Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Leieunntaket. Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede tildelte to kontrakter om kjøp av omsorgsboliger uten først å kunngjøre anskaffelsene eller gjennomføre konkurranse i henhold til anskaffelsesregelverket. Klager anførte at anskaffelsene ikke kunne unntas regelverket etter forskriften § 2-4 bokstav a, fordi omsorgsboligene ikke var oppført på kontraktstidspunktet. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 16. desember 2025 i sak 2025/1435

Klager: EiNy AS

Innklaget: Arendal kommune

Klagenemndas medlemmer: Hallgrim Fagervold, Kjersti Holum Karlstrøm og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Arendal kommune (heretter *innklagede*) ble i 2021 kontaktet av selskapet konseptPLUSS AS angående muligheten for utvikling av omsorgsboliger med investeringstilskudd fra Husbanken og refusjon av moms.

(2) Den 19. mars 2021 ble det avholdt et møte hvor konseptPLUSS AS presenterte sine boligkonsepter, herunder muligheten for å etablere omsorgsboliger på Bjorbekk i Arendal kommune. Det ble også avholdt møte mellom innklagede og konseptPLUSS AS i september 2021.

(3) Det ble avholdt et nytt møte mellom innklagede og konseptPLUSS AS 4. oktober 2021. Her informerte konseptPLUSS AS om prosessen ved et eventuelt direktekjøp av omsorgsboligkonseptet «*otiumPLUSS*». Den skisserte prosessen ville starte med å definere kommunens behov, og konseptPLUSS AS brukte som eksempel «*24 boliger, Base for hjemmetjenesten tilpasset XX ansatte, Dagaktivitetssenter for xx brukere*». Deretter ville konseptPLUSS AS fremlegge et skisseprosjekt og kommunen beslutte om de ønsket å gå videre. Kommunen ville så motta et komplett tilbud og beslutte om det skulle inngås kontrakt. Signering av kontrakt og igangsettelse av prosjektet ville skje etter intensjonskunngjøring. KonseptPLUSS AS informerte også om fordelingen av ansvar og risiko, og illustrerte at det påhvilte kommunen å definere behov og å gjennomføre intensjonskunngjøring. På dette møtet ble innklagede presentert for muligheten for å etablere omsorgsboliger på Nyli i Arendal kommune.

(4) Den 22. mars 2022 var det et nytt møte mellom konseptPLUSS AS og innklagede. Etter møtet fikk innklagede tilsendt et notat fra 2015, utarbeidet av en annen kommune som hadde inngått avtale med konseptPLUSS AS om utvikling av omsorgsboliger. Notatet var opprinnelig sendt til Helse- og omsorgsdepartementet. Kommunen hadde spørsmål om og forslag til reglene for investeringstilskudd i omsorgsboliger. Innklagede fikk samtidig tilsendt en rapport fra en arbeidsgruppe nedsatt at vedkommende kommune, som

i 2014 hadde fått i mandat å utrede fremtidige behov for tjenester til eldre og funksjonshemmede, samt å komme med forslag til tjenester og kostnadsberegne de konkrete forslagene til tiltak.

(5) Innklagede og konseptPLUSS AS møttes også 14. august 2023. Her presenterte konseptPLUSS AS omsorgsboligkonseptet «*otiumPLUSS AS*» og konkrete referanseprosjekter fra andre kommuner. Presentasjonen inneholdt også utklipp fra lokalaviser med omtale av omsorgsboligene, herunder et intervju med en av beboerne. Det ble også gjentatt informasjon om prosessen ved kjøp av konseptet «*otiumPLUSS*», herunder fordelingen av ansvar og forpliktelser mellom kommunen og utbygger/leverandør.

(6) Dialogen mellom innklagede og konseptPLUSS AS fortsatte i 2024, og den 11. januar sendte konseptPLUSS AS en e-post med ønske om nye møter:

«*Vi ønsker å vise dere foreløpige skisser/volumer og diskutere konkret kommunenes behov og ønsker. Dette kan gjøres i møte 1. For å eventuelt kunne løse prosjektet kan dette medføre at vi må ha 'dispensasjon' fra gjeldende regulering. Dette kan vi da avklare/forhøre oss om i møte nr. 2.*»

(7) Den 10. juni 2024 oversendte konseptPLUSS AS et utkast til presentasjon for formannskapet i kommunen.

(8) Den 15. august 2024 ble det avholdt et nytt møte mellom konseptPLUSS AS og innklagede, hvor temaet var «*Gjennomgang av tegninger – skisser*».

(9) Tegninger av prosjektet på Bjorbekk ble oversendt til innklagede 16. oktober 2024.

(10) Helse- og omsorgsutvalget i kommunen avholdt 23. januar 2025 orientering om omsorgsboliger i borettslagsmodell. Der informerte konseptPLUSS AS om etablering av omsorgsboliger i borettslagsmodell og sitt omsorgsboligkonsept «*otiumPLUSS*», og fortalte om mulige prosjekter i Arendal. Her presenterte konseptPLUSS AS flere pågående og potensielle prosjekter, herunder prosjektene «*Bjorbekk*» og «*Nyli*». Prosjektet på Nyli ble presentert med 41 boliger for heldøgns omsorg, aktivitetssenter og dagsenter og base for hjemmetjenesten. Prosjektet på Bjorbekk ble presentert med 40 boliger for heldøgns omsorg, aktivitetssenter og mulighet for dagsenter og/eller base for hjemmetjenesten. Begge prosjektene bestod av standard toroms leiligheter på 51 kvadratmeter.

(11) Den 14. februar 2025 sendte konseptPLUSS AS følgende agenda for et møte med innklagede 17. februar 2025:

«*[…] skriver inn agenda for mandagens møte i denne eposten.*

NYLI

- *Antall ansatte*
    - *Skal de skifte her? Eller skal kommunen benytte arealene på Solhaug?*
- *Behov for medisinrom/lab?*
    - *Er det behov for å blande medisiner på stedet?*
- *Parkering ansatte?*

- *Trenger kommunen ladeplasser?*

- *Parkering beboere og besøkende*
- *Hva tenker […] om innspillet fra politikerne på 3 roms leiligheter?*
  - *Utfordrende for Nyli grunnet reguleringsbegrensninger.*
- *Eventuelt*

Som vi ble enige om […] tar vi møte om Bjorbekk så raskt […] har hatt anledning til å se nærmere på innholdet og hvilke tjenester som eventuelt kan flyttes.»

(12) Den 19. februar 2025 ba innklagede konseptPLUSS AS om å utarbeide et formelt tilbud på omsorgsboliger på henholdsvis Bjorbekk og Nyli. Samme dag bekreftet konseptPLUSS AS at de var i gang med å utarbeide tilbud på de to prosjektene.

(13) Den 27. februar 2025 tok konseptPLUSS AS kontakt med innklagede og skrev blant annet følgende:

«*Jeg tillater meg å følge opp dialogen rundt tjenestearealene og aktivitetsarealer for Bjorbekk. For at vi skal rekke en behandling av tilbud for Bjorbekk i juni må vi ha tilbakemeldinger på hva dere ønsker etablert i arealene.*

Det er da avgjørende for oss å få tilbakemelding om hvilke tjenester/aktiviteter etc. (funksjoner dere kan tenke dere etablert her.

Håper dere har anledning til å prioritere dette og melde tilbake så raskt som mulig, slik at vi kan få ut alle dokumentene til entreprenører og leverandører

Når dere har dette på plass, kunne vi tenkt oss et møte for gjennomgang»

(14) Innklagede svarte 5. mars 2025 at:

«*Her er de punktene som vi legger til grunn for videre prosjektering:*

- *Det legges til grunn som inngangskriteria at brukerne skal være enhver som er i behov av kommunale helsetjenester i tråd med minimumskrav fra Husbanken.*
- *Det er sannsynlig at beboerne vil ha relativt høyt funksjonsnivå og begrenset behov for helsetjenester den første tiden etter at prosjektet er etablert. Men for å dimensjonere for helsemessige endringer hos beboerne, etter hvert ønsker vi at prosjektet har en fullverdig base.*
- *Vi ønsker også, tilsvarende, et fullverdig dagaktivitetssenter*
- *Vi ser for oss at vi organiserer tjeneste for hele Bjorbekkområdet (Bjorbekktunet og Prestegården) med en virksomhetsleder og to avdelingsledere*

Det er det vi har av tanker som er relevant for dere. Men bare skriv eller ring om det er noe mer vi skal svare ut.»

(15) Den 11. mars 2025 stilte konseptPLUSS AS følgende spørsmål om parkeringsbehovet på Bjorbekk:

«*Jeg lurer på om dere har gjort dere noen tanker rundt parkeringsdekning for beboere på Bjorbekk? Trenger hver bolig en parkeringsplass, eller holder det med at 50 % har? Eller mindre?*

Når det gjelder de ansatte og parkering. Kan de benytte seg av parkering ved Bjorbekktunet? Eventuelt parkering inne på Arendal Eiendoms tomt for teknisk?

Det er litt trangt på tomten for de store parkeringsområdene, så vi må tenke litt smart.»

(16) Innklagede svarte samme dag:

«*vi foreslår parkeringsdekning på 50 % for boligene. Vi tror kanskje vi får en noe 'friskere' beboergruppe her enn på våre ordinære utleie-omsorgsboliger, og at det slik sett kan være fornuftig å ikke kutte for mye i parkering.*

Når det gjelder ansatte, mener vi at her må vi finne løsninger utenfor tomta (f.eks. på tomta til Arendal eiendom).»

(17) Utkast til kjøpsavtaler for Bjorbekk og Nyli ble sendt til innklagede 6. juni 2025 og på nytt 16. juni 2025.

(18) Den 1. juli 2025 mottok innklagede endelig tilbud fra konseptPLUSS og Allstad Eiendomsutvikling AS på et prosjekt kalt «*otiumPLUSS Bjorbekk*».

(19) Bjorbekk-prosjektet skulle realiseres på en tomt hvor det på tilbudstidspunktet stod en prestegård. I prosjektbeskrivelsen var det angitt at prosjektet bestod av 40 omsorgsboliger fordelt på syv bygg. Boligene skulle tilrettelegges for personer med behov for heldøgns helse- og omsorgstjenester, og skulle utformes som hjem uten institusjonspreg. Det skulle også etableres en base for hjemmetjenester med tjenesteareal og fasiliteter for ansatte. Personalbasen skulle etableres i presteboligens andreetasje og i deler av førsteetasjen i et av boligbyggene. I prosjektet inngikk også et dag- og aktivitetssenter. Senteret skulle plasseres i presteboligens førsteetasje og deler av førsteetasjen i et av boligbyggene, og bestod av treningsrom med garderober, sløyd-/hobbyrom, stuer med mulighet for spiseplass, hall/garderobe, kjøkken og toaletter.

(20) Samme dag mottok innklagede også tilbud fra konseptPLUSS og Arendal Eiendomsutvikling AS om et prosjekt kalt «*otiumPLUSS Nyli*».

(21) Nyli-prosjektet bestod av 41 boliger fordelt på tre bygg for personer med behov for heldøgns omsorg. Boligene skulle fremstå som selvstendige boenheter med egen inngang, og utformes som hjem uten institusjonslignende preg. I førsteetasje av et av byggene skulle det etableres en personalbase for hjemmetjenester bestående av tjenesteareal og nødvendige fasiliteter for ansatte. I samme etasje skulle det også etableres dag- og aktivitetsarealer bestående av malingsrom, hobby-/sløydrom, treningsrom med garderober, stue/café med mulighet for spiseplass eller sofa, et anretningskjøkken, garderobe, hvilerom, toalett og rengjøringsrom.

(22) Den 20. august 2025 ble det avholdt møte i formannskapet i Arendal kommune. Der ble det anbefalt at kommunen skulle inngå avtale med konseptPLUSS og Allstad Eiendomsutvikling AS for prosjektet på Bjorbekk, som bestod av 40 omsorgsboliger, personalbase og dagaktivitetssenter. Prisen var 145 millioner kroner. Det ble også anbefalt å inngå avtale med konseptPLUSS og Arendal Eiendomsutvikling AS for

prosjektet på Nyli, som bestod av 41 omsorgsboliger, personalbase og dagaktivitetssenter. Prisen var 162 millioner kroner. I vurderingen av om kontraktene skulle inngås, ble det blant annet trukket frem følgende fordeler:

«*Ved å inngå avtale med tilbyderne, får kommunen tilgang til et helhetlig og gjennomprøvd konsept der både utbygging og gjennomføring håndteres av profesjonelle eksterne aktører. Tilbyderne har bred erfaring med utvikling av omsorgsboliger tilpasset målgruppens behov og legger vekt på universell utforming, kvalitet i materialvalg og fleksible løsninger som kan møte endrede behov over tid. I denne modellen vil kommunen få eierskap til prosjektet, direkte og indirekte fra tilbyderne. Dette gir kommunen kontroll over prosjektet og eiendommen fra første dag.*

Det tilbys helhetlige leveranser der planlegging, gjennomføring og ferdigstillelse skjer i tett dialog med kommunen og brukerne. Dette gir økt sikkerhet for at resultatet svarer til forventningene, både når det gjelder funksjonalitet, trivsel og kostnadskontroll. Erfaring fra tilsvarende prosjekter viser at denne modellen gir raskere gjennomføring, reduserer belastningen på kommunens egen administrasjon, og gir bedre fleksibilitet knyttet til framtidig tilpasning og utvikling av omsorgstilbudet.»

(23) Den 28. august 2025 fattet bystyret vedtak om at det skulle inngås avtale om prosjektene på Bjorbekk og Nyli. Boligene skulle tilbys enkeltpersoner som oppfylte Husbankens vilkår for målgruppen og organiseres gjennom en borettslagsmodell. Det ble også besluttet at det skulle inngås avtale om kjøp av 61 omsorgsboliger inkludert fellesrom og personalbase av Strømsbu Torg AS. Boligene skulle kjøpes gjennom og andelene i borettslaget skulle tilbys for kjøp av enkeltpersoner som hadde fått vedtak om heldøgns helse- og omsorgstjeneste fra kommunen.

(24) Den 19. september 2025 publiserte innklagede en intensjonskunngjøring for inngåelse av kontrakt med konseptPLUSS om prosjektet på Bjorbekk:

«*Arendal bystyret har i bs-sak 85/2025, 28.08.2025, vedtatt kjøp av omsorgsboliger, samt base og dagaktivitetssenter ved Bjorbekk gamle prestegård. Anskaffelsen gjelder kjøp av bygninger. Etter oppdragsgivers vurdering faller anskaffelsen med dette utenfor virkeområdet til anskaffelsesloven og forskriften, jf. FOA § 2-4 bokstav a. Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd kjøp eller leie av eksisterende bygninger, men det følger av fast rettspraksis at unntaket også kan omfatte kjøp eller leie av bygninger som foreløpig ikke er oppført. Forutsetningen er at avtalen er en reell kjøpekontrakt eller leiekontrakt, og ikke i realiteten en bygge- og anleggskontrakt. Arendal kommune har satt som en forutsetning at aktuelle boenheter må oppfylle husbanken sine regler for omsorgsboliger, men har ellers ingen påvirkning på byggearbeidene. Kommunens risiko er begrenset til å betale avtalt kjøpesum når vilkårene for overtakelse er oppfylt. Prosjektet består av 40 leiligheter, hver på drøyt 50 kvm., samt en mindre personalbase og dagaktivitetssenter. Gjennom denne intensjonskunngjøringen gjør vi nå markedet oppmerksom på at Arendal kommune innen kort tid vil inngå kjøpekontrakt med konseptPLUSS AS.*

(25) Den 22. september 2025 publiserte innklagede en likelydende intensjonskunngjøring for inngåelse av kontrakt med konseptPLUSS om prosjektet på Nyli. I intensjonskunngjøringen var det informert om at prosjektet bestod av 41 omsorgsboliger og en mindre personalbase og dagaktivitetssenter.

(26) I utkastet til kjøpsavtale for omsorgsboligene på Bjorbekk var det angitt at innklagede skulle inngå avtale med otiumPLUSS Bjorbekk Bolig AS og otiumPLUSS Bjorbekk Næring AS. Det fremgikk av avtalen at innklagede skulle kjøpe tomten med leilighetsbyggene når disse var ferdig oppført av boligselskapet. Dagaktivitetssenteret og personalbasen for hjemmetjenesten skulle oppføres og eies av næringsselskapet, og innklagede skulle kjøpe aksjene i næringsselskapet og på denne måten oppnå eierskap til disse tjenestearealene. Forventet salgspris for aksjene var omtrent 33,5 millioner kroner.

(27) I utkastet til kjøpsavtale for omsorgsboligene på Nyli var det angitt at innklagede skulle inngå avtale med otiumPLUSS Nyli Bolig AS og otiumPLUSS Nyli Næring AS. Det fremgikk også av denne avtalen at innklagede skulle kjøpe tomten med leilighetsbyggene når disse var ferdig oppført av boligselskapet. Dagaktivitetssenteret og personalbasen for hjemmetjenesten skulle også her oppføres og eies av næringsselskapet, slik at innklagede skulle oppnå eierskap til tjenestearealene gjennom kjøp av aksjene i næringsselskapet. Forventet salgspris for aksjene var omtrent 18,3 millioner kroner.

(28) Under punktet «*prosjektorganisasjon og gjennomføring*» i avtaleutkastene var det inntatt følgende likelydende bestemmelser:

«*5.1 Byggherrer for gjennomføring av prosjektet vil være [Boligselskapet] for Leilighetsbyggene og [Næringsselskapet] for Tjenestearealene.*

5.2 [Boligselskapet] og [Næringsselskapet] er ansvarlig for prosjektgjennomføringen i sin helhet. Kommunen verken kan eller skal delta i prosjektplanlegging eller prosjektering.

5.3 [Boligselskapet] og [Næringsselskapet] vil i fasen frem til byggestart ha en dialog med Kommunen vedrørende nødvendige tilpasninger og tilvalg for Leilighetsbyggene og Tjenestearealene begrunnet i den enkelte brukers helsemessige behov.

5.4 [Boligselskapet] og [Næringsselskapet] vil også etter byggestart gjøre sitt ytterste for at tilpasninger nevnt i punkt 5.3 kan gjennomføres. Det forutsettes at Kommunen varsler ønskede tilpasninger innenfor de frister som entreprenøren setter.

5.5 Merkostnader med slike tilpasninger og tilvalg som nevnt i 5.3 og 5.4 skal enten dekkes av Kommunen/borettslaget direkte eller kreves refundert av Kommunen dersom [Boligselskapet] eller [Næringsselskapet] legger ut for Kommunen/borettslaget. Slike merkostnader kan ikke innberegnes i den prosentberegningen som etter punkt 7.4 kan gi Kommunen rett til å si opp avtalen. Vesentlige endringer må gjennomføres etter overlevering.»

(29) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 7. oktober 2025. Klagebehandling startet samme dag, jf. klagenemndsforskriften § 13.

(30) Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse avventes til klagenemnda har behandlet klagen, og saken er derfor gitt prioritert behandling.

(31) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. desember 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(32) Dersom innklagede inngår kontrakt om de to prosjektene, vil dette utgjøre ulovlige direkte anskaffelser. Unntaksbestemmelsen om erverv av eksisterende bygninger i anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav a kommer ikke til anvendelse for anskaffelsene av omsorgsboligene på Bjorbekk og Nyli. Ingen av bygningene er oppført på avtaletidspunktet, hvoretter anskaffelsene faller utenfor bestemmelsens ordlyd. EU-domstolen har flere ganger gjentatt at unntaksregler fra anskaffelsesregelverket skal tolkes restriktivt.

(33) Anskaffelsene må uansett betraktes som anskaffelser av bygge- og anleggsarbeid, og de skal derfor gjennomføres etter reglene i anskaffelsesforskriften del III. Det er klart at vilkårene i anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav d første og andre alternativ er oppfylt. Det er også klart at det dreier seg om utførelsen av bygge- og anleggsarbeid som oppfyller krav satt av en «*oppdragsgiver som har avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*» etter tredje alternativ. Rettspraksis om sondringen mellom bygge- og anleggskontrakter og leiekontrakter er ikke direkte relevant for det foreliggende tilfellet.

(34) Praksis viser imidlertid at det skal lite til for å anse en kontrakt om kjøp av bygge- og anleggsarbeider for å være en bygge- og anleggskontrakt. Innklagede utøver avgjørende innflytelse ved å angi at boligene må oppfylle Husbankens krav for investeringstilskudd, og ved å gi innspill om parkeringsplasser, tilrettelegging av arealer for konkrete tjenester/aktiviteter og andre praktiske løsninger. På denne måten sikrer innklagede oppfyllelse av sitt særlige behov for boliger tilrettelagt for personer med særlige behov for helse- og omsorgstjenester og tilknyttede tjenestearealer. Også det at bygge- og anleggsarbeidene ikke er påbegynt på avtaletidspunktet, taler for dette. Innklagedes innflytelse utmerker seg også «*på grund av deres særpreg eller omfang*», jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-537/19.

(35) Det at innklagede har publisert intensjonskunngjøringer for de to anskaffelsene, er uten betydning for adgangen til å ilegge sanksjoner. Det følger av praksis fra EU-domstolen at en oppdragsgiver bare kan gå fri fra sanksjoner dersom oppdragsgiveren har opptrådt aktsomt ved vurderingen av om anskaffelsen omfattes av regelverket. EU-domstolen har også slått fast at en intensjonskunngjøring må inneholde en klar og tydelig begrunnelse for hvorfor oppdragsgiver mener det er hjemmel for direkte tildeling. Ingen av de aktuelle intensjonskunngjøringene gir informasjon som er egnet til å belyse spørsmålet om unntaksbestemmelsen i § 2-4 bokstav a kan komme til anvendelse. Det står dessuten i intensjonskunngjøringen at innklagede ikke har noen påvirkning på byggearbeidene, noe som strider mot dokumentene i den politiske behandlingen av anskaffelsene. Der står det at planlegging, gjennomføring og ferdigstillelse skal skje i tett dialog med kommunen og brukerne.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(36) Anskaffelsene er unntatt anskaffelsesregelverket og kan foretas direkte. Det er sikker rett at unntaksbestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav a kan anvendes selv om bygget som skal leies eller erverves ikke er oppført enda. I den forbindelse vil praksis om leiekontrakter belyse grensedragningen mot bygge- og anleggskontrakter. I de aktuelle anskaffelsene har ikke innklagede «*avgjørende innflytelse*» på bygge- og anleggsarbeidet som skal utføres, og kontraktene skal derfor ikke anses som bygge- og anleggskontrakter.

(37) Innklagede har ikke påvirket tilbudsutformingen, med unntak av noen få punkter knyttet til regulering og parkering, og enkelte innspill knyttet til innvendige tilpasninger. Det er også gitt innspill om hvilke tjenester og aktiviteter det ønskes tilrettelegging for. Det ble vederlagsfritt utarbeidet et skisseprosjekt uten vesentlig involvering fra innklagede. Det endelige tilbudet samsvarer i all hovedsak med konseptskissen innklagede fikk presentert 23. januar 2025, noe som illustrerer at innklagede ikke har påvirket tilbudsutformingen. At det er konseptPLUSS AS som har ansvar for utforming av tilbud, planlegging og prosjektering fremgår også av den vedlagte skissen over prosjektgjennomføring fra 2021. Tilbudet er basert på konseptPLUSS AS sin standardpakke, hvor alle relevante byggetekniske og funksjonelle krav fra Husbanken allerede er integrert og hensyntatt.

(38) Når det gjelder tomten for Bjorbekk-prosjektet så har det aldri vært et reelt alternativ for kommunen å kjøpe tomten selv for så å bygge omsorgsboliger. Tomteeier har ikke ønsket å selge tomten på denne måten, og det ville uansett ha medført for stor risiko for kommunen. Når det gjelder tomten for Nyli-prosjektet, så var denne på tilbudstidspunktet allerede ferdig regulert med de leilighetene innklagede har fått tilbud om å kjøpe. Selgers alternativ er derfor å ferdigstille leilighetsprosjektet og selge leilighetene på markedet på vanlig måte, slik at det er uaktuelt kun å selge tomten.

(39) Siden kontrakt ikke er inngått, er spørsmålet om intensjonskunngjøringene uten betydning. I alle tilfeller gir intensjonskunngjøringene uansett tilstrekkelig med opplysninger til at andre leverandører kan reagere på den planlagte kontraktsinngåelsen. Det er heller ingen motstrid mellom opplysningene i intensjonskunngjøringene og de politiske dokumentene – det er kun åpnet for mindre tilpasninger av hensyn til brukernes helsemessige behov.

Klagenemndas vurdering:

(40) Klagen gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke krav om saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforskriften § 13a første ledd. Klagen er rettidig.

(41) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede foretar en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakter om kjøp av omsorgsboliger på henholdsvis Bjorbekk og Nyli.

(42) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).

(43) Utgangspunktet er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre i Doffin alle anskaffelser som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskriften § 5-1 (2) og § 8-17. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3 skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen.

(44) Kontrakten om Bjorbekk-prosjektet gjelder kjøp av 40 omsorgsboliger til 145 millioner kroner, og kjøp av aksjer som gir eiendomsrett til dagaktivitetssenter og personalbase til en pris på omtrent 33,5 millioner kroner. Kontrakten om Nyli-prosjektet gjelder kjøp av 41 omsorgsboliger til 162 millioner kroner, og kjøp av aksjer som gir eiendomsrett til dagaktivitetssenter og personalbase til en pris på om lag 18,3 millioner kroner.

(45) Begge kontraktene overstiger både den nasjonale terskelverdien for kunngjøring i forskriften § 5-1 (2), og EØS-terskelverdiene for kunngjøring i TED-databasen i forskriften § 5-3 (1). Utgangspunktet er derfor at anskaffelsene er kunngjøringspliktige.

(46) Spørsmålet er om anskaffelsene er unntatt anskaffelsesregelverket slik at innklagede likevel ikke plikter å kunngjøre kontraktene, jf. forskriften § 2-4 bokstav a. Det følger av denne bestemmelsen at anskaffelsesloven og -forskriften ikke gjelder for kontrakter om «*erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom*». Bestemmelsen tilsvarer artikkel 10 bokstav a) i direktiv 2014/24/EU. Hensynet bak unntaket er at oppdragsgivers behov i slike anskaffelser er geografisk betinget, slik at anskaffelsene ikke berører grenseoverskridende handel.

(47) Kontraktobjektene er angitt på samme måte i utkastene til kontrakt for både Bjorbekk og Nyli. Det fremgår av kontraktene at det etter kontraktsinngåelsen skal oppføres omsorgsboliger i leilighetsbygg og næringsarealer for dagaktivitetssenter og personalbase for hjemmetjenesten. Tomten med omsorgsboligene kjøpes av innklagede etter ferdigstillelse, før omsorgsboligene videreformidles sluttbrukerne gjennom en borettslagsmodell. Næringsarealene eies av et eget aksjeselskap, og innklagede skal kjøpe aksjene i dette selskapet og på den måten oppnå eierskap til dagaktivitetssenter og personalbase. Det er altså tale om en sammensatt kontrakt med flere kontraktobjekter – kjøp av tomt, kjøp av bygninger som skal oppføres, og kjøp av næringsarealer gjennom aksjer.

(48) Den delen av kontrakten som gjelder kjøp av tomt, omfattes av ordlyden «*erverv*» av «*fast eiendom*» i § 2-4 bokstav a og er følgelig unntatt anskaffelsesregelverket.

(49) Ordlyden «*erverv*» av «*eksisterende bygninger*» og «*rettigheter til slik eiendom*» tilsier at bygningene det er tale om å kjøpe eller oppnå rettigheter til, må være oppført når kontrakten inngås. Det fremgår av sakens dokumenter at både Bjorbekk-prosjektet og Nyli-prosjektet innebærer oppføring av nybygg. I Nyli-prosjektet skal det oppføres bygg både for omsorgsboligene og næringsarealene. I Bjorbekk-prosjektet skal deler av næringsarealet plasseres i en eksisterende prestebolig. Kjøpet av omsorgsboligene, og næringsarealene gjennom aksjekjøp, i de byggene som enda ikke er oppført, faller utenfor unntaksbestemmelsens ordlyd.

(50) Det følger imidlertid av praksis fra EU-domstolen at kontrakter om leie av bygninger som ikke er oppført på kontraktstidspunktet, etter omstendighetene kan omfattes av unntaket, se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak 537/19 (Kommisjonen mot Østerrike), avsnitt 48. Forutsetningen er at kontrakten ikke er å anse som en bygge- og anleggskontrakt i henhold til anskaffelsesregelverkets definisjon, se avsnitt 49 med videre henvisninger. Spørsmålet er om unntaket for kontrakter om «*erverv*» skal forstås på tilsvarende måte, slik at unntaket etter omstendighetene kan komme til anvendelse der bygningene ikke er oppført på kontraktstidspunktet.

(51) Klager anfører at tilsvarende regel ikke gjelder for kontrakter om «*erverv*» av bygninger som enda ikke er oppført, og at allerede forskriftens ordlyd må tilsi at den aktuelle kontrakten er en bygge- og anleggskontrakt. Til støtte for sitt syn har klager vist til at EU-domstolen i sak C-26/03 uttalte at alle bestemmelser som gjør unntak fra anskaffelsesregelverket, skal tolkes strengt.

(52) I forskriften § 2-4 bokstav a er vilkårene «*erverv*» og «*leie*» angitt som alternative måter oppdragsgiver kan skaffe seg rettigheter til eiendom, som i sin tur er presisert gjennom fire alternative vilkår. Det er ingen forskjell i angivelsen av alternativene «*erverv*» og «*leie*», noe som tilsier at unntaket skal forstås likt uavhengig av hvilken rettighet oppdragsgiver oppnår. Hensynet bak bestemmelsen er at kjøp og leie av fast eiendom i

stor grad er avhengig av geografisk plassering, slik at disse anskaffelsene i liten grad berører grenseoverskridende handel. Om anskaffelsen berører grenseoverskridende handel eller er knyttet til et lokalt marked, beror på hva som skal anskaffes. Det synes dermed å være de fire alternative vilkårene knyttet til eiendom, og hvorvidt ett av disse er oppfylt, som er avgjørende for om hensynet bak bestemmelsen gjør seg gjeldende. Hvilken rettighet oppdragsgiver oppnår gjennom anskaffelsen, synes ikke å ha noen plass i denne vurderingen. Hensynet bak unntaket i § 2-4 bokstav a, tilsier dermed at unntaket skal forstås på samme måte for kjøpekontrakter som for leiekontrakter.

(53) Praksis som omhandler sondringen mellom leiekontrakter og bygge- og anleggskontrakter, viser at EU-domstolen tar utgangspunkt i anskaffelsesregelverkets definisjon av «*bygge- og anleggskontrakt*» for å trekke grensen mellom de to kontraktstypene, se for eksempel sakene C-537/19 (Kommisjonen mot Østerrike), avsnitt 48, og C-536/07 (KölnMesse), avsnitt 53 flg. Både i anskaffelsesdirektivet og den norske forskriften er det gitt tre alternative definisjoner av «*bygge- og anleggskontrakt*». I alle alternativene er utførelsen og/eller planleggingen av bygge- og anleggsarbeid sentrale elementer, men den nærmere rettigheten oppdragsgiver oppnår, nevnes ikke. Det kan tyde på at hvilken rettighet oppdragsgiver får til resultatet av bygge- og anleggsarbeidet, ikke alene skal være avgjørende for om anskaffelsen er unntatt regelverket.

(54) Det er også eksempler på at EU-domstolen anvender denne fremgangsmåten i tilfeller hvor oppdragsgiver ikke skal leie det som er bygget, men oppnår andre rettigheter, se sak C-220/05 hvor enkelte deler av et fritidssenter skulle tilfalle kommunen etter oppføring, og hvor kommunen skulle finansiere og overta det som ikke ble solgt, og sak C-28/23 hvor leverandøren hadde en ensidig opsjon på salg av et fotballstadion til staten. Også disse avgjørelsene trekker i retning av at det i seg selv ikke kan være avgjørende for om unntaket i forskriften § 2-4 bokstav a kommer til anvendelse, at kommunen skal kjøpe omsorgsboligene.

(55) Videre har EU-domstolen flere ganger uttalt at uttrykket «*offentlig bygge- og anlægskontrakt*» er et selvstendig EU-rettslig uttrykk som er uavhengig medlemsstatenes interne lovgivning, se for eksempel sak C-28/23, avsnitt 37. Domstolen har også uttalt at den anskaffelsesrettslige definisjonen gitt av EU-lovgiver, bygger på ulike elementer med nær tilknytning til anskaffelsesregelverkets formål, og som derfor skal ha en «*afgørende rolle*» ved vurderingen av om det er tale om en bygge- og anleggskontrakt i direktivets forstand, se sak C-399/98, avsnitt 54. EU-domstolens uttalelser tilsier at den internrettslige klassifiseringen av en kontrakt, som kan variere mellom de ulike medlemsstatene og i deres nasjonale lovgivning, ikke skal være avgjørende. Hensynet til å oppnå en ensartet regulering av like kontrakter på tvers av landegrensene, tilsier dermed også at det er definisjonen av «*bygge- og anleggskontrakt*» som må være avgjørende for om unntaket i forskriften § 2-4 bokstav a kommer til anvendelse.

(56) Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at det ved vurderingen av om anskaffelsen er unntatt regelverket etter forskriften § 2-4 bokstav a, må tas utgangspunkt i legaldefinisjonen av «*bygge- og anleggskontrakt*» i § 4-1 bokstav d.

(57) Hva som utgjør en bygge- og anleggskontrakt, er definert i forskriften § 4-1 bokstav d første til tredje alternativ. Bestemmelsen er forstått slik at de to første alternativene kommer til anvendelse for arbeid som utføres på oppdragsgivers tomt, og at tredje alternativ gjelder der arbeidet utføres på leverandørens tomt, se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3. utg., 2014, s. 403 og 405. I vurderingen av om

anskaffelsene av omsorgsboligene på Bjorbekk og Nyli er unntatt anskaffelsesregelverket, er det altså tredje alternativ som skal anvendes.

(58) I forskriften § 4-1 bokstav d tredje alternativ er det oppstilt to kumulative vilkår for at en kontrakt skal regnes som en bygge- og anleggskontrakt. For det første må kontraktens hovedformål være «*utførelsen på en hvilken som helst måte av et bygge- og anleggsarbeid*», og for det andre må oppdragsgiver ha «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*».

(59) Bestemmelsen tilsvarer artikkel 2 nr. 1 sjette ledd bokstav c i direktiv 2014/24/EU. Da bestemmelsen ble inntatt i EU-rettens anskaffelsesregelverk i 1989, var formålet at situasjonen der bygge- og anleggsarbeid ble utført på eiendom som ikke tilhørte oppdragsgiver, men som skulle overføres til oppdragsgiver når arbeidet var fullført, skulle betraktes som bygge- og anleggskontrakter i direktivets forstand, se European Commission, *Public Procurement and European Financing* [1989] O.J. C22/3.

(60) Vilkåret om at kontraktens hovedformål må være utførelsen av «*bygge- og anleggsarbeid*», må forstås på bakgrunn av § 4-1 bokstav e. Her er det angitt at uttrykket «*bygge- og anleggsarbeid*» i forskriften 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*». I både Bjorbekk- og Nyli-prosjektet skal det oppføres flere leilighetsbygg i sin helhet. Det er klart at dette er «*bygge- og anleggsarbeid*» i henhold til § 4-1 bokstav e. EU-domstolen har uttalt at der en leiekontrakt gjelder et bygg viss oppføring ikke er påbegynt ved kontraktsinngåelsen, så vil hovedformålet med kontrakten først og fremst være oppføringen av bygget – og deretter leieforholdet, se sak C-536/07 (KölnMesse), avsnitt 56 og C-537/19 (Kommisjonen mot Østerrike), avsnitt 47. Tilsvarende må kontraktene her, hvor omsorgsboligene i sin helhet skal oppføres etter kontraktsinngåelsen, ha som hovedformål utførelse av bygge- og anleggsarbeid.

(61) Vilkåret om at oppdragsgiver må ha hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*» er i den korresponderende direktivbestemmelsen på engelsk formulert som at «*the contracting authority exercising a decisive influence on the type or design of the work*», og på dansk som at «*den ordregivende myndighed, der har afgørende indflydelse på arbejdets art eller projektering*». En naturlig forståelse av ordlyden «*avgjørende*» er at ikke enhver innflytelse fra oppdragsgiver er nok, men at oppdragsgiver må ha hatt bestemmende innflytelse.

(62) I anskaffelsesdirektivet av 2004 var «*bygge- og anleggskontrakt*» definert som «*udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed*», jf. artikkel 1 nr. 2 bokstav b. Endringen i direktivets ordlyd fra 2004 til 2014 er en kodifisering av praksis fra EU-domstolen, se særlig sak C-451/08 (Helmut Müller). At det ikke lenger kreves at bygge- og anleggsarbeidet svarer til oppdragsgivers «*behov*», men at oppdragsgiver har hatt «*afgørende indflytelse*» illustrerer at det ligger en viss terskel i vilkåret.

(63) EU-domstolen har i en rekke saker uttalt seg om hva som skal til for at oppdragsgiver har utøvet avgjørende innflytelse. I sak C-536/07 (KölnMesse) fant EU-domstolen at en kontrakt om leie av messelokaler måtte anses som en bygge- og anleggskontrakt, blant annet under henvisning til at oppdragsgivers krav «*vedrører en præcis beskrivelse af de bygninger, der skulle opføres, deres kvalitet og deres udstyr, [og] langt overstiger de krav, som en lejer sædvanligvis stiller til en nybygget ejendom af en vis størrelse*.»

(64) Uttalelsen ble gjengitt i sak C-537/19 (Kommisjonen mot Østerrike). Saken gjaldt en kontrakt om leie av kontorlokaler som på kontraktstidspunktet ikke var oppført. Utleier hadde kjøpt tomten i 2002 med planer om utbygging, men på grunn av overskudd av tilgjengelige lokaler på leiemarkedet i Wien, ble det ikke påbegynt noe prosjekt. I 2012 gjennomførte leietaker (Wiener Wohnen) en kartlegging av mulige leieobjekter i forbindelse med en samlokalisering av kontorfunksjoner. Det ble identifisert ti aktuelle prosjekter, deriblant et prosjekt skissert av utleier, som deretter ble kontaktet av Wiener Wohnen. Utleiers prosjekt var et bygg med to fløyer med fem etasjer, og partene inngikk en leiekontrakt om dette. Utleiers skisse over prosjektet inkluderte også muligheten for å bygge ytterligere tre etasjer i den ene fløyen, og å forbinde de to fløyene gjennom en bro. I leiekontrakten ble det inntatt en opsjon for leietaker om bygging av de tre siste etasjene, og at utleier fikk rett til å leie dem ut til tredjepersoner dersom de ikke ble brukt av leietaker.

(65) Spørsmålet for EU-domstolen var om kontrakten i realiteten var en bygge- og anleggskontrakt. Om de rettslige utgangspunktene uttalte Domstolen i avsnitt 50 at «*[d]ette er tilfældet, når den ordregivende myndighed har truffet foranstaltninger med henblik på at definere karakteren af bygge- og anlægsarbejdet eller i det mindste har haft afgørende indflydelse på arbejdets projektering*». Domstolen trakk deretter, i avsnitt 53, et skille mellom innflytelse over arkitektonisk struktur og innvendige tilpasninger:

«*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*.»

(66) Overfor EU-domstolen anførte Kommisjonen at Wiener Wohnen hadde utøvet avgjørende innflytelse over byggets struktur, fordi den ene fløyen etter oppføring bestod av åtte etasjer, og fordi det var etablert broer mellom fløyene. Fordi både mulighetene for å bygge de siste tre etasjene og å forbinde fløyene med broer allerede var forespeilet i skisseprosjektet og inntatt som opsjoner i leiekontrakten, fant EU-domstolen at disse endringene i byggets struktur ikke svarte til Wiener Wohnens spesifikke behov, og at det måtte være adgang til å benytte seg av allerede fastsatte muligheter i kontrakten. Det ble også påpekt at det på kontraktstidspunktet enda ikke forelå byggetillatelse for prosjektet. Om dette uttalte EU-domstolen at det var praksis i markedet at detaljprosjektering med detaljerte arkitekttegninger ikke ble utarbeidet før leiekontrakt var inngått. Det at det ikke forelå et «*komplet arkitektonisk projekt*» og byggetillatelse ved kontraktsinngåelsen, innebar altså ikke at Wiener Wohnen hadde utøvet avgjørende innflytelse på utformingen av bygge- og anleggsarbeidet.

(67) Når det gjelder de innvendige tilpasninger av bygget, hadde Wiener Wohnen stilt krav til blant annet type avløpsrør, kjølesystem og ekstra kraftig elektrisitetsforsyning, i tillegg til å stille strengere krav til energiforbruk og miljøpåvirkning enn det som fulgte av gjeldende regelverk. EU-domstolen uttalte at leieobjektet likevel var en *standard kontorbygning* med en sedvanlig innvendig utforming. Selv om det var stilt mange og detaljerte krav, så gikk ikke kravene lengre enn det som var normalt. Også det å stille krav som gikk lenger enn de lovfestede, for på den måten å sikre en høy standard for et bygg med lang levetid, ble ansett å ligge innenfor det normale.

(68) Oppsummert gjaldt EU-domstolens sak C-537/19, en kontrakt der leverandøren allerede før det ble etablert kontakt mellom partene, hadde utviklet et eiendomsprosjekt. Prosjektet var ikke ferdig detaljprosjektert, og det forelå ingen byggetillatelse. Dommen synes å illustrere at i slike tilfeller, så lenge det ikke stilles krav til bygningens arkitektoniske struktur, så kan oppdragsgiveren stille nokså detaljerte krav til innvendige tilpasninger for å oppnå en ønsket kvalitet og funksjonalitet. Forutsetningen synes å være at kravene som stilles, ikke må springe ut av behov som er særskilt eller spesifikt tilknyttet oppdragsgiver. Sakene C-536/07 (KölnMesse) og C-213/13 (Impresa Pizzarotti), som riktignok ble avsagt før C-537/19, støtter denne forståelsen. Sakene gjaldt leie av lokaler for henholdsvis messehaller og domstollokaler. I begge sakene kom EU-domstolen til at oppdragsgivers krav til innvendige tilpasninger var for detaljerte og omfattende.

(69) EU-domstolens avgjørelse i sak C-28/23 gjaldt oppføring av nytt fotballstadion i Slovakia. Stadionet skulle oppføres av en privat leverandør etter direkte tildeling av oppdraget, og med statlig tilskudd. Etter ferdigstillelse skulle staten få bruke deler av anlegget vederlagsfritt. Selskapet fikk en ensidig opsjon til å kreve at staten kjøpte stadionet. I henhold til avtalen skulle stadionet bygges i tråd med utdanningsministeriets krav, som var at UEFAs krav til såkalte kategori 4-stadioner skulle oppfylles. EU-domstolen uttalte i avsnitt 54 at «*[f]orpligtelsen til at overholde disse kriterier […] kan gøre det muligt at identificere en afgørende indflytelse på den arkitektoniske struktur fra den slovakiske stats side, i det tilfældet, hvor disse regler indeholder krav vedrørende f.eks. spilleområdets dimensjoner, stadionets kapacitet med hensyn til antallet af tilskuere eller det fastsatte antal parkeringspladser*».

(70) Klagenemnda har i flere saker tatt stilling til om oppdragsgiver har hatt avgjørende innflytelse over bygge- og anleggsarbeider. Klagenemndas avgjørelse i sak 2020/917 gjaldt leie av nye lokaler til Mattilsynet. I kravspesifikasjonen var det angitt at det var behov for arealer for kontorarbeidsplasser og møteromsfunksjoner. Ut fra virksomhetens art var det også behov for arealer knyttet til prøvemottak på 24 kvadratmeter, utført med våtromsstandard. Rommet skulle inneholde grovkjøkken og utstyrsvask, og en grovinngang med slukrist og spyleslange for vask av utstyr brukt i felt. Det var også stilt krav om grovgarderober/smittesluser. Klagenemnda uttalte at rommene var knyttet opp mot innklagedes behov, men at de utgjorde få kvadratmeter av det totale arealet som skulle anskaffes. Tilpasningene utmerket seg derfor ikke på grunn av verken særpreg eller omfang.

(71) Klagenemndas avgjørelse i sak 2024/1784 gjaldt leie av lokaler til brannstasjon. I lokalene det var aktuelt å leie, var det allerede etablert en brannstasjon, og innklagede skulle ta over den gjeldende leieavtalen. I forbindelse med overtakelsen av leieforholdet ble det blant annet silt krav til vognhall for to store og én liten bil, med tilhørende utrykningsgarderobe for ti personer, trykkluft og vannuttak, garderobe med dusj for ti personer, toaletter og vaskekott, samt utendørs parkering for ti personbiler. Klagenemnda kom til at kravene som var stilt, ikke var mer omfattende enn det en leietaker i alminnelighet ville kunne stille til tilsvarende lokaler. Det ble også vektlagt at kravene var generelle og overlot et betydelig handlingsrom til utleier med hensyn til hvordan de skulle oppfylles.

(72) Klagenemnda skal på denne bakgrunn ta stilling til om innklagede har hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*» i henholdsvis Bjorbekk- og Nyli-prosjektet. Nemnda tar stilling til de to anskaffelsene hver for seg.

Bjorbekk-prosjektet

(73) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*» i forbindelse med Bjorbekk-prosjektet.

(74) Klager anfører at innklagede har hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*» ved å kreve at omsorgsboligene skal oppfylle Husbankens krav til investeringstilskudd. Det fremgår imidlertid forutsetningsvis av innklagedes e-post 26. mars 2021 og direkte av vedlegget til konseptPLUSS AS sin e-post av 5. oktober 2021, at oppfyllelse av Husbankens krav for investeringstilskudd fra start av har vært en forutsetning fra konseptPLUSS AS. Slik klagesaken er opplyst finner klagenemnda det bevist at det var konseptPLUSS AS som initierte oppfyllelse av Husbankens krav, og at dette ikke er krav stilt av innklagede.

(75) Innklagede ble først kontaktet av konseptPLUSS AS i 2021. Allerede i mars dette året presenterte konseptPLUSS AS muligheten for å etablere omsorgsboliger på Bjorbekk. Nemnda legger til grunn at den eiendommen som ble presentert da, er den samme som er tilbudt nå. Innklagede har forklart at den aktuelle tomten er eid av selskapet Allstad AS, og at tomteeier har avslått flere forespørsler om å selge tomten til eksterne utbyggere, til fordel for intern utvikling gjennom et datterselskap. Slik klagesaken er opplyst fremstår det som at tomten på Bjorbekk i fire år har vært forbeholdt omsorgsboliger til innklagede i tilfelle innklagede ønsket å realisere et slikt prosjekt. Det var først i februar 2025 at konseptPLUSS AS fikk en formell forespørsel om å levere tilbud på prosjektet. Det fremstår dermed som at innklagedes behov for omsorgsboliger, har vært en nødvendig forutsetning for utviklingen av tomten til akkurat dette formålet.

(76) I slike tilfeller er det naturlig å betrakte det som at innklagede har utøvet en viss innflytelse over planleggingen av arbeidet. Anskaffelsesregelverkets formål om å forhindre korrupsjon og kameraderi ved tildeling av offentlige kontrakter, tilsier at en slik innflytelse skal tillegges vekt ved tolkningen av § 4-1 bokstav d tredje ledd, se NOU 2014: 4, side 67 og EU-domstolens uttalelse i sak C-399/98 (La Scala), avsnitt 52 om at uttrykket «*offentlig bygge- og anlægskontrakt*» skal tolkes på en måte som sikrer regelverkets effektivitet. Endringen i direktivets ordlyd fra 2004 til 2014, viser imidlertid at det har vært et bevisst valg fra EU-lovgiver å kreve at oppdragsgiveren har utøvet en avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging, slik at det i seg selv ikke er tilstrekkelig at det tilbudte arbeidet svarer til oppdragsgivers behov. Det kreves altså at innklagede rent faktisk har utøvet innflytelse over arbeidets art og planlegging, utover at deres behov har vært avgjørende for iverksettelsen av arbeidet.

(77) I EU-domstolens sak C-28/23, omtalt ovenfor, åpnet EU-domstolen for at en avgjørende innflytelse på den arktiktoniske strukturen til et fotballstadion, kunne utøves ved å stille krav til banestørrelse, antall sitteplasser og antall parkeringsplasser. I den foreliggende saken fikk innklagede etter det opplyste tilsendt de første prosjektskissene 16. oktober 2024. På disse var det tegnet inn 10 parkeringsplasser. Den 11. mars 2025, etter å ha rettet formell forespørsel om tilbud på prosjektet, ble innklagede spurt om behovet for parkeringsplasser på Bjorbekk. Innklagede foreslo samme dag at parkeringsdekningen burde være 50 % for boligene, og at man måtte finne en løsning for ansattparkering utenfor tomten. Det fremgår av prosjektbeskrivelsen vedlagt det endelige tilbudet, at parkering på prosjektet skal avklares endelig i detaljreguleringen. På tegningene vedlagt det endelige tilbudet, er parkeringsløsningen en annen enn den som ble foreslått i prosjektskissen i 2024. Det er tegnet inn et ekstra asfaltert område som på tegningene ser

ut til å være brukt som parkering, og det kan også synes som at det opprinnelige parkeringsområdet er utvidet. Selv om det ikke fremgår tydelig hvor mange parkeringsplasser som nå er planlagt, og det endelige antallet enda ikke er avklart, finner klagenemnda at innklagede har hatt innflytelse på antall parkeringsplasser. Siden det imidlertid er tale om beskjedne endringer som ikke er endelige, og tilpasningene ligger innenfor det som må anses som ordinære tilpasninger for bygg som dette gjelder, er innklagedes innflytelse ikke tilstrekkelig til å regnes som «*avgjørende*» i henhold til § 4-1 bokstav d.

(78) I tillegg til omsorgsboligene, omfatter kontrakten også næringsarealer i form av dagaktivitetssenter og personalbase for ansatte i hjemmetjenesten. Næringsarealene skal dels plasseres i den eksisterende presteboligen, og dels i ett av de totalt syv leilighetsbyggene. Personalbasen skal bestå av tjenesteareal og nødvendige fasiliteter for ansatte. Dagaktivitetssenteret skal blant annet utstyres med treningsrom med garderober, sløyd-/hobbyrom og kjøkken. I e-post av 27. februar 2025 spurte konseptPLUSS AS innklagede om hva som var ønsket etablert i arealene, herunder tilbakemeldinger om hvilke tjenester og aktiviteter innklagede kunne tenke seg etablert. Den 5. mars 2025 svarte innklagede at de ønsket både fullverdig base og et fullverdig dagaktivitetssenter. Klagenemnda bemerker at det ikke er uvanlig at leilighetsbygg bygges i kombinasjon med næringsarealer. Det synes også å være en økende tendens til at nye leilighetsbygg utstyres med treningsrom eller andre felles fasiliteter som kan brukes av alle som bor i bygget. Både det at deler av dagaktivitetssenteret og personalbasen skal plasseres i et eksisterende bygg, slik at det delvis dreier seg om en ombygging, og at næringsarealene kun utgjør en liten del av det totale arealet i prosjektet, gjør at innklagedes innflytelse er liten. Det at innklagede har kunnet spille inn hvilke aktiviteter og tjenester som skal tilbys, er dermed verken i særpreg eller omfang tilstrekkelig til at de innvendige tilpasningene er resultatet av en «*avgjørende innflytelse*».

(79) Som det fremgår ovenfor kan ikke klagenemnda se at innklagede har hatt slik avgjørende innflytelse på arkitektonisk struktur eller innvendige tilpasninger som det etter EU-domstolens praksis kreves. Nemnda finner likevel grunn til også å omtale kontakten mellom innklagede og konseptPLUSS AS i forkant av innklagedes forespørsel om tilbud på prosjektet.

(80) Slik klagesaken er opplyst var det konseptPLUSS AS som tok kontakt med innklagede og som presenterte mulighetene for en avtale. På dette punkt skiller den foreliggende sak seg fra EU-rettspraksis hvor det synes som at det er den offentlige oppdragsgiveren som har tatt initiativ til anskaffelsen, og hvor anskaffelsen dermed finner sted fordi oppdragsgiver allerede har definert et behov og handler ut fra dette behovet, se for eksempel C-451/08, C-213/13 og C-28/23. Det er dokumentert at innklagede og konseptPLUSS AS har hatt dialog med møter minimum én gang i året, de siste fem årene.

(81) Det fremgår av konseptPLUSS AS sin e-post til innklagede 5. oktober 2021 og presentasjonen i møtet 14. august 2023, at konseptPLUSS AS oppfordret innklagede til å definere sitt behov for omsorgsboliger. I presentasjonene til konseptPLUSS AS er det inntatt et eksempel på definisjon av behov: «*X boliger, Base for hjemmetjenesten tilpasset xx ansatte, Dagaktivitetssenter for xx brukere*». I møtet 14. august 2023 ble innklagede også vist fire referanseprosjekter fra andre kommuner med illustrerende bilder og plantegninger av de enkelte leilighetene og fellesarealer. Det fremgår videre at skisseprosjektet til Bjorbekk ble levert 16. oktober 2024.

(82) Slik klagesaken er opplyst legger klagenemnda til grunn at innklagede og konseptPLUSS AS var i dialog i over tre år før konseptPLUSS AS utarbeidet et skisseprosjekt basert på innklagedes behov. Sakens dokumenter gir inntrykk av at konseptPLUSS AS i denne perioden har hatt fokus på å presentere de tre hovedelementene omsorgsbolig, dagaktivitetssenter og personalbase. I eksempelet på behovsdefinisjon nevnes også kun disse elementene, noe som er egnet til å få innklagede til å utelate andre spesifikke detaljer og krav. Selv om det var opp til innklagede selv å definere sitt behov, har konseptPLUSS AS altså lagt nokså klare føringer for hvordan behovet skulle defineres. Disse føringene fremstår egnet til å sikre at innklagede utøver minimal innflytelse over prosjektet. I utkastet til kjøpekontrakt punkt 5.2 er det inntatt en bestemmelse om at innklagede «*verken kan eller skal delta i prosjektplanlegging eller prosjektering*», noe som trekker ytterligere i retning av at hensikten har vært å begrense innklagedes innflytelse på arbeidet.

(83) Klagenemnda utelukker ikke at en slik langvarig dialog som har funnet sted mellom innklagede og konseptPLUSS AS, kan gi innklagede ikke-ubetydelig innflytelse på arbeidets art eller planlegging. Det fremstår nærliggende at det i en dialog som nettopp omhandler innklagedes ønsker og behov, kan ha fremkommet ønsker, krav og spesifikasjoner som direkte eller indirekte kan ha påvirket den løsningen som er tilbudt. Slik klagesaken er opplyst kan imidlertid ikke nemnda fastslå med tilstrekkelig grad av sikkerhet om, og i så fall i hvilken grad dette har skjedd.

(84) Klagenemnda har etter en konkret vurdering hvor det er vektlagt at innklagede verken har stilt krav til innvendige innretninger som skiller seg ut i særpreg eller omfang, eller i tilstrekkelig grad har stilt krav til den arkitektoniske strukturen, kommet til at innklagede ikke har hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*». Kontrakten skal derfor ikke anses som en «*bygge- og anleggskontrakt*» etter forskriften § 4-1 bokstav d, og den skal dermed likestilles med en kontrakt om erverv av eksisterende bygninger som er unntatt anskaffelsesregelverket etter § 2-4 bokstav a.

Nyli-prosjektet

(85) Klagenemnda tar så stilling til om innklagede har hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*» i forbindelse med Nyli-prosjektet.

(86) Innklagede har forklart at den aktuelle tomten allerede på tilbudstidspunktet var ferdig regulert med de leilighetsbyggene innklagede fikk tilbud om å kjøpe. Utbyggers alternativ er å ferdigstille leilighetene og selge dem på det åpne markedet, slik at innklagede ikke har mulighet til å etablere omsorgsboliger på tomten på annen måte. Det fremgår av e-post sendt av konseptPLUSS AS 14. februar 2025 at innklagede har hatt en viss mulighet til å påvirke antall parkeringsplasser, men denne påvirkningen på den arkitektoniske strukturen er som nevnt ikke tilstrekkelig til å betraktes som noen «*avgjørende innflytelse*». Videre fremgår det av sakens dokumenter at konseptPLUSS AS introduserte innklagede for muligheten for å bygge omsorgsboliger på Nyli, i flere av presentasjonene som ble holdt i møtene mellom dem. Som for Bjorbekk-prosjektet, var oppfyllelse av Husbankens krav i et eventuelt prosjekt på Nyli, altså en forutsetning fra konseptPLUSS AS sin side. På samme måte som for Bjorbekk-prosjektet, har innklagede kunnet komme med innspill til dagaktivitetssenteret som skulle etableres. En viss tilrettelegging for aktiviteter i fellesarealer, spesielt når næringsarealene kun utgjør en mindre del av det samlede prosjektet, er imidlertid ikke tilstrekkelig til å konstatere en «*avgjørende innflytelse*» over innvendige tilpasninger.

(87) Klagenemnda har etter dette, hvor det er lagt vekt på at tomten var ferdig prosjektert og at innklagedes krav til innvendige tilpasninger verken skiller seg ut i omfang eller særpreg, kommet til at innklagede ikke har hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*» i Nyli-prosjektet. Også denne kontrakten skal dermed likestilles med en kontrakt om erverv av eksisterende bygninger som er unntatt anskaffelsesregelverket etter § 2-4 bokstav a.

(88) Konklusjonen er etter dette at innklagede ikke vil foreta ulovlige direkte anskaffelser ved å inngå kontraktene om kjøp av omsorgsboliger på Bjorbekk og Nyli. Som følge av denne konklusjonen tar ikke klagenemnda stilling til klagers anførsler om betydningen av intensjonskunngjøringene.

Konklusjon:

Anskaffelsesregelverket kommer ikke til anvendelse, jf. forskriften § 2-4 bokstav a. Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre kontraktene.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur