



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

<i>Deres ref.</i>	<i>Vår ref.</i> 2024/0818-15	<i>Saksbehandler</i> Olav Hovda Ottesen	<i>Dato</i> 17.10.2024
-------------------	---------------------------------	--	---------------------------

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

Klagenemndas sekretariat avgjorde 4. oktober 2024 å avvise klage frå Øivind Berntsen (heretter klagar) over Grimstad kommune inngåing av avtale om leige av kontorlokaler. Bakgrunnen for avvisinga var at sekretariatet fant at det ikkje var føremålstenleg å behandle klagen i nemnda, jf. klagenemndforskrifta § 9, fordi den klart ikkje kan føre fram.

Klagar har i rett tid klaga på avvisinga til leiar i klagenemnda, som er klageinstans i dette tilfellet, jf. same forskriftsføresegn.

Klagar har i korte trekk gjort gjeldande:

Kontrakten gjeld ein avtale om leige av areal ferdigstilt som råbygg for ein leigeperiode på fem år. I kontraktsdokumentet vert det vist til kontrakt om innreiingsarbeida. Innreiingsarbeid er eit bygge og anleggsarbeid som leigetakar skal bere kostnadane ved. Dette bygge og anleggsarbeidet overstig terskelverdi og skal utførast av utleigar. Basert på leigeavtalen sin lengde og kostnader, mot normale kostnader for bygge og anleggsarbeid, for å ferdigstille lokala til bruk, utgjer innreiingsarbeida kontrakta sitt hovudelement. Anskaffelsen er omfatta av anskaffelseslova og forskriften, og nemnda bør behandla klagen, jf. klagenemndsforskriften § 6.

Pkt 3 i avvisinga av klagen er sjølvmotseiande:

«Innklagede har ikke påtatt seg annen økonomisk risiko enn leiekostnaden og kostnadene ved innredning av lokalet. Alle kostnader knyttet til oppføring av bygget påhviler byggets eier, som er Grøm Næringsbygg AS.»

Det vert vidare vist til at omfanget av innkalga sin påverknad på byggearbeida ikkje er kjent og at det kun er ein antakelse at omfanget er uvesentlig. Avvisinga av klagen er såleis feil. Det kan ikkje vere slik at ein kommunal aktør ved ei leigekontrakt kan subsidere ei annleggskontrakt. Klagen vert oppretthalde.

Merknader frå leiar i klagenemnda:

Klagenemnda sin leiar, sorenskrivar Elisabeth Wiik, har gått gjennom dokumenta i saka, blant desse sekretariatet si avgjerd om avvising og klagen over dette. Saka gjeld ulovlig direkteanskaffelse. Kontrakten gjeld leige av kontorlokaler som skal brukast av heimetenesten. Det synes ikkje omtvista at kontraktsverdien i utgangspunktet overstiger den nasjonale

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

terskelverdien for kunngjering som er oppstilt i forskrifta § 5-1(2). Det er heller ikkje omtvista at kontrakten ikkje er kunngjort. Spørsmålet i saka er om unntaket frå kunngjeringsplikta i forskrifta § 2-4 bokstav a er gjeldande slik at det ikkje eksisterer ei kunngjeringsplikt. Forskrifta § 2-4 bokstav a seier:

«Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for kontrakter om

a. erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom.»

Det vert såleis avgjerande for vurderinga om anskaffelsen i realiteten er ei bygge og anleggskontrakt slik klagar gjer gjeldande. Klagenemnda sin leiar deler sekretariatet si vurdering av dette og viser særleg til dei vurderingar som er gjort i avvisingsvedtaket avsnitt 12 – 20 som klagenemnda sin leiar sluttar seg til fullt ut:

«(12) 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».

(13) Det må altså 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». Begge vilkårene må være oppfylt.

(14) Sekretariatet vil først behandle vilkåret om innklagede 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 avsnitt 53.

(15) I vår sak ble innklagede forespurt om å leie et areal i et bygg under oppføring som i hovudsak skulle leies ut til NAV. Innklagede har dermed ikke vært involvert på tidspunktet det ble bestemt å sette opp bygget, og har slik sekretariatet forstår saken, ikke hatt noen innflytelse på byggets utvendige utforming.

(16) Hva gjelder de innvendige innredningsarbeidene, vil sekretariatet fremheve at klagenemnda i tidligere praksis har akseptert ganske omfattende tilpasninger uten å mene at kontraktene har mistet sin karakter av å være leieavtaler. Sekretariatet vil særlig fremheve 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.

(17) I foreliggende sak fulgte det av kravspesifikasjonen at innklagede overtok det innvendige arealet uinnredet. Toalettkjernen ville være ferdigstilt med unntak av himling og tekniske installasjoner. Ventilasjon og elektro var klargjort med føring frem til det aktuelle arealet. All øvrig innredning, herunder innvendige vegger, gulv, plater på innsiden av yttervegg og tekniske føringer, ble forutsatt utført av innklagede. Sekretariatet forstår

det slik at innredningen ville være som et typisk kontorlokale. Byggets fellesareal ville være ferdigstilt.

(18) De innvendige innredningsarbeidene synes ikke å utmerke seg verken på grunn av sitt særpreg eller omfang, og går etter sekretariatets syn ikke utover de krav som leietakere i alminnelighet vil kunne stille. Lokalet skal brukes av hjemmetjenesten, og sekretariatet kan ikke se at dette er en type leietaker som vil kreve så spesielle tilpasninger av kontorlokalene at tilpasningene vil ekskluderer andre leietakere av tilsvarende type lokaler.

(19) Innredningsarbeidene i foreliggende sak er av mindre omfang enn i ovennevnte praksis frå klagenemnda, og sekretariatet finner at innklagede ikke har hatt «avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging», jf. forskriften § 4-1 bokstav d.

(20) Siden vilkåret om «avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging» ikke er oppfylt, anser sekretariatet det ikke nødvendig å redegjøre for øvrige vilkår.»

Klagenemnda sin leiar har som sekretariatet kome til at reglane om offentlige anskaffelsar ikkje kjem til anvendelse og at klagen klart ikkje kan føre fram. Det vil derfor ikkje vere føremålstenleg å handsame klagen i klagenemnda, jfr klagenemndsforskrifa § 9. Avvisinga av klagen vert derfor oppretthalde.

Konklusjon:

Sekretariatet si avgjerd om avvising vert oppretthalde.

Denne avgjerda vert sendt til klagar via e-post. Kopi vert sendt til innklaga til orientering.

Med helsing

Elisabeth Wiik
Leiar i klagenemnda

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur

Mottakere:
Øivind Bjørke Berntsen

Kopi til:
GRIMSTAD KOMMUNE, Sigbjørn Kvarme



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Øivind Bjørke Berntsen
Vikjordet 24
4885 GRIMSTAD

Deres ref.

Vår ref.
2024/0818-9

Saksbehandler
Olav Hovda Ottesen

Dato
04.10.2024

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 5. juni 2024 på Grimstad kommunes inngåelse av avtale om leie av kontorlokaler. 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) Grimstad kommune (heretter *innklagede*) inngikk 15. januar 2024 en avtale med Grøm Næringsbygg AS om leie av lokale i næringsbygget Grøm Næringspark 19. Kontrakten gjelder for perioden 1. juni 2024 til 1. juni 2029, med mulighet for forlengelse.
- (2) Det aktuelle bygget ble oppført for å tilby lokaler til NAV. Totalt utgjør byggets bruttoareal 4 366 m² over tre plan. Under byggeprosessen ble innklagede kontaktet og tilbudt å leie et tilleggsareal i bygget, og innklagede ble enig med utleier om å leie et uinnredet areal på omkring 860 m² bruttoareal. Sammenholdt med innklagedes andel av fellesareal utgjør innklagedes areal omkring 1 044 m².
- (3) Innklagede har ikke påtatt seg annen økonomisk risiko enn leiekostnaden og kostnadene ved innredning av lokalet. Alle kostnader knyttet til oppføring av bygget påhviler byggets eier, som er Grøm Næringsbygg AS.
- (4) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. juni 2024. Klager har gjort gjeldende at anskaffelsen i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt, slik at leieuntaket ikke kommer til anvendelse, og kontrakten utgjør en ulovlig direkteanskaffelse. Klager hevder samtidig at deler av leieobjektet krever justering av reguleringsplan og mangler midlertidig brukstillatelse, og at innklagede som leietaker har liten mulighet for upartisk behandling av saken.

Sekretariatets vurdering:

- (5) Klagen gjelder en anførsel om ulovlig direkteanskaffelse. I slike saker gjelder ikke et krav om saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 13a første ledd. Klagen er rettidig.

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (6) En ulovlig direkteanskaffelse 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).
- (7) 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.
- (8) Kontrakten gjelder leie av kontorlokaler, som sekretariatet forstår skal brukes av hjemmetjenesten. Kontraksverdien er ikke opplyst for sekretariatet, men det er klart at denne i det minste overstiger den nasjonale terskelverdien for kunngjøring i forskriften § 5-1 (2). Anskaffelsen er ikke kunngjort.
- (9) Spørsmålet i saken er om innklagede likevel ikke hadde plikt til å kunngjøre kontrakten, fordi den ikke er omfattet av anskaffelsesloven og forskriften, jf. 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.*» Det er lagt til grunn i praksis at også bygninger som først ferdigstilles for tjenesteleverandørens regning med sikte på senere utleie til oppdragsgiver, kan omfattes av unntaket.
- (10) Klager har gjort gjeldende at anskaffelsen i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt, slik at leieunntaket ikke kommer til anvendelse. Hvis innklagede i realiteten har inngått en bygge- og anleggskontrakt, er ikke unntaket anvendelig, selv om partene omtaler avtalen som en kontrakt om leie.
- (11) Sekretariatet tar derfor stilling til om anskaffelsen gjelder en bygge- og anleggskontrakt.
- (12) 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.*»
- (13) Det må altså 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*». Begge vilkårene må være oppfylt.
- (14) Sekretariatet vil først behandle vilkåret om innklagede 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 avsnitt 53.
- (15) I vår sak ble innklagede forespurt om å leie et areal i et bygg under oppføring som i hovedsak skulle leies ut til NAV. Innklagede har dermed ikke vært involvert på tidspunktet det ble bestemt å sette opp bygget, og har slik sekretariatet forstår saken, ikke hatt noen innflytelse på byggets utvendige utforming.
- (16) Hva gjelder de innvendige innredningsarbeidene, vil sekretariatet fremheve at klagenemnda i tidligere praksis har akseptert ganske omfattende tilpasninger uten å mene at kontraktene har mistet sin karakter av å være leieavtaler. Sekretariatet vil særlig fremheve 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.

- (17) I foreliggende sak fulgte det av kravspesifikasjonen at innklagede overtok det innvendige arealet uinnredet. Toalettkjernen ville være ferdigstilt med unntak av himling og tekniske installasjoner. Ventilasjon og elektro var klargjort med føring frem til det aktuelle arealet. All øvrig innredning, herunder innvendige vegger, gulv, plater på innsiden av yttervegg og tekniske føringer, ble forutsatt utført av innklagede. Sekretariatet forstår det slik at innredningen ville være som et typisk kontorlokale. Byggets fellesareal ville være ferdigstilt.
- (18) De innvendige innredningsarbeidene synes ikke å utmerke seg verken på grunn av sitt særpreg eller omfang, og går etter sekretariatets syn ikke utover de krav som leietakere i alminnelighet vil kunne stille. Lokalet skal brukes av hjemmetjenesten, og sekretariatet kan ikke se at dette er en type leietaker som vil kreve så spesielle tilpasninger av kontorlokalene at tilpasningene vil ekskludere andre leietakere av tilsvarende type lokaler.
- (19) Innredningsarbeidene i foreliggende sak er av mindre omfang enn i ovennevnte praksis fra klagenemnda, og sekretariatet finner at innklagede ikke har hatt «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*», jf. forskriften § 4-1 bokstav d.
- (20) Siden vilkåret om «*avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging*» ikke er oppfylt, anser sekretariatet det ikke nødvendig å redegjøre for øvrige vilkår.
- (21) Sekretariatet er etter dette ikke i tvil om at den aktuelle kontrakten er omfattet av leieunntaket, og at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse. Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (22) Sekretariatet vil til slutt bemerke at anførslene knyttet til innklagedes rolle ved søknader om bruksendring ikke er relevante i denne saken.

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.

Med hilsen

Olav Hovda Ottesen
Juridisk seniorrådgiver

Johan Aasheim Hjartnes
Seksjonssjef

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur

Kopi til:
GRIMSTAD KOMMUNE, Sigbjørn Kvarme