



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede publiserte en intensjonskunngjøring for kjøp av et Steinway B-211 Spirio record flygel. Klagenemnda kom til at innklagede hadde hjemmel for å unnta anskaffelsen fra alminnelig kunngjøring. Innklagede hadde dermed ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 20. april 2022 i sak 2022/2156

Klager: Aspheim flygel- og pianosenter AS

Innklaget: Norges musikkhøgskole

Klagenemndas

medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik.

Bakgrunn:

- (1) Norges musikkhøgskole (heretter *innklagede*) sendte 9. november 2021 en e-post til fire leverandører av flygler for å undersøke markedssituasjonen. Innklagede ønsket svar på om leverandørene hadde enerett til å tilby nye flygler av bestemte merker, om dette også gjaldt for brukte flygler, om utenlandske leverandører kunne levere det samme flygelet til Norge, og om leverandøren kjente til om andre leverandører i Norge hadde enerett på levering av bestemte merker. En av leverandørene som mottok forespørselen var Aspheim flygel- og pianosenter (heretter *klager*).
- (2) En annen av mottakerne, JS Piano Scandinavia AS (omtalt som *Steinway Piano Gallery* og *Steinway*), sendte innklagede dokumentasjon på at selskapet har enerett for å selge Steinway-pianoer i Norge.
- (3) Den 16. november 2021 sendte innklagede en ny e-post til de fire leverandørene med opplysninger om nærstående planer om kunngjøring av konkurranse om levering av flere flygler og pianoer. I samme e-post informerte innklagede om at det innen kort tid ville publiseres en intensjonskunngjøring for kjøp av ett Steinway B-211 Spirio record flygel.
- (4) Den 19. november 2021 ble denne intensjonskunngjøringen publisert i Doffin. Anskaffelsens totale verdi var angitt til 1 450 000 kroner ekskl. mva. I feltet for beskrivelse av anskaffelsen var det gitt følgende informasjon:

«NMH skal anskaffe et Steinway B-211 Spirio record. Dette er et 100 % fullverdig akustisk Steinway-flygel med i tillegg mulighet for høyoppløst innspilling, redigering, avspilling og kringkasting.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Vi ønsker for denne anskaffelsen ikke tilbud på andre instrumenter, da all vår erfaring og ekspertise tilsier at Steinway er eneste leverandør av instrument til formålet om kunstnerisk aktivitet på høyeste nivå»

- (5) Det var opplyst at anskaffelsen lå utenfor virkeområdet til anskaffelsesforskriften, og at intensjonskunngjøringen gjaldt en kontrakt som ville bli inngått uten kunngjort konkurranse. Følgende forklaring ble gitt for dette:

«Steinway er eneste produsent av denne type instrument, som innebærer at:

Flygel skal være 100 % akustisk

Flygel skal ha mulighet for høyoppløst innspilling, redigering, avspilling og kringkasting.

Leverandøren har lagt frem en bekreftelse fra produsent, som bekrefter at leverandøren har enerett til å forhandle etterspurt vare i Norge. På bakgrunn av dette er det kun Steinway Piano Gallery, Oslo, som tilfredsstiller kravene.»

- (6) Innklagede mottok ingen innvendinger til intensjonskunngjøringen. Kontrakt med Steinway Piano Gallery ble inngått 2. desember 2021.
- (7) Det ble utarbeidet en anskaffelsesprotokoll med noe mer informasjon om anskaffelsen. Feltet for beskrivelse av anskaffelsen inneholdt blant annet følgende:

«NMH har landets største og mest kompetente fagmiljø av pianister.

NMH har landets største flygel- og pianopark i daglig bruk – totalt ca 220 instrumenter

NMH har egen stab med pianostemmere og -teknikere med solid kompetanse og erfaring.

Ulike flygelmerker har ulike kvalitative egenskaper. Dette handler om både klanglige egenskaper, mekaniske egenskaper som har betydning for det spilletekniske og mekaniske/vedlikeholdsmessige egenskaper.

NMH har et meget bevisst forhold til valg av instrumenter. Noen ganger er Steinway eneste alternativ. Andre ganger har vi vektlagt andre egenskaper og vi har i tidligere innkjøp spesifisert både Bösendorfer, Fazioli og Yamaha som kvalitetsstandarder.

Norges musikkhøgskole har ved denne anskaffelsen til hensikt å anskaffe et flygel av type Steinway Spirio record

I tillegg til å være et flygel fra Steinway med alle klanglige og håndverksmessige kvaliteter det innebærer, har et Spirio-flygel digitale muligheter som NMH ønsker å implementere i undervisning og annen faglig aktivitet.»

- (8) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. desember 2021.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. april 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsen skulle ha vært kunngjort på ordinær måte med behovsbeskrivelse av funksjonaliteten. En rekke produsenter tilbyr løsninger tilsvarende merkenavnet Spirio, hvor de tekniske spesifikasjonene og funksjonene er tilnærmet identiske til flygelet innklagede har kjøpt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (11) Det bestrides at det er gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Løsningene for tilleggsfunksjonaliteten som hos Steinway kalles Spirio, er ikke tilsvarende eller tilnærmet identiske som hos andre produsenter. Det avgjørende for valg av produkt var uansett ikke denne tilleggsfunksjonaliteten, men at det var et Steinway-flygel. Det er kvaliteten som har vært avgjørende.
- (12) Behovet i denne anskaffelsen var et akustisk Steinway flygel med tilhørende digitale muligheter. Dette kan ikke leveres av andre enn valgte leverandør, som har enerett for salg i Norge.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker er det ikke krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd.
- (14) Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 2. desember 2021, mens klagen ble sendt til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. desember 2021. Klagen er derfor rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (15) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (16) En ulovlig direkte anskaffelse er «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (17) Det følger av forskriften §§ 5-1 (2) og 8-17 (1) at anskaffelser som overstiger nasjonal terskelverdi skal kunngjøres i Doffin. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen. På anskaffelsestidspunktet var begge disse terskelverdiene 1,3 millioner kroner for statlige oppdragsgiveres vare- og tjenestekontrakter.
- (18) Kontrakten som ble inngått om kjøp av flygelet har en angitt verdi på 1 450 000 kroner ekskl. mva. Anskaffelsen overstiger dermed begge terskelverdiene. Med mindre innklagede hadde hjemmel i forskriften til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring, skulle den derfor ha vært kunngjort i Doffin og TED.

Eneleverandørunntaket – forskriften § 13-4 bokstav b

- (19) Avgjørende for om innklagede kunne inngå kontrakten direkte med Steinway Piano Gallery, er om det kun eksisterte én leverandør på markedet som kunne levere et flygel i tråd med innklagedes behov. Det følger av § 13-4 bokstav b nr. 3 at en oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom «*anskaffelsen gjelder ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere*» fordi «*leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter*».
- (20) Denne bestemmelsen gjennomfører en av unntaksreglene i direktiv 2014/24 artikkel 32, og er et utslag av at det i noen tilfeller vil være unødvendig bruk av tid og ressurser å gjennomføre en konkurranse. Unntaksregelen skal tolkes restriktivt, og det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene for å bruke unntaksregelen er oppfylt, se eksempelvis EU-domstolens avgjørelse i sak C-337/05 *Agusta Bell*, avsnitt 57-58 med videre henvisninger.
- (21) Innklagede har, i forkant av anskaffelsen, fått oversendt en bekreftelse fra produsenten hvor denne «*officially confirm[s] that our sole dealership for the territory of Norway*» er Steinway Piano Gallery.
- (22) Eneleverandørunntaket gjelder ikke om andre leverandører kan tilby alternative produkter som dekker oppdragsgivers behov. I forskriften § 13-4 bokstav b er det presisert at unntaket kun kommer til anvendelse hvis «*det ikke foreligger rimelige alternativer*» og «*den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør*». I den tilsvarende direktivbestemmelsen, artikkel 32 nr. 2 bokstav b siste punktum, står det at unntaket kun får anvendelse når «*der ikke findes et rimeligt alternativ eller erstatning, og den manglende konkurrence ikke er et resultat af en kunstig innskærnkning af udbudsparametrene*».
- (23) Klager har vist til at klager også kan tilby konsertflygler med de samme tekniske og digitale tilleggsfunksjoner som et Steinway B-211 Spirio record, av merket Bösendorfer. Etter klagers syn vil deres flygel også oppfylle innklagedes behov.
- (24) Innklagedes anskaffelsesbehov er snevert definert. Det avgjørende er imidlertid om det foreligger rimelige alternativer, eller om eneleverandørsituasjonen er et resultat av en kunstig innskrenking av innklagedes behov.
- (25) Anskaffelsen gjelder ett flygel. I sine innspill til klagenemnda har innklagede forklart at anskaffelsen skulle dekke et konkret behov for å ivareta en tilstrekkelig kvalitet på de utdanningstilbud som innklagede tilbyr med klaver som hovedinstrument. Innklagede har i denne forbindelse fremholdt at det er viktig for innklagedes virksomhet at det er bredde i instrumentparken, med en rekke merker representert. Innklagede har vist til at det er kvaliteten på selve flygelet som har vært avgjørende for definering av behovet, og ikke den digitale tilleggsfunksjonen. Ifølge innklagede er det udiskutabelt ulike kvalitative egenskaper på ulike flygelmerker, som får betydning for flygelets spilltekniske, vedlikeholdsmessige og klanglige egenskaper. I dette tilfellet kunne derfor ikke andre flygler enn et Steinway-flygel dekke innklagedes behov.
- (26) Til sammenligning har innklagede opplyst at det vil bli kunngjort en konkurranse om løpende levering av klaver over de neste årene. Kontrakten om løpende leveranser vil

dekke innklagedes behov for å skifte ut deler av instrumentparken, hvor behovet kan dekkes av ulike klaverprodusenter.

- (27) Slik saken fremstår på bakgrunn av saksdokumentene, har klagenemnda ikke rettslige innvendinger mot innklagedes vurdering av at den manglende konkurransen for levering av dette ene konsertflygelet er et utslag av et reelt behov hos innklagede.
- (28) Denne saken skiller seg fra sak 2016/39 som gjaldt en direkte anskaffelse av et konsertflygel til et nytt kultursenter i en kommune. I den nevnte saken fant klagenemnda at også andre konsertflygler kunne ha ivaretatt kommunens behov. Innklagede i vår sak er imidlertid en annen type oppdragsgiver med andre behov. Innklagede er en vitenskapelig høyskole som har en rekke studietilbud innenfor musikkutdannelser. Høyskolen har et stort og kompetent fagmiljø av pianister, som utøver på høyt internasjonalt nivå og underviser med flygel som instrument. Det er mer enn 50 studenter ved høyskolen som har piano eller flygel som hovedinstrument. Pianoer og flygler er derfor viktige arbeidsredskaper for en rekke av høyskolens ansatte og studenter. Høyskolens instrumentpark inneholder omtrent 220 klaverinstrumenter, hvorav omtrent halvparten er flygler.
- (29) Klagers anførsel om at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, har etter dette ikke ført frem.

Konklusjon:

Norges musikkhøgskole har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk