



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Avvisning av leverandør. Avvisning av tilbud. Retting, supplering eller avklaring. Ulovlig direkte anskaffelse.

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av konsulentbistand. Klager anførte at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av at det ikke var levert forpliktelseserklæring fra underleverandør. Subsidiært var det anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av antasert mislighold av krav i SSA-B om konsulentenes arbeidsted i Trondheim. Atter subsidiært anførte klager at innklagede hadde gjort vesentlige endringer i kontrakten, ved å akseptere mislighold av kravet til arbeidssted og tillate omfattende utskiftninger av konsulentene i IT-kompetanseteamet. Klagenemnda kom til at ingen av klagers anførsler førte frem.*

### **Klagenemndas avgjørelse 9. november i sak 2021/119**

**Klager:** Kantega AS

**Innklaget:** Statens Vegvesen

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

### **Bakgrunn:**

- (1) Statens vegvesen (heretter *innklagede*) kunngjorde 26. august 2020 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av konsulenttjenester innenfor IT-området. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 650 millioner kroner. Avtalens varighet ble oppgitt å være 4 år, med opsjon på forlengelse 1+1+1+1 år. Tilbudsfrist var 5. oktober 2020.
- (2) Konkurransens tildelingskriterier var «pris» (60 prosent), «kvalitet» (30 prosent) og «forståelse av bistand» (10 prosent).
- (3) Kontrakten som skulle inngås, bygget på Statens standardavtale om konsulenttjenester (SSA-B 2015), med tilhørende bilag 1-8. Av bilag 1, punkt 1.1 under «Beskrivelse av bistanden» fulgte det at formålet med avtalen var at innklagede skulle «ha tilgang til ett eller flere IT-kompetanseteam med fleksibel kapasitet som skal bistå i utviklingen, forvaltningen og vedlikeholdet av systemporteføljen innenfor veg- og transportområdet.»
- (4) Det fulgte videre av dette punktet at innklagede hadde behov for to IT-kompetanseteam, der det ene skulle være tilknyttet «trafikkstyringsporteføljen» og det andre være tilknyttet «Nasjonal vegdatabank (NVDB) og andre IT-systemer til understøttelse av dette fagområdet». NVDB ble her beskrevet som en database som blant annet inneholdt:
  - «Vegnett med geometri og topologi som danner grunnlaget for kartløsninger og ruteberegnerne på internett

**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)

- *Oversikt over utstyr og drenering langs vegen*
- *Ulykker og trafikkmengder (ÅDT)*
- *Grunnlagsdata for bruk i støyberegnerne og trafikkmodeller.»*

(5) I SSA-B bilag 1, punkt 1.4.1 «Leverandørens kapasitet», het det at:

*«Leverandøren skal levere IT-kompetanseteam med fleksibel kapasitet for utførelsen av bistanden. At kapasiteten er fleksibel innebærer at Kunden kan foreta en opp-/nedjustering av teamets størrelse (antall konsulenter) når Kunden finner dette hensiktsmessig.*

*Leverandøren skal i avtaleperioden levere ett eller flere IT-kompetanseteam. Den til enhver tid gjeldende størrelse på IT-kompetanseteamene er å anse som avtalt kapasitet. For oppfyllelse av Avtalen må Leverandøren til enhver tid disponere opptil 40 konsulenter.*

*Konsulenter som inngår i IT-kompetanseteam skal i hovedsak være dedikerte ressurser om ikke annet er avtalt. Konsulentene i IT-kompetanseteam arbeider fulltid for Kunden, tilsvarende 37,5 timer per uke (...).*

*Avtalt kapasitet ved oppstart av avtalen er etablering av to IT-kompetanseteam slik som beskrevet i avsnitt 1.5.2 og 1.5.3 med henholdsvis 7 og 8 konsulenter i hvert team.»*

(6) Av samme bilag, under punkt 1.4.2 om «Endring av avtalt kapasitet», fremgikk følgende:

*«Kunden kan kreve økning av avtalt kapasitet fra Leverandøren med inntil 5 konsulenter med 30 kalenderdagers varsel, dog begrenset slik at avtalt kapasitet ikke overstiger 40 konsulenter.*

*Kunden kan kreve reduksjon av avtalt kapasitet fra Leverandøren med inntil 5 konsulenter med 30 kalenderdagers varsel, dog begrenset slik at avtalt kapasitet ikke reduseres til mindre enn 12 konsulenter.*

*Det er partenes representanter definert i Bilag 3 3 som kan kreve endring av avtalt kapasitet. Endringene skal være skriftlige og rutineene for endringene skal avtales mellom partene i etableringsfasen.*

*Partene kan skriftlig avtale andre terskelverdier for opp-/nedtrapping.»*

(7) I følge punkt 1.5.3 «IT-kompetanseteam NVDB-porteføljen», skulle IT-kompetanseteamet «ved oppstart av avtalen bestå av 8 konsulenter». De åtte konsulentene skulle være «nøkkelpersoner [som] inngår fast i IT-kompetanseteamet.» Det fremgikk videre at det skulle «innleveres CV og kompetansebeskrivelsesskjema for nøkkelpersonene.»

(8) Kravet til IT-konsulentenes «Arbeidssted», fulgte av punkt 1.6 i samme bilag. Her het det at:

*«IT-kompetanseteam tilknyttet NVDB skal ha arbeidssted i eller i nærheten av Kundens lokaler i Trondheim.*

*IT-kompetanseteamet tilknyttet Trafikkstyring skal ha arbeidssted i eller i nærheten av kundens lokaler i Oslo, endres til Drammen når IT-divisjonen flytter i 2021.*

*Øvrig bistand kan etter avtale utføres på andre lokasjoner hos Kunden eller Leverandør.*

*Vi anslår en jevn fordeling av uttak mellom Oslo og/eller Drammen, og Trondheim på sikt.»*

- (9) I SSA-B bilag 5, «Endringer i den generelle avtaleteksten», var det foreslått følgende endring fra de standardiserte kontraktsvilkårene:

*«Leverandørens nøkkelpersonell i forbindelse med utførelsen av bistanden skal fremgå av bilag 3.*

*Skifte av personell (inkludert nøkkelpersonell) hos Leverandøren skal meddeles med 30 (tretti) dagers skriftlig varsel og skal godkjennes av Kunden. Godkjennelse kan ikke nektes uten saklig grunn.*

*Ved bytte av personell som skyldes Leverandøren skal nytt personell ha tilsvarende eller bedre kompetanse. Leverandøren bærer kostnadene ved kompetanseoverføring til nytt personell. Kompetanseoverføring til nytt personell skal ha en varighet på minimum 10 (ti) virkedager i Kundens lokaler og utføres sammen med personellet som skiftes ut. Dersom personellet som skiftes ut, helt eller delvis, ikke deltar i kompetanseoverføringen skal varigheten på opplæringen forlenges med opptil 20 (tjue) virkedager, hvor 1 (én) virkedag uten kompetanseoverføring kompenseres med 2 (to) virkedager opplæring. Leverandøren kan ikke fakturere nytt personell før kompetanseoverføringen/opplæringen er gjennomført.»*

- (10) Underveis i konkurransen mottok innklagede følgende spørsmål:

*«Tolker vi det slik at alle konsulenter som ikke har arbeidssted i eller i nærheten av Trondheim for NVDB og i eller i nærheten for Oslo/Drammen for trafikkstyring er utelukket fra konkurransen. Dvs. at alle konsulenter på sørlandet, vestlandet og nord-norge er utelukket fra denne konkurranse.»*

- (11) Innklagede svarte at «For de teamene som er ønsket fra oppstart av avtalen på hhv 7 og 8 personer ønsker vi arbeidssted i eller i nærheten av Kundens lokaler i Trondheim og Oslo/Drammen.»

- (12) Innklagede mottok også spørsmål vedrørende muligheten for gradvis oppstart av teamet:

*«Oppstart er satt til 1. desember for samtlige konsulenter på kapasitetsavtale for Vei og Transportområdet.*

*Ved overtakelse av en stor portefølje av applikasjoner ser vi det hensiktsmessig å dele opp «Transisjonsoppdraget» slik at pådraget av konsulenter kommer mer gradvis. Det er sjeldent effektivt å ta inn hele teamet med felles oppstart, vi anbefaler en gradvis oppbemanning.*

*Vi ber derfor om at konkurransen åpner opp for å ha en gradvis oppbemanning i forhold til transisjonsplan i perioden desember/januar.»*

- (13) Innklagede besvarte dette med at «*Vi ønsker at minimum 50% av teammedlemmene på hvert team er klare til oppstart 1.12.2020 og at teamene er 100% senest 1.1.2021.*»
- (14) Innen tilbudsfristen forelå tilbud fra syv leverandører, herunder fra Capgemini Norge AS (heretter *valgte leverandør*) og Kantega AS (heretter *klager*). Ved tildelingsbrev av 23. oktober 2020 meddelte innklagede at Capgemini Norge AS var tildelt kontrakten.
- (15) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 2. november 2020 og gjorde gjeldende at valgte leverandørs tilbud måtte avvises. Klagen førte ikke frem, og innklagede har opplyst at kontrakt med valgte leverandør ble signert 18. november 2020. Kontraktens oppstart var 1. desember 2020.
- (16) Innklagede har opplyst at man på grunn av situasjonen omkring covid-19, ble nødt til å forlenge den tiltenkte perioden med kompetanseoverføring fra eksisterende til ny leverandør. Klager var avtroppende leverandør og ble engasjert av innklagede ut februar 2021 for å bidra i arbeidet med kompetanseoverføring til den nye leverandøren.
- (17) Klage ble sendt til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. februar 2021.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. november 2021.

#### **Anførsler:**

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

- (19) Innklagede har brutt forskriften § 24-2 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av at det mangler forpliktelseserklæring mellom valgte leverandør og underleverandør. Det innebærer at det ikke er dokumentert at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene, og valgte leverandør skulle derfor vært avvist.
- (20) Subsidiært anføres det at innklagede har brutt forskriften § 24-8 (2) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandør på grunn av antasert mislighold av kravet om at konsulentene skulle ha sitt arbeidssted «*i eller i nærheten av kundens kontor i Trondheim*». Kravet til arbeidssted skal anses som en del av kravspesifikasjonen, men samme avvisningsrett foreligger også dersom kravet anses som et kontraktskrav.
- (21) Dersom nemnda kommer til at kravet er et kontraktskrav, anføres det atter subsidiært at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Manglende oppfølging av kontraktskravet om arbeidssted, innebærer en vesentlig endring av den inngåtte kontrakten, og må dermed anses som en ny kontraktsinngåelse som skulle vært kunngjort.
- (22) Dersom nemnda kommer til at kravet til arbeidssted skal anses som et kontraktskrav som ikke behøver å håndheves, anføres det atter subsidiært at kravet ikke har tilstrekkelig tilknytning til leveransen og dermed er i strid med forskriften § 19-1 (1) annet punktum.

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

- (23) Det bestrides at valgte leverandør skulle vært avvist etter forskriften § 24-2 (1) bokstav a. Selskapet som valgte leverandør tilbød konsulenter fra, ble fusjonert inn i valgte leverandørs selskap i mars 2020, noe som innebærer at selskapet på tilbudstidspunktet ikke var underleverandør, men en del av valgte leverandørs selskap. Forpliktelseserklæring er dermed ikke påkrevd.

- (24) Det bestrides også at valgte leverandør skulle vært avvist etter § 24-8 (2) bokstav e. Bestemmelsen gir innklagede en rett, men ingen plikt til avvising. Kravet til arbeidssted er uansett et kontraktskrav, og skulle først oppfylles ved utførelse av kontrakten. For at det skal foreligge en avvisingssplikt som følge av antasert mislighold, må det være klare holdepunkter for at kontraktsforpliktelsene ikke vil overholdes. I valgte leverandørs tilbud var det ingen holdepunkter for at leverandøren ikke ville forholde seg til kravet om arbeidssted i Trondheim
- (25) Det foreligger ingen vesentlig endring ved at kontraktens vilkår om arbeidssted er fraveket eller mangelfullt håndhevet. Kravet har ikke blitt håndhevet i perioder hvor det nasjonalt eller lokalt har vært påbud eller oppfordring om bruk av hjemmekontor som følge av covid-19 pandemien. Utover nødvendige tilpasninger av hensyn til smittevern, har kravet vært håndhevet som forutsatt i avtalen.
- (26) Det bestrides også at kravet til arbeidssted mangler tilknytning til leveransen etter forskriften § 19-1 (1) annet punktum. Kravet til arbeidssted anses vesentlig for kontrakten og er viktig for effektiv ressursutnyttelse.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av IT-kompetanseteam, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 650 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

#### *Avvisning av valgte leverandør*

- (28) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, som følge manglende innlevering av forpliktelseserklæring fra Sogeti Sverige AB.
- (29) Innklagede har opplyst at Sogeti Sverige AB ble fusjonert inn i Capgemini Norge AS i mars 2020, og at Sogeti dermed er en enhet innenfor valgte leverandørs selskap. Det innebærer at Sogeti ikke er en underleverandør, og det er dermed ikke nødvendig med forpliktelseserklæring etter forskriften § 16-10 (2). Klagers anførsel fører ikke frem.

#### *Avvisning av valgte leverandørs tilbud*

- (30) Klagenemnda tar i det videre stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (31) Kravet til arbeidssted var inntatt i bilag 1 til SSA-B 2015. Slik dette kravet er utformet, er det etter nemndas syn ingen holdepunkter for at kravet skulle oppfylles før ved gjennomføringen av kontrakten. Det må av denne grunn ha fremstått klart for leverandørene at dette var et kontraktskrav. Dette underbygges av at innklagede på spørsmål fra en leverandør, åpnet for gradvis oppfyllelse av kravet i løpet av desember 2020.
- (32) Spørsmålet for klagenemnda er dermed om tilbudet skulle vært avvist med hjemmel i forskriften § 24-8 (2) bokstav e, som følge av antasert mislighold av kravet til arbeidssted.

- (33) Denne bestemmelsen gir oppdragsgiver en rett til å avvise et tilbud som er uakseptabelt av andre grunner enn det som spesifikt fremgår av de øvrige reglene om avvisningsrett i § 28-4 (2). Dette kan blant annet være at innholdet i tilbudet gir grunn til å forvente kontraktsbrudd, se NOU 2014:4 side 238.
- (34) Klagenemnda har i tidligere praksis lagt til grunn at det i tilfeller hvor oppdragsgiver har en avvisningsrett, unntaksvis kan oppstå en plikt til å benytte denne retten, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2012/246 avsnitt 44-50. Nemnda behandlet her spørsmålet om usikkerhet knyttet til leverandørens mulighet for å levere i henhold til tilbudet, medførte en plikt for innklagede til å avvise valgte leverandørs tilbud. Det vises også til klagenemndas avgjørelse i sak 2011/79 avsnitt 36-38, der det ble uttalt at terskelen for å konstatere en slik plikt er høy, og at skjønnsutøvelsen ved unnlatt avvisning må være uforsvarlig eller i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (35) For å underbygge at det var grunn til å forvente at valgte leverandør ville misligholde kravet til arbeidssted, har klager vist til at CV-ene i valgte leverandørs tilbud mangler opplysninger om konsulentenes bosted. Det er videre vist til at valgte leverandør var i en prosess med oppbemanning i Trondheim. Ifølge klager ga dette innklagede en oppfordring til å undersøke om det var realistisk at kravet til arbeidssted ville bli overholdt, og dermed foreta avklaringer med valgte leverandør.
- (36) Utgangspunktet er at oppdragsgiver må kunne stole på opplysninger gitt i et tilbud, med mindre det foreligger andre forhold eller opplysninger i saken som gir grunnlag for nærmere undersøkelser, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2021/21 avsnitt 47 følgende.
- (37) I foreliggende sak, var det klart forutsatt i konkurransedokumentene at konsulentteamet skulle ha arbeidssted i Trondheim, og valgte leverandør har ikke tatt forbehold mot kravet til arbeidssted. Selskapet har eget kontor i Trondheim, og nemnda kan ikke se at manglende opplysninger om de enkelte konsulentenes bosted, eller det at selskapet var i en oppbemanningsprosess i Trondheim, er forhold som gir grunn til å forvente kontraktsbrudd. Før kontraktsinngåelsen innhentet innklagede en redegjørelse for prissammensetningen i valgte leverandørs tilbud, og her ble det redegjort for at Trondheim var et viktig satsningsområde for selskapet. Klagenemnda kan ikke se at tilbudets innhold for øvrig ga innklagede foranledning til å kontrollere om det var realistisk at kravet til arbeidssted ville bli oppfylt, eller gjøre andre avklaringer med valgte leverandør. Innklagede hadde dermed heller ingen plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (38) Klager har videre anført at innklagedes manglende håndhevelse av kravet til arbeidssted for konsulentene i kompetanseoverføringsperioden, har endret kontrakten vesentlig. Klager mener innklagede med det har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (39) 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 § 12 i Prop.51 L (2015-2016).
- (40) I utgangspunktet vil forholdet mellom partene i en kontrakt som er inngått etter en kunngjort konkurranse, reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette gjelder dersom avtalen endres vesentlig, 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. Mangelfull håndhevelse av kontrakten kan etter omstendighetene anses som en vesentlig endring av kontrakten, se klagenemndas avgjørelse i sak 2018/11 avsnitt 32.

- (41) Klager har for det første vist til at kun fire av åtte konsulenter fra valgte leverandørs selskap, var fysisk tilstede i sine kontorlokaler i Trondheim ved kontraktsoppstart 1. desember 2020. Dette var i tråd med den forståelsen av kontraktskravet som innklagede etter spørsmål fra en leverandør kommuniserte til leverandørene før tilbudsfristen, og utgjør dermed ingen vesentlig endring av den inngåtte kontrakten.
- (42) Når det gjelder håndhevelsen av kravet til arbeidssted i perioden fra kontraktens oppstart og frem til april 2021, har innklagede redegjort for at man ble enig med valgte leverandør om å forholde seg til nasjonale og lokale retningslinjer, samt påbud om bruk av hjemmekontor som følge av smittesituasjonen i området. Det er dermed ingen holdepunkter for at innklagede ved dette har fraveket kravet til arbeidssted, eller akseptert manglende oppfyllelse av kravet.
- (43) Klager har videre fremholdt at det er gjort omfattende utskiftninger av kontraktens nøkkelpersonell, og at dette utgjør en vesentlig endring av kontrakten.
- (44) Slik saken er opplyst arbeider seks av de åtte nøkkelpersonene i det tilbudte kompetanseteamet fremdeles for innklagede, fire måneder inn i kontrakten. Utskiftning av nøkkelpersonell er utførlig regulert i kontrakten, og innklagede har redegjort for at det i perioden etter kontraktsoppstart har skjedd både utskiftninger og kapasitetsøkning i overensstemmelse med bestemmelsene i SSA-B. Utskiftningene av personalet utgjør dermed ingen vesentlig endring av kontrakten, og klagers anførsel fører ikke frem.
- (45) Når det gjelder klagers atter atter subsidiære anførsel om at innklagede har oppstilt et kontraktskrav uten nødvendig tilknytning til leveransen, bygger dette på en forutsetning om at innklagede ikke håndhever kontraktskravet. På bakgrunn av det nemnda har kommet til ovenfor, kan heller ikke denne anførselen føre frem.

***Konklusjon:***

Statens vegvesen har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

*Dokumentet er godkjent elektronisk*