



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse, de generelle kravene i § 4, klassifisering av anskaffelse

Klager anfører brudd på forskriftens § 21-1 for feil bruk av CPV koder i kunngjøringen av konkurranse om anskaffelse av løsning for konkurransegjennomføringsverktøy (KGV) og kontraktsadministrasjonsverktøy (KAV) gjennomført av Arbeids- og velferdsdirektoratet. Klagenemnda kom til at oppdragsgiver hadde brutt forskriften § 21-1 ved å ikke benytte en CPV-kode som presist gjelder KGV og KAV. Nemnda kom til at feilen ikke kunne sidestilles med at anskaffelsen ikke var kunngjort, og at det dermed ikke ville utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse å inngå kontrakt.

Klagenemndas avgjørelse 6. november 2024 i sak 2024/1374

Klager: Merzell Norge AS

Innklaget: Arbeids- og velferdsdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Arbeids- og velferdsdirektoratet (heretter *innklagede*) kunngjorde 1. mars 2024 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av løsning for konkurransegjennomføringsverktøy (KGV) og kontraktsadministrasjonsverktøy (KAV). Avtalens varighet var 5 år, med automatisk fornyelse i inntil 5 år i ettårs-intervaller, dersom avtalen ikke sies opp av partene. Anskaffelsens verdi ble ikke angitt i kunngjøringen. Frist for forespørsel om deltakelse var 3. april 2024. Tilbudsfristen var 1. mai 2024.
- (2) I kunngjøringen var det angitt Hoved-CPV-kode: «72000000 Datatjenester: rådgivning, programvareutvikling, internett og systemstøtte». De øvrige CPV-kodene var «48200000 Nettverks, internett og intranett programvare», «72100000 Rådgivning vedrørende maskinvare», «72220000 Systemtjenester og tekniske konsulenttjenester» og «72230000 Utvikling av kundespesifisert programvare».
- (3) I forkant av konkurransen gjennomførte innklagede en markedsundersøkelse og høring av utkast til konkurransegrunnlaget. I den påfølgende kunngjøringen fulgte det at innklagende skulle anskaffe «*skytjenester (SaaS) hvor ytelsen leveres som standard programvare, gjennom nettverk fra datasentre primært lokalisert innenfor EU/EØS*». SaaS-skytjeneste er en forkortelse for software as a service.
- (4) Ved fristen for prekvalifisering forelå det forespørsel om å delta i konkurransen fra BravoSolution UK og KPMG AS. Begge leverandørene ble ansett kvalifisert.
- (5) I konkurransegrunnlaget var følgende angitt om anskaffelsens innhold og omfang:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

«Arbeids- og velferdsetaten skal anskaffe løsning for konkurransegjennomføring og kontraktsadministrasjon (KGV/KAV) for NAV innenfor anskaffelsesområdene Drift, Hjelpemidler og Arbeidsmarkedstiltak.

Anskaffelsen skal dekke behov for løsning innenfor:

- *Konkurransegjennomføring (KGV) for offentlige anskaffelser*
- *Kontraktsadministrasjon (KAV) og leverandørutvikling (SRM)*
- *Innmelding av interessenters behov*
- *Prosess- og ressursplanlegging*
- *Leverandørregister*

Løsningen skal legge til rette for at NAV kan:

- *Etterleve aktuelle lov- og forskriftskrav på anskaffelsesområdet*
- *Sikre effektive og brukervennlige arbeidsprosesser og bygge videre på strukturer som er etablert i organisasjonen*
- *Bidra til at fagområdet anskaffelser og avtaleforvaltning videreutvikles som en viktig bidragsyter i organisasjonen for effektive og kostnadsbesparende løsninger*
- *Oppnå økt digitalisering og økt automatisering av prosesser og rutiner innenfor anskaffelses og avtaleforvaltningsområdet, med god samhandling med eksempelvis Microsoft Office 365 og NAVs administrasjons- og økonomisystemer.*

Omfang på leveransen:

- *Løsningen skal brukes av mellom 700 til 1000 NAV-ansatte for*
 - *anskaffelser (ca. 100 pr. år)*
 - *minikonkurranser (ca. 1000 pr. år)*
 - *avtaleforvaltning (ca. 1800 avtaler)*
- *Tilleggstjenester*
 - *Etableringsprosjekt inkludert minimum integrasjoner og migrering av data*
 - *bistand*

(6) Tildelingskriteriene i konkurransen var «kvalitet» (vektet 70 prosent) og «pris» (vektet 30 prosent).

