Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Leieunntaket. Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede inngikk kontrakt om leie av lokaler til Skåbu Brannstasjon. Klager anførte at innklagede hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, da kontrakten skulle vært kunngjort som en bygge- og anleggskontrakt. Klagenemnda kom til at kontrakten var omfattet av leieunntaket i § 2-4 bokstav a, og dermed ikke var omfattet av anskaffelsesregelverket.

Klagenemndas avgjørelse 27. januar 2025 i sak 2024/1784

Klager: JB Bygg og Betong AS

Innklaget: Nord-Fron kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Hallgrim Fagervold og Christina Paludan Melson.

Bakgrunn:

(1) Nord-Fron kommune (heretter *innklagede*) inngikk 15. november 2024 kontrakt med Skåbu Industri AS (heretter *valgte leverandør/utleier*) for leie av lokaler til brannstasjon i Skåbu i Skåbuvegen 2709. Årlig verdi var 695 000 kroner ekskl. mva., og avtalen hadde en varighet på 20 år fra 1. juni 2025. Total verdi for leieperioden var 13 900 000 kroner ekskl. mva.

(1) I lokalene var det allerede etablert brannstasjon, hvor eksisterende leietaker var Midt-Gudbrandsdal Brannvesen. Etter vedtak i Nord-Fron kommunestyre om framtidig brannstasjonsstruktur i Midt-Gudbrandsdalen, ble det besluttet at kommunen skulle ta over den gjeldende leieavtalen for lokaler til brannstasjoner som erstattes av ny og oppdatert leieavtale, og at innklagede videre var ansvarlig for å stille med godkjente lokaler til brannvesenet. Skåbu brannstasjon var omfattet av dette.

(2) I forbindelse med innklagedes overtakelse av leieforholdet, skulle det også gjennomføres endringer i lokalene, herunder utvidelse samt oppgradering i henhold til krav fra blant annet Arbeidstilsynet. Av leiekontrakten fremgikk det at utleier skulle «*før lokalene tas i bruk av leietaker, besørge og bekoste opp-pussing utvendig og innvending slik at lokalene er tilpasset leietakers bruk*». Videre at:

«*Utleier utarbeider og bekoster all nødvendig dokumentasjon for ombygging medregnet søknad om byggetillatelse, igangsettingstillatelse og søknad om midlertidig brukstillatelse og ferdigattest.*»

(3) Om vedlikehold var følgende angitt:

«*Det påhviler leieren å vedlikeholde de leide lokaler, herunder vinduer og vinduskarmer samt separate inngangsdører og karmer, rør og rørledninger samt elektriske installasjoner i lokalene og at det øvrige utstyr som hører med til hans virksomhet.*

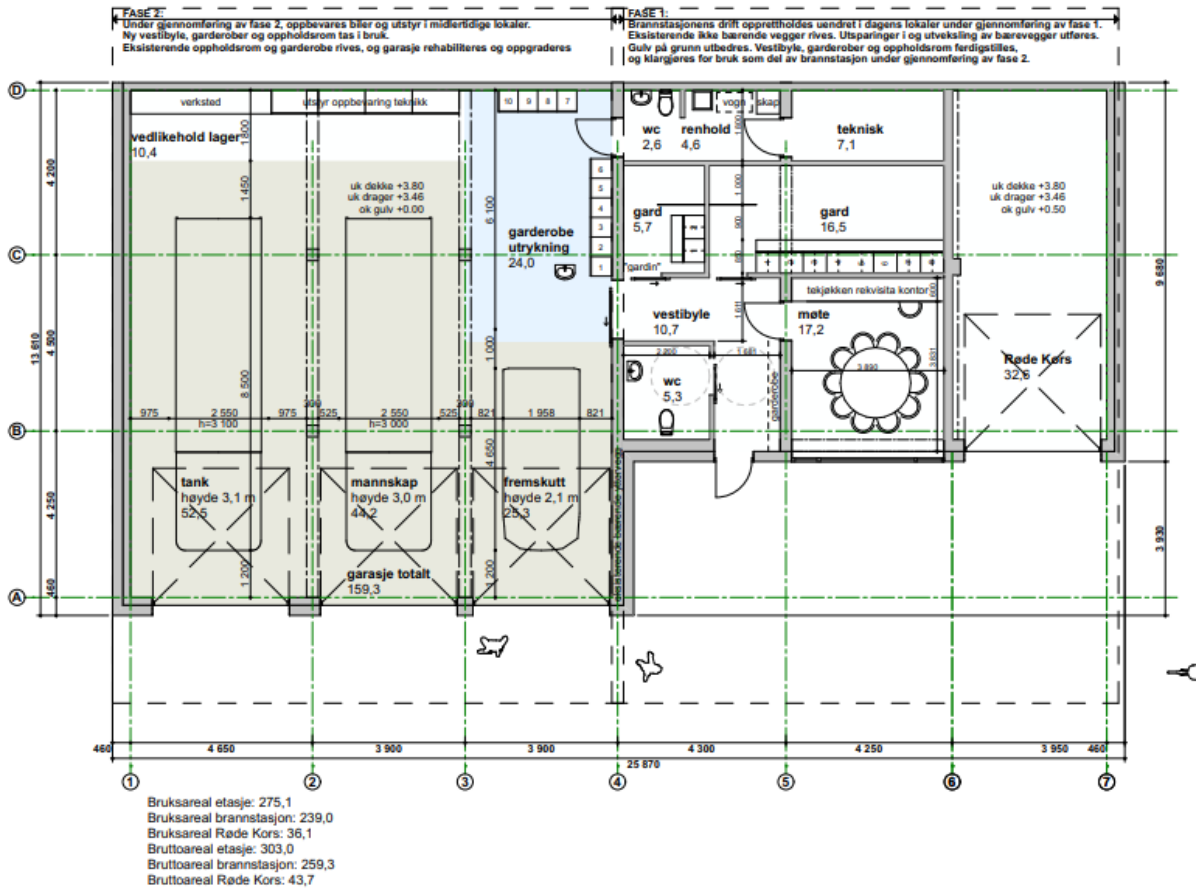
Postadresse: Postboks 511 Sentrum 5805 Bergen
Besøksadresse: Zander Kaaes gate 7 5015 Bergen
Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

Oppfyller ikke leieren denne forpliktelse, er utleieren berettiget til å få vedlikeholdsarbeidet utført for leierens regning. Leier plikter å holde egen vindus- og glassforsikring. […]

Utleieren har ansvaret for og bærer omkostninger med det utvendige vedlikehold av tak og fasader. Videre har utleier vedlikeholdsansvaret for grunnleggende tekniske installasjoner så som strøm, telekommunikasjonslinjer/bredbånd, vann og avløp.»

(4) Om forsikring var det angitt at hver av partene «*holder sine interesser forsikret*».

(5) Bilag 1 til kontrakten inneholdt en tegning over lokalene slik det var prosjektert, hvor lokalene kontrakten omfattet var mellom akse 1 og 6:



(6) Bilag 2 til kontrakten inneholdt en «*Enkel spesifikasjon*» for Skåbu Brannstasjon:

«*Brannstasjon i Skåbu tilfredsstiller ikke dagens krav.*

Det er vedtatt at det fortsatt skal være brannstasjon i Skåbu, da godkjent etter dagens krav. Brannstasjonen skal ses i sammenheng med nye Vinstra Brannstasjon som skal dekke noen av funksjonene. Brannbiler, utstyr og bekledning skal vaskes på Vinstra ved behov.

Innhold:

Se også vedlagt romprogram. Angitte størrelser er veiledende og ikke endelige.

- *Vognhall for to store biler og en liten bil (fremskutt enhet).*
- *Vognhall må inneholde utrykningsgarderobe for 10 personer*
- *Minimum + 18°C, ventilasjon og punktavsug til kjøretøyene.*
- *Trykkluft og vann-uttak. Kapasitet nærmere avklaring før bygging.*
- *Garderobe med dusj for 8+2 personer (kjønnsdelt).*
- *Felles HC-WC.*
- *Vaskekott i tilknytning til garderobe*
- *Møterom for 10 personer.*
- *Uteområde foran portene skal være asfaltert og holdes ryddig.*
- *Ute-parkering for 10 personbiler for brannmannskap.*

- *Garasje for Røde Kors for båthenger, skuter, henger og annet nødvendig håndutstyr. En varm garasje og en kald garasje. Garasje holdes separat fra brannstasjon.*

Forutsetninger ift offentlige anskaffelser

Ny stasjon holdes innenfor dagens bygg uten store utvendige endringer og anses som oppussing. Kreves det store endringer må stasjonen ut på anbud iht anskaffelsesforskriften.

Leiepris må ligge innenfor markedsmessig nivå, jf statsstøtteregelverket. Åpenhet rundt beregningen forventes.

Røde Kors-garasje gjøres gjennom separat avtale med Røde Kors, slik at den ikke er et NFK-prosjekt. Forutsettes at den ikke inkluderes inn under foranliggende betingelser ift anskaffelsesforskriften.»

(7) Den 20. juni 2024 mottok innklagede en e-post fra utleiers arkitekt, med følgende avklaringer:

«*Vi er i gang med omprosjektering av løsningen for Skåbu Brannstasjon etter de nye spesifikasjonene mottatt i e-post fra kommunen 7. juni.*

For å unngå misforståelser, forstår vi det slik at den vesentlige endringen er at

- *det ikke skal etableres vaskehall og*
- *garderobene kun skal ha ren sone, ikke skitten og ren sone*

Er dette riktig forstått?

Vi ser da ellers bort fra mindre justeringer av antall personer og arealer for enkeltfunksjoner i denne omgangen.

Ut fra den relativt lave forventede bruksfrekvensen og begrenset størrelse på branner, vil det i søknaden til Arbeidstilsynets samtykke kunne begrunnes tilfredsstillende hvorfor løsning med skitten og ren sone ikke etableres.»

(8) JB Bygg og Betong AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 18. november 2024.

(9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. januar 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(10) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Kontrakten utgjør i realiteten en bygge- og anleggsanskaffelse, og omfattes derfor ikke av leieunntaket. Avtalen er basert på at bygget skal bygges om slik innklagede ønsker det, og innklagede har hatt stor innflytelse på prosjekteringen.

(11) Det er stilt krav til slokkevann og ren/skitten sone, som er stilt spesifikt etter Arbeidstilsynets og brannvesenets krav. Det er stort sett brannvesenets ønsker som ligger til grunn for arbeidene som skal gjøres. Dette kommer tydelig frem i leiekontrakten.

(12) Tiltaket er beskrevet som oppussing. Dette er ikke et standardisert begrep som er definert. En totalrenovering vil være svært omfattende. Per dags dato leier brannvesenet omtrent halve bygget. For å oppfylle kravene må flere vegger rives, gulv må pigges opp og støpes på nytt, samt arbeid med bærende konstruksjoner. Dette kommer frem på tegningen hvor det står at eksisterende ikke-bærende vegger rives, og at utsparinger i og utveksling av bærevegger utføres. Hele planleggingen blir endret og alt innenfor grunnmuren blir nytt. Ventilasjon, vann og avløp samt elektrisk anlegg må bli lagt opp på nytt og utvidet. Den delen av bygget som lokalet skal utvides til, er per dags dato ikke i brukbar stand.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(13) Det bestrides at det er gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Kontrakten omfattes av leieunntaket, og faller derfor utenfor anskaffelsesregelverket.

(14) Det er allerede brannstasjon i de aktuelle lokalene, men disse tilfredsstiller ikke gjeldende krav. Inngåelse av leieavtalen er knyttet til påkrevd oppgradering av lokalene i forbindelse med krav fra Arbeidstilsynet. Den nyoppussede brannstasjonen blir i det samme bygget og i de samme lokalene som brukes i dag. Det vil ikke kreve noe påbygg. Utleier har prosjektert oppussingen og kommet med et tilbud for videre leie, som nå danner grunnlaget for inngått kontrakt.

(15) Det foreligger ikke et bygge- og anleggsarbeid. Det er ikke snakk om nybygg, verken separat eller påbygg, men utelukkende oppussing og oppgradering av eksisterende bygg og innenfor nåværende leide lokaler, samt noe utearbeid og asfaltering. Det er snakk om underetasjen av et bygg som også benyttes til andre formål, blant annet næring. Renovasjonsarbeidene oppfyller ikke i seg selv en teknisk og økonomisk funksjon.

(16) Innklagede har heller ikke hatt avgjørende innflytelse på arbeidets art og planlegging. Kravene som er stilt for oppgraderingen er knyttet til krav fra Arbeidstilsynet for å kunne fortsette virksomheten i bygget. Tilsvarende oppgradering ble gjort i 2012. Bygget er altså allerede i bruk for formålet, og kravene som er stilt om vognhall for tre biler, garderobe og møterom, er også krav som vil kunne gjelde for ordinær verksteddrift eller for eksempel maskinentreprenørvirksomhet. Det er ikke en hovedbrannstasjon med alle spesielle funksjoner, men en avdelingsenhet. Det er ikke vesentlig nye funksjoner som skal dekkes, og det skal ikke gjøres vesentlige endringer i bærende konstruksjoner eller arkitektoniske forhold.

(17) Dersom nemnda skulle komme til at det foreligger en bygge- og anleggskontrakt, anføres det at dette ikke er kontraktens hovedelement. Det er et eksisterende bygg, lokalene

brukes allerede til formålet og det er snakk om fortsatt leie av et oppgradert bygg til samme formål. Det er inngått en helt ordinær leiekontrakt, hvor utleier har ansvar for ombygging og prosjektering. Det er leiekontrakten som er hovedelementet, og kontrakten følger derfor reglene for denne hoveddelen, som gjør at leieunntaket uansett får anvendelse.

(18) Subsidiært anføres det at kontrakten kan inngås uten kunngjøring fordi kontrakt bare kan inngås med en bestemt leverandør i markedet. For å fortsatt ha brannstasjon på den aktuelle adressen, er det påkrevd med en oppgradering. Det er allerede brannstasjon i lokalene, og innklagede kan ikke bli tvunget til å flytte denne på grunn av oppgraderingen.

Klagenemndas vurdering:

(19) Klagen gjelder en anførsel om ulovlig direkteanskaffelse. I slike saker gjelder ikke et krav om saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforskriften § 13a første ledd. Klagen er rettidig.

(20) En ulovlig direkteanskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).

(21) Utgangspunktet er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre i Doffin alle anskaffelser som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 § 5-1 (2) og § 8-17. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-datatasen.

(22) Kontrakten gjelder leie av lokaler til Skåbu Brannstasjon. Kontrakten har en verdi på 13,9 millioner kroner ekskl. mva. Kontraktsverdien overstiger dermed den nasjonale terskelverdien for kunngjøring i forskriften § 5-1 (2). Anskaffelsen er ikke kunngjort.

(23) Spørsmålet i saken er om innklagede likevel ikke hadde plikt til å kunngjøre kontrakten, fordi den er unntatt både forskriften og anskaffelsesloven, jf. forskriften § 2-4 bokstav a. Det følger av denne bestemmelsen at loven og forskriften ikke gjelder kontrakter om «*leie av […] eksisterende bygninger eller annen fast eiendom*». Bestemmelsen tilsvarer artikkel 10 bokstav a) i direktiv 2014/24/EU. Hensynet bak unntaket er at anskaffelser av denne typen er avhengig av geografisk plassering, og derfor ikke berører grenseoverskridende handel.

(24) Klager har gjort gjeldende at anskaffelsen i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt, slik at leieunntaket ikke kommer til anvendelse. Hvis innklagede i realiteten har inngått en bygge- og anleggskontrakt, er ikke unntaket i § 2-4 bokstav a anvendelig, selv om partene omtaler avtalen som en kontrakt om leie. Dette følger blant annet av forskriften § 2-4 bokstav a lest i sammenheng med definisjonene av ulike kontraktstyper i § 4-1 bokstav a til d.

(25) Klagenemnda tar derfor stilling til om anskaffelsen gjelder en bygge- og anleggskontrakt.

(26) Forskriften § 4-1 bokstav d nr. 3 definerer en bygge- og anleggskontrakt som en kontrakt om «*utførelsen på en hvilken som helst måte av et bygge- og anleggsarbeid som oppfyller kravene som er satt av en oppdragsgiver som har avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*». Bestemmelsen er forstått slik at alternativet i nr. 3 gjelder situasjoner der det bygges hos andre, og ikke hos oppdragsgiver selv, se klagenemndas avgjørelse i sak 2020/612, avsnitt 32.

(27) Det må altså for det første være tale om et «*bygge- og anleggsarbeid*», og for det andre må oppdragsgiver ha hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*». Begge vilkårene må være oppfylt.

(28) Det følger av forskriften § 4-1 bokstav e), at et «*bygge- og anleggsarbeid*» skal forstås som *«resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon*».

(29) I vår sak var den aktuelle bygningen oppført ved kontraktsignering. Videre var store deler av lokalene innklagede skal leie (omtrent to tredjedeler) allerede benyttet som brannstasjon av Midt-Gudbrandsdal Brannvesen. I forbindelse med inngåelse av den nye leieavtalen skulle det gjennomføres en større renovering av lokalene, herunder en utvidelse. Utvidelsen foranlediget ikke påbygning, men en justering av vegger innad i bygget. Nemda forstår det slik at arbeidet gjennomføres delvis som vedlikehold, delvis for å kunne oppfylle krav til blant annet arbeidsmiljø stilt av Arbeidstilsynet, og delvis i form av nødvendige endringer og oppgraderinger som følge av tekniske behov for brannvesenets fortsatte virksomhet i lokalene. Slik saken er opplyst, kan ikke nemnda se at disse arbeidene har et omfang eller en karakter som er tilstrekkelig til å oppfylle en selvstendig økonomisk eller teknisk funksjon, jf. også klagenemndas sak 2019/336 avsnitt 39.

(30) Under enhver omstendighet kan ikke klagenemnda se at oppdragsgiver har hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*», jf. forskriften § 4-1 bokstav d. Et sentralt moment i denne vurderingen er om innklagede har stilt krav som leietakere i alminnelighet vil kunne stille, eller om man har gått utover dette ved å spesifisere tilpasninger til egne behov, og i så fall om disse ekskluderer andre leietakere, se eksempelvis EU-domstolens avgjørelse i sak C-537/19 *Wiener Wohnen*, avsnitt 51 følgende. I avsnitt 52 er det presisert at:

«*Hvad angår den påtænkte bygning kan der identificeres en afgørende indflydelse på dens udformning, hvis det kan påvises, at denne indflydelse udøves på denne bygnings arkitektoniske struktur, såsom dens størrelse, dens ydermure og dens bærende vægge. Krav vedrørende de indvendige indretninger kan kun anses for at påvise en afgørende indflydelse, hvis de udmærker sig på grund af deres særpræg eller omfang*.»

(31) For at vilkåret skal være oppfylt, har nemnda i tidligere praksis lagt til grunn at kravene leietaker stiller til lokalene må være mer omfattende enn det som normalt oppstilles for tilsvarende leieavtaler, se for eksempel klagenemndas sak 2019/336, avsnitt 45 og 2019/590, avsnitt 44 og 45.

(32) Kravene innklagede har stilt til lokalene fremgår av avsnitt 7. Etter klagenemndas syn er de krav som er stilt av innklagede ikke mer omfattende enn det en leietaker i alminnelighet vil kunne stille til tilsvarende lokaler. Kravene er generelle, og overlater et betydelig handlingsrom til utleier med tanke på oppfyllelse. Det er heller ingen holdepunkter for at innklagede har påtatt seg oppgaver og ansvar som vanligvis tilfaller en byggherre. Det er valgte leverandør som har engasjert arkitekt og fått prosjektert arbeidene, basert på de generelle kravene innklagede har stilt. Det er også valgte leverandør som skal stå for gjennomføring av arbeidene. Det fremgår videre at valgte leverandør har ansvar for vedlikehold av tak, fasader og grunnleggende tekniske installasjoner som strøm, telekommunikasjonslinjer og bredbånd, vann og avløp.

(33) Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at kontrakten ikke kan klassifiseres som en bygge- og anleggskontrakt etter forskriften § 4-1 bokstav d.

(34) Kontrakten er derfor omfattet av unntaket i § 2-4 bokstav a, og var ikke kunngjøringspliktig. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Nord-Fron kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hallgrim Fagervold

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur