



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede og Sigdal kommune skulle finne lokaler for en samlokalisering av tjenester. Klagenemnda kom til at forskriften ikke kom til anvendelse fordi kontrakten var leie av eksisterende bygning, jf. forskriftens § 1-3 (2) b, og anskaffelsen var omfattet av unntaksbestemmelsen. Klagenemnda fant for øvrig at innklagede ikke hadde brutt lovens krav under gjennomføringen av anskaffelsen.

Klagenemndas avgjørelse 27.april i sak 2009/16

Klager: Prestfoss Eiendom AS

Innklaget: NAV Buskerud

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Georg Fredrik Rieber- Mohn, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Leie av lokaler, klassifisering av kontrakten, ulovlig direkteanskaffelse, rolleblending.

Bakgrunn:

- (1) NAV Buskerud (heretter kalt innklagede) inngikk 1. juli 2008 en intensjonsavtale med Sigdal kommune om etablering av et NAV- kontor i kommunen. Bakgrunnen for inngåelse av intensjonsavtalen var at Arbeids- og velferdsetaten og Sigdal kommune er pålagt å inngå avtale om å opprette felles lokalt arbeids- og velferdskontor i hht. lov om arbeids- og velferdsforvaltningen av 16. juni 2006. Det fremgikk følgende av intensjonsavtalens pkt. 3 Lokalisering:

"Partene er enige om behovet for en rask avklaring av spørsmålet om lokalisering. Om mulig ønskes en samlokalisering av ansatte i Arbeids- og velferdsetaten og Sigdal kommune tidligst mulig. Videre har partene til hensikt å sikre at kravene til universell utforming ivaretas.

Ved behov for endringer i eksisterende bygg betaler NAV Buskerud sin andel og Sigdal kommune sin andel av bygningsmessige investeringsutgifter iht. omforent nøkkel for fordeling av utgiftene, jf. pkt. 6 Etableringskostnader. NAV Buskerud dekker sin andel av eventuelle bygningsmessige investeringsutgifter utover husleien dersom det ikke stilles midler til disposisjon for dette formål fra Arbeids- og velferdsdirektoratet. Husleieforholdet, herunder pris, reguleres i egen avtale mellom partene."

- (2) For å tilrettelegge for etableringen av NAV-kontoret opprettet innklagede og valgte leverandør en "styringsgruppe" og en "prosjektgruppe", jf. avtalens punkt 10. I tillegg ble det opprettet en "husgruppe". Denne gruppen besto av ansatte hos innklagede, ansatte hos kommunen og en brukerrepresentant, og skulle fungere som et rådgivende organ ved anskaffelsen av lokaler til kontoret. Både innklagede og Sigdal kommune skulle være kontraktsparter ved en eventuell leieavtale ved samlokalisering.

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

- (3) 5. mars 2008, forut for inngåelsen av intensjonsavtalen, hadde Prestfoss Eiendom AS (heretter kalt klager) tatt kontakt med Sigdal kommune og tilbudt seg å leie ut lokaler til det nye NAV-kontoret.
- (4) Klager drøftet med innklagede hvilke tilpasninger som måtte gjøres for at lokalene klager tilbød skulle tilfredsstillende innklagedes kravspesifikasjon.
- (5) 30. mai 2008 sendte klager følgende brev til Sigdal kommunes formannskap:

”Som det fremgår av vedlegg henvendte jeg meg til kommunen for om lag 3 måneder siden, med tilbud om lokaler til NAV-kontorer.

Jeg er litt skuffet over at jeg ikke har fått svar på henvendelsen fra administrasjonen, og at mitt tilbud ikke har fulgt saken, til behandlingen i Helse/Sosial. Jeg velger derfor å kontakte medlemmene av formannskapet direkte med dette brevet, og ordføreren har dessuten sendt ut brev for meg, datert den 30/5, med kopi av min mail til NAV, og tegninger av eksisterende lokaler.

NAV har stilt seg positiv til mitt initiativ, og har tilbudt seg å dele kostnadene med planleggingen av nye lokaler, med meg. Jeg kunne tenke meg en plankomite, der også kommunen deltar med 1 eller 2 medlemmer, sammen med NAV, men uten kostnader for kommunen.

Teknisk tegner [...] sier at det er problemfritt å innrede eksisterende lokaler i tråd med NAV sine kravspesifikasjoner.

Ombyggingen vil være ferdig i god tid før sommeren 2009.

Den praktiske gjennomføringen med ombyggingen vil ikke berøre driften på nåværende trygdekantor. Vi gjør ferdig de tomme lokalene fremt til nyttår, trygdekantoret flytter så inn der, og man gjør ferdig resten av bygget (nåværende NAV-kontorer).

Leien vil ikke bli økt fra det den er i dag, og vil under alle omstendigheter bli lavere enn i Thorrud-bygget, det kan jeg love.”

- (6) I et brev til ”NAV-prosjektet” av 19. august 2008, tok klager opp fastsettelse av leie for de ombygde lokalene klager tilbød. Det ble uttalt at leien ville ligge på mellom kr [...] og kr [...] per kvadratmeter per år¹, avhengig av hvor mye fornyelse av lokalene som ble nødvendig. I tillegg ville det komme kostnader til fellesutgifter.
- (7) En av innklagedes representanter i husgruppen utformet 20. oktober 2008 et notat til gruppen vedrørende prosessen rundt anskaffelser av lokaler:

”Jeg forstår det slik at vi nå får to tilbydere. Personlig har jeg hittil regnet med at det bare var en aktuell tilbyder. Når det er flere tilbydere, finnes det noen regler om anbud for anskaffelser av denne størrelsen, og jeg mener vi må være litt nøye med hvordan vi følger disse reglene.

¹ ”I det følgende har klagenemnda tatt ut opplysninger i saksdokumentene som antas å utgjøre forretningshemmeligheter, så som enhetspriser og detaljer vedrørende leverandørenes befåthet med tilsvarende oppdrag i fortid, jf. forskriftens § 3-6.

Hvis vi allerede har en leiekontrakt med en utleier, trenger vi ikke gå ut med offentlig anbud. Da kan vi videreføre kontrakten og endre den. Det finnes allerede en kontrakt i bankbygget med NAV Sigdal trygd. Hvis staten eller kommunen eier en eiendom, behøver vi heller ikke gå ut med offentlig anbud. Derfor behøver vi ikke å annonsere anbud hvis ett eller begge disse forhold er tilstede.

Vi må imidlertid ha en anbudskonkurranse mellom de to tilbyderne vi har. De to tilbyderne bør ikke kjenne hverandres tilbud. Kommunen er den ene av tilbyderne og skal derfor ikke ha fullt innsyn i tilbudet til Morten Melbye. På samme måte må kommunen unnta dokumentene i saken for offentlighet, slik at ikke den andre tilbyderen kjenner kommunens tilbud. Jeg har inntrykk av at all informasjon hittil har flytt forholdsvis fritt.

De to tilbyderne skal ha samme informasjon fra oss. Det betyr at den informasjon vi hittil har gitt til Morten Melbye må vi også gi til saksbehandlerne i kommunen. Det er vel hovedsakelig jeg som har gitt Melbye informasjon, og da blir det mitt ansvar at kommunen får samme informasjon. Hvis kommunen eller staten heretter spør om noe, skal begge kjenne spørsmålet og få samme svar. Derfor bør alt heretter skje på e-post og ikke på telefon.

I praksis har vi to muligheter til å håndtere saksbehandlingen. Enten overlater vi saksbehandlingen til BTV Innkjøp og betaler de for jobben, eller så håndterer vi den her ved NAV Buskerud. Så vidt jeg forstår foreslår styringsgruppen det siste alternativet.

Dette betyr at vi heretter bør ha følgende prosedyre:

- 1. Vi blir enig om hvilke krav vi skal stille til lokalene på et husgruppemøte. Det bør også foreslås hva vi skal legge vekt på når en avgjørelse fattes. Kriteriene bør godkjennes av prosjektgruppe og styringsgruppe. I et møte 20. august i år ble det foreslått følgende kriterier:*

[...]

- 2. Det bør settes en rask frist for å komme med et bindende tilbud inkl. pris fra begge parter.*
- 3. Etter fristen samles prosjektgruppa og gir poeng til de to tilbudene. Det legges vekt på i hvilken grad de har oppfylt kravene i kriteriene. Den som får best poeng blir innstilt som anbefalt vinner overfor styringsgruppa. Da må ingen i husgruppa og prosjektgruppa være inhabile ved at de også er med i behandlingen i kommunen. Alle i prosjektgruppa og husgruppa har taushetsplikt overfor offentligheten og de som har kommet med tilbud.*

Styringsgruppa fatter avgjørelsen, men i denne saken er rådmannen inhabil ettersom kommunen er tilbyder, og avgjørelsen fattes da av Bjørn Christensen alene. Saksbehandlingen og avgjørelsen kan etterprøves av KOFA hvis en av tilbyderne klager.”

- (8) I et møte i husgruppen 3. november 2008 ble selve prosessen rundt anskaffelsen drøftet. Fra møtereferatet hitsettes:

1. Tilbudsprosessen ble diskutert. Konklusjoner:

- *Det tas inn et punkt om muligheter for utsatt frist i tilbudsdokumentene*
- *Husgruppa viser til tidligere uttrykt ønske om 10 kontorer pga delt stillinger og mulighet for student/praktikant/kontorlærling*

Proessen blir slik:

- *Tilbudsdokumentene sendes ut 3. eller 4. november*
- *All behandling av tilbud internt hos tilbyderne er unntatt offentlighet*
- *Når tilbudsfristen er ute samles hus/-prosjektgruppa for å gi innspill til justeringer som må skje i forhandlinger mellom NAV Buskerud og tilbyderne*
- *Etter forhandlingene samles hus/-prosjektgruppa for å vurdere tilbudene ut fra de oppsatte kriteriene og gi sin innstilling til styringsgruppa*
- *Styringsgruppa (hvor rådmannen er inhabil) konkluderer når det gjelder valg av prosjekt.*

- (9) Den 4. november 2008 sendte innklagede konkurransegrunnlaget på e-post til klager og Sigdal kommune. Tilbudsinstruksen fremgikk av konkurransegrunnlagets dokument A. Fra dette dokumentet hitsettes:

”2.1 Presentasjon av oppdragsgiver

Arbeids- og velferdsetaten ble opprettet 1. juli 2006, samtidig med at Aetat og trygdeetaten ble lagt ned. I samarbeid med alle landets kommuner, skal den nye etaten etablere lokale arbeids- og velferdskontorer (NAV-kontorer) over hele landet innen utgangen av 2009. I tillegg skal det etableres andre kontorenheter, såkalte produksjons- og spesialenheter. Målet for den nye etaten er flere personer i arbeid og aktivitet, og færre på stønad.

Dette er en av de største reformene i nyere tid, og omfatter 16 000 ansatte i stat og kommune, forvaltning av over 250 milliarder kroner i året og får betydning for hele befolkningen.

Sigdal kommune og NAV Buskerud skal anskaffe lokaler i Sigdal kommune i Prestfoss. Kontoret skal betjene brukere fra Sigdal kommune som tidligere henvendte seg til sosialetaten, Aetat eller trygdeetaten. NAV Sigdal, heretter kalt oppdragsgiver, innbyr til konkurranse med forhandlinger i forbindelse med anskaffelse av nye lokaler for virksomheten.

2.2 Anskaffelsens formål

NAV-kontoret må gi plass til 8 ansatte og må være på rundt 300 kvm. Det er inkludert møterom og et arkivlokale på rundt 50 kvm som skal gi arkivmaterialet vern mot vann, fuktighet, brann, skadelig varme, skadelig påvirkning av klima og miljø, skadeverk, innbrudd og ulovlig tilgang. Arkiv skal være i egne låsbare rom. Inntil 30 kvm kan plasseres i et fjernarkiv f. eks i en annen etasje.

Lokalene skal ha en del for personalet og en del hvor våre brukere har tilgang. Dørene mellom de to delene må ha elektronisk lås slik at det er enkelt for våre tilsatte å komme fra den ene delen til den andre. Det bør være to samtalerom på rundt 8 m² i tilknytning

til mottaket til brukerne. Samtalerommene må ha ei ekstra dør til rømming for saksbehandler.

Tilbudte lokaler bør ha en miljøeffektiv oppvarming, ventilasjon og belysning og en utforming som er moderne og estetisk tiltalende og er en best mulig ramme for en moderne arbeidsplass. Tilbyder skal beskrive hvordan dette er tenkt løst.

Kontoret bør ikke ligge mer enn 200 m fra gode offentlige transportmuligheter. Det bør være to parkeringsplasser for bevegelseshemmede nær inngangsdør.

Tilbyder skal oppgi hvor tilbudte lokaler er plassert, hvordan atkomst til bygget er sikret, om tilbudte lokaler er på en flate, parkeringsforholdene ved bygget, og eventuelle andre forhold som sikrer god tilgjengelighet.

Eventuelle ulemper for eksisterende leietakere skal også oppgis.

I intensjonsavtalen mellom Sigdal kommune og NAV Buskerud er det fastsatt at kontoret skal være etablert i løpet av 3. kvartal 2009. Lokalene må derfor være ferdigstilt ved utgangen av 2. kvartal 2009. Tilbyder må være tydelig i sitt tilbud på hvilken innflytningsdato som kan tilbys.

Tilbyder må sette opp en plan i samarbeid med oppdragsgiver med milepæler for gjennomføring av eventuelle tilpasninger i bygget og hva som skal gjøres inntil innflytningsdato.

[...]

3.7 Avvik og forbehold

Alle avvik fra konkurransegrunnlaget skal beskrives presist, entydig og klart av tilbyder, og skal fremgå av tilbudet.

Reservasjoner og/eller endringer til kontraktsdokumentene skal oppgis som beskrevet i punkt 4.3.

[...]

4.3 Tilbudets disposisjon

Komplett tilbud skal ha følgende disposisjon og bestå av følgende punkter:

1. Tilbudsbrev.

I tillegg til krav i punkt 3.1 over, skal tilbudsbrevet gi en kort oppsummering av tilbudets egnethet i forhold til Oppdragsgivers behov samt en kort beskrivelse av tilbyder og eventuelle underleverandører.

- 2. Dokument B) Standard husleiekontrakt for 10 år med reservasjoner og endringer utfyllt med "spor endringer".*
- 3. Dokument C) Kundens kravspesifikasjon med reservasjoner og endringer utfyllt med "spor endringer".*
- 4. Dokument D) Krav til Universell utforming med reservasjoner og endringer utfyllt med "spor endringer".*

5. *Utfylt dokument G) Pris- og arealskjema med angivelse av om prisen er med eller uten merverdiavgift.*
6. *Tegninger over tilbudt areal samt fellesareal.*

[...]

6.2 Tildelingskriterier

Tildelingen skjer på grunnlag av hvilket tilbud som totalt sett er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

1. *Totalkostnad (vektet 40 %)*

Herunder:

Økonomiske konsekvenser av eventuelle endringer i etatens standard husleiekontrakt som kan prises

2. *Fysisk plassering (vektet 15 %)*

3. *Tilbydernes løsningsforslag (vektet 35 %)*

4. *Leveringsdato (vektet 10 %)*

- (10) *Innklagedes forslag til kontraktsbestemmelser fremgikk av konkurransegrunnlagets Dokument B. Herfra hitsettes:*

”4.1 Generelle krav

Utleier har ansvaret for at lokalene er i samsvar med de krav som følger av gjeldende lover og forskrifter (herunder arbeidsmiljø- og bygningslovgivningen) for den virksomhet leietaker skal utføre i lokalene. Ansvar et gjelder selv om de tegninger og beskrivelser etc. som er lagt til grunn for avtalen viser at kravene ikke er oppfylt.

[...]

8. LEIEREGULERING I PERIODEN

I leieperioden kan leien reguleres hvert 3. år med 60 % av endringen i Statistisk Sentralbyrås konsumprisindeks, første gang 3 – tre – år etter overtakelsestidspunktet, jf. pkt. 5.

[...]

10. VEDLIKEHOLD, REPARASJON OG UTSKIFTING

[...]

10.2 Ansvarsfordeling

Med ansvar menes ansvar for utføring og bekostning av vedlikehold, reparasjoner og utskifting.

10.2.1 Leietakers ansvar

Leietaker plikter å vedlikeholde leieobjektet innvendig med utstyr og innredninger, vinduskarmer innvendig, samt alle dører i og inn til det leide areal på begge sider, slik

at disse holdes i håndverksmessig god stand. Ytterdører faller likevel inn under Utleiers vedlikeholdsplikt, jf. pkt. 10.2.2.

Vedlikeholdsplikten omfatter videre reparasjoner og istandsettelse av maling og gulvbelegg. Fornyelse/utskifting av maling og gulvbelegg omfattes ikke, med mindre fornyelse/utskifting er nødvendig som følge av manglende vedlikehold, reparasjoner og/eller istandsettelse.

Vedlikeholdsplikten omfatter også dørlåser, kraner, vannklosetter, elektriske kontakter og brytere, varmtvannsbeholdere og inventar og utstyr i lokalet som ikke er en del av den faste eiendom.

10.2.2 Utleiers ansvar

Utleier plikter å sørge for at bygningen med fellesareal og tekniske innretninger holder den standard som kreves i henhold til offentlige lover og regler. Utleier plikter i leieperioden å holde det utleide lokalet og eiendommen for øvrig, i den stand leietakeren har krav på etter avtalen.

Utleier har det fulle vedlikeholdsansvaret for fellesarealet og bygningens tekniske anlegg, slikt som heiser, ventilasjonsanlegg, fyringsanlegg etc. Utleier har også ansvaret for å skifte ut byggets tekniske innretninger når disse ikke lenger lar seg vedlikeholde på regningssvarende måte.

Utleier har videre ansvar for ytre vedlikehold av eiendommen og utenomhusanlegg vinduer utvendig, karmen og ytterdører. Dette gjelder også oppretting som følge av påført skade.

Utleier skal foreta og bekoste fornying/utskifting av maling og gulvbelegg i de leide lokaler når dette er nødvendig, jf. pkt. 10.2.1.”

- (11) Kravspesifikasjonen fremgikk av konkurransegrunnlagets Dokument C. Herfra hitsettes:

”1.1 Dokumentbeskrivelse

Kravspesifikasjonen er bygget opp med en rekke spesifikke krav. Der det foreligger anerkjente standarder eller etatsinterne maler, henviser kun kravspesifikasjonen til disse. For krav til universell utforming henvises for eksempel både til eksternt utarbeidete standarder og etatens eget standarddokument Krav til Universell utforming. Prosessen med innleie av lokaler til etatens enheter vil vekselvis være leie av lokaler i eksisterende bygg og leie av lokaler i nybygg. I den grad etaten skal leie lokaler i nybygg, foreligger et behov for mer omfattende henvisninger på tekniske krav enn det som foreligger ved leie i eksisterende lokaler.

Kravspesifikasjonen er basert på krav man stort sett vil stille ved et nybygg eller et bygg som moderniseres/rehabiliteres til dagens standard og med arealer tilpasset leierens behov. Dersom utleier ønsker å tilby eksisterende lokaler hvor kravspesifikasjonen ikke kan oppfylles fullt ut, må utleier beskrive avvikene og hva som leveres i stedet.

Etterfølgende funksjonskrav er rammebetingelser og må ikke oppfattes som komplette. Utleier er selv ansvarlig for å innhente alle relevante og nødvendige tilleggsopplysninger for å kunne gi tilbud på en komplett leveranse.

[...]

3.2 Universell utforming

[...]

Etaten legger til grunn at regjeringens handlingsplan for universell utforming, temaveileder "bygg for alle" skal følges. Det forutsettes at minimumsyttelsene angitt i REN leveres. Etaten har utover minimumsyttelsene flere spesielle krav til tilgjengelighet. Disse fremkommer i dokumentet Krav til universell utforming og skal i kontraktssammenheng være et selvstendig vedlegg på linje med Standard Kravspesifikasjon (dette dokument)

[...]

3.3.2 Adkomst til bygget

Inngangsparti og resepsjon for Leietakers besøkende bør ligge på bakkeplan innenfor egne arealer, eventuelt med en felles resepsjonstjeneste i inngangsparti.

[...]

4. TEKNISKE KRAV

[...]

4.1.6 Fast inventar og utstyr

Resepsjonsdisker

Inngangsparti skal planlegges, tilrettelegges og medtatt etablering av resepsjon med resepsjonsdisk. Felt i resepsjonsdisk skal tilpasses rullestolbrukere. Lager, gjestegarderobe og toaletter etableres i tilknytning til resepsjonen."

- (12) I dokument F var det angitt "Retningslinjer, anbefalinger og erfaringer" for fysisk utforming av NAV kontor.
- (13) Samme dag som konkurransegrunnlaget ble sendt, sendte brukerrepresentanten i husgruppen følgende e-post til innklagede:

"jeg kan ikke se at du har holdt det som vi var enig i på møtet den 3/11 2008 på Trygdekontoret i Sigdal og som du klart og tydelig sa deg enig i, nemlig at hvis det var nødvendig, må tilbyderne få lengre tid til ferdigstilling av lokaler og til utarbeidelse av tilbud. (Det siste er for så vidt tatt med) I det at Nav har satt krav til ferdigstilling til tredje kvartal 2009 så er det egentlig tilbyderens tid vi bruker av. Vi har allerede tøvet bort et halvt år av denne tiden, noe som lett kan føre til at vi presser tilbyderne ut i tidsnød, eller at tilbydere ikke ser seg i stand til å komme med gode tilbud fordi de ser at tiden kan bli for knapp.

Vi var da uttrykkelig enig på møtet om at vi skulle fram til det som tjener befolkningen best. Jeg ber deg skriftlig komme tilbake om dette og at du ettersender tilbyderne orientering om muligheter for forlengelse av frist for ferdigstilling av lokaler med kopier til gruppa."

- (14) Etter dette ble avsnitt 7 i punkt 2.2 i konkurransegrunnlaget Dokument A endret. Avsnittet lød etter endringen som følger:

"I intensjonsavtalen mellom Sigdal kommune og NAV Buskerud er det fastsatt at kontoret skal være etablert i løpet av 3. kvartal 2009. Lokalene bør derfor være ferdigstilt ved utgangen av 2. kvartal 2009. Hvis dette ikke er mulig, er det derfor nødvendig at tilbyder er tydelig i sitt tilbud på hvilken innflyttingsdato som kan tilbys. "

- (15) Det endrede dokumentet ble oversendt leverandørene som vedlegg til følgende e-post av 6. november 2008:

"Vi har foretatt en liten justering i tilbudsinstruksen pkt. 2.2 (det har skjedd en liten feil under redigeringen av dokumentet, bla. når det gjelder innholdsfortegnelsen) når det gjelder ferdigstilling. Endringene fremgår av justert vedlegg som "spor endringer". Etableringen av NAV-kontor skjer i puljer for hvert kvartal. Ut fra intensjonsavtalen med kommunen er NAV kontoret i Sigdal innplassert i 3. kvartal 2009. Det er ikke mulig å flytte etableringen til 4. kvartal, da denne puljen allerede er fulltegnet. Dersom lokalene ikke er ferdige som skissert, er det derfor sannsynlig at innflytting og oppstart ikke kan skje i den egentlige reformperioden, men må utsettes til 2010."

- (16) Innklagede avlyste konkurransen i e-post av 11. november 2008. Det ble opplyst at grunnen til avlysningen var at Arbeids- og velferdsetaten og Sigdal kommune ville skaffe lokaler i egen regi.

- (17) Klager påklaget avlysningen av konkurransen i brev av 18. november 2008. I brev av 20. november 2008 ble klager informert om at innklagede, etter å ha foretatt en ny vurdering, var kommet til at det ikke var grunnlag for å avlyse konkurransen. Konkurransen ble derfor åpnet på nytt. Frist for å levere tilbud var 1. desember 2008, og både klager og Sigdal kommune leverte sine tilbud denne dagen. Fra Sigdal kommunes tilbudsbrev hitsettes:

"Sigdal kommune ønsker å bygge nye lokaler mellom eksisterende kommunale administrasjonsbygg i Prestfoss sentrum med formål om å etablere en funksjonell og fleksibel kontorløsning for NAV Sigdal integrert og i nær tilknytning til kommunens egen administrasjon.

Lokalene vil være sentrumsnære og lett tilgjengelige for allmennheten, både for gående, rullestolbrukere og for de som kommer i bil. Det er i tillegg også fokusert på universell utforming ved planlegging av bygget. Som det fremgår av de vedlagte tegninger legges det opp til et NAV kontor på en flate med plass til inntil 9 ansatte i enkeltkontorer, arkiv, data samt 2 samtalerom med egne rømningsdører.

NAVs kravspesifikasjoner som fremgår av dokumentene C,D og F vil bli fulgt under detaljplanleggingen og oppføringen av bygget, slik at dette ved ferdigstillelse vil fremstå i henhold til disse.

Sigdal kommune vil spesielt fremheve den fleksibilitet det nye bygget vil ha i forhold til å tilpasse de behov som NAV Sigdal til enhver tid måtte ha, samt de sosiale og kollegiale fordeler personalet vil ha ved å kunne benytte felles arealer så som kantine, resepsjon og møterom med kommunens eget personell.

Detaljert arealberegning samt fordeling av fellesarealer fremkommer i vedlegget til dette brev.

Sigdal kommune ønsker å leie ut de skisserte arealer for en årlig leie av kr. [...] pr m2 bruttoareal. I denne leiesum inkluderes forbruk av energi, daglig renhold samt vaktmestertjenester og offentlige avgifter.

Sigdal kommune tar sikte på å gjennomføre byggeprosjektet innen utgangen av 2009. NAVs krav om at tilbudet vedstås i 6 mnd. dvs inntil 1. juni 2009 aksepteres ved signering av dette tilbuds-brev. Det forutsettes imidlertid at NAV Buskerud tar en beslutning om leie innen 12. desember 2008."

- (18) I et notat fra innklagede til Sigdal kommune av 3. desember 2008 pekte innklagede på at klager i sin klage på avlysningen av konkurransen hadde tatt opp problemstillinger rundt kryssubsidiering. Innklagede ba om at Sigdal kommune gjorde rede for sine vurderinger av spørsmålet om klagers vurderinger av forbudet mot kryssubsidiering gjaldt for denne type anskaffelser. Det ble også bedt om at Sigdal kommune redegjorde for sin tilbudspris.

- (19) Sigdal kommune tok i e-post av 5. desember 2008 følgende forbehold:

"Kommunen ser seg nødt til å ta forbehold om politisk godkjenning av prosjektet."

- (20) I brev av 10. desember 2008 svarte Sigdal kommune på innklagedes henvendelse av 3. desember 2008:

"Vi har gitt et tilbud om leie av lokaler til NAV-kontoret i Sigdal på [...] per m2 inkludert strøm, reinhold og fellesutgifter. Den planlagte utbyggingen er ikke prosjektert ennå, slik vi kjenner ikke byggekostnadene. Ut fra min erfaring er kr [...] pr. m2 en gjengs husleie for nye lokaler i vår region. Siden vi tilbød kontorlokaler som er integrert i kommunens kontorlokaler og som kan justeres løpende i forhold til NAV sitt behov, har vi inkludert strøm og reinhold i husleien. I praksis ville det være vanskelig å skille dette ut.

Utgangspunktet for vårt tilbud er altså en gjengs markedsleie. Spørsmålet om kryssubsidiering kan i tilfelle først reises om utbyggingen viser seg å bli vesentlig dyrere enn hva som er gjengs byggekostnader."

- (21) Innklagede informerte klager om valg av tilbyder i brev av 12. desember 2008:

"NAV Buskerud har nå valgt tilbyder til lokaler NAV Sigdal. Vi valgte tilbuet fra Sigdal kommune.

De aktuelle tilbud er vurdert i forhold til hverandre og i forhold til tildelingskriteriene som er beskrevet i tilbudsinstruksene. For tildelingskriteriet "Totalkostnad" er det en ikke uvesentlig forskjell i favør av Sigdal kommune. For "Fysisk plassering" er tilbudene ubetydelig forskjellige. De to tilbydernes løsningsforslag består av til dels noe forskjellige elementer, både av lay-outmessige og tekniske forhold. Sigdal kommunes totalforslag anses som noe bedre. Når det gjelder leveringsdato er tilbudet Prestfoss Eiendom best.

Etter en samlet vurdering av tilbudene hvor også tildelingskriterienes relative betydning er tillagt vekt, fremstår tilbudet fra Sigdal kommune imidlertid som det totalt sett mest fordelaktige.”

- (22) Den nærmere evalueringen av tildelingskriteriene fremgikk av møtereferat fra prosjektgruppen/husgruppen av 10. desember 2008. Sigdal kommunes representanter i gruppene var ikke tilstede på møtet. Fra referatet hitsettes:

”Totalkostnad

Sigdal kommune har lagt renholdskostnader, oppvarming, fellesarealer og vaktmestertjenester inn i leieprisen. De opplyser at leieprisen er kr 365.520 pr. år.

Prestfoss eiendom opplyser at deres pris er kr 402.120 pr. år. I tillegg kommer renholdskostnader, oppvarming og felleskostnader som snøbrøyting, strøing og vedlikehold av grøntanlegget. Av erfaring vet vi at dette beløper seg til over kr 150.000 pr. år.

Videre har Sigdal kommune en leieregulering innenfor konsumprisindeksen på 60 % hvert tredje år, mens Prestfoss Eiendom har 80 % hvert tredje år.

Karakterer:

Prestfoss eiendom 6 og Sigdal kommune 10.

[...]

Løsningsforslag

Begge løsninger er av god kvalitet.

I anbudsdokumentene er dokument C kravspesifikasjonen til det tekniske i bygget, dokument D krav til universell utforming og dokument F fysisk utforming av et NAV-kontor.

Sigdal kommune bygger et nytt bygg og opplyser at NAVs kravspesifikasjoner som fremgår av dokumentene C, D og F vil bli fulgt under detaljplanlegging og oppføringen av bygget.

Prestfoss Eiendom tilbyr et litt eldre bygg som blir ombygd innvendig, men hvor en del av det gamle blir stående tilbake. Det opplyses følgende:

”Det er selvfølgelig mange flere punkter i dokument C som kan bli gjenstand for diskusjoner, men de lovbestemte regler om alarm /sikkerhet/ lydtetthet /adgangskontroll/ datasikkerhet/ låsesystemer/ handicaptilgjengelighet osv. vil selvfølgelig bli i tråd med retningslinjene.”

Gruppen var enig om at løsningen til Sigdal eiendom var noe bedre når det gjaldt egenskaper og ble enig om følgende karakterer:

Prestfoss Eiendom 7 og Sigdal kommune 9.

Leveringsdato

I tilbudsinstruksen sto det:

[...]

Prestfoss Eiendom tilbyr leveringsdato 30 juni 2009 og Sigdal kommune 27. november 2009.

*Gruppen ble enig om følgende karakterer:
Prestfoss Eiendom 10 og Sigdal kommune 6”*

- (23) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 21. januar 2009. Kontrakt er ikke inngått, og oppdragsgiver avventer kontraktsinngåelse i påvente av klagenemndas avgjørelse i saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig direkteanskaffelse

- (24) Sigdal kommune tilbyr ikke leie av eksisterende lokaler, men et nytt bygg i tråd med innklagedes spesifikasjoner. Ut fra opplysninger fra kommunen er kontrakten anslått til ca. 6 millioner kroner, og skulle derfor vært lyst ut nasjonalt i henhold til forskriftens del II. Det vil etter dette være en ulovlig direkteanskaffelse dersom innklagede inngår kontrakt med Sigdal kommune.
- (25) I evalueringsprotokollen har innklagede fremhevet det som positivt at bygget kan tilpasses innklagede i prosjekteringsperioden. Arealet på 277 kvadratmeter i skisseprosjektet var ikke i samsvar med kravet på 300 kvadratmeter i kravspesifikasjonen. Klager antar derfor at tegningene er revidert før Sigdal kommune innga tilbud. Klager har også kjennskap til at det foregår forhandlinger om byggets utforming etter at tilbyder er valgt. Innklagede er i realiteten i ferd med å inngå en bygge- og anleggskontrakt på nytt bygg nesten fullstendig tilpasset innklagede. Klager er kjent med at klagenemnda har behandlet flere lignende saker der unntaket for leie av eksisterende bygg er blitt tolket utvidende. Klager er uenig i at det er grunnlag for en utvidende fortolkning, da en slik tolkning er i strid med ordlyden i unntaket. Under enhver omstendighet er det ikke grunnlag for å la en utvidende fortolkning gå lenger enn Sue Arrowsmith, som i *”The Law of Public and Utilities Procurement”* (2005) antar at det er grunn til å utvide unntaket til også å gjelde bygninger som er planlagt og under oppføring – og ferdige innen kontrakt inngås. Definisjonen av bygge- og anleggskontrakter i forskriften § 4-1 bokstav c innbefatter alle kontrakter som omhandler planlegging og utførelse av bygge- og anleggsarbeid. Det er ikke et vilkår at oppdragsgiver skal bli eier av resultatet av arbeidet, det er tilstrekkelig at resultatet oppfyller en økonomisk og teknisk funksjon, og at oppdragsgiver nyter godt av dette. Det siste kan også skje gjennom langvarig leie. I denne saken er leieperioden 10 år i kontraktsutkastet, det er imidlertid lagt opp til at innklagede ensidig kan fornye denne for en periode.

Sigdal kommune skulle vært avvist

- (26) I e-post av 5. desember 2008 tok Sigdal kommune forbehold om politisk godkjenning av byggeprosjektet tilbudet bygget på. Dette er et vesentlig forbehold som medførte en

plikt for innklagede til å avvise tilbudet fra Sigdal kommune. Dette gjelder også i en konkurranse med forhandling, spesielt når forbeholdet ikke er avklart under forhandlingsprosessen. Forbeholdet er også i strid med konkurransegrunnlagets vedståelsesfrist på seks måneder. Som følge av forbeholdet ble ikke Sigdal kommunes tilbud vedstått i det hele tatt.

- (27) Det kan ikke ha betydning for vurderingen at Sigdal kommune ikke hadde tatt forbeholdet i det opprinnelige tilbudet. For det første fordi innklagede ikke har valgt det opprinnelige tilbudet, men forholdt seg til de innspillene Sigdal kommune har kommet med under forhandlingene. Videre vil et vesentlig forbehold som fremsettes under forhandlingene uten å bli avklart/endret synliggjøre en stor uenighet mellom oppdragsgiver og tilbyder, og medføre betydelig risiko for at tilbudet blir gjenstand for en tvist. Uansett var heller ikke Sigdal kommunes opprinnelige tilbud bindende, da rådmannen ikke hadde fullmakt/myndighet til å binde kommunen til å føre opp det tilbudte bygget. Manglende myndighet innenfor offentlige organer vil medføre ugyldige disposisjoner, som heller ikke medfører krav på erstatning fra det offentlige organet, jf. blant annet Rt. 1995 side 1688.
- (28) Det kan heller ikke ha betydning at innklagede hadde kjennskap til at det bygget Sigdal kommune tilbød ikke hadde undergått politisk behandling. Dette tilsier nettopp at innklagede burde fått avklart realiteten av kommunens tilbud under forhandlingene.
- (29) Klager er enig med innklagede i at Sigdal kommune ikke hadde adgang til å ta forbeholdet. Konsekvensen av at Sigdal kommune likevel gjør det, må være at tilbudet avvises, ikke at bare forbeholdet avvises. At Sigdal kommune senere vedtar å ikke gå fra sitt tilbud kan ikke ha betydning. Det vil etter klagers mening være i strid med regelverket å "*avvente*" om et forbehold får betydning, da dette vil bryte med kravene til likebehandling og forutberegnelighet. Sigdal kommune hadde også full mulighet til å behandle saken politisk før tilbudsfristen løp ut, da kommuneloven § 13 gir anledning til å behandle den type saker etter en hasteprosedyre.
- (30) Sigdal kommunes tilbud skulle vært avvist som følge av at det på flere punkter ikke oppfyller kravene i kravspesifikasjonen. Det fremgår av dokument C punkt 1.1 at kravene i dokumentet gjelder nybygg, og at det kan tenkes avvik ved leie av eksisterende lokaler. Sigdal kommune tilbyr lokaler i nybygg. For øvrig bemerkes at det fremgår av dokument A punktene 3.7 og 4.3 at avvik fra dokumentene C og D skal markeres ved hjelp av "*spor endringer*". Sigdal kommune har ingen slike endringer i sitt tilbud, og det er heller ikke på annen måte anmerket noen forbehold. Når det gjelder dokument F, fremgår det av dokument A punkt 2.4 at dette dokumentet skal legges til grunn ved utarbeidelse av tegninger. Dokument F inneholder en rekke punkter, noen inneholder uttrykket "*bør*", andre steder brukes uttrykkene "*skal*" eller "*må*". Dersom alle kravene blir håndtert som "*bør-krav*", er ikke dette forutberegnelig for tilbyderne. Alle kravene der klager har påpekt feil ved oppfyllelsen må derfor behandles som absolutte krav. Dersom innklagedes påstand om bruken av ordene er riktig, egner dokumentet seg neppe for bruk i en konkurranse. Konkurransedokumenter skal være klare, tydelige og objektive. Interne motsetninger i dokumenter innebærer i seg selv et brudd på regelverket.
- (31) Innklagede ba i konkurransegrunnlaget om et areal på cirka 300 kvadratmeter inkludert møterom. 30 kvadratmeter av dette arealet kunne være fjernarkiv, jf. dokument A punkt

2.2. Sigdal kommune har tilbudt 205 kvadratmeter kontorlokaler og 35 kvadratmeter fjernarkiv. Dette gir en arealmangel på cirka 60 kvadratmeter. Innklagede er heller ikke tilbudt et møterom slik som krevd i konkurransegrunnlaget. Møterommet som tilbys er ikke en del av arealet innklagede kan disponere, men et fellesareal der innklagede tilbys 9/43 andel. Dette må ses som et uttrykk for at tilsvarende andel settes for bruken av møterommet, noe som innebærer at innklagede kan benytte rommet i underkant av åtte timer hver uke. Formannskapssalen er ikke tatt med i fellesarealet, og er heller ikke nevnt i tilbudet. Klager kan da ikke se at tilbudet gir rett til å benytte denne salen 9/43 av tiden, slik innklagede legger til grunn. Dersom innklagede og Sigdal kommune gjennom samtaler har blitt enige om at innklagede skal ha større tilgang til møterom enn det som fremgår av tilbudet, burde dette skjedd i forhandlingene. I alle fall er dette ikke omtalt i oppsummeringen i e-post av 8. desember 2008 fra kommunen. Det foreligger altså enten en feilaktig vurdering av Sigdal kommunes tilbud, eller så mangler det notoritet rundt forhandlingene og det endelige tilbudet fra Sigdal kommune.

- (32) Også inngangspartiet/resepsjonen har mangler i forhold til kravspesifikasjonen. Det fremgår av dokument C punkt 3.3.2 at NAV-kontoret enten skal ha eget inngangsparti eller resepsjon i inngangsparti. Det fremgår av tegningene at i bygget Sigdal kommune tilbyr kommer man først inn i et felles vindfang, og så videre inn i et felles trapperom hvor man enten kan gå inn til valgte leverandørs kontorer, ned trappene til valgte leverandørs inngang, eller inn til NAV-kontorets venterom. Videre fremgår det av dokument F punkt 2.2 at det så langt som mulig skal være en egen personalinngang, noe det ikke er i valgte leverandørs tilbud.
- (33) Det følger av dokument F punkt 2.2 at lokalene skal ha areal for selvbetjeningsløsninger som innbyr til egenaktivitet. Dette arealet skal være atskilt fra "*ansattes arbeidsstasjoner*". Bygget Sigdal kommune tilbyr har en "*foaje*" i direkte tilknytning til kontoravdelingen. Det finnes verken resepsjon, atskillelse, garderobe for publikum eller toaletter i tilknytning til arealet. Dette er også i strid med dokument A punkt 2.2, som krever at det skal være dører med elektronisk lås mellom publikumsarealet og kontorlokalene.
- (34) Lokalene Sigdal kommune tilbyr oppfyller ikke kravene til personalarealer i punkt 2.2. Kommunen tilbyr ni kontorer uten fellesarealer eller møteplasser. Det tilbys ett møterom, men dette ligger langt utenfor NAV-kontoret lokaler og skal deles med Sigdal kommune. Kantinen som tilbys ligger i etasjen under NAV-kontoret, og skal deles med Sigdal kommune. Det finnes således ingen steder de ansatte kan møtes, med mindre det innkalles til et formelt møte i møterommet når dette er ledig.
- (35) Bygget Sigdal kommune tilbyr oppfyller heller ikke kravene til universell utforming. Det fremgår av dokument D at det skal være handicap-WC i lokalene. Lokalene inneholder ikke WC i det hele tatt. For å komme på WC må man ut av NAV-kontorets lokaler, og ned i underetasjen. I kravene til universell utforming er det videre stilt krav til utformingen av "*fellesgarderober*". Som nevnt inneholder ikke lokalene Sigdal kommune tilbyr noen garderober.
- (36) På bakgrunn av dokument C punkt 4.1.6 finner klager det oppsiktsvekkende når innklagede hevder at det ikke er et krav om resepsjonsdisk og garderobe, og at det er greit at toalettene befinner seg i en annen etasje. Når det i tillegg opplyses at slike mangler ikke er tillagt vekt ved tildelingsevalueringen, tyder dette på at innklagede har

en grunnleggende misoppfatning av hva en kravspesifikasjon er, eventuelt at innklagede ikke er enig i sin egen kravspesifikasjon.

- (37) Dersom den manglende oppfyllelsen av kravspesifikasjonen ikke er tilstrekkelig til å medføre en plikt til å avvise Sigdal kommunes tilbud, er forholdene uansett av en slik art at de burde gjort betydelige utslag ved tildelingsevalueringen. Forholdene er imidlertid ikke nevnt i anskaffelsesprotokollen, tvert i mot scorer Sigdal kommune høyere enn klager. Dette fremstår som så upåregnelig at det må ligge utenfor innklagedes skjønn ved tildelingsevalueringen. Det er uforståelig at en uferdig skisse kan vinne så klart over klagers ferdige og uimotsagte planløsning.
- (38) Tilsvarende må gjelde for forskjellene for "*fysisk plassering*". Det vises til at de to tilbudene gjelder lokaler i nabobygg, begge med inngang fra oversiden.
- (39) Innklagede opplyser at det i dette og andre tilfeller der det har foreligget skisser til løsning, og hvor det har vært opplyst at skissene kan bearbeides videre ut fra innklagedes behov, er blitt foretatt en evaluering av løsningsforslagene ut fra det potensialet de har for å komme frem til en god løsning. Etter klagers mening er det ikke tillatt å foreta slike vurderinger, da de innebærer bearbeidelse av tilbudene etter valg av leverandør. Det må også tas hensyn til at tilbydernes mulighet til å foreta slike endringer vil være forskjellig avhengig av om det tilbys leie av lokaler i nybygg eller leie av lokaler i eksisterende bygg. At Sigdal kommune synes å ha fått god uttelling på kriteriet "*tilbydernes løsningsforslag*" med en uferdig skisse er et grovt brudd på kravene til likebehandling og forutberegnelighet. Klager forventet at tilbudene ble vurdert opp mot hverandre slik de forelå på tidspunktet for tildelingsevalueringen.
- (40) Klagenemnda bes også vurdere betydningen av at innklagede bekrefter at det ble tatt hensyn til at Sigdal kommune sa seg villig til å følge innklagedes spesifikasjoner fullt ut i forbindelse med detaljplanlegging og oppføring av bygget.
- (41) Sigdal kommune tilbyr ferdigstillelse av bygget 27. november 2009. Dette er så sent at selv om det fremgår av konkurransegrunnlaget at ferdigstillelse "*bør*" skje innen 30. juni 2009, så skulle tilbudet vært avvist som i strid med kravspesifikasjonen.
- (42) Sigdal kommunes tilbud er unormalt lavt, og skulle vært avvist. Når kommuner tilbyr tjenester i et marked i konkurranse med andre, skal tjenestene tilbys på markedsmessige vilkår, inkludert en rimelig fortjeneste. Sigdal kommune har tilbudt en leie på kr 365 520,- per år, inkludert renhold, oppvarming, vaktmestertjenester fellesarealer. Innklagede har selv anslått verdien av disse godene til kr. 150 000,- per år. Det er således ca. kr 200 000,- per år igjen av leien til å dekke Sigdal kommunes øvrige kostnader til nybygget, samt fortjeneste. Dette gir en husleie på cirka kr 691,- per kvadratmeter. Noe som utgjør mellom 1/3 og 1/4 av normal markedsleie for nybygg. Sigdal kommune har kostnader til nybygget på mellom kr. 300 000,- og kr. 900 000,- per år i renter/avskrivninger. Sigdal kommune har således mellom kr 100 000,- og kr 700 000,- mer i utgifter til nybygget per år enn det kommunen vil få inn i leieinntekter fra innklagede. Det er åpenbart at det skjer en krysssubsidiering i dette tilfellet. At forbudet mot offentlig støtte ikke gjelder når det gis støtte til et offentlig organ har ikke avgjørende betydning for vurderingen når det gjelder hvordan det offentlige må opptre i konkurranse med private i en anbudskonkurranse.

- (43) Tallene som klager bygger påstanden om krysssubsidiering på er hentet fra anskaffelsesprotokollen, samt Sigdal kommunes uttalelser i *"Bygdeposten"*. Brevet fra Sigdal kommune av 10. desember 2008 inneholder ingen relevante tall. Klager er ikke enig i at det ikke er krysssubsidiering så lenge man tar markedsleie. Klager bestrider dessuten som nevnt at Sigdal kommune har tatt markedsleie i sitt tilbud. Innklagede påstår at anslaget om utgifter til oppvarming mm. på kr 150 000,- bygger på *"erfaringstall fra andre kontorer"*. Da slike utgifter er svært standardiserte, er det lite overbevisende når innklagede hevder at det ikke er holdepunkter for å anta at utgiftene blir de samme for Sigdal kommunes tilbud.
- (44) I dette tilfellet må følgen av innklagedes plikt til å avvise Sigdal kommunes tilbud være at konkurransen ikke kan avlyses, og at kontrakten tildeles klager. EU-domstolens og klagenemndas tidligere uttalelser om at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse med bare ett gyldig tilbud kan ikke legges til grunn i dette tilfellet. For det første fordi konkurransen ikke er utlyst i det åpne markedet. Innklagede har således bevisst begrenset konkurransen i utgangspunktet. Når oppdragsgiver har valgt å ta en slik risiko, som også må omfatte manglende tilbud eller tilbud med mangler, må oppdragsgiver, og ikke tilbyderne, bære risikoen for et tilfelle som dette. Videre er det ikke mulighet til å få med flere tilbydere i en ny konkurranse. Med den beliggenheten som NAV-kontoret skal ha, finnes det ikke flere aktuelle tilbydere. Ingen andre bygg finnes, og kun Sigdal kommune er i stand til å investere i nybygg uten å ta vesentlig høyere leie enn klager. En ny konkurranse vil dermed utelukkende medføre at Sigdal kommune får mulighet til å rette opp de påpekte feil, og en slik løsning fremstår som svært urimelig for klager.

Overlevering av informasjon fra klagers tilbud

- (45) Innklagede har brutt kravene til likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5 ved å overlevere informasjon til Sigdal kommune om klagers løsningsforslag og prisoverslag fra perioden med planlegging av anskaffelsen. Disse opplysningene er, sammenholdt med opplysningen om antall kvadratmeter innklagede vil leie, de eneste komponenter av konkurransemessig betydning i saken. Opplysningen om investeringsbehovet gjorde det mulig å beregne matematisk – innenfor noen 10-kroner per kvadratmeter – hvor i intervallet klagers endelige pris ville ligge. Sigdal kommune har erkjent å ha hatt kjennskap til disse opplysningene. Det fremgår av Sigdal kommunes brev av 10. desember 2008 at Sigdal kommune har benyttet disse opplysningene ved utarbeidelsen av sitt tilbud. Den *"erfaring"* rådmannen viser til må være fra klagers eiendom, da det ikke finnes noe utleiemarked med *"gjengs husleie"* i Prestfoss – og enda mindre sannsynlig er det at prisen i så tilfelle inkluderer renhold, oppvarming osv. I motsetning til Sigdal kommune beholdt klager mesteparten av sitt opprinnelige forslag da det ble levert tilbud i den etterfølgende konkurransen.
- (46) Klager opplyste selv om sine priser etter at konkurransen ble avlyst. Dette ble gjort fordi det var planlagt en politisk behandling av byggingen av lokalene i Sigdal kommunes tilbud. Klager ønsket å gi politikerne et grunnlag for å vurdere om det var god bruk av offentlige ressurser å bygge et nytt, dyrt bygg. At klager gjorde dette kan ikke reparere den feil innklagede gjorde.

Sammenblanding av roller

- (47) Sigdal kommune er i konkurransegrunnlaget oppført som oppdragsgiver sammen med innklagede. Både før konkurransen og under gjennomføringen av denne har det skjedd en betydelig sammenblanding av Sigdal kommunes roller som tilbyder og

samarbeidspartner for innklagede. Klager påpekte denne sammenblandingen i brev til innklagede av 18. november 2008. Selv om det i brev fra innklagede av 20. november 2008 ble gitt uttrykk for at problemet skulle rettes opp i den siste delen av konkurransen, har dette ikke skjedd i tilstrekkelig grad, og i prosessen i ettertid er det fortsatt rådmannen som har representert Sigdal kommune. Dette til tross for at innklagede formelt har sendt alle dokumenter til teknisk sjef Tor Kolstad. Innklagede erkjente sammenblanding av roller i sitt vitnemål under byfogdens behandling av klagers krav om midlertidig forføyning. Det fremgikk at alle dokumenter, herunder konkurransegrunnlaget, var sendt på "høring" til valgte leverandør ved rådmannen.

- (48) Det er ikke riktig at klager hadde kontakt med "*husgruppen*" sommeren 2008. Klager viste lokalene til en ansatt i NAV. Klager fikk i den forbindelse uoppfordret oversendt dokument C, som er standard for hele landet, og godkjent av alle med tilknytning til NAV, herunder valgte leverandør.

Endring av konkurransegrunnlag

- (49) Innklagede har brutt regelverket ved å endre konkurransegrunnlaget til fordel for Sigdal kommune ved å endre kravet til ferdigstillelsesdato. Sigdal kommunes tilbud er et betydelig byggeprosjekt som verken er planlagt, omsøkt, finansiert eller på annen måte påbegynt. Forslag kom opp i begynnelsen av november 2008. Dette tyder på at endringen i konkurransegrunnlaget etter utsendelsen 4. november 2008 er gjort for å tilpasse dette til Sigdal kommunes mulighet til å tilby prosjektet. Forskjellsbehandlingen forsterkes ytterligere når innklagede ikke samtidig endrer vektingen av leveringsdato, jf. punkt 6.2 i "*Dokument A*".
- (50) Sigdal kommune kunne selvsagt ikke ta hensyn til konkrete fordeler som oppnås ved bygget ved prisfastsettelsen. Dette er gjort, både i Sigdal kommunes og klagers beregninger, ved at innklagede bare skal betale leie for 9/43 av diverse lokaler. Det er utelukkende de direkte merkostnadene ved oppføringen av NAV-kontoret som er grunnlaget for klagers beregninger. Innklagede har trukket frem en del effekter av mer uklar karakter når det gjelder hva det kan tas hensyn til ved prisfastsettelsen. Det er ikke mulig å fastslå noen verdi av disse effektene. Etter klagers mening kan det derfor ikke tas hensyn til disse effektene i en konkurranse mot private der Sigdal kommune også er oppdragsgiver. Uansett er den prisen som er satt på disse effektene så høy at leien fremstår som helt uinteressant i forhold til kostnadene.
- (51) Dersom Sigdal kommunes tilbud ikke må avvises som for lavt, anføres det at Sigdal kommune ved evalueringen av pris må gis et tillegg i prisen tilsvarende den kryssubsidiering som finner sted.

Avlysning av konkurransen

- (52) Det fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 2.1 at både innklagede og Sigdal kommune er oppdragsgiver i konkurransen. Allerede før konkurransen ble satt i gang var det klart at minst ett aktuelt lokale var i Sigdal kommunes eie. Lovens § 5 stiller da krav om at rollen som samarbeidspartner for innklagede skilles tydelig fra den enhet som skal inngi tilbud. I dette tilfellet ser det ut til at Sigdal kommunes administrasjonssjef har innehatt både rollen som innklagedes samarbeidspartner og som den som har utarbeidet hovedlinjene i kommunens tilbud. Videre uttalte Næringslivets forum for offentlige anskaffelser seg om kravene til en intern tilbyder i sak 92/2002. Her

fremgikk at dersom en vurdering av tilbudene viser at oppdragsgiver kan gjøre et arbeid billigere og bedre selv, er dette saklig grunn til å ikke foreta noen kontraktstildeling. Videre fremgikk at interne vurderinger av hvorvidt et oppdrag skal konkurranseutsettes, skal gjennomføres på forhånd, og at det foreligger saksbehandlingsfeil dersom det etter konkurranseutsettelsen viser seg at fagpolitiske vurderinger er til hinder for å sette bort oppdraget. Etter klagers mening vil samarbeidet mellom innklagede og Sigdal kommune sette tilsvarende krav til dem. I denne saken har imidlertid innklagede og Sigdal kommune ikke valgt å avlyse konkurransen, men fastsatt en pris uten å forholde seg til markedet. Dette gjør at man kan tildele kontrakten til seg selv, og ikke avlyse konkurransen slik man forsøkte å gjøre i november 2008. Dette er i strid med prinsippet om en likeverdig og rettferdig konkurranse.

- (53) Subsidiært anføres at konkurransen må avlyses på grunn av feil, og lyses ut på nytt. Dette må etter klagers mening innebære at ny konkurranse kunngjøres i Doffin, og det må sikres at de feilene som er begått ikke oppstår på nytt. Dette innebærer at tilbyderne må dokumentere at det ligger reelle kostnader og kalkyler bak de tilbud som gis.
- (54) Det bes om at klagenemnda tar stilling til om kravene til erstatning for den negative kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (55) Forskriften § 1-3 (2) bokstav b får også anvendelse på inngåelse av kontrakt om leie av bygg som ikke er oppført på tidspunktet for kontraktsinngåelsen, og en kontrakt med Sigdal kommune omfattes derfor av bestemmelsen. Det bemerkes at saken ser ut til å være tilnærmet identisk med klagenemndas sak 2008/39.
- (56) Innklagede mener at det er grunnlag for å avlyse konkurransen.
- (57) Innklagede har ikke overlevert forretningshemmeligheter til Sigdal kommune. I brev av 19. august 2008 opplyste klager at leien ville kunne variere mellom kr [...] og kr [...] per kvadratmeter avhengig av hvor mye fornyinger som ble lagt inn. I e-post av 7. september ble det opplyst at ombyggingskostnadene og oppgraderingen ville beløpe seg til ca. [...] kroner. Innklagede anser det som sannsynlig at Sigdal kommune har blitt kjent med disse opplysningene gjennom sine representanter i husgruppen. Innklagede kan imidlertid ikke se at disse opplysningene utgjorde forretningshemmeligheter i den konkurransen som ble igangsatt 4. november 2008. Innklagede kan heller ikke se at man ut fra disse opplysningene kunne beregne hvor i det oppgitte intervallet den endelige prisen ville ligge. Ved angivelsen av prisintervallet var det ikke opplyst hvilke kostnader verken den øvre eller nedre grensen for intervallet bygget på. Klager har dessuten selv gitt opplysninger til Sigdal kommune om hvilken pris klager ville ta etter at konkurransen var igangsatt, og opplysningene kan derfor ikke anses som vernet.
- (58) Det har ikke foregått en sammenblanding av Sigdal kommunes roller som tilbyder og oppdragsgiver ved gjennomføringen av konkurransen, og slik sammenblanding er ikke på noe tidspunkt erkjent av innklagede. De lokale NAV-kontorene er et samarbeid mellom staten og de forskjellige kommunene. Formelt sett er derfor både innklagede og Sigdal kommune oppdragsgiver ved anskaffelsen av kontorlokaler. På grunn av at Sigdal kommune også var en aktuell tilbyder av lokaler, ble det i dette tilfellet bestemt at kommunen ikke skulle delta ved gjennomføringen av konkurransen. Det er således

ingen av Sigdal kommunes ansatte som har deltatt ved evalueringen av tilbudene, herunder beslutningen om hvem som skulle tildeles kontrakt.

- (59) Det er riktig at konkurransegrunnlaget ble forelagt rådmannen og husgruppen før gjennomføringen av konkurransen. I husgruppen sitter sosialleder og hovedtillitsvalgt hos Sigdal kommune. Disse er representanter for de av Sigdal kommunes ansatte som skal inn i det nye NAV-kontoret. Det understrekes at verken husgruppen eller rådmannen kom med forslag til endringer i vedrørende spesifiseringen av lokalene, og konkurransegrunnlaget bygget således fullt ut på de maler som er utarbeidet for NAV-kontorer på sentralt hold.
- (60) Innklagede vil også påpeke at klager ble forelagt kravspesifikasjonen sommeren 2008, og at klager på grunn av dette, samt gjennom dialog med husgruppen om detaljutforming av lokalene, har vært kjent med vesentlige deler av konkurransegrunnlaget. Det er dette som har gjort det mulig for klager å levere *”sin fullt ferdige, og uimotsagte planløsning”*.
- (61) Innklagede endret det opprinnelige konkurransegrunnlaget den 6. november 2008, altså to dager etter at det var sendt tilbyderne. Bakgrunnen for endringen var at det opprinnelige konkurransegrunnlaget inneholdt en feil. Innklagede hadde full adgang til å rette denne feilen.
- (62) Innklagede har ingen holdepunkter for å hevde at Sigdal kommunes tilbud er unormalt lavt. Det er ikke riktig at de tallene klager presenterer i klagen er tall Sigdal kommune selv har oppgitt. Det er heller ikke riktig at innklagede har anslått utgifter til renhold, oppvarming, vaktmestertjenester og fellesareal til kr 150 000,-. Denne summen er det som er anslått for klagers tilbud, basert på det trygdekontoret har betalt etter den leiekontrakten kontoret har med klager i dag og erfaringstall fra andre kontorer. Det er ingen holdepunkter for å anta at utgiftene blir de samme for Sigdal kommune. Sigdal kommune tilbyr et nybygg der det også blir gjort vesentlige investeringer i energiøkonomiske løsninger. I tillegg kommer at en vesentlig del av NAV-kontorets funksjoner blir dekket av fellesarealer der kostnaden bare blir en brøkdel av kostnaden per kvadratmeter.
- (63) Innklagede forstår ikke hvordan klager har kommet frem til en leiepris på kr 691,- per kvadratmeter. Det samme gjelder opplysningen om at dette skal være mellom 1/3 og 1/4 av normal markedsleie i nybygg. Innklagede har inngått leieavtaler for nybygg i andre kommuner til mellom kr 1 200,- og kr 1 300,- eksklusive fellesutgifter.
- (64) Etter innklagedes mening er det uansett lite treffende å snakke om kryssubsidiering når en kommune leier ut til NAV-kontor, som er et samarbeid mellom statlig og kommunal forvaltning.
- (65) Under enhver omstendighet må Sigdal kommune ha adgang til å ta hensyn til de fordeler Sigdal kommune oppnår med det nye bygget når leien fastsettes. For det første vil fleksibilitet i forhold til behovsstyrt bruk av lokaler gi betydelige gevinster i form av bedre samlet utnyttelse. Dette gjelder for eksempel felles kantine, felles resepsjonstjeneste og sambruk møterom. Det blir da flere å dele faste felleskostnader på. Sammenbyggingen vil også bedre samarbeidet mellom Sigdal kommunes etater ved bedre informasjonsflyt og et nærere daglig samarbeid. Det kan heller ikke ses bort fra

den sosiale samhörighet som vil oppstå ved å benytte felles fasiliteter. Videre ville kravene til universell utforming medføre betydelige kostnader i form av ombygging og tilrettelegging. Dette blir nå løst ved at sammenbyggingen gir full tilgjengelighet for funksjonshemmede i hele kommunehuset. Sammenbyggingen vil også gjøre det mulig å benytte arealene til andre formål, blant annet utleie til andre offentlige etater for ytterligere å styrke det tverrfaglige samarbeidet. Selv om det ikke er mulig å tallfeste verdien av disse effektene nøyaktig, er det åpenbart at de er så store at de kan rettferdiggjøre en relativt lav leie for lokalene og likevel gi Sigdal kommune en samlet gevinst. Det er en misforståelse når klager hevder at det er tatt hensyn til innsparingene ved at NAV-kontoret bare blir belastet for 9/43 av felleskostnadene.

- (66) Dersom Sigdal kommunes tilbud hadde vært unormalt lavt, ville dette uansett ikke medført en plikt for innklagede til å avvise tilbudet.
- (67) Når det gjelder klagers anførsel om at det foreligger et *"internt bud"*, kan innklagede opplyse om at det ikke har vært noen dialog mellom innklagede og Sigdal kommune vedrørende behov og spesifisering av lokalene. Kravene til lokalene bygger på de maler som er utarbeidet for NAV-kontorer på sentralt hold.
- (68) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise Sigdal kommunes tilbud på grunn av forbehold i tilbudet. Sigdal kommune tok forbehold om politisk godkjennelse av byggeprosjektet i e-post av 5. desember 2008, altså dagen etter forhandlingsmøtet mellom innklagede og Sigdal kommune. Etter innklagedes mening vil et forbehold om politisk godkjenning som presenteres så sent i avtaleslutningsprosessen ikke være avtalerettslig bindende mellom partene.
- (69) Innklagede er usikker på om dette blir avgjørende i den foreliggende sak da innklagede var klar over at byggingen av det bygget Sigdal kommunes tilbud omfattet, ikke var politisk godkjent. Innklagede visste at uansett hvilket alternativ Sigdal kommune ga tilbud på innen tilbudsfristen, så ville ikke dette tilbudet være politisk klarert på grunn tilbudsfristens lengde. Det bemerkes at kommuneloven § 13 gir hjemmel for at kommunestyret kan gi formannskapet utvidet myndighet i hastesaker. Innklagede er ikke kjent med om kommunestyret i Sigdal kommune har truffet slikt vedtak. Dette ble ikke ansett som et problem, da det ble vurdert som tilnærmet utenkelig at kommunestyret ikke ville gi politisk godkjenning til det tilbudet Sigdal kommune innga i konkurransen. Slik godkjenning er nå gitt. Etter innklagedes syn må det også ha vært rimelig klart for klager at Sigdal kommune ikke ville være i stand til å delta i konkurransen med et tilbud som var formelt klarert i kommunestyret.
- (70) Dersom klagenemnda kommer til at Sigdal kommune har tatt et gyldig forbehold, ber innklagede om at klagenemnda vurderer betydningen av at kommunestyret nå har truffet vedtak om sammenbygging av de to kommunale byggene.
- (71) Dersom innklagede hadde oppfattet Sigdal kommunes forbehold som bindende, kunne innklagede avventet, og sett om forbeholdet ble løftet innen rimelig tid. Dette ville ikke være i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet. Den formelle beslutningsprosessen er mer omstendelig i en kommune enn i et heleid aksjeselskap. En tilbyder må være forberedt på at en konkurranse ikke avgjøres før utløpet av vedståelsesfristen.

- (72) Innklagede har merket seg at forskriften § 11-11 (2) bokstav d gir oppdragsgiver en rett, men ikke en plikt, til å avvise tilbud som på grunn av forbehold ikke kan anses som bindende. Det synes lite forenlig med denne bestemmelsen å oppstille en plikt til å avvise Sigdal kommunes tilbud på grunn av manglende politisk avklaring i en konkurranse som utelukkende er regulert av lov om offentlige anskaffelser.
- (73) Det bemerkes videre at en avvisning av Sigdal kommunes tilbud vil medføre manglende reell konkurranse. Det synes derfor nærliggende at en avvisning av Sigdal kommunes tilbud må medføre en avlysning av konkurransen. Innklagede er ikke enig i at en manglende kunngjøring av konkurransen er et argument mot avlysning av konkurransen. Innklagede kan heller ikke se at det er grunnlag for å mene at det ikke er mulig å få med flere tilbydere i konkurransen.
- (74) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise Sigdal kommunes tilbud på grunn av manglende oppfyllelse av kravspesifikasjonen. Det fremgår av kravspesifikasjonen i dokument C punkt 2 siste avsnitt at denne ikke er absolutt, og at det kan tilbys løsninger som i noen grad avviker fra kravspesifikasjonen. Når det gjelder dokument F, er dette en angivelse av hvilke mål innklagede har for utformingen av lokalene, ikke en kravspesifikasjon, jf. dokument F punkt 3. Dette fremgår også av at dokument F ikke er en del av leiekontrakten. Bruken av uttrykkene "*skal*", "*må*" og "*bør*" i dette dokumentet brukes bare til å nyansere viktigheten av de enkelte forhold, og gir ikke anvisning på minimumskrav til utformingen av lokalene. Da Sigdal kommunes tilbudte løsning, i motsetning til klagers, ble aktuell like før konkurransen ble igangsatt, hadde Sigdal kommune begrenset tid til å utforme forslaget. Tilbudet ble evaluert ut fra tegningen som ble innlevert som en del av tilbudet og løftet om at Sigdal kommune ville følge innklagedes spesifikasjoner fullt ut i forbindelse med detaljplanlegging og oppføring av bygget. Tilbudet ble på bakgrunn av dette vurdert som meget godt.
- (75) Dersom klagenemnda kommer til at konkurransegrunnlaget inneholder interne motsetninger, må resultatet uansett bli at konkurransen avlyses, såfremt motsetningene er store nok, ikke at Sigdal kommunes tilbud avvises.
- (76) Det er ikke riktig at Sigdal kommune tilbød for lite areal. Innklagede ba i tilbudsinstruksen om et areal på cirka 300 kvadratmeter. Sigdal kommune tilbød et bruttoareal på 304,6 kvadratmeter. Det er ikke et problem at en del av funksjonene dekkes gjennom fellesareal med Sigdal kommune. Dette gir tvert imot lavere samlede leiekostnader.
- (77) Det er heller ikke riktig at innklagede ikke kan disponere møterommet i samme etasje, eller at det at innklagede belastes for 9/43 av kostnadene til fellesarealene innbærer at innklagede bare kan benytte dette rommet 9/43 av tiden. Det er ikke et problem for innklagede at Sigdal kommune også kan avtale å ha noen av sine møter i dette møterommet. Sigdal kommune har gjort det klart at rommet i vesentlig grad vil stå til NAV-kontorets disposisjon. Grunnen til at dette ikke fremgår av referatet fra forhandlingsmøtet er at det ble ansett som selvsagt av innklagede og Sigdal kommune. NAV-kontoret vil også kunne benytte andre av kommunehusets fasiliteter, slik som formannskapssalen, på lik linje med de rent kommunale etatene. Slike løsninger er vanlig ved flere mindre NAV-kontorer.

- (78) Det er riktig at Sigdal kommunes tilbud ikke omfatter en egen personalinngang. Dette ble ikke tillagt særlig vekt ved evalueringen, da behovet for egen personalinngang er i hovedsak er vurdert som viktig ved større NAV-kontorer.
- (79) Arealet som er betegnet som "*foaje*" i Sigdal kommunes tilbud, tilfredsstiller fullt ut de kravene som er stilt til publikumsareal i kravspesifikasjonen. Det bemerkes at kravspesifikasjonen ikke stiller krav om garderobe til brukerne. Videre bemerkes at det ikke er et problem at toalettene befinner seg i etasjen under så lenge toalettene er lett tilgjengelige for alle. En så streng tolkning av konkurransegrunnlaget som klager legger opp til på dette punkt, ville være altfor kostnadskrevende i mange mindre kommuner, og ikke muliggjøre rasjonell sambruk. Når det gjelder resepsjon, er dette ikke et krav i kravspesifikasjonen. Det viktige er at de som kommer til kontoret blir møtt av innklagedes saksbehandlere og veiledet om hvilke tilbud som kan gis. I Sigdal kommunes tilbud er resepsjonsdisken erstattet av et "*mottakskontor*". Dette kontoret har en glassdør ut mot publikumsarealet slik at den ansatte som sitter der kan overvåke publikumsarealet og betjene dem som trenger det inne på "*mottakskontoret*". Dette er en minst like god løsning som en resepsjonsdisk. Løsningen er også dyrere for leverandøren. I innklagedes standardkrav, er det stilt krav om dører med elektronisk lås mellom publikumsarealet og personalarealet. På tegningene som fulgte med Sigdal kommunes tilbud var slike dører ikke tegnet inn. Dette kan ikke forstås som om Sigdal kommune tilbød et lokale uten dører. Det fremgår klart av tegningene hvor dører er ment plassert. Sigdal kommune har bekreftet at valgte leverandør vil etterkomme innklagedes krav ved detaljutformingen av bygget.
- (80) I Sigdal kommunes tilbud er det satt opp et felles spiserom for innklagede og Sigdal kommunes etater. Innklagede er klar over at dette vil begrense hva en kan samtale om i spisepausen. Denne problemstillingen vil være den samme for klagers tilbud, hvor det er satt opp felles spiserom for innklagede og en annen statsetat. I Sigdal kommunes tilbud er det et areal på 47 kvadratmeter mellom kontorene som kan benyttes til samtaler og å lære av hverandre.
- (81) Sigdal kommunes tilbud har ikke mangler i forhold til kravene til universell utforming. I Sigdal kommunes tilbud vil alle saksbehandlerne få egne cellekontor. Den vanlige løsningen for personlig garderobe er at det lages en liten garderobe bak inngangsdørene til cellekontorene. På den måten får de ansatte muligheten til å henge fra seg yttertøy. I tillegg blir det en garderobe i første etasje som også de ansatte ved NAV-kontoret kan benytte.
- (82) Klagers bilder av inngangspartiet i dagens to kommunale bygg er misvisende sammenlignet med det tilbudet Sigdal kommune har levert. I tilbudet er det planlagt inngang til NAV-kontoret fra bakkeplan på baksiden. I tillegg er det muligheter for adgang via trapp eller heis fra Sigdal kommunes servicetorg i første etasje. Denne løsningen ble vurdert som bedre enn klagers.

