



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede inngikk en avropsavtale om ulike IKT-tjenester i henhold til en kunngjort rammeavtale. Klagenemnda kom til at rammeavtalens opsjon på service og vedlikehold ikke ga hjemmel for å inngå en slik avropsavtale. Avropsavtalen kunne heller ikke anses hjemlet i noen av rammeavtalens øvrige opsjoner, og inngåelsen av avropsavtalen utgjorde dermed en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på syv prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak av 25. september 2014 i sak 2014/45

Klager: Eltele AS

Innklaget: Kautokeino kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr.

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Eltele AS (heretter klager) datert 21. mars 2014. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Kautokeino kommunes anskaffelse av IKT-tjenester.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 128 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Vest-Finnmark Regionråd kunngjorde 27. juni 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av "IKT utstyr og tilhørende tjenester" for en rekke kommuner i Finnmark, herunder Kautokeino kommune (heretter innklagede). Dette som del av innføringen av "Digitalt førstevalg i Finnmark". Tilbudsfristen var i kunngjøringen punkt IV.3.2 satt til 15. august 2011. Anskaffelsens anslåtte totalverdi for de to første årene var i kunngjøringen punkt II.1.4. oppgitt til å være på mellom 30 og 50 MNOK. I tillegg var det i kunngjøringen punkt II.2.2 angitt at oppdragsgiver hadde en ensidig rett til å forlenge avtalen i 1 + 1 år. Det er opplyst at anskaffelsen følger forskrift om offentlige anskaffelser del I og III. Det var angitt at anskaffelsen gjaldt "vareleveranse" og i punkt II.1.6 var det oppgitt hele 54 CPV-koder.
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 1 var det gitt følgende generelle beskrivelse av anskaffelsen:

"I forbindelse med prosjektet «Digitalt førstevalg i Finnmark» skal det etableres en felles rammeavtale for IKT utstyr og tilhørende tjenester for kommuner knyttet til Vest-

Finnmark Regionråd, samt ytterligere åtte kommuner i Finnmark (heretter kalt oppdragsgiver/ kommune).

Rammeavtalen skal understøtte en høy grad av automatisert IKT drift og tilrettelegge for omkringliggende arbeidsprosesser som i høy grad er digitalisert eller kan digitaliseres. Avtalen skal inneholde opsjoner for arbeidsinndelinger mellom oppdragsgiver og leverandør(er), som kan understøtte et fremtidig IKT samarbeid.

Konkurranses grunnlaget bygges opp med krav til leverandøren innen organisering og bredde i sortiment. For å finne ett prisbilde, spesifiseres ett utvalg utstyr som leverandøren skal gi et pristilbud på, samt en avanse prosent. I en endelig rammeavtale er det avanseprosenten som styrer priser på produkter som anskaffes."

- (5) I punkt 1.3 het det videre følgende:

"Oppdragsgiver skal etablere en rammeavtale om kjøp av IKT utstyr og tilhørende tjenester. Bakgrunnen for etableringen av en felles rammeavtale er prosjektet «Digitalt førstevalg i Finnmark». I tillegg til anskaffelse av IKT utstyr, vil rammeavtalen omfatte krav til administrasjon og forvaltning av avtalen. Forvaltning av IKT utstyr ses i et livsløpsperspektiv, både med hensyn på selve IKT utstyret, men også på tilknyttede administrative rutiner.

Kommunene som er oppdragsgiver, har forskjellige ståsted i forhold til bruk av den elektroniske markedsplassen ehandel.no. Leverandøren må derfor legge til rette for elektroniske løsninger som ligger utenfor ehandel.no, i tillegg til å kunne bruke ehandel.no når kommunene tar i bruk den elektroniske markedsplassen.

For nærmere beskrivelse av anskaffelsen vises til Bilag 1: Kravspesifikasjoner."

- (6) I punkt 3 fremgikk det følgende "Krav til produktene og tjenestene":

3.1 Krav til produktene

Krav til produktene som etterspørres for prissammenligning er beskrevet i bilag 1 Kravspesifikasjon. Avtalen skal omfatte hele leverandørens sortiment innenfor de kategorier som er beskrevet. Dette betyr at oppdragsgiver også skal kunne kjøpe IT-utstyr som ikke oppfyller kravspesifikasjonen i bilag 1, basert på de samme prismekanismene som de forespurte produkter.

