



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Klassifisering av kontrakt. Unntak for leie av fast eiendom

Innklagede kunngjorde i DOFFIN og i flere aviser en konkurranse med forhandling for leie av nye lokaler for offentlige tjenester i Haram kommune. Klager anførte at konkurransen skulle vært kunngjort og gjennomført i tråd med forskrift om offentlige anskaffelser del III, ettersom den i realiteten gjaldt en bygge- og anleggskontrakt. Klagenemnda var ikke enig i dette, men fant at inngåelse av kontrakt med fra valgte leverandør ville være inngåelse av en bygge- og anleggskontrakt. På denne bakgrunn ville en kontraktsinngåelse med valgte leverandør utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 19. august 2016 i sak 2016/80

Klager: Invi AS

Innklaget: Haram kommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) På vegne av Haram kommune (heretter innklagede) offentliggjorde Rambøll en konkurranse med forhandling for leie av nye lokaler for offentlige tjenester i Haram kommune. Anskaffelsen ble offentliggjort gjennom kunngjøring i Doffin-databasen og flere aviser, men ikke i TED-databasen. Den økonomiske rammen var angitt til å tilsvare avskrivning og rente for en investering på 100 MNOK.
- (2) Bakgrunnen for anskaffelsen fremgår av konkurransegrunnlaget punkt A0.1: *"Publikumsretta tjenester og fellesfunksjoner er i dag spredd på flere steder i Brattvåg fordi kommunehuset ikke har plass til alle. (...) Kommunen har derfor gjort vedtak der det overordnede mål for kommunen er å få på plass et lokale som har kapasitet til å samle alle sentrale funksjoner i kommunen, og som har tilstrekkelig rom og fleksibilitet for å møte fremtidig utvikling og vekst."*
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt A1 er det angitt at *"[d]et er, med få unntak, ikke angitt et definert arealbehov for prosjektet, men bygget skal inneholde kommunale arbeidsplasser med ulike funksjoner. Det blir en del av konkurransen å sørge for at bygget blir så arealeffektivt som mulig ved å utnytte de mulighetene som ligger i felles benyttelse av arealene mellom etatene, og smarte løsninger."*
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt A4 fremgår det at i tillegg til kommunens publikumsrettede tjenester og fellesfunksjoner, omfatter forespørselen også lokaler til legekontor, kirkelig fellesråd og fylkestannlege. Hvorvidt disse aktørene vil ta del i prosjektet er imidlertid avhengig av interne avklaringer. Konkurransegrunnlaget punkt A4 angir at innklagede skal være leietaker, men at fylkestannlegen vil inngå separat leieavtale.

- (5) Av punkt A0.2 "Nye lokaler/arealer" fremgår det at "[d]enne forespørselen gir mulighet for å kunne tilby lokaler i eksisterende eller ny bygning, eller en kombinasjon av disse (tilbygg/påbygg o.l)".
- (6) I punkt B0 er det angitt at det tilbudte bygget må befinne seg i sentrum i Brattvåg. Konkurransesgrunnlaget inneholder også et kart hvor det er markert hvilket område det her siktes til.
- (7) Generelle krav til lokaler er angitt i konkurransesgrunnlaget punkt C0.1, hvor det fremgår at "[g]enerelt er bygget tenkt å være et kontorbygg med tillegg av noen spesialfunksjoner. Spesialfunksjonene er spesifisert senere i dette kapittel. Bygningsmessige muligheter, begrensninger og krav skal gjøres rede for og spesifiseres nærmere i tilbudet for prosjektet. FLEKSIBILITET: Leietaker ønsker at de nye lokalene skal fremstå som åpne og transparente. Organiseringen av hver enkelt avdeling er ikke beskrevet i detalj. Dette for å gi utleier frihet og mulighet til å foreslå lokaler som har kreative løsninger og funksjoner. Dette skal gi lokalene dynamikk i forhold til fleksibilitet, der rom og områder kan tilpasses endrede behov."
- (8) Det er angitt i konkurransesgrunnlaget punkt C0.4 at kravene etter TEK10 må følges dersom lokalene som tilbys befinner seg i et nybygg. Lokaler i eksisterende bygninger, kan inneholde mindre avvik fra TEK10.
- (9) I konkurransesgrunnlaget punkt C1 – C6 fremgår funksjonskravene til lokalene, herunder kontor, arbeidsplasser, stillerom og behandlingsrom. Det er videre angitt hva rommene skal brukes til, størrelse på rommene, og antall rom av den aktuelle typen. For eksempel er det angitt for kontoret til helsesøster: *Stk: 2, Funksjon: Ca 16 m2. For førskolekontroller/ konsultasjoner. Nært lege i SKH. Må kunne utføre synstest, 3 meter. Kommunikasjon: Litt diskret plassert, dog gjerne i nærheten av helsestasjonen.* Også tilleggsfunksjoner som utstysrom, kopieringsrom og testrom er angitt med antall, størrelse på rommet og hvor i lokalene disse bør legges. Tilsvarende er angitt for fellesområdene.
- (10) I konkurransesgrunnlaget punkt D2.1 fremgår det at "*Leietaker vil etter tilbudsfristen foreta en vurdering av tilbudene og vil blant de kvalifiserte tilbyderne velge ut de mest relevante tilbudene til forhandlinger. Utvelgelsen av forhandlingspartnere og valg av endelig tilbud, vil skje etter en totalvurdering av tilbudene der det legges vekt på pris, kvalitet og funksjonalitet, fleksibilitet og beliggenhet. Det er adgang til å forhandle om alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris, romløsninger/-typer og tekniske spesifikasjoner. (...)*". Av samme punkt fremgår det også at kommunens enheter (samt legekantoret) vil leie for en periode for minimum 20 år, med opsjon for forlengelse på to ganger ti år. Fylkestannlegen ønsker å leie for en periode på minimum 15 år, med opsjon for forlengelse på to ganger fem år.
- (11) Innklagede mottok tre tilbud, herunder fra INVI AS (klager) og fra Samfjordkvartalet (valgte leverandør). En av tilbyderne ble avvist. Klager leverte et tilbud som baserer seg på ombygging av ett bygg og tilbygg på et annet bygg i Brattvåg sentrum. Valgte leverandør leverte et tilbud som baserer seg på at deler av et eksisterende kjøpesenter (Samfjordkvartalet) blir revet. Nybygget vil kobles på Samfjordkvartalet med en overbygd gangpassasje over parkering/forsamlingsplass.

- (12) I tildelingsmeddelelsen fremgår det at "*Pris*" var vektet med 60 %, mens "*Kvalitet*" og "*Fleksibilitet*" ble evaluert samlet med en vekt på 40 %.
- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 27. mai 2016.
- (14) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse avventes inntil klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor prioritert.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. august 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Klager anfører at konkurransen skulle vært kunngjort og gjennomført i tråd med forskrift om offentlige anskaffelser. Det anføres at unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b ikke kommer til anvendelse.
- (17) På bakgrunn av det resultatet klagenemnda har kommet til, gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede bestrider klagers anførsel og anfører at anskaffelsen gjelder en leiekontrakt som er unntatt fra forskriften, jf. forskriften § 1-3 bokstav b. Innklagede har ikke avgjørende innflytelse på selve utformingen av lokalene. Det er ikke utarbeidet spesifikt romprogram og det er heller ikke definert arealbehov for prosjektet. I tillegg er det ingen krav til hvordan fasaden skal utformes og det er opp til tilbyderne å foreslå funksjonelle og arealeffektive løsninger som møter innklagedes behov.
- (19) Leieavtalen er videre fastsatt ut fra stipulerte kostnader og det er leverandørene som bærer risikoen for eventuelle byggekostnader. Det er videre tale om en leieperiode på 20 år med opsjon på forlengelse, hvilket er helt normalt for leieavtaler av slik art som den foreliggende. Innklagede har ingen opsjon på kjøp av lokalene og det er ikke stilt krav om at utleier ikke kan leie ut øvrige deler av bygget til andre leietakere.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Saken gjelder spørsmål om den foreliggende omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser. Anskaffelsens verdi er angitt til 100 MNOK.
- (21) Innledningsvis bemerker klagenemnda at foruten lokaler til de kommunale enhetene, gjelder konkurransen også lokaler tiltenkt et legekantor, Kirkelig fellesråd, og fylkestannlegen. Konkurranses grunnlaget punkt A4 foreskriver imidlertid at innklagede skal være leietaker for lokalene. Det er tilføyd at fylkestannlegen skal inngå separat leieavtale med utleier, jf. også konkurranses grunnlagets punkt C6. For klagenemndas vurdering av om unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b kommer til anvendelse eller ikke, er dette likevel uten betydning. Denne vurderingen må ta utgangspunkt i innklagedes spesifikasjoner i konkurranses grunnlaget, og her inngår funksjonskravene til fylkestannlegens lokaler. Innklagede har i konkurranses grunnlaget spesifisert behovet for en samlokalisering av de offentlige tjenestene i kommunen. Konkurranses grunnlaget åpnet

for at tilbyderne kunne tilby lokaler i eksisterende bygg eller nybygg eller en kombinasjon av disse. Innklagede har endt opp med å tildele kontrakt til en leverandør som tilbyr nybygg.

- (22) Utgangspunktet er at forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 får anvendelse ved *"tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider"*. Forskriften § 1-3 (2) bokstav b oppstiller imidlertid unntak for kontrakter om erverv eller leie av eksisterende bygninger eller annen fast eiendom. Det er en rekke avgjørelser fra både EU-domstolen og klagenemnda om grensen mellom erverv og leie av fast eiendom på den ene side, og kunngjøringspliktige bygge- og anleggskontrakter på den annen, se eksempelvis EU-domstolens avgjørelse i sakene C-451/08, C-536/07 og C-213/13 og klagenemndas avgjørelse i sak 2015/77. Ut fra praksis fra EU-domstolen og nyere praksis fra klagenemnda kan det utledes at det avgjørende i denne forbindelse i første rekke er om avtalen rettslig sett må karakteriseres som en bygge- og anleggskontrakt i henhold til forskriften § 4-1 bokstav c. Denne tilnærmingen er også kodifisert i det nye anskaffelsesdirektivet gjennom at unntaket for eksisterende bygg bare gjelder for tjenstekontrakter.
- (23) Hvorvidt avtalen skal klassifiseres som en bygge- og anleggskontrakt må avgjøres ut ifra kontraktens hovedformål, eller, om man heller vil, det fremtredende trekket ved avtalen, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-536/07 premiss (57).
- (24) EU-domstolen presiserte i denne forbindelse i premiss (55) at *"[d]et afgørende kriterium er i den forbindelse, at dette bygge- og anlægsarbejde bliver udført i overensstemmelse med de af den ordregivende myndighed fastlagte behov, mens de midler, der anvendes med henblik på udførelsen, er uden betydning."*
- (25) På tilsvarende måte som i sak C-536/07 er leieperioden for bygget i vår sak så lang at den vil kunne gi mulighet for å nedbetale den investeringen et nyoppført bygg vil forde.
- (26) Forskriften § 4-1 bokstav c definerer en bygge- og anleggskontrakt som en *"kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i vedlegg 1 (...) eller et bygge- og anleggsarbeid, eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg [bygge- og anleggsarbeid] som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver. Med bygge- og anleggsarbeid menes resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og [eller] teknisk funksjon."*
- (27) I EU-domstolens sak C-451/08 premiss (67) uttales det følgende om hva som ligger i uttrykket *"oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver"* i definisjonen av en bygge- og anleggskontrakt: *"For at det kan antages, at en ordregivende myndighed har præciseret sine behov i denne bestemmelses forstand, skal sidstnævnte have truffet foranstaltninger med henblik på at definere karakteren af bygge- og anlægsarbejdet eller i det mindste haft afgørende indflydelse på arbejdets projektering."*
- (28) I denne forbindelse er det relevant, som innklagede påpeker, at kravene som stilles til lokalene ikke synes å være mer omfattende enn det som normalt oppstilles for tilsvarende leieavtaler, og at konkurransegrunnlaget gir leverandørene stor frihet i hvordan de vil oppfylle forespørselen. Dette skiller konkurransegrunnlaget i foreliggende sak fra faktum i sak C-536/07, omtalt foran.

- (29) Klagenemnda er av den oppfatning at slik konkurransegrunnlaget er utformet, er konkurransen i utgangspunktet omfattet av unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b).
- (30) Spørsmålet er imidlertid om innklagede kan akseptere det tilbud valgte leverandør har gitt, når konkurransen er publisert på den måten den er. Det valgte leverandør tilbyr et nybygg. Selv om underetasjene er koblet på Samfjordkvartalet, og det planlegges en overbygd gangpassasje over parkering/forsamlingsplass, er nybyggets bestanddeler tilstrekkelig til å oppfylle en teknisk funksjon alene, og utgjør altså *"resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle [...] teknisk funksjon."* Dette understrekes ytterligere av at lokalene først skal tiltres 1. april 2018.
- (31) Ut fra tilbudet til valgte leverandør er det klart at tilnærmet hele nybygget er tiltenkt innklagede, fylkestannlegen, legekantoret og kirkelig fellestråd. Dette gjelder også underetasjene, hvor 85 av 100 parkeringsplasser er tiltenkt disse.
- (32) På dette punkt skiller saken seg på avgjørende måte fra eksempelvis sak 2012/58, som innklagede har vist til. I avgjørelsens premiss (32) poengteres det at ettersom valgte leverandør tilbyr eksisterende bygninger som renoveres *"er ikke renoveringsarbeidene nødvendigvis tilstrekkelig til å oppfylle en teknisk og økonomisk funksjon – arbeidene fyller denne funksjonen sammen med den eksisterende bygningsmassen."* Tilsvarende ligger til grunn for avgjørelsen i klagenemndas sak 2015/77: *"Ettersom den vesentligste delen av bygningsmassen var oppført, kan kontrakten ikke klassifiseres som utførelse av et bygge- og anleggsarbeid i henhold til § 4-1 bokstav c."* Det er for øvrig riktig som innklagde påpeker at saken synes å ha en del likhetstrekk med klagenemndas 2009/16. Denne avgjørelsen ble imidlertid avsagt før både sak C-451/08, C-536/07 og C-213/13. Faktum i den saken var også noe annerledes enn i foreliggende sak.
- (33) Klagenemnda minner om at det sentrale ved klassifiseringen av en kontrakt som enten en kontrakt om leie av eksisterende bygninger eller en kontrakt om bygge- og anleggsarbeid, er formålet med den transaksjonen kontrakten muliggjør. EU-domstolens avgjørelse i sak C-536/07 gir atskillig veiledning også i foreliggende sak. Her påpekte EU-domstolen, i avsnitt 56, følgende:
- "56 For så vidt angår transaksjonens formål skal det bemærkes, at hovedkontrakten, indgået den 6. august 2004 mellem byen Köln og GKM-GbR, formelt er angivet som "lejekontrakt" og reelt indeholder elementer, der er hører til i en lejekontrakt. Ikke desto mindre må det konstateres, at på denne dato var udførelsen af de pågældende bygge- og anlægsarbejder enda ikke påbegyndt. Denne kontrakt kunne derfor ikke have udlejning af ejendomme til umiddelbart formål, når opførslen af disse endnu ikke var påbegyndt. Hovedformålet med denne kontrakt kan således kun logisk være udførelse af disse bygge- og anlægsarbejder, som senere skulle stilles til rådighed for byen Köln ved en kontrakt betegnet "lejekontrakt".*
- (34) En eventuell kontraktsinngåelse med valgte leverandør må derfor karakteriseres som en bygge- og anleggskontrakt. At biblioteket og enkelte møterom er plassert i det eksisterende Samfjordkvartalet kan ikke endre dette. Klagenemnda finner derfor at en kontrakt med de karakteristika som kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør, ikke kan inngås etter en konkurranse som ikke er kunngjort i tråd med de krav forskriften oppstiller for bygge- og anleggskontrakter.

(35) Anslått verdi av anskaffelsen var på ca. 100 MNOK. Innklagde hadde på denne bakgrunn ikke adgang til å gjennomføre konkurransen på annen måte enn gjennom kunngjøring i TED-databasen. Ettersom en eventuell kontraktsinngåelse vil representere en ulovlig direkte anskaffelse må konkurransen avlyses.

(36) Ettersom konkurransen må avlyses tar nemnda ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Haram kommune vil bryte regelverket for offentlige anskaffelser dersom det inngås kontrakt med valgte leverandør.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk