



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Klager ble forhindret i å delta i en konkurranse om anskaffelse av fire boliger for funksjonshemmede med tomt, idet vedkommende ikke klarte å anskaffe tomt. Klagers anførsel om at kommunen hadde forfordelt stedlige firma og ekskludert klager fra å inngi tilbud når kommunen ikke selv hadde skaffet tomt, ble av klagenemnda under tvil ikke tatt til følge. Dissens.*

**Klagenemndas avgjørelse 20. mars 2006 i sak 2006/21**

Klager: Storegga Entreprenør AS

Innklaget: Balsfjord kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen og Kai Krüger

**Saken gjelder:** Forbudet mot usaklig favorisering av lokale leverandører og kravet om tilstrekkelig konkurranse.

**Bakgrunn:**

- (1) Balsfjord kommune kunngjorde 25. november 2005 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av fire boliger for funksjonshemmede. Konkurransen gjaldt både anskaffelse av tomt og totalentreprise.

- (2) I konkurransegrunnlaget side 1 het det følgende:

*”Balsfjord kommune skal anskaffe 4 boenheter med fellesrom og til funksjonshemmede brukere. Det skal være et kontor/ hvilerom for personale. Tilbyder skal medta hensiktsmessig tomt sentrumsnært på Storsteinnes i tilbudet.”*

- (3) I konkurransegrunnlaget side 2 het det videre at:

*”Kontraktsarbeidene antas å starte opp primo februar 2006 og ønskes avsluttet innen utgangen av år 2006.”*

- (4) Den 8. desember 2005 fikk Storegga Entreprenør AS (heretter kalt klager) tilsendt konkurransegrunnlaget. Klager tok samme dag kontakt med kommunen for opplysninger om eventuelle egnede kommunale tomter og navn på private grunneiere. Den 22. desember 2005 mottok klager navn på 3 grunneiere med aktuelle tomter, samtidig som kommunen opplyste at den ikke selv hadde tomter til formålet. Klager tok kontakt med grunneierne, men fikk da opplyst at disse enten ikke var interessert i å selge, eller at de allerede hadde gjort avtaler med stedlige firma om forkjøpsrett ved utbygging.

- (5) I brev fra klager av 5. januar 2006 ble det bedt om at kommunen endret konkurransegrunnlaget og tilbød egnet tomt til entreprisen. I brevet het det blant annet følgende:

*"Vårt firma er meget interessert i å gi tilbud på prosjektet [...]. Problemet er å skaffe tomt. Vi har kontaktet kommunens Nærings- og forvaltningsapparat og fått oversendt oversikt over ledig areal til boligformål sentrumsnært Storsteinnes. Av de tomter som kan være aktuelle for formålet, viser det seg at hjemmelsinnehaverne enten ikke vil selge til slikt formål eller ønsker å beholde tomtene til eget bruk. Andre opplyser at det er gjort avtaler om at stedlige byggfirma har forkjøpsrett ved utbygging. Vi beklager at kommunen velger en anbudsform som tilgodeser stedlige firma som disponerer tomter eller har avtale med grunneiere om forkjøpsrett ved utbygging. Etter vår mening ville anbudskonkurransen vært mer "fair" om kommunen hadde ordnet med egnet tom til formålet, slik at grunnlaget for konkurransen ble som i "vanlige" totalentrepriser der det konkurreres om pris, planløsning, teknisk standard, funksjonalitet og leveringstid. Vårt forslag er derfor at kommunen tilbyr en egnet tomt som alle påmeldte entreprenører kan benytte".*

- (6) Til dette svarte kommunen i brev av 9. januar 2006 at:

*"Spørsmål om kommunalt tilrettelagt tomt har på et tidligere tidspunkt vært vurdert i denne saken. Tilbudsgrunnlaget er imidlertid utformet i tråd med politisk vedtak og intensjon. Det er dermed ikke aktuelt å endre tilbudsgrunnlaget slik De foreslår, og konkurransen fortsetter som utlyst".*

- (7) Etter dette innga Storegga Entreprenør AS klage til klagenemnda. Innklagede mottok 2 tilbud i saken, hvorav det ene ble avvist som mangelfullt i forhold til konkurransegrunnlagets krav. Innklagede har ennå ikke inngått kontrakt og antar at dette først vil skje i slutten av mars 2006. Saken er derfor bedt prioritert av klagenemnda.

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

- (8) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (9) Klager anfører at innklagede har forfordelt stedlige firma og ekskludert klager fra å inngi tilbud ved å ikke tilby egnet kommunalt eid tomt til den etterspurte totalentreprise.

##### *Innklagedes anførsler:*

- (10) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (11) Oppdragsgiver definerer selv sitt behov ved en anskaffelse og må stå rimelig fritt til det så lenge behovet er legitimt. Anskaffelsen er en del av et større prosjekt, hvor kommunen skal etablere seks omsorgsboliger innen psykisk helsevern. Fra de fremtidige brukerne av anskaffelsen er det blant annet stilt krav om at de nye boligene skal være i tilsvarende avstand fra Storsteinnes sentrum som de eksisterende. Innklagede disponerer ikke selv tilfredsstillende grunn for formålet, og har heller ikke tid til å anskaffe slik, idet hele prosjektet må være gjennomført innen utgangen av 2007 for å få tilsagt statstilskudd. Det vil også innebære ekstra kostnader dersom

innklagede selv skal skaffe egnet tomt. Innklagede hadde derfor legitim grunn for anskaffelsen slik den fremkommer i konkurransegrunnlaget.

**Klagenemndas vurdering:**

- (12) Klager ønsket å delta i konkurransen og har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (13) Kontrakten består av to ytelser: anskaffelse av en tomt og totalentreprise i forbindelse med oppføring av fire boliger. Ytelsene har saklig sammenheng, da boligene skal oppføres på tomten. Anskaffelsen av tomten faller isolert sett utenfor anskaffelsesreglene, jf. forskriftens § 1-3 (2) bokstav b, men det er ikke noe i veien for at anskaffelsesmyndigheten også utlyser konkurranse om egnet tomteskjøp.
- (14) Spørsmålet i saken er om beslutningen om å anskaffe både tomt og totalentreprise i samme konkurranse rettstridig favoriserer lokale leverandører eller på annen måte usaklig begrenser konkurransen, jf. kravet til konkurranse og likebehandling i lovens § 5 og forbudet mot diskriminering på grunn av lokal tilhørighet i forskriftens § 3-1 (3).
- (15) Som et utgangspunkt har oppdragsgiver en relativt vid skjønnsadgang knyttet til å vurdere hvilke behov som skal dekkes ved en kunngjort konkurranse, og i hvilken grad forskjellige ytelser i denne forbindelse skal kobles sammen. Samtidig er det klart at en sammenkobling mellom et eiendomssalg og en entreprise vil kunne åpne for omgåelser og favorisering av lokale tilbydere. Det kan for eksempel være en bestemt tomt som klart peker seg ut som mest fordelaktig, og eierens valg av samarbeidspartner kan da bli avgjørende for utfallet av konkurransen. Et annet eksempel er at kjennskap til at en slik konkurranse vil bli gjennomført, kan lede til posisjonering av de tilbyderne som har fått slik kjennskap, lenge før konkurransen blir utlyst. Dette vil være i strid med anskaffelsesreglenes formål. En sammenkobling som i den foreliggende sak vil derfor alltid være problematisk, og ofte ulovlig.
- (16) Klagenemnda har delt seg i et flertall og et mindretall i vurderingen av denne saken.
- (17) *Flertallet* (Dons Jensen og Goller) er kommet til at klagen ikke fører frem og bemerker:
- (18) Til tross for innvendingene gjengitt over, kan flertallet ikke se at det er rettslig grunnlag i anskaffelsesreglene for å oppstille noe ubetinget og generelt forbud mot å koble sammen en anskaffelse av fast eiendom og en entreprisekontrakt. Etter omstendighetene vil dette kunne være hensiktsmessig, og i samsvar med anskaffelsesreglenes krav. Det må derfor foretas en konkret vurdering av hvorvidt den valgte fremgangsmåte diskriminerer leverandører på grunn av lokal tilhørighet, eller usaklig begrenser konkurransen. Sentrale momenter i denne vurderingen vil være hvorvidt oppdragsgiver kan påvise objektive grunner for den valgte fremgangsmåte, og at konkurranse ikke utelukkes ved sammenkoblingen. Ved vurderingen må det også tas hensyn til proporsjonalitetsprinsippet, det vil si om myndighetene kan oppnå det samme formål med mindre inngripende (mindre diskriminerende eller konkurransebegrensende) tiltak.

- (19) Den foreliggende sak fremstår som et grensetilfelle. Valget av konkurranseform synes i realiteten å ha begrenset konkurransen, men innklagede har samtidig kommet med en legitim begrunnelse for hvorfor det var behov for å gjennomføre anskaffelsene som én konkurranse. Selv om entreprenører og grunneiere måtte utarbeide tilbud i felleskap, kunne partene fritt velge medkontrahent, og det å skaffe forkjøpsrett hos privat grunneier er et privat forhold som kommunen ikke har kontroll over. Det var i dette tilfellet i utgangspunktet flere tomter som kunne være aktuelle for utbygging, men bare én grunneier som viste seg å være interessert i å selge. Forhold som rask henvendelse, pris og kjennskap vil kunne ha betydning for grunneierens vurdering av hvem vedkommende vil samarbeide med, og dette kan etter omstendighetene favorisere lokale entreprenører. Flertallet kan imidlertid ikke se at dette er fordeler av en annen karakter enn det lokalkjennskap ofte kan gi, og dette kan ikke i seg selv være tilstrekkelig til å konstatere regelbrudd.
- (20) Flertallet kan således, om enn under tvil, ikke se at det foreligger en ulovlig favorisering av lokale entreprenører eller en usaklig begrensning av konkurransen i det foreliggende tilfellet.
- (21) *Mindretallet* (Krüger) mener at klagen fører frem og bemerker:
- (22) Kommunale entrepriseoppdrag skal være gjenstand for konkurranse, og tildeling skal ikke favorisere tilbydere med lokal tilhørighet. Godtar man at anskaffelsesmyndigheten kobler slike oppdrag til tomtekjøp innen kommunen, vil dette normalt gi fordeler for entreprenører med lokalkunnskap, jf. vedrørende konkurranseprinsippet og kravet til lik behandling av tilbyderne i lovens § 5 generelt og vedrørende preferanser for lokale foretak i forskriftens § 3-1 (3) spesielt. *Mindretallet* mener derfor at det ikke kan være tvilsomt at nødvendig hjemmel foreligger for å anse en slik fremgangsmåte som lovstridig.
- (23) *Mindretallet* forstår at innklagede i dette tilfellet hadde behov for å oppnå statsstøtte i tide, og at man blant annet av den grunn ikke ville involvere seg i tomtekjøp, men heller valgte å overlate dette til markedet. Men det er på det rene at det aktuelle areal under enhver omstendighet skulle gå over til innklagede etter at bygget var oppført. Det er dermed etter proporsjonalitetsprinsippet et spørsmål om hvorvidt de anførte hensyn og behov på kommunens side veier opp ubestridt forskjellsbehandling av aktuelle tilbydere på landsbasis, slik som i dette tilfellet, hvilket flertallet riktig påpeker. Regelen i forskriftens § 3-1 (3) om at det ikke skal diskrimineres på grunn av lokal tilhørighet, må leses med forbehold og begrensninger. *Mindretallet* ser allikevel ikke at de anførte hensyn på innklagedes side er tungtveiende nok, og mener at konsekvensene av flertallets løsning lett vil kunne bli at det åpnes for tilsvarende opplegg der en kommune av forskjellige grunner ser seg tjent med å overlate tomtekjøpet til entreprenøren fremfor å følge det som ellers er den normale prosedyre i norske forhold, nemlig at kommunen skaffer tomt (med eller uten konkurranse) og uavhengig av dette utlyser entrepriseoppdrag på vanlig måte. Eventuelt kan en kommune inngå avtale med aktuell grunneier om at denne skal overdra til eller via den entreprenør som vinner konkurransen. For grunneieren vil det gjennomgående spille liten rolle hvem som skal stå for arbeidene når tomten er øremerket for kommunen. Og det blir under enhver omstendighet vanskelig å skille ut konkrete tilfelle der en slik fremgangsmåte allikevel må godtas, noe *mindretallet* mener er en svakhet ved den begrunnelse som flertallet har gitt for sitt standpunkt. Det overordnede i saker om

kommunale prosjekter er at oppføring av bygg og anlegg skal kunngjøres uten at det åpnes for lokale preferanser.

- (24) Anvender man samme løsning på kontrakter over terskelverdiene (forskriftens del II), vil en kobling av byggeoppdrag til tomtekjøp i Norge utvilsomt gi fordeler for norske oppdragstakere i strid med EØS-avtalens art. 4.

**Konklusjon:**

Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å samle både anskaffelse av tomt og totalentreprise i samme konkurranse.

For klagenemnda  
20. mars 2006

Morten Goller