Det tas forbehold om at oppdragsgiver i spesielle tilfeller kan gjøre kompletteringskjøp hos tidligere leverandør. Med spesielle tilfeller menes her tilfeller hvor utstyr/deler til eksisterende utstyr bare kan leveres av tidligere leverandør pga. utstyrets alder.

[...]

3.6 Opsjon på timebaserte tjenester

Kjøp av konsulenttjenester vil kun omfatte tjenester tilknyttet utstyrskjøp som omfattes av avtalen. Det vil være opp til hver enkelt kommune å avgjøre om opsjon vil kunne benyttes.

Det skal oppgis stk pris på aktuelle tjenester. I tillegg skal det oppgis timepris på generell konsulentbistand.

Tjenester som ønskes er for eksempel oppsett, servere og annet utstyr, konfigurasjon av nettverk og opplæring."

- (7) Under punkt 3.8, "Forvaltning av avtale", fremgikk følgende:

"De teknologiske og organisatoriske mulighetene innen leveransemodeller for brukerutstyr endres også over tid. Leverandøren skal i konfigurasjonsstyringsmøtene komme med forslag til forbedringer i leveransemodeller som kan gjøre modellen mer kostnadseffektiv og arbeidsbesparende for kunden."

- (8) I kravspesifikasjonens punkt "Datarom" fremgikk følgende:

"Datarom

Deltakende kommuner i konkurransen har til dels varierende miljøer i datarom. Til kommuner som har skalerbare løsninger som Blade Center og SAN, må leverandøren kunne tilby utstyr som kan dra nytte av dette. Beskrivelse av skalerbare miljøer finnes under punktet «Krav til IKT utstyr».

Kommunene Alta og Hammerfest bruker ITIL rammeverk til å understøtte sin IKT drift. Ett fremtidig IKT samarbeid mellom flere kommuner, vil også bruke ITIL rammeverk til å understøtte sin IKT drift.

I forbindelse med leveranser til datarom, skal leverandøren beskrive sin kompetanse innen ITIL rammeverket og innen prosjektledelse. Leverandøren skal i tillegg beskrive sine sertifiseringer innen løsninger som tilbys."

- (9) Under "Opsjoner", var det angitt to som gjaldt varekjøp og én som gjaldt tjenestekjøp:

"Opsjon 3

Leverandøren skal tilby bistand i forhold til montering/demontering/endring av IKT utstyr i datarom. Tjenesten prises per time, som etterspurt i prisutfyllingsskjema."

- (10) Under "Driftsmiljø" var det uttalt følgende:

"Innen kommunene som er med på denne utlysningen, er det i dag i drift forskjellige Bladecenter og SAN. Da både Bladecenter og SAN løsninger er skalerbare, må leverandøren kunne tilby Blade og Lagringshyller til forskjellige typer SAN.

Leverandøren må kunne tilby Blade servere som er compatible med HP c7000 og c3000 Bladecenter.

Leverandøren må kunne tilby lagringshyller som er compatible med HP SAN EVA 4400 og IBM System Storage DS4700."

- (11) Under "Servere" fremgikk det:

"Utvidelse av eksisterende infrastruktur

Leverandøren skal tilby løsninger for utskifting og utvidelser som fungerer i beskrevet server og lagrings miljø. For tilbudte produkter skal det også være med løsninger for hw overvåking og patching av firmware og drivere.

Lagringshylle HP SAN 4400.

Eksisterende lagringshyller som brukes i dag er:

- HP M6412-A Fibre Channel Drive Enclosure
- HP EVA M6412A 15K FC Drive
- HP 5y Support Plus
- EVA 450-1TB HDD HW Supp
- EVA M6412A FC Drive Enclosure Support

Blade til HP C7000 og c3000 Bladercenter:

Eksisterende Blade som brukes i dag er:

- HP BL 6800 G5 E7440 2P 8G Svr
- HP E7440 BL680c G5 2P Kit
- HP 64GB FBD PC2-5300 8x8GB Kit
- HP 146GB **6G** SAS 10K 2.5in DP ENT HDD
- HP SA Cache Battery Kit
- HP BLc QLogic QMH2462 FC HBA Kit
- HP 3y 13x5 BL6xxx Svr Bld HW Support

Priseksempel:

Det tilbys en Lagringshylle som er kompatibel med HP SAN 4400, med minimum tilsvarende ytelse som eksisterende lagringshylle. Alle nødvendige lisenser og garantiutvidelser skal inngå i tilbudet.

*Det tilbys ett Blade som er kompatibel med HP **c7000** Bladecenter og BL680c, med minimum tilsvarende ytelse som eksisterende Blade. Alle nødvendige lisenser og garantiutvidelser skal inngå i tilbudet.*

Anskaffelse av ny server infrastruktur

Kommunene som deltar i konkurransen har behov for anskaffelse av nye servere, også utenfor Blade/SAN løsninger som eksisterer i enkelte kommuner. Det skal derfor tilbys en komplett løsning som beskrevet i priseksempelet.

Priseksempel:

Modulbasert løsning med 3 servere tilknyttet LAN, SAN og tilhørende UPS. 2 servere skal benyttes som terminalservere for Citrix og Windows 2008 standard. Terminalservere skal være utstyrt med dublerde, hot swap Strømforsyninger, 2 CPU'er med minimum 4 kjerner, 16 GB minne og lokale harddisker med diskspeiling for OS.

1 server med 64 GB minne, hot swap Strømforsyninger, 2 CPU'er med minimum 8 kjerner, og lokale harddisker med diskspeiling for OS. Server skal i tillegg kunne tilknyttes HP EVA 4400 SAN via FC svitsj.

Alle servere skal tilknyttes LAN med 1 GB/s hastighet, og ha dublerde LAN kort for redundans.

Løsningene skal være komplett med alle hardware elementer og drivere for tilknytning til LAN og SAN.

Det skal inkluderes 1 UPS løsning som kan levere strøm til løsningen i minimum 30 minutter, og som i tillegg har funksjonalitet for kontrollert nedtaking av server løsninger ved strømavbrudd."

- (12) Konkurranses grunnlaget var vedlagt et prisskjema som tilbyderne skulle fylle ut og levere inn som en del av sitt tilbud. Dette skjemaet bestod i hovedsak av ulike datavarer. I tillegg skulle det gis pris på "Anskaffelse av ny server infrastruktur" og timepris på opsjon 3.
- (13) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede blant annet tilbud fra Atea AS, som senere ble tildelt rammeavtalen. Rammeavtalen med Atea AS (heretter valgte leverandør) ble inngått 4. juni 2012. Avtalens navn er "Rammeavtale om kjøp av IKT utstyr og tilhørende tjenester" (heretter bare rammeavtalen).
- (14) I rammeavtalens punkt 1.5, "Rett til avtale om vedlikehold og service", fremgikk følgende:

"Kunden har rett til å inngå avtale om vedlikehold og service med Leverandøren, eller med tredjepart som etter nærmere avtale kan utføre dette på Leverandørens vegne. Dersom partene ikke avtaler annet skal slik avtale inngås på grunnlag av en av Statens standardavtaler om vedlikehold og service av utstyr og programmer.

Avtale om vedlikehold og service bør inngås samtidig med denne avtalen. Hvis slik avtale ikke inngås samtidig med denne avtalen, har Leverandøren plikt til i 2 (to) år fra utløpet av godkjenningsperioden å inngå slik avtale når Kunden ønsker det. Kunden har i så fall rett til å kreve ytelser og prismessige betingelser som ikke er dårligere enn Leverandørens alminnelige betingelser (f. eks listepriiser) på tidspunktet for inngåelse av vedlikeholdsavtalen.

I denne perioden er Leverandøren forpliktet til å opprettholde tilgang på nødvendig kompetanse på ytelser som er levert etter denne avtalen."

- (15) I punkt 4.2, "Ytelsesnivå", fremgikk følgende:

"Vedlikeholdstjenester og serviceytelser utover garantiytelsene skal spesifiseres og prises i egen avtale, jf. punkt 1.5".

- (16) Den 18. juni 2012 inngikk innklagede og valgte leverandør en avropsavtale, som ifølge avtalens punkt "1. Oversikt over valgte ytelser" omfatter:
- "1.6 Telefonsupport (Helpdesk 1. linje/System Hotline 2. linje)", "1.7 Responsavtale (Response time)", "1.8 Housing" og "1.9 Annet (Linjeleie, overvåking, teknisk support, ansvar for backup, vikartjeneste ved ferie/fravær. Opsjon: leie av utstyr (hosting))".*
- (17) Ifølge avropsavtalen punkt 12, skulle avtalen gjelde i 36 måneder. I tilsvaret har innklagede forklart at avtalen kan forlenges med ett år, dvs. at avtalen har en varighet på maksimalt 48 måneder.
- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 21. mars 2014.
- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 1. september 2014.
- (20) Klagenemnda sendte 3. september 2014 et varsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende 80 000 kroner. Forhåndsvarselet ble kommentert av innklagede i brev datert 17. september 2014. Endelig nemndsmøte i saken ble avholdt 25. september 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (21) Klager anfører at innklagede har brutt kunngjøringsreglene ved å inngå avropsavtalen med Atea AS uten først å gjennomføre en kunngjort konkurranse om denne avtalen. Denne avtalen kunne etter klagers syn ikke inngås med hjemmel i rammeavtalen da flytting, drift og vedlikehold av servere ikke var omfattet av den kunngjorte konkurransen om denne avtalen. Dette gjelder også eventuelt "annet" avropsavtalen gjelder. Konkurransen om rammeavtalen gjelder anskaffelse av varer og tilhørende tjenester, ikke tjenester utover dette, slik housing er ("*leie av hele rack eller enkeltstående hyller (U) i rack for plassering av fysisk utstyr som kunden eier selv*").
- (22) Det vises spesielt til kunngjøringens overskrift, (at den gjelder en vareanskaffelse), og teksten for øvrig (som angir at det kun er tale om en vareanskaffelse med tilhørende tjenester), konkurransegrunnlaget punkt 3.6, (hvor det står "*kun*" og ikke "*kunne*" i første setning, slik innklagede i sitt tilsvare har feilsitert), ordlyden under opsjon 3 (avropsavtalen er åpenbart i strid med ordlyden her), og prisutfyllingsskjemaet (det er kun timepris som skal fylles inn på opsjon 3; housing, linjeleie eller vikartjenester er ikke en del av denne opsjonen). Det er vanskelig å tro at innklagede har inngått housing-avtale basert på timespris når alle andre, inkludert valgte leverandør, tilbyr denne tjenesten til månedspris. Det er hva avtalen omfatter og ikke hvilke CPV-koder som er brukt i kunngjøringen som er avgjørende for hva oppdragsgiver kan kjøpe under en avtale. Hvis det var meningen at rammeavtalen skulle omfatte housing, linjeleie og vikartjenester ville dette vært angitt i konkurransedokumentene.
- (23) Innklagede har etter dette foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

- (24) Innklagede bestrider at inngåelsen av avropsavtalen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Flytting, drift og vedlikehold av servere er omfattet av konkurransen som ble kunngjort i forkant av avtaleinngåelsen av rammeavtalen og kunne også hjemles i denne avtalen.

- (25) Innklagede viser til de CPV koder som var benyttet her (blant annet 48822000 "Server" og hvor 24 av 54 gjelder tjenesteanskaffelser som blant annet dekker drift og vedlikehold av servere (50312300, 72315000, 72317000, 72510000, 72514000, 72514300, 72540000, 72610000 og 72611000), konkurransegrunnlaget punkt 1, 1.3, 1.5, 2.2.2, 2.2.3, 3, 3.6, 3.7, 3.8, "Servere" og "Datarom", og kravspesifikasjonen "Opsjon 3". Anskaffelsen er videre i kunngjøringen punkt II.1.2. angitt å være en vareanskaffelse fordi det her ikke er mulig å velge flere kategorier og fordi hoveddelen av anskaffelsen gjelder varekjøp. Avropsavtalen er inngått med hjemmel i rammeavtalen punkt 1.5, (se også punkt 4.2.). Flytting, drift og vedlikehold av servere er omfattet av avropsavtalen, bilag 2, punkt 1.6, 1.8 og 1.9.
- (26) Subsidiært, dersom klagenemnda skulle komme til at avropsavtalen om flytting, drift og vedlikehold av servere, ikke kunne inngås uten ny kunngjort konkurranse, har innklagede uansett ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. IT-housing må kategoriseres som leie av fast eiendom, som er unntatt fra forskriften, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2009/230. Anskaffelsens verdi må også begrenses til det kommunen har betalt for tjenestene i perioden 1. juli 2012 til 3. april 2014, dvs. kr. 487 754,99. Dette overstiger ikke kunngjøringspliktig verdi. Videre er skyldkravet ikke oppfylt.
- (27) Dersom klagenemnda skulle komme til at skyldkravet er oppfylt, og at det skal ilegges overtredelsesgebyr, må det under enhver omstendighet gjøres følgende fradrag i gebyrgrunnlaget: Avropsavtalen bilag 3 viser til rammeavtalens timepriser for konsulenttjenester. Dette gjelder prisen for support, overvåkning/tilsyn og ansvar for back-up løsninger, på til sammen 174 690 kroner i hele avtaleperioden. Når det gjelder housing (avropsavtalen punkt 1.8) faller denne tjenesten inn under unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b. Utgiftene til linjeleie er videre en nødvendig konsekvens av housing-tjenesten. Beløpet for disse tjenestene (til sammen 969 870 kroner) må derfor trekkes fra i gebyrgrunnlaget. Også kostnadene ved planlegging og flytting av serverne (140 000 kroner) må anses å falle inn under unntaket for leie av fast eiendom og må derfor trekkes fra i beløpet som skal legges til grunn for utmålingen av gebyret. Gebyrgrunnlaget utgjør da 719 607,60 kroner.

Klagenemndas vurdering:

Prosessuelt

- (28) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen. Den 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelses-direktivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at dersom kunngjøringen eller inngåelsen av den kontrakt som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, er skjedd etter 1. juli 2012, så kan ikke klagenemnda ilegge overtredelsesgebyr for denne. Sanksjoner for slike kontraktsinngåelser, ilegges av domstolene. Klagenemnda kan imidlertid avgi en rådgivende uttalelse om hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Dersom kunngjøringen eller kontraktsinngåelsen for kontrakten som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, skjedde før 1. juli 2012, har klagenemnda myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr. Kontraktsinngåelsen for avropsavtalen skjedde 18. juni 2012. Dette betyr at klagenemnda har myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for denne dersom nemnda kommer til at kontraktsinngåelsen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse og denne har skjedd grovt

uaktsomt eller forsettlig. Det er reglene slik disse lød før 1. juli 2012 som skal anvendes i vurderingen av foreliggende sak.

- (29) Av klagenemndsforordningen § 13a (slik den lød før 1. juli 2012) må klage fremsettes slik at klagenemnda får meddelt denne til oppdragsgiver før det var gått to år siden kontraktsinngåelsen. I foreliggende sak ble klagen fremsatt 21. mars 2014 og klagenemnda meddelte denne til innklagede i brev av 3. april 2014. Avropsavtalen med valgte leverandør ble inngått 18. juni 2012. Klagen er således rettidig.
- (30) Etter klagenemndsforordningen § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (31) Av loven § 7b første ledd, slik den lød før 1. juli 2012, følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (32) Av forskriften §§ 18-3, jf. 18-1, og § 9-1, følger det at dersom en offentlig oppdragsgiver ønsker å tildele en offentlig anskaffelseskontrakt over kunngjøringsverdi så skal oppdragsgiveren gjøre dette kjent i en kunngjøring som er i samsvar med skjemaer fastsatt av Nærings- og fiskeridepartementet.
- (33) Innklagede kunngjorde i det foreliggende tilfellet en rammeavtale om kjøp av "*IKT utstyr og tilhørende tjenester*". Problemstillingen i saken er om avropsavtalen som ble inngått 18. juni 2012 utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (34) Partene har i denne sammenheng hovedsakelig konsentrert sin argumentasjon i saken på hvorvidt CPV-kodene som ble anvendt ved kunngjøringen av rammeavtalen omfatter slike tjenester som avropsavtalen gjelder (housing, linjeleie, teknisk support mv.). Etter klagenemndas syn er det rimelig klart at kunngjøringen inneholder én eller flere CPV-koder som dekker alle de omstridte tjenestene i avropsavtalen. Dette er imidlertid ikke avgjørende for spørsmålet om avropsavtalen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (35) Av forskriften § 15-1 (3) går det frem at kontrakter innenfor en rammeavtale bare kan inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen, og "*uten at det gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene*".
- (36) Hvorvidt en avropsavtale som den foreliggende utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, kan betraktes på forskjellige måter. Enten som et spørsmål om det er foretatt endringer i rammeavtalen som er så vesentlige at en i realiteten står overfor en ny kontrakt, eller som et spørsmålet om inngåelsen av avropsavtalen faller utenfor den kunngjorte rammeavtalen, se i denne forbindelse klagenemndas avgjørelse i sak 2011/294 premiss (27) om et lignende spørsmål. Mellom disse innfallsvinklene vil det ofte være en flytende overgang, og hvilken av dem som er mest nærliggende å anlegge i det konkrete tilfellet, vil variere. I det foreliggende tilfellet har valg av tilnærmingstype imidlertid ingen betydning.
- (37) I den kunngjorte rammeavtalens punkt 1.5, "*Rett til avtale om vedlikehold og service*", fremgikk følgende:

"Kunden har rett til å inngå avtale om vedlikehold og service med Leverandøren, eller med tredjepart som etter nærmere avtale kan utføre dette på Leverandørens vegne. Dersom partene ikke avtaler annet skal slik avtale inngås på grunnlag av en av Statens standardavtaler om vedlikehold og service av utstyr og programmer.

