



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en anskaffelse om leie av lokaler for plassering av IT-utstyr, jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav b. Klager anførte blant annet at kontrakten i realiteten måtte klassifiseres som en tjenestekontrakt omfattet av forskriften, at konkurransegrunnlaget var mangelfullt utformet og at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å forlenge valgte leverandørs tilbud mot et vederlag for tapte driftskostnader. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 16. desember 2009 i sak 2009/230

Klager: DigiPlex Norway AS

Innklaget: Politiets Data- og materielltjeneste

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn.

Saken gjelder: Klassifisering av kontrakt. Utforming av konkurransegrunnlag. Vedståelsesfrist.

Bakgrunn:

(1) Politiets Data- og materielltjeneste (heretter kalt innklagede), kunngjorde 28. juli 2009 en forenklet kunngjøring om anskaffelse av leiearealer for plassering av IT-utstyr.

(2) Av kunngjøringen punkt 2.2, "Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang", fremgikk:

"Politiets data- og materielltjeneste (PDMT) har ansvar for IT- produksjonen i Politi og lensmannsetaten. I forbindelse med flere pågående IT-prosjekter i Politiet, har PDMT behov for ytterligere arealer for plassering av operativt IT-utstyr. Målet med anskaffelsen er leiekontrakt for arealer tilpasset plassering av operativt IT-utstyr tilhørende oppdragsgiver, såkalt "housing".[...]"

(3) Siste frist for inngivelse av tilbud var i følge kunngjøringen punkt 3.3, "Tidsfrister", 17. august 2009.

(4) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.1, "Oppdragsgiver", fremgikk:

"Politiets data- og materielltjeneste, heretter kalt oppdragsgiver, innbyr til konkurranse med forhandling i forbindelse med anskaffelse av leieavtale med tilhørende tjenester for plassering av oppdragsgivers IT- og telekommunikasjonsutstyr."

(5) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.3, "Prosedyre- konkurranse med forhandling", fremgikk videre:

"Anskaffelsen gjelder leie av arealer i eksisterende bygg og er unntatt fra anskaffelsesforskriften § 1-3 b. Anskaffelsen vil imidlertid bli gjennomført etter reglene om konkurranse med forhandling i ett trinn, jf. anskaffelsesforskriften § 5-1 slik at anskaffelsesforskriften del I og II får anvendelse om ikke annet følger av konkurransegrunnlaget.

Anskaffelsesprosedyren tillater alle interesserte leverandører å gi tilbud. Forhandlinger er tillatt."

- (6) Fra punkt 2 i konkurransegrunnlaget, "KRAV TIL LEVERANDØREN", fremgikk blant annet at innklagede stilte krav om "god soliditet" og at leverandør ikke var "dårligere enn A i finansiell styrke". Innklagede stilte i samme punkt krav om til "leverandørenes tekniske/faglige kvalifikasjoner", herunder "god gjennomføringsevne" og "godt og velfungerende kvalifikasjonssystem". Fra punkt 2.3.3, "Krav knyttet til leverandørenes tekniske/faglige kvalifikasjoner" hitsettes:

"	Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:	Dokumentasjon- skal vise at de stilte krav er oppfylt
1.	Det kreves god gjennomføringsevne, herunder	• Beskrivelse av leverandørenes totale bemanning. Organisasjonskart vedlegges. • Bemanning for dette oppdraget med navn og CV for kontaktperson som Oppdragsgiver skal forholde seg til • Kopi av attester og /eller systemsertifikat utstedt av akkrediterte sertifiseringsorganer eller tilsvarende dokumentasjon. • Redegjørelse for de maskiner, materiell eller teknisk utstyr som leverandøren disponerer til gjennomføring av kontrakten/oppdraget og kontaktopplysninger
2.	Det kreves et godt og velfungerende kvalifikasjonssystem	• Redegjørelse vedrørende leverandørenes kvalitetssystem/-styringssystem • Prinsippskisser for redundans innenfor VVS- og elektroniske anlegg som leverer kjøling og kraft til leiearealene, herunder prinsippskisser for redundans og driftsikkerhet • En beskrivelse av teknisk utstyr som benyttes som

		kvalitetssikring
--	--	------------------

[...]"

- (7) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.5 fremgikk videre et krav om at tilbyderne måtte ha "erfaring fra tilsvarende oppdrag" og dokumentere dette ved en "Beskrivelse av relevante oppdrag minst med opplysning om oppdraget, tidspunkt og omfang".
- (8) Fra konkurransegrunnlaget punkt 3, "INNHALDET AV LEVERANSEN" hitsettes:

"3.1 Leveransens innhold

[...]

PDMT har ansvar for IT-produksjonen i Politi- og lensmannsetaten. I forbindelse med flere pågående IT-prosjekter i Politiet, har PDMT behov for ytterligere arealer for plassering av operativt IT-utstyr.

PDMT ønsker med dette å få tilbud på leie av arealer tilpasset plassering av operativt IT-utstyr.

1. Arealet som tilbys skal være minimum 250 kvadratmeter, med et potensial for utvidelse med inntil 100 %. Tilbyder skal angi hvor lenge opsjonen på utvidelse løper.

2. Inkludert i arealet skal være

a. eget rom i tilknytning til datarom for etablering av konsoller med fire arbeidsplasser,

b. lagerrom i tilknytning til datarom på minimum 12 kvadratmeter,

c. eget utpakkingsrom enten i tilknytning til datarom eller i tilknytning til varemottak.

3. Oppdragsgivers lokale skal:

a. være fysisk atskilt fra andre leietakeres lokaler ved at det bygges et eget rom for Oppdragsgiver i serverrommet,

b. være utstyrt med låser,

c. være sikret mot innbrudd og brann,

d. ha adgangs- og sikkerhetssystem under kontroll av Oppdragsgiver.

Oppdragsgivers krav til sikkerhet er nærmere beskrevet i Kravspesifikasjon, Vedlegg 1.

4. Oppdragsgiver har behov for å kunne levere varer med bil. Lossing fra bil og inn til utpakkingsrom må kunne skje effektivt uten bruk av manuell arbeidskraft (løfting og bæring).

5. Det skal være gode parkeringsmuligheter i umiddelbar nærhet til lokalene.

6. De leide arealer må ha redundante støttesystemer for kraft, kjøling og transmisjon.

7. Det må etableres egen måler for strømforbruk til utstyr som eies og installeres av Oppdragsgiver.

8. Medgått strøm til kjøling skal beregnes som en funksjon av Oppdragsgivers strømforbruk over Oppdragsgivers strømmåler og inngår som en del av prisingen av det leide areal. Se nærmere nedenfor under tildelingskriterier, pkt 4.1.

9. Kapasitet på kraftleveranse til bruk med utstyr eiet av Oppdragsgiver må være minimum

300 kVA fra oppstart av kontraktperioden med et potensial for utvidelse med 100 %.

10. Det skal være mulig å etablere vannkjøling frem til rackene og levere inntil 100 % av kraftbehovet vha vannkjøling i rack

11. Rapportering på energiforbruk,

12. System for brannovervåking og brannslukking,

13. Gode parkeringsmuligheter, se nærmere Kravspesifikasjonen Vedlegg 1.

14. Redundante støttesystemer som kraft, kjøling og transmisjon. Se nærmere i Kravspesifikasjonen Vedlegg 1.

Tilbudet skal innleveres med dokumentasjon på at ovenstående tilfredsstilles. ”

- (9) Fra konkurransegrunnlaget punkt 3.2, ”Tjenestenivå, reaksjonstid mv” hitsettes:

”Det kreves at leverandøren definerer minimum tjenestenivå. Det skal foreligge system for feilhåndtering.

Leverandøren skal nærmere definere tjenestenivået. Herunder skal reaksjonstid ved henvendelser fra Oppdragsgiver eller ved feil defineres. Det skal foreligge system for feilhåndtering, som skal dokumenteres.

Tjenestenivået skal forankres i tilbyders organisasjon og det skal oppgis navn og kontaktdetaljer på kontaktpersoner.”

- (10) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.3, ”Kontrakt og kontraktperiode” fremgikk.

”Kontraktsvilkår er vedlagt konkurransegrunnlaget del II. Kontraktsvilkårene vil tilpasses innholdet av konkurransegrunnlaget, tilbudene og resultatene av forhandlingene.

Kontraktsvilkårene anses som akseptert av tilbydereren, med mindre det tas uttrykkelig forbehold eller settes forutsetninger.

Tilbyder skal presentere tre alternative varigheter på kontrakten, henholdsvis 5+5 år, 10+5 år og 10+5+5 år. Alle alternativer skal prises.

Alle tre alternativer skal omfatte opsjoner knyttet til økning av areal, strømforbruk mv inntatt over. Leieprisen for opsjonsarealet skal følge kvadratmeterprisen i hovedkontrakten for tilsvarende arealkategori."

- (11) I følge konkurransegrunnlaget punkt 4, ville kontrakt bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende tildelingskriterier:

<i>"Kriterium</i>	<i>Nærmere beskrivelse</i>	<i>Vekt (%)</i>
<i>Pris</i>	<i>Prisen skal inkludere følgende kostnadselementer:</i> <i>1. Leien oppgis som leie pr måned pr kvadratmeter fordelt på arealkategorier ferdig etablert.</i> <i>Leien fordeles på følgende arealkategorier:</i> <i>• Driftsareal for IT utstyr</i> <i>• Tilknyttet areal</i> <i>2. Hvert av de tre alternativene for kontraktens løpetid skal prises separat.</i> <i>3. Strømforbruk til kjøling og alt annet forbruk definert som en andel av Oppdragsgivers eget strømforbruk.</i> <i>4. Budsjett for felleskostnader, som skal inkludere drift- og vedlikeholdsbudsjett. Det skal angis hva felleskostnadene er estimert å utgjøre per kvadratmeter leid areal. Driftsbudsjettet skal minimum omfatte følgende punkter:</i> <i>• Vasking og rydding</i> <i>• Strøm til fellesarealer og felles infrastruktur</i> <i>• Oppvarming og lys</i> <i>• Administrasjon felles sikkerhetssystemer, herunder innbruddsalarm til ytterdør og eventuelle vinduer</i> <i>• Soppeltømming</i> <i>• Snørydding</i> <i>• Forsikring av fellesarealer</i> <i>5. Oppstart av kontrakten skal finne sted mellom</i>	60

	1.11.09 og 31.12.09. Oppdragsgiver ønsker oppstart så tidlig som mulig innenfor dette tidsrom. Ved evalueringen av kostnader vil det legges inn et tillegg på kroner 150.000 per dag oppstarten vil finne sted senere enn 1.11.09. Mindre avvik fra kravspesifikasjon kan aksepteres for en kortere overgangsperiode etter oppstart. Eventuelle etablerings-, og tilpasningskostnader skal tas inn som en del av leien.	
Kvalitet	1. Lokalisering med avstand fra Oslo sentrum, og plassering i forhold til øvrige driftssentraler for Politiet, dog slik at avstand ikke kan overstige 40 km fra Oslo sentrum. 2. Tilbyder skal dokumentere gode drifts- og sikkerhetsrutiner som tilfredsstiller Oppdragsgivers behov. 3. Tilbyder skal dokumentere referanseoppdrag som dokumenterer at Tilbyder er i stand til å levere høy og konsistent kvalitet i hele kontraksperioden. Oppdragsgiver forbeholder seg rett til å be om referansepersoner. 4. Kvalitet og standard på bygg, lokaler og tekniske anlegg 5. Driftssikkerhet og redundans. Må opplyses om redundans oppgis etter 1+n prinsipp eller 2n prinsipp. 6. Sikkerhet for leveransen gjennom hele kontraksperioden, inkludert evt. opsjonsperioder. 7. Opsjon på tilleggsareal. ”	40

(12) Av konkurransegrunnlagets vedlegg 1, ”Kravspesifikasjon” fremgikk:

”Sikkerhet

Oppdragsgiver har særlige behov til sikkerhet i Lokalene. Utleier skal tilfredsstille følgende krav:

- Oppdragsgiver skal selv drifte adgangskontrollsystemet. Dette gjelder inn til Oppdragsgivers områder, som serverrom, utpakkingsrom og lagringsrom.

Oppdragsgiver skal være med når det bestemmes hvor de forskjellige adgangskontrollørene skal plasseres.

- Adgangskontrollsystemet skal kunne logge, og alle logger skal lagres hos Oppdragsgiver.*

- Det skal bygges et separat rom i serverrommet for Oppdragsgiver. Rommet skal ha eget låsesystem som driftes av Oppdragsgiver.*

- Kun ansatte hos Oppdragsgiver har tilgang til Oppdragsgivers serverrom. Alle andre skal til enhver tid følges av en fra Oppdragsgiver.*

- For de andre delene av Oppdragsgivers leide lokaler, gis det tilgang for eksterne (Utleier og dennes samarbeidspartnere) kun etter vandelssjekk og informasjonssamtale. Oppdragsgiver står ikke for utgifter som måtte påløpe som følge av vandelssjekk og informasjonssamtale.*

- Det skal være mulighet for å kunne bygge et gitter inne på serverrommet. Oppdragsgiver vil gi beskjed i god tid før ferdigstilling dersom gitteret ønskes installert.*

- Det skal installeres innbruddsalarm knyttet til både ytterdører og Oppdragsgivers eksklusive område.*

- Det skal være kameraovervåking i lokalene. Oppdragsgiver ønsker selv å velge hvor disse skal plasseres og alle data skal lagres hos Oppdragsgiver.*

- Varslingstavle og måleutstyr skal befinne seg på utsiden av serverrommet slik at man ikke trenger å gå inn på serverrommet for å lese av varsler eller målinger.*

- Det skal finnes en "panic button" ved inngangsdøren til serverrommet. Den skal fungere slik at man kan få aksess til serverrommet i krisetilfeller hvor man ikke har tid til å vente til en fra Oppdragsgiver møter opp. Krisetilfeller inkluderer brann, vannlekkasje og tap av store mengder kjølekapasitet. Det skal utarbeides egen instruks som nærmere beskriver hva som utgjør en krisesituasjon. Oppdragsgiver ønsker å velge hva slags "panic button" som skal installeres. Ved utløsning av "panic button" skal det gå SMS-varsel til Oppdragsgiver. Liste over de som skal ha varselet vil Oppdragsgiver oversende før oppstart av leieforholdet, når systemet er installert.*

Luft

Det skal være stabil temperatur og fuktighet i serverrommet. I forkant av IT-utstyret skal temperaturen være 24 grader C +/- 2 grader C, med en luftfuktighet på 45% +/- 10 %.

Lys

Lysstyrken skal utgjøre 350 LUX 1 meter over gulvnivå.

Kjøling

Det skal være mulighet for etablering av vannkjøling for inntil 100 % av rackene. Denne muligheten må være på plass fra oppstart av kontraktsperioden.

Brann

Arealet skal ha automatisk slukkesystem etablert i henhold til gjeldende lov og forskrift. Det leide areal skal være sikret med både termisk ionisk og optisk brannsikringssystem. Arealet skal også være sikret med høysensitiv røykvarsler.

Vegger og gulv

Serverarealet skal befinne seg innenfor en sone som bygningsmessig er særlig beskyttet mot

brann. Størrelsen (footprint) på rack er fra 0,6 til 1,0 kvadratmeter. De største rackene kan veie inntil 1500 kg. Gulvet skal bygningsteknisk være konstruert for å tåle vekten av IT utstyret. Dette defineres nærmere som en del av endelig utstyrsplassering.

Redundans

Det skal foreligge ekte redundans (1+N) på alle kapasiteter i løsningen.

Det er tilstrekkelig med én kommersiell krafttilførsel til lokalene. Tilbudsgiver skal levere reservekraft med kapasitet for full drift.

Det skal etableres to uavhengige UPS kurser med batteribank som dekker kraftbehovet i minimum 10 minutter.

Det kreves redundans for kjøling som muliggjør drift og vedlikehold uten driftsavbrudd. Det kreves to uavhengige føringer for fiber-transmisjon (eksterne teleforbindelser) som er uavhengig av øvrig leveranse.

Parkering

Det skal være mulig å parkere på tjenestestedet med minimum 4 biler."

- (13) Av punkt 1.7, "Drift- og servicekrav" i "LEIEAVTALE" vedlagt konkurransegrunnlaget fremgikk:

"For hoveddelen av leieobjektet som skal benyttes som datarom er det en rekke særlige forutsetninger knyttet til bygningsmessige forhold, infrastruktur, driftsforhold og driftssikkerhet som reguleres av særlige drifts- og servicekrav inntatt i Avtalens vedlegg."

- (14) Av leieavtalens punkt 3.1 fremgikk at kontraktspartene ved avtaleslutning ville føre inn en angivelse av det totale vederlaget som innklagede måtte betale for arealer og tilhørende tjenester per m2, leie av arealer per måned per m2 og en angivelse av tilhørende tjenester per måned per m2 "ihht Drifts og Serviceavtalen".

- (15) I følge leieavtalen punkt 3.3, "Betaling", fremgikk:

"Leien skal faktureres forskuddsvis hvert kvartal. Leien skal videre spesifiseres på faktura med hvilken sum som representerer avtalt leie. Alle ekstra tjenester som leveres i tillegg til husleien, skal spesifiseres adskilt fra leiebeløpet. [...]"

- (16) I følge leieavtalens punkt 4.3, "Drift" fremgikk:

"Tilbyder skal levere tilhørende tjenester for drift av de leide arealer i henhold til Vedlegg A Drifts- og Serviceavtale. Ved motstrid mellom denne leieavtale og Drifts- og Serviceavtalen skal særreguleringer i sistnevnte ha forrang."

- (17) Leieavtalen inneholdt videre blant annet reguleringer om Arbeids- og lønnsforhold, vedlikehold (som blant annet utvendig vedlikehold av leiearealet, vedlikehold av vann- og avløpsnett, adgangskontrollsystemer, sikkerhets- og brannvarslingsystemer som ikke er til leietakers eksklusive bruk, renhold av fasade, tekniske rom, innvendig vedlikehold osv.), fremleie, eierskap og eierskifte, fraflytting og konsekvensene av vesentlig mislighold fra en av partenes side ved gjennomføringen av avtalen.

- (18) Av leiekontraktens Vedlegg A, "Drifts- og Serviceavtale", fremgikk:

"[Dette vedlegg skal utarbeides og spesifiseres nærmere i samarbeid med Leverandøren, i overensstemmelse med Konkurranses grunnlagets Kravspesifikasjon, Vedlegg 1.]"

- (19) Innen tilbudsfristens utløp, mottok innklagede to tilbud, ett fra DigiPlex AS (heretter kalt klager) og ett fra Redimi AS.

- (20) Den 8. august 2009 sendte klager følgende e-post til innklagede:

"Det vises til konkurransegrunnlaget vedlegg 3 Prismatrise. Slik vi forstår konkurransegrunnlaget, antas det at det leveres et areal samt ytes support og driftstjenester. Sistnevnte tjeneste vil være en mva-pliktig tjeneste. Vi forstår det likevel slik at man i prismatrisen ønsker en samlet pris for arealet og øvrige tjenester og at den angitte pris skal inkludere eventuell merverdiavgift. Er dette en korrekt forståelse?"

- (21) På bakgrunn av klagers e-post 8. august 2009, kunngjorde innklagede følgende tilleggsopplysninger på Doffin:

"I henhold til leiekontraktens pkt 3.3 er det ikke anledning for utleier å fakturere de leide arealer med merverdiavgift. Når det gjelder support og driftstjenester kan disse faktureres med merverdiavgift så langt loven pålegger dette."

"Oppdragsgiver ønsker en samlet pris for arealet inkludert tjenester, og den samlede prisen som oppgis i prismatrisen skal derfor inkludere eventuell merverdiavgift på tjenesteelementet i leveransen."

- (22) Informasjonen ble også sendt tilbyderne per brev 11. august 2009.

- (23) Tilbyderne innga 11. september 2009 endelig og revidert tilbud på bakgrunn av gjennomførte forhandlinger.

- (24) I brev 1. oktober 2009 ble klager informert om at Redimi AS ville bli tildelt kontrakt. Fra meddelelsesbrevet hitsettes:

"1. Innledning

Anskaffelsen gjelder leie av arealer for plassering av servere og IT-utstyr (såkalt housing) som skal driftes av Politiets Data- og Materielltjeneste (PDMT).

[...]

3. VURDERING AV TILBUDENE

[...]

3.2 Pris/kostnader

[...]

Ved beregning av leiepris er lagt til grunn tilbudte priser for areal, herunder areal for plassering av IT utstyr og tilleggsareal, felleskostnader og prisjustering med 2,5 % pr år. [...]

3.2.2 Strøm mv

Begge tilbydere fakturerer strøm etter forbruk, dog slik at det er noen forskjeller mellom beregningsmodellene. Det er imidlertid ikke mulig å fastslå hvilken modell som gir høyere eller lavere kostnader, og tilbudene er vurdert som like på dette punkt.

Ved valg av DigiPlex vil montering av strømuttak være en tilleggskostnad som prises i henhold til prisliste for øvrige tjenester. Remidis tilbud omfatter ferdig monterte uttak som antas å dekke PDMTs estimerte behov. Kostnadene forbundet med dette er så vidt lave i forhold til prisforskjellen at det ikke er funnet nødvendig å beregne forskjellene nøyaktig. Det er derfor i evalueringen lagt til grunn at tilbudene er jevnbyrdige mht. strøm og tilknyttede kostnader.

3.2.3. Felleskostnader

I forhold til budsjett for felleskostnader har begge tilbydere angitt estimerte felleskostnader pr. mnd, hvor minimumskravene for innhold er oppfylt.

DigiPlex ga et past påslag på 6, 25 % av leiepris, mens Remidi ga en fast månedspris som er gjenstand for prisregulering. Kostnadene er tatt med i beregningen av samlede kostnader.

[...]

I tillegg til leie kommer i Remidis tilbud en engangskostnad på NOK 1.400.000 som skal dekke etablerings- og tilpasningskostnader. Ved evalueringen er det beregnet sluttkostnad for dette beløpet basert på en rente på 5 % og betaling av etableringskostnad ved avtalens oppstart.

3.3 Kvalitet

3.3.1 Lokalisering

[...]

3.3.2 Tjenestenivå, reaksjonstid

Begge tilbyderne har beskrevet gode systemer for feilhåndtering, herunder tjenestenivå og reaksjonstid ved systemfeil og lignende. [...]

3.3.3 Dokumentasjon av gode drifts- og sikkerhetsrutiner

Begge tilbydere har gitt en beskrivelse av sin leveranse som oppfyller oppdragsgivers behov. [...]

3.3.4 Dokumentasjon av referanseoppdrag

[...]

3.3.5 Kvalitet og standard på bygg, anlegg og teknisk utstyr.

Tekniske løsninger er vurdert som like gode hos begge tilbydere.

3.3.6 Driftsikkerhet

Begge tilbyderne har beskrevet et tjenestenivå og system for krisehåndtering som tilfredsstillende oppdragsgivers krav. Begge har oppgitt redundans etter 1+n prinsippet. Driftsikkerheten vurderes som like god hos begge tilbydere.

3.3.7 Sikkerhet for leveransen gjennom kontraksperioden

Begge tilbydere har levert tilfredsstillende dokumentasjon på sikkerhet for leveransen gjennom kontraksperioden, herunder også redegjort for det underliggende utleieforholdet.

[...]

DigiPlex har lenger historikk, flere kunder og fremstår som mer etablert, og er derfor gitt noe høyere score i forhold til sikkerhet for leveransen i hele avtaleperioden.

3.3.8 Opsjon på tilleggsareal

Redimis opsjoner på areal og strøm har lenger varighet og er mer fleksible enn DigiPlex. DigiPlex' opsjon har en varighet på ca. et halvt år, hvilket gir PDMT kort tid til å vurdere fremtidige behov. Redimi er derfor gitt høyere score på dette punktet

[...]

Redimis tilbud vurderes som best, og sluttforhandlinger med Remidi vil bli innledet med sikte på å inngå kontrakt. Inngåelse av kontrakt er avhengig av at endelig befarung og sluttforhandlinger bekrefter at PDMTs forutsetninger og krav er oppfylt."

- (25) Klager påklaget tildelingen og begjærte midlertidig forføyning. Fra Oslo byfogdembetes kjennelse 30. november 2009 hitsettes:

1. "1. *Politiets data- og materielltjeneste forbys å inngå endelig kontrakt om anskaffelse av leiearealer for plassering av IT-utstyr inntil det foreligger endelig uttalelse fra KOFA, med tillegg av 7 virkedager.*
2. *Saksomkostninger tilkjennes ikke.*"

- (26) På bakgrunn av den midlertidige forføyningen forlenget klager vedståelsesfristen på tilbudet sitt til 15. januar 2010. Redimi AS var i utgangspunktet ikke villig til å forlenge vedståelsesfristen på tilbudet sitt.

- (27) På bakgrunn av at Redimi AS ikke ønsket å forlenge tilbudets vedståelsesfrist, utarbeidet innlagde en egen avtale med selskapet hvor innklagede forpliktet seg til å betale Redimi AS 399.840 NOK per måned fra og med 1. november 2009 for forlengelse av vedståelsesfristen. Fra avtalen hitsettes:

"Vedståelseserklæring

Redimi AS forlenger gyldighetstiden for vårt tilbud inntil PDMT har fått opphevet midlertidig forføyninger i det norske rettsystemet, og er i juridisk stand til å signere opprinnelig kontrakt.

Tilbudet som vedstås gjelder leie av arealer for plassering av IT-Utstyr, som levert 17/8-09 med presiseringer pr 28/8-09 og 11/9-09.

Vedståelseserklæringen gjelder ved mottagelse av dette dokumentet i signert stand innen klokken 23:59 lørdag 30/10-09 til Redimi AS.

Som kompensasjon for Redimi AS' løpende kostnader under den forlengede vedståelsesperioden betaler PDMT følgende:

*NOK 399.840,- /mnd fra og med 1/11-2009
Beløpet faktureres etterskuddsvis per 30 dager.*

Beløpet tilsvarende tapt inntekt beregnet som PDMT's netto leiekostnader, med fratrekk av løpende felleskostnader, som ikke ses på som rimelige å belaste all den tid lokalene ikke vil bli benyttet i denne tidsperioden. Beløpene er fritatt for MVA, da beløpene kun gjelder areal, som leies ut til PDMT, eks mva.

Det tas forbehold om at prisene fra andre underleverandører enn Rent A Rack AS vil kunne justeres noe som følge av at nye tilbud må innhentes fra slike underleverandører. Slike endringer vil kunne medføre endring i månedvederlag eller etableringskostnader så langt slike endringer fører til økte kostnader for Redimi AS eller Rent A Rack AS.

Redimi AS

PDMT

Oslo den 30/10-09

Oslo den 30/10-09"

- (28) Klager ble i ettertid sendt en kopi av dokumentet, med dateringen "5 november 2009 øverst i høyre hjørne av dokumentet."
- (29) I e-post 30. oktober 2009 uttalte innklagede at vedståelseserklæring vedlagt e-posten, "aksepteres av PDMT". Redimi AS presiserte per e-post samme dag at "Vedlagte avtale aksepteres av Redimi AS."
- (30) Klagen kom inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser per brev 16. oktober 2009.
- (31) Klagenemnda fikk per e-post 8. desember tilsendt innklagedes utkast til leiekontrakt med vedlegg. Av utkast til leieavtale fremgikk at avtalen vil ha en minste varighet på fem år, og lengst 15 år, hvorefter leieforholdet opphører uten oppsigelse. Etter leieperioden kan leietaker få fortrinnsrett fremfor andre leietakere til fornyelse av leieforholdet for en eller to nye tidsbegrensede perioder, som ved leieforholdets begynnelse skulle settes til fem år, men med maksimal leieperiode på femten år. Fra leieavtalens punkt 3.1, "Totalt vederlag, Leiesum og tjenestevederlag", hitsettes:

"	Totalt per måned for arealer og tilhørende tjenester pr m2:	Leie av arealer per måned pr m2:	Tilhørende tjenester pr mnd pr m2 ihht Drifts- og Serviceavtalen
---	---	----------------------------------	--

<i>Total sum pr m2</i>	<i>(...)¹</i>	<i>(...)</i>	<i>(...) inkl mva</i>
<i>296 m2 sikkert og konkisjonert IT Housing-areal i datasenter*</i>		<i>(...)</i>	
<i>16 m2 tilpasset kontorareal</i>		<i>NOK 0,00</i>	
<i>0 m2 areal for sikkerhetssluse, utpakking, lager og lab/testareal</i>		<i>NOK 0,00</i>	
<i>4 parkeringsplasser</i>		<i>NOK 0,00</i>	
<i>Øvrige tjenester</i>		<i>Etableringskostnad (...)</i>	

** Opsjon*

Kunden har opsjon på å utvide arealet for sikkert og kondisjonert IT- housing-areal i datasenter med ytterligere inntil 250 kvm i henhold til pkt, 17."

(32) Fra utkast til drift- og serviceavtale hitsettes:

"2. SIKKERHET

2.1 Adgangskontroll

2.1.1 Leverandørens lokaler

Leverandøren forplikter seg til å drive og vedlikeholde et adgangskontrollsystem basert på personlige kort med pin-kode og bilde.

*Systemet for adgangskontroll skal logge alle bevegelser i leverandøren sine lokaler.
[...]*

2.2 Kameraovervåking

Leverandøren forplikter seg til å drive og vedlikeholde et kameraovervåkingsystem med opp til [...] kameraer som monitorerer bevegelser i kritiske soner i leverandørens lokaler.

[...]

4. BRANNSIKRING

Oppdragsgivers lokaler skal være sikret med både termisk ionisk og optisk brannsikringsystem.

^[1]Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf. offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr. 2. Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parantes.

[...]

5. STRØM

5.1 Installasjoner

Det leveres strøm på to hovedkurser, hver kurs med en egen separat UPS på 240 kW(300KVA). Det tilbys tilkoblingspunkter som vist i tabellen under.

[...]

5.2 Forbruk

Oppdragsgiver skal betale for eget benyttet strømforbruk. Strømforbruket utregnes etter følgende modell.

[...]

4. Administrasjonskostnad til Leverandør på (...) % av det totalt utregnede strømforbruk

[...]

6. KJØLING

Leverandør forplikter seg til å levere kjøling i datahall basert på standard luftkjøling under datagulv.

[...]

RESPONSTID VED FEIL

11.1 Responstid ved melding om feil og driftsforstyrrelser

Feil og driftsforstyrrelser rettes til Redimi og Rent A Racks døgnbemannede vakttelefon på nummer 21992346. Innenfor normal arbeidstid skal retting av kritiske feil være påbegynt innen en time beregnet fra det tidspunkt feilen ble oppdaget/driftsforstyrrelsen oppsto. Utenfor arbeidstid skal retting av kritiske feil være påbegynt innen to timer beregnet fra det tidspunkt feilen ble oppdaget/driftsforstyrrelsen oppsto. På natt og helger samt helligdager skal retting av kritiske feil være påbegynt innen tre timer beregnet fra det tidspunkt feilen ble oppdaget/driftsforstyrrelsen oppsto."

- (33) I kommentarer til nemnda la klager ved følgende uttalelse fra Oslo fylkesskattekontor gitt klager per brev 26.juni 2001 i anledning omsetning av "co-location" tjenester:

"Org nr 981 663 322 — Digiptex Norway AS — Spørsmål om avgiftsplikt for omsetning av "co-location" tjenester

Vi viser til Deres brev av 7. mai 2001 og av 8. mai 2001, og til telefonsamtale med undertegnede saksbehandler, angående spørsmål om selskapet Digiplex Norway AS omsetning av "co-location" tjenester faller inn under avgiftsområdet.

Vi viser videre til Deres brev av 15. juni 2001 hvor det er opplyst at selskapet fra 1. juli 2001 vil ha omsetning av "co-location" tjenester slik at en avklaring er nødvendig.

I følge det opplyste innebærer "co-location" tjenester at kundens datautstyr blir plassert i spesialinnredede tekniske rom, hvor selskapet etter kravsspesifikasjon fra kunden, påtar seg ansvaret for kontinuerlig overvåking og kontroll av datautstyret med hensyn til strømforsyning, systemdrift, temperatur, luftfuktighet, brann og sikkerhet.

Brukere av denne type tjenester er eksempelvis nettselskaper som Internett Service Providers (ISP) og Application Service Providers (ASP).

For å kunne tilby ovennevnte tjenester har selskapet spesialtilpasset en eksisterende bygning. Det er i den forbindelse anskaffet spesielle gulvsystemer konstruert for plassering av fiber- og kabelforbindelser for betjening av datautstyret, og gitterflater i gulvet for styring av luft fra ventilasjonssystemet. Selve driften er sikret med dobbel strømforsyning, herunder strømforsyningsutstyr for oppladet energi og diesellaggregater i tilfelle strømbrudd, overvåkingsutstyr, samt brannsikrings- og slukningsutstyr.

[...]

Ved omsetning av "co-location" tjenester vil leie av tilhørende lokaler avgiftsmessig sett anses som en avgiftspliktig tjeneste, ettersom "co-location" tjenestene må anses som det primære for kunden, hvor lokalene er sekundært og underordnet men utgjør en integrert del av dette. Det vil si at det ikke skal foretas fordeling ved avgiftsberegningen i en avgiftspliktig og en avgiftsfri del."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Kontraktens klassifisering

- (34) Kontrakten om leie av arealer for plassering av IT-utstyr, kan ikke unntas forskrift om offentlige anskaffelser etter § 1-3 (2) bokstav b, da anskaffelsens hovedelement er en tjenesteleveranse. Anskaffelsen omfattes derfor av forskriftens del I og III.
- (35) Det vesentlige med leveransen er ikke utleie av lokaler, men å levere løpende tjenester som gjør at IT-utstyret står sikkert plassert og med sikker tilførsel av strøm og kjøling med mer. Å opprettholde den servicegraden som disse forsyningstjenestene krever, er både energikrevende og arbeidskrevende. Dette illustreres også av at innklagede har stilt strenge krav til leverandørenes evne til å levere tjenesten, herunder stilt krav til de ansattes kvalifikasjoner og krav til leverandørenes økonomiske og finansielle stilling. I tillegg leveres en rekke andre tjenester relatert til sikkerhet og spesielle behov oppdragsgiver har tilknyttet sitt driftssensitive utstyr, for eksempel monitorering og adgangskontroll.
- (36) Hensynet bak unntaket for kontrakter om leie av eksisterende bygg, at anskaffelsen ikke vil ha et grenseoverskridende element, er heller ikke treffende med en kontrakt som den foreliggende, da det for IT- housing avtaler ikke vil være nødvendig med geografisk nærhet mellom oppdragsgivers kontor og IT-housing enheten.
- (37) At IT- housing ikke er sammenlignbart med ordinære leieavtaler illustreres enklest av prisingen. IT-Housing arealer i denne anskaffelsen prises 7-12 ganger høyere enn ordinære lokaler med tilsvarende beliggenhet.
- (38) I tillegg kommer at andre offentlige virksomheter anser IT-Housing som en tjeneste, se Oslo fylkesskattekontors uttalelser i brev 26. juni 2001 i forbindelse med co-location tjenester som er sammenlignbare med foreliggende anskaffelse.

- (39) Innklagede har således feilaktig klassifisert kontrakten som leie av eksisterende bygg. Feilen må medføre at konkurransen avlyses.

Konkurransegrunnlagets utforming

- (40) Innklagede har brutt forskriften § 8-1 (1) bokstav d/ § 17-1 (2) bokstav g ved ikke å angi hvilke generelle eller spesielle kontraktsbetingelser som skal gjelde for de vesentligste elementene i anskaffelsen, service og drift.
- (41) Vedlegg A i konkurransegrunnlaget, "*Drifts- og serviceavtale*", skal utarbeides og spesifiseres nærmere i samarbeid med leverandøren i overensstemmelse med konkurransegrunnlagets Kravspesifikasjon, Vedlegg 1. Vedlegg 1 angir imidlertid ingen kontraktsvilkår, kun de tekniske krav mv. Leieavtalen punkt 1.7 viser også tilbake til drifts- og serviceavtalen "*inntatt i avtalens vedlegg*". Det er med andre ord ikke fremlagt utkast til drifts- og serviceavtale, heller ikke angitt generelle eller spesielle kontraktsbetingelser for denne delen av anskaffelsen.
- (42) Kravspesifikasjonene er rundt formulert og ikke særlig detaljerte. Et vesentlig aspekt ved IT- Housing avtaler er driftsikkerhet og stabilitet. Innklagede har ikke angitt hvilke konkrete krav som stilles til oppetid, stabilitet og driftsikkerhet. Hvilke krav som stilles til *nedetid* vil påvirke hva slags utstyr og tjenestenivå som tilbys. Dersom kun marginal nedetid aksepteres, må det tilbys driftsikkerhet (gjør nye) utstyr som oppfyller strenge krav til nedetid. Godtast derimot lengre nedetid kan en leverandør tilby eldre utstyr og et lavere servicenivå mot å si seg tid til feilretting innenfor avtalt nedetid.
- (43) I konkurransegrunnlaget bes tilbyderne selv om å definere tjenestenivå, herunder reaksjonstid ved feil eller ved henvendelser fra oppdragsgiver. Dette medfører for det første at tilbyderne kan levere helt forskjellige tilbud vedrørende grunnleggende krav relatert til servicegrad, herunder ulik responstid og utførelse av service- og feilhåndtering knyttet til drift og vedlikehold. For det andre medfører dette at tilbyderne kan levere helt ulike løsninger når det gjelder kundens kritiske IT-systemer. Disse forholdene vil føre til at tilbyderne prissetter løsningene sine helt forskjellig. Det er heller ikke angitt konkrete krav til rapportering av service- og feilhåndtering knyttet til drift og vedlikehold og annen service som omfattes av IT-Housing. Videre er det ikke angitt minimumskrav til vedlikehold og andre tjenester. Et spørsmål er om det er rom for driftstans for ordinært vedlikehold i tillegg til den avtalte nedetiden.
- (44) Det fremgår heller ikke av konkurransegrunnlaget hvorvidt oppdragsgiver anser leveransen for å være merverdiavgiftspliktig. Ordinært uleie av lokaler til offentlige myndigheter er ikke MVA pliktig. Ordinare IT-Housing avtaler er MVA pliktig.
- (45) Klager har heller ikke angitt misligholdsbeføyelser for tjenester, noe som tilsier at misligholdte tjenester vil være vesentlig forskjellig i de innkomne tilbud. Hvilke misligholdsbeføyelser som avtales påvirker også tilbudte priser. Dersom det er strenge misligholdsbeføyelser for driftsavbrudd etc. er det mindre fordelaktig å tilby utstyr og servicenivå hvor faren for driftsavbrudd er stor. Dette påvirker igjen hvilket utstyr og servicenivå det er fordelaktig å tilby, og igjen prisene på tjenestene tilknyttet vedlikehold og drift av slik utstyr.

- (46) Punktene referert til ovenfor innebærer etter klagers mening også et brudd på loven § 5. Leverandørene får ikke priset tjenestene ut i fra forhåndsdefinerte minimumskrav til tjenestenivået noe som gjør det umulig å sammenligne tilbudene i konkurransen.

Vedståelsesfrist

- (47) Innklagedes avtale om forlenget vedståelsesfrist for Redimi AS tilbud er et brudd på anskaffelsesregelverket ved at avtalen er signert etter at Remidi AS vedståelsesfrist løp ut den 30. november 2009, jf. vedståelseserklæring datert 5. november 2009. Vedståelseserklæringen innebærer således i realiteten ett nytt tilbud som skulle ha vært avvist fra konkurransen, jf. konkurransegrunnlaget punkt 5.2. Dateringen 5. november synes å ha blitt fjernet på papirkopien som er sendt retten i forbindelse med den midlertidige forføyningen og Klagenemnda for offentlige anskaffelser.
- (48) Klager kan heller ikke se at vilkåret i vedståelseserklæringen tredje ledd om mottak av *"dette dokumentet i signert stand innen klokken 23:59 lørdag 30. november til Redimi AS"* er oppfylt. Vedståelsen er således etter sin egen ordlyd ikke rettidig avgitt fra innklagede.
- (49) At innklagede velger å betale en av to tilbydere i konkurransen et betydelig månedlig beløp for å forlenge vedståelsesfristen, innebærer i realiteten at innklagede inngår en opsjonsavtale med 1 av 2 tilbydere. Dette er i strid med konkurransegrunnlaget punkt 5.7 hvor det fremgår at *"Det vil ikke bli gitt noen form for honorarer eller utgiftsdekning i forbindelse med gitt tilbud."* Vedståelseserklæringen er også i strid med lovens grunnleggende hensyn slik de fremgår av §§ 1 og 5. Når klager ikke får tilsvarende tilbud, innebærer dette en favorisering av Redimi AS og en forskjellsbehandling av tilbyderne i konkurransen.

Innklagedes anførsler:

Kontraktens klassifisering

- (50) Anskaffelsen omfattes av forskriften § 1-3 (2) bokstav b om leie av eksisterende bygg. Unntaket er særlig begrunnet med hensynet til geografisk plassering, som også gjør seg gjeldende for leie av lokaler for plassering av IT-utstyr. I den foreliggende sak er det viktig for innklagede å ha spredt plasseringen av IT-utstyr på ulike lokasjoner. Ved å etablere fullstendige, parallelle (redundante) driftsmiljøer på flere geografiske steder, reduseres risikoen for driftsstans ved at man ikke er avhengig av samme transformatorstasjoner, samme vannforsyning mv. Samtidig gjør tekniske begrensninger i kommunikasjonshastigheten at avstanden mellom driftsstedene ikke kan være større enn 40 km. Årsaken er at alle data speiles synkront med den følge at avstanden må begrenses for at man ikke skal få dårlig responstid i systemene. Det er heller ikke driftsteknisk mulig for innklagede å vedlikeholde, drifte og installere datautstyr om dette befinner seg for langt unna innklagedes daglige arbeidsplass. Kontrakten er således typisk for de typetilfeller som faller inn under unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b.
- (51) For blandede kontrakter er det hovedformålet med kontrakten som må være avgjørende, sml. tilsvarende problemstilling for grensdragningen mellom kontrakt om leie og bygge- og anleggskontrakt. Det er ikke tvilsomt at kontraktens hovedformål i foreliggende tilfelle er å få tilgang til arealer for plassering av IT-utstyr, og arbeidsplasser for innklagedes drift av politiets IT-systemer knyttet til lokalene. Leiearealene for plassering av IT-utstyr er adskilt fra øvrige arealer og fremstår på alle

måter som et hvilket som helst husleieobjekt, likevel slik at det gjelder særlige krav til deler av byggets infrastruktur og kvaliteten på denne. Så vel de kontrete forhold som de bakenforliggende omstendigheter og hensyn tilsier derfor at unntaket i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav b får anvendelse. Tjenesteelementet ved kontrakten knytter seg til bygget og byggets felles infrastruktur slik at det ikke vil være praktisk at hver enkelt leietaker skaffer seg slike tjenester på egen hånd.

- (52) Det er innklagede som skal drifte og vedlikeholde IT-utstyret. Dette illustreres blant annet ved at innklagede skal ha arbeidsplasser disponible på området. Leverandør får kun tilgang til lokalene i ekstraordinære tilfeller ved bruk av en såkalt panikk- knapp, typisk ved brann, vannlekkasjer eller lignende, som utløser en alarm hos innklagede.
- (53) Kravene til sikkerhet i strøm- og kjøleleveranser og rutiner for å hindre at man får brudd i leveransene, er ikke tjenester som leveres til innklagede. Det er en konsekvens av innklagedes krav om at utleier er i stand til å levere lokalene med infrastruktur uten avbrudd. Krav til oppfølging av driftsproblemer utgjør i denne sammenheng ikke noe ekstraordinært, og slike krav stilles i en rekke ulike sammenhenger.
- (54) Det er på det rene at leiearealer for en kontrakt som den foreliggende har en høyere pris enn vanlige næringslokaler. Prisen i seg selv er imidlertid ikke relevant for hvorvidt anskaffelsen må anses som en leieavtale. Investeringen i lokalenes infrastruktur er dyr og krever en lang avskrivningsperiode, noe også det forhold at lang leieperiode gir vesentlig lavere leie viser. En slik kostnadsfordeling, der investeringene avskrives gjennom leietiden er helt i henhold til de prinsipper innklagede har lagt opp til
- (55) Innklagede anfører at selv om man legger til grunn at anskaffelsen omfattes av forskriften del I og III, foreligger det ikke feil som tilsier at tildelingen er uriktig, eller at konkurransen må avlyses. Klager anfører at det var reglene i forskriften del I og del III som skulle ha vært fulgt, men uten å spesifisere hvilke brudd på forskriften del I og del III klager mener foreligger. I mangel av en identifisering av faktiske forhold som tilsier at det foreligger brudd på regelverket som må føre til endring av tildelingen eller avlysning kan klager ikke gis medhold. Det forhold at innklagede har feil oppfatning av hvilke regler som får anvendelse, kan ikke alene føre til at klager har krav på kontrakt eller at konkurransen må avlyses.

Konkurransegrunnlagets utforming

- (56) Konkurransegrunnlagets kontraktsutkast tilfredsstiller anskaffelsesreglenes krav. § 17-1 krever at det skal angis hvilken ”ytelse” som skal anskaffes. Dette bør etter innklagedes mening gjøres ved behovskrav eller funksjonskrav da man ellers vil komme i fare for å utelukke flere leverandører fordi de ikke kan imøtekomme spesifikasjonen slik den er angitt. I foreliggende sak har innklagede inkludert en generell kontrakt som regulerer alle de styrende elementene for kontrakten i konkurransegrunnlaget som blant annet gjenstanden for anskaffelsen, pris (herunder leieregulering og betalingsdetaljer), bruk, skader på leieobjektet, merking og skilting, framleie, mislighold osv. Kontrakten er i så måte fullstendig med unntak av drifts- og serviceavtalen og opsjon.
- (57) I stedet for å utarbeide drifts- og serviceavtale, har innklagede valgt å beskrive funksjonskravene, jf. kravspesifikasjonene i vedlegg 1. Den nærmere detaljering av leveransen har det ikke vært ønskelig å definere, da det skal være mulig å tilby ulike løsninger. Det blir således opp til den enkelte tilbyder å inngi et konkurransedyktig

tilbud innenfor tildelingskriterienes angitte parametre på henholdsvis 60 % for pris og 40 % for kvalitet.

- (58) For innklagede har det vært ønskelig at drift- og serviceavtalen tilpasses valgte leverandørs måte å løse oppdraget på. Dette er en vanlig fremgangsmåte, og begge leverandører har da også besvart konkurransegrunnlaget på en slik måte at ferdigstillelse av avtalen ikke vil by på problemer. Innklagede har også lagt vekt på at det dreier seg om enkelt utstyr, ukompliserte leveranser og at tilbyder selv forventes på en tilfredsstillende måte å definere de nærmere detaljene i leveransen på området. Da konkurransegrunnlaget angir at arealet er beregnet på innklagedes eget datautstyr, slik at sikkerheten inn til lokalet er av stor betydning, forventes det at tilbyderne setter seg inn i oppdragsgivers konkrete behov. Innklagede har også gjennomført forhandlinger med tilbyderne, slik at klager gjennom disse hadde anledning til å få avklart eventuelle uklarheter, også i forhold til tjenestenivå, nedetid, stabilitet og driftssikkerhet. Det presiseres at innklagede har et vidt innkjøpsfaglig skjønn mht. hva som er hensiktsmessig i denne sammenheng, og dette skjønn kan bare i begrenset grad overprøves.
- (59) Det er videre ikke korrekt at konkurransegrunnlaget ikke inneholdt opplysninger om merverdiavgift. I tilleggsopplysninger kunngjort på Doffin fremgikk at tilbydere skulle prise inn eventuell merverdiavgift på tjenesteelementet i prismatrisen. Klagers e-post 8. august 2009 viser også at klager hadde forstått hvordan merverdiavgiftsspørsmålet var regulert.
- (60) Det er korrekt som klager anfører at strenge misligholdsbeføyelser knyttet til drift og vedlikehold vil kunne påvirke prisen. Kontrakten inneholder allerede en misligholdsbestemmelse, som gir mulighet for prisavslag ved mangelfullt vedlikehold. Det er dermed ikke gitt at en drift- og serviceavtale skal inneholde egne bestemmelser på dette området.

Vedståelsesfrist

- (61) Vedståelseserklæringen innebærer ikke et nytt tilbud, heller ikke et brudd på loven §§ 1 og 5. I forlengelse av at Oslo byfogdembete avsa kjennelse på at kontrakt ikke kunne inngås før Klagenemnda for offentlige anskaffelser hadde kommet med rådgivende tilbud, ble det nødvendig å sørge for at tilbyderne forlenget vedståelsesfristen på tilbudene sine. Klager har per tidspunkt forlenget vedståelsesfristen til 15. januar 2010, mens Redimi AS opprinnelig ikke var villig til en slik forlengelse da det ville innebære at man måtte avvise andre kunder. For å sikre opprettholdelsen av de opprinnelige tilbud, og ikke måtte bli tvunget til å akseptere klagers tilbud som var langt mindre gunstig, inngikk innklagede avtale med Remidi AS slik den fremgår av "Vedståelseserklæring" datert 30. oktober 2009. Avtalen var nødvendig for å sikre innklagede mot et større tap ved at man risikerte å stå uten tilbud fra Redimi AS etter 1. oktober 2009. En slik sikkerhetsstillelse for at kontrakt faktisk kan gjennomføres, innebærer ikke et brudd på anskaffelsesregelverket.
- (62) Vedståelseserklæringen er signert i tide. Ved en inkurie har det på den utgave av erklæringen som ble oversendt retten per e-post 12. oktober 2009 kommet med dateringen "5 november 2009" Dette skyldes at dateringen blir automatisk generert ved utskrift hos oss. Erklæringen er signert av partene.

Klagenemndas vurdering:

- (63) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Kontraktens klassifisering

- (64) Av forenklet kunngjøring 28. juni 2009 fremgår at innklagede har klassifisert kontrakten som "leie av arealer i eksisterende bygg [...] unntatt fra anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) b." Det er ikke omtvistet at anskaffelsen i foreliggende sak inneholder elementer som er karakteristiske både for leie av arealer i eksisterende bygg, og tjenesteelementer. Det dreier seg således om en blandet kontrakt. Spørsmålet er om anskaffelsen av leie av arealer for plassering av IT-utstyr faller inn under unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b, "leie" av "eksisterende bygning", eller må anses som en tjenstekontrakt, som skal kunngjøres i samsvar med forskriften og ellers reguleres av forskriftens regler.
- (65) Det er klart at det ikke dreier seg om en tradisjonell leieavtale, sml. også klagenemndas sak 2009/135 (premiss 18), hvor tilsvarende anskaffelse var oppe for behandling i nemnda, uten at det var nødvendig å ta stilling til kontraktens klassifisering. Videre har det ingen betydning at innklagede selv har klassifisert kontrakten som leie av eksisterende bygg, da det er kontraktens realitet som er avgjørende for hvorvidt man står ovenfor en tjenstekontrakt omfattet av forskriften, eller leie av bygning, sml. rettens synspunkt i EF-domstolen sak C-536/07 (premiss 55), klagenemndas synspunkt i sak 2007/124 (premiss 36) og sak 2008/39 (premiss 71).
- (66) Forskriften § 2-4 regulerer klassifiseringen av såkalte blandede kontrakter. Bestemmelsen behandler imidlertid ikke problemstillingen hvor begge elementer kategoriseres som "tjenstekontrakt", jf. § 4-1 bokstav d, og den ene delen av kontrakten (leiedelen) i tillegg faller utenfor forskriftens anvendelsesområde. Heller ikke § 1-3 (2) bokstav b gir nærmere retningslinjer for hvordan klassifiseringen av kontrakten skal foretas i slike tilfeller.
- (67) Etter å ha gjennomgått relevant rettspraksis fra norske domstoler og EF-domstolen, og norsk, juridisk teori på området, kan klagenemnda ikke se at den aktuelle problemstillingen er nærmere avklart. I Sue Arrowsmith, "THE LAW OF PUBLIC AND UTILITIES PROCUREMENT", 2. utgave, på side 320, uttales det imidlertid følgende om hvordan denne type kontrakter må klassifiseres når spørsmålet er om direktivets bestemmelser kommer til anvendelse:

"A single contract could involve both regulated services, and those excluded [...]. The directives/regulations do not deal expressly with this case. It is submitted that the correct approach depends on the directive's reason for excluding the particular service. Some services are excluded because the directive's procedures are inappropriate: the recitals indicate that this is the case for broadcasting and arbitration/conciliation services. In this case- as also, for example, with purchases excluded for secrecy reasons- there is a positive reason not to regulate the purchases. Another possibility, however, is that the directive is "neutral" over regulation: the services is excluded because there is no positive reason to regulate (for example, little prospect of cross-border trade). [...] Probably, however, most should be regarded as excluded for some positive reason, since where no such reason exists, services are generally categorized as Part B services. [...] If, on the other hand, the directive is "neutral" as to regulation of the service, the contract as a whole should be treated as within the regulations, when

the value of the regulated service exceeds the value of the excluded service: where the excluded service is merely incidental, the contract is not one "for" an excluded service, so the exclusion does not apply. In addition a contract should be regulated even where the excluded service constitutes the greater part of the contract, where the value of the regulated services is by itself above the threshold; the fact that the regulated services are packaged with excluded services does not justify excluding services which would be regulated if let separately. [...] Since the courts have not yet considered this issue, however, the correct approach remains open to debate."

- (68) Unntaket for leie av eksisterende bygg er hovedsaklig begrunnet med at denne type kontrakter ikke egner seg for grenseoverskridende handel, sml. fortalen til direktiv 2004/18/EC(24) og Fornyings og administrasjonsdepartementet, "*Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar*", 2006, side 19. Dette innebærer at denne type kontrakter faller inn under den gruppen Sue Arrowsmith kategoriserer som "*neutral*" over regulation." Dersom verdien av den delen av tjenesten som faller innenfor direktivet, overskrider verdien av den delen av tjenesten som faller utenfor, skal hele anskaffelsen etter Sue Arrowsmits syn således anses omfattet av direktivet. I tillegg uttaler forfatteren at dersom verdien av den delen av tjenesten som er omfattet av direktivet overstiger terskelverdien, bør hele anskaffelsen anses omfattet av direktivet, likevel slik at den endelige løsning ikke er avklart i rettspraksis.
- (69) Av utkastet til leiekontrakt med valgte leverandør fremgår det at leie av arealer per måned er (...) NOK per kvadratmeter. Tilhørende tjenester per måned per kvadratmeter slik de fremgår av drifts- og serviceavtalen er (...) NOK. I tillegg kommer en etableringskostnad for "*Øvrige tjenester*" på (...) NOK. Selv når kostnadene for etableringstjenestene inntas i månedlige utgifter i henhold til drift- og serviceavtalen, vil kostnadene tilknyttet tjenesteelementet være betydelig lavere enn kostnadene for leiearealet per måned. Dette tilsier at kontrakten må klassifiseres som en leiekontrakt unntatt forskriften, jf. § 1-3 (2) bokstav b.
- (70) I følge Sue Arrowsmith reguleres kontrakten likevel av direktivet hvor verdien av den ikke- ekskluderte tjenesten i seg selv er over terskelverdi. Tar man utgangspunkt i de kontraktsbeløpene som følger av det foreløpige utkastet til leieavtale, fremgår det at verdien av den delen av kontrakten som gjelder drifts- og serviceavtalen isolert sett utgjør om lag (...) eks. mva. Det er her tatt hensyn til innklagedes mulighet for arealutvidelse med opptil 100 % jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.1, "*Leveransens innhold*", og innklagedes mulighet for utnyttelse av de opsjoner om tidsmessig utvidelse av kontrakten som fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 3.3, "*Kontrakt og kontraktperiode*", sml. forskriften § 2-3 (1) og (5). Verdien av drifts- og serviceavtalen overstiger da klart terskelverdiene i forskriften §§ 2-1 og 2-2. Dette innebærer at kontrakten etter Sue Arrowsmits syn ikke kan unntas forskriften etter § 1-3 (2) bokstav b.
- (71) Etter klagenemndas syn kan man imidlertid ikke utelukkende basere vurderingen på verdien av de ulike elementene i avtalen. I tillegg må det etter nemndas syn også ses hen til i hvilken grad den konkrete kontrakten har et grenseoverskridende element, sml. (premiss 68), hvor det fremgår at unntaket for leie er særlig begrunnet med at slike kontrakter ikke egner seg for grenseoverskridende handel. I foreliggende tilfelle har nemnda vurdert det slik at tjenesteelementet ved drifts- og serviceavtalen ikke har noen selvstendig funksjon i forhold til leieavtalen som sådan. Innklagedes formål er å

anskaffe leielokaler, særlig tilpasset behovet for sikker plassering av IT-utstyr. Flere av underpunktene til tildelingskriteriet "*Kvalitet*" refererer seg således også til byggets tekniske utforming, og driftssikkerhet, som slik nemnda ser det, i stor grad beror på hvordan lokalet som sådan teknisk er innrettet for å hindre driftsstans ol., se i denne sammenheng også "*KRAVSPESIFIKASJON*" i konkurransegrunnlagets vedlegg 1 som nærmere angir krav om at lokalet skal ha adgangskontrollører, varslingstavle og måleutstyr, være bygningsmessig beskyttet mot brann og lignende. I tillegg kommer at innklagede selv skal drifte servere og IT-utstyr, slik at kontraktens gjenstand også i så måte må sies å skulle stille tilgjengelig, spesialtilpassede lokaler for optimal sikkerhet av plassering av IT-utstyret. Den kontinuerlige overvåkingen av datautstyret med hensyn til strømforsyning, systemdrift, temperatur, luftfuktighet og lignende er således langt på vei sammenfallende med de spesifikasjonene oppdragsgiver krever at leielokalet oppfyller til enhver tid. Selve tjenesteelementet ved drifts- og serviceavtalen fremstår som uløselig knyttet til leie av lokalene. På denne bakgrunn kan nemnda ikke se at kontrakten skal klassifiseres som en tjenestekontrakt som er omfattet av forskriften. Etter nemndas syn inneholder avtalen ikke grenseoverskridende elementer som tilsier at kontrakten skulle vært gjenstand for en kunngjort konkurranse. Omgåelseshensyn gjør seg ikke gjeldende i en kontrakt av foreliggende karakter.

- (72) Klagenemnda er etter dette kommet til at aktuelle kontrakt må anses som en leieavtale som er unntatt forskriften etter forskriften § 1-3 (2) bokstav b. Innklagedes unnlatelse av å kunngjøre anskaffelsen i samsvar med forskriftens regler utgjør derfor ikke noe brudd på regelverket.

Mangelfullt utformet konkurransegrunnlag

- (73) Den foreliggende anskaffelsen reguleres i utgangspunktet kun av loven, jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav b, jf. klagenemndas uttalelser i sak 2007/20 (premiss 32)-(premiss 33) og 2008/39 (premiss 75). Innklagede har imidlertid angitt at anskaffelsen vil bli regulert av forskriften del I og II, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.4, "*Prosedyre- konkurranse med forhandling*". Av kravet til forutberegnelighet følger da at innklagede må gjennomføre anskaffelsen slik den er skissert i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, sml. også klagenemndas sak 2006/98 (premiss 24).
- (74) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 8-1 (1) bokstav d ved manglende angivelse av hvilke alminnelige og spesielle kontraktsbetingelser som gjelder for oppdraget. Klager viser til at innklagede ikke har utferdiget leieavtalens vedlegg A, drifts- og serviceavtale.
- (75) Av forskriften § 8-1 fremgår at konkurransegrunnlaget skal inneholde en "*tilstrekkelig og fullstendig*" beskrivelse av "*hvilke alminnelige eller spesielle kontraktsbetingelser som gjelder for oppdraget.*" Formålet bak § 8-1 er blant annet å ivareta hensynet til likhet mellom leverandørene og gi leverandørene mulighet til å utarbeide et tilbud som har reell mulighet for å nå opp i konkurransen, samt at leverandørene skal vite på hvilke vilkår tilbudet er inngitt.
- (76) Spørsmålet er om en henvisning til en nærmere utarbeidelse/spesifisering i samsvar med leverandør i "*overensstemmelse med Konkurransegrunnlagets Kravspesifikasjon,*

vedlegg 1" i drift- og serviceavtalen, vedlegg A, er tilstrekkelig etter § 8-1 bokstav d i foreliggende sak.

- (77) Innklagede har vist til at drifts- og serviceavtalen vil bli utformet på bakgrunn av "Kravsspesifikasjonene vedlegg 1". Denne inneholder en rekke tekniske krav og må forstås som minimumskrav til drifts- og serviceavtalen. I tillegg regulerer leieavtalen vedlagt konkurransegrunnlaget sentrale vilkår for kontraktsforholdet, som blant annet mislighold, gjenstanden for anskaffelsen, fremleie, overdragelse jurisdiksjon og lignende. Etter nemndas syn må kravet i § 8-1 bokstav d til angivelse av "*alminnelige eller spesielle kontraktsbetingelser som gjelder for oppdraget*" således anses tilfredsstillt i denne saken. Det må særlig tas i betraktning at det dreier seg om en konkurranse med forhandling slik at det er behov for en dialog med tilbyderne før ytelsen kan spesifiseres i detalj. I dette ligger også at det vil være hensiktsmessig å la tilbyderne til en viss grad konkurrere om hvilke kontraktsbestemmelser som gjelder for anskaffelsen, slik konkurransegrunnlaget også synes å ha lagt opp til. Reguleringen av drifts- og serviceavtalen vil da også måtte tilpasses de løsningene som tilbys, og er slik sett også en del av hva tilbyderne konkurrerer om for at oppdragsgiver skal få det beste tilbudet totalt sett. Klagers anførsel om manglende angivelse av misligholdsbeføyelser av tjenester, har innklagede imøtegått med at kontrakten allerede inneholder en misligholdsbestemmelse, og at det ikke er gitt at drift- og serviceavtalen skal inneholde egne bestemmelser på dette området. Klagenemnda har ikke anledning til å overprøve innklagedes skjønn på dette punktet, så lenge kontraktsvilkårene som sådanne er i samsvar med kravet til god forretningsskikk, sml. loven § 5. Forutsetningen er imidlertid at utferdigelsen av drifts- og serviceavtalen ikke i vesentlig grad avviker fra misligholdsbestemmelsen som allerede er inntatt i leieavtalen, jf. loven § 5 og kravene til konkurranse og forutberegnelighet, sml. klagenemndas sak 2009/122 (premiss 63).
- (78) Klager hevder videre at det ikke fremgår av konkurransegrunnlaget hvorvidt oppdragsgiver anser leveransen for å være merverdiavgiftspliktig, og at dette er i strid med anskaffelsesregelverket. Det er ikke bestridt at den opprinnelige kunngjøringen/(konkurransegrunnlaget) ikke var klart på hvorvidt merverdiavgift skulle prises inn i tilbudet. Av tilleggsopplysninger kunngjort 8. august 2009, og spesifisering av konkurransegrunnlaget sendt tilbyderne per brev 11. august 2009, fremgår det imidlertid at leie av lokalet var unntatt merverdiavgiftsplikt, mens support og driftstjenester skulle faktureres med merverdiavgift så langt loven pålegger dette. Innklagede spesifiserte i forlengelse av dette at "*Oppdragsgiver ønsker en samlet pris for arealet inkludert tjenester, og den samlede prisen som oppgis i prismatrisen skal derfor inkludere eventuell merverdiavgift på tjenesteelementet i leveransen.*" På denne bakgrunn kan nemnda ikke se at innklagede ikke i tilstrekkelig grad har opplyst hvorvidt oppdragsgiver anså leveransen for å være merverdiavgiftspliktig. Klagers anførsel fører dermed heller ikke frem på dette punkt.
- (79) Klager viser til slutt til at det foreligger manglende angivelse av blant annet tjenestenivå, nedetid, stabilitet og driftsikkerhet. Klagenemnda har imidlertid ikke faglige forutsetninger for å vurdere hvorvidt konkurransegrunnlaget på dette punktet tilfredsstiller angivelsen av de krav som er nødvendig for å utferdige tilbud, og for at oppdragsgiver skal kunne evaluere tilbudene i samsvar med loven § 5. Anførselen

avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Vedståelsesfrist

- (80) Klager hevder at vedståelseserklæringen med Redimi AS først må anses signert 5. november 2009, dvs. 6 dager etter at den fastsatte vedståelsesfristen løp ut, jf. det oversendte dokumentet benevnt "*Vedståelseserklæring*". Etter klagers syn må derfor Redimi AS' vedståelseserklæring anses som et nytt tilbud som skulle ha vært avvist fra konkurransen.
- (81) Innklagede har forklart at grunnen til at datoen 5. november 2009 kom med på dokumentet, var at utskriftsdatoen automatisk ble generert ved utskrift av dokumentet. Etter nemndas syn må dette anses som en plausibel forklaring, og nemnda legger da til grunn at vedståelseserklæringen må anses signert den 30. oktober 2009. Det er også denne datoen som er angitt ved siden av signaturen til Redimi AS og innklagede. Dette innebærer at Redimi AS må anses for å ha forlenget vedståelsesfristen sin rettidig, og klagers anførsel på dette punkt kan dermed ikke føre frem.
- (82) Spørsmålet er så om det utgjør et brudd på kravet til likebehandling når innklagede betaler Redimi AS 399.840 NOK for å forlenge tilbudets vedståelsesfrist, uten at klager gis en tilsvarende kompensasjon.
- (83) Av sakens bakgrunn fremgår det at både klager og Redimi AS ble bedt om å forlenge tilbudet sitt. Klager aksepterte dette umiddelbart (og da slik nemnda har oppfattet det, uten å kreve noen form for kompensasjon), mens Redimi AS krevde et månedlig vederlag for å opprettholde tilbudet sitt på grunn av tapte utgifter. Slik nemnda ser det, ble følgelig begge leverandører gitt lik mulighet til å vedstå seg sine tilbud, og dette må i foreliggende sak tilfredsstille kravet til likebehandling i og med at klager faktisk ikke krevde noen form for kompensasjon.
- (84) Nemnda kan heller ikke se at vedståelseserklæringen er i strid med konkurransegrunnlaget punkt 5.7 da uttalelsen "*Det vil ikke bli gitt noen form for honorarer eller utgiftsdekning i forbindelse med gitt tilbud.*", må forstås slik at det ikke vil bli gitt noen kompensasjon for kostnader eller annen godtgjørelse knyttet til utferdigelse av selve tilbudet. Klagers anførsel fører dermed heller ikke frem på dette punktet.

Konklusjon:

Politiets data- og materieltjeneste har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,
16. desember 2009


Georg Fredrik Rieber-Mohn