



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede fremforhandlet en intensjonsavtale med et eiendomsselskap om leie av et bygg som selskapet skulle oppføre. Klagenemnda fant at avtalen var å anse som en bygge- og anleggskontrakt som er underlagt anskaffelsesforskriften del I og III. Unntaksbestemmelsen i forskriftens § 11-2 (1) bokstav b fikk ikke anvendelse.*

**Klagenemndas avgjørelse 22. mai 2005 i sak 2005/297**

Klager: Foreningen Næringseiendom

Innklaget: Volda kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Jens Bugge, Kai Krüger, Andreas Wahl

**Saken gjelder:** Gjensidig bebyrdende kontrakt. Direkte anskaffelse.

**Bakgrunn:**

- (1) Siden 2002 har Volda kommune (heretter kalt innklagede) i samarbeid med andre lokale aktører arbeidet med å realisere et nytt kulturbygg i kommunen.
- (2) Høsten 2003 ble det dannet en prosjektgruppe som skulle utarbeide idéskisse til prosjektet. Møre og Romsdal fylkeskommune, Studentsamskipnaden, innklagede og et privat eiendomsfirma bevilget penger til en arkitekt som skulle tegne en idéskisse. I tillegg til kulturhus skulle bygget inneholde bl.a. et hotell og lokaler til Høgskulen. Prosjektet ble så omdannet til et aksjeselskap, kalt Nordvestkompetanse Eigedom AS (heretter kalt NKE), der innklagede var majoritetsaksjonær.
- (3) Den 3. mars 2005 gjorde kommunestyret følgende vedtak:  
”
  1. *Kommunestyret er positiv til at det vert utvikla eit kulturhusprosjekt på Langeteigen*
  2. *Kommunestyret vel ei prosjektnemnd som mellom anna skal forhandle med aktuelle investorer om bygging av kulturhus for utleige til Volda kommune. [...]*
  3. *Prosjektet skal ha slikt mandat:*
    - *Velje investor/investorgruppe*
    - *Ta stilling til innhald og storleik på kulturhuset*
    - *Sørgje for ei god arkitektonisk utforming av kulturhuset*
    - *Velje byggkvalitet så som materialval, energiløysing m.m.*
    - *Berekne driftsinntekter og driftsutgifter for anlegget. [- - -]*”

**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

- (4) Høsten 2005 solgte innklagede seg ut av NKE og fremforhandlet etter litt tid en intensjonsavtale med selskapet. I henhold til denne avtalen skal NKE finansiere den delen av bygningskomplekset som kulturhuset skal utgjøre, og innklagede skal så inngå en leieavtale med selskapet om leie av denne delen. I avtalen heter det nærmere:

*”Mellom Nordvestkompetanse Eigedom AS og Volda kommune er inngått avtale om at Volda kommune skal leige lokale til kulturhus med kino.*

*Leigeforholdet skal omfatte lokale i eit bygg med grunnflate på ca 1.150 m2 med tillegg av ca 400 m2 lokale i kjellaren, jfr. vedlagte skisse datert 20.12.04. Nærare utforming av bygget skal skje i samarbeid mellom partane etter gjennomført arkitektkonkurranse.*

*Lokala skal stillast til disposisjon for Volda kommune med nødvendige bevegelege skilleveggar, faste tekniske installasjonar medrekna hydraulisk (bevegeleg) scene. Volda kommune skal sjølv syte for alt inventar og teknisk utstyr som er nødvendig for drift av kino og kulturhuset for øvrig.*

*Nærare utforming av innvendig planløsning skal skje i nært samarbeid mellom partane. Volda kommune har avgjerdsmynde når det gjeld kvalitet, materialval m.v. og vil ta del i prosjektnemnda som representant frå leigetakar.*

*I tillegg til dei leigde lokala kjem andel av fellesareal med ca. 200 m2 og nærare avtalt andel av garasjeplassar i byggets underetasje.*

*Basis berekning for leien skal være 7,5% av kostnadene ved ferdig bygg, inklusive tekniske anlegg og utstyr kosta av Nordvestkompetanse Eigedom AS, byggelånsrente, andel av tomtekostnadene og andel av kostnadene ved opparbeiding av fellesareal, garasjeplassar, uteareal og friluftsparkering. Basert på føreliggande planar er kostnadene pr. i dag utrekna til ca NMOK 42 eks. opparbeiding av uteareal, garasjeplassar og friluftsparkering. Jfr. vedlagte kostnadsoppsett. Kulturhuset skal byggast med innebygd konferansestandard på lys og lyd kvalitet.*

*Leiga skal betalast forskotsvis pr. kvartal med årlig indeksregulering.*

*Kvar av partane kan krevje husleiga regulert ein gong i året etter konsumprisindeksen. Reguleringa skal skje på grunnlag av konsumprisindeksen som føreligg ved kontraktsinngåinga og kan tidlegast regulerast ett år etter kontraktsinngåinga.*

*Volda kommune skal leie kulturhuset og skal syte for all innvendig og utvendig vedlikehald, oppvarming og belysning, også i fellesareal, kostnader til drift og vedlikehald av felles tekniske installasjoner, brannvarsling, sprinkelanlegg alarmanlegg, vedlikehald av uteareal medrekna grøntanlegg, snørydding og eventuell vaktmeister.*

*Volda kommune dekker også kommunale avgifter og evt. eieendomsskatt.*

*Volda kommune skal fullt og helt holde forsikring på bygg og anlegg, utvendig som innvendig, inklusiv forsikring på inventar.*

*Leigeforholdet skal vere tidsbestemt med ei minimums leigetid på 20 år med rett til fornying.*

*Ved eventuelt sal av Volda kulturhus, vil Volda kommune ha forkjøpsrett til denne eigedomen.”*

- (5) Intensjonsavtalen ble lagt frem for Volda kommunestyre 24. november 2005. I fremlegget til kommunestyret saken skrev kommunenes administrasjon blant annet følgende som sammendrag av saken:

”

1. *Leigetakar skal bere alle tenkelege (og utenkelege) utgifter ved drift av leigeobjektet, såkalla bear [skal være bare] boat-avtale.*
2. *Leiga vert fastsett første gong som ein prosent av samla byggekostnader.*
3. *Det ligg ikkje føre ein kjøpsopsjon, men ein alminneleg forkjøpsrett.”*

- (6) En klage fra Foreningen Næringseiendom (heretter kalt klager) sendt dagen før, medførte imidlertid at kommunestyret etter det som er opplyst, besluttet å avvente kontraktsinngåelsen til det ble avklart om kontrakten var i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser. Klager er en bransjeforening for eiendomsselskaper og er tilsluttet Byggenæringens landsforening og NHO.

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

- (7) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (8) Kontrakten som skal inngås, omfatter en entreprise på rundt kr 42 mill og en årlig leieytelse på kr 3-3,5 mill. Anskaffelsen må vurderes som en bygge- og anleggskontrakt, eventuelt som en tjenesteanskaffelse, og skal derfor gjennomføres etter en konkurranse i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser.
- (9) En sjekk hos Brønnøysund-registeret avslører at ordføreren og rådmannen i Volda kommune er registrert som styremedlemmer hos kontraktsparten Nordvestkompetanse Eiendom AS. Dette kan være inhabilitet.

##### *Innklagedes anførsler:*

- (10) Innklagede bestrider at intensjonsavtalen er underlagt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (11) Kontrakten gjelder leie av fast eiendom og faller derfor utenfor regelverket for offentlige anskaffelser.
- (12) Dersom klagenemnda likevel skulle komme til at kontrakten er en bygge- og anleggskontrakt, anføres det at kulturhusprosjektet er en del av et større samarbeid der kostnadene foreløpig er beregnet til kr 220 mill. Byggekostnadene til kulturhuset er på kr 42 mill, inklusive mva, slik at kontraktens verdi er under EØS-terskelverdiene. Innklagede ønsker kulturhuset som en del av dette felles prosjektet for å oppnå en sambrukseffekt. NKE har en opsjonsavtale med grunneierne for kjøp av tomta. Det er derfor bare én aktuell tilbyder i markedet. Kontraktssummen er under EØS-

terskelverdiene, og dersom klagenemnda kommer til at anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt, kan unntaksregelen i § 11-2 (1) bokstav b benyttes.

- (13) Den gang kommunen var aksjonær i NKE, var ordføreren og rådmannen styremedlemmer i selskapet. Innklagede solgte seg imidlertid ut av selskapet høsten 2005, og de to gikk dermed ut av styret.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (14) Klager er en bransjeorganisasjon for eiendomsselskaper og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Kontrakten som ble forhandlet frem mellom NKE og innklagede, betegnet som en intensjonsavtale, er etter klagenemndas oppfatning en gjensidig bebyrdende kontrakt, selv om den forutsetter nærmere avklaringer av en del punkter. Klagenemnda finner at saken er tilstrekkelig avklart til at den kan tas opp til behandling. Dette er heller ikke bestridt av innklagede.
- (15) Intensjonsavtalen forplikter NKE til å stille til innklagedes disposisjon et nybygg av en nærmere bestemt størrelse og utformning og med tekniske installasjoner m.v. som innklagede så vidt skjønnes langt på vei har herredømme over. NKE på sin side er sikret betaling fra innklagede gjennom en leie som skal fastsettes til en viss prosent av byggeomkostningene og som skal løpe i minimum 20 år. Leieforholdet innebærer dermed en finansiering av byggearbeidene fra innklagedes side. Innklagede stilles også ellers som en byggherre med eiers rådighet, i og med at avtalen gir opsjon til forlengelse og forkjøpsrett ved eventuelt salg - samt ved at innklagede skal bære alle driftsutgifter, vedlikehold og forsikringer. Den del av prosjektet som gjelder kontraktsformålet, har dessuten et klart tradisjonelt offentlig tilsnitt. Klagenemnda finner derfor at kontrakten i realiteten gjelder en bygge- og anleggskontrakt som ikke kan inngås uten forutgående konkurranse i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser. At kulturhuset skal innlemmes i et prosjekt der også kommersielle interesser inngår, endrer ikke dette.
- (16) Selv om kontrakten som skal inngås, er utformet som en leiekontrakt, finner klagenemnda i samsvar med det som er sagt i avsnitt 15, at det ved beregningen av kontraktens verdi må tas utgangspunkt i byggekostnadene, og ikke i de månedlige leiekostnadene etter beregningsregelen for løpende avtaler i forskriftens § 2-3 (7). Byggekostnadene er i kontrakten angitt foreløpig til kr 42 millioner inklusive mva. EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontakter er kr 41.250.000 eksklusive mva, jf forskriftens § 2-2 slik den lyder etter endringer av 12. januar 2006, og klagenemnda legger derfor til grunn at anskaffelsen er regulert av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III.
- (17) Innklagede har vist til forskriftens § 11-2 (1) bokstav b hvoretter anskaffelser kan foretas direkte, dvs. uten at regelverkets prosedyrer følges, dersom anskaffelsen bare kan skje hos én leverandør i markedet. Klagenemnda kan ikke ut fra den fremstilling som er gitt av innklagede om byggesaken, finne det godtgjort at dette unntaksvilkåret er oppfylt. Det er således ikke påvist at det ikke kan gjennomføres en konkurranse om utførelsen av den del av prosjektet som skal tjene som kulturhus for kommunen. Dersom dette skulle reise praktiske problemer i forhold til innklagedes samarbeidspartner(e), ser klagenemnda det slik at innklagede selv, gjennom aktiv

deltakelse i prosjektet fra startfasen, har vært med på å etablere denne situasjonen og derfor vanskelig kan påberope seg unntaksbestemmelsen.

**Konklusjon:**

Klagenemnda finner at den fremlagte intensjonsavtale mellom Volda kommune og Nordvestkompetanse Eigedom AS, er å anse som en bygge- og anleggskontrakt som er underlagt forskrift om offentlige anskaffelser del I og III. Unntaksbestemmelsen i § 11-2 (1) bokstav b får ikke anvendelse.

For klagenemnda,  
22. mai 2006

Jens Bugge