Avtale om vedlikehold og service bør inngås samtidig med denne avtalen. Hvis slik avtale ikke inngås samtidig med denne avtalen, har Leverandøren plikt til i 2 (to) år fra utløpet av godkjenningsperioden å inngå slik avtale når Kunden ønsker det. Kunden har i så fall rett til å kreve ytelser og prismessige betingelser som ikke er dårligere enn Leverandørens alminnelige betingelser (f. eks listepriiser) på tidspunktet for inngåelse av vedlikeholdsavtalen.

- (38) Innklagede har forklart at vilkårene skal forstås på den måten at prismekanismen i punkt 1.5 også gjelder i et tilfelle som det foreliggende, hvor avropsavtalen ble inngått i tilknytning til inngåelsen av rammeavtalen. Betingelsene ved utløsning av opsjonen var altså at partene skulle forhandle om vilkår og priser, men ga innklagede krav på at betingelsene fra leverandøren ikke skulle være dårligere enn leverandørens alminnelige betingelser.
- (39) I utgangspunktet har oppdragsgivere stor frihet med hensyn til hvordan konkurransegrunnlaget skal utformes for å sikre konkurranse om de varer eller tjenester som kan anskaffes i medhold av rammeavtalen. Det samme gjelder for opsjoner. Normalt må imidlertid oppdragsgiver sikre ytterligere konkurranseeksponering enn å akseptere leverandørens alminnelige betingelser., jf. i denne retning EU-domstolens avgjørelse i sak C-340/02 hvor *"the mere option of awarding the contract relating to the second phase according to criteria laid down in respect of a different contract, that is the one related to the first phase, does not amount to awarding the contract in accordance with one of the procedures laid down in the Directive."*
- (40) Punkt 1.5 i den kunngjorte rammeavtalen ga følgelig ikke adgang for innklagede til å inngå en slik avtale om service og vedlikehold som avropsavtalen utgjør. Adgang til å inngå avropsavtalen kan heller ikke hjemles i rammeavtalens punkt 3.6 (*"Opsjon på timebaserte tjenester"*). Denne gjaldt kun tjenester i tilknytning til utstyrskjøpene, som for eksempel oppsett av servere og annet utstyr. Heller ikke *"Opsjon 3"* om bistand ved montering og demontering av utstyr i datarom er aktuell. Innklagede har ikke dokumentert at tjenestene som anskaffes er omfattet av unntaket for leie av fast eiendom. Det er også klart at det er avropsavtalens samlede verdi over hele avropsavtalens løpetid som er avgjørende for kunngjøringsplikten, ikke det som er betalt mellom 1. juli 2012 og 3. april 2014, dvs. kr. 487 754,99. Avropsavtalen av 18. juni 2012 utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (41) Etter loven § 7b første ledd er det et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*.
- (42) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser er det nærmere redegjort for skyldkravet. Der fremkommer blant annet at:

"Det er et vilkår for å illegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap – og innsikt."

- (43) Det må være et grunnleggende formål for offentlige oppdragsgivere å utforme konkurransegrunnlaget slik at det sikres konkurranse om offentlige anskaffelser. Bakgrunnen for at opsjonen likevel ble utformet på den måten at den ikke sikret innklagede bedre betingelser enn leverandørens alminnelige betingelser, er ikke forklart av innklagede. Innklagedes argumentasjon om at rammeavtalen ikke er benyttet på en måte som har til hensikt å begrense konkurransen, er i denne forbindelse lite treffende. Etter loven § 7b er det tilstrekkelig å konstatere at innklagede, eller noen *"som handler på [oppdragsgivers] vegne"*, har opptrådt grovt uaktsomt. Det er derfor ikke avgjørende at innklagede ikke selv har vært ansvarlig for utformingen av konkurransegrunnlaget mv., og at dette har foranlediget at det har vært nødvendig å foreta en tolkning av konkurransedokumentene, herunder CPV-kodene i kunngjøringen, for å avgjøre om tjenester er omfattet av rammeavtalen. Både innklagede og Vest-Finnmark Regionråd, som har gjennomført konkurransen på vegne av innklagede, forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har opptrådt *"grovt uaktsomt"* ved å inngå avropsavtalen.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (44) Det følger av loven § 7b første ledd at oppdragsgiver *"kan"* ilegges overtredelsesgebyr dersom innklagede eller noen som handler på dennes vegne har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse og skyldkravet i loven er oppfylt. Ved vurderingen av hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr *"skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning."*
- (45) I Ot.prp.nr.62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *"for å sikre større etterlevelse av regelverket"*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2010/305 premiss (37) med videre henvisninger. I saken ble det videre vist til klagenemndas sak 2007/90 premiss 52 hvor det ble lagt til grunn følgende:

"Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht. regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser."

- (46) I Ot.prp.nr.62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *"for å sikre større etterlevelse av regelverket"*.

Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2010/305 premiss (37) med videre henvisninger.

- (47) I saken ble det videre vist til klagenemndas sak 2007/90 premiss (52), hvor klagenemnda uttalte følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:

"Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht. regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser."

- (48) Klagenemnda har ovenfor konstatert at avropsavtalen av 18. juni 2012 ble inngått på betingelser som ikke var gjenstand for konkurranse, slik regelverket krever. Med vekt på preventive hensyn finner klagenemnda derfor at det bør ilegges overtredelsesgebyr.

Gebyrgrunnlaget

- (49) Innklagede har forklart at man vil betale til sammen 1 870 305 kroner i vederlag etter avropsavtalen i avtaleperioden på 36 måneder. Som utgangspunkt skal gebyret beregnes ut fra dette beløpet, jf. loven § 7b.
- (50) Klagenemnda finner likevel grunn til å gjøre fratrekk for de tjenestene i avropsavtalen som er priset likt med valgte leverandørs priser i den kunngjorte rammeavtalen. Disse tjenestene kunne innklagede ha kjøpt i medhold av den kunngjorte rammeavtalen uten at det hadde utgjort et brudd på regelverket. Dette gjelder tjenestene knyttet til support, overvåkning/tilsyn og ansvar for backup-løsninger. Utgifter til disse tjenestene utgjør et beløp på til sammen 174 690 kroner.
- (51) Klagenemnda finner ikke grunn til å gjøre fratrekk for utgiftene til housing mv. For avtaler som inneholder elementer som delvis er omfattet av regelverket, og som delvis er unntatt, er det hovedformålet med avtalen som avgjør hvilke regler som kommer til anvendelse. Det er ikke bestridt at hovedformålet med avropsavtalen gjelder utførelsen av tjenester som er omfattet av regelverket, og det er avropsavtalens samlede verdi som er unntatt fra konkurranse. IT-housing er – etter hva nemnda har forstått – heller ikke avhengig av geografisk plassering på samme måte som avtalene i kjerneområdet for forskriften § 1-3 (2) bokstav b. Det eksisterer også et alminnelig tjenestemarked for levering av housing-tjenester, hvor for eksempel klager er interessert i å inngi tilbud. På denne bakgrunn finner nemnda ikke grunn til å trekke utgiftene for housing fra i gebyrgrunnlaget.
- (52) Det er videre klart ikke grunnlag for å gjøre fratrekk for utgifter til linjeleie, planlegging og flytting av serverne.
- (53) Gebyrgrunnlaget utgjør etter dette 1 835 615 kroner.

Gebyrets størrelse

- (54) Når det gjelder gebyrets størrelse i foreliggende sak, vises det til de vurderinger som er gjort om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. Ved utmålingen av gebyret skal det, i likhet med spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser og gebyrets preventive virkning, jf. loven § 7b (2) første setning. Opplistingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 % av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b (2) andre setning. På bakgrunn av at avropsavtalens verdi ikke er særlig høy, og at opsjonen for så vidt ble utløst innenfor rammen av en kunngjort konkurranse, finner klagenemnda etter en samlet vurdering at gebyret kan settes til 7 prosent. Dette avrundes til 128 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

” Kautokeino kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 128 000

- hundredeogtjueåttetusen - kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato.”

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b femte ledd. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å begjære en sak prøvd for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl