



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede inngikk en kontrakt om kjøp av et Steinway konsertflygel uten å kunngjøre en konkurranse om kjøp av konsertflygel i forkant. Klagenemnda konkluderte med at innklagede ikke hadde dokumentert at unntak fra kunngjøringsplikten var anvendelig, og konstaterte at innklagedes kjøp representerte en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 16. juni 2016 i sak 2016/39

Klager: Aspheim flygel- og pianosenter AS

Innklaget: Flekkefjord kommune

Klagenemndas

medlemmer: Gro Amdal, Finn Arnesen og Marianne Dragsten

Bakgrunn:

- (1) I forbindelse med åpningen av et kultursenter i Flekkefjord kommune har kommunen (heretter innklagede) arbeidet med mulige løsninger for å skaffe til veie et nytt konsertflygel. Kommunen hadde ikke selv satt av budsjettmidler i den størrelsesorden som var nødvendig for å finansiere konsertflygelet.
- (2) Den 2. februar 2016 mottok innklagede melding om at styret i Flekkefjord Sparebank hadde besluttet å gi 1 million kroner i gave til innkjøp av "nytt Steinway flygel". Banken presisere like etter at man ikke mente å legge føringer på valget av et bestemt flygelmerke, men at støtten ble gitt til et nytt konsertflygel i toppklassen.
- (3) Aspheim flygel- og pianosenter AS (heretter klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. mars 2016.
- (4) Innklagede opplyste i brev av 21. mars 2016 at kontrakt om kjøp av konsertflygelet Steinway modell D 274 ville bli inngått med Steinway Piano Gallery Oslo, slik at konsertflygelet kunne stå klart til åpningen av det nye kultursenteret.
- (5) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. juni 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (6) Kjøpet av konsertflygelet utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Det finnes flere forskjellige konsertflygelmerker i toppklassen. Disse har samme kvalitet, produksjonstid og krav til materialer som konsertflygler fra Steinway.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (7) Før beslutningen om kjøp av Steinway flygel ble tatt ble det opprettet en komité bestående av to medlemmer fra foreningen Klassisk Flekkefjord, og to representanter fra innklagede. Komitéen undersøkte blant annet hvilke valg en rekke andre konserthus og kultursentre hadde gjort ved valget av flygel. Det gjennomgående bildet var at Steinwayflygel ble ansett som standardløsning i det øverste sjiktet av konsertflygler, og i hovedsak var det foretrukne valget for kultur- og konserthus som hadde et flygel i denne klassen. Kultur- og konserthus med mer enn ett flygel hadde vanligvis ett Steinway flygel, og ett eller flere av et annet merke.
- (8) Grunnen til dette, og at komitéen anbefalte kjøp av Steinway flygel, knytter seg først og fremst til at disse flyglens klangbilde og klangkvalitet gjør at alle musikalske stilarter kan spilles på dem. De er kjent for en brilliant og klar tone, og er faglig ansett som et allsidig instrument, hvilket er viktig for at flygelet skal kunne tjene sin funksjon på kultursenteret i Flekkefjord, da det ikke kan påregnes å kunne anskaffe mer en ett flygel.
- (9) Innklagede innhentet også andre uttalelser og erfaringer om at Steinwayflygler er å anse som standard innenfor dette segmentet.
- (10) Det synes også som om det er vanlig å kjøpe konsertflygler uten å kunngjøre konkurranser om dem. I de få kunngjorte konkurransene som er foretatt er klankvalitet enten vektet høyt, eller så er valget av flygelmerke allerede gjort. Hvilken klangkvalitet som prefereres må forutsetningsvis være opp til innkjøper. Dette viser at kjøp av konsertflygler først og fremst hviler på en kunstnerisk vurdering. Det sentrale i denne vurderingen er klangbilde, allsidighet, utøverpreferanser, slitestyrke mv.
- (11) På bakgrunn av behovet for at flygelet skal være på plass til åpningen av konserthuset, ville det ikke vært mulig å gjennomføre en kunngjort konkurranse om kjøp av konsertflygelet (I hvert fall hvis konkurransen skulle muliggjort kjøp av Steinwayflygel, hvor levering i tide hadde forutsatt en tidlig bestilling).
- (12) Innklagedes andel av omkostningene for kjøpet er også begrenset. Kostnaden for flygelet er anslått til å utgjøre 1 680 000 kroner inkludert merverdiavgift. Flekkefjord Sparebank betaler 1 million kroner av disse, og merverdiavgiften utgjør 336 000 kroner. Vest-Agder fylkeskommune yter tilskudd på 180 000 kroner, hvilket innebærer at kommunens andel kun utgjør 164 000 kroner.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Klagen gjelder en påstand om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og det kreves derfor ikke saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder kjøp av et konsertflygel, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi (eksklusive merverdiavgift) overstiger den nasjonale terskelverdien på kr 500 000, men overstiger ikke EØS-terskelverdien i forskriften § 2-2 (1). I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II.
- (14) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i forskrift om offentlige anskaffelser ikke har kunngjort konkurransen, jf. forskriften § 4-1 bokstav q. Anskaffelser som følger forskriften del II skal kunngjøres i medhold av forskriften § 9-1.

- (15) Av forskriften § 4-1 (1) bokstav a følger det at det kun er "gjensidig bebyrdende" kontrakter som er omfattet av forskriften. Kjøpet av flygelet ble delvis finansiert gjennom en gave fra Flekkefjord Sparebank. Dette reiser spørsmålet om transaksjoner der gaveelementet er fremtredende omfattes. Om denne problemstillingen står det følgende i Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) på side 16:

Rene gaver til oppdragsgiver faller utenfor kontraktsbegrepet, da oppdragsgiver ikke yter vederlag. Hvis avtalen derimot inneholder både et gaveelement og en form for vederlag, vil det foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt. Et eksempel på en gave er et fond som gir et beløp til et helseforetak til innkjøp av teknisk utstyr til sykehuset. Hvis giveren har bestemt hva som skal anskaffes og fra hvem, anses dette som en gave til sykehuset, selv om sykehuset selv skal foreta anskaffelsen. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det må gjennomføres en konkurranse der giveren for eksempel har bestemt hvilket merke som skal anskaffes for donasjonen, dersom det ikke er angitt hvilken leverandør det skal kjøpes fra og det finnes flere leverandører av dette merket. Hvis giveren har latt det være opp til oppdragsgiver å bestemme hva som skal anskaffes og fra hvem, må det gjennomføres en konkurranse.

- (16) Klagenemnda er enig i dette. Avtalen om kjøp av flygelet utgjør etter dette en "gjensidig bebyrdende" avtale.
- (17) Innklagede har imidlertid anført at unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav a kommer til anvendelse. Denne bestemmelsen gir adgang til å unnlate kunngjøring dersom "anskaffelsen kan bare foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv."
- (18) I klagenemndas avgjørelse i sak 2009/170 uttales det i premiss 52 at hensynet bak unntakene er at det er unødvendig å avholde en konkurranse når det uansett kun er én mulig leverandør som kan inngi tilbud. Nemnda uttaler også at ettersom bestemmelsen oppstiller et unntak fra kunngjøringsplikten, må den tolkes restriktivt.
- (19) Klager er selv leverandør av konsertflygler, og det er ikke tvilsomt at det finnes andre konsertflygelmerker enn Steinway som i utgangspunktet kan ivareta innklagedes behov. Unntaket i forskriften § 2-1 (2) kommer derfor som utgangspunkt ikke til anvendelse, jf. for så vidt Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder på side 94:

"Det er ikke tilstrekkelig å bevise at én leverandør kan levere ytelsen mer effektivt enn andre, det må bevises at det kun er én leverandør som kan produsere det som er etterspurt."

- (20) Innklagede har imidlertid anført at grunnen til at konsertflygelet må være av merket Steinway, er at kjøp av konsertflygler først og fremst hviler på en kunstnerisk vurdering. Det sentrale i denne vurderingen er klangbilde, allsidighet, utøverpreferanser, slitestyrke mv.
- (21) Unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav a angir ikke uttømmende hvilke forhold som kan begrunne unntak fra kunngjøringsplikten. Der forholdene som begrunner at det kun er én leverandør ikke er i kjerneområdet for bestemmelsen, kreves det imidlertid mer for å begrunne et unntak fra regelverket, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2009/170 premiss 56, hvor det uttales følgende:

"At innklagede kun kan anskaffe bygg- og anleggsarbeidene hos valgte leverandør fordi det er valgte leverandør som har råderetten over eiendommen, er ikke et tilfelle som ligger i kjernen av ordlyden av bestemmelsen. Det må i så fall foreligge særlig sterke grunner for at kun denne ene tomten kan benyttes, og at andre muligheter er undersøkt og uttømt. Det foreligger heller ikke EU-domstolspraksis eller nasjonal domstolspraksis som har åpnet for at unntaket kan benyttes i slike tilfeller."

- (22) Klangbilde, allsidighet, utøverpreferanser, slitestyrke mv. kan, selv om de i og for seg er forutsetninger for de kunstneriske prestasjoner et flygel benyttes til, ikke anses som *"kunstneriske årsaker"* i anskaffelsesregelverkets forstand. De forhold som begrunner valg av leverandør i vår sak er derfor ikke i kjerneområdet for bestemmelsens anvendelsesområde.
- (23) Som nevnt er det andre konsertflygelmerker enn Steinway som kan ivareta innklagedes behov. Som utgangspunkt utelukker dette at unntaket er anvendelig. Som belegg for at en kunngjort konkurranse om kjøp av flygel ikke ville tjent noen funksjon har innklagede vist til andre konkurranser hvor klangkvalitet var vektet høyt, og hvor det forutsetningsvis var opp til oppdragsgiver å vurdere hvilken klangkvalitet som var foretrukket. Innklagede har også vist til en kunngjort konkurranse hvor valg av merke (Steinway) allerede var foretatt. Klagenemnda vil bemerke at selv om det ikke er uvanlig at valg av tilbud vil kunne bero på en utpreget skjønnsmessig vurdering, er ikke dette i seg selv tilstrekkelig til å begrunne unntak fra anskaffelsesregelverket. Regelverket krever dessuten at skjønnsutøvelsen må være i samsvar med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten, særlig prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.
- (24) Etter nemndas oppfatning hadde innklagede ikke tilstrekkelige holdepunkter for å legge til grunn at Steinway var det eneste aktuelle konsertflygelet. Innklagede har på denne bakgrunn ikke dokumentert at unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav a var anvendelig.
- (25) Innklagede har også anført at unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav c er anvendelig. Bestemmelsen gir grunnlag for unntak fra kunngjøring dersom anskaffelsen på grunn av *"uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse"*.
- (26) I Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) er det uttalt at *"[d]et må foretas en konkret vurdering av om anskaffelsen objektivt sett ikke kan utsettes i den tid det tar å gjennomføre en konkurranse. Oppdragsgiver må kunne sannsynliggjøre at det å anvende de ordinære fristene i forskriftens del II vil få alvorlige konsekvenser. Et eksempel er at det er fare for liv eller helse, eller ødeleggelse av eiendom."* En tilsvarende uttalelse fra en tidligere versjon av veilederen er også vist til i praksis fra klagenemnda, se eksempelvis sak 2008/81. Sak 2008/81 viser for øvrig at selv om bestemmelsen ikke er begrenset til å gjelde tilfeller hvor det er fare for liv eller helse, eller ødeleggelse av eiendom, kreves det at en utsettelse av kjøpet kan få alvorlige konsekvenser. I den grad unntaket er anvendelig for kjøp av et konsertflygel, har ikke innklagede sannsynliggjort at leveransen objektivt sett ikke kunne utsettes til etter åpningen av kultursenteret. Innklagede har heller ikke konkret synliggjort at det var umulig å gjennomføre en kunngjort konkurranse innenfor den tidsrammen som var tilgjengelig.
- (27) Innklagedes kjøp av konsertflygel representerer på denne bakgrunn en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Flekkefjord kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe et konsertflygel uten å gjennomføre en kunngjort konkurranse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk