



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede har inngått en kontrakt med Signicat AS om autentisering og elektronisk signering av dokumenter uten å kunngjøre en konkurranse om anskaffelsen. Innklagede anførte at det ikke var plikt til å kunngjøre kontrakten, fordi den ble inngått i medhold av en avtale mellom Statens lånekasse for utdanning og Signicat AS som inneholdt en rett for andre offentlige virksomheter til å slutte seg til denne avtalen. Klagenemnda fant at innklagedes tilslutning til avtalen ikke hadde hjemmel i endringsklausulen, og at innklagede, som følge av manglende kunngjøring, derfor har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 25. august 2015 i sak 2015/65

Klager: Maestro Soft AS

Innklaget: Innovasjon Norge

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Halvard Haukeland Fredriksen, Tone Kleven

Bakgrunn:

(1) Innovasjon Norge (heretter innklagede) kunngjorde 23. april 2015 en intensjonskunngjøring der det fremgikk at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Signicat AS (heretter valgte leverandør) om autentisering og elektronisk signering av dokumenter uten å gjennomføre en konkurranse. Begrunnelsen var at kontrakten som skulle inngås var basert på anskaffelsen Statens lånekasse for utdanning (heretter lånekassen) kunngjorde i 2011, og som åpnet for at andre offentlige virksomheter kunne knytte seg til avtalen. Anskaffelsens verdi var angitt til 1 550 000 kroner.

(2) I intensjonskunngjøringen punkt II.1.4 var det gitt følgende beskrivelse av anskaffelsen:

"Innovasjon Norge (IN) kunngjør med dette at vi har til hensikt å inngå kontrakt med Signicat AS om autentisering og elektronisk signering av dokumenter, e-signatur. IN bruker i dag et eget utviklet system for behandling av søknader for lån og tilskudd. Søknadsprosessen er delvis elektronisk og delvis papirbasert. Ved innvilgelse sendes i dag papirer for signering til kunden, og returnerte papirer behandles og arkiveres. For tiden løper flere prosjekter for å effektivisere prosessen for behandling av søknadene. En sentral del av effektiviseringen er elektronisk utsendelse og elektronisk signering av avtaledokumenter. IN stiller en rekke funksjonelle krav til løsningen [...]."

(3) Begrunnelsen for at anskaffelsen ikke var kunngjort fremgikk i intensjonskunngjøringen punkt D4.2.1:

"Kontrakten er ikke omfattet av direktivet. Kontrakten som skal inngås er basert på anskaffelsen Statens lånekasse for utdanning kunngjorde 22.12.2011. Lånekassen anskaffet en avtale om kjøp av elektronisk signeringsløsning med arkivtjeneste. Løsningen støtter avanserte elektroniske signaturer, jf eSignaturloven § 3-2. Lånekassen

tildelte og inngikk kontrakt med Signicat AS. Konkurranses grunnlaget for Lånekassens anskaffelse angir at: "Offentlig sektor har parallelt med Lånekassen igangsatt et arbeid for å kunne tilby elektronisk signeringsløsning. For å samordne og koordinere det offentlige tjenester og kjøp av løsning, kan det være aktuelt at andre offentlige virksomheter vil knytte seg til den løsning/avtale som Lånekassen her skal etablere". Avtalen med Signicat AS angir at: "Andre offentlige virksomheter kan knytte seg til signeringsløsningen og benytte seg av tjenestene under denne. Vilårene for tilslutning til Driftsavtalen vil være de samme som gjelder for Kunden og som er beskrevet i denne Driftsavtalen". IN har besluttet å knytte seg til avtalen. INs bruk av signeringsløsning knyttes opp mot digitaliseringen og effektiviseringen av behandling av søknader. Kontrakt vil signeres ultimo mai 2015. Det økonomiske omfanget av avtalen er estimert til 1 550 000 kr eks mva over de neste 4 år. INs bruk av signeringsløsningen knyttes opp mot håndtering av søknader om tilskudd, lån og andre finansielle tjenester i IN. I Lånekassens kunngjøring ble det angitt hvor mange som søkte støtte for skoleåret 2010-2011. 383 985. Til sammenligning vil IN behandle ca 9000 lånesøknader pr år. Dette utgjør ca 2,3 % av Lånekassens volum."

- (4) Maestro Soft (heretter klager) sendte den 29. april 2015 en epost til innklagede og stilte spørsmål om innklagede hadde adgang til å inngå kontrakt med valgte leverandør uten forutgående kunngjøring. Innklagede besvarte e-posten den 8. mai 2015:

"Dette er noe vi kan gjøre som statlig virksomhet når denne muligheten har vært en del av den opprinnelige konkurransen og er omfattet av kontrakten som er inngått mellom Statens lånekasse og Signicat AS. [...] Vi beklager å måtte meddele at vi ikke kan imøtekomme deres ønske om å invitere til ny konkurranse som signeringsløsning. Dette er begrunnet i viktigheten av å følge den oppsatte planen og fremdriften i flere it-prosjekter i Innovasjon Norge som vil være berørt av løsningen. Det vil være en vesentlig ulempe for Innovasjon Norge om vi skal avvike fra den kursen som nå er valgt, og som av hensyn til transparens ble kunngjort i Doffin 23. april. d.å. Videre vurderer vi det som økonomisk svært fordelaktig å knytte seg til denne fellesløsningen. Vi har forståelse for deres situasjon som liten aktør, men kan av virksomhetskritiske hensyn likevel ikke endre den kunngjorte beslutningen om å tildele kontrakt til Signicat AS."

- (5) Innklagede har opplyst at kontrakt med valgte leverandør ble inngått den 3. juni 2015.
- (6) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 15. juni 2015.
- (7) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. august 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (8) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre en konkurranse om anskaffelsen av e-signaturløsning. Avtalen mellom lånekassen og valgte leverandør ga ikke hjemmel til å unnlate kunngjøring, ettersom kunngjøringen ikke spesifiserte hvilke oppdragsgivere som kunne omfattes av avtalen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (9) Klagers anførsel bestrides. Det var ikke i strid med regelverket å slutte seg til lånekassens avtale med valgte leverandør. Kunngjøringen åpnet for at andre "*offentlige virksomheter*" kunne slutte seg til avtalen, og det forelå dermed hjemmel til å unnlate kunngjøring.

Klagenemndas vurdering:

- (10) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved tilslutning til avtale om e-signaturløsning. Anskaffelse av e-signaturløsning er en tjenesteanskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsens verdi er i intensjonskunngjøringen angitt til 1 550 000 kroner.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (11) Klagers anførsler retter seg mot innklagedes tilslutning til avtalen 3. juni 2015, herunder at innklagede ikke hadde hjemmel for å unnlate kunngjøring. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt 15. juni 2015 og er med dette rettidig.
- (12) En oppdragsgivers tilslutning til en kontrakt mellom en annen oppdragsgiver og en leverandør, innebærer som utgangspunkt at den nye oppdragsgiverens kjøp ikke er kunngjort i henhold til regelverket. Innklagedes kontrakt med valgte leverandør skulle etter sin art og verdi vært kunngjort, jf. forskriften § 9-1 (1), og er dermed en ulovlig direkte anskaffelse dersom det ikke foreligger grunnlag for å unnlate kunngjøring, jf. § 4-1 bokstav q. Som grunnlag for at kontrakten ikke ble kunngjort har innklagede vist til opsjonen i lånekassens kunngjorte avtale fra 2011, om mulig tilslutning av ytterligere offentlige virksomheter.
- (13) I lånekassens kunngjorte konkurranse om anskaffelse av e-signaturløsning av desember 2011 fremgikk det av konkurransegrunnlaget at det kan være "*aktuelt at andre offentlige virksomheter vil knytte seg til den løsning/avtale som Lånekassen her skal etablere, alternativt kan det være aktuelt å overdra avtalen til annen offentlig virksomhet. Ved en eventuell overdragelse av avtale vil det på tilsvarende måte være aktuelt at alle offentlige virksomheter som tilbyr elektroniske tjenester skal kunne knytte seg til avtalen og benytte seg av de tjenestene som fremkommer av denne.*"
- (14) Det at en endringsbestemmelse eller opsjon åpner for en viss endring eller utvidelse av en kontrakt, er ikke uten videre tilstrekkelig til å konstatere at bruk av den innebærer at det ikke foreligger en ny og kunngjøringspliktig anskaffelse, jf. også EU-domstolens avgjørelse i sak C-340/02 (Kommisjonen mot Frankrike) premiss (36). Her fremgår at "*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*". Sue Arrowsmith¹, skriver i denne forbindelse at: "*a change cannot be permitted merely because it is contemplated in the contract in advance – that would provide carte blanche to avoid the constraints of the Directive by amending or extending any contract as soon as it is concluded by including a general*

