

## Notat

---

**Til:** Rayvn AS  
**Fra:** Advokatfirmaet Wiersholm AS ved Morten Goller  
**Dato:** 12. september 2023  
**Tema:** Fortsatt bruk av CIM fra F24 etter inngåelse av ny rammeavtale

---

### 1. Problemstilling og hovedkonklusjoner

Direktoratet for samfunnsikkerhet og beredskap (DSB) har inngått rammeavtale for levering av beredskaps- og krisestøtteverktøy til DSB og en rekke angitte offentlige etater og virksomheter med Rayvn AS og Proactima AS.

Leverandøren under den tidligere rammeavtalen, F24 Nordics AS har fortalt sine kunder at deres avtaleforhold med F24 likevel kan videreføres, basert på et notat innhentet fra CMS Kluge.

Virksomheter/etater som følger rådene i notatet, og viderefører sitt avtaleforhold med F24, vil begå et alvorlig brudd på anskaffelsesreglene. Forlengelsen vil være ulovlig av en rekke grunner:

- Rammeavtalen fra 2013 må tolkes slik at også avtalene som ble inngått direkte mellom de offentlige oppdragsgiverne og F24 hadde en maksimal varighet på 8 år. Avtaleforholdene er derfor allerede i strid med anskaffelsesreglene. Ytterligere forlengelser bryter dermed også anskaffelsesreglene.
- Markedssituasjonen har endret seg slik at begrunnelsen for å gjøre en anskaffelse uten konkurranse i 2013 ikke lenger slår til. Det finnes nå konkurrerende løsninger på markedet, og det foreligger derfor en plikt for F24s kunder til å si opp avtalene.
- Rammeavtalen fra 2013 manglet angivelse av kontraktvolum, og er dermed ikke lenger lovlig, noe som i seg selv medfører at avtaleforholdene med F24 ikke kan videreføres.
- Løpende avtaleforholdene på rundt 10 år bryter anskaffelsesreglene. F24s kunder med langvarige avtaleforhold plikter derfor å si opp avtalene.
- Kontrakter som er inngått mot slutten av rammeavtaleperioden vil ha karakter av omgåelse, og være ulovlige av denne grunn.

Hvis avtaleforholdene likevel forlenges vil det anses som ulovlige direkteanskaffelser, med følgende konsekvenser:

- F24s kunder kan ilegges overtredelsesgebyr fra KOFA på inntil 15% av kontraktsverdien
- Domstolene kan sette avtalene til side

Dette betyr at F24s kunder bare har to alternativer: Enten inngå avtale med Rayvn/Proactima, eller utlyse og gjennomføre en ny konkurranse etter anskaffelsesreglene.

## **2. Sakens bakgrunn**

DSB inngikk en avtale med One Voice AS, forgjengeren til F24, i 2009. Avtalen ble inngått på vegne av DSB og en rekke nærmere angitte virksomheter og etater. Denne avtalen ble deretter forlenget i 2013, med kontraktsinngåelse 17. desember 2013 og en varighet på 8 år. Avtalen ble inngått uten konkurranse, da DSB på det tidspunktet mente det ikke forelå andre aktuelle leverandører på markedet.

Avtalen utløp i utgangspunktet 17. desember 2021, men ble deretter forlenget i 2022 frem til 30. september 2023. Også dette ble gjort uten konkurranse, med den begrunnelse at DSB trengte mer tid til å utarbeide et nytt konkurransegrunnlag da arbeidet var blitt forsinket på grunn av pandemien.

Den nye konkurransen er nå gjennomført, og ledet til kontraktsinngåelse med Rayvn/Proactima.

Etter kontraktsinngåelsen har F24 aktivt motarbeidet overgangen til ny leverandør ved blant annet å hevde at deres eksisterende kunder kan videreføre avtaleforholdet med F24 uavhengig av den nye rammeavtalen. Til støtte for dette har F24 innhentet en juridisk vurdering fra CMS Kluge, som konkluderer med at verken anskaffelsesreglene eller avtaleretten er til hinder for at avtaleforholdene videreføres. Etter vårt syn er det klart at konklusjonene i notatet fra CMS Kluge er uriktige. Vurderingen fremstår svært konstruert, og ser bort fra helt sentrale faktiske forhold, samt utviklingen i EU-domstolens praksis relatert til rammeavtaler i nyere tid.

Avtaleforholdet med F24 har nå vart fra 2009 til 2023, og den siste avtalen (fra 2013) er inngått og forlenget ut over sin opprinnelig varighet uten at det er gjennomført en konkurranse etter anskaffelsesreglene.

Disse to helt avgjørende forholdene, dvs. den tidligere avtalens og de tilhørende avropenes svært lange varighet og det forhold at avtalen er inngått uten konkurranse, er ikke berørt i notatet fra CMS Kluge. Samtidig gjør disse forholdene det klart at avtaleforholdene ikke lovlig kan videreføres.

En videreføring av avtaleforholdene bryter også klart med forutsetningene for den nye rammeavtalen, og vil av denne grunn også avtalerettslig være problematisk. Poenget er i korthet at det vinnende tilbudets prising og vilkår for øvrig vil være påvirket av det sannsynlige avtalevolumet, og en senere opptreden i strid med dette fra de berørte oppdragsgivere vil etter omstendighetene kunne gi grunnlag for erstatningsansvar. I lys av at en videreføring av avtaleforholdene med F24 klart bryter med anskaffelsesreglene ser vi ikke grunn til å utdype dette nærmere, men fokuserer heller kun på forholdet til anskaffelsesreglene i det følgende.

## **3. Anskaffelsesrettslig vurdering**

### **3.1 Innledning**

Utgangspunktet etter anskaffelsesreglene er at alle offentlige kontrakter skal inngås etter en konkurranse regulert av anskaffelsesloven ("LOA") og anskaffelsesforskriften ("FOA"). Det finnes visse unntak fra dette, og vi kommer senere i notatet inn på enkelte av de forslag CMS Kluge har for å omgå hovedregelen om konkurranse. Som det vil fremgå kan ingen av disse føre frem. Det sentrale her er imidlertid at DSB har vært klare på at det opprinnelig anvendte unntaket ikke lenger er anvendelig, og derfor har gjennomført en konkurranse.

Spørsmålet i det følgende er om anskaffelsesreglene stenger for en videreføring av de eksisterende avtaleforholdene med F24, slik at oppdragsgiverne som var omfattet av konkurransen må bytte til Rayvn/Proactima eller eventuelt selv gjennomføre en ny konkurranse etter anskaffelsesreglene. Slik det allerede er nevnt, anser vi det helt klart.

### 3.2 Kort om ulovlige direkteanskaffelser

Begrepet "*ulovlig direkte anskaffelse*" er ikke definert i anskaffelsesloven eller lovens forskrifter, men er presisert i Prop. 51 L (2015–2016) punkt 2.4.1 og merknadene til LOA § 12. En ulovlig direkteanskaffelse er her angitt som "*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt etter regelverket*".

Det foreligger således en ulovlig direkte anskaffelse dersom en kontrakt er inngått uten kunngjøring og konkurranse. Dersom en inngått avtale videreføres uten at det er rettslig grunnlag for dette, vil det også foreligge en ulovlig direkte anskaffelse. Årsaken er at den videreførte avtalen rettslig sett må anses å være en ny kontrakt, jf. FOA § 28-2.

Dersom F24s eksisterende kunder viderefører sitt avtaleforhold uten at det foreligger et rettslig grunnlag for dette, vil det således foreligge en ulovlig direkte anskaffelse.

Det vil også foreligge en ulovlig direkte anskaffelse hvis omfanget som leveres under avropene er vesentlig endret i forhold til det som var forutsatt ved den opprinnelig avtaleinngåelsen, jf. FOA § 28-2. Da rammeavtalen ble inngått i 2013 omhandlet den kun "*lisenser til og vedlikehold av det elektroniske krisestøtteverktøyet CIM*". Vi kjenner ikke detaljene i hva som opprinnelig ble levert, og hva som leveres i dag av F24, men om det er betydelige endringer i dette vil det allerede av denne grunn foreligge en ulovlig direkte anskaffelse om avtalene videreføres.

Ulovlig direkte anskaffelser er ansett som særlig grove brudd på anskaffelsesregelverket, jf. Prop. 51 L (2015–2016) punkt 2.4.1 og 7.8.2.3. Dette er også uttalt av EU-domstolen i C-26/03, *Stadt Halle*, avsnitt 37. Av denne grunn gjelder det egne regler om sanksjoner for denne typen regelbrudd.

KOFA har således myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr i saker om ulovlige direkteanskaffelser, jf. LOA § 12. Overtredelsesgebyret kan være på inntil 15% av kontraktsverdien. Videre kan domstolene kjenne en slik kontrakt uten virkning, jf. LOA § 13. Dette betyr at avtalen bortfaller.

### 3.3 Kort om rammeavtaler

I notatet fra CMS Kluge er avtaleforholdet med DSB fra 2013 beskrevet som en rammeavtale. Det kan diskuteres om dette er treffende. En rammeavtale er normalt en avtale der oppdragsgiver bestiller (foretar avrop) ved behov. Den aktuelle avtalen har imidlertid mer karakter av en avtale inngått på vegne av flere offentlige etater og virksomheter, som de kan tilslutte seg ved behov.

Dette følger blant annet av den opprinnelige rammeavtalens pkt. 1.3, der det fremgår at avropsavtalene er å anse som "*frittstående, selvstendige*" avtaler mellom den som avroper og F24. Avtalene som inngås gjelder også en løpende tjeneste, ikke bestillinger ved konkrete behov.

Den rettslige karakteristikken er ikke avgjørende for vurderingen, da det uansett er klart at avtaleforholdene/avropene ikke lovlig kan videreføres. Vi nevner dette likevel, da dette tilsier at avropene ikke lovlig kunne ha en varighet ut over de opprinnelig fastsatte 8 år. Slik avtalestrukturen var bygget opp, er den naturlige fortolkningen at den angitte varigheten gjelder alle avtalene som inngås. Slik det fremgår av det opprinnelige konkurransegrunnlaget skulle avtalen ha en varighet på "*totalt åtte år*", og slik at avtaleforholdet ble regulert av SSA-K og SSA-V. Dette tilsier klart at ingen av avtalene kunne ha en varighet ut over 8 år.

Konsekvensen av dette er at alle avtaleforholdene skulle opphørt ved utløpet av 8 års perioden, og senest ved opphør av den senere forlengelsen på ett år. Enhver videreføring ut over dette vil anses som en ulovlig direkteanskaffelse – og F24s kunder er altså allerede i brudd med reglene.

Dette betyr videre at eventuelle overtredelsesgebyr ved videreføring av avtalene med F24 ikke beregnes fra inngåelsen av den nye avtalen med Rayvn/Proactima, men fra slutten av 2021.

Vi finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette forholdet, da en videreføring av avtaleforholdet med F24 som nevnt uansett vil bryte anskaffelsesreglene.

### **3.4 Generelt om varighet av rammeavtaler**

Det følger av FOA § 11-1 at rammeavtaler ikke kan inngås "*for mer enn fire år, med mindre det foreligger særlige forhold, for eksempel knyttet til avtalens formål, investeringskostnader eller brukernes behov*". Selv om det foreligger slike særlige forhold gjelder det en klar begrensning på rammeavtaler varighet, som følge av det anskaffelsesrettslige grunnprinsippet om konkurranse (jf. LOA § 4).

Hva dette betyr i praksis er diskutert i flere avgjørelser fra EU-domstolen, i departementets veileder til anskaffelsesreglene, og i KOFA-praksis. Et illustrerende eksempel er KOFA-sak 2010/23 (Helse Sunnmøre HF). Her konkluderte KOFA med at en kontrakt med en varighet på 10 år var i strid med anskaffelsesreglene.

Selv om anskaffelsesreglene ikke forbyr løpende/tidsubegrensede avtaler, er det således klart at det vil representere et brudd på anskaffelsesreglene om de ikke sies opp etter en viss tid. Generelt vil en varighet på rundt 10 år være det maksimale som kan aksepteres. Dette gjelder også der det foreligger byttekostnader, eller er investert ressurser i opplæring av ansatte. I tillegg vil endrede markedsforhold kunne skape en plikt til å si opp avtalen, jf. nærmere nedenfor.

Som man vil se er varighet av den opprinnelig rammeavtalen betydelig lenger enn den øvre grense som i utgangspunktet følger av anskaffelsesreglene. Varigheten er videre allerede forlenget (etter opprinnelig utløp), slik at den totale varigheten er blitt enda lenger. Den totale varigheten på rammeavtalen, og derved også antagelig i stor grad de underliggende avrop, er således allerede på tidspunktet for den nye kontraktsinngåelsen langt ut over hva anskaffelsesreglene tillater.

Dette betyr i seg selv at en videreføring av avtaleforholdene vil anses som en ulovlig direkte anskaffelse.

### **3.5 Forholdet mellom rammeavtalens varighet og avrop**

Slik CMS Kluge redegjør for i notatet er det i utgangspunktet ikke noe til hinder for at et avrop på en rammeavtale kan ha en varighet ut over rammeavtalens varighet. Det følger blant annet av premiss 62 i fortalen til anskaffelsesdirektivet (2014/24) at kontrakter som tildeles under en rammeavtale, må tildeles innen selve rammeavtalens varighet, men at disse kontraktene kan ha en lengre varighet enn rammeavtalen<sup>1</sup>.

Det gjelder imidlertid fire avgjørende begrensninger på dette utgangspunktet:

For det første er det klart at varigheten etter rammeavtalens utløp ikke kan være for langvarig<sup>2</sup>. Det fremgår av KOFA-praksis at avrop av lengre varighet, eller som er foretatt tett opp mot rammeavtalens utløp, vil anse som et ulovlig misbruk av rammeavtalen<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Det samme er også presisert i NOU 2014:4, side 137

<sup>2</sup> Se Karnov, lovkommentar nr. 5 til FOA § 26-1 (4)

<sup>3</sup> Se som eksempel KOFA 2004/310

For det andre, og viktigere, er det en forutsetning at varigheten av avropet (dvs. det underliggende avtaleforholdet) ikke overskrider den yttergrensen som anskaffelsesreglene setter. Hvis avtaleforholdet som er etablert under rammeavtalen allerede har hatt en varighet på opp mot 10 år, vil det altså uansett være ulovlig å forlenge dette ytterligere.

For det tredje er det en absolutt forutsetning at rammeavtalen som avropet foretas under, eller hvor avtaleforholdet videreføres, er lovlig. I den foreliggende sak synes dette ikke å være tilfellet, da den opprinnelige rammeavtalen ble forlenget etter utløp, ut over opprinnelig fastsatt varighet.

Videre manglet den opprinnelige rammeavtalen en angivelse av det sannsynlige kontraktvolumet under avtalen. EU-domstolen har i flere nyere avgjørelser presisert at kunngjøringen skal inneholde en slik angivelse, og at en overskridelse av denne rammen (gjennom avrop) ikke vil være lovlig. Dette følger blant annet av sak C-216/7, sak C-23/20 og forente saker C-274/21 og C-275/21. Da den opprinnelige rammeavtalen ikke inneholdt noen beløpsangivelse, og rammeavtalens varighet for lengst er utløpt, må det være klart at de underliggende avtaleforholdene ikke lenger kan videreføres.

For det fjerde vil det ikke være lovlig å videreføre et avrop der endrede markedsforhold gjør at begrunnelsen for en opprinnelig kontraktsinngåelse uten konkurranse ikke lenger er holdbar. Endringer i markedssituasjonen kan således medføre plikt til å si opp kontrakten.

KOFA-sak 2009/144 gjaldt en kontrakt om transporttjenester som opprinnelig ble inngått da det ikke var konkurranse i markedet. Etterhvert ble det flere aktører på markedet og KOFA uttalte at det innebar en ulovlig direkte anskaffelse å ikke si opp kontrakten for så å legge den ut i konkurranse. I det tilfelle som det foreliggende, der det er gjennomført en ny konkurranse, betyr dette at kundene må bytte til den nye leverandøren.

Den opprinnelige rammeavtalen er inngått uten konkurranse. Rammeavtalen hadde en svært lang varighet (8 år), og er siden forlenget ut over den opprinnelige rammen. Markedet har siden endret seg, og det er nå flere aktører på markedet – herunder vinnerne av den nye konkurransen.

I et slikt tilfelle vil det således være et klart brudd på anskaffelsesreglene om ikke det tidligere avtaleforholdet avvikles, og et nytt avrop gjøres med Rayvn/Proactima, eller eventuelt at den aktuelle oppdragsgiver selv gjennomfører en ny konkurranse etter anskaffelsesreglene.

Avropsavtalene under den tidligere rammeavtalen er inngått i form av SSA-V og SSA-D, med løpende varighet og rett til oppsigelse. Det foreligger på denne bakgrunn en ulovlig direkteanskaffelse om disse avtalene ikke nå sies opp.

### **3.6 Det foreligger ingen andre holdbare grunner for videreføring**

CMS Kluge anfører i notatet at det også foreligger andre grunnlag for å videreføre avtaleforholdene med F24, dvs. særlig at det kan foretas en egen anskaffelse av beredskaps- og krisestøtteverktøy etter FOA del I, dersom kostnadene er under NOK 1,4 mill over en periode på 48 måneder.

Dette er ikke riktig, av flere grunner.

For det første gjelder ikke denne bestemmelsen ved videreføring av et eksisterende avtaleforhold som ikke lenger er rettslig holdbare. En slik anskaffelse vil stride mot FOA § 28-2, og automatisk anses som en ulovlig direkteanskaffelse. Forslaget fremgår som oppfordring til en ren omgåelse, som vil medføre et høyt overtredelsesgebyr.

For det andre kreves det også etter FOA del I at oppdragsgiver gjennomfører en form for *reell* konkurranse, selv om det ikke foreligger en kunngjøringsplikt. Basert på utfallet av den nye konkurransen DSB har foretatt, fremstår det ganske klart at utfallet av en slik konkurranse vanskelig

kan være at F24 velges. Det vil videre være en omgåelse om ikke Rayvn/Proactima inviteres til konkurransen.

CMS Kluge anfører videre at det "*for større anskaffelser*" kan være aktuelt å bruke unntaksbestemmelsen i FOA § 13-4 bokstav b nr. 2. Dette er åpenbart uriktig. Slik DSBs nye konkurranse har vist, finnes det flere alternative løsninger på markedet i dag. Den nevnte unntaksbestemmelsen gjelder også med det uttrykkelig forbehold at "*den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør*". Den eneste måten en oppdragsgiver kan begrunne at løsningen "*av tekniske årsaker*" kun kan leveres av F24 er at det kun er denne løsningen oppdragsgiver vil ha, og det er altså klart ulovlig.

Det finnes således ingen lovlige grunner til å videreføre kontraktene med F24.

### **3.7 Betydning av intensjonskunngjøring**

CMS Kluge indikerer at en intensjonskunngjøring vil redusere den anskaffelsesrettslige risikoen, ved at overtredelsesgebyr ikke kan ilegges eller kontrakt kjønes uten virkning eller avkortes. Dette fremstår nærmest som en oppfordring til å bryte anskaffelsesreglene, og er heller ikke riktig.

Forutsetning for at en slik intensjonskunngjøring skal ha denne virkningen er at oppdragsgiver har foretatt en forsvarlig vurdering av grunnlaget for å foreta en direkteanskaffelse, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/13, *Fastweb*. Det vil ikke være tilfellet i den foreliggende sak.

## **4. Avslutning**

Oppsummeringsvis er det en rekke grunner til at enhver videreføring av avtaleforholdene med F24 ut over det som er strengt nødvendig for å sikre en overgang til Rayvn/Proactima vil være ulovlig.

Enhver offentlige oppdragsgiver som viderefører sitt eksisterende avtaleforhold med F24 vil begå et alvorlig brudd på anskaffelsesreglene, og eksponere virksomheten/etaten for et betydelig overtredelsesgebyr. Alternativet er enten å kunngjøre og gjennomføre en ny konkurranse etter anskaffelsesreglene, eller å bytte til Rayvn/Proactima. Om avtaleforholdet med F24 videreføres i tiden det tar å gjennomføre en ny konkurranse, vil det i seg selv representere et regelbrudd.