Klagenemndas vurdering:

- (83) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6 2. ledd. Klagen er rettidig.

Hvorvidt forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse – klassifikasjon av kontrakten

- (84) Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (forskriften) får i utgangspunktet anvendelse på alle offentlige kontrakter om levering av varer og tjenester, eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider, jf. forskriften § 1-3 (1). I § 1-3 (2) bokstav b er det imidlertid gjort unntak for kontrakter som gjelder leie av eksisterende bygninger.
- (85) Spørsmålet er om kontrakten innklagede vil inngå med Sigdal kommune er en bygge- og anleggskontrakt eller en leiekontrakt som omfattes av unntaksbestemmelsen i § 1-3 (2) bokstav b. Sigdal kommune har i dette tilfellet tilbudt innklagede å leie nye lokaler som skal bygges mellom eksisterende kommunale administrasjonsbygg. Det fremgår av tilbudsbevet av 1. desember 2008, at bygget vil bli oppført i henhold til innklagedes kravspesifikasjoner. Kontrakten er imidlertid en tradisjonell leieavtale.
- (86) I Fornyingsdepartementets veileder til forskriften (2006) behandles spørsmålet om unntaket i § 1-3 (2) bokstav b også omfatter leie i nybygg på s. 18. Departementet gir uttrykk for at det ikke kan se noen klar grunn til at leiekontrakter i nybygg skal behandles forskjellig fra leiekontrakter i eksisterende bygg, men at det er forskjellig syn på dette i juridisk teori, og at spørsmålet må anses uavklart.
- (87) Den engelske professor Sue Arrowsmith gir i sin bok *"The Law of Public and Utilities Procurement"* (2005) uttrykk for at leieavtaler i bygg som ennå ikke er oppført faller innenfor det tilsvarende unntaket i EUs Direktiv 2004/18/EU Art. 16. I tilknytning til begrepet *"existing buildings"* anføres at *"this reference should be interpreted as covering any buildings existing at the time of transfer as the time of contract"* (s. 360-361 i note 33). Henvisningen til *"the time of transfer"* innebærer at bygg som ikke er ferdige ved kontraktsinngåelsen, men som skal ferdigstilles før overtakelse av lokalene skjer, også omfattes.
- (88) Klagenemnda har i tidligere avgjørelser fulgt dette syn og tolket forskriften § 1-3 (2) bokstav b slik at også leie av lokaler som ikke eksisterer på tidspunktet for avtaleinngåelsen kan omfattes av bestemmelsen, jf. klagenemndas sak 2007/124 premissene 37 og 38, og det selv om lokalene i en viss utstrekning tilpasses oppdragsgivers behov. Forutsetningen er at det ikke i realiteten er tale om et tilrettelagt eierskifte, eller at innklagede ved inngåelsen av husleieavtalen i realiteten blir stilt som en byggherre i et entrepriseforhold se klagenemndas sak 2007/20 premiss (26).
- (89) Vurderingen av om man står overfor en reell leiekontrakt eller et *"tilrettelagt eierskifte"* må baseres på konkret skjønn. Ved vurderingen er et viktig spørsmål *"føremålet med kontrakten og om føremålet speglar seg i kontraktsføresegnene"*, jf. FAD veileder side 55. Veilederen henviser videre til en rekke momenter som vil ha betydning for grensdragningen, herunder hvor stor innvirkning oppdragsgiveren har på byggearbeidene, hvem som har risikoen for byggekostnadene, formålet med bygget, tiden kontrakten gjelder for og om det foreligger opsjon for oppdragsgiver på å kjøpe bygget, jf. klagenemndas sak 2007/112 premiss (29).
- (90) Formålet med kontrakten er å finne et egnet lokale for samordning av oppgaver som tidligere ble ivaretatt av Aetat og Trygdeetaten. I standardkravspesifikasjon har innklagede stilt en rekke krav både med hensyn til tilgjengelighet, tekniske krav og

sikkerhet. Det fremgår av kravspesifikasjonens pkt. 3.3.8 at *"Leieren ønsker å delta i utforming av lokalenes planløsning og interiørmessige detaljer"*. Selv om innklagede har detaljerte krav til lokalene og ønsker å påvirke lokalenes planløsning, kan ikke klagenemnda se at kravene gir innklagede større innflytelse på byggingen enn det en leietaker vanligvis vil ha. Innklagede kan ikke påvirke valg av utvendig arkitektur, entreprenør eller andre forhold som er typiske anliggender for en byggherre. Det er videre Sigdal kommune som har risikoen for byggekostnadene, og ut fra det opplyste er det ikke slik at leien i realiteten skal dekke byggekostnadene. Kontrakten som skal inngås mellom innklagede og Sigdal kommune er betegnet som en leiekontrakt, og innklagede har ikke rett til å overta lokalene. Leietiden er 10 år med opsjon til fornyelse, og så vidt nemnda forstår legges det opp til at en eventuell fornyelse skal være på 5 år. Det er ikke uvanlig med leiekontrakter opp til 20 år der lokalene er spesialtilpasset leier bruk. Videre er utleier ansvarlig for alle driftsutgifter til lokalene, og har ansvar for at lokalene er i samsvar med de krav som stilles i lover og forskrifter, jf. kontraktsforslagets punkt 4.1. Klagenemnda kan heller ikke se at kontrakten på andre punkter pålegger innklagede noen særlige plikter eller risiko utover det som er normalt i leieforhold. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at anskaffelsen er unntatt fra bestemmelsene i forskriften, jf. § 1-3 (2) bokstav b.

- (91) Det har dermed ikke foregått noen ulovlig direkte anskaffelse som definert i lov om offentlige anskaffelser § 7b: *"Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven."*

Øvrige anførsler

- (92) Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 (loven) vil gjelde for anskaffelsen, jf. klagenemndas saker 2007/20 premiss (29)- (33) og 2007/112 premiss (32),
- (93) Det fremkommer av klagenemndas tidligere praksis at anskaffelsen av leie av lokaler som utgangspunkt må gjennomføres i tråd med kravene til konkurranse, likebehandling, god forretningskikk og forutberegnelighet i lovens § 5. Innklagede er et selvstendig rettssubjekt i forhold til Sigdal kommune, og må derfor som hovedregel følge lov om offentlige anskaffelser ved sin anskaffelse av lokaler, selv om Sigdal kommune skal bruke lokalene sammen med innklagede når bygningen er ferdigstilt. Klagenemnda har forstått faktum slik at innklagede formelt skal stå som leietaker av lokalene og Sigdal kommune skal stå som utleier når bygningen er ferdig, jf. leiekontrakten og intensjonsavtalen pkt. 3. Nemnda har videre forstått det slik at tilbudet på egnede kontorlokaler i Prestfoss er meget begrenset.
- (94) Klager har fremsatt en rekke anførsler knyttet til gjennomføringen av anskaffelsen, herunder anførsler om uheldig rolleblanding og utlevering av forretningshemmeligheter. Saken er spesiell siden kommunen både står som oppdragsgiver, og opptrer som tilbyder i en konkurranse som ble besluttet gjennomført etter at klager viste interesse for utleie av lokaler.
- (95) Bakgrunnen for anskaffelsen er at NAV og kommunen er pålagt ved lov å finne felles lokaler for samordning av tjenester. Anskaffelsen er ikke regulert av forskrift om offentlige anskaffelser, og innklagede kunne ha nøyd seg med uformelt å innhente leietilbud fra aktuelle utleiere, uten å gjennomføre en formell anskaffelsesprosess slik

som her. Prosessen ble gjennomført som en konkurranse med forhandling, noe som gjør at oppdragsgiver står noe friere.

- (96) Når innklagede først gjennomførte anskaffelsen som en konkurranse med forhandling, kan ikke klagenemnda se at den, i det vesentlige, kunne vært gjennomført på en annen måte tatt i betraktning at man ikke kunne komme utenom at kommunen også skulle være oppdragsgiver/leietaker i en eventuell leieavtale. Innklagede har dokumentert at man var oppmerksom på at det kunne skje en uheldig rolleblanding, og tok i så måte forholdsregler i forhold til dette. At det har tilflytt kommunen informasjon om klagers tilbud har vært vanskelig å unngå når man tar i betraktning at klager forut for prosessen direkte tok kontakt med både kommunen og NAV for å fremme sin interesse for utleie av lokaler. Klagenemnda har ut fra en vurdering av sakens karakter og slik anskaffelsen har vært gjennomført fra innklagedes side, ikke funnet grunnlag for å konstatere brudd på noen av lovens bestemmelser. Klagers anførsler har dermed ikke ført frem.

Konklusjon:

NAV Buskerud har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
27.april 2009

Björg Ven