



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Forsvarets logistikkorganisasjon
Oslo mil/Akershus
0015 OSLO

Deres ref.

Vår ref.
11/630

Dato
06.07.2012

Anskaffelsesrettslig handlingsrom ved kjøp av Microsoft-lisenser

Innledning

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) viser til Forsvarets logistikkorganisasjons (FLO) henvendelser av 16. februar 2011 og 8. mai 2012. FAD beklager den lange saksbehandlingstiden.

FLO ber om en avklaring på om Forsvaret kan kunngjøre kjøp av fremtidige lisensbehov, innenfor nærmere oppgitte områder, som behov for Microsoftlisenser, eller om behovet må kunngjøres funksjonelt og produktnøytralt. FAD har forstått det dit hen at ønsket om å kunne be om et merkespesifikt produkt bygger på at dette vil være en forutsetning for å få produkter som kan fungere med eksisterende tekniske løsninger – med andre ord: de eksisterende IKT-plattformene vil ikke være funksjonelle med andre produkter enn Microsoftprodukter, grunnet lisensbegrensninger.

Vi bemerker innledningsvis at det er domstolene og ikke departementet som har kompetanse til å tolke anskaffelsesregelverket med bindende virkning. FADs oppgave er å gi generell veiledning hva gjelder det nærmere innholdet i anskaffelsesregelverket, og med denne bakgrunn har vi følgende kommentarer:

Anskaffelsesregelverket

Regelverket om offentlige anskaffelser er i det vesentlige et prosedyreregulativ for det offentlige innkjøpsrutiner som skal bidra til ”økt verdiskapning i samfunnet” jf. lov om offentlige anskaffelser (LOA) § 1 og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 1-1. Innkjøpene skal skje på bakgrunn av blant annet konkurranse, likebehandling og ikke-diskriminering, jf. FOA § 3-1.

Postadresse
Postboks 8004 Dep
N-0030 OSLO
postmottak@fad.dep.no

Kontoradresse
Akersg. 59

Telefon
22 24 90 90
Org. nr.
972 417 785

Konkurransopolitisk
avdeling
Telefaks
22 24 27 23

Saksbehandler
Jørgen Jahr-Hopperstad
22244392

Prinsippene er materialisert i form av detaljerte prosedyrebestemmelser i FOA.¹ For eksempel er den klare hovedregelen at anskaffelser skal kunngjøres jf. forskriftens § 18-3 (1) og beskrives på en nøytral og ikke-diskriminerende måte for dermed å åpne for at enhver potensiell leverandør kan levere tilbud, jf. FOA § 17-3 (1) til (3).

FLO spør i sin henvendelse om adgangen til å kunngjøre behovet for et bestemt merkenavn (Microsoft). En slik kunngjøring vil innebære et brudd med nevnte utgangspunkt da man utelukker leverandører av andre merker.² Spørsmålet er om det etter regelverket er adgang til dette.

FOA § 17-3 Krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner

FOA § 17-3 stiller krav til måten den konkrete anskaffelsen skal beskrives for markedet. Det følger av annet ledd at ”[t]ekniske spesifikasjoner skal gi leverandørene like muligheter og må ikke medføre unødvendige hindringer for konkurranse om offentlige kontrakter”.

Bestemmelsen gir uttrykk for den klare hovedregelen – kravene til anskaffelsen skal ikke favorisere enkelte leverandører eller produkter fremfor andre.

Paragraf 17-3 (10) er et unntak fra nevnte hovedregel. Bestemmelsen lyder:

*Med mindre kontraktens gjenstand berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til et bestemt merke, en bestemt opprinnelse, en bestemt prosess, eller til varemerker, patenter, typer eller en bestemt opprinnelse eller produksjon som har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Slik henvisning skal unntaksvis tillates der en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand i henhold til fjerde og femte ledd ikke er mulig. En slik henvisning skal ledsages av uttrykket «eller tilsvarende».*³

Annen setning synes å erkjenne at det kan være tilfeller hvor det er umulig for oppdragsgiver å beskrive på en tilfredsstillende måte det man ønsker å kjøpe, jf. ”en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand [...] ikke er mulig”. I slike tilfeller kan det henvises til et ”varemerke[]”, men da må henvisningen etterfølges av formuleringen ”eller tilsvarende”.

Slik FAD leser FLOs henvendelse, er ikke problemet at det ikke lar seg gjøre å gi en ”tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand” i samsvar med hovedregelen i forskriften. Det er likevel ikke ønskelig å gjøre dette, da FLO kan risikere å få

¹ Vi har fått opplyst at FLOs anskaffelsens antatte verdi ligger over EØS-terskelverdiene og vil derfor knytte kommentarene våre til forskriftens del III.

² FAD forutsetter her at Microsoft er å regne som et produktnavn, og ikke en ”teknisk forskrift” jf EU’s Udbudsdirektiver - Med kommentarer af Michael Steinicke Lise Groesmeyer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag s. 731.

³ Direktiv 2004/18 (da) artikkel 23 nr. 8 som FOA § 17-3 (10) er hentet fra, lyder:

8. Medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, må de tekniske specifikationer ikke angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, og de må ikke henvisse til et bestemt mærke, et bestemt patent eller en bestemt type, til en bestemt oprindelse eller til en bestemt produktion med det resultat, at visse virksomheder eller produkter favoriseres eller elimineres. En sådan angivelse eller henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3 og 4; en sådan angivelse eller henvisning skal efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«.

leveranser som ikke kan fungere med eksisterende løsninger. Spørsmålet er derfor om 10. ledd inneholder ytterligere et unntak – en adgang til å fravike hovedregelen om produktnøytral beskrivelse utelukkende med bakgrunn i ”kontraktens gjenstand”.

Bestemmelsen ordlyd er ikke klar på dette punktet slik FAD leser den. Det kan hevdes at § 17-3 10. ledd skal forstås slik at setning nr. 2 bare er en presisering av hva som menes med ”kontraktens gjenstand” – med andre ord: dersom det ikke lar seg gjøre å beskrive anskaffelsen på en annen måte, tilsier kontraktens gjenstand at det kan vises til et bestemt varemerke eller lignende. Dersom man legger dette til grunn, er det likevel grunn til å spørre hvorfor formuleringen ”kontraktens gjenstand” er introdusert i første setning.

Regelen er omtalt i teorien. Dansk teori problematiserer ikke om det er ett eller to unntak, mens synes å mene at det kun er snakk om ett, jf. blant annet formuleringen om at direktivbestemmelsen ”kræver mangel på forståelighed og nøjagtighed i beskrivelsen af opgaven ved hjælp af specifikationer for, at undtagelsen kan anvendes.”⁴

Sue Arrowsmith synes på den annen side å være av den oppfatning at direktivbestemmelsen som FOA § 17-3 (10) bygger på, nettopp inneholder to alternative vilkår for å fravike hovedregelen om en produktnøytral fremstilling. Hun sier om direktivet at ”[a]s at present, the obligation does not apply when such references are justified by the subject of the contract. It also does not apply when it is not possible to give a precise or intelligible description of the product using the listed specifications or using performance or functional requirements.”⁵ (FADs understreking.)

Norsk teori har sagt følgende om bestemmelsen slik den stod i den gamle anskaffelsesforskriften: ”Kan kontraktsgjenstanden ikke beskrives tilfredsstillende på annen måte, berettiger kontraktsgjenstanden at det angis et bestemt fabrikat. Unntaket i annet ledd omfattes således situasjonen i fjerde ledd. Vi antar imidlertid at kontraktsgjenstanden i særlige tilfeller kan berettige en angivelse av et bestemt fabrikat eller opprinnelse eller en særlig produksjonsmetode selv om kravspesifikasjonene kan beskrives tilfredsstillende på en annen måte.”⁶

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har i sin praksis tilsynelatende vurdert ”kontraktens gjenstand” som et selvstendig grunnlag for å bryte med hovedregelen om produktnøytral fremstilling, se for eksempel sak 2005/249 (13) og 2009/153 (36).

⁴ EU's Udbudsdirektiver - Med kommentarer af Michael Steinicke Lise Groesmeier, Jurist- og Økonomforbundets Forlag s. 729

⁵ The Law of Public and Utilities Procurement - Professor Sue Arrowsmith, Thomson Sweet & Maxwell 2nd edition, s. 1155.

⁶ Marianne H. Dragsten og Esther Lindalen - Offentlige anskaffelser kommentarutgave, Universitetsforlaget s. 777-778.

⁷ FAD gjør oppmerksom på at siterte teori baserer seg på tidligere anskaffelsesforskrift (forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616) § 5-2 2. ledd som lød:

§ 5-2. *Bruk av tekniske spesifikasjoner*

(2) *Det kan ikke benyttes tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikat eller opprinnelse, eller angir en særlig produksjonsmetode, dersom dette favoriserer enkelte foretak. En slik spesifikasjon kan likevel foretas når kontraktsgjenstanden berettiger det. Det er heller ikke tillatt å angi varemerker, patenter eller typer. Kan kontraktsgjenstanden ikke beskrives tilfredsstillende på annen måte, er det likevel tillatt å bruke slik angivelse når den er ledsaget av ordene ”eller tilsvarende”.*

På bakgrunn av ovennevnte, herunder direktivets formulering, mener FAD at § 17-3 (10) kan leses som at den hjemler to alternative vilkår for å fravike regelen om nøytral utforming. Under denne forutsetningen blir spørsmålet hvilke forhold ved ”kontraktens gjenstand” som kan berettige en henvisning til et konkret merke med begrunnelse.

Formuleringen ”kontraktens gjenstand berettiger det” er svært skjønnsmessig og ordlyden setter få grenser ettersom den peker på forhold generelt ved kontrakten som kan begrunne en henvisning til et konkret merke eller lignende. Ettersom bestemmelsen utgjør et unntak fra en hovedregel er det sterke hensyn som taler for å tolke den tolke restriktivt, jf. også i denne retning formuleringen ”unntaksvis tillates” i annen setning.

Når det gjelder hvilke typer forhold som kan berettige at vilkåret ”kontraktens gjenstand” foreligger, sier teorien at unntaket kan ”komme til anvendelse der den ytelsen som skal anskaffes, må være kompatibel med tidligere utstyr. Her kreves imidlertid at det kun er et bestemt fabrikat som er kompatibelt for at vilkåret skal være oppfylt. Mindre tekniske komplikasjoner i en innkjøringsfase må oppdragsgiver godta.”⁸

Amdal og Roll-Matthiesen, med henvisning til Sue Arrowsmith, sier at unntaket ”kontraktens gjenstand” vil ”for eksempel kunne være oppfylt i tilfeller der anskaffelsen gjelder utstyr som må være kompatibelt med eksisterende utstyr. Vilkåret vil imidlertid ikke være oppfylt dersom oppdragsgivers behov kan oppfylles ved bruk av utstyr av annen fabrikat, selv om en slik anskaffelse vil kunne medføre merkostnader.”⁹

I KOFA-sak 2005/249, som FLO også refererer til, behandlet nemnda en klage om kjøp av videokonferanseapparater etter dagjeldende FOA § 5-2 (2). Nemnda aksepterte at konkurransegrunnlaget i realiteten henviste til et bestemt fabrikat med den begrunnelse at kontraktsgjenstanden berettiget det. Klagenemnda uttalte ”[i] dette tilfellet har innklagede definert sin anskaffelse med utgangspunkt i en eksisterende utstyrsbeholdning av betydelig omfang, som man ikke kan forvente utskiftet. Skulle man unngå binding til Tandberg, måtte anskaffelsen ha åpnet for levering av noe mer og annet[...]”¹⁰

Konklusjon

FAD mener at ”kontraktens gjenstand” på selvstendig grunnlag kan begrunne et unntak fra hovedregelen om merkenøytral utforming og er enig i det som fremkommer over om at anskaffelser ut ifra kompatibilitetsvurderinger kan gi grunnlag for å benytte unntaket. Til støtte for dette vil departementet peke på at FOA § 14-4 bokstav f anerkjenner visse kompatibilitetsforhold som grunnlag for å utelukke helt sentrale forhold for en konkurranse (kunngjøring), for heller å inngå en ny kontrakt med eksisterende leverandør. Departementet mener også at lovens formål om ”mest mulig effektiv ressursbruk”, jf. LOA § 1 og FOA § 1-1, understøtter en slik fortolkning.

⁸ Marianne H. Dragsten og Esther Lindalen - Offentlige anskaffelser kommentarutgave, Universitetsforlaget s. 779

⁹ Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen - Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, kommentarutgave, 2. utgave, Kommuneforlaget s. 271-272.

¹⁰ Premiss 13

Departementet vil likevel understreke at prinsippet om at unntak skal tolkes innsnevrende tilsier at det vil være en terskel for når vilkåret ”kontraktens gjenstand” kan gjøres gjeldende, slik også teorien er inne på. Hvor for eksempel oppdragsgivers behov kan tilfredstilles av en annen fabriks utstyr, men at dette vil medføre behov for mindre endringer/omstillinger i virksomheten – de ansatte må for eksempel lære å bruke det nye utstyret – synes det ubegrunnet å anvende ”kontraktens gjenstand” i § 17-3 (10). Merknader som kan sies å være en naturlig følge av et leverandørbytte, kan heller vektlegges ved tildelingen av kontrakten som omstillingskostnader.

Departementet vil også gjøre oppmerksom på faren ved å knytte seg til en leverandør og i praksis knytte seg sterkere og sterkere til denne. På sikt kan vedvarende kjøp fra samme leverandør medføre dårligere og dyrere anskaffelser.

Saksbehandler i FLO har på telefon antydnet at den nye rammeavtalen vil ha en verdi på oppunder 100 millioner kroner. Dersom man ender opp med å bytte ut eksisterende teknologi, fremkommer det av brevet at man vil kunne få enorme kostnader, antagelig i flere hundre millionerklassen. Skifte av teknologi vil også kunne ta flere år. FAD har ikke forutsetninger for å overprøve de tall og beregninger FLO har presentert.

Med bakgrunn i det faktum som er forelagt oss og i lys av anskaffelseslovens formål om effektiv ressursbruk, mener departementet at det er gode argumenter for at FLO ikke plikter å ha en produktneutrale fremstilling i samsvar med hovedregelen i FOA § 17-3 ved kjøp av fremtidige lisensbehov, for heller å kunngjøre behovet for Microsoftlisenser i lys av bestemmelsens 10. ledd.

Med vennlig hilsen

Monica Auberg (e.f.)
avdelingsdirektør

Jørgen Jahr-Hopperstad
rådgiver