



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede inngikk en kontrakt med et boligbyggelag der boligbyggelaget påtok seg å opprette et borettslag for omsorgsboliger, drifte borettslaget under byggeprosessen og selge boligene m m. For forretningsførsel og salg skulle boligbyggelaget få et honorar på kr 750.000 av borettslaget. Klagenemnda kom til at kontrakten mellom innklagede og boligbyggelaget var gjensidig bebyrdende, og at den var underlagt regelverket for offentlige anskaffelser. Det dreide seg om anskaffelse av tjenester i regi av kommunen, og selv om borettslaget skulle betale vederlaget, var det kommunen som fastsatte vederlagets størrelse, og som hadde full styring og kontroll med borettslaget i den perioden det var snakk om. Reglene om offentlige anskaffelser skulle derfor vært fulgt.

Klagenemndas avgjørelse 1. juni 2004 i sak 2003/226

Klager: Nedre Eiker Boligbyggelag

Innklaget: Nedre Eiker kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: Regelverkets virkeområde. Gjensidig bebyrdende kontrakt. Tjenestekonsesjon. Krav til konkurranse.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Bakgrunn:

- (1) Nedre Eiker kommune (heretter kalt ☐innklagede☐) vedtok i kommunestyremøte den 24. september 2003 bygging av Bråta bo- og aktivitetssenter. Senteret skulle bestå av institusjonsplasser, omsorgsboliger og et aktivitetssenter. Det ble vedtatt at både bygging og salg av omsorgsboligene skulle gjennomføres av et boligbyggelag på vegne av et borettslag under stiftelse.
- (2) Nedre Eiker Boligbyggelag (heretter kalt ☐klager☐) var i forkant av vedtaket blitt kontaktet av innklagede. Klager og innklagede avholdt to møter, henholdsvis 18. juli og 15. august 2003. Innklagede hadde i løpet av samme tidsrom vært i kontakt med to andre boligbyggelag: Lier Boligbyggelag (heretter kalt ☐LBBL☐) og Tønsberg Boligbyggelag. På forespørsel innga LBBL pristilbud på forretningsførsel og salg
- (3) I et tilleggsnotat fra rådmannen utarbeidet i anledning kommunestyremøtet 24. september 2004 ble det opplyst at det var fremforhandlet en avtale mellom kommunen og LBBL.
- (4) I henhold til avtalen skulle LBBL etablere borettslaget, drive forretningsførsel under byggeprosessen og deretter gjennomføre salg av boligene. For dette skulle LBBL få et vederlag fra borettslaget på kr 250.000 for forretningsførsel og 500.000 for salgsprosessen, totalt kr 750.000. I tillegg skulle direkte kostnader forbundet med salg av boligene faktureres borettslaget særskilt, og dokumentbehandling tilknyttet hver enkelt boenhet skulle faktureres andelseieren/kjøperen.
- (5) Borettslaget skulle overta som byggherre, gå inn i kontrakten med den entreprenøren kommunen hadde valgt, og kjøpe tomte fra daværende eier samt prosjektmaterialet fra kommunen. Alle kostnader forbundet med prosjektet skulle borettslaget betale. Beboerne av hver leilighet skulle betale et engangsinnskudd på kr 183.000 til borettslaget. Kommunen skulle gi en garanti, begrenset til kr 10.000.000. For hver solgte leilighet skulle garantien trappes ned med kr 185.000. Byggelederne for borettslaget, som byggherre for omsorgsboliger, og innklagede, som byggherre for sykehjem og aktivitetssenter, skulle ☐samarbeide om felles fremdrift av de totale byggearbeidene☐.
- (6) LBBL skulle fungere som generalforsamling for borettslaget under stiftelsen og oppnevne et byggestyre for borettslaget. Etter bygge- og salgsprosessen skulle byggestyret erstattes av et styre valgt etter borettslagslovens regler. Byggestyret skulle velges av generalforsamlingen ☐etter forutgående samtale med kommunen☐.
- (7) Borettslaget ble stiftet 13. november 2003. Kommunens rådmann hadde fått fullmakt fra kommunestyret til å utpeke to representanter til byggestyret, mens hovedutvalget skulle utpeke en tredje representant. Generalforsamlingen i LBBL valgte byggestyret, bestående av de tre personene kommunen hadde foreslått.
- (8) Den 21.januar 2004 holdt formannskapet i kommunen møte, der det ble vedtatt at innklagede skulle anbefale for LBBL som generalforsamling at bare ett av tre medlemmer i byggestyret skulle utpekes av innklagede. Bakgrunnen for dette var usikkerhet rundt spørsmålet om borettslaget ville omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. I notatet fra møtet het det blant annet:

□ Etter at Arne Ivar Flaten tiltrådte styret for borettslaget, ba han i en henvendelse til rådmannen om en avklaring av styrets og Nedre Eiker kommunes rolle i forhold til lov og forskrifter om offentlige anskaffelser. I sin henvendelse viste Flaten bl. annet til at kommunen har oppnevnt alle tre representantene til byggestyret og dermed har en bestemmende innflytelse over organet eller virksomheten. Videre at kommunen har oppnevnt mer enn halvparten av medlemmene av organets eller virksomhetens styrende organer. Ut fra dette og andre kriterier kunne resultatet etter Flatens oppfatning bli at lov og forskrifter om offentlige anskaffelser også gjelder for borettslaget.

Rådmannen ba etter dette om en juridisk vurdering av forholdet. En delkonklusjon fra advokat Torstein Arendt, Kluge Advokatfirma DA, av 12.01.04 er:

I og med at det er noe usikkert om omsorgsboligene tjener allmennhetens behov, vil jeg råde kommunen til ikke å oppnevne mer enn halvparten av styremedlemmene eller på annen måte ha kontroll med borettslagets forvaltning (utover det som står i vedtektene) eller finansiere hoveddelen av omsorgsboligene. □

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (10) Anskaffelsens verdi overstiger klart kr 200.000. Når innklagede ikke har gjennomført en anskaffelsesprosess, foreligger det en ulovlig direkteanskaffelse.
- (11) Kontrakten mellom innklagede og LBBL er ingen tjenstekonsesjon. Innklagede stiller med en garanti på opptil 10 millioner og har dermed den økonomiske risikoen. Videre skal innklagede samarbeide med LBBL om fremdriften og utpeke medlemmer til styret i borettslaget. Innklagede har dermed stor grad av kontroll med prosjektet. I tillegg har innklagede opsjon på kjøp av halvparten av de ferdige boligene. Når hendelsesforløpet vurderes helhetlig, er det klart at vi står overfor en anskaffelse etter regelverkets forstand.

Innklagedes anførsler:

- (12) Forholdet mellom innklagede og LBBL omfattes ikke av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Klagenemnda har følgelig ikke kompetanse til å behandle saken og må avvise den.

- (13) LBBLs ytelser er til borettslaget, og honoraret er betalt av borettslaget. Styret er valgt av LBBL, og borettslaget har den kommersielle risikoen. Garantien fra kommunen er begrenset til kr 10 millioner, mens totale byggekostnader er på rundt kr 69 millioner.
- (14) Selv om klagenemnda skulle komme til at den opprinnelige avtalen er gjensidig bebyrdende, vil avtalen likevel ikke falle inn under virkeområdet for regelverket, da det vil være tale om en konsesjonskontrakt.

Klagenemndas vurdering:

- (15) **Klager er potensiell leverandør og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Kontrakten hører etter sin verdi under del III i forskrift om offentlige anskaffelser, dersom den etter sin art er omfattet.**
- (16) **Spørsmålet er om kontrakten som pålegger LBBL å etablere borettslaget, drive forretningsførsel for borettslaget under byggeprosessen og selge boligene, omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser.**
- (17) **Forskrift om offentlige anskaffelser får anvendelse ved tildeling av offentlige vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter, jf § 1-3 (1). Med kontrakt menes en gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en oppdragsgiver og en leverandør, jf § 1-4 bokstav a). Forretningsførsel og salg av boliger vil være en tjeneste som omfattes av dette.**
- (18) Klagenemnda konstaterer innledningsvis at det her ikke dreier seg om et initiativ fra boligbyggelaget selv om utbygging av omsorgsboliger i egen regi. Det gjelder et prosjekt som kommunen har initiert, hvor man ønsker at omsorgsboliger skal bygges ut i regi av et boligbyggelag/borettslag.
- (19) Avtalen mellom innklagede og LBBL ble inngått på en tid da borettslaget ennå ikke var opprettet, og borettslaget dermed ikke kunne pådra seg forpliktelser. Det er kommunen som etter kontrakten betinger seg spesifikt angitte tjenester fra LBBL, nemlig stiftelse av borettslaget, forretningsførsel for dette i byggeperioden og salg av borettslagets andelsleiligheter. Vederlaget for tjenestene er fastsatt i avtalen mellom LBBL og kommunen. Borettslaget skal betale vederlaget til LBBL, men kommunen må antas å ha påtatt seg en forpliktelse ved kontraktsinngåelsen til å sørge for at dette skjer. Etter det valgte opplegget har kommunen - gjennom byggestyret - kontroll med borettslaget i den aktuelle periode og kan sørge for at vederlaget blir betalt.

- (20) Klagenemnda kommer derfor til at selv om honoraret skal belastes borettslagets regnskap, er det innklagede som både formelt og reelt er LBBLs kontraktspart i denne første fase som gjelder betaling for forretningsførsel og salg av boliger. Ved at kommunen forplikter det fremtidige borettslaget, må kontrakten sees som en gjensidig bebyrdende kontrakt og omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda har derfor kompetanse etter lovens § 7a, og avvísningsspåstanden tas ikke til følge.
- (21) Innklagede har etter dette brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at anskaffelsen ikke er kunngjort som en konkurranse, jf lovens § 5 annet ledd, og ved at prosessen ikke har vært ført etter de prosedyrer regelverket foreskriver, jf forskriften § 11-1.
- (22) Klagenemnda konstaterer at det både etter gjeldende og etter ny lov om borettslag av 6. juni 2003 nr 39, med ikrafttredelse etter lovens § 14-1 ventet 1. januar 2005, er mulig å etablere frittstående borettslag, slik at det kan være konkurranse mellom boligbyggelagene og private aktører om forretningsførsel for omsorgsboliger når slike organiseres som borettslag uavhengig av tilknytning. En begrensning ved å stille krav om at bare boligbyggelag kan yte slike tjenester, ville på dette område undergrave lovens konkurranseprinsipp, siden man ikke kan utelukke at også private aktører ville kunne utføre oppgaver av den art som denne saken dreier seg om. At etablerte boligbyggelag ofte vil ha et faktisk og rettslig konkurransefortrinn ved utlysning av denne slags boligprosjekter, er en annen sak.
- (23) Det spørsmål som senere ble tatt opp av formannen i det nystiftede borettslaget, om borettslaget med et flertall av styremedlemmer utpekt av kommunen vil være underlagt regelverket om offentlige anskaffelse, har ingen betydning for spørsmålet i nærværende sak, som gjelder kommunens innledende innkjøp av tjenester for å få prosjektet igangsatt.
- (24) Innklagedes subsidiære anførsel om at forholdet er en tjenestekonsesjon, kan ikke føre frem. LBBL mottar et fast honorar for en på forhånd definert tjeneste. Det kan ikke sees at LBBL påtar seg noen risiko eller mulighet for ytterligere fortjeneste ved det begrensede oppdrag som omhandles i avtalen. At avtalen regulerer hvordan utgiftene senere skal belastes, endrer ikke på dette. Det er således ikke snakk om noen konsesjonskontrakt.

Konklusjon:

Innklagedes påstand om at saken skal avvises fra behandling i klagenemnda, tas ikke til følge.

Nedre Eiker kommune har brutt lovens § 5 annet ledd samt forskrift om offentlige anskaffelser § 11-1 ved å gjennomføre en anskaffelse uten kunngjøring av en konkurranse.

For klagenemnda,

Oslo 1. juni 2004

Björg Ven