



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

EUROCOM Satellite Systems AS
Att. Kjell Danielsen
Lønningsflaten 28
5258 Blomsterdalen

Deres referanse

Vår referanse
2007/102 - 0

Dato
28.11.2007

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse. 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:

Forsvarets logistikkorganisasjon/informasjons- og kommunikasjonstjenester (FLO/IKT) kunngjorde 18. juli 2007 i Doffin-databasen en åpen anbudskonkurranse vedrørende forbedring av kvaliteten på Satkom forbindelsen til Forsvarets internasjonale operasjoner.

I tilsvaret til klagenemnda av 10. september 2007 opplyser innklagede følgende om anskaffelsen:

”Forespørselen som ble kunngjort skal dekke Forsvarets økte behov for båndbredde ved flere av leirene hvor Forsvaret i dag deltar i internasjonale operasjoner. Senderne på flere av disse stedene er pr i dag ikke tilstrekkelige for å dekke Forsvarets operative krav til sine kommando- og kontrollsystemer.

Teknisk/funksjonelt miljø i FLO/IKT har definert et behov for strakstiltak for å rette på dette, slik at våre operative styrker oppnår tilfredsstillende kapasitet på sitt primærsamband.”

I punkt 8 ”Kommunikasjon i tilbudsperioden”, inntatt i konkurransegrunnlaget del 1 ”Regler for anskaffelsen” het det:

”8.5 Reservasjoner og forbehold i tilbudet

Det gjøres oppmerksom på at anskaffelsen skjer etter anbudskonkurranse. Det er således ikke anledning til å gjennomføre forhandlinger.

[...]

Dersom tilbud er ment å avvike fra konkurransegrunnlaget, skal dette klart fremgå av tilbudet. Avvikene skal spesifiseres i tilbudet. De skal være presise og entydige, kunne verdifastsettes, og skal

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00

Faks: +47 55 59 75 99

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

være beskrevet slik at FLO/IKT kan vurdere avvikene uten kontakt med tilbyder. Tilbud som ikke tilfredsstiller dette kravet vil bli avvist. Videre vil tilbud som har vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget bli avvist.”

Konkurransegrunnlaget del 2 ”Utkast til spesielle kontraktsvilkår” inneholdt under punkt 11 følgende om ”FORSINKET LEVERING”:

”Ved forsinket levering av leveransen som beskrevet i art 4, begynner en dagbot å løpe automatisk.

Dagboten utgjør NOK 10.000 for den forsinkede bestilling. Dagboten regnes pr kalenderdag og den løper så lenge forsinkelsen varer, maksimalt i 10 dager.

Forsinkelse utover 10 dager anses som vesentlig mislighold som gir Forsvaret rett til å heve kontrakten jf kontraktens Vedlegg 1, BL 5002, art. 6.5.”

Innen tilbudsfristen 7. august 2007 var det inngitt to tilbud. Blant tilbyderne var EUROCOM Satellite Systems AS (heretter kalt klager). Klagers tilbud av 6. august 2007 inneholdt følgende under DEL 2 ”Utkast til spesielle kontraktsvilkår – Compliance List”:

”EUROCOM Satellite Systems AS aksepterer disse reglene med følgende unntak:

[...]

Pos. 11

Dagbot på kr.10.000 er nesten 1 % av kontraktsbeløpet, og dette er skyhøyt over normale dagbøter på 0,1 % (unntaksvi 0,2 %).

Vi antar derfor at dette er en trykkfeil.

Pos. 11

Rett til kansellering ved forsinkelse utover 10 dager er eksepsjonelt. Riktignok tilsvarer det rett til kansellering når dagbøtene utgjør 10 %, men da er dagbøtene 0,1 %. Vi antar derfor at dette er en trykkfeil.”

Klager ble avvist fra konkurransen ved brev av 14. august 2007. Innklagede viste til konkurransegrunnlaget punkt 8.5 og punkt 11 i del 1 i klagers tilbud, og sa følgende:

”Forbeholdene forskyver risikoen i kontrakten på en slik måte at tilbudene i konkurransen ikke kan vurderes opp mot hverandre.

