



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede inngikk en avtale om å leie lokaler for ambulansestasjoner med Lyngen kommune. Klagenemnda kom til at avtalen i realiteten var en bygg- og anleggsanskaffelse som var omfattet av regelverket, og at innklagede ikke hadde kunngjort anskaffelsen i samsvar med forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 (2), jf. § 2-2, og dermed gjennomført en direkteanskaffelse. Nemnda gikk ikke inn på om det forelå grunnlag for illeggelse av overtredelsesgebyr, jf. lovens § 7, siden direkteanskaffelsen fant sted før reglene om illeggelse av gebyr trådte i kraft den 1. januar 2007.

Klagenemndas avgjørelse 2. juni 2008 i sak 2008/04

Klager: Ola O. K Giæver

Innklaget: Universitetssykehuset Nord-Norge HF

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Siri Teigum, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Klassifikasjon av kontrakten. Ulovlig direkteanskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Universitetssykehuset Nord Norge HF (heretter kalt innklagede) inngikk avtale med Lyngen kommune om leie av lokaler til ambulansestasjoner på Lyngseidet og Sør-Lenangen i Lyngen kommune i desember 2006.
- (2) Innklagede hadde opprinnelig avtaler vedrørende leie av lokaler med private ambulansseeiere, men overtok ansvaret for ambulansetjenesten med virkning fra 1. desember 2006. Det hitsettes følgende fra Helse Nord HF's vedtak i sak 06-2006 i pkt. 2:

" 2. Bil- og båtambulansetjenesten er i økende grad en spesialisert helsetjeneste med tilhørende krav til kompetanse, gjennomgående kvalitetssystemer, integrasjon og faglig lederskap. For å sikre en optimal ivaretagelse av ansvaret, på linje med den øvrige del av spesialisthelsetjenesten, skal bilambulansetjenesten og den helsefaglige del av båtambulansetjenesten i Helse Nord i sin helhet ivaretas av helseforetakene. Overtakelsen av bilambulansetjenestene skjer etter hvert som kontraktene med private drivere går ut."
- (3) Som følge av vedtaket ble avtalene med de daværende private ambulansseeierne sagt opp med virkning fra 1. desember 2006.
- (4) Innklagede vedtok som følge av vedtaket en ambulanseplan av 29. mars 2006 som innebar etablering av to ambulansestasjoner i Lyngen kommune, lokalisert i hhv Lyngseidet og Sør-Lenangen.

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

- (5) I brev av 2. mai 2006 rettet innklagede en forespørsel til Lyngen kommune. Det hitsettes fra punkt 2 i brevet:

" 2. Stasjonering - ønske om leie av lokaler

Ett av ambulansplanens bærende prinsipper er etablering av ambulansestasjoner med kasernert tilstedevakt og bygging av aktive ambulansfaglige miljøer. I kommunene Skjervøy og Sørreisa skal det imidlertid i en 2- årig prøveperiode være hjemmenvakt.

Ved etablering av ambulansestasjoner er UNN i første rekke interessert i å leie nødvendige lokaler. Krav til lokaler er bl.a:

- Fortrinnsvis i tilknytning til kommunal helsetjeneste (legekontor, sykehjem, omsorgsboliger eller lignende)*
- Oppvarmet garasje for ambulansebil*
- Nødvendige oppholdsfasiliteter for personellet -i praksis en "ordinær" leilighet med oppkoblingsmuligheter for PC og Internet.*

Vedlagt følger en nærmere oppstilling av krav til lokalene.

I henhold til vedtaket i styret for UNN skal det i Lyngen kommune fortsatt være 2 døgnambulanse, men med noe endret lokalisering i forhold til tidligere. Ambulansen i Ytre Lyngen (Lenangen) skal flyttes til Sør- Lenangen, mens ambulansen som har vært stasjonert på Elvebakken skal flyttes til Lyngseidet. Dette innebærer at det må etableres 2 fullverdige ambulansestasjoner i kommunen på de to nevnte steder.

I den forbindelse vil UNN be om en snarlig tilbakemelding fra kommunen om hvorvidt kommunen har disponible lokaler disse stedene som tilfredsstiller de krav som er stilt ovenfor og i vedlegget. I så tilfellet ønsker UNN en nærmere dialog med kommunen om leie av lokalene.

Dersom kommunen ikke selv disponerer egnede lokaler, bes det om mulig opplyst om kommunen kjenner til hvorvidt det er andre potensielle utleiere i kommunen. Vi er i så tilfelle interessert i å komme i nærmere kontakt med vedkommende.

[...]

- (6) I vedlegget til brevet fremgikk det følgende om kravene til lokaler:

"AMBULANSESTASJONER I LYNGEN KOMMUNE-KRAV TIL LOKALER M.V

Styret for UNN har vedtatt at ambulansetjenesten som hovedprinsipp skal organiseres med kasernert tilstedevakt. Dette stiller krav til lokaler for ambulansestasjon på de enkelte stasjonsingssted. Der hvor det skal være stasjonert 1 ambulansebil (døgnbil) vil det være 2 personer på vakt til enhver tid. For øvrig vises til ambulansplanens kap.3.6.1.- Krav til infrastruktur på stasjonsingssteder.

For begge ambulansestasjoner gjelder:

Lokalene må som minimum tilfredsstille følgende krav:

- Fast oppvarmet garasje- om lag 4x9m.*

- Kontor (10-15 m2)
- Oppholdsfasiliteter for min. 2 personer.
- Stue
- Kjøkken
- Soverom
- Bad/toalett
- Vaskerom med mulighet for installering av vaskemaskin og tørkeskap
- Garderobe

Det må være mulighet for oppkobling av PC med Internet (bredbånd).

Videre må det være parkeringsmuligheter for privatbil(er) ved/i tilknytning til stasjonen. Om vinteren må det være tilgang på brøytetjenester.

For UNN vil det i utgangspunktet være ønskelig å leie en fullt møblert stasjon(leilighet) som tilfredsstiller nevnte krav, men dette spørsmålet kan også diskuteres nærmere."

- (7) Innklagede og Lyngen kommunen hadde senere et møte medio juni 2006 hvor det var enighet om at Lyngen kommune skulle gå videre i en prosess med å få utarbeidet et forprosjekt for ny ambulansestasjon på Lyngseidet og i Sør- Lenangen. I tilknytning til møtet ble det gjort rede for UNN sin henvendelse til Lyngen kommune i et møte i Levekårsutvalget i kommunen den 15. juni 2006.

"Saksopplysninger

I brev av 02.05.06 retter UNN spørsmål til kommunen om leie av lokaler for etablering av to ambulansestasjoner i Lyngen, en i Sør- Lenangen og en på Lyngseidet.

Lokaliseringen ønskes fortrinnsvis i tilknytning til kommunale helsestasjon (legekontor, sykehjem, omsorgsbolig, m.v.)

Kommunen disponerer ikke selv over egnede lokaler til formålet selv, om det forefinnes private lokaler er tvilsom, særlig vurdert mot den kravspesifikasjonen som er lagt til grunn.

Stasjonen i Sør- Lenangen ønskes etablert ved siden av skolen, mens stasjonen på Lyngseidet ønskes etablert på den delen av tomta som er ledig ved siden av Lyngstunet, tvers over akuttinngangen, noe som også ønskes av akuttmedisinsk team i kommunen.

På forespørsel fra UNN er det muntlig gitt uttrykk for at kommunen kan ta seg av oppføringen og driften av disse to ambulansestasjonene mot at leietiden blir tilfredsstillende med tanke på dekning av kapitalutgiftene m.v og at kommunen får dekket sine drifts - og administrasjonsutgifter.

Et annet alternativ er at UNN selv forestår bygging og driften på anvist tomt.

Administrasjonssjefens vurderinger:

Administrasjonssjefen viser til henvendelsen og konkluderer med at det ikke finns egnede lokaler verken i Sør- Lenangen eller på Lyngseidet, ut fra dette må etableringene skje ved nybygg, enten ved at kommunen bygger for utleie eller at UNN selv bygger etter å ha fått anvist tomt, eller kjøpt tomt av kommunen.

Prinsipielt er administrasjonssjefen av den formening av UNN kan forstå byggingen selv og vil i utgangspunktet foreslå dette, men vil selvsagt være villig til forhandling dersom om betingelsene dersom UNN ønsker en annen løsning.

Ut fra foranstående tilrås slik vedtak:

Administrasjonssjefens innstilling til vedtak:

Dersom det er ønskelig vil UNN kunne kjøpe tomt av kommunen og forstå nødvendig bygging både i Sør- Lenangen og på Lyngseidet.

- (8) Det ble fattet vedtak den 8. september 2006 om at Lyngen kommune skulle stå for bygging av ambulansestasjonene med formål å leie disse ut til innklagede.
- (9) I møtebok fra Lyngen kommune av 3. november 2006 fremgår det at Lyngen kommune har hatt prosjektet vedrørende bygging av ambulansestasjonen ute på anbud. Når det gjelder kostnadene for byggingen fremgår det følgende om dette i møteboken:

"Når det gjelder kostnadene for begge ambulansestasjonene så vil det påløpe kostnader utover byggekostnadene til tomteanskaffelse og reserveløsninger inntil stasjonene står ferdig.

Alle kostnader inkl. kapitalkostnadene, heri også adm. kostnader blir regnet med beregningsgrunnlaget for husleia. Totalt vil dette bety at kommunen ikke vil ha noen utgifter med å påta seg oppføringen av ambulansestasjonene.

- (10) Innklagede og Lyngen kommune inngikk deretter en avtale benevnt "**LEIEKONTRAKT MELLOM LYNGEN KOMMUNE (som "UTLEIER") OG UNIVERSITETSSYKEHUSET NORD NORGE HF (som "LEIETAKER")**". Kontrakten ble signert av partene henholdsvis 13. desember 2006 (Lyngen kommune) og 8. desember (innklagede) 2006.

Det hitsettes fra kontrakten følgende:

"[...]

2. LOKALENE - HVA LEIEFORHOLDET OMFATTER

2.1 Lokalene

Leieforholdet gjelder lokale i Ambulansestasjonen ved Lyngstuen Helsesenter. Lokalene omfatter 170,4 m²BTA inklusive garasjeanlegg. Tegning over lokalene med garasjeanlegg er vedlagt under bilag A til Avtalen.

Lokalene overtas av leietaker den 15.05. 2007 (heretter benevnt "overtakelsesdatoen").

[...]

3. LEIEFORHOLDETS VARIGHET

3.1 Varighet

Leietiden er 10 år fra overtakelsesdatoen, dvs frem til 15.05. 2017. Etter utløpet av kontraktstiden har leietaker rett til forlengelse av kontrakten i to perioder á 5 år - h.h.v. 15.05.2022 og 15.05.2027.

3.2 Oppsigelse av kontrakten

Kontrakten er uoppsigelig fra utleiers side i hele leieperioden, dvs frem til 15.05.2027. Leietaker kan etter 10 års leietid si opp hele kontrakten med 1 års varsel. Slikt varsel skal gis skriftlig til utleier.

4. LEIESUMMEN

4.1 Årlig leie

Årlig leiesum fastsettes mellom partene med grunnlag i revisorgodkjent byggregnskap for ambulansestasjonen.

[...]

Etter 15.05 2017 skal årlig leiesum reforhandles mellom partene da kapitalkostnader ved bygging av stasjonen er dekket.

4.2 Avgrensning av leiesummen

I leiesummen inngår ikke følgende:

- (a) Utstyr, innredning og annet forbundet med drift av virksomheten; og*
- (b) utgifter til eget energiforbruk, herunder, strøm, oppvarming og varmt vann mv for lokalene; og*
- (c) vaktmestertjeneste for egen bruk, og*
- (d) utgifter til vedlikehold som nevnt under punkt 8 i avtalen, jf. også bilag B*

Utgifter relatert til bokstavene a-d over betales direkte av leietakeren.

[...]

5. BETALING AV LEIESUM

5.1 Betaling av leiesummen

Leiesummen skal betales en gang pr. pr. år ved utgangen av året, i første omgang den 20.12.2007.

[....]

8. LEIETAKERS VEDLIKEHOLDSPLIKT

8.1 Vedlikehold

Det påhviler leietakeren å vedlikeholde lokalene, herunder også ut- og innvendig vedlikehold av inngangsdører og porter samt innvendig vedlikehold av vinduer med omramming, slik at lokalene mv til enhver tid er i håndverksmessig god stand.

Vedlikeholdsplikten omfatter også innretninger som leietaker har anbrakt i lokalene.

Vedlikeholdsplikten omfatter dessuten fornyelse av tapeter og gulvbelegg og annen oppussing og istandsetting innvendig, herunder overflatebehandling av gulv, vegger og tak. Videre omfatter vedlikeholdsplikten ledninger og innretninger som hører til forsyning med avløp for vann, gass, avløp, trykkluft, varme og elektrisk strøm fra egen sikringstavle til lampepunkter og stikkontakter, samt ventilasjons- og kjøleanlegg, samt alt øvrig sedvanemessig indre vedlikehold, herunder vedlikehold av låser, nøkler, ruter, vannklosettskåler med sete, lokk og sisterner.

Alt vedlikehold som leietaker plikter å utføre skal han foreta uten ugrunnet opphold og på en håndverksmessig god måte.

Oppfyller ikke leietaker sin vedlikeholdsplikt, er utleier berettiget til å la vedlikeholdsarbeidet utføre for leietakers regning.

[...]

9. UMLEIERS PLIKTER

Det påhviler utleier å bekoste utvendig bygningsmessig vedlikehold. Likeledes påhviler det utleier å skifte ut tekniske innretninger, slik som ventilasjonsanlegg, fyringsanlegg etc, når disse ikke lenger lar seg vedlikeholde på regningssvarende måte. Utleier skal også sørge for vedlikehold av port(er) til garasjeanlegget. Kun hovedutskiftninger av hele anlegg er utleierens ansvar. Utleieren avgjør alene når hovedutskiftning skal skje.

Dersom øvrige deler av eiendommen eller andre eiendommer som utleier eier skal brukes til virksomhet som kommer i - eller kan komme i konflikt - med leietakers virksomhet, skal utleier innehente forhåndssamtykke fra leietaker. Leietaker skal ha rett til å nekte samtykke dersom den andre virksomheten er til hinder for ambulansevirksomheten. Leietakers skjønn skal tillegges vesentlig betydning ved spørsmålet om det er saklig grunn til å nekte samtykke.

[...]

11. FORSIKRINGER

Hver av partene plikter å holde sine interesser sedvanemessig forsikret. Leietaker skal for øvrig forsikre egen bygningsmessig innredning, fast og løst inventar, løsøre, maskiner, varer, driftstap og ansvar på kombinert bedriftsforsikring.

Leietakers forsikring skal være slik utformet at utleier holdes skadesløs i forbindelse med skader som oppstår i lokalene eller på annen måte som følge av leieforholdet.

Utleier har ikke ansvar for skader som måtte oppstå ved brann, vannledningsskade eller lignende, ut over det som dekkes av de forsikringer som utleier har som huseier.

- (11) Den 3. januar 2007 sendte klager en e-post til bl.a innklagede og klagenemnda for offentlige anskaffelser hvor det blant annet fremkom følgende:

" I kommunestyret den 28. november 2006 ble det vedtatt bygging av 2 Ambulansestasjoner i Lyngen kommune for UNN Tromsø.

[..]

Kommunestyrets representanter fikk i kommunestyremøte 28.11.06 bekreftet at UNN skulle skrive en uoppsigelig kontrakt som ikke kunne sies opp før investeringen var betalt i sin helhet, renter, avdrag, innvending og utvendig vedlikehold, driftsutgifter samt tillegg for tomtekostnader og infrastruktur tilført tomten av Lyngen kommune.

Undertegnede mener at nevnte avtale mellom UNN og Lyngen kommune strider mot EU lovverk (fri og rettferdig konkurranse) og Norsk Lovverk (lov om at offentlige tjenestekjøp skal lyses ut på anbud), følgelig løper både Lyngen kommune og UNN en risiko for inngåelse av ULOVLIG AVTALEVERK"

- (12) I brev av 27. desember 2007 vurderer Helse Nord RHF om innklagede kan ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Det hitsettes fra brevet:

"Vurdering av om kravene til offentlige anskaffelser er fulgt opp

Leieavtalen med Lyngen kommune ble inngått i desember 2006. På det tidspunkt gjaldt forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001. Denne forskriften er avløst av forskrift av 22. desember 2006, ikrafttrådt 1. januar 2007. Bestemmelsene som regulerer problemstillingene i herværende sak, § 1-3 (unntak fra forskriften) og § 2-2 (terskelverdier) er de samme for så vidt gjelder problemstillingene i herværende sak. Det bemerkes at selv om visse typer kontrakter ikke omfattes av forskriften, vil reglene i Lov om offentlige anskaffelser uansett gjelde, og derved også et krav om konkurranse mv.

Kontrakter om erverv eller leie av bygg er unntatt forskrift om offentlige anskaffelser jf FOA § 1-3 (2) litra b. Kontrakter om å leie bygg som på avtaletidspunktet ikke er oppført, omfattes i utgangspunktet ikke av unntaket. Det er heller ikke grunnlag (i andre rettskilder eller annet) for å tolke bestemmelsen utvidende, og det er derfor nærliggende å konkludere med at UNN HF her kan ha brutt reglene i forskrift om offentlige anskaffelser, dersom dette ikke ble konkurranseutsatt.

Avtaler om finansielle tjenester i tilknytning til en leieavtale, jf bestemmelsens siste setning, omfattes ikke av unntaksbestemmelsen. Slike avtaler må i alle tilfelle konkurranseutsettes i tråd med FOA.

Avtalen med Lyngen kommune er benevnt å være en leiekontrakt, altså en tjenestekontrakt. Det er imidlertid det reelle innhold som er avgjørende for hvilken type kontrakt og derved hvilke terskelverdier som skal gjelde. Herværende kontrakt overfører all risiko på oppdragsgiver, som fullfinansierer bygget gjennom den avtalte leiesum. Kontrakten har elementer i seg som gir den preg av å være en bygg- og anleggskontrakt. Om leieavtalen mellom Lyngen kommune og UNN HF er å betrakte som en tjenestekontrakt eller en bygg- og anleggskontrakt har kun betydning for å avgjøre hvilke terskelverdier som gjelder og vi tar derfor ikke stilling til dette.

Vurderingen er etter dette at UNN HF ved å inngå denne avtalen høyst sannsynlig kan ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser, dersom denne ikke ble konkurranseutsatt.

(13) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved e-post av 3. januar 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(14) Innklagede hadde ikke anledning til å inngå en eksklusiv leieavtale av ambulansestasjoner med Lyngen kommune. Dette er en ulovlig direkteanskaffelse som er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.

(15) Innklagede var videre underlagt investeringsstopp, og avtalen er dermed lovstridig.

Innklagedes anførsler:

(16) Foreliggende klage gjelder i første rekke at leie av lokalene i Lyngen kommune er en direkteanskaffelse, og som sådan ulovlig i henhold til bestemmelser i lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

(17) Lyngen kommune og innklagede inngikk en reell leiekontrakt for stasjonene i 2006 dvs før den nye bestemmelsen i § 7 b i lov om offentlige anskaffelser trådte i kraft. I den innledende prosessen rundt leie av lokaler til ambulansestasjoner vurderte innklagede saken slik at leie av lokaler til ambulansetjenesten var omfattet av unntaket i forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3, nr. 2, bokstav b. Innklagede har som leietaker ikke direkte ansvar for drift av bygget, og det eksisterer heller ingen kontraktsmessig forkjøpsrett til stasjonene ved kontraktstidens utløp. Dette må også sees opp mot intensjoner i ambulans planen om samhandling med bl.a. kommunehelsetjenesten med en fortrinnsvis lokalisering av ambulansestasjoner i tilknytning til annen kommunal helsetjeneste. Gitt slik lokalisering ville andre utleiery enn kommunen være relativt uaktuelle. Ut fra disse vurderinger ble det ikke foretatt offentlig utlysning på leie av lokaler til ambulansetjenesten..

Klagenemndas vurdering:

(18) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 at klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver. Kontrakt om leie av ambulansestasjoner ble inngått 13. desember 2006. Klagen er datert 3. januar 2008 og som utgangspunkt for sent fremsatt.

(19) I denne saken sendte klager en e-post til klagenemnda av 3. januar 2007. Klager gjorde klagenemnda oppmerksom på de faktiske forhold i saken, og at kontraktinngåelsen stred mot regelverket for offentlige anskaffelser, uten å be om behandling av saken. Denne e-posten ble derfor ikke fulgt opp som en klage fra nemndas side innledningsvis. Avsender gjorde det imidlertid klart at klagebehandling ønskes ved e-post av 3. januar 2008. Etter omstendighetene finner klagenemnda at klager har avbrutt klagefristen på 6 måneder. Klagenemnda vil derfor i det følgende ta stilling til om inngåelse av kontrakt vedrørende leie av lokaler for ambulansestasjoner utgjør et brudd på kravet til kunngjøring av anskaffelsen i henhold til forordningens § 18-1, jf §§ 2-1 til 2-3. Anskaffelsen av begge stasjonene beløper seg i følge møtebok fra Lyngen kommune av 3. november 2006 på ca 7.360.000 ved fratrukk av tomteknader. Siden kontrakt ble

inngått den 13. desember 2006 er det lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 som kommer til anvendelse i denne saken.

- (20) Utgangspunktet er at forskrift om offentlige anskaffelser får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om *"levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- eller anleggsarbeider"*, jf forskriftens § 1-3 (1). Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse beror i dette tilfellet på om unntaket i forskriftens § 1-3 (2) bokstav b kommer til anvendelse. Det fremgår her at forskriften ikke kommer til anvendelse på:

"kontrakter om erverv eller leie, uten hensyn til finansieringsform, av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom"

- (21) Spørsmålet blir således om den kontrakten som ble inngått mellom innklagede og Lyngen kommune i desember 2006, vedrørende leie av lokaler til ambulansestasjoner, er leie av eksisterende bygning i forskriftens forstand. Dersom det inngås avtale om leie i bygg som skal oppføres og tilpasses oppdragsgivers behov med sikte på et senere eierskifte, vil man 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 premiss (15)-(16), 2006/98 premiss (21) og 2007/20 premiss (24), 2007/124 premiss (29). I sistnevnte avgjørelse kom klagenemnda i premiss (37) til at unntaket for leie av eksisterende bygninger som utgangspunkt også omfatter *"lokaler som først ferdigstilles for tjenesteleverandørens regning med sikte på senere utleie til oppdragsgiver"*. Forutsetningen er at det er tale om en reell leieavtale, og ikke en bygge- og anleggskontrakt.
- (22) Verken lov eller forskrift om offentlige anskaffelser har bestemmelser som nærmere angir hvor grensen skal trekkes. I *"Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar"* fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) fremgår det på side 55 at spørsmålet om det foreligger en reell leielavtale eller en bygge- og anleggskontrakt *"må avgjerast etter ein heilskapsvurdering, der eit viktig spørsmål er formålet med kontrakten og om formålet speglar seg i kontraktsforesegnene. Faren for omgåing av regelverket må tilleggast stor vekt"*. Departementet henviser deretter til en rekke momenter som vil ha betydning for grensedragningen, herunder hvor stor innvirkning oppdragsgiveren har på byggearbeidene, hvem som har risikoen for byggekostnadene, formålet med bygget, tiden kontrakten gjelder for, om det foreligger opsjon for oppdragsgiver på å kjøpe bygget etc.
- (23) Kontrakten i denne saken er betegnet som en *"LEIEKONTRAKT"*, men det avgjørende er hvordan kontrakten reelt sett regulerer forholdet mellom partene. Flere forhold ved kontrakten tyder på at kontrakten er en bygge- og anleggsanskaffelse som ikke omfattes av unntaket i § 1-3 (2) bokstav b. Det fremgår for det første at innklagede skal betale for hele investeringen i den avtalte leieperioden, jf, kontraktens pkt. 4.1, brev av 27. desember 2007 under *"Vurderinger om det er inngått en finansiell leasing avtale"* og i Lyngen kommunes møtebok av 3. november 2006 hvor det fremkommer at: *"Alle kostnader inkl. kapitalkostnadene, heri også adm. kostnader blir regnet med beregningsgrunnlaget for husleia"*. Dette innebærer at kommunen ikke vil ha noen utgifter med å påta seg oppføringen av ambulansestasjonene. Det må derfor være på det rene at leieprisen er fastsatt etter de faktiske byggekostnader, og Lyngen kommune derfor ikke vil påløpe noen risiko mht. kostnadene ved byggingen av stasjonen. Dette er

et moment som taler sterkt i retning av at den foreliggende avtalen er en bygge- og anleggskontrakt.

- (24) Videre er det klart ut fra de faktiske omstendighetene at det er innklagede som har initiert byggingen av stasjonene, og det er også innklagede som fremtrer som den reelle byggherren ved at han både har utarbeidet og godkjent tegningene til bygget, jf. brev av 11. september 2006 hvor det fremgår at *"de to aktuelle stasjonene oppføres i hht tegninger som er utarbeidet og som er godkjent av UNN"*. Formålet med bygget må således utelukkende anses for å gi innklagede spesialtilpassede lokaler til ambulansetjenesten.
- (25) Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at kontrakten ikke er et reelt leieforhold, men en bygge- og anleggskontrakt som skulle vært kunngjort i overensstemmelse med forskriftens krav til slike anskaffelser, jf. forskriftens § 2-2. Det faktum at det ikke foreligger en rett eller plikt for innklagede til å overta bygget på et senere tidspunkt, og at kontrakten ellers fremstår som en leiekontrakt med plikter for både innklagede og Lyngen kommune, kan ikke endre på dette.
- (26) At Lyngen kommune har hatt anskaffelsen av arbeidet på anbud vil ikke ha betydning i denne forbindelse siden Lyngen kommune og innklagede er to forskjellige juridiske personer som hver for seg er forpliktet til å oppfylle de krav til kunngjøring som fremkommer av regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede har dermed gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse.
- (27) Klagenemnda tar ikke stilling til klagers anførsel om at kontrakten er lovstridig fordi innklagede var underlagt investeringsstopp. Dette forholdet reguleres ikke av regelverket for offentlige anskaffelser.
- (28) Overtredelsesgebyr er ikke aktuelt i denne saken, da handlingen fant sted før reglene om gebyr trådte i kraft.

Konklusjon:

Universitetssykehuset Nord-Norge HF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre anskaffelsen av lokaler til ambulansestasjoner i Lyngen kommune.

For klagenemnda,

2. juni 2008

Magni Elsheim

