



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Habilitet.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om levering av musikkinstrumenter og musikkutstyr. Klagenemnda kom til at det forelå inhabilitet i brukergruppen som hadde deltatt i tilbudsevalueringen. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 8. februar 2024 i sak 2023/1029

Klager: Musikkverden AS

Innklaget: Tromsø kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Christina Paludan Melson og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Tromsø kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 14. juli 2023 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om levering av musikkinstrumenter og musikkutstyr. Anskaffelsens verdi var estimert til 6 millioner kroner over fire år. Rammeavtalen ville ha en varighet på to år med opsjon på forlengelse 1+1år. Tilbudsfristen ble satt til 31. august 2023.
- (2) I invitasjonen til konkurransen var anskaffelsen beskrevet slik:

«Tromsø kommune skal inngå rammeavtale for levering av musikkinstrumenter og musikkutstyr. Rammeavtalen skal omfatte innkjøp i forbindelse med utskiftning, supplering, fornying og nyanskaffelse av slikt utstyr til enheter knyttet til kultur og fritid, samt kommunes barnehager og skoler.»
- (3) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at den nåværende rammeavtalen utløp 31. august 2023, og at det dermed var ønskelig med kontraktsoppstart så snart som mulig. Leverandør på denne rammeavtalen var Musikkverden AS.
- (4) Kontrakt ville bli tildelt tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Pris» (vektet 60 prosent) og «Service» (vektet 40 prosent).
- (5) Videre fremgikk følgende angående tildelingskriteriet «Service»:

«Under dette kriteriet vurderes tilbyders tilbudte service.

Tromsø kommune har flere ulike enheter som vil benytte seg av avtalen. Flere av disse er avhengig av god kompetanse- og service hos leverandør for å få oppfylt sine behov ved kjøp av musikkinstrumenter og musikkutstyr. Videre har noen av enhetene proffproduksjon av musikk. Brukerne som driver med proffproduksjon, er avhengig av

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

rask responstid ved reparasjoner, samt at Leverandøren strekker seg langt for å skaffe de produkter de trenger innen rimelig tid. God service hos leverandøren er således svært viktig for at Oppdragsgiver skal kunne gjennomføre ulike oppgaver forbundet med musikk.

Den Leverandøren som tilbyr best service, vil få høyest poengscore på dette tildelingskriteriet.»

- (6) Ifølge konkurransegrunnlaget skulle leverandørene dokumentere sin «Service» ved å beskrive følgende punkter:

«• Verkstedsløsning (omfang, responstid ol.) Med responstid menes den tiden det tar fra feil er meldt inn og til den utbedres. Responstid skal ikke overstige 7 dager. Premieres forholdsmessig ned til 3 dager. (Ved særlig omfattende reparasjoner, vil det kunne gjøres unntak fra responstiden)

• Leveringstid (Blant annet normal leveringstid og levering ved hastetilfeller).

Leveringstid skal ikke overstige 14 dager. Kortere leveringstid premieres forholdsmessig ned til 3 dager.

• Transport av varer (hvordan utføres transport mtp. håndtering av varer)

• Tilbyder må beskrive sin garantiordning. Eventuell garanti utover kjøpsloven skal oppgis.

• Tilbyder bes beskrive sin kunnskap om musikkinstrumenter og musikkutstyr. Det bes om at det oppgis relevant utdanning/erfaring/kompetanse hos tiltenkt kontaktperson for avtalen jf. kravspesifikasjonen pkt. 4.3.4.

• Returordning for feilleverte/feilbestilte varer.

• Leverings- og bestillingsrutiner (bl a mht. leveringstid, logistikk/leveringsmåte, bestillingsverktøy)

Besvarelsen skal ikke overstige 6 A4-sider med normale marger, skrifttype Calibri eller Times New Roman, skriftstørrelse 12 og linjeavstand 1. Sider utover det som er angitt, vil ikke bli vurdert.»

- (7) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at tildelingskriteriet «Service» ville bli evaluert på følgende måte:

«Evalueringen av dette kriteriet baseres på en helhetsvurdering av tilbyders besvarelse, hvor relevansen av det beskrevne og graden av oppfyllelse av oppdragsgivers ønske legges til grunn.

Det påpekes at eventuelle krav tilknyttet noen av disse punktene i kravspesifikasjonen eller andre kontraktskrav må oppfylles, og det som evalueres under dette punktet gjelder overoppfyllelse av kravene.

Det gis poeng på en skala fra 0 til 10. Det tilbud som vurderes best for hvert kriterium oppnår 10 poeng. De øvrige tilbud får poeng ut i fra et skjønn basert på hvordan det enkelte tilbud fremstår i forhold til det beste tilbudet.»

- (8) Innklagede mottok tilbud fra Lydproduksjon AS (heretter *valgte leverandør*) og Musikkverden AS (heretter *klager*) innen tilbudsfristen.

- (9) Kontrakt ble tildelt valgte leverandør ved tildelingsbrev 10. oktober 2023.

- (10) Av tildelingsbrevet fremgikk det at tilbudene var evaluert av to rådgivere ved seksjon for anskaffelser i Tromsø kommune, i tillegg til en brukergruppe bestående av seks personer fra ulike enheter i kommunen. Brukergruppens medlemmer hadde følgende stillinger ved de ulike enhetene:

- Prosjektleder ved Fritid
- Teknisk sjef ved Kulturhuset
- Enhetsleder/ректор ved Kulturskolen
- Leder ved Tvibit Musikk
- Studio manager ved Kystens studio
- Adjunkt m/tilleggsutdanning ved Sommerlyst ungdomsskole

- (11) Av innklagedes evalueringsskjema fremgikk følgende angående vurderingen av tildelingskriteriet «Service»:

«Det er foretatt en helhetsvurdering av de to tilbudene. Begge leverer gode tilbud, men det er vurdert at Lydroduksjon leverer noe sterkere enn Muiskkverden. Særlig på punktetene om verkstedløsning og kompetanse om musikkinstrumenter og utstyr fremstår tilbudet til Lydproduksjon bedre enn musikkverden.»

Musikkverden har til gjengjeld noe bedre leveringstid enn lydproduksjon, samt oppretter e-postmottak for kommunen om de blir valgt til leverandør.

Under tildelingskriteriet kvalitet premieres musikkverden med 8 poeng, mens Lydproduksjon får 10 poeng.»

- (12) Klager oversendte innklagede en klage 20. oktober 2023. Klager anførte prinsipalt at det var gjort flere feil i tilbudsevalueringen, og at evalueringen dermed måtte gjennomføres på nytt. Subsidiært anførte klager at konkurransegrunnlaget var uklart, og at dette medførte avlysningsplikt.
- (13) Klagen ble delvis tatt til følge av innklagede 26. oktober 2023. Innklagede erkjente at det var gjort feil under evalueringen av tildelingskriteriet «Service», herunder i forbindelse med vektlegging av garantiordning og returordning. Klagers poeng under tildelingskriteriet ble som følge av dette oppjustert noe. Endringen hadde ikke betydning for resultatet av tilbudsevalueringen, og innklagede fastholdt dermed tildelingsbeslutningen.
- (14) Klager oversendte innklagede en ny klage 31. oktober 2023. Klagen ble ikke tatt til følge av innklagede.
- (15) Klager oversendte innklagede enda en klage 9. november 2023. Klager anførte at det forelå inhabilitet i brukergruppen som deltok i tilbudsevalueringen. Klagen ble ikke tatt til følge av innklagede.

- (16) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 17. november 2023. Innklagede har bekreftet at de avventer kontraktsinngåelse inntil klagenemnda har behandlet saken, og saken er derfor prioritert.
- (17) I klagen var det vedlagt dokumentasjon på at flere enheter i kommunen hadde kjøpt musikkinstrumenter og musikkutstyr fra både klager og valgte leverandør i perioden 2019-2023. Kjøpene var i kroner oppsummert slik:

<i>Enhet</i>	<i>Musikkverden</i>	<i>Lydproduksjon</i>
<i>Fritid</i>	<i>109 364,87</i>	<i>219 728,00</i>
<i>Kulturhuset</i>	<i>50 931,64</i>	<i>591 581,60</i>
<i>Kulturskolen</i>	<i>168 803,30</i>	<i>2 170,00</i>
<i>Tvibit Musikk</i>	<i>129 041,32</i>	<i>148 788,80</i>

- (18) Vedlagt klagen var også en e-post fra kommunen til klager i anledning kjøpene, datert 14. desember 2020:

«Hei.

Viser til deres henvendelser angående rammeavtale. Tromsø kommune har nå gjort en analyse av kjøp av musikkinstrumenter og -utstyr.

Kontrakten har ingen hjemmel for å tilkjenne erstatning i disse tilfellene. Tromsø kommune erkjenner likevel at det har vært en uheldig praksis knyttet til bruk av rammeavtalen. På bakgrunn av dette imøtegår vi deres krav og tilkjenner kr 52 000 kr i kompensasjon. Vi presiserer for ordens skyld at denne avgjørelsen ikke danner presedens for andre saker.

Tromsø kommune ber dere oppgi kontonummer beløpet skal betales til, og vi vil utbetale beløpet så snart som mulig. Dette vil kunne ta et par uker.

Vi beklager denne uheldige praksisen. Vi vil informere om at vi har tatt tak i det ved å påminne bestillere om at ved alle kjøp av musikkinstrumenter og -utstyr skal avtaleleverandøren kontaktes. Avtaleleverandør skal gis en reell mulighet til å oppfylle behovet vårt innen en rimelig tidsfrist. Tilbakemeldinger viser at langt de fleste av kommunens bestillere ønsker å anvende rammeavtalen for å dekke sine behov fremover.»

- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. januar 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket, som følge av at det foreligger inhabilitet i evalueringsgruppen. Medlemmene i brukergruppe er tilknyttet enheter i kommunen som unnlot å benytte den tidligere rammeavtalen mellom klager og innklagede, og i stedet

kjøpte musikkutstyr og tjenester direkte fra valgte leverandør. Det foreligger dermed et motsetningsforhold mellom gruppens medlemmer og klager.

- (21) Innklagede har brutt regelverket, som følge av at det er gjort flere feil i tilbudsevalueringen. Klager burde vært evaluert som best på alle vurderingsmomentene under tildelingskriteriet «Service», og innklagedes evaluering er dermed uriktig. Tildelingsbeslutningen er som følge av dette ulovlig.
- (22) Innklagede har brutt regelverket, som følge av at momentene i helhetsvurderingen under tildelingskriteriet «Service» ikke er vektet. Hensynet til forutberegnelighet tilsier at reglene om vekting som gjelder for tildelingskriterier, også må gjelde for momenter. Hvis ikke vil oppdragsgiver få et ubegrenset skjønn ved evalueringen av tilbudene.
- (23) Subsidiært er tildelingskriteriet «Service» uklart utformet, og dette medfører avlysningsplikt. Innklagede har gitt vurderingsmomentet «Verkstedløsning» langt større vekt enn det en forstandig tilbyder kunne forutse, som følge av at tildelingskriteriet «Service» var lagt inn med et lavt antall timeantall i prisskjemaet. Innklagede har heller ikke gitt uttelling for klare merverdier under de øvrige vurderingsmomentene under tildelingskriteriet «Service».

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (24) Det foreligger ikke inhabilitet i brukergruppen. Flere av kjøpene utenfor rammeavtalen skyldes at klager ikke har hatt tilgjengelig, eller kunne skaffet det etterspurte produktet innen avtalt leveringstid. Ingen av gruppens medlemmer har uansett fått en særlig fordel, tap eller ulempe ved å tildele kontrakt til valgte leverandør, og ingen av dem har en personlig tilknytning til valgte leverandør.
- (25) Det foreligger ikke feil i tilbudsevalueringen, foruten de rettede feilene knyttet til vektlegging av garantiordning og returordning. Basert på en helhetsvurdering er valgte leverandør best under tildelingskriteriet «Service». Verkstedsløsningen til valgte leverandør har ikke fått avgjørende betydning eller uforholdsmessig stor vekt, men er ett av momentene som valgte leverandør har fått mer uttelling enn klager på.
- (26) Som følge av at det skal foretas en helhetsvurdering under tildelingskriteriet «Service», skal det ikke foretas noen undervekting av vurderingspunktene.
- (27) Tildelingskriteriet «Service» er ikke uklart utformet, og det foreligger ikke avlysningsplikt. Av konkurransegrunnlaget fremgår det klart at poenggivningen vil bygge på skjønn og en konkret helhetsvurdering av alle momentene nevnt under tildelingskriteriet. En rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå at god verkstedløsning vil være positivt ved levering på en rammeavtale for musikkinstrumenter og utstyr. Forholdene som er viktig for innklagede har blitt premiert i evalueringen i tråd med konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelsen av en rammeavtale om levering av musikkinstrumenter og musikkutstyr, som er en vare- og tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 6 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, følger anskaffelsen

forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Habilitet

- (29) Klagenemnda skal først ta stilling til om det foreligger inhabilitet i innklagedes brukergruppe. Ved gjennomføringen av anskaffelser som omfattes av forskriften, gjelder forvaltningslovens regler om habilitet i §§ 6 til 10, jf. forskriften § 7-5 (1).
- (30) Medlemmene i brukergruppen har deltatt i tilbudsevalueringen, og har dermed tilrettelagt grunnlaget for valget av leverandør, jf. forvaltningsloven § 6 første ledd. Etter det opplyste er det ingen holdepunkter for at noen av medlemmene omfattes av forholdene nevnt i forvaltningsloven § 6 første ledd.
- (31) Spørsmålet er dermed om det foreligger «*særegne forhold*» som er «*egnet til å svekke tilliten til*» medlemmenes «*upartiskhet*», jf. forvaltningsloven § 6 andre ledd. I vurderingen skal det legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for dem selv eller noen som de har en nær personlig tilknytning til. Det skal også legges vekt på om habilitetsinnsigelsen er reist av en part.
- (32) Brukergruppen som deltok i tilbudsevalueringen, bestod av seks medlemmer fra ulike enheter i kommunen. De fire medlemmene tilknyttet enhetene Fritid, Kulturskolen, Kulturhuset og Tvibit Musikk hadde ledende stillinger. Disse enhetene har i perioden 2019-2023 foretatt omfattende kjøp fra valgte leverandør, til tross for at innklagede og klager hadde inngått en rammeavtale om levering av musikkinstrumenter og musikkutstyr for samme periode. Kjøpene var dermed gjennomført i strid med den tidligere rammeavtalen.
- (33) Innledningsvis finner klagenemnda grunn til å bemerke at habilitetsvurderingen i utgangspunktet skal gjøres konkret for den enkelte tjenestemann. For de fire medlemmene med ledende stillinger bygger imidlertid habilitetsinnsigelsene på til dels samme faktiske forhold. De fire medlemmene vil derfor vurderes samlet i den grad det er naturlig.
- (34) Klagenemnda forstår ordlyden «*særegne*» forhold slik at situasjoner som mange befinner seg i, ikke medfører inhabilitet. Forholdet må skille seg fra det som er normalt for personer i vedkommende posisjon, men forholdet behøver ikke å være helt unikt.
- (35) Det avgjørende er om de særlige forholdene i saken, etter en objektiv målestokk, gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på tjenstemannens upartiskhet, se klagenemndas avgjørelse i sak 2018/76 avsnitt 48, med videre henvisning til HR-2016-2311-P avsnitt 15. Det skal likevel noe mindre til før det foreligger særegne forhold ved konkurranser om offentlige oppdrag, jf. Rt. 1998 s. 1398 på side 1410, og Rt. 2007 s. 983 avsnitt 82.
- (36) Det er ikke omtvistet at medlemmene er tilknyttet enheter i kommunen som i perioden 2019-2023 gjennomførte omfattende kjøp i strid med den tidligere rammeavtalen mellom klager og innklagede. Klager har fått innsyn i dokumentasjon fra kommunen som tilsier at det i perioden ble kjøpt musikkinstrumenter og musikkutstyr fra klager og valgte leverandør for henholdsvis 1 771 865 kroner og 2 519 88 kroner. Det er heller ikke omtvistet at innklagede tilkjente klager kompensasjon i 2020 på grunn av disse kjøpene.

Innklagede lovet i den forbindelse å påminne alle bestillere av musikkinstrumenter og musikkutstyr at avtaleleverandør skulle kontaktes. Til tross for dette har særlig enhetene Fritid, Kulturhuset og Tvibit Musikk fortsatt å kjøpe musikkinstrumenter og utstyr fra valgte leverandør i strid med den tidligere rammeavtalen, og det helt frem til og med 2023. Slik klagenemnda ser det, foreligger det følgelig en sterk preferanse for valgte leverandør i de aktuelle enhetene. Innklagede har for øvrig påpekt at deler av kjøpene skyldes at klager ikke har hatt tilgjengelig de etterspurte produktene til avtalt leveringstid. Dette er imidlertid ikke dokumentert av innklagede, og kan slik innklagede selv opplyser ikke forklare samtlige kjøp utenfor gjeldende rammeavtale.

- (37) Det er naturlig å identifisere de ulike enhetene med det enkelte medlemmet i brukergruppen, som følge av at medlemmene har ledende stillinger. Denne tilnærmingen støttes av at medlemmene nettopp ble pekt ut til å sitte i brukergruppen i egenskap av sin kunnskap og sin rolle i de respektive enhetene. Det er i tillegg nærliggende at det enkelte medlem til en viss grad må antas å kjenne til enhetens rutiner når det gjelder innkjøp, herunder eksisterende rammeavtaler, som følge av deres ledende stillinger. Slik klagenemnda ser det, må dette særlig antas å være tilfelle i denne saken. Nemnda viser også her til at kommunens enheter allerede i 2020 ble minnet om å benytte den eksisterende rammeavtalen.
- (38) Brukergruppens sterke preferanse for valgte leverandør kommer også til uttrykk i evalueringen som er foretatt, der enkelte elementer i skjønnsutøvelsen kan fremstå noe vilkårlige særlig når det gjelder vurderingen av hva som gir og ikke gir merverdi.
- (39) Klagenemnda er av den oppfatning at den sterke preferansen for en av leverandørene som foreligger i enhetene Fritid, Kulturhuset og Tvibit Musikk, og de aktuelle medlemmenes tilknytning i den forbindelse, må anses å utgjøre «*særegne forhold*». Slik nemnda ser det, skiller forholdet seg vesentlig fra det som er normalt for personer som skal delta i tilbudsevalueringen i en konkurransesituasjon. Det foreligger ikke «*særegne forhold*» i anledning enheten Kulturskolen, som følge av at det kun er påvist en beskjedne preferanse ved begrensede kjøp utenfor rammeavtalen.
- (40) Den påpekte preferansen må i tillegg anses å «*svekke tilliten*» til brukergruppens «*upartiskhet*». Både preferansen for en av leverandørene, og det forhold at de aktuelle enhetene har valgt å ikke etterleve den dagjeldende avtalen med klager, gir omverdenen grunn til å tvile på brukergruppens upartiskhet. I den forbindelse bemerker klagenemnda at det ikke er et krav at avgjørelsen i saken *skal* ha ført til en særlig fordel. Dette er bare ett av flere momenter i vurderingen, og følger direkte av ordlyden «*blant annet*» i forvaltningsloven § 6 andre ledd. Det kan dermed foreligge inhabilitet, selv om avgjørelsen i saken ikke innebærer noen særlig fordel, tap eller ulempe, jf. Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett 12. utgave, 2022 s. 224.
- (41) Klagenemnda har etter dette kommet til at det foreligger «*særegne forhold*» som er «*egnet til å svekke tilliten*» til tre av medlemmenes «*upartiskhet*», jf. forvaltningsloven § 6 andre ledd. Medlemmene i brukerutvalget tilknyttet enhetene Fritid, Kulturhuset og Tvibit Musikk er følgelig inhabile.
- (42) Ettersom tre av seks medlemmer i brukergruppen har vært inhabile, var det en feil at disse deltok i evalueringen av tilbud i konkurransen. Det følger av anskaffelsesforskriften § 25-1 (4) at dersom tildelingsbeslutningen er i strid med forskriften, «*kan*» beslutningen omgjøres frem til kontrakten er inngått. Dersom oppdragsgiver har gjort feil i

anskaffelsesprosessen, foreligger det imidlertid en plikt til å rette dette, se eksempelvis LB-2019-145192. Feilen kan i dette tilfellet rettes ved at det settes en ny brukergruppe og gjøres en ny evaluering. Ettersom det må foretas en ny evaluering, finner ikke Klagenemnda grunn til å gå nærmere inn på klagers øvrige anførsler, som knytter seg til evalueringen.

- (43) Bruddet klagenemnda har konstatert kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir dermed grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Tromsø kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser, som følge av at tre inhabile tjenestemenn har deltatt i tilbudsevalueringen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur