



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** De generelle kravene i § 4. Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Saklig klageinteresse.

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om kjøp av skytjenester. Klager var en potensiell underleverandør av skyplattform og anførte at konkurransegrunnlaget var ulovlig konkurransebegrensende fordi det i prisskjemaet var henvist til tre spesifikke skytjenesteprodusenter. Klagenemnda kom til at denne anførselen førte frem. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.*

### **Klagenemndas avgjørelse 4. mars 2022 i sak 2021/1416**

**Klager:** International Business Machines (IBM)

**Innklaget:** Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ)

**Klagenemndas medlemmer:** Karin Fløistad, Arnt Skjefstad og Elisabeth Wiik.

### **Bakgrunn:**

- (1) Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (heretter *innklagede*) kunngjorde i april 2020 en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om kjøp av skytjenester. Konkurransen var planlagt sluttført i september 2020, men ble avlyst 31. august 2020. Den 2. september 2020 kunngjorde derfor innklagede en ny konkurranse med forhandling, der tilbudsfrist var angitt til 19. november 2020.
- (2) Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 100 millioner kroner, men det var presisert i konkurransegrunnlagets punkt 1.3 «Kontraktsverdi» at den estimerte verdien «for hele avtaleperioden (inkludert forlengelse med ett år av gangen to ganger, i sum fire år)», var «mellom 10 og 100 MNOK».
- (3) I følge utkastet til «Rammeavtale for kjøp av skytjenester» og dens tilhørende bilag 1, «Kundens behovsspesifikasjon, var innklagedes «mål for anskaffelsen» å inngå rammeavtale med en leverandør som kunne tilby:
  - «Tilgang til produkter og tjenester som støtter opp under DFØs målbilde for skyløsninger
  - Rådgiving for DFØ i spørsmål knyttet til tjenester over internett («skytjenester»)
  - God kompetanse på de største skyleverandørene og om skyløsninger
  - Konkurransedyktige betingelser

**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)

- Gode og prioriterte kanaler inn mot de største skyleverandørene
- Gode rutiner i forbindelse med bestillinger, leveranser og fakturering

(...)

*Denne rammeavtalen skal sette Kunden i stand til å benytte tjenester i nye og moderne skybaserte løsninger. (...)*»

- (4) Under overskriften «*Forholdet til etablert dynamisk innkjøpsordning*» i bilag 1, punkt 1.4, fulgte det at «*For å realisere målbildet om DFØSky, vil Kunden fremover få behov for kompetanse og bistand til bygging av plattform. For å dekke behovet for bygging, har vi flere dynamiske innkjøpsordninger for å kjøpe tjenester fra eksterne leverandører innen områdene analyse, struktur, integrasjon, skytjenester og tjeneste- og interaksjonsdesign. Bygging av DFØSky er derfor ikke en del av denne anskaffelsen.*»
- (5) I «*Behovsbeskrivelse*» i bilag 1, punkt 1.5, var det oppstilt en tabell med to M-krav («*måkrav*») og 15 B-krav («*børkrav*»), der et av bør-kravene var at «*Leverandøren tilbyr tilgang til minst tre ledende produsenter av relevante sky-tjenester.*»
- (6) I konkurransegrunnlagets punkt 1.2 «*Anskaffelsens formål og omfang*» fulgte det at rammeavtalen for kjøp av skytjenester dessuten skulle gjelde «*fortløpende rådgivning knyttet til optimal sammensetning og integrasjon av slike tjenester, herunder rådgivning knyttet til lisensbetingelser, priser, risiko, endringer osv.*»
- (7) Konkurransens tildelingskriterier var «*Kvalitet*» (80 prosent) og «*Pris*» (20 prosent). Kvalitetskriteriet skulle i henhold til konkurransegrunnlagets punkt 5.1 vurderes basert på:
- «*Leverandørens besvarelse av kravene i bilag 1*
  - *Leverandørens tjenestenivåavtale og Forvaltningsdokument*
  - *Leverandørens casebesvarelse*
  - *Leverandørens tjenestekatalog*»
- (8) Deretter var det i konkurransegrunnlagets punkt 5.2 «*Nærmere om tildelingskriteriene*», gitt følgende beskrivelse av hvordan «*Leverandørens tjenestekatalog*» ville bli evaluert:

*«Leverandørens tilbudte tjenestekatalog (produkter listet opp under «lisenspriser» og tjenester listet opp under «tillegg») i bilag 7 vil evalueres under dette punktet. Dette innebærer at DFØ vil gjøre en kvalitativ helhetsvurdering av Leverandørens tjenestekatalog, og vurdere i hvor stor grad de tilbudte tjenestene i tjenestekatalogen passer med målbildet DFØ har for sine skytjenester.*

*At vurderingen vil være en kvalitativ helhetsvurdering innebærer at det ikke nødvendigvis vil gis høyeste score til den Leverandøren som leverer flest mulig produkter/tjenester. DFØ vil foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering av totalpakken som tilbys. I helhetsvurderingen vil både antall relevante tjenester og overordnet prisnivå for tjenestene være en del av vurderingen. Hovedsakelig vil imidlertid vurderingstemaet være hvorvidt totalpakken av produkter og tjenester som leveres bidrar til at DFØ kan*

*oppnå målet om å få best mulig skytjenester, og at tjenestene støtter opp under de mål DFØ har satt for anskaffelsen i punkt 2.1 i bilag 1.»*

- (9) Tilsvarende beskrivelse var gitt i konkurransegrunnlagets punkt 5.2.2 «Prisevaluering», der det fremgikk at priskriteriet var inndelt i fire underkriterier med slik vekt:

«5.2.2.1 Etablering (10%)

*Leverandøren skal prise sine etableringskostnader knyttet til tilbudt oppsett og basis rådgivning/opplæring.*

5.2.2.2 Lisenspriser (30%)

*Leverandøren skal fremvise lisensprisene for ulike skytjenester/produkter fra produsent.*

5.2.2.3 Basisleveranse (40%)

*Leverandøren skal spesifisere hva som er inkludert i basisleveransen og prissette disse.*

*Tilleggstjenester skal prises separat under eget punkt i prisskjema. Tilleggstjenester vil ikke vurderes på pris, men vurderes utelukkende på kvalitet, Se punkt 5.2.1.4 over.*

5.2.2.4 Verdiøkende tjenester (20%)

*Leverandøren skal inngi timepriser for rådgivning som skal utføres utover priselementene ovenfor. Følgende kategorier skal prises:*

- *Juniorkonsulent (Opptil 2 års relevant erfaring)*
- *Konsulent (2 til 5 års relevant erfaring)*
- *Seniorkonsulent (5 til 8 års relevant erfaring)*
- *Seniorkonsulent (Over 8 års relevant erfaring)*
- *Ekspert (f.eks. minimum 1 pro sertifisering innenfor aktuell nettsky)»*

- (10) Priskriteriet skulle evalueres på bakgrunn av leverandørenes utfylte prisskjema, inndelt i underkriteriene nevnt ovenfor. I prisskjemaets kategori for «Lisenspriser» var det lagt opp til at leverandørene skulle oppgi lisenspriser på sine avtaler med «Microsoft Azure», «Amazon Web Services» og «Google Cloud». I tilknytning til dette underkriteriet var det lagt inn «Kommentarer fra DFØ», der det fulgte at «DFØ har som utgangspunkt at produktlistene til de største skyleverandørene gjøres tilgjengelig. Øvrige produkter vil vurderes under kvalitetskriteriet.»

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

*«Dersom en tilbyder ønsker å oppgi priser for andre enn allerede navngitte produsenter, hvordan vil DFØ evaluere disse?»,* hvorpå innklagede svarte:

*«Dersom tilbyder tilbyr flere produkter enn de angitte, skal det også oppgis priser i prisskjemaet. Det er beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 5.2.1.4 hvordan tjenestekatalogen vil bli evaluert. Her fremkommer blant annet: «DFØ vil foreta en*

*skjønnsmessig helhetsvurdering av totalpakken som tilbys. I helhetsvurderingen vil både antall relevante tjenester og overordnet prisnivå for tjenestene være en del av vurderingen.» Det overordnede prisnivået på disse tilleggsproduktene vil altså være en faktor i kvalitetsevalueringen, ettersom det vil være lite relevant å gjøre uttak på produktene om de er prissatt for høyt.»*

- (12) Klager påklaget konkurransegrunnet utforming ved klage av 25. november 2020 og gjorde gjeldende at prisskjemaets angivelse av tre spesifikke skytjenesteprodusenter var i strid med forskriften § 15-1 (4) og kravet til konkurranse i loven § 4. På denne bakgrunn mente klager at konkurransen måtte avlyses.
- (13) I svar på klage av 5. februar 2021 beklaget innklagede «*noe sen respons på klagen*», og begrunnet dette i at innklagede «*ønsket å gjennomføre den omtalte konkurransen for å få innsikt i hvordan markedet responderer på kunngjøringen før vi svarte ut klagen endelig.*» Innklagede tok ikke klagen til følge.
- (14) Ved tildelingsbrev av 5. mars 2021 fremgikk det at innklagede hadde mottatt fem tilbud i konkurransen og at Computas AS (heretter *valgte leverandør*) var innstilt som vinnende tilbyder. Klager leverte ikke tilbud i konkurransen.
- (15) I tildelingsbrevets punkt om «*Kostnadsevaluering (20%)*», fremgikk det at valgte leverandør var dyreste tilbyder på underkriteriet, «*Etablering (10%)*», at de var tredje beste tilbyder på «*Basisleveranse (40%)*», og «*Tilleggstjenester (20%)*». Under punktet «*Lisenspriser (30%)*» fremgikk det at en annen leverandør totalt sett hadde best priser på lisenser, men «*[h]er var det imidlertid ikke store forskjeller. Computas hadde dyrest priser, men det var ikke store utslag.*»
- (16) I tildelingsbrevets «*Oppsummering*» het det at:

*«Som beskrevet over, ble kvaliteten ved Computas' tilbud utslagsgivende, og særskilt den meget sterke besvarelsen av bilag 1. I en sterk konkurranse mellom solide tilbydere ble dette avgjørende. Kvalitet ble, som nevnt, vektlagt 80 % i konkurransen.*

*Ettersom det har vært noe oppmerksomhet omkring tjenestekatalog og angivelse av enkelte produsenter i prisskjema, finner vi grunn til å understreke at dette ikke på noen måte har vært avgjørende for konkurransen. Valgte leverandør ble tvert imot vurdert noe svakere enn andre konkurrenter både på tjenestekatalogen og prisvurderingen av de nevnte produkter.*

*Vi presiserer også at det ikke var minstekrav knyttet til spesifikke aktører i behovsspesifikasjonen eller at det er blitt gitt særlige konkurransefordeler knyttet til de produsenter som var nevnt i prisskjemaet for evalueringsformål.»*

- (17) Innklagede har opplyst at kontrakt med valgte leverandør ble inngått 23. mars 2021.
- (18) Klagen ble sendt til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 17. september 2021.
- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. desember 2021.

## **Anførsler:**

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

- (20) Innklagede har brutt regelverket ved utformingen av konkurransegrunnlaget. I behovsspesifikasjonen konkretiseres ikke hvilke typer skytjenester som anses «*relevante*», og heller ikke hvem som er «*ledende produsenter*» av relevante skytjenester. Dersom man tolker kravet i lys av prisskjemaets henvisning til tre spesifikke skytjenesteprodusenter, har innklagede likevel angitt hvem som er ledende produsenter. Dette medfører i praksis at andre skytjenesteprodusenter utestenges fra konkurransen, fordi det kun er lisensprisene på avtalene med de tre spesifikt nevnte som blir evaluert under priskriteriet. Eventuelle avtaler med andre skytjenesteprodusenter blir kun evaluert under kvalitetskriteriet, og dette har en konkurransevridende effekt i strid med prinsippet om konkurranse i loven § 4.
- (21) Innklagede har videre brutt forbudet mot henvisning til spesifikke varemerker og produsenter i forskriften § 15-1 (4) ved å angi tre spesifiserte skytjenesteprodusenter i prisskjemaet.
- (22) Nemnda bes vurdere hvorvidt det var i strid med regelverket at innklagede brukte to og en halv måned på å besvare klagers klage av 23. november 2020, med den begrunnelse at innklagede ønsket å avvventet markedets respons på konkurransen før de besvarte klagen endelig.

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

- (23) Prinsipielt anføres det at klager mangler saklig klageinteresse fordi klager ikke deltok i konkurransen, og heller ikke er potensiell leverandør. Klagen skal derfor avvises fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 6, jf. § 9.
- (24) Subsidiært anføres det at behovsspesifikasjonen ikke inneholdt krav som henviste til varemerker eller produsenter i strid med forskriften § 15-1 (4). Det var ingen forutsetning for å inngi tilbud i konkurransen at leverandørene tilbød tilgang til minst tre ledende skytjenesteprodusenter, og det var heller ingen forutsetning at leverandørene tilbød tilgang til de tre skytjenesteprodusentene som var oppgitt i prisskjemaet. Årsaken til at innklagede ba om lisensprisene til de tre spesifiserte skytjenesteprodusentene, var for å sikre at prisene som ble evaluert var sammenlignbare. Innklagede har dermed heller ikke brutt prinsippet om konkurranse i loven § 4.
- (25) Anskaffelsesregelverket inneholder ingen eksplisitte fristregler for når oppdragsgivere skal besvare klager. Klagen ble besvart lenge før både tildelingsbeslutningen ble fattet og kontrakten inngått. Klager fikk med det svært god tid til å vurdere om saken skulle bringes inn for klagenemnda, eller om det skulle tas ut begjæring om midlertidig forføyning. Innklagedes saksbehandlingstid har dermed vært forsvarlig.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (26) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale for kjøp av skytjenester, og er kunngjort som en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsen hadde en kostnadsramme på mellom 10 og 100 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.

### *Klageinteresse*

- (27) Av klagenemndsforordningen § 6 andre ledd første punktum fremgår det at klage kan fremsettes av «*enhver som har saklig interesse*» i å få avgjort lovmessigheten av en gjennomført anskaffelse. Klagenemnda har i tidligere praksis tolket kravet til saklig interesse slik at klagers interesse i å få avgjort anførselen eller anførselene, må være aktuell. Den konkrete vurderingen av om slik aktuell interesse foreligger, må gjøres for hver av de anførselene klager har fremsatt, basert på hvilken betydning en vurdering av disse vil kunne ha for klager, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2019/426 avsnitt 59.
- (28) Klager har ikke deltatt i konkurransen og er ikke en potensiell leverandør i konkurransen. Klager har imidlertid anført at deres mulighet til å delta i avtalen som skytjenesteprodusent (underleverandør), ble urettmessig begrenset ved at innklagede i konkurransedokumentene etterspurte lisenspriser fra de tre spesifikke skytjenesteprodusentene; Microsoft Azure, Amazon Web Services og Google Cloud. Klagenemnda finner at klager har et aktuelt og reelt behov for å få prøvd lovmessigheten av konkurransegrunnlagets utforming på dette punktet. Klager har derfor «*saklig interesse*», jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd første punktum.

### *Prinsippet om konkurranse i loven § 4*

- (29) Klagenemnda tar først stilling til om konkurransegrunnlaget er utformet i strid med prinsippet om konkurranse i loven § 4.
- (30) Prinsippet om konkurranse i loven § 4 innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å gjennomføre anskaffelsen slik at målet om konkurranse i det aktuelle markedet oppnås, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2014/17 avsnitt 45. Prinsippet om konkurranse og likebehandling innebærer også at konkurransegrunnlaget må utformes på en måte som ikke usaklig begrenser konkurransen.
- (31) Skytjenestemarkedet består av store globale leverandører som tilbyr skyplattformer med et bredt spekter av skytjenester. Flere av disse selger i hovedsak sine tjenester gjennom et forhandlerledd som tilbyr relaterte rådgivnings- og konsulenttjenester. Rammeavtalen i denne saken omfatter både kjøp av skytjenester og tilhørende rådgivningstjenester, og konkurransen rettet seg mot forhandlerne.
- (32) I et slikt marked kan offentlige oppdragsgivere ha et saklig behov for å inngå kontrakt med et forhandlerledd som kan bidra med relevante tjenesteelementer, herunder rådgivning, meglings- og lignende. Prinsippet om konkurranse medfører i slike tilfeller at det må sikres tilstrekkelig konkurranse om alt som skal leveres i henhold til avtalen. Ved anskaffelse av skytjenester og tilhørende forhandlertjenester, må konkurransen dermed legges opp slik at det oppnås konkurranse også i underleverandørleddet.
- (33) Spørsmålet for klagenemnda er dermed om prisskjemaet, som ba om pris på lisensavtaler med Microsoft Azure, Amazon Web Services og Google Cloud, er utformet i strid med prinsippet om konkurranse i loven § 4.
- (34) Det fremgikk av prisskjemaet at leverandørene skulle oppgi stykkpris for sine rabatterte lisensavtaler med disse skytjenesteprodusentene. Stykkprisene skulle deretter summeres til en total evalueringssum. Pris på lisensavtaler med øvrige skytjenesteprodusenter kunne

oppgis, men inngikk derimot ikke i prisevalueringen. Disse avtalene skulle evalueres under tildelingskriteriet «Kvalitet».

- (35) I prisskjemaets kolonne for «*Verdiøkende tjenester*», var det lagt opp til at leverandørene skulle oppgi timeprisen for ulike nivåer av konsulenttjenester. Nivået «*Ekspert*» ble eksemplifisert ved beskrivelsen av en konsulent med «*1 pro sertifisering innenfor aktuell nettsky*», og klagenemnda forstår det slik at dette peker tilbake på de produsentene som skulle listes opp under lisensprisene.
- (36) Klagenemnda finner det dermed klart at leverandørene måtte oppgi pris på lisensavtaler med Microsoft Azure, Amazon Web Services og Google Cloud for at tilbudene skulle kunne evalueres under priskriteriet. At det er slik leverandørene har forstått prisskjemaet, underbygges av at samtlige leverandører tilbød tilgang til disse tre skytjenesteprodusentene.
- (37) Innklagede har anført at utformingen av konkurransedokumentene likevel ikke er i strid med prinsippet om konkurranse, fordi en eventuell konkurransevidende effekt ikke inntreffer i markedet innklagede har henvendt seg til. Innklagede har i den forbindelse anført at henvisningen til de tre skytjenesteprodusentene ikke har hatt en konkurransevidende effekt i forhandlerleddet, ettersom det var fullt mulig for leverandører som ikke hadde gjeldende avtaler med disse, å inngå nye avtaler for å kunne levere tilbud i konkurransen.
- (38) Klagenemnda kan ikke se at det ved vurderingen av om konkurransedokumentene er utformet i strid med prinsippet om konkurranse, er avgjørende at innklagede har lagt opp konkurransen slik at den henvender seg til formidlere og forhandlere heller enn skytjenesteprodusenter. Innklagede skal kjøpe skytjenester, og må sørge for at det er konkurranse om disse tjenestene. Dette gjelder uavhengig av om man kjøper tjenestene direkte fra produsenten, eller benytter seg av en formidler.
- (39) Klagenemnda er heller ikke enig med innklagede i at henvisningen til de tre produsentene ikke har en konkurransevidende effekt i forhandlerleddet. Selv om det i utgangspunktet er åpent for enhver å inngå avtaler med de nevnte produsentene, innebærer slike avtaler etter det nemnda forstår, en rekke forpliktelser for leverandøren. Blant annet stiller produsentene krav om kursing av ansatte og oppdatert kunnskap om skyplattformen leverandøren skal formidle. Denne type kursing er også en forutsetning for at leverandørene skal kunne tilby tjenester av høy kvalitet. For en leverandør som allerede har forhandleravtaler med flere produsenter, er det ikke nødvendigvis uproblematisk å inngå avtaler med konkurrerende produsenter, og det er heller ikke gitt at slike avtaler vil kunne inngås på konkurransedyktige betingelser. På denne bakgrunn finner klagenemnda at prisskjemaets utforming har en konkurransevidende effekt, både for plattformleverandører og forhandlere.
- (40) Innklagede kan heller ikke høres med at det var nødvendig å vise til de tre skytjenesteprodusentene for å få sammenlignbare lisenspriser. Formålet med anskaffelsen er angitt gjennom en åpen behovsspesifikasjon, inndelt i fire forskjellige tjenesteområder, hvor det var anledning til å tilby forskjellige produktporteføljer med ulike funksjonaliteter. At leverandørene ville løse dette ulikt, med de konsekvensene dette har for de tilbudte lisensavtalenes innhold, medfører ikke i seg selv at lisensprisene ikke er sammenlignbare.

- (41) På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at innklagede ikke har dokumentert et saklig behov for å begrense konkurransen gjennom å angi tre spesifikke skytjenesteprodusenter i prisskjemaet. Innklagede har dermed brutt prinsippet om konkurranse i anskaffelsesloven § 4, og klagers anførsel fører frem.
- (42) Når det gjelder klagers anmodning om at klagenemnda tar stilling til om innklagede brøt regelverket ved å bruke to og en halv måned på å besvare klagers klage av 25. november 2020, er det ikke nærmere underbygget hvorfor dette utgjør et brudd på regelverket.

*Tilbakebetaling av klagegebyr*

- (43) Bruddet som er konstatert ovenfor, gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

***Konklusjon:***

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arnt Skjefstad

*Dokumentet er godkjent elektronisk*