¹ "The Law of Public and Utilities Procurement" (2014) 3. utgave s. 587

clause that provides for adjustment of obligations by mutual agreement". Det nye direktivet om offentlige anskaffelser i klassisk sektor, 2014/24/EU, som avløser direktiv 2004/18/EF, inneholder i artikkel 72 også en bestemmelse om endring av kontrakter. Endringer vil etter denne være lovlige dersom de *"er forudset i de oprindelige udbudsdokumenter i klare, præcise og entydige revisionsklausuler"* og *"omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder samt betingelserne for deres anvendelse"* er fastsatt. Bestemmelsen må på dette punkt anses som en kodifisering av EU-domstolens praksis, og gir uttrykk for gjeldende rett, jf. også Arrowsmith (s. 589).

- (15) Spørsmålet for nemnda blir dermed om den kunngjorte endringsklausulen ga innklagede rett til å unnlate kunngjøring og slutte seg til avtalen. Dette beror på om innklagedes tilslutning er forutsett på en klar, presis og entydig måte i endringsklausulen.
- (16) Klausulen om at *"[a]ndre offentlige virksomheter kan knytte seg til signeringsløsningen og benytte seg av tjenestene under denne"* angir ingen begrensninger med hensyn til kretsen av mulige offentlige oppdragsgivere. I klagenemndas sak 2012/195 hadde oppdragsgiveren på tilsvarende måte i kunngjøringen angitt at *"andre bedrifter i Modum kommune gis rett til å slutte seg til avtalen"*. Klagenemnda tok først og fremst stilling til denne klausulens lovlighet, men uttalte seg også om potensielle oppdragsgiveres navn måtte fremgå i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget for å kunne slutte seg til avtalen på et senere tidspunkt. Nemnda skriver i premiss (16), med henvisninger til Arrowsmith, at *"uansett om det må kreves at alle oppdragsgivernes navn angis spesifikt eller kun ved en mer upresis angivelse, så må minstekravet til de opplysningene som skal gis settes slik at leverandørene er i stand til å "judge the likely size of the project"*.
- (17) I likhet med sak 2012/195 gjør endringsklausulen i vår sak det umulig å forutse omfanget av kontrakten og kretsen av mulige oppdragsgivere. Det var også opplyst i konkurransegrunnlaget at *"[t]otalt omfang ved en eventuell overdragelse eller flere brukere er på nåværende tidspunkt vanskelig å oppgi konkrete tall på"*. Opplysninger om disse forholdene har både betydning for om en leverandør ønsker å inngi tilbud og for hvilke priser og andre vilkår leverandøren kan tilby, jf. sak 2012/195 premiss (18). Selv om kontraktsvilkårene for tilsluttende oppdragsgivere var de samme som for lånekassen, heftet det betydelig usikkerhet ved grunnlaget for tilbudene. Etter nemndas syn kan det derfor vanskelig sies at kontraktens reelle omfang var gjenstand for konkurranse ved lånekassens anskaffelse. Endringsklausulen åpner også for en vesentlig utvidelse av det opprinnelige kontraktsomfanget. Arrowsmith uttaler i den sammenheng at *"if the new services significantly increase the size of the project or are of a very different kind, there may be a new contract, even if the terms for any new services are established through a pre-established change mechanism"* (s. 588).
- (18) Endringsklausulen kan på denne bakgrunn ikke utgjøre et lovlig grunnlag for innklagedes unnlatelse av kunngjøring av konkurransen om anskaffelsen.
- (19) Som følge av manglende kunngjøring har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse jf. § 9-1 (1) jf. § 4-1 bokstav q.

Konklusjon:

Innovasjon Norge har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven

Dokumentet er godkjent elektronisk