



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Deres referanse

Vår referanse
2008/ 158

Dato

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 2. september 2008. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder senest tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Den 9. mars 2007 inngikk Justisdepartementet og Siemens AS (nå Nokia Siemens Networks Norge AS, NSN) en rammeavtale for leveranse av radioterminaler. Dette skjedde på basis av en forutgående kunngjort anbudskonkurranse av 24. november 2006. Rammeavtalen er en del av et større prosjekt, som gjelder utbygging av et nytt digitalt nødnett. Den 1. april 2007 ble ansvaret for utbyggingen og forvaltningen av nødnettet, herunder aktuelle rammeavtale med NSN, overført til det nyopprettede Direktoratet for nødkommunikasjon (heretter kalt innklagede).
- (2) Den aktuelle rammeavtalen omfatter levering av følgende kategorier radioterminaler:
 - (Kategori A) Lett håndholdte radioer — Motorola MTH800
 - (Kategori B) Robuste håndholdte radioer — Motorola MTP850
 - (Kategori C) Kjøretøymonterte radioer — Motorola MTM800E
 - (Kategori Cl) Bordmodell av radioer — Motorola MTM800E
 - (Kategori D) ATEX (EX godkjente) radioer — Motorola MTP850 EX
 - (Kategori E) Spaningsradioer — Motorola TCR1000
 - (Kategori G) Mobile radioer for installasjon på motorsykler, båter og snøscooter Motorola MTM800E
 - (Kategori H) TETRA gateway/repeater — Motorola/Cleartone CM5000
- (3) Siden avtalen ble inngått og frem til klage ble fremsatt for klagenemnda har innklagede foretatt følgende 693 kjøp av radioterminaler:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

Batch #	Avropsdato	Ant terminaler	MTP850	MTP850 EX	MTM800	MTM800 MC/Boat	CM5000	Mottaker/formål
Batch 1	22. mai 2007	106	68		38			Fleetmap
Batch 2	24. april 2008	115	90		15	5	5	PDMT
Batch 6	2. september 2008	279	225	7	39		8	BDO
Batch 12	25. juni 2008	107	80	7	16		4	BDO
Batch 13	25. juni 2008	86	60		22		4	HDO
Totalt pr oktober 2008		693	523	14	130	5	21	

- (4) I avtalen tilknyttet Batch 1 fremgår det følgende i tilknytning til kontraktsmessig levering:

“MTM800 Enhanced, delivered in May batch, will have to be upgraded with a new software release in September, to get the Wap and GPS option installed. This upgrade will be done free of charge.”

- (5) I avtalene tilknyttet Batch 2 til 13 fremgår det følgende i tilknytning til kontraktsmessig levering:

“This means that, for this particular Individual Contract, NSN has been relieved from the requirements in RT clause 50.2 and 50.3 (ii), (iii) and (iv). The background for this is that the delivery of this batch is requested to take place before test and acceptance set forth in Appendix G, Test and Acceptance. The radio terminal tests are partially linked to the system test of the network. Since a delay in the system testing of the network shall not imply liquidated damages for the radio terminals, it is agreed that for this batch the date of delivery will be the base.

[...]

E2EE encryption is currently not available from Motorola on CM5000 Gateway repeater. One extra MTP850 terminal with E2EE and Call-Out (when available), free of charge, will be provided for each CM5000 in the current Framework agreement (up to 27 units).

[...]

NSN will take on and perform the Call-Out upgrade of the terminals delivered before Call-Out is available (apart from CM5000) given that the terminals are placed on one central location in Norway. NSN will cover all of its own costs to perform this [...].”

- (6) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 2. september 2008.

- (7) I prosesskrift av 14. november 2008 ga innklagede følgende redegjørelse for de kontraktsrettslige mangler som forelå i tilknytning til de anskaffede radioterminalene:

"Batch 1 og 2, totalt 211 radioterminaler, ble levert uten call-out og ende-til-ende-kryptering. Batch 1 ble levert i juni 2007 og Batch 2 ble levert i mai 2008. Radioterminalene i Batch 1 ble kun benyttet til fleetmap (med fleetmap menes en felles oversikt over nummerplaner og gruppestrukturer som skal være konsistent i radioterminalene og nettverket). Call-out er ikke en nødvendig funksjon for å verifisere eller kvalitetssikre fleetmap (som er utviklet på papiret). Radioterminalene i Batch 1 og 2 inneholdt også andre særnorske funksjoner som norsk språk. Det har derfor ikke vært noen avrop som har vært kjøp av "standard hyllevare".

Oppgradering av disse 211 radioterminalene startet i august 2008, og er på det nærmeste gjennomført. De gjenstående 40 radioterminalene har det så langt ikke vært nødvendig å dele ut til etatene, og oppgradering av disse er derfor ikke prioritert. Disse vil imidlertid bli oppgradert før de blir levert ut til etatene.

Oppgraderingen av de ovennevnte radioterminalene er en ren oppgradering av programvare. Ingen radioterminaler er derfor levert tilbake til NSN. Oppgraderingen har DNK utført selv, på basis av tilsendte CDer med nødvendig programvare fra NSN. VHF's påstand: "oppgraderes betyr i denne sammenheng at Siemens skal levere radioterminaler i samsvar med rammeavtalens spesifikasjoner og at de terminalene som er levert i mellomtiden, leveres tilbake", er således feil.

Batch 6, 12 og 13 ble levert med all funksjonalitet inkludert.

De radioterminalene som så langt er anskaffet er delvis brukt i superbrukeropplæring, delvis benyttet til pilotinstallasjoner og er delvis gjenstand for prøving og feiling med programmering av radioterminaler. For øvrig ligger de fleste radioterminalene på lager i påvente av at prøveperioden for nettet skal starte. Som påpekt ovenfor, er nå de aller fleste radioterminaler levert med full funksjonalitet. Det er på denne bakgrunn ikke riktig slik VHF hevder, at DNK vil ha en test- og opplæringsfase som strekker seg over flere år, og at "hyllevare"-terminaler vil bli brukt i hele denne fasen. Opplæring av sluttbrukere vil skje når nettet settes i prøvedrift. Denne opplæringen vil gjøres på de radioterminaler etatene skal bruke til daglig. Dette utgjør størsteparten av anskaffelsen, og vil bli levert først når sluttbrukeropplæringen nå skal ta til. I og med at utbyggingen av nettet har skjedd i et helt annet tempo enn avtalt, vil også tidspunktet for opplæring forskyves tilsvarende.

Radioterminalene støtter ikke TEDS. Som også redegjort for i DNKs tilsvaret, vil TEDS-radioterminaler bli anskaffet i trinn 2. Det er ikke aktuelt med oppgradering av radioterminaler kjøpt i trinn 1.

Som det fremgår av det ovenstående og DNKs redegjørelse i tilsvaret 10. oktober 2008, ble kun et mindre antall radioterminaler levert uten all kontraktsfestet funksjonalitet. Avvikene har blitt rettet i løpet av relativt kort tid. Ingen av de anskaffede radioterminalene er standard hyllevare."

- (8) I e-post av 5. februar 2009 opplyste innklagede at verdien på de kjøp som er blitt gjort av radioterminaler er på ca kr 3,2 mill.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (9) Innklagedes anskaffelse av aktuelle 693 radioterminaler utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsen kan ikke kategoriseres som misligholdte leveringer under den inngåtte rammeavtalen, men må anses som dekningskjøp som følge av at NSN, som rammeavtaleleverandør, ikke har vært i stand til å levere de radioterminalene som den inngåtte avtalen gjelder. Ved slike dekningskjøp må innklagede gjennomføre en ordinær kunngjort anskaffelsesprosess. Eventuelt skulle innklagede avventet innkjøpene til NSN kunne levere kontraktsmessig. Radioterminalene som nå er anskaffet avviker vesentlig fra kravspesifikasjonen tilknyttet rammeavtalen innklagede har med NSN.
- (10) Det bør ilegges overtredelsesgebyr.

Innklagedes anførsler:

- (11) De foretatte kjøp av radioterminaler kan ikke kategoriseres som dekningskjøp uten tilknytning til den inngåtte kontrakt. Det er her tale om ordinære avrop på den rammeavtalen som ble inngått med NSN. At noen av leveransene ikke fullt ut tilfredsstiller de krav som er satt, innebærer ikke at dette kan anses som en ulovlig direkte anskaffelse utenfor rammeavtalen, men at dette eventuelt utgjør et kontraktsrettslig mislighold som leverandøren er ansvarlig for. Det vises til innklagedes redegjørelse for hvilke forhold dette gjelder i prosesskriftet til klagenemnda av 14. november 2008. I tillegg vises det til at NSN hadde ansvar for å oppgradere alle radioterminalene med de funksjonene som var forsinket uten ekstra kostnad for innklagede. Begrunnelsen for forsinkelsen er også delvis at utbyggingen av nødnett er forsinket. For forsinkelser som skyldes dette må leveringsplikten til NSN anses suspendert. Leverandøren er imidlertid uansett forpliktet til å oppgradere de leverte terminalene med aktuelle funksjoner for egen regning.
- (12) Siden det ikke foreligger noen ulovlig direkte anskaffelse, foreligger det heller ikke grunnlag for overtredelsesgebyr.

Sekretariatets vurdering:

- (13) Etter klagenemndsforordningens § 13a gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse i saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi forordning om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forordningens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (14) Klager har anført at anskaffelsen av radioterminalene mangler den nødvendige tilknytning til den inngåtte rammeavtalen med NSN, da terminalene som er kjøpt avviker vesentlig fra kravspesifikasjonen for denne avtalen. Anskaffelsen må derfor anses som et dekningskjøp, og innebærer derfor etter klagers oppfatning at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (15) En ulovlig direkte anskaffelse er i lovens § 7 b definert som ”en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven”, og det følger av forordning om offentlige anskaffelser §§ 9-1/18-3 at anskaffelser over terskelverdiene skal kunngjøres. I klagenemndas sak 2008/5 fastslo nemnda at det vil foreligge en ulovlig direkte anskaffelse dersom det som er anskaffet under en konkret avtale avviker vesentlig fra det denne avtalen gjelder. Varen eller tjenesten som blir anskaffet vil da mangle den nødvendige tilknytning til kontrakten, og dermed også til

den kunngjorte konkurransen som var grunnlaget for kontraktsinngåelsen. Tilsvarende vurderinger ble også gjort i klagenemndas sak 2007/142, der nemnda vurderte om innkjøp av et bestemt arkitektoppdrag måtte anses for å falle inn under en eksisterende rammeavtale innklagede hadde for arkitekttjenester.

- (16) Etter sekretariatets oppfatning må aktuelle kjøp av radioterminaler anses for å omfattes av rammeavtalen innklagede inngikk med NSN på bakgrunn av den kunngjorte konkurransen om leveranse av radioterminaler. Selv om det er på det rene at enkelte av leveransene ikke har vært kontraktsmessig, fremgår det klart av avtalene tilknyttet det enkelte avrop hvilke mangler det har vært tale om, samt at det er NSN som skal ha ansvaret for å utbedre disse. Utbedringen skal i tillegg skje kostnadsfritt for innklagede. Dette viser at det er kravspesifikasjonen tilknyttet rammeavtalen som er avgjørende for hva som anses som kontraktsmessig vare, og at det derfor ikke er tale om å anskaffe noe annet enn det som er avtalt. Basert på dette er sekretariatet kommet til at kjøpene av radioterminaler må anses foretatt under den rammeavtalen innklagede har med NSN, og det foreligger dermed ingen ulovlig direkte anskaffelse.
- (17) På basis av ovennevnte kan Deres klage ikke føre frem, og den avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. Klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Erlend Pedersen
Rådgiver

Kopi: Innklagede