



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Advokatfirma Steenstrup Stordrange DA
v/advokat Magne Mjaaland
Postboks 1829 Vika
0123 Oslo

Faks: 22 81 45 01

Deres referanse

Vår referanse
2008/115

Dato
29. desember 2008

**KLAGE OVER AVVISNINGSVEDTAK: CRAYON AS – STATEN
V/FORSVARSDEPARTEMENTET**

Sekretariatet besluttet ved brev av 11.12.2008 å avvise klagen etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002 § 9, fordi klagen ikke kan føre frem og derfor anses som uhensiktsmessig for behandling i nemnda. Avvisningsbeslutningen ble påklaget i brev av 15.12.2008. Klage over avvisningsbeslutninger må etter klagenemndforskriften § 9 foreligge senest innen 3 virkedager, og klagen er dermed rettidig fremsatt.

Saksdokumentene er deretter sendt til klagenemndas leder, som etter klagenemndforskriften § 9 skal behandle klager over sekretariatets avvisningsvedtak.

I klagen over avvisningen anføres at Forsvarets avtale med software advisoren må anses som en selvstendig avtale i anskaffelsesrettslig forstand. Det fremgår av Entreprenøravtale (heretter EA-avtalen) mellom Forsvaret og Microsoft at software advisoren ikke er å anse som Microsofts underleverandør, men er en uavhengig part som opptrer i eget navn, for egen regning og risiko. Klager mener at alminnelige kontraktsrettslige regler sammenholdt med forutsetningene i EA-avtalen både mht hvem som velger software advisor og hvem som er ansvarlig, klart tilsier at det foreligger et kontraktsforhold mellom Forsvaret og software advisoren. I og med at Microsoft har fraskrevet seg ethvert ansvar for software advisoren, er

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

det derfor galt når sekretariatet i sin avvisningsbeslutning har lagt til grunn at rollen som software advisor er en del av avtaleforholdet mellom Forsvaret og Microsoft.

EA-avtalen gir Forsvaret valgfrihet både mht hvem som skal velges til software advisor, og til å skifte ut vedkommende i løpet av avtaleperioden. Når Forsvaret i denne saken valgte å avvike avtaleforholdet med Crayon AS i brev av 09.05.2008, var Forsvaret avhengig av å inngå avtale med en annen leverandør for å oppfylle kontraktsvilkårene overfor Microsoft. Avtalen som Forsvaret har inngått med Inmeta ASA må klar sies å være en kontrakt i relasjon til forskriftens § 4-1 bokstav a., som skulle vært kunngjort iht forskriftens § 5-1. Forsvaret la selv til grunn i flere brev til klager våren 2007 at software advisor-oppdrag tilknyttet EA-avtalen måtte legges ut på anbud. Dette underbygger at Forsvaret selv har oppfattet dette som en kontrakt.

Klager anfører til slutt at saken har betydelig prinsipiell interesse fordi det ofte vil være behov for bistand fra tredjemenn i avtaler mellom offentlige instanser og leverandører. Også av den grunn bør saken behandles av KOFA.

Klagenemndas leder har, foruten avvisningsbeslutningen og klagen over denne, gått gjennom samtlige dokumenter i saken. Klagenemndas leder har kommet til at sekretariatets avvisningskonklusjon må opprettholdes.

EA-avtalen, som ble inngått mellom Forsvarets Logistikkorganisasjon og Microsoft i 2006, gjelder basis kontorstøtte-applikasjoner med underliggende operativsystem. Anskaffelser av denne type er omfattet av lov og forskrift om offentlige anskaffelser, og kontrakten ble vunnet av Microsoft etter anbudskonkurranse. Microsoft leverer den programvare Forsvaret har behov for, mens Forsvaret i henhold til avtalen må oppnevne en software advisor, en valgfri tredjepart blant listen over Microsoft-godkjente forhandlere, som får ansvaret for den løpende oppfølging av kontrakten mellom Microsoft og Forsvaret. Spørsmålet i saken er om oppnevningen av en slik software advisor må kunngjøres som en anskaffelse fra Forsvarets side.

Det opprettes ingen egen kontrakt mellom kunden og software advisoren. Bestillinger og arbeid reguleres av EA-avtalen. Klager ble utnevnt i rollen som software advisor for Forsvaret i forbindelse med inngåelsen av EA-avtalen med Microsoft i 2006, uten at det den gang ble utlyst noen egen konkurranse om denne rollen.

Både Microsoft og Forsvaret har i henhold til EA-avtalen anledning til å skifte ut software advisoren i løpet av avtaleperioden. Microsoft kan velge å skifte ut advisoren fordi de har avbrutt sitt forretningsforhold til vedkommende, eller de kan velge å overta rollen selv.

Dersom Forsvaret ønsker å skifte, skal Microsoft og software advisoren underrettes med minst 30 dagers varsel på et spesielt skjema utarbeidet av Microsoft. Ny advisor må godkjennes av Microsoft.

Det er Microsoft som her betaler honoraret til software advisor. Honoraret består i et beløp som utgjør 4 % av det faste årlige vederlaget på kr. 30 mill. som Forsvaret betaler til Microsoft. I tillegg kommer en noe større prosentandel av det Microsoft fakturerer Forsvaret utover det faste årlige beløp.

Selv om software advisor inntar en uavhengig stilling i forhold til partene i avtalen, er rollen definert i, og helt avhengig av EA-avtalen fra 2006. Det finnes ingen egen avtale mellom Forsvaret og software advisor, og det er Microsoft som betaler hele den godtgjørelsen som software advisor oppbærer. På denne bakgrunn kan det vanskelig sies å eksistere noen kontrakt av den type anskaffelsesforskriftens § 1-3 (1) jf 4-1 a. omhandler, som forutsetter at det må foreligge en gjensidig bebyrdende avtale mellom Forsvaret og software advisor. Forholdet faller dermed ikke innunder regelverket og plikten til utlysning på selvstendig grunnlag.

Det kan heller ikke sees at Forsvaret har vært av en annen oppfatning eller har gitt uttrykk for noe annet i sin korrespondanse i forbindelse med klagen fra Crayon AS våren 2007. Det Forsvaret meddelte i denne korrespondansen, var ikke annet enn at det ”funksjonelle behovet” som dekkes av EA-avtalen (hvilket vel betyr behovet for software advisor i forbindelse med denne avtalen), ville bli lyst ut i forbindelse med forfall av EA-avtalen. I samme korrespondanse opplyses at EA-avtalen nylig ble fornyet frem til 30.06.2009. Det sies altså intet om noen uavhengig utlysning av rollen som software advisor for EA-avtalen.

Klagenemndas leder finner etter dette at klagen åpenbart ikke kan føre frem, og at sekretariatets avvisningsbeslutning må bli å opprettholde.

Kopi av denne beslutning sendes innklagede til orientering.

Björg Ven
Klagenemndas leder