



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av kontorlokaler i Haugesund sentrum. Klagenemnda fant at anskaffelsen var omfattet av unntaket i forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) bokstav b, slik at forskriften ikke kom til anvendelse. Lov om offentlige anskaffelser kom derimot til anvendelse. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt loven ved at klager ble nektet innsyn i anskaffelsesprotokoll og valgte leverandørs tilbud, men antok at de grunnleggende kravene i lovens § 5 innebærer at innklagede må opplyse om totalpris på valgte leverandørs tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 4. juli 2007 i sak 2007/20

Klager: Haugli Eiendom AS

Innklaget: Haugesund kommune og NAV Rogaland

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: Klassifisering av kontraktens gjenstand. Dokumentinnsyn.

Bakgrunn:

- (1) NAV Rogaland og Haugesund kommune (heretter kalt innklagede) inviterte ved annonse i Haugesunds Avis 29. april 2006 til en konkurranse for anskaffelse av kontorlokaler i Haugesund sentrum.
- (2) Ved brev av 8. mai 2006 fikk Haugli Eiendom AS (heretter kalt klager) blant annet oversendt standard kravspesifikasjon. Av oversendelsesbrevet fulgte at leietiden skulle være fem år med mulighet for forlengelse av leieavtalen med tre ganger inntil fem år.
- (3) Fra "Standard kravspesifikasjon" hitsettes:

"1.1 Dokumentbeskrivelse

[...]

Prosessene med innleie av lokaler til etatens enheter vil vekselvis være leie av lokaler i eksisterende bygg og leie av lokaler i nybygg."

- (4) Innen tilbudsfristens utløp 1. juni 2006 var det kommet inn tilbud fra syv leverandører. Blant disse var klager og Øvregaten 126 AS (heretter kalt Øvregaten

126). I klagers tilbud var det opplyst at en leieavtale forutsatte nybygg. Øvregaten 126 tilbød leie i eksisterende bygg med fire etasjer, eventuelt tre etasjer med påbygg.

- (5) Alle tilbyderne presenterte sine prosjekter for arealgruppen i møter 13. og 14. juni 2006.
- (6) Det ble holdt oppsummeringsmøte i arealgruppen 22. juni 2006. I møtet ble det konkludert med at det burde jobbes videre med de tre mest aktuelle tilbudene, herunder tilbudene fra klager og Øvregaten 126. Fra et notat i forbindelse med oppsummeringsmøtet hitsettes:

"TILDELINGSKRITERIER

Det er avtalt at følgende kriterier skal vektlegges ved valg av kontorlokaler:

- *funksjonalitet*
- *fleksibilitet*
- *beliggenhet og atkomst*
- *innflyttingstidspunkt*
- *pris*"

- (7) Det ble holdt møter med de tre mest aktuelle tilbyderne i uke 33 og 34. I et notat fra en representant hos Haugesund kommune av 29. august 2006 var det opplyst hvordan tilbudene så ut etter møtene. Fra notatet hitsettes:

"Øvregata 126 – "Telebygget"

- *i eksisterende bygg med påbygg*
- *på 3 etasjer – 2 for NAV-kontor og 1 for spesialenheten"*

- (8) I notatet innstilte Haugesund kommunes representant på at det skulle inngås avtale om leie av Øvregaten 126, "Telebygget", med påbygg.
- (9) I brev datert 8. september 2006 ble klager meddelt at innklagede hadde valgt å inngå leieavtale med Øvregaten 126. Fra meddelelsesbrevet hitsettes:

"Etter en samlet vurdering av de mottatte tilbudene fremstår tilbudet om leie av Øvregaten 126, "Telebygget", som det gunstigste. NAV vil nå inngå avtale om leie av kontorlokaler i dette bygget."

- (10) Klager påklaget vedtaket i brev av 2. oktober 2006. I brevet ble det også bedt om en begrunnelse for vedtaket, samt innsyn i sakens dokumenter. De samme krav ble opprettholdt i brev fra klager av 9. oktober 2006.
- (11) Innklagede besvarte henvendelsene ved brev datert 27. oktober 2006. I brevet skrev innklagede følgende:

"Rådmannen i Haugesund kommune og NAV-direktøren har vedtatt at det skal inngås leieavtale med Øvregaten 126 AS om leie av kontorlokaler for NAV i Øvregaten 126.

Tilbudet på lokalene i Øvregaten 126 tilfredsstiller kravspesifikasjonene for lokaler for NAV-kontorer og er det mest økonomisk fordelaktige av de mottatte tilbudene.

Leieprisen i dette tilbudet er vesentlig lavere enn Deres tilbudte leiepris for lokaler i Ludolf Eidesgate 6. Øvregaten 126 skal være klar for innflytting 1. september 2007.

