



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en anskaffelse av IT-opplæring ved å ta direkte kontakt med én leverandør. Klagenemnda kom til at forholdet ikke var omfattet av noen av forskriftens unntak, og at det dermed var blitt gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 10. januar 2005 i sak 2004/45

Klager: Akademiet for IT-opplæring

Innklaget: Finnmark fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder: Forsknings- og utviklingskontrakter. Direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Den 23. november 2003 inngikk Finnmark fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kontrakt med Datakortet AS om et nasjonalt pilotprosjekt i Finnmark med navnet Prosjekt eBorger. Det var ikke gjennomført konkurranse i forkant av kontrahering.

- (2) I henhold til kontrakten var målsetningen følgende:

”Flest mulig finnmarkinger skal bli eBorgere – det vil si opparbeide og dokumentere sine IKT-ferdigheter på et brukernivå innen vanlig PC-bruk med fokus på bruk av Internett.”

- (3) Under punkt 5 ”Konkret innhold” het det blant annet:

”Prosjektet kjøres som et utviklingsprosjekt der DK leverer en pakkeløsning som består av opplæring og test. Det legges opp til individuelle lisenser slik at man kan følge opp deltakelse og resultat fordelt på kommuner, alder og kjønn.

a. Omfang og kostnader

Finnmark fylkesting vedtok i FU sak 117/03 å gå inn i prosjektet som samarbeidspartner og bidrar med 500.000 kr for å tilby e-opplæring til befolkningen i Finnmark.

<i>Antall lisenser</i>	<i>Kostnader eks. mva</i>	
<i>Opprinnelig tilbud</i>	<i>10.000 stk</i>	<i>750.000 kr</i>
<i>Basert på vedtak fylkesutvalg</i>	<i>4.500 stk</i>	<i>500.000 kr</i>
<i>Tilleggsproduksjon</i>	<i>1.000 stk</i>	<i>145.000 kr</i>

Samtidig oppfordrer fylkestinget andre aktører som Statoil, Telenor, NHO osv. til å bidra med å heve IT-kompetansen i fylket. Fylkeskommunen bidrar i prosjektet på informasjonssiden og distribusjon av lisenser internt.

Intensjonen med prosjektet er at det skal distribueres inntil 10.000 stk lisenser. Forutsetningen er at det skaffes finansiering fra andre samarbeidspartnere. [...]

c. Leveranse

Leveransen består av ferdig pakkede CD-plater i konvolutt med utvendig trykk. [...]

DK sender alle ferdigpakkede CD-plater til FFK som besørger videre distribusjon til videregående skoler, biblioteker, sentraladministrasjon etc. [...]

Leveranse skjer etter bestilling fra Finnmark fylkeskommune. Bestilling utover de 500.000 kr som fylkesutvalget har stilt til disposisjon til prosjektet vil skje etter hvert som samarbeidspartnere gir tilsagn på støtte.”

- (4) I forkant av kontraktsinngåelsen hadde innklagede bevilget 500.000 kr til prosjektet, vedtatt i fylkestingsmøte 17. november 2003.
- (5) I vedtaket hadde innklagede tatt inn en juridisk vurdering, der det het følgende:

”Det å gå inn som deltaker i et samarbeidsprosjekt av denne typen kan befinne seg i et grenseland mellom kjøp av tjenester og støtte til næringsformål. Selv om man organiserer dette i et prosjekt så må man allikevel forholde seg til reglene om offentlige innkjøp.

Dette prosjektet er imidlertid av svært spesiell karakter og det er ikke grunn til å tro at det er andre leverandører som kan fremskaffe et tilsvarende produkt. Dette understrekes av at tilsvarende prosjekter, så langt fylkesrådmannen kjenner til, ikke har vært gjennomført tidligere. Dette innebærer at et viktig fundament i prosjektet vil være utviklingsarbeid. På bakgrunn av dette kan ikke fylkesrådmannen se at dette prosjektet kommer i konflikt med reglene for offentlige innkjøp.”

(6) Akademiet for IT-opplæring (heretter kalt klager) har klaget forholdet inn for klagenemnda.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (7) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (8) Innklagede skulle gjennomført en konkurranse om prosjektet. Klager er Finnmarks største IT-opplæringsbedrift og kunne inngitt tilbud dersom konkurranse hadde vært gjennomført.
- (9) Innklagede tar feil når det hevdes at klager er slått konkurs. Enkeltmannsforetaket Akademiet for IT-opplæring er slått konkurs, men aksjeselskapet eksisterer fortsatt, og kunne deltatt i konkurransen.

Innklagedes anførsler:

- (10) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (11) Klager er konkurs, og klagenemnda må vurdere om saken derfor skal avvises.
- (12) Kontrakten har vært en utviklingskontrakt på et produkt Datakortet har enerett på, og eBorger er Datakortets beskyttede varemerke. Anskaffelsen kunne ikke vært foretatt etter en konkurranse, da eBorger ikke er et resultat av en bestilling fra innklagede, men et produkt utviklet tidligere. Hensikten med å inngå kontrakt med Datakortet direkte var å anskaffe nettopp dette produktet.
- (13) Videre anføres at kontrakten er en utviklingskontrakt, som er unntatt fra forskriftens regler etter § 1-3 (2) bokstav g).

Klagenemndas vurdering:

- (14) Klager opplyser å kunne ha deltatt dersom innklagede hadde gjennomført en konkurranse om kontrakten, og klagenemnda finner å måtte legge dette til grunn. Klager har dermed saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen faller etter sin verdi innenfor forskriftens del III. Basert på de opplysninger som er gitt er anskaffelsen å anse som en tjenestekontrakt.
- (15) Klagenemnda registrerer at firmaet som ble slått konkurs ved Indre Finnmark tingretts kjennelse av 12. februar 2004 har et annet organisasjonsnummer enn klager, og antar derfor at klager ikke er konkurs.
- (16) Selv om avtalen mellom innklagede og Datakortet betegner seg som samarbeidsavtale, synes det ikke tvilsomt at det er en gjensidig bebyrdende tjenesteavtale, jf forskriftens § 1-4 bokstav a) og d).
- (17) Anskaffelsen er ikke gjennomført i henhold til prosedyrene i forskrift om offentlige anskaffelser, jf §§ 11-1 "*Tillatte anskaffelsesprosedyrer*" og 13-1 "*Kunngjøring av konkurranse*". Spørsmålet i saken er derfor om kontrakten er omfattet av noen av forskriftens unntaksbestemmelser.
- (18) Utgangspunktet er at forsknings- og utviklingstjenester er omfattet av forskriften som en prioritert tjeneste, jf § 2-4 kategori 8. Etter § 1-3 (2) bokstav g) er slike tjenester likevel unntatt dersom oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller tjenesten ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i dennes virksomhet.
- (19) I henhold til kontrakten er Datakortet forpliktet til å produsere 4.500 CD-plater mot et vederlag fra innklagede på kr 500.000. Riktignok inneholder kontrakten en intensjon om levering av flere plater dersom innklagede kan skaffe ekstern finansiering. Leveransen i henhold til kontrakten betales imidlertid fullt ut av innklagede.
- (20) Videre skal alle CD-platene som produseres i henhold til kontrakten leveres til innklagede, slik at ytelsen fullt ut tilfaller innklagede til dennes bruk. Utviklingen av programvaren kan potensielt komme til nytte for Datakortet selv og andre oppdragsgivere senere, men dette er ikke annerledes enn for andre anskaffelser med et tilvirkningselement. Klagenemnda finner derfor at unntaket i § 1-3 (2) bokstav g) ikke kommer til anvendelse og trenger dermed ikke å ta stilling til om kontrakten etter sitt innhold er en forsknings- og utviklingstjeneste.
- (21) Etter forskriftens § 11-2 (1) bokstav b) kan oppdragsgiver foreta en direkte anskaffelse dersom anskaffelsen bare kan skje hos én leverandør i markedet. Oppdragsgiver må kunne godtgjøre at dette vilkåret er oppfylt. I dette tilfellet har innklagede ikke kunnet godtgjøre dette, utover en generell henvisning til at den valgte leverandøren allerede har utviklet produktet "eBorger". Det er således ikke dokumentert at det ikke finnes andre leverandører som har eller som vil kunne utvikle produkter eller konsepter som kan dekke oppdragsgivers behov like godt. Dette underbygges dessuten av det faktum at klager selv påstår å kunne være en aktuell

leverandør. Klagenemnda kan ikke se at det er dokumentert andre grunnlag for direkte anskaffelse.

- (22) Ulovlig direkte anskaffelse er åpenbart i strid med det overordnede kravet til konkurranse. Innklagede har dermed brutt lovens § 5 og forskriftens §§ 3-1 (1), 11-1 og 13-1.

Konklusjon:

Finnmark fylkeskommune har brutt kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1) samt forskrift om offentlige anskaffelser §§ 11-1 og 13-1, ved å gjennomføre anskaffelse av et virkemiddel for å øke kunnskapen om og bruken av IKT i Finnmark fylke uten at forskriftens prosedyrer ble fulgt.

For klagenemnda,

10. januar 2004

Inger Roll-Matthiesen