



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Politiets data- og materielltjeneste gjennomførte en konkurranse om anskaffelse av leielokaler for plassering av IT-utstyr i eksisterende bygg i Oslo området, men avlyste konkurransen på grunn av fare for å foreta en ulovlig direkteanskaffelse etter en nærmere gjennomgang av valgte leverandørs kontrakt. Klagenemnda kom til at det forelå saklig grunn for avlysning, men at vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse likevel kunne være oppfylt. Klagenemnda tok ikke stilling til hvorvidt det også forelå grunnlag for å kreve erstatning for en eventuell positiv kontraktsinteresse.

Klagenemndas avgjørelse 17. august 2009 i sak 2009/135

Klager: Rent A Rack AS

Innklaget: Politiets data- og materielltjeneste (PDMT)

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Georg Fredrik Rieber- Mohn, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) PDMT (heretter kalt innklagede) inviterte per e-post den 22. februar 2009 noen leverandører til å inngi tilbud på leie av arealer for plassering av IT-utstyr i eksisterende bygg i Oslo området. Fra e-posten hitsettes:

"PDMT ønsker [...] å få tilbud på leie av arealer tilpasset plassering av operativt IT-utstyr. Arealet skal være minimum 250 kvadratmeter stort, med et potensiale for utvidelse med inntil 100% innenfor en kontraktsperiode på 10 år. Kapasitet på kraftleveranse må være minimum 300 kVA fra oppstart av kontraktsperioden med også her et potensiale for utvidelse på 100%. Videre må tilbyder tilby vannkjøling frem til rack, rapportering på energiforbruk, areal for utpakking, areal for etablering av konsoller med fire arbeidsplasser, lagerrom på minimum 12 kvadratmeter, brannslukking, gode parkeringsmuligheter og redundante støttesystemer som kraft, kjøling og transmisjon. Tilbudet skal innleveres med dokumentasjon på at ovenstående tilfredsstilles. Videre skal tilbudet inneholde eventuelle referanser. Kontraktsperioden (leieperioden) skal presenteres med tre alternative varigheter (5Y, 10Y og 10YY) med opsjonsalternativer samt potensiale for utvidelse av kapasitet utover 300 kvadratmeter og 300 kVA. Tilbudet skal presenteres med en årlig leiekostnad eksklusive forbruk av kraft. Ytelser skal tilfredsstille vedlagte leiekontrakt iht. ansvars og kostnadsfordeling. Eventuelle forbehold skal særskilt merkes i tilbudet. PDMT har behov for arealene fra 01.07.2009. Videre må lokasjon for plassering av utstyret være innenfor en radius på 40 km fra Oslo sentrum."

- (2) Av tilbudsinvitasjonen fremgikk også at kontrakt ville bli tildelt basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingsevalueringen skulle skje ut i fra følgende kriterier:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- "1. Årlig leiepris - 40 %*
- 2. Tidligere referanser – Vekt 20 %*
- 3. Oppgaveforståelse – teknisk løsning, arealløsning og mulighet for sekvensiell utvidelse - Vekt 40 % "*

- (3) Av tilbudsinvitasjonen fulgte videre:

"Valg av tilbyder vil bli foretatt på bakgrunn av de innsendte tilbud samt etterfølgende møter der PDMT ønsker å verifisere tilbydernes evne til å tilfredsstille ovennevnte krav [tildelingskriteriene] samt at tilbyder presenterer eget tilbud."

- (4) Ved tilbudsfristens utløp, hadde innklagede mottatt tilbud fra tre leverandører, deriblant fra Rent A Rack AS (heretter kalt klager).

- (5) Innklagede meddelte i e-post den 11. mai 2009 at kontrakten, etter en evaluering av innkomne tilbud, ville bli tilbudt DigiPlex AS. Inn tatt i e-posten var også et utdrag fra innklagedes anskaffelsesprotokoll. Det hitsettes følgende fra protokollens utdrag punkt 1.6:

"Konkurranse gjennomført i henhold til lov om offentlige anskaffelser. Unntatt forskrift til offentlige anskaffelser da forutsetning for kontraktsinngåelse er eksisterende lokaler."

- (6) Av punkt 1.8, fremgikk det følgende:

"Leverandør valgt på bakgrunn av tildelingskriterier, der pris er vektlagt 40 %, relevant kompetanse er vektlagt 40 % og oppgaveforståelse er vektlagt 20 %. Konkurransen har vært svært jevn og vurderingen er utført skjønnsmessig i forhold til presentert oppgaveforståelse og relevant erfaring."

DigiPlex AS er valgt som leverandør på bakgrunn av svært relevant kompetanse, konkurransedyktig pris og en god beskrivelse av oppgaveforståelsen."

- (7) Selv om gjengivelsen av tildelingskriteriene i anskaffelsesprotokollen ikke var korrekt, er det uomtvistet at innklagede i den senere prosess anvendte riktige tildelingskriterier.

- (8) Klager ba innklagede i e-post av 12. mai 2009 om en kort redegjørelse for hvilke forhold som var utslagsgivende for at klager ikke ble tildelt kontrakt. Innklagede besvarte henvendelsen per e-post 18. mai 2009. Fra denne hitsettes:

"Dere ga et særdeles godt inntrykk. Dette gjaldt både de tekniske løsninger dere tilbød, og kunnskapen og forståelsen i forbindelse med vårt behov. Dette vil jeg gjerne understreke, da jeg faktisk synes at dere ga et inntrykk av at dere hadde veldig god "greie" på det dere driver med. Tilbudet var også ryddig og godt utarbeidet, og det er også meget viktig når det gjelder det generelle inntrykket, samt enkeltheten i arbeidet det er å evaluere for oss."

[...]

Det som imidlertid trakk ned var i all hovedsak de rapportene vi fikk utarbeidet av Dun & Bradstreet. Vi fikk status "tvilsom" historikk rundt eierforholdet og den juridiske

stillingen til selskapet. Dette er en tilstand et firma ikke kan ha når politiet skal etablere et kundeforhold. Vi kjenner ikke til hva som kan være årsaken, men jeg vil anbefale dere å ta en nærmere titt på saken slik at dere ved neste gang kan stille med bedre forutsetninger i en konkurranse. Jeg tror at dere har et godt produkt til en meget effektiv og konkurransedyktig pris."

- (9) Saken kom inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 6. juni 2009, og gjaldt opprinnelig innsigelse mot tildelingsevalueringen, og at klager etter en rettmessig evaluering skulle ha blitt tildelt kontrakten. Under saksbehandlingen ble sekretariatet opplyst om at konkurransen ville bli avlyst. Det hitsettes følgende fra e-post sendt sekretariatet fra innklagede den 9. juli 2009:

"Til deres informasjon har PDMT samtidig med behandling av denne saken, fått en ekstern vurdering av DigiPlex' avtaleutkast ift. anskaffelsesregelverket. Årsaken til at PDMT utførte dette, var følgende formulering i avtalen fra DigiPlex:

Forholdet mellom partene

12.1 Avtalen er en Tjenesteavtale og er ikke ment å etablere noe leieforhold til noen fast eiendom."

Da blant annet denne formuleringen kan skape tvil vedrørende bruk av korrekt anskaffelsesprosedyre, avlyser PDMT konkurransen."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Hvorvidt innklagede hadde rett til å avlyse konkurransen

- (10) Klager anfører at innklagede ikke hadde saklig grunn for å avlyse konkurransen.

- (11) Vurderingen av tjenestens karakter burde og kunne vært gjort ved planleggingen av anskaffelsesprosessen. Dersom vurderingen av tjenesten hadde blitt gjennomført i starten av anskaffelsesprosessen, ville ikke klager blitt pådratt nødvendige utgifter til utarbeidelse av tilbud. Hadde spørsmålet blitt avklart under forhandlingene hadde disse utgiftene blitt mer begrensede, og klager ville heller ikke blitt pådratt utgifter i forbindelse med klageprosessen. Klagers kontraktsvilkår var en del av tilbudsdokumentene, og det må antas at også DigiPlex presenterte kontraktsvilkårene i sitt tilbud. Innklagede burde således ha blitt oppmerksom på hvilke forutsetninger som lå til grunn for de ulike tilbudene under de innledende forhandlingene. En avlysning på et tidligere tidspunkt ville ikke fått like store konsekvenser for klager som avlysningen nå har fått.

Erstatning

- (12) Saksbehandlingen i konkurransen, som nå er avlyst, har ikke vært saklig og forsvarlig. Blant annet har klager ikke fått muligheten til å kommentere tilbudet sitt, og klager ble ikke gjort oppmerksom på at lokalisering var av betydning og at kredittvurderingen ville bli avgjørende. Konkurransen for øvrig ble heller ikke gjennomført i henhold til lovens § 5. Innklagede må på denne bakgrunn holdes ansvarlig for klagers påførte kostnader som følge av at kontrakten er avlyst. Innklagede er dermed ansvarlig både for klagers kostnader i forbindelse med anbudsprosessen (negativ kontraktsinteresse) og kostnader

som følge av at klager ikke ble tildelt kontrakt (positiv kontraktsinteresse). Det er ikke tvilsomt at klagers selskap ville ha fått kontrakten dersom tildelingen hadde skjedd i henhold til kriteriene angitt i tilbudsforespørselen. Klagenemnda bes på denne bakgrunn om å ta stilling til hvorvidt vilkårene for negativ og positiv kontraktsinteresse anses oppfylt. Klager opplyser at selskapet synes å være ekskludert fra å delta i konkurransen ved den nye utlysningen fordi de som nystiftet selskap ikke kan fremlegge årsoppgjør fra de to siste regnskapsår.

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede har inntil nå vurdert anskaffelsen som leie av eksisterende bygg. Under klagebehandlingen har innklagede imidlertid mottatt kontraktsutkast fra DigiPlex AS. Kontraktsutkastet har ikke et innhold som er vanlig for avtaler om leie av fast eiendom, og fastsetter eksplisitt at avtalen ikke skal gjelde utleie av fast eiendom. Innklagede er fortsatt av den oppfatning at avtalen etter anskaffelsesreglene er å anse som leie av eksisterende bygg, jf. lov om offentlige anskaffelser § 1-3(2) bokstav b. Det forhold at en etablert leverandør som DigiPlex i sine standardvilkår legger til grunn et motsatt standpunkt skaper imidlertid usikkerhet omkring spørsmålet. Innklagede kan i verste fall risikere å bli ilagt gebyr for å ha foretatt en ulovlig direkteanskaffelse da pågående konkurranse ikke var kunngjort. Dette er en risiko innklagede ikke ønsker å ta. Innklagede har derfor besluttet å avlyse konkurransen og gjennomføre en ny konkurranse med forutgående kunngjøring uansett utfall av klagen.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Klagenemnda tar ikke stilling til hvorvidt anskaffelsen av lokaler til plassering av innklagedes IT- utstyr i realiteten må anses som en tjenestekontrakt som må kunngjøres i samsvar med forskriftens prosessuelle bestemmelser da innklagede, uansett kontraktens klassifisering, vil avlyse konkurransen og kunngjøre anskaffelsen etter regelverket.

Hvorvidt innklagede hadde rett til å avlyse konkurransen

- (15) Det følger av anskaffelsesforskriften §§ 13-1 (1) og 22-1 (1) at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger "*saklig grunn*". Nemnda har tidligere tolket dette til at det må foreligge en objektiv sett saklig grunn til avlysning, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/60 (premiss 34) og 2008/216 (premiss 39). Hvorvidt kravet om saklig grunn for avlysning er oppfylt, beror på en helhetsvurdering av omstendighetene som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Rt. 2001 side 473, Rt. 2007 side 983, sml. klagenemndas saker 2008/60 (premiss 29) og 2008/216 (premiss 34). Klagenemndas praksis viser at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt sett er saklige, sml. også Rt. 2001 side 473. Videre vil også situasjoner hvor det har oppstått en feil som følge av innklagedes eget forhold, og feilen ikke kan repareres ved andre tiltak enn avlysning av konkurransen, måtte anses som saklig grunn, sml. klagenemndas sak 2008/44 (premiss 28). Kravet til saklig grunn må gjelde selv om bare loven kommer til anvendelse på anskaffelsen. Det vises i denne forbindelse til Rt. 2000 side 1706 hvor retten, før et slikt krav ble tatt inn i forskriften, kom frem til at avlysning krever saklig grunn
- (16) Innklagede har valgt å avlyse konkurransen ettersom innklagede mener det er usikkert om anskaffelsen skulle ha vært kunngjort i samsvar med forskriftens prosessuelle bestemmelser etter mottatt kontraktsutkast fra DigiPlex AS. Det er således risikoen for å

foreta en ulovlig direkteanskaffelse som begrunner innklagedes avlysning av konkurransen. Etter nemndas syn må innklagedes ønske om å ivareta anskaffelsesregelverkets krav til kunngjøring med påfølgende prosessuelle regler anses som en "*saklig grunn*" til avlysning dersom risikoen er reell. Hvis innklagede inngår kontrakt i strid med regelverkets krav til kunngjøring, vil innklagede kunne bli ilagt gebyr ved en eventuell klage til klagenemnda. Innklagede løper en risiko for ileggelse av gebyr opp til 15 % av kontraktens verdi jf. lovens § 7b. Innklagede løper således en betydelig økonomisk risiko ved å inngå kontrakt med valgte leverandør. I dette tilfellet er det klagenemndas oppfatning at anskaffelsens art, slik den er beskrevet i konkurransegrunnlaget og slik den fremstilles i kontraktsutkastet, kan skape tvil med hensyn til om denne kontrakten skulle vært kunngjort. Risikoen må derfor anses for å være reell, og gi grunnlag for avlysning av kontrakten da en eventuell feil på dette punktet ikke kan repareres på annen måte.

Erstatning

- (17) Selv om risiko for å foreta en ulovlig direkteanskaffelse utgjør en saklig grunn til å avlyse konkurransen, kan oppdragsgiver bli erstatningsansvarlig overfor tilbyderne, jf. blant annet Rt. 2001 side 473. I klagenemndas sak 2008/60 uttalte nemnda at erstatningsansvar særlig kan foreligge hvor den situasjonen som har oppstått anses selvforskyldt og således ansvarsbetingende, jf. (premiss 36), sml. også synspunkter i LB 2008-135286 hvor lagmannsretten vurderte hvorvidt avlysningsgrunnen måtte anses som forutselig for oppdragsgiver. Det er opp til oppdragsgiver å dokumentere at tilbudsinnhenting i forbindelse med anskaffelsen er skjedd på et forsvarlig grunnlag, sml. nemndas synspunkter i 2008/60 (premiss 37).
- (18) Anskaffelsens art, det å leie eksisterende lokaler for plassering av operativt IT- utstyr, tilsier at det ikke var noen tradisjonell leieavtale innklagede ønsket anskaffet, men lokaler for IT- hosting som krever særskilt tilrettelegging og oppfølging. At kontrakt ville bli tildelt blant annet ut i fra kriteriene "*Tidligere referanser*" og "*Oppgaveforståelse*" indikerer også at det ikke dreide seg om en tradisjonell leieavtale. Innklagede hadde dermed allerede før innhenting av tilbud en særlig oppfordring til å vurdere kontraktens klassifisering nærmere. At DigiPlex AS' avtale ikke hadde et innhold som var vanlig for leie av fast eiendom, burde dermed ikke ha fremstått uventet for innklagede, tatt i betraktning anskaffelsens art.
- (19) Kravet om at anskaffelsen skal skje på et forsvarlig grunnlag, innebærer at innklagede, før en gjennomgang av DigiPlex AS' tilbud, selv burde ha foretatt en reell vurdering av hvorvidt leie av eksisterende lokaler for plassering av IT- utstyr dreier seg om leie av eksisterende bygg unntatt forskriften, eller om kontrakten har mer karakter av å være en tjenestekontrakt. Slik saken fremstår, kan nemnda ikke se at en slik vurdering er foretatt. Innklagede har ikke gitt noen begrunnelse for avlysningen av konkurransen ut over at DigiPlex AS' avtaleutkast skilte seg fra tradisjonelle leieavtaler. Innklagede har dermed etter nemndas syn ikke gitt noen holdbar begrunnelse for at tvilen vedrørende anskaffelsens klassifisering først burde og kunne komme opp etter en gjennomgang av DigiPlex AS' tilbud, sml. klagenemndas sak 2008/60 (premiss 38).
- (20) Klagenemnda antar på denne bakgrunn at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteressen kan være oppfylt.

- (21) Klagenemnda finner ikke grunn for å uttale seg om hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning for positiv kontraktsoppfyllelse også er oppfylt, jf. klagenemndforskriften § 12.

Konklusjon:

PDMT har ikke brutt lov om offentlige anskaffelser ved avlysning av konkurransen.

Vilkårene for negativ kontraktsinteresse kan være oppfylt.

For klagenemnda,

17 august 2009

Bjørge Ven