Utover dette vil det ikke bli opplyst om detaljer i tilbudene.”

- (12) Ved brev av 23. november 2006 ba klager om at innklagede oversendte klagen datert 2. oktober 2006 til kompetent klageorgan. Begjæringen om dokumentinnsyn ble samtidig opprettholdt.
- (13) Innklagede svarte i brev av 8. desember 2006 at ”[v]edtak om tildeling av leiekontrakt [...] ikke [er] et enkeltvedtak, og forvaltningsloven kommer derfor ikke til anvendelse. Forvaltningslovens bestemmelser om klagerett og rett til dokumentinnsyn gjelder således ikke.”
- (14) Under henvisning til lov og forskrift om offentlige anskaffelser opprettholdt klager ved brev av 14. desember 2006 begjæringen om begrunnelse og partsinnsyn i sakens dokumenter.
- (15) Innklagede avviste begjæringen ved brev datert 21. desember 2006 under henvisning til at ”[f]orskrift om offentlige anskaffelser kommer ikke til anvendelse i denne saken – jfr forskriftens § 1-3 bokstav b”.
- (16) Det ble inngått tre kontrakter med Øvregaten 126. En av disse ble inngått med Haugesund kommune for den kommunale andelen av NAV-kontoret, mens to kontrakter ble inngått med NAV Rogaland. Innklagede har for klagenemnda opplyst at leieobjektet totalt består av ca 2200 m² eksisterende bygg og ca 650 m² med påbygg.
- (17) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 18. februar 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Anskaffelsen omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser, ettersom anbudsinnsbydelsen forutsatte mulighet for leie i så vel nybygg som eksisterende bygg. Leie i et bygg som mer eller mindre gjennomgår en fullstendig om- og utbygging etter innklagedes spesifikasjoner er omfattet av forskriften.
- (19) Krav om innsyn i sakens dokumenter er hjemlet i lov om offentlige anskaffelser § 5, jf kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet. Partsinnsyn i saken må innbefatte alle relevante dokumenter i saken, herunder anskaffelsesprotokoll og de andre leverandørenes tilbud. Innklagedes begrunnelsen er ikke tilstrekkelig detaljert og konkretisert til at klager kan foreta en effektiv kontroll av at avslaget er i samsvar med gjeldende rett. Dersom klager skal kunne kontrollere at tildelingsvedtaket er i samsvar med regelverket, må klager innvilges partsinnsyn i saken.
- (20) Uavhengig av spørsmålet om dokumentinnsyn må KOFA på selvstendig grunnlag kontrollere at vedtaket om valg av leieobjekt er i samsvar med gjeldende rett.

Innklagedes anførsler:

- (21) Forskrift om offentlige anskaffelser kommer ikke til anvendelse i denne saken, jf forskriftens § 1-3 (2) bokstav b. Selv om ordlyden i forskriften kun unntar leie i eksisterende bygg, må intensjonen bak unntaket være at også bygninger som eksisterer på tidspunktet for overdragelsen av kontraktsgjenstanden omfattes. Det må tillegges avgjørende vekt at leie av bygninger som er avhengig av geografisk plassering ikke har noe med grenseoverskridende handel å gjøre. Innklagede ønsker å leie lokaler i Haugesund sentrum og ingen andre steder. Det er et rent leieforhold som etterspørres, ingen bygge- og anleggskontrakt, og innklagedes hadde til hensikt å inngå en reell leieavtale. Dette støttes av at det aldri var aktuelt for innklagede å bidra med kommunal tomt i denne sammenheng. Det har ikke vært tale om å fordele risiko for eventuelle byggekostnader. Og eventuell opsjon på å kjøpe bygget har heller aldri vært aktuelt.
- (22) Forutsatt at forskriften likevel kommer til anvendelse, følger det av forskrift om offentlige anskaffelser § 3-2, jf forskrift til offentlighetsloven av 14.02.86 nr. 351 – delegering av myndighet – at tilbud og protokoller som nevnt i anskaffelsesforskriften kan unntas fra offentlighet, jf V nr. 12. Tilbudene inneholder forretningshemmeligheter som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagenemnda behandler tvister etter lov om offentlige anskaffelser og forskrifter hjemlet i denne. Klagen er rettidig.

Klassifisering av kontraktens gjenstand – forholdet til lov og forskrift

- (24) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 § 1-3 (2) bokstav b, at forskriften ikke får anvendelse ved leie av ”eksisterende bygninger”. Innklagede opplyste i standard kravspesifikasjonen at leie av lokaler til etatens enheter vekselvis ville være leie av lokaler i eksisterende bygg og leie av lokaler i nybygg. Dersom det inngås avtale om leie i bygg som skal oppføres og tilpasses oppdragsgivers behov, vil man lett kunne bevege seg over i en bygge- og anleggsanskaffelse som skal kunngjøres og gjennomføres i tråd med reglene for slike kontrakter, jf klagenemndas saker 2005/297 og 2006/98.
- (25) Kontraktene som ble inngått mellom innklagede og Øvregaten 126 gjaldt leie i et eksisterende bygg med påbygg, hvorav påbygget utgjorde vel 20 % av utleieobjektets totale størrelse.
- (26) Kontraktene er standard husleieavtaler som innklagede bruker. I avtalene er det henvist til at lokalene skal være i samsvar med innklagedes kravspesifikasjoner, som også er oppgitt å være standard for leie i både eksisterende bygg og nybygg. Slike vilkår er ikke uvanlige ved forberedelse av større leieavtaler i privat eller offentlig sektor. Klagenemnda kan ikke se at innklagede ved inngåelsen av husleieavtalene i realiteten ble stilt som en byggherre i et entrepriseforhold. Kontraktene gir ikke innklagede rett til å bli eier. Innklagede har verken opsjon på kjøp eller forkjøpsrett ved et eventuelt salg. Etter klagenemndas oppfatning er det således tale om et reelt leieforhold også for påbyggets/nybyggets del. I juridisk teori er det hevdet at leieavtaler i fremtidige bygninger (nybygg) faller innenfor unntaket i § 1-3 (2) bokstav b, forutsatt at det er snakk om en reel leieavtale og ikke en bygge- og

anleggskontrakt, jf Sue Arrowsmith "The Law of public and utilities procurement" (1996) s. 157 hvor det står at "... the concept of "existing" buildings should be construed to cover those which exist at the time of transfer, not just at the time of contract ...".

- (27) Klagenemnda legger etter dette til grunn at forskrift om offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse på anskaffelsen, jf forskriftens § 1-3 (2) bokstav b.
- (28) Leie av fast eiendom må allikevel klassifiseres som en tjeneste og dermed oppstår spørsmålet om forholdet faller inn under lovens generelle virkeområde, jf. § 3 om at loven gjelder anskaffelser av "varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av oppdragsgivere som nevnt i § 2" uten slike unntak som i forskriftens § 1-3 (2), samtidig som lovens § 7a fastslår at tvisteløsningsorganet skal løse "tvister om rettigheter og plikter etter denne lov og forskrifter...".
- (29) Etter klagenemndas oppfatning er det rettskildemessig noe uklart hvorvidt lov om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse i denne saken. Ordlyden i § 3 dekker enhver tjeneste uten unntak, men det kunne ligge nær å lese dette slik at lovens virkeområde allikevel følger de begrensninger som forskriften inneholder, slik som når det gjelder lovens § 2 om hvilke oppdragsgivere som omfattes. I forarbeidene later det ikke til at lovgiver har drøftet problemstillingen om hvorvidt loven skal gis et videre virkeområde enn forskriften. Den utvidelse som fant sted ved lovendringen i 1999 gjaldt først og fremst offentlige anskaffelser under dagjeldende EØS terskelverdier (2001-forskriftens Del III, NOU 1997:21 s 115 og Ot prp nr 71 (1997-98) s 66). Hvis leie av fast eiendom omfattes av loven og følgelig også av klagenemndas kompetanse, kan det se ut til at dette også må gjelde de øvrige unntakene i forskriftens § 1-3 (2), så som voldgiftsoppdrag, kringkasting, arbeidsavtaler, finansielle tjenester, tildeling til konsesjonærer, hvilket virker utilsiktet. Til det kommer at de alminnelige krav til anskaffelser fastsatt i lovens § 5 til dels omhandler det samme som i forskriftens del I hvor det særlig i § 3-1 er gitt noenlunde tilsvarende regler som i lovens § 5.
- (30) Fornyings- og administrasjonsdepartementets nye veileder til forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 s. 18 forutsetter at loven går lenger enn forskriften:

"Selv om en anskaffelse er omfattet av et av unntakene, kommer lov om offentlige anskaffelser som hovedregel til anvendelse."

Setningen er tilføyet en tekst som ellers står uendret fra forskriften av 2001, men gjelder forståelsen av en uendret lovbestemmelse, og kan derfor anses som et relevant departementalt "etterarbeid" til lovteksten.

- (31) I juridisk teori antas det at loven som hovedregel må komme til anvendelse selv om anskaffelsen er unntatt fra forskriftens virkeområde, jf Dragsten/Lindalen Kommentartutgave (2005) Bind I s. 384 og Amdal/Roll-Matthiesen Kommentartutgave (2004) s. 91, jf s. 75, men forfatterne drøfter ikke spørsmålet nærmere.
- (32) Klagenemnda har vært i tvil om dette spørsmålet. Lovens generelle saksbehandlingskrav går på den ene side kortere enn forskriften ved at det ikke

gjelder noe uttrykkelig krav til protokollføring og ved at opplysningsplikt og krav til kunngjøring og begrunnelser for beslutninger ikke kan bygges på forskriftens § 3-8. De grunnleggende krav som stilles opp i lovens § 5 går på den annen side noe lenger enn de som ville gjeldt etter alminnelige forvaltningsrettslige regler og kan derfor passe for anskaffelser som etter sin art ligger nær de som faller inn under forskriftens virkeområde, så som at visse tjenesteanskaffelser bør undergis krav til forutberegnelighet og etterprøvbarhet. Veilederen av 2006 tar et forbehold om loven "som hovedregel" skal anvendes og kan derfor forstås dit hen at man må se på hvert av unntakene i forskriftens § 1-3 (2) for å avgjøre om loven passer.

- (33) Nemnda antar etter dette at innhenting av tilbud på leie av eiendom til offentlige formål ligger så nær tradisjonelle tjenestekjøp at det faller naturlig å anvende lovens § 5 på slike kontrakter.

Innsyn etter lovens § 5

- (34) Forvaltningslovens § 18 om partsinnsyn gjelder saksforberedelse ved enkeltvedtak som definert i lovens § 2 a og b og kommer ikke til anvendelse ved kontraktstildeling. Gjeldende lov om offentlighet i forvaltningen 19.6.1970 med forskrift 14.12.1986 nr 3521 gir adgang til unntak fra offentlighet for tilbud og protokoller i anskaffelsesvirksomhet (ny offentlighetslov 2005 § 23 utvider innsynsretten, men er ikke trådt i kraft). Retten til partsinnsyn i vår sak må dermed fastlegges på bakgrunn av de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5 og særlig kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet, jf blant annet klagenemndas sak 2005/300 premiss (16) og (17), jf Dragsten/Lindalen Kommentartutgave (2005) Bind I s. 596 flg. Forskriftens § 3-3 om taushetsplikt kommer ikke til anvendelse i nærværende sak, men forvaltningslovens alminnelige regler om taushetsplikt for forretningshemmeligheter vil gjelde, jf lovens § 13 som gjelder forvaltningsvirksomhet generelt, ikke bare ved enkeltvedtak. Tilbudspriser ved offentlige anskaffelser anses etter nemndas praksis ikke som forretningshemmeligheter eller underlagt taushetsplikt, dette i motsetning til enhetspriser og sensitive detaljer i innleverte tilbud.
- (35) For anskaffelser som ikke følger forskriftens regler, er det ingen plikt til å føre anskaffelsesprotokoll. Klagenemnda vil imidlertid bemerke at selv om det ikke stilles krav til protokollføring, må oppdragsgiver i medhold av kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet sikre en rimelig grad av dokumentasjon fra anskaffelsesprosessen. Det er i saken uklart hvorvidt det er ført protokoll eller om det foreligger andre interne referater fra prosessen. Derimot foreligger det et tilbud fra valgte leverandør, og dette må klager kunne kreve opplysninger fra for å sikre den etterprøving som lovens § 5 forutsetter.
- (36) Klagenemndas saksbehandling er basert på skriftlighet, og spørsmålet om partsinnsyn i innklagedes saksbehandling er dårlig opplyst av partene. Klagenemnda finner det på denne bakgrunn vanskelig å utdype klagers rett til innsyn i saken. Et minstekrav må imidlertid være at klager får rett til å bli kjent med valgte leverandørs totalpris. På dette punkt har innklagede brutt lovens § 5 om gjennomsiktighet og etterprøvbarhet.

Øvrige anførsler

- (37) En klage til klagenemnda må være basert på anførsler knyttet til konkrete brudd på anskaffelsesregelverket. Klagers anførsel om at klagenemnda må kontrollere at vedtaket om valg av leieobjekt er i samsvar med gjeldende rett, er for vagt fremmet for at klagenemnda kan ta stilling til dette.

Konklusjon:

Haugesund kommune har ikke brutt regelverket ved å nekte å utlevere protokoll og tilbud fra valgte leverandør, men klagenemnda antar at de grunnleggende kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5 må føre til at innklagede plikter å opplyse om valgte leverandørs pris og vilkår.

For klagenemnda,
4. juli 2007


Bjørg Ven