

**Til:** Direktoratet for forvaltning og IKT

**Fra:** Torsten Arendt og Frederik Nordby

**Ansvarlig advokat:** Torstein Arendt

**Vår ref.:** 310016-057\2008006\v1\frno/toar

**Dato:** Oslo, 25. mai 2018

---

**SAKEN GJELDER:** Modell for anskaffelse av IKT-konsulenttjenester

---

## 1 INNLEDNING

Direktoratet for forvaltning og IKT («Difi») har bedt Kluge om å utrede en modell for hvordan Difi kan anskaffe kvalifiserte IKT-konsulenter på en effektiv måte.

Som en mulig løsning har Difi selv skissert bruk av konsulentmegler for å formidle konsulenter til Difi. Flere statlige etater har per i dag en rammeavtale som er inngått med et konsulentformidlingselskap (megler).<sup>1</sup>

I tillegg til å synliggjøre noen modeller for anskaffelse av IKT-konsulenter vil vi også kort kommentere konsulentmeglermodellen, men vårt mandat er ikke å utrede lovligheten av sistnevnte modell i detalj. Som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor i punkt 2.1, mener vi at bruk av konsulentmeglere kan være en lovlig fremgangsmåte. Dette bygger imidlertid på enkelte forutsetninger som må være oppfylt. Vi behandler det nærmere i punkt 2.3 nedenfor. En konsulentmegler kan være både en megler som ikke selv har konsulenter ansatt, og et konsulentselskap som har egne konsulenter, men som også har andre konsulenter som underleverandører.

## 2 NÆRMERE OM MULIGE LØSNINGER

### 2.1 Innledning

I det følgende vil vi skissere enkelte mulige løsninger for hvordan Difi kan anskaffe kvalifiserte IKT-konsulenter, og skissere fordeler og ulemper med de ulike løsningene.

Det anskaffelsesrettslige utgangspunktet er at oppdragsgiver skal kunngjøre anskaffelser i tråd med anskaffelsesforskriften. Dersom oppdragsgiver har et løpende behov for konsulenttjenester, kan oppdragsgiveren inngå en rammeavtale for slike tjenester, eller benytte seg av en dynamisk innkjøpsordning. Som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor, er det etter vårt syn mulig å benytte seg av en konsulentmegler ved både inngåelsen av rammeavtaler og ved en dynamisk innkjøpsordning.

---

<sup>1</sup> Vi har fått oversendt en kopi av en statlig etats rammeavtale og konkurransegrunnlaget, en utredning fra Marianne Dragsten om bruken av konsulentmeglere, samt en utredning fra den svenske Upphandlingsmyndigheten/ Konkurrentverket om bruk av konsulentmeglere.

## 2.2 Overordnet om bruk av rammeavtaler

Et mulig alternativ for Difi er å kjøpe konsulenttenester under en rammeavtale. Rammeavtalen kan inngås med én eller flere leverandører. Difi er godt kjent med bruk av rammeavtaler så vi går ikke detaljert inn på bruken av disse, men nevner kun kort hvordan rammeavtaler fungerer for sammenhengens skyld.

### 2.2.1 Rammeavtale med én leverandør

Et alternativ for Difi er å inngå en rammeavtale med én leverandør. Dersom Difi inngår en avtale med et konsulenthus med tilstrekkelig kapasitet til å levere kvalifiserte konsulenter på kort varsel, vil en slik løsning kunne benyttes. Ulempen med en slik løsning er naturligvis at Difi binder seg til én leverandør, og således neppe får utnyttet det fulle potensiale i markedet.

### 2.2.2 Parallele rammeavtaler

Et alternativ for Difi er å inngå parallele rammeavtaler med flere leverandører. Dersom Difi inngår parallele rammeavtaler med flere leverandører av konsulenttenester, vil det måtte angis en fordelingsnøkkel. Fordelingsnøkkelene kan være slik at Difi henvender seg til den leverandøren som er høyest rangert for å undersøke om denne har kapasitet. Dersom leverandøren som er høyest rangert ikke har kapasitet, henvender Difi seg til leverandøren som er innstilt som nummer to osv. Fordelen med en slik løsning er at Difi i de aller fleste tilfeller vil være sikret at minst én leverandør har kapasitet til å levere på kort varsel.

Alternativt kan det gjennomføres minikonkurranser under en parallell rammeavtale. Under de parallelle rammeavtalene er det mulig å benytte seg av en konsulent til å gjennomføre selve minikonkurransen, herunder gjennomføre intervju med de aktuelle leverandørene. Minikonkurransen må imidlertid gjennomføres i tråd med regelverket, slik at det vil bli en konkurranse mellom leverandørene basert på fastsatte krav som fremgår av konkurransegrunnlaget for selve rammeavtalen.

Ulempen er her at oppdragsgiver binder seg til et sett av leverandører, at prosessen er noe tidkrevende, og at oppdragsgiver sannsynligvis heller ikke her får utnyttet det fulle potensiale i markedet.

## 2.3 Bruk av meglere

### 2.3.1 Innledning – kort om de rettslige sidene ved bruk av meglere

Som nevnt innledningsvis bygger denne modellen på enkelte forutsetninger som må være oppfylt for å anskaffe IKT-konsulenter. Vi legger til grunn at bistanden fra konsulentmegleren vil være anskaffet gjennom en konkurranse ihht. anskaffelsesregelverket. Avhengig av hvordan konsulentene velges ut (av megleren alene eller ved hjelp fra oppdragsgiveren) kan det reises spørsmål om oppdragsgiveren gjennom en slik konkurranse konkurranseutsetter selve konsulentytelsen. Det kan argumenteres for at det kun er meglerleddet som konkurranseutsettes. Altså bistand til å finne egnede konsulenter. Vi drøfter dette nærmere nedenfor under punkt 2.3.2

Den nærmere vurderingen av lovligheten av en slik modell vil måtte foretas i lys av den konkrete utformingen av konkurransegrunnlaget og avtalen. Dersom konkurransen er utformet slik at det skal inngås en avtale med et meglerledd, megleren fremskaffer relevante konsulenter og oppdragsgiveren kan evaluere og velge fritt de konsulentene de selv mener er best egnet, mener vi at anskaffelsen er i strid med anskaffelsesregelverket. I et slikt tilfelle vil, etter vårt syn, ikke selve konsulentytelsen være korrekt anskaffet. Den offentlige oppdragsgiveren har slik vi ser det ikke reelt sett kunngjort selve konsulentytelsen, men kun megleroppdraget. Som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor, er det imidlertid enkelte tilfeller hvor bruken av konsulentmegler etter vårt syn kan være både lovlig og hensiktsmessig.

Det er enkelte anskaffelsesprosesser hvor bruken av megler benyttes, som har visse likhetstrekk med den fremgangsmåten enkelte statlige etater har valgt ved kjøp av meglertjenester. Vi tenker da særlig på bruken av forsikringsmeglere og kjøp av reisebyråtenester. I disse tilfellene vil megleren og byrået opptre som en mellommann hvor den egentlige ytelsen – hhv. forsikringstjenesten og transport- og overnattingstjenesten – ikke vil utføres av mellommannen, men av forsikringsselskapet og underleverandører av transport- og overnattingstjenester.

Vi mener likevel at det er vesentlige forskjeller mellom forsikringsmeglingstjenester og reisebyråtenester på den ene siden og konsulentmeglingstjenester på den andre siden. Når det gjelder forsikringsmeglingstjenester, plikter oppdragsgiver etter vårt syn å konkurransesette selve forsikringstjenesten. Til denne oppgaven er det vanlig å benytte en forsikringsmegler i gjennomføringen av konkurransen. Dette er blant annet lagt til grunn i NOU 2007: 1 Meglerprovisjon i forsikring, side 12:

*«Oppdragsgiver som er omfattet lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser vil måtte følge reglene i denne loven både i forhold til valg av forsikringsmegler og i forhold til inngåelse av avtale med forsikringsselskap. Slike oppdragsgivere vil således være underlagt regelverket for offentlige anskaffelser både ved anskaffelsen av meglertjenesten, og ved innhenting av anbud fra forsikringsselskapene i markedet».* (vår understrekning)

Tilsvarende fremgår det av utredningen «Mellanhänder i offentlig upphandling» fra den svenske Upphandlingsmyndigheten/Konkurrensverket at oppdragsgiver ved bruk av konsulentmegler må konkurransesette selve konsulentoppdraget på «vanlig måte».<sup>2</sup>

Når det gjelder reisebyråtenester, er slike tjenester etter vårt syn av en annen karakter enn forsikringstjenester og konsulentmeglertjenester. Reisebyråene er kun en tilrettelegger for oppdragsgivers bestilling av transport- og hotelltjenester. Den enkelte ansatte kan gå inn på reisebyråets hjemmesider å velge mellom flere transportselskaper og overnattingstjenester for de reiser som skal foretas. Det vil være umulig å konkurransesette hver enkelt reise/overnatting separat. Vi mener derfor at reisebyråtenester ikke er sammenlignbare med konsulentmeglingstjenester.<sup>3</sup>

### 2.3.2 Konsulenter som underleverandører

Etter vårt syn vil en modell hvor oppdragsgiveren rent faktisk har kunngjort anskaffelse av konsulentbistand, og hvor konsulentmegleren har det kontraktuelle ansvaret for leveranse av konsulentbistanden overfor oppdragsgiver kunne være en mulig løsning. I et slikt tilfelle er det etter vårt syn naturlig at det inngås en rammeavtale med en megler, hvor megleren benytter seg av konsulenter som underleverandører. Slik vi leser utredningen «Mellanhänder i offentlig upphandling» fra det svenske Upphandlingsmyndigheten/Konkurrensverket, er det en slik løsning som omtales som «underleverantörlösning», og som etter deres syn er i tråd med anskaffelsesregelverket:

*«Den andra situationen beskriver när en mellanhand köper varor, tjänster eller byggtreprenader från en säljare och säljer dessa vidare till en köpare. Mellanhanden varken bearbetar eller på något annat sätt förädlar varan, tjänsten eller byggtreprenaden som avser leveranstyp 2. Köparen har i denna situation endast en avtalsrelation med mellanhanden. I det här sammanhanget är det en förutsättning att de varor, tjänster eller byggtreprenader som mellanhanden ska sälja vidare till köparen omfattas av den upphandling som köparen ursprungligen har genomfört och som mellanhanden vann».*<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Upphandlingsmyndigheten/Konkurrensverket «Mellanhänder i offentlig upphandling», 2017/1, pkt. 10.4

<sup>3</sup> Det ligger utenfor vårt mandat å utrede slike tjenester, men vår oppfatning er at det ofte konkurransesettes og inngås separate fly- og hotellavtaler i tilknytning til reisbyråtenester.

<sup>4</sup> Upphandlingsmyndigheten/Konkurrensverket «Mellanhänder i offentlig upphandling», 2017/1, se spesielt side 11 og 14.

Som det fremgår av det siterte, forutsetter Upphandlingsmyndigheten/Konkurrensverket at den offentlige oppdragsgiveren kun har en avtalerelasjon med mellommannen, og at de kjøpene som foretas via mellommannen omfattes av anskaffelsen som er gjennomført.

Nettverket som konsulentmegleren har, vil således være å anse som underleverandører til megleren. Vi nevner i denne sammenhengen at det etter vårt syn er avgjørende at konkurransen kunngjøres som kjøp av konsulent tjenester/meglertjenester. Den reelle ytelsen som leveres under avtalen er konsulent tjenester, og da må det etter vårt syn også kunngjøres som en konsulent tjeneste. Oppdragsgiver bør, etter vårt syn, således angi CPV-kodene for konsulent tjenester i tillegg til eventuelle koder for meglertjenester.

En meglerløsning med underleverandører forutsetter etter vårt syn at oppdragsgiveren ikke kan bli presentert et utvalg konsulenter som den offentlige oppdragsgiveren deretter fritt velger ut fra. I et slikt tilfelle vil oppdragsgiveren reelt sett foreta en evaluering og «styre» hvilke underleverandører oppdragsgiveren benytter seg av. Dette er etter vårt syn ikke i tråd med anskaffelsesreglene. I den forbindelse kan det reises flere problemstillinger, bl.a. om det har noen betydning om oppdragsgiver står helt fritt til å velge, eventuelt hvilke kriterier som skal benyttes for en slik utvelgelse, herunder om kriteriene som skal benyttes er nedfelt i konkurransegrunnlaget for rammeavtalekonkurransen. Vi mener at en slik fremgangsmåte uansett frihetsgrad til å velge, og bruk av utvelgelseskriterier er ulovlig all den tid den gir oppdragsgiver en rett til å *overstyre* megleren i valg av de ulike konsulentene (underleverandørene). I rapporten om «Mellanhänder i offentlig upphandling» fremgår det klart at oppdragsgiver ikke kan gi seg selv retten til å velge underleverandør.<sup>5</sup>

Dersom forutsetningen som er nevnt innledningsvis i dette punktet er oppfylt, vil en slik løsning etter vårt syn være i tråd med anskaffelsesregelverket. Det vil altså si at oppdragsgiver ikke har mulighet til å velge konsulenter, men må benytte de konsulentene megleren tilbyr ihht. det avrop oppdragsgiver har gjort mot megleren. Oppdragsgiver står imidlertid fritt til å takke nei til den/de konsulentene megler tilbyr så lenge det er angitt som vilkår for konkurransen/rammeavtalen. Vi kan ikke se at det er noe til hinder for at oppdragsgiver umiddelbart kan gjøre et nytt avrop som da eventuelt er mer spisset og i den runden takke ja til de konsulenter som blir tilbudt.

Etter vårt syn vil meglerordningen passe best for kjøp av konsulentbistand hvor konsulenten kun har en innsatsforpliktelse. Ved krav om at konsulenten skal påta seg resultatansvar for resultatet som leveres tror vi parallelle rammeavtaler egner seg best. Som nevnt i punkt 2.4 nedenfor mener vi at en kombinert løsning, det vil si parallelle rammeavtaler kombinert med en rammeavtale med konsulentmegler kan være et godt alternativ for effektiv anskaffelse av konsulentbistand.

Det bør da fremgå klart av konkurransegrunnlaget for begge konkurransene (parallelle rammeavtaler og meglertjenesten) at oppdragsgiver fritt kan velge hvilken avtale oppdragsgiver vil benytte for å anskaffe konsulentbistanden. For ytterligere fleksibilitet bør de parallelle rammeavtalene kunne benyttes til å kjøpe både oppdrag og bistand, altså både innsats - og resultatforpliktelse.

### 2.3.3 Dynamisk innkjøpsordning

Difi benytter i dag en dynamisk innkjøpsordning for anskaffelse av konsulenter. Etter det vi forstår er Difi ikke helt fornøyd med denne ordningen. Etter det opplyste er det utfordringer med å få konsulentselskapene inn som deltakere i ordningen og til å gi tilbud. Dynamisk innkjøpsordning for IKT-konsulenter er relativt nytt og markedet ser ikke ut til å være helt modent for denne typen anskaffelser. Noe av forklaringen kan være at Leverandører kan oppfatte tilbudsskriving som bortkastet tid dersom de anser at sjansene for å vinne er små. Dagens marked ser ut til å være «selgers marked» og tilbydere er da sannsynligvis mer selektive når det gjelder hvilke oppdrag de inngir tilbud på. Vi går derfor ikke inn på detaljene i hvordan en slik modell eventuelt bør settes opp.

<sup>5</sup> Upphandlingsmyndigheten/Konkurrensverket «Mellanhänder i offentlig upphandling», 2017/1, side 14.

Vi mener at en løsning hvor det benyttes en megler som «kjører» den dynamiske innkjøpsordningen for Difi kan være en mulighet, men at den sannsynligvis ligger frem i tid når markedet er mer modent. Megleren kan eventuelt bistå Difi i gjennomføringen av konkurransene under den dynamiske innkjøpsordningen etter FOA § 26-7. Vi mener at en slik ordning må utredes særskilt. Det er flere problemstillinger som kan reises i forbindelse med en slik ordning, men vi går ikke nærmere inn på disse her. I tillegg kan det tenkes at oppdragsgiver vil ha et større tilfang av konsulenter. Megleren vil i denne sammenheng kunne oppfordre sitt nettverk til å delta i innkjøpsordningen. En annen fordel er at det ved denne fremgangsmåten vil være lov for oppdragsgiver å evaluere det teamet av konsulenter som megleren blir bedt om å presentere.

Det kan argumenteres for at det er en fordel at oppdragsgiver inngår avtale direkte med konsulentselskapene. Sannsynligvis er det solide konsulentselskaper som kan stå bak sine ytelser i større grad enn meglerselskapene. Ved mislighold og krav om erstatning kan det være en fordel. På den andre siden kan det også argumenteres motsatt, at det er like gunstig å fremme eventuelle mangelskrav/erstatningskrav direkte mot konsulentmegleren. Grunnen til det er at konsulentmeglere kan anses å ha større påvirkningskraft på underleverandørene enn Difi. Etter det vi er opplyst tegner meglerselskapene ansvarsforsikringer for slike tilfeller, og pålegger sine underleverandører å ha tilsvarende forsikringsdekning. For oss ser det ut til at megleren da vil søke regress hos sine underleverandører for mangler som kan henføres til konsulentselskapet. Etter vårt syn kan dette være en ulempe for kunden. Vi mener at kunden sannsynligvis har større mulighet for å vinne frem med mangelskrav direkte mot konsulentselskapet. Med andre ord anser vi at meglermodellen har større risiko enn et direkteforhold når det gjelder mangelskrav.

Megler vil i denne sammenheng være kundens forlengede arm og kunne gjøre en innledende seleksjon av konsulenter basert på de kriteriene som er satt for konkurransen. Oppdragsgiver vil deretter kunne være med å evaluere og velge ut det teamet av konsulenter som har høyest score i konkurransen.

Dersom det ikke fremkommer kompetente ressurser gjennom konkurransen kan oppdragsgiver benytte minikonkurranse mot sine rammeavtaleleverandører, se pkt. 2.4 nedenfor. Alternativt kan oppdragsgiver først gjennomføre minikonkurranser, og dersom det ikke fremkommer kompetente ressurser gjennom konkurransen benytte seg av den dynamiske innkjøpsordningen.

## **2.4 Parallele rammeavtaler i kombinasjon med løsningene skissert ovenfor**

I punkt 2.3.2 og 2.3.3 har vi skissert mulige løsninger for bruk av konsulentmegler for å anskaffe konsulenttenester. Etter vårt syn er det ingen hindre for at en slik løsning kombineres med parallelle rammeavtaler. Vi tror det kan være fornuftig. På den måten vil den offentlige oppdragsgiveren kunne sikre seg et bredt tilfang av konsulenttenester, enten gjennom parallelle rammeavtaler eller den dynamiske innkjøpsordningen.

## **2.5 Konklusjon**

I utredningen «Mellanhänder i offentlig upphandling» foreslås ulike typer anskaffelsesalternativer for kjøp av konsulenttenester.<sup>6</sup> Dette er i hovedsak bruk av rammeavtaler og dynamisk innkjøpsordning, men også konsulentmegler. Vi er enig i de vurderingene som er gjort her, men mener at de også kan kombineres. Vi mener at en mulig løsning for Difi på nåværende tidspunkt er bruk av konsulentmegler, men slik at Difi inngår rammeavtale med megleren og megleren benytter egne konsulenter eller underleverandører til å yte tjenesten direkte til Difi. En slik løsning bør kombineres med parallelle rammeavtaler og minikonkurranser. Vi mener på sikt at en løsning hvor det benyttes en konsulentmegler som «kjører» en dynamisk innkjøpsordning for Difi kan være en mulighet, men som nevnt ovenfor er det mange ubesvarte spørsmål i forbindelse med en slik ordning som må utredes nærmere. I tillegg kan Difi eventuelt kombinere en slik løsning med parallelle rammeavtaler.

---

<sup>6</sup> Upphandlingsmyndigheten/Konkurrensverket «Mellanhänder i offentlig upphandling», 2017/1, side 13