



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Mottaker
Askøylisten

5300 KLEPPESTØ
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2021/1149-13

Saksbehandler: Bernt Bjørnsen Magnus

Dato: 10.11.2021

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

Sakens bakgrunn

Askøylisten (heretter *klager*) innga 10. juli 2021 klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser på Askøy kommune (heretter *innklagede*). Klagen gjaldt innklagedes kontrakt med Storebotn 29 AS av 25. juni 2021 vedrørende leie av lokaler til kommunens hjelpemiddellager. Klager mener anskaffelsen var en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndssekretariatet avviste klagen 21. oktober 2021 med den begrunnelse at klagen var uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda siden klagen, etter sekretariatets oppfatning, klart ikke kunne føre frem, jf. § 9 i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (heretter *klagenemndforskriften*). Sekretariatets konkrete begrunnelse var at kontraktens hovedelement var «leie av [...] eksisterende bygninger» og at anskaffelsen derved etter anskaffelsesforskriften var unntatt fra anskaffelsesregelverket.

Klager har i rett tid påklaget avvisningsbeslutningen. Det er klagenemndas leder som er klageinstans i dette tilfellet, jf. den samme forskriftsbestemmelsen.

Klager har i klagen over avvisningsvedtaket anført at det er fullt mulig på objektivt grunnlag å skille ytelsene utleie og byggearbeider fra hverandre. Kostnadsoverslaget for ombyggingen som er fremlagt, viser at det dreier seg om et byggeteknisk arbeid som kan utføres av flere leverandører enn utleier, og arbeidets omfang og innhold er svært godt beskrevet. Utleier har også selv opplyst til lokalavisen at innklagedes krav til ombygging, kan gjennomføres av utleier eller leietaker. Dette viser at ombyggingsarbeidene objektivt sett kunne vært skilt fra utleieytelsen i utleiekontrakten. Hvis man i tillegg til leieprisen for carporten, legger til de årlige avskrivningskostnadene, samt rentekostnadene for utleiers initialinvestering, så vil leieprisen for carporten utgjøre en vesentlig del av leieprisen for leieobjektet.

Nemndsleders syn på saken

Postadresse:

Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00

post@knse.no

www.klagenemndssekretariatet.no

Nemndsleder har gått gjennom sakens dokumenter og vurdert klagers anførsler i klagen og er kommet til samme resultat som klagenemndssekretariatet.

Sekretariatet har i vurderingen av om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, tatt riktig rettslig utgangspunkt ved å vise til at en ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, jf. avsnitt 8 i avvisningsvedtaket.

Det er på det rene at innklagede ikke har kunngjort noen konkurranse vedrørende anskaffelsen. Men innklagede annonserte i 2020 etter lokaler for drift av hjelpemiddellager, og Storebotn 29 AS var en av to utleiere som da kom med tilbud til kommunen.

Det avgjørende spørsmålet i saken blir om innklagede hadde plikt til å kunngjøre anskaffelsen.

Sekretariatet la til grunn at anskaffelsen gjaldt leie av lokaler som skulle tilpasses innklagedes særskilte behov for en vaskehall. Dette behovet skulle tilfredsstilles ved at en eksisterende carport skulle kles inn, og at det skulle støpes gulv og legges inn vann og avløp. Kontrakten gjaldt derved i realiteten både leie av eksisterende bygning og ombygging av denne.

Etter anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav a gjelder ikke anskaffelsesloven og forskriften for kontrakter om *«ervert eller leie av [...] eksisterende bygninger eller annen fast eiendom»*. I tillegg fremgår det av anskaffelsesforskriften § 6-2 andre ledd at der en anskaffelse omfatter ytelser som både er unntatt og omfattet av regelverket, så gjelder reglene for anskaffelsens hovedelement dersom ytelsene ikke kan skilles fra hverandre på en objektiv måte. Det er ingen tvil om at leieforholdet er hovedelementet i kontrakten mellom Storebotn 29 AS og innklagede.

Det avgjørende spørsmålet for om denne regelen skal legges til grunn, blir da spørsmålet om *«ytelsene ikke kan skilles fra hverandre på en objektiv måte»*, jf. anskaffelsesforskriften § 6-2 andre ledd.

Klagenemndas leder mener det sett fra innklagedes side, ikke var mulig på noen objektiv måte å skille de to ytelsene fra hverandre. Det innklagede trengte var å leie lokaler tilpasset det behovet de hadde, og i det lå også leie av en vaskehall til bruk for det utstyret hjelpemiddel-lageret skulle ha. Vaskehallen utgjorde således en integrert del av innklagedes behov, og innklagede kunne ikke selv initiere eller stå for en ombygging uten utleiers eventuelle samtykke. Det innebærer at ytelsene, leie av lokalet og tilpasningen av dette til innklagedes behov, objektivt sett ikke kunne skilles fra hverandre. Det gjelder selv om innklagede gjennom husleien helt eller delvis ville dekke tilpasningskostnadene.

Sekretariatets avgjørelse er etter dette åpenbart riktig, og anførselen om at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, kan etter dette ikke føre frem.

Klagen over avvisningsvedtaket tas etter dette ikke til følge, jf. klagenemndforskriften § 9 første ledd.

Konklusjon:

Klagen tas ikke til følge, og avvisningsvedtaket blir å opprettholde.

Dette vedtak sendes klager via e-post. Kopi sendes innklagede til orientering

Sverre Nyhus
Klagenemndas leder

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Askøylisten		5300 KLEPPESTØ Norge	info@askoylisten.no
<i>Kopi til:</i>			
Askøy kommune	Postboks 323	5323 KLEPPESTØ Norge	postmottak@askoy.kommune.no
Askøy kommune	Postboks 323	5323 KLEPPESTØ Norge	Cathrine Larsson-Fedde Cathrine.Larsson-Fedde@askoy.kommune.no
Askøylisten		5300 KLEPPESTØ Norge	Bård Espelid bard.espelid@online.no



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Askøylisten v/ Bård Espelid
5300 KLEPPESTØ

Deres ref.:

Vår ref.: 2021/1149-11

Saksbehandler: Bernt Bjørnsen Magnus

Dato: 21.10.2021

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 10. juli 2021 på inngåelse av kontrakt om leie av lokaler til hjelpemiddellager. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Askøy kommune (heretter *innklagede*) inngikk 25. juni 2021 kontrakt med Storebotn 29 AS om leie av lokaler til hjelpemiddellager. Leieperioden er fem år, med opsjon på forlengelse i ytterligere fem år (2+2+1). Årlig leiesum er 499 450 kroner ekskl. mva. Fra 1. januar 2025 vil prisen øke med 20 prosent.
- (2) Kontrakten mellom innklagede og Storebotn 29 AS har overskriften «*Leiekontrakt bygg og tomt*». I punkt 3 («*Leieobjekt*») fremgår det at:

«Bruksareal utgjør totalt 484 kvm (503 BTA), fordelt på to like store etasjer, se vedlegg. I tillegg kommer uteareal og carport/vaskehall.

Arealer til Leiers bruk er vist på vedlagte tegninger. Leieforholdet gjelder også uteområdet i tilknytning til eiendommen. Eventuelle mindre unøyaktigheter i arealutmålingen for bygg og tomt gir ikke rett til å kreve leien justert.

Leieobjektet inkluderer parkeringsplasser på tomten.

Leier overtar kontraktsforhold etter Nettpartner, som har avtale til og med 31.12.2024.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (3) I avtalen punkt 9 («Leiesum»), var det inntatt en tabell med oversikt over pris og antall kvadratmeter for de forskjellige delene lokalet bestod av:

Beskrivelse	Antall kvm (BTA)	Enhetspris eks. mva.	Sum eks. mva.
Lager/verksted	155	650	Kr 100 750
Kontorer, tekn.rom, WC, garderobes	348	1000	Kr 348 000
Inngjerdet uteareal for lagring og parkering	1043	40	Kr 41 700
Carport	60	150	Kr 9 000
Sum årlig husleie			Kr 499 450

- (4) Det fulgte av samme punkt at eksisterende, åpne carport på eiendommen skal bygges om til vaskehall, ved at den skal kles inn, støpes gulv og legges inn vann og avløp. Arbeidene skal utføres av utleier. Det stod at «Kostnadene til ombygging - vist i kostnadsoppsett datert 31/05-21 - kr 654 000 eks. mva. - skal i første omgang bæres av utleier, men skal belastes Leier gjennom økt kvartalsvis husleie (tilleggsleie til den leie som er angitt i § 9) i perioden fra 01/07-2021 og ut leieperioden (frem til 30/06-2031). [...]»

Dersom alle opsjoner blir benyttet, vil vaskehallen være avskrevet ved utløpet av leietiden på totalt ti år. Dersom Leier trer ut av avtalen før dette, skal Leier dekke 50 % av gjenværende restverdi for vaskehallen, uavhengig av om Utleier får leid ut bygget eller ikke. [...]»

- (5) I forkant av kontraktsinngåelsen ble saken behandlet i formannskapet og kommunestyret. I den forbindelse stilte Askøylisten (heretter *klager*) blant annet spørsmål om de bygningsmessige tilpasningene som skulle utføres, innebar at leieavtalen var omfattet av anskaffelsesregelverket. Til dette svarte innklagede at:

«Ved den modellen som er tenkt, der huseier tar kostnaden, og legger den til på leien, er det ikke kommunen som anskaffer. Huseier anskaffer, og blir eier. Kommunen inngår en ren leieavtale, og leieavtaler er ikke omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser. Det kan imidlertid nevnes at det tidligere ble annonsert etter lokaler for å ivareta det generelle hensynet til konkurranse. Disse lokalene da var ett av to som ble tilbudt.»

- (6) Klagen ble bragt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. juli 2021.

Sekretariatets vurdering:

- (7) 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, jf. § 13a annet ledd.
- (8) 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).

- (9) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi jf. forskriften §§ 5-1 andre ledd og 8-17 første ledd. Den nasjonale terskelverdien er 1,3 millioner kroner ekskl. mva.
- (10) Det følger imidlertid av forskriften § 2-4 bokstav a) at loven og forskriften ikke gjelder for kontrakter om «*erverv eller leie av [...] eksisterende bygninger eller annen fast eiendom*». Bestemmelsen tilsvarer artikkel 10 bokstav a) i direktiv 2014/24/EU. Hensynet bak unntaket er at anskaffelser av denne typen er avhengig av geografisk plassering, og derfor ikke berører grenseoverskridende handel.
- (11) Kontrakten med Storebotn 29 AS gjelder leie av eksisterende bygning over to etasjer, med tilhørende utearealer og carport. Sistnevnte skulle i henhold til avtalen tilpasses innklagedes behov for vaskehall, ved at den skulle kles inn, det skulle støpes gulv og legges inn vann og avløp. Kontrakten inneholdt dermed elementer av både leie av eksisterende bygg, som er unntatt regelverket, og utførelse av bygge- og anleggsaktiviteter, som er omfattet av regelverket.
- (12) Det følger av forskriften § 6-2 andre ledd at en oppdragsgiver som skal anskaffe ytelser som delvis er omfattet og delvis unntatt fra anskaffelsesregelverket, og som ikke kan skilles fra hverandre på en objektiv måte, skal inngå en blandet kontrakt etter reglene som gjelder for ytelsen som utgjør kontraktens hovedelement.
- (13) Sekretariatet finner det klart at vaskefasilitetene er en forutsetning for å kunne benytte leieobjektet som hjelpemiddellager, og at vaskehallen måtte befinne seg i direkte tilknytning til lagerbygningen. Ombyggingen av carporten er dermed en tilpasning av utleieobjektet, og klagers anførsel om at bygge- og anleggsarbeidene kan skilles fra leieavtalen på en objektiv måte kan på denne bakgrunn klart ikke føre frem.
- (14) Det er i praksis akseptert til dels betydelige ombygnings- og påbygningsarbeider uten at en kontrakt av den grunn mister sin karakter av å være en leieavtale, se for eksempel klagenemndas sak 2015/77 avsnitt 32 flg. Carporten som skal ombygges utgjør 60 kvm. av totalt bruksareal (minus uteareal) på 484 kvm. Verdien for leie av carporten er etter det opplyste 9000 kroner av en årlig leiepris på knappe 500 000 kroner. Sekretariatet finner det på denne bakgrunn klart at de bygningsmessige tilpasningene som skulle utføres ikke er så omfattende at det endrer kontraktens overordnede karakter av å være en kontrakt om leie av eksisterende lokaler.
- (15) Kontraktens hovedelement er dermed «*leie av [...] eksisterende bygninger*», og anskaffelsen er dermed unntatt regelverket, jf. forskriften § 6-2 andre ledd og § 2-4 bokstav a). Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan klart ikke føre frem.
- (16) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndeforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Tora Holm
Seniorrådgiver

Bernt Bjørnsen Magnus
Rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Askøylisten		5300 KLEPPESTØ Norge	Bård Espelid bard.espelid@online.no
<i>Kopi til:</i>			
Askøy kommune	Postboks 323	5323 KLEPPESTØ Norge	postmottak@askoy.kommune.no
Askøy kommune	Postboks 323	5323 KLEPPESTØ Norge	Cathrine Larsson-Fedde Cathrine.Larsson-Fedde@askoy.kommune.no