



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Leieunntaket. Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede inngikk to kontrakter om leie av lokaler i et bygg som leverandøren ville oppføre på innklagedes tomt. Klager anførte at kontraktsinngåelsene innebar ulovlige direkte anskaffelser. Klagenemnda var ikke enig i dette.

Klagenemndas avgjørelse 1. mars 2021 i sak 2020/817

Klager: Stein W. Bie

Innklaget: Stor-Elvdal kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Stor-Elvdal kommune (heretter *innklagede*) og Friskhjem AS inngikk i november 2016 en intensjonsavtale om oppføring av et nytt bygg i Koppang sentrum på innklagedes tomt i Storgata 107. Om bakgrunnen for avtalen stod det blant annet følgende:

«Stor-Elvdal kommune ønsker å få oppført et nytt sentrumsbygg på tomt [i Storgata 107] og gode løsninger for tilstøtende arealer. Stor-Elvdal ser potensiale i et nytt sentrumsbygg med forretningslokaler på 1. etasje og boenheter på 2. og 3. etasje. Målgruppen for selveide boenheter på 2. og 3. etasje er eldre og friske hjemmeboende med ingen eller begrensede behov for helsetjenester.»

- (2) I intensjonsavtalen stod det videre at Friskhjem AS ville «*stå som eier og ansvarlig utbygger av et bygg med forretningslokaler og boenheter*» på tomten, mens innklagede «*kan / skal stå som eier*» av tomten. Videre fremgikk det at tomten «*kan / skal bortfestes på basis av langsiktig festeavtale*» og at festeren «*kan / vil være FriskHjem AS*». Som et hovedpunkt i avtalen, stod det at innklagede «*ser på muligheter for å kombinere flere kommunale brukerrettede funksjoner i bygget, NAV stat og bibliotek i 1. etasjen*». Bygget var planlagt å stå ferdig innen utgangen av 2017 eller første kvartal i 2018.
- (3) På vegne av innklagede kunngjorde Abakus AS 10. november 2017 en konkurranse om en leieavtale for sentrumslokaler til et folkebibliotek. Kunngjøringen var angitt med hoved-CPV-kode 45000000 («*Bygge- og anleggsvirksomhet*»). Som tilleggs-CPV-koder var det oppført 45200000 («*Deler av eller komplette byggekonstruksjoner samt anleggsarbeider*») og 45212330 («*Bygge- og anleggsarbeid i forbindelse med Bibliotek*»). I henhold til konkurransegrunnlaget ville konkurransen bli gjennomført som en åpen tilbudskonkurranse etter anskaffelsesloven og –forskriften del I og del II. Anskaffelsens verdi var ikke nærmere angitt. Tilbudsfristen var satt til 8. desember 2017.

- (4) I henhold til kravspesifikasjonen var det stilt et absolutt krav til beliggenhet: *«Tilbudte lokalers beliggenhet skal ligge sentralt i Koppang sentrum. Med sentralt menes en radius fra dagens kommunehus og maksimalt 200m fra dette.»*
- (5) Kun Friskhjem AS leverte tilbud innen fristen. Tilbudet innebar oppføring av et nytt bygg, og forutsatte bruk av innklagedes tomt i Storgata 107.
- (6) Leieavtalen ble tildelt Friskhjem AS 15. januar 2018.
- (7) Innklagede og Friskhjem AS signerte 9. februar 2018 en intensjonsavtale om inngåelse av *«langtidsleieavtale for lokaler til bibliotek i Koppang sentrum»*.
- (8) Stein W. Bie (heretter *klager*) og Ingeborg Mellgren Mathiesen klaget saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. februar 2018, med påstand om at leieavtalen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemndssekretariatet avviste klagen 8. juni 2018, fordi klagen, etter sekretariatets vurdering, klart ikke kunne føre frem. Begrunnelsen for dette var at innklagede ikke hadde inngått den påklagede leiekontrakten, som er en forutsetning for å konstatere en ulovlig direkte anskaffelse, se sak 2018/105.
- (9) Kontrakten med Friskhjem AS om langtidsleie av lokaler til et folkebibliotek i Storgata 107 ble signert 22. oktober 2018. Lokalene skulle i henhold til avtalen ligge i byggets første etasje og være på 668,4 kvadratmeter. Leieperioden var 15 år fra innflyttingstidspunktet.
- (10) I et vedlegg til kontrakten stod det blant annet følgende: *«Som fremkommer av ovennevnte leieavtale med vedlegg samt Friskhjem sitt tilbud i den opprinnelige tilbudskonkurransen, består leieobjektet av råbygg, det vil si uinnredet lokale, på plan 1. Innredning av leieobjektet med innervegger, overflater på gulv, vegger og himling, tekniske anlegg etc avklares i samarbeid mellom utleier og leietaker.»*
- (11) Innklagede har opplyst at det ble innledet dialog med Friskhjem AS om mulighet for leie av lokaler i byggets andre etasje i Storgata 107 i andre halvdel av april og frem til kontrakt ble inngått 9. juni 2020. Ifølge innklagede var bygget ferdig oppført på dette tidspunktet. Avtalen om leie av lokaler i byggets andre etasje ville bli benyttet for et nytt rovdysenter og et Newton-rom. I kontrakten stod det følgende om leietiden: *«Leietiden er 10 + 5 år fra og med 01.07.2020, 10 år med opsjon på 5 nye år»*.
- (12) Klager brakte saken inn på nytt for klagenemnda 21. oktober 2020. Klagen omfatter de to nevnte kontraktsinngåelsene med Friskhjem AS av henholdsvis 22. oktober 2018 og 9. juni 2020 for leie av lokaler i Storgata 107.
- (13) Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 23. oktober 2020.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 1. mars 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har inngått ulovlige direkte anskaffelser i forbindelse med leie av lokaler tilhørende Friskhjem AS i Storgata 107 på Koppang. Dette gjelder både kontrakten om

leie av lokaler i første etasje i Storgata 107 og kontrakten om leie av lokaler i andre etasje i Storgata 107. Når det gjelder leiekontrakten i byggets første etasje, vises det til at kunngjøringen manglet den svært viktige opplysningen om at det var mulig å oppføre et nytt bygg på innklagedes egen tomt i sentrum. Denne opplysningen kjente kun Friskhjem AS til.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) De to kontraktsinngåelsene utgjør ikke ulovlige direkte anskaffelser. Hva gjelder kontraktsinngåelsen av 21. oktober 2018, var denne gjenstand for en kunngjort konkurranse. Kontrakten som er inngått endrer heller ikke vesentlig på de vilkår som fremgår av det kunngjorte konkurransegrunnlaget. Disse endringene er uansett ikke gjort til klagegjenstand. Forholdet er under enhver omstendighet foreldet, slik at klagenemnda ikke har adgang til å ilegge gebyr.
- (17) Når det gjelder leiekontrakten av 9. juni 2020 kommer unntaket i forskriften § 2-4 bokstav a til anvendelse. Det understrekes at det er Friskhjem AS som har stått for utformingen av leieobjektet i andre etasje, uten innvirkning fra innklagede. Videre har heller ikke kontrakten om leie av lokaler i andre etasje vært en utløsende faktor for at bygget generelt eller andre etasje spesielt, ble oppført. Det er med andre ord ikke tale om et bygge- og anleggsarbeid i forskriftens forstand, men en reell leiekontrakt. Dette underbygges dessuten av at innklagede ikke har opsjon på kjøp av bygget ved utløpet av leieperioden, og at det er Friskhjem AS som bærer risikoen for byggekostnadene.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Saken gjelder utelukkende påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klage kan ifølge klagenemndsloven § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Ettersom de aktuelle kontraktene ble inngått henholdsvis 22. oktober 2018 og 9. juni 2020, og klagen ble brakt inn for klagenemnda 21. oktober 2020, er klagen rettidig.

Hvorvidt det foreligger ulovlige direkte anskaffelser

- (19) Klagenemnda vil i det følgende behandle de to kontraktsinngåelsene hver for seg, og tar først stilling til om innklagede har gjort en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelse av kontrakten av 22. oktober 2018 om leie av lokaler i første etasje i Storgata 107.
- (20) En ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (21) Anskaffelsesregelverkets utgangspunkt er at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres i Doffin, jf. anskaffelsesloven §§ 5-1 andre ledd og 8-17 første ledd. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-datasen.
- (22) Klager har for å underbygge sin anførsel, vist til at kunngjøringen manglet informasjon om at det var mulig å oppføre et nytt bygg på innklagedes egen tomt i sentrum, noe valgte leverandør kjente til og valgte å tilby.

- (23) Innklagede fremholder at kontrakten reelt sett er en leiekontrakt som er unntatt kunngjøringsplikten, jf. anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav a, men at kontrakten uansett er kunngjort, og dermed ikke kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.
- (24) Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt det foreligger en kunngjøringsplikt ved inngåelse av leieavtaler, er det av sentral betydning hvorvidt oppdragsgiver har begrenset anskaffelsen til leie av eksisterende bygg, eller om det også er mulig å tilby oppføringen av bygget som skal omfattes av leieavtalen, se eksempelvis klagenemndas avgjørelser i sakene 2019/336 og 2019/590. Dersom sistnevnte er tilfellet, vil det kunne være snakk om bygge- og anleggsarbeider, som er kunngjøringspliktige.
- (25) Slik denne saken ligger an, har innklagede uansett kunngjort kontrakten som et bygge- og anleggsarbeid, slik at dette ikke kommer på spissen. At valgte leverandør kjente til at kommunen var interessert i å få oppført et nybygg på egen tomt, er ikke relevant for spørsmålet om hvorvidt det foreligger kunngjøringsplikt.
- (26) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved kontraktsinngåelsen av 22. oktober 2018, har ikke ført frem.
- (27) Kontrakten som innklagede inngikk om leie av lokaler i andre etasje i Storgata 107, ble inngått uten kunngjøring.
- (28) Det følger av forskriften § 2-4 bokstav a at leie av «eksisterende bygninger» ikke er kunngjøringspliktige. Det avgjørende for om innklagede 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» lokaler, eller om det i realiteten er tale om en bygge- og anleggskontrakt.
- (29) 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»*.
- (30) 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»*. Vilklårene er kumulative.
- (31) Det er på det rene at Friskhjem AS utførte et «bygge- og anleggsarbeid» for å oppføre utleieobjektet i Storgata 107. Dette arbeidet er imidlertid ikke gjort til en del av kontrakten som innklagede har inngått med Friskhjem AS, slik at kontrakten ikke gjelder et «bygge- og anleggsarbeid».
- (32) 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. Byggets andre etasje var allerede prosjektert uten medvirkning eller påvirkning fra innklagede da det ble innledet forhandlinger med Friskhjem AS få uker før bygget stod ferdig oppført. Slik nemnda ser det, har innklagede derfor bare hatt anledning til å påvirke innredningen av lokalene i denne etasjen, og nemnda kan ikke se

at innklagede har stilt mer omfattende krav til lokalene enn det som normalt oppstilles for tilsvarende leieavtaler.

- (33) Klagenemnda har derfor kommet til at kontraktsinngåelsen om leie av lokaler i byggets andre etasje, ikke kan anses som «*bygge- og anleggskontrakt*», og må klassifiseres som en kontrakt om «*leie av [...] eksisterende bygninger eller annen fast eiendom*», jf. forskriften § 2-4 bokstav a, jf. §§ 4-1 bokstav d og 4-1 bokstav e.
- (34) Kontrakten var dermed ikke kunngjøringspliktig, og det foreligger ingen ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Stor-Elvdal kommune har ikke foretatt ulovlige direkte anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk