



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede inngikk en kontrakt om leie av lokaler. 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 kontrakten. Klagenemnda fant at kontrakten korrekt var klassifisert som en leieavtale, og at den dermed var unntatt anskaffelsesregelverket, jf. forskriften § 2-4 bokstav a. Klagers anførsel om at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 25. oktober 2022 i sak 2022/1093

Klager: KIMEK AS

Innklaget: Finnmarkssykehuset

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik.

Bakgrunn:

- (1) Finnmarkssykehusets avdeling for forvaltning og utvikling – service, drift og eiendom (heretter *innklagede*), startet i august 2021 arbeidet med å finne nye kontorlokaler til Kirkenes sykehus sine avdeling for barne- og ungdomspsykiatri (BUP) og voksenalderpsykiatrisk poliklinikk (VPP). Innklagede rettet forespørsler til flere potensielle aktører for å kartlegge mulige lokaler til leie.
- (2) Selskapet KIMEK AS (heretter *klager*) meldte sin interesse til innklagede og sendte 3. august 2021 en skisse over det aktuelle lokalet, opplysninger om brutto areal og informasjon om parkering. Klager og innklagede hadde deretter dialog om antall kontor som var mulig å etablere i bygget, og hvilke tilpasninger som var mulige å gjøre.
- (3) Den 24. og 25. november 2021 gjennomførte innklagede befaring av fire alternative lokaler, og besluttet etter befaringen at det kun var to av de befarte lokalene som var aktuelle. Disse to lokalene ble leiet ut av henholdsvis klager og Coonor AS (heretter *valgte leverandør*).
- (4) I referatet fra befaringen av valgte leverandørs lokaler datert 24. november 2021, fremgår det at *«Ingen innvendige vegger er satt opp pr. i dag – Noe som betyr at utleier/utbygger er fleksibel for nødvendige tilpasninger mtp. utforming av kontorlandskap mv.»*.
- (5) Innklagede sendte en henvendelse til klager 29. november 2021 og 10. desember 2021, og opplyste at klagers lokaler fremdeles var aktuelle, og at innklagede ville utarbeide en kravspesifikasjon som skulle meddeles klager når den var klar.
- (6) Den 17. januar 2022 hadde klager fremdeles ikke mottatt kravspesifikasjon, og klager ba derfor om status i saken. Innklagede svarte samme dag at *«Etter mottatte tegninger fra tilbyder nr. 1 ser vi at vi må gå bort fra tilbud om leie hos dere basert på antall kvm. Dere*

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

kan tilby. Vi er kommet opp i så stort antall kvadratmeter at dere faller bort som mulig alternativ selv etter evt. utbygging som ble nevnt under befaringen i november (...).» Videre skrev innklagede at de hadde «et tidsperspektiv som gjør at vi ser at det vil/kan bli vanskelig for KIMEK å stå klar med lokalene vi trenger til sommeren/høsten 2022.»

- (7) Innklagede ferdigstilte i januar 2022 en «Ytelses- og funksjonsspesifikasjon» som dannet grunnlag for ønsket innredning av lokalene. Her ble det blant annet stilt krav til særskilt lydisolering av spesifikke rom, kameraovervåkning, låsmekanismer, skjerming mot innsyn, veggmontert utstyr og uttak til IKT-utstyr.
- (8) Den 19. januar 2022 inngikk innklagede avtale om leie av Pasvikveien 2/Wiulls gate 2 med valgte leverandør. Avtalen omfatter leie av lokaler og tilhørende parkeringsplasser på eiendommen. Den avtalte varighet er 15 år, fra 1. juli 2022 til 1. juli 2037, med opsjon på ytterligere fem år. Kontraktens anslåtte verdi inkludert opsjonen er 49 175 700 ekskl. mva. I dette beløpet er det ikke hensyntatt indeksregulering og felleskostnader.
- (9) Av kontraktens punkt 8 følger det at «Utleier har ansvar for at gjeldende lover og forskrifter og andre relevante retningslinjer fra offentlig myndighet blir ivaretatt i forbindelse med byggingen for leietaker, samt at lokalene blir levert ihht avtalte spesifikasjoner, jf. tegninger av lokale og leietakers krav.»
- (10) Den 4. mars 2022 fremmet Fiskebeck Prosjekt AS, som var utbygger av valgte leverandørs lokaler, søknad om bruksendring av byggets femte etasje fra bolig til kontor. Av søknaden følger det at:

«Bruksendring av 5 etg.

I 3 og 4 etasje var det søkt om kontorer. I 5 etasje var det søkt om boliger. Underveis i prosessen har Coonor AS vært nødt til å endre planene for 5 etasje. Dette pga ny leietaker for 3 og 4 etasje ønsket å leie 5 etasje også. Derfor søker vi om bruksendring av 5 etasje fra boliger til areal for kontorer. Se vedlagte plantegning av 5 etasje.

Pga endring til kontorer øker kravet til ventilasjon. Dermed så må man utvide etasjen med ca 5 m². Dette for å plassere et teknisk rom for ventilasjonsaggregat. Dette utvidelsen er rett ved trappe/heishus mot nord. Utvidelsen er trukket litt inn fra nordfasaden slik at den vil være lite synlig.

Universell utforming

Bygget er formet etter prinsipper om universell utforming. Tilgang via heis opprettholdes og ny kontorbruk av 5 etasje tilpasses universell utforming.

(...)

Vi vil søke ferdigattest for hele påbygget/byggesaken ved avslutning av arbeider for innredning av 3. 4 og 5 etasje.»

- (11) Søknad om bruksendring fra bolig til kontor ble innvilget ved vedtak av 16. mai 2022. Det følger av vedtaket at «Endring omfatter endring av bruk av 5.etg fra bolig til kontor med et bruksareal på 187m². Arealet utvides med 5m² (teknisk rom). Det er gitt samtykke fra Arbeidstilsynet (datert 122.05.22).»

- (12) Den 13. juli 2022 ble det gitt midlertidig brukstillatelse for tredje etasje, mens den midlertidige brukstillatelsen for fjerde og femte etasje ble innvilget 12. september 2022.
- (13) Klagen ble bragt inn for Klagenemnda 24. august 2022.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. oktober 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Kontrakten med valgte leverandør må reelt sett anses som en bygge- og anleggskontrakt som skulle ha vært kunngjort etter anskaffelsesregelverket. Innklagede har hatt avgjørende innflytelse på leieobjektets utforming, og innklagede har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Det bestrides at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Lokalene som leies er i eksisterende bygg og innklagede har ikke hatt avgjørende innflytelse på arbeidets art eller utforming. Anskaffelsesregelverket kommer derfor ikke til anvendelse.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. klagenemndsforordningen § 13 a første ledd. Klagen er rettidig.
- (18) 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).
- (19) 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-datasen.
- (20) Kontrakten har en verdi på 49 175 700 kroner, som er over den nasjonale terskelverdien i forskriften § 5-1.
- (21) Spørsmålet i saken er om innklagede likevel ikke hadde plikt til å kunngjøre kontrakten, fordi den er unntatt anskaffelsesloven og forskriften § 2-4 bokstav a. Det følger av denne bestemmelsen at loven og forskriften ikke gjelder kontrakter om «*leie av [...] eksisterende bygninger eller annen fast eiendom.*» Anskaffelsen gjelder leie av kontorlokaler til Kirkenes sykehus sine avdelinger for barne- og ungdomspsykiatri (BUP) og voksenpsykiatrisk poliklinikk (VPP). Anskaffelsen er ikke kunngjort.
- (22) Klager har gjort gjeldende at anskaffelsen i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt, slik at leieunntaket ikke kommer til anvendelse og anskaffelsen skulle ha vært kunngjort. Klagenemnda tar derfor først stilling til om anskaffelsen gjelder en bygge- og anleggskontrakt.
- (23) 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.»

- (24) I følge denne bestemmelsen må det for det første være tale om et «*bygge- og anleggsarbeid*», og for det andre må oppdragsgiver ha hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging.*» Vilkårene er kumulative.
- (25) 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.*»
- (26) Der kontrakten inneholder elementer av både leie og utførelse av bygge- og anleggsaktiviteter, 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*, der domstolen uttalte at denne vurderingen skal foretas med utgangspunkt i kontraktens hovedformål.
- (27) I denne saken kom EU-domstolen til at hovedformålet med den aktuelle kontrakten var utførelsen av bygge- og anleggsarbeid fordi arbeidet med oppføring av det aktuelle bygget på det foreslåtte tidspunktet «*endnu ikke [var] påbegyndt*», se avsnitt 41. 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*», se avsnitt 83.
- (28) I foreliggende sak var bygningen oppført og i det vesentligste ferdigstilt ved kontraktssignering. Nemnda viser her til at det i referatet fra befaringen i november 2021 heter at lokalet fremsto som nytt, og at det var etablert egen inngang til tredje og fjerde etasje. Dette skiller seg fra sakene fra EU- og EFTA-domstolen der arbeidet med oppføringen av de aktuelle byggene ikke var påbegynt på kontraktstidspunktet. Hovedformålet med kontrakten synes derfor å være leie av lokaler og ikke bygge- og anleggsarbeid.
- (29) Klagenemnda finner heller ikke at oppdragsgiver har hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*», jf. forskriften § 4-1 bokstav d. Et sentralt moment i denne vurderingen er om innklagede har stilt krav som leietakere i alminnelighet vil kunne stille, eller om man har gått utover dette ved å spesifisere tilpasninger til egne behov, og i så fall om disse ekskluderer andre leietakere, se eksempelvis EU-domstolens avgjørelse i sak C-537/19 *Wiener Wohnen*. Der følger det av avsnitt 53 at:

«Hvad angår den påtænkte bygning kan der identificeres en afgørende indflydelse på dens udformning, hvis det kan påvises, at denne indflydelse udøves på denne bygnings arkitektoniske struktur, såsom dens størrelse, dens ydermure og dens bærende vægge. Krav vedrørende de indvendige indretninger kan kun anses for at påvise en afgørende indflydelse, hvis de udmærker sig på grund af deres særpræg eller omfang.»

- (30) Tilpasningene av eiendommen i foreliggende sak gjaldt blant annet installasjon av utvendig rømningsvei/trapp, omregulering av femte etasje fra to boenheter til kontorlokaler, og innredning av lokalene i tråd med innklagedes ytelses- og funksjonsbeskrivelse.

- (31) De innvendige innredningsarbeidene synes ikke å utmerke seg verken på grunn av sitt særpreg eller omfang, og går etter nemndas syn ikke utover de krav som leietakere i alminnelighet vil kunne stille. Klagenemnda viser i denne sammenheng til sak 2015/77, der tilpasningene blant annet gjaldt installasjon av nytt brannalarmanlegg, nye aggregater, utskifting av porter, diverse oppussingsarbeider, nye garderobefasiliteter, bygging av halltekker, asfaltering, bygging av nytt verksted og ny monteringshall med mer. Nemnda konkluderte likevel med at arbeidene ikke var tilstrekkelige til at kontrakten mistet sin karakter av å være en leieavtale, se avsnitt 30 følgende. Innredningsarbeidene i foreliggende sak er av mindre omfang enn de opplistede, og klagenemnda finner derfor ikke at innklagede har hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*», jf. forskriften § 4-1 bokstav d.
- (32) I følge søknaden om bruksendring av femte etasje, innebar bruksendringen at etasjen måtte utvides med ca. fem kvadratmeter, for å få plass til teknisk rom i forbindelse med endrede krav til ventilasjon på grunn av bruksendringen. Klagenemnda mener at utvidelsen av femte etasje i seg selv ikke medfører at innklagede har hatt avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging. Utvidelsen var en nødvendig konsekvens av at utleier søkte om bruksendring fra bolig til kontor. Klagenemnda viser ellers til sak 2020/917 avsnitt 67, der leietakers ønsker medførte at etasjestørrelsen måtte utvides. Klagenemnda fant likevel ikke at endringen av etasjestørrelsen hadde påvirket materialvalg, design, arkitektonisk struktur, eller andre forhold som medførte at innklagede hadde hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*».
- (33) Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at kontrakten ikke kan klassifiseres som en bygge- og anleggskontrakt etter forskriften § 4-1 bokstav d. Klagenemnda mener kontrakten er en leiekontrakt slik dette er definert i forskriften § 2-4 bokstav a.
- (34) Avtalen med valgte leverandør om leie av lokaler i Pasvikveien 2/Wiulls gate 2, omfattes derfor ikke av anskaffelsesregelverket og innklagede hadde ikke plikt til å kunngjøre anskaffelsen.
- (35) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, fører ikke frem.

Konklusjon:

Finnmarkssykehuset har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk