - tjenestene og vilkårene er standardiserte

Tjenestemodeller

Programvare som tjeneste (SaaS)

Eks: Kontorstøtte, CRM, Regnskap

Plattform som tjeneste (PaaS)

Eks: Database, utviklingsmiljø, operativsystem

Infrastruktur som tjeneste (IaaS)

Eks: Lagring, behandling, virtualisering

Leveransemodeller

- Allmenn sky (Public Cloud)
- Gruppesky (Liknende virksomheter går sammen)
- Privat sky
- Hybrid sky (Allmenn sky kombinert med privat sky/gruppesky)

Basert på Nasjonal strategi for bruk av skytjenester (KMD 2016)

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nasjonal-strategi-for-bruk-av-skytenester/id2484403/>

#2

Markedet og grunnleggende valg for anskaffelsen

simonsen
vogtviig



Markedet

De globale skytjenesteplattformene



Kun eksempler til
illustrasjonsformål

Markedet Skytjenesteleverandørene

Kun eksempler til
illustrasjonsformål

simonsen
vogtviig



Markedet

Partnere/Forhandlere/Systemintegratorer

sopra  steria

Capgemini 

accenture 

tieto 

intility

 Crayon

 Nordcloud

ATEA

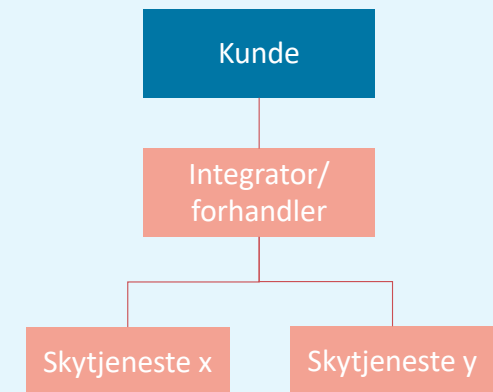
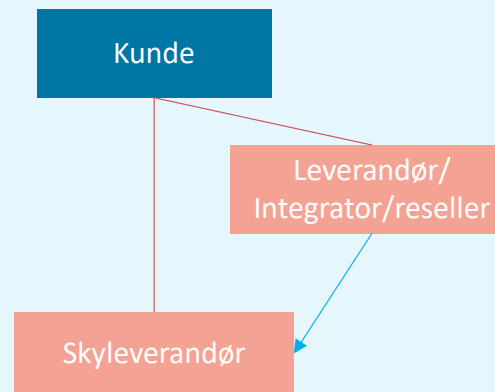
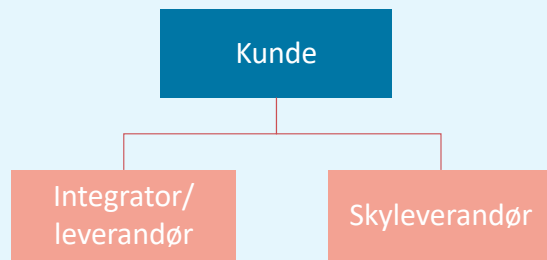
bouvet

 DXC.technology

Kun eksempler til
illustrasjonsformål

simonsen
vogtviig

I praksis ser vi tre hovedmodeller for skytjenestekjøp



Grunnleggende valg for anskaffelsen

- Bruk markedsdialog og RFI aktivt. Mange variasjoner avhengig av hva du skal kjøpe. Konkurranses grunnlaget må legge til rette for ulike typer leverandører
- Hensiktsmessig å velge konkurransepreget dialog eller konkurranse med forhandling
 - FOA § 13-2 bokstav c) anskaffelsens karakter, kompleksitet eller rettslige (...) sammensetning eller tilknyttede risiko gjør det nødvendig å forhandle
- Åpen kravspesifikasjon med overordnede behovskrav
 - Be f.eks. leverandørene om å beskrive sine tjenester innenfor tjenesteområder og sammenligne de tilbudte tjenestene opp mot angitte kriterier, f.eks. brukervennlighet, funksjonalitet og modenhet

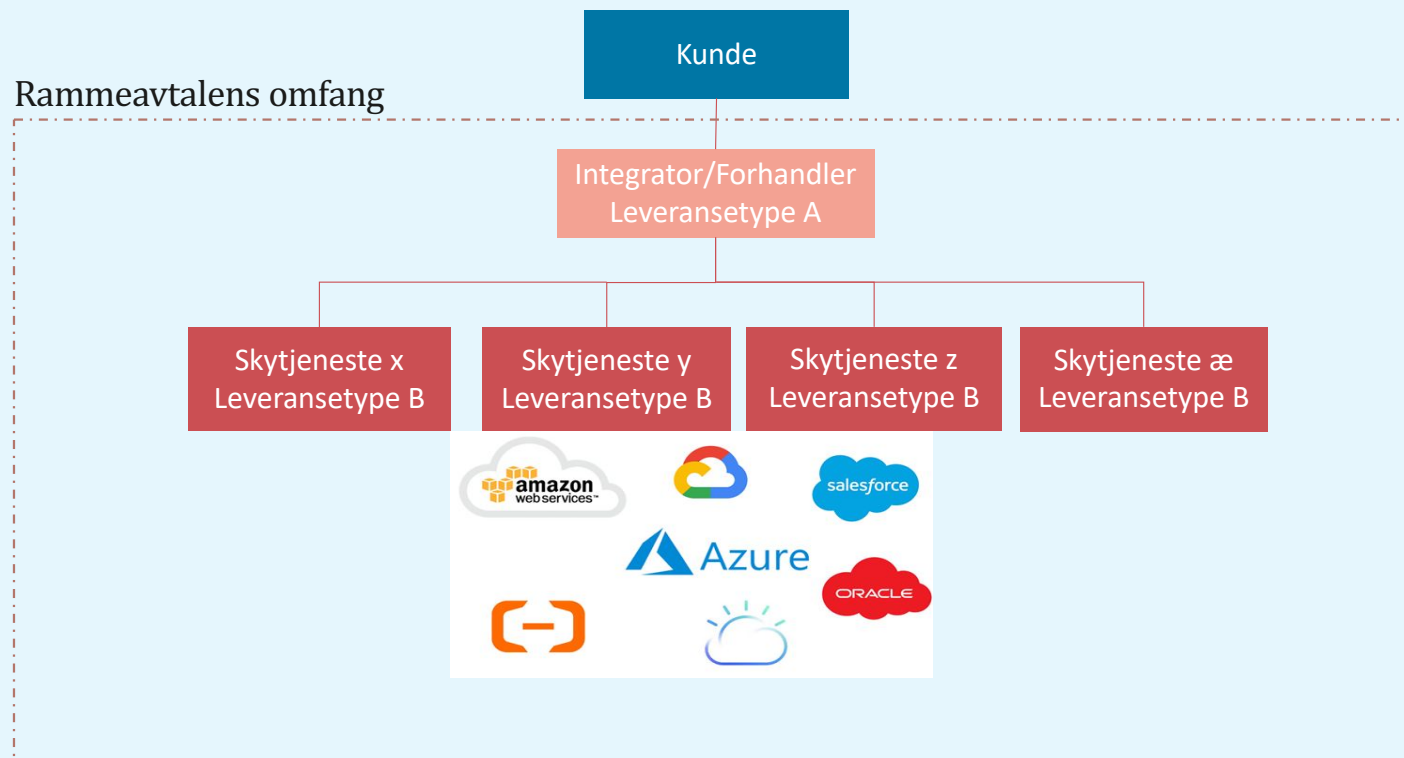
#3

Bruk av rammeavtaler og forhandlere

simonsen
vogtviig



Rammeavtale med én leverandør (forhandler)





Prosedyreregler ved inngåelse av rammeavtaler

- FOA § 4-1 (i)
"rammeavtale: avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår med en eller flere leverandører, og som har til formål å fastsette kontraktsvilkårene for de kontrakter som oppdragsgiveren skal inngå i løpet av en bestemt periode, særlig om pris og mengde"
- FOA § 26-1 (1) "Oppdragsgiveren skal følge forskriften ved inngåelse av en rammeavtale"

Prosedyrereglene ved bruk av rammeavtaler

- FOA §26-1: Oppdragsgiveren skal tildele kontrakter under en rammeavtale etter prosedyrene i FOA § 26-2 (én leverandør) eller § 26-3 (flere leverandører)
 - Poulsen m.fl. s. 399 *"During the lifetime of a framework agreement there is no competition for contracts that are covered by the framework agreement. This closed system has led to a number of conditions being laid down for the use of framework agreements and for the more detailed regulation of their use"*
- FOA §26-2: Under rammeavtaler med én leverandør skal oppdragsgiveren tildele kontrakter "på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen". I henhold til bestemmelsens andre ledd kan oppdragsgiveren "kontakte leverandøren skriftlig og om nødvendig be ham om å utfylle tilbudet"
- Adgangen til å gjøre endringer er særlig begrenset ved rammeavtale med én leverandør, jf. anskaffelsesdirektivet, art. 33 (3)

Prosedyrereglene ved bruk av rammeavtaler



- Hvor presise må vilkårene for avrop være regulert i rammeavtalen?
 - Må samtlige produkter og tjenester som skal avropes være presist angitt?
 - Hva med nye produkter som kommer til sortimentet eller erstatter produkter i avtaleperioden (f.eks. som følge av teknisk utvikling)?
 - Må alle produkter og tjenester ha en konkret pris, eller holder det med en form for prismodell (rabatt/påslag)?
 - Kan oppdragsgiver velge fritt blant forhandlerens underleverandører i det enkelte avrop?

Hvor presist må tjenestene være angitt i rammeavtalen?

I utgangspunktet ikke nok at det som avropes kun er angitt helt overordnet og/eller gjennom CPV-kode

- KOFA 2020/193 (Trondheim) rammeavtale om leasing, adm. og forsikring av kjøretøy. Avrop på kjøp av dekk tjenester ble ikke ansett for å være hjemlet i avtalen. Avtalen gav en generell rett til å gjøre avrop på "bilrelaterte tjenester" som leverandøren kunne tilby uten at hverken omfang eller vilkår var spesifisert. KOFA la særlig vekt på at leverandørene ikke hadde konkurrert på kostnaden
- Se også KOFA 2018/7 (Steigen) *"denne løsningen har tilbyderne ikke konkurrert om å levere"*. Ikke anledning til å gjøre avrop på grunnlag av generelle uttalelser om overgang til skyløsning.

Hvor presist må tjenestene være angitt i rammeavtalen?

KOFA har akseptert evaluering i form av handlekurv/stikkprøve/scenario (representativt utvalg) ved typisk sortimentsanskaffelser og når det er krevende å spesifisere alt

- KOFA 2016/33 (Troms) evaluering i form av stikkprøver såfremt *"metoden er opplyst, stikkprøvene er rimelig representative, og hvordan stikkprøvene skal foregå er fastsatt før tilbudene åpnes"*
- KOFA 2009/158 (St. Olavs) "Innklagede vil således vanskelig kunne spesifisere hvilke materialer som ville bli benyttet ved utførelse av rørleggerarbeid"
- "Dominerande del", jf. Konkurrencesverkets rapport s. 68

Må alle tjenester som avropes ha en fastsatt pris?

KOFA har akseptert en fleksibel tolkning hva gjelder pris for mindre elementer eller elementer som er vanskelig/byrdefullt å presisere på forhånd

- KOFA 2009/158 (St.Olavs H) akseptert at prisevalueringen og dermed rammeavtalen tok utgangspunkt i timepriser for arbeid + påslagsprosent på nettoprislister for materialer.
- KOFA 2010/241 (Drammen) "rabatt på øvrig sortiment" godkjent som en del av prisevalueringen. Utgjorde 10 % av anskaffelsen om rammeavtale for medisinsk teknisk utstyr. Vanskelig for oppdragsgiver å spesifisere, jf. også KOFA 2017/103
- KOFA 2014/45 (Kautokeino) Avropte service og vedlikehold av utstyret til leverandørens "alminnelige betingelser". *"Normalt må imidlertid oppdragsgiver sikre ytterligere konkurranseeksponering enn å akseptere leverandørens alminnelige betingelser"*

Kan oppdragsgiver bestemme hvilken underleverandør forhandleren skal benytte i avropet?

- Upphandlingsmyndighetens og Konkurrentsverkets rapport 2017:1 s.76
"Mellanhänder i offentlig upphandling"
 - *"Det andra skälet är att det inte är tillåtet för en upphandlande myndighet eller enhet att fatta beslut om vilken underleverantör som leverantören ska använda för att utföra åtagandet. Den upphandlande myndigheten eller enhetens tillvägagångssätt påminner om en förnyad konkurrensutsättning men i ett ramavtal med en enda leverantör. Ett sådant avropssätt förekommer inte i upphandlingslagstiftningen".*

Kan oppdragsgiver bestemme hvilken underleverandør forhandleren skal benytte i avropet?

- Se også KOFA sak 2015/59 (Trøgstad I) og 2016/69 (Trøgstad II)
 - "Konkurranses grunnlaget angir ikke hvilke vilkår som skal legges til grunn for tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen. Innklagedes bestemmelser i konkurranses grunnlaget om hvordan kontraktene skulle tildeles, og den konkrete tildelingen av kontrakt til valgte leverandør, representerer et så stort avvik fra regelverket at kontrakten ikke kan hjemles i den kunngjorte rammeavtalen. Kontrakten med valgte leverandør utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkte anskaffelse."
- Avrop som ikke kan gjøres "på grunnlag av vilkårene" i rammeavtalen utgjør ulovlige direkte anskaffelser

Oppsummering – Rammeavtale med én forhandler



- KOFA har åpnet for en viss fleksibilitet når anskaffelsens art tilsier det
- Den opprinnelige konkurransen må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. FOA § 18-1
 - Viktig med konkurranseeksponering av totaliteten av anskaffelsen (både leveransetype a (forhandler) og leveransetype b (skytjenestene) for å identifisere det beste tilbudet, jf. FOA § 18-1
- Oppdragsgiver kan ikke forbeholde seg retten til å gjøre et fritt valg mellom forhandlerens underleverandører

#4

Håndtering av standardvilkår/ særlig om tredjepartsavtaler

simonsen
vogtviig



Håndtering av skytjenesteleverandørenes standardvilkår - problemstilling

- FOA § 14-1 (3) b – Konkurransesgrunnlaget skal inneholde "hvilke kontraktsvilkår som gjelder for oppdraget"
- Hver skytjenesteleverandør har sine standardvilkår +
- Avvik fra oppdragsgivers kontraktsvilkår skal i utgangspunktet prissettes og legges til evalueringsprisen, hvis de ikke medfører avvisning, jf. FOA § 24-8 (2)
- **=Avvisnings- og avlysningsrisiko**
- Likebehandlingsprinsippet innebærer at oppdragsgiver heller ikke kan se bort fra ev. forskjeller i tilbudte standardvilkår, ref. SSA-L, Dataforeningens skytjenesteavtale osv

Håndtering av standardvilkår - løsning



- Evaluere på forskjellene i standardvilkårene kvalitativt under et tildelingskriterium kalt "Risiko"
 - Konkurransesgrunnlaget må angi rammene for dette og f.eks. klargjøre hva som vil bli vurdert som forbehold og hva som vil bli evaluert under "Risiko"
 - Overordnet vurdering – vesentlige delene av kontrakten – de viktigste forskjellene identifiseres
 - Nærmere veiledning om hvilke elementer man evaluerer underveis
 - Bruk utvelgelse av leverandører og nedvalg for å unngå å måtte sammenligne et stort antall sett med standardvilkår

Direkteavtaler med tredjeparter - problemstilling

- Oppdragsgiver må ofte inngå en direkteavtale med skytjenesteleverandøren i tillegg til avtalen med forhandleren som deltar i anskaffelsen.
 - Aksept av alminnelige tjenestevilkår
 - Ev. ulike former for "enterprise agreement", "cloud agreement"
- Skytjenesteleverandøren har bl.a. et ønske om å forfølge rettighetsbrudd direkte, og beskytte sine verdier, uten å gå via forhandleren
- Merkelig 3-partskonstruksjon, men de kontraktsrettslige utfordringene ved dette blir sjelden aktualisert
- FOA § 28-1 (1) e om lovlig skifte av leverandør gjelder kun **omstruktureringstilfeller**

Direkteavtaler med tredjeparter - løsning

- Direktivets artikkel 72 nr. 1 bokstav d (i)
 - ny leverandør kan aksepteres i medhold av en klar endringsklausul
- Dersom kunngjøring, konkurransegrunnlag og kontrakt på tilstrekkelig klar måte angir at det vil kunne bli aktuelt med en tredjepartsavtale bør dette tillates
- Vilkårene i §28-1 (1) e om at det ellers ikke foretas vesentlige endringer (OBS!) og at tredjeparten oppfyller kvalifikasjonskravene bør gjelde tilsvarende?

#5

Hvordan håndtere
skytjenesteleverandørenes
endringsadgang?

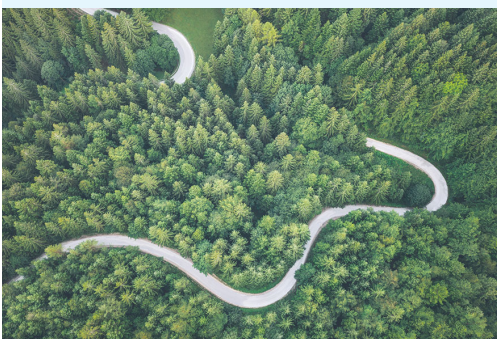
simonsen
vogtviig



Prisendringer



- Som et utgangspunkt må oppdragsgiver akseptere at prisene for skytjenester ikke er bindende
- I praksis blir prisene gjerne rimeligere og utgjør derfor ikke et faktisk problem (men et anskaffelsesrettslig problem?)
- På samme måte som for kjøp av strøm er imidlertid "markedsprisen" til enhver tid offentlig tilgjengelig (gjelder iaf. skytjenesteplattformene)
- KOFA 2017/103 premiss 31 flg. Aksepterte at evaluering delvis tok utgangspunkt i tilbudt rabatt selv om listepriene kunne endre seg i avtaleperioden



Endringer av skytjenesten og avtalevilkår

- Skytjenesteleverandørene forbeholder seg retten til å endre tjenesten og standardvilkårene (herunder stoppe skytjenesten)
- I praksis liten risiko ettersom konkurransetrykket medfører at endringer som regel er til det bedre
- Oppdragsgiver har gjerne rett til å avslutte avtaleforholdet når de ønsker det (og de ikke vil akseptere endringene)
- Dersom man evaluerer på leverandørenes endringsadgang (varslingsfrister m.v.) vil også dette være et konkurranseelement

Oppsummering

- Praksis indikerer at KOFA vil se hen til anskaffelsens art og iboende egenskaper ved det som anskaffes
- Oppdragsgiver bør være forberedt på å vise hvilke iboende egenskaper som nødvendiggjør fremgangsmåten som velges
- Kan oppdragsgiver vise at han har gjort det som er mulig (forholdsmessig) for å oppfylle kravene til transparens, forutberegnelighet og konkurranse, bør dette være tilstrekkelig
 - **Totaliteten av det som anskaffes må være gjenstand for konkurranse eller et representativt utvalg**
 - **Sikre forutberegnelighet og transparens** om rammene for konkurransen og kontrakten

Takk for oppmerksomheten



Anne Buan
Assosiert Partner

M 466 34 730
abu@svw.no

simonsen
vogtviig



simonsen
vogtving

www.svw.no