Videre er forbeholdene vurdert som et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene, jf FOA § 11-11 (1) d. Rask levering er i dette tilfellet helt kritisk for Forsvaret. Mulighet for å legge press på valgt leverandør, gjennom høye dagbøter, samt mulighet for å komme seg ut av kontraktsforholdet ved forsinkelse, slik at levering kan foretas av andre, er foruten selve varespesifikasjonen, de viktigste punktene i kontrakten. Forsinket levering kan i dette tilfellet få svært alvorlige konsekvenser. Ved å akseptere deres forbehold til overnevnte kontraktsvilkår, godtar vi en frist på 100 dager før vesentlig forsinkelse inntreffer. I vårt tilfelle er en slik frist ikke akseptable.”

Klager gav i brev datert 29. mai 2007 følgende redegjørelse for forbeholdene inntatt i tilbudet:

”Vi forsøkte å levere et presist og effektivt tilbud, men jeg ser at vi gjorde en feil i Del 2, Utkast til spesielle kontraktsvilkår.

I utgangspunktet har vi godtatt alle betingelsene, men vi ønsket å påpeke noen punkter vi stusset på. Jeg brukte ordet Unntak men det burde vært Anmerkninger.

[...]

Pos. 11

Vi har inngått mange kontrakter i inn- og utland i de årene vi har drevet virksomheten. Konvensjonalboten ligger normalt på 0,1 % pr. dag, unntaksvis 0,2 % pr. dag. Vi trodde kravet var en trykkfeil og ønsket å påpeke det slik at eventuell korreksjon kunne kommet med i kontrakten.

Vi har imidlertid igjen problemer med leveringstiden slik at konvensjonalbotens størrelse er uten betydning.

Jeg brukte ordet Unntak i de andre dokumentene og glemte å endre dette til Påpeke i det aktuelle dokumentet. Alt vi ønsket å gjøre, var å påpeke dette slik at ordet skulle vært Anmerkninger. For ordens skyld har jeg vedlagt korrigerert dokument.

Vi ber om at denne feilen kan overses slik at vi fortsatt kan være med i konkurransen.”

Innklagede avviste anmodningen om fortsatt deltakelse i konkurransen i brev av 15. august 2007 med følgende begrunnelse:

”Et tilbud kan tilbakekalles eller endres inntil tilbudsfristens utløp, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 11-5 (1). Tilbudsfristen løp ut 2007-08-07 kl. 12.00. Forbeholdene i EUROCOMs tilbud er således bindende og kan ikke lenger tilbakekalles eller endres.

FLO/IKT gjør oppmerksom pkt. 2.1.1 i DEL i Regler for anskaffelsen, hvor det var gitt frist til 2007-08-01 for eventuelle spørsmål til forespørselen. Her var tilbyderne gitt anledning til å avklare eventuelle uklarheter i tilbudet, FLO/IKT kan ikke se å ha mottatt spørsmål fra EUROCOM før fristens utløp.”

I e-post til innklagede av 15. august 2007 fastholdt klager at det kun var snakk om en ordfeil, og slo fast at klager ikke hadde noen problemer med leveringstiden eller konvensjonalboten slik angitt i konkurransegrunnlaget.

Klage ble inngitt til klagenemnda 15. august 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagedes avvisning på grunnlag av at klager ikke aksepterte alle punktene i forespørselen var urimelig og i strid med regelverket om offentlige anskaffelser.

Tilbudet var på kroner 1 200 000. Konvensjonalboten utgjorde 0,89 % per dag, altså nesten 1 %. For klager så det ut som en trykkfeil som kunne korrigeres i kontrakten. Konvensjonalboten er vanligvis 0,1 % pr dag. Klager har erfart at boten har vært 0,15 % og 0,2 % for prosjekter hvor leveringstiden var kritisk, men aldri nesten 1 %. Dette er 10 ganger høyere enn vanlig.

Det vanlige er rett til å kansellere når konvensjonalboten har nådd 10 % som normalt tilsvarer 50-100 dager, men som i dette tilfellet var 10 dager. Klager finner dette uhensiktsmessig. Dersom det virkelig hastet, og klager hadde blitt forsinket ut over 10 dager, ville det tatt mer tid og kostet mer å gi kontrakten til en annen leverandør. Fordi bare en produsent var kvalifisert, ville en forsinkelse derfra slå like mye ut for alle. Klager var kjent med at det hastet og hadde ingen problemer med å møte leveringstiden, hvilket fremgikk av tilbudet.

Klager leverte et omfattende og detaljert tilbud som oppfylte alle tekniske og kontraktsmessige krav. Formuleringen i del 2 var nok litt uheldig slik at det ble oppfattet som om klager ikke godtok vilkårene. Tilbudsfristen var meget kort, og klager begikk dermed en formuleringsfeil. Dette kunne ha vært avklart med en e-post og bør derfor ikke være grunnlag for å avvise tilbudet.

Klager manglet en attest ved inngivelse av tilbudet. Innklagede tok kontakt og ba om å få denne oversendt. Tilbudet til klager kunne ha blitt avvist fordi dette dokumentet manglet, men det var åpenbart ikke noe problem for innklagede å ta en telefon slik at dette ble ordnet. Klager undres derfor over hvorfor det ikke var mulig å avklare punktet om konvensjonalbot på samme måte.

Innklagedes anførsler:

Innklagede hadde hjemmel i forskriftens § 11-11 (1) bokstav d og f, jf konkurransegrunnlagets punkt 8.5, til å avvise klagers tilbud. Innklagede forstod klagers første forbehold i tilbudets del 2 "*Utkast til spesielle kontraktsvilkår*" i tilknytning til punkt 11 dit hen at klager ikke hadde til hensikt å akseptere oppdragsgivers bøter. Klagers andre forbehold forstod innklagede dit hen at klager ikke hadde til hensikt å akseptere oppdragsgivers rett til å heve kontrakten ved mer enn 10 dagers forsinkelse. Klager viste ikke til alternative dagbøter eller alternativt hevingstidspunkt i sitt tilbud. Dette innebærer at innklagede ikke var i stand til å bedømme tilbudet fra klager i forhold til øvrige tilbud. Til støtte for innklagedes tolkning vises det for øvrig til Rt. 2001 s. 1288 og til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/178.

Klager antok at innklagedes dagbøter og rett til heving etter 10 dager var en trykkfeil. Det står ikke eksplisitt noe sted i klagers tilbud at de ikke aksepterer kontraktens punkter, men deres bemerkninger om at dette er "*skyhøyt over normale dagbøter*" og "*Rett til kansellering ved forsinkelse ut over 10 dager er eksepsjonelt*" anser innklagede som en ikke-aksept og et uttrykkelig forbehold til oppdragsgivers kontraktsvilkår. Ordlyden i forbeholdene er klare og entydige. I tillegg står forbeholdene under overskriften "*EUROCOM Satellite Systems AS aksepterer disse reglene med følgende unntak*". Innklagede forutsatte derfor at punktene under overskriften var unntak som ikke ble akseptert av klager. Klager benyttet ikke sin mulighet til å ta kontakt med innklagede for avklaring i forhold til hvorvidt det faktisk var en trykkfeil i teksten i konkurransegrunnlaget.

Da anskaffelsene av nye sendere var ansett som svært kritisk for innklagedes operative evne, var dagbøtene satt høyt for å legge ekstra press på leverandøren i forhold til levering. Den korte fristen for å heve kontrakten var begrunnet med at innklagede raskt skal kunne komme seg ut av kontraktsforholdet og skaffe utstyret hos andre, dersom det viser seg å bli problemer med leveringen fra valgte leverandør. Tilsvarende dersom innklagedes operative styrker skal re-deployeres. Disse kontraktsvilkårene var således av svært stor betydning for innklagede, og klagers forbehold anses med dette å være vesentlige.

Sekretariatets vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II.

Etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav d skal oppdragsgiver avvise tilbud som "*inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene*". Etter bokstav f i den samme bestemmelsen skal tilbudet avvises dersom det inneholder et forbehold eller lignende som kan "*medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene*".

Spørsmålet er om klagers formuleringer i tilbudet utgjør "*vesentlige forbehold*" mot vilkårene om konvensjonalbot som angitt i konkurransegrunnlaget.

Konkurransegrunnlaget fastsatte i del 2 "*Utkast til spesielle kontraktsvilkår*" punkt 11 "*FORSINKET LEVERING*" at dagboten ved forsinket levering i henhold til kontrakten skulle utgjøre kroner 10 000, og at en forsinkelse ut over 10 dager skulle anses som et vesentlig mislighold som gav oppdragsgiver rett til å heve kontrakten. I klagers tilbud av 6. august 2007 DEL 2 "*Utkast til spesielle kontraktsvilkår – Compliance List*" het det at klager aksepterte de spesielle kontraktsvilkår "*med unntak av*" dagbotens størrelse og oppdragsgivers rett til kansellering av kontrakten etter 10 dager forsinkelse. Klager viser

til at størrelsen på dagboten er ”*skyhøyt over normale dagbøter*”, og at retten til kansellering etter 10 dager er ”*eksepsjonelt*”, og legger videre til grunn at disse to vilkårene må inneholde en ”*trykkfeil*”.

En naturlig forståelse av ordlyden i tilbudet taler for at klager har ment at han ikke aksepterer kontraktsbetingelsene angående dagmulkt slik de fremtrer i konkurransegrunnlaget, jf ordene ”*aksepterer*” og ”*med unntak av*”. Dette utgjør et ”*forbehold*” i regelverkets forstand. Det er da ikke av betydning at klager mente at angivelsen av vilkårene måtte inneholde en trykkfeil, og at klager i realiteten mente å akseptere disse vilkårene. Ordlyden i forskriftens § 11-11 (1) bokstav d og f innebærer at leverandørene har risikoen for at tilbudet er avgitt på en slik måte, både med hensyn til innhold og rekkevidde, at det er klart hvordan det skal bedømmes, klagenemndas avgjørelse i sak 2007/11 premiss (31). Videre hadde klager innen tilbudsfristens utløp mulighet til å avklare om det faktisk forelå en trykkfeil i konkurransegrunnlaget del 2. Sekretariatet kan ikke se at tilbudet var så uklart vedrørende forbeholdet at innklagede skulle avklart med klager om dette var et forbehold eller ikke. Vilråene for avvisningsplikt kan som følge av ovennevnte være oppfylt såfremt forbeholdet må anses vesentlig eller innebærer at det kan være tvil om hvordan klagers tilbud skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbud.

Det fremgår av ordlyden i klagers forbehold at klager kun ville godta dagbøter av lavere størrelse enn den lagt til grunn i kontraktsvilkårene. I så tilfelle ville konsekvensen av klagers forbehold være at klager ved forsinket oppfyllelse av kontrakten ville få en lavere dagbot enn det lagt til grunn i konkurransegrunnlaget. Videre medfører klagers forbehold knyttet til heving av kontrakten at klager ikke godtar oppdragsgivers rett til å heve kontrakten etter 10 dagers forsinkelse. Vilråene for å kunne heve en inngått kontrakt må anses som et sentralt punkt ved utførelse av en ytelse. Sekretariatet finner derfor at begge klagers forbehold må utgjøre ”*vesentlig*” forbehold i henhold til forskriftens § 11-11 (1) bokstav d.

Sekretariatet går ikke inn på spørsmålet om rimeligheten av forsinkelsesvilkårene og legger til grunn at disse i utgangspunktet er gyldig og bindende for den tilbyder som blir tildelt oppdraget. Når det da tas forbehold mot et helt sentralt punkt i oppfyllelsen av tjenesten, må dette sies å være et ”*vesentlig forbehold*” etter forskriftens § 20-13 (1) bokstav d. I utgangspunktet har innklagede derfor både rett og plikt til å avvise tilbudet.

Forbeholdet medfører at tilbudene ikke blir sammenlignbare, når den ene tilbyder har godtatt kontraktsklausulen mens den andre ikke har gjort det. Forholdet faller dermed også inn under avvisningskravet i forskriftens § 20-13 (1) bokstav f. Innklagedes avvisning av klager er derfor rettmessig.

På basis av det sekretariatet er kommet til i det ovennevnte kan Deres klage ikke føre frem. Den avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf Klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Ann Mari Bjørlo
Rådgiver

Kopi: Innklagede