- (7) Både BravoSolution og KPMG AS leverte tilbud innen tilbudsfristen. BravoSolution ble avvist fra konkurransen på grunn av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Innklagede gjennomførte deretter to forhandlingsmøter med KPMG AS.
- (8) Merzell Norge AS (heretter *klager*) begjærte midlertidig forføyning til Oslo tingrett 31. mai 2024. Klager anførte at de ikke deltok i konkurransen fordi det i kunngjøringen ikke var benyttet CPV-kode 48490000 «*Programvare for innkjøp*», og at de derfor ikke hadde fått med seg konkurransen. Saken var berammet i Oslo tingrett mandag 26. august 2024. Fredag 23. august 2024 fant innklagede ved en tilfældighet i en logg i sitt eksisterende KGV-verktøy (Merzell-portalen) at klagers Bid manager 12. mars 2024 hadde vært inne på konkurransen og lest første runde av spørsmål/svar. Innklagede meldte dette som bevis i saken, og klager trakk begjæringen om midlertidig forføyning, én dag før saken var berammet for tingretten.
- (9) Innklagede sendte meddelelse om kontraktstildeling til berørte leverandører 3. september 2024, hvor det fremgikk at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med KPMG AS.
- (10) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 5. september 2024.
- (11) Innklagede har bekreftet at de vil avvente kontraktsinngåelse til saken er behandlet av klagenemnda.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. november 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å publisere konkurranse om anskaffelse av løsning for konkurransegjennomføring (KGV) og kontraktsadministrasjonsverktøy (KAV) med mangelfulle CPV koder, jf. Forskriftens § 21-1. I konkurransen etterspør innklagede en programvare (software) for KGV og KAV gjennom en skytjeneste (as a service), noe som tydelig fremkommer i beskrivelsene av anskaffelsen i kunngjøringen, kvalifikasjonsgrunnlaget og konkurransegrunnlagets bilag 1. At programvaren leveres som en software as a service (SaaS) er kun en betegnelse på leveringsmodell, hvor selve programvaren uansett må anses som en vare. Konkurransen hadde dermed et betydelig vareelement, som CPV-kodene må dekke ettersom oppdragsgivere må benytte CPV-koder som dekker alle elementer som anskaffelsen gjelder, jf. Rt. 2008 side 982 Catch Communications.
- (14) Innklagede har selv benyttet en CPV-varekode som er feil. Det vil ha formodningen mot seg at innklagede ikke har ment at det var et vareelement i anskaffelsen, når en slik CPV-kode er benyttet. Varekoden innklagede har benyttet er imidlertid misvisende. I stedet skulle innklagede benyttet den meget presise CPV-koden 48490000 *Programvare for innkjøp*, som er koden som er gjengs-praksis ved anskaffelser relatert til KGV.
- (15) Når det foreligger en presis CPV-kode, er innklagede forpliktet til å benytte denne. Innklagede kan ikke høres med at den tilhørende teksten er relevant for å nå ut til relevante leverandører i EØS-markedet. Dette vil være i motstrid med ordlyden og formålet med

CPV-forordningen, slik også Høyesterett i Catch Communications og EFTA-domstolen i Kristiansand kommune. Klager stiller dermed spørsmål ved om tidligere klagenemndas praksis i tilstrekkelig grad er i overensstemmelse med Norges internasjonale forpliktelser etter EØS.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Konkurransen er kunngjort i tråd med anskaffelsesforskriften § 21-1, jf. direktiv 2014/24/EU artikkel 49 og bilag V del C til direktivet. Ved kunngjøringen valgte innklagede å benytte en «tjeneste-kode» på et høyt abstraksjonsnivå, ved kategori 72 (72000000 *Datatjenester: rådgivning, programvareutvikling, internett og systemstøtte*). Å velge en kode på et høyt abstraksjonsnivå var treffende, all den tid det ikke finnes noen tjenestekode som mer spesifikt favner om skytjenester, som er skalerbare databaserte tjenester som leveres fra eksterne servere via internett. CPV-kodene som ble benyttet har dermed sikret at potensielle leverandører ble gitt tilstrekkelig anledning til å konkurrere om kontrakten.
- (17) I tillegg supplerte innklagede med ulike tilleggskoder for, etter beste skjønn, å kommunisere hva anskaffelsen angår. Det kan imidlertid ikke stilles krav om å benytte CPV-koden som klager anfører ettersom en skytjeneste utelukker tilbud på on premise programvare. Det er følgelig ikke feil at CPV-koden 48490000 «*Programvare for innkjøp*» ikke er benyttet i en anskaffelse av skytjenester, ettersom denne koden forutsetter at det er varer som skal anskaffes.
- (18) Uansett har innklagede handlet innenfor oppdragsgivers skjønn ved valg av CPV-kode. Dette gjelder også om nemnda skulle finne at det finnes CPV-koder som bedre kunne beskrevet hvilke ytelser som skal anskaffes enn innklagede har benyttet. I vurderingen av innklagedes handlingsrom er det relevant å se hen til kunngjøringen for øvrig, herunder tittelen på anskaffelsen jf. klagenemndas praksis og juridisk teori.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av løsning for konkurransegjennomføring (KGV) og kontraktsadministrasjonsverktøy (KAV). Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt i kunngjøringen. 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.
- (20) Klager har ikke deltatt i konkurransen, men har deltatt i forberedende faser av anskaffelsen og var en potensiell leverandør. Nemnda må følgelig foreta en nærmere vurdering av hvorvidt klager har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 (2) første punktum. Klager har eksplisitt anført at klagenemnda ikke skal ta stilling til om en eventuell feil ved kunngjøringen gir en plikt til avlysning. Klagenemnda forstår denne anførselen i lys av at det er klart at feilen ikke har hatt betydning for klagers manglende deltagelse i anskaffelsen, og at klager ikke har sannsynliggjort at en eventuell feil i kunngjøringen har hatt betydning for øvrig deltagelse i anskaffelsen. Ettersom klager ikke har anført at feilen skal føre til avlysning, har klager i utgangspunktet ikke saklig klageinteresse etter klagenemndsforskriften § 6.
- (21) Klager har imidlertid anført at dersom nemnda kommer til at det foreligger feil ved kunngjøringen, så kan feilen innebære at det vil utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse dersom kontrakt signeres, som kan medføre at oppdragsgiver velger å avlyse. På

bakgrunn av denne anførselen har nemnda likevel kommet til at klager har saklig klageinteresse etter klagenemndsforordningen § 6.

- (22) Klagenemnda skal derfor i det følgende ta stilling til om innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å kunngjøre konkurransen uten å ha benyttet CPV-koden 48490000 «Programvare for innkjøp». Dersom regelverket er brutt, blir spørsmålet om denne mangelen kan sidestilles med en ulovlig direkteanskaffelse, dersom kontrakt inngås.
- (23) Oppdragsgivers kunngjøringsplikt for anskaffelser som følger del III fremgår av forordningen §§ 21-1 og 21-2. Etter § 21-2 skal oppdragsgiver kunngjøre konkurransen ved en alminnelig kunngjøring når oppdragsgiver skal inngå kontrakt ved konkurranse med forhandling. Bestemmelsen er en gjennomføring av direktiv 2014/24/EU artikkel 49, hvor det fremgår at kunngjøringen skal inneholde informasjon som fastsett i bilag V del C til direktivet. Det følger av nr. 5 i bilag V del C at kunngjøringen skal inneholde CPV-koder.
- (24) CPV står for Common Procurement Vocabulary, og viser til EU-kommisjonens felles vare- og tjenestekoder innen EU/EØS-systemet. Disse felleskodene ble innført med sikte på felles forståelse av anbudskunngjøringer, uavhengig av språk, jf. Forordning (EF) Nr. 2195/2002 fortalens avsnitt 4.
- (25) EFTA-domstolens sak E-4/17 avsnitt 90 anga at oppdragsgivere i kunngjøringen skal benytte et «*complete and sufficiently precise set of CPV codes*». Begrunnelsen knyttes til at strenge krav til nøyaktige og beskrivende CPV-koder er den eneste måten å sikre formålet om én felles forståelse av anbudskunngjøringer i EU/EØS-systemet, ettersom CPV-koder er det eneste objektive og språknøytrale virkemiddelet oppdragsgiver har til å nå frem til relevante leverandører i hele EØS.
- (26) Ved vurderingen av når bruken av CPV-koder er «*complete and sufficiently precise*», er det relevant å se hen til EU-kommisjonens veileder for bruk av CPV-koder «Vejledning til det fælles glossar for offentlige kontrakter». Veilederen er ikke juridisk bindende, men gir veiledning ved fastsettelsen av hvorvidt oppdragsgiveren har oppgitt kodene «*complete and sufficiently precise*». I veilederens kapittel 6.2 *Hvilken kode skal jeg vælge?* følger det at:

«Ordregivere skal forsøge at finde en kode, der svarer så præcist som muligt til deres behov. Der kan naturligvis anvendes **mere end én kode** i standardformularerne til udbudsbekendtgørelser (se webstedet eNotices). Den første kode vil imidlertid blive betragtet som en overskrift. Den kan derfor være lidt mere generel (med flere nuller til sidst) end de øvrige koder, f.eks. hvis **ingen af de mere præcise koder er velegnede**.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at der kan vælges **mere end én kode fra primærglossaret**; det anbefales dog at vælge højst 20 koder.

Hver kode kan præciseres yderligere afhængigt af ordregiverens specifikke behov ved at tilføje **flere koder fra det supplerende glossar**».

- (27) Veilederen legger opp til at det må forventes at oppdragsgivere må være presis i valg av CPV-koder, og synes å forutsette at generelle koder er et virkemiddel der det ikke finnes konkrete CPV-koder for det som skal anskaffes. En slik forutsetning er i tråd med den hierarkiske oppbyggingen av CPV-kodene som er kommet til uttrykk i direktiv

2014/24/EU fortale avsnitt 119. At terskelen for nøyaktighet er høy, underbygges ytterligere av at EU-kommisjonens veileder åpner for å benytte inntil 20 CPV-koder for å gi en dekkende beskrivelse av det som skal anskaffes.

- (28) Av EFTA-domstolens avgjørelse i E-4/17 avsnitt 90 og Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2008 side 982 avsnitt 37-40 og 47, følger det at der en anskaffelse omfatter to viktige elementer, må man forsøke å angi CPV-koder som dekker begge disse elementene.
- (29) Spørsmålet blir følgelig om det er benyttet tilstrekkelig presis(e) CPV-kode(r) for anskaffelsen av KGV og KAV, ved å kunngjøre konkurransen uten å ha benyttet en CPV-koden 48490000 «*Programvare for innkjøp*».
- (30) I konkurransegrunnlaget, kravspesifikasjonen og kunngjøringen uttales det gjennomgående at det skal anskaffes en skybasert løsning. Kjernen i en skybasert løsning er at oppdragsgiveren selv ikke trenger å laste ned eller installere noen programvare, men kan bruke løsningen direkte over internett. Skybaserte løsninger har således klare tjenesteelementer. Det vises i den forbindelse til Meld. St. (2018-2019) side 137, Prop. 109 LS (2022-2023) side 8 og 20 og Regjeringens digitaliseringsrundskriv D-1/24 punkt 1.13, som alle beskriver skyløsninger som tjenester.
- (31) Innklagede anfører at kontrakten kun inneholder tjenesteelementer, og at en skytjeneste ikke kan betraktes som en blandet kontrakt, jf. forskriftens § 6-1 (2). Klager fremholder at det i bunn er programvare, som er en vare, som så leveres med tjenester som tilleggsэлеment, og at det i hvert fall er en blandet kontrakt. Nemnda konstaterer at CPV-kodene som benyttes ble vedtatt i 2008, og dermed utarbeidet før skytjenester var særlig etablert. Det er følgelig vanskelig å finne dekkende CPV-koder som beskriver den aktuelle skytjenesten det gjelder, uten å benytte både vare- og tjenestekoder. Der det finnes en presis CPV-kode for en type programvare levert som vare, men det ikke finnes en tilsvarende CPV-kode for den aktuelle typen programvare levert som en skytjeneste, fordi CPV-kodene ikke tar høyde for overgang fra on premise varer til sky, vil kravet til en tilstrekkelig presis bruk av CPV-koder tilsi at CPV-koden for programvaren levert som vare burde vært inkludert i kunngjøringen.
- (32) Det er i teorien tatt til orde for at oppdragsgivere har en viss frihet til å velge hvilket detaljnivå CPV-koden skal angis på, jf. eksempelvis Dragsten, «Anskaffelsesloven Med forskrift Kommentirutgave», 2020, side 208 og Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, «EU's Udbudsdirektiver» (2. utgave 2008), side 986. Et skjønn knyttet til hvor nøyaktig koden behøver å være synes å være i tråd med EFTA-domstolens vurderingstema om at oppdragsgivere benytter en «*complete and sufficiently precise set of CPV codes*» i E-4/17 avsnitt 90.
- (33) Oppdragsgiver har i denne anskaffelsen benyttet en bred CPV-kode med bare to sifre som angir tjenesteelementet i å få satt opp tjenesten. Det var i tillegg benyttet tre CPV-koder for mer spesifikke tjenesteelementer med henholdsvis 3 og 4 sifre som gjaldt rådgivning vedrørende maskinvare, systemtjenester og tekniske konsulenttjenester og utvikling av kundespesifisert programvare. Ingen av disse anga særlig presist hva som skulle anskaffes. I tillegg var det benyttet en varekode med 3 sifre som gjaldt programvare for nettverks-, internett og intranett programvare. Denne CPV-koden har innklagede selv gitt uttrykk for at var feil. I lys av dette, og at det faktisk finnes en presis kode for programvaren man skulle anskaffe levert som vare, så var det feil at denne ikke var

