



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Leieunntaket. Ulovlig direkte anskaffelse.

*Kragerø kommune gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av en kontrakt om leie av nye kontorlokaler. Klager anførte at innklagede hadde gjort vesentlige endringer i kontrakten ved å forlenge leieperioden fra totalt 20 til 30 år med, og at innklagede dermed hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant at kontrakten var en kontrakt om leie av fast eiendom, som er unntatt anskaffelsesregelverket, jf. forskriften § 2-4 bokstav a). På bakgrunn av resultatet fant ikke nemnda grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.*

### Klagenemndas avgjørelse 15. september 2020 i sak 2019/590

**Klager:** Foreningen Kragerø Bys Venner

**Innklaget:** Kragerø kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Alf Amund Gulsvik, Kjersti Holum Karlstrøm og Elisabeth Wiik

#### Bakgrunn:

- (1) Kragerø kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 27. mars 2018 en konkurranse med forhandling for inngåelse av en kontrakt om leie av nye kontorlokaler. Leieperioden var ti år, med opsjon på forlengelse i ytterligere ti år (5+5). Frist for å sende forespørsel om å delta i konkurransen, var 3. mai 2018. Frist for å levere tilbud, var 6. juni 2018.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.1) («*Tittel*») var det opplyst at kontrakten gjaldt leie av kontorlokaler, mens det i punkt II.1.3) («*Type kontrakt*») stod at kontrakten gjaldt «*Bygge- og anleggsarbeid*». Anskaffelsen var kunngjort med CPV-koden «45000000 - *Bygge- og anleggsvirksomhet*».
- (3) I kunngjøringen punkt II.1.4) («*Kort beskrivelse*») var følgende opplyst:

*«Kragerø kommune, heretter kalt oppdragsgiver, innbyr med dette til konkurranse med forhandling om tildeling av leiekontrakt for leie av nye kontorer i Kragerø sentrum. Kragerø kommune ønsker ikke selv å bygge og eie slike lokaler, men vil inngå leiekontrakt med tilbyder. Kontoret er en samlokalisering av Kragerø kommunes kommunalområder samfunn og oppveksts virksomheter. Konkurransen gjelder utleie av lokaler til Kragerø kommune, for de virksomheter som til enhver tid er aktuelle. Det er Kragerø kommune som inngår leieavtalen, men NAV består av en statlig del og en kommunal del, og alt skal inngå i konkurransen. Oppdragsgiver tar forbehold om at behov for funksjoner kan bli endret.»*

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

- (4) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte fire vedlegg; prisskjema, romprogram, kravspesifikasjon og standard leiekontrakt for næringslokaler (nye/rehabiliterede lokaler).
- (5) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.2.1 («Målet med anskaffelsen») at:

*«Kragere kommune har besluttet at det skal innhentes tilbud på leie av nye lokaler som erstatning for lokalene som kommunalområdene Samfunn og Oppvekst i dag benytter på Tangen, og i Kirkegata.*

*Oppdragsgiver skal inngå en leiekontrakt på 10 år med opsjon på ytterligere 5 + 5 år. Kontrakten skal gjelde leie av kontorlokaler for Kommunalområdene Samfunn og Oppvekst. Samlet omfang vil heretter benevnes som Leieobjektet.*

*Anskaffelsen omfatter følgende:*

- *Tomt regulert til formålet.*
- *Design.*
- *Prosjektering.*
- *Utbygging.*
- *Forvaltning, drift og vedlikehold av Leieobjektet i leieperioden.»*

- (6) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2.2 («Nærmere om leieobjektet») var det opplyst at:

*«Det nye kontoret skal gi plass for 97 årsverk for kommunalt ansatte. Det åpnes for å levere tilbud på lokaler på inntil to lokasjoner.*

*[...]*

*Lokalene skal tilfredsstillende de krav og anbefalinger som fremkommer i: "Bygg for alle" - temaveiledning om universell utforming av byggverk og uteområder - utgitt av Statens bygningstekniske etat og Husbanken, april 2004. Det stilles en rekke spesifiserte krav til utforming og funksjonalitet.*

*Publikumsfunksjonene skal ligge på ett plan med inngang fra gateplan. Kontorlokalene kan fordeles på inntil tre etasjeplan.*

*Valgte tilbyder vil i leieperioden være ansvarlig for FDV (forvaltning, drift og vedlikehold) av leieobjektet i henhold til kontraktsbestemmelsene. Oppdragsgiver skal selv forestå øvrige ytelser slik som vaktmestertjenester, renhold etc.*

*For utdypning av oppdragsgivers behov og krav, se konkurransegrunnlagets vedlegg 3 – Kravspesifikasjon og vedlegg 4 – Standard leieavtale med vedlegg.»*

- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 4.4 («Vedståelsesfrist») fremgikk det at «Leverandøren er bundet av tilbudet frem til 30. september 2018.»
- (8) Det var videre opplyst i konkurransegrunnlaget punkt 1.4.2 («Ferdigstillelse») at «Lokalene skal være innflytningsklare for leietaker 01.08.2020.»

- (9) I konkurransegrunnlaget vedlegg 3 «*Kravspesifikasjon for Kontorlokaler*», var det stilt en rekke spesifikke krav til bygningen, herunder til innvendig og utvendig areal, lyd, vinduer, innervegger, gulv, himling, innemiljø, elektrisk anlegg, universell utforming, miljø og sikkerhet.
- (10) I konkurransegrunnlaget vedlegg 2 «*Romprogram*», hadde innklagede spesifisert nærmere behovet for forskjellige rom, herunder eksempelvis størrelsen på og antall kontor/arbeidsplasser, møterom, venterom, toalett, scannerrom og lager.
- (11) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra to leverandører, ACO AS og B13 Kragerø AS. Totalprisen i ACO AS' opprinnelige tilbud var 127 500 000 kroner. Totalprisen i B13 Kragerø AS' opprinnelige tilbud er ikke opplyst.
- (12) Det ble gjennomført innledende forhandlingsmøter med leverandørene 13. og 19. juni 2018. Etter forhandlingsmøtene besluttet innklagede å forlenge leieperioden fra totalt 20 år inkludert opsjoner (10+5+5), til totalt 30 år inkludert opsjoner (20+5+5).
- (13) Nye forhandlingsmøter med de to leverandørene ble avholdt 29. juni 2018. Begge leverandørene leverte reviderte tilbud. Totalprisen i ACO AS sitt reviderte tilbud var 209 372 160 kroner, mens totalprisen i B13 Kragerø AS sitt reviderte tilbud var 194 271 729 kroner.
- (14) I tildelingsbrev av 20. august 2018 ble det opplyst at kontrakten ville bli tildelt B13 Kragerø AS (heretter *valgte leverandør*).
- (15) I konkurransegrunnlagets fremdriftsplan stod det at kontrakt skulle inngås i juli 2018, og at oppstart av utleieperioden skulle være august 2020. Overtakelsesdatoen ble senere endret til 1. desember 2020, fire måneder etter det som opprinnelig var planlagt. Årsaken til endringen var etter det opplyste at arbeidet med å oppføre bygget ble forsinket.
- (16) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 4. januar 2019.
- (17) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. september 2019.
- (18) Nemndsmøte ble avholdt 14. september 2020.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (19) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å forlenge leieperioden med ti år etter kontraktsinngåelse. Dette er en vesentlig endring av kontrakten, jf. forskriften § 28-2, som i realiteten innebærer en ny anskaffelse som skulle ha vært kunngjort. Det ble ikke levert noe revidert tilbud fra ACO AS etter at leieperioden ble utvidet.
- (20) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å forskyve tidspunktet for ferdigstillelse av bygget betydelig. Også dette er en «*vesentlig endring*» av kontrakten. Bygget skulle være ferdig 1. desember 2020, men det er åpenbart at dette tidspunktet vil overstiges da arbeidet ikke er påbegynt per 25. november 2019.
- (21) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å følge gjeldende reguleringsplan for utbyggingsområdet. Innklagede har verken fulgt reguleringsplanens krav om at utbygging

på tomten skal vente til etter at tomtene i Kirkebukta er blitt utbygd, eller at tomten skal benyttes til «bolig, kontor og næring».

- (22) Innklagede har brutt regelverket fordi det kun var én tilbyder igjen i konkurransen. Manglende konkurranse om anskaffelsen medførte en avlysningsplikt.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (23) Klagen må avvises som uhensiktsmessig for behandling i nemnda. Anskaffelsen gjelder en leiekontrakt som er unntatt regelverket, jf. forskriften § 2-4 bokstav a). Grunnen til at innklagede likevel valgte å kunngjøre konkurransen var for å få en bredest mulig konkurranse, og fordi man så at det kunne være en risiko for at anskaffelsen kunne bli vurdert som en bygge- og anleggskontrakt. Konkurransen er kunngjort både nasjonalt i Doffin og i EØS-området via TED-databasen.
- (24) Subsidiært, dersom anskaffelsen er omfattet av regelverket i kraft av å være en bygge- og anleggskontrakt, og ikke en leiekontrakt, er anskaffelsen kunngjort både nasjonalt og i EØS-området og det foreligger dermed ingen ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsen er ellers gjennomført i samsvar med regelverket.
- (25) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at forlengelsen av leieperioden utgjør en vesentlig endring av kontrakten. Forlengelsen ligger innenfor de endringer som er lovlige jf. forskriften jf. § 14-2 (4), og jf. § 23-7 annet og tredje ledd. Det er uansett ikke holdepunkter for at det ville påvirket deltakerinteressen dersom det var kjent at leieperioden var 30 år inkludert opsjoner, i stedet for 20 år inkludert opsjoner.
- (26) Forutsatt at nemnda skulle komme til at forlengelsen var en vesentlig endring av kontrakten, kan dette enkelt avhjelpest ved at innklagede fraskriver seg retten til å utløse opsjonsårene (5+5 år). Kontrakten vil da ha varighet på til sammen 20 år, og dermed samsvare med den varigheten som opprinnelig var opplyst i konkurransegrunnlaget. Dette kan ikke utgjøre en vesentlig endring.
- (27) Det bestrides at det har vært manglende konkurranse om kontrakten og at dette eventuelt skulle medføre en avlysningsplikt.

**Klagenemndas vurdering:**

- (28) 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.
- (29) 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). Dette gjelder også tilfeller hvor konkurransegrunnlaget er vesentlig endret sammenlignet med det som ble kunngjort, jf. forskriften § 14-2 (1). Oppdragsgivers kontraktsinngåelse vil under slike omstendigheter kunne utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, se klagenemndas avgjørelse i sak 2018/521, premiss 35 med videre henvisninger.
- (30) 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-databasen.

- (31) Konkurransen gjelder leie av nye kontorlokaler. Totalprisen i de innkomne reviderte tilbudene var omtrent 194 millioner kroner og 209 millioner kroner, noe som er over de kunngjøringspliktige terskelverdiene i forskriften §§ 5-1 og 5-3. For å oppnå størst mulig konkurranse, og på grunn av usikkerhet knyttet til hvordan anskaffelsen skulle kategoriseres, ble kontrakten også kunngjort som en bygge- og anleggskontrakt.
- (32) Overfor klagenemnda har innklagede imidlertid anført at det i realiteten dreier seg om en leiekontrakt, som ikke følger anskaffelsesregelverket. På dette grunnlaget anfører innklagede at anførselen om vesentlig endring og ulovlig direkte anskaffelse, ikke kan føre frem.
- (33) Det følger av forskriften § 2-4 at anskaffelsesloven og forskriften ikke gjelder for visse tjenestekontrakter. Det fremgår av bokstav a) at dette blant annet gjelder kontrakter om *«leie av [...] eksisterende bygninger eller annen fast eiendom»*.
- (34) En tjenestekontrakt er i forskriften § 4-1 bokstav c) definert som en kontrakt om utførelsen av tjenester, unntatt kontrakter som nevnt i bokstav d) (bygge- og anleggskontrakter). Unntaket i forskriften § 2-4 bokstav a), i praksis omtalt som leieunntaket, er dermed avgrenset til de reelle leiekontraktene, og utelukker kontrakter som nevnt i forskriften § 4-1 bokstav d) (bygge- og anleggskontrakter).
- (35) Spørsmålet i saken er om kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør er en leiekontrakt som nevnt i forskriften § 2-4 bokstav a), eller om kontrakten i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt.
- (36) 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»*.
- (37) 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.
- (38) 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»*.
- (39) 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 for hvilke regler som regulerer kontrakten, jf. forskriften § 6-2 andre ledd. Tilsvarende fremgår også av EU-domstolens avgjørelse i C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, premiss 41, der domstolen uttalte at denne vurderingen skal foretas med utgangspunkt i kontraktens hovedformål.
- (40) I C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, premiss 42, kom EU-domstolen til at hovedformålet med den aktuelle kontrakten, om leie av domstolslokaler, var utførelsen av et bygge- og anleggsarbeid. Dette fordi arbeidet med oppføring av det aktuelle bygget på det foreslåtte kontraktsinngåelsestidspunktet *«endnu ikke [var] påbegyndt»*. I sak E-4/17, som gjaldt både oppføring og drift av et garasjeanlegg i Kristiansand kommune, kom EFTA-domstolen på tilsvarende vis til at hovedformålet med kontrakten var å utføre bygge- og

anleggsaktiviteter, fordi arbeidet med å oppføre garasjeanlegget på det aktuelle kontraktstidspunktet *«had not even started»* (premiss 83). I EU-domstolens sak C-536/07 *Köln Messe* fant domstolen at en leiekontrakt for et område med fire messehaller hadde utførelsen av bygge- og anleggsaktiviteter som hovedformål. Dette fordi oppføringen av hallene *«endnu ikke var påbegyndt»* da kontrakten ble inngått (premiss 56).

- (41) I vår sak gjelder kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør leie av et bygg som først skal oppføres, for deretter å tas i bruk som leieobjekt. Det er tale om oppføring av et frittstående nybygg, som i likhet med sakene fra EU- og EFTA-domstolen nevnt ovenfor, ikke var påbegynt på tidspunktet for kontraktsinngåelse. I et slikt tilfelle må hovedformålet sies å være oppføringen av bygget, og dermed utførelsen av et sett med bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en teknisk funksjon, jf. § 4-1 bokstav e).
- (42) Spørsmålet er videre om innklagede har hatt *«avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging»*, jf. § 4-1 bokstav d).
- (43) En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at oppdragsgiveren må bestemme de vesentligste forhold ved bygget som skal oppføres. For at 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, se for eksempel klagenemndas sak 2019/336 premiss 45. Nemnda har i tidligere saker kommet til at leiekontrakter var unntatt forskriften selv om oppdragsgiver hadde stilt relativt omfattende og detaljerte krav til det aktuelle lokalet, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sakene 2007/112 (premiss 28 og 29), 2009/16 (premiss 90), 2015/77 (premiss 32 og 33) og 2016/80 (premiss 28 og 29).
- (44) Gjennom kravspesifikasjonen og romprogrammet har innklagede også i vår sak stilt ganske omfattende og detaljerte krav til utformingen av bygget. Kravspesifikasjonen stiller som nevnt krav til blant annet innvendig og utvendig areal, lyd, vinduer, innervegger, gulv, himling, innemiljø, elektrisk anlegg, universell utforming, miljø og sikkerhet. Romprogrammet spesifiserer størrelsen på og antallet rom, eksempelvis kontor/arbeidsplasser, møterom, venterom, toalett, scannerrom og lagerrom.
- (45) Slik klagenemnda ser det er dette likevel ikke krav som er mer omfattende enn det som er normalt for tilsvarende avtaler om leie av kontorlokaler. Kravene og spesifikasjonene som fremgår av konkurransegrunnlaget tilsvarer det som er normalt for kontorlokaler av normal moderne standard. Slik nemnda leser konkurransegrunnlaget, gir det leverandørene stor frihet i hvordan de vil oppfylle forespørselen.
- (46) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at det er leverandøren som skal stå for design og prosjektering, i tillegg til selve utbyggingen. Dette innebærer blant annet at det er leverandøren som står for arkitektur og byggetekniske elementer, slik som statikk, elektro, VVS og geoteknikk der rådgivende ingeniører gjerne er involvert. Det er videre ikke holdepunkter for at innklagede har påtatt seg oppgaver og ansvar som vanligvis tilfaller en byggherre. Det er også presisert at det er valgte leverandør som i leieperioden er ansvarlig for forvaltning, drift og vedlikehold av leieobjektet, mens innklagede selv skal forestå øvrige ytelser slik som vaktmestertjenester, renhold osv.
- (47) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede ikke har hatt *«avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging»*, jf. § 4-1 bokstav d) nr. 3.

- (48) Kontrakten er etter dette ikke en bygge- og anleggskontrakt, jf. forskriften § 4-1 bokstav d), men skal etter forskriften §§ 2-4 og 4-1 bokstav c) anses som en leiekontrakt. Anskaffelsesloven og forskriften kommer dermed ikke til anvendelse.
- (49) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan derfor ikke føre frem.
- (50) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, finner ikke nemnda grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

***Konklusjon:***

Kragerø kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

*Dokumentet er godkjent elektronisk*