



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Array Systems Computing Inc.
Att. Nisso Keslassy
1120 Finch Avenue West 7th floor
Toronto, Ontario
Canada M3J 3H7

nisso@array.ca

Deres referanse

Vår referanse
2008/134

Dato
27. februar 2009

**KLAGE OVER AVVISNINGSVEDTAK: ARRAY SYSTEMS COMPUTING INC. –
NORWEGIAN DEFENSE PROCUREMENT DIVISION (NDPD)**

Sekretariatet besluttet ved brev av 13.02.2009 å avvise klagen etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002 § 9. Bakgrunnen for avvisningen var at forholdet faller utenfor lov om offentlige anskaffelser og dermed også utenfor klagenemndas virkeområde, jf klagenemndforskriften §§ 2 og 6. Klage over avvisningsbeslutninger må etter klagenemndforskriften § 9 foreligge senest innen tre virkedager. Klager meddelte i email av 13.02.09 at de ønsket å påklage avvisningsbeslutningen, men ba om lengre frist, siden de var avhengig av å få oversatt sekretariatets beslutning til engelsk. Det ble gitt fristutsettelse til 23.02., og denne dato innkam klagen pr. email. Klagen er dermed rettidig fremsatt.

Saksdokumentene er deretter sendt til klagenemndas leder, som etter klagenemndforskriften § 9 skal behandle klager over sekretariatets avvisningsvedtak.

I klagen over avvisningsbeslutningen anføres at unntaket fra klageadgangen ikke kan få anvendelse når det ikke i konkurransegrunnlaget ble gjort uttrykkelig oppmerksom på at unntaket ville gjelde. Klager mener at unntaket er påberopt i ettertid utelukkende for å unngå en nærmere undersøkelse rundt noe som må være åpenbare regelbrudd fra innklagedes side.

Dersom klager på forhånd hadde vært klar over at man ikke fikk anledning til å bruke den

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

ordinære klageadgangen, ville de ikke ha deltatt i konkurransen og forhandlingene og derigjennom pådratt seg betydelige utgifter.

Det tas også opp andre forhold i klagen som gjelder realiteten i saken, men som nemndsleder ut fra resultatet ikke finner det nødvendig å gå nærmere inn på.

Klagenemndas leder har, foruten avvisningsbeslutningen og klagen over denne, gått gjennom samtlige dokumenter i saken. Klagenemndas leder har kommet til at sekretariatets avvisningskonklusjon må opprettholdes.

Spørsmålet i saken er for det første om anskaffelsen er av en type som faller inn under unntaket i EØS-avtalens artikkel 123 b. Det passive sonarsystem som anskaffelsen gjelder, inngår som en integrert del av undervannsbåters våpensystem og har utelukkende militær anvendelse. Nemndsleder er derfor enig i sekretariatets konklusjon, som går ut på at dette er en anskaffelse som omfattes av § 123 b. Anskaffelsen faller dermed utenfor lov om offentlige anskaffelser, i henhold til lovens § 3.

Det neste spørsmål er så om innklagede skulle være avskåret fra å påberope seg dette unntaket i etterhånd, når det ikke står noe eksplisitt om det i konkurransegrunnlaget.

Om unntaket gjelder eller ikke, vil avhenge av anskaffelsens karakter, og denne var detaljert beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det kan ikke ses å være stilt noe krav om at det uttrykkelig skal opplyses i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget at det gjelder en anskaffelse som faller utenfor anskaffelsesloven i henhold til § 3. Det fremgår for øvrig av kunngjøringen at det dreide seg om en anskaffelse underlagt GPA. Av konkurransegrunnlagets pkt. 3.4 fremgår at ikke-norske leverandører må være villige til å delta i industrielle gjenkjøpsavtaler, hvilket det kun er aktuelt å stille krav om for den type anskaffelser som faller utenfor anskaffelsesregelverket.

Når lov om offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse, har klagenemnda ingen kompetanse til å behandle saken, jf. klagenemndforskriften av 15.11.02 nr. 1288 § 6. Saken må dermed avvises fra behandling i nemnda.

På bakgrunn av klagers øvrige anførsler i saken, finner nemndsleder grunn til å opplyse at nemndas klagebehandling kun er av rådgivende karakter. Klagenemndas uttalelser er ikke bindende for partene, og nemnda har ingen myndighet til å stoppe eller omgjøre en kontraktsinngåelse, eller til å tilkjenne erstatning.

Selv om klagenemnd for offentlige anskaffelser ikke kan behandle saken, står muligheten åpen for klager til å bringe saken inn for ESA eller de ordinære domstoler.

Klagenemndas leder finner altså at sekretariatets avvisningsbeslutning må bli å opprettholde.

Kopi av denne beslutning sendes innklagede til orientering.

Björg Ven

Klagenemndas leder