inkludert i kunngjøringen. Å ikke inkludere denne i kunngjøringen utgjør derved et brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 21-2 (1).

- (34) Klagenemnda skal så i det videre ta stilling til om fraværet av CPV-koden 48490000 «Programvare for innkjøp» innebærer at det vil utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse å inngå kontrakt.
- (35) En ulovlig direkteanskaffelse er en anskaffelse hvor det foreligger kunngjøringsplikt, men der anskaffelsen ikke er kunngjort, jf. Prop. 51 (2015-2016) side 86. Feil i kunngjøringen kan føre til at anskaffelsen ikke anses kunngjort, på linje med de tilfeller hvor anskaffelsen ikke er kunngjort i det hele tatt. Etter nemndas oppfatning kan imidlertid ikke enhver mangel i kunngjøringen medføre en ulovlig direkteanskaffelse, så lenge det etter en konkret vurdering kan sannsynliggjøres at anskaffelsen gjennom kunngjøringen er gjort tilstrekkelig kjent for aktuelle leverandører i det aktuelle markedet i EØS-området. Det vil medføre et betydelig spill med offentlige ressurser, som er klart i strid med lovens formål, dersom konkurranser hvor alle potensielle leverandører er nådd gjennom kunngjøringen må kunngjøres på nytt.
- (36) I samme retning trekker klagenemndas sak 2013/136. Saken gjaldt en anskaffelse av rammeavtaler om konsulenttjenester, hvor nemnda fant at det for flere av fagområdene fantes mer presise CPV-koder. Nemnda den gangen fant likevel ikke at manglene som forelå, kunne sidestilles med at innklagede ikke hadde kunngjort oppdragene. Begrunnelsen var at innklagede hadde benyttet mer generelle koder hvor alle egenskapene anskaffelsen gjaldt var omfattet.
- (37) I den foreliggende saken er det ikke noe som indikerer at den manglende CPV-koden for anskaffelse av programvare har hatt betydning for gjennomføringen av anskaffelsen, eller hindret konkurransen i å nå ut til alle potensielle tilbydere i EU/EØS. Dette underbygges av at KGV-markedet har svært begrenset med eksisterende aktører, og at innklagede hadde stilt krav om at løsningen skulle leveres på norsk. Nemnda vil også fremheve at klager er en svært stor aktør i markedet med god oversikt. Klager har imidlertid ikke vist til konkrete aktører som ikke har deltatt i vurderingen på grunn av mangelen, noe man burde forvente dersom feilen hadde hatt betydning.
- (38) Det er sannsynliggjort at anskaffelsen gjennom kunngjøringen er gjort tilstrekkelig kjent for aktuelle leverandører i det aktuelle markedet i EØS-området. Nemnda har derfor kommet til at mangelen i kunngjøringen ikke kan sidestilles med at anskaffelsen ikke er kunngjort og at det dermed heller ikke vil medføre en ulovlig direkteanskaffelse å inngå kontrakt.
- (39) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert, har ikke påvirket resultatet av konkurransen, og gir ikke grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å ikke inkludere CPV-koden for programvare for innkjøp. Feilen innebærer ikke at det vil utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse å inngå kontrakt.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur