



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede inngikk en kontrakt om leie av kontorlokaler. Klager anførte at kontrakten i realiteten var en bygge- og anleggskontrakt, og at innklagede derfor hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre en konkurranse om kontrakten. Klagenemnda fant at kontrakten korrekt var klassifisert som en leieavtale, og at den dermed var unntatt både anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, jf. forskriften § 2-4 bokstav a. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, førte på denne bakgrunn ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 7. juli 2020 i sak 2019/336

Klager: Mellomvika 5 AS

Innklaget: NAV

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) NAV (heretter *innklagede*) annonserte i Rana Blad 5. april 2018 at man ønsket å leie kontorlokaler i Mo i Rana. Det fremgikk av annonsen at innklagede «*urderer å leie anslagsvis 4000 – 5000 kvm BTA kontorlokaler i Mo i Rana*», og at planlagt innflytting var første kvartal 2020. Videre stod det følgende i annonsen:

«Arealeffektive kontorlokaler med moderne, nøktern standard. Det stilles krav til energieffektivitet og universell utforming. God tilgjengelighet til offentlig kommunikasjon. Det er en fordel med muligheter for parkering.»

- (2) Det stod videre at potensielle tilbydere ble bedt om å melde sin interesse for å få tilsendt et skjema for utfylling av nøkkeltallinformasjon om ledig leieobjekt. Dette skjemaet måtte inngis innen 23. april 2018.
- (3) Fire aktører meldte sin interesse, deriblant Mellomvika 5 AS (heretter *klager*) og Stik Eiendom AS. Disse fikk oversendt det nevnte nøkkeltallskjemaet, samt en tilbudsinvitasjon. Det fremgikk av invitasjonen at konkurransens formål var å samle to NAV-enheter i samme bygg, som på daværende tidspunkt var lokalisert på to ulike steder i Mo i Rana. Det fremgikk videre at kontorlokalene måtte være på omkring 3933 kvadratmeter og ha plass til ca. 250 personer.
- (4) Av konkurransegrunnlaget dokument B («*Standard leiekontrakt*») punkt 6, gikk det frem at kontrakten ville løpe i fem år fra overtakelsestidspunktet. Det stod videre at innklagede forbeholdt seg en rett til å forlenge leieforholdet helt eller delvis «*i 3 x inntil 5 år på gjeldende vilkår*».

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (5) I dokumentet «*Betingelser for konkurransen*» fremgikk det at fristen for å inngi tilbud var 12. desember 2018. Tildelingskriteriene var «*Egnethet*» og «*Totalpris*». Det var presisert at «*[a]realeffektivitet belønnes som del av «Totalpris» dersom det resulterer i lavere samlede leieutgifter for oppdragsgiver*».
- (6) Videre stod det at dersom det var planlagt å overlate deler av kontrakten til underleverandører, skulle det gis en kort beskrivelse av disse, og hvilke ytelser disse skulle utføre. Det var ikke tillatt med mer enn to ledd av underentreprenører under seg.
- (7) Det var fremhevet at oppdragsgiver ville forhandle med flere leverandører, og at det var adgang til å forhandle om alle sider av tilbudene, «*så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner*».
- (8) I kravspesifikasjonen var det innledningsvis presisert følgende:
- «Denne tekniske kravspesifikasjon er basert på kvaliteter man stort sett vil stille ved et nybygg eller et bygg som moderniseres/rehabiliteres til dagens standard og med arealer tilpasset oppdragsgivers behov. Dersom Tilbyder ønsker å tilby lokaler i et eksisterende bygg hvor kravspesifikasjonen ikke kan oppfylles fullt ut, må Tilbyder beskrive (angi/endre) i dette dokumentet, med spor-endring, avvikene og hva som leveres i stedet.»*
- (9) Under «*Generelle funksjons- og ytelseskrav*» stod det at det «*[g]enerelt legges til grunn krav til fleksible arealer, fortrinnsvis med mulighet til å etablere en større grad av åpenhet, sonelandskap og prosjektarealer med tilhørende stillerom / pausesoner, men også kontorceller ved behov*». Videre fremgikk det at dersom det tilbys lokaler med andre løsninger enn det som fremkommer av romprogrammet, «*må dette opplyses om og vil inngå i grunnlaget for Oppdragsgivers samlede tekniske/økonomiske vurderinger av lokalene*». Det var presisert at det ønskelig at lokalene hadde «*normalt god standard på både eksteriør og interiør, samt tidsmessige tekniske innretninger*».
- (10) Under punktet «*Innsynsrett*» stod det følgende: «*Oppdragsgiver har rett til å delta på prosjektmøter og befaringer som omfatter prosjektering, byggearbeider og fremdrift for sine leide lokaler. Oppdragsgiver skal delta i utformingen av lokalenes interiørløsning og interiørmessige detaljer innenfor gitte kostnads- og tidsrammer herunder også materialvalg. Dette står mer beskrevet i [samarbeidsavtalen]*».
- (11) I kravspesifikasjonen var det videre oppstilt en rekke spesifikke krav til bygningen, herunder til lyd, fleksibilitet, bæresystem, innervegger, systemvegger, innerdører, gulvbelegg og himlinger.
- (12) Alle utomhusflater på tomten skulle opparbeides med harde flater og grøntområder. Ved hovedinngangen var det forutsatt «*parkmessig opparbeiding*». Videre stod det blant annet at trimrom og garderobe etableres i tilknytning til personalinngang.
- (13) I samarbeidsavtalen stod det følgende om samhandling mellom oppdragsgiver og utleier:
- «Frem til Overtakelse skal Utleier tilrettelegge for informasjonsflyt og brukermedvirkning ved å holde Leietaker løpende informert om prosjektering og den videre byggeprosess. Leietaker skal motta innkalling til relevante forum tilknyttet istandsettingen av Leieobjektet, og ha rett til å være til stede i disse møtene. Eventuelt kan Utleier etablere eget forum for informasjon og diskusjon knyttet til de pågående*

arbeidene, slik at NAV som Leietaker får anledning til reell medvirkning på forhold som f.eks. fargevalg, belyningsplan, plassering av uttaksgrupper osv..

[...]

Leietaker skal kostnadsfritt kunne benytte byggets arkitekt/interiørarkitekt innenfor frem til ... til bruk for å innplassere sin organisasjon på tegningene og for øvrig foreta arealtilpassinger. [...].»

- (14) Tre tilbydere inngav tilbud innen fristen, deriblant klager og Stik Eiendom AS. Klager, som på tilbudstidspunktet var utleier for den største av de to NAV-enhetene som nå skulle samlokaliseres, tilbød å tilpasse dette bygget til innklagedes behov.
- (15) Det ble gjennomført forhandlinger med de tre gjenværende aktørene. For klagers vedkommende fant forhandlingene sted 10. januar 2019 og 21. januar 2019.
- (16) Klager fikk beskjed 28. januar 2019 om at man – i fortsettelsen – ville gå videre med de to andre tilbyderne.
- (17) Av de to gjenværende leverandørene, var det bare Stik Eiendom AS som leverte revidert tilbud. Tilbudet omfattet utleie av totalt 4291 kvm i Terminalveien 2, hvor 2884 kvm var lokalisert i en eksisterende bygning og 1407 kvm i et tiltenkt tilbygg. Det fremgikk videre av tilbudet at valgte leverandør ville legge til følgende vilkår i leiekontrakten punkt 21 («Spesielle bestemmelser»):

«[...] Dersom leietaker flytter ut før det er gått 10 år, så skal utleier kompenseres med en erstatning på kr 400.000 pr år som gjensvar før 10 års leietid er oppnådd. Ved delvis utflytting reguleres kompensasjonen forholdsmessig.»
- (18) Innklagede orienterte aktørene 15. mars 2019 om at man hadde til hensikt å inngå kontrakt med Stik Eiendom AS (heretter *valgte leverandør*). I protokollen fremgikk det at valgte leverandørs tilbud var i tråd med kravspesifikasjonen, «[m]eget arealeffektivt» og at utleier hadde «god forståelse for arealkonsept og etablering av ulike soner». I tillegg stod det at tilbudet «[i] praksis [var] eneste alternativ» og at det innfridde kriteriene «totalt sett langt bedre enn de to andre». I meddelelsen var det opplyst at deler av lokalene til valgte leverandør «blir et nybygg tilknyttet eksisterende bygningskropp».
- (19) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 28. mars 2019.
- (20) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. mai 2019.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. juli 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (22) Valgte leverandør har tilbudt et nybygg. Kontrakten som innklagede har inngått, må reelt sett anses som en bygge- og anleggskontrakt som skulle ha fulgt anskaffelsesregelverket. Anskaffelsen skulle derfor ha vært kunngjort i TED og Doffin. Dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

- (23) Klagenemnda må vektlegge at det er tale om en oppdragsgiver av betydelig størrelse, som må forventes å ha solid innsikt i anskaffelsesregelverket. Det ble for øvrig rettet spørsmål til innklagede om det forelå en ulovlig direkte anskaffelse før kontrakt ble inngått.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (24) Det bestrides at leiekontrakten i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt, jf. forskriften § 4-1 bokstav d, smh. bokstav e. Leiekontrakten er ikke et resultat av en bygge- og anleggsaktivitet som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en teknisk eller økonomisk funksjon. Innklagede har heller ikke hatt avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging. Det er følgelig ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (25) Dersom klagenemnda skulle komme til at det er gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, er skyldkravet for å illegge overtredelsesgebyr uansett ikke oppfylt, jf. loven § 12.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klagen er rettidig.
- (27) En ulovlig direkte anskaffelse 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).
- (28) 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.
- (29) Konkurransen gjelder leie av kontorlokaler. Innklagede har opplyst at kontrakten har en verdi på 180 millioner kroner, som er over de kunngjøringspliktige terskelverdiene i forskriften §§ 5-1 og 5-3. 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.
- (30) Det følger av denne bestemmelsen at loven og forskriften ikke gjelder for kontrakter om «*ervert eller leie av [...] eksisterende bygninger eller annen fast eiendom*».
- (31) Det avgjørende for om innklagede i vår sak hadde plikt til å kunngjøre anskaffelsen, og dermed for spørsmålet om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, er altså om kontrakten gjelder leie av eksisterende kontorlokaler – eller om det i realiteten er tale om en bygge- og anleggskontrakt.
- (32) Forskriften § 4-1 bokstav d 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*».
- (33) Det må altså for det første være tale om et «*bygge- og anleggsarbeid*». For det andre må oppdragsgiver ha hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*». Vilkårene er kumulative.

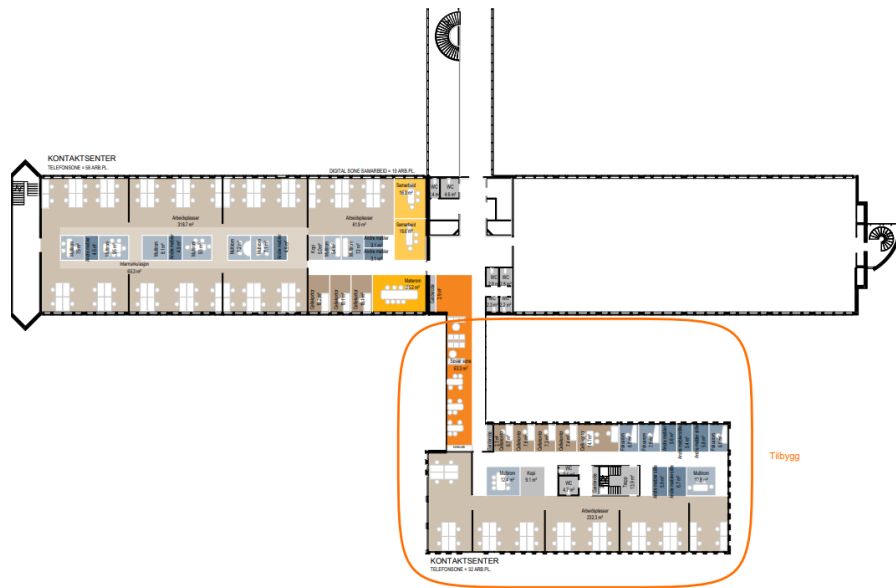
- (34) Klagenemnda tar derfor først stilling til om avtalen om leie av kontorlokaler som er inngått mellom innklagede og valgte leverandør, i realiteten gjelder utførelsen av et bygge- og anleggsarbeid.
- (35) Det følger av forskriften § 4-1 bokstav e at et bygge- og anleggsarbeid skal forstås som *«resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon»*.
- (36) Der kontrakten inneholder elementer av både leie, som er unntatt regelverket, og utførelse av bygge- og anleggsaktiviteter, som er omfattet av regelverket, er det kontraktens hovedelement som er avgjørende, jf. forskriften § 6-2 andre ledd, jf. også EU-domstolens avgjørelser i sakene C-536/07 *Kommisjonen mot Tyskland*, premiss 104 og C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, premiss 41. Ved en kombinasjon av renoverings- eller ombyggingsarbeider i eksisterende bygg, og oppføring av nybygg, må summen av de ulike byggeaktivitetene sees i sammenheng.
- (37) Det har i praksis etter forskriften (2006) § 1-3 (2) bokstav b vært akseptert til dels betydelige ombyggings- og påbyggingsarbeider, uten at en kontrakt av den grunn har blitt ansett å miste sin karakter av å være en leieavtale, se for eksempel sak 2015/77, premiss 30. Med henvisning til at *«den vesentligste delen av bygningsmassen»* – dvs. 84 prosent – *«[allerede] var oppført»*, fant klagenemnda i den saken at kontrakten ikke kunne klassifiseres som en bygge- og anleggskontrakt, jf. avgjørelsen i premiss 23.
- (38) Kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør går for det første ut på at det vil bli utført diverse innvendige arbeider i den eksisterende bygningsmassen i Terminalveien 2. Det eksisterende bygget består av to parallelle kontorfløyer knyttet sammen med en tverrgående midtkjerne for infrastruktur.
- (39) Det er ikke helt klart hvor store tilpasninger som må gjøres i den eksisterende bygningsmassen for å imøtekomme innklagedes krav til de etterspurte kontorlokalene. Klagenemnda legger til grunn at dette er en ordinær oppgradering til en ny leietaker, og at disse renoveringsarbeidene ikke oppfyller en teknisk og økonomisk funksjon alene, og dermed ikke utgjør bygge- og anleggsarbeider.
- (40) Kontrakten går for det andre ut på at det vil bli oppført et tilbygg i direkte tilknytning til den eksisterende bygningsmassen. Tilbygget består av en mindre parallell kontorfløy over tre etasjer, som er knyttet til det eksisterende bygget med en forlengelse av den tverrgående midtkjernen:



Første etasje.



Andre etasje



Tredje etasje.

- (41) Den nye fløyen er koblet på eksisterende bygg i alle tre etasjene. Klagenemnda legger imidlertid til grunn at den nye fløyen oppfyller en teknisk og økonomisk funksjon og isolert sett er et bygge- og anleggsarbeid. Kontrakten gjelder altså både «leie» av «eksisterende bygninger», jf. forskriften § 2-4 bokstav a, og «bygge- og anleggsaktiviteter», jf. forskriften § 4-1 bokstav e. Nemnda ser det slik at de forskjellige elementene i kontrakten utgjør en udelelig helhet.
- (42) Innklagede har opplyst at den eksisterende bygningsmassen utgjør 2884 kvm, mens det nye tilbygget vil utgjøre 1407 kvm. Av de tilbudte kontorlokalene på totalt 4291 kvm, var altså 2/3 (66,67 prosent) allerede oppført på kontraktstidspunktet.
- (43) Klagenemnda har vært i tvil om størrelsen på tilbygget sett i forhold til størrelsen på eksisterende bygg innebærer at den eksisterende bygningsmassen utgjør den vesentligste delen av bygget, jf. til sammenligning klagenemndas sak 2015/77.
- (44) Klagenemnda har likevel kommet til at kontrakten inngått mellom innklagede og valgte leverandør, ikke gjelder utførelsen av et «bygge- og anleggsarbeid».
- (45) Under alle omstendigheter kan ikke klagenemnda se at vilkåret om at oppdragsgiver har hatt «avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging» er oppfylt. For at dette vilkåret skal være oppfylt, har nemnda i tidligere praksis stilt krav om at kravene leietaker stiller til lokalene må være mer omfattende enn det som normalt oppstilles for tilsvarende leieavtaler.
- (46) Slik klagenemnda leser kravspesifikasjonen, er det stilt krav til et ordinært kontorbygg av normal moderne standard. Det er ikke tale om et bygg tilpasset innklagedes særegne behov, i motsetning til tilfellet i EU-domstolens avgjørelse i sak C-213/13 *Impresa Pizzarotti* premiss 46. Etter nemndas vurdering har innklagede dermed ikke hatt avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging.
- (47) Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at kontrakten må klassifiseres som en kontrakt om «leie av [...] eksisterende bygninger eller annen fast eiendom», jf. forskriften

§ 2-4. Anskaffelsesloven og forskriften kommer dermed ikke til anvendelse. Